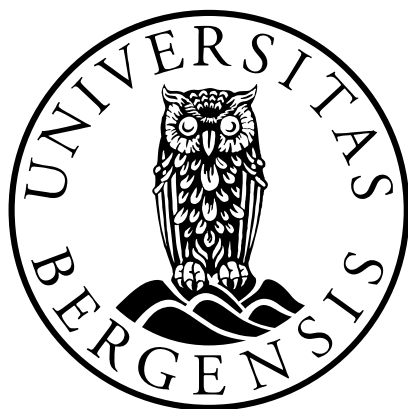


Unnlatelsesansvaret i de tilfellene en medsammensvoren går lenger enn planlagt

Kandidatnummer: 35

Antall ord: 13 485



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledende temaer	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Avgrensning	5
1.3	Fremstillingen videre.....	6
2	Bakenforliggende utgangspunkt.....	7
2.1	Begrensninger som gjør seg gjeldende for medvirkning.....	7
2.2	Fysisk og psykisk medvirkning.....	8
2.3	Passiv medvirkning som en egen medvirkningsform.....	9
2.4	Utgangspunktet om at hver deltaker skal bedømmes selvstendig.....	11
2.5	Forståelsen av skyldkravet ved passiv medvirkning	12
2.6	Lovskravet	14
2.7	Generelt om ansvarsvilkårene ved passiv medvirkning	17
2.7.1	Kravet til hindringssammenheng eller motvirkningssammenheng.....	17
2.7.2	Kravet til at det foreligger en tilknytning som begrunner handlingsplikt.....	18
2.7.3	Kravet til at det er rimelig å kreve den konkrete alternative handlingen.....	19
3	Kravet til tilknytning – et spørsmål om en kvalifiserende relasjon	21
3.1	Problemstillingen som kravet til tilknytning reiser for vårt typetilfelle.....	21
3.2	Tolkning av gjeldende rett.....	21
3.3	Slutning fra gjeldende rett	26
4	Kravet til hindringssammenheng – et spørsmål om mulighet	28
4.1	Problemstillingen som kravet til hindringssammenheng reiser for vårt typetilfelle	28
4.2	Tolkning av gjeldende rett.....	28
4.3	Slutning fra gjeldende rett	31
5	Kravet til rimelighet – et spørsmål om kravet til innsats.....	32
5.1	Problemstillingen som kravet til rimelighet reiser for vårt typetilfelle	32
5.2	Arten av og graden av fare som den passive deltakeren bidro til.....	32
5.3	Farens retning	33
5.4	Farer som den alternative handlingen ville medføre for den passive deltakeren selv.....	36
5.5	Tiden den passive deltakeren hadde til å områ seg på.....	37
6	Avsluttende betraktninger	39
	Litteraturliste	40

1 Innledende temaer

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er et typetilfelle av passiv medvirkning innenfor strafferetten. Passiv medvirkning kan bli aktuelt å vurdere som ansvarsform i flere typetilfeller. Jeg skal ta for meg ett slikt typetilfelle.

Oppgaven tar for seg det typetilfellet hvor flere personer har planlagt å begå en på forhånd bestemt forbrytelse, men hvor gjennomføringen av forbrytelsen ikke går som planlagt fordi noen av deltakerne går utover det som var planlagt mens de øvrige deltakerne forholder seg passive til hendelsesutviklingen. Det er dette som betegnes som oppgavens typetilfelle nedenfor i oppgaven.

Dette typetilfellet er valgt fordi jeg finner det interessant å drøfte et typetilfelle av passiv medvirkning som knapt er drøftet tidligere i litteraturen. Dessuten fremstår det som diffust og utilgjengelig hva som skal til for å kunne ansvarliggjøre, eller enda viktigere hva som skal til for å unngå å bli ansvarlig. Avhandlingen er derfor et forsøk på å bidra til oppklaring av et ellers underkommunisert tilfelle av passiv medvirkning.

Problemstillingen jeg tar for meg er *hva som må til for at deltakere som har planlagt kriminalitet med andre kan dømmes for passiv medvirkning til den overskytende straffbare handlingen når noen av deltakerne går utenfor det som var planlagt.*

Et eksempel på vårt typetilfelle er A som har forsett om at han og B skal begå et innbrudd i et varelager en natt. Under innbruddet oppdager de C, en kvinne som driver med vareopptelling. Helt plutselig blir C angrepet og ranet av B. Spørsmålet er da om A kan dømmes som passiv medvirker til ran i tillegg til fullbyrdet innbrudd.

Et annet eksempel er A som har forsett om at han og B som medstudenter skal stjele en bestemt gjenstand fra lesesalen til en verdi som tilsvarer et simpelt tyveri. B blir imidlertid ivrig og tar mer under tyveriet hvilket A ser, men forholder seg passiv til. Det gjennomførte tyveriet går over til å bli kategorisert som grovt pga. verdisummen på det som ble tatt. Spørsmålet blir om A kan dømmes som passiv medvirker til grovt tyveri.

Et annet eksempel hentet fra rettspraksis er Rt. 1995 s. 355 hvor A og B hadde planlagt å rane. Under selve ranet utviklet hendelsesforløpet seg til at B knivstakk og drepte den kioskansatte uten at A grep inn. Spørsmålet var om A kunne dømmes for passiv medvirker til drap.

Som vi ser omfatter problemstillingen både de tilfeller hvor forbrytelsen blir kvalitativt og kvantitativt forskjellig fra den planlagte¹.

Som kjent kreves det at gjerningspersonen har hatt den nødvendige skyld i form av forsett eller i særlige tilfeller uaktsomhet jf. Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (strl.) § 21 jf. §§ 22 og 23.

Det utfordrende for vårt typetilfelle er at deltakerne som forholder seg passiv til hendelsesutviklingen på forhånd ikke har forsett om den forbrytelsen som faktisk blir gjennomført. Kunnskapen man sitter inne med endrer seg imidlertid i takt med tiden som går. Ved aktiv medvirkning er det kunnskapen medvirkeren hadde da vedkommende foretok medvirkningshandlingen som må legges til grunn. Ved unnlateringer måles ikke gjerningspersonens kunnskap opp mot et slikt konkret tidspunkt, men et tidsrom. Man ser på forsettet som forelå i det tidsrommet hvor det påløp en aktivitetsplikt. I løpet av dette tidsrommet vil den passive hele tiden tilegne seg ny kunnskap og det er denne kunnskapen som må være avgjørende for vurderingen av forsettet.

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenses mot andre typetilfeller av passiv medvirkning som f.eks. tilfeller hvor man som omsorgsperson for et barn har vært passiv observatør til at barnet utsettes for straffbare handlinger, hvor man som overordnet forholder seg passiv til en underordnedes straffbare handlinger eller hvor foreldre forholder seg passiv til at egne barn begår straffbare handlinger. Det avgrenses mot dette fordi det passive medvirkeransvaret for omsorgspersoner allerede er grundig behandlet i rettspraksis og juridisk litteratur.

Siden det er en forutsetning for typetilfellet at det foreligger en forutgående planlegging, avgrenses oppgaven mot tilfeller hvor man helt tilfeldig blir vitne til kriminalitet. Et eksempel på dette er A som venter på bussen og observerer at C som også står der havner i en opphetet diskusjon med B samt blir påført kroppskrenkelser. Ved at A ikke griper inn kan man spørre om han er medvirkningsansvarlig for kroppskrenkelsene. Svaret vil variere alt etter hvilken tilknytning A hadde til enten B eller C.

Et annet eksempel er en omsorgsfull mor som helt tilfeldigvis en dag observerer at hennes barn blir voldsutsatt av barnets far, men forholder seg passiv til dette. Selv om moren helt tilfeldigvis blir vitne til kriminalitet er det konstatert i en rekke saker² at tilknytningen til den fornærmede er

¹ Straffansvarets periferi (1999) s. 243-245

² For. eks. Rt. 2013 s. 1015

så sterk at det foreligger en handlingsplikt for moren, og dermed et medvirkningsansvar dersom hun ikke griper inn.

Som en naturlig konsekvens av at oppgaven avgrenses til ett typetilfelle av passiv medvirkning, avgrenses også oppgaven mot andre former for medvirkning. For sammenhengens skyld nevnes likevel de andre formene for medvirkning kort nedenfor i punkt 2.2.

Oppgaven avgrenses også mot reaksjonslæren da det kun er tolkningen av kravet til den straffbare handlingen i strl. § 15 som er tema for oppgaven.

1.3 Fremstillingen videre

Under kapittel 2 nevnes de bakenforliggende utgangspunktene som gjelder for medvirkning generelt og passiv medvirkning mer spesielt.

Videre består de øvrige kapitlene av konkrete drøftelser av problemstillingen. For alle former for passiv medvirkning operer man med generelle ansvarsvilkår. Det er disse generelle ansvarsvilkårene som dermed også avgjør om og når en passiv deltaker kan bli medvirkningsansvarlig for en annen deltakers uforutsette handlinger. Vi drøfter derfor anvendelsen av de generelle ansvarsvilkårene konkret for vårt typetilfelle. I kapittel 3 drøftes vilkåret om tilknytning. Deretter drøftes kravet til hindringssammenheng i kapittel 4. Det siste vilkåret er kravet til rimelighet og dette drøftes i kapittel 5.

Oppgaven avsluttes med egne betraktninger i kapittel 6.

2 Bakenforliggende utgangspunkt

2.1 Begrensninger som gjør seg gjeldende for medvirkning

Hvilke begrensninger som gjør seg gjeldende for ansvarsformen er viktige da disse bidrar til forståelsen av rekkevidden av ansvarsformen³.

Da medvirkningsansvaret rammer handlinger som i sin karakter kan være helt harmløse er det viktig at ansvaret er begrenset til de handlinger som utføres *for å* bidra til at en gjerningsbeskrivelse blir overtrådt. Det må dermed stilles et krav om årsakssammenheng mellom bidraget og hovedovertredelsen⁴. Uten årsakssammenheng kan det i høyden bli tale om forsøk på medvirkning.

Ved aktiv medvirkning ble opprinnelig betingelseslæren anvendt. Vurderingen var om følgen ville ha inntruffet dersom handlingen ble tenkt bort. Læren har imidlertid blitt kritisert⁵ fordi den kun har vært brukbar sammen med en rekke unntak hvilket gjør den til en dårlig hovedvurdering. Det er i dag økt fokus på å vurdere *om en handling faktisk virket med i hendelsesforløpet*⁶ og vurdere om det foreligger et «medvirkende årsaksforhold»⁷. Det innebærer også at en handling ikke trenger å ha vært nødvendig for at følgen skulle inntre for å karakteriseres som en medvirkningshandling⁸.

En konsekvens av kravet om årsakssammenheng er at medvirkningsansvar ikke kan være aktuelt etter at en hovedovertredelse er fullbyrdet fordi noe som allerede er gjennomført ikke kan medvirke til⁹. Det må da i såfall bli tale om ansvar pga. etterfølgende bistand¹⁰.

Videre må skyldkravet være oppfylt også i medvirkningssakene¹¹. Her er de alminnelige forsettsformene i strl. § 22 aktuelle. Medvirkeren må ha hatt forsett om at «overtredelsen» blir begått av en hovedforbryter og at han selv «medvirker til overtredelsen». Og dersom straffebudet

³ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 323

⁴ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 330

⁵ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 166 flg.

⁶ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 168 flg.

⁷ For eks. Rt. 1995 s. 1228 og Rt. 2014 s. 1134, Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s. 69 og Straffansvarets periferi (1999) s. 59-60

⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s. 69

⁹ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 333

¹⁰ For. eks. strl. § 337

¹¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411

for hovedovertrædelsen også rammer uaktsomhet jf. strl. § 23 kan medvirkningsansvar bli aktuelt der bistandshandlingen var uaktsom.

Den alminnelige rettsstridsreservasjonen vil også få anvendelse på medvirkningshandlinger¹² og fungerer som en annen begrensning. Dette innebærer at forhold som direkte rammes av ordlyden likevel kan unntas fra straffansvar fordi forholdet ikke anses straffverdig og at ordlyden da tolkes innskrenkende. Dette gjelder særlig for medvirkningshandlinger fordi de har et dagligdags preg og isolert sett ikke er straffverdige, men blir straffverdige når de blir utført i en bestemt kontekst.

Å bli ansvarlig for passiv medvirkning innebærer en dom over at man ikke handlet aktivt eller ikke aktivt nok. Man sanksjonerer altså personer fordi de ikke bruke handlefriheten sin. Man pålegger dem en aktivitetsplikt for at de skal kunne gå ansvarsfri. Å ansvarliggjøre noen fordi de ikke valgte å handle aktivt er etter min mening mer inngripende enn der noen ansvarliggjøres fordi handlingen deres i for stor grad krenket andres rettsfære. Det er vanskeligere for en borger å vite når man eks. har aktivitetsplikt og omfanget av aktivitetsplikten enn å vite at det å for eksempel ta livet av noen er forbudt. Det er mer krevende å oppfylle en aktivitetsplikt for å gå straffri enn å simpelthen la være å gjøre noe. Dette er også med på å være en begrensning for hvor langt ansvaret kan rekke når man har å gjøre med en så vag ordlyd som i strl. 15.

2.2 Fysisk og psykisk medvirkning

Hvilken form for medvirkning det er tale om i en konkret sak har kun betydning for hvordan de generelle ansvarsvilkårene for medvirkning skal anvendes.

Det finnes flere definisjoner på medvirkningsformene. Definisjonene nedenfor er kun utformet med det formål om å få frem forskjellene på de ulike formene på en forståelig måte.

Med fysisk medvirkning menes aktive bidrag hvor bidraget avspeiler seg i det faktiske hendelsesforløpet. Det som gjør medvirkningen fysisk er at bidraget materialiserer seg i hovedforbrytelsen¹³. Medvirkningsformen bestemmes dermed ut fra virkningen bidraget har hatt for hovedforbrytelsen. Dette eksempelvis de tilfeller hvor noen bidrar med fysisk transport til åstedet, en overlevering av kniv eller å kjøpe gift som skal brukes.

¹² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411

¹³ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 338

Med psykisk medvirkning menes bidrag som har en psykisk innvirkning på den som begår hovedforbrytelsen. Det som medvirkeren har sagt eller gjort, må ha «[inngått] i den positive motivasjonsbasisen» til hovedpersonen for at man kan tale om psykisk medvirkning.

2.3 Passiv medvirkning som en egen medvirkningsform

Mens betegnelsene fysisk og psykisk medvirkning er valgt ut fra den virkningen bidraget har, er betegnelsen passiv medvirkning valgt ut fra arten av bidraget og ikke virkningen bidraget har. Det gjøres likevel et forsøk på å definere hva som menes med passiv medvirkning.

Med passiv medvirkning menes å ta et bevisst standpunkt om å ikke handle aktivt og med det tillate et handlingsrom for hovedpersonen som man ikke burde tillatt den å få.

Opprinnelig har man bare operert med fysisk og psykisk medvirkning. Dette kom til uttrykk i rettspraksis hvor det ble uttalt at «[d]a det i ethvert Fald synes givet, at denne Tiltalte ikke er overført fysisk Medvirkning, kan Medvirkningen i Tilfælde kun have været af psykisk Art»¹⁴.

Dette ble utfordret av saker hvor det skulle vurderes om unnlater kvalifiserte som medvirkning. Da unnlater ikke kan likestilles som fysisk medvirkning fordi bidraget ikke materialiserer seg, ble disse formene for medvirkning forsøkt presset inn som en form for psykisk medvirkning.

For psykisk medvirkning ble det oppstilt et krav om at bidraget måtte ha «forledet eller tilskyndet den Medtaltale til at udføre Forseelsen eller bestyrket ham deri»¹⁵. Fokuset i sakene om unnlater ble derfor hvorvidt passiviteten hadde styrket hovedpersonens forsett. Andenæs formulerte dette som et krav om konkludent passivitet¹⁶.

Den passive sitt medvirkeransvar ble dermed avhengig av om hovedforbryteren hadde oppfattet unnlatsen som støtte. Dette ble med god grunn kritisert¹⁷ da medvirkeransvaret burde vurderes selvstendig og isolert fra hvordan unnlatsen ble oppfattet av hovedpersonen. Det kan nemlig tenkes at hovedforbryteren ikke er klar over at noen forholder seg passiv. Passiviteten kan likevel ha vært klanderverdig. Det avgjørende for om atferden skal være belagt med straff er om den medfører skade eller fare for skade¹⁸, og ikke hvordan den oppfattes av andre. Rettspraksis¹⁹ legger i dag til grunn at det ikke er et krav til at det foreligger konkludent passivitet.

¹⁴ Rt. 1907 s. 333 side 334

¹⁵ Rt. 1903 s. 333 side 334

¹⁶ Straffbar unnlater (1942) s. 308

¹⁷ Straffansvarets periferi (1999) s. 179 og 180

¹⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 88

¹⁹ Rt. 2013 s. 1015

I tillegg til de materielle ulikhetene ved psykisk og passiv medvirkning har Husabø tatt til orde for at det også er en normativ forskjell mellom disse to medvirkningsformene da det er ulike forhold som legitimerer det å rette ansvar ved psykisk og passiv medvirkning²⁰. Ved psykisk medvirkning er det den psykiske påvirkningen som legitimerer ansvarliggjøring. For passiv medvirkning er det imidlertid det at noen ikke handlet aktivt når vedkommende burde gjort det som legitimerer ansvarliggjøring.

Til dette kan bemerkes at også skyldprinsippet tilsier at en differensiering bør gjøres. Ved passivitetsansvar vurderer man om unnlåtelsen var så vidt klanderverdig at vedkommende burde handlet aktivt for å ikke bli møtt med straff. Ved psykisk medvirkning vurderer man om det allerede eksisterende aktive bidraget var så vidt klanderverdig at det bør møtes med straff. Når begrunnelsen for kriminaliseringen er ulik bør de materielle vurderingene også være ulike.

Også andre forhold kan tale for at det må gjøres et skille. Ved fysisk og psykisk medvirkning er det tale om aktive bidrag til hendelsesforløpet. Det er vanskelig å forklare at man ved sine fysiske eller psykiske bidrag ønsket å legge til rette for hovedforbrytelsen fordi et aktivt bidrag ofte gir et ytre uttrykk av hvordan man ønsker å bidra til hendelsesutviklingen. I noen tilfeller kan det likevel tenkes unntak fra dette.

Ved unnlåtelser er det tale om passive bidrag til hendelsesforløpet. Det er etter min mening imidlertid ikke naturlig å kalle noe for en unnlåtelse dersom det å forholde seg passiv ikke var et bevisst standpunkt vedkommende tok. Dersom man ikke griper inn fordi man er redd for egen sikkerhet er det et bevisst standpunkt man tar og dermed naturlig å karakterisere som passivitet. Det er imidlertid vanskeligere å si at en unnlåtelse uttrykker et ønske om å legge til rette for hovedforbrytelsen fordi passiviteten kan skyldes redsel eller lignende i motsetning til aktiv medvirkning. At det for unnlåtelser som fenomen er vanskeligere å si hva som er motivasjonen bak, i motsetning til aktive handlinger, mener jeg at det må være egne rettslige vurderinger og dermed en egen medvirkningsform.

I teorien har det blitt tatt til orde for at det er den passive atferd som omtrent er like straffverdig som den aktive straffbare handlinger som er straffbar²¹. Jeg mener imidlertid at straffbare unnlåtelser ikke kan likestilles med straffbare aktive handlinger. Dette skyldes at det stilles helt andre krav for å gå straffri enn ved aktive handlinger. Dette har også blitt anført av Gorm Toftegaard Nielsen i dansk rett. Han sier at «det er betydelig forskel på en aktiv handling og en

²⁰ Straffansvarets periferi (1999) s. 178

²¹ Forbrytelse og straff (2001) s. 75 og 76

undladelse. Der er ingen forhåndsformodning for en ligestilling». Passiv medvirkning må være en egne form fordi det trengs andre ansvarsvilkår ved passiv medvirkning i tillegg til de som gjelder for aktiv medvirkning for å sikre at ansvaret ikke rekker for vidt.

På bakgrunn av de ovenfornevnte hensyn er det klart at passiv medvirkning må anses som en egen form for medvirkning. Dette er i dag anerkjent av rettspraksis²², lovgiver²³ og i teorien²⁴.

2.4 Utgangspunktet om at hver deltaker skal bedømmes selvstendig

Det er et generelt utgangspunkt i medvirkningslæren i strafferetten at straffansvaret er selvstendig sml. aksessorisk ansvar²⁵. Forarbeidene uttrykker dette ved at «[d]et må foretas en selvstendig vurdering av om den mulige medvirkeren oppfyller straffbarhetsvilkårene»²⁶. Kravet om selvstendig vurdering utelukker imidlertid ikke at man kan bli ansvarlig for å ha unnlatt å avverge noen andres forbrytelse²⁷. Det er heller ikke til hinder for at flere kan stilles til ansvar for samme forbrytelse²⁸.

Utgangspunktet gjelder for alle medvirkningsformer, men er særlig viktig for passiv medvirkning. Dette fordi det kan gi et inntrykk av at man blir ansvarlig for å ha vært sammen med hovedpersonen. Man må ta avstand fra en ansvarsbedømmelse hvor man uten videre henfører summen av krenkelser til samtlige tilstedeværende personer²⁹. Og desto mer viktig er dette utgangspunktet for akkurat vårt typetilfelle av passiv medvirkning. Dette skyldes at når den passive fra starten har vært sammen med hovedpersonen om å begå kriminalitet kan tanken fort lede over til å tenke at dersom man først har samtykket til å være med på noe, må man tåle å bli ansvarlig for alt som skjer. Et slikt resonnement kan bygge på at man tenker at den passive også har samtykket til den risiko som ligger for hendelsesutvikling når den har samtykket til deltakelse.

²² For. eks. Rt. 2010 s. 1630, Rt. 2013 s. 1686 og Rt. 2015 s. 1217

²³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411 og 412

²⁴ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 338, 343 og 349 og Medvirkning til straffbare handlinger; hovedpunkter (2008) s. 367

²⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412 og 413

²⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

²⁷ Det Nordiske juristmøte (2002), del 1, side 615

²⁸ Det Nordiske juristmøte (2002), del 1, side. 615 og 616

²⁹ Strafferettens almindelige del: 1 : Ansvarslæren (1997) s. 218

I Sverige har det vært oppe saker som har blitt kritisert fordi det har fremstått som om det ble ilagt et kollektivt straffansvar i medvirkningstilfeller³⁰. I en av sakene³¹ som ligner på vårt typetilfelle var faktum at det ble startet en brann i et festlokale under en pågående fest. A hadde satt fyr på en bossdunk. A, B, C og D ble tiltalt for grov mordbrann. A erkjente å ha utført handlingen og mente han fikk hjelp av én av de øvrige uten å ville nevne hvem. Det kunne ikke bevises at andre enn A påtente brannen. Spørsmålet var de øvriges medvirkningsansvar. Retten mente B, C og D hadde deltatt i avtalen om å påsette brannen og la til grunn at de burde ha grepet inn da de så hva A gjorde.

Suzanne Wennberg³² kritiserer dommen da der er uklart om domstolen ansvarliggjør B, C og D for *at de gjorde noe som de ikke burde gjort* eller for *at de ikke utførte en handling som de burde utført*. Dersom det var det sistnevnte som var grunnlaget, ble det rettet kritikk mot dommens manglende forklaring av hva som var grunnlaget for å oppstille en handlingsplikt. Wennberg mente det ikke kunne pålegges en handleplikt selv om det forelå en avtale da verken B, C eller D hadde tatt noen skritt for å gjennomføre planene³³.

Utgangspunktet om at straffansvaret til hver deltaker skal bedømmes selvstendig setter dermed grenser for hvilket innhold ansvarsvilkårene kan gis. Ansvarsvilkårene må inneholde vurderinger som kun fokuserer på om den passive deltakeren burde og kunne handlet annerledes slik at et eventuelt straffansvar utelukkende begrunnes i skyldprinsippet³⁴.

2.5 Forståelsen av skyldkravet ved passiv medvirkning

For at noen skal kunne straffes må de ha hatt den nødvendige skyld i tillegg til å faktisk ha utført den straffbare atferden. Hovedregelen er at det kreves forsett hos tiltalte jf. strl. § 21.

Den som «medvirker til overtredelsen» jf. strl. § 15 må for det første ha hatt forsett knyttet til hovedpersonens opptreden. Medvirkeren må ha hatt forsett om at det blir begått en overtredelse.

For det andre må forsettet dekke at hans egen handling eller unnlattelse «medvirker» til å begå overtredelsen jf. strl. § 15. Da det som nevnt innfortolkes tre ansvarsvilkår i vilkåret om «medvirker» ved unnlattelser må medvirkeren ha forsett om alle de faktiske forholdene som gjør

³⁰ Hovrätten för Västra Sverige, saksnummer: B 2957-00 og Hovrätten för Göta: saksnummer: B 158, B 180-00

³¹ Hovrätten för Västra Sverige, saksnummer: B 2957-00

³² Pensjonert strafferettsprofessor i Sverige

³³ Det Nordiske juristmøte (2002), del 1, side 626 og 627

³⁴ NOU 2014:10 s. 406

at de tre vilkårene er oppfylt. Dette innebærer at vedkommende må ha hatt forsett om at han kunne motvirket følgen dersom han foretok en aktiv handling. Videre må forsettet dekke de faktiske omstendighetene som var grunnlaget for at tilknytningen ble ansett for å være så sterk at den innebar en handlingsplikt. Til slutt må forsettet også ha dekket de faktiske omstendighetene som gjorde det rimelig å kreve den alternative aktive handlingen. Først når forsettet dekker alt dette har vedkommende forsett om at han «medvirker» til overtredelsen i tilfellene av passiv medvirkning.

Skyldvurderingen innebærer imidlertid noen utfordringer for vårt typetilfelle. Forarbeidene sier at «[e]n individuell bedømmelse av skyldkravet får også betydning dersom hovedlovbryteren handler på en måte som avviker fra det forsettet medvirkeren har. Medvirkeren har for eksempel utstyrt hovedlovbryteren med et våpen som skal lette gjennomføringen av et ran. Dersom hovedlovbryteren i tillegg begår et drap under ranet, kan medvirkeren ikke straffes for medvirkning til drap (dette kan stille seg annerledes om han var med og hadde plikt til å gripe inn, se ovenfor om passivitet eller om han burde forstå at våpnet ville bli brukt slik). Innenfor rammen av straffebudet gjør det seg i mindre grad gjeldende slike begrensninger, jf Rt-1974-622»³⁵.

Det er uklart hva forarbeidene mener med henvisningen til høyesterett her. I eksempelet forarbeidene bruker om ranet som går over til drap er det også usikkert om det menes at medvirkeren kan straffes for medvirkning til drap selv om «hovedlovbryteren handler på en måte som avviker fra det forsettet medvirkeren har» i de tilfellene det forelå en «plikt til å gripe inn»³⁶ for medvirkeren. Dette vil innebære at den som forholdt seg passiv til at ranet gikk over til drap kan risikere at man legger til grunn at den hadde forsett om drap – selv om det opprinnelige forsettet bare dekket ran – der vedkommende ikke oppfylte sin handleplikt i form av å gripe inn og motvirke drapet.

En slik forståelse av skyldvurderingen som forarbeidene legger opp til støttes av høyesterett i en dom hvor det ble uttalt noe om hvilket forsett som skal legges til grunn for den som hadde en handlingsplikt, men ikke grep inn når hendelsesutviklingen gikk lengre enn tiltenkt. Høyesterett uttaler at «der ein deltakar ikkje har oppfylt handleplikta som eg her har gjort greie for, vil forsettet for vedkomande deretter bli rekna å omfatte også det overskytande til det som var tenkt»³⁷.

³⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

³⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

³⁷ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 28

Jeg mener det er en svak begrunnelse at forsettet til den passive skal anses for å dekke det overskytende der vedkommende ikke har oppfylt handleplikten sin. Vedkommende kan ha hatt en handleplikt, men uten å raskt nok klare å forstå hva som er i ferd med å skje og derfor ikke oppfylt handleplikten. At vedkommende ikke oppfylte sin handlingsplikt trenger ikke å være ensbetydende med at vedkommende fikk et forsett om at eks. det nå var et drap som kom til å skje og ikke kun ran. Ofte kan hendelsesutviklingen også ha skjedd så fort at det kan stilles spørsmål ved om det kan bevises at forsettet endret seg underveis. Dette kan lett gå over i en vurdering av hva den passive *burde* forstått at var i ferd med og skje, i istedenfor hva den konkrete personen faktisk selv forstod. Jeg mener derfor at skyldvurderingen må vurderes konkret, individuelt og uavhengig av at handleplikten ikke ble oppfylt.

I den videre oppgaven skal ikke skyldkravet drøftes nærmere da det er innholdet i gjerningsbeskrivelsen ved vårt typetilfelle som er tema for oppgaven.

2.6 Lovskravet

Medvirkningsbestemmelsen er utformet generell. Det er ikke mulig å kun støtte seg på ordlyden i strl. § 15 for å vurdere om noen kan dømmes for passiv medvirkning. Ordlyden er som følger

«Et straffebed rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt»

Forarbeidene nevner at «[t]olkingsproblemer som knytter seg til hva som skal regnes som straffbar medvirkning, vil gjøre seg gjeldende. For en stor del må slike spørsmål, som før, finne sin løsning som ledd i den praktiske anvendelsen av det enkelte straffebed og i juridisk teori»³⁸.

Teorien har i lang tid diskutert ansvarsvilkårene som må innfortolkes i ordlyden «medvirker». Ved utformingen av ansvarsvilkårene har fokuset vært på å kun ramme de klanderverdige unnlatsene. Begrensingene som gjør seg gjeldende for ansvarformen har vært avgjørende³⁹, se punkt 2.1 ovenfor. Per i dag er det først når vilkårene om hindringssammenheng, tilknytning og rimelighet er oppfylt at den passive «medvirker til overtredelsen» rettslig sett.

Når man tolker ordlyden «medvirker til overtredelsen» jf. strl. § 15 for å utforme ansvarsvilkårene for passiv medvirkning må en tolke bestemmelsen i lys av våre konstitusjons- og konvensjonsforplikter. Legalitetsprinsippet jf. grunnloven § 96 (1) og våre folkerettslige forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 7 setter

³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410

³⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410 og 411

begrensninger for når man kan påstå at en atferd medfører straffansvar. Etter strl. § 14 kreves at atferden som påstås å være straffbar på forhånd må være definert som straffbar i lovgivningen.

Grunnloven § 96 (1) bestemmer at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov». Det er ikke tilstrekkelig for å oppfylle legalitetsprinsippet at straffetrusselen finnes i formell lov. Det stilles også «krav til klar hjemmel»⁴⁰ for at straffetrusselen kan påberopes mot et forhold. Ordlyden må selv eller med bidrag fra rettspraksis evne å klargjøre de handlinger som er straffbare⁴¹. Det er dette klarhetskravet som til tider kan være uklart om er oppfylt.

EMK art. 7 sier at ingen skal dømmes «på grunn av noen gjerning eller unnlattelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått». Dette er ikke bare et forbud mot lovers tilbakevirkende kraft, men omfatter også et krav om at det var tydelig at handlingen eller unnlattelsen «utgjorde en straffbar handling» da den ble begått. Kravet til at bestemmelsene er tilstrekkelig presise følger av sikker konvensjonspraksis⁴². Det tilkjennes imidlertid konvensjonsstatene en vid skjønnsmargin da det erkjennes at det er vanskelig å utforme bestemmelsene svært presise samtidig som at de skal kunne være anvendbare i takt med samfunnsutviklingen⁴³.

Ved vurdering av om en unnlattelse dekkes av «medvirker» jf. strl. § 15 må man med andre ord legge til grunn den naturlige språklige forståelsen. Ordlyden gir i stor grad assosiasjoner til at den først og fremst rammer aktive handlinger. Det er imidlertid også noen unnlattelsestilfeller som er naturlig å karakterisere som medvirkning. Det er likevel mindre naturlig å anse unnlattelsestilfeller for å være dekket av ordlyden og dermed må det være strenge ansvarsvilkår som legges til grunn ved unnlattelsestilfellene slik at ordlyden bare rammer de tilfeller som etter en naturlig språklig forståelse kan anses for å være dekket av ordlyden «medvirker».

Hvorvidt kravet til klar hjemmel er ivaretatt i de tilfellene personer dømmes for passiv medvirkning kan diskuteres. Det er imidlertid overaskende få⁴⁴ som har reist dette spørsmålet i norsk teori og det synes mer eller mindre å ha blitt akseptert at dagens medvirkningsbestemmelse i straffeloven § 15 er tilstrekkelig klar for å utlede de ansvarsvilkår som anvendes for å dømme for passiv medvirkning.

⁴⁰ Rt. 2012 s. 1211

⁴¹ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21

⁴² Se Sunday Times mot The United Kingdom (6538/74) avsnitt 49

⁴³ Se Sunday Times mot The United Kingdom (6538/74) avsnitt 49

⁴⁴ Frihet, forbrytelse og straff (2016), s. 323 og Forbrytelse og straff (2001) s. 74

Høgberg og Tyssebro påpeker i noen grad viktigheten av klar hjemmel i tilfellene for passiv medvirkning når de trekker frem viktigheten av at den straffbare handlingen er forutberegnelig. Det påpekes at straff vil ha størst preventiv virkning der man på forhånd kan vite at ens atferd kan bringe en i straffansvar⁴⁵. Man kan også se det fra det perspektivet at lovskravet er til for å sikre borgerne rettssikkerhet ved å sikre at ingen dømmes for handlinger som vanskelig kunnes forstås at var en straffbar handling. Da vil rettssikkerheten svære størst der man på forhånd kan vite at ens atferd kan bringe en i straffansvar.

Problemstillingen er viet større oppmerksomhet i dansk rett ved Nicolaj Sivan Holst sin avhandling⁴⁶. Han nevner at hjemmelkravet også må være oppfylt ved unnlater. «Uden lov, ingen straff»⁴⁷. For å straffe passiv atferd mener Holst man kan skille mellom det umiddelbare og det supplerende hjemmelsspørsmålet. Man må for det første vurdere «om den udviste adfærd [kan] henføres under en straffebestemmelse» og videre vurdere «[h]vad skulle personen alternativt have gjort for ikke at ifalde straf – Beskrivelsen af den alternative handling»⁴⁸. Han legger imidlertid til grunn at i hjemmelsspørsmålet i forhold til medvirkningssituasjoner «synes hensynet til opstillingen af en generel og almen passivitetsteori oftest at have haft førsteprioritet».

Gorm Toftegaard Nielsen har vært en av de første til å problematisere forholdet mellom passiv medvirkning og legalitetsprinsippet. Han tar opp at det er tolkningen av den generelle medvirkningsbestemmelsen som avgjør om legalitetsprinsippet er ivaretatt ved passiv medvirkning⁴⁹. Nielsen går ikke nærmere inn på denne vurderingen, men jeg tolker ham dithen at han mener at det absolutt ikke er klart om lovskravet er ivaretatt ved passiv medvirkning.

I tilfelle for passiv medvirkning er problemet at de ansvarsvilkårene som legges til grunn ved vurderingen av om en som er passiv «medvirker» jf. strl. § 15 er lite tilgjengelige. Dette skyldes nok at vilkårene er utviklet i samspill mellom teori og rettspraksis samt at rettspraksis ikke i klar nok grad konkretiserer hvilke ansvarsvilkår de operer med i saker om passiv medvirkning. Dette gjelder ikke bare der det er tale om medvirkningsansvar ved unnlater. Det samme gjelder i stor grad der det er tale om å ansvarliggjøre noen som *hovedperson* og ikke medvirker pga. en unnlater fordi de generelle ansvarsvilkårene er de samme⁵⁰.

⁴⁵ Om aktiv og passiv medvirkning (2013) s. 127

⁴⁶ Straffbar passivitet (2015)

⁴⁷ Straffbar passivitet (2015) s. 37

⁴⁸ Straffbar passivitet (2015) s. 66

⁴⁹ Voldelige kvinder : Der ikke kan slå en flue ihjel (2002) s. 597-598

⁵⁰ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 293

Når forståelsen av ordlyden «medvirker» i strl. § 15 i unnlattelsestilfellene kan avklares ved hjelp av rettspraksis er lovskravet som nevnt tilfredsstilt etter norsk rettspraksis og konvensjonspraksis, selv om de nærmere ansvarsvilkårene ikke følger av ordlyden⁵¹. Målet ved utformingsprosessen av straffetrusler er imidlertid ikke å kun forsikre seg om at man lovlig sett oppfyller kravene til utforming av straffetrusler. Det må i tillegg tilstrebes at straffetrusselen evner å ha en prevensjonseffekt. Det er dette siste poenget jeg mener dagens medvirkningsbestemmelse ikke evner til i god nok grad ved unnlattelsestilfellene. Det kunne vært aktuelt å vurdere hvorvidt man bør lovfeste de generelle ansvarsvilkårene en anvender i tilfeller av passiv medvirkning, se mer om vilkårene i punkt 2.7. Spørsmålet om lovfesting drøftes imidlertid ikke nærmere. Det er imidlertid viktig å bruke klarhetskravet som en grensesetting for hvor lang ansvaret kan trekkes.

Mange unnlattelser er intuitivt kritikkverdige, men dette er ikke avgjørende for om man kan straffe noen for en unnlattelse. Det følger nemlig av rettspraksis at «straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpest ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det»⁵².

2.7 Generelt om ansvarsvilkårene ved passiv medvirkning

2.7.1 Kravet til hindringssammenheng eller motvirkningssammenheng

Årsakskravet gjelder også ved passiv medvirkning. Spørsmålet har så vært hvordan årsakskravet skal forstås i unnlattelsestilfellene. Det er vanskeligere å utforme fordi unnlattelser ikke har påviselige virkninger i den ytre verden i motsetning til aktiv medvirkning. Det er bare antakelser om at følgen x skjedde fordi handlingen y ikke ble gjennomført. I slike tilfeller er det dermed en alternativ aktiv handling y som man ser for seg at den passive part kunne og burde foretatt.

Unnlattelsen må ha hatt en forårsakende evne for at den kan utløse ansvar⁵³. Rettspraksis har vært svært taus om hvilket årsakskrav som anvendes ved unnlattelser. Teorien har tatt til orde for å oppstille et vilkår om *hindringssammenheng*⁵⁴. Man stiller et krav om at det forelå en mulighet for den passive til å handle aktivt - fysisk eller psykisk – på en måte som ville ha motvirket hovedgjerningen⁵⁵.

⁵¹ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21 samt Kokkinakis mot Hellas (EMD-1988-14307) avsnitt 52, dom 22. november 1995 i saken S.W. mot Storbritannia (EMD-1992-20166)

⁵² Rt. 2012 s. 313 avsnitt 29 jf. Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9 og 12

⁵³ Straffbar unnlattelse (1942) s. 132

⁵⁴ Straffansvarets periferi (1999) s. 58

⁵⁵ Straffansvarets periferi (1999) s. 184

Det kan derfor være misvisende at vilkåret kalles *hindringssammenheng* fordi det er ikke krav om at den alternative aktive handlingen kunne hindre følgen fullt ut. Ansvarsvilkåret er oppfylt også der hvor handlingen ville motvirket følgen. En alternativ betegnelse på vilkåret kunne vært *motvirkningssammenheng*.

Årsaksforholdet anses oppfylt ved *aktiv medvirkning* selv om bidraget ikke var nødvendig for at virkningen skulle inntreffe. Det er tatt til orde for at det samme må gjelde ved unnlater⁵⁶. Formulert konkret innebærer det at passiviteten ikke trenger å ha vært den nødvendige årsaken til følgen for at vilkåret om hindringssammenheng skal anses oppfylt. Når en aktiv handling ville motvirket følgen anser man bidraget som unnlatsen representerte for å være ansvarsbetingende.

Jeg mener imidlertid at det kan diskuteres om det bør være en høyere terskel for å anse årsaksrelasjonen for å foreligge ved unnlater for fordi dette er vanskeligere å konstatere ved unnlater. Lignende meninger har blitt presentert av Ståle Eskeland. Han mener kravene som stilles til innvirkningsgraden må avgjøres etter de samme retningslinjer som gjelder for aktiv medvirkning. Han mener imidlertid også at «graden av innvirkning som kreves, generelt sett må være noe høyere for den passive medvirkning enn den aktive»⁵⁷. Å bli ansvarlig fordi man ikke forsøkte å fjerne et element som bidro til at hovedgjerningen kunne bli gjennomført er etter min mening strengt. En høyere terskel vil også bidra til at kun de klare tilfellene av årsaksrelasjon mellom unnlatsen og følgen blir rammet, hvilket er i samsvar med klarhetskravet, se punkt 2.6.

Det første generelle ansvarsvilkåret er dermed et krav om at det forelå hindringssammenheng eller motvirkningssammenheng.

2.7.2 Kravet til at det foreligger en tilknytning som begrunner handlingsplikt

Ofte er det uproblematisk å si at flere hadde mulighet til å gripe inn. Man kan imidlertid rett og slett ikke kreve at alle griper inn i alle situasjoner. For å begrense at ansvaret rammer alle og enhver som hadde mulighet til å gripe inn har juridisk teori og rettspraksis i samspill oppstilt et vilkår om tilknytning.

Det er et vilkår at det foreligger en tilknytning mellom den passive og enten hovedgjerningspersonen, offeret eller situasjonen. Dersom man har lagt til grunn at den passive kunne motvirket følgen, må man i forlengelsen av det spørre om det forelå en så sterk relasjon eller tilknytning mellom vedkommende og enten hovedforbryteren, offeret eller situasjonen at

⁵⁶ Frihet, forbrytelse og straff (2016) s. 350

⁵⁷ Strafferett (2017) s. 229

man kunne kreve at akkurat denne personen handlet aktivt. Dette kan være en vanskelig vurdering, men det utelukker muligheten til å ansvarliggjøre alle og enhver som hadde mulighet til å motvirke hendelsesforløpet. På denne måten begrenser man ansvaret til å kun ramme de som man med rimelighet kunne kreve at handlet annerledes. Da blir resultatet at det er de som kunne og burde handlet annerledes som rammes, hvilket er i samsvar med skyldprinsippet.

Når den tilstrekkelige relasjonen eller tilknytningen foreligger påhviler det vedkommende en handlingsplikt. Vilåret kunne også vært betegnet som *relasjonskravet*.

Det følger av forarbeidene at «[r]en passivitet normalt ikke vil være straffbar medvirkning»⁵⁸. Dette skyldes nettopp at den passive må ha hatt en spesiell oppfordring til å handle. Dette underbygges videre av at «[h]vis en person har en spesiell plikt til å hindre at en straffbar handling blir begått, skal det mindre til for at passivitet bedømmes som straffbar medvirkning»⁵⁹.

Det er ulike relasjoner som kan begrunne at det foreligger en handlingsplikt. Disse har vært diskutert etter hvert som sakene har kommet for domstolene. Det er ikke mulig å angi en generell rettssetning om når det foreligger så sterk tilknytning eller relasjon at handlingsplikten oppstår. Husabø behandler f.eks. spørsmålet om hvorvidt det foreligger en tilknytning som innebærer en handlingsplikt ved forholdet mellom foreldre og barn, ved ekteskap, ansvar for ting, overordningsforhold og felles kriminalitet⁶⁰.

Det andre generelle ansvarsvilkåret er dermed at det foreligger en slik relasjon eller tilknytning mellom den passive og enten hovedgjerningspersonen, offeret eller situasjonen at det er rimelig å oppstille en handlingsplikt.

2.7.3 Kravet til at det er rimelig å kreve den konkrete alternative handlingen

Også vilåret om rimelighet er utviklet i samspill mellom teori og rettspraksis og er særlig begrunnet i hensynet til at man ikke kan kreve det urimelige av noen og enda sikrere ikke kreve det umulige.

Vilkåret om rimelighet innebærer at i de tilfeller den passive hadde mulighet til å motvirke følgen og det påhvilde vedkommende en handlingsplikt, må den alternative aktive handlingen som en tenkte at vedkommende burde foretatt ha vært rimelig å kreve. En må for det første vurdere

⁵⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

⁵⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

⁶⁰ Straffansvarets periferi (1999) s. 186-196

konkret hva vedkommende alternativ burde gjort og om det var rimelig å kreve denne handlingen i det konkrete tilfellet.

En regel som krever urimelig mye av folk før de kan gå straffri vil ikke ha en sterk preventiv effekt fordi folk vil straffes selv om de gjorde alt de med rimelighet kunne. Dette er en virkning som strider grunnleggende mot det å ha straffebestemmelser. I verstefall kan det medføre at folk slutter å gripe inn på best mulig måte fordi de tenker at det uansett ikke er godt nok for å gå straffri. Hva som vil være rimelig å kreve av aktive handlinger beror på en helhetsvurdering hvor det er en avveining mellom hensynet til de uskyldige tredjepersonene og hensynet den handleplikten påhviler på.

Det tredje generelle vilkåret er således at den konkrete alternative aktive handlingen som en tenker at den passive personen heller burde foretatt må ha vært rimelig å kreve.

3 Kravet til tilknytning – et spørsmål om en kvalifiserende relasjon

3.1 Problemstillingen som kravet til tilknytning reiser for vårt typetilfelle

Som vi har sett under punkt 2.7.2 må det foreligge en kvalifiserende relasjon mellom den passive og enten gjerningspersonen, offeret eller situasjonen for at det påhviler den en handlingsplikt.

I dette kapitlet skal det drøftes om den passive deltaker som oppdager at en annen deltaker går utover det planlagte har en slik relasjon eller tilknytning til enten gjerningspersonen, offeret eller situasjonen at vedkommende får en handlingsplikt. Den som lar være å gripe inn der den har en handlingsplikt forsterker en fare som offeret er utsatt for. For vårt typetilfelle vil den deltakeren som lar være å gripe inn overfor en medsammensvoren som går lenger enn planlagt forsterke faren vedkommende selv skapte ved å i utgangspunktet planlegge å begå kriminalitet. Dersom vedkommende ikke hadde en så sterk relasjon at det var naturlig å forvente en aktiv handling er det ikke naturlig å si at vedkommende forsterket den faren som hovedpersonen hadde skapt, ved å ikke gripe inn.

3.2 Tolkning av gjeldende rett

Ordlyden i strl. § 15 sier ingenting om når det eksisterer en handlingsplikt. Vi må dermed se om forarbeidene til bestemmelsen gir bidrag i vurderingen om når det kan oppstilles en handlingsplikt.

Forarbeidene tar utgangspunkt i det generelle utgangspunktet om at «[h]vis en person har en spesiell plikt til å hindre at en straffbar handling blir begått, skal det mindre til for at passivitet bedømmes som straffbar medvirkning»⁶¹.

Forarbeidene nevner videre at passivitet fra en person kan «medføre medvirkningsansvar der det foreligger en forutgående, farevoldende handling»⁶². Det er naturlig å tolke uttalelsen slik at den passive deltakerens egne forutgående, farevoldende handlinger kan skape en sterk nok tilknytning til situasjonen slik at det utløser en handlingsplikt.

Spørsmålet er dermed om den passive deltakeren som var med på å planlegge en annen forbrytelse enn den som ble begått av hovedpersonen i utgangspunktet begikk en «forutgående, farevoldende

⁶¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

⁶² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

handling». En forutgående farevoldende handling foreligger etter en naturlig språklig forståelse når handlingen innebærer en konkret mulighet for at en skade kan inntreffe.

Den forutgående handling fra den passive part sin side er selve planleggingen om å begå kriminalitet. Det å planlegge å begå kriminalitet med andre innebærer alltid en fare da det er et steg på veien mot å krenke et annet retts gode. Det er en konkret mulighet for at planen fullbyrdes og at skaden dermed inntreffer. Dessuten vil planlegging med andre innebære en fare for at noen av de andre gjør noe annet enn avtalt simpelthen fordi man ikke kan være helt sikker på om de andre forholder seg til planen. De andre deltakerne kan kun instruere en annen deltaker, men kan aldri være helt sikre på at vedkommende gjør som avtalt.

Som en deltaker i planleggingen har man bidratt til at de andre deltakerne har kommet i en forbrytersk tankegang og skapt en mulighet for at noen av deltakerne får andre forbryterske tanker. Ved at man er flere kan man raskt risikere å gire opp en deltaker fordi vedkommende vet at han har støtte fra andre deltakere i å begå kriminalitet. Dette er med på å skape en konkret mulighet for skade.

På den annen side kan man trekke frem at det alltid vil foreligge en fare for at det man gjør kan få andre inn på forbryterske tanker. Det må likevel sies at dersom man solidariserer seg med andre om å begå kriminalitet har man satt i gang en prosess som skaper konkret fare for at planen også blir gjennomført. I tillegg skaper man en konkret mulighet for at faregraden eller arten av fare kan endre seg, ved at planlegging er et løst utgangspunkt om hva som kommer til å skje.

Denne forståelsen er i samsvar med eksempelet i forarbeidene på at «to personer er blitt enige om å banke opp en tredjeperson, men den ene mister besinnelsen og dreper offeret. Deltakelsen i overfallet medfører normalt en plikt for den andre til å gripe inn om mulig, og en neglisjering av plikten kan gjøre ham skyldig i medvirkning til drap»⁶³. Eksempelet er eksplisitt rettet mot det typetilfellet vi tar for oss og gir grunnlag for å slutte at den forutgående enigheten om å begå kriminalitet pålegger den passive parten å gripe inn dersom den andre parten går lenger enn planlagt.

⁶³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

Forarbeidene må tolkes slik at handlingsplikten eksisterer selv om det blir begått en annen kriminalitetstype enn planlagt da det avgjørende for pliktens eksistens er om man har begått en «forutgående, farevoldende handling»⁶⁴, hvilket man har gjennom planleggingen.

Det skal videre trekkes frem bidrag fra rettspraksis vedrørende spørsmålet om når en «forutgående, farevoldende handling»⁶⁵ pålegger en handlingsplikt.

I Rt. 1995 s. 355 ble det oppstilt en handleplikt for A da han ranet en kiosk sammen med B og oppdaget at B var i ferd med å knivstikke forhandleren C. I dommen ble det ikke eksplisitt nevnt noe om hva som var bakgrunnen for handlingsplikten, men en kan lese ut av dommen at handlingsplikten mest sannsynlig var begrunnet i den felles planleggingen av ranet, hvilket er en forutgående farevoldende handling. Hva som var årsaken til at det ble oppstilt en handlingsplikt i denne dommen ble imidlertid kommentert av høyesterett i Rt. 2010 s. 1630. Det ble da uttalt at «[e]g oppfattar det felles ansvaret for ranet, og [A] si sentrale rolle ved planlegginga og utføringa, som grunnlaget for å gi [A] ei handleplikt når [B] gjekk ut over det som opphavleg var avtalen». En kan dermed legge til grunn at det skal mindre til for å oppstille en handlingsplikt dersom man har hatt et fellesansvar samt en sentral rolle ved planleggingen forbrytelsen.

I Rt. 1995 s. 1228, Andrawes-saken, var faktum at en planlagt kapring gikk lenger enn planlagt da en av kaprerne drepte én av flykapteinene. Spørsmålet var om den passive kapreren hadde plikt til å gripe inn da en av de andre kaprerne var i ferd med å drepe flykapteinen. Dette var avgjørende for at utlevering – som var sakens tema – kunne gjennomføres. Ankeutvalget la til grunn medvirkeransvar for drap da de mente at «de som deltar i en flykapring – eller iallfall en flykapring av denne karakter som det her dreier seg om – må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringer med mindre det foreligger spesielle omstendigheter»⁶⁶.

Uttalelsen må forstås slik at den forutgående enigheten om deltakelse i en så faretruende handling påla deltakeren en plikt til å gripe inn mot drapet. Kapreren hadde dermed ved å planlegge kapringen gjennomført en forutgående farevoldende handling.

I Rt 2002 s. 1717, Orderud-saken var det ikke tale om overskridelse av planlagt kriminalitet. Dommen kan imidlertid anvendes til å si noe om når det oppstår en handleplikt pga. egne forutgående farevoldende handlinger. Flere ble skutt på Orderud gård og døde. A hadde kjøpt to

⁶⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

⁶⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412

⁶⁶ Rt. 1995 s. 1228 s. 1231

pistoler på det illegale markedet og overbrakt pistolene til drapsmennene. A forstod at pistolene ville bli brukt til å begå drap etter at pistolene var overlevert, men unnlot å gripe inn for å hindre at pistolene ble brukt til å begå drap.

Spørsmålet var om A kunne dømmes for medvirkning til drap. Høyesterett mente at A hadde «en handlingsplikt». Det ble lagt til grunn at ved overlevering av pistolene «regnet hun i det minste med at drap var en realistisk mulighet», men «[l]ikevel gjorde hun ikke noe for å avverge den faren hun hadde bidratt å skape»⁶⁷. A ble derfor dømt for sin passivitet. Dommen gir uttrykk for at uavhengig av hva A opprinnelig trodde våpenet skulle bli brukt til av de andre deltakerne hadde hun en plikt til å gripe inn da drap ble en så realistisk følge. Det kan dermed slutes at det påhviler en handlingsplikt når ens egne handlinger har utløst en realistisk mulighet for skade.

I Rt. 2009 s. 1365 var faktum at A hadde kontaktet torpedoen B for å få hjelp til å inndrive penger som C og D skyldte A. A skulle møte D og ta med seg torpedoen B. A og B hadde således planlagt å true D. Ved gjennomføringen rettet B et våpen mot hodet til D. Torpedoen B gjorde seg dermed skyldig i grove trusler jf. strl. § 264. Spørsmålet var om A medvirket til de grove truslene ved å ikke gripe inn mot B. Høyesterett la til grunn at «[s]elv om A ikke var klar over at B hadde pistol, eller at han kom til å true med den, så er det A som har initiert de straffbare handlingene ved å bestille «torpedoopdraget». Det var A som hadde penger å inndrive. I en slik situasjon må det kreves at A tar aktiv avstand fra Bs trussel med skytevåpen, for at A skal slippe unna medvirkningsansvar for dette forholdet».⁶⁸ Det kan således slutes fra dette at det ble oppstilt en handlingsplikt på bakgrunn av at A hadde «initiert de straffbare handlingene». Når man er initiativtaker er man bakgrunnen for at faren skapes. I slike tilfeller har man skapt en fare som egentlig ikke eksisterte og ens forutgående handling har dermed klart vært farevoldende. Således vil det enklere påhvile en handlingsplikt for den passive deltakeren der denne var initiativtaker.

I Rt. 2010 s. 1630 var faktum at A og B dro til en tredjeperson for å skaffe brennevin. Til stede på samme sted var også C som A og B kom i klammeri med. A og B begynte å dytte og slåss mot C. Uten av man vet hvem, oppdaget den ene av mennene en kniv på kjøkkenbordet. Han tok denne og stakk C i låret uten av den andre grep inn. Spørsmålet var om den passive av deltakerne hadde en plikt til å gripe inn. Høyesterett la til grunn at «[f]or handlingar som deltakarar har vore saman om å planleggje og å utføre, vil det såleis vere ei plikt til inngriping for ein deltakar der ein annan deltakar går lenger enn det som opphavleg var omfatta av forsettet. Ein slik annan deltakar kan

⁶⁷ Rt. 2002 s. 1717 side 1720

⁶⁸ Rt. 2009 s. 1365 avsnitt 26

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»⁶⁹.

Her uttaler høyesterett eksplisitt at den forutgående planleggingen medfører at en deltaker har plikt til å gripe inn dersom en annen deltaker går lenger enn planlagt.

I Rt. 2015 s. 1281 var faktum at A og B oppsøkte fornærmede C. B utførte innledende voldsutøvelse mot C og unnlot å gripe inn mot As påfølgende voldshandlinger. C døde som følge av voldshandlingene og spørsmålet i saken var om B passivt medvirket til drap da hun ikke grep inn mot A sine handlinger.

Ankeutvalget sa at i tillegg til passiv medvirkning hvor det har skjedd en forutgående planlegging kan ansvar for passiv medvirkning også være aktuelt i andre tilfeller. Det ble nevnt at dette gjelder «for eksempel dersom man sammen med en annen innleder en voldsanvendelse mot en tredjeperson, eventuelt gjør dette med den andre til stede, og man deretter ikke griper inn mot den andres videre voldsutøvelse selv om det er «tid og høve» til det»⁷⁰.

Det skal videre trekkes frem bidrag fra teorien for å løse problemstillingen.

Andenæs introduserte allerede i 1942 tanken om ansvar på grunn av forutgående handlinger. Han mente likevel at i de tilfellene man oppstiller en generell regel om ansvar på grunn av forutgåendene handlinger, kan man ikke nøye seg med at handlingen står i betingelsesforhold til resultatet⁷¹ fordi dette vil kunne innebære at ansvaret rekker for langt.

Andenæs har trukket frem graden av klander som en betingelse for å oppstille en handlingsplikt. Han uttaler at en forbryter som har godtroende hjelpere som yter en form for bistand til ham kan bli ansvarlig «dersom han fortsetter sin bistand etter at han er blitt klar over sammenhengen»⁷². Andenæs mener imidlertid at hjelperen ikke har «noen særlig plikt til å skrive aktivt inn». Unntak kan etter hans mening tenkes dersom «han har spilt en så vesentlig rolle under forberedelsen og er i den grad viklet inn i foretagendet at det vil være naturlig å betrakte hans passivitet som medvirkning».

Han trekker frem at «[e]n må iallfall alltid kreve, at den forutgående handling er av den art, at den ville ha medført ansvar dersom forsettet hadde vært til stede da den ble foretatt. Betingelsen er

⁶⁹ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26

⁷⁰ Rt. 2015 s. 1281 avsnitt 25

⁷¹ Straffbar Unnlatelse (1942) s. 289

⁷² Straffbar Unnlatelse (1942) s. 288

derfor at den medfører en ikke altfor fjern fare. Og dernest er det ikke alle former av farefremkallelse som egner seg til å tillegges rettslig relevans»⁷³. Han trekker frem et eksempel om en mann og elskerinne hvor mannen drepte sin kone for å kunne gifte seg med elskerinnen. Andenæs mener elskerinnen ikke kan dømmes for medvirkning til drap selv om hun inngår forholdet med et håp om at konen forsvinner ut av bildet så lenge hun ikke har gitt uttrykk for dette ønsket. Og enda mindre vil passiviteten bringe henne i straffansvar dersom hun ikke på forhånd har tenkt muligheten av en slik utvikling⁷⁴.

I nyere teori har det også blitt stilt spørsmål ved om den som har fremkalt en fare kan bli ansvarlig dersom den unnlater å gripe inn for å avverge skaden⁷⁵. Problemstillingen er imidlertid oppstilt generelt for unnlater. Det trekkes likevel frem at en må ta hensyn til «om farefremkallelse har funnet sted bevisst eller ubevisst, på lovlig eller ulovlig måte, og dessuten straffebudets art»⁷⁶. For vårt typetilfelle hvor farefremkallelse er bevisst fordi man aktivt har inngått avtale om å begå en forbrytelse og dermed også ulovlig vil det tale sterkt for et straffansvar dersom man ikke oppfyller handleplikten.

3.3 Slutning fra gjeldende rett

Det avgjørende for om det oppstilles en handlingsplikt i vårt typetilfelle er om den forutgående planleggingen med rimelighet kan karakteriseres som en «forutgående farevoldende handling». Der man har hatt et felles ansvar for forbrytelsen samt en sentral rolle under planleggingen vil planleggingen lettere karakteriseres som en «forutgående farevoldende handling». En handlingsplikt oppstår også når det kan legges til grunn at det foreligger en mulighet for en ytterligere skade enn det som var planlagt. Dessuten vil det være av betydning om man har vært initiativtaker eller ikke ved vurderingen av om det var tale om en «forutgående farevoldende handling».

Det legges videre til grunn at handleplikten er absolutt når deltakerne har vært sammen om å *planlegge og begynt å utføre forbrytelsen*. I et slikt tilfelle har den passive alltid en plikt til å gripe inn dersom hovedpersonen går lenger enn planlagt, for å ikke bli ansvarlig for det overskytende.

⁷³ Straffbar Unnlatelse (1942) s. 290

⁷⁴ Straffbar Unnlatelse (1942) s. 291

⁷⁵ Johs. Andenæs (2016) s. 143

⁷⁶ Johs. Andenæs (2016) s. 144

Rettspraksis trekker også forarbeidenes uttalelse om «forutgående, farevoldende handling» lenger til å ikke bare gjelder de tilfeller man har vært med på en forutgående planlegging, men også hvor «man har utført handlinger som satte den andres voldshandlinger i gang og deretter ikke griper inn mot den videre voldsutøvelsen selv om det var tid og anledning til det»⁷⁷. Det oppstilles dermed en handleplikt hvor man har utført handlinger som kan sette i gang andres straffbare handlinger basert på synspunktet om en forutgående farevoldende handling. Det kommer også tydelig frem i Orderud-saken hvor høyesterett la følgende til grunn om tiltalte: «da hun overleverte pistolene, regnet hun i det minste med at drap var en realistisk mulighet»⁷⁸. Dette ga henne en handlingsplikt som hun ikke oppfylte.

⁷⁷ Rt. 2015 s. 1281 avsnitt 25

⁷⁸ Rt. 2002 s. 1717 s. 1720

4 Kravet til hindringssammenheng – et spørsmål om mulighet

4.1 Problemstillingen som kravet til hindringssammenheng reiser for vårt typetilfelle

Vilkåret om hindringssammenheng bidrar til at kun de unnlåtelsene som står i en årsaksrelasjon til følgen rammes av straffansvar. Det er når den passive deltakeren hadde kunnskap om situasjonen og en faktisk mulighet til å motvirke hovedgjerningen, men unnlot å gjøre noe, at vedkommende oppfyller kravet til hindringssammenheng.

Dersom deltakeren ikke har hatt kunnskap om situasjonen som nødvendiggjorde inngripen, forelå det ingen mulighet for vedkommende å gripe inn. I mange tilfeller vil imidlertid deltakeren forstå at ting er i ferd med å gå utover det planlagte. Utfordringen for vårt typetilfelle er å svare på hva som må til for at man kan legge til grunn at den passive deltakeren hadde en faktisk mulighet til å motvirke hovedgjerningen.

Den rettslige problemstillingen som vilkåret om hindringssammenheng reiser er dermed når man kan legge til grunn at den passive deltakeren hadde mulighet for å motvirke den overskytende forbrytelsen hovedpersonen var i ferd med å begå.

Det er begrenset hvor konkret man kan besvare dette spørsmålet rent teoretisk på et generelt plan. Det skyldes at det problematiske ofte er hvorvidt vilkåret faktisk var oppfylt i den konkrete saken. Drøftelsen er derfor knappere enn de to øvrige vilkårene. Det skal imidlertid presenteres hvordan vilkåret må forstås rent teoretisk.

4.2 Tolkning av gjeldende rett

Det er nevnt ovenfor at en naturlig språklig forståelse av «den som medvirker til overtredelsen» jf. strl. § 15 tilsier at bidraget må stå i en årsakssammenheng med hovedforbrytelsen for å tale om fullbyrdet medvirkning.

For at en unnlåtelse kan kalles en årsak til en overtredelse må den passive part hatt et valg mellom å forholde seg passiv eller å gjennomføre en alternativ aktiv handling (fysisk eller psykisk).

Vedkommende må med andre ord ha hatt *mulighet* til å gripe inn. Kun da er det naturlig å tale om en årsakssammenheng mellom unnlåtelsen og hovedforbrytelsen. Dette skyldes at dersom vedkommende ikke hadde mulighet til å gripe inn kan ikke unnlåtelsen anses for å stå i årsakssammenheng til hovedforbrytelsen. Man hadde i en slik sammenheng ingen hindringsmulighet. Det forelå altså ingen hindringssammenheng.

Utgangspunktet tilsier dermed at så fremt det forelå en mulighet for den passive å gripe inn er vilkåret om hindringssammenheng oppfylt. Det er imidlertid ikke alltid enkelt å si når man rettslig sett kan si at det forelå en *mulighet* til å gripe inn.

Etter forarbeidene kreves kun inngripen «dersom det er mulig»⁷⁹. En naturlig språklig forståelse av uttalelsen er at den passive deltakeren må ha hatt kunnskap om at det er behov for inngripen og at det forelå en konkret handling som ville ha hindret eller motvirket følgen som var gjennomførbar.

Det skal videre trekkes frem rettspraksis som bidrar til å svare på spørsmålet om når man kan legge til grunn at den passive deltakeren hadde mulighet for å motvirke den overskytende forbrytelsen.

I Rt. 1992 s. 810 hvor en beruset bileier overlot bilen til en beruset kammerat ble det lagt til grunn at bileieren hadde «mulighet til å gripe inn mot den hasardiøse kjøringen». Rettspraksis legger avgjørende vekt på om det var gjennomførbart for bileieren å prøve å stanse den berusede kompisen. Det avgjørende for om man kunne anse det som mulig å gripe inn var dermed ikke om man vil *oppnå å stoppe* hovedforbrytelsen. Det er muligheten for *å gripe inn* som er avgjørende.

I Rt. 1995 s. 355 hvor A under et ran ble vitne til at B trakk frem en kniv og knivstakk den ansatte uten å på forhånd vite at B hadde tatt med kniven inn i forretningen krevde høyesterett at A burde forsøkt å «avbryte ranet og det videre hendelsesforløpet»⁸⁰. Her må det innfortolkes at aktivitet ble krevd fordi høyesterett mente at det for A var påregnelig at B kunne komme til å bruke kniven mot fornærmede da B trakk den frem. Det er mer uklart om de mener at det faktisk var en alternativ aktiv handling som var mulig å gjennomføre for A fordi de, som lagmannsrettens flertall, la til grunn at A «ikke [hadde så] mye tid på seg til å gripe inn»⁸¹. Uttalelsen kan også tolkes dithen at A hadde mulighet til å foreta alternative aktive handlinger, men at de måtte skje ganske raskt for å være virkningsfulle.

I Rt. 1995 s. 1228, Andrawes-saken som presentert under punk 4.2, var spørsmålet om det forelå skjellig grunn til mistanke om at A hadde begått medvirkning til drap i forbindelse med en utleveringssak. Ankeutvalget sa at den som deltok i en flykapring som denne «må ha et medvirkeransvar for drap som skjer under kapringen med mindre det foreligger spesielle

⁷⁹ NOU 1992:23, s. 77

⁸⁰ Rt. 1995 s. 355 på side 356

⁸¹ Rt. 1995 s. 355 s. 356

omstendigheter som peker i motsatt retning»⁸². Det fremstår som om ankeutvalget mente at fordi en drapshandling lå innenfor den påregnelige utviklingen av kapringen hadde A en mulighet til å se behovet av at inngripen kunne komme til å være nødvendig og således var det mulig å gripe inn.

Selv om det i Rt. 2010 s. 1630 ikke på forhånd var planlagt å begå kriminalitet kan dommen brukes til forståelse av akkurat kravet om hindringssammenheng. Her sa høyesterett at for handlinger som deltakere har vært sammen om å planlegge vil det være en plikt til «inngriping» for en deltaker når andre deltakere går lenger enn det som var planlagt.⁸³ Denne må da «gjere noko» for å avbryte handlingen eller utvidingen⁸⁴. Begge formuleringene taler for at det kreves en innsats i form av at man utfører en handling som aktivt forsøker å motvirke utviklingen av hendelsesforløpet. Uttalelsen må også tolkes slik at det ikke er avgjørende om man oppnådde å motvirke hendelsesutviklingen, men det avgjørende er om man gjorde noe for å forsøke å stoppe den.

Høyesterett uttalte også at det må «vere tid og høve» til å utføre den alternative aktive handlingen. Uttalelsen peker i retning av at det må være faktisk mulig å gjennomføre en aktiv handling som er egnet til å motvirke hendelsesforløpet. De uttaler videre at her inngår «at ein deltakar må ha tid og grunnlag for å områ seg, sjølv om dette vil måtte variere etter kva situasjonen er»⁸⁵. Denne uttalelsen må forstås slik at vedkommende må få tid til å selv oppfatte det som nødvendig å reagere og tid til å ta stilling til å hva han kan gjøre. At en slik tankeprosess tar noe tid må dermed medregnes i vurderingen av om det forelå *mulighet* til å gripe inn.

Da konklusjonen ble opphevelse i Rt. 2010 s. 1630 foreligger det en ny dom fra lagmannsretten i saken. Konklusjonen i den nye dommen fra lagmannsretten⁸⁶ ble at A ikke kunne dømmes som medvirker fordi det måtte legges til grunn at knivstikkingen hadde skjedd så raskt og plutselig at det ikke var naturlig å si at det var *mulig* for A å gripe inn.

Det skal videre trekkes frem reelle hensyn som bidrar til å løse problemstillingen.

Det er rimelig å kreve en viss aktivitet fra den passive deltaker når hendelsesutviklingen går annerledes enn planlagt. Utviklingen innebærer en fare som vedkommende har bidratt til ved å ha

⁸² Rt. 1995 s. 1228 på s. 1231

⁸³ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26

⁸⁴ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26

⁸⁵ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 27

⁸⁶ LB-2011-11169

solidarisert seg om å begå kriminalitet uavhengig av kriminalitetstype. Man har på sett og vis satt den andre deltakeren i en forbrytersk tankegang som innebærer en risiko for fare i seg selv.

På hvilket tidspunkt man mener det har vært mulig å gripe inn må etter min mening styres ut fra prevensjonshensynet da straffeinstituttet bygger på blant annet dette⁸⁷. Prevensjonshensyn og forutberegnelighet henger sammen⁸⁸. Dersom vedkommende rent faktisk ikke hadde mulighet til å gjennomføre en aktiv handling eller til å skjønne at det var behov for å gripe inn og man likevel legger til grunn at det forelå en hindringssammenheng, vil det ikke være forutberegnelig når straffansvaret inntreffer. Slik Høgberg og Tøssebro skriver er det først og fremst den forutberegnelige straff som vil ha en preventiv virkning.

4.3 Slutning fra gjeldende rett

Kravet om hindringssammenheng innebærer at den passive må gripe inn dersom en av de andre deltakerne som hovedperson(er) går lenger enn planlagt når det er *mulig*. En tolkning av forarbeidene tilsier at det må ha foreligget en konkret handling som ville ha hindret eller motvirket følgen og som var gjennomførbar.

Videre kan tilsier rettspraksis at det må ha vært mulig for den passive deltaker å se behovet inngripen. Med andre ord må behovet for inngripen ha vært påregnelig for den passive deltakeren for at det er naturlig å si at det var en *mulighet* til å gripe inn.

Det legges videre til grunn at det som er i fokus ved vurderingen av om det forelå en mulighet ikke er hvorvidt den passive deltakeren hadde en mulighet til å *oppnå* stoppe hovedforbrytelsen, men *om* vedkommende hadde *mulighet til å gripe inn*.

Videre er det ved tvil rimelig å se hen til prevensjonshensynet ved vurderingen av om det er naturlig å legge til grunn at det forelå en mulighet for inngripen. Dersom det fremstår uklart hvordan den passive kunne gjennomført handlingen bør hensynet til at det vil være lite forutberegnelig å bli i dømt straffansvar veie tungt. Når man ikke kan forutberegne at den atferden man utviser kan bringe en i straffansvar vil et slikt ansvar oppnå ingen eller lite prevensjonseffekt.

⁸⁷ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 77

⁸⁸ Om aktiv og passiv medvirkning (2013) s. 127

5 Kravet til rimelighet – et spørsmål om kravet til innsats

5.1 Problemstillingen som kravet til rimelighet reiser for vårt typetilfelle

Når en har lagt til grunn at den passive hadde en handlingsplikt og det forelå kunnskap om situasjonen samt faktisk mulighet for å gripe inn mot hovedforbrytelsen må man vurdere om det var rimelig å kreve den konkrete alternative handlingen man mener vedkommende burde foretatt.

Rimelighetskravet følger ikke av noen ordlyd, men teori og implisitt av rettspraksis ved at det kun nevnes en handling den passive burde foretatt dersom den var rimelig å kreve. Også lovgivers egentlige unnlatesdelikter, hvor unnlatsen er direkte formulert i straffebudet, viser at lovgiver kun ønsker å begrense handlingspliktene til der det er rimelig⁸⁹.

I rettspraksis og teori er det trukket frem momenter som vurderes i rimelighetsvurderingen ved passiv medvirkning. Nedenfor er de momentene som særlig gjør seg gjeldene for vårt typetilfelle som er trukket frem. Det er disse momentene som må anvendes ved vurderingen av hva som må til for å dømmes for passiv medvirkning ved vårt typetilfelle.

Rimelighetsstandarden er en rettslig standard som til enhver tid vil være relativ i forhold til situasjonen. Vurderingene av hva som var rimelig å kreve må derfor være basert på en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet. Det er en helhetsvurdering av hvor mye innsats som kan kreves fra den passive for at han skal kunne gå straffri.

Man kan ikke forvente det umulige av noen. I tillegg kan det foreligge flere ulike handlingsalternativer i én situasjon. Da må man vurdere rimeligheten av alle handlingsalternativene.

5.2 Arten av og graden av fare som den passive deltakeren bidro til

Når formålet med rimelighetskravet er å begrense den påkrevde innsatsen til det rimelige er det naturlig å se hen til arten og graden av fare som den passive deltakeren selv har bidratt med. Dette er relevant da dette sier noe om «[plikdens intensitet]»⁹⁰.

Dersom deltakeren har bidratt til at alvorlige interesser setter på spill er det også rimelig å kreve en større innsats. Dersom alvorlighetsgraden til hovedforbrytelsen er høy, er det rimelig å kreve en større innsats. Hvis man ilegger medvirkningsansvar for krenkelser av bagatellmessig karakter kan

⁸⁹ For. eks. straffeloven §§ 287 og 288

⁹⁰ Straffbar Unnlåtelse (1942) s. 459

ansvaret raskt rekke for vidt. Alvorlighetsgraden er derfor av betydning fordi medvirkningsansvaret er skjønsmessig, og mer vidtrekkende tolkninger kan stå i strid med legalitetsprinsippet⁹¹. Momentet er også trukket frem i den juridiske teori hvor Andenæs nevner at vurderingen må ta hensyn til «de interesser det gjelder»⁹². Også deltakelsesgraden kan spille inn. Som initiativtaker⁹³ forventes større innsats enn der vedkommende «kun» er en som er med på å gjennomføre andres planer.

For passiv medvirkning generelt kan det være utfordrende å si hva som stod på spill fordi det kun er en hypotetisk antakelse. Det er ofte vanskelig å vite sikkert eks. hvilke farer som stod på spill for den passive deltakeren dersom den grep inn selv om man vet hvilke interesser som stod på spill for den fornærmede.

Overført til vårt typetilfelle innebærer dette at innsatsen man krever fra den passive deltakeren vil avhenge av i hvor stor grad vedkommende var årsak til at det ble skapt en fare for at den konkrete overskridende handlingen skulle bli begått av hovedforbryteren. Dersom det er tale om at forbrytelsen ble endret i gradsnivå er det naturlig å si at den passive var stor årsak til at faren ble skapt. Noe annet vil være dersom forbrytelsen ble endret i karakter. Da har ikke vedkommende i like stor grad vært årsak til faren nettopp fordi farens karakter ble en annen enn den planlagte.

Dermed er faren som den passive på forhånd utsatte uskyldige tredjepersoner for et moment av betydning. Dette trakk høyesterett frem i Rt. 1995 s. 1228, Andrawes-saken. I dommen var det et viktig moment i vurderingen av hva man kunne kreve av den passive kapreren at det var livet til de uskyldige tredjepersonene som var satt på spill. Dette medførte at det ble påkrevd at den passive kapreren grep inn selv om dette kunne vært farlig for hennes eget liv. Høyesterett trakk dermed inn betraktninger om at arten av fare og faregraden man hadde skapt var relevant å se på i vurderingen av hva man kan kreve av innsats.

5.3 Farens retning

I Rt. 2010 s. 1630 viste høyesterett til lagmannsrettens uttalelse om at det i saken handlet «om en kortvarig, manglende aktivitet i forhold til en brå og uventet endring i hendelsesforløpet, vurdert

⁹¹ Strafferett (2017) s. 225

⁹² Straffbar Unnlatelse (1942) s. 458

⁹³ Rt. 2009 s. 1365

opp mot at det var tilstrekkelig tid og mulighet til å reagere[...]».⁹⁴ Her er det et moment av betydningen hvorvidt endringen i hendelsesforløpet var «uventet» eller ikke.

Dette tilsier at det er relevant å vurdere hvilke farer som var ventet og uventet i relasjon til den forutgående farevoldende handlingen til den passive deltakeren. Dette kan formuleres som en vurdering av om den overskytende hendelsesutviklingen lå i farens retning eller ikke dvs. om den overskytende forbrytelsen som hovedforbryteren begikk var en påregnelig utvikling av den faren man som passiv deltaker i utgangspunktet hadde skapt.

Den forutgående farevoldende handlingen – planleggingen – til den passive deltaker peker i ulik grad mot farer. Dette vil selvsagt være faren for at den planlagte forbrytelsen blir fullbyrdet, men også faren for gradsendinger av den planlagte forbrytelsen vil normalt ligge i farens retning fordi det er allmenn kjent at ting ikke alltid går som planlagt. Hva som lå innenfor farens retning har noe å si for hvilken hendelsesutvikling som var påregnelig for den passive deltakeren og dermed ha betydning for hva man kunne forvente av vedkommende. Det som er påregnelig er lettere å forberede seg imot og dermed er det også rimelig å kreve større innsats hvor hendelsesutviklingen var påregnelig.

Som nevnt vil man måtte si at gradsendinger, altså kvantitative endringer av den planlagte forbrytelsen normalt vil ligge i farens retning, slik at det er rimeligere å kreve en større innsats av inngripen i disse tilfellene. Et eksempel er hvor det simple ranet går over til et grovt ran. Dette vil være i motsetning til tilfeller hvor forbrytelsen ble av en helt annen karakter enn den planlagte, altså kvalitative endringer. Dette vil eksempelvis være et innbrudd som går over til en voldtekt av en beboer. En karakterendring av forbrytelsen kan ikke utelukkende medregnes at vil skje. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det var planlagt eks. en kroppskrenkelse, men som gikk over til kroppsskade. Dette kan betegnes som endring av karakter, men kan også betegnes som en gradsending, hvilket må medregnes. En karakterendring vil etter min mening først foreligge hvor det er vesentlig andre rettsgoder enn de planlagte som krenkes.

Der det er tale om endring av karakteren på forbrytelsen er den passive deltakeren som regel dårligere psykologisk forberedt på å gripe inn. Dermed må det tilkjennes mer tid for å foreta vurderinger og overveielser enn hvor det er tale om gradsendinger.

Ved karakterendringer vil situasjonen i noen grad ligne på de tilfellene hvor man uventet blir vitne til at noen begår kriminalitet. I et slik tilfelle vurderer man om man skal gripe inn og i tilfelle hva

⁹⁴ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 25

man kan gjøre. En person som har deltatt i planlegging av kriminalitet med andre har ikke mulighet for å vite hva som skjer i hodet til de andre deltakerne og kan dermed ikke forestille seg alle mulige hendelsesutviklinger som kan skje. Ofte kan forbrytelsen bli en helt annen enn det den passive ville vært villig til å planlegge i utgangspunktet. Dersom man krever en for stor innsats fra den passive når forbrytelsen blir av en annen karakter enn den planlagte kan man risikere å sanksjonere noen som oppriktig aldri ville vært med på å planlegge den overskytende handlingen. I et slikt tilfelle vil straffen ha veldig liten preventiv effekt i og med at det forbryterske sinnelaget man forsøker å «rette opp» ikke eksisterer.

I Rt. 1995 s. 355 krevde høyesterett at A burde ha grepet inn når han så at meddeltakeren B trakk fram en kniv under ranet. Den kioskansatte C døde som følge av knivstikk B påførte ham. Det må legges til grunn at det for A før ranet var igangsatt, ikke fremstod påregnelig at A kunne komme til å drepe C. Det ble dessuten trukket frem at A hadde kort tid på å foreta seg noe. Dommen krevde likevel at A burde ha grepet inn mot B uten å konkretisere akkurat hva som var rimelig å kreve av ham. Dommen kan kritiseres fordi den kun fremstår som en teoretisk vurdering av situasjonen og ikke en faktisk vurdering. Det blir sett helt bort fra at når A og B på forhånd ikke hadde planer om å bruke kniv for å gjennomføre ranet fremstår knivbruken til B som upåregnelig for A. Når noe upåregnelig inntreffer er det som nevnt alminnelig kjent at man trenger mer tid på å områ seg enn dersom noe er påregnelig, fordi man da allerede på forhånd kan ha gjort seg oppe noen refleksjoner. Når A her i utgangspunktet ikke «[hadde så] mye tid på seg til å gripe inn»⁹⁵ blir det å kreve at han grep inn både vagt og lite rimelig.

Der hendelsesutviklingen var svært upåregnelig er det ikke naturlig å legge til grunn at den passive deltakeren skapte en konkret fare for den hendelsesutviklingen, og dermed ikke rimelig å kreve stor grad av inngripen.

Også Rt. 1995 s. 1228, Andrawes-saken gir inntrykk av at høyesterett ser hen til om faren var en hendelsesutviklingen var påregnelig. Det ble uttalt 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»⁹⁶. Uttalelsen tolkes slik at høyesterett mente at man kunne kreve den konkrete innsatsgraden fordi det var påregnelig at drap kunne bli en følge av den bevæpnede kapringen.

⁹⁵ Rt. 1995 s. 355 s. 356

⁹⁶ Rt. 1995 s. 1228 s. 1231

Slike påregnelighetsbetraktninger har også støtte i teorien hvor temaet «pårekneleg fare»⁹⁷ trekkes frem som et moment av betydning ved vurderingen av hva som kreves for å bli ansvarlig for passiv medvirkning.

Også Husabø diskuterer hvorvidt en passiv deltaker kan bli medvirkningsansvar dersom en annen deltaker går lenger enn avtalt fordi han ikke grep inn⁹⁸. Han trekker særlig frem dommen fra Rt. 1995 s. 355 og Rt. 1995 s. 1057 og uttaler at «[v]ed slik kriminell verksemd som ran og flykapring er det ein klart påreknelig fare for endå mer alvorlige brotsverk». Husabø sin uttalelse kan forstås slik at han mener at faren må være påregnelig for at det er rimelig å kreve at vedkommende grep inn. Han tolkes slik at ved vurderingen av hvilken innsats som kreves må man ikke kun se på hvorvidt vedkommende har skapt faren, men også hvorvidt faren var en påregnelig følge av handlingene til vedkommende.

Påregnelighetsbetraktninger har etter min mening også innvirkning på hvor mye man kan kreve at den passive ofrer av egne interesser, se punkt 5.4.

5.4 Farer som den alternative handlingen ville medføre for den passive deltakeren selv

Ved vurderingen av hvilken innsats man kunne kreve av den passive er det relevant å se på hvilken fare den alternative handlingen innebar for denne selv. Dette ble ikke eksplisitt nevnt i Rt. 1995 s. 1228, Andrawes-saken. Det må imidlertid forstås slik at det ble det lagt til grunn at den passive kapreren burde grepet inn mot den andre kapreren da denne var i ferd med å skyte og drepe den ene flykapteinen. Dette på tross av at dette kunne vært farlig for henne selv. Selv om det å gripe inn mot den bevæpnede kapreren kunne vært farlig, ble dette krevd da den passive deltakeren gjennom sin forutgående planlegging og iverksettelse av flykapring utsatte et helt fly med uskyldige personer for livsfare.

Liknende betraktninger er trukket frem i eldre teori når det er uttalt at i vurderingen av hva som kan kreves må en «ta hensyn til individuelle vanskeligheter og oppofrelser»⁹⁹. I vurderingen av hvilke farer den alternative handlingen kunne innebåret for den passive deltakeren har det også blitt tatt til orde for at man kan se hen til faren for at den passive selvinkriminerer seg¹⁰⁰.

⁹⁷ Straffansvarets periferi (1999) s. 195-196

⁹⁸ Straffansvarets periferi (1999) s. 194

⁹⁹ Straffbar Unnlatelse (1942) s. 458

¹⁰⁰ Straffbar Unnlatelse (1942) s. 461

For vårt typetilfelle vil den passive deltakeren sjeldent kunne høres med at den alternative handlingen innebar en fare for denne. Dette skyldes etter min mening det forhold at den som avtaler å begå kriminalitet sammen med andre, allerede ved planleggingen har bidratt til å skape en risiko for fare for offeret. Dersom man har bidratt til å skape en risiko for at andres rettsgoder står i fare er det rimelig å kreve at man setter egne rettsgoder til side for å beskytte rettsgodene til den uskyldige tredjeperson dersom hovedforbryteren går lenger enn planlagt.

Den passive deltakeren kan etter min mening i større grad høres med at den alternative handlingen innebar en fare dersom hendelsesutviklingen var upåregnelig. Dersom hendelsesutviklingen var upåregnelig er det mindre sannsynlig at den passive deltakeren, under planleggingen skapte en risiko for fare for de rettsgoder som faktisk ble krenket. Dersom bidraget til å skape en risiko for fare er mindre er det også rettferdig at den passive deltakeren ofrer mindre av sine interesser.

Et eks. er der to personer planlegger å begå innbrudd i et lager. Alle deltakerne tenker i utgangspunktet at de gjennom planleggingen har skapt en risiko for formuestap for eieren av lageret. Under selve innbruddet oppdager én av gjerningspersonene en person som oppholder seg på lageret. Denne deltakeren angriper og voldtar vedkommende, mens den andre deltakeren forholder seg passiv. Her kan man si at den deltakeren som forholdt seg passiv i liten grad kunne medregne at innbruddet kunne gå over til en voldtekt. Vedkommende skapte liten eller ingen fare for at det skulle bli begått en voldtekt da han planla innbruddet og det bør derfor i mindre grad kreves at vedkommende ofrer egne interesser dersom hovedpersonen eksempelvis var bevæpnet eller lignende. Dette vil være motsetning til om den passive deltakeren fra starten hadde skapt en fare for voldtekt.

5.5 Tiden den passive deltakeren hadde til å områ seg på

Man kan ikke forvente det umulige av noen. Det er derfor helt nødvendig å se hen til de handlingsalternativer som stod til medvirkerens rådighet ved vurderingen av hvilken innsats man kunne kreve.

I ettertid kan det være enkelt å peke på flere handlingsalternativer som man mener den passive medvirkeren heller kunne og burde foretatt. Det må imidlertid vurderes ut fra tiden medvirkeren hadde til å områ seg, samt hvor uventet endringen var i hendelsesforløpet¹⁰¹. Dette ble trukket frem av høyesterett i Rt. 2010 s. 1630 hvor det ble påpekt at det var uklart hvorvidt

¹⁰¹ Strafferett (2017) s. 226

lagmannsretten¹⁰² hadde tatt i betraktning den knappe tiden tiltalte hadde til å reagere. Dommen fra lagmannsretten ble derfor opphevet. Da saken ble behandlet for lagmannsretten på ny ble konklusjonen frifinnelse for medvirkeren nettopp fordi den knappe tiden han hadde hatt til rådighet tilsa at det ikke var rimelig å kreve den aktuelle aktive handlingen¹⁰³.

¹⁰² LB-2010-36221

¹⁰³ LB-2011-11169

6 Avsluttende betraktninger

Vi har sett på hva som må til for at deltakere som har planlagt kriminalitet med andre kan dømmes for passiv medvirkning til den overskytende straffbare handlingen når noen av deltakerne går utenfor det som var planlagt. Som vi har sett oppstilles et vilkår om at det forelå en tilknytning, hindringssammenheng samt at den alternative aktive handlingen var rimelig å kreve.

Man kan først si noe om de tre vilkårenes eksistens og forankring. Vilråene har etter min mening ingen eller dårlig forankring i ordlyden. Vilråenes eksistens er intuitivt forståelig når man tar utgangspunkt i at ansvarsformen må begrenses til det medvirkningsbestemmelsen har vært ment å ramme. Da noen type unnlaterer kan rammes av ordlyden «medvirker» er vilråene egentlig ment å innskrenke det strl. § 15 rammer slik at bestemmelsen ikke rekker for vidt. Innskrenkende tolkning av et straffebud er fullt lovlig. Etter min mening oppstår problemet når avgrensingskriteriene – de tre vilråene – har så svak forankring i ordlyden. Samtidig som de innskrenker strl. § 15 fra å ramme alle unnlaterer fungerer de som vilkår som bestemmer om en unnlaterer regnes som medvirkning eller ikke. De er med andre ord en retningslinje om hva man må gjøre for å ikke bli ansvarlig for passiv medvirkning. Når disse retningslinjene er så skjult fra en alminnelig borger mener jeg man fratar borgerne en stor mulighet til å opptre lovdydig.

For en alminnelig borger som er med på å planlegge kriminalitet er det tilnærmet umulig å vite når unnlateren fra å gripe mot en annen deltaker som går lenger enn planlagt er straffbar. Man har sett at rettspraksis samt teori er enige om at det må eksistere en handlingsplikt i slike tilfeller.

Lovskravet kan som nevnt være oppfylt dersom beskrivelsen av den straffbare handlingen i strl. § 15 kan finnes ved hjelp av rettspraksis. Problemet for vårt typetilfelle er at rettspraksis etter min mening er for vage i forhold til hvilke rettslige vurderinger som legges til grunn i saker for vårt typetilfelle. Dermed kan man stilles spørsmål ved om beskrivelsen av den straffbare handlingen faktisk kommer frem ved hjelp av rettspraksis.

Jeg mener dermed at dagens ansvarsvilkår som legges til grunn for vårt typetilfelle og passiv medvirkning generelt har gode grunner for seg, men at de imidlertid ikke har forankring i ordlyden. Jeg mener også at rettspraksis ikke bidrar til oppklaring av innholdet i den straffbare handlingen på en slik måte at lovskravet kan anses oppfylt. Når så essensielle ansvarsbetingelser ikke fremgår av ordlyden i tillegg til at høyesterett ikke uttrykkelig viser hvilke rettsvurderinger de legger til grunn blir borgerne bedømt etter vilkår som de ikke har hatt mulighet til å innrette seg etter på forhånd. Det mener jeg er et rettssikkerhetsproblem.

Litteraturliste

Norsk juridisk litteratur

- Straffbar unnløtelse (1942) Andenæs, J., & Universitetet i Oslo Det juridiske fakultet. (1942). *Straffbar Unnløtelse : Et Bidrag Til Strafferettsdogmatikken*. Oslo: Tanum.
- Straffansvarets periferi (1999) Husabø, E. (1999). *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk, førebuing*. Bergen: Universitetsforlaget.
- Forbrytelse og straff (2001) Slettan, Øie, & Øie, Toril M. (2001). *Forbrytelse og straff*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Medvirkning til straffbare handlinger; hovedpunkter (2008) Matningsdal, M. (2008). *Medvirkning til straffbare handlinger; hovedpunkter*. Jussens Venner, 43(6), 357-383.
- Om aktiv og passiv medvirkning (2013) Alf Petter Høgberg og Henriette Nilsson Tøssebro. (2013). *Om aktiv og passiv medvirkning*, Rettssikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland 2013 s. 123-148, Cappelen Damm.
- Johs. Andenæs (2016) Johs. Andenæs. (2016). *Alminnelig strafferett*. 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther. Oslo: Universitetsforlaget
- Frihet, forbrytelse og straff (2016) Grønning, Jacobsen, Husabø, Jacobsen, Jørn R.T, & Husabø, Erling Johannes. (2016). *Frihet, forbrytelse og straff*. En systematisk framstilling av norsk strafferett. Bergen: Fagbokforlaget.
- Strafferett (2017) Eskeland, S., & Høgberg, A. (2017). *Strafferett* (5. utg. ved Alf Petter Høgberg. ed.). Oslo: Cappelen Damm akademisk.

Internasjonal juridisk litteratur

- Strafferettens almindelige del: 1 : Ansvarslæren (1997) Waaben, K. (1997). *Strafferettens almindelige del: 1 : Ansvarslæren* (4. rev. udg. ed., Vol. 1). København.
- Det Nordiske juristmøte (2002) Det Nordiske juristmøte. (2002). *Förhandlingarna vid det 36. nordiska juristmötet i Helsingfors 15.-17. augusti 2002 : Del. 1*. Jyväskylä: Kirjapaino.

Voldelige kvinder : Der ikke kan slå en flue ihjel (2002)

Toftgaard Nielsen, G. (2002). *Voldelige kvinder : Der ikke kan slå en flue ihjel*, Festskrift till Nils Jareborg s. 595-606. Uppsala.

Strafbar passivitet (2015)

Holst, Nicolaj Sivan. (2015). *Strafbar passivitet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2015.

Lover

Strl.

Lov om straff av 20. mai 2005

Forarbeider

NOU 1992:23

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser - Straffelovkomisjonens delutredning V

NOU 2014:10

NOU 2014:10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern

Ot.prp.nr.90 (2003-2004)

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

Ot.prp.nr.8 (2007-2008)

Ot.prp.nr.8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Internasjonalt regelverk

EMK

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1903 s. 333

s. 9

Rt. 1907 s. 333

s. 9

Rt. 1995 s. 355

s. 4, 23, 29, 35 og 36

Rt. 1995 s. 1057

s. 36

Rt. 1995 s. 1228

s. 7, 23, 29, 30, 33, 35 og 36

Rt. 2002 s. 1717	s. 24 og 27
Rt. 2009 s. 780	s. 15 og 17
Rt. 2009 s. 1365	s. 24 og 33
Rt. 2010 s. 1630	s. 11, 13, 23, 24, 25, 30, 33, 34 og 37
Rt. 2011 s. 469	s. 17
Rt. 2012 s. 313	s. 17
Rt. 2012 s. 1211	s. 15
Rt. 2013 s. 1015	s. 5 og 9
Rt. 2013 s. 1686	s. 11
Rt. 2014 s. 1134	s. 7
Rt. 2015 s. 1217	s. 11
Rt. 2015 s. 1281	s. 25 og 27

Underrettspraksis

LB-2011-11169	s. 30 og 38
LB-2010-36221	s. 38

Internasjonal rettspraksis

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

Sunday Times mot The United Kingdom. Saksnummer: 6538/74	s. 15
Kokkinakis mot Hellas. Saksnummer: 1988-14307	s. 17
S.W. mot Storbritannia. Saksnummer: 1992-20166	s. 17

Svensk rettspraksis

Hovrätten för Västra Sverige (29-08-2000) saksnummer: Mål nr. B 2957-00	s. 12
Hovrätten för Göta (07-06-2000) saksnummer: Mål nr. B 158, B 180-00	s. 12
