



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Passiv medvirkning for barns omsorgspersoner

En ny ansvarskategori?

Ingrid Olsen Teigland

Masteroppgave i rettsvitenskap – JUR 3902 – desember 2020



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, formål og problemstilling	1
1.2	Aktualitet og bakgrunn	3
1.3	Videre fremstilling	4
2	Sentrale utviklingstrekk ved passiv medvirkning som ansvarskategori	5
2.1	Læren om straffbar unnlatelse	5
3	Generelt om passiv medvirkning	8
3.1	Innledning	8
3.2	Grunnkrav til medvirkningsansvar	9
3.3	Forholdet mellom passiv og psykisk medvirkning	11
3.4	Handleplikten	13
3.5	Alminnelige hovedvilkår for passiv medvirkning	16
3.5.1	Tilknytningskravet	16
3.5.2	Kravet til hindringssammenheng	19
3.5.3	Rimelighetskravet	20
4	Omsorgspersoners passive medvirkning i saker om mishandling av barn	22
4.1	Innledning	22
4.2	Sentral rettspraksis om passiv medvirkning ved mishandling av barn	22
4.2.1	Christoffer-saken, LA-2012-92858	22
4.2.2	Stemordommen- HR-2019-561-A	25
4.2.3	Stefardommen- HR-2019-2205-A	29
4.2.4	Grov mishandling av to spedbarn-HR-2020-1343-A	35
4.3	Fra å bli straffet for å gjøre ingenting, til å bli straffet for ikke å gjøre nok?	37
5	Rettspolitiske konsekvenser	39
5.1	Høyesterett tolker «medvirker til» jf. strl. § 15, for vidtgående	39

5.2	Høyesterett er pragmatiske når de tolker om strl. § 196 kommer til analogisk anvendelse.....	40
5.3	Kravet om å varsle politi eller barnevern.....	41
5.4	Høyesterett utvider ansvaret for det straffbare.....	42
6	Avslutning: Bør det vedtas et eget straffebud for omsorgspersoners passive medvirkning?	42
	Referanseliste.....	44

1 Innledning

1.1 Tema, formål og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er passiv medvirkning som strafferettslig ansvarskategori. Mer spesifikt skal oppgaven rette fokus mot omsorgspersoner som forholder seg passiv ved vold mot barn.

Medvirkning i strafferetten betyr at man kan bli straffet for å ha bistått, eller på annen måte ha hjulpet en person med å begå en straffbar handling.¹ Personen som begår den straffbare handlingen omtales gjerne som «hovedmannen», og er den primære forbryteren. Den som medvirker omtales gjerne som *medvirkeren*.²

Det rettslige grunnlaget for å ilegge straff for medvirkning følger av lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven eller strl.) § 15. Det fremgår av bestemmelsen at et straffebud også rammer «den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt».

I den gamle straffeloven (1902) fantes det ingen generell medvirkningsbestemmelse. Medvirkning kunne bare straffes dersom straffebudet hadde et eget tillegg om medvirkning, eller at det kunne innfortolkes at også medvirkning ble rammet av straffebudet. Innføringen av § 15 i straffeloven 2005, har ført til at medvirkning er straffbart i mye større utstrekning enn før. Dette fordi bestemmelsen får anvendelse på alle straffebud i straffeloven, inkludert spesiallovgivningen jf. strl. § 1. Det er dermed straffbart å medvirke i alle tilfeller, med mindre straffebudet oppstiller et særskilt unntak. Det fremgår av forarbeidene til strl. § 15 at meningen med den nye medvirkningsbestemmelsen er å videreføre gjeldende rett.³ Rettspraksis fra før straffeloven 2005 trådte i kraft er av den grunn også en relevant kilde når medvirkningsansvaret skal fastsettes.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «medvirker til overtredelsen», er at det gis en form for bistand før eller under utførelsen av hovedgjerningen, altså den handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.⁴ Medvirkning kan bare skje så langt det er mulig å

¹ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), s. 411

² Linda Grønning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen. *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. Utg, Bergen: Fagbokforlaget, 2019, s. 317.

³ Ot.prp.nr.90 (2003–2004), s. 411

⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411.

påvirke hovedgjerningen som oppfyller gjerningsbeskrivelsen. Det vil si at det kun kan medvirke til overtredelse av en straffebestemmelse til hovedmannens forbrytelse er materielt avsluttet.⁵ Bistand som gis etter at gjerningen er begått rammes ikke av bestemmelsen, og må eventuelt straffes etter andre bestemmelser.⁶

I forarbeidene sondres det mellom tre ulike ansvarskategorier for medvirkning: fysisk, psykisk og passiv medvirkning.⁷ En kan for eksempel tenke seg at medvirkeren bidrar med å skaffe våpen til sin søster som har planlagt å drepe sine svigerforeldre, eller at medvirkeren på annen måte oppfordrer eller overbeviser henne til å begå drapet. Det første er et klassisk eksempel på det som kalles for «fysisk» medvirkning, og det andre eksempelet omtales gjerne som «psykisk» medvirkning. Psykisk medvirkning er i rettspraksis forklart som en positiv tilskyndelse eller styrking av gjerningspersonens forsett.⁸

Den tredje kategorien, *passiv medvirkning*, er en egen medvirkningskategori som har blitt etablert og utviklet gjennom rettspraksis. Der det ved fysisk og psykisk medvirkning kreves en form for aktivitet,⁹ skiller medvirkning som følge av passivitet seg ut. Dette er fordi vedkommende *ikke* har gjort noe aktivt for å medvirke til hovedgjerningen. Den klare hovedregelen er at passivitet ikke kan begrunne straff for medvirkning.¹⁰ Som oppgaven skal komme tilbake til nedenfor, har det tradisjonelt vært gjort unntak for tilfeller hvor den passive personen har en *særlig tilknytning* til det aktuelle saksforholdet. Dette gjør at vedkommende har en såkalt *handleplikt* til å forhindre hovedmannens overtredelse av forbrytelsen.¹¹ Sagt på en annen måte, straffansvar for passiv medvirkning kan bare gjøre seg gjeldende der en person som har en handleplikt, ikke har søkt å forhindre den straffbare handlingen.

Høyesterett har de siste årene behandlet flere saker som gjelder medvirkningsansvar hvor barn har blitt utsatt for vold eller overgrep fra andre.¹² Den rettsutviklingen som har funnet sted i Høyesterett siden 2013 og fram til i dag, gjør det aktuelt å avklare hva som pr. i dag er gjeldende rett når det kommer til passiv medvirkning for barns omsorgspersoner. Det er dette

⁵ Magnus Matningsdal, *Straffeloven: Lov 20. Mai 2005 Nr. 28 Om Straff: Almennelige Bestemmelser: Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 104-105.

⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 410.

⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411.

⁸ Rt. 1947 s. 742.

⁹ Eks: Rt.1974 s. 1042, Rt. 1982 s. 1315, og Rt. 2010 s. 1076.

¹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s 412 og Rt. 2014 s. 466, avsnitt 15.

¹¹ Se kap.2.

¹² Dommene skal behandles grundig i punkt 4.2.

som er hovedformålet med oppgaven. Problemstillingen som søkes besvart er denne: Hva kreves etter gjeldende rett for at en omsorgsperson kan anses å ha *medvirket* til en annens mishandling av et barn - uten selv å ha gjort en aktiv handling eller på annen måte styrket gjerningspersonens forsett?

1.2 Aktualitet og bakgrunn

Problemstillingen er aktuell fordi mye tilsier at den seneste rettspraksis har medført en endring i måten den tradisjonelle handleplikt-læren anses, og at terskelen for å havne i medvirkningsansvar er blitt betydelig lempet når det er tale om omsorgspersoners passivitet ved vold mot barn.

Statistikk viser at omlag 21 % har opplevd fysisk vold fra minst en forelder i løpet av oppveksten.¹³ Likevel har antall anmeldelser for mishandling i nære relasjoner økt de siste årene.¹⁴ Vold og overgrep mot barn omfattes av riksadvokatens sentrale prioriteringer for iverksettelse og gjennomføring av etterforskning.¹⁵ Sakene viser en etablering av et strengere straffansvar for omsorgspersoner som passiv medvirker. Når et passivt medvirkningsansvar i slike tilfeller etableres, rettes oppmerksomheten ikke bare mot den som utøver volden mot barnet, men også mot den som ikke griper inn for å stoppe volden.

En annen viktig bakgrunn for at flere saker om barnevold havner hos domstolene, kan være at det ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble vedtatt et eget kapittel i Grunnloven om menneskerettigheter hvor også barns rettigheter ble nedfelt. Grunnloven § 104 fastslår at barns beste skal være et *grunnleggende hensyn* ved handlinger og avgjørelser som berører barn og bygger på sentrale bestemmelser i FNs barnekonvensjon. Høyesterett har også uttalt at Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19 utgjør en viktig bakgrunn for fastleggningen av medvirkningsansvaret ved overgrep mot barn.¹⁶

På strafferettens område har legalitetsprinsippet jf. Grunnloven § 96 og EMK art. 7, stor betydning for tolkningen av straffeloven. Av bestemmelsene følger det et sentralt rettssikkerhetsprinsipp: *ingen skal dømmes uten hjemmel i lov*. Uten hjemmel i lov må

¹³ Mossige og Stefansen, *Vold og overgrep mot barn og unge*, (NOVA Rapport 5/2016) s. 9-10.

¹⁴ Folkehelse rapporten - Helsetilstanden i Norge- Vold og seksuelle overgrep, (tabell 3a).

¹⁵ Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2020 s. 10-11.

¹⁶ HR-2019-2205-A avsnitt 56 jf. HR-2017-2415-A avsnitt 18.

domstolen frifinne tiltalte.¹⁷ Legalitetsprinsippet setter likevel ikke skranker for at øvrige rettskilder kan være relevante som tolkningsbidrag.¹⁸

En barnemishandlingssak som har fått mye oppmerksomhet i media er *Christoffer-saken*.¹⁹ Saken omhandlet en gutt på åtte år som ble mishandlet til døde av sin stefar. Moren til gutten ble i 2012 dømt for passiv medvirkning til mishandlingen, fordi hun foretok seg «*ingenting for å hindre eller motvirke nye legemskrenkelser med skadefølge*».²⁰ Saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet. Morens forsvarer fremhevet i anken at det var behov for at Høyesterett avklarte om det i norsk rett er adgang til å straffe noen for ren passiv medvirkning. Høyesterett påpekte imidlertid i sin kjennelse at *ren passivitet* ville kunne være tilstrekkelig for å etablere straffansvar der det foreligger *handleplikt* i kraft av omsorgsansvar for et barn. *Christoffer-saken* blir nærmere omtalt senere i oppgaven.²¹

I kjølvannet av *Christoffer-saken*, har Høyesterett de siste årene behandlet flere barnevoldssaker hvor brudd på omsorgsplikt har dannet grunnlag for medvirkningsansvar for den som ikke selv har mishandlet barnet. Høyesteretts behandling av disse sakene tyder på at omsorgspersoners ansvar for mishandling av barn er blitt betydelig skjerpet. Oppgaven skal forsøke å klarlegge om dette er tilfelle, og i så fall undersøke hvor terskelen må ansees å ligge per i dag.

1.3 Videre fremstilling

Denne oppgavens hovedfokus er den strafferettslige vurderingen for omsorgspersoner som er passive til barnemishandling. Det skal anvendes en rettsdogmatisk metode for å systematisere og presentere det relevante rettskildemateriale.

I den videre fremstilling skal det i kapittel 2 redegjøres for noen sentrale utviklingstrekk ved passiv medvirkning som ansvarskategori. Dette er for å tydeliggjøre bakgrunnen for instituttet. Helt sentralt i denne redegjørelsen er læren om straffbar unnlattelse, og betydningen som handleplikten tradisjonelt har vært tillagt.²²

¹⁷ Se telefonsjikanedommen- Rt. 1952 s. 989.

¹⁸ Se f.eks. HR-2020-2019-A (bruk av mobiltelefon under kjøring) og HR-2020-1723-A (sykling i kollektivfelt).

¹⁹ LA-2012-92858.

²⁰ Fra dommens sammendrag i lovdata.

²¹ Se punkt 4.2.1

²² Se punkt 2.1

Kapittel 3 skal omhandle passiv medvirkning på generelt grunnlag. Det skal all i hovedsak foretas en systematisk fremstilling av hovedvilkårene som langvarig rettspraksis har oppstilt for at et passivt medvirkningsansvar skal kunne konstateres i sin alminnelighet.

Videre skal kapittel 4 rette fokus mot de seneste års utvikling på området vedrørende omsorgspersoners passive medvirkning til mishandling av barn. I dette kapittelet skal det foretas en analyse av sentral rettspraksis fra de siste årene. Her reises spørsmålet om hva som er gjeldende rett per i dag, og om passiv medvirkning for barns omsorgspersoner kan ha utviklet seg i retning av en selvstendig medvirkningskategori.

Til slutt skal det foretas en rettspolitisk vurdering der ulike konsekvenser av gjeldende rett skal drøftes. Spørsmålet som blir reist i kapittel 6, er om det vil være hensiktsmessig med en lovfesting av hva som skal til for at barns omsorgspersoner skal kunne bli ansvarlig som medvirker til barnemishandling gjennom sin passivitet.

2 Sentrale utviklingstrekk ved passiv medvirkning som ansvarskategori

2.1 Læren om straffbar unnlåtelse

Læren om straffbar unnlåtelse er nært tilknyttet passiv medvirkning, og har sitt opphav fra juridisk teori. Læren har ikke lengre direkte relevans fordi den er tuftet på den gamle straffeloven. Straffeloven (1902) § 4 fastsatte at der loven brukte ordet handling, var *unnlatelse av å handle* også innbefattet, med mindre det motsatte var uttrykkelig sagt. Spørsmålet om når unnlåtelse ble rammet av et straffebud, ble imidlertid ikke løst av straffeloven 1902 § 4. Den nye straffeloven (2005) inneholder ikke noen bestemmelse som tilsvarer den gamle § 4. Etter straffeloven 2005, beror straffbarheten av passivitet på en tolkning av det enkelte straffebud.

I 1942 ga Johs. Andenæs ut sin doktorgradsavhandling, *Straffbar unnlåtelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken*. Boken ble et viktig bidrag til utviklingen av unnlåtelsens betydning som grunnlag for straffansvar. Selv om flere teoretikere hadde behandlet temaet tidligere,²³

²³ Paul Johann Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlicchen Rechts 2. Utg.*, 1803, Bernhard Getz og Hagerup, *Juridiske afhandlinger*, 1903 og Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, 1911.

var det ingen andre norske jurister som hadde gått så grundig til verks som Andenæs.²⁴ Mange av Andenæs synspunkter i avhandlingen har i ettertid blitt lagt til grunn både i norsk rettspraksis og i flere andre nordiske land.²⁵

Den tyske opphavsmannen til straffbar unnløte, Ludwig Andreas Feuerbach, la til grunn at unnløte bare kunne være straffbart dersom et særlig rettsgrunnlag (lov eller avtale) innebar en plikt til å handle.²⁶ Feuerbach syn kaltes rettspliktlæren.

Andenæs forkastet Feuerbachs syn på rettspliktlæren, og mente at en lovfestet handleplikt ikke var nok til å holde en person ansvarlig for en skade som vedkommende selv ikke hadde forhindret. Han definerte straffbar unnløte som *ikke-foretakelsen av en mulig handling*.²⁷ Andenæs mente at en unnløte betydde at en tenkt aktivitet ikke var blitt til virkelighet.²⁸ I avhandlingen var Andenæs tydelig på at tolkningsspørsmålet om når en unnløte var straffbar, alltid måtte løses med utgangspunkt i det enkelte straffebud. Han tok særlig utgangspunkt i at unnløtesansvaret først og fremst var et tolkningsspørsmål.²⁹ Andenæs uttalte at for å kunne likestille passivitet med en aktiv handling, måtte det foreligge en *særlig forbindelse* mellom den unnløtende og den interessekrenkelse straffebudet rettet seg mot.³⁰ Han skilte mellom tilknytningen til «den skadelidende interesse», og «den aktivt skadevoldende faktor».

En del av utviklingen av passiv medvirkning som ansvarskategori var Høyesteretts dom I Rt. 1936 s. 525: Tjenestepiken Ellen Eriksen ble dømt for barnedrap fordi hun hadde forvoldt sitt uekte barns død ved å unnløte å pleie det etter fødsel. Kvinnen hadde latt barnet bli liggende i et sommerfjøs uten å stelle det. Barnet døde dels av blødningen fra navlesnoen, dels ved at det lå hjelpeløst utsatt for kulde og kun dekket av et skjørt. Høyesterett uttalte at hun skulle ha forberedt seg på fødselen, og at hun hadde en plikt til å fortelle sine *«husbondsfolk om sin tilstand»*.

²⁴ Johs. Andenæs, *Straffbar unnløte: Et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo: Tanum, 1942 s. 220-249.

²⁵ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 290.

²⁶ Den såkalte «rettspliktlæren», se Feuerbach (1803) s. 24-25.

²⁷ Andenæs (1942) s. 5 og 6.

²⁸ Andenæs (1942) s. 10.

²⁹ Andenæs (1942) s. 220.

³⁰ Andenæs (1942) s. 250.

En sentral avgjørelse som behandler medvirkning med bakgrunn i unnlatelse er Rt. 1947 s. 69. Spørsmålet var om en overordnet offiser kunne holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til tortur utført av en underordnet offiser. Torturen skjedde under andre verdenskrig og den overordnede offiseren var til stede da torturen fant sted. Han gjorde imidlertid ingenting for å stoppe den. Høyesterett kom til at offiseren med rette var dømt for medvirkning i lagmannsretten. Det ble bl.a. vist til at han hadde «*tillatt meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre, og som han kunne ha forebygget om han hadde villet.*»³¹

Kjernen i læren om straffbar unnlatelse er at en person kan holdes strafferettslig ansvarlig for å ha forholdt seg passiv i en situasjon der det er god grunn til å forvente at vedkommende burde ha handlet aktivt.³² *Handleplikt* er et sentralt ord for forståelsen av straffbar unnlatelse, og innebærer at man kan stilles til ansvar dersom man unnlater å handle i en situasjon der det er særlig forventet at man skal gjøre det.³³

Høyesterett er i eldre rettspraksis klar på at man hadde brutt handleplikten når man *ikke hadde gjort noe* i en situasjon der det var forventet at man skulle det.³⁴ Sagt på en annen måte: at handleplikten måtte ansees oppfylt om man hadde forsøkt å handle. Etter den gamle straffeloven ble straffebestemmelser som tok direkte sikte på å ramme unnlatelse, gjerne omtalt som *ekte unnlatelsesdelikter*.³⁵ Der bestemmelsene var ment å ramme aktive handlinger, som for eksempel å *forvolde, forfalske eller å bortta*, ble det et spørsmål om slike straffebud også kunne overtres ved en unnlatelse. Straffebud som normalt ble overtrådt ved en aktiv handling, men som i konkrete tilfeller rammet en unnlatelse, ble gjerne omtalt som *uekte unnlatelsesdelikt*.³⁶

Prinsippet er det samme i dag etter straffeloven 2005. Forutsetningen for at en unnlatelse skal være straffbar, vil normalt være at unnlateren har en *plikt* til å foreta en bestemt handling, slik at unnlatelsen vil være lovstridig. I tilfeller der det er særlig klanderverdig å la være å handle, kan vedkommende stilles til ansvar for sin unnlatelse.³⁷ Å unnlate å oppgi personalia til

³¹ På s. 74 i dommen.

³² Ståle Eskeland, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017, s. 194.

³³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 286.

³⁴ Jf. Rt. 1936 s. 525, Rt 1978 s. 147, Rt 1999 s. 996.

³⁵ Andenæs (1942) s. 23.

³⁶ Andenæs (1942) s. 23.

³⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 287.

politiet, altså brudd på identifikasjonsplikten jf. strl. § 162, er i dag et klassisk eksempel på et unnlattelsesstraffebud. Det samme er strl. § 287, der man kan bli straffet for unnlattelse av å hjelpe personer i livsfare. Når straffebudet tar sikte på å aktivt forårsake en skade (f.eks. å drepe en annen jf. strl. § 275 eller å utøve vold jf. strl. § 271, og *ikke* nevner unnlattelse, vil det være en større tolkningsutfordring å avgjøre om unnlattelse faktisk rammes av bestemmelsen. Særlig også når man ser hen til legalitetsprinsippet i strafferetten. Ved en slik vurdering må man hente bidrag fra rettspraksis og juridisk teori for å løse spørsmålet.³⁸

Hvilken type tilknytning som kan gi grunnlag for handleplikt, må alltid vurderes i lys av samtidens oppfatning av relasjonen mellom individene.³⁹ Dette kan forklares med at forventningene til å opptre ansvarlig ovenfor andres interesser er i stadig endring. For eksempel har tilknytningsformen mellom husbonden og tjenestepiken langt på vei mistet sin betydning i dag.

Selv om passiv medvirkning er nært tilknyttet læren om straffbar unnlattelse, er det likevel en avgjørende forskjell mellom gjerningspersonens unnlattelsesforbrytelse og den passive medvirkningen. Ved straffbar unnlattelse har gjerningspersonen overtrådt straffebudet direkte ved sin unnlattelse av å handle. For passiv medvirkning er det hovedgjerningspersonens lovbrudd som gjør at det oppstår en handleplikt for medvirkeren.⁴⁰

3 Generelt om passiv medvirkning

3.1 Innledning

I dag er det slik at når unnlattelser ikke er beskrevet i straffebudet, er det i utgangspunktet ikke straffbart å forholde seg passiv.⁴¹ En person som er likegyldig til en forbrytelse vil som hovedregel gå fri for ansvar, og passivitet kan bare være straffbart i unntakstilfeller.⁴²

³⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 286.

³⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 293.

⁴⁰ Alf Petter Høgberg og Henriette Nilsson Tøssebro. «Om aktiv og passiv medvirkning», i *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland 70 år*, Alf Petter Høgberg, Trond Erik Schea, Runar Torgersen (red.), Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2013, s.131.

⁴¹ Jf. kap 2 ovenfor.

⁴² Erling Johannes Husabø, *Straffansvarets periferi: Medvirkning, forsøk, førebuing*, Bergen: Universitetsforlaget, 1999, s. 175.

Ordet *medvirkning* gir assosiasjoner til aktive handlinger og utgangspunktet er at det kreves en form for aktivitet for å kunne medvirke.⁴³ De alminnelige vilkårene for medvirkning følger av forarbeidene til strl. § 15, og gjør seg gjeldende for alle typer medvirkning.⁴⁴ Vilkårene som må vurderes er: *Årsakssammenheng* mellom medvirkningshandlingen og hovedhandlingen, *rettsstrid* (som vurderes i lys av den generelle rettsstridsreservasjonen), og *subjektiv skyld* (forsett).⁴⁵ Subjektiv skyld må for øvrig alltid kunne konstateres for å ilegge straffansvar.

For passiv medvirkning er det, i tillegg til de generelle vilkårene for medvirkning, noen særskilte vilkår som må være oppfylt. Passiv medvirkning er et institutt som har oppstått i en vekselvirkning mellom rettspraksis og juridisk teori. Vilkårene har dermed utkrystallisert seg gjennom rettspraksis og juridisk teori, og skiller seg ut fordi den potensielt skyldige tross alt ikke gjør noen ting. Dette understreker den nære forbindelsen med unnlatelser generelt, og vilkårene for straffansvar vil i utgangspunktet være de samme som for unnlatelser.⁴⁶ For at passivitet skal kunne straffes som medvirkning må det først og fremst konstateres at den passive har en *handleplikt* for å motvirke lovbruddet. Videre kreves det et *tilknytningskrav* som utløser handleplikten, en *hindringssammenheng*, og til slutt et krav om *rimelighet*.⁴⁷

I dette kapittelet skal oppgaven først redegjøre kort for de generelle vilkårene for medvirkning. Videre vil oppgaven nevne noe om passiv medvirkning i relasjon til psykisk medvirkning. Dette er fordi de to ansvarskategoriene er tidvis like, noe som også har gjenspeilet seg i teori og rettspraksis. Til slutt skal det redegjøres for handleplikten og hovedvilkårene som er antatt å måtte være på plass for at et passivt medvirkningsansvar skal kunne konstateres.

3.2 Grunnkrav til medvirkningsansvar

Et *årsakskrav* gjelder som nevnt for alle typer medvirkning. Årsakskravet knytter seg til ordlyden «medvirke til» i straffeloven. § 15, og innebærer at det må foreligge en konkret årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og den aktive hovedgjerningen.⁴⁸ I

⁴³ Husabø (1999) s. 175.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 412.

⁴⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 329-338.

⁴⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 349.

⁴⁷ Se punkt 3.5

⁴⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 330-333.

teorien har uttrykket *medvirkende årsaksforhold* blitt brukt.⁴⁹ Et eksempel er der en innbruddstyv på vei til åstedet møter en gammel bekjent og ber han holde vakt under innbruddet, blir denne kjenningen ansvarlig for medvirkning selv om innbruddet mest sannsynlig ville ha funnet sted, også uten hans vakttjeneste.⁵⁰ Medvirkningen må ikke nødvendigvis være en betingelse for hovedmannens oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, den må ha inngått i det samlede årsaksbildet. At medvirkeren har vært *med på foretagendet* er nok.⁵¹

Det andre vilkåret for medvirkning er *rettsstridskravet*. I forarbeidene til strl. § 15 om medvirkning, er det uttalt at den generelle rettsstridsreservasjonen får anvendelse på medvirkningshandlinger og at den er av stor betydning.⁵² Rettstridsreservasjonen er sentral i ansvarslæren. Den handler om at man alltid må undersøke om en handling objektivt sett rammes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og om handlingen er av tilstrekkelig klanderverdig karakter slik at den er ment å være straffbelagt.⁵³ Rettsanvenderen må alltid sette seg inn i lovgivers rettstridsvurderinger, og vurderingen av rettsstrid handler om at man trekker grensen mellom to ulike frihetssfærer. Den ene er vernet om den handlingen retter seg mot, og den andre er vernet om handlefriheten til gjerningspersonen.⁵⁴

I følge Gröning mfl. må det ved rettsstridsvurderingen stilles krav til at medvirkningshandlingen representerer en *uakseptabel risiko*.⁵⁵ Ved å kreve at det er tatt en slik risiko, skilles det mellom den som handler forsvarlig og den som handler uforsvarlig. Slik kan man skille ut den som har handlet på en så klanderverdig måte at straffansvar bør bli utfallet. Dette bidrar igjen med å realisere skyldprinsippet.⁵⁶ Mange medvirkningshandlinger har et dagligdags preg og er isolert sett ikke straffverdige.⁵⁷ En bussjåfør som hver dag frakter alle slags folk, kan i utgangspunktet ikke straffes for at passasjerer bruker eller omsetter

⁴⁹ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. Utg (2004), ved Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 326.

⁵⁰ Andenæs (2004) eksempel fra s. 326.

⁵¹ Andenæs (2004) s. 326.

⁵² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

⁵³ 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. 470.

⁵⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 197.

⁵⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 330-334.

⁵⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 201-205.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

narkotika på bussen. Bussjåføren tar ingen uakseptabel risiko i slike tilfeller og opptrer forsvarlig.⁵⁸

Det tredje vilkåret er *subjektiv skyld*. Straffansvar er utelukket dersom ikke handlingen dekkes av medvirkerens skyld. Det samme kravet gjelder for medvirkeren som for hovedmannen.⁵⁹ Hovedregelen for skyldkravet fremgår av strl. § 21, hvor det følger at det bare er forsettlig lovbrudd som rammes, med mindre annet er bestemt. Vilråene for forsett er hjemlet i strl. § 22, og en handling er forsettlig når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med hensikt, bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen. Det tredje forsettsalternativet er når gjerningspersonen holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, men velger å handle selv om det skulle være tilfellet. Ved medvirkning må medvirkeren må ha et såkalt *dobbelt forsett*. Det vil si at vedkommende må ha forsett om at hans handling vil stå i direkte sammenheng med hovedmannens fullføring av lovbruddet, og han må i tillegg ha forsett om at hans egen handling vil *medvirke* til forbrytelsen.⁶⁰

3.3 Forholdet mellom passiv og psykisk medvirkning

Det følger av forarbeidene til strl. § 15 at det for *psykisk medvirkning* kreves at hovedlovbryteren «påvirkes og blir mer innstilt på å *utføre* lovbruddet - forsettet styrkes».⁶¹ Høyesterett har forklart psykisk medvirkning med at medvirkeren har *positivt tilskyndet* til handlingen, eller *styrket* gjerningspersonens forsett.⁶² Gröning mfl. mener at det er mer treffende å tale om en aktiv tilskyndelse da det ikke er positivt å medvirke til forbrytelser.⁶³

Om passivitet uttales det i forarbeidene at det kan være straffbart som medvirkning, dersom den passive handlingen blir oppfattet som et *samtykke* til at hovedgjerningen blir begått.⁶⁴ Dette betyr at man på en eller annen måte solidariserer seg med gjerningspersonen. Som man kan se fremstår det uklart i forarbeidene om det skal foretas et klart skille mellom de to medvirkningskategoriene. Dette er fordi de er tilsynelatende like.

⁵⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 342 jf. 201.

⁵⁹ Matningsdal, *Jussens Venner* 06/ 2008 s. 373.

⁶⁰ Husabø (1999) s. 240.

⁶¹ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 411 jf. Rt. 1947 s. 742.

⁶² Eks: Rt. 2014 s. 466 og Rt. 2014 s. 930.

⁶³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 344.

⁶⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 412.

Enkelte dommer kan også tyde på at passivitet bare kan være straffbart dersom vilkårene for psykisk medvirkning er oppfylt. I Rt. 1998 s. 459 ble for eksempel en kvinne dømt for medvirkning til mannens salg av narkotika fra deres felles hjem. Det ble uttalt at hun «stilltiende og uttrykkelig samtykket» til at mannen oppbevarte narkotika. Høyesterett formulerte spørsmålet om kvinnen skulle staffes som et spørsmål om psykisk medvirkning.

Om medvirkningsansvaret for passivitet skal kobles med vilkårene for psykisk medvirkning har også vært omdiskutert i teorien. Spørsmålet ble blant annet reist av Andenæs i 1942.⁶⁵ Særlig ble diskusjonen fremhevet der det var tale om en overordnetes passivitet til lovbrudd som ble begått av en underordnet. Andenæs mente at det avgjørende var om den underordnede så den overordnede passivitet som «et uttrykk for at han ikke har noe mot handlingen, og videre at hovedmannen forsto det».⁶⁶ Dette kan forstås slik at passiviteten ble oppfattet som et *samtykke* til den straffbare handlingen. Andenæs omtalte det som et krav om *konkludent adferd*, og mente at kravet også kunne stilles ved andre tilfeller av passiv medvirkning.⁶⁷ Han omtaler konkludent passivitet som en form for psykisk medvirkning.⁶⁸

Husabø avviser et krav om konkludent adferd.⁶⁹ I stedet for å fokusere på hvilken innvirkning medvirkeren faktisk hadde på hovedmannen, mener han at det heller burde oppstilles et krav om hva personen *burde* ha foretatt seg. Dette skiller seg fra Andenæs sitt synspunkt, særlig ved at Husabø konstaterer straffbar medvirkning også der hovedgjerningspersonen er uten kunnskap om den andres holdning til lovbruddet og situasjonen. Husabø konkluderer med at passiv medvirkning har en «vesentlig annen normativ struktur enn psykisk medvirkning». Nyere teori og rettspraksis støtter Husabøs teori om at det ved passivitet ikke kan kreves konkludent adferd eller et samtykke til at overtredelsen finner sted. Høgberg og Tøssebro mener at det vil gi mer mening å innordne medvirkerens passivitet som et unntak fra utgangspunktet om kravet til aktivitet. Nærmere forklart at en passiv medvirkningshandling kjennetegnes ved *mangelen* på både fysisk og psykisk aktivitet.⁷⁰

⁶⁵ Andenæs (1942) s. 308.

⁶⁶ Andenæs (1942) s. 308

⁶⁷ Andenæs (1942) s. 351, 354 og 413.

⁶⁸ Andenæs (1942) s. 433-434.

⁶⁹ Husabø (1999) s. 175-180.

⁷⁰ Høgberg og Tøssebro 2013 s. 130-133.

Det har i nyere teori og rettspraksis blitt vanlig å operere med passiv medvirkning som en selvstendig kategori.⁷¹ Høyesterett gir uttrykk for en slik kategorisering i Rt. 2013 s. 1686, avsnitt 13:

«medvirkning til en straffbar handling kan enten være fysisk - bistand til å utføre handlingen - eller psykisk - tilskyndelse eller styrking av gjerningspersonens forsett. Passivitet anses som hovedregel ikke som medvirkning. Dette kan imidlertid stille seg annerledes der den passive har en handleplikt».

Dommen skal omtales senere i oppgaven.⁷²

3.4 Handleplikten

Det er handleplikten som gjør passivitet straffbar, og hovedregelen har vært at man forsømmer handleplikten ved å *ikke gjøre noe*. Lenge har den allmenne lære vært at ren passivitet ikke er tilstrekkelig for medvirkning, og synet på å forsømme en handleplikt har utviklet seg skrittvis.⁷³ Som nevnt var det mer nærliggende å betrakte unnlatsen som en form for psykisk medvirkning.⁷⁴ Det er først i de senere år at ansvar for passiv medvirkning uttrykkelig er begrunnet i brudd på en handleplikt. Personer med kunnskap om en annens forbrytelse ble i mange tilfeller oppfattet som at de gav et stilltiende samtykke til forbrytelsen. Dersom man i ord eller handling ovenfor den skyldige ga uttrykk for at man ikke hadde noe mot den straffbare handlingen, kunne det være tilstrekkelig for straffansvar som medvirker.⁷⁵

Det finnes flere eksempler på at Høyesterett har bygget sin avgjørelse på at tiltaltes holdning har bidratt til å styrke gjerningspersonens forsett. Dette vil for eksempel være at vedkommende har medvirket gjennom å gi hovedmannen et *stilltiende samtykke*, eller forøvrig gjennom å *solidarisere* seg med hans handlinger. Dette omtales også som positiv tilskyndelse.⁷⁶ I det følgende skal oppgaven presentere hvordan Høyesterett i noen utvalgte dommer har behandlet handleplikten.

⁷¹ Se f.eks. Husabø (1999) s. 174-198, Henry John Mæland, *Norsk Alminnelig Strafferett*. Bergen: Justian, 2012, s. 115-117 og Toril M. Høie «Høyesterett som straffedomstol», i *Lov, Sannhet, Rett: Norges Høyesterett 200 år*. 1. utg, Schei, Tore, Jens Edvin A. Skoghøy, and Toril M. Øie. Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 521-533.

⁷² Se punkt 3.5.

⁷³ Rt. 2013 s. 1015.

⁷⁴ Jf. eksemplene på neste side.

⁷⁵ Øie 2015 s. 522.

⁷⁶ Husabø (1999) s. 174.

I Rt. 1998 s. 1679 ble åtte medlemmer av en MC-klubb idømt bøter for ulovlig skjenking av alkohol i klubbens lokaler. Ingen hadde selv foretatt skjenkingen, men ved sin tilstedeværelse som medlem av klubben, hadde de medvirket i lovens forstand. Skjenkingen hadde foregått i stort omfang over lengre tid og uten protester fra de domfelte. Dette måtte forstås som *stilltiende samtykke*. To forhold fikk vesentlig betydning for spørsmålet om straffansvar for medvirkning i saken: Det ene var at klubben hadde leid lokalene og disponerte disse, det andre var den flate strukturen i klubben –den hadde ikke noen leder eller styre. De enkelte medlemmer bestemte på like fot hva som skulle foregå i klubblokalene, og det var opplyst at de baserte seg på enighet.

En annen avgjørelse som går langt i å pålegge ansvar for medvirkning er Rt. 2003 s. 1455. En 15 år gammel jente ble voldtatt ved bruk av en pinne og steiner. Handlingen ble utført av ei 14 år gammel jente som gikk på samme skole. En tredje jente var også til stede da voldtekten ble utført og spørsmålet var om hun kunne dømmes til medvirkning for voldtektene ved sin tilstedeværelse. Høyesterett uttalte at da hun tok del i mishandlingen av den fornærmede flere timer forut voldtekten, ved blant annet å hindre henne i å komme seg unna, dannet det grunnlag for straffansvar for medvirkning. Begrunnelsen for domfellelsen var at jentas tilstedeværelse under voldtekten måtte sees på som en del av trusselsituasjonen overfor fornærmede, selv om hun forholdt seg passiv. Høyesterett nevnte ikke noe om en handleplikt, men begrunnet straffansvaret i, på lik linje som lagmannsretten, at jenta hadde forholdt seg på en slik måte at hun hadde *solidarisert* seg med den straffbare handlingen.

Selv om Høyesterett ikke anvender begrepet handleplikt, kan man antyde at det nettopp er handleplikten som står sentralt for bedømmelsen. Dersom de tiltalte i de to sistnevnte sakene, på en eller annen måte hadde handlet for å stoppe lovbruddet, ville handleplikten antakeligvis ha vært oppfylt.

Høyesterett har gjennom årenes løp gått vekk fra en tilnærming om at den passive personen har solidarisert seg med gjerningspersonen fordi dette trekker i retning av psykisk medvirkning. På stadig flere områder der det foreligger plikt til å handle, anvender Høyesterett nå ordet *handleplikt* i relasjon til passiv medvirkning.

En sentral avgjørelse der Høyesterett forankrer et passivt medvirkningsansvar til brudd på handleplikt er Rt. 2010 s. 1630. Saksforholdet var at to menn ble domfelt i lagmannsretten for passiv medvirkning til grov legemsbeskadigelse ved bruk av kniv, jf. straffeloven 1902. § 229

tredje straffalternativ, jf. § 232. Ingen av dem kunne utpekes som direkte gjerningsmann og domfellelsen for begge bygde på passiv medvirkning. Høyesterett drøftet vilkårene for straff ved passiv medvirkning⁷⁷ og kom til at den ene gjerningsmannen hadde en *handleplikt* når den andre gikk utover det som opprinnelig var avtalen, og stakk kniven i fornærmedes venstre lår. A skulle forsøkt å avverge eller foretatt annen klar distansering da han oppdaget kniven, og brøt dermed handleplikten da han ikke gjorde det. Førstevoterende viste til det rettslige utgangspunktet om at deltakerne ved samvirke skulle bedømmes hver for seg.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det dreide seg om en kortvarig, manglende aktivitet i forhold til en brå og uventet endring i hendelsesforløpet, men vurderte situasjonen slik at det var tilstrekkelig tid og mulighet til å reagere. Dette er trolig første gang Høyesterett bruker betegnelsen passiv medvirkning på generelt grunnlag, og knytter medvirkningsansvaret ved samvirke til brudd på en handleplikt.⁷⁸

Det bemerkes at den sistnevnte dommen omhandler et forhold som har vært gjenstand for samvirke av flere personer. Likevel er den anvendelig for å eksemplifisere utviklingen av handleplikten.

I Rt. 2003 s. 902 hadde tiltalte stilt et rom i et forretningslokale til disposisjon for sin samboers far for lagring av møbler og annet løsøre. Tiltalte ble ikke ansett ansvarlig for medvirkning til hjemmebrenning som samboerens far drev. Høyesterett la blant annet vekt på at tiltalte da lokalene ble stilt til disposisjon, var ukjent med at de skulle benyttes til ulovlig virksomhet, og at denne først begynte etter noe tid. Etter å ha uttalt at tiltalte ikke hadde forholdt seg på en slik måte at han implisitt samtykket til handlingen, uttalte førstvoterende i avsnitt 12:

«Tvert imot fremgår det av lagmannsrettens domsgrunner at A med sitt 'kroppsspråk' viste overfor B at han sterkt mislikte virksomheten. Jeg skulle gjerne ha sett at A hadde sagt klarere fra, men etter lagmannsrettens bevisbedømmelse må jeg legge til grunn at As budskap ikke var til å misforstå.»

Dommen er et eksempel på at medvirkningsansvaret var utelukket fordi tiltalte hadde gjort det tydelig overfor gjerningspersonen at han motsatte seg gjerningen. Høyesteretts vurdering

⁷⁷ Avsnitt 26-29.

⁷⁸ Øie (2015) s. 523.

tilsier at terskelen for å ilegge et passivt medvirkningsansvar for brudd på handleplikter var høy.

For at et passivt medvirkningsansvar skal gjøre seg gjeldende, viser den ovenfor gjennomgatte rettspraksis at handleplikten er brutt når man *ikke gjør noe* for å stoppe den straffbare handlingen. Som nevnt vil unnlattelse kunne medføre medvirkningsansvar når den påståtte unnlateren har plikt til å handle, men likevel ikke gjør noe som helst for å gripe inn. Senere i oppgaven vil utviklingen i rettspraksis vise at dette utgangspunktet har endret seg ved omsorgspersoners brudd på omsorgsplikt for barn.⁷⁹

3.5 Almennelige hovedvilkår for passiv medvirkning

3.5.1 Tilknytningskravet

3.5.1.1 Innledning

Den som bare passivt er til stede når en annen begår et straffbart forhold, skal i utgangspunktet ikke straffes. Som allerede nevnt vil dette stille seg annerledes når vedkommende har en handleplikt.⁸⁰ Hvis en person har en spesiell plikt til å hindre at en straffbar handling blir begått, skal det mindre til for at passiviteten bedømmes som straffbar medvirkning.⁸¹ Det er tilknytningskravet som utløser handleplikten.

Når en person er så nært knyttet til en annen at dens skjebne ligger i ”vedkommendes hånd”, eller når en person har en slik tilknytning til situasjonen som gjør at det er innenfor hans ansvar å stoppe den, må det kunne kreves en handleplikt.⁸² For at en handleplikt skal oppstå kreves det at medvirkeren har en *særlig tilknytning* til det aktuelle forholdet. I tilknytningskravet ligger altså at det må foreligge en spesiell forbindelse mellom den unnlattende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot.⁸³ Bakgrunnen for dette er at alle og enhver ikke skal kunne dømmes for å ha unnlatt å gripe inn i forhold som ikke angår dem direkte. Magnus Matningsdal formulerer det slik:

⁷⁹ Se kap. 4.

⁸⁰ Se punkt. 2.2.

⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412 første spalte.

⁸² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 293.

⁸³ Andenæs (1942) s. 250.

«... for å unngå at ansvaret blir for omfattende, må den passive ha en *særlig tilknytning til det aktuelle saksforholdet*. Vedkommende må på et eller annet grunnlag ha en *særlig plikt til å forhindre overtredelse*. Ved denne vurderingen er det viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er tilstrekkelig.»⁸⁴

Det er klart at kravet til særlig tilknytning kan være oppfylt i flere ulike situasjoner. For eksempel tilknytningen mellom overordnet/underordnet, tilknytningen til en eiendom som er i fare, eller der det er fare for offentlige interesser.⁸⁵ I det følgende skal det redegjøres for ulike situasjoner der tilknytningsplikten typisk kan gjøre seg gjeldende. Det rettes særlig fokus mot tilknytning mellom personer som har en *omsorgsplikt* ovenfor andre.

3.5.1.2 Tilknytning til personer man har et generelt omsorgsansvar for

Dersom man har et særlig ansvar for en bestemt person som er i fare, vil forventningen til å gripe inn være sterkere.⁸⁶

Et eksempel på dette er Rt. 2009 s. 1498, der en taxisjåfør ble dømt for medvirkning til ran. Han hadde kjørt fornærmede sammen med tre andre passasjerer. Mens de befant seg i bilen hadde en av passasjerene truet fornærmede med kniv, og fått ham til å ta ut penger i to minibanker. Spørsmålet for Høyesterett var om taxisjåføren hadde medvirket til ran fordi han kjørte videre til neste minibank, selv om han visste at fornærmede tok ut pengene under tvang. Høyesterett uttalte i avsnitt 13) at: «... kan det neppe være tvilsomt at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en slik *omsorgsplikt* overfor sin passasjer at det vil foreligge en *aktiv handleplikt* om passasjeren skulle bli utsatt for en straffbar handling». Høyesterett uttalte videre at saken ikke ga foranledning til å drøfte under hvilke omstendigheter manglende etterlevelse av en slik handleplikt kunne tenkes å ha for de strafferettslige konsekvensene. Straffansvaret ble begrunnet i at taxisjåføren ikke bare hadde unnlatt å avverge den straffbare handling, men at han hadde fortsatt den positive bistand til ranshandlingen etter at han ble klar over de reelle forhold.⁸⁷

Dommen er ikke et rent eksempel på passiv medvirkning fordi det ble lagt til grunn at selve kjøringen av taxien representerte en type medvirkningsaktivitet. Likevel illustrerer uttalelsene

⁸⁴ Matningsdal, *Jussens Venner* 06/2008 side 357-383.

⁸⁵ Mer om dette i Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 301-310.

⁸⁶ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 303.

⁸⁷ Avsnitt 13.

i dommen at Høyesterett vurderer tilknytningskravet strengt når de konstaterer at tilknytningskravet kan gjøre seg gjeldende ved en taxisjåførs brudd på omsorgsplikt for en passasjer. I en situasjon der en taxisjåfør har en voldelig passasjer som truer en annen passasjer inne i en bil i fart, kunne det ha vært farlig for taxisjåføren å handle. Høyesterett hensyntar ikke sjåførens egensikkerhet i vurderingen av tilknytningen mellom sjåføren og passasjeren, og taxisjåførens plikt til å handle.

Tilknytningskravet kan også gjøre seg gjeldende i forholdet mellom helsepersonell og pasienter. Dette kan illustreres med et eksempel fra Rt. 2013 s. 1686: En helsefagarbeider var på nattevakt hos en pleietrengende pasient. Etter å ha fått vite av en tilstedeværende kollega at noe ulovlig ville skje denne natten, forlot helsefagarbeideren huset uten å låse døren. Høyesterett uttalte at helsearbeideren som forlot stedet, ikke uten ansvar kunne forholde seg passiv til informasjonen hun hadde fått, og at hun hadde en handleplikt. Handleplikten kunne for eksempel være å varsle en overordnet eller politiet om informasjonen hun hadde fått om at noe straffbart ville skje.

3.5.1.3 Tilknytning mellom en omsorgsperson og et barn

Forholdet mellom foreldre og barn skaper en særlig forventning om at forelderen har en plikt til å reagere. Det vil være uansvarlig å forholde seg passiv dersom et barn man har ansvaret for blir utsatt for vold, og det er forsømmelsen av handleplikten som forklarer og grunngir passivitetsansvaret.⁸⁸ Foreldres omsorgsplikt for barn følger av barnelova § 30, og bestemmer at barn har krav på *«omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret»*. Omsorgsplikten kan også følge av lov, avtale (for eksempel barnepasser), eller tilknytning mellom barnet og en voksen som har omsorg for det i kraft av en offentlig stilling (for eksempel barnevernstjenesten og fosterforeldre.)⁸⁹

Et omsorgsansvar for et barn er så grunnleggende at omsorgspersoner bør ha en plikt til å avverge alle typer alvorlige integritetskrenkelser mot barnet, uansett hvem som går løs på det.⁹⁰

⁸⁸ Husabø (1999) s. 186.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 438.

⁹⁰ Husabø (1999) s. 188.

Andre voksne i familien eller husstanden har i utgangspunktet ikke noen lovbestemt omsorgsplikt for barnet. Likevel vil det at noen lever over lengre tid sammen med et barn kunne tilsi at tilknytningen er sterk nok til at det kan utløse en handleplikt. Særlig dersom vedkommende husstandsmedlem har kunnskap om at barnet blir mishandlet.⁹¹ Det kan i denne sammenheng nevnes, uten at det skal vies mer oppmerksomhet til det her, at andre familiemedlemmer enn omsorgspersoner med lovbestemt omsorgsplikt, kan bli stilt til ansvar for hensettelse av noen i hjelpeløs tilstand jf. strl. § 288 andre ledd. Det sentrale er imidlertid spørsmålet om *hvilket omsorgsforhold* som gir grunnlag for en handleplikt etter medvirkningsansvaret, og ikke bare etter hjelpeplikten i strl. § 288. Oppgaven vil komme tilbake til dette i kapittel 4.⁹²

3.5.2 Kravet til hindringssammenheng

For en forklaring av det generelle årsakskravet for medvirkning vises det tilbake til punkt 3.2. Ved passiv medvirkning er det mer naturlig å hevde at unnlatsen av å handle må stå i en *motvirkende hindringssammenheng* med hovedgjerningen.⁹³ Dette innebærer at medvirkeren kunne og burde foretatt en alternativ handling for å *hindre* at lovbruddet fant sted.⁹⁴ Nærmere forklart må det kunne forventes at vedkommende *bryter* årsaksrekken frem til en farlig situasjon.

Kravet til hindringssammenheng ved passiv medvirkning vil være oppfylt om den alternative handlingen enten fysisk eller psykisk ville ha motvirket hovedgjerningen.⁹⁵ Eksempelvis at man spyler vann på ilden slik at en brann ikke sprer seg, eller at man hindrer en drapsmann i å få tak i et våpen han skal bruke på offeret. En form for psykisk hindringssammenheng vil være å rope «pass deg», slik at et barn kommer seg ut av veien før en trailer kjører forbi. Husabø uttaler at «når det er nok til psykisk medvirkning å gi hovedmannen én ytterligere grunn til lovbruddet, må det i prinsippet være nok til medvirkning ved unnlattelse å frata han én slik grunn.»

For å kreve at en person kunne ha hindret noe, må det faktisk ha vært *mulig* for vedkommende å opptre på en måte som ville ha motvirket handlingen. Det er urimelig å kreve

⁹¹ HR-2018-262-U avsnitt 19.

⁹² Se kap. 4.

⁹³ Husabø (1999) s. 181.

⁹⁴ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utg, Bergen: Universitetsforlaget, 2007, s. 327.

⁹⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 300.

en motvirkende handling når det fremstår umulig.⁹⁶ Et viktig spørsmål er rekkevidden av hindringssammenheng. Det vil si hvor strengt kravet skal være, og hvilke alternative handlinger man skal kunne kreve av den passive medvirker for at vedkommende skal gå fri for straffansvar.

Rettspraksis har tidvis sviktet med å presisere hva den passive medvirkeren konkret burde ha gjort for å hindre forbrytelsen,⁹⁷ og det har inntil nylig vært uklart hva den alternative handlingen burde ha gått ut på. Hva hindringssammenheng konkret går ut på har heller ikke uttrykkelig blitt satt på spissen i Høyesterett. I Rt. 2010 s. 1630 som gjaldt passiv medvirkning til grov legemsbeskadigelse ved bruk av kniv, ble det imidlertid lagt til grunn at: «(...) det ikkje vart *forsøkt* avverging eller foretatt annen klar distansering da kniven ble sett». Uttalelsen kan tolkes slik at Høyesterett mente at det var tilstrekkelig for å oppfylle handleplikten at vedkommende hadde *forsøkt* å gripe inn for å *hindre* knivstikkingen.

En klarere presisering om handlingsalternativer, fremgår av Rt. 2013 s. 1686.⁹⁸ Saken omhandlet helsefagarbeideren som ikke låste døra hjemme hos en pleietrengende person, selv om hun visste at det kom til å skje noe ulovlig den kommende natten. Ved spørsmål om straffansvar for passiv medvirkning uttalte Høyesterett i avsnitt 16) at «det ikke var forhold ved situasjonen som gjør det *urimelig* å kreve at A foretok seg noe for å *hindre* det planlagte tyveriet, *for eksempel ved å varsle en overordnet eller politiet.*»⁹⁹ Denne uttalelsen trekker i retning av at det skal gjelde et krav om hindringssammenheng når straffansvar for passiv medvirkning skal idømmes. På lik linje som en tiltalt har krav på å få vite hva slags aktiv handling han blir stilt ansvarlig for, bør han også ved passivitetsansvar få vite hva slags aktiv handling han *burde* foretatt seg. Dette er et rettstrygghetskrav.

3.5.3 Rimelighetskravet

Ved unnlattelse og passiv medvirkning vil det måtte foretas en særlig rettsstridsvurdering for å avgjøre hva som er rimelig å kreve i den konkrete situasjonen. Husabø omtaler dette som et

⁹⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 299.

⁹⁷ Se redegjørelsen av Rt. 2009 s. 1498 i punkt 3.5.1.2.

⁹⁸ Dommen er omtalt i punkt 3.5.1.2.

⁹⁹ Mine uthevinger.

rimelighetskrav, og skriver at det «må være så *rimelig* å krevja ei slik handling at det kan grunnge eit medverkningsansvar».¹⁰⁰

Når retten har klargjort hvordan tiltalte kunne og burde handlet for å hindre lovbruddet, må det tas en vurdering av om det er *rimelig* å forvente en slik handling. Det må tas en vurdering av om personen med *rimelighet* kunne ha foretatt en aktiv handling for å forhindre lovbruddet.¹⁰¹

Høyesterett har vurdert rettsstrid i flere saker som omhandler medvirkning, og et konkret eksempel på dette er Rt. 2002 s. 1717, også kjent som Orderudsaken. Avgjørelsen gjaldt medvirkning til drap på tre personer på en gård. Den ene tiltalte hadde overlevert to pistoler til et ektepar. Pistolene ble senere brukt til å skyte ektemannens foreldre og søster.

Lagmannsretten fant at det kunne være noe usikkert om tiltalte, før hun leverte pistolene, hadde forsett i henhold til fullbyrdelsen av drapet. Høyesterett kom imidlertid til at hun hadde en plikt til å handle etter at hun hadde overlevert pistolene, fordi hun like etterpå fikk kunnskap om at pistolene med *overveiende sannsynlighet* inngikk i drapsplanene. Høyesterett fremholdte at «en enkel og nærliggende mulighet ville rett og slett være å ta pistolene tilbake».¹⁰² Andre muligheter ville vært å kontakte politi eller varsle de potensielle ofrene. Minst ett av alternativene var *rimelig å kreve* av vedkommende. Unnlåtelsen av å oppfylle denne handlingsplikten ble ansett straffbar, da tiltalte *ikke gjorde noe* for å avverge den faren hun hadde bidratt til å skape.

I saken om helsefagarbeideren som ikke låste døren (Rt. 2013 s. 1686)¹⁰³, skriver Høyesterett at det ikke var «forhold ved situasjonen som gjør det *urimelig* å kreve at [tiltalte] foretok seg noe» for å hindre tyveriet.¹⁰⁴

Hva som er rimelig å kreve av den passive medvirkeren vil bero på en helhetsvurdering av hvilken risiko som var til stede ved å gripe inn. Det må vurderes hvilke interesser som sto på spill for de ulike partene, og de konkrete handlingsmulighetene som forelå. Andenæs uttaler at «det neppe vil stemme med vanlige rettferdsforestillinger å bruke straff for manglende

¹⁰⁰ Husabø (1999) s. 197.

¹⁰¹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 313.

¹⁰² Rt. 2002 s. 1717 på s. 1720.

¹⁰³ Se punkt 3.5.1.2.

¹⁰⁴ Avsnitt 16.

heroisme». ¹⁰⁵ Hvis det er gode grunner for at den passive unnlot å handle, blir unnlatelsen mindre klanderverdig. ¹⁰⁶

4 Omsorgspersoners passive medvirkning i saker om mishandling av barn

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal oppgaven foreta en grundig gjennomgang av nyere rettspraksis i saker hvor den passive medvirkeren er omsorgsperson for et barn som utsettes for mishandling.

Formålet med undersøkelsen er å avklare om det er grunnlag for å si at det passive medvirkningsansvaret for barns omsorgspersoner faktisk skiller seg fra det passive medvirkningsansvaret for øvrig, og i så tilfelle på hvilken måte. Analysen vil særlig undersøke hvordan Høyesterett behandler spørsmålene om handleplikt og tilknytning, og hvordan de anvender rimelighetsbetraktningen.

På området for passiv medvirkning har rettspraksis en særlig rettskapende og viktig funksjon. I det følgende skal det derfor redegjøres for de fire mest sentrale dommene som belyser temaet om passiv medvirkning for vold mot barn. dommene illustrerer hvordan Høyesterett de siste årene har utviklet regelen om handleplikt. Analysen skal forsøke å besvare hva som er gjeldende rett ved omsorgspersoners passive medvirkning ved mishandling. For å besvare dette spørsmålet, vil terskelen for et passivt medvirkningsansvar i utvalgte dommer om temaet bli undersøkt.

4.2 Sentral rettspraksis om passiv medvirkning ved mishandling av barn

4.2.1 Christoffer-saken, LA-2012-92858

Som nevnt foran, ¹⁰⁷ gjaldt «Christoffer-saken» et tilfelle hvor en gutt på åtte år flere ganger ble utsatt for vold av sin stefar, og gjennom slag og eller støt mot hardt underlag fikk gutten skallebrudd og hjerneoppsvulming. Han døde senere av de alvorlige og omfattende hodeskadene. Stefaren ble i LA-2008-179127 funnet skyldig i å ha mishandlet gutten gjentatte ganger. Saken fikk stor medieomtale og i ettertid har det blitt rettet stor kritikk mot offentlige

¹⁰⁵ Andenæs (1942) s. 459.

¹⁰⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 313.

¹⁰⁷ Punkt 1.2.

instanser som skole og sykehus. Dette er så vidt bekjent den første kjente saken der Høyesterett setter søkelyset på foreldres *passive medvirkning til mishandling av barn*.

Spørsmålet for Agder lagmannsrett,¹⁰⁸ var om moren til Christoffer kunne ansees å ha passivt medvirket til stefarens straffbare handling ved å ikke gjøre noe for å hindre volden.

Spørsmålet var om moren kunne straffes for brudd på straffeloven 1902 § 228 første og andre ledd, jf. § 232. Da det ikke kunne bevises at moren «kunne ha innsett muligheten» av dødsfølgen, ble medvirkningsansvaret begrenset til å gjelde hennes passivitet til legemskrenkelse med skade eller smerte til følge, utført mot en forsvarsløs person.

Når omfanget av det passive medvirkningsansvaret i saken mot moren skulle vurderes, ble tre teoretikers synspunkt trukket fram: Andenæs, Husabø og Matningsdal. Alle deres synspunkter ble drøftet, men lagmannsretten uttalte ikke klart hvilken teori som ble lagt til grunn. Retten uttrykte at det var en flytende grense mellom hendelig uhell som ingen kunne klandres for, og manglende tilsyn og omsorgssvikt. Det ble uttalt at: «Kvar grensa går mellom omsorgssvikt og straffbar medverking, må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering av straffebudet og dei faktiske forholda i det enkelte straffebudet».¹⁰⁹

I den konkrete vurderingen la lagmannsretten vekt på at moren holdt det som overveidende sannsynlig at sønnen ble utsatt for omfattende vold fra ektemannen. Utover en hver rimelig og forstandig tvil, holdt hun det for mer sannsynlig enn ikke at voldsutøvinga ville fortsette dersom hun ikke på en eller annen måte *hindret* den videre volden. Dette ble særlig begrunnet med at hun ikke hadde foretatt seg noe når hun var klar over at sønnen gråt og lagde lyder om nettene når ektemannen var inne med han. I tillegg hadde hun flere indikasjoner på at sønnen ble utsatt for vold, særlig fordi hun hadde kjennskap til tidligere skader som hadde oppstått om nettene. Når moren i tillegg hadde vært på et bekymringsmøte med skole og SFO, ble oppfatningen hennes om hva som hadde skjedd styrket. Som følge av denne kunnskapen hadde moren en *handleplikt* for å motvirke nye overgrep. Lagmannsretten utalte at den handleplikten moren hadde for sønnen, oppstod som følge av hennes «... *særlige stilling som den nærmeste omsorgspersonen ...*»

¹⁰⁸ LA-2012-92858.

¹⁰⁹ LA-2012-92858 s. 19.

Når det gjaldt hva som var *rimelig å forvente* av moren, uttaler lagmannsretten at moren hadde flere valg som ikke var drastiske på noe vis. Moren kunne ha tatt kontakt med sønnen når hun likevel var på skolen i forbindelse med et bekymringsmøte. Hun kunne ha tatt fri fra jobb den dagen for å være hjemme med sønnen når ektemannen kom hjem, og på den måten skjermet han for volden. Videre var det også *rimelig å forvente* at moren tok opp problematikken ovenfor ektemannen.

Å melde inn sin egen ektefelle for mishandling av barnet sitt, var i følge lagmannsretten et «stort steg», og retten fant det ikke rimelig å kreve at moren skulle ha tatt kontakt med barnevern eller politi. Retten grunngir dette med at hun var sterkt knyttet til ektemannen.

Lagmannsretten kom til at moren ved sin passivitet hadde medvirket til volden. Da moren ikke sendte andre signaler til ektemannen for å motvirke videre vold, mente lagmannsretten at dette var passivitet som kunne sees på som konkludent atferd og et brudd på handleplikten.

Dommen ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet. Anken gjaldt lovanvendelsen og saksbehandlingen, subsidiært straffutmålingen.¹¹⁰ Høyesteretts beslutning la til grunn at lagmannsretten hadde et dobbelt grunnlag for å ilegge et medvirkningsansvar ved passivitet, konkludent atferd og handlingsplikt. I anken ble det fremhevet at det var behov for at Høyesterett avklarte om det i norsk rett var adgang til å straffe «*ren passiv medvirkning*».

Høyesteretts ankeutvalg fremhevet følgende:

«Det er i rettspraksis flere eksempler på at Høyesterett har bygget på handleplikt som grunnlag for ansvar for passiv medvirkning, jf. Rt. 2009 side 1365 avsnitt 26 og Rt. 2010 side 1630 avsnitt 26. Spørsmålet om konkludent atferd har da ikke vært drøftet. De nevnte sakene gjaldt riktignok situasjonen hvor to personer har samvirket til en forbrytelse, og hvor en av dem har gått ut over det som opprinnelig var avtalen. Men etter utvalgets syn kan det heller ikke der det foreligger handleplikt i kraft av omsorgsansvar for et barn, stilles opp et krav om at det foreligger konkludent atferd. Ren passivitet vil her kunne være tilstrekkelig for å etablere straffansvar.»

Avgjørelsen har bidratt til å avklare flere prinsipielle sider av medvirkningsansvaret i relasjon til barns vern mot vold. Ved å konstatere at det ikke er et krav om konkludent atferd der det

¹¹⁰ Rt. 2013 s. 1015.

foreligger handleplikt, vil også ren passivitet kunne være nok for straffansvar i saker som omhandler passiv medvirkning. Selv om ankeutvalget ikke sier noe om *hvordan* man skal gå frem og hva man skal legge vekt på i vurderingen, danner saken et viktig grunnlag for videre rettspraksis. Det er grunn til å bemerke at moren i denne saken var helt passiv. I de andre dommene som er gjenstand for analyse i dette kapittelet, varierer graden av utvist passivitet.

4.2.2 Stemordommen- HR-2019-561-A

I den såkalte «Stemordommen» var hovedspørsmålet om en kvinne kunne dømmes for passiv medvirkning til ektefellens mishandling av hans egen sønn. Gutten var kvinnens stesønn.

Ting- og lagmannsretten hadde funnet det bevist utover enhver rimelig tvil at faren hadde slått sønnen på ulike steder på kroppen. Herunder med flat hånd i ansiktet, med gjenstander som for eksempel en sko, kastet ting på han, herunder glass, bestikk og en datamus. Videre hadde han lugget sønnen i håret, vridd armen hans, dratt han i ørene og truet han med at han ville bli sendt tilbake til Syria dersom han fortalte noen om voldsutøvelsen som skjedde i hjemmet. Faren hadde i tillegg uttalt at uansett hvor gutten dro i Norge ville han finne han og drepe han med bruk av kniv. I følge dommen var stemoren utvilsomt klar over at stesønnen ble utsatt for disse krenkelsene. Stemoren hadde en rekke ganger forsøkt å stanse eller motvirke ektefellens krenkelser, både verbalt og på annen måte. Ved en anledning tilkalte hun også en bekjent av familien for å roe ned mannen.

Det er særlig tre problemstillinger som vurderes av Høyesterett. Den første er om relasjonen mellom stemoren og stesønnen var av en slik karakter at passiviteten fra stemoren kunne innebære medvirkning: *tilknytningskravet*. Den andre problemstillingen er om straffrihetsgrunnen jf. strl. § 196 tredje ledd kom til analogisk anvendelse, og at den dermed hindret straff for passiv medvirkning. Den tredje problemstillingen var om stemoren hadde gjort nok for å motvirke mishandlingen som mannen utsatte stesønnen for. Høyesterett var uenig i den siste problemstillingen, og dissensen ble 3-2.

4.2.2.1 Relasjonen mellom stemoren og stesønnen: Høyesteretts vurdering av tilknytningskravet

I avsnitt 20 fremholder Høyesterett relasjonen mellom et barn og den passive personen på generelt grunnlag:

«For at en unnløstelse 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.»¹¹¹

Selv om det formelle omsorgsansvaret var noe uklart, hadde stemoren vært i biologisk mors sted siden 2007, da stesønnen var to år gammel.¹¹² Omstendigheten rundt omsorgsansvaret ble ikke tillagt særlig vekt.¹¹³ Det ble konstatert at stemoren hadde en omsorgsplikt ovenfor gutten, selv om hun ikke var hans biologiske mor. Høyesterett kom til at relasjonen mellom stemoren og stesønnen var av en «særlig tilknytning», og at relasjonen var av en slik karakter at passiviteten kunne utgjøre medvirkning.

4.2.2.2 Spørsmålet om straffrihetsgrunnen jf. § 196 tredje ledd kom til analogisk anvendelse

Spørsmålet som ble reist var om straffrihetsgrunnen jf. § 196 tredje ledd kom til analogisk anvendelse i tilknytning til passiv medvirkning. Nærmere bestemt om straffrihetsgrunnen medførte en begrensning i stemorens handleplikt, og dermed hindret domfellelse for passiv medvirkning.¹¹⁴

Straffeloven § 196 gjør det straffbart blant annet å unnlate «gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling ... på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen ... vil bli begått». Det gjelder bare de straffbare handlingene som bestemmelsen selv nevner. Bestemmelsene om mishandling i nære relasjoner er blant disse.¹¹⁵ Brudd på avvergelsesplikten skal ikke straffes dersom «plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd» jf. tredje ledd bokstav b. Det siste er altså en lovfestet straffrihetsgrunn, som vil si at man går fri fra straff dersom vilkåret er oppfylt.

¹¹¹ Avsnitt 20.

¹¹² Avsnitt 28.

¹¹³ Avsnitt 28.

¹¹⁴ Avsnitt 21-25 og 34.

¹¹⁵ Strl. §§ 282 og 283.

I dommen drøfter Høyesterett relasjonen mellom strl. §§ 15 og 196. Førstevoterende uttaler at passiv medvirkning jf. strl. § 15 bare kan være straffbart dersom det er en *særlig tilknytning* mellom den passive personen, og den eller det straffebudet beskytter. Videre konstaterer førstevoterende at: «straffeloven. § 196 derimot retter seg mot enhver. Når det ikke stilles krav om nærmere tilknytning til situasjonen, er det grunn til å la unnlatt avvergelse være straffri i nokså vid utstrekning.»¹¹⁶

Etter førstevoterendes mening er straffrihetsgrunnen til dels så vag at den ikke uten videre kan anvendes når man skal ta stilling til om passivitet utgjør straffbar medvirkning.¹¹⁷

Høyesterett uttaler videre at: «det ville være paradoksalt om en bestemmelse som er ment å styrke samfunnsvernet mot visse alvorlige forbrytelser, skulle medføre en begrensning i hva som kan regnes for medvirkning, særlig om virkningen avgrenses til akkurat disse forbrytelsene»¹¹⁸, og at det etter omstendighetene ville kunne være støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.

En samlet Høyesterett konkluderer med at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 tredje ledd ikke skal komme analogisk til anvendelse når det skal tas stilling til om det foreligger passiv medvirkning til en forbrytelse. Likevel fremholder Høyesterett at momentene i tredje ledd bokstav b, ofte vil være relevante i den konkrete helhetsvurderingen, og at særlig vernet mot selvinkriminering kan få betydning.¹¹⁹

Oppgaven kommer tilbake til Høyesteretts vurdering av straffeloven § 196 i kapittel 5.

4.2.2.3 Om stemoren hadde gjort nok for å forhindre ytterligere krenkelser av gutten

Det mest sentrale spørsmålet i saken, var om stemoren skulle ha gjort noe mer i sitt forsøk på å hindre ytterligere krenkelser av gutten, altså om hun skulle ha forsøkt ett av de handlingsalternativene som lagmannsretten oppstilte. For å forhindre ytterligere vold, kunne hun etter lagmannsrettens syn blant annet ha flyttet med barna fra hjemmet, bedt ektefellen om å flytte ut eller ha søkt hjelp i sitt private nettverk eller i det offentlige hjelpeapparatet.¹²⁰

¹¹⁶ Avsnitt 21.

¹¹⁷ Avsnitt 21.

¹¹⁸ Avsnitt 22.

¹¹⁹ Avsnitt 25.

¹²⁰ Avsnitt 11.

Fra avsnitt 27) og utover, drøfter førstevoterende stemorens *handleplikt*. Hovedregelen for passiv medvirkning blir lagt frem i avsnitt 29), og Høyesterett uttaler at det ikke er et vilkår for straffrihet at den som har handleplikt faktisk klarer å avverge den ulovlige handlingen, eller følgene av den. Høyesterett uttaler videre at: «det er tilstrekkelig at vedkommende gjør noe som *fysisk eller psykisk motvirker handlingen*, jf. Husabø, Straffansvarets periferi, side 184». ¹²¹ Førstevoterende fortsetter likevel med at: «det kan imidlertid ikke bety at det aldri er plikt til å forsøke *en alternativ handling* dersom det man gjør, ikke får gjerningspersonen til å holde opp. Også det må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen.» ¹²²

Høyesterett sier ikke noe om hvilke momenter som faktisk skal inngå i den helhetlige vurderingen.

Flertallet skriver noe helt sentralt i avsnitt 31:

«Jeg er enig med lagmannsretten i at A i den situasjonen hun var i, hadde en *plikt* til i alle fall å søke hjelp, enten på nytt i sitt private nettverk eller hos offentlige instanser som hun hadde kontakt med, i et forsøk på å *hindre ytterligere krenkelser* av C. Med sakens spesielle forhistorie og de tiltakene som var satt inn overfor hjemmet for å hindre videre mishandling, *utgjør hennes passivitet etter mitt syn mer enn bare brudd på omsorgsplikten* – hun har medvirket til at mishandlingen av C fortsatte. Slik jeg ser det, er altså lagmannsrettens lovanvendelse riktig på dette punktet.» ¹²³

Førstevoterende var altså enig med lagmannsretten når det gjaldt *rimelighetsvurderingen*, og mente at det var *rimelig* å forvente at stemoren forsøkte å foreta seg «... ett av de handlingsalternativene som lagmannsretten oppstiller ...» Det var dermed rimelig å kreve at stemoren skulle ha flyttet med barna fra hjemmet, bedt ektemannen flytte ut eller ha søkt hjelp i sitt private nettverk eller i det offentlige hjelpeapparatet. Ved å ikke gjøre dette, hadde hun altså *medvirket* til at mishandlingen mot stesønnen fortsatte.

Høyesteretts mindretall på to dommere mente at stemoren ikke hadde gjort seg skyldig i straffbar medvirkning til mannens mishandling av sønnen, og at hun derfor måtte frifinnes. Mindretallet la vekt på at stemoren hadde utvist en «ikke ubetydelig aktivitet» for å motvirke

¹²¹ Avsnitt 29.

¹²² Avsnitt 29.

¹²³ Avsnitt 31.

mannens mishandling av hennes stesønn.¹²⁴ Dette ble begrunnet med at hun en rekke ganger hadde forsøkt å motvirke krenkelsene, blant annet da hun tilkalte en bekjent av familien.

Uttalelsene førte imidlertid ikke frem, og resultatet i dommen ble skarp dissens på 3-2. Stemoren ble straffet for passiv medvirkning fordi hun *ikke hadde gjort nok* for å motvirke mishandlingen av stesønnen, og anken over lagmannsrettens lovanvendelse ble dermed forkastet. Avgjørelsen viser at en omsorgsperson kan straffes for medvirkning selv om vedkommende har foretatt seg visse handlinger for å motvirke mishandlingen. Dommen er det første eksempelet i rettspraksis på at noen blir holdt strafferettslig ansvarlig som passiv medvirker til tross for at vedkommende har foretatt seg *noe* for å motvirke eller hindre gjerningspersonens straffbare overtredelse. Dette selv om tidligere praksis har pekt i retning av at det er tilstrekkelig å forsøke å motvirke lovbruddet.¹²⁵

4.2.3 Stefardommen- HR-2019-2205-A

Senere samme år, var passiv medvirkning for omsorgspersoner igjen oppe for Høyesterett. Dette gjorde at Stemordommen ble fulgt opp.

I den såkalte «Stefardommen»,¹²⁶ var hovedspørsmålet om en stefar kunne straffes for passiv medvirkning til en mors mishandling av sine tre barn.

Moren ble dømt for grov mishandling av sine barn over en periode på to og en halv måned etter at de var kommet til Norge fra Etiopia gjennom familiegjennforening. Moren til barna hadde ved gjentatte anledninger slått, sparket og grovt mishandlet sin datter på tre år. Hun kastet henne blant annet mot en seng slik at hun fikk et kutt i haken som måtte sys med 10 sting, og truet henne gjentatte ganger med bruk av kjøkkenkniv og gafler. Det fremgår av tiltalebeslutningen at hun flere ganger slo datteren med forskjellige gjenstander mot ulike deler av kroppen. I dagene forut for 26. juni 2017, kastet hun datteren gjentatte ganger i gulvet på stua, med den følge at datteren ble påført omfattende hodeskader med blødninger under den harde hjernebinnen. Datteren døde av de påførte skadene onsdag 28. juni 2017.¹²⁷

¹²⁴ Avsnitt 41.

¹²⁵ Jf. *Christoffer-saken*.

¹²⁶ HR-2019-2205-A.

¹²⁷ Tiltalegrunnlaget, jf. avsnitt 3 i dommen.

Lagmannsretten fant det bevist at stefaren flere ganger hadde prøvd å hindre morens vold mot barna. Han hadde sagt at hun måtte slutte å slå, og han truet med at han ville gå fra henne dersom hun fortsatte å behandle barna slik. Noen ganger gikk han imellom og tok med barna ut. Ved enkelte anledninger gjemte han unna gjenstander og tok ifra henne ting hun slo med, samt kniven hun truet med.¹²⁸ Stefaren hadde altså gjort enkelte forsøk på å skjerme barna.

Sentralt i saken sto spørsmålet om hva eller hvor mye som skal til for at den som har omsorg for et barn, kan fri seg fra det strafferettslige medvirkningsansvaret. Høyesterett ga i avsnitt 51-77, grundige, allmenne retningslinjer om hvor langt medvirkningsansvaret ved hel eller delvis passivitet rekker, og konstaterer hvilke momenter som skal inngå i vurderingen om handleplikten er oppfylt.¹²⁹

Når Høyesterett vurderer det passive medvirkningsansvaret er det særlig tre problemstillinger som reiser seg: Om stefaren hadde et omsorgsansvar som kunne utløse handleplikten (tilknytningskravet), om stefaren hadde gjort nok til å fri seg fra det passive medvirkningsansvaret (kravet til hindringssammenheng), og hva som var rimelig å kreve av stefaren.

4.2.3.1 Høyesteretts vurdering av tilknytningskravet

I vurderingen av om stefaren hadde en omsorgsplikt som kunne utløse handleplikten (tilknytningskravet), la Høyesterett til grunn at et medvirkningsansvar er aktuelt for personer som omfattes av ”nære relasjoner” i strl. § 282 bokstav a til e.¹³⁰ Det ble uttalt at: «Når det gjelder bokstav e – «noen i sin omsorg» – fremhever jeg at A hadde den daglige omsorgen for C mens moren var på skolen. Barna kalte ham pappa ...»¹³¹

I følge Høyesterett var det på det rene at stefaren hadde omsorgsplikt, og det ble lagt vekt på at stefarens omsorgsforpliktelse var mer uttalt enn det som ofte vil være tilfellet for stefedre som kommer inn i en allerede etablert familie.¹³² Høyesterett kom til at tilknytningskravet var oppfylt til tross for at stefaren bare hadde bodd sammen med barna i to og en halv måned.

¹²⁸ Avsnitt 32.

¹²⁹ Avsnitt 66-76.

¹³⁰ Avsnitt 39-43.

¹³¹ Avsnitt 42.

¹³² Avsnitt 43.

Dette kan dermed peke i retning av at det ikke skal mye til for å oppfylle tilknytningskravet når vold mot barn forekommer.

4.2.3.2 Høyesteretts vurdering av kravet til hindringssammenheng

Når det skulle vurderes om stefaren hadde gjort nok til å fri seg fra det passive medvirkningsansvaret, ble det først konstatert at stefaren holdt det for mest sannsynlig at voldsbruken ville fortsette om den ikke ble stanset. Dette ble særlig begrunnet med lagmannsrettens uttalelse om at morens vold mot barna både var synlig, hørbar, intens og hyppig.¹³³

Høyesterett startet med å presentere strl. § 15, og gikk nøye igjennom utgangspunktet om passiv medvirkning. Ren passivitet skal i alminnelighet ikke straffes.¹³⁴ Det ble fremholdt at for å omfattes av straffansvar som medvirker må vedkommende på en eller annen måte «bidra til lovbruddet – hans handling eller unnlattelse må *virke med* ved den straffbare handlingen – i saken her ved mishandlingen av barna.»¹³⁵

I motsetning til hva som ble gjort i Stemordommen, trekker førstevoterende inn lovskravet jf. Grunnloven § 96 og EMK art. 7, som setter skranker for hvor langt domstolene kan gå i å tolke ordlyden på strafferettens område. Det blir, uten nærmere drøftelse, fremholdt at medvirkningsansvaret for stefaren ikke kommer i konflikt med lovskravet.¹³⁶

Førstevoterende viste også til Stemordommen som eksempel på at man kan bli holdt strafferettslig ansvarlig som passiv medvirker, også der vedkommende *gjør noe*, men ikke nok, for å hindre overgrep mot barnet.¹³⁷ Høyesterett fremholdt at det kan være utilstrekkelig å bare avverge noen få av et større antall overgrep. I følge Høyesterett, kan det i slike situasjoner være grunnlag for å konstatere medvirkningsansvar for en omsorgsperson, også der vedkommendes passivitet så vidt er fremtredende.¹³⁸

Vi ser altså at det skal en god del til for å fri seg fra et medvirkningsansvar når et barn er involvert.

¹³³ Avsnitt 29-30.

¹³⁴ Avsnitt 53-55.

¹³⁵ Avsnitt 54.

¹³⁶ Avsnitt 55.

¹³⁷ Avsnitt 63.

¹³⁸ Avsnitt 63.

4.2.3.3 Rimelighetsvurderingen

Handlepliktens omfang blir drøftet i avsnitt 67) og førstevoterende fremholdt at når det gjelder alvorlige overgrep mot barn, må det ligge i omsorgspersonens handleplikt at han, innenfor det som det er *rimelig* å kreve av ham, i alle fall gjør noe som er egnet til å motvirke lovbruddet. Det fremgikk av stemordommen at det nærmere innholdet av handleplikten måtte bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen, hvor det vil ha betydelig vekt at det er tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for.¹³⁹

Førstevoterende i Stefardommen fulgte dette opp og utkrystalliserte noen momenter som det vil være naturlig å ta utgangspunkt i når det skal vurderes om hva som er *rimelig* å kreve av den passive omsorgspersonen.¹⁴⁰ I avsnitt 51-77 gjennomgikk førstvoterende hvilke momenter som står sentralt ved avgjørelsen av om det kan gjøres gjeldende medvirkningsansvar i slike tilfeller.

Det vil for det første være *overgrepenes alvorlighetsgrad*, herunder omfang og intensitet. Jo mer alvorlig overgrepene er, desto mer må kreves for å stanse gjerningspersonen.

For det andre må det, særlig der det er tale om overgrep *over tid*, kreves mer fra omsorgspersonens side for å stanse lovbruddene, enn ved enkeltstående tilfeller.

For det tredje er det et viktig moment *hvor utsatt eller sårbart barnet er*. Her vil forhold som barnets alder, utvikling, sosiale situasjon mv. kunne komme inn.

Videre vil *styrkeforholdet og relasjonen for øvrig mellom gjerningspersonen og den mulige medvirkeren* være et relevant moment. Er det tale om en ressurssterk omsorgsperson som relativt enkelt kan gripe inn mot de overgrep barnet utsettes for, skal det nok i alminnelighet en del til for å fri seg fra straffansvaret. Motsatt kan styrkeforholdet mellom partene og andre omstendigheter gjøre at kravene til aktivitet må lempes. Forholdene kan for eksempel ligge slik an at også den passive omsorgspersonen er utsatt for overgrep og er i en slik tvangssituasjon at det ikke er grunnlag for medvirkningsansvar.

Etter omstendighetene kan det også være et moment om vedkommende hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra kunnskap om tidligere overgrep mot barna, jf. avsnitt 31 i

¹³⁹ Stemordommen, avsnitt 40.

¹⁴⁰ Avsnitt 69-75.

stemorddommen, hvor det vises til *sakens spesielle forhistorie* og de tiltakene som var satt inn overfor hjemmet for å hindre videre mishandling.

Det siste momentet som i følge Høyesterett må vurderes er hvilke *virkemidler* som står til rådighet for å kunne gripe inn. Her kan en rekke forhold være relevante. Blant annet kan det ha betydning hvilken mulighet vedkommende har for å hindre lovbruddet ved å gripe inn rent fysisk, om det finnes personer i omgangskretsen som kan bistå, og om det ville være naturlig og mulig å be om hjelp fra offentlige institusjoner som skole, helsevesen, barnevern, politi eller andre.

I avsnitt 77 oppsummerer førstevoterende de rettslige vurderingene slik:

«Den som har omsorgsansvar for barn, kan altså etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep. Ansvarer omfatter både ren passivitet og tilfeller hvor vedkommende ikke har gjort nok for å forhindre overgrepet. Det er ikke nødvendig at det lykkes å avverge lovbruddet. Men når det gjelder alvorlige overgrep mot barn, må omsorgspersonen – innenfor det som er rimelig å kreve – *i alle fall gjøre noe som er egnet til å motvirke lovbruddet.*¹⁴¹ Hva som kreves, beror på en konkret vurdering av hele situasjonen. I denne vurderingen vil det regelmessig være naturlig blant annet å vurdere de momentene jeg tidligere har gitt anvisning på.»¹⁴²

Når det kommer til handlingsalternativene som stefaren kunne ha foretatt seg, la Høyesterett til grunn de handlingene som lagmannsretten pekte på. Stefaren kunne stoppet henne fysisk i den aktuelle situasjonen. Han hadde flere opplagte og enkle handlingsalternativer. Han kunne bedt om hjelp fra det somaliske miljøet, han kunne oppfordret barna til selv å søke hjelp, f.eks. ved å fortelle om situasjonen på skolen, og ikke minst kunne han benyttet de offentlige instanser han var kjent med og hadde kontakt med, som flyktningetjenesten, frivillighetssentralen og helsesøster.¹⁴³

Etter førstevoterendes vurderinger hadde stefaren gjort for lite til at han kunne fri seg fra medvirkningsansvaret. Dette var fordi det var tale om så alvorlige handlinger. Hans tiltak

¹⁴¹ Min utheving.

¹⁴² Avsnitt 77.

¹⁴³ Avsnitt 82.

viste seg ikke å være egnet til å stanse morens mishandling av barna. Stefaren hadde dermed en *rimelig* mulighet til å gjøre vesentlig mer enn det han gjorde, jf. handlingsalternativene nevnt i avsnittet over. Høyesterett kom enstemmig frem til at stefaren kunne dømmes for passiv medvirkning fordi han ikke hadde gjort *tilstrekkelige forsøk* på å stanse mishandlingen.

4.2.3.4 Resultatet

Resultatet ble dissens 3-2 når det gjaldt straffutmålingen. Straffen ble fastsatt til fengsel i tre år, mens mindretallet stemte for fengsel i to år.

Det er grunn til å bemerke at annenvoterende, dommer Noer, uttalte at å straffe stefaren for passiv medvirkning, til tross for at han hadde gjort forsøk på å gripe inn-, er «*i randsonen for det straffbare.*» Hun begrunnet blant annet dette med at en som forsøker å stanse det straffbare, både er strafferettslig og etisk i en annen kategori enn selve mishandleren. Dommer Noer bemerket også at rettsavklaringen har skjedd gjennom rettspraksis, og at de rettspolitiske konsekvensene av å straffe i slike situasjoner ikke har blitt like grundig vurdert som hvis det hadde vært en vanlig lovgivningsprosess.

En av de viktigste uttalelsene fremgår av avsnitt 59:

«den som har omsorgsansvar for et barn, har *plikt* til på en eller annen måte å gripe inn overfor mishandling av barnet. Oppfylles ikke denne plikten, kan vedkommende etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep mot barnet. Det typiske vil her være en omsorgsperson som er vitne til alvorlig vold eller seksuelle overgrep mot et barn uten å foreta seg noe til tross for at dette var mulig og rimelig å kreve.»¹⁴⁴

Med denne uttalelsen, konstaterte retten enstemmig at en domstolsskapt handleplikt har blitt etablert. Etter dette kan man straffes for passiv medvirkning for ikke å utøve handleplikten dersom et barn man har omsorg for blir utsatt for mishandling. Dommen avgrenser og presiserer det strafferettslige ansvaret for passiv medvirkning ved mishandling av barn, og fastlegger straffenivået for denne type handlinger. På bakgrunn av at Høyesterett var enstemmig i lovanvendelsen har dommen stor rettskildemessig verdi, særlig når det kommer til innholdet og omfanget av handleplikten.

¹⁴⁴ Avsnitt 59.

4.2.4 Grov mishandling av to spedbarn-HR-2020-1343-A

Mens Stefardommen bidrar til å manifestere handleplikten, klargjør Høyesterett i HR-2020-1343-A vilkårene for å bli dømt for passiv medvirkning til barnemishandling ytterligere.

Saken gjaldt spørsmålet om en barnefar kunne straffes for medvirkning til morens grove mishandling av to spedbarn, til tross for at han ikke var til stede da mishandlingen fant sted. Barnemoren hadde utsatt begge barna for vold, og ble dømt i lagmannsretten. Som følge av volden, ble det ene barnet påført svært alvorlige skader i hodet og på kroppen.¹⁴⁵ Barnefaren hadde vært fraværende da mishandlingen hadde skjedd.

Saken reiser særlige spørsmål om hva som skal til for å kunne straffe for medvirkning når den passive omsorgspersonen er fraværende når mishandling mot barn pågår. I avgjørelsen presiserer Høyesterett hvilken *kunnskap* som kreves hos den passive omsorgspersonen.

Høyesterett startet med hovedregelen om at straff for medvirkning krever en aktiv handling fra medvirkers side, men at unntaket om at den som har særlig tilknytning til situasjonen har en handleplikt til å forsøke å hindre andres straffbare handlinger.¹⁴⁶ Videre uttalte Høyesterett at ordlyden i § 15, «medvirker til overtredelsen» setter grenser for hvor langt det er mulig å gå i å straffe for passiv medvirkning.¹⁴⁷

I avsnitt 19 uttalte førstevoterende at utgangspunktet må være at medvirkningsansvaret først kan oppstå på det tidspunktet omsorgspersonen *blir klar over mishandlingen*. Først da kan den straffsanksjonerte handleplikten utløses. I dette ligger at omsorgspersonen selv ikke trenger å være vitne til mishandlingen. Kunnskapen kan komme på annen måte.

Når det gjelder handlepliktens nærmere innhold og omfang, uttalte Høyesterett at handleplikten må fastsettes med utgangspunkt i den kunnskap som omsorgspersonen har.¹⁴⁸ Kunnskapskravet innebærer at jo mer kunnskap medvirkeren har, desto lettere vil det utløse en handleplikt. Den som har omfattende kunnskap kan typisk bli pålagt å reagere raskere for å

¹⁴⁵ Tiltalegrunnlaget i tingretten, TOSLO-2018-104165.

¹⁴⁶ Avsnitt 13 og 14.

¹⁴⁷ Avsnitt 15.

¹⁴⁸ Avsnitt 20.

avverge hovedpersonenes lovbrudd enn den som har mindre kunnskap.¹⁴⁹ Dette har nær sammenheng med forsettbedømmelsen.

Høyesterett uttalte videre i avsnitt 23), at det må normalt være tilstrekkelig at omsorgspersonen «holder det for mest sannsynlig at mishandlingen, eventuelt grov mishandling, foregår ...» Dermed avviste Høyesterett lagmannsrettens begrunnelse om at medvirkeren kan straffes dersom han bare holdt det for mulig at ektefellen mishandlet dem, og valgte å ikke gripe inn selv om det skulle være tilfelle. I følge Høyesterett har en omsorgsperson brutt handleplikten, idet han får *kunnskap* om at det foregår mishandling. Forsettbedømmelsen måtte knyttes til om mishandlingen ville fortsette dersom det ikke gripes inn, og til den eller de avvergingshandlingene som pålegges i situasjonen.¹⁵⁰

Førstevoterende fremholdt at slik kunnskap i de fleste tilfeller vil gi en klar oppfordring til å handle for å beskytte barna eller i det minste undersøke situasjonen nærmere.¹⁵¹ Altså er det et vilkår for domfellelse at omsorgspersonen *kjenner til* at mishandling foregår, og at det først er da at en straffsanksjonert handleplikt oppstår.¹⁵² Lagmannsretten refererte til SMS og MMS-utveksling mellom foreldrene til barna, og fant det bevist at faren la merke til at begge barna hadde «sår som var så dype at de hadde blødd ulike steder på kroppen», samt at de var smertepåvirket.¹⁵³

Høyesterett kom til at lagmannsrettens lovanvendelse var riktig og at domsgrunnene var tilstrekkelige. Resultatet ble at anken over lagmannsrettens domfellelse ble forkastet, og faren ble dømt for passiv medvirkning til grov mishandling av spedbarna.

Etter denne dommen syntes det som vi står igjen med en regel om at omsorgspersoner har plikt til å handle i det de *mistenker* at barnet utsettes for mishandling. Ved å bryte denne handleplikten har vedkommende passivt medvirket til lovbruddet.

¹⁴⁹ Hans Petter-Jahre, merknad i lovdata til strl. § 15.

¹⁵⁰ Avsnitt 24.

¹⁵¹ Avsnitt 22.

¹⁵² Avsnitt 20.

¹⁵³ Avsnitt 34.

4.3 Fra å bli straffet for å gjøre ingenting, til å bli straffet for ikke å gjøre nok?

Spørsmålet som skal forsøkes besvart i dette punktet er om det kan sies at handlepliktregelen har endret seg fra at man kan bli straffet for å gjøre ingenting, til å bli straffet for ikke å gjøre nok. Er det slik at det er etablert en ny type ansvarskategori for omsorgspersoners passivitet ved mishandling av barn?

Høyesterett har i de siste årene tolket handleplikten i saker som omhandler omsorgspersoners passive medvirkning til vold mot barn strengt. Tidligere var det nok å «forsøke å avverge eller foreta en klar distansering» fra det straffbare forholdet.¹⁵⁴ I sakene som gjelder barnemishandling har Høyesterett uttalt at den *særlige handleplikten* for den som har omsorg for et barn, etter omstendighetene kan gi grunnlag for straffansvar også dersom vedkommende gjør noe, men ikke nok, for å hindre overgrep mot barnet.¹⁵⁵ Det må altså kreves mer for å unngå medvirkningsansvar enn for eksempel bare å si fra om at man misliker handlingen. Når det gjelder alvorlig mishandling av barn, må det kreves en betydelig innsats av omsorgspersonen. I Stefardommen måtte den passive stefaren gjøre noe som var egnet til å få *avsluttet* den alvorlige og kontinuerlige mishandlingen av barna.¹⁵⁶

Den særlige tilknytningen mellom den passive personen og barnet utløser handleplikten. I følge Høyesterett vil *tilknytningskravet* være oppfylt når man har omsorgsansvar for barn. I Stefardommen var kravet til tilknytning oppfylt selv om stefaren bare hadde kjent barna i noen få måneder.¹⁵⁷ Dermed skal det ganske lite til for at handleplikten skal gjøre seg gjeldende, særlig når det er tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for. Som sagt innledningsvis er det generelle tilknytningskravet i endring.¹⁵⁸ Samtidens oppfatning av barns rettsvern har blitt styrket. Antakelig har grunnlovsendringen i 2014, gjort at barns rettssikkerhet har fått et betydelig sterkere vern i domstolene nå enn tidligere.

Handleplikten må fastsettes med utgangspunkt i den kunnskap omsorgspersonen har.¹⁵⁹ Dette forutsetter at omsorgspersonen *holder det for mest sannsynlig* at mishandling foregår.

¹⁵⁴ Eks: Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2003 s. 902.

¹⁵⁵ HR- 2019-561-A (Stemorddommen) avsnitt 40 og HR-2019-2205-A (Stefardommen) avsnitt 63.

¹⁵⁶ HR-2019-2205-A (Stefardommen) avsnitt 67.

¹⁵⁷ HR- 2019-561-A (Stemorddommen) avsnitt 29.

¹⁵⁸ Se punkt 1.2.

¹⁵⁹ HR-2020-1343-A (Spedbarndommen) avsnitt 20.

Omsorgspersonen trenger ikke selv å være vitne til mishandlingen, og utgangspunktet er derfor at medvirkningsansvaret kan oppstå på det tidspunktet omsorgspersonen *blir klar over mishandlingen*.¹⁶⁰ Det er først da at den straffsanksjonerte handleplikten utløses.

Det nærmere innholdet av handleplikten må etter gjeldende rett bero på en *helhetlig vurdering* av den konkrete situasjonen og i vurderingen må det drøftes hva som er *rimelig* å kreve at den passive omsorgspersonen skulle ha gjort for å motvirke volden. Høyesterett oppstilte i Stefardommen noen momenter som skal inngå i totalvurderingen. Momentene som må inntas i helhetsvurderingen er:¹⁶¹

- Overgrepens alvorlighetsgrad, herunder omfang og intensitet
- Ved overgrep over tid, må det kreves mer fra omsorgspersonens side for å stanse lovbruddene enn ved enkeltstående tilfeller
- Hvor utsatt eller sårbart barnet er, herunder barnets alder, utvikling, sosiale situasjon
- Styrkeforholdet og relasjonen mellom gjerningspersonen og den mulige medvirkeren
- Om vedkommende hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra kunnskap om tidligere overgrep mot barna
- Hvilke virkemidler som står til rådighet for å kunne gripe inne

En kan videre se at kravet til *hindringssammenheng* har blitt vesentlig endret. Det kan virke som om det å gjøre et forsøk på å motvirke handlingene, psykisk eller fysisk, ikke lengre er tilstrekkelig for å bli straffri. Den handlepliktige kan altså ikke alltid slå seg til ro med at han har *prøvd å motvirke* lovbruddet uten å lykkes. Høyesterett fremholdt i både Stemordommen og Stefardommen, at det i handlingsplikten ligger et krav til at omsorgspersonen må kunne avverge fremtidig vold ved å *kontakte politi eller barneverntjeneste*.¹⁶² Det kan dermed antas at det er et krav til at omsorgspersonen må varsle offentlige myndigheter for å gå fri for medvirkningsansvar. På grunn av dette kan man antakeligvis si at handleplikten har endret seg til å bli en avvergingsplikt.

Regelen de lege lata er dermed at omsorgspersoner for barn kan bli holdt strafferettslig ansvarlig som passiv medvirker, til tross for at vedkommende foretar seg noe for å motvirke eller *hindre* gjerningspersonens lovbrudd. Handlepliktregelen er altså brutt selv om man har

¹⁶⁰ HR-2020-1343-A (Spedbarndommen) avsnitt 20.

¹⁶¹ HR-2019-2205-A (Stefardommen) avsnitt 70-77.

¹⁶² HR- 2019-561-A (Stemordommen) avsnitt 30 og HR-2019-2205-A (Stefardommen) avsnitt 75.

gjort noe aktivt for å stoppe volden. I dag kan en omsorgsperson bli straffet for passiv medvirkning dersom et barn man har omsorg for blir utsatt for mishandling og man *ikke gjør nok* for å stanse videre mishandling.

Etter mitt syn kan det sies at regelen har utviklet seg fra at man kan bli straffet for å gjøre ingenting, til å bli straffet for ikke å gjøre nok. Konklusjonen er dermed at Høyesterett har utviklet en helt ny ansvarskategori av passiv medvirkning når det kommer til omsorgspersoner for voldsutsatte barn.

5 Rettspolitiske konsekvenser

Nå som jeg har gjort rede for dagens rettsregel, finner jeg grunn til å belyse noen konsekvenser av medvirkningsansvarets utstrekning for omsorgspersoner.

Når det kommer til passiv medvirkning for barns omsorgspersoner tror jeg at vi ser et slikt skifte fordi Høyesterett har fått økt bevissthet rundt Grunnloven § 104 om barns rettigheter og barnekonvensjonen artikkel 19. Vernet om disse bestemmelsene er en viktig bakgrunn for fastleggingen av medvirkningsansvaret, og straffeforfølgning av voldsutøvere inngår som en integrert del av barns rettsbeskyttelse.¹⁶³ En slik utvikling er forståelig og aktverdig, men jeg ser likevel at den nye regelen er problematisk på flere områder. Regelen bør særlig være gjenstand for etiske overveielser, og får videre noen rettspolitiske konsekvenser på bakgrunn av følgende forhold:

5.1 Høyesterett tolker «medvirker til» jf. strl. § 15, for vidtgående

Analysen foran viser at medvirkningsansvaret for passive medvirkere har blitt svært vidtgående. En slik regel står i et spenningsforhold til ordlyden i straffeloven § 15. Dersom «medvirker til» jf. § 15, tolkes så vidtgående at man kan bli straffet for medvirkning når man faktisk har gjort en aktiv handling, utvider Høyesterett ansvaret for det straffbare.

Omsorgspersonene har uten tvil brutt sin omsorgsplikt, men det er vanskelig å se at de har brutt handleplikten når de både fysisk og psykisk har forsøkt å motvirke volden.

Høyesteretts hovedoppgave som domstol er, foruten å dømme i siste instans, å avklare hva som er gjeldende rett. Høyesterett skal skape rettsutvikling.¹⁶⁴ Legalitetsprinsippet i Grl. § 96

¹⁶³ HR-2019-2205-A (Stefardommen) avsnitt 56.

¹⁶⁴ Øie (2015) s. 509.

og EMK art. 7 setter klare begrensinger for hvor langt Høyesterett kan drive en slik utvikling på strafferettens område. For å sikre forutberegnelighet, hindre vilkårlighet og opprettholde demokratisk legitimitet er det viktig at Høyesterett ikke tolker en strafferettsbestemmelse for vidt. Den straffbare handlingen må falle inn under lovens ordlyd, ellers må retten frifinne den tiltalte. Dette er slått fast i en rekke dommer fra siste tiår.¹⁶⁵

I tiden etter *Christoffer-saken* har Høyesterett tolket regelen om passiv medvirkning svært vidt i saker som gjelder barns omsorgspersoner. Handleplikten den bygger på, er etter mitt syn for skjønnsmessig. Når rettstilstanden per i dag er slik at man ikke vet om man har medvirket til mishandling av et barn før man eventuelt blir dømt i retten, er det vanskelig å forsvare at en slik regel sikrer forutberegnelighet.

Det er dessuten i seg selv uheldig at personer klassifiseres som en medvirker til hovedgjerningen, med de stigmatiserende virkninger dette kan ha. Det straffverdige er jo ikke at omsorgspersonen har bistått gjerningspersonen, men at vedkommende har brutt omsorgsplikten ved å ikke hjelpe barnet ut av en tilværelse preget av vold. Å straffe noen for passiv medvirkning der vedkommende aktivt har forsøk å stoppe volden, og tar uttrykkelig avstand fra hovedgjerningen, er språklig sett langt unna det å *medvirke til overtredelsen* jf. strl. § 15.

5.2 Høyesterett er pragmatiske når de tolker om strl. § 196 kommer til analogisk anvendelse

Det fremgår i Stemorddommen at Høyesterett tolker strl. § 196 analogisk når de tok stilling til om straffrihetsregelen i tredje ledd kom til anvendelse. Det kan stilles spørsmål til hvorfor ikke Høyesterett heller tolket bestemmelsen *direkte*. Høyesterett kan her sies å ha vært for pragmatisk, noe som kan kritiseres.

Det har lenge vært uklart om straffrihetsgrunnene i strl. § 196 kan anvendes analogisk ved vurderingen av passiv medvirkning. Altså om det passive medvirkningsansvaret etter strl. § 15 kan begrenses på samme måte som avvergingsplikten etter strl. § 196.

Det er i utgangspunktet stor forskjell på å bli dømt for passiv medvirkning jf. § 15, og forsømt avvergingsplikt. Dette gjelder både når det kommer til straffutmålingen, og at dommen vil

¹⁶⁵ HR-2016-1458-A (Haxi), Rt. 2014 s. 238 (Hønsenhauk II) mfl.

fremkomme på en begrenset politiattest.¹⁶⁶ Straffeloven § 196 har strafferamme på henholdsvis 1 år og 6 måneder, mens straffeloven § 282 om vold i nære relasjoner har en strafferamme på 6 år, økt til 15 år hvis mishandlingen er grov etter § 283. Det er mer belastende for tiltalte å bli dømt for passiv medvirkning i nære relasjoner, enn for forsømmelse av avvergingsplikten. I tillegg er en sentral forskjell mellom bestemmelsene at § strl. 15 ikke inneholder noen straffrihetsbestemmelse for den som står i fare for å inkriminere noen av sine nærmeste for å ha hindret overtredelsen. Risikoen for å inkriminere en av sine nærmeste er dermed ikke en absolutt straffrihetsgrunn, som ved brudd på avvergingsplikten etter § 196.¹⁶⁷

Å dømme en omsorgsperson for brudd på avvergingsplikten når vold mot barn finner sted, ville muligens vært en mye mer praktisk nyttig og hensiktsmessig løsning. Det kan likevel virke som om Høyesterett finner at forholdet er såpass straffverdig at de heller velger en utvidende tolkning av strl. § 15. Jeg finner det kritikkverdig at Høyesterett ikke dømmer etter § 196 når de har muligheten til det. Å ikke gi en straffrihetsgrunn når den passer, er også å utvide området for det straffbare- noe domstolen ikke har anledning til.

5.3 Kravet om å varsle politi eller barnevern

Når det kreves at omsorgspersonen må varsle politi eller barnevern for å lates straffri, er det en konsekvens at frykten for å bli straffet for passiv medvirkning blir stor. Dette kan igjen medføre til at omsorgspersoner i en voldelig relasjon ikke tør å varsle. Om man risikerer streng fengselsstraff for å unnlate å varsle barnevern eller politi, kan resultatet bli at færre saker meldes inn og oppklares. Man har ingen plikt til å forklare seg om noe som kan utsette seg selv eller ens nærmeste for straff jf. lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) §§ 122 og 123. Å bidra til sin egen domfellelse ved å avgi forklaring eller gi tilgang til andre bevis, kan dermed komme i konflikt med strpl. §§ 90.

Dersom begge omsorgspersonene blir satt i fengsel, vil barnet miste den som faktisk har prøvd å beskytte dem. Dette vil igjen kunne ramme barnet hardt. Det kan stilles spørsmål ved om det er til barnets beste jf. Grunnloven § 104 og BK art. 3, at den eneste omsorgspersonen som har prøvd å beskytte barnet også blir satt i fengsel.

¹⁶⁶ Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

¹⁶⁷ Morten Holmboe, merknad i lovdata til strl. § 15.

5.4 Høyesterett utvider ansvaret for det straffbare

Som nevnt tidligere i oppgaven er det et krav til dobbel skyld for medvirkning.¹⁶⁸

Omsorgspersonen må ikke bare ha forsett om at hans handling vil stå i direkte sammenheng med voldsutførerens, han må i tillegg ha forsett om at han medvirker med å ikke foreta seg noe mer. Dette er en vurdering som er vanskelig å bevise, og jeg mener at kunnskapskravet i «Spedbarndommen» er for utydelig. Å ilegge straffansvar for passiv medvirkning for en omsorgsperson som er *fraværende* når et barn blir mishandlet, mener jeg er å utvide ansvaret for det straffbare. Jeg finner det problematisk at man kan passivt medvirke til en forbrytelse, når man ikke en gang er til stede når forbrytelsen finner sted.

6 Avslutning: Bør det vedtas et eget straffebed for omsorgspersoners passive medvirkning?

Regelen om passiv medvirkning for barns omsorgspersoner har gode grunner for seg, men på bakgrunn av de forholdene jeg nå har belyst, bør Høyesteretts regel reguleres. Dette er en *lovgiveroppgave*. En lovregulering vil gi større forutberegnelighet og hindre en tolkingsstandard som kan fremstå problematisk.

Et forslag som er fremsatt, er å vedta et eget straffebed som rammer omsorgspersoner som ikke etter evne beskytter barn mot mishandling gjennom anmeldelse til politiet, varsel til barnevernet eller et annet egnet beskyttelsestiltak. Kjerneområdet for et slikt straffebed vil være relasjonen mellom barnet og den som har foreldreansvaret etter barnelova eller omsorgspersoner nevnt i barnevernloven § 4-18. Dette kan gjøres ved å tilføye et ledd i de ulike bestemmelsene, om at det er straffbart å ikke gripe inn når noen utøver vold mot et barn man har omsorg for.¹⁶⁹

Et annet forslag er at de sentrale formuleringene i stefarddommen,¹⁷⁰ kan sammenfattes i en særskilt bestemmelse om passiv medvirkning for omsorgsansvar for barn. Bestemmelsen kunne for eksempel sett slik ut:

¹⁶⁸ Se punkt 3.2.

¹⁶⁹ Basert på Ørnulf Øyen, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner», Tidsskrift for strafferett, vol. 14, nr. 3 (2014), s. 249–262.

¹⁷⁰ HR-2019-561-A (Stemorddommen) avsnitt 59,62, 68 og 77.

«Den som har omsorgsansvar for et barn, kan straffes som medvirker til en annens lovbrudd mot barnet, dersom omsorgspersonen helt eller delvis har unnlatt å foreta noe som var egnet til å motvirke gjerningspersonens lovbrudd, og som det etter omstendighetene var mulig og rimelig å kreve av omsorgspersonen.

Om handleplikten etter første ledd er oppfylt, beror på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen, hvor det blant annet legges vekt på lovbruddenes alvorlighetsgrad, hvor omfattende og lenge de har pågått, barnets alder, utvikling og sosiale situasjon, styrkeforholdet og relasjonen mellom omsorgspersonen og gjerningspersonen, om vedkommende hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra sin kunnskap om tidligere lovbrudd mot barnet og hvilke virkemidler og handlingsalternativer omsorgspersonen hadde til rådighet for å gripe inn.»¹⁷¹

Etter min mening fremstår en slik regel eller en lignende ordlyd, som en god løsning. Det er uten tvil et stort behov for at lovgiver kommer med en tydeligere regulering på hvordan den eventuelle straffbarheten for brudd på omsorgsplikt skal reguleres. På denne måten vil ikke bare hensynet til barnet bli ivaretatt, men også hensynet til rettssikkerheten.

¹⁷¹ Forslag fra Ørnulf Øyen og Gert Johan Kjelby. «Barnerett og strafferett: omsorgsansvar og straffansvar», i *Likestilling, Barn Og Velferd: Rettsfelt I Utvikling: Til Gudrun Holgersen På 70-årsdagen*. 1. utg, Schütz, Sigrid Eskeland, Ragna Aarli, Henriette Sinding Aasen, Hans Jørgen Brun, and Gudrun Holgersen. Oslo: Gyldendal, 2020, s. 332-335.

Referanseliste

Lovregister

- 1814** Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1902** Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902)
- 1981** Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
- 1981** Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1992** Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
- 1999** Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005** Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2010** Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

Internasjonale konvensjoner

- 1950** Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)
- 1989** De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen – BK)

Forarbeider

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

Høyesterettspraksis

Rt. 1936 s. 525

Rt. 1947 s. 742

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1952 s. 989

Rt. 1973 s. 1334

Rt. 1974 s. 1042

Rt. 1978 s. 147

Rt. 1982 s. 1315

Rt. 1995 s. 355

Rt. 1995 s. 1735

Rt. 1998 s. 459

Rt. 1998 s. 1679

Rt. 1999 s. 996

Rt. 2002 s. 1717

Rt. 2003 s. 1455

Rt. 2003 s. 902

Rt. 2009 s. 1498

Rt. 2010 s. 1076

Rt. 2010 s. 1630

Rt. 2013 s. 1015

Rt. 2013 s. 1686

Rt. 2014 s. 238

HR-2016-1458-A

HR-2017-824-A

HR-2017-2415-A

HR-2018-262-A

HR-2019-561-A

HR-2019-2205-A

HR-2020-1342-A

Underrettspraksis

LA-2008-179127

LA-2012-92858

LA-2018-026907

LA-2018-103373

LB-2019-19114

TTONS-2011-111766

TTONS-2017-42247

T-OSLO-2018-104165

Litteratur

Andenæs (1942)

Andenæs, Johs. *Straffbar unnløtelse: Et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Oslo: Tanum, 1942.

Andenæs (2004)

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.

Eskeland (2017)

Eskeland, Ståle. *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høberg, Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017.

Feuerbach (1803)

Feuerbach, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* 2. utg, G.F. Heyer, Giessen 1803.

Getz (1903)

Getz, Bernhard og Francis Hagerup, *Juridiske afhandlinger*, Kristiania: Aschehoug, 1903.

- Gröning (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen. *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. Utg, Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
- Hagerup (1911) Hagerup, Francis. *Strafferettens almindelige del*. Kristiania: Aschehoug, 1911.
- Holmboe (2017) Holmboe, Morten. *Tale eller tie: Om plikt til å avverge alvorlige lovbrudd og uriktige domfellelser*, Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.
- Holmboe (2018) Holmboe, Morten. (2018) «Merknad til straffeloven» i *Lovdata*, 1. juni 2018.
- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes. *Straffansvarets periferi: Medvirkning, forsøk, førebuing*, Bergen: Universitetsforlaget, 1999.
- Høgberg (2013) Høgberg, Alf Petter og Henriette Nilsson Tøssebro. «Om aktiv og passiv medvirkning», i *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland 70 år*, Alf Petter Høgberg, Trond Erik Schea, Runar Torgersen (red.), Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2013, s. 123-148.
- Matningsdal (2008) Matningsdal, Magnus. «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter», *Jussens Venner*, vol. 43, nr. 6 (2008), s. 357–383
- Matningsdal (2015b) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: Lov 20. Mai 2005 Nr. 28 Om Straff: Alminnelige Bestemmelser: Kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Mæland (2012) Mæland, Henry John. *Norsk Alminnelig Strafferett*. Bergen: Justian, 2012.

- Nygaard (2007) Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*, 6. utg, Bergen: Universitetsforlaget, 2007.
- Øyen (2014) Øyen, Ørnulf. «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner», *Tidsskrift for strafferett*, vol. 14, nr. 3 (2014), s. 249–262.
- Øyen (2020) Øyen, Ørnulf, Gert Johan Kjelby. «Barnerett og strafferett: omsorgsansvar og straffansvar», i *Likestilling, Barn Og Velferd: Rettsfelt I Utvikling: Til Gudrun Holgersen På 70-årsdagen*. 1. utg, Schütz, Sigrid Eskeland, Ragna Aarli, Henriette Sinding Aasen, Hans Jørgen Brun, and Gudrun Holgersen. Oslo: Gyldendal, 2020, s. 316-335
- Øie (2015) Øie, Toril M. «Høyesterett som straffedomstol», i *Lov, Sannhet, Rett: Norges Høyesterett 200 år*. 1. utg, Schei, Tore, Jens Edvin A. Skoghøy, and Toril M. Øie. Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 508-545

Rapporter og rundskriv

- Folkehelseinstituttet (2019) *Vold og seksuelle overgrep*. (Folkehelse rapporten - Helsetilstanden i Norge 2018). Hentet fra <https://fhi.no/nettpub/hin/skader/vold/>
- NOVA (2016) Mossige, Svein og Kari Stefansen, *Vold og overgrep mot barn og unge*, NOVA Rapport 5/2016). Hentet fra: <https://kriminalitetsforebygging.no/wp-content/uploads/2016/07/Vold-og-overgrep-mot-barn-og-ung-NOVA-Rapport-5-16-web.pdf>
- Riksadvokaten (2020) *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2020*, Rundskriv nr. 1/2020. Hentet fra

<https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2020/02/Rundskriv-1-2020-Mål-og-pri.pdf>

