



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Kriminaliseringen av medvirkning

Systematikk og begrunnelse

Crystal Ho-Yee Lam

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 vår 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstillinger.....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet.....	4
1.3	Metodiske særtrekk ved avhandlingen	5
1.3.1	Introduksjon – forutsetninger for den videre analysen.....	5
1.3.2	Legalitetsprinsippet	6
1.3.3	Komparativrettslig analyse på strafferettens område	9
1.4	Videre fremstilling.....	10
2	Medvirkningsansvarets struktur	11
2.1	Introduksjon – to hovedmodeller for medvirkningsansvar.....	11
2.2	Aksessoritetsprinsippet.....	13
2.2.1	Utgangspunktene for den aksessoriske modellen.....	13
2.2.2	Aksessoritetsprinsippet i kriminalloven av 1842	13
2.2.3	Kritikk av kriminallovens systematikk	16
2.3	Selvstendighetsprinsippet	17
2.3.1	Utgangspunktene for den selvstendige modellen.....	17
2.3.2	De teoretiske forutsetningene for den selvstendige modellen.....	18
2.3.3	Gjennomføringen av selvstendighetsmodellen i straffeloven av 1902	21
2.3.4	Videreutviklingen av selvstendighetsmodellen: Andenæs-modellen	23
2.4	Oppsummering – «Medvirker»-begrepet i straffeloven av 2005	30
3	Medvirkningsansvarets begrunnelse	33
3.1	Introduksjon – kravet til et legitimt formål for straff	33
3.2	Prinsipper for kriminalisering.....	37
3.3	Begrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning	39
3.3.1	To ulike begrunnelser.....	39
3.3.2	Medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet	42

3.3.3	Medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen.....	47
3.4	Oppsummering – hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning	51
4	Vilkårene for medvirkningsansvar	51
4.1	Introduksjon – en analyse av gjeldende rett	51
4.2	De objektive vilkårene.....	53
4.2.1	Generelt om kravet til lovhjemmel – handlingen må være straffbar.....	53
4.2.2	Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens oppfyllelse av kravet til lovhjemmel?	55
4.2.3	Generelt om kravet om at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunner	69
4.2.4	Påvirkes medvirkerens straffansvar av at det foreligger straffrihetsgrunner hos hovedpersonen?.....	70
4.2.5	Oppsummering – de objektive vilkårene	74
4.3	De subjektive vilkårene	75
4.3.1	Generelt om kravet til tilstrekkelig skyld.....	75
4.3.2	Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens skyld?	76
4.3.3	Generelt om kravet om at gjerningspersonen må være tilregnelig.....	88
4.3.4	Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens tilregnelighet?.....	88
4.3.5	Oppsummering – de subjektive vilkårene	89
4.4	Oppsummering – I hvilken grad har vi en selvstendig modell etter gjeldende rett?. 90	
5	I hvilken grad bør vi opprettholde den «selvstendige modellen»?.....	94
5.1	Introduksjon – implikasjoner og konsekvenser av gjeldende systematikk.....	94
5.2	Medvirkningsansvarets fokus på skjønnsmessige vurderingstema	95
5.3	Medvirkningsansvarets likestilling av medvirker og hovedperson med hensyn til den straffbare handlingen.....	99
5.4	Oppsummering – veien videre.....	103
6	En alternativ systematikk for medvirkningsansvaret	103
6.1	Introduksjon – en «moderne» aksessorisk modell.....	103
6.2	Den begrensede aksessoriske modellen.....	105

6.2.1	Kategoriseringen av medvirkere	105
6.2.2	Hvordan medvirkningsansvaret drøftes med hensyn til forhold hos hovedpersonen.....	107
6.3	Oppsummering – I hvilken grad bør vi gjennomgående operere med en begrenset aksessorisk modell?.....	111
	Referanseliste	114

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for avhandlingen er det strafferettslige medvirkningsansvaret. Strafferetten regulerer hvilke handlinger som er straffbare, hvem som kan straffes og hvordan vedkommende skal straffes.¹ Med «det strafferettslige medvirkningsansvaret» siktes det til straffansvar som kan ilegges en person etter lov om straff² (heretter strl.) § 15, for å ha medvirket til overtredelsen av et straffebed. Dette til forskjell fra straffansvar som ilegges en person for å ha overtrådt et konkret straffebed regulert i straffelovens annen del. Den som straffes etter strl. § 15 omtales i det videre som «medvirker», mens den som straffes for å ha overtrådt et konkret straffebed omtales som «hovedperson».³

Medvirkningsansvaret utvider det enkelte straffebedets rekkevidde, og er således en sentral del av strafferetten ved at det regulerer *hvem* som kan straffes for en overtredelse. Ved medvirkning er det således alltid flere deltakere involvert i gjennomføringen av den straffbare handlingen. Den overordnede problemstillingen for avhandlingen er hvordan medvirkning er kriminalisert.

Med «kriminalisert» siktes det til de ulike forholdene som er avgjørende for om en handling er straffbar. Avhandlingen vil ikke ha som formål å avklare alle sidene knyttet til kriminaliseringen av medvirkning, og det foretas derfor ikke en fullstendig analyse av de konkrete grensene som gjelder for kategoriene fysisk, psykisk og passiv medvirkning. Det skal heller fokuseres på medvirkningsansvarets systematikk for å analysere hvordan det påvirker *de lege lata*.⁴ Med «systematikk» siktes det til hvordan medvirkningsansvaret på et overordnet nivå er strukturert, begrunnet og drøftet i henhold til andre rettsregler.

¹ Linda Gröning, Jørn R. T. Jacobsen og Erling Johannes Husabø, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, s. 1. Det anerkjennes at når masteravhandlingen ble skrevet var det kommet en ny utgave av boken, utgitt juli 2019. I den nye utgaven var det imidlertid foretatt endringer til bokens innhold og struktur, slik at kapittel 12.9 som omhandlet et tema sentral for avhandlingen var fjernet. Siden 2016-utgaven av den grunn er en mer presis kilde for avhandlingens drøftelser, har jeg valgt å anvende den eldre utgaven som kilde.

² Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

³ Dette omtalt som et *formelt-negative medvirkerbegrepet*, se Erling Johannes Husabø, *Straffansvarets periferi : Medverking, forsøk, førebuing*, Bergen 1999, s. 37. Se punkt 2.4 nedenfor hvor begrepet drøftes nærmere.

⁴ Begrepet anvendes slik det er definert av Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 347.

Som følge av at medvirkningsansvaret regulerer de tilfeller hvor det er flere deltakere til gjennomføringen av den straffbare handlingen, vil en sentral del av systematikken knytte seg til forholdet mellom medvirker og hovedperson. Det foreligger to overordnede modeller for hvordan dette forholdet reguleres, herunder *den selvstendige modellen* og *den aksessoriske modellen*.⁵ Den sentrale forskjellen mellom modellene er hvorvidt medvirkerens ansvar skal vurderes selvstendig opp mot vilkårene for straff, eller om medvirkningsansvaret skal anses som et aksessorisk ansvar til hovedpersonens straffansvar.⁶ Det er en etablert oppfatning at norsk strafferett opererer med en selvstendig modell for medvirkningsansvaret.⁷ Hvordan denne grunnleggende delen av medvirkningsansvaret er regulert vil i stor grad påvirke ansvarets struktur og hvordan ansvaret drøftes i samsvar med andre rettsregler.

Den første underproblemstillingen som jeg skal drøfte er derfor om det fremdeles er treffende å betegne det norske medvirkningsansvaret som en selvstendig modell, eller eventuelt hvilken betegnelse som vil være en mer treffende beskrivelse. Avhandlingens formål er ikke å slå fast hvilken systematikk som er «mest riktig», da enhver systematikk vil alltid være preget av avveininger mellom ulike hensyn for å forsøke å finne den beste balansen.⁸ *Den andre underproblemstillingen* er derimot om den systematikken vi har etter gjeldende rett opprettholder denne balansen, i henhold til sentrale hensyn innenfor det norske strafferettssystemet, på en hensiktsmessig måte. Det konkrete vurderingstema er om medvirkningsansvarets materielle innhold er i samsvar med de hensynene og prinsippene som er gjeldende for kriminalisering innenfor norsk strafferett.

For å klarlegge hvilken overordnet modell som gjelder for medvirkningsansvarets struktur, må det foretas en analyse av hvordan man i gjeldende rett drøfter grunnvilkårene for straff ovenfor medvirkeren. Med grunnvilkårene siktes det til de materielle vilkårene som alltid må være oppfylte for at det kan foreligge straffansvar.⁹ Ytterlige vilkår av mer formell og

⁵ Johs Andenæs, «Av medvirkningslæren i norsk rett», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1940 s 237-280 – (TFR-1940-237), 1940, s. 237-239.

⁶ Se punkt 2.2 og 2.3 nedenfor hvor prinsippenes nærmere innhold drøftes.

⁷ Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 352 og NOU 1992: 23 *Ny straffelov – alminnelige bestemmelser*, s. 78.

⁸ Carl Erik Herlitz, *Parties to a crime and the notion of a complicity object : A comparative study of the alternatives provided by the model penal code, swedish law and claus roxin*, Uppsala 1992, s. 29-30.

⁹ Ot.Prp.Nr.90 (2003–2004) *Om lov om straff (straffeloven)* s. 194 og Johs Andenæs, Georg Fr Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utg. ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo 2016, s. 101.

prosessuell karakter må også foreligge for at det kan idømmes straffansvar.¹⁰ De formelle og prosessuelle vilkårene er imidlertid ikke bestemmende for hvilke typer medvirkningshandlinger som er kriminaliserte, og de drøftes dermed ikke nærmere. Grunnvilkårene er regulert i straffelovens kapittel 3, og er tradisjonelt kategorisert i fire, herunder at «[h]andlingen må bryte loven (1), det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn (2), gjerningspersonen må være tilregnelig (3) og ha utvist skyld (4)». ¹¹ For medvirkningsansvar følger de samme grunnvilkårene, men med presiseringer til den konkrete vurderingen ovenfor medvirkeren.

Avhandlingens fokus på medvirkningsansvarets systematikk vil gi en mulighet for å drøfte om utformingen av medvirkningsansvaret er hensiktsmessig. Som følge av at medvirkningsansvaret skal utvide det enkelte straffebudets rekkevidde, vil det være vanskelig å presisere alle måtene medvirkning kan forekomme på, i henhold til de ulike type straffebudene. Medvirkningslæren vil av den grunn ofte være av en relativ generell karakter. I straffeloven av 2005 er medvirkning regulert i en generell medvirkningshjemmel, hvor tolkningsspørsmålene knyttet til hva som anses som straffbar medvirkning i de konkrete typetilfellene i all hovedsak er overlatt til utvikling gjennom rettspraksis og litteratur.¹² De retningslinjene som kan utledes fra ansvarets systematikk vil derfor i stor grad danne rammeverket for medvirkningsansvarets utvikling og grensesetting. Særlig vil et spørsmål knyttet til den andre underproblemstillingen være om de rammene, eller eventuelt mangel på rammer, har ført til en problematisk utvikling av medvirkningsansvarets rekkevidde.

Ved å analysere medvirkningsansvaret fra et mer overordnet perspektiv vil det også gi oss en mulighet til å analysere enkelttilfeller fra rettspraksis i en større sammenheng og kontekst, med særlig henblikk til hvorvidt enkeltavgjørelsene er konsistente. I den grad det rettslige utgangspunktet er lite regulert og rammeverket er lite konkret, vil det kunne medføre rettsregler som er inkonsistente eller som står i spenningsforhold til hverandre. Et relevant spørsmål under den andre problemstillingen vil dermed være hvorvidt medvirkningsansvaret som en helhet ivaretar hensynet til forutberegnelighet og likebehandling.

¹⁰ Se blant annet Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 194 hvor de øvrige vilkårene presenteres.

¹¹ Ibid s. 194.

¹² Ibid s. 410.

Basert på resultatene fra analysen av medvirkningsansvarets systematikk *de lege lata* skal jeg avslutningsvis foreta en vurdering av *de lege ferenda*.¹³ Den tredje underproblemstillingen er hvorvidt det foreligger andre alternative og hensiktsmessige måter å systematisere medvirkningsansvaret på, for å unngå eventuelle problematiske utviklingstrekk videre. I den sammenheng vil avhandlingen se på problemstillingen fra et komparativt perspektiv, med særlig henblikk til svensk og fransk rett som kilde og inspirasjon. Grunnen til at svensk og fransk rett er valgt som analyseobjekt er fordi begge landene opererer med en viss grad av aksessoritet for medvirkningsansvaret. Siden norsk rett anses å være basert på en selvstendig modell, vil en analyse av den andre sentrale strukturmodellen for medvirkning kunne belyse problemstillingene fra et annet perspektiv.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Strafferettslig medvirkning blir sjeldent behandlet som hovedtemaet innen strafferettslig litteratur, men gjerne som en del av den alminnelige strafferetten. Som følge av at medvirkningsansvarets innhold i all hovedsak er utviklet og definert ut fra konkrete typetilfeller i rettspraksis, er fokuset i litteraturen ofte på enkeltavgjørelsens prejudikatsverdi og de rettsreglene som kan utledes for konkrete kasus.¹⁴ Det foreligger derfor per dags dato lite litteratur som foretar en dybdeanalyse av medvirkningsansvarets systematikk og hvordan det påvirker tolkningen av ansvarets innhold. Det er særlig hvordan fokuset i litteraturen har vært fordelt som er bakgrunnen for avhandlingens fokus på medvirkningsansvaret systematikk.

Det mest omfattende verket hvor medvirkningsansvarets systematikk behandles er *Straffansvarets periferi* av Erling Johannes Husabø fra 1999.¹⁵ Boken var dog skrevet før ikrafttredelsen av straffeloven av 2005 og den generelle medvirkningshjemmelen. Dessuten har det også kommet mye nytt rettspraksis angående medvirkningsansvaret på 20 år, som har videreutviklet ansvarets innhold og rekkevidde. Med hensyn til temaets aktualitet foreligger det per januar 2020 over 110 høyesterettsavgjørelser hvor spørsmål om det kan ilegges

¹³ Begrepet anvendes slik det er definert i Høgberg og Sunde (2019) s. 347.

¹⁴ Eksempelvis kan det henvises til Magnus Matningsdal, «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter», *Jussens Venner* nr. 06, 2008, hvor vilkårene for medvirkningsansvaret slik de følger av rettspraksis er tema for artikkelen. Se også Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 338-352 hvor det tas for seg de vilkårene som kan utledes av rettspraksis basert på kasus.

¹⁵ Husabø (1999). Se også Herlitz (1992) hvor medvirkningsansvarets systematikk innenfor angloamerikansk lovgivning, svensk og tysk rett er behandlet.

medvirkningsansvar er behandlet.¹⁶ Innføringen av den generelle medvirkningshjemmelen og nyere rettspraksis vil dermed ha medført endringer til medvirkningsansvarets systematikk som ikke er blitt analysert.

Det oppstår i nyere tid fortsatt saker til behandling i Høyesterett angående hva som anses som straffbar medvirkning. Dette kan tyde på at ansvarets konkrete grenser fremdeles er tvilsomme. Videre har det nylig blitt avsagt to dommer i Høyesterett om passiv medvirkning, hvor ansvarets grense har blitt utvidet sammenlignet med tidligere rettsavgjørelser gjennom skjønnsmessige vurderingskriterier.¹⁷ For en av dommene var det også skarp dissens knyttet til subsumsjonen, hvor flertallets begrunnelse og argumentasjon i ettertid har mottatt noe kritikk.¹⁸ Dissensen i Høyesterett og kritikken i det juridiske miljøet kan tyde på at rettspraksis utvider omfanget av passiv medvirkning utover det som anses som hensiktsmessig. Antydningene i rettspraksis oppfordrer dermed til en nærmere analyse av hvorvidt den utviklingen vi har hatt rundt medvirkningsansvaret er hensiktsmessig, hva som er bakgrunnen for denne utviklingen og eventuelt hva som kan være en rettspolitisk løsning for å unngå en videre utvikling i en problematisk retning.

1.3 Metodiske særtrekk ved avhandlingen

1.3.1 Introduksjon – forutsetninger for den videre analysen

Det gjelder særlig to metodiske særtrekk ved avhandlingen som følger av de ulike underproblemstillingene som skal besvares. Siden de særtrekkene vil være sentrale forutsetninger for hvordan den videre analysen gjennomføres, vil det være hensiktsmessig å drøfte dem noe grundigere innledningsvis. I tilknytning avhandlingens første og andre problemstilling, som knytter seg til medvirkningsansvarets materielle innhold, er det første metodiske særtrekket *legalitetsprinsippet* på strafferettens område (punkt 1.3.2). Som følge av prinsippets sentrale rolle innenfor strafferetten, vil det gjennomgående være styrende for hvordan rettskildene tolkes og anvendes. Det andre metodiske særtrekket knytter seg til den tredje underproblemstillingen, herunder den komparativrettslige analysen (punkt 1.3.3). Hvilke særlige metodiske trekk som gjelder for slike komparativrettslige analysen vil i stor

¹⁶ Antallet ble fastsatt i form av en gjennomgang av høyesterettsdommer som kom opp ved avansert søk på lovdata.no etter straffesaker for Høyesterett med emne «medvirkning» og som angikk spørsmål om straffansvar og ikke straffutmåling.

¹⁷ HR-2019-561-A (Stemor) og HR-2019-2250-A (Stefar).

¹⁸ Se <https://rett24.no/articles/nar-skal-lovgiver-komme-pa-banen%20> (16. september 2019).

grad være styrende for hvordan den komparativrettslige analysen gjennomføres og må derfor klarlegges forut den konkrete analysen.

1.3.2 Legalitetsprinsippet

Straff er samfunnets strengeste reaksjon på et normbrudd, og det stilles således strenge krav til når og hvordan straff skal idømmes.¹⁹ Et sentralt prinsipp i den sammenheng er legalitetsprinsippet. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven²⁰ (heretter Grl.) § 96 (1), Den europeiske menneskerettskonvensjonen²¹ (heretter EMK) artikkel 7 og strl. § 14. Det følger av Grl. § 96 (1) at:

«Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.»

Av legalitetsprinsippet følger det flere konkrete krav for at det kan idømmes straff. Kravene kan fordeles i to kategorier, da de knytter seg til to ulike aspekter av straffelovgivningen. Den første kategorien omfatter to *formelle* krav til lovens tilgjengelighet, herunder kravet til formell lov og forbudet mot tilbakevirkende straffelovgivning.²² Den andre kategorien omfatter to *kvalitative* krav til lovens innhold, herunder presisjonskravet og analogiforbudet.²³ For avhandlingens tema er det kun de kvalitative kravene som regulerer hvilke handlinger som er straffbare og således relevante i henhold til kriminaliseringen av medvirkningshandling. Innholdet i de formelle kravene drøftes derfor ikke nærmere.

De kvalitative kravene gjelder videre ovenfor alle myndighetene.²⁴ Det første kravet er presisjonskravet (*lex certa*).²⁵ Kravet retter seg primært mot lovgiver i sammenheng med den konkrete utformingen av hjemmelsgrunnlagene for straff, men retter seg også mot domstolen

¹⁹ NOU 2002: 4. *Ny straffelov - straffelovkommisjonens delutredning vii.*, s. 78.

²⁰ Kongerike Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

²¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950.

²² Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 65-68 og 74-77. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Bergen 2018, s. 123-130.

²³ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 68-74 og Aall (2018) s. 132-145.

²⁴ Aall (2018) s. 118.

²⁵ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 68-70 og Aall (2018) s. 133-139. Kravet har også i rettspraksis blitt omtalt som *lovkravet*, jf. HR-2019-2205-A (avsnitt 55) og som *klarethetskravet*, jf. HR-2019-900-A (avsnitt 31). I det videre anvendes betegnelsen *presisjonskravet*, da det etter mitt syn er mest treffende. Med *klarhetskravet* har vært noe inkonsistent bruk i rettspraksis, hvor det iblant har blitt anvendt for å henvise til *analogiforbudet*, se Thomas Frøberg, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens venner* nr. 01-02, 2015, s. 60-61. Med *lovkravet* kan det tolkes til å omfatte alle vilkår som oppstilles av Grl. § 96 (1) og EMK art. 7 og ikke kun at det siktes til kravet til presis utformet lovtekst.

som skal kontrollere om kravet er oppfylt.²⁶ Presisjonskravet innebærer at gjerningsbeskrivelsen må være tilstrekkelig presis formulert, slik at den enkelte skal kunne forutberegne og forutse sin rettsstilling.²⁷ Selv om presisjonskravet som et utgangspunkt skal være en skranke for lovgivers utforming av straffebudene, har Høyesterett aldri tilsidesatt et straffebud som følge av at straffebudet har vært for upresist formulert.²⁸ Kravets viktigste funksjon ovenfor lovgiver anses derfor å være «et signal til og ideal» ved formuleringen av lovteksten.²⁹ Som et eksempel på hvilke straffebud som *kan* være i strid med presisjonskravet nevner forarbeidene som eksempel «et straffebud som generelt retter seg mot handlinger som f.eks. krenker andre eller som er i strid med allmenne interesser. Straffebudene må angi flere objektive kjennemerker ved handlingen enn det».³⁰

Ovenfor rettsanvender har presisjonskravet særlig funksjon som «rettesnor ved tolkning av rettslige standarder og andre skjønsmessige uttrykk» for å presiseres at tolkningen av slike uttrykk må foretas med varsomhet.³¹ Om tolkningsprinsippets innhold uttales det at:

«Når lovens ordlyd ikke entydig peker mot et bestemt tolkningsresultat, må det også ved straffebestemmelser foretas en tolkning bygget på supplerende kilder. En slik tolkningsprosess vil ikke være i strid med klarhetskravet [presisjonskravet] i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 7, forutsatt at bestemmelsens kjerne forblir den samme etter tolkningsprosessen slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas, se HR-2019-900-A avsnitt 31 og 32.»³²

Etter presisjonskravet vil et straffebud fortsatt være tilstrekkelig presis selv om det må fortolkes gjennom alminnelig juridisk metode. Hvor langt hvert straffebud kan tolkes må således drøftes konkret med hensyn til hvilken type gjerning straffebudet har som hensikt å kriminalisere.

²⁶ Aall (2018) s. 118.

²⁷ Ibid s. 134, Rt. 1958 s. 479 (Mykle) (s. 483-485), Rt. 2005 s. 1628 (avsnitt 15-19) og EMDs dom 12. februar 2008 *Kafkaris mot Kypros* (avsnitt 140 og 150).

²⁸ Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 85-86, Frøberg (2015) s. 50 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 68.

²⁹ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 68.

³⁰ NOU 1983:57 1983. *Straffelovgivningen under omforming straffelovkommisjonens delutredning i.*, s. 116.

³¹ Frøberg (2015) s. 66. Jf. også Rt. 2010 s. 466 (avsnitt 12-13).

³² Jf. HR-2019-1234-A (avsnitt 24).

Ovenfor rettsanvender gjelder det videre et forbud mot utvidende og analogisk tolkning av lovteksten.³³ Kjernen er at «straffansvar ikke kan ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker».³⁴ Selv om det kan være andre rettskilder som taler for at straffebudet bør komme til anvendelse på det konkrete tilfellet, tilsier analogiforbudet at det ikke kan ilegges straff dersom ordlyden ikke rammer handlingen.³⁵ Analogiforbudet gjelder dermed som en absolutt skranke. Hvor vage og skjønnsmessige uttrykk i straffebudene kan fortolkes og klargjøres gjennom alminnelig juridisk metode, gitt at bestemmelsens kjerne og hensynet til forutberegnelighet er ivaretatt, kan tolkningsresultatet fortsatt ikke være utenfor ordlydens rammer. Dette forbudet har særlig fått en innstramming gjennom høyesterettspraksis fra omtrent 2010, slik at det nå stilles strengere krav til tolkning i samsvar med straffebudenes ordlyd enn tidligere.³⁶

De ulike vilkårene som følger av legalitetsprinsippet skal for det første sikre reell maktfordeling og demokrati.³⁷ Dette er særlig viktig i en konstitusjonell sammenheng, for å sikre at det er den folkevalgte nasjonalforsamlingen som har lovgivningskompetansen, og at det ikke overlates til domstolene å avgjøre hva som er straffbart. Dette kommer særlig til uttrykk i at legalitetsprinsippet er grunnlovsfestet i både Grl. §§ 96 (1) og 113. Formålet bak grunnlovsfestingen av legalitetsprinsippet var nemlig for å «synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reel skranke for makthavernes myndighetsutøvelse».³⁸

Legalitetsprinsippet skal videre sikre forutberegnelighet, herunder at det skal fremstå som klart ovenfor den enkelte borger hva som er straffbart.³⁹ Dette aspektet blir særlig fremhevet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) ved tolkning av EMK art. 7.⁴⁰ Som følge av at EMD er et overnasjonalt kontrollorgan, vil de i mindre grad kunne stille krav til en nasjons internt anliggende og den politiske balansen mellom statens myndigheter.⁴¹

³³ Frøberg (2015) s. 47, Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 70-74, Aall (2018) s. 140-145.

³⁴ Jf. HR-2016-1458-A (Haxi-dommen) (avsnitt 8).

³⁵ Se blant annet Rt. 2011 s. 469 (avsnitt 8-9), Rt. 2012 s. 1211 (avsnitt 21-22) og Rt. 2014 s. 238 (avsnitt 24). Se også Frøberg (2015) s. 56 flg. hvor sentrale rettsavgjørelser hvor straff ikke idømmes som følge av analogiforbudet analyseres.

³⁶ Ibid s. 66.

³⁷ Se blant annet Rt. 2014 s. 1105 (avsnitt 24-26). Se også Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 64.

³⁸ Dok. Nr. 16 (2011-2012) *Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven*, s. 248.

³⁹ Aall (2018) s. 117.

⁴⁰ Se blant annet HR-2019-900-A (avsnitt 31) hvor presisjonskravet og hensynet til forutberegnelighet sitt innhold etter EMK art. 7 drøftes.

⁴¹ Aall (2018) s. 154-161.

Legalitetsprinsippets funksjon i et menneskerettslig perspektiv vil dermed særlig fokusere på å sikre den enkeltes borgers rettigheter i det konkrete tilfelle.⁴²

Som følge av legalitetsprinsippets sentrale stilling innenfor strafferetten, vil prinsippet være en skranke som gjennomgående vil være relevant for rettsanvendelsen på strafferettens område. Hvor verken presisjonskravet eller analogiforbudet stenger for et tolkningsresultat, vil fortsatt ordlydstolkningen måtte tillegges tungtveiende vekt i forhold til øvrige rettskilder.

1.3.3 Komparativrettslig analyse på strafferettens område

Det andre metodiske særtrekket knytter seg til avhandlingens tredje underproblemstilling, nemlig hvorvidt det foreligger andre alternative og hensiktsmessige måter for å systematisere medvirkningsansvaret. I den sammenheng skal det analyseres hvordan medvirkningsansvaret er systematisert innenfor svensk og fransk rett.

For å besvare den problemstillingen må det foretas en komparativrettslig analyse av svenske og franske rettskilder. I en artikkel av Jon Petter Rui, *Komparasjon innen strafferett og-prosess*, presenteres en hensiktsmessig måte for å håndtere fremmed rettskildemateriale.⁴³ Det foreslås at den komparativrettslige analysen i første omgang bør fokusere på sekundærkilder, herunder juridisk litteratur som allerede har behandlet de utenlandske primærkildene.⁴⁴ Dette både med hensyn til den tid og kapasitet som kreves for å analysere primærrettskilder på et annet språk, da det forutsetter både gode språkferdigheter og god kunnskap om det landets ofte ulike juridisk metode.⁴⁵

Da avhandlingen i stor grad faller inn under artikkelens målgruppe, samt med hensyn til tid og kapasitet tilgjengelig, vil artikkelens retningslinjer dermed danne de metodiske rammene for analysen av de svenske og franske rettskildene. Det vil fortsatt tas utgangspunkt i primærkildene i form av loven ved analysen, men hvordan primærkildene tolkes vil i hovedsak støtte seg på utenlandsk juridisk litteratur som analyserer svensk og fransk strafferett. Det tas utgangspunkt i juridisk litteratur både fra det landets jurister som drøfter temaet fra et internt perspektiv, men også andre lands jurister som behandler rettskildene fra et utenforstående perspektiv.

⁴² Ibid s. 112-113.

⁴³ Jon Petter Rui, «Komparasjon innen strafferett og-prosess», *Tidsskrift for strafferett* nr. 04, 2009, s. 459 flg.

⁴⁴ Ibid s. 459.

⁴⁵ Ibid.

1.4 Videre fremstilling

Den videre analysen av gjeldende rett kan deles inn i tre sentrale deler. For det første skal det fokuseres på medvirkningsansvarets overordnede struktur, herunder de to modellene som medvirkningsansvaret har hatt innen norsk strafferett (kapittel 2). Ved å analysere hvordan strafferettslig medvirkning har vært behandlet, får man et innblikk i hvilke hensyn og forhold som har påvirket medvirkningsansvarets innhold og utvikling. Videre vil også en tydeliggjøring av kjennetegnene for de to modellene bidra til å identifisere hvilken betegnelse som er mest treffende for gjeldende rett.

For det andre skal det analyseres hvilke forhold som begrunner medvirkningsansvaret, herunder hvilke forhold ved medvirkning det er som begrunner at medvirkning skal være straffbart (kapittel 3). Resultatet fra analysen vil både bidra til å belyse hvilken struktur begrunnelsen er i samsvar med, samt være en retningslinje ved fastsettelsen av medvirkningsansvarets rekkevidde.

For det tredje skal medvirkningsansvarets innhold klarlegges gjennom en analyse av hvordan gjeldende rett drøfter grunnvilkårene for straff ovenfor medvirkeren, med særlig fokus på hvorvidt og hvordan den drøftelsen påvirkes av forhold hos hovedpersonen (kapittel 4).

Basert på resultatene fra analysene ovenfor skal avhandlingens første og andre underproblemstilling besvares (kapittel 5). For det første hvilken betegnelse som er mest treffende for medvirkningsansvarets gjeldende struktur. For det andre hvorvidt den gjeldende modellen er hensiktsmessig vurdert opp mot sentrale strafferettslige hensyn og prinsipper.

Avslutningsvis skal det drøftes hvorvidt det foreligger alternative og mer hensiktsmessige måter å systematisere medvirkningsansvaret på, herunder ved å analysere hvordan svensk og fransk rett regulerer medvirkning (kapittel 6). Ved å analysere en annen modell for systematiseringen av medvirkningsansvaret, skal det drøftes hvorvidt den alternative modellen vil kunne bidra til mer hensiktsmessige løsninger på de eventuelle problemene som gjeldende rett støter på.

2 Medvirkningsansvarets struktur

2.1 Introduksjon – to hovedmodeller for medvirkningsansvar

De aller fleste straffebudene er utformet med tanke på at de blir overtrådt av én person, herunder etter strukturen at «den» som foretar «handlingene beskrevet i straffebudet» kan straffes. Den personen omtales gjerne som «gjerningspersonen», mens handlingen som er beskrevet i straffebudet omtales som «den objektive gjerningsbeskrivelsen».⁴⁶ Eksempelvis følger det av strl. § 275 at:

«Den som dreper en annen, straffes med fengsel fra 8 inntil 21 år.» (min kursivering).

En straffbar handling vil videre kunne være gjennomført med bistand fra andre. Eksempelvis ved at en person gir gjerningspersonen en kniv som blir brukt for å drepe noen. Med medvirkningshjemmelen i strl. § 15 utvides personkretsen i straffebudet til at:

«Et straffebud *rammer også* den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt.» (min kursivering).

Personen som gir gjerningspersonen kniven i eksempelet ovenfor vil dermed være omfattet av medvirkningshjemmelen og anses som en «medvirker». Ved medvirkning er det altså alltid tale om mer enn én person som er involvert i gjennomføringen av den straffbare handlingen. Ulike modeller for medvirkningsansvar anvender ofte ulike begreper for «medvirker», som igjen regulerer forholdene mellom deltakerne på ulikt vis. Hvordan dette forholdet er regulert er selve kjernen i de ulike modellene for medvirkningsansvar, og det er det forholdet som er fokuset for den videre analysen.

Historisk sett har det innen norsk rett vært to modeller for å systematisere det strafferettslige medvirkningsansvaret.⁴⁷ Først den aksessoriske modellen under kriminalloven av 1842.⁴⁸ Deretter den selvstendige modellen under straffeloven av 1902⁴⁹, som ble videreført i straffeloven av 2005. For hver av modellene var det henholdsvis to prinsipper som var sentrale for ansvarets systematikk. For kriminalloven var det «prinsippet om den aksessoriske

⁴⁶ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 109 og 154.

⁴⁷ Andenæs (1940) s. 237.

⁴⁸ Lov 20. august 1842 nr. 12 om Forbrytelser (heretter strl. 1902).

⁴⁹ Almindelig borgelig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10.

bedømmelse av de delaktiges ansvar», herunder omtalt som «aksessoritetsprinsippet».⁵⁰ For straffeloven av 1902 og straffeloven av 2005 var det «prinsippet om en selvstendig vurdering av hver deltaker», herunder omtalt som «selvstendighetsprinsippet».⁵¹

Hovedskillet mellom prinsippene knytter seg til hvorvidt medvirkerens straffansvar skal være avhengig av at konkrete forhold foreligger hos hovedpersonen. Spørsmålet er om medvirkningsansvar er en aksessorisk følge av hovedpersonens ansvar, eller om medvirker skal bedømmes selvstendig uten hensyn til hvilke forhold som foreligger hos hovedpersonen. Prinsippene påvirker i stor grad den konkrete utformingen av medvirkningsansvaret i loven, herunder både lovens struktur og medvirkningshjemmelens ordlyd. Hvilket prinsipp medvirkningslæren er utformet ut fra vil således danne rammene for ansvarets innhold, samt være styrende for den videre utviklingen. Dette er særlig en konsekvens av legalitetsprinsippetets stilling innenfor strafferetten, som medfører at den språklige utformingen i stor grad vil være styrende for ansvarets innhold.⁵²

Det skal i det videre foretas en analyse av grunnprinsippenes innhold, herunder hvordan de fikk utslag i straffelovgivningen. Fremstillingen vil i større grad ha et historisk perspektiv, særlig ved at det skal foretas en analyse av endringene fra den aksessoriske modellen i kriminalloven til den selvstendige modellen i straffeloven av 1902. Ved å se på hva endringene innebar, hvorfor de ble foretatt og konsekvensene av endringene, kan det bidra til å belyse hvilke formål og omfang den selvstendige modellen var ment å skulle ha. Som følge av at strl. § 15 i all hovedsak skulle være en videreføring av medvirkningsansvarets innhold etter strl. 1902⁵³, vil de formål og rammer som var styrende da, fortsatt i stor grad kunne være relevante for utviklingen i dag. De begrensningene, eller eventuelt mangel på begrensninger, som følger av valg av modell og ansvarets utforming vil videre kunne bidra til å forklare hvorfor gjeldende rett er blitt slikt den er i dag.

⁵⁰ Andenæs (1940) s. 238 og Husabø (1999) s. 250-251.

⁵¹ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 352. Omtales også som «prinsippet om individuell bedømmelse av deltakerne» i forarbeidene, jf. NOU 1992: 23 s. 78.

⁵² Se punkt 1.3 ovenfor.

⁵³ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 410.

2.2 Aksessoritetsprinsippet

2.2.1 Utgangspunktene for den aksessoriske modellen

Aksessoritetsprinsippetets kjerne er at medvirkerens ansvar er avhengig av at en straffbar gjerning er blitt foretatt av en hovedperson.⁵⁴ Medvirkerens ansvar anses ikke som et selvstendig straffansvar, men heller som en aksessorisk følge av hovedpersonens straffansvar. Aksessoritetsprinsippet var på 1800-tallet sentral for en rekke lover i Europa, som førte til at prinsippet ble en viktig kilde for inspirasjon ved utformingen av kriminalloven av 1842.⁵⁵ I dag er den aksessoriske modellen fortsatt gjeldende for de fleste landene i Europa, som blant annet Sverige, Frankrike, Tyskland og Finland.⁵⁶

De ulike strafferettssystemene i Europa gjennomførte videre aksessoritetsprinsippet i ulike grader, hvor forskjellen knyttet seg til hvilke forhold som måtte foreligge hos hovedpersonen for at medvirkningsansvar kunne foreligge.⁵⁷ Ved *fullstendig aksessoritet* kunne det kreve at hovedpersonen oppfylte alle vilkårene for straff for at medvirkeren også kunne straffes.⁵⁸ For mer *begrenset aksessoritet* kunne det være tilstrekkelig at hovedpersonen hadde overtrådt gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, men måtte ikke oppfylle de øvrige vilkårene for straff, eksempelvis skyld eller tilregnelighet.⁵⁹ Felles for de ulike aksessoriske modellene er at medvirkningsansvaret påvirkes av forhold hos hovedpersonen.

2.2.2 Aksessoritetsprinsippet i kriminalloven av 1842

I kriminalloven fikk aksessoritetsprinsippet for det første utslag i den lovtekniske utformingen av medvirkningsansvaret. Loven opererte med et klart skille mellom «Gjerningsmanden» og andre som deltok i forbrytelsen. Gjerningsmannens straffbare handlinger var regulert i lovens spesielle del og det omfattet videre kun den som «alene og personlig» utførte den straffbare

⁵⁴ Jf. Rt. 1908 s. 790 (s. 793).

⁵⁵ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 321-322.

⁵⁶ Herlitz (1992) s. s. 171-172, Catherine Elliott, *French criminal law*, Cullompton 2001, s. 87, Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 321-322 og Sakari Melander, *Allmänna förutsättningar för straffansvar*, Helsingfors 2019, s. 320-321

⁵⁷ Se Herlitz (1992) s. s. 77-78 og Husabø (1999) s. 254 for hvordan ulike grader av aksessoritet ble gjennomført ellers i Europa.

⁵⁸ Min oversettelse av hvordan uttrykket er betegnet innenfor tysk og angloamerikansk rett, henholdsvis «*strenge Akzessorietät der Teilnahme*» og «*the narrow theory of accessorial liability*», se Herlitz (1992) s. 77-78

⁵⁹ Min oversettelse av hvordan uttrykket er betegnet innenfor tysk og angloamerikansk rett, henholdsvis «*limitierte Akzessorietät der Teilnahme*» og «*the broad theory of accessorial liability*», se ibid s. 77-78 og 171-172 og Husabø (1999) s. 254.

handlingen, jf. kriminalloven kapittel 5 § 1. Medvirkning var behandlet i et eget kapittel i loven med tittelen «Om Delagtighed», hvor både ansvarets innhold og straffeutmåling var behandlet. Slik gjerningsmannen var definert i loven var altså ikke «samvirke», herunder at flere sammen oppfyller gjerningsbeskrivelsen, en mulighet.⁶⁰ Alle andre deltakere utenom den konkrete gjerningsmannen ble heller ansett som en form for «Delagtige».⁶¹ Av medvirkere skilte loven igjen mellom ulike typer medvirkere. Dette var et system som var gjeldende i store deler av Europa ellers i den tidsperioden.⁶²

Den første kategorien var «Anstiftere» som omfattet enhver som hadde «befalet, truet, leiet eller påå anden Maade forsætligten forledet» noen til en forbrytelse, jf. kriminalloven kapittel 5 §§ 1 og 2.⁶³ Straffansvar for anstiftere fremstår som sammenfallende med kategorien psykisk medvirkning etter gjeldende medvirkningslære, ved at det omfatter handlinger som påvirker hovedpersonens forsett.⁶⁴

En ordlydstolkning av «forledet» taler for at det var forledelsen som hadde forårsaket handlingen. Herunder at selv om det var gjerningsmannen som utførte og oppfylte gjerningsbeskrivelsen, var det anstifteren som i større grad initierte til overtredelsen gjennom forledelsen. Initieringen vil kunne tenkes å ha hatt like stor betydning for at forbrytelsen ble fullbyrdet som selve overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen. Av den grunn kunne anstifteren straffes for forsøk på den tilsiktede forbrytelsen dersom vedkommende hadde forledet noen til å påta en straffbar handling, men hvor gjerningsmannen ikke hadde påbegynt med den straffbare handlingen enda, jf. kriminalloven kapittel 5 § 2. Anstifteren ble videre relativt likestilt med gjerningsmannen, herunder ved at anstifteres selvstendige handling kunne gi straffansvar. Dette gjenspeilet seg også i straffeutmålingen, da straffen for en anstifter kunne bli like streng som for gjerningsmannen.⁶⁵ Det var således kun en liten grad av aksessoritet når det angikk medvirkning i form av «forledelse».

Den andre kategorien omfattet de som hadde vært «behjælpelige» til forbrytelsen, jf. kriminalloven kapittel 5 §§ 3 og 4. Det omfattet for det første de som hadde vært «behjælpelig

⁶⁰ Matningsdal (2008) s. 359.

⁶¹ Husabø (1999) s. 15.

⁶² G. Astrup Hoel, *Delagtighed i forbrydelser: Et sort blad av den norske kriminalret*, Oslo 1941, s. 12.

⁶³ Se ibid s. 73 hvor kapittel 5 av kriminalloven er gjengitt.

⁶⁴ Sml. med blant annet Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15) og HR-2019-599-A (avsnitt 54-56) hvor vilkåret for psykisk medvirkningsansvar presenteres.

⁶⁵ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 321.

under Forøvelse af en Forbrytelse», jf. § 3. Det omfattet videre også de som hadde vært «behjælpelige» ved andre anledninger enn under selve forøvelsen av forbrytelsen, jf. § 4. Det fulgte en nærmere oppstilling i § 4 bokstav a til d, som omfattet det å skjule gjerningsmannen, love å hjelpe med etterfølgende bistand, å gi råd knyttet til utførelsen av forbrytelsen, å tilskynde eller på annet vis styrke gjerningsmannens forsett og å skaffe redskap eller midler til gjennomføringen. Kategorien for behjælpelige omfattet dermed i all hovedsak handlinger som hadde falt inn under gjeldende retts kategorier om fysisk og psykisk medvirkning.⁶⁶

En ordlydstolkning «behjælpelige» tilsier at bestemmelsen omfattet medvirkningshandlinger foretatt under selve fullbyrdelsen og til en viss grad etterfølgende bistand, men da med et klart skille fra den konkrete «Forøvelse af en Forbrytelse», jf. § 3.⁶⁷ Til sammenligning med ordlyden til «forledet», tilsier ordlyden til «behjælpelig» at vedkommende i mindre grad tok initiativ til gjennomføringen, men likevel hadde bidratt til at forbrytelsen ble gjennomført. På det viset forutsatt dermed straffansvar for behjælpelige gjennom bidragshandlingen at det forelå en hovedgjerning som bidraget var rettet mot.

Kriminalloven opererte i realiteten med en tredje kategori for medvirkere, som var et unntak fra aksessoritetsprinsippet. For de tilfeller hvor en medvirker forledet en annen person som ikke kunne straffes, eksempelvis på grunn av utilregnelighet, til å fullbyrde et straffebud, ville fullstendig aksessoritet tilsi at medvirkeren heller ikke kunne straffes. For å forhindre slike omgåelser av straffansvar for medvirkeren ble det i rettspraksis skilt mellom den «middelbare» og den «umiddelbare» gjerningsmannen.⁶⁸

Den som brukte en annen person som et middel for å fullbyrde den objektive gjerningsbeskrivelsen var den «middelbare gjerningsmannen», mens den som foretok handlingen som oppfylte gjerningsbeskrivelsen var den «umiddelbare gjerningsmannen».⁶⁹ I den grad den umiddelbare gjerningsmannen ikke kunne straffes, ble medvirkeren heller ansett som en selvstendig gjerningsperson og straffet som den middelbare gjerningsmannen. Den middelbare gjerningsmannen skulle dermed ikke bli påvirket av den umiddelbare gjerningsmannens straffritak. Slik ansvar for den middelbare gjerningsmannen ble praktisert i

⁶⁶ Sml. med Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15) hvor vilkåret for fysisk og psykisk medvirkningsansvar presenteres.

⁶⁷ Husabø (1999) s. 15.

⁶⁸ Ibid s. 16-17.

⁶⁹ Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 327-328.

rettspraksis ble vedkommende som regel dømt etter det konkrete straffebudet og ikke etter medvirkningshjemplene.⁷⁰ Denne grensen var dog ikke eksakt definert, da læren om den middelbare gjerningsmannen var ulovfestet.⁷¹ Læren ble i realiteten en utvidelse av straffebudet til å også omfatte den som ikke direkte oppfylte gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, men som hadde vært den faktiske årsaken til overtredelsen ved å utnytte en annen for å overtre straffebudet.

Dette skilte seg fra straffansvar for anstiftere, da både anstifter og gjerningsmannen kunne bli straffet i den sammenheng. Med anstifter-kategorien var det en utvidelse til å omfatte de som ikke direkte hadde overtrådt gjerningsbeskrivelsen, men som ofte var like ansvarlige gjennomføringen av det straffbare ved å i all hovedsak har initiert til overtredelsen. Anstifterens ansvar var dermed til en viss grad aksessorisk til gjerningsmannens ansvar, mens ansvar for den middelbare gjerningsmannen var mer selvstendig.

2.2.3 Kritikk av kriminallovens systematikk

Oppsummert viser analysen at aksessoritetsprinsippet i stor grad var gjeldende for den strukturelle delen av medvirkningsansvaret, herunder ved at det gjaldt et klart språklig skille mellom de ulike deltakerne til den straffbare handlingen. De forutsetningene som fulgte av det språklige skillet påvirket blant annet hvilke typer medvirkningshandlinger som var straffbare, herunder at handlingene måtte rette seg mot hovedpersonens handlinger.

Aksessoriteten gjaldt derimot ikke fullstendighet uavkortet. For det første med hensyn til medvirkningsansvaret for anstiftere, som kunne bli straffet selv om gjerningspersonen ikke hadde foretatt et straffbart forsøk på bakgrunn av forledelsen. For det andre med hensyn til læren om den middelbare gjerningsmannen, som ikke var avhengig av at den umiddelbare gjerningsmannen kunne straffes for at den middelbare gjerningsmannen kunne straffes. Flere har som følge av unntakene i ettertid stilt spørsmål til hvorvidt aksessoritetsprinsippet faktisk var gjeldende under kriminalloven i det hele tatt.

Astrup Hoel mener blant annet at kriminalloven ikke kunne anses å være bygget på verken oppfatningen eller prinsippet om at medvirkere står i et aksessorisk forhold til hovedmannen.⁷² Han presiserer at «[l]oven bygget på den naturlige sonndring mellem delagtige

⁷⁰ Husabø (1999) s. 17.

⁷¹ Ibid s. 17.

⁷² Hoel (1941) s. 75-82.

og gjerningsmænd, og den naturlige anskuelse at straffen for delagtighet forutsatte særskilte uttrykkelige regler herom. Dette har imidlertid i og for sig intet med den nævnte teoretiske opfatning at gjøre». ⁷³ Hoel la vekt på at det materielle innholdet av medvirkningsansvaret i liten grad kunne anses som aksessorisk.

Erling Johannes Husabø rettet også bemerkninger til aksessoritetsprinsippets gjennomslagskraft i kriminalloven, selv om han i motsetning til Hoel anerkjente at kriminalloven opererte med en viss grad av aksessoritet. ⁷⁴ Det slås fast at «[k]riminallova ber preg av ein klar omgrepsmessig skilnad mellom «Gjerningsmanden» og andre deltakarar i eit brotsverk». ⁷⁵ Dessuten var også fullbyrdelse av medvirkningshandlingen tilkoblet graden av fullbyrdelse hos hovedgjerningen, slik at medvirkningsansvaret ble påvirket av hva som rent faktisk ble resultatet etter hovedpersonens handling. ⁷⁶ Utover de nevnte tilfellene mente Husabø at det vanskelig kunne sies at kriminalloven bygde på et tydelig aksessoritetsprinsipp.

Unntakene til aksessoritetsprinsippet medførte et kraftig oppgjør og forkastelse av prinsippet som sådan ved arbeidet med straffeloven av 1902. Særlig var oppgjøret fremmet av Bernhard Getz. Kjernen av kritikken var for det første knyttet til hvordan overtredelsen av straffebudene var begrenset til kun den som foretok den avsluttende og utslagsgivende handlingen, herunder mangel av regulering for samvirke til overtredelsen. For det andre var kritikken rettet mot hvordan de teoretiske forutsetningene for medvirkningsansvaret ikke samsvarte med den praktiske gjennomføringen, da særlig med hensyn til læren om den middelbare gjerningsmannen. Det nærmere innholdet og begrunnelsen for Getz' kritikk drøftes samtidig med presenteringen av selvstendighetsmodellen nedenfor, da det var akkurat den kritikken som dannet bakgrunnen for selvstendighetsmodellen.

2.3 Selvstendighetsprinsippet

2.3.1 Utgangspunktene for den selvstendige modellen

Selvstendighetsprinsippetets kjerne innebærer at hver enkelt deltaker i gjennomføringen av den straffbare handlingen skal vurderes selvstendig opp mot de ulike vilkårene for straff. ⁷⁷ Så

⁷³ Ibid s. 79.

⁷⁴ Husabø (1999) s. 15-16.

⁷⁵ Ibid s. 14-15.

⁷⁶ Ibid s. 16.

⁷⁷ Jf. blant annet NOU 1992: 23 s. 78 og Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 412

langt medvirkeren oppfyller alle vilkårene for medvirkningsansvar er det altså uten betydning om hovedpersonen kan straffes eller ikke, og det omvendte gjelder tilsvarende.

Norsk strafferettslovgivning gikk fra den aksessoriske modellen for medvirkningsansvar til den selvstendige modellen ved ikrafttredelsen av straffeloven av 1902. Endringene fra kriminalloven til straffeloven av 1902 hadde sin bakgrunn i Getz sin forelesning og avhandling med tittelen *Om den saakaldte delagtighet i forbrydelser*.⁷⁸ Getz rettet kraftig kritikk mot ordningen under kriminalloven, tok sterk avstand fra de teoretiske forutsetningene til medvirkningsansvaret og kom samtidig med nye forutsetninger.

Som følge av at Getz var formannen for Straffekommisjonen av 1885 som skulle utarbeide utkastet til straffeloven av 1902, fikk hans teoretiske forutsetninger sterk innvirkning på utformingen av medvirkningsansvaret. I forarbeidene til straffeloven av 1902 ble det lagt til grunn at endringene til medvirkningslæren ikke skulle medføre noen vesentlige realitetsendringer til den gjeldende rettstilstanden, men heller endre på de teoretiske forutsetningene som lå til grunn for ansvaret.⁷⁹ Uttalelsen i forarbeidene kan forstås slik at endringene ikke skulle endre på det innholdsmessige, herunder hvilken type handlinger som var å anse som straffbare medvirkningshandlinger, men heller endringer til begrunnelsen for hvorfor den typen medvirkningshandlinger skulle være straffbare.

2.3.2 De teoretiske forutsetningene for den selvstendige modellen

Et av hovedpoengene i Getz sin avhandling var at det var ingen reell forskjell mellom innholdet i begrepene «Anstifter», «andre behjælpelige» og «Gjerningsmanden». Getz argumenterte for at enhver anstifter og behjælpelige har alle de nødvendige egenskapene til en gjerningsmann, slik at de uansett ville ha blitt omfattet av enhver fremstilling av begrepet «Gjerningsmand».⁸⁰ Lovens begrepsbruk var således etter Getz' syn et kunstig skille, som ikke hadde noen holdbar basis. Alle som hadde deltatt i gjennomføringen av den straffbare handling skulle bli ansett som gjerningsperson på lik linje, og det skulle ikke skilles mellom

⁷⁸ B. Getz og Francis Hagerup, *Juridiske afhandlinger*, Kristiania 1903, s. 1-94.

⁷⁹ SKM 1896 *Udkast til almindelig borgerlig straffelov for kongeriget norge*, Kristiania, s. 100.

⁸⁰ Getz og Hagerup (1903) s. 3-5.

dem basert på graden av deltakelse slik begrepene etter kriminalloven gjorde. Dette blir gjerne omtalt som *det ekstensive gjerningsmannsbegrepet*.⁸¹

Dette synet var i all hovedsak begrunnet i hvordan Getz vurderte spørsmålet om årsakssammenheng mellom handling og overtredelse av gjerningsbeskrivelsen. Getz' syn på medvirkning bygde på betingelseslæren, nemlig at enhver nødvendig betingelse for at den straffbare handlingen ble gjennomført er å anse som en årsak til resultatet.⁸² Det var således ingen forskjell mellom handlingen som ble foretatt ved forberedelsen og handlingen som umiddelbart oppfylte gjerningsbeskrivelsen, da de begge var betingelser for at forbrytelsen ble gjennomført.⁸³

Et eksempel for å illustrere dette poenget kan være hvor fire personer sammen skal forgifte en person. Alle gir offeret ¼ dose med gift, hvor det krever en hel dose for å drepe. Uavhengig av hvem som gir den siste dosen med gift, kunne offeret ikke bli drept med mindre alle ga sin dose. Det vil i den sammenheng ikke være noen objektiv forskjell mellom handlingene med å gi giftdosen. Det eneste skillet vil være hvem som gav den siste utslagsgivende dosen. Da alle deltakerne hadde foretatt en handling som var like nødvendige for utfallet, burde ikke den som gav den siste dosen straffes noe strengere enn de resterende deltakerne. Det var denne tankegangen som Getz mente kunne overføres til enhver forbrytelse som var foretatt av flere.⁸⁴ Da enhver deltakers handling er å anse som en betingelse for forbrytelsen, skulle ikke deltakerne bedømmes forskjellige basert på når i hendelsesforløpet handlingen ble foretatt.

Det ekstensive gjerningsmannsbegrepet, sett i lys av betingelseslæren, tilsier således at forbrytelser foretatt av flere ikke skulle anses som én forbrytelse, men heller som så mange forbrytelser som det var gjerningspersoner.⁸⁵ Tankegangen var at man ikke skulle anse en forbrytelse som en samlet krenkelse av det vernede rettsgodet, men heller som flere utførsler av straffbare handlinger. Hvor flere personer har deltatt i overtredelsen av et straffebud, tilsier betingelseslæren at hver enkeltes handling var en årsak til at straffebudet ble overtrådt. Hver handling har dermed ført til overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Istedenfor å anse det som at flere sammenlagt har overtrådt gjerningsbeskrivelsen én gang, skulle *hver*

⁸¹ Husabø (1999) s. 35.

⁸² Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 128.

⁸³ Getz og Hagerup (1903) s. 9.

⁸⁴ Ibid s. 10-11.

⁸⁵ Ibid s. 33-34.

handling anses som *én overtredelse*. Slik mente Getz at for forbrytelser utført i fellesskap forelå det like mange overtredelser av gjerningsbeskrivelsen som deltakere.⁸⁶

En slik forståelse er logisk dersom man utelukkende ser objektivt på overtredelsen, herunder ved å se på resultatet av de straffbare handlingene. Resultatet er det samme om en straffbar handling blir gjennomført av to personer i samarbeid eller av to personer som foretok handlinger uavhengig av hverandre. Eksempelvis dersom to personer går sammen for å skade en annen og begge slår ett slag hver, er resultatet at fornærmede blir skadet av to slag. Dersom to personer uten å vite om den andres hensikt og handling slår fornærmede med ett slag hver, blir resultatet det samme som om de hadde samarbeidet, nemlig at fornærmede blir skadet av to slag. Objektivt sett er det ingen forskjell mellom resultatet ovenfor fornærmede. Det eneste som skiller tilfellene fra hverandre er gjerningspersonenes forsett i henhold til hverandre. Getz' tankegang var nemlig at siden begge gjerningspersonene objektivt sett hadde overtrådt gjerningsbeskrivelsen, slik at gjerningsbeskrivelsen faktisk har blitt overtrådt to ganger, burde dette reflekteres i at hver av dem anses å individuelt ha utført en forbrytelse.⁸⁷

Siden det ikke forelå noe reelt skille mellom medvirkere og gjerningsmenn, var det heller ingen grunn til å vurdere deres straffansvar ulike fra hverandre. Når hver enkel handling som var en nødvendig betingelse kunne oppfylle gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, vil hver deltaker på selvstendig grunnlag kunne oppfylle alle vilkårene for straffansvar. Dermed skulle også hver deltaker vurderes isolert og selvstendig opp mot hvert straffebud. Getz sine forutsetninger knyttet til betingelseslæren danner altså grunnlaget for prinsippet om selvstendig bedømmelse av hver deltaker.

Selv om dette ikke ble eksplisitt tatt stilling til av verken Getz' eller Straffekommisjonen, ville en konsekvens av Getz' forutsetninger være at handlinger som etter en naturlig språklig forståelse anses som «medvirkningshandling», men som ikke var en nødvendig betingelse for overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen, ikke kunne straffes.⁸⁸ Rammene for medvirkningsansvaret ble altså i Getz' modell definert ut fra betingelseslæren og gjerningsbeskrivelsen. Alle handlinger som hadde vært en nødvendig betingelse for at gjerningsbeskrivelsen ble oppfylt skulle straffes, uten at vedkommende skulle betegnes som

⁸⁶ Ibid s. 34.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Denne følgen av den selvstendige modellen påpekes og kritiseres blant annet av Andenæs (1940) s. 247-248.

verken medvirker eller hovedperson, men kun som gjerningsperson. Getz' kritikk fremstår særlig som et svar på hvordan kriminalloven ikke hadde en egen kategori for «samvirke», som følge av den snevre tolkningen av gjerningsbeskrivelsen i straffebudene. Dette skulle da avhjelpest gjennom Getz' selvstendighetsmodell.

2.3.3 Gjennomføringen av selvstendighetsmodellen i straffeloven av 1902

Når Straffekommisjonen skulle gjennomføre Getz' teoretiske forutsetninger i straffeloven av 1902, dannet de forutsetningene premissene for den selvstendige modellen for medvirkningsansvaret. Siden rettspraksis var ansvarlig for den videre utviklingen av medvirkningsansvarets innhold, dannet strukturen og den konkrete utformingen i loven dermed rammene som formet den videre utviklingen.

Den første teoretiske forutsetningen var *det ekstensive gjerningsmannsbegrepet*. Alle som hadde deltatt i gjennomføringen av et straffebud skulle som et utgangspunkt behandles likt. Dette ble gjennomført ved at loven ikke opererte med noe skille mellom ulike deltakere til det straffbare. Det eneste skillet var knyttet til straffeutmålingen, jf. strl. 1902 § 58. Etter bestemmelsen skulle alle som hadde «samvirket» til forbrytelsen som et utgangspunkt vurderes likt, samtidig som domstolen fortsatt skulle ha en skjønnsmessig adgang til å redusere straffen for den enkelte deltaker hvor omstendighetene i saken talte for det.

Den andre forutsetningen var at loven ikke skulle ha særskilte reguleringer for medvirkningshandlinger. Etter betingelseslæren skulle alle handlinger som hadde vært en nødvendig betingelse for gjennomføringen av forbrytelsen være omfattet av gjerningsbeskrivelsens ordlyd. Dette skulle da omfatte straffbare medvirkningshandlinger.

For å gjennomføre den andre forutsetningen skulle straffebudene ikke lengre tolkes så snevert at de kun rammet den umiddelbare forvoldelsen av gjerningsbeskrivelsen.⁸⁹

Gjerningsbeskrivelsen skulle heller tolkes slik at de omfattet alle handlinger som hadde «forvoldt» det straffbare forholdet, uavhengig om det var den umiddelbare utslagsgivende handlingen eller om det var handlinger i tilknytning forberedelsen.⁹⁰ Medvirkerens handlinger

⁸⁹ SKM 1896 s. 100.

⁹⁰ Indst. O. Vii. (1899-1900) *Indstilling fra justiskomiteen angaaede den kgl. Proposition til en almindelig borgelig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887*, s.11.

skulle bedømmes selvstendig som en egen årsak til forbrytelsen og ikke etter deres avhengighet til andres handlinger. Ingen enkelt årsak var mer nødvendig enn de andre årsakene. En begrunnelse for en slik tolkning var hvordan straffebudene allerede var fortolket i praksis, herunder med hensyn til læren om den middelbare gjerningspersonen.⁹¹ Da læren i realiteten utvidet gjerningsbeskrivelsen i straffebudene til at det også omfattet de som ikke direkte oppfylte gjerningsbeskrivelsen, måtte den teoretiske bakgrunnen gjenspeile realiteten.

Den andre forutsetningen kom derimot ikke til uttrykk i straffeloven av 1902 på en like tydelig måte. Ved utformingen av straffebudene var medvirkning eksplisitt nevnt i visse straffebud, mens det ikke ble nevnt i andre. Dette medførte dermed et språklig skille som delte straffebudene i to kategorier. For det første en kategori straffebud hvor gjerningsbeskrivelsen ble supplert med et medvirkningstillegg, enten i form av «eller som medvirker hertil» etter gjerningsbeskrivelsen eller i en egen setning om at «[m]edvirkning straffes på samme måte».⁹² For det andre en kategori straffebud hvor medvirkning ikke var nevnt i lovteksten.⁹³ Skillet mellom kategoriene var grovt sett slik at de mer alvorlige straffebudene nevnte medvirkning eksplisitt, mens de mindre alvorlige straffebudene ikke gjorde det.⁹⁴ Skillet var imidlertid ikke gjennomført konsekvent, slik at det var en rekke straffebud hvor det hadde vært naturlig å nevne medvirkning hvor det ikke ble gjort. Dette har i ettertid blitt ansett som en årsak til at flere straffebud fikk en snevrere rekkevidde enn det behovet tilsa.⁹⁵

Begrunnelsen for å eksplisitt nevne medvirkning for visse straffebud, selv om dette ble ansett som overflødig, var særlig begrunnet i to hensyn.⁹⁶ For det første ville medvirkningstillegget gjøre spørsmålsstillingen i lagretten lettere, altså av praktiske hensyn. For det andre var det for å presisere at det fortsatt var mulig å medvirke til handlinger som måtte være utført av konkrete subjekter. Eksempelvis dersom straffebudet krevde at gjerningspersonen var en offentlig tjenestemann, skulle den som medvirket til overtredelsen, men som ikke hadde den nødvendige stillingen, fortsatt kunne straffes.⁹⁷

⁹¹ SKM 1896 s. 101.

⁹² Jf. eksempelvis strl. 1902 § 228 om legemskrenkelse og strl. 1902 § 255 om underslag.

⁹³ Jf. eksempelvis strl. 1902 § 237 om uaktsom forvoldelse av legemsskade.

⁹⁴ Andenæs (1940) s. 246-247.

⁹⁵ NOU 1992: 23 s. 75.

⁹⁶ SKM 1896 s. 106.

⁹⁷ Jf. eksempelvis straffebudene i strl. 1902 kapittel 11.

Dersom lovens utforming skulle ha fulgt den teoretiske forutsetningen om at enhver betingelse for overtredelsen var å anse som en årsak, hadde det ikke vært nødvendig å operere med noen form for medvirkningstillegg. Medvirkningshandlingene skulle da ha vært omfattet gjennom en tolkning av gjerningsbeskrivelsen uansett. Med tillegget la straffebudets utforming opp til at det var en forskjell mellom selve gjerningen i straffebudet og en eventuell medvirkningshandling, da en naturlig tolkning av et språklig tillegg er at det supplerer med noe til den øvrige ordlyden. Selv om tankegangen med medvirkningstilleggene var at det ikke skulle medføre noen innholdsmessige endringer til de teoretiske utgangspunktene, ble de praktiske konsekvensene noe annerledes enn det Straffekommisjonen hadde forutsatt.

2.3.4 Videreutviklingen av selvstendighetsmodellen: Andenæs-modellen

2.3.4.1 Tre sentrale endringer av Getz-modellen

Etter ikrafttredelsen av straffeloven av 1902 ble den videre utviklingen og presisering av medvirkningslæren overlatt til rettspraksis og juridisk teori. Under denne utviklingen ble imidlertid ikke Getz' forutsetninger opprettholdt. Det ble tvert imot foretatt flere endringer til selvstendighetsmodellen. Endringene var i all hovedsak som følge av avviket mellom de teoretiske forutsetningene for selvstendighetsmodellen og den praktiske gjennomføringen av medvirkningsansvaret i loven, og hvordan rettspraksis og juridisk teori forsøkte å ta stilling til avviket.

2.3.4.2 Endring av tolkningen av straffebudene uten medvirkningstillegg

Den første endringen var knyttet til tolkningen av straffebudene uten medvirkningstillegg. De ble i stor grad tolket i samsvar med Getz sitt utgangspunkt, men med visse begrensninger. Dette ble slått fast i Rt. 1936 s. 612. Faktum i dommen var at eieren av en bil hadde overlatt kjøringen til en som ikke hadde førerkort, og hvor føreren kjørte på og alvorlig skadet en fotgjenger. Spørsmålet i dommen var om eieren av bilen kunne bli straffet for medvirkning til uaktsom forvoldelse av legemsskade etter strl. 1902 § 237. Straffebudet hadde ingen medvirkningstillegg, men omfattet den som med uaktsomhet «forvolder» visse typer skader på en annen.

Høyesterett uttalte at siden en naturlig språklig forståelse av «forvolder» omfatter «enhver som setter et aarsaksmoment for vedkommende rettstridige resultat», så er det uten betydning

om vedkommende sin handling betegnes som den av en gjerningsmann eller medvirker.⁹⁸ Slik at så langt handlingen hadde forvoldt resultatet, og dermed var omfattet av lovens ordlyd, kunne vedkommende straffes. Dette var også i samsvar med hvordan straffebudet hadde blitt forstått tidligere, herunder at «forvoldelse» tolkes vidt og omfatter alle handlinger som har vært en årsak til resultatet.⁹⁹

Videre kom også Høyesterett med en generell uttalelse knyttet til medvirkningslæren. Det nevnes at lovens utforming av medvirkningslæren «ikke i alle tilfelle har vært heldig», men at det ikke bør medføre at lovens syn om at medvirkeren prinsipielt likestilles med gjerningsmannen skal anses som endret.¹⁰⁰ Rettsregelen for tolkning av straffebud uten medvirkningstillegg var dermed at:

«Hvis derfor lovbudets egen beskrivelse av gjerningsinnholdet er saa generelt formet, at loven efter en naturlig tolkning omfatter handlingen ogsaa naar denne sproglig vilde betegnes som medvirkning, saa blir vedkommende at straffe efter bestemmelsen, selv om medvirkning ikke er nevnt i lovbudet, medmindre der maatte foreligge særlige grunner til at tillegge straffebudet en snevrere ramme.»¹⁰¹

Høyesterett slår dermed fast at alle straffebud uten medvirkningstillegg kunne som et utgangspunkt omfatte medvirkning, gitt at gjerningsbeskrivelsens ordlyd omfattet de handlinger som etter en naturlig språklig forståelse betegnes som «medvirkning».

Rettsregelen samsvarte i stor grad med Getz sin fremstilling. Det medførte derimot at valget av ordlyd ved utformingen av lovteksten ble sentral for straffebudene uten medvirkningstillegg sin rekkevidde i henhold til personkrets.

Hvor ordlyden var for snevert formulert kunne det medføre at *kun* den som foretok den umiddelbare utslagsgivende handlingen kunne bli straffet. Som eksempel kan det henvises til Rt. 1978 s. 856. Faktum i dommen var at A hadde på vegne av et politisk parti søkt om tillatelse etter politivedtektene for å sette opp en «stand» og for å holde en appell derfra. A fikk tillatelse til å holde standen, men ikke til å holde appellen. A hadde da latt noen andre fremføre appellen gjennom en megafon mens han stod like ved. Spørsmålet i dommen var om

⁹⁸ Jf. Rt. 1936 s. 612 (s 613).

⁹⁹ Ibid s. 614.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

A kunne straffes for å ha medvirket til overtredelsen av politivedtektene. Da hjemmelen ikke nevnte medvirkning, var spørsmålet om A's handlinger anses som «bruk av høytalere».

Høyesterett uttalte at selv om «tiltalte stod like ved den som fremførte appellen, og at han intet foretok for å hindre at appellen ble framført, er ikke tilstrekkelig til å vise at han «brukte» høytaleren».¹⁰² Videre uttalte førstvoterende at ytterligere omstendigheter som kunne ha hatt betydning for at A «brukte» høytaleren hadde vært dersom «han har hatt en nærmere befatning med forberedelsen av bruken eller tilriggingen av apparatet, eller om han som leder av arrangementet kunne bestemme over bruken av apparatet».¹⁰³ De omstendighetene som Høyesterett nevnte knyttet seg i hovedsak til hvorvidt A var å anse som en nødvendig betingelse for at appellen ble holdt. Høyesteretts uttalelser kan tolkes dithen at «bruk» ikke nødvendigvis må være tale om direkte bruk av selve høytaleren, men at det likevel krever en mer aktiv tilknytning for at A's handlinger anses som en nødvendig betingelse for overtredelsen.

Dommens uttalelser viser hvordan mangel på medvirkningstillegg og valg av verb knyttet til gjerningsbeskrivelsen begrenset hvorvidt mer perifere handlinger knyttet til overtredelsen var omfattet av straffebudet. Hvor det i dommens tilfelle var holdepunkter for å drøfte medvirkningsansvar for A i form av psykisk og passiv medvirkning, var det ikke adgang til det med hensyn til bestemmelsens ordlyd.¹⁰⁴ Ordlyden av «bruk» stilte krav til mer direkte tilknytning før handlingen var å anse som en nødvendig betingelse for overtredelsen.

2.3.4.3 Endring av Getz' betingelseslære

Den andre endringen fra Getz' forutsetninger var til betingelseslæren ved spørsmålet om årsakssammenheng mellom handling og overtredelse av gjerningsbeskrivelsen.

Utgangspunktet for betingelseslæren var at dersom det straffbare resultatet *ikke* hadde oppstått uten den konkrete handlingen, var handlingen en nødvendig betingelse for resultatet.¹⁰⁵ Det måtte altså foretas en sammenligning mellom hvordan resultatet hadde blitt dersom den ulovlige handlingen tenkes bort, og det som faktisk hadde skjedd. Derimot vil denne tankegangen ikke alltid være treffende, da det som oftest vil være flere mulige årsaker til et

¹⁰² Jf. Rt. 1978 s. 856 (s. 857).

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Sml. med Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15) hvor vilkårene for fysisk og psykisk medvirkning er presentert. Se også punkt 3.3.3 nedenfor hvor vilkårene drøftes nærmere.

¹⁰⁵ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 128. Se også Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 166-167.

resultat. Eksempelvis skyter A en annen person (B), som A tror sover. Det viser seg at B var dødssyk og hadde død i løpet av kvelden uansett. For det tilfelle hadde resultatet, at B dør, blitt det samme selv om handlingen til A tenkes bort. Det straffbare resultatet hadde altså oppstått selv uten A sin handling, slik at A etter betingelseslæren ikke kan anses som en nødvendig betingelse for B's død. Den alminnelige oppfatningen er dog at A fortsatt har forårsaket B sin død.

Betingelseslæren ble derfor modifisert og utvidet, slik at det ville foreligge tilstrekkelig årsakssammenheng mellom handlingen og resultatet så langt den straffbare handlingen tenkes bort og det hadde medført «vesentlig endring med hensyn til tid, sted eller måte» til hvordan det straffbare resultatet inntrådte.¹⁰⁶ Betingelseslæren ble dermed utvidet til at en handling ikke alltid måtte ha vært en nødvendig betingelse for resultatet for å være en årsak til overtredelsen.

2.3.4.4 Endring av tolkningen av straffebudene med medvirkningstillegg

Den tredje endringen var knyttet til kategorien av straffebud med medvirkningstillegg. Det var på det rene at «medvirkning» var eksplisitt nevnt i lovteksten, i motsetning til at medvirkningshandlingene skulle tolkes ut av gjerningsbeskrivelsen som sådan, slik Getz argumenterte for. Det ble dermed et språklig skille mellom medvirkningshandlingene og gjerningsbeskrivelsen. Som følge av skillet ble et naturlig tolknings spørsmål hvorvidt straffebudene med og uten medvirkningstillegg skulle tolkes ulikt. I besvarelsen av dette tolknings spørsmålet ble Getz' modell særlig konfrontert og videreutviklet av juridisk litteratur.¹⁰⁷ En som hadde stor påvirkning på videreutviklingen var Johs Andenæs.

Andenæs argumenterte i sin artikkel, *Av medvirkningslæren i norsk rett*, for at medvirkningsansvaret ikke kunne tolkes så snevert at det kun omfattet de handlinger som hadde vært nødvendige betingelser.¹⁰⁸ Andenæs argumenterer først for at den naturlige

¹⁰⁶ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 128, Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 166-167 og Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg, utg., Oslo 2017 s. 196-197

¹⁰⁷ Jon Skeie, *Afhandlinger om forskjellige retsspørsmål : 1*, bd. 1, Kristiania 1913, s. 41-44 og Andenæs (1940) s. 250.

¹⁰⁸ Andenæs (1940) s. 247-248.

språklige forståelsen av «medvirkning» omfattet flere handlinger enn kun de som hadde vært en årsak til resultatet.¹⁰⁹

Eksempelet som ble brukt for å illustrere poenget var hvor A hadde bestemt seg for å begå et innbrudd i en tom sommervilla.¹¹⁰ På veien til utførselen støter han tilfeldigvis på B, som er en gammel kjenning som A tidligere har operert sammen med. A ber B om å stå vakt ved veien til villaen, noe som B er villig til å gjøre. Innbruddet gjennomføres uten at noen oppdager det, slik at B's vakthold var overflødig. B's handling var derfor ikke en nødvendig betingelse for at innbruddet ble gjennomført, da A ville ha klart å gjennomføre innbruddet selv uten B's vakthold. Basert på dette eksempelet argumenterte Andenæs for at B's handling dog hadde vært ansett som medvirkning etter en naturlig språklig forståelse, da B hadde vært en del av gjennomføringen. Dette ville derimot ikke være tilfellet etter Getz' definisjon for medvirkning, nemlig at B's handling måtte ha vært nødvendig for at forbrytelsen ble gjennomført. Siden den naturlige språklige forståelsen av «medvirker» favnet videre enn det som Getz' modell forutsatt, måtte spørsmålet heller bli om det var grunnlag i loven for å tolke «medvirkning» snevrere enn den naturlige språklige forståelsen.¹¹¹

Som et ytterlig argument for en videre tolkning av «medvirkning» argumenterte Andenæs ut fra lovens ordning med å operere med medvirkningstillegg. Ved å ha et medvirkningstillegg til straffebed som allerede anvendte verb som angir et årsaksforhold, måtte en naturlig tolkning av det språklige tillegget tilsi at de omfattet noe mer enn det som verbet omfattet.¹¹² Eksempelvis kan det vises til strl. 1902 § 233 som regulerer at «[d]en, som *forvolder* en annens død, eller som *medvirker dertil*, straffes for drap med fengsel i minst 6 år» (min kursivering). Andenæs mente at dersom straffebedene skulle tolkes etter Getz' forutsetninger, nemlig at medvirkningshandlingene uansett var omfattet av ordlyden til «forvolder», vil medvirkningstillegget dermed være en unødvendig og overfladisk del av lovteksten. En naturlig tolkning av medvirkningstillegget tilsier at den omfatter noe annet enn «forvolder». Selv om det var lovgivers intensjoner om at medvirkningstillegget ikke skulle utvide gjerningsbeskrivelsens omfang, mente Andenæs at når dette ikke var kommet til uttrykk i

¹⁰⁹ Ibid s. 248.

¹¹⁰ Ibid s. 249.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid s. 250.

selve loven, måtte «den naturlige ordningen» få avgjørende vekt.¹¹³ Når lovgiver hadde valgt å supplere straffebudene med et slikt tillegg, ville det etter Andenæs' syn være meningsløst om tillegget ikke skulle bidra noe til lovens innhold.¹¹⁴

Videre argumenterte Andenæs for at både «rettferdighetssansen og praktiske hensyn» talte for at en medvirker som ikke hadde vært en nødvendig betingelse fortsatt skulle kunne straffes for medvirkning.¹¹⁵ Andenæs mente at «[å]rsakslæren i denne anvendelse er sikkert en av de læresetninger som man bøyer seg for i teorien, men som man rolig ser bort fra i praksis fordi de altfor sterkt ville stride mot den naturlige oppfatning i livet».¹¹⁶

Den naturlige språklige forståelsen, lovens ordning med å operere med medvirkningstillegg og rettferdighets- og praktiske hensyn måtte dermed bli avgjørende fremfor de teoretiske forutsetningene som lå til grunn for utformingen av medvirkningsansvaret. Andenæs' argumentasjon knyttet til årsakskravet for medvirkningsansvar ble tatt til følge av rettspraksis, slik at for straffebud som hadde et medvirkningstillegg, var også mer perifere medvirkningshandlinger som ikke var nødvendige betingelser for overtredelsen straffbare.¹¹⁷ For de medvirkningshandlinger som var mer perifere til overtredelsen ble ansvaret i større grad aksessorisk ved at medvirkningshandlingen i stor grad ble vurdert etter dets virkning på hovedgjerningen.

Som et eksempelvis på en slik aksessorisk vurdering kan det vises til Rt. 1999 s. 996. Faktum i saken var at A hadde en brygge, hvor noen andre ulovlig hadde satt ut garn. A hadde sett dette, men unnlatt å foreta noe for å stanse det ulovlige forholdet. Høyesterett uttalte i dommen at:

«Noen alminnelig straffesanksjonert plikt for en eier av en løsøregjenstand til å hindre at andre benytter seg av tingen i ulovlig øyemed, kan ikke oppstilles. Det klare rettslige utgangspunkt er at en eier normalt ikke kan straffes for andres ulovlige benyttelse av hans ting. Men dette gjelder ikke absolutt. Blant annet kan

¹¹³ Ibid s. 254.

¹¹⁴ Ibid s. 250.

¹¹⁵ Ibid s. 254.

¹¹⁶ Ibid s. 255-256.

¹¹⁷ Se Matningsdal (2008) s. 363 hvor det redegjøres for årsakskravet i medvirkningslæren etter straffeloven av 1902, som legger til grunn Andenæs' fremstilling.

omstendighetene ligge slik an at eieren har en særlig og nærliggende foranledning til å gripe inn overfor ulovlige forhold som enkelt kan avbøtes, slik at det må anses uforsvarlig om han ikke gjør det, sett hen til de interesser lovgivningen skal beskytte.».¹¹⁸

A ble dermed dømt for medvirkning til at garn hadde blitt satt ut ulovlig. A's handling i form av passivitet var ikke en nødvendig betingelse for at det straffbare hadde blitt gjennomført, men A hadde en virkning på hovedgjerningen ved at han tillot at det straffbare forholdet kunne bestå.

Etter mitt syn fremstår dommens resultat som å være basert på pragmatiske hensyn. Herredsretten kunne ikke bevise at A hadde satt ut garnet, men kun at A hadde kunnskap om at garnet var ulovlig satt ut. Siden det av bevismessige hensyn ikke var grunnlag for å straffe A for å ha satt ut garnet, måtte straff begrunnes på annet vis. Løsningen ble da en form for unnlatesansvar, herunder at tiltalte har en særlig og nærliggende oppfordring til å gripe inn og forhindre det straffbare. Ansvar ble da begrunnet i tiltaltes tilknytning til det straffbare utover fysisk tilknytning. Konstruksjonen unnlatesansvar ble senere videreutviklet til medvirkningsansvar for passivitet, som på samme vis fremstår å være begrunnet i pragmatiske hensyn.¹¹⁹

Sammenfattet er inntrykket etter analysen at det ble ansett som et behov å få straffet de som hadde bidratt til overtredelsen, men som det av bevismessige årsaker ikke kunne slås fast hadde vært en nødvendig betingelse for overtredelsen.¹²⁰ Særlig som følge av at de mer perifere handlingene også var omfattet av den naturlige språklige forståelsen av begrepet «medvirker», fremstod det som lite naturlig og rimelig dersom de handlingene ikke skulle være omfattet av medvirkningstillegget. Medvirkningsansvarets rekkevidde ble dermed utvidet på bakgrunn av pragmatiske hensyn utover det som var utgangspunktet etter de teoretiske forutsetningene. De handlingene ble dermed knyttet til hovedgjerningen gjennom

¹¹⁸ Jf. Rt. 1999 s. 996 (s. 998).

¹¹⁹ Sml. med Rt. 2010 s. 1630 (avsnitt 26-27) hvor passivt medvirkningsansvar formuleres som en plikt for vedkommende å gripe inn dersom det «tid og høve» til det. Til sammenligning var det i Rt. 1999 s. 996 (s. 998) oppstilt handleplikt dersom det var «særlig og nærliggende foranledning til å gripe». Se videre punkt 5.2.3.1 nedenfor hvor det drøftes hvordan passivt medvirkningsansvar har blitt påvirket av hensynet til pragmatisme.

¹²⁰ Slik så også Andenæs (1940) s. 250 på problemstillingen.

handlingens virkning på enten hovedgjerningen eller hovedpersonen. For de mer perifere medvirkningshandlingene ble de således aksessoriske til hovedgjerningen.

2.4 Oppsummering – «Medvirker»-begrepet i straffeloven av 2005

En analyse av implementeringen av den selvstendige modellen viser at de teoretiske forutsetningene til Getz og den praktiske gjennomføringen ikke samsvarte fullstendig. Særlig ble dette avvirket større og større etter hvert som medvirkningsansvaret ble utviklet og modifisert gjennom rettspraksis og juridisk teori for å tilpasse de ulike unntakstilfellene som oppstod. Særlig Andenæs' argumentasjon ble tatt til følge i rettspraksis. Det er særlig to konsekvenser av videreutviklingen som er sentrale for utformingen av «medvirker»-begrepet etter gjeldende rett.

En første konsekvens følger av endringen fra Getz' årsakskrav. En viktig begrensning av medvirkningsansvarets rekkevidde etter Getz' modell var betingelseslæren vurdert opp mot gjerningsbeskrivelsen. Dersom de teoretiske forutsetningene hadde blitt fulgt, ville medvirkningsansvaret som et utgangspunkt kun omfatte de handlinger som var nødvendige betingelser for overtredelsen. Medvirkningsansvarets rekkevidde ble imidlertid utvidet, ved at straffebudene med medvirkningstillegg ikke bare omfattet medvirkningshandlingene som var nødvendige betingelser for overtredelsen, men også de mer perifere handlingene.¹²¹

Ved innføringen av den generelle medvirkningshjemmelen med straffeloven av 2005, ble skillet mellom straffebudene med og uten medvirkningstillegg fjernet. Utgangspunktet var nå at alle straffebudene skulle tolkes som om de hadde et medvirkningstillegg, og det var kun de straffebudene som særskilt nevnte at medvirkning ikke var straffbart som skulle tolkes på samme vis som straffebudene uten tillegg fra straffeloven av 1902.¹²² Resultatet ble dermed at alle straffebudene som et utgangspunkt omfattet de mer perifere medvirkningshandlingene, herunder de som ikke var omfattet av den naturlige språklige forståelsen av gjerningsbeskrivelsen og betingelseslæren. Dette kommer særlig til uttrykk i hvordan det etter gjeldende rett kun stilles krav til at medvirkningshandlingen må ha vært en «medvirkende årsaksfaktor» til overtredelsen.¹²³ Grensene for «medvirkende årsaksfaktor» er derimot

¹²¹ Se punkt 2.3.4.4 ovenfor.

¹²² Matningsdal (2008) s. 375-378.

¹²³ Jf. blant annet HR-2019-1743-A (avsnitt 51).

betydelig mindre konkrete enn betingelseslæren, slik at rekkevidden for medvirkningsansvaret blir i stor grad regulert etter en skjønnsmessig vurdering.¹²⁴

Den andre konsekvensen var som følge av at straffeloven av 2005 gikk bort fra det *ekstensive medvirkerbegrepet* og introduserte det *formelt-negative medvirkerbegrepet*.¹²⁵ Det innebar et tydelig skille mellom medvirker og hovedperson, herunder ved at medvirkeren defineres negativt ut fra gjerningspersonen.¹²⁶ For ordens skyld presiseres det at avhandlingen i det videre anvender det formelt-negative medvirkerbegrepet. Hvor flere av deltakere til det straffbare oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eksempelvis at to personer sammen slår en annen person og dreper den personen, vil det ikke være tale om medvirker og hovedperson. For de tilfeller vil alle som har oppfylt gjerningsbeskrivelsen på lik linje være «gjerningspersoner», og det omtales gjerne som et samvirke til overtredelsen.¹²⁷

For det første følger et slikt skille og definisjon av «medvirker» og «hovedperson» av ordlyden i strl. § 15, herunder ved at medvirkningshandlingen knyttes opp mot hovedovertredelsen gjennom formuleringen «medvirker *til overtredelsen*». En ordlydstolkning av «til» tilsier at medvirkningshandlingen må være rettet *mot* noe annet. Videre taler ordlyden av «overtredelsen», særlig ved at uttrykket er i bestemt form entall, for at det knytter seg til en overtredelse som har *blitt fullbyrdet*. Ved at medvirkningshandlingen knyttes opp mot en fullbyrdet hovedgjerning, vil en naturlig tolkning av «medvirker» tilsi at den omfatter noe annet enn den fullbyrdede hovedgjerningen.

For det andre kan et slikt forhold mellom medvirker og hovedperson også utledes av lovens system, herunder med hensyn til hvordan medvirkningshandlinger er regulert i henhold til straffebudene. En ordlydstolkning av «rammer også» i strl. § 15 taler for at medvirkningshjemmelen er en utvidelse til gjerningsbeskrivelsen i det enkelte straffebudet. Dette taler for at medvirkningshjemmelen er å anse som et unntak fra hvordan et straffebud kan bli overtrådt, hvor gjerningsbeskrivelsen i det konkrete straffebudet er hovedregelen. Hensynet til straffelovens system og sammenhengen mellom bestemmelsene taler for at et unntak kun kommer til anvendelse hvor hovedregelen ikke strekker seg til. Dersom en

¹²⁴ Se punkt 4.2.1 nedenfor hvor det nærmere innholdet i kravet til medvirkende årsaksforhold drøftes.

¹²⁵ Husabø (1999) s. 37.

¹²⁶ NOU 1992: 23 s. 74.

¹²⁷ Matningsdal (2008) s. 359.

handling omfattes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet (hovedregelen), vil dermed ikke medvirkningshjemmelen (unntaket) komme til anvendelse.

For det tredje støttes også en slik forståelse av medvirkerens forhold til hovedpersonen av betingelseslæren. Det følger av betingelseslæren at det ikke kun er den direkte utslagsgivende handlingen som anses å ha vært en årsak til overtredelsen. Enhver handling som har medført en «vesentlig endring» skal anses som en nødvendig betingelse og således en overtredelse av gjerningsbeskrivelsen.¹²⁸ Det vil dermed kun være handlinger som ikke omfattes av betingelseslæren som eventuelt omfattes av medvirkningshjemmelen. Det vil medføre dårlig sammenheng mellom straffelovens bestemmelser dersom medvirkningslæren skal begrense betingelseslærens rekkevidde.

For det fjerde gjelder et tydelig skille mellom medvirkeren og hovedpersonens handlinger i hendelsesforløpet allerede av en rekke straffebud, med hensyn til hvordan gjerningsbeskrivelsen er utformet. Dette gjelder først kategorien straffebud som etter sin ordlyd er begrenset til at kun en viss personkrets kan overtrede gjerningsbeskrivelsen. Eksempelvis kan det henvises til strl. § 173 som straffer misbruk av offentlig myndighet. For det straffebudet vil kun den som utøver offentlig myndighet kunne bli straffet som hovedperson ved overtredelse. Andre som ikke utøver offentlig myndighet vil kun bli straffet for medvirkning til misbruk av offentlig myndighet.

Videre følger også et slikt skille for straffebud hvor gjerningsbeskrivelsen kun omfatter den som foretar den siste utslagsgivende handlingen. Eksempelvis kan det henvises til strl. § 221 om uriktig forklaring som straffer den som «skriftlig eller muntlig gir uriktig opplysning til» visse de offentlige instanser. Både en ordlydstolkning av «gir», samt hvordan bestemmelsen har blitt fortolket i rettspraksis,¹²⁹ tilsier at bestemmelsen kun omfatter den som rent faktisk forteller eller overleverer den uriktige opplysningen. Slik at andre som har forårsaket at uriktige opplysninger blir gitt kan kun straffes som medvirker.

Hensynet til koherens og systembetraktninger ved tolkning av straffebudene, herunder at like tilfeller skal behandles likt og at det skal være en logisk sammenheng i systematikken, vil

¹²⁸ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 129.

¹²⁹ Jf. blant annet Rt. 1974 s. 317 og Rt. 1980 s. 961.

dermed tale for at et tydelig skille mellom medvirker og hovedperson som et utgangspunkt også gjelder for de øvrige straffebudene.¹³⁰

Oppsummert tilsier strl. § 15 sin ordlyd, betingelseslæren og straffelovens system at «medvirker» defineres som deltakelse til gjennomføring av en straffbar handling, uten at deltakerens handling selv oppfyller gjerningsbeskrivelsen i hovedgjerningen. Hvordan gjerningsbeskrivelsen er formulert med hensyn til overtredelsesmåte vil dermed være sentralt for skillet mellom medvirker og hovedperson. En forutsetning etter et slikt medvirkerbegrep vil videre være at medvirkeren som regel hadde en mindre vesentlig rolle i hendelsesforløpet enn hovedpersonen.¹³¹

3 Medvirkningsansvarets begrunnelse

3.1 Introduksjon – kravet til et legitimt formål for straff

Problemstillingen i dette kapittelet er hva som er begrunnelsen for medvirkningsansvaret. Sagt på en annen måte; hvorfor er medvirkning kriminalisert? For å presisere problemstillingen er det hensiktsmessig for avhandlingen å operere med et tydelig skille mellom begrepene «formål» og «begrunnelse».

Med formål siktes det til de overordnede målene straff som et middel skal oppnå. Innenfor norsk strafferett er det overordnede formålet at straff skal være av nytte for samfunnet.¹³² Hvordan straff skal være en nytte er igjen presisert til tre konkrete måter, herunder særlig at straff skal være normerende, preventivt og som en reaksjon på normbrudd.¹³³ Med begrunnelse siktes det til de nærmere retningslinjene som skal forsikre og bidra til at rettsreglene anvendes på en måte slik at de overordnede formålene ivaretas. Hva som anses som begrunnelsen for straffansvar vil være avhengig av hvilken type straffebud som anvendes, da hvert straffebud verner ulike rettsgoder i samfunnet, herunder ulike verdier som er anerkjente og viktige i rettsordenen.¹³⁴ For medvirkningsansvaret som ikke retter seg mot et konkret rettsgode som straffebudene gjør, men heller en type handling, vil begrunnelsen

¹³⁰ Høgberg og Sunde (2019) s. 469.

¹³¹ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 94.

¹³² Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 67 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 33.

¹³³ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 77 hvor det fokuseres på straffens preventive formål. Se Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 46-52 hvor det fokuseres på straffens normerende og reaktive formål.

¹³⁴ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 130.

dermed heller knytte seg til konkrete forhold ved medvirkningshandlingene som sådan.¹³⁵ Sagt på en annen måte; det er visse egenskaper ved medvirkningshandlingene som gjennomgående begrunner at de skal kriminaliseres, uavhengig av hvilken straffebud det medvirkes til. Spørsmålet er derfor hvilke egenskaper det er, da begrunnelsen vil ha flere sentrale funksjoner knyttet til kriminaliseringen.

Begrunnelsen vil for det første ha en *legitimerende* funksjon med hensyn til straffens overordnede formål. Som følge av at straff er den mest alvorlige reaksjonen som staten kan pålegge sine borgere, må denne alvorlige myndighetsutøvelsen være godt begrunnet for å unngå maktmisbruk.¹³⁶ Hvor straff er lite konkret begrunnet, vil utøvelse av straff være vilkårlig og stride imot sentrale verdier for en rettsstat, som blant annet individets frihet, likhet og menneskeverd.¹³⁷

For det andre vil også begrunnelsen være *begrensende* med utgangspunkt i de overordnede formålene. Ovenfor lovgiver gjelder det *kriminaliseringsprinsipper* knyttet til fastsettelsen av hvilken type handlinger som skal være kriminaliserte, for å forsikre at det kriminaliseres i samsvar med de overordnede formålene.¹³⁸ Overfor rettsanvender vil begrunnelsen være styrende for rettsanvendelsen som sådan, da rettsreglene skal anvendes ut fra den konkrete begrunnelsen som de skal ivareta.

Med hensyn til begrunnelsens begrensende funksjon i henhold til rettsanvendelsen kan det trekkes paralleller mellom kravet til en konkret begrunnelse for å ilegges straffansvar og kravene til inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8.¹³⁹ EMD har i sin praksis tilsidesatt nasjonal lovgivning som følge av at det ble ansett som et ulovlig inngrep etter EMK art. 8. I *Dudgeon mot Storbritannia* var spørsmålet knyttet til lovligheten av en lov som kriminaliserte seksuell omgang mellom voksne menn av samme kjønn.¹⁴⁰ Kriminaliseringen av slike handlinger ble ansett som et inngrep, slik at det måtte oppfylle vilkårene som fulgte av EMK art. 8 nr. 2 for å være lovlig, herunder at:

¹³⁵ Husabø (1999) s. 258-259.

¹³⁶ NOU 2002: 4 s. 78 og Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 77.

¹³⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 47.

¹³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 82.

¹³⁹ Jf. blant annet HR-2018-104-A (avsnitt 22-23).

¹⁴⁰ EMDs dom av 22. oktober 1981 *Dudgeon mot Storbritannia* (avsnitt 40).

«An interference with the exercise of an Article 8 (art. 8) right will not be compatible with paragraph 2 (art. 8-2) unless it is “in accordance with the law”, *has an aim or aims that is or are legitimate under that paragraph* [art. 8-2] and is “necessary in a democratic society” for the aforesaid aim or aims» (min kursivering).¹⁴¹

Som et utgangspunkt overprøver EMD kun konkrete inngrep rettet mot en klager og således ikke lovgivningen generelt.¹⁴² De samme kriteriene, særlig kravet til et legitimt formål, vil derimot kunne anvendes som retningslinjer for hvorvidt straff i det konkrete tilfelle anses som tilstrekkelig begrunnet. I den grad straffansvar ilegges uten å være begrunnet i et legitimt formål, herunder de formål og forhold som begrunner kriminaliseringen av handlingen, vil straffansvar kunne være i strid med Grl. § 102 og EMK art. 8.

Hvor straffansvar for det konkrete tilfelle ikke har et legitimt formål, vil videre *den alminnelige rettsstridsreservasjonen* kunne komme til anvendelse for å avgrense mot straffansvar. Om innholdet i reservasjonen følger det at:

«Etter norsk rett er det som nevnt naturlig å anse det for å foreligge en generell rettsstridsreservasjon som innebærer at loven ikke får anvendelse der det må legges til grunn at ordlyden rekker lenger enn det som har vært meningen å ramme som straffbart, (...)».¹⁴³

At straffansvar ikke kan begrunnes i et legitimt formål vil være et tungtveiende argument for at ordlyden ikke var ment å ramme det forholdet, da straffansvar i de tilfeller vil være i strid med både våre sentrale rettsstatsprinsipper og eventuelt også i strid med Grl. § 102 og EMK art. 8. For kravet til et legitimt formål for *medvirkningsansvar*, vil spørsmålet være om det forholdet som gjennomgående begrunner kriminaliseringen av medvirkningshandlinger gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Det gjelder som sikker rett at det også anses som et vilkår at medvirkningshandlingen må være rettsstridig med hensyn til den alminnelige rettsstridsreservasjonen for at det kunne foreligge medvirkningsansvar.¹⁴⁴ Det må således ved tolkning av det enkelte straffebudet, samt medvirkningshjemmelen, drøftes hvorvidt straff i det konkrete tilfelle kan begrunnes i et legitimt formål.

¹⁴¹ *Dudgeon mot Storbritannia* (avsnitt 43).

¹⁴² Aall (2018) s. 120.

¹⁴³ Jf. blant annet Rt. 2012 s. 686 (avsnitt 59).

¹⁴⁴ Jf. Rt. 2005 s. 41 (Napster) (avsnitt 65) og HR-2019-1743-A (Popcorn-time) (avsnitt 55).

Videre vil også begrunnelsen for medvirkningsansvaret kunne være *avklarende* for de tilfellene hvor spørsmålet om medvirkningsansvar er tvilsomt. Den avklarende funksjonen kan illustreres i hvordan vilkåret om årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen er blitt definert i rettspraksis. Det følger som sikker rett at medvirkningshandlingen ikke må ha vært en nødvendig betingelse for overtredelsen av gjerningsbeskrivelse for at den anses som en straffbar medvirkningshandling.¹⁴⁵ Det er tilstrekkelig så langt medvirkningshandlingen står i et «medvirkende årsaksfaktor» til overtredelsen.¹⁴⁶ Om årsakskravet konkrete innhold uttales det at:

«Det er ikke mulig å angi presist hvor mye som kreves, og man kommer neppe retningslinjen nærmere enn at avgjørende synes å være om vedkommendes handling har en slik karakter og et slikt omfang at det finnes *naturlig* å knytte straffansvar til den.» (min kursivering).¹⁴⁷

Uttalelsen viser hvordan tvilstilfellene i stor grad må avgjøres etter en konkret skjønnsmessig vurdering. Et sentralt moment i denne vurderingen vil kunne være om medvirkningsansvar for det konkrete tilfelle kan begrunnes, slik at straffansvar ikke fremstår som et vilkårlig inngrep i individets handlefrihet. Medvirkningsansvarets begrunnelse vil således i stor grad være styrende for rekkevidden av kriminaliseringen av medvirkning.

Før det foretas en analyse av hva som begrunner kriminaliseringen av medvirkning, må det rettes fokus på de relevante forutsetningene for analysen, herunder innholdet i kriminaliseringsprinsippene (punkt 3.2). Som følge av at kriminaliseringsprinsippene gjelder som overordnede retningslinjer for kriminaliseringen av alle typer handlinger, vil de også være gjeldende ovenfor kriminaliseringen av medvirkning. De forholdene som begrunner kriminaliseringen av medvirkning må samtidig være i samsvar med kriminaliseringsprinsippene for at de skal være begrunnet i et legitimt formål. Når de nødvendige forutsetningene er drøftet, rettes fokuset mot hvilke forhold ved medvirkningshandlingen det er som begrunner kriminaliseringen av medvirkning (punkt 3.3). Basert på resultatene fra analysen skal det deretter slås fast hva som er hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkningshandlinger (punkt 3.4).

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 411.

¹⁴⁶ Jf. blant annet HR-2019-1743-A (avsnitt 51).

¹⁴⁷ Jf. HR-2019-1743-A (avsnitt 51).

3.2 Prinsipper for kriminalisering

Det er fire prinsipper som gjelder som retningslinjer for lovgivers kriminalisering av handlinger. For det første *skadefølgeprinsippet* og *skyldprinsippet*, som særlig knytter seg til hvilke faktiske handlinger som skal kriminaliseres. For det andre *ultima ratio-prinsippet*¹⁴⁸ og *nytteprinsippet*¹⁴⁹, som i større grad knytter seg til straffereaksjon og straffeutmåling til de kriminaliserte handlingene. Som følge av at prinsippene knyttet til straffereaksjon og straffeutmåling i liten grad er relevante for å definere hvordan medvirkningshandlingene er kriminalisert, nevnes de kun kort for helhetens skyld og drøftes ikke nærmere.

Utgangspunktet og grunnvilkåret for kriminalisering er skadefølgeprinsippet, som innebærer at «[a]tferd bør bare gjøres straffbar dersom den fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet».¹⁵⁰ Det presiseres at «[a]tferd bør ikke gjøres straffbar bare fordi et flertall misliker det. Skadefølgeprinsippet bygger på at individet i størst mulig grad bør kunne handle fritt, og at straff bare bør anvendes når tungtveiende grunner taler for det».¹⁵¹ Dette prinsippet gjelder dog ikke absolutt, slik at det fortsatt kan kriminaliseres atferd som ikke medfører skade eller fare for skade. Utgangspunktet er for å presisere at det stilles «krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse» dersom straffansvar likevel skal ilegges hvor handlingen ikke medfører skade eller fare for skade.¹⁵²

Særlig for handlinger som medfører «fare for skade» er de kriminalisert gjennom forsøkslæren, jf. strl. § 16.¹⁵³ For de tilfeller begrunnes straff med at det kriminelle sinnelaget har «manifestert seg i ytre handlinger» på en slik måte at den ytre handlingen vil være en fare for at skade kan inntreffe.¹⁵⁴ For handling som verken medfører en skade eller fare for skade, men som likevel anses som tilstrekkelig tungtveiende begrunnet for straffansvar er forberedelse og forbund knyttet til særlig alvorlige lovbrudd.¹⁵⁵ For de tilfeller har det i motsetning til forsøk ikke vært en manifestasjon av fullbyrdelsesforsett i samme grad.

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 88 og Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 47.

¹⁴⁹ NOU 2002: 4 s. 82 og Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 88.

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 88.

¹⁵¹ Ibid s. 83.

¹⁵² Ibid s. 89.

¹⁵³ Ibid s. 101.

¹⁵⁴ Ibid s. 104.

¹⁵⁵ Ibid s. 105. Dette omfatter eksempelvis forberedelse til pengefalsk (§ 369) og til dokumentfalsk (§ 370) og forbund om terror (§ 133) tilskynding til folkemord (§ 108), alvorlig organisert kriminalitet (§ 198), slaveri (§ 260), drap eller å volde betydelig skade på kropp og helse (§ 279), ran (§ 329), heleri (§ 336), hvitvasking (§ 341), fremkalling av fare for allmennheten (§ 357) og lignende alvorlige handlinger.

Dessuten vil manifestasjonen ofte kunne være i form av helt dagligdagse og uskyldige handlinger, som kan medføre at det er vanskelig å påvise tilstrekkelig fullbyrdelsesforsett.¹⁵⁶ For de tilfeller vil imidlertid hensynet om å avverge alvorlig, organisert kriminalitet og muligheten til å kunne gripe inn tidlig begrunne kriminaliseringen av de type handlinger, selv om de ikke medfører skade eller fare for skade.¹⁵⁷

Det neste sentrale kriminaliseringsprinsippet er *skyldprinsippet*.¹⁵⁸ Kjernen er at «kun den som kunne og burde handlet annerledes, skal holdes ansvarlig og straffes, og da kun i tråd med den skyld vedkommende har utvist».¹⁵⁹ Skyldprinsippet begrunner straffansvar i den enkeltes *klanderverdighet*, som sikter til at mennesker har evne til å handle ansvarlig, herunder ved å forstå at en handling er feil og deretter handle etter den innsikten.¹⁶⁰ Som følge av den enkelte har en evne til å handle ansvarlig, vil de som likevel velger å ikke handle på det viset kunne klandres, og eventuelt straffes for det.

Skyldprinsippet gjelder videre som et grunnleggende rettsstatsprinsipp, slik at det vil gjennomgående begrense straffansvar med hensyn til den enkeltes klanderverdighet. Begrensningen kommer særlig til uttrykk i vilkåret om tilstrekkelig skyld for å ilegge straffansvar, jf. strl. § 21. Ved å stille krav til konkrete grader av skyld begrenses kriminaliseringen til de handlinger som vedkommende kan klandres for å ha foretatt. Ved at straffansvar begrenses til de handlingene vedkommende kan klandres for å ha foretatt, er en sentral følge at en person ikke kan bli straffet for en annens handlinger når vedkommende ikke kan klandres for at den andre foretok den handlingen.¹⁶¹ Dette aspektet av skyldprinsippet har blant annet EMD fortolket som et vilkår som følger av både uskyldpresumpsjonen etter EMK art. 6 nr. 2 og legalitetsprinsippet etter EMK art. 7.¹⁶²

En viktig konsekvens av skadefølgesprinsippet og skyldprinsippet er at handlinger ikke skal kriminaliseres kun som følge av at de er uønsket av et flertall.¹⁶³ Hvor den alminnelige

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid s. 104-105.

¹⁵⁸ Ibid s. 111.

¹⁵⁹ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 50.

¹⁶⁰ Ibid s. 50-51.

¹⁶¹ Denne siden av skyldprinsippet kommer blant annet til uttrykk i EMDs dom av 28. juni 2018 *G.I.E.M S.R.L. and others* mot Italia (avsnitt 274).

¹⁶² Jf. henholdsvis EMDs dom av 29. oktober 2013 *Varvara mot Italia* (avsnitt 63-67) og *G.I.E.M. S.R.L. mot Italia* (avsnitt 242). Se også Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for strafferett* nr. 03, 2018, s. 204-206 hvor betydningen av uttalelsene i *G.I.E.M. S.R.L. mot Italia* drøftes.

¹⁶³ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 83.

rettstridsreservasjonen stiller krav til at straff i det konkrete forholdet må være i samsvar med straffebudets formål, vil kriminaliseringsprinsippene kunne være relevante for å indikere hvilke forhold som *kan være* legitime formål. Da hovedregelen etter skadefølgesprinsippet er at straffebudene er utformet med formål om å beskytte et konkret retts gode, vil det for de tilfeller hvor det ikke foreligger en krenkelse av et retts gode dermed stilles et strengt krav til andre legitime formål.

3.3 Begrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning

3.3.1 To ulike begrunnelser

Innenfor juridisk teori opereres det med to ulike begrunnelser for hvorfor medvirkning er kriminalisert.¹⁶⁴ De ulike begrunnelsene knytter seg igjen til ulike faktiske forhold ved medvirkningshandlingene. Det er imidlertid ikke enighet angående hvilke forhold som skal anses som hovedbegrunnelsen. Det skal i dette punktet først rettes fokus mot det nærmere innholdet i de to ulike forholdene, samt hvordan det argumenteres for at det konkrete forholdet begrunner medvirkningsansvar i samsvar med kriminaliseringsprinsippene.

Det første forholdet som det henvises til som begrunnelse knytter seg til medvirkningshandlingen som sådan, hvor det sentrale argumentet er at:

«Den medvirkende har, uten hensyn til om han står i kausalitetsforhold til resultatet eller ei, i gjerning lagt sin samfunnsfarlighet for dagen – om enn ikke i samme grad som den egentlige hovedmann, og også i forskjellig grad for de forskjellige delaktige etter som de har spilt en mer eller mindre fremtredende rolle i den straffbare virksomhet. Dermed er ansvarets prinsipielle berettigelse rettferdiggjort både teoretisk og praktisk.»¹⁶⁵

I forlengelse av det argumentet er et sentralt poeng at medvirkningshandlingene skal kunne forstås på samme vis som et farestraffebud.¹⁶⁶ Ved at en medvirkningshandling potensielt vil kunne gjøre gjennomføringen av straffebudet enklere, vil også antall straffbare handlinger som blir gjennomført bli økt tilsvarende. Medvirkningshandlingen som sådan vil dermed ha

¹⁶⁴ Husabø (1999) s. 258-261.

¹⁶⁵ Andenæs (1940) s. 253.

¹⁶⁶ Ibid s. 262.

medført økt fare for skade. Det vil kun være en fare for skade, og ikke en skade i seg selv, da skaden realiseres ikke før hovedpersonen fullbyrder den straffbare handlingen. En slik begrunnelse vil være i samsvar med skadefølgesprinsippet som også kriminaliserer farestraffebud, selv om kjernen er å kriminalisere skadestraftebud.¹⁶⁷ Denne begrunnelsen har likheter til begrunnelsen for forsøksansvar, som knytter seg at handlingen medfører en fare for skade og anses således som klanderverdig.¹⁶⁸ Synspunktet var særlig fremmet av Andenæs som hovedbegrunnelsen for å kriminalisere medvirkning.

Et annet argument for å begrunne straffansvar i selve medvirkningshandlingen er at «[s]traffansvar for medvirkning er begrunnet i at også visse handlinger som ikke oppfyller gjerningsinnholdet i straffebudet, er av en slik kvalifisert karakter at de bør omfattes av straffansvaret».¹⁶⁹ Uttalelsens henvisning til handlingens «kvalifisert karakter» kan tolkes som at det siktes til medvirkningshandlingens isolerte klanderverdighet. Som en fellesbetegnelse for det første forholdet omtales det i det videre som begrunnelse med hensyn til «medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet».

For det andre forholdet som begrunnelse for kriminaliseringen av medvirkning knytter det seg til medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen. Det sentrale argumentet er at medvirkningshandlingen har «virket med til å forårsake den aktuelle krenkelsen av rettsgodet».¹⁷⁰ Det henvises til at:

«Det er medvirkningens konkrete sammenheng med hovedgjerningen som generelt begrunner at den er klanderverdig. Klanderer relaterer seg slik til den skade eller (konkret eller abstrakte) fare som hovedgjerningen medfører for et rettsgode.»¹⁷¹

Det er altså medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen som begrunner medvirkningsansvar, herunder ved at medvirkningshandlingen indirekte krenker det samme rettsgode som hovedgjerningen. Dette synspunktet fremmes særlig av Gröning, Husabø og Jacobsen, som mener at det er dette forholdet som er hovedbegrunnelsen for

¹⁶⁷ Se punkt 3.2 ovenfor.

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 101.

¹⁶⁹ Magnus Matningsdal, *Straffeloven : Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff : Alminnelige bestemmelser : Kommentartutgave*, Oslo 2015b, kommentar til § 15 punkt 2.

¹⁷⁰ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 324.

¹⁷¹ Ibid.

medvirkningsansvar.¹⁷² De er således avvisende til at medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet kan begrunne medvirkningsansvar.

En presisering i forlengelse av at medvirkningshandlingen indirekte krenker et retts gode er at skadefølgen lettere kan bli større når flere er involverte i den straffbare handlingen.¹⁷³ Ved at medvirkeren deltar i gjennomføringen av det straffbare vil det som oftest medføre at faren eller samfunnsfarligheten til hovedgjerningen blir større. Medvirkningshandlingens virkning i form av en økning av hovedgjerningens skadefølge vil altså kunne begrunne straffansvar.

Et ytterligere argument i samme retning er med hensyn til medvirkningshandlingens tilknytning til hovedgjerningen, herunder ved at «[f]orbrytelsen smitter av på alle som befatter seg med den – for så vidt innebærer synet på delaktigheten som aksessorisk i forhold til hovedgjerningen er riktig kjerne».¹⁷⁴ Tanken er at siden hovedgjerningen kan straffes, vil alle som velger å befatte seg med forbrytelsen også kunne straffes. Uttalelsen kan tolkes dithen at det er hovedgjerningens klanderverdighet som på en generell basis «smitter over» på medvirkeren.

Kjernen av argumentene knyttet til det andre forholdet er altså at det er medvirkningshandlingens tilknytning til hovedgjerningen, enten i form av virkning på eller befatning med hovedgjerningen, som begrunner straffansvar. Medvirkningshandlingen vil som følge av tilknytningen indirekte ha krenket det samme retts gode som hovedgjerningen, slik at straffansvar for medvirkere vil være i samsvar med skadefølgeprinsippet. I det videre betegnes det andre forholdet som begrunnelse med hensyn til «medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen».

Det foreligger således to ulike begrunnelser for kriminaliseringen av medvirkning. Poenget er ikke at det er *utelukkende* ett forhold ved medvirkningshandlingene som kan begrunne straffansvar, men at det må fastsettes *hvilken* av forholdene som skal være hovedbegrunnelsen. Som følge av at begrunnelsen bak straffansvaret vil ha legitimerende, begrensende og avklarende funksjoner i henhold til rettsanvendelsen, vil hvilken begrunnelse

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Matningsdal (2015b) kommentar til § 15, punkt 2.

¹⁷⁴ Andenæs (1940) s. 253.

som anses som hovedbegrunnelsen dermed være styrende for den konkrete grensettingen av medvirkningsansvarets rekkevidde.¹⁷⁵

Ettersom de ulike begrunnelsene knytter seg til ulike forhold ved medvirkningshandlingen, vil de medføre ulike tolkninger, og følgelig trekke medvirkningsansvarets rekkevidde i ulike retninger. Et eksempel for å illustrere hvordan de ulike begrunnelsene trekker medvirkningsansvarets i ulike rekkevidder kan være hvor medvirkeren har foretatt sin handling, men hvor hovedpersonen allikevel velger å ikke fullbyrde hovedgjerningen. For de tilfeller kan ikke medvirkningsansvaret begrunnes i medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen, da det foreligger ingen hovedgjerning som har krenket et retts gode. Da vil det faktumet at medvirkning er begrunnet i medvirkningshandlingens virkning tale imot at det idømmes straffansvar i det tilfellet. Derimot vil hensynet til medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet som begrunnelse tale for at det idømmes straffansvar, da medvirkeren uansett har foretatt sin handling. De ulike begrunnelsene vil på det viset tale for ulike resultater.

Denne ulikheten er videre ikke kun av teoretisk betydning, da det har medført resultater i rettspraksis som står i motstrid til hverandre.¹⁷⁶ Denne ulikheten taler imot at begge forholdene kan forenes som begrunnelsen for medvirkning. Basert på hvilke forhold som anses som hovedbegrunnelsen, vil det for de tilfeller hvor hovedbegrunnelsen ikke gjør seg gjeldende bli et spørsmål om det således foreligger andre tilstrekkelige tungtveiende begrunnelser for straffansvar. For å vurdere hvilken av de nevnte forholdene som anses som hovedbegrunnelsen for medvirkningsansvar må det analyseres hvorvidt de konkrete begrunnelsene kan gjenfinnes i gjeldende rett.

3.3.2 Medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet

Spørsmålet for dette punktet er hvorvidt begrunnelsen med hensyn til medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet kan gjenfinnes i gjeldende rett.

Et første tilfelle hvor den begrunnelsen forekommer er ved forsøksansvar for medvirkeren.¹⁷⁷

Det legges til grunn i forarbeidene at:

¹⁷⁵ Se punkt 3.1 ovenfor.

¹⁷⁶ Se punkt 4.2.2.3 i. og 4.2.4.2 nedenfor.

¹⁷⁷ Husabø (1999) s. 260-261.

«Medvirkeren kan straffes selv om hovedovertrederen bare befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet. Hvis f.eks. hovedovertrederen har planer om å begå et innbruddstyveri og medvirkeren bidrar med nødvendig verktøy, kan medvirkeren straffes selv om hovedovertrederen ikke har overtrådt grensen for straffbart forsøk. *Begrunnelsen er at medvirkeren i et slikt tilfelle allerede har gjort sin innsats. Det avhenger ikke av medvirkeren om tyveriet skal bli begått eller ikke (...).*

Men medvirkeransvaret er ikke helt uavhengig av hovedovertrederens ansvar: Om medvirkeren skal straffes for forsøk på medvirkning eller fullbyrdet handling, avhenger av om hovedovertrederen har fullbyrdet handlingen. I denne forbindelse er medvirkeransvaret derfor ikke et helt selvstendig ansvar.» (min kursivering).¹⁷⁸

Det andre tilfelle hvor begrunnelsen er lagt til grunn er Rt. 2013 s. 789. I dommen ble medvirkeren straffet for forsøk på medvirkning selv når hovedpersonen ble frifunnet, som følge av at hovedpersonen ikke hadde forlatt det straffrie forberedelsesstadiet. Høyesterett presiserte i den sammenheng selvstendighetsprinsippet, og gjentar begrunnelsen fra forarbeidene om at medvirkeren må kunne straffes når han allerede har gjort sin innsats.¹⁷⁹

Det ble også begrunnet i at C's handling måtte vurderes selvstendig i lys av forsøkshjemmelen. Når medvirkningshandlinger først er gjort til en egen straffbar handling, skal den bedømmes «på enhver måte som en annen forbrytelse. Det kan bli tale om forsøk på forbrytelsen, og det blir nødvendig å trekke grensen mellom den straffri forberedelse og det straffbare forsøk på handlingen».¹⁸⁰ Det ble lagt til grunn at C hadde foretatt en straffbar forsøkshandling, selv om forsøket på medvirkning både skjedde med et utjenlig middel og at A ikke kunne straffes da han ikke hadde forlatt det straffrie forberedelsesstadiet enda.¹⁸¹ For dommens resultat henvises det altså direkte til medvirkerens selvstendige klanderverdighet.

Derimot er det to problematiske forhold knyttet til anvendelsen av denne begrunnelsen i tilknytning straffansvar for forsøk på medvirkning. For det første foreligger det en inkonsekvens mellom hvordan medvirkningsansvaret ved forsøk på medvirkning er begrunnet og hvordan det praktiseres.

¹⁷⁸ NOU 1992: 23 s. 78.

¹⁷⁹ Jf. Rt. 2013 s. 789 (avsnitt 55).

¹⁸⁰ Ibid (avsnitt 56).

¹⁸¹ Ibid (avsnitt 54 og 59).

Dersom medvirkeren ved å foreta sin handling allerede har gjort sin innsats og lagt sin straffverdige handling for dagen, bør det tilsi at medvirkerens handling anses som fullbyrdet uavhengig av resultatet av hovedovertredelsen. Det vil stride imot den nevnte begrunnelsen dersom medvirkerens ansvar allikevel er avhengig av hovedgjerningens fullbyrdelse. Det legges således til grunn at det skal gjelde et unntak fra selvstendighetsprinsippet, uten at unntaket begrunnes. Det argumenteres for at selvstendighetsprinsippet kommer til anvendelse gjennom både medvirkningslæren og forsøkslæren, men i ulik grad. Det er lite logisk og lite koherent at en rettsregel både er et unntak fra selvstendighetsprinsippet med hensyn til medvirkningslæren og et utslag av selvstendighetsprinsippet med hensyn til forsøkslæren samtidig.

Resultatet er at en medvirkningshandling anses som påbegynt uten hensyn til hva hovedpersonen har gjort, mens fullbyrdelsen av medvirkningshandlingen er avhengig av fullbyrdelse hos hovedpersonen. Denne inkonsekvensen med at påbegynnelsen av en medvirkningshandling vurderes selvstendig, mens fullbyrdelsen av handlingen vurderes aksessorisk, har sin bakgrunn i forsøkslærens struktur. Siden forsøkslæren definerer grensen mellom forsøk og fullbyrdet handling etter resultatet av en handling, vil det for medvirkningshandlingen alltid være hovedpersonens overtredelse som er det avgjørende resultatet. Som følge av forsøkslærens struktur vil grensen mellom forsøk på medvirkning og fullbyrdet medvirkning alltid være avhengig av fullbyrdelsen av hovedgjerningen. Det som i realiteten blir resultatet er at forsøkslærens begrunnelse får forrang overfor medvirkningslæren for vurderingen av når en medvirkningshandling anses som fullbyrdet.

Bakgrunnen for denne inkonsekvensen fremstår som en følge av at den selvstendige modellen gikk bort Getz' betingelseslære om at medvirkning kun omfattet handlinger som var nødvendige betingelser til overtredelsen. Dersom forsøkslæren skulle anvendes på den betegnelsen av medvirkningshandlinger, ville fullbyrdelse av medvirkningshandlingen naturlig være fullbyrdelse av hovedgjerningen. Et slikt resultat hadde dermed vært i samsvar med både medvirkning- og forsøkslæren i lys av selvstendighetsprinsippet. Derimot når de mer perifere medvirkningshandlingene også skulle være omfattet av medvirkningslæren, ble fortsatt grensen mellom forsøk på medvirkning og fullbyrdet medvirkning definert etter fullbyrdelse i lys av betingelseslæren. Forsøkslæren ble ikke tilsvarende modifisert til at hvorvidt det forelå en fullbyrdet medvirkningshandling ikke lengre skulle være basert på Getz' betingelseslære. Dette resulterte dermed i en inkonsekvent gjennomføring av forsøkslæren anvendt på medvirkningslæren.

Denne inkonsekvensen mellom begrunnelsen og gjennomføringen av straffansvar for forsøk på medvirkning viser hvordan anvendelsen av medvirkningsansvarets selvstendige klanderverdighet som begrunnelse for kriminaliseringen er lite gjennomtenkt. Mangel på en gjennomtenkt og konsekvent begrunnelse for medvirkningsansvaret kan være problematisk, da straffens alvorlige karakter stiller krav til at det foreligger et legitimt formål for å ilegge straff. Når rammene for ansvarets omfang er lite gjennomtenkt, foreligger det også få retningslinjer for tvilstilfeller. Mangel på presise retningslinjer vil kunne medføre at ansvarets omfang blir videre enn opprinnelig antatt og at det straffes uten at det er i samsvar med lovens formål.

Det andre problematiske forholdet ved medvirkerens selvstendige klanderverdighet som begrunnelse knytter seg til hvorvidt forarbeidene og Rt. 2013 s. 789 kan begrunne en legitim generell rettsregel om ansvar for forsøk på medvirkning hvor hovedpersonen ikke har foretatt en straffbar handling. En rettsregel om at medvirkningsansvar kan foreligge uavhengig av om hovedgjerningen foretas eller ikke, medfører i realiteten at medvirkeren da straffes for et *utjenlig forsøk på medvirkning*. Med et «utjenlig forsøk» siktes det til forsøk på straffbar handling som ikke objektivt sett medførte en fare for et fullbyrdet rettsbrudd.¹⁸² Straffansvar for de typetilfellene er begrunnet i at den onde viljen har gitt seg utslag i forsøkshandlingen, enten forsøket var tjenlig eller ikke.¹⁸³ Dette har likheter til begrunnelsen i medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet, som vil være at den onde viljen har fått utslag i medvirkningshandling, selv om medvirkningshandling ikke objektivt sett medførte en fare for et fullbyrdet rettsbrudd, når hovedgjerningen ikke ble forsøkt engang.

Et spørsmål er derimot om begrunnelsen for utjenlig forsøk vil være tilstrekkelig for å begrunne *utjenlig forsøk på medvirkning*. Gröning, Husabø og Jacobsen argumenterer for at straffansvar for utjenlig forsøk kan begrunnes ut fra en farebetragtning, da særlig fra et tredjepersonsperspektiv.¹⁸⁴ Det argumenteres for at:

¹⁸² Det skilles mellom *relativ* og *absolutt* utjenlige forsøk. Med relativ utjenlig forsøk er det tale om forsøk som hadde svært dårlige forutsetninger for å føre frem, men som fortsatt hadde en mulighet for å lede til fullbyrdelse. Mens med absolutt utjenlig forsøk er det overhode ingen mulighet for at det kunne føre til et rettsbrudd, eksempelvis ved forsøk med et utjenlig middel eller mot et utjenlig objekt. Som et utgangspunkt er både relative og absolutte utjenlige forsøk straffbare. Se Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 355-356 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 378-380 hvor utjenlige forsøk er drøftet nærmere.

¹⁸³ Rt. 2013 s. 789 (avsnitt 59).

¹⁸⁴ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 379-380.

«Det avgjørende må være hvordan en tredjeperson i gjerningspersonens stilling på gjerningstidspunktet ville bedømt situasjonen. Dersom det fra det perspektivet var slik at de aktuelle interessene var utsatt for en ukontrollert, nærliggende mulighet for krenkelse, kan vi si at det da forelå fare.».¹⁸⁵

Et problem ved å anvende begrunnelsen for utjenlig forsøk på tilsvarende vis for utjenlig forsøk på medvirkning er at *avstanden mellom handlingen og faren det medfører blir større for medvirkningshandlingene enn for hovedhandlingene*. Ettersom medvirkningshandlingen objektivt sett er mer fjerntliggende fra gjerningsbeskrivelsen enn et direkte forsøk på overtredelse av gjerningsbeskrivelsen, vil det dermed være en mer fjerntliggende mulighet for krenkelse som følge av medvirkningshandlingen. Dette kan tale for at det ikke foreligger en tilstrekkelig *nærliggende mulighet for krenkelse og fare*. Det kan stilles spørsmål til om medvirkningsansvar vil være tilstrekkelig begrunnet utelukkende i dette fareperspektivet når medvirkningshandlingen medfører en såpass fjern fare. Hvor begrunnelsen bak straffansvar for utjenlig forsøk allerede utvider grensene for forsøksansvar, er et spørsmål om medvirkningsansvaret også skal utvides tilsvarende.

Det at begrunnelsen i medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet legger opp til både et inkonsekvent og vidtrekkende straffansvar for forsøk på medvirkning, vil tale for at den begrunnelsen ikke anses som hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning.

For andre tilfeller hvor medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet kan gjenfinnes og anvendes for å begrunne medvirkningsansvar viser Husabø til kravet til en rettsstridig medvirkningshandling og hvordan skyldvilkåret drøftes ovenfor medvirkeren.¹⁸⁶

Det følger av rettspraksis at en medvirkningshandling må være rettsstridig for at det kan foreligge medvirkningsansvar, jf. Rt. 2005 s. 41 (Napster) og HR-2019-1743-A (Popcorn-time). Typetilfellet i dommene var at tiltalte hadde medvirket til opphavskrenkelse ved å opprette og vedlikeholde en nettside som inneholdte instruksjer og veiledning til hvordan en kunne få tilgang til de opphavskrenkede filene. Ved spørsmålet om det forelå straffbar medvirkning til opphavskrenkelse ble det oppstilt et vilkår at medvirkningshandlingen måtte være rettsstridig for at det kan foreligge medvirkningsansvar. Ved vurderingen ble det lagt

¹⁸⁵ Ibid s. 379.

¹⁸⁶ Husabø (1999) s. 260.

vekt på medvirkningshandlingens formål. Da formålet var å gi andre tilgang til de opphavskrenkede filene måtte handlingen anses som «sterkt klanderverdig», og således en straffbar medvirkningshandling.¹⁸⁷ Hvordan kravet til rettsstrid ble drøftet i dommene illustrerer hvordan medvirkningshandlens selvstendige klanderverdighet anvendes som en begrunnelse for at det foreligger medvirkningsansvar.

For kravet til skyld er medvirkerens selvstendige klanderverdighet særlig gjeldende hvor hovedpersonens skyld strekker seg lengre enn medvirkerens skyld ved utførselen av medvirkningshandling. For de tilfeller begrenses medvirkerens straffansvar ved at medvirkeren ikke automatisk blir ansvarlig for det overskytende som hovedpersonen foretok.¹⁸⁸ På det viset setter medvirkerens skyld grenser for straffansvaret til å kun omfatte det medvirkeren kan klandres for.

Selv om det i praksis legges vekt på medvirkningshandlingens rettsstridighet og medvirkerens skyld angående spørsmål om medvirkningsansvar, er ikke det forhold som er særegent knyttet til medvirkning. Både kravet til en rettsstridig handling og skyldprinsippet gjelder på en generell basis ovenfor alle straffebed. De vil kunne anses som bidrag til grensesetting for medvirkningsansvaret på samme vis som de bidrar til grensesetting for alt straffansvar, men vil ikke være særskilt for medvirkning. De konkrete vurderingene av rettsstrid og omfanget av skyld endres heller ikke med hensyn til om det gjelder ovenfor medvirker eller hovedperson. Det faktum at medvirkerens rettsstrid og skyld kan gjenfinnes ved vurderinger om det foreligger medvirkningsansvar vil dermed ikke kunne tale sterkt for at det er medvirkerens selvstendige klanderverdighet som særskilt begrunner medvirkningsansvar. Det er således kun ved straffansvar for forsøk på medvirkning at hensynet til medvirkerens selvstendige klanderverdighet gjenfinnes som begrunnelse særskilt for medvirkningsansvar.

3.3.3 Medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen

Det neste som skal vurderes er hvorvidt begrunnelsen med hensyn til medvirkningshandlingens virkning på hovedgjerningen kan gjenfinnes i gjeldende rett.

¹⁸⁷ Jf. Rt. 2005 s. 41 (avsnitt 67) og HR-2019-1743-A (avsnitt 56).

¹⁸⁸ Jf. blant annet Rt. 1979 s. 1564 og Rt. 1995 s. 1347. Se også punkt 4.3.2.2 i nedenfor hvor dette typetilfellet drøftes nærmere.

Særlig kan denne begrunnelsen gjenfinnes i medvirkningshjemmelens ordlyd og de vilkårene som følger derav. For det første følger det av ordlyden av «medvirket til» i strl. § 15 at medvirkningshandlingen må virke på overtredelsen av hovedgjerningen. Det oppstilles således et krav til årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen, som i rettspraksis har blitt presisert til at det kun kreves et «medvirkende årsaksforhold».¹⁸⁹ For de ulike kategoriene, herunder fysisk, psykisk og passiv medvirkning, modifiseres igjen kravet, slik at det stilles krav til ulike former for årsaksforhold.

For fysisk og psykisk medvirkning kreves det at handlingen kunne ha hatt en form for aktiv virkning.¹⁹⁰ Ved fysisk medvirkning kreves det at medvirkeren fysisk har bidratt til utførelsen av hovedgjerningen. Det stilles ikke krav til at medvirkningshandlingen har vært en nødvendig betingelse for at hovedgjerningen ble fullbyrdet, herunder at medvirkeren kan straffes selv om det straffbare hadde oppstått uten medvirkerens involvering.¹⁹¹ Ved psykisk medvirkning kreves det at medvirkningshandlingen har hatt en virkning på hovedpersonens overtredelse i form av enten positiv tilskyndelse til overtredelsen eller styrking av hovedpersonens forsett. Det straffes altså for virkning gjennom solidarisering til hovedpersonens krenkelse av et retts gode.¹⁹²

For passiv medvirkning foreligger det ingen aktiv virkning, men ansvaret er fortsatt forankret i medvirkerens tilknytning til hovedgjerningen. Ved passiv medvirkning er ansvar begrunnet i at medvirkeren for visse tilfeller har en særskilt handleplikt til å forhindre fullbyrdelsen av hovedgjerningen. Om handlepliktens innhold uttales det i rettspraksis at:

«For at en unnlattelse skal være straffbar som passiv medvirkning, kreves det i utgangspunktet en særlig tilknytning mellom den passive personen og den eller det som straffebudet beskytter, eller mellom denne personen og en oppstått faresituasjon. Det er denne tilknytningen som kan begrunne medvirkningsansvar for ikke å forsøke å avverge den straffbare handlingen eller den aktuelle skadefølgen. Omsorgsansvar for barn er et sentralt eksempel på en slik tilknytning.»¹⁹³

¹⁸⁹ Jf. HR-2019-1743-A (avsnitt 51). Se punkt 4.2.1 nedenfor hvor kravet til årsakssammenheng drøftes.

¹⁹⁰ Jf. Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15) hvor de ulike kategoriene og vilkårene fremkommer.

¹⁹¹ Jf. blant annet Rt. 1984 s 681 (s. 682).

¹⁹² Jf. blant annet HR.2018-387-U (avsnitt 16-19).

¹⁹³ Jf. HR-2019-561-A (avsnitt 20).

Videre er den nærmere terskelen for å oppfylle handleplikten at den handlepliktige må foreta «det som er rimelig å kreve av ham – i alle fall gjør det som er *egnet* til å motvirke lovbruddet» for å ikke bli straffet for passiv medvirkning.¹⁹⁴

De to uttalelsene illustrerer hvordan passivt medvirkningsansvar begrunnes i at den straffbare handlingen ikke skulle ha oppstått dersom medvirkeren hadde overholdt sin særskilte plikt. Medvirkerens virkning på hovedovertredelsen er altså at medvirkeren gjennom sin passivitet *tillot* straffebudet å bli fullbyrdet, da medvirkeren egentlig hadde en plikt til å forhindre fullbyrdelsen. Denne virkningen kommer særlig til uttrykk i kravet om at medvirkeren må foreta det som «er rimelig å kreve» og som i alle fall er «egnet til å motvirke lovbruddet». Dersom en handling hadde vært *egnet* til å forhindre fullbyrdelse, kunne den da *potensielt* ha hatt en virkning på hovedgjerningen. Det er altså medvirkerens særskilte tilknytning til hovedgjerningen og denne potensielle virkning som medvirkeren kunne ha hatt som knytter passiviteten opp mot hovedgjerningen.¹⁹⁵

Et gjennomgående moment ved medvirkningsansvar er således at det som hovedregel stilles krav til en form for tilknytning mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen for at det kan foreligge medvirkningsansvar. Ved at medvirkningsansvaret stiller krav til at medvirkningshandlingen i det minste må stå i et medvirkende årsaksforhold til hovedgjerningen, er det altså medvirkningshandlingens tilknytning i form av virkning på hovedgjerningen som begrunner ansvaret.

Det andre tilfellet hvor begrunnelsen med hensyn til medvirkningshandlingens tilknytning til hovedgjerningen kan gjenfinnes følger også av medvirkningshjemmelens ordlyd. Ordlyden av «medvirker *til overtredelsen*» i strl. § 15 kan tolkes dithen at medvirkningsansvaret forutsetter at det foreligger en fullbyrdet overtredelse som medvirkningshandlingen må være rettet mot.¹⁹⁶ Forutsetningen om at det ikke kan foreligge medvirkningsansvar hvor det ikke foreligger en hovedovertredelse vil tale for at det er medvirkningshandlingens indirekte krenkelse av det retts gode som hovedovertredelsen *har krenket* som begrunner

¹⁹⁴ Jf. HR-2019-2205-A (avsnitt 67).

¹⁹⁵ Denne potensielle virkning blir betegnet som «hindringssammenheng» av Husabø (1999) s. 58-59 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 301-303 og 349.

¹⁹⁶ Se punkt 2.4 ovenfor.

medvirkningsansvar. Denne forutsetningen er særlig fremtredende hvor medvirkeren ikke kan straffet som følge av mangel på riktig pliktsubjekt som har foretatt den straffbare handlingen.

Det kan blant annet henvises til HR-2017-1673-A. Faktum i dommen var at en siktet som var varetektsfengslet hadde blitt ilagt brev- og besøksrestriksjoner ved kjennelse etter straffeprosessloven¹⁹⁷ § 186 (2). Den fengslede advokat hadde foretatt viderekoblinger av telefonsamtaler for den fengslede, samt latt den fengslede bruke hans mobiltelefon til å ringe ut av fengselet. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt advokaten kunne straffes for medvirkning til brudd på brev- og besøksrestriksjonen. Høyesterett slår fast at «en kjennelse som fastsetter brev- og besøksrestriksjoner, retter seg mot *påtalemyndigheten* – som får rett, men ingen plikt til å gjennomføre tiltaket».¹⁹⁸ Det tilsier altså at den fengslede er «objektet for avgjørelsen» og *ikke* «subjektet som kan pålegges en plikt».¹⁹⁹ Det konkluderes med at:

«... den *fengslete* ikke kan straffes etter straffeloven § 170 bokstav a for å ha tatt kontakt med utenforstående i strid med ilagte fengslingsrestriksjoner. Da kan andre – her A – ikke straffes for å ha *medvirket* til at den fengslete har gjort det, jf. straffeloven § 15. Det foreligger ingen «overtredelse [...]» å medvirke til.»²⁰⁰

I snever forstand taler dommens resultat for at hvor straffebudet krever et spesifikt pliktsubjekt som må overtrede gjerningsbeskrivelsen, er det et vilkår om at gjerningsbeskrivelsen blir overtrådt av det riktige pliktsubjektet for at det kan foreligge en overtredelse å medvirke til.²⁰¹ Dette samsvarer også med hvordan personkretsen som er spesifisert i gjerningsbeskrivelsen ofte er en sentral del av straffebudets karakter. Ved eksempelvis økonomisk utroskap presiseres det i forarbeidene at det er «den særskilte muligheten slike personer har til å handle til skade for prinsipalen, som begrunner et eget straffebud om utroskap».²⁰² Den særegenheten taler for at gjerningsbeskrivelsen ikke kan anses som overtrådt når den objektiv handling som ble foretatt ikke har den særegne

¹⁹⁷ Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter strpl.).

¹⁹⁸ Jf. HR-2017-1673-A (avsnitt 20).

¹⁹⁹ Ibid (avsnitt 22).

²⁰⁰ Ibid (avsnitt 26).

²⁰¹ Hva dommens resultat i vid forstand taler for drøftes grundigere nedenfor i punkt 4.2.2.3.

²⁰² NOU 2002: 4 s. 315.

karakteren som straffebudet kriminaliserer. Handlingen vil da ikke ha krenket det aktuelle retts gode som straffebudet skal verne.²⁰³

Straffeloven § 15 sin ordlyd og HR-2017-1673-A sin tolkning av medvirkningshjemmelen, som stiller krav til at hovedgjerningen må være foretatt av riktig rettssubjekt for at medvirkeren kan straffes, gir uttrykk for at det er medvirkningshandlingen virkning og tilknytning til hovedgjerningen, særlig hovedgjerningens krenkelse av det aktuelle retts gode, som begrunner straff.

3.4 Oppsummering – hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning

Oppsummert viser analysen at medvirkning etter gjeldende rett i all hovedsak er begrunnet i medvirkningshandlingens tilknytning og virkning på hovedgjerningen. For momentene som begrunner medvirkningsansvar i medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet er det i realiteten kun ett forhold som særskilt henviser til den begrunnelsen, da de andre momentene ikke særskilt knytter seg til medvirkningsansvar. For forholdet begrunnet i medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet vil imidlertid både inkonsekvensen i hvordan begrunnelsen gjennomføres, samt de problematiske konsekvensene som begrunnelsen kan lede til, tale imot at medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet anses som hovedbegrunnelsen. Etter mitt syn taler dette for at den reelle hovedbegrunnelsen for medvirkningsansvaret er medvirkningshandlingens tilknytning til hovedgjerningen, herunder som følge av at medvirkningshandlingen indirekte krenker det samme retts gode som hovedgjerningen.

4 Vilkårene for medvirkningsansvar

4.1 Introduksjon – en analyse av gjeldende rett

Hovedtemaet videre er i hvor stor grad vurderes medvirkerens straffansvar selvstendig fra hovedpersonens straffansvar etter gjeldende rett. Sagt på en annen måte; i hvilken grad gjelder selvstendighetsprinsippet innenfor norsk medvirkningsansvar?

²⁰³ Jf. Rt. 1994 s. 1328 hvor et tilsvarende resultat som HR-2017-1673-A ble lagt til grunn. Det ble lagt til grunn at medvirkeren ikke kunne straffes for medvirkning til økonomisk utroskap når hovedpersonen ble frifunnet. Siden det ikke forelå et pliktbrudd fra hovedpersonen, var det på det rene ingen utroskap å medvirke til.

Et særlig poeng er at ingen prinsipp vil kunne gjennomføres fullstendig uavkortet uten modifikasjoner, da det vil medføre urimelige resultater som følge av de ulike faktiske typetilfellene som kan oppstå. Ved å fastsette hvilken systematikk som faktisk er gjeldende vil imidlertid de eventuelle unntakstilfellene bli tydeligere. En analyse av medvirkningsansvarets overordnet struktur og systematikk vil kunne tydeliggjøre om unntakene er såpass omfattende og uthuler selvstendighetsprinsippet såpass mye at prinsippet i realiteten ikke lengre kan anses å være hovedregelen.

Sett opp mot straff som et fenomen er det et viktig poeng at unntakene fra hovedregelen er tilstrekkelig begrunnet og forankret i medvirkningshjelmelen, slik at straffansvar er legitim og forutberegnelig ovenfor borgene. Videre vil også hensynet til koherens og systembetraktninger tale for at de eventuelle unntakene til grunnprinsippet må konkret begrunnes. Ved å synliggjøre unntakene til grunnprinsippet vil det samtidig bli tydeligere hvilke unntakstilfeller som således må konkret begrunnes.

For å besvare spørsmålet om det gjelder et selvstendighetsprinsipp for medvirkningsansvaret må det foretas en analyse av hvordan gjeldende rett regulerer forholdet mellom medvirkeren og hovedpersonen. Dette gjennomføres ved å analyseres hvordan de fire grunnvilkårene for straffansvar drøftes ovenfor medvirkeren.²⁰⁴ De første to vilkårene omtales gjerne som *de objektive vilkårene for straff*, da de knytter seg til faktiske forhold ved den straffbare handlingen.²⁰⁵ For de to siste vilkårene omtales de gjerne som *de subjektive vilkårene for straff*, da de knytter seg til personlige forhold hos gjerningspersonen.²⁰⁶

Det skal først fokuseres på innholdet i grunnvilkårene generelt. Det tas utgangspunkt i hvordan vilkårene drøftes etter den selvstendige modellen, før eventuelle unntak drøftes ved å analyseres hvordan straffevilkårene ovenfor medvirkeren drøftes og hvorvidt de påvirkes av forhold hos hovedpersonen. Resultatet fra analysene vil kunne belyse hvorvidt, og eventuelt i hvor stor grad, det gjelder unntak fra selvstendighetsprinsippet.

²⁰⁴ Se punkt 1.1 hvor grunnvilkårene er presentert.

²⁰⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 194.

²⁰⁶ Ibid.

4.2 De objektive vilkårene

4.2.1 Generelt om kravet til lovhjemmel – handlingen må være straffbar

Den første kategorien av grunnvilkår for straff er kravet til lovhjemmel, herunder at straff ikke kan ilegges uten hjemmel i lov, jf. blant annet GrL. § 96 (1), EMK art. 7 og strl. § 14. Kjernen er at «straffansvar ikke kan ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker».²⁰⁷ For medvirkningsansvar er hjemmelen strl. § 15, hvor det følger at:

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

For medvirkeren vil den objektive gjerningsbeskrivelsen være handlinger som «medvirker til overtredelsen». Av bestemmelsens ordlyd kan det utledes to vilkår som stilles til en straffbar medvirkningshandling. For det første stilles det krav til at handlingen har en bestemt virkning, herunder at handlingen «medvirker til» overtredelsen. For det andre må medvirkningshandlingen ha hatt en virkning på «overtredelsen».

Ordlyden som sådan, samt at medvirkning er en utvidelse av gjerningsbeskrivelsen i det enkelte straffebud, tilsier at medvirkningshandlingene som et utgangspunkt defineres negativt ut fra hovedovertredelsen.²⁰⁸ I et hendelsesforløp mot fullbyrdelse av en straffbar handling vil altså medvirkning være de handlingene som ikke anses som «overtredelsen», men som på annet vis «medvirker til» overtredelsen. For å vurdere hvilke handlinger som anses som «medvirkningshandlingene», må det derfor først fastsettes hvilke straffbar resultatet det medvirkes til. Det må først fastsettes når det foreligger en «overtredelse».

I arbeidet frem mot endelig lovtekst for medvirkningshjemmelen ble en rekke alternativer foreslått før det ble konkludert med «overtredelsen». Blant annet ble det foreslått «medvirker til handlingen», «medvirker til straffebudet brytes», samt «medvirker til å overtre gjerningsbeskrivelsen i straffebudet».²⁰⁹ De ulike formuleringene var dog kun av terminologisk betydning, slik at realiteten av hva som var omfattet av bestemmelsen skulle være det samme. Kjernen var altså at det må være «en handling som dekker

²⁰⁷ Jf. HR-2016-1458-A (avsnitt 8). Se punkt 1.3 ovenfor.

²⁰⁸ Se punkt 2.4 ovenfor.

²⁰⁹ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197.

gjerningsbeskrivelsen i straffebudet (hovedgjerningen)» for at det foreligger en «overtredelse».²¹⁰

Det neste spørsmålet er når en handling anses å ha «medvirket til» overtredelsen. Når det stilles krav til at handlingen har «virket til» for at et konkret resultat inntraff, oppstår det et spørsmål om årsakssammenheng mellom handling og resultat. Spørsmålet er hvor mye handlingen må ha virket inn på hovedgjerningen før det anses å ha «medvirket til» overtredelsen.

Det gjelder som sikker rett at medvirkningshandlingen ikke må ha vært en nødvendig betingelse for overtredelsen for at det kan ilegges medvirkningsansvar.²¹¹

Medvirkningshandlingen må heller ikke ha ført til at gjennomføringen av hovedgjerningen ble lettere, da selv medvirkningshandlinger som ikke har vært nyttige for hovedgjerningen kan medføre straffansvar for forsøk på medvirkning.²¹² Rettspraksis og juridisk teori har lagt til grunn at det kun kreves et «medvirkende årsaksforhold mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen».²¹³ Om årsakskravet nærmere innhold uttales det at det «avgjørende synes å være om vedkommendes handling har en slik karakter og et slikt omfang at det finnes naturlig å knytte straffansvar til den».²¹⁴

Gröning, Husabø og Jacobsen presiserer til vurderingstemaet med at «[p]oenget er at medvirkerens handling må inngå i denne årsaksrekken et sted før eller under utførelsen av forbrytelsen».²¹⁵ Det må fokuseres på det faktiske hendelsesforløpet fra hovedhandling til overtredelse. Dersom medvirkningshandlingen inngår i det hendelsesforløpet, vil det anses å ha «medvirket til» overtredelsen. Videre basert på om medvirkningshandlingen kategoriseres som fysisk, psykisk eller passiv, modifiseres hvilken type virkning handlingen må ha hatt.²¹⁶ At medvirkningshandlingen må hatt en virkning på hovedovertredelsen medfører også at medvirkningshandlingen må være foretatt *før* hovedovertredelsen er fullbyrdet. Etterfølgende bistand er dermed ansett som enten heleri eller hvitvasking, jf. henholdsvis strl. §§ 332 og 337.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid s. 196.

²¹² Ibid s. 197.

²¹³ Jf. blant annet HR-2019-1743-A (avsnitt 51).

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 332.

²¹⁶ Jf. blant annet Rt. 2014 s. 466 (15) hvor de ulike kategoriene presenteres.

Oppsummert kan den straffbare medvirkningshandlingen konkretiseres til å omfatte «en handling, foretatt før fullbyrdelsen av hovedgjerningen, som inngår i årsaksrekken til utførelsen av en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud». Hva som anses som en medvirkningshandling må altså som et utgangspunkt vurderes opp mot hovedgjerningen.

4.2.2 Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens oppfyllelse av kravet til lovhjemmel?

4.2.2.1 Utgangspunktet etter den selvstendige modellen

Problemstillingen videre er i hvilken grad det gjelder en selvstendig vurdering av kravet til lovhjemmelen for medvirkeren. Sagt på en annen måte; i hvor stor grad påvirkes vurderingen om det foreligger en straffbar medvirkningshandling av forhold hos hovedpersonen?

Utgangspunktet etter selvstendighetsprinsippet er at hovedpersonen ikke må kunne straffes for at medvirkeren anses å ha foretatt en straffbar medvirkningshandling. Det forutsettes at medvirkeren kan straffes selv om hovedpersonen ikke kan straffes som følge av eksempelvis utilregnelighet, at straffansvaret er foreldet eller at handlingen ikke faller innenfor norsk strafferettslig jurisdiksjon.²¹⁷

I det videre skal det vurderes hvorvidt det foreligger unntak fra selvstendighetsmodellens utgangspunkt. Det er særlig to typetilfeller som skal analyseres. Det første er hvor hovedpersonen kun har foretatt et straffbart forsøk (punkt 4.2.2.2). Det andre er hvor hovedpersonen ikke har forlatt det straffrie foreberedelsesstadiet, herunder at det ikke foreligger en hovedovertredelse (punkt 4.2.2.3).

4.2.2.2 Unntak fra en selvstendig vurdering ved at medvirkningshandlingen er avhengig av fullbyrdelse hos hovedpersonen

Et første unntak fra selvstendighetsmodellens utgangspunkter knytter seg til vurderingen av når en medvirkningshandling anses som fullbyrdet.

Med utgangspunkt i en selvstendig vurdering av medvirkningshandlingen skal handlingen anses som fullbyrdet uavhengig av hvorvidt hovedpersonen fullbyrder hovedgjerningen. Dette

²¹⁷ NOU 1992: 23 s. 54 og 78, Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 343 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 353.

begrunnes i at medvirkeren med sin handling har lagt sin «samfunnsfarlighet for dagen» i form av en fare for skade, uavhengig av om hovedpersonen fullbyrder handlingen eller ikke.²¹⁸ Det er denne faren for skade som tilsier at det skal ilegges straffansvar. Derimot gjennomføres ikke selvstendighetsmodellen slik i praksis, da det fremgår i forarbeidene at:

«Men medvirkeransvaret er ikke helt uavhengig av hovedovertræderens ansvar: Om medvirkeren skal straffes for forsøk på medvirkning eller fullbyrdet handling, avhenger av om hovedovertræderen har fullbyrdet handlingen. I denne forbindelse er medvirkeransvaret derfor ikke et helt selvstendig ansvar».²¹⁹

Det foreligger således en inkonsekvens mellom hvordan påbegynnelsen av medvirkningshandlingen vurderes selvstendig, mens fullbyrdelsen av medvirkningshandlingen vurderes aksessorisk i henhold til fullbyrdelsen av hovedgjerningen.²²⁰ For dette tilfelle vil hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning kunne begrunne at det kun straffes for forsøk og ikke fullbyrdet medvirkning.

Hvor forsøksansvar for hovedpersonen kan begrunnes i at handlingen har medført en fare for skade, vil medvirkningshandlingen på indirekte vis også ha medført en fare for skade. Den virkningen som medvirkningshandlingen har hatt på hovedgjerningen vil altså kunne begrunne medvirkningsansvaret. Medvirkningshandlingen vil kun ha ledet til et forsøk på en krenkelse av et retts gode. Det vil dermed ikke kunne straffes for fullbyrdet medvirkning, når det ikke foreligger en fullbyrdet krenkelse av et retts gode. En aksessorisk vurdering av når en medvirkningshandling anses som fullbyrdet vil dermed være i samsvar med hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning.²²¹

Vurderingen av når det foreligger en fullbyrdet medvirkningshandling er altså aksessorisk til hovedgjerningen, ved at det er avhengig av hvorvidt hovedgjerningen er fullbyrdet.

4.2.2.3 Unntak fra en selvstendig vurdering hvor medvirkningshandlingen er avhengig av en hovedovertrædelse å medvirke til

Et neste spørsmål er om det foreligger et ytterligere unntak fra selvstendighetsmodellens utgangspunkter ved vurderingen om det foreligger en straffbar medvirkningshandling. Sagt på

²¹⁸ Andenæs (1940) s. 253 og 262.

²¹⁹ NOU 1992: 23 s. 78.

²²⁰ Se punkt 3.3.2 ovenfor.

²²¹ Se punkt 3.3.4 ovenfor.

en annen måte; må det foreligge en hovedovertredelse for at det kan foreligge en straffbar medvirkningshandling?

En slik forutsetninger følger blant annet av medvirkningshjemmelens ordlyd. Straffeloven § 15 utvider straffebudet til at den «rammer også den som medvirker *til overtredelsen*». Bruken av ordet «til», samt at det retter seg mot «overtredelsen» i bestemt form entall, tilsier at eksistensen av en straffbar medvirkningshandling forutsetter at det har blitt foretatt en overtredelse som medvirkningshandlingen er rettet mot.²²² Dette vil imidlertid være et unntak fra at medvirkeren skal vurderes selvstendig opp mot straffevilkårene.

Et slik forutsetning har blant annet blitt fortolket som et vilkår for medvirkningsansvar i HR-2017-1673-A, hvor det uttales at:

«... den *fengslete* ikke kan straffes etter straffeloven § 170 bokstav a for å ha tatt kontakt med utenforstående i strid med ilagte fengslingsrestriksjoner. Da kan andre – her A – ikke straffes for å ha *medvirket* til at den fengslete har gjort det, jf. straffeloven § 15. Det foreligger ingen «overtredelse [...]» å medvirke til.»²²³

I snever forstand kan dommens uttalelse tolke som at hvor straffebudet kun gjelder en viss personkrets, må gjerningsbeskrivelsen bli overtrådt av det riktige pliktsubjektet for at det skal foreligge en overtredelse å medvirke til.²²⁴

I vid forstand kan imidlertid dommens uttalelse tolkes som en presisering av strl. § 15 sin ordlyd som forutsetter en overtredelse *i form av en straffbar handling* for at det kan foreligge en straffbar medvirkningshandling. En slik tolkning kan videre støttes i hvordan Høyesterett i dommen hjemler konklusjonen direkte i strl. § 15 sin ordlyd, slik at uttalelsen fremstår som en generell bemerkning til tolkningen av medvirkningshjemmelen. Det er ingen holdepunkter i dommen som taler for at kravet til en «overtredelse [...]» å medvirke til» kun kommer til anvendelse hvor det er mangel på overtredelse som følge av straffebudets krav til pliktsubjekt. Selv om medvirkeren i dommen hadde foretatt en uønsket handling og ledet til et uønsket resultat, herunder at den fengslede kunne ha kontakt med utenforstående, kunne han fortsatt ikke straffes for medvirkning når ingen straffbar handling på det rene hadde blitt foretatt.

²²² Se punkt 2.4 ovenfor.

²²³ Jf. HR-2017-1673-A (avsnitt 26). Se punkt 3.3.3 ovenfor hvor dommens faktum er presentert.

²²⁴ Se punkt 3.3.3 hvor dommens betydning i snever forstand drøftes.

Dommens resultat illustrerer grensen mellom det som er uønsket og det som er kriminalisert. Selv om advokatens handling har medført resultater som er uønskede, tilsier legalitetsprinsippet at lovgiver må ha kriminalisert handlingen i lov før det kan ilegges straff. I den grad det ikke foreligger en overtredelse som medvirkningshandlingen kan rette seg mot, kunne det ikke foreligge en handling som «medvirker til overtredelsen», jf. strl. § 15. Å gi dommens uttalelser virkning i vid forstand har også støtte i den naturlige fortolkningen av medvirknings struktur, som er at medvirkning er et bidrag til en straffbar hovedhandling. Det vil fremstå som unaturlig at det kan straffes for medvirkning til en straffbar handling som rent faktisk ikke eksisterer.

Imidlertid følger det av forarbeidene og rettspraksis to typetilfeller hvor det legges til grunn selvstendighetsmodellens utgangspunkt om at det kan idømmes medvirkningsansvar selv om det objektivt sett ikke foreligger en hovedovertredelse. Det første tilfelle angår hvor *hovedpersonen ikke har forlatt det straffrie forberedelsesstadiet*. Det andre tilfelle angår hvor hovedovertredelsen *ikke omfattes av norsk strafferettslig jurisdiksjon*. Det som må drøftes videre er hvordan HR-2017-1673-A sin uttalelse og virkning i vid forstand skal anvendes i henhold til de to typetilfellene som legger til grunn en selvstendig vurdering. Det konkrete spørsmålet er om de selvstendige vurderingene fortsatt kan opprettholdes.

i. Hvor hovedpersonen ikke har forlatt det straffrie forberedelsesstadiet

For det første tilfellet legger forarbeidene til grunn at:

«Medvirkeren kan straffes selv om hovedovertrederen bare befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet. Hvis f.eks. hovedovertrederen har planer om å begå et innbruddstyveri og medvirkeren bidrar med nødvendig verktøy, kan medvirkeren straffes selv om hovedovertrederen ikke har overtrådt grensen for straffbart forsøk. Begrunnelsen er at medvirkeren i et slikt tilfelle allerede har gjort sin innsats. Det avhenger ikke av medvirkeren om tyveriet skal bli begått eller ikke.»²²⁵

Det legges således til grunn at det kan idømmes medvirkningsansvar selv om det på det rene ikke foreligger en straffbar hovedovertredelse. En slik selvstendig vurdering ble også eksplisitt presisert ved innføringen av strl. § 15. Den generelle medvirkningshjemmelen skulle

²²⁵ NOU 1992: 23 s. 78.

ikke medføre noen endringer til medvirkningsansvarets innhold, men skulle være en videreføring av det som var gjeldende rett. Innføringen av en generell hjemmel skulle i all hovedsak bidra til at lovens ordning for medvirkning ble enklere og mer oversiktlig.²²⁶ Det ble presisert at:

«Departementet vil særlig understreke at medvirkningsansvaret fortsatt skal være et selvstendig straffansvar. Det må foretas en selvstendig vurdering av om straffbarhetsvilkårene er oppfylt i forhold til hver enkelt deltaker. Et slikt prinsipp har blant annet den konsekvens at forsøk på medvirkning fortsatt vil være straffbart – medvirkeren har lagt grunnlaget for sitt straffansvar uansett hvordan hovedgjerningspersonen handler i det følgende.»²²⁷

De klare forutsetningene fra lovgivers side var altså at det kunne idømmes straffansvar for forsøk på medvirkning, selv når hovedpersonen ikke hadde kommet til det straffbare forsøksstadiet.

Uttalelsene i forarbeidene er også lagt til grunn som gjeldende rett i Rt. 2013 s. 789. Faktum i dommen var at hovedpersonen (A) hadde avtalt med B om å plante en bombe. A spurte deretter C om å bistå med innkjøp av én liter 30% hydrogenperoksid, som var en ingrediens til bomben. Flasken som C kjøpte hadde imidlertid blitt byttet ut av politiet med vann. Alle tre ble pågrepet før de fikk gjennomført planen. Et av spørsmålene i saken var om C kunne straffes for medvirkning til tilvirkning av sprengstoff etter strl. 1902 § 161 (1) bokstav b, når A ble frifunnet for den tiltaleposten som følge av at han ikke var kommet til det straffbare forberedelsesstadiet enda.²²⁸ Det følger av forsøkslæren at en handling er straffri når gjerningspersonen fortsatt hadde flere viktige forberedelseshandlinger som gjenstod før overtredelsen.²²⁹ For A's tilfelle ble det lagt vekt på at det objektivt sett var liten fare for at sprengningen skulle bli gjennomført, da A i stor grad hadde gitt opp og skrinlagt planene fra desember 2009 frem til pågrepelse i juli 2010.²³⁰ Det forelå altså en viss tidsmessig avstand mellom medvirkningshandlingen til C og pågripelsen.

²²⁶ Ibid s. 76.

²²⁷ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197.

²²⁸ Jf. Rt. 2013 s. 789 (avsnitt 54).

²²⁹ Jf. blant annet Rt. 1995 s. 17 (s. 18-19).

²³⁰ Jf. LB-2012-40854, som er lagmannsrettsavgjørelsen som ledet opp til Rt. 2013 s. 789.

Høyesterett presiserte i den sammenheng selvstendighetsprinsippet som det rettslige utgangspunktet, og gjentar begrunnelsen fra forarbeidene om at medvirkeren må kunne straffes når han allerede har gjort sin innsats.²³¹ Det ble også begrunnet i at C's handling måtte vurderes selvstendig i lys av forsøkshjemmelen, slik at det ble et spørsmål om C sin medvirkningshandling var på det straffrie forberedelsesstadiet eller om det hadde passert grensen til et straffbart forsøk. Det ble lagt til grunn at C hadde foretatt et straffbart forsøk når han leverte fra seg flasken han trodde inneholdt hydrogenperoksid til A.²³² Dette gjaldt videre selv om forsøket på medvirkning skjedde med et utjellig middel og at A ikke hadde kommet til det straffbare forberedelsesstadiet enda.²³³ C ble idømt straff for forsøk på medvirkning til A sin straffrie forberedelse av tilvirkning av sprengstoff.

Forarbeidene og Rt. 2013 s. 789 forutsetter altså en selvstendig vurdering av medvirkningshandlingen, herunder ved at medvirkeren ved å ha foretatt sin handling allerede har lagt sin «samfunnsfarlighet for dagen» i form av en fare for skade, selv om hovedpersonen ikke har foretatt en straffbar handling.²³⁴

Det foreligger her motstrid mellom ordlyden i strl. § 15 i lys av uttalelsene i HR-2017-1673-A (avsnitt 26) om at medvirkningsansvar forutsetter en overtredelse å medvirke til, og uttalelsene i forarbeidene og Rt. 2013 s. 789 som forutsetter at det kan straffes for forsøk på medvirkning hvor det ikke foreligger en straffbar overtredelse.

Det første spørsmålet er om uttalelsene i de to dommene kan harmoniseres. Det ble slått fast ovenfor at uttalelsene i HR-2017-1673-A knytter seg til medvirkningsansvaret på generelt grunnlag. Derimot er det fortsatt rent teoretisk sett mulig å skilles mellom de to tilfellene, som kan tale for at 2017-dommens uttalelser ikke kommer til anvendelse på forarbeidenes typetilfelle (heretter 2013-tilfellet). For 2017-tilfelle kunne medvirkningshandlingen overhodet ikke ha ført til en straffbar overtredelse, iallfall ikke den overtredelsen som følger av tiltalen, da straffebudet manglet et pliktsubjekt. Sagt på en annen måte; der ble det rent faktisk ikke foretatt noe straffbart, da straffebudet kun kriminaliserte handlinger foretatt av visse subjekter. For 2013-tilfellet hvor det medvirkes, men hvor hovedpersonen ikke er

²³¹ Jf. Rt. 2013 s. 789 (avsnitt 55).

²³² Ibid (avsnitt 57).

²³³ Ibid (avsnitt 54 og 59).

²³⁴ Sml. med begrunnelsen som drøftes i punkt 3.3.2 ovenfor.

kommet til det straffbare forberedelsesstadiet, kunne det *potensielt ha ledet til en straffbar overtredelse*.

Dersom vi ser på 2013-tilfellet; når C foretok handlingen med å gi flasken han trodde inneholdte hydrogenperoksid til A, kunne den handlingen potensielt ha ledet til en straffbar overtredelse. Det var A's innstilling av planene som medførte at C sin handling ikke ledet til en utjenlig, men fortsatt straffbar overtredelse. Selv om begge medvirkningshandlingene isolert sett er klanderverdige og uønskede, er det kun ved forsøks tilfellet at medvirkningshandlingen hadde potensiale til å resultere i en straffbar overtredelse. I 2017-tilfellet var det altså forhold ved straffebudets utforming som forhindret fullbyrdelse, mens det i 2013-tilfellet var forhold hos hovedpersonen som forhindret fullbyrdelse. Dette kan tale for å skille mellom de to tilfellene hvor det ikke foreligger en hovedovertredelse, slik at lovgivers vilje etter forarbeidene følges.

Det konkrete vurderingstemaet videre er dermed om det foreligger ytterligere rettskildemessig grunnlag for å tolke kravet til «overtredelse» etter strl. § 15 i lys av HR-2017-1673-A på en slik måte at det ikke omfatter typetilfellet nevnt i forarbeidene og Rt. 2013 s. 789.

Det må først undersøkes hvilke tolkningsresultat som følger av *strl. § 15 sin ordlyd*. En ordlydstolkning av «overtredelsen», særlig med hensyn til at uttrykket er i bestemt form entall, taler for at det krever en overtredelse som har *blitt fullbyrdet*. Videre følger det av forarbeidene at «overtredelse» er ment til å tilsvare «en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet (hovedgjerningen)». ²³⁵ Hvor hovedpersonen ikke har foretatt et straffbart forsøk, foreligger det på det rene ikke en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.

Dersom «overtredelse» i strl. § 15 skal tolkes slik at 2013-tilfellet sitt resultat skal kunne harmoniseres med 2017-dommens uttalelser, må «overtredelse» tolkes dithen at det omfatter når det *potensielt kunne ha ledet til en straffbar overtredelse*. Det vil i så fall være en utvidende tolkning av ordlyden til «overtredelsen», samt en utvidelse av uttrykkets definisjon etter forarbeidene. En slik utvidende tolkning til skade for tiltalte, her medvirkeren, vil stride

²³⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197.

imot analogiforbudet etter legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 96 (1) og EMK art. 7.²³⁶ Dette vil tilsi at «overtredelse» i strl. § 15 ikke kan tolkes i samsvar med Rt. 2013 s. 789 sin forståelse.

Her vil legalitetsprinsippetets sterke stilling og vekt på strafferettens område tale for at lovgivers vilje settes til side. Som eksempel kan det henvises til Rt. 2011 s. 469.

Retts spørsmålet i dommen var hvorvidt tidligere samboere var omfattet av strl. 1902 § 219 når ordlyden kun omfattet «tidligere eller nåværende ektefelle» og «nåværende samboer». Det fulgte for det første av forarbeidene at «[l]ovgiver har ønsket at § 219 skal gjelde også for mishandling av en tidligere samboer».²³⁷ For det andre talte også hensynet til straffverdighet og andre reelle hensyn for en utvidende tolkning av straffebudets ordlyd til å også verne tidligere samboere.²³⁸ Høyesterett uttalte derimot at de hensynene ikke var tilstrekkelige, da det på det rene ikke fulgte av straffebudets ordlyd.²³⁹ Dommens resultat viser hvordan selv om lovgivers ønske og flere tungtveiende reelle hensyn taler for en utvidende tolkning til skade for tiltalte, vil lovtekstens ordlyd likevel sette begrensninger.

Videre må det vurderes hvordan motstriden mellom uttalelsene i rettspraksis skal løses med hensyn til *rettskildeprinsippene*.²⁴⁰ I den sammenheng vil høyesterettsdommenes alder tale for at HR-2017-1673-A sin forståelse legges til grunn.²⁴¹ Dommens alder er ikke nødvendigvis en indikator på dommens kvalitet, men jo nyere dommen er, desto mer sannsynlig er det at dommen gjenspeiler samfunnsutviklingen. Dette taler for at HR-2017-1673-A sine uttalelser er et mer treffende uttrykk for det gjeldende synet på kriminaliseringen av medvirkning.

Samtidig har det på det rene vært en regelendring på område i form av ikrafttreddelsen av den generelle medvirkningshjemmelen. For prejudikatsfravikelse av tidligere rettspraksis argumenterer Skoghøy for at regelendring kan tale for slik fravikelse, herunder at:

«Når regelen eller tilgrensende regelverk er blitt endret, er rettskildebildet blitt et annet. Selv om lovgiver ikke har tilsiktet noen realitetsendring, kan den nye

²³⁶ Se punkt 1.3 ovenfor.

²³⁷ Jf. Rt. 2011 s. 469 (avsnitt 12).

²³⁸ Ibid (avsnitt 8-9).

²³⁹ Ibid (avsnitt 18).

²⁴⁰ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. utg., Bergen ; Oslo 2004 s. 84-85 Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018, s. 22-23.

²⁴¹ Nygaard (2004) s. 330.

regelformulering eller uttalelser i forarbeidene likevel gi grunnlag for en ny vurdering.».²⁴²

Med hensyn til den sterke stillingen legalitetsprinsippet har fått gjennom rettspraksis fra rundt 2010²⁴³, og regelendringen gjennom ikrafttreddelsen av straffeloven av 2005, vil det tale sterkt for prejudikatsfravikelse av uttalelsene i forarbeidene og Rt. 2013 s. 789.

Et videre spørsmål vil være hvilke tolkningsresultat reelle hensyn taler for, da særlig basert på en *virkningsbasert vurdering* med hensyn til «hvilke innhold bør regelen ha for at de formål som den tar sikte på å realisere, skal oppnås, og uønskede virkninger unngås».²⁴⁴ Et vurderingsmoment blir således om tolkningsresultatene sikrer at straffansvar er begrunnet i et legitimt formål.²⁴⁵

For Rt. 2013 s. 789 sitt typetilfelle vil ikke medvirkningshandlingen ha medført en krenkelse på et vernet retts gode. Selv om medvirkningshandlinger som et utgangspunkt vil kunne medføre en fare for skade, herunder ved at det øker potensialet for at hovedpersonen foretar en straffbar handling, er dette ikke like treffende for 2013-tilfellet. Da hovedpersonen ikke engang er kommet til et straffbart forsøk, foreligger det på det rene verken en fare for skade eller en faktisk skade. Medvirkningshandlingen kan dermed ikke ha økt potensialet for fare på skade, når den faren ikke eksisterer enda. Det kan argumenteres for at selv om faren ikke realiserte seg som en faktisk skade, vil medvirkningshandlingen ha økt farepotensialet til at en hovedgjerning *kan oppstå*. Medvirkningshandlingen som sådan vil ha økt omfanget av fare for skade som en helhet, selv om handlingen ikke direkte voldte en fare for skade. Medvirkningshandlingen vil altså indirekte ha voldt en fare for skade. Dette er derimot en tilknytning i yttergrensene av det som omfattes av skadefølgesprinsippet og kan ikke tillegges mye vekt. Som analysen ovenfor viste vil medvirkningsansvar for dette tilfelle i realiteten tilsier at medvirker straffes for utjenlig forsøk på medvirkning.²⁴⁶ Et slikt medvirkningsansvar

²⁴² Skoghøy (2018) s. 132.

²⁴³ Frøberg (2015) s. 66.

²⁴⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven - betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»)), *Jussens Venner* nr. 06, 2015, s. 291.

²⁴⁵ Se punkt 3.1 ovenfor.

²⁴⁶ Se punkt 3.3.2 ovenfor.

vil vanskelig kunne anses å være begrunnet i et legitimt formål, da det er tale om en særlig fjerntliggende mulighet for fare for skade.

For de handlinger som verken medfører en fare for skade eller en skade, stilles det med hensyn til skadefølgesprinsippet strengere krav til begrunnelsen for å kunne ilegge straffansvar.²⁴⁷ Vurderingstemaet videre er dermed om straffansvar etter 2013-tilfellet vil være tilstrekkelig begrunnet.

Et moment som kan begrunne ansvar er skyldprinsippet, herunder at medvirkeren kan klandres ved at de forstod at medvirkningshandlingen kunne føre til at hovedpersonen potensielt foretok en straffbar handling, og valgte fortsatt å ta den risikoen. Det er ikke ønskelig atferd i samfunnet at enhver kan foreta handlinger som potensielt kan oppfordre til lovbrudd, uten at det medfører konsekvenser. Straffansvar vil således være i samsvar med skyldprinsippet, da klanderverdigheten vil foreligge med en gang medvirkningshandlingen er foretatt, uavhengig av virkning. Derimot avslørte analysen ovenfor en inkonsekvens mellom hvordan straffansvar for forsøk på medvirkning var begrunnet og hvordan det konkret ble gjennomført.²⁴⁸ Denne inkonsekvensen viser blant annet hvordan begrunnelsen i handlingens klanderverdighet som sådan er lite gjennomtenkt. En lite gjennomtenkt begrunnelse vil samtidig kunne medføre uheldige konsekvenser som ikke har blitt tatt stilling til. Hensynet til at medvirkningsansvaret skal være begrunnet i et legitimt formål vil dermed tale imot at en rettsregel baseres utelukkende på medvirkerens klanderverdighet.

En ytterligere virkningsbasert vurdering for å avgjøre motstriden vil være hvilke tolkningsresultat som unngår uønskede virkninger. Dersom rettsregelen i 2013-tilfellet legges til grunn, anvendes i realiteten medvirknings- og forsøksbestemmelsen uavkortet ovenfor hverandre. Med hensyn til lovens utforming er det ikke problematisk å anvende de to bestemmelsen i samsvar. Begge hjemlene er regulert i den alminnelige delen av straffeloven, slik at begge bestemmelsene skal komme til anvendelse på alle straffebudene med mindre det er særskilt gjort unntak for det.²⁴⁹ Det vil imidlertid medføre en utvidelse av både medvirkningsansvaret og forsøksansvaret som kan være problematisk med hensyn til utviklingen av medvirkningsansvarets rekkevidde videre.

²⁴⁷ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 89. Se også punkt 3.2 ovenfor.

²⁴⁸ Se punkt 3.3.2 ovenfor.

²⁴⁹ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 416.

Når hovedpersonen ikke kan straffes fordi vedkommende befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet, men så kan medvirkeren straffes for medvirkning til det, vil det i realiteten tilsi at medvirkeren kan straffes for handlinger som ellers hadde vært straffrie forberedelseshandlinger dersom de ble foretatt av hovedpersonen. Den nedre grensen for forsøk blir objektivt sett lavere for medvirkeren enn det er for hovedpersonen, herunder ved at hvilken type handlinger som omfattes av forsøksansvaret utvides for medvirkeren.

For å illustrere problematikken kan Rt. 1995 s. 17 (Parykkpyroman) anvendes som eksempel. Faktum i den saken var at tiltalte hadde planlagt å sette fyr på en forretning. Tiltalte hadde parkert utenfor forretningen, samtidig som han var iført en parykk, med en fyrstikkeske i lommen og med en kanne bensin i bilen. Spørsmålet i saken var om tiltalte hadde passert grensen for straffri forberedelse. Domstolen la vekt på at tiltalte fortsatt hadde flere viktige fysiske og psykologiske handlinger igjen før selve gjennomføringen.²⁵⁰ Særlig ble det lagt vekt på den psykologiske forskjellen som gjenstod, da tiltalte «gikk heller ikke direkte videre med å gjennomføre en ildspåsettelse etter å ha parkert bilen, men dro rundt i område».²⁵¹ Tiltalte ble ansett til å fortsatt være på det straffrie forberedelsesstadiet og ble frifunnet.

Dersom faktumet modifiseres til at tiltalte hadde fått hjelp av en medvirker som hadde kjørt tiltalte til forretningen, vil medvirkningshandlingen med å kjøre tiltalte til forretningsstedet være en handling som kan medføre straffansvar for forsøk på medvirkning til ildspåsettelse. Herunder begrunnes straffansvar i at medvirkeren har gjort sitt bidrag til at tiltalte kan foreta ildspåsettelsen. Derimot for det tilfellet hvor medvirkeren ikke var en del av faktumet, altså slik de faktiske forholdene i dommen var, ville det at tiltalte hadde kjørt seg selv til forretningsstedet fortsatt være en del av det straffrie forberedelsesstadiet. Dersom medvirkerens handling vurderes direkte opp mot gjerningsbeskrivelsen hadde handlingen med å kjøre til forretningen med utstyret for ildspåsettelse heller ikke medført noe ansvar. Det er altså kun ansvar som følge av at medvirkerens handling vurderes opp mot hovedpersonen. På det viset utvider medvirkningsansvaret rekkevidden for forsøksansvaret når det kommer til medvirkeren, sammenlignet med hovedpersonen.

²⁵⁰ Jf. Rt. 1995 s. 17 (s. 18-19).

²⁵¹ Ibid.

En slik utvidelse vil for det første kunne fremstå som problematisk opp mot forsøkshjemmelens ordlyd, jf. strl. § 16 (1), om at:

«Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som leder direkte mot utføringen, straffes for forsøk, når ikke annet er bestemt.».

Medvirkningshandlingen vil vanskelig kunne anses som en handling som «leder direkte mot utføringen», hvor «utføringen» her tilsvarer «en handling som medvirker til en overtredelse». Som følge av at det fortsatt gjenstår en del før hovedpersonen nærmer seg overtredelsen, vil det på tilsvarende vis fortsatt gjenstå en del før medvirkningshandlingen anses som fullbyrdet. Det kan videre også stilles spørsmål til om medvirkeren i de tilfellene har handlet mer klanderverdig enn hovedpersonen, når det var hovedpersonen som kom med ideen og som i utgangspunktet var villig til å gjennomføre gjerningsbeskrivelsen. Det kan fremstå som lite logisk at hovedpersonen i de tilfellene skal gå straffri, mens medvirkeren kan skal straffes. Medvirkerens klanderverdighet vil selvfølgelig kunne variere alt ettersom hvor involvert og oppfordrende medvirkeren har vært i planleggingen. For de tilfeller vil dog de oppfordrende handlingene kunne bidra som en faktor for å indikere medvirkerens klanderverdighet og nærhet knyttet til krenkelsen av rettsgodet.

Særlig som følge av at medvirkningslæren utvider straffebudenes personkrets og forsøkslæren utvider straffansvarets ansvarsområde, vil en overlapping av begge lærene kunne medføre en omfattende og uforutsigbar utvidelse av straffebudets omfang.²⁵² En slik utvidelse av hvert enkelt straffebuds omfang vil vanskelig kunne anses å være en ønsket virkning, særlig med hensyn legalitetsprinsippets stilling på strafferettens område.

Oppsummert taler strl. § 15 sin ordlyd i lys av legalitetsprinsippet, rettskildeprinsippene og en virkningsbasert vurdering av tolkningsresultatet etter Rt. 2013 s. 789 for at uttalelsene ikke kan harmoniseres. Straffeloven § 15 skal ikke tolkes slik at det anses å foreligge en «overtredelse» som det medvirkes til når det kun har blitt foretatt en handling som potensielt kunne ha ledet til en straffbar overtredelse.

²⁵² En slik mulig konsekvens påpekes også av Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 354 og 384.

Når de motstridende uttalelsene ikke kan harmoniseres, blir det neste spørsmålet hvilken kilde som skal være gjeldende; uttalelsen om at medvirkningsansvar forutsetter at det foreligger en overtredelse eller uttalelsene om at det kan straffes for forsøk på medvirkning når hovedpersonen ikke har foretatt noe straffbart. Særlig må legalitetsprinsippet og de forutsetningene som følger av ordlyden av strl. § 15 være avgjørende for konklusjonen. Da en tolkning av «overtredelse» i samsvar med 2013-tilfellet vil være i strid med analogiforbudet, kan den rettsregelen ikke lengre opprettholdes med hensyn til gjeldende rett. Dersom dommen hadde vært behandlet i dag etter gjeldende ordlyd for medvirkningshjemmelen, kunne medvirkeren altså ikke idømmes medvirkningsansvar ettersom det ikke foreligger en «overtredelse å medvirke til».

Som et unntak fra selvstendighetsprinsippet kan det altså ikke straffes for forsøk på medvirkning hvor det ikke foreligger en straffbar handling hos hovedpersonen, da det ikke foreligger «overtredelse å medvirke til», jf. strl. § 15 og HR-2017-1673-A (avsnitt 26).

ii. Hvor hovedpersonens handling ikke omfattes av norsk strafferettslig jurisdiksjon

Det neste tilfelle hvor det foreligger motstrid til uttalelsen i HR-2017-1673-A er rettskildene som legger til grunn at det kan foreligge medvirkningsansvar selv om det ikke foreligger en overtredelse som følge av at *hovedhandlingen ikke omfattes av norsk strafferettslig jurisdiksjon*. Dette er lagt til grunn i forarbeidene, rettspraksis og juridisk litteratur som gjeldende rett.²⁵³

Som eksempel kan det henvises til Napster- og Popcorn-time-dommen. Typetilfellet i dommene var at tiltalte hadde medvirket til opphavskrenkelse ved å opprette og vedlikeholde en nettside som inneholdte instruksjer og veiledning til hvordan en kunne få tilgang til opphavskrenkede filer. Filene var ulovlig opplastede, og hovedpersonene som hadde lastet opp filene befant seg i utlandet. Spørsmålet i dommene var ikke knyttet til straffansvar for medvirkeren, men andre rettslige reaksjoner på bakgrunn av at det forelå straffbar medvirkning. Dermed ble det i dommene også gitt uttalelser knyttet til medvirkningsansvar hvor hovedpersonen befant seg utenfor norsk strafferettslig jurisdiksjon. Det blir i Napster-dommen slått fast at medvirkeren og hovedpersonen bedømmes ut fra sitt eget forhold, slik at

²⁵³ NOU 1992: 23 s. 54, Husabø (1999) s. 255-258, Rt. 1908 s. 790 (s. 794), Rt. 1997 s. 1637 (s. 1640), Rt. 2005 s. 41 (avsnitt 66) og HR-2019-1743-A (avsnitt 50).

det hadde ingen betydning om opplasteren kunne straffes etter lovgivningen i det landet de befant seg i, for at medvirkeren kan straffes i Norge.²⁵⁴ De samme uttalelsene er videre i stor grad henvist til og videreført i Popcorn-time-dommen.²⁵⁵

Dommenes resultater fremstår her også som motstridende til strl. § 15 sin ordlyd i lys av uttalelsen i HR-2017-1673-A (avsnitt 26) om at det må foreligge «en overtredelse å medvirke til» for at det kan foreligge medvirkningsansvar. For dommenes tilfelle foreligger det ikke en «overtredelse» som kan straffeforfølges i Norge. Det er derimot ikke tydelig etter ordlyden i strl. § 15 hvorvidt «overtredelsen» utelukkende knytter seg til overtredelser som omfattes av norsk strafferettslig jurisdiksjon, eller at det bare krever en handling som objektivt dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Dommenes tolkningsresultat vil dermed ikke være i strid med analogiforbudet. I slike tilfeller tillater presisjonskravet at det foretas en presiserende tolkning av ordlyden i lys av supplerende kilder, forutsatt at «bestemmelsens kjerne forblir den samme etter tolkningsprosessen slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas».²⁵⁶ Spørsmålene videre er dermed om det foreligger tilstrekkelige kilder som taler for en slik presiserende tolkning.

For det første følger det av forarbeidene at med «overtredelsen» er kjernen at det er «en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet».²⁵⁷ Selv om handlingen ikke kan straffeforfølges i Norge, vil handlingen fortsatt objektivt dekke gjerningsbeskrivelsen i straffebudene. For det andre er det et tolkningsresultat som har sterk forankring i rettspraksis.²⁵⁸ Disse momentene vil tale for at tolkningsresultatet er forutberegnelig.

På den andre siden er et spørsmål om medvirkningsansvar etter dommens tolkning vil være begrunnet i et legitimt formål. Det foreligger på det rene ingen skade på et rettsgode som er beskyttet av norsk lovgivning. Hvor det ikke foreligger en krenkelse som straff skal være en reaksjon til, vil den alminnelige rettsstridsreservasjonen tale imot at straff idømmes.²⁵⁹ Dette

²⁵⁴ Jf. Rt. 2005 s. 41 (avsnitt 66).

²⁵⁵ Jf. HR-2019-1743-A (avsnitt 50).

²⁵⁶ Jf. HR-2019-1234-A (avsnitt 24). Se punkt 1.3 ovenfor.

²⁵⁷ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197.

²⁵⁸ Jf. Rt. 1908 s. 790 (s. 794), Rt. 1997 s. 1637 (s. 1640), Rt. 2005 s. 41 (avsnitt 66) og HR-2019-1743-A (avsnitt 50).

²⁵⁹ Se punkt 3.1 og 3.3.4 ovenfor.

taler for en innskrenkende tolkning, slik at det må foreligge en krenkelse av et rettsgode vernet av norsk straffelovgivning for at det anses som en «overtredelse».

Derimot er det et særtrekk ved dommenes typetilfelle at det er tale om medvirkningsansvar knyttet til straffebud av internasjonal karakter.²⁶⁰ Hensynet til effektiv straffeforfølgning av straffebud av internasjonal karakter vil således kunne være et legitimt formål for straff, selv om handlingen ikke har medført en krenkelse av et vernet rettsgode.

Etter mitt syn vil en tolkning av «overtredelse», som omfatter når hovedgjerningen blir foretatt utenfor norsk strafferettslig jurisdiksjon, være i samsvar med presisjonskravet. Både medvirkningshjemmelen og hovedovertredelsens kjerne vil være ivaretatt, da det ofte er tale om medvirkning til straffebud av internasjonal karakter, slik at det er forutberegnelig at de ulike deltakerne må straffeforfølges i ulike land. Videre har også tolkningsresultatet lang forankring i rettspraksis, som øker forutberegneligheten. Uttalelsene i HR-2017-1673-A og resultatene fra Napster- og Popcorn-time-dommen kan altså harmoniseres gjennom tolkning, slik at det ikke foreligger motstrid med legalitetsprinsippet.

Oppsummert, etter å ha analysert de to ulike typetilfellene som legger til grunn at det kan foreligge straffansvar uten at hovedpersonen har foretatt noe straffbart, kan det kun oppstilles ett ytterligere unntak fra selvstendighetsprinsippet. For at det skal foreligge en straffbar medvirkningshandling må det foreligge en «overtredelse å medvirke til». Med «overtredelse» omfattes handlinger som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, også hvor handlingen som oppfyller gjerningsbeskrivelsen ikke omfattes av norsk strafferettslig jurisdiksjon.

4.2.3 Generelt om kravet om at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunner

Den andre kategorien av grunnvilkår for straff er at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunner. Denne kategorien omfatter både de lovfestede rettsstridsreservasjonene, jf. strl. §§ 17-19, den ulovfestede rettsstridsreservasjonen og straffrihetsgrunner som følger av det enkelte straffebudet.²⁶¹ Som følge av at det nærmere innholdet i de ulike

²⁶⁰ Jf. Rt. 1908 s. 790 hvor det var knyttet til en bedrift med omfattende utenlandske arbeidere, Rt. 1997 s. 1637 hvor det var medvirkning til hvitvasking, som er et betydelig internasjonalt problem, og Rt. 2005 s. 41 og HR-2019-1743-A som begge angår medvirkning til opphavskrenkelse ved å laste opp ulovlige filer over internett.

²⁶¹ NOU 1992: 23 s. 85-86 og Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s.150-151.

straffrihetsgrunnene ikke endres når de anvendes ovenfor medvirkeren, drøftes ikke innholdet i vilkårene noe nærmere.

Det sentrale for den overordnede problemstillingen er virkningen av at det foreligger en straffrihetsgrunn. Kjernen er at en handling er lovlig selv om den oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.²⁶² Dette kommer blant annet til uttrykk i strl. §§ 17-19, hvor det følger at «[e]n handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når» de nevnte vilkårene er oppfylte. Begrunnelsen for straffrihet i de tilfellene er at hensynet til et annet retts gode er mer tungtveiende enn det retts gode som har blitt krenket. Krenkelsen av retts godet anses som rettfærdiggjort med hensyn til et annet retts gode og det foreligger dermed ikke en krenkelse som kan begrunne bruken av straff.

4.2.4 Påvirkes medvirkerens straffansvar av at det foreligger straffrihetsgrunner hos hovedpersonen?

4.2.4.1 Utgangspunktene etter den selvstendige modellen

Problemstillingen videre er om det gjelder et selvstendighetsprinsipp ved vurdering av hvorvidt det foreligger straffrihetsgrunner hos medvirkeren. Utgangspunktet etter den selvstendige modellen er at straffefrihetsgrunner vurderes konkret for hver deltaker, uten at vurderingen påvirkes av forhold hos de andre deltakerne.²⁶³ Hovedpersonen kan gå straffri mens medvirkeren straffes, og vice versa. Begge kan også på selvstendig grunnlag oppfylle straffrihetsgrunnene, slik at ingen straffes.

I forarbeidene legges det til grunn at medvirkeren kan straffes selv om hovedgjerningen anses som lovlig ved å henvise til et eksempel.²⁶⁴ Eksempelet som nevnes er hvor A blir truet på livet av B til å foreta en straffbar handling. For slike tilfeller vil A kunne bli straffri etter nødrettsreglene, mens det forutsettes i forarbeidene at B som truer kan bli straffet for blant annet medvirkning til den straffbare handlingen, samt brukt av tvang og trusler. For det tilfellet vil ikke medvirkerens handling oppfylle vilkårene for straffrihet og det legges til grunn i forarbeidene at medvirkeren kan straffes i det tilfellet.

²⁶² NOU 1983:57 s. 116.

²⁶³ NOU 1992: 23 s. 78.

²⁶⁴ Ibid.

4.2.4.2 Unntak fra en selvstendig vurdering hvorvidt det foreligger straffrihetsgrunner for hovedpersonen

Det neste spørsmålet er om det med grunnlag i selvstendighetsprinsippet og trussel-eksempelet i forarbeidene kan oppstilles en generell regel om medvirkningsansvar når det ikke foreligger en ulovlig hovedgjerning. Sagt på en annen måte; kan selvstendighetsmodellens utgangspunkt opprettholdes uavkortet ved vurderingen av straffrihetsgrunner for medvirkeren?

Problemstillingen kan illustreres med et annet eksempel til sammenligning med trussel-eksempelet fra forarbeidene, herunder at det foreligger en straffrihetsgrunn for hovedpersonen, men ikke for medvirkeren, samt at medvirkerens handling ikke selvstendig overtrer et annet straffebud. Eksempelvis kan det tenkes hvor A frykter at C skal drepe han. A nevner dette i en samtale med B, som da oppfordrer A til å drepe C først. Dette passet ypperlig da B uansett ikke likte C. A var enig med B angående hvordan han eventuelt skulle håndtere C. Når A møter på C, kommer de i en slåsskamp som ender med at C dør av skadene. For A vil dette tilfelle kunne bli straffri som følge av nødverge, jf. strl. § 17. Etter rettsregelen som legges til grunn i forarbeidene vil B kunne bli dømt for psykisk medvirkning til drapet av C, ettersom B's samtale med A var en positiv tilskyndelse til A sin forsett om å drepe C neste gang de møtes. B's positive tilskyndelse ble gitt uten å ha noe kunnskap om at møtet ville være et nødvergetilfelle, og handlingen kan dermed ikke anses som en selvstendig nødvergehandling.

Rettsregelen som legges til grunn i forarbeidene vil for det første stå i et spenningsforhold til uttalelsene i HR-2017-1673-A (avsnitt 26), om at medvirkningsansvar krever en «overtredelse å medvirke til». Det følger på det rene av nødrett- og nødvergebestemmelsene at handlingen er lovlig dersom vilkårene er oppfylt, jf. henholdsvis strl. §§ 17 og 18. Spørsmålet er dermed om det foreligger en «overtredelse» når hovedovertredelsen anses som lovlig som følge av at det foreligger en straffefrihetsgrunn.

En ordlydstolkning av «overtredelsen» taler for at det siktes til en overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, slik at det må være tale om en straffbar handling. Det følger imidlertid av forarbeidene at med «overtredelse» siktes det til handlinger som «dekker

gjerningsbeskrivelsen i straffebudet». ²⁶⁵ Det følger således ikke definitivt av ordlyden at det *kun* omfatter straffbare overtredelser. Vurderingstemaet videre er dermed om forarbeidenes tolkningsresultat om at det kan medvirkes til en lovlig handling, som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, vil være i samsvar med presisjonskravet. Det må vurderes om tolkningsresultatet støttes av øvrige rettskilder, samt at medvirkningshjemmelens kerne forblir det samme, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas. ²⁶⁶

Det må først foretas *en virkningsbasert vurdering* av tolkningsresultatet. På den ene siden når handlingen likevel anses som lovlig som følge av en straffrihetsgrunn, foreligger det på det rene ingen *straffbar* overtredelse å medvirke til. I drapseksempelet ovenfor vil medvirkningshandlingen til B ha medvirket til selve drapshandlingen, men ikke en rettsstridig drapshandling, da det på det rene var tale om nødverge for A. Dersom B vurderes isolert kan han bli dømt for medvirkning til drap, mens A går straffri som følge av nødverge. Et slikt resultat vil være mulig etter forarbeidene, men kan fremstå som lite logisk ved at det kan medvirkes til et drap når det ikke rettslig sett kan anses å ha oppstått et drap.

Videre er heller ikke forarbeidenes eksempel egnet for å konstruere en tilstrekkelig legitim generell rettsregel. I forarbeidenes eksempel hadde medvirkeren truet hovedpersonen til å foreta en straffbar handling, slik at hovedpersonen kunne gå straffri som følge av nødrett. For forarbeidets konkrete eksempel vil straff være legitimert med hensyn til at det var medvirkeren som var initiativtakeren og årsaken til den straffbare handlingen gjennom truslene. I lys av betingelseslæren vil medvirkeren i det tilfellet ha vært en nødvendig årsak til den straffbare handlingen, og i realiteten den faktiske hovedpersonen som har medført at den straffbare handlingen ble gjennomført. Basert på den konkrete bestemmelsens ordlyd vil medvirkningshandlingen som har vært en nødvendig betingelse for selve overtredelsen også kunne tilsi direkte overtredelse av gjerningsbeskrivelsen, gitt at ordlyden ikke er såpass snevert formulert at det kun omfatter den siste utslagsgivende handlingen. ²⁶⁷ Medvirkerens handling hadde da vært en nødvendig årsak til at rettsgodet ble krenket. For de tilfelle vil straffansvar ha et legitimt formål, ved at den som rent faktisk var årsaken til det straffbare blir straffet. Tilfellet ligner på de typetilfellene under den aksessoriske modellen i kriminalloven

²⁶⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197. Se punkt 4.2.1 ovenfor.

²⁶⁶ Se punkt 1.3 ovenfor.

²⁶⁷ Se punkt 2.4 ovenfor.

hvor «den middelbare gjerningsmannen» kunne bli straffet selv om «den umiddelbare gjerningsmannen» som ble utnyttet ikke kunne bli straffet.²⁶⁸

Straffansvar vil imidlertid ikke være legitimt hvor medvirkeren ikke har vært nødvendig og ansvarlig for gjennomføringen av straffebudet. Ved drapseksempelet som ble nevnt ovenfor vil ikke medvirkningsansvar kunne begrunnes i at medvirkeren var en nødvendig årsak for vedkommendes død. Videre foreligger det på det rene ingen krenkelse av et rettsgode, da handlingen er rettfærdiggjort ved at hensynet til et annet rettsgode veier tyngre i det konkrete tilfellet.²⁶⁹ På dette punktet medfører formålet bak straffrihetsgrunnene at straffansvar ikke vil være i samsvar med hovedbegrunnelsen for medvirkningsansvar, og således ikke være begrunnet i et legitimt formål.²⁷⁰

Medvirkningsansvar vil for øvrig heller ikke kunne begrunnes i den alternative begrunnelsen om at medvirkningshandlingen på selvstendig basis har medført en fare for skade, når den krenkelsen som har oppstått er blitt rettfærdiggjort. For de tilfeller hvor straffebudet omfatter mer enn det som formålet bak straffebudet tilsier, følger det av den alminnelige rettsstridsreservasjonen at medvirkningsansvar ikke skal ilegges.²⁷¹ I den grad «overtredelsen» tolkes til å omfatte hvor hovedgjerningen likevel anses som lovlig, vil det foreligge en innskrenkende tolkning av den alminnelige rettsstridsreservasjonen, som vil være i strid med analogiforbudet.²⁷²

En selvstendig vurdering av hvorvidt det foreligger straffrihetsgrunner for medvirkeren og hovedpersonen vil dermed kunne medføre tolkningsresultater i strid med analogiforbudet. Dette taler for at eksempelet i forarbeidene ikke anses som hovedregelen for hvordan medvirkningsansvar skal tolkes når det ikke foreligger en rettsstridig hovedgjerning, men heller anses som en unntaksregel.

Etter mitt syn må «overtredelsen» i strl. § 15 tolkes slik at handlingen som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet må være ulovlig. Hvor en handling anses som lovlig som følge av en straffrihetsgrunn, foreligger det altså ingen «overtredelse å medvirke til», jf. HR-

²⁶⁸ Se punkt 2.2.2 ovenfor. Se også punkt 6.2.1 nedenfor hvor læren om den middelbare gjerningsmannen i en moderne aksessorisk modell drøftes.

²⁶⁹ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 408.

²⁷⁰ Se punkt 3.1 og 3.3.4 ovenfor.

²⁷¹ Se punkt 3.1 ovenfor.

²⁷² Jf. Rt. 2014 s. 238 (Hønsehauk) (avsnitt 19).

2017-1673-A (avsnitt 26). Det avgjørende for mitt syn er at medvirkningsansvar hvor hovedgjerningen anses som lovlig ikke vil være begrunnet i et legitimt formål. *De lege lata* bør dermed være at medvirkeren som et utgangspunkt ikke kan straffes for medvirkning til en hovedgjerning som likevel anses som lovlig. Et unntak er dersom medvirkerens handling var en nødvendig årsak til at hovedpersonen overtrådte straffebudet. Det konkrete eksempelet som nevnes i forarbeidene anses dermed som en snever unntaksregel. For de tilfeller vil også ansvarets rekkevidde kunne avgrensnes nærmere ved at medvirkningshandlingen vil kunne være omfattet av andre straffebud på selvstendig grunnlag, som eksempelvis bruk av tvang og trusler.²⁷³

4.2.5 Oppsummering – de objektive vilkårene

Oppsummert viser analysen at vurderingen av hvorvidt det foreligger en straffbar medvirkningshandling som et utgangspunkt vurderes aksessorisk. Det stilles først krav til at hovedpersonen har foretatt en «overtredelse» som medvirkningshandlingen retts mot. Med «overtredelsen» må det videre foreligge en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud og som krenker et vernet retts gode. Overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen og krenkelsen kan være foretatt utenfor norsk strafferettslig jurisdiksjon. Videre er vurderingen av når en medvirkningshandling anses som fullbyrdet igjen avhengig av når hovedovertredelsen anses som fullbyrdet.

Unntaket til selvstendighetsmodellen i form av kravet til en «overtredelse å medvirke til» viser særlig hvordan den konkrete utformingen av lovteksten påvirker det nærmere innholdet av ansvaret. Hvor utformingen av medvirkningslæren i straffeloven av 1902 medførte en utvikling som var avvikende fra selvstendighetsmodellens teoretiske forutsetninger, har det samme skjedd med utformingen i straffeloven av 2005. Dette avviket mellom det som legges til grunn i forarbeidene og ordlyden i strl. § 15 kan igjen spores tilbake til innstrammingen av legalitetsprinsippet gjennom rettspraksis fra rundt 2010.²⁷⁴ Som følge av at innstrammingen i all hovedsak startet etter at forarbeidet til straffeloven av 2005 var startet, kan det fremstå som at de rettsreglene som ble lagt til grunn i forarbeidene ikke var påvirket av den innstrammingen. Denne aksessoriteten rundt vurderingen av medvirkningsansvaret er altså en naturlig del av utviklingene innenfor strafferetten de siste årene.

²⁷³ Jf. henholdsvis strl. § 251 og § 263.

²⁷⁴ Frøberg (2015) s. 66.

4.3 De subjektive vilkårene

4.3.1 Generelt om kravet til tilstrekkelig skyld

Den tredje kategorien av grunnvilkår for straff er kravet til tilstrekkelig skyld. Etter strl. § 21 er utgangspunktet at det straffes kun for forsettlig lovbrudd, med mindre det følger av straffebudet at uaktsom overtredelse er tilstrekkelig. Forsett og uaktsomhet er definert i henholdsvis strl. §§ 22 og 23. Et sentralt prinsipp i skyldvurderingen som ikke følger eksplisitt av ordlyden til strl. § 21 er *dekningsprinsippet*. Prinsippet innebærer at «[s]kylden må foreligge på handlingstidspunktet, og må som hovedregel omfatte alle momenter i straffebudets gjerningsinnhold».²⁷⁵ Begrunnelsen bak kravet er at «[d]en som har begått handlingen må kunne klandres for sin handlemåte».²⁷⁶ I den grad vedkommende ikke har hatt tilstrekkelig forsett ovenfor et element i straffebudet, kan vedkommende heller ikke klandres for å ha foretatt handlingen som medførte det straffbare resultatet.

Eksempelvis for tyveri etter strl. § 321 må gjerningspersonen ha utvist tilstrekkelig skyld knyttet til alle elementene i gjerningsbeskrivelsen, herunder det å «ta en gjenstand», som «tilhører en annen» for å «skaffe seg eller andre en uberettiget vinning» ved å «tilegne seg» vinningen på et vis. Dersom vedkommende trodde at gjenstanden han tok og solgte var hans egen, har han ikke forsettlig tatt en gjenstand som «tilhører en annen». Vedkommende skal da ikke klandres for å ha handlet på en måte som han trodde var rettmessig.²⁷⁷ Mangel av tilstrekkelig skyld knyttet til faktiske omstendigheter omtales også som «faktisk uvitenhet», mens mangel av tilstrekkelig skyld lovligheten av en handling omtales som «rettsuvitenhet», jf. henholdsvis strl. §§ 25 og 26.

Ovenfor medvirkningsansvaret tilsier dekningsprinsippet at medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld om at handlingen «medvirker til overtredelsen», jf. strl. § 15. Overtredelsen vil være den konkrete gjerningsbeskrivelsen i hovedgjerningen. Det stilles dermed krav til forsett om at handlingen «medvirker til» at gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet blir overtrådt. Eksempelvis vil det for medvirkning til drap stilles krav til at medvirkeren med

²⁷⁵ NOU 1992: 23 s. 112 .

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid s. 123.

forsett foretar en handling som «medvirker til at en annen blir drept», jf. strl. § 275, jf. § 15. Dette blir gjerne kalt for kravet til «dobbel forsett» hos medvirkeren.²⁷⁸

4.3.2 Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens skyld?

4.3.2.1 Utgangspunktet etter den selvstendige modellen

Problemstillingen som skal behandles videre er hvorvidt det gjelder et selvstendighetsprinsipp ved vurdering av skyldvilkåret for medvirkeren.

Som et utgangspunkt setter selvstendighetsmodellen, i samsvar med skyldprinsippet, viktige rammer for omfanget av medvirkningsansvaret. En sentral følge av skyldprinsippet er blant annet at straffansvar begrenses til den skyld vedkommende selv har utvist, slik at medvirkeren ikke kan bli straffet for en annens handlinger hvor medvirkeren ikke kan klandres for den andres handling.²⁷⁹ Medvirkerens skyld skal som et utgangspunkt drøftes selvstendig, samt at medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig skyld om medvirkningshandlingen og overtredelsen for å kunne bli straffet.

Ved å analysere hvordan skyldvilkåret ovenfor medvirker vurderes etter gjeldende rett skal det undersøkes i hvilken grad vurderingen av medvirkerens skyld påvirkes eller er avhengig av hovedpersonens skyld. Særlig vil hvordan medvirkningsansvar vurderes hvor det foreligger ulikheter i skylden hos medvirkeren og hovedpersonen kunne belyse hvorvidt medvirkerens skyldvurdering er selvstendig eller aksessorisk. Ulikheten kan forekomme i hovedsak på tre ulike måter. For oversiktens skyld behandles de tre ulike måtene i hvert sitt punkt. For det første kan det foreligge ulikt omfang av skyld mellom deltakerne, altså at den ene deltakeren har skyld om å utøve mer enn den andre (punkt 4.3.2.2). For det andre kan det foreligge ulike grader av skyld mellom de enkelte deltakerne, herunder forsett etter strl. § 22 og uaktsomhet etter strl. § 23 (punkt 4.3.2.3). For det tredje kan det foreligge ulike former for skyld, herunder ved at visse straffebud stiller særskilte krav til gjerningspersonens forsett. Det kravet kan være oppfylt hos kun enkelte deltakere (punkt 4.3.2.4).

4.3.2.2 Unntak fra en selvstendig vurdering når det foreligger ulikt omfang av skyld

I dette punktet skal det først analyseres hvordan ulikt omfang av skyld er regulert mellom de ulike deltakerne. Ulik omfang av skyld kan igjen forekomme i to ulike tilfeller. For det første

²⁷⁸ Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 335-336.

²⁷⁹ Se punkt 3.2 ovenfor.

kan hovedpersonens handling strekke seg lengre enn det som var omfattet av medvirkerens opprinnelige skyld når medvirkningshandlingen ble foretatt. For det andre kan medvirkerens skyld strekke seg lengre enn det som faktisk ble foretatt av hovedpersonen.

i. Hvor hovedovertredelsen var av et større omfang enn medvirkerens skyld

For det første tilfellet hvor hovedovertredelsen overskyter medvirkerens opprinnelige forsett vil selvstendighetsprinsippet og dekningsprinsippet begrense ansvarets omfang.²⁸⁰ Et illustrerende typetilfelle er ved medvirkning til narkotikainnførsel og til -oppbevaring.²⁸¹

Et eksempel er Rt. 1995 s. 1347, hvor en person var tiltalt for medvirkning til innførsel av 2,5 kilo amfetamin og 40 gram kokain. Medvirkeren hadde stilt en båt til disposisjon for å hente et parti narkotika, samt bidratt med å bringe det til land. Kvantumet og typen narkotika viste seg derimot i ettertid til å være mer omfattende enn det medvirkeren opprinnelig hadde antatt. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt medvirkeren ble ansvarlig for hele mengden eller kun den mengden vedkommende opprinnelig hadde forsett om å medvirke til. Høyesterett kom frem til at «[s]trafferettslig anses han dog ikke for å ha hatt befatning med annet enn 1,5 kilo amfetamin, idet lagmannsretten har lagt til grunn at det overskytende lå utenfor hva han selv var kjent med at partiet inneholdt og dermed ikke var omfattet av hans forsett».²⁸²

Dommens resultat viser hvordan selv om medvirkeren rent faktisk hadde medvirket til innførselen av et bestemt kvantum, begrenses ansvaret til det de faktisk hadde forsett om å medvirke til. Medvirkeren blir altså ikke ansvarlig for den delen av hovedpersonens overtredelse som overskyter medvirkerens forsett. Videre vil også bestemmelsene om faktisk villfarelse og rettsvillfarelse, jf. henholdsvis strl. §§ 25 og 26, kunne komme til anvendelse for medvirkeren for å begrense ansvarets omfang. For visse tilfeller kan medvirkeren bli dømt for passiv medvirkning etter å ha fått kunnskap om det overskytende, men da er begrunnelsen for ansvar at medvirkeren har en selvstendig plikt til å gripe inn ovenfor det overskytende, hvor en unnlattelse til å gripe inn vil tilsi at «forsettet for vedkomande [medvirkeren] deretter bli rekna å omfatte også det overskytande til det som var tenkt».²⁸³ Ansvar i den sammenheng er

²⁸⁰ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 335-336.

²⁸¹ Jf. blant annet Rt. 1979 s. 1564 og Rt. 1995 s. 1347.

²⁸² Jf. Rt. 1995 s. 1347 (s. 1348).

²⁸³ Jf. Rt. 2010 s. 1630 (avsnitt 26-28). Jf. også Rt. 1995 s. 355 (s. 356), Rt. 2006 s. 964 (avsnitt 24), Rt. 2009 s. 1365 (avsnitt 25-26) og Rt. 2015 s. 1281 (avsnitt 24-25) hvor det dømmes for medvirkningsansvar basert på den samme begrunnelsen.

altså ikke basert på at hovedpersonen har foretatt noe straffbart som medvirkeren automatisk skal bli ansvarlig for.

ii. Hvor medvirkeren har utvist et større omfang av skyld enn det som ble foretatt

For det andre tilfellet hvor medvirkeren hadde utvist skyld knyttet til mer enn det som fulgte av hovedgjerningen, vil medvirkeren for det første kunne bli straffet for medvirkning til den fullbyrdede hovedgjerningen. Deretter legges det til grunn at medvirkeren samtidig kan bli straffet for forsøk på medvirkning for den delen medvirkeren hadde overskytende skyld om, etter en selvstendig vurdering etter forsøkslæren.²⁸⁴ Et spørsmål er om et slikt forsøksansvar for det subjektive overskuddet hos medvirkeren kan legges til grunn, da det på det rene ikke foreligger en overtredelse av det overskytende, særlig når det i de øvrige drøftelsene for de objektive vilkårene er slått fast at det ikke kan foreligge medvirkningsansvar hvor det ikke foreligger en «overtredelse».²⁸⁵

For dette tilfellet foreligger det på den rene *én* overtredelse, selv om det ikke er den overtredelsen som medvirkerens overskytende skyld knytter seg til. Det stiller seg således annerledes til unntakene ved de objektive vilkårene hvor det på det rene ikke foreligger *noen* overtredelse. Spørsmålet er altså hvor strl. § 15 stiller krav til en «overtredelse» å medvirke til, om det kun kan medvirkes til den konkrete overtredelsen som fant sted, eller om det er tilstrekkelig så langt det foreligger *én* overtredelse.

På den ene siden vil det rent logisk være unaturlig å si at det kan medvirkes til et straffebed som ikke har blitt overtrådt. Dette strider mot den naturlige tankegangen om at medvirkning må rette seg mot noe. Derimot er det her tale om forsøk på medvirkning, hvor forsøk i sin natur regulerer forhold hvor overtredelsen ikke lykkes.²⁸⁶ Det strider således mindre med den logiske tankegangen at det medvirkes til en handling som på det rene ikke har blitt overtrådt, når forsøksansvaret nemlig er konstruert for å omfatte de tilfeller hvor handlingen ikke «lykkes» slik medvirkeren hadde forutsett.

Sett opp mot medvirkningsansvarets begrunnelse er det ikke blitt foretatt en indirekte krenkelse av det retts gode av det omfanget som medvirkerens subjektive overskudd knytter

²⁸⁴ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 342 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 338 og 381-384.

²⁸⁵ Se punkt 4.2.2.3 og 4.2.4.2 ovenfor.

²⁸⁶ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 378.

seg til.²⁸⁷ Spørsmålet er altså om det kan foretas et unntak fra hovedbegrunnelsen for medvirkning med hensyn til medvirkningsansvarets selvstendige klanderverdighet.

Hensynet til klanderverdighet, herunder ved at medvirkeren valgte å handle i strid med det fornuftige vil her tale for at medvirkeren kan straffes for forsøk på medvirkning for sitt subjektive overskudd. Kun på det viset vil medvirkerens fulle klanderverdighet være reflektert i dommen. For de tilfeller vil uansett adgangen til å ilegge forsøksansvar bli begrenset av reglene om konkurrans.²⁸⁸ Særlig vil reglene om konkurranse som tillater at samme handling dømmes etter flere straffebud som følge av at handlingen krenker flere ulike rettsgodter være relevante retningslinjer.²⁸⁹ På det viset vil medvirkningsansvaret gjenspeile den fulle klanderverdigheten av medvirkningshandlingen, både med hensyn til det rettsgodtet som ble krenket og med hensyn til det rettsgode medvirkeren hadde skyld om å krenke.

Hensynet til medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet, i samsvar med forsøkslærens formål, må etter mitt syn få avgjørende vekt for at det kan ilegges straffansvar for forsøk på medvirkning til et straffebud som på det rene ikke har blitt overtrådt.

4.3.2.3 Unntak fra en selvstendig vurdering når det foreligger ulike grader av skyld

Problemstillingen for dette punktet er hvorvidt medvirkerens straffansvar blir påvirket når medvirker og hovedpersonen har ulike grader av skyld. Eksempelvis hvor den ene deltakeren til det straffbare kun har vært uaktsom til overtredelsen, mens den andre handlet med forsett.

Hovedregelen etter straffeloven er at gjerningspersonen må ha utvist forsett for å kunne bli straffet, med mindre det følger konkret av straffebudet at uaktsomhet er straffbart jf. strl. § 21. Uaktsomhet er videre definert i strl. § 23. For visse straffebud følger det eksplisitt at uaktsom overtredelse av gjerningsbeskrivelsen også er straffbart, jf. eksempelvis strl. § 281 som straffer den som «uaktsomt forvolder en annens død». Det kan altså foreligge tilfeller hvor de ulike deltakerne til den straffbare handlingen har utvist ulike grader av skyld. Eksempelvis kan to personer har drept en person, men hvor den ene handlet med forsett etter strl. § 275 om drap, mens den andre handlet i uaktsomhet etter strl. § 281 om uaktsom forvoldelse av død.

²⁸⁷ Se punkt 3.3.4 ovenfor.

²⁸⁸ En grundig redegjørelse av konkurransereguleringen vil være for omfattende for avhandlingens rammer. Se således Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 575 flg. for en redegjørelse av reglene om konkurranse.

²⁸⁹ Dette omtales tradisjonelt som *ulikeartet idealkonkurranse*. Se Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 372-375 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 581-583.

Problemstillingen som behandles under dette punkt vil således kun være relevant for de straffbare handlingene som kan overtres både forsettlig og uaktsomt.

i. Hovedpersonen utviser forsett, men medvirkeren var kun uaktsom

Et første tilfelle er hvor hovedpersonen foretar en handling med forsett, mens medvirkeren kun var uaktsom om følgen av hovedhandlingen. Spørsmålet er om medvirkeren dømmes for medvirkning til uaktsom eller forsettlig overtredelse.

Spørsmålet ble behandlet i Rt. 1974 s. 382 (Lillehammer). Faktum i dommen var at fire personer hadde deltatt i en fellesaksjon for å drepe en person. Aksjonen var planlagt slik at alle deltok på forskjellig vis, men hvor hver deltaker ble ansett for å være like nødvendige ledd i den samlede planen.²⁹⁰ For den ene deltakeren kom Høyesterett frem til at hun «på grunn av manglende erfaring og utilstrekkelig språkforståelse ikke var helt klar over aksjonens mål, og har av denne grunn ikke ansett henne skyldig i forsettlig medvirkning til drap».²⁹¹ Derimot burde hun med hensyn til hendelsesforløpet, egen deltagelse i planleggingen og selve aksjonen ha forstått at aksjonen ville ha ført til drap. Hun ble dermed dømt for uaktsom medvirkning til drap, mens de andre tre ble dømt til forsettlig medvirkning til drap.²⁹²

For de tilfellene hvor medvirkeren utviser mindre grad av skyld enn hovedpersonen, gjelder selvstendighetsprinsippet i samsvar med skyldprinsippet sterkt. Medvirkeren blir ikke ansvarlig for hovedpersonens forsett, da medvirkerens grad av skyld vurderes på selvstendig basis, basert på vedkommendes eget forhold til hovedgjerningen.

ii. Medvirker har utvist forsett, men hovedpersonen har kun vært uaktsom

Det andre tilfellet, som ikke ser ut til ha blitt drøftet i rettskildene, er hvor medvirker har utvist forsett om å medvirke til et straffebud, men hvor hovedpersonen kun var uaktsom til den straffbare handlingen.

²⁹⁰ Jf. Rt. 1974 s. 382 (s. 384).

²⁹¹ Ibid s. 385.

²⁹² Ibid s. 385-386. Det kan bemerkes at straffebudet for uaktsomt drap under straffeloven av 1902 ikke hadde et medvirkningstillegg. Slik at hvor Høyesteretts flertall er enige med lagmannsretten og konkluderte med at den ene deltakeren blir dømt for uaktsom medvirkning til drap, ble det anvendt feil betegnelse, da hun skulle ha blitt dømt for uaktsom forvoldelse av drap som en selvstendig hovedperson. Dette skille mellom betegnelse var noe som ble kommentert av annenvoterende, men ikke bemerket av førstvoterende.

Et eksempel kan være hvor A og B er leger. B ønsker å drepe pasienten C. Ved administrering av et livsnødvendig medikament til C, oppdager B at det er beregnet feil mengde slik at C vil dø av dosen. B foretar ingenting og gir den til A, som uten å dobbeltsjekke dosen setter det i C, slik at C dør. For dette tilfellet vil B ha medvirket til C's død med forsett om å drepe C, mens A's hovedhandling i å gi dosen var kun foretatt med uaktsomhet om dødsfølgen. Spørsmålet er dermed om B kan straffes for medvirkning til drap etter strl. § 275 når «overtredelsen» etter strl. § 15 som rent faktisk har funnet sted var en uaktsom forvoldelse av død etter strl. § 281.

På den ene siden har B på det rene foretatt en medvirkningshandling som har ført til C sin død, med forsett om å drepe C. I et tilsvarende eksempel hvor den eneste forskjellen var at A også ville drepe C, mens B sine handlinger og forsett er uendret, vil B kunne bli straffet for medvirkning til drap og A for drap. For begge tilfellene er B's handling og forsett helt identiske, hvor det eneste som er endret er A's forsett. Selvstendighetsprinsippet vil her tale for at B straffes for medvirkning til drap, da det er B's selvstendige forhold til straffebudet som skal vurderes.

På den andre siden har det i det første eksempelet på det rene ikke blitt gjennomført et drap, men kun en uaktsom forvalde av død. Uttalelsen i HR-2017-1673-A (avsnitt 26) om at strl. § 15 stiller krav til at det foreligger en «overtredelse [...] å medvirke til» vil kunne ha overføringsverdi til dette tilfelle. Selv om det i dommens tilfelle var tale om manglende overtredelse av gjerningsbeskrivelsen av en hovedperson, vil det kunne trekkes paralleller til hvor det er manglende skyld hos hovedpersonen, da det for begge tilfellene er tale om manglende oppfyllelse av et element av gjerningsbeskrivelsen.

Graden av skyld som kreves i straffebudene anses som et sentralt element knyttet til straffebudet karakter, da det er graden av skyld som skiller ulike straffebud fra hverandre. Det vil ikke kunne anses å foreligge en fullbyrdelse av det aktuelle straffebudet uten at den «riktige» graden av skyld foreligger. Som følge av at medvirkning krever at det foreligger en «overtredelse» å medvirke til, vil det på det rene ikke ha vært en overtredelse av strl. § 275 for drap, men kun en overtredelse av strl. § 281 om uaktsom forvoldelse av død. Det vil også fremstå som ulogisk å ilegge noen straff for medvirkning til forsettlig drap når det på det rene kun ble fullbyrdet en uaktsom forvoldelse av død av hovedpersonen.

Etter mitt syn må lovens ordlyd og den logiske tankegangen om at det ikke kan medvirkes til noe som rent faktisk ikke har blitt overtrådt få avgjørende vekt, slik at det kun straffes for medvirkning til uaktsom overtredelse. En aksessorisk vurdering av medvirkeren vil her gi det mest dekkende bildet av krenkelsene som medvirkningshandlingen har medført. For det første vil medvirkningshandlings indirekte krenkelse av det vernede rettsgodet være representert gjennom medvirkningsansvar til det straffebedet som faktisk ble overtrådt.²⁹³ For det andre vil medvirkerens fullbyrdesforsett kunne straffes i form av straffansvar for forsøk på medvirkning til det straffebedet som krever en sterkere grad av skyld, på tilsvarende vis som ved ansvar for forsøk på medvirkning hvor medvirkerens skyld omfatter mer enn det som faktisk ble gjennomført.²⁹⁴

4.3.2.4 Unntak fra en selvstendig vurdering når det foreligger ulike former for skyld

Problemstillingen for dette delkapittelet er om medvirkerens straffansvar blir påvirket når medvirkeren har utvist ulike former for skyld enn hovedpersonen.

Med «ulike former for skyld» siktes det til at visse straffebed ikke kun krever forsett knyttet til de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, men en særlig form for forsett ved gjennomføringen av de elementene. Dette omtales gjerne som et «forlengede forsettskrav».²⁹⁵ Eksempelvis med tyveri etter strl. § 321 er de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen at hovedpersonen «tar en gjenstand som tilhører en annen». Det er videre et vilkår om at hovedpersonen tar gjenstanden med «forsett om å skaffe seg eller andre en *uberettiget vinning*» (min kursivering). Hovedpersonen må altså ha fortsett om at borttagelsen skal medføre en uberettiget vinning. Det er ikke tilstrekkelig at hovedpersonen borttar gjenstanden bare for å skade fornærmede. For de tilfeller anses forholdet kun som besittelseskrengelse etter strl. § 345.

i. Hovedpersonen oppfyller det forlengede forsettskravet, men ikke medvirkeren

Et første tilfelle hvor det foreligger ulike former for skyld mellom deltakerne er hvor hovedpersonen oppfyller det forlengede forsettskravet, mens medvirkeren ikke oppfyller det.

²⁹³ Se punkt 3.3.4 ovenfor.

²⁹⁴ Sml. med punkt 4.3.2.2 ii. ovenfor med hensyn til hvordan forsøk på medvirkning kan idømmes. For dette typetilfellet er det derimot nærliggende at reglene om konkurrens vil begrense medvirkningsansvaret, herunder ved at det kan straffes for enten fullbyrdes medvirkning til uaktsom overtredelse eller forsøk på medvirkning til forsettlig overtredelse. Dette med hensyn til at det vil være det samme retts gode som er vernet ovenfor fornærmede når det eneste som skiller dem er grad av skyld.

²⁹⁵ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 247.

For det tilfelle vil medvirkeren ha tilstrekkelig skyld om at medvirkningshandlingen virker til overtredelsen, samt at hovedpersonen oppfyller det forlengede forsettskravet og skal foreta overtredelsen. Et spørsmål i den sammenheng er om det er tilstrekkelig for medvirkningsansvar eller om det oppstilles et tilleggsvilkår om at medvirkeren selv må oppfylle det forlengede forsettskravet ved fullbyrdelsen av medvirkningshandling. Sagt på en annen måte; må medvirkningshandlingen også være foretatt med det forlengede forsettet for at det kan foreligge medvirkningsansvar til det aktuelle straffebudet?

Det følger av rettspraksis at dette spørsmålet må løses etter en konkret vurdering av det enkelte straffebudet som stiller et slikt forlenget forsettskrav. Det er særlig tre kategorier straffebud som stiller ulike forlengede forsettskrav.

Den første kategorien er straffebud som stiller krav til at handlingen må være foretatt i vinnings hensikt, jf. blant annet utlendingsloven²⁹⁶ 108 (5) bokstav a og b om organisert menneskesmugling. For denne kategorien følger rettsregelen av Rt. 2002 s. 476. Faktum i dommen var at medvirkeren (A) hadde bistått til organisert menneskesmugling ved et enkeltstående tilfelle, uten å ha hatt vinnings hensikt for seg selv i det tilfellet. Spørsmålet var om A måtte ha handlet i egen vinnings hensikt, eller om det var tilstrekkelig at han var klar over at han bisto B som drev virksomheten med vinnings hensikt.

Da verken lovteksten eller forarbeidene ga noe veiledning, ble spørsmålet løst med «hensyn til straffebestemmelsens effektivitet».²⁹⁷ Det ble henvist til særlige forhold ved straffebudet, herunder at «[m]enneskesmugling innebærer omfattende organisert kriminalitet, forgreninger i mange land, der store pengebeløp og mange menneskeskjebner er involvert».²⁹⁸ Som følge av at hovedpersonene som oftest befinner seg i utlandet, mens det er medvirkerne som tiltales i Norge, ville det «i slike situasjoner ofte være vanskelig å bevise vinnings hensikt hos dem [medvirkerne]».²⁹⁹ Høyesterett uttalte videre at en tolkning hvor det krevde vinnings hensikt knyttet til de ulike leddene ville da ha medført at ingen kunne straffes for menneskesmugling. Med hensyn til at medvirkerne som bidro de ulike leddene i menneskesmuglingen i Norge

²⁹⁶ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

²⁹⁷ Jf. Rt. 2002 s. 476 (s. 477).

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ Ibid.

skulle kunne straffes, slik at straffebudets formål ble oppnådd, måtte resultatet bli at medvirkeren ikke måtte oppfylle kravet om vinnings hensikt for seg selv.³⁰⁰

Rettsregelen etter dommen er altså at hensynet til effektiv straffeforfølgning av menneskesmugling, da særlig med hensyn til at det er vanskelig å bevise vinnings hensikt, tilsier at medvirkerens skyld skal være aksessorisk til hovedpersonens skyld for den kategorien straffebud.

Den andre kategorien er straffebud som krever særskilt terrorforsett hos gjerningspersonen, jf. straffebudene i straffeloven kapittel 18. For de tilfeller ble løsningen annerledes enn den første kategorien. Spørsmålet ble behandlet i Rt. 2013 s. 789.³⁰¹ Spørsmålet i dommen var om B kunne straffes for medvirkning til forbund om terrorhandling når han ikke hadde foretatt medvirkningshandlingen med terrorforsett. Lagmannsretten hadde lagt vekt på uttalelsen fra Rt. 2002 s. 476 om at det var tilstrekkelig at B hadde forsett om at terrorforsett forelå hos A. Høyesterett var derimot ikke enig i vurderingen, da de mente at uttalelsene fra Rt. 2002 s. 476 hadde begrenset overføringsverdi til denne saken.

For det første var det en forskjell i at straffebudet for organisert menneskesmugling stilte krav til vinnings «hensikt», mens for terrorforbund var det kun tale om «forsett».³⁰² For kravet til «terrorforsett» fulgte det dermed ikke like mange bevismessige problemer. Som følge av at forsettskravet omfatter flere grader av skyld i motsetning til hensiktskravet, vil det ikke kreve like spesifikke og konkrete bevis for å bevise at det forlengede forsettskravet foreligger. Hensynet til straffebudets effektivitet gjorde seg således ikke like gjeldende, da de samme bevismessige vanskene ikke forelå når det kun stiltes krav til forsett og ikke hensikt.

For det andre uttaler førstvoterende at «[j]eg finner det dessuten ikke rimelig å dømme noen for terrorforbund som ikke selv har terrorforsett».³⁰³ Uttalelsen kan tolkes til at det siktes til straffebudets særegne og alvorlige karakter. Hvor det er tale om en ondepåførsel med et såpass alvorlig stempel som terrorforbund, må det foreligge tungtveiende rettslig grunnlag og holdepunkter for å ilegge straffansvar for medvirkning når effektivitetshensyn ikke gjorde seg like gjeldende. For terrorstraffebud krever det således at det forlengede forsettskravet er

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Se punkt 4.2.2.3 i ovenfor hvor dommens faktum er presentert.

³⁰² Jf. Rt. 2013 s. 789 (avsnitt 48).

³⁰³ Ibid.

oppfylt hos medvirkeren på selvstendig grunnlag for at det skal kunne foreligge medvirkningsansvar.

Uttalelsene i Rt. 2013 s. 789 tilsier dermed at rettsregelen som ble fastsatt i Rt. 2002 s. 476 ikke gjelder automatisk, da det må drøftes om hensynet til effektivitet gjør seg gjeldende for det aktuelle straffebudet. Hvor hensynet til effektivitet ikke gjorde seg like gjeldende, måtte det forlengede forsettskravet være oppfylt av medvirkeren for at medvirkeren kunne straffes.

En tredje kategori straffebud er vinningsforbrytelser og økonomisk kriminalitet, jf. straffebudene i henholdsvis straffelovens kapittel 27 og 30. Felles for disse straffebudene er at de stiller krav til at gjerningsbeskrivelsen overtredes med forsett om å skaffe seg selv eller andre en «uberettiget vinning», jf. eksempelvis strl. § 321 om tyveri. Et eksempel er hvor A stjeler noe fra C med bistand fra B. A ønsker å selge det som blir stjålet, og har således forsett om uberettiget vinning. For B sin del er det kun et ønske om å påføre C smerter, det er helt uten betydning for B om A oppnår noe vinning gjennom tyveriet. Spørsmålet er om B kan straffes for medvirkning til tyveri eller kun for medvirkning til besittelseskrenkelse.

Kravet til «forsett om uberettiget vinning» ble endret fra «vinnings hensikt» i straffeloven av 1902. Det forutsettes i forarbeidene til straffeloven av 2005³⁰⁴ og i juridisk litteratur³⁰⁵ at endringen fra kravet om «vinnings hensikt» til «forsett om uberettiget vinning» medførte at det ikke lenger gjaldt et vilkår om at medvirkeren også må oppfylle det forlengede forsettskravet for å kunne bli straffet for medvirkning til det aktuelle straffebudet. For eksempelet ovenfor vil B altså kunne bli straffet for medvirkning til tyveri. En begrunnelse for det resultatet er at når det kun stilles krav til forsett og ikke hensikt, vil «forsett om uberettiget vinning for seg eller andre» alltid foreligge hos medvirkeren uansett som følge av kravet til dobbelt forsett. Når medvirkeren må ha forsett om at hovedpersonen skal gjennomføre et tyveri, vil de samtidig ha forsett om at hovedpersonen har forsett om uberettiget vinning, og således vil medvirkeren ha forsett om at medvirkningshandlingen vil bidra til å gi en uberettiget vinning for noen andre.

En sammenfatning av drøftelsene ovenfor viser at hvorvidt det forlengede forsettskravet må være oppfylt hos medvirkeren må avgjøres etter en konkret avveining mellom hensynet til

³⁰⁴ Ot.Prp.Nr.22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. Mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning*, s. 279.

³⁰⁵ Magnus Matningsdal, *Nytt i ny straffelov*, Oslo 2015a, s. 176.

straffebudets effektivitet og straffebudets særegenhet og karakter. Som følge av at rettsreglene knytter seg til spesifikke straffebud, som alle har særegne trekk, vil ingen av rettsreglene anses å være hovedregelen fremfor den andre. Rettsregelen med hensyn til straffebudets effektivitet er dog mindre relevant ved ikrafttredelsen av straffeloven av 2005, da kravet til «vinnings hensikt» for de aller fleste straffebudene ble endret til «forsett om uberettiget vinning». Når det kun stilles krav til forsett vil det enklere kunne fastsette tilstrekkelig skyld for den enkelte deltaker etter en selvstendig vurdering.

ii. Medvirkeren oppfyller det forlengede forsettskravet, men ikke hovedpersonen

Et annet tilfelle hvor det foreligger ulike former for skyld mellom deltakerne er hvor medvirkeren har oppfylt det forlengede forsettskravet, men hovedpersonen ikke gjør det. Spørsmålet i den sammenheng, som ikke har blitt tatt stilling til i rettskildene, er om medvirkeren fortsatt kan straffes for medvirkning for det aktuelle straffebudet når hovedpersonen ikke har oppfylt det forlengede forsettskravet, men har foretatt den objektive handlingen. Sagt på en annen måte; for å ilegge medvirkningsansvar hvor medvirkeren oppfyller det forlengede forsettskravet, er det et krav til at også hovedpersonen oppfyller det forlengede forsettskravet? Nærmere presisert om hovedpersonen må ha oppfylt det forlengede forsettskravet for at det skal foreligge en «overtredelse å medvirke til» etter strl. § 15.

Gröning, Husabø og Jacobsen argumenterer iallfall for at ved formuesforbrytelser, hvor det stilles krav til «uberettiget vinning», «er det forlengede forsettskravet så avgjørende for forbrytelsestypen at hovedpersonen må oppfylle det for at medvirkningsansvar blir aktuelt».³⁰⁶ Jeg er enig med Gröning, Husabø og Jacobsen at det forlengede forsettskravet må foreligge hos hovedpersonen for at det kan foreligge medvirkning til det aktuelle straffebudet, da det videre er flere andre forhold som også taler for en slik rettsregel.

For å nærmere illustrere poenget til Gröning, Husabø og Jacobsen kan det påpekes hvordan det forlengede forsettskravet ofte vil være det vilkåret som skiller to straffebud som har like overtredelsesmåter fra hverandre. Eksempelvis kan det henvises til Rt. 2008 s. 1115, for å illustrere hvordan det forlengede forsettskravet skiller straffebudene om tyveri (§ 321) og besittelseskrenkelse (§ 345) fra hverandre. Faktum i dommen var at to personer hadde ranet fornærmede for å oppnå dekning av et rettmessig krav de hadde på fornærmede. Et av

³⁰⁶ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 352-353.

spørsmålene i saken var om de to tiltalte oppfylte kravet om «uberettiget vinning» når hensikten med ranet var å få dekning for et rettmessig forfalt krav. Den samme objektive handlingen med å ta gjenstander fra fornærmede vil kunne være omfattet av de objektive elementene i begge straffebudene.³⁰⁷ Det som skiller straffebudene fra hverandre er kravet til «uberettiget vinning» i strl. § 321. Det slås fast i dommen at hvor gjerningspersonen skal oppnå dekning for et rettmessig krav han har på fornærmede vil det ikke foreligge «uberettiget vinnings hensikt».³⁰⁸ Hvor slik hensikt ikke foreligger vil det kun være tale om besittelseskrenkelse.³⁰⁹ Ovenfor medvirkeren vil altså hvorvidt det forlengede forsettskravet er oppfylt hos hovedpersonen påvirke hvilke straffebud som rent faktisk har blitt overtrådt, og således hvilke straffebud medvirkeren anses å ha medvirket til.

Samtidig vil ordlyden i strl. § 15 som forutsetter at det må foreligge en «overtredelse» å medvirke til og den logiske tankegangen om at det ikke kan medvirkes til en handling som rent faktisk ikke har blitt overtrådt, tale for at det kun kan straffes for medvirkning til besittelseskrenkelse.³¹⁰ Når det på det rene er blitt foretatt en besittelseskrenkelse vil medvirkeren kun kunne straffes for medvirkning til det straffebudet som faktisk har blitt overtrådt. Den aktuelle rettskilde som har blitt krenket er definert ut fra hovedpersonens handling. Dersom medvirkeren straffes for medvirkning til et straffebud som rent faktisk ikke har blitt overtrådt, vil medvirkeren straffes uten at en rettskilde har blitt krenket. Straff vil da ikke ha et legitimt formål.

Etter mitt syn kan medvirkeren derfor ikke vurderes fullstendig selvstendig fra hovedpersonens forlengede forsett. Dette som følge av at hovedpersonens overtredelse danner grunnlaget for medvirkningsansvaret og at det forlengede forsettskravet er et sentralt element som er definerende for straffebudets utforming og karakter. *De lege lata* må dermed være at medvirkeren ikke kan straffes for medvirkning til et straffebud som ikke har blitt overtrådt. En slik rettsregel vil for det første være i samsvar med hovedbegrunnelsen for medvirkningsansvar, herunder ved at medvirkeren straffes for medvirkningshandlingens

³⁰⁷ Strl. § 321 omfatter «den som tar en gjenstand som tilhører en annen». Til sammenligning omfatter strl. § 345 «den som urettmessig setter seg eller andre i besittelse av en løsøre-gjenstand». Som følge av den vide gjerningsbeskrivelsen i strl. § 321 kan den kunne omfatte flere av de tilfeller som vil være omfattet av strl. § 345.

³⁰⁸ Jf. Rt. 2008 s. 1115 (avsnitt 12).

³⁰⁹ Ibid (avsnitt 14-15).

³¹⁰ Sml. med punkt 4.3.2.3 ii. ovenfor ved drøftelsen av typetilfellet hvor medvirkeren hadde utvist forsett mens hovedpersonen kun hadde utvist uaktsomhet, hvor de samme vurderingene gjør seg gjeldende her.

virkning på den faktiske hovedgjerningen som ble foretatt.³¹¹ For det andre vil medvirkeren kunne bli straffet for forsøk på medvirkning til det straffebudet som oppstiller det forlengede forsettskravet. Dette vil kunne begrunnes med hensyn til forsøkslæren, da medvirkeren på det rene har forsøkt å medvirke til overtredelsen av et straffebudet, men hvor medvirkningshandlingen ikke hadde den ønskede virkningen ved at hovedpersonen foretok noe annet enn det medvirkeren hadde forutsett.³¹² En aksessorisk vurdering for de tilfeller medvirkeren skyld oppfyller det forlengede forsettskravet, men hvor hovedpersonen ikke gjør det, vil fortsatt medføre at medvirkningshandlingens fulle klanderverdighet gjenspeiles i den eventuelle dommen.

4.3.3 Generelt om kravet om at gjerningspersonen må være tilregnelig

Den fjerde kategorien av grunnvilkår er at gjerningspersonen må være tilregnelig for å kunne straffes. Det oppstilles i strl. § 20 (1) bokstav a til d de tilfeller som tilsier at gjerningspersonen anses som utilregnelig på handlingstidspunktet. Hvor gjerningspersonen er utilregnelig, anses ikke vedkommende som å ha skylddevne, herunder evnen til å handle strafferettslig ansvarlig.³¹³ Som følge av at det nærmere innholdet av tilregnelighetsvilkårene ikke endres når det vurderes ovenfor medvirkeren, drøftes det ikke nærmere. Det sentrale er resultatet av at gjerningspersonen er utilregnelig, som er at vedkommende ikke kan straffes.

4.3.4 Påvirkes medvirkerens straffansvar av hovedpersonens tilregnelighet?

Medvirkerne vil på lik linje med hovedpersonen kunne oppfylle vilkårene for utilregnelighet etter strl. § 20 (1) bokstav a til d. Videre følger det som sikker rett at hvor hovedpersonen anses som utilregnelig kan fortsatt medvirkeren straffes for medvirkning til den objektive overtredelsen som hovedpersonen hadde utført.³¹⁴

Selv om tilregnelighet tradisjonelt har vært drøftet som et selvstendig grunnvilkår for straff, er vilkåret også et utslag av skyldprinsippet. Hvor det etter skyldprinsippet krever tilstrekkelig skyld for at vedkommende kan straffes, oppstilles det i tilregnelighetsbestemmelsen konkrete

³¹¹ Se punkt ovenfor 3.3.4 ovenfor.

³¹² Sml. med punkt 4.3.2.2 ii. ovenfor med hensyn til hvordan forsøk på medvirkning kan være relevant, gitt at straffebudene kan anvendes i konkurrens. De samme vurderingene vil gjøre seg gjeldende her.

³¹³ NOU 1990:5 *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner - straffelovkommisjonens delutredning iv*, s. 45-46 og NOU 2014: 10 *Skylddevne, sakkyndighet og samfunnsvern*, s. 86-87.

³¹⁴ NOU 1992: 23 s. 78, Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 341 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 353.

tilfeller som tilsier at vedkommende ikke har evne til å utvise skyld. Hvor vedkommende ikke har evne til å utvise skyld følger det av skyldprinsippet at vedkommende ikke kan straffes.³¹⁵ Tilregnelighetsvilkåret kan således anses som en presisering av skyldvilkåret. Rettsregelen om at medvirkeren kan straffes selv om hovedpersonen ikke kan straffes som følge av utilregnelighet følger altså både av selvstendighetsprinsippet og skyldprinsippet.

4.3.5 Oppsummering – de subjektive vilkårene

Oppsummert viser analysen ovenfor at medvirkeren og hovedpersonens oppfyllelse av de subjektive vilkårene i all hovedsak vurderes selvstendig, med noen få unntak hvor vurderingen av skyldvilkåret for medvirkeren drøftes aksessorisk.

Hvor hovedpersonens skyld omfattet mer enn medvirkerens skyld knyttet til medvirkningshandlingen, herunder at hovedovertredelsen var av et større omfang, var av en mer alvorlig grad i form av forsett og at kun hovedpersonen oppfyller det forlengede forsettskravet, er medvirkerens ansvar begrenset til det omfang, den grad og den form av skyld som medvirkeren utviste når medvirkningshandlingen ble foretatt. Dessuten drøftes vilkåret om tilregnelighet for både medvirker og hovedperson selvstendig. Det er altså resultater som sammenfaller med utgangspunktene som følger av selvstendighetsmodellen og skyldprinsippet, herunder at straffansvar må begrenses til medvirkerens egen skyld.

Hvor medvirkerens skyld omfattet mer enn det som ble foretatt av hovedpersonen, herunder med hensyn til omfang, grad og det forlengede forsettskravet, drøftes medvirkerens ansvar aksessorisk. For de tilfeller vil medvirkeren først kunne straffes for fullbyrdet medvirkning til den faktiske hovedgjerningen som ble overtrådt. Eventuelt vil medvirkeren også kunne straffes for forsøk på medvirkning til det straffebedet som medvirkerens overskytende forsett dekker, gitt at reglene om konkurrens ikke avgrenser mot det. Resultatet for de typetilfellene vil således i stor grad være etter en aksessorisk vurdering, med unntak for eventuelt forsøksansvar som følger av en selvstendig vurdering etter forsøkslæren. Dette med hensyn til at hovedpersonens skyld definerer og danner grunnlaget for hvilken overtredelse som fant sted og som det medvirkes til. Særlig hvor straffebedet stiller et særskilt krav til grad eller form av skyld, vil det være skyldkravet som skiller straffebedene fra hverandre.

³¹⁵ Se punkt 3.2 ovenfor.

For de forholdene hvor skyldvilkåret og tilregnelighetsvilkåret vurderes selvstendig fra forhold hos hovedpersonen, er det imidlertid ikke noe som følger særskilt av selvstendighetsmodellen. En slik tolkning av vilkårene følger allerede av skyldprinsippet som sådan. Med hensyn til at skyldprinsippet er et grunnleggende rettsstatsprinsipp som er forankret i både EMK art. 6 nr. 2 og art. 7, vil skyldprinsippet også tilsi at medvirkerens straffansvar begrenses tilsvarende etter medvirkerens utviste skyld.³¹⁶ Som følge av skyldprinsippets sentrale rolle innenfor de aller fleste europeiske strafferettssystemene ville resultatet ha vært det samme etter en aksessorisk modell, herunder at det foretas konkrete unntak fra aksessoritetsprinsippet med hensyn til skyldprinsippet. Et eksempel er medvirkningsansvaret etter svensk rett, som følger en aksessorisk modell. Etter svensk rett er fortsatt medvirkerens ansvar begrenset til å kun omfatte de forhold som medvirkeren hadde tilstrekkelig skyld om.³¹⁷ Hvordan ulikt skyld mellom medvirker og deltaker vurderes under en aksessorisk modell drøftes nærmere nedenfor i avhandlingens komparativrettslige del (punkt 6.2).

Selv om vurderingen av skyldvilkårene ovenfor medvirkeren i stor grad er i samsvar med selvstendighetsmodellens utgangspunkter, kan de resultatene altså ikke utelukkende tilskrives som en følge av at det gjelder et selvstendighetsprinsipp for medvirkningsansvaret.

4.4 Oppsummering – I hvilken grad har vi en selvstendig modell etter gjeldende rett?

Analysen ovenfor viser hvordan det ved flere sentrale aspekter av medvirkningsansvarets systematikk gjelder en aksessorisk vurdering av medvirkerens straffansvar. Spørsmålet videre er dermed om unntakene fra selvstendighetsprinsippet gjelder i et såpass stort omfang at det er mer treffende å beskrive modellen som aksessorisk. Basert på funnene fra analysen ovenfor er det flere argumenter som taler for at det kan besvares bekreftende på spørsmålet.

For det første er den gjeldende hovedbegrunnelsen for kriminaliseringen av medvirkning basert på medvirkningshandlingens tilknytning til hovedgjerningen, herunder at medvirkningshandlingen indirekte krenker det samme retts gode som hovedgjerningen.³¹⁸ Medvirkningsansvar begrunnes således ut fra dets aksessoriske forhold til hovedgjerningen.

³¹⁶ Se punkt 3.2 ovenfor.

³¹⁷ Herlitz (1992) s. 158-159 og s. 171-172

³¹⁸ Se punkt 3.3.4 ovenfor.

Særlig i tvilstilfeller vil begrunnelsen være styrende for den konkrete rettsanvendelse, og på det viset være det som i stor grad blir bestemmende for medvirkningsansvarets yttergrenser.

For det andre vurderes de objektive straffevilkårene for medvirkeren, herunder hvorvidt det foreligger en straffbar medvirkningshandling, som et utgangspunkt aksessorisk til hovedovertredelsen.³¹⁹ Denne aksessoriteten kommer først til uttrykk ved at når en medvirkningshandling anses som fullbyrdet er tilknyttet fullbyrdelse av hovedgjerningen. Videre kommer også aksessoriteten til uttrykk gjennom kravet om at det må foreligge en ulovlig overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud som medvirkningshandlingen retter seg mot.

For det tredje er medvirkerens oppfyllelse av kravet til skyld indirekte avhengig av forhold hos hovedpersonen.³²⁰ Som følge av at den objektive handlingen danner grunnlaget for drøftelsen av skyldvilkåret, særlig som følge av dekningsprinsippet, vil det at kravet til en straffbar medvirkningshandling vurderes aksessorisk indirekte påvirke drøftelsen av skyldvilkåret. Denne indirekte virkingen er særlig synlig hvor det følger et særskilt krav til en bestemt form eller grad av skyld hos hovedpersonen for at det foreligger en «overtredelse å medvirke til». For de tilfeller vil medvirkningsansvaret være avhengig av at den formen eller graden av skyld foreligger hos hovedpersonen, slik at det for de tilfeller må foretas unntak fra den selvstendige vurderingen. For de forholdene hvor de subjektive vilkårene fortsatt drøftes selvstendig med hensyn til medvirkerens skyld er det dessuten ikke et resultat som utelukkende følger av selvstendighetsmodellen. Som følge av skyldprinsippets sentrale stilling innenfor strafferetten, ville tilsvarende resultater også ha vært tilfelle i en aksessorisk modell.³²¹

For det fjerde dersom vi sammenligner hvordan medvirkningsansvaret har blitt betegnet i andre land, faller gjeldende retts systematikk (med hensyn til hva jeg mener er gjeldende rett hvor rettsregelen er uavklart) inn under det som omtales som *en begrenset aksessorisk teori*.³²² Dette taler for at medvirkningsansvaret i realiteten er aksessorisk, selv om det i forarbeidene fortsatt holdes fast på betegnelsen selvstendig.

³¹⁹ Se punkt 4.2.5 ovenfor.

³²⁰ Se punkt 4.3.5 ovenfor.

³²¹ Se punkt 6.2.2 nedenfor hvor skyldprinsippets stilling innenfor aksessoriske modeller drøftes.

³²² Se punkt 6.2.1 og 6.2.2 nedenfor for en mer grundig presentering av de sentrale kjennetegnene for en slik aksessorisk modell, samt hvordan vår gjeldende systematikk faller inn under den modellen.

Etter mitt syn viser de fire forholdene ovenfor at *de lege lata* for medvirkningsansvarets systematikk i all hovedsak er aksessorisk. Det avgjørende for mitt syn er hvordan den objektive medvirkningshandlingen tolkes aksessorisk. Ved at det objektive i stor grad danner grunnlaget for den subjektive vurderingen, særlig med hensyn til dekningsprinsippet, vil aksessoriteten knyttet til det objektive gjennomgående påvirke medvirkningsansvarets systematikk og hvordan ansvaret tolkes i sammenheng med andre rettsregler. Analysen har belyst at selv om straffeloven av 1902 og 2005 la til grunn en selvstendig modell for medvirkningsansvaret, har anvendelsen og utviklingen av ansvaret i praksis utviklet seg til noe som mest treffende kan betegnes som en begrenset aksessorisk modell.

Bakgrunnen for avviket mellom selvstendighetsmodellens teoretiske forutsetninger og den praktiske anvendelsen av medvirkningslæren kan særlig spores tilbake til utviklingen som har funnet sted på strafferettens område ellers, og mangelen på parallell utvikling av medvirkningslæren. Det er særlig to utviklingstrekk på strafferettens område som har ledet til avvikene.

Det første trekket er innføringen av skadefølgesprinsippet som grunnvilkår for kriminaliseringen. Hvor selvstendighetsmodellen for medvirkningsansvaret var konstruert med fokus på medvirkerens selvstendige klanderverdighet som begrunnelse for medvirkning, medførte skadefølgesprinsippet en kriminalisering i en annen retning.³²³

Basert på analysen ovenfor fremstår det ikke som at de eventuelle konsekvensene som innføringen av skadefølgesprinsippet ville ha på medvirkningsansvaret ble drøftet under utarbeidelsen av strl. § 15.³²⁴ Det ble kun lagt til grunn at medvirkningsansvarets innhold skulle være en videreføring av gjeldende rett fra straffeloven av 1902. Med fokus på medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet som begrunnelse for straffansvar, var det lite fokus på medvirkningshandlingens virkninger. Da det ved innføringen av skadefølgesprinsippet ble rettet fokus mot de straffbare handlingenes virkninger på vernede rettsgoder, var dermed de rettsreglene som var begrunnet i medvirkningshandlingens selvstendige klanderverdighet ikke lengre i samsvar med kriminaliseringen etter

³²³ Se punkt 3.2 og 3.3.2 ovenfor.

³²⁴ Se punkt 3.3.2 ovenfor hvor inkonsekvensen i begrunnelsen for straffansvar for forsøk på medvirkning drøftes.

skadefølgesprinsippet.³²⁵ Den videre utviklingen av medvirkningsansvaret fortsatte dermed i en annen retning enn selvstendighetsmodellens teoretiske forutsetninger.

Det andre utviklingstrekket knytter seg til innføringen av den generelle medvirkningshjemmelen i strl. § 15 i lys av innstramningen av legalitetsprinsippet som har funnet sted i samme periode. Analysen av selvstendighetsmodellens utvikling avslørte hvordan selve gjennomføringen av Getz' selvstendighetsmodell allerede fra starten av ble ulikt fra de teoretiske forutsetningene som lå til grunn.³²⁶ Denne modifiseringen fortsatte videre på bakgrunn av Andenæs' argumentasjon, da særlig i en retning mer i samsvar med den naturlige språklige forståelsen av «medvirker». Med stort fokus på pragmatiske løsninger ble medvirkningsansvaret utvidet til å også omfatte de mer perifere medvirkningshandlingene. For å kunne begrunne straffansvar for de tilfellene ble dermed medvirkningshandlingene i større og større grad knyttet opp mot hovedgjerningen, herunder at medvirkningshandlingen ble ansett som aksessorisk til hovedgjerningen i det straffbare hendelsesforløpet.

Ved ikrafttreddelsen av straffeloven av 2005 og den generelle medvirkningshjemmelen ble det lagt til grunn at medvirkningsansvaret skulle videreføre den selvstendig modellens teoretiske forutsetninger, samtidig som ordlyden skulle gjenspeile og videreføre den gjeldende rettstilstanden.³²⁷ Derimot hadde utviklingen i rettspraksis i stor grad forlatt de teoretiske forutsetningene. Når medvirkningsansvarets aksessoriske karakteristikk ble lovfestet i selve medvirkningshjemmelen, medførte det at selvstendighetsmodellens teoretiske utgangspunkter som ble lagt til grunn i forarbeidene nå var i strid med hjemmelens ordlyd. Samtidig som følge av utviklingen i rettspraksis mot et strengere legalitetsprinsipp fra rundt 2010, ble avviket mellom de teoretiske forutsetningene og den praktiske anvendelsen enda sterkere stadfestet.³²⁸

Oppsummert er altså den gjeldende aksessoriteten et resultat av utviklingen som foregikk på strafferettens område ellers, særlig med hensyn til innføringen av skadefølgesprinsippet som grunnvilkår for kriminaliseringen og styrkingen av legalitetsprinsippets rolle på strafferettens område. Resultatet er altså at rettsreglene som fremkommer i forarbeidene til straffeloven av 2005 som legger til grunn selvstendighetsmodellens teoretiske utgangspunkter ikke lengre kan

³²⁵ Se punkt 4.2.2.3 og 4.2.4.2 ovenfor.

³²⁶ Se punkt 2.3.4 ovenfor.

³²⁷ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 197 og 410.

³²⁸ Se Frøberg (2015) s. 66. Se også punkt 1.3 ovenfor.

oppretholdes, da den gjeldende systematikken for medvirkningsansvaret i realiteten er aksessorisk.

5 I hvilken grad bør vi opprettholde den «selvstendige modellen»?

5.1 Introduksjon – implikasjoner og konsekvenser av gjeldende systematikk

Etter å ha slått fast at den selvstendige modellen i realiteten er aksessorisk, blir neste spørsmålet om den gjeldende systematikken fortsatt er hensiktsmessig og skal opprettholdes videre, eller om en det er på tide med større endringer til medvirkningsansvaret for å korrigere problematiske utviklingstrekk. For å vurdere hvorvidt systematikken er hensiktsmessig, må det vurderes hvorvidt medvirkningsansvaret som en helhet ivaretar sentrale strafferettslige hensyn og prinsipper som gjelder for kriminaliseringen av medvirkning.

Analysen ovenfor har for det første vist hvordan en aksessorisk modell for medvirkningsansvaret vil være den mest treffende betegnelsen. For det andre har det også vist hvordan en aksessorisk vurdering av vilkårene for straff ovenfor medvirkeren vil gi de rettsreglene som i størst grad samsvarer med sentrale strafferettslige prinsipper, da særlig legalitetsprinsippet og skyldprinsippet. Derimot med hensyn til selvstendighetsmodellens teoretiske forutsetninger som var lagt til grunn, samt den gradvise utviklingen mot en aksessorisk vurdering, har selvstendighetsmodellen fortsatt satt sine spor på medvirkningsansvarets innhold og omfang. Det gjelder altså fortsatt visse trekk ved gjeldende systematikk som bærer sterke preg av selvstendighetsprinsippet.

Det er særlig to trekk ved gjeldende rett hvor selvstendighetsprinsippet har satt spor. For det første hvordan gjeldende rett i stor grad anvender skjønnsmessige vurderingstema ved fastsettelsen av medvirkningsansvarets rekkevidde (punkt 5.2). For det andre hvordan gjeldende rett foretar en likestilling av medvirkerens og hovedpersonens rolle med hensyn til den straffbare handlingen (punkt 5.3).

Spørsmålet er om de sporene har ledet til trekk ved gjeldende rett som kan være problematiske dersom de utvikles videre i den samme retningen. Sagt på en annen måte; har vårt fokus på medvirkerens selvstendige klanderverdighet ved kriminaliseringen av

medvirkning ledet til problematiske trekk ved gjeldende rett? Ved å analysere det nærmere omfanget og de mulige konsekvensene som kan følge av de trekkene, skal det vurderes hvorvidt den gjeldende systematikken fortsatt er hensiktsmessig og bør opprettholdes videre.

5.2 Medvirkningsansvarets fokus på skjønnsmessige vurderingstema

Det første trekket hvor selvstendighetsprinsippet har satt sine spor er gjeldende retts åpne, konkrete og pragmatiske tilnærmingen til kriminaliseringen av medvirkning. Dette kommer særlig til uttrykk i hvordan medvirkningsansvarets omfang og rekkevidde i stor grad er basert på skjønnsmessige vurderingskriterier. En slik rettsstilstand vil være særlig problematisk med hensyn til presisjonskravet etter legalitetsprinsippet, og da særlig med hensyn til maktfordelingsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet.³²⁹

Bakgrunnen for denne utviklingen kan spores tilbake til selvstendighetsmodellens fokus på medvirkerens selvstendige klanderverdighet som begrunnelse for kriminaliseringen av medvirkning.³³⁰ Da «klanderverdighet» er et svært skjønnsmessig kriterium, vil hva som anses som klanderverdig i stor grad være basert på den enkelte rettsanvenders verdigrunnlag. Fokuset på klanderverdighet, anvendt i samsvar med medvirkningshjemmelens vage ordlyd i form av «medvirker til», medfører at det er få objektive retningslinjer som kan utledes av medvirkningshjemmelen. Særlig i samsvar med hvordan pragmatisme har blitt vektlagt som hensyn i utviklingen av medvirkningsansvarets rekkevidde, vil det kunne medføre at ansvarets rekkevidde kan avgjøres og utvides med hensyn til hva som anses som et rimelig resultat for enkelttilfellene.³³¹ Dette vil medføre en utvikling uten konkrete og forutberegnelige retningslinjer for rettsanvendelsen.

En første indikator på at medvirkningsansvaret mangler konkrete retningslinjer er hvordan kravet til medvirkende årsaksfaktor mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen har blitt formulert i rettspraksis. Om årsakskravets konkrete innhold uttales det at:

«Det er ikke mulig å angi presist hvor mye som kreves, og man kommer neppe retningslinjen nærmere enn at avgjørende synes å være om vedkommendes handling

³²⁹ Se punkt 1.3 ovenfor.

³³⁰ Se punkt 3.3.2 ovenfor.

³³¹ Se særlig punkt 2.3.4.4 ovenfor.

har en slik karakter og et slikt omfang at det finnes *naturlig* å knytte straffansvar til den.» (min kursivering).³³²

En annen indikator på at medvirkningsansvarets mangler konkrete retningslinjer er rettstilstanden for passivt medvirkningsansvar. Særlig er to nyere høyesterettsdommer illustrerende, jf. HR-2019-561-A (Stemor) og HR-2019-2205-A (Stefar). Typetilfellet i dommene var hvorvidt en steforeldre som hadde omsorg ovenfor barnet kunne bli straffet for passiv medvirkning til den andre forelderens mishandling i nære relasjoner, jf. strl. § 282. Stefar-dommen bygget videre på og presiserte rettssetningen fra Stemor-dommen.

Det rettslige utgangspunktet er at «[d]en som har omsorgsansvar for et barn, har plikt til på en eller annen måte å gripe inn overfor mishandling av barnet».³³³ Denne plikten kan videre være forsømt selv medvirkeren har foretatt visse handlinger for å motvirke mishandlingen, dersom de handlingene viser seg å være utilstrekkelige.³³⁴ Det stilles ikke krav til at handlingene faktisk forhindrer mishandlingen, men det kan være krav om at medvirkeren foretar flere alternative handlinger enn det som allerede har blitt gjort, før handleplikten anses som oppfylt. For spørsmål knyttet til når handleplikten anses som oppfylt, stadfestes det i Stefar-dommen at utgangspunktet er en skjønnsmessig totalvurdering, hvor den overordnede vurderingen er at omsorgspersonens handleplikt vil ligge «innenfor det som er rimelig å kreve av ham – i alle fall gjør noe som er *egnet* til å motvirke lovbruddet».³³⁵ Det gis deretter anvisninger på flere skjønnsmessige vurderingsmomenter, som i all hovedsak knytter seg til hvor alvorlig og grovt den enkelte dommer vurderer det faktiske forholdet.³³⁶

Rettsregelen etter Stemor- og Stefar-dommen, samt kravet til medvirkende årsaksfaktor, illustrerer hvordan fokuset på en selvstendig vurdering av medvirkeren, hvor de eneste retningslinjene er hensynet til medvirkerens selvstendige klanderverdighet, har medført rettsregler uten håndfaste retningslinjer. Medvirkningsansvarets rekkevidde vil altså kunne utvides etter skjønnsmessige kriterier som «naturlig», «rimelig» og «egnet» uten noen egentlige begrensninger. Dette er særlig problematisk med hensyn til presisjonskravet.

³³² Jf. HR-2019-1743-A (avsnitt 51).

³³³ Jf. HR-2019-2205-A (avsnitt 59).

³³⁴ Ibid (avsnitt 60).

³³⁵ Ibid (avsnitt 67-68).

³³⁶ Ibid (avsnitt 69-75).

Vilkåret etter presisjonskravet er at straffebudets kjerne må forbli det samme etter tolkningsprosessen, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas.³³⁷ Særlig vil presisjonskravet gjøre seg gjeldende som «en rettesnor ved tolkingen av rettslige standarder og andre skjønnsmessige uttrykk».³³⁸ For å nærmere presisere terskelen ved tolkning av rettslige standarder og andre skjønnsmessige uttrykk kan det henvises til Rt. 2005 s. 1628, hvor den aktuelle standarden som skulle tolkes var «støtende». Det uttales i dommen at:

«Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet [presisjonskravet] i Grunnloven § 96. Jeg er enig med lagmannsretten i at denne type straffebestemmelser må tolkes med varsomhet, ...».³³⁹

Den samme uttalelsen henvises igjen til i Rt. 2014 s. 786 (avsnitt 14), hvor det bemerkes de «betenkeligheter det i sin alminnelighet er forbundet med å benytte rettslige standarder i strafferetten». I dommens tilfelle var det innholdet i «utilbørlig» som skulle presiseres.

Selv om uttalelsene i dommene knytter seg til innholdet i konkrete straffebud, må uttalelsene ha overføringsverdi til tolkning av straffelovens alminnelige bestemmelser. Som følge av at medvirkningshjemmelen utvider personkretsen for det enkelte straffebudet, vil medvirkningslærens innhold være det som i all hovedsak er bestemmende for rekkevidden av hvert straffebud. Dersom medvirkningshjemmelen kan utvides basert på skjønnsmessige vurderingskriterier vil en konsekvens være at det enkelte straffebudets rekkevidde også kan utvides med hensyn til skjønnsmessige vurderingskriterier. Dermed vil de uklarheter og betenkeligheter knyttet til bruk av rettslige standarder for konkrete straffebud også gjelde for bruk av rettslige standarder knyttet til medvirkningslæren. Presisjonskravet vil dermed være en sentral skranke for medvirkningsansvarets omfang. Blant annet innenfor finsk strafferett er presisjonskravet særlig fremhevet i sammenheng med medvirkningslæren, med hensyn til medvirkningsansvarets sentrale rolle i henhold til straffebudenes omfang.³⁴⁰

De betenkeligheter som ble rettet mot «støtende» og «utilbørlig» kan tenkes å også være berettiget ovenfor «naturlig» for å avgjøre om det foreligger «medvirkende årsaksfaktor», og

³³⁷ Jf. HR-2019-1234-A (avsnitt 24). Se også punkt 1.3 ovenfor.

³³⁸ Frøberg (2015) s. 66.

³³⁹ Jf. Rt. 2005 s. 1628 (avsnitt 16).

³⁴⁰ Melander (2019) s. 321.

«rimelig» og «egnet» i sammenheng med handleplikten ved passivt medvirkningsansvar. Uttrykkene «naturlig», «rimelig» og «egnet» er på samme måte som «støtende» og «utilbørlig» lite definerte med hensyn til uttrykkenes ordlyd. Dette taler for at de skjønnsmessige uttrykkene anvendt i sammenheng med medvirkningsansvar også må tolkes med varsomhet.

Selv om Høyesterett slår fast i Stefar-dommen at medvirkningsansvar for stefaren ikke var i strid med presisjonskravet, ble det bemerket av førstvoterende at «det av hensyn til lovkravet [presisjonskravet] er grunn til å vise varsomhet, slik Høyesterett har understreket i flere tidligere saker».³⁴¹ Førstvoterendes bemerkning til at medvirkningshjemmelen må tolkes med varsomhet kan være en indikator på at Høyesterett selv anser grensene for medvirkningsansvaret å ha strukket seg noe langt.

Rettstilstanden for passivt medvirkningsansvar viser hvordan mangel på konkrete retningslinjer ved utviklingen av unntaksreglene har ledet til en utvikling av medvirkningsansvarets rekkevidde som i all hovedsak baserer seg på skjønnsmessige kriterier som «naturlig», «rimelig» og «egnet». Mangelen på konkrete retningslinjer har igjen medført at medvirkningsansvaret i stor grad er kasusregulert, herunder at det foreligger få generelle retningslinjer for vurderingen, slik at det vil være sakens faktum som i stor grad blir bestemmende for grensen.³⁴² Hvorvidt det foreligger ansvar blir dermed avgjort basert på faktumet i hvert konkret tilfelle.

Et slikt ansvarsgrunnlag kan risikere å bli tilnærmet grenseløs, da «klanderverdighet» ikke er en skranke som bidrar til grensesetting, men heller det motsatte i form av utvidelse. Hensynet til klanderverdighet vil alltid kunne tale for at ansvarets rekkevidde utvides hvor medvirkerens handling anses som klanderverdig, men hvor det med hensyn til hjemmelen eller bevisbildet ikke er grunnlag for straff.

³⁴¹ Jf. HR-2019-2205-A (avsnitt 55).

³⁴² Det henvises særlig til hvordan medvirkning ofte er behandlet og presentert i juridisk litteratur, herunder en fremstilling etter kasus. Se Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie, *Lov, sannhet, rett : Norges høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 521-532 hvor innholdet og vurderingskriteriene for passiv medvirkning er definert etter kasus. Se også Grønning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 338-350 hvor innholdet og de ulike vurderingskriteriene er presentert etter kasus.

Med eksempelvis Stemor- og Stefar-dommens typetilfelle, hvor fornærmede er et barn i tiltaltes omsorg, vil hensynet til barnet alltid tale for at passivitet er klanderverdig og kunne begrunne at ansvaret utvides slik at resultatet blir «rimelig» etter de konkrete dommernes vurderinger. For Stemor-dommens tilfelle ble det dissens 3-2 om den konkrete subsumsjonen. Førstvoterende i dommen mente at «sakens spesielle forhistorie og de tiltakene som var satt inn overfor hjemmet for å hindre videre mishandling» tilsa at stemorens passivitet var å anse som medvirkning til mishandling.³⁴³ Mens annenvoterende var av den oppfatningen at «avstanden mellom det omsorgspersonen kan klandres for og hovedgjerningen» var slik at tiltalte ikke kunne straffes for medvirkning.³⁴⁴ Resultatet i Stemor-dommen var altså avhengig av den enkelte dommerens syn på de konkrete forholdene i faktum.

Hvis det ikke fastsettes konkrete begrensninger til medvirkningsansvaret, vil den vide ordlyden som følger av «medvirker til» i verste fall kunne misbrukes som et allsidig hjemmelsgrunnlag i form av en vidtgående straffe adgang. Dette vil for det første være lite forutberegnelig for den enkelte borger, som ikke vil kunne forutse sin rettsstilling med hensyn til den enkelte dommers verdigrunnlag. Dette kan for det andre medføre et institusjonelt problem ved at maktfordelingen mellom lovgivende og dømmende makt blir forskjøvet, herunder ved at det vil være domstolen som i hovedsak bestemmer hva som anses som straffbart. Denne potensielle problematiske utviklingen med hensyn til medvirkningsansvarets rekkevidde vil tale for at gjeldende systematikk ikke lengre er hensiktsmessig, da det gir adgang for vidtrekkende kriminalisering av medvirkning uten konkrete retningslinjer.

5.3 Medvirkningsansvarets likestilling av medvirker og hovedperson med hensyn til den straffbare handlingen

Det andre trekket hvor selvstendighetsprinsippet fortsatt i stor grad er styrende er hvordan gjeldende rett likestiller medvirker og hovedperson ved fastsettelse av den enkelte deltakers rolle ved den straffbare handlingen. En slik likestilling av medvirker og hovedperson kan derimot være problematisk med hensyn den alminnelige rettsoppfatningen og skyldprinsippet.

³⁴³ Jf. HR-2019-561-A (avsnitt 31).

³⁴⁴ Ibid (avsnitt 43).

Likestillingen av medvirker og hovedperson kommer særlig til uttrykk ved domstolsbehandlingen av skyldspørsmålet knyttet til medvirkningsansvaret.³⁴⁵ Det gjelder som sikker rett at det ved vurderingen av skyldspørsmålet ikke er nødvendig å skille mellom hvorvidt den enkelte deltaker anses som medvirker eller hovedperson.³⁴⁶ Det er kun ved straffespørsmålet at de ulike deltakernes grad av involvering i det straffbare hendelsesforløpet kan påvirke den enkeltes straff, jf. strl. § 80 (1) bokstav c. Hvor spørsmålet om det foreligger medvirkningsansvar er tvilsomt, vil det fremkomme av selve drøftelsen hvorvidt den enkelte straffes for medvirkning eller direkte overtredelse. Derimot for handlinger som er mindre vesentlige til overtredelsen, men som er omfattet av *både* gjerningsbeskrivelsen i straffebudet og medvirkningshjemmelen, vil det være mer uklart hvorvidt handlingen anses som en medvirkningshandling eller en direkte overtredelse.

Som følge av at medvirkningshandlingen ikke er begrenset til konkrete typer handlinger, men omfatter alle handlinger som har vært en «medvirkende årsaksfaktor» til overtredelsen, vil det kunne oppstå tilfeller hvor medvirkningshandlingen omfattes av ordlyden i både strl. § 15 og det aktuelle straffebudet. Et slikt tilfelle kan illustreres med Rt. 2006 s. 111, hvor spørsmålet var om de to tiltalte kunne straffes for grov menneskehandel til prostitusjonsformål.³⁴⁷ Det var flere involverte i virksomheten, og rollefordelingen mellom de involverte var at:

«En person sto for det vesentlige av kontaktene med potensielle nye prostituerte i Estland, A organiserte mottaket og oppholdet i Trondheim, en tredje betjente «sentralbordet» og formidlet kontakt med kundene, og B innlosjerte de seks kvinnene i sin leilighet, der de også i stor grad mottok kundene. Både A og B var engasjert i annonseringen av tjenestene.».³⁴⁸

Et av spørsmålene var om B kunne straffes for medvirkning til overtredelsen, når han kun hadde bidratt med å huse de prostituerte kvinnene og var engasjert i annonseringen av

³⁴⁵ Det siktes her til hvordan behandlingen av rettsspørsmål er fordelt under domstolsbehandlingen. Under *skyldspørsmålet* tas det stilling til sakens realitet, herunder om tiltalte oppfyller vilkårene for straff. Under *straffespørsmålet* tas det stilling til hvilken reaksjon som skal ilegges for overtredelsen. Se Johs Andenæs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. utg., Oslo 2009, s. 137.

³⁴⁶ NOU 1992: 23 s. 79, Matningsdal (2015b) s. 123 og Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 324.

³⁴⁷ Se også Rt. 1954 s. 653 og Rt. 1970 s. 914 hvor typiske medvirkningshandlingar tolkes til å være omfattet gjerningsbeskrivelsen til hovedovertredelsen.

³⁴⁸ Rt. 2006 s. 111 (avsnitt 37).

tjenestene. Høyesterett uttalte at det var riktig rettsanvendelse når lagmannsretten hadde lagt til grunn at:

«Det er dessuten uten betydning for skyldspørsmålet om man rubriserer gjerningsmannen som hovedmann eller medvirker. Loven likestiller disse. Loven sier uttrykkelig at den som legger til rette for utnyttelse eller på annen måte medvirker til utnyttelse straffes på samme måte som den vi kan kalle hovedmann.».³⁴⁹

Uttalelsen fra dommen viser hvordan rettspraksis ikke skilte mellom medvirker eller hovedperson basert på hvor vesentlig deres deltakelse var til overtredelsen. B's rolle ved å la prostitusjonen skje fra hans leilighet var tilstrekkelig til å oppfylle gjerningsbeskrivelsen, selv om B's rolle var mindre vesentlig enn A's rolle i det straffbare.

Selv om et tydelig skille ikke er av praktisk betydning for vurderingen av skyldspørsmålet, kan det imidlertid være av betydning ved andre aspekter. For både tiltalte og fornærmede vil det være av betydning hvorvidt tiltalte dømmes som hovedperson eller medvirker. Den alminnelige oppfatningen er at hovedpersonen som et utgangspunkt, men ikke alltid, er mer å klandre for det straffbare enn medvirkeren, da medvirkeren ofte antas å bare ha hatt en perifer rolle.³⁵⁰ Ordlyden av «medvirker», herunder at handlingen har «virket til» overtredelsen, taler også for at medvirkeren hadde en mindre vesentlig rolle enn hovedpersonen. Borgernes rettsoppfatning og tillitt til rettssystemet vil kunne bli påvirket av hvorvidt de anser en dom for å være representativ for det straffbare forholdet som har skjedd.

Et viktig punkt knyttet til borgerens alminnelige rettsoppfatning vil blant annet være at den skyldige får en rettmessig straff for sin straffbare handling. Denne tankegangen kan tenkes å ha likhetstrekk til hensynene bak læren om konkurrans, herunder identifiseringen av hvilke og hvor mange straffbare handlinger gjerningspersonen er skyldig i.³⁵¹ I sammenheng med konkurrans legger Gröning, Husabø og Jacobsen frem et viktig poeng, at «[m]ed utgangspunkt i skyldprinsippet skal straffedommen tildele forbryteren den riktige klander for det som er gjort – verken mer eller mindre».³⁵² Dette aspektet av skyldprinsippet vil også gjøre seg gjeldende ellers, slik at det vil være like viktig at den enkelte deltaker får tildelt den rette

³⁴⁹ Ibid (avsnitt 38).

³⁵⁰ NOU 1992: 23 s. 74. Se også punkt 2.4 ovenfor.

³⁵¹ Gröning, Jacobsen og Husabø (2016) s. 569-570.

³⁵² Ibid s. 572.

klanderer for sin handling som enten medvirker eller hovedperson. Innen blant annet finsk medvirkningslære anses det å skille mellom ulike former for medvirkning som et direkte krav som følge av skyldprinsippet, da den enkelte deltaker skal *kun* straffes for det de kan klandres for.³⁵³

Bakgrunnen for gjeldende retts spenningsforhold til skyldprinsippet kan spores tilbake til Getz' ekstensive medvirkerbegrep, herunder at det ikke skulle skilles mellom medvirker og hovedperson blant deltakerne til gjennomføringen av den straffbare handlingen.³⁵⁴ Det medførte at det ikke var nødvendig å ta stilling til om den ene deltaker var å anse som hovedperson eller medvirker under skyldspørsmålet. Hvor straffebudet hadde et medvirkningstillegg var medvirker og hovedperson uansett regulert i den samme bestemmelsen, slik at det var av ingen praktisk betydning å skille mellom dem. Da skillet var av mer teoretisk betydning, var det ikke noe som Høyesterett tok eksplisitt stilling til under straffeloven av 1902. Under straffeloven av 1902 fremstår det dermed som noe vilkårlig hvorvidt den enkelte deltaker ble betegnet som medvirker eller hovedperson når deltakerens handling var omfattet av gjerningsbeskrivelsen, men hvor andre deltakere hadde en mer vesentlig rolle i det straffbare hendelsesforløpet.

Et klart skille mellom medvirker og hovedperson fremstår imidlertid som en naturlig følge av hvordan medvirkningsansvaret er regulert i straffeloven av 2005. I strl. § 15 nevnes medvirkningshandling og hovedovertredelse som to adskilte handlinger, med hensyn til hvordan medvirkningshandlingen er negativt definert ut fra hovedovertredelsen.³⁵⁵ Ansvarsgrunnlagene for medvirkningsansvar og for overtredelse av selve straffebudet følger videre på det rene av ulike hjemmelsgrunnlag. Når ansvarsgrunnlaget følger av ulike hjemler, fremstår det som en naturlig del av skyldspørsmålet å vurdere hvilket grunnlag som hjemler straffansvar for det konkrete tilfelle.

På den andre siden vil et argument for å fortsette med en slik likestilling under domstolens vurdering av skyldspørsmålet være med hensyn til effektiv straffeforfølgning. Dersom det ikke må bevises konkret hvilken rolle den enkelte deltaker hadde i hendelsesforløpet, men kun bevises at deltakeren har stått i et medvirkende årsaksforhold til at det straffbare resultatet

³⁵³ Melander (2019) s. 320.

³⁵⁴ Se punkt 2.3.2 ovenfor.

³⁵⁵ Se punkt 2.4 ovenfor.

oppstod, stilles det dermed mindre krav til *hvor spesifikke bevisene må være*. Som eksempel kan det henvises til LE-2001-666 (Orderud), hvor alle deltakerne ble dømt for medvirkning til drap, da det ikke var bevismessig grunnlag til å anse noen enkeltperson som hovedpersonen. Et slikt resultat hadde ikke vært mulig dersom det måtte fremmes konkrete beviser for å påvise at én konkret person var hovedpersonen. Dette vil tale for en fortsatt likestilling.

Etter mitt syn må hensynet til skyldprinsippet få avgjørende vekt for at det skilles mellom medvirker og hovedperson, også under skyldspørsmålet. Et klart skille mellom medvirker og hovedperson vil etter mitt syn, i motsetning til Getz' forutsetninger, gjenspeile den enkelte deltakers klanderverdighet på en mer treffende måte. Samtidig vil resultatet være mer i samsvar med den alminnelige oppfatningen om en «medvirker» sin rolle i det straffbare. Det at en mer aksessorisk vurdering av medvirker og hovedperson bidrar til resultater som er mer i samsvar med skyldprinsippet og den alminnelige rettsoppfatningen taler etter mitt syn for at likestillingen mellom medvirker og hovedperson etter gjeldende rett ikke skal opprettholdes.

5.4 Oppsummering – veien videre

Analysen av medvirkningsansvarets forhold til presisjonskravet og skyldprinsippet viser hvordan selvstendighetsmodellen har ledet til problematiske trekk ved gjeldende rett, som kan igjen medføre problematiske konsekvenser dersom utviklingen fortsettes i samme retning. De to trekkene taler etter mitt syn for at det må foretas endringer til den gjeldende systematikken, for å avhjelpe de uheldige konsekvensene som fokuset på medvirkernes selvstendige klanderverdighet har medført. Det må således foretas et oppgjør med den gjeldende strukturen og utformingen for å korrigere medvirkningsansvarets innhold og omfang i en retning som samsvarer bedre med både legalitetsprinsippet og skyldprinsippet.

6 En alternativ systematikk for medvirkningsansvaret

6.1 Introduksjon – en «moderne» aksessorisk modell

Analysen i kapittel 4 har vist at *de lege lata* for medvirkningsansvaret følger en aksessorisk vurdering. Videre har analysen i kapittel 5 vist at vi ikke bør opprettholde den gjeldende modellen, da vårt tidligere fokus på medvirkerens selvstendige klanderverdighet har ledet til trekk ved gjeldende rett som kan ha problematiske konsekvenser dersom utviklingen fortsetter i samme retning videre. Det som må vurderes videre er hvordan de problematiske konsekvensene skal imøtekommes, herunder hvilke endringer som må foretas for å oppnå en

mest mulig koherent og forutberegnelig systematikk for medvirkningsansvaret. Det må foretas en vurdering av *de lege ferenda*.

Selv om medvirkningsansvarets materielle innhold i all hovedsak allerede drøftes aksessorisk, har fortsatt det strukturelle og den konkrete utforming sterke spor av den selvstendige modellen. Spørsmålet videre er dermed om de problematiske konsekvensene som den selvstendige modellen har medført kan avhjelpes dersom medvirkningsansvaret gjennomgående anvender en aksessorisk struktur. Sagt på en annen måte; vil endringer til medvirkningsansvarets struktur og utforming i retning en aksessorisk modell kunne bidra til resultater som er i koherens og i samsvar med hverandre, slik at rettstilstanden fremstår som tilstrekkelig forutberegnelig.

I den sammenheng vil det være nyttig å se nærmere på hvordan et «moderne» aksessorisk system regulerer medvirkningsansvaret, som inspirasjon for alternativ struktur og utforming. En fordel med å se på et mer moderne aksessorisk system, i motsetning til det «gamle» aksessoriske systemet etter kriminalloven, er at de nyere systemene vil ha tatt hensyn til utviklingen rundt de nye formene for kriminelle handlinger som følge av samfunnsutviklingen. Et slikt system vil være lettere å tilpasse til gjeldende norsk strafferett. Som analyseobjekt for å konstruere den «moderne» aksessoriske modellen er det tatt utgangspunkt i svensk og fransk rett. Begge landene opererer med såkalt «begrenset aksessoritet», som innebærer at hovedpersonen ikke må kunne straffes for at medvirkeren kan straffes, men det forutsetter at visse objektive handlinger må ha blitt foretatt av hovedpersonen for at det skal kunne foreligge medvirkningsansvar.³⁵⁶

I den videre fremstillingen vil fokuset være på den aksessoriske modellens overordnede struktur (punkt 6.2.1) og hvordan medvirkerens forhold til hovedpersonen er regulert (punkt 6.2.2). Det skal ikke foretas en inngående analyse av hvordan de konkrete vilkårene for medvirkningsansvar drøftes i den aksessoriske modellen, da det vil være en for omfattende framstilling for avhandlingens rammer. Under fremstillingen av den aksessoriske modellen foretas det fortløpende sammenligninger av forskjeller og likheter mellom vår gjeldende modell (herunder de løsninger som etter mitt syn bør være gjeldende rett) og den aksessoriske modellen. Etter fremstillingen skal jeg avslutningsvis besvare spørsmålet om vi bør

³⁵⁶ Herlitz (1992) s. 77-78

gjennomgående, herunder med hensyn til struktur og den konkrete utformingen av medvirkningslæren, operere med en begrenset aksessorisk modell (punkt 6.3).

6.2 Den begrensede aksessoriske modellen

6.2.1 Kategoriseringen av medvirkere

I den begrensede aksessoriske modellen er medvirkning regulert i en generell hjemmel, som igjen kategoriserer de ulike deltakerne til den straffbare handlingen etter hvilken type tilknytning, med hensyn til grad av nærhet, de har til hovedgjerningen.³⁵⁷

Den første kategorien er «medgjerningspersoner». Dette er deltakere som sammen med hovedpersonen også oppfyller gjerningsbeskrivelsen,³⁵⁸ herunder de tilfellene som omtales som «samvirke» innenfor norsk rett.

Den andre kategorien er «anstifter», som omfatter de som har forledet en annen til å foreta en straffbar handling. For denne kategorien er kjernen at det var anstifteren som initierte til overtredelsen, og som følgelig var den egentlige årsaken til at det straffbare ble foretatt, men hvor handlingen ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen.³⁵⁹

Den tredje kategorien er «middelbare gjerningspersoner», som er de deltakere som utnytter en annen person som middel for å begå den straffbare handlingen.³⁶⁰ Typen straffbar handling som foretas av anstifteren og den middelbare gjerningsmannen er den samme, hvor forskjellen mellom kategoriene knytter seg til den umiddelbare gjerningspersonen som overtrer den objektive gjerningsbeskrivelsen. For kategorien middelbare gjerningsperson vil ikke den umiddelbare gjerningspersonen kunne straffes, eksempelvis som følge av utilregnelig, i motsetning til ansvar for anstifter hvor alle deltakere kan straffes.³⁶¹ Denne inndelingen mellom anstifter og middelbar gjerningsperson har likheter til kategoriene med de

³⁵⁷ Se kommentar til Brottsbalk, 21. desember 1962, SFS 1962:700 (heretter forkortet BrB) 23 kap. 4 § (heretter 23:4) for kategoriseringen innen svensk rett og se Elliott (2001) s. 84-85 for kategoriseringen innen fransk rett.

³⁵⁸ Jf. kommentar til BrB 23:4 § 2 st. og Petter Asp, Magnus Ulväng og Nils Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2., omarb. oppl., Uppsala 2013, s. 432-433.

³⁵⁹ Jf. kommentar til BrB 23:4 § 2 st. og Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e éd., Paris 2016, s. 741.

³⁶⁰ Jf. kommentar til BrB 23:4 § 2 st. og Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 435.

³⁶¹ Jf. kommentar til BrB 23:4 § 2 st.

samme betegnelsene under kriminalloven av 1842.³⁶² Den inndelingen ble forlatt ved straffeloven av 1902, da de tilfellene skulle være omfattet av medvirkningstillegget.

Den siste kategorien, som er den mest omfattende, er «medhjelpere».³⁶³ For denne kategorien omfattes alle deltakere som har virket til hovedgjerningen på konkrete måter. Denne kategorien sammenfaller i stor grad med vårt «medvirker»-begrep. Felles for både svensk og fransk rett er at det i medhjelperhjemmelen er nærmere opplistet hvilken type handlinger som anses som straffbare medhjelpshandlinger. For svensk rett omfattes den som ved «råd eller dåd» har «främjat» en gjerning.³⁶⁴ Innenfor fransk rett omfattes medvirkning i form av «l'aide et l'assistance» (hjelp og assistanse) eller «la provocation et les instructions» (provokasjon og instruksjon).³⁶⁵ Et fellestrekk med begge ordlydene er at det krever en mer aktiv rolle fra medhjelperens side. De faktiske typetilfellene som omfattes er i stor grad sammenfallende med de norske kategoriene for fysisk og psykisk medvirkning, herunder alle typer handlinger som letter på utførelsen av hovedgjerningen eller som styrker hovedpersonens forsett.³⁶⁶

Det at medvirkningshjemmelen stiller krav til en mer aktiv rolle fra medhjelperen medfører at verken svensk eller fransk rett opererer med en egen kategori for passiv medvirkning. Innenfor svensk rett stiller særlig kravet til at medhjelpshandlingen har «främjat» en gjerning et krav til en positiv handling. En handling som verken har hatt en fysisk eller psykisk betydning for utførelsen av hovedgjerningen anses dermed *ikke* å ha «främjat» hovedgjerningen.³⁶⁷ En passiv handling som er altfor ubetydelig til å ha kunne styrke hovedpersonens forsett kan dermed som et utgangspunkt ikke straffes. Derimot vil en særskilt tilknytning mellom hovedperson og medvirker kunne medføre at terskelen mellom det å være passivt til overtredelsen og det å styrke hovedperson forsett gjennom tilstedeværelse blir lavere.³⁶⁸ Innenfor fransk rett fremstår terskelen for at passivitet anses som psykisk medvirkning å være noe lavere enn svensk rett, slik at resultatet sammenfaller i større grad med passivt medvirkningsansvar innenfor norsk rett.³⁶⁹

³⁶² Se punkt 2.2.2 ovenfor.

³⁶³ Jf. kommentar til BrB 23:4 § 1 st. og Dreyer (2016) s. 774.

³⁶⁴ Jf. BrB: 23:4 § 1 st.

³⁶⁵ Jf. Code pénal Version consolidée au 25 mars 2020 article 121-7.

³⁶⁶ Se Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 437-438 for svensk rett og Elliott (2001) s. 87-88 for fransk rett.

³⁶⁷ Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s.s. 438-439.

³⁶⁸ Ibid s. 439.

³⁶⁹ Elliott (2001) s. 87-88.

Sammenfattet fremstår omfanget av medhjelper-ansvaret å være noe mer snevert enn det norske medvirkningsansvaret, som følge av at medhjelperhjemmelen opererer med en ordlyd som krever mer aktive handlinger enn «medvirker til». Under den aksessoriske modellen fremstår medhjelperansvarets yttergrenser å sammenfalle med de tilfellene innenfor norsk rett som anses som psykisk medvirkning i form av solidarisering, herunder at medvirkeren gjennom tilstedeværelse til hovedgjerningen har solidarisert seg med hovedpersonen og således styrket hovedpersonens forsett.³⁷⁰ Sammenlignet med det norske medvirkningsansvaret, hvor yttergrensen er passivt medvirkningsansvar, vil en begrenset aksessorisk modell som et utgangspunkt ha et mer snevert omfang for medvirkningsansvaret.

6.2.2 Hvordan medvirkningsansvaret drøftes med hensyn til forhold hos hovedpersonen

For straffansvar for «medhjelpere» er et sentralt element kravet til et «medvirkningsobjekt». Kravet er en konstruksjon begrunnet i den naturlige fortolkningen av medvirkning, som er at medvirkningshandlingen retter seg mot «noe».³⁷¹ Det innebærer at medvirkerens ansvar er aksessorisk, herunder at det er avhengig av eksistensen av et medvirkningsobjekt. Hvilke krav som stilles til medvirkningsobjektet vil da variere etter hvor sterk grad av aksessoritet som gjelder for det konkrete rettssystemet.

I en begrenset aksessorisk modell er medvirkningsobjektet en objektiv ulovlig handling. Det stilles altså ikke krav til at medvirkningsobjektet må være en handling som hovedpersonen faktisk straffes for, men kun at handlingen må være ulovlig ved at den omfattes av et straffebud. Etter mitt syn fremstår det ikke som at den selvstendige modellen opererer med et medvirkningsobjekt, da medvirkeren skal vurderes selvstendig opp mot gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

Medvirkningsobjektet er videre avgrenset til å kun omfatte omstendigheter av objektiv betydning, slik at medvirkningsansvaret ikke påvirkes av alle forholdene hos hovedpersonen. Omstendigheter av subjektiv betydning, altså forhold knyttet til hovedpersonen personlig, omfattes ikke.³⁷² Det vil si at medvirkerens ansvar ikke påvirkes av personlige forutsetninger

³⁷⁰ Jf. blant annet Rt. 1947 s. 742, Rt. 1998 s. 1679, Rt. 2001 s. 1671, Rt. 2004 s. 1392, Rt. 2006 s. 964, Rt. 2012 s. 856 og HR-2018-387-U.

³⁷¹ Herlitz (1992) s. 52-53. Se også punkt 2.4 ovenfor.

³⁷² Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 437 og Dreyer (2016) s. 791.

hos hovedpersonen. På det punktet er medvirkningsansvaret selvstendig. Dette skille om at visse vilkår drøftes aksessorisk, mens andre vilkår drøftes selvstendig, er eksplisitt anerkjent i forarbeidene til den svenske straffeloven.³⁷³ Det anerkjennes at dersom medvirkningsansvar skal kunne oppstå *må* det ha oppstått en ulovlig handling, som igjen vil *kunne bero på en annens handling*.³⁷⁴

Med omstendigheter av objektiv betydning omfattes som et utgangspunkt forhold knyttet til den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Innenfor svensk strafferett vil det omfatte den objektive handlingen som ble foretatt av hovedpersonen, straffrihetsgrunner og forlengede forsettskrav som oppstilles av det enkelte straffebudet.³⁷⁵ En slik avgrensning av medvirkningsobjektet vil medføre resultater som i stor grad samsvarer med det som etter mitt syn bør være gjeldende rett for norsk medvirkningsansvar.

For det første vil kravet om at det må være foretatt en ulovlig objektiv handling medføre at det ikke kan straffes for forsøk på medvirkning hvor hovedpersonen ikke har forlatt det straffrie forberedelsesstadiet. For de tilfeller har medvirkningen vært utjenlig og det har ikke resultert i en ulovlig handling. Det foreligger dermed ikke et medvirkningsobjekt å medvirke til. For de typetilfellene er imidlertid løsningen innenfor både svensk og fransk rett å straffe den enkelte deltakers utjenlige handling som straffbar konspirasjon.³⁷⁶ Innenfor svensk rett er dessuten konspirasjon omfattet som i straffelovens generelle del, slik at det kan straffes for konspirasjon til ethvert lovbrudd.³⁷⁷ For de tilfeller vil den utjenlige medvirkningshandlingen være konkret begrunnet og knyttet opp mot et vernet retts gode.

Sammenlignet med selvstendighetsmodellens utgangspunkt, som legger opp til straffansvar for utjenlige forsøk på medvirkning, vil det å knytte den straffbare medvirkningshandling opp mot konspirasjon allerede bidra med tydeligere objektive retningslinjer.³⁷⁸ De objektive retningslinjene som følger av straffansvar for konspirasjon vil kunne bidra til å fastsette hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig nærliggende tilknytning mellom

³⁷³ SOU 1944:69 *Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten*, s. 95.

³⁷⁴ *Ibid* og Herlitz (1992) s. 170

³⁷⁵ Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 436-437.

³⁷⁶ Herlitz (1992) s. 176-177 og Elliott (2001) s. 86.

³⁷⁷ Jf. BrB 23:2 § 2.

³⁷⁸ Sml. med punkt 4.2.2.3 ovenfor.

medvirkningshandlingen og den potensielle krenkelsen av rettsgodet, som vil kunne forsikre om at straffansvar vil være begrunnet i et legitimt formål.

For det andre vil det heller ikke foreligge et medvirkningsobjekt hvor en hovedgjerning likevel anses som lovlig som følge av en straffrihetsgrunn. For de tilfeller kan ikke vedkommende idømmes ansvar som «medvirker», men vil i visse tilfeller heller kunne bli straffet som «anstifter». Det stilles derimot krav til at anstifteren har «forledet» til at den «egentlig» straffbare handlingen ble foretatt. En slik løsnings samsvarer i stor grad med hvordan gjeldende rett etter min oppfatning bør være.³⁷⁹

En slik kategorisering vil videre ha et mer snevert anvendelsesområde enn den selvstendige modellens utgangspunkter. Hvor den selvstendige modellen legger til grunn at medvirkeren alltid vil kunne bli straffet selv om hovedgjerningen likevel anses som lovlig, vil medvirkeren *kun* kunne bli straffet under den aksessoriske modellen hvis medvirkeren er å anse som en «anstifter». En fordel med en egen kategori for «anstiftere» er at kategorien ikke vil få generell anvendelse på alle tilfeller hovedpersonen av ulike årsaker ikke kan straffes. Ansvarets omfang blir presisert, herunder ved at det stiller særskilte krav til at deltakeren har vært initierende til den opprinnelig straffbare handlingen. For slike tilfeller vil også anstifteren handling ha vært et forsøk på å krenke et rettsgode, selv om krenkelsen blir rettfærdiggjort av andre tungtveiende hensyn. Anstifterens ansvar vil dermed alltid være begrunnet i et legitimt formål, i motsetning til selvstendighetsmodellen hvor det kunne idømmes medvirkningsansvar uten at det forelå en krenkelse av et vernet rettsgode.

For det tredje som følge av at det forlengede forsettskravet anses som en del av medvirkningsobjektet, vil det heller ikke kunne medvirke til et straffebed som oppstiller et forlenget forsettskrav dersom hovedpersonen ikke oppfyller det kravet.³⁸⁰ En slik løsning samsvarer til en viss grad med det jeg mener bør være gjeldende rett, herunder at det ikke kan foreligge fullbyrdet medvirkning til en hovedgjerning som ikke eksisterer.³⁸¹ Etter den aksessoriske modellen vil det imidlertid ikke kunne idømmes straffansvar for forsøk på medvirkning basert på medvirkerens oppfyllelse av det forlengede forsettskravet, som vil kunne foreligge etter den selvstendige modellen.

³⁷⁹ Sml. med punkt 4.2.4.2 ovenfor.

³⁸⁰ Asp, Ulvång og Jareborg (2013) s. 436-437.

³⁸¹ Se punkt 4.3.2.4 ii. ovenfor.

Medvirkningsobjektet er videre avgrenset mot omstendigheter av subjektiv betydning, som i all hovedsak knytter seg til forhold vedrørende hovedpersonens skyld. En slik avgrensning er eksplisitt presisert innenfor både svensk og fransk rett, jf. henholdsvis BrB 23:4 § 3 st. og Code pénal article 121-1. Bestemmelsen stadfester skyldprinsippet ovenfor medvirkeren og slår fast at hver deltaker skal bedømmes etter den enkeltes skyld, herunder at en person ikke skal bli straffet for en annens handling. For de tilfellene hvor det foreligger forhold av subjektiv betydning som medfører at hovedpersonen ikke kan straffes, leder det altså kun til frifinnelse for den enkelte som omfattes av de forholdene.³⁸²

Dette skillet i form av en aksessorisk vurdering på det objektive og en selvstendig vurdering på det subjektive medfører at medvirkningsobjektet danner den ytre rammen for omfanget av medvirkningsansvaret. Det kan altså kun medvirkes til den faktiske ulovlige handlingen som ble foretatt.³⁸³ Et eksempel er at A fyrer av et skudd fra en pistol mot B og dreper B. For det tilfelle vil A's handling oppfylle gjerningsbeskrivelsen i flere straffebud, herunder drap (§ 275), uaktsom forvoldelse av død (§ 281), grov kroppsskade med død til følge (§ 274 (1)) og grov kroppskrenkelse med død til følge (§ 272 (1)). Den ytre rammen for medvirkningsansvaret vil altså være de straffebudene som handlingen objektivt sett faller innenfor. Gitt at det var C som hadde gitt pistolen til A, vil C's medvirkningsansvar være avhengig av hvilken grad av skyld C hadde i henhold til det potensielle straffbare som kunne oppstå som følge av C's medvirkningshandling.³⁸⁴

Når det kommer til vurderingen av skyldvilkåret ovenfor medvirker er det store likheter mellom den begrensede aksessoriske modellen og den selvstendige modellen. Dette følger særlig av skyldprinsippet sentrale stilling innenfor strafferetten, herunder at den enkelte straffansvar begrenses til det den enkelte kan klandres for.³⁸⁵ For de tilfeller hvor hovedpersonen har utvist et større omfang og en sterkere grad av skyld enn medvirkeren vil dermed en aksessorisk modell ikke medføre noen endringer til resultatet.

For det motsatte tilfelle, herunder hvor medvirkeren har utvist et større omfang og en sterkere grad av skyld enn hovedpersonen, vil straffansvar igjen være definert og begrenset av medvirkerens egen skyld. Hvor en objektiv ulovlig handling kan subsumeres under flere

³⁸² Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 443 og Dreyer (2016) s. 791.

³⁸³ Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 436.

³⁸⁴ Herlitz (1992) s. 181-182 og Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 436.

³⁸⁵ Se punkt 3.2 ovenfor.

straffebud, vil medvirkeren bli straffet for det mest alvorlige aktuelle straffebudet som medvirkerens skyld dekker, jf. eksempelet ovenfor. Hvor (min tolkning av) gjeldende rett tilsier at medvirkeren kan straffes for fullbyrdet medvirkning til hovedovertredelsen og forsøk på medvirkning til medvirkerens subjektive overskudd, vil medvirkeren etter den aksessoriske modellen kun bli straffet for fullbyrdet medvirkning til det mest alvorlige straffebudet som medvirkerens skyld omfatter.³⁸⁶ Under den aksessoriske modellen vil hovedpersonens straffansvar reflektere det retts gode som faktisk ble krenket, mens medvirkeren straffansvar vil reflektere det som medvirkeren hadde skyld om å krenke. På det viset vil en resultatet etter den aksessoriske modellen fortsatt reflektere de aktuelle krenkede retts godene.

Ved vurderingen av medvirkningsansvar hvor hovedpersonen er utilregnelig vil medvirkeren fortsatt kunne straffes etter den aksessoriske modellen, da som en «middelbar gjerningsperson».³⁸⁷ Da utilregnelighet hos hovedpersonen uansett anses som et forhold av subjektiv betydning som kun påvirker hovedpersonen, vil medvirkeren således ikke bli påvirket av at hovedpersonen ikke kan straffes på grunn av personlige forutsetninger.

6.3 Oppsummering – I hvilken grad bør vi gjennomgående operere med en begrenset aksessorisk modell?

Basert på det korte henblikket til den begrensede aksessoriske modellen innenfor fransk og svensk rett, fremstår det som at den modellen vil kunne avhjelpe flere av de problematiske trekkene ved gjeldende rett.

Som drøftelsen ovenfor belyste, sammenfaller det materielle innholdet av den begrensede aksessoriske modellen i stor grad med innholdet i vår gjeldende modell. Samtidig medfører den begrensede modellens krav til et medvirkningsobjekt en mer logisk og intuitiv tolkning av «medvirker»-begrepet, herunder at det angår en straffbar handling som retter seg mot en hovedhandling. Den ene forskjellen som den begrensede modellen vil medføre for gjeldende rett er omfanget av det passive medvirkningsansvaret.

Dette er imidlertid ikke en uhensiktsmessig endring. Som analysen ovenfor har vist, er en problematisk konsekvens av vårt tidligere fokus på medvirkerens selvstendige

³⁸⁶ Sml. med punkt 4.3.5 ovenfor.

³⁸⁷ Asp, Ulväng og Jareborg (2013) s. 435.

klanderverdighet at medvirkningsansvaret mangler objektive retningslinjer, slik at ansvarets rekkevidde og grense i stor grad defineres ut fra skjønnsmessige vurderingskriterier.³⁸⁸ Med hensyn til at gjeldende rettstilstand for passiv medvirkning står i et spenningsforhold til presisjonskravet, kan en innstramming av ansvarets rekkevidde være hensiktsmessig.

I den sammenheng fremstår den begrensede modellens kategorisering av deltakere etter type medvirkningshandling til å gi en mer presis medvirkningshjemmel. Hjemmelen vil da ikke omfatte alle typer handlinger som har en virkning på hovedgjerningen, da det stilles større krav til en positiv handling. Det fremkommer dermed tydeligere av hjemmelsgrunnlaget hvilken type handlinger som er straffbare, slik at det vil være mer forutberegnelig for den enkelte borger hva som anses som en straffbar medvirkningshandling. En slik kategorisering, samt innstramminger til omfanget av passivt medvirkningsansvar, vil tilsi en medvirkningshjemmel som samsvarer bedre med de retningslinjene som følger av presisjonskravet.

På den andre siden vil en ulempe være at rettsanvender er mer begrenset ved tolkningen av medvirkningsansvar i det enkelte tilfellet. En kategorisering og definering av medvirkningshandlingene vil være mer snever enn en naturlig språklig forståelse av «medvirker til». Det kan fremstå som lite intuitivt ved at det som omfattes av en naturlig språklig forståelse av «medvirker» ikke omfattes av hjemmelen. Dette medfører samtidig mindre fleksibilitet for rettsanvender til å tolke og anvende medvirkningshjemmelen med hensyn til de ulike tilfellene som kan oppstå. Dessuten vil flere av typetilfellene for passiv medvirkning etter gjeldende rett ikke være straffbare etter den aksessoriske modellen. Særlig vil dette gjelde hvor passiviteten ikke kan anses å ha styrket hovedpersonens forsett i form av solidarisering. Dersom de tilfelle skal være straffbare under den aksessoriske modellen vil det således kreve en konkret regulering i medvirkningshjemmelen.

Den aksessoriske modellen vil dermed være mindre fleksibel, men mer forutberegnelig med hensyn til hvilken type medvirkningshandling som er kriminalisert.

Med hensyn til gjeldende retts problematiske forhold til skyldprinsippet, vil særlig den begrensede modellens konkrete kategorisering av medvirkere i hjemmelen kunne bidra til et

³⁸⁸ Se punkt 5.2 ovenfor.

mer tydelig skille mellom deltakerne til den straffbare handlingen.³⁸⁹ Ved at den enkelte deltaker er kategorisert og definert i selve hjemmelen, vil det under skyldspørsmålet være nødvendig å ta stilling til hvilken kategori den enkelte deltaker subsumeres under. Det vil dermed fremkomme tydeligere av resultatet hvilken handling i det straffbare hendelsesforløpet den enkelte deltaker klandres og straffes for. På det viset vil resultatet samsvare bedre med skyldprinsippet, slik at skyldprinsippets sterke stilling innenfor europeisk rett gjenspeiles og ivaretas av systematikken.

Oppsummert viser et kort gjennomsyn av en moderne, begrenset aksessorisk modell at det vil kunne avhjelpe flere av de problematiske forholdene som vi har støtet på under den selvstendige modellen. Den begrensede aksessoriske modellen fremstår for det første som et mer forutberegnelig medvirkningsansvar, herunder ved at det kan utledes flere objektive retningslinjer av medvirkningsansvarets systematikk. De retningslinjene vil samtidig kunne bidra til at den videre utviklingen ikke strekker seg lengre enn det som lovgiver har ment skal kriminaliseres. Selv om en fullstendig implementering av en begrenset aksessorisk modell vil medføre mindre fleksibilitet ved rettsanvendelsen, vil en mer snever ordlyd øke forutberegneligheten. Med hensyn til legalitetsprinsippets sterke stilling innenfor norsk strafferett vil det være en hensiktsmessig avveining mellom hensynet til fleksibilitet og hensynet til forutberegnelighet.

Etter mitt syn er derfor en begrenset aksessorisk modell mer hensiktsmessig med hensyn til den gjeldende rettsstilstanden for medvirkningslæren. Det er således på tide med et eksplisitt oppgjør med selvstendighetsmodellens teoretiske forutsetninger og fokuset på klanderverdighet som skranke for kriminaliseringen av medvirkning.

³⁸⁹ Se punkt 5.3 ovenfor.

Referanseliste

Lover:

Norske lover:

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814. (Grl.)

Lov om Forbrytelser av 20. august 1842 nr. 12 (kriminalloven)

Almindelig borgelig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl. 1902)

Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (strl.)

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK)

Utenlandske lover:

Brottsbalk, 21. desember 1962, SFS 1962:700 (Brb)

Code pénal Version consolidée au 25 mars 2020 (Code pénal)

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt. 1907 s. 790

Rt. 1908 s. 790

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1947 s 742

Rt. 1954 s. 653

Rt. 1958 s. 479 (Mykle)

Rt. 1970 s. 914

Rt. 1974 s. 317

Rt. 1974 s. 382

Rt. 1978 s. 856

Rt. 1979 s. 1564

Rt. 1980 s. 961

Rt. 1984 s. 681

Rt. 1994 s. 1328

Rt. 1995 s. 17 (Parykkpyroman)

Rt. 1995 s. 355

Rt. 1995 s. 1347

Rt. 1997 s. 1637

Rt. 1998 s. 1679

Rt. 1999 s. 996

Rt. 2001 s. 1671

Rt. 2002 s. 476

Rt. 2004 s. 1392

Rt. 2005 s. 41 (Napster)

Rt. 2005 s. 469

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2006 s. 111

Rt. 2006 s. 964

Rt. 2008 s. 1115

Rt. 2009 s. 780

Rt. 2009 s. 1365

Rt. 2010 s. 466

Rt. 2010 s. 1630

Rt. 2011 s. 469

Rt. 2012 s. 686

Rt. 2012 s. 856

Rt. 2012 s. 1211

Rt. 2013 s. 789

Rt. 2014 s. 238 (Hønsehauk)

Rt. 2014 s. 466

Rt. 2014 s. 768

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 1281

HR-2016-1458-A (Haxi)

HR-2016-1836-A

HR-2017-1673-A

HR-2018-104-A

HR-2018-387-U

HR-2019-561-A (Stemor)

HR-2019-599-A

HR-2019-900-A

HR-2019-1234-A

HR-2019-1743-A (Popcorn-time)

HR-2019-2205-A (Stefar)

Lagmannsrett:

LE-2001-666 (Orderud)

LB-2012-40854

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

Dom 22. oktober 1981 *Dudgeon mot Storbritannia*

Dom 12. februar 2008 *Kafkaris mot Kypros*

Dom 29. oktober 2013 *Varvara mot Italia*

Dom 28. juni 2018 *G.I.E.M. S.R.L. mot Italia*

Forarbeider

Norske lovforarbeider:

SKM 1896. (1896). *Udkast til almindelig borgerlig straffelov for kongeriget norge.*

Indst. O. VII. (1899-1900). (1899-1900). *Indstilling fra justiskomiteen angaaede den kgl.*

Proposition til en almindelig borgelig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887.

NOU 1983:57. (1983). *Straffelovgivningen under omforming straffelovkommisjonens delutredning i.*

NOU 1990:5. (1990). *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner - straffelovkommisjonens delutredning iv.*

NOU 1992: 23. (1992). *Ny straffelov – alminnelige bestemmelser straffelovkommisjonens delutredning v.*

NOU 2002: 4. (2002). *Ny straffelov - straffelovkommisjonens delutredning vii.*

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

Ot.prp.nr.22 (2008–2009). (2008-2009). *Om lov om endringer i straffeloven 20. Mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning.*

Dok. nr. 16 (2011-2012). (2011-2012). *Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven.*

NOU 2014: 10. (2014). *Skyldvne, sakkyndighet og samfunnsvern.*

Utenlandske lovforarbeider:

SOU 1944:69. (1944). *Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten.*

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg. utg., (Bergen 2018).

Andenæs, Johs, «Av medvirkningslæren i norsk rett.», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1940 s 237-280 – (TFR-1940-237), (1940).

Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. utg., (Oslo 2009).

Andenæs, Johs, Georg Fr Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utg. ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther. utg., (Oslo 2016).

Asp, Petter, Magnus Ulväng og Nils Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, bd. 1, *Svensk straffrätt*, 2., omarb. oppl. utg., (Uppsala 2013).

Dreyer, Emmanuel, *Droit pénal général*, 4e éd. utg., (Paris 2016).

Elliott, Catherine, *French criminal law*, (Cullompton 2001).

Eskeland, Ståle og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg. utg., (Oslo 2017).

Frøberg, Thomas, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet.», *Jussens venner* nr. 01-02, (2015).

Getz, B. og Francis Hagerup, *Juridiske afhandlinger*, (Kristiania 1903).

Grønning, Linda, Jørn R. T. Jacobsen og Erling Johannes Husabø, *Frihet, forbrytelse og straff : En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, (Bergen 2016).

- Herlitz, Carl Erik, *Parties to a crime and the notion of a complicity object : A comparative study of the alternatives provided by the model penal code, swedish law and claus roxin*, bd. 38, (Uppsala 1992).
- Hoel, G. Astrup, *Delagtighet i forbrydelser: Et sort blad av den norske kriminalret*, (Oslo 1941).
- Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi : Medverking, forsøk, føyrebuing*, (Bergen 1999).
- Høyberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, (Oslo 2019).
- Matningsdal, Magnus, «Medvirkning til straffbare handlinger–hovedpunkter.», *Jussens Venner* nr. 06, (2008).
- Matningsdal, Magnus, *Nytt i ny straffelov*, (Oslo 2015a).
- Matningsdal, Magnus, *Straffeloven : Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff : Alminnelige bestemmelser : Kommentartutgave*, (Oslo 2015b).
- Melander, Sakari, *Allmänna förutsättningar för straffansvar*, (Helsingfors 2019).
- Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett*, (Bergen 2012).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. utg., (Bergen ; Oslo 2004).
- Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen.», *Tidsskrift for strafferett* nr. 03, (2018).
- Rui, Jon Petter, «Komparasjon innen strafferett og-prosess.», *Tidsskrift for strafferett* nr. 04, (2009).
- Schei, Tore, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie, *Lov, sannhet, rett : Norges høyesterett 200 år*, (Oslo 2015).
- Skeie, Jon, *Afhandlinger om forskjellige retsspørgsmaal : 1*, bd. 1, (Kristiania 1913).
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Dommeren og loven - betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»).», *Jussens Venner* nr. 06, (2015).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018).

