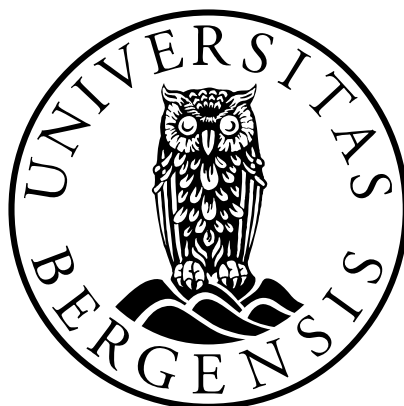


Passiv medvirkning

Hvor langt rekker det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner – er utviklingen i tråd med legalitetsprinsippet?

Kandidatnummer: 33

Antall ord: 14 780



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Bakgrunn og aktualitet.....	3
1.3 Oppgavens rammer og videre fremstilling	6
2 Medvirkningsansvaret i strafferetten.....	7
2.1 Hvorfor er medvirkning straffbart?	7
2.2 Generelt om medvirkningsansvaret	10
2.2.1 Årsakskrav, tilknytning og handleplikt – vilkår for straffansvar	13
3 Legalitetsprinsippet i strafferetten.....	16
3.1 Det strafferettslige legalitetsprinsippet.....	16
3.2 Eksempler fra rettspraksis – legalitetsprinsippet som tolkningskranke.....	18
4 Passiv medvirkning – omsorgspersoners ansvar ved overgrep mot barn.....	21
4.1 Barns rett til beskyttelse mot vold og overgrep.....	21
4.2 Utviklingen av det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner	22
4.2.1 HR-2019-561-A	23
4.2.2 HR-2019-2205-A	28
4.2.3 HR-2020-1343-A	32
5 Utviklingen av straffansvaret i lys av legalitetsprinsippet	35
5.1 Er utviklingen i tråd med legalitetsprinsippet?.....	35
5.2 Skillet mellom straffbar unnløstelse og passiv medvirkning – noen rettspolitiske betraktninger.....	41
Kilderegister	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven omhandler det strafferettslige medvirkningsansvaret, nærmere bestemt grensene for strafferettslig medvirkningsansvar for omsorgspersoner som forholder seg helt eller delvis passive ved overgrep mot barn.

Passivitet er normalt sett ikke tilstrekkelig for å etablere medvirkningsansvar etter lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) § 15.¹ Bestemmelsen er generelt utformet, og departementet har overlatt tolkningstvil til domstolene gjennom deres anvendelse av straffebudene, og til utvikling i juridisk teori.² De nærmere grensene for hva som utgjør straffbar medvirkning er presisert og utviklet gjennom rettspraksis.³ Spørsmålet i oppgaven er hvor langt det passive medvirkningsansvaret rekker for omsorgspersoner som i for liten utstrekning foretar motvirkende handlinger for å avverge mishandling av barn i deres omsorg, og om utviklingen er i tråd med det strafferettslige legalitetsprinsippet.

Problemstillingen drøftes med utgangspunkt i straffeloven § 15, og særlig i lys av tre høyesterettsdommer – HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A. Dommene handler om omsorgspersoners straffansvar på bakgrunn av passivitet når barn blir utsatt for mishandling i nære relasjoner, jf. straffeloven § 282, jf. § 15. Spørsmålet om rekkevidden av det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner gjelder i denne oppgaven ansvaret ved passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner etter straffeloven § 282, jf. § 15. De tre dommene gir godt grunnlag for en analyse av hva som er gjeldende rett. Dommene danner videre et godt utgangspunkt for en vurdering av om utviklingen er i tråd med det strafferettslige legalitetsprinsippet.

¹ For eksempel Rt. 2014 s. 466 avsnitt 15 med videre henvisninger.

² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410.

³ Blant annet Rt. 2013 s. 1686 (passiv medvirkning til tyveri) og HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A (omsorgspersoners medvirkningsansvar).

1.2 Bakgrunn og aktualitet

I Ot.prp. nr. 113 (2004–2005) ble det fremmet forslag om et eget straffebud rettet mot vold i nære relasjoner. Innføringen av straffebudet kom som ledd i et større arbeid for å bekjempe denne typen vold og overgrep. Bakgrunnen for forslaget var blant annet tidligere arbeid med «forebygge og bekjempe menns vold mot kvinner i nære relasjoner».⁴ I 2016/2017 fremmet Regjeringen en opptrappingsplan mot vold i nære relasjoner og overgrep mot barn og unge.⁵ Planen fulgte opp Regjeringens tiltaksplan for å forebygge og bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn.⁶ Regjeringens arbeid med å bekjempe vold i nære relasjoner viser at barns rettsbeskyttelse er høyt prioritert, og at det de seneste årene er satt særlig fokus på barns vern mot vold og mishandling.⁷

Vold i nære relasjoner kjennetegnes av at den som utsettes for volden og den skadevoldende står i et avhengighetsforhold til hverandre.⁸ Dette gjelder særlig for barn, som er spesielt avhengige av sine omsorgspersoner og har et stor behov for vern. I tillegg vil barn som utsettes for vold, og omsorgspersoner som er tilskuere, ofte være preget av skam og skyldfølelse.⁹ Dette medfører vanskeligheter med å avdekke vold og mishandling i nære relasjoner, som ofte er skjult fordi det skjer innenfor husets fire vegger. Det er tydelig behov for vern av sårbare grupper, herunder barn, hvor behovet for beskyttelse fra nærmeste omsorgspersoner er svært viktig. Omsorgspersoner for barn har ansvar for at barna ikke blir utsatt for vold og overgrep. Den alminnelige sivilrettslige plikten til å beskytte barn mot vold og overgrep følger blant annet av Grunnloven § 104, barnekonvensjonen art. 18 og barnelova § 30. I tillegg til den sivilrettslige plikten kan man bli strafferettslig ansvarlig for medvirkning til mishandling dersom man ikke griper inn mot mishandling av barn man har omsorgsansvar for.

Den første store saken som kom for domstolene vedrørende temaet er Rt. 2013 s. 1015 (heretter også Christoffer-saken). Christoffer Gjerstad Kihle døde i 2005, bare 8 år gammel, som følge av stefarens mishandling. Barnemishandlingssaken mot stefaren ble henlagt både

⁴ Ot.prp. nr. 113 (2004–2005) s. 10 med videre henvisning til Kvinnevoldsutvalgets utredning NOU 2003: 31.

⁵ Prop. 12 S (2016–2017).

⁶ Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet, *En god barndom varer livet ut* (2014–2017).

⁷ Prop. 12 S (2016–2017) s. 7.

⁸ Prop. 12 S (2016–2017) s. 10–11.

⁹ Prop. 12 (2016–2017) s. 11.

hos Politiet og Statsadvokatene. Beslutningen ble deretter påklaget av øverste påtalemyndighet, og Riksadvokaten beordret at det ble tatt ut tiltale i saken på bakgrunn av den etterforskningen som allerede var gjennomført. Stefaren ble i Agder lagmannsrett dømt for mishandlingen i 2009. I 2011 tok Riksadvokaten ut tiltale mot moren for passiv medvirkning til mishandlingen. Lagmannsretten la til grunn at moren var klar over, eller i det minste holdt det som mest sannsynlig, at barnet ble utsatt for vold, og at volden ville fortsette.¹⁰ Retten viser til at den særlige tilknytningen mellom foreldre og barn medfører en plikt til å hindre straffbare handlinger mot barn i ens omsorg.¹¹ Siden moren ikke hadde foretatt seg noe for å hindre videre krenkelse, ble hun i Agder lagmannsrett dømt til fengsel i ett år og seks måneder for passiv medvirkning etter straffeloven 1902 § 228. Anken til Høyesterett ble nektet fremmet, men ankeutvalget uttalte:¹²

[E]tter 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.

Beslutningen gir uttrykk for at omsorgsansvar for barn kan gi grunnlag for en handleplikt, hvor passivitet etter omstendighetene vil kunne utgjøre straffbar medvirkning etter straffeloven § 15.

I HR-2019-1675-A (heretter også Valdres-saken) tok Høyesterett stilling til om mor kunne straffes for mishandling i nære relasjoner fordi hun ikke hadde bedt om hjelp til barnet sitt. Datteren led av anoreksi, og moren avslo blant annet behandling fra spesialisthelsetjenesten, unnlot å bringe datteren til helsekontroller og flyttet datteren og seg selv til en hytte hvor hun unnlot å kontakte lege eller annen nødvendig helsehjelp. Datteren døde som følge av morens unnlater. Moren ble i Høyesterett dømt til fengsel i tre år for grov mishandling av datteren. Straffen ble kraftig skjerpet i forhold til lagmannsrettens dom, som ga moren en straff på åtte måneder.¹³ Høyesterett la i straffutmålingen særlig vekt på «de sterke allmennpreventive hensynene som er knyttet til å sikre barns rettsvern».¹⁴ Dommen har stor prinsipiell betydning i det den viser at en unnlater etter omstendighetene kan straffes som mishandling i nære relasjoner etter § 282, her ved å unnlate å skaffe nødvendig helsehjelp. Barns rett til

¹⁰ LA-2012-92858.

¹¹ LA-2012-92858.

¹² Rt. 2013 s. 1015 (uthevet her).

¹³ LE-2018-101721.

¹⁴ HR-2019-1675-A avsnitt 66.

beskyttelse er tillagt stor vekt og viser viktigheten at å sikre barns rettsvern, blant annet gjennom straffeforfølgning av omsorgspersoner som unnlater å hindre skade eller fare for skade på barns fysiske eller psykiske helse.¹⁵

Det kommer stadig saker for domstolene vedrørende straffansvaret for mishandling av barn i nære relasjoner etter § 282, herunder spørsmålet om medvirkning til slik mishandling. I 2019 og 2020 kom tre nye saker for Høyesterett – HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A. Sakene gjaldt medvirkningsansvar for omsorgspersoner som helt eller delvis har forholdt seg passive til mishandling mot barn de har omsorg for. Det er med bakgrunn i de seneste års utvikling av straffansvaret at det er aktuelt å se nærmere på hvor langt det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner rekker ved mishandling av barn, og om utviklingen er i tråd med det grunnleggende kravet om lovhjemmel i strafferetten – legalitetsprinsippet.

¹⁵ Se HR-2019-1675-A avsnitt 66–67 med videre henvisning til HR-2017-2415-A avsnitt 18.

1.3 Oppgavens rammer og videre fremstilling

Oppgaven handler om det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner når barn blir utsatt for overgrep, nærmere bestemt vold i nære relasjoner etter straffeloven § 282, jf. § 15. For å besvare problemstillingen vil jeg først redegjøre for begrunnelsen for medvirkningsansvaret. Deretter mer generelt om medvirkningsansvaret, herunder vilkårene for å stilles strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning. Etter en redegjørelse av medvirkningsansvaret vil jeg gå nærmere inn på det strafferettslige legalitetsprinsippet, som setter rammene for å senere vurdere om utviklingen av det passive medvirkningsansvaret er i tråd med dette grunnleggende kravet om lovhjemmel i strafferetten. Videre vil det særlige behovet barn har for beskyttelse redegjøres for, som er en viktig bakgrunn for utviklingen av det strafferettslige medvirkningsansvaret for omsorgspersoner. For å finne ut av gjeldende rett vil jeg ta utgangspunkt i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A om passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Jeg vil foreta en analyse av dommene for å kunne gjøre en vurdering av rekkevidden av straffansvaret ved passiv medvirkning. Deretter foretas en analyse av om utviklingen av ansvaret for omsorgspersoner er i tråd med legalitetsprinsippet. Til slutt kommer noen rettspolitiske betraktninger om utviklingen av det passive medvirkningsansvaret.

I utgangspunktet er det ingen grenser for hvilke straffbare handlinger som kan gi grunnlag for medvirkningsansvar. Straffeloven § 15 gjelder i alminnelighet for alle straffebud, med mindre noe annet er presisert i den enkelte gjerningsbeskrivelse, jf. § 15. Når det gjelder hel eller delvis passivitet fra omsorgspersoner når barn blir utsatt for overgrep kan det stilles spørsmål om man kan straffes ved enkeltstående hendelser av vold, overgrep og seksuelle overgrep. Spørsmålet gjør seg også gjeldende for varig vold eller seksuelle overgrep som ikke klassifiseres som mishandling etter §§ 282 eller 283. På grunn av oppgavens omfang avgrenses det imidlertid mot behandling av medvirkningsansvaret når det gjelder andre overgrep mot barn enn etter straffeloven § 282.

2 Medvirkningsansvaret i strafferetten

2.1 Hvorfor er medvirkning straffbart?

Straff er tradisjonelt definert som «et onde som staten tilføyer en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde».¹⁶ Et slikt belastende og stigmatiserende inngrep i noens frihet må begrunnes.¹⁷ Spørsmålet i det følgende er hvorfor medvirkning er straffbart.

Formålet med strafferetten er å «motvirke de handlinger som er kriminalisert».¹⁸

Strafferettens ønskede virkninger er påvirke borgerne til å avstå fra å begå straffbare handlinger.¹⁹ I tillegg til denne preventive virkningen skal strafferetten bidra til den sosiale ro og orden i samfunnet.²⁰ En tilsiktet virkning er å bidra til mindre frykt, mer åpenhet, hindre uønsket selvtekt og på denne måten bidra til sosial ro og orden.²¹ For å oppnå disse virkningene er visse handlinger kriminalisert. Hvilke handlinger og hvilken atferd som i lys av strafferettens formål burde være straffbare og kriminaliseres må ses opp mot det grunnleggende og bærende skadefølgeprinsippet.²² Skadefølgeprinsippet bygger på en forutsetning om at borgerne i et samfunn er selvstendige og frie, og dermed burde kunne handle fritt.²³ Etter skadefølgeprinsippet skal atferd i lys av denne grunnleggende handlefriheten kun gjøres straffbart dersom det foreligger skade eller fare for skade på en interesse som samfunnet ønsker å verne.²⁴ Slike verneverdige interesser er for eksempel økonomiske verdier, samfunnsinteresser og individets fysiske og psykiske integritet.²⁵ Ønsket om å verne individets integritet medfører blant annet at det er straffbart å utøve vold og overgrep mot andre, jf. straffeloven kapittel 25, herunder mishandling i nære relasjoner etter § 282. Etter forarbeidene var meningen med å oppstille et slikt prinsipp at man ved kriminalisering stiller særlige krav til en tungtveiende begrunnelse.²⁶ I lys av strafferettens

¹⁶ Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (1976) s. 352.

¹⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77.

¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 78.

¹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 78.

²⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 78.

²¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 78.

²² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 88.

²³ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 83 og 89.

²⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

²⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 89.

formål og virkninger er spørsmålet hvor langt man skal strekke straffansvaret. Atferd som beskrevet i de enkelte gjerningsbeskrivelsene, for eksempel § 282, er i kjernen av det straffbare, og følgelig handlinger som medfører skade eller fare for skade. Medvirkning er derimot i yttergrensen av straffansvaret – straffansvarets periferi.²⁷ Det kan stilles spørsmål ved hvor langt straffansvaret skal strekkes, i lys av hva som er kjernen i det enkelte straffebed.²⁸

Det følger altså av skadefølgeprinsippet at for at en bestemt atferd skal kunne dømmes som medvirkning, må atferden være egnet til å skade eller utgjøre fare for skade. I forarbeidene til straffeloven uttales at «[d]ersom det først er grunnlag for å kriminalisere en handling, vil det normalt også være god grunn til å kriminalisere medvirkning».²⁹ Når det i tillegg stilles krav til hva som regnes som medvirkning, i form av delaktighet i utføringen, mener man gjerne at straffbarheten ved hovedgjerningen *smitter over* på den medvirkende.³⁰ Etter forarbeidene er det som utgangspunkt tale om delaktighet i form av fysisk eller psykisk medvirkning som er straffbart, men også passivitet kan utgjøre straffbar medvirkning.³¹ Denne delaktigheten i utføringen av lovbruddet gjør det rimelig og formålstjenlig at medvirkningsansvaret er en del av den norske strafferetten.³² Medvirkningsansvaret begrunnes altså i «de virkninger som handlingene har på «overtredelsen» av straffebedet».³³ Sammenhengen mellom den medvirkende atferden og hovedgjerningen gjør den klanderverdig, fordi atferden er relatert til en gjerning som medfører skade eller fare for skade på en verneverdig interesse.³⁴ I tillegg gir det etter lovgivers syn god sammenheng i regelverket å straffe medvirkning til forbrytelser.³⁵ Lovgivers vilje har vært å kriminalisere medvirkning på lik linje som den straffbare hovedgjerningen, når handlingen eller unnlatelsen står i en slik sammenheng til hovedgjerningen at det er naturlig å omtale medvirkeren som delaktig i utføringen av den straffbare handlingen.³⁶ Dersom man har gitt en form for bidrag til overtredelsen burde man

²⁷ Som omtalt i Husabø, *Straffansvarets periferi* (1999).

²⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 94 og Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 326 hvor det stilles spørsmål ved hvor langt det er naturlig å strekke straffansvaret.

²⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96.

³⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 321.

³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96 og 411–412.

³² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96.

³³ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 321.

³⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 322.

³⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96.

³⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 96.

derfor stilles til ansvar,³⁷ fordi man kan klandres for å ha bidratt til den skaden eller faren for skade som hovedgjerningen har medført.³⁸

Ved å gjøre medvirkning straffbart vil man også bidra til å oppnå strafferettens formål om å virke preventivt.³⁹ Ved å straffe medvirkning stilles klare krav til borgerne om å avstå fra å begå forbrytelser i alle former, både direkte utførelse av forbrytelser og mer indirekte bidrag gjennom medvirkning til overtredelser. Straff for medvirkning vil dermed i større utstrekning kunne virke holdningsskapende og vanedannende på samfunnet, som er et av flere mål med strafferetten.⁴⁰ Det er imidlertid ikke all atferd som har en skadefølge.⁴¹ Dette gjelder særlig ved passivitet, som ikke uten videre er egnet til å volde skade eller fare for skade. Likevel forutsetter medvirkningsansvaret at flere vilkår er oppfylt for at ansvaret skal avgrenses på en rimelig og formålstjenlig måte, i tråd med strafferettens formål og virkninger.

³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

³⁸ Se Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 322. Jf. skadefølgeprinsippet.

³⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 78.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s.79.

⁴¹ Jf. skadefølgeprinsippet.

2.2 Generelt om medvirkningsansvaret

En straffbar handling kan begås av en eller flere personer. I de tilfellene flere personer er involvert i en straffbar handling skilles det ofte mellom hovedmenn og medvirkere.⁴²

Hovedmannen eller hovedgjerningspersonen er den som begår selve overtredelsen av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, gjerne kalt hovedgjerningen.⁴³ Medvirkeren er den som på en eller annen måte bidrar til den straffbare hovedgjerningen. Det er gjennom bidraget til hovedgjerningen man pådrar seg et straffansvar.⁴⁴

Medvirkningsansvaret må imidlertid avgrenses, blant annet i tid. Etterfølgende bistand er dermed ikke omfattet av medvirkningsansvaret.⁴⁵ Ansvaret avgrenses også av den generelle rettsstridsreservasjonen, som også gjelder for medvirkning.⁴⁶ Med rettsstridsreservasjonen menes at det ikke alltid er enhver handling som rammes av ordlyden som burde forstås slik at det er straffbart.⁴⁷ Den aktuelle atferden må være straffverdig.⁴⁸ Etter lovgivers syn har rettstridsreservasjonen ofte stor betydning når det kommer til medvirkningshandlinger, fordi slike handlinger kan bære preg av å være dagligdagse og mindre straffverdige.⁴⁹ I forarbeidene til straffeloven er det vist til Rt. 1994 s. 872 som illustrasjon, hvor «[e]n kvinne var tiltalt for medvirkning til tre tyverier av moped etter å ha gitt tyven skyss i retning av åstedet».⁵⁰ Høyesterett opphevet domfellelsen fra herredsretten fordi kravet til forsett ikke var klart nok formulert. Domstolen uttalte i den forbindelse at selv om forsettskravet hadde vært oppfylt «ville dette ikke i seg selv være tilstrekkelig til å statuere medvirkning til det senere tyveri».⁵¹ Lovgiver anser det som nærliggende å tolke uttalelsen som en «henvisning til rettstridsreservasjonen».⁵² Dommen kan tas til inntekt for at ikke alle farefremkallende handlinger eller unnlater medfører straffansvar, og at atferden må vurderes i lys av den alminnelige handlefrihet.⁵³ I tillegg til at medvirkningsansvaret avgrenses i tid og av den generelle rettstridsreservasjonen, er ansvaret også betinget av at medvirkeren utviser den

⁴² Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 327.

⁴³ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 317.

⁴⁴ Jf. kapittel 2.1 om medvirkningsansvarets begrunnelse.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 211–212.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁵¹ Rt. 1994 s. 872 s. 873.

⁵² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁵³ Se også Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 158–159 om visse handlinger som ikke anses straffbare dersom de ligger innenfor «den tillatte risiko».

nødvendige skyld. Kravet om forsett i straffeloven § 22 gjelder således også for medvirkningsansvaret.⁵⁴

Straffansvaret for medvirkning er selvstendig, og dermed uavhengig av om hovedmannen kan straffes eller ikke.⁵⁵ Dersom hovedmannen for eksempel mangler skyldene, kan medvirkeren likevel straffes dersom vilkårene for straffansvar er oppfylt for medvirkerens vedkommende.⁵⁶ Det skal foretas en selvstendig vurdering av om den enkelte medvirkeren oppfyller straffbarhetsvilkårene.⁵⁷ At medvirkningsansvaret er selvstendig kan begrunnes i skyldprinsippet. Etter skyldprinsippet skal man kun holdes strafferettslig ansvarlig for egen handlemåte.⁵⁸ Man skal ikke hefte for andres feil, og strafferetten vil virke mindre preventivt dersom man ikke selv kan klandres for egen atferd.⁵⁹ At ansvaret er selvstendig kan også hevdes begrunnet i at bidraget til hovedgjerningen i seg selv er en klanderverdig handling, som er egnet til å medføre skade eller fare for skade.⁶⁰

Medvirkningsansvaret følger av straffeloven § 15. Etter straffeloven § 15 straffes den som «medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Medvirkning er med andre ord straffbart på lik linje som overtredelse av det enkelte straffebud, med mindre noe annet følger av den enkelte bestemmelse. Med «overtredelsen» siktes til den handlingen som objektivt sett dekker gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet.⁶¹ En naturlig språklig forståelse av «medvirker» tilsier at man må bidra til utførelsen av lovbruddet. Ordlyden stiller krav til sammenheng mellom overtredelsen og den medvirkende handlingen.⁶² Etter forarbeidene kreves «[e]n viss form for tilknytning mellom hovedgjerningen og bistanden».⁶³ Selv om det må være tilknytning mellom den medvirkende handlingen og hovedgjerningen, stilles det ikke krav om at atferden er en nødvendig forutsetning for hovedforbrytelsen.⁶⁴ Man vil for eksempel bli ansvarlig for medvirkning dersom man hjelper en venn med å stå vakt under et

⁵⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2003) s. 197 og f.eks. Rt. 2013 s. 789 avsnitt 54–56.

⁵⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 325 med eksempler.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 197.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 111.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 111 og Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 49 og pkt. 2.1.

⁶⁰ Jf. Skadefølgeprinsippet og pkt. 2.1.

⁶¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 197.

⁶² Se Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 329 for samme tolkning.

⁶³ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410–411 og Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 329.

tyveri, selv om tyveriet kunne funnet sted uten hjelpen.⁶⁵ Det er heller ikke noe vilkår at den aktuelle bistanden «letter utføringen av hovedgjerningen, selv bistand som slår negativt ut for hovedforbryteren kan være straffbar medvirkning».⁶⁶

Selv om atferden ikke behøver å være en nødvendig forutsetning for hovedgjerningen eller fører til lettelse i utførelsen, kreves det likevel en viss tilknytning.⁶⁷ I forarbeider, rettspraksis og teori har man normalt skilt mellom fysisk, psykisk og passiv medvirkning, avhengig av det aktuelle bidraget.⁶⁸ Tilknytningen til hovedgjerningen kan for eksempel være gjennom tilstedeværelse, forutgående påvirkning eller oppfordring og gjennom tilknytning til offer eller gjerningsperson. I juridisk teori har Gröning, Husabø og Jacobsen i *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 331 omtalt kravet til sammenheng og tilknytning som et krav om «årsakssammenheng i det faktiske hendelsesforløpet» eller et «medvirkende årsaksforhold».⁶⁹ For fysisk medvirkning stilles det krav om at bidraget «faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen».⁷⁰ Når det gjelder psykisk medvirkning kreves det derimot at hovedmannens forsett styrkes.⁷¹ Hvor den nærmere grensen går for hvilken atferd som er straffbar medvirkning eller ikke må klarlegges nærmere, særlig på bakgrunn av den utviklingen som har funnet sted hva gjelder omsorgspersoners passivitet.

Ved passiv atferd kan det synes noe unaturlig å si at atferden er medvirkende, med mindre passiviteten medfører at gjerningspersonens forsett blir styrket og således innvirker psykisk på hovedmannen. Dersom det ikke er tilfellet, vil ren passivitet normalt sett ikke utgjøre straffbar medvirkning.⁷² Likevel kan passivitet i visse tilfeller rammes som medvirkning, spesielt dersom man har en slik tilknytning til forbrytelsen at man får en plikt til å handle.⁷³ I rettspraksis er det uttalt at «ren passivitet vil her kunne være tilstrekkelig for å etablere

⁶⁵ Eksempel hentet fra Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 329, som også er vist til i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 196–197.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411 og s. 196–197. Dette er tilfellet i for eksempel HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A hvor medvirkeren har foretatt motvirkende handlinger på hovedgjerningen.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410–411, og se pkt. 2.2.

⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411–412, Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 13 og blant annet Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) kapittel 12.

⁶⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 331 for denne betegnelsen av årsakskravet, med videre henvisninger i fotnote. Se også Rt. 1989 s. 1004.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411.

⁷¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411 med eksempler.

⁷² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 412.

⁷³ For eksempel Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26.

straffansvar».⁷⁴ Dette synet medfører at vilkårene for straffansvar ved passiv medvirkning er tilsvarende som for unnlatesansvar.⁷⁵ En unnlattelse vil kunne likestilles med en aktiv handling dersom det er klanderverdig å unnlate å handle. Det må foreligge «tungtveiende grunner for å handle aktivt, slik at det fremstår som *særlig* klanderverdig å la være».⁷⁶ En unnlattelse av å handle kan i seg selv begrunne unnlatesansvar, men er naturlig å klassifisere som passiv medvirkning i de tilfellene det foreligger en aktiv hovedgjerning fra en annen person som står i umiddelbar og direkte sammenheng med den aktuelle krenkelsen. Passiviteten eller unnlattelsen får på denne måten en mer sekundær rolle i hendelsesforløpet.⁷⁷ Straffansvar forutsetter tilknytning til forbrytelsen, som kan føre til at det oppstår en handleplikt.⁷⁸ I tillegg må det være mulig å handle, og det stilles derfor krav om det som kan omtales som «en motvirkende hindringssammenheng».⁷⁹ Om passivitet gir grunnlag for straffansvar må avgjøres etter en tolkning av den aktuelle gjerningsbeskrivelsen og beror på omstendighetene i den konkrete saken.⁸⁰

2.2.1 Årsakskrav, tilknytning og handleplikt – vilkår for straffansvar

Dersom man har en plikt til å «hindre at en straffbar handling blir begått, skal det mindre til for at passivitet bedømmes som straffbar medvirkning».⁸¹ Passivitet kan begrunne straffansvar dersom man i den konkrete saken har en slik tilknytning til forbrytelsen, herunder til fornærmede, at man har plikt til å handle.⁸² Ved å ikke handle i slike tilfeller vil man kunne bli ansvarlig for passiv medvirkning.⁸³ Passivitet vil etter omstendighetene være et brudd på handleplikten, som vil være rettstridig og straffverdig. Handleplikten forutsetter at det er mulig å hindre krenkelsen. Det må foreligge et motvirkende årsaksforhold, en hindringssammenheng.⁸⁴ Den som har en særlig tilknytning til saken, og dermed har en

⁷⁴ Rt. 2013 s. 1015.

⁷⁵ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 349.

⁷⁶ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 286.

⁷⁷ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 349.

⁷⁸ Blant annet Rt. 1995 s. 355, Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2013 s. 1015. Se også Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 350.

⁷⁹ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 350 med videre henvisninger til Husabø, *Straffansvarets periferi* (1999) s. 180–185.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 90 (2002–2004) s. 412.

⁸¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 412. Se også Rt. 2013 s. 1015 med videre henvisning til ytterligere rettspraksis.

⁸² Blant annet Rt. 1995 s. 355, Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2013 s. 1015.

⁸³ Se for eksempel Rt. 1995 s. 355, Rt. 2009 s. 1365, Rt. 2009 s. 1498, Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2013 s. 1686.

⁸⁴ Husabø, *Straffansvarets periferi* (1999) s. 180–181 og Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 298–300 og 350.

handleplikt, kan bli ansvarlig for å forholde seg passiv dersom vedkommende kunne og burde handlet. Hvor sterk tilknytning til saken som kreves samt innholdet i handleplikten har vært spørsmålet i en rekke saker for Høyesterett.

I Rt 1995 s. 355 ble en mann dømt for medvirkning til drap som skjedde i forbindelse med et ran som var planlagt og utført sammen med hovedmannen. Ranet gikk ikke som planlagt, og endte i flere basketak hvor hovedmannen påførte fornærmede dødelige stikk med kniv. Den medvirkende mannen gjorde ikke noe for å stoppe hovedmannen, selv når han ble klar over at situasjonen kunne komme ut av kontroll. Han var imidlertid ikke klar over at hovedmannen hadde kniv før ranet var godt i gang, og hadde lite tid til å handle. Likevel ble han dømt for medvirkning på grunnlag av hans passivitet, fordi han ikke foretok seg noe for å stanse hovedmannen. Den forutgående planleggingen og utføringen av ranet ga medvirkeren en slik tilknytning at det var naturlig å forvente at han foretok seg noe for å avverge situasjonen som kom ut av kontroll. Dommen viser at man kan bli straffansvarlig for en unnlattelse selv om man har liten tid til å gripe inn, og heller ikke i forkant har sett for seg at situasjonen potensielt kan eskalere. Når man blir klar over at en situasjon man har vært med på å planlegge kan komme ut av kontroll, må man foreta seg noe for å stoppe ytterligere krenkelse, selv om man har liten tid til å tenke og handle. Hva mannen kunne og burde foretatt seg sier ikke Høyesterett noe om.

Høyesterett tok stilling til et tilsvarende spørsmål i Rt. 2010 s. 1630. A og B hadde sammen planlagt og var felles ansvarlige for å gjennomføre et ran. A gikk lenger enn planlagt, og endte opp med å tilføre fornærmede en grov kroppsskade ved bruk av kniv. B forholdt seg passiv til As handling. I dommen opphevet Høyesterett lagmannsrettens domfellelse av de to mennene fordi det var tvil om lagmannsretten hadde forstått loven korrekt. Om Bs passivitet uttales det imidlertid at:⁸⁵

Ein slik annan deltakar kan ikkje vere passiv til at ein gjerningsperson går lenger enn det dei først hadde tenkt seg, men må då gjere noko for å avbryte handlinga eller utvidinga for å unngå å bli ansvarleg for den fullt ut.

Dommen gir uttrykk for at man kan bli ansvarlig for passiv medvirkning dersom man har en slik tilknytning til gjerningen at det er naturlig å stilles til ansvar fordi man har en handleplikt. Handleplikten må oppfylles for å unngå å bli ansvarlig for handlingen, men det gis ingen

⁸⁵ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26.

konkrete eksempler på hva tiltalte burde gjort for å unngå straffansvar. Det tilsvarende er lagt til grunn i Rt. 2009 s. 1365 avsnitt 25-26 og den tidligere nevnte Christoffer-saken.

En nattevakt som hjalp en pleietrengende med stell og pleie ble i Rt. 2013 s. 1686 ansvarlig for medvirkning til grovt tyveri. Nattevakten hadde fått beskjed om at det kom til å skje noe ulovlig i løpet av natten, og hun lot døren til eneboligen stå åpen når vekten hennes var over. Det uttales at:⁸⁶

En person som er pleietrengende og derfor må gi andre tilgang til sitt hjem, har et særlig behov for trygghet for at tilgangen ikke blir misbrukt. Gjennom sin rolle som pleier på nattevakt [...] kunne ikke A [nattevakten] forholde seg passiv til informasjon om at det skulle skje noe ulovlig som ville ramme ham [den pleietrengende].

Dommen kan tas til inntekt for at man har plikt til å hindre at det skjer straffbare forhold man er klar over på forhånd, selv om man ikke vet eksakt hva det straffbare forholdet består i.

Dette gjelder særlig når man har en plikt til å sikre beskyttelse og trygghet for den personen det straffbare forhold er rettet mot. Det kan hevdes at man har en vidtgående plikt til å handle dersom man har særlig ansvar for noen som man vet vil bli rammet av en ulovlig handling.

Hva som utgjør straffbar medvirkning må avgjøres etter en tolkning av vilkårene for straffansvar, særlig kravet til tilknytning og innholdet i handleplikten. De kravene som stilles til tilknytning og handleplikt for omsorgspersoner kommer jeg tilbake til i analysen av de tre Høyesterettsdommene.⁸⁷ Tolkningen er i stor grad overlatt til domstolene og juridisk teori.⁸⁸ Legalitetsprinsippet i strafferetten stiller da særlige krav til tolkningen av straffebud.

⁸⁶ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 15.

⁸⁷ Se kapittel 4.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 410.

3 Legalitetsprinsippet i strafferetten

3.1 Det strafferettslige legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er hjemlet i Grunnloven § 96 og Den europeiske

menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 7, jf. menneskerettsloven § 3.

Hjemmelskravet følger også av straffeloven § 14, som en henvisning til hjemmelskravet som følger av Grunnloven § 96 og EMK art. 7.⁸⁹ Det fremgår av Grunnloven § 96 at «ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom». Med lov menes formell norsk lov.⁹⁰

Begrunnelsen for legalitetsprinsippet i strafferetten henger sammen med begrunnelsen for det alminnelige legalitetsprinsippet, som også gjelder på forvaltningsrettens område. Den enkelte borger er fri og selvstendig, og innskrenkninger av denne alminnelige friheten må forankres i lov.⁹¹ Både domstolene og forvaltningen må ha hjemmel for å kunne gripe inn i rettssfæren til borgerne i samfunnet, og på strafferettens område kreves det særlig hjemmel i formell lov.⁹²

Det strafferettslige legalitetsprinsippet stiller krav til at borgerne skal kunne forutse sin egen rettsstilling, herunder vite hvilken atferd som gir grunnlag for straffansvar. Å sikre forutberegnelighet er et av de sentrale formålene med legalitetsprinsippet.⁹³ Det skal fremgå av loven i hvilke tilfeller man kan straffes, og alle straffereaksjoner må ha hjemmel i lov.⁹⁴

Kravet om lovhjemmel innebærer også at straffebudene må være tilgjengelige for den enkelte.⁹⁵ I tillegg stilles det krav til utformingen av straffebudene, gjerne omtalt som klarhetskravet. Straffebestemmelsene skal være utformet «så klar[t] at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes».⁹⁶

⁸⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 409–410 om at straffeloven § 14 også omfatter påtaleunntatelser, i motsetning til Grunnloven § 96.

⁹⁰ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 126.

⁹¹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 249.

⁹² Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 104.

⁹³ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 64.

⁹⁴ HR-2020-2019-A avsnitt 14.

⁹⁵ HR-2020-2019-A avsnitt 14.

⁹⁶ HR-2020-955-A avsnitt 22 med videre henvisninger til rettspraksis.

Klarhetskravet henger nøye sammen med hensynet til forutberegnelighet. For at borgerne skal kunne innrette seg etter gjeldende lover og regler, må lovene være utformet på slik måte at den enkelte kan forutse hva som er straffbart og ikke.⁹⁷ Forutberegnelighet på strafferettens område er særlig viktig med hensyn til straff som reaksjon. Man må vite hva man risikerer ved å begå lovbrudd, samt kunne være trygg på at man ikke blir straffet ved å følge lovgivningen.⁹⁸ Legalitetsprinsippet sikrer forutberegnelighet fordi straffen er forankret i regler som er gitt på forhånd. Når man kan innrette seg etter reglene vil straffen også kunne virke preventivt.⁹⁹ Uten legalitetsprinsippet og forutberegneligheten prinsippet gir, vil det være vanskelig å akseptere straff som reaksjon.¹⁰⁰

Legalitetsprinsippet, herunder klarhetskravet, stiller krav til hvordan en lovbestemmelse er utformet, og setter grenser for hvor langt domstolen kan gå i å utfylle og tolke loven.¹⁰¹ Likevel må straffebestemmelser tolkes, ved bruk av alminnelig juridisk metode. Dette er en nødvendig forutsetning med den syntetiske lovgivningsteknikken vi har. Straffebudene er formulert generelt for å kunne fange opp og ramme et ubestemt antall tilfeller, for å være fleksibel og kunne henge med i samfunnsutviklingen.¹⁰² Lovgiver ønsket ved innføringen av straffeloven 2005 å gjøre loven mer informativ ved å modernisere språket og gi et dekkende bilde av rettsreglene.¹⁰³ Det uttales at det likevel ikke er noen vei «utenom et fragmentarisk rettskildebilde på strafferettens område».¹⁰⁴ Tolkning av straffebud utgjør dermed en vesentlig del av å klarlegge hva som er gjeldende rett. Det er i siste instans opp til domstolen hvordan den enkelte bestemmelse skal tolkes, innenfor de rammene som følger av den juridiske metodelære.¹⁰⁵ Høyesterett er dermed en særlig viktig bidragsyter når det gjelder å bidra til rettsutvikling. Legalitetsprinsippet og klarhetskravet setter her visse skranker for hvor langt domstolen kan gå i tolkningen av straffebestemmelsene. Legalitetsprinsippet kan sies å stå i et motsetningsforhold til tolkning som går ut over lovens ordlyd. Lovskravet er likevel ikke til

⁹⁷ HR-2020-955-A avsnitt 22 med videre henvisninger til rettspraksis.

⁹⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 62.

⁹⁹ Se pkt. 2.2.

¹⁰⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 62.

¹⁰¹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 126.

¹⁰² Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 67 og 69.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 196.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 196.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 214–215.

hinder for at straffebestemmelser tolkes innskrenkende eller utvidende.¹⁰⁶ Det følger blant annet av HR-2020-2019-A avsnitt 17 at:¹⁰⁷

Klarhetskravet i EMK artikkel 7 er ikke til hinder for dette [tolkning], men kravet innebærer at et endelige tolkningsresultatet må ha tilstrekkelig forankring i selve loven, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas.

Det følger videre av HR-2020-2019-A avsnitt 16 at «[m]anglende støtte i ordlyden avhjelpest ikke av at lovgiver har ønsket å ramme forholdet, eller at forholdet er klart straffverdig».

3.2 Eksempler fra rettspraksis – legalitetsprinsippet som tolkningskranke

Et kjent eksempel på at legalitetsprinsippet hindrer utvidende tolkning selv om forholdet er straffverdig er Rt. 1952 s. 989 (heretter Telefonsjikanedommen). Saken gjaldt tolkning av straffeloven 1902 § 350 første ledd om forstyrrelse av «den alminnelige fred og orden» og «omgivelsenes nattero». Tiltalte hadde gjentatte ganger ringt hjem til et ektepar for å sjikanere dem. Oppringningene hadde foregått fra åtte om morgenen til og med sent på kvelden. Ordlyden «alminnelig» siktet ikke til forstyrrelser på privat område, slik at den «alminnelige fred og orden» ikke kunne anses forstyrret. Denne tolkningen var også i tråd med motivene i lovens forarbeider. Når det gjaldt «omgivelsenes nattero» viste Høyesterett til at ordet ikke kan tolkes slik at det også omfatter «tiden før folk går til ro for natten». Dommer Gaarder uttalte at tiltaltes oppførsel var forkastelig og «burde være belagt med straff».¹⁰⁸

Legalitetsprinsippet satte imidlertid skranke for å tolke ordlyden i straffebestemmelsen utvidende, og tiltalte ble dermed ikke dømt etter straffeloven § 1902 § 350 første ledd. Etter dommen vedtok Stortinget et nytt straffebud som skulle ramme forhold av samme art som i Telefonsjikanedommen.¹⁰⁹

Et annet kjent eksempel hvor ordlyden imidlertid ble strukket, uten å anses i strid med legalitetsprinsippet, er Rt. 1966 s. 916 (heretter Passbåt I). Spørsmålet i saken gjaldt

¹⁰⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 65.

¹⁰⁷ Se også HR-2019-900-A avsnitt 32 og HR-2016-1458-A avsnitt 8 med videre henvisninger.

¹⁰⁸ Rt. 1952 s. 989 s. 989.

¹⁰⁹ Straffeloven 1902 § 390a tilføyd ved lov 3 juni 1955 nr. 2. Se også Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2016) s. 105 med videre henvisning..

tolkningen av straffeloven 1902 § 422 som gjorde det straffbart for fører av «skip» å beruse seg før eller under tjenesten. En sjømann hadde ført et fiskefartøy med en lengde og bredde på henholdsvis 25 og 9 fot samt motor med 15-18 hestekrefter. Han var påvirket av alkohol når han førte båten og kolliderte med en ferge. Onkelen til sjømannen døde som følge av kollisjonen. Høyesterett la avgjørende vekt på formålet med straffebestemmelsen, som er å «skape sikkerhet og avverge fare i trafikken til sjøs».¹¹⁰ Formålet med bestemmelsen tilsa at også andre båter enn hva som naturlig rammes av betydningen «skip» måtte rammes, i det også mindre båter vil medføre betydelig faremomenter og har et stort skadepotensiale. En naturlig forståelse av ordet «skip» var dermed ikke til hinder for å tolke bestemmelsen utvidende, slik at sjømannen kunne straffes for å ha ført fiskefartøyet i beruset tilstand, jf. straffeloven 1902 § 422.

Tolkningen av straffeloven § 1902 § 422 ble strukket enda lenger i Rt. 1973 s. 433 (heretter Passbåt II). Saken gjaldt promillekjøring med en 17 fots passbåt med motor på 115 hestekrefter. Spørsmålet i saken var om en 17 fots passbåt med motor på 115 hestekrefter var å regne som et «skip», jf. straffeloven 1902 § 422. Høyesterett kom til at passbåten måtte regnes som et «skip», og straffet mannen etter straffeloven 1902 § 422. Også her la førstvoterende vekt på formålet med bestemmelsen.¹¹¹ Både Passbåt I og Passbåt II viser at Høyesterett har kommet til at det foreligger straffansvar ved en betydelig utvidende tolkning av ordlyden i straffebudet. Etter dommene har det kommet regler i sjøloven § 143 og småbåtloven § 33 som er mer presise og bidrar til klargjøring av straffansvaret.¹¹²

En nyere dom er den allerede nevnte Valdres-saken. Det henvises til redegjørelse av sakens faktum under pkt. 1.2. Spørsmålet for Høyesterett var blant annet om unnlatelsen av å gi helsehjelp kunne rammes av alternativet «den som ved [...] andre krenkelser, alvorlig eller gjentatt mishandler», jf. straffeloven § 282 første ledd. Dommer Ringnes tar utgangspunkt i lovens ordlyd, og uttaler at:¹¹³

Når lovens ordlyd ikke entydig peker mot et bestemt tolkningsresultat, må det også ved straffebestemmelser foretas en tolkning bygget på supplerende kilder. En slik tolkningsprosess er ikke i strid med klarhetskravet, forutsatt at bestemmelsens kjerne

¹¹⁰ Rt. 1966 s. 916 s. 917.

¹¹¹ Rt. 1973 s. 433 s 434.

¹¹² Se Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 69.

¹¹³ HR-2019-1675-A avsnitt 29.

forblir den samme etter tolkningsprosessen, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas, jf. HR-2019-1234-A avsnitt 24 med henvisning til HR-2019-900-A avsnitt 31 og 32.

Etter en gjennomgang av kildene kom Høyesterett til at unnlatelsen i seg selv kunne regnes som mishandling. Lovens ordlyd var i denne saken ikke like tydelig som i straffeloven § 422 og tolkningen av «skip». Det var i tillegg andre kilder som ga uttrykk for at tolkningen var i tråd med ordlyden, og det var tale om en alvorlig krenkelse. Straffeloven § 282 skal blant annet sikre den psykiske og fysiske integriteten i nære relasjoner, hvor relasjonen er særlig preget av et avhengighetsforhold.¹¹⁴ Den psykiske og fysiske integritet, herunder barns rettsbeskyttelse, er en særlig interesse som er satt som verneverdig.¹¹⁵ Etter mitt syn medfører ikke tolkningen i denne dommen at ordlyden blir lagt vesentlig på strekk, sammenliknet med tolkningen i Passbåt I og Passbåt II hvor ordlyden var klarere.

Domstolen må respektere lovens grenser og står dermed ikke fritt, men kan tolke straffebestemmelser med de begrensningene som følger av Grunnloven § 96 og EMK art. 7.¹¹⁶ Grensen mellom tolkning som er i strid med legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet og tolkning innenfor legalitetsprinsippets rammer er ikke alltid enkel å få rede på. Ved tolkningen av straffebud må hensynet til forutberegnelighet veies mot andre legitime hensyn som gjør seg gjeldende i det enkelte tilfellet.¹¹⁷ I Telefonsjikanedommen var det tale om en forkastelig atferd, men hensynet til lovens ordlyd og hensynet til forutberegnelighet var mest tungtveiende. Det var ikke tale om et skadepotensiale av samme art som i Passbåt I og Passbåt II, og heller ikke en like alvorlig krenkelse som i Valdres-saken. I de tilfellene Høyesterett har tolket ordlyden i grenseland av hva som kan sies å omfattes av en naturlig språklig forståelse har det vært tale om alvorlige krenkelser og stor skade eller fare for skade. Hensynet til forutberegnelighet måtte dermed vike for andre legitime og mer tungtveiende hensyn.

¹¹⁴ Se pkt. 1.2 med videre henvisninger.

¹¹⁵ Se pkt. 2.1 med videre henvisninger.

¹¹⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 68.

¹¹⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 67.

4 Passiv medvirkning – omsorgspersoners ansvar ved overgrep mot barn

4.1 Barns rett til beskyttelse mot vold og overgrep

Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19 gir barn rett til vern om sin personlige integritet og beskyttelse mot alle former for vold og overgrep. Barns rettigheter etter Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen art. 19 utgjør en viktig bakgrunn for utviklingen av det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner når barn blir utsatt for overgrep.¹¹⁸ Ved innføringen av menneskerettighetene i Grunnloven ble det satt særlig lys på vernet av barns rett til beskyttelse mot vold og overgrep, og lovgiver ga kraftig signal om at alle former for angrep mot barns personlige integritet ikke er akseptabelt.¹¹⁹ Retten til vern om den personlige integritet følger også av Grunnloven § 102 og EMK art. 8 og gjelder også for barn. Likevel har man gjennom Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen art. 19 gitt barn et særlig vern, i lys av at barn er en spesielt sårbar gruppe som er avhengig av andres nærhet og omsorg.¹²⁰

Det følger av Grunnloven § 104 første ledd at barn har «krav på respekt for sitt menneskeverd». Etter § 104 fjerde ledd har barn også «rett til vern om sin personlige integritet» og at staten skal «legge forholdene til rette for barnets utvikling». Bestemmelsen gir barn særlige rettigheter på grunn av barns sårbare stilling i samfunnet.¹²¹ Et barn har særlig behov for beskyttelse og omsorg, på grunn av deres sårbarhet og avhengighetsforhold til omsorgspersoner.¹²² Barn er i stor grad avhengig av andre, både fysisk og mentalt, og har dermed særlig behov for respekt og vern.¹²³ Grunnloven § 104 kom inn ved grunnlovsendringen i 2014, når en rekke menneskerettigheter ble innført i Grunnloven for å styrke menneskerettighetene.¹²⁴

¹¹⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 16.

¹¹⁹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

¹²⁰ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 186.

¹²¹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 189.

¹²² Se Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 189 og Prop. 12 S (2016–2017) s. 10–11.

¹²³ Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2021) s. 335.

¹²⁴ Innst. 203 S (2013–2014).

Rettighetene etter Grunnloven § 104 fulgte allerede av barnekonvensjonen art. 19, som gir barn rett til beskyttelse mot:

[A]lle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge(r) eller eventuell annen person som har omsorgen for barnet.

Det er staten som har ansvar for å treffe egnede, beskyttende tiltak som ivaretar barnets rettigheter, jf. barnekonvensjonen art. 19. Straffeforfølgning av voldsutøvere er således en viktig del av statens arbeid med å hindre vold og overgrep mot barn.¹²⁵

4.2 Utviklingen av det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner

Det passive medvirkningsansvaret er utviklet i samspill mellom juridisk teori og rettspraksis.¹²⁶ Høyesterett uttalte seg om omsorgspersoners straffansvar for medvirkning ved passivitet i ankeutvalgets beslutning i Christoffer-saken. Saken gjaldt passiv medvirkning til vold med dødsfølge. Mor hadde forholdt seg passiv til stefars voldsutøvelse mot deres 8 år gamle sønn. Hun ble i lagmannsretten dømt til fengsel i ett år og seks måneder. Saken ble anket, men avvist i Høyesteretts ankeutvalg. I Høyesteretts beslutning ble det blant annet vist til Rt. 2009 s. 1365 avsnitt 26 og Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26 hvor Høyesterett dømte de tiltalte for passiv medvirkning på bakgrunn av en såkalt handleplikt. I sakene hadde de tiltalte en slik tilknytning til saken at det var rimelig å forvente at vedkommende handlet, og fravær av handling begrunnet at passiviteten medførte straffansvar. Sakene gjaldt handlinger hvor to personer sammen hadde planlagt å utføre en forbrytelse, hvor den ene parten hadde gått ut over det som opprinnelig var planlagt mellom de to. Høyesteretts ankeutvalg uttaler i Rt. 2013 s. 1015 at:¹²⁷

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.

¹²⁵ Blant annet HR-2017-2415-A avsnitt 18.

¹²⁶ Se f.eks. Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 20-23 med henvisninger til juridisk litteratur og Husabø, *Straffansvarets Periferi* (1999) s. 174 med videre henvisninger til eldre rettspraksis.

¹²⁷ Rt. 2013 s. 1015.

De seneste årene har det kommet tre dommer hvor Høyesterett eksplisitt har tatt stilling til spørsmålet om passivt medvirkningsansvar for omsorgspersoner når barn blir utsatt for overgrep. I det følgende vil jeg foreta en analyse av dommene for å gjøre rede for rettstilstanden når det gjelder omsorgspersoners ansvar de lege lata, herunder hvem ansvaret gjelder for og hva som kreves for å unngå straffansvar.

4.2.1 HR-2019-561-A

Spørsmålet om passivt medvirkningsansvar for omsorgspersoner er i nyere tid blant annet behandlet i Høyesterett i HR-2019-561-A (heretter også Stemorddommen). Saken gjaldt passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Den tiltalte kvinnens mann hadde mishandlet hans sønn. Mannen kom til Norge fra Midtøsten i 2008, mens kvinnen kom til Norge i 2013 sammen med stesønnen, stedatteren og parets tre felles sønner. Paret fikk ytterligere en datter i 2016 og hadde således omsorgsansvar for 6 barn. Stesønnen til kvinnen var fornærmet i saken. Han var 10-12 år gammel da mishandlingen fant sted, fra desember 2014 til april 2016. I denne perioden var det en pågående straffesak mot faren, og han ble i 2016 dømt til fengsel i to år for mishandling av alle de da fem barna fra høsten 2013 til mars 2014. Som følge av straffesaken mot faren hadde kvinnen kontakt med barnevernet og dialog med skolen til stesønnen, som del av blant annet barnevernets beskyttelsestiltak for å hindre ytterligere vold mot barna når faren flyttet hjem igjen. Stesønnen fortalte om fortsatt mishandling i hjemmet samme dag som dommen mot faren falt, som ledet frem til tiltalebeslutning mot faren og kvinnen. Kvinnen anket saken helt til Høyesterett, som opphevet lagmannsrettens kjennelse fordi det ikke ble tatt stilling til om medvirkningsansvaret måtte begrenses på grunn av straffrihetsgrunnene i straffeloven § 196. Lagmannsretten dømte igjen kvinnen til passiv medvirkning for mannens mishandling, og fant at det forelå handlingsalternativer som ikke var omfattet av straffrihetsgrunnene i § 196. Kvinnen anket til Høyesterett, som resulterte i domfellelse i HR-2019-561-A.

Faren hadde jevnlig utøvet vold mot sønnen ved blant annet å slå, trække på, lugge og kaste gjenstander på sønnen. Kvinnen var klar over voldsutøvelsen og hadde ved flere anledninger forsøkt å stanse volden mot stesønnen. Hun hadde blant annet gått mellom far og sønn, verbalt snakket med mannen og tilkalt hjelp av en bekjent. Kvinnen hadde ikke aktivt oppfordret eller fysisk medvirket til mishandlingen. Spørsmålet i saken var om

straffrihetsgrunnene i straffeloven § 196 utgjør en skranke ved vurderingen av medvirkningsansvaret og om kvinnen hadde gjort nok eller om hun var skyldig i straffbar medvirkning på bakgrunn at av hun ikke hadde foretatt ytterligere handling. Spørsmålet var om hun, i kraft av å være omsorgsperson for barnet, «skulle gjort noe mer for å forsøke å forhindre ytterligere krenkelser av gutten, når hennes protester ikke første frem – det er denne unnlatsen som eventuelt er «passiv medvirkning»». ¹²⁸ Høyesterett kom med dissens 3-2 til at kvinnen kunne dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner.

Høyesterett tok først stilling til om straffeloven § 196 tredje ledd satte skranker for medvirkningsansvaret. Straffeloven § 196 første ledd inneholder en alminnelig avvergingsplikt for enhver person ved visse alvorlige forbrytelser. Plikten til å avverge straffbare forhold gjelder blant annet for §§ 282 og 283 om mishandling i nære relasjoner. Avvergingsplikten i § 196 første ledd er lempet i bestemmelsens tredje ledd, hvor det følger straffrihetsgrunner. Etter § 196 tredje ledd bokstav b) er brudd på avvergingsplikten ikke straffbart 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».

I den konkrete saken forelå det etter lagmannsrettens og Høyesteretts syn handlingsalternativer som ikke ville utsette kvinnen for slik fare som nevnt i § 196 tredje ledd. Høyesterett tok likevel stilling til spørsmålet som et obiter dictum. Førstvoterende uttaler at medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet krever «*særlig tilknytning*» ¹²⁹ og viser deretter til at § 196 retter seg mot «enhver». ¹³⁰ Siden § 196 retter seg mot enhver er det rimelig at unnlatsen av å avverge er straffri i vid utstrekning, for å ikke pålegge den enkelte en urimelig plikt til å handle. ¹³¹ Straffrihetsgrunnene er etter førstvoterendes syn vide og vagt avgrenset, slik at de ikke uten videre kan sette grenser for medvirkningsansvaret. ¹³² I tillegg vil det etter Høyesteretts syn «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». ¹³³ Det vil også

¹²⁸ HR-2019-561-A avsnitt 16.

¹²⁹ HR-2019-561-A avsnitt 20 (uthevet her).

¹³⁰ HR-2019-561-A avsnitt 21.

¹³¹ HR-2019-561-A avsnitt 21.

¹³² HR-2019-561-A avsnitt 21.

¹³³ HR-2019-561-A avsnitt 22.

kunne virke støtende om hensynet til gjerningspersonen skal gå foran hensynet til offeret.¹³⁴ Høyesterett kom enstemmig til at § 196 tredje ledd ikke satt noen begrensning i medvirkningsansvaret, men at momentene i bestemmelsen kan være relevante i den konkrete helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om det foreligger straffbar passivitet i det enkelte tilfellet. Dersom man som omsorgsperson er klar over overgrep mot barn man har omsorg for, vil man altså etter omstendighetene kunne bli ansvarlig for medvirkning selv om handlingsalternativene man står overfor medfører at man må sette seg selv for fare ved å handle. Lovgiver har fulgt opp dommen når det gjelder § 196 tredje ledd bokstav b sett i lys av behovet for å ivareta barns rettigheter og vern etter Grunnloven og EMK. Paragraf 196 har nå fått ett nytt fjerde ledd som lyder:

Tredje ledd bokstav b gjelder ikke dersom fornærmede er mindreårig og den som unnlater å avverge er barnets forelder, steforelder, fosterforelder eller en annen som har daglig omsorg for barnet.

Tillegget i bestemmelsen var ment som et «lovgivningsmessig virkemiddel for å ivareta den plikten som staten har til å verne barn mot vold og overgrep».¹³⁵ Endringen viser ytterligere til lovgivers vilje om å styrke barns rettsvern.

Videre tok førstvoterende stilling til om kvinnen skulle foretatt seg ytterligere handlinger for å motvirke eller forsøke å forhindre mishandlingen mot gutten. Høyesterett viser under drøftelsen av § 196 at:¹³⁶

For at en unnlattelse skal være straffbar som passiv medvirkning, kreves de 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.

Spørsmålet er hvem som har slikt omsorgsansvar. Førstvoterende uttaler at kvinnen i realiteten hadde vært som en mor for gutten siden han var litt over to år gammel, og at det formelle omsorgsansvaret er uten betydning.¹³⁷ Førstvoterende legger heller ikke vekt på at

¹³⁴ HR-2019-561-A avsnitt 23.

¹³⁵ Innst. 41 L (2020–2021) under *Komiteens merknader til Kapittel 3*, vedtatt i Lovvedtak 13 (2020–2021).

¹³⁶ HR-2019-561-A avsnitt 20 (uthevet her).

¹³⁷ HR-2019-561-A avsnitt 28.

gutten ikke var kvinnens biologiske sønn.¹³⁸ Kvinnen hadde vært som en mor for gutten siden han var rundt to år gammel. Dommen gir her uttrykk for at det er realiteten i omsorgsansvaret som er av betydning, ikke formelt omsorgsansvar. De reelle forholdene er dermed avgjørende for om man har en slik tilknytning til fornærmede at det stilles krav om handling for å unngå å bli straffansvarlig for passiv medvirkning. Kvinnen hadde også vært i mors sted i rundt 8-10 år, og således en av guttens aller nærmeste og viktigste omsorgspersoner. Tilknytningskravet synes etter dommen å rette seg mot personer som har den reelle daglige omsorgen for barnet, enten det er biologiske foreldre eller andre som opptrer som sådan.

På bakgrunn av tilknytningen hadde kvinnen en handleplikt. Det uttales at det ikke stilles krav om at handlingene faktisk avverger mishandlingen, men de må «fysisk eller psykisk motvirke handlingen [mishandlingen]». ¹³⁹ Likevel vil det etter omstendighetene kunne være plikt til å forsøke ytterligere handlinger dersom de handlingene man har foretatt seg viser seg å ikke være tilstrekkelige. ¹⁴⁰ Dette gjelder særlig når man forholder seg passiv til overgrep og vold mot barn man har omsorg for. ¹⁴¹ Barnets rett på beskyttelse veier tungt i flertallets vurdering av hva som kan forventes av en omsorgsperson. I vurderingen legger Høyesterett til grunn at kvinnen burde gjort mer enn hun hadde i den konkrete situasjonen, blant annet på bakgrunn av den pågående straffesaken mot faren og hennes tilknytning og kontakt med både barnevern, skole, barneverntjeneste og helsetjeneste. Disse omstendighetene ga kvinnen en særlig oppfordring til å søke hjelp. Førstvoterende uttaler at kvinnen hadde plikt til å i det minste søke hjelp på nytt i offentlige instanser eller i privat nettverk, for å forsøke å hindre mishandlingen. Når hun ikke hadde foretatt seg mer enn hun gjorde, måtte passiviteten anses å utgjøre straffbar medvirkning til mannens mishandling av barnet. Hennes unnlattelse av å foreta seg mer utgjorde ikke bare svikt i omsorgsplikten, men bidro til at mannens mishandling kunne fortsette slik at hun gjorde seg skyldig i passiv medvirkning til mishandlingen. ¹⁴² Unnlattelsen medførte således fare for ytterligere skade, jf. skadefølgeprinsippet. Barnets rett på beskyttelse er her et tungtveiende legitimt hensyn, som gir grunn til å pålegge den som er ansvarlig for barnets beskyttelse en vidtrekkende handleplikt.

¹³⁸ HR-2019-561-A avsnitt 28.

¹³⁹ HR-2019-561-A avsnitt 29.

¹⁴⁰ HR-2019-561-A avsnitt 29.

¹⁴¹ HR-2019-561-A avsnitt 29.

¹⁴² HR-2019-561-A avsnitt 31.

Mindretallet var uenig i flertallets vurdering, og mente i motsetning til førstvoterende at kvinnen ikke hadde gjort seg skyldig i straffbar medvirkning. Mindretallet starter med hovedregelen om at passivitet ikke utgjør straffbar medvirkning, men at man kan bli ansvarlig for passivitet dersom man har en plikt til å handle. Det uttales at medvirkningsansvar «ikke sjelden [vil] være utelukket når tiltalte gjør det tydelig at han motsette seg gjerningen».¹⁴³ Mindretallet er enig i at det i visse tilfeller må kunne kreves at omsorgspersonen foretar seg noe mer, dersom handlingene vedkommende foretar seg ikke er tilstrekkelige. I den konkrete saken mente mindretallet imidlertid at kvinnen hadde utvist ikke ubetydelig aktivitet for å hindre ytterligere lovbrudd. Dommer Sæbø uttaler at det burde stilles vesentlige høyere krav for å oppstille straffansvar enn ved brudd på en sivilrettslig handleplikt og uttaler at:¹⁴⁴

Det klare strafferettslige utgangspunktet om at passivitet ikke gir grunnlag for strafferettslig medvirkningsansvar og avstanden mellom det omsorgspersonen kan klandres for og hovedgjerningen, medfører etter mitt syn at det ikke bør straffes for medvirkning i vår sak, hvor A [kvinnen] som nevnt har utvist ikke ubetydelig aktivitet for å motvirke mishandlingen.

Dommen viser at man som omsorgsperson kan bli strafferettslig ansvarlig for å unnlate å handle, hvis man har en særlig tilknytning til skadelidte og dermed også en plikt til å handle. Etter dommen er det den reelle tilknytningen som er av betydning, slik at mangel på formelt omsorgsansvar ikke utgjør en skranke for ansvar dersom man i realiteten har et slikt omsorgsansvar.¹⁴⁵ Dersom det foreligger et reelt omsorgsansvar, beror straffansvaret for passiv medvirkning på en konkret helhetsvurdering av hva som eventuelt er gjort og hva omsorgspersonen kunne og burde foretatt seg. Handleplikten synes å være nokså vidtgående. I vurderingen kan det være av betydning om de alternative handlingene man kunne foretatt seg vil medføre at omsorgspersonen setter seg selv eller noen av hans nærmeste i fare.¹⁴⁶ I vurderingen er det også lagt vekt på omstendighetene rundt saken, her en pågående straffesak mot faren, som synes å gi en strengere handleplikt på grunn av en særlig oppfordring.¹⁴⁷ For at man skal kunne bli strafferettslig ansvarlig bygger Høyesterett på en forutsetning om at det

¹⁴³ HR-2019-561-A avsnitt 38.

¹⁴⁴ HR-2019-561-A avsnitt 43.

¹⁴⁵ HR-2019-561-A avsnitt 28.

¹⁴⁶ HR-2019-561-A avsnitt 25 og straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b.

¹⁴⁷ HR-2019-561-A avsnitt 30.

faktisk foreligger handlingsalternativer, og vurderer hva som kunne vært gjort opp mot kvinnen allerede hadde gjort. Denne plikten til å foreta seg ytterligere handling dersom det man har gjort ikke er tilstrekkelig, gjelder særlig ved ansvar for barn, som er sårbare og trenger beskyttelse.¹⁴⁸ Straffansvaret blir her strukket lenger sammenliknet med tidligere dommer hvor Høyesterett har behandlet spørsmålet om passiv medvirkning. Hovedregelen er at ren passivitet ikke utgjør straffbar medvirkning. Tidligere praksis fra Høyesterett har omhandlet straffansvar i tilfeller hvor vedkommende ikke har foretatt seg noe for å motvirke eller hindre hovedmannens lovbrudd. Det har altså tidligere vært tale om en mer «ren» form for passivitet. I denne saken er det ikke tale om ren passivitet, men omsorgspersonen har forsøkt å hindre eller motvirke lovbruddet. Dissensen i dommen illustrerer at saken er et grensetilfelle, og at den konkrete helhetsvurderingen av om man er innenfor eller utenfor straffansvar kan slå ulikt ut, og beror på de konkrete omstendighetene i den enkelte saken.

4.2.2 HR-2019-2205-A

I slutten av 2019 kom ytterligere en dom om straffansvarets rekkevidde for passiv medvirkning – HR-2019-2205-A (heretter Stefardommen). Saken gjaldt passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Spørsmålet var om stefar kunne straffes for passiv medvirkning til morens grove mishandling av sine tre barn, jf. strl. §§ 282 og 283, jf. § 15. Moren var fra en somalisk bosetting, og kom til Norge i 2014. Mannen som ble tiltalt for passiv medvirkning hadde bodd i Norge sammenhengende siden 2017. Barna hadde i en lengre periode bodd hos sin biologiske far i Etiopia. De kom til Norge tidlig 2017. Datteren og de to sønnene var henholdsvis rundt tre og et halvt, ni og ti år på handlingstidspunktet. Da barna kom til Norge «var det syv år siden de hadde bodd sammen med sin mor. C [datteren] [...] hadde ikke bodd sammen med moren siden hun var åtte måneder».¹⁴⁹ Ved ankomsten til Norge hadde barna ikke noe forhold eller kjennskap til stefaren. Mannen hadde ikke oppholdstillatelse i Norge når han kom hit og hadde derfor ikke deltatt på tilbud til asylsøkere, som for eksempel norskkurs. Hans kunne dermed ikke norsk, og hadde også begrenset kunnskap i engelsk. Han hadde imidlertid kontakt med flyktningstjenesten i kommunen og deltok eller var til stede på møter med skolen og helsevesenet når det gjaldt oppfølging av barna. Når det gjelder ektefellens voldsutøvelse mot barna hadde mannen vært til stede i

¹⁴⁸ HR-2019-561-A avsnitt 30.

¹⁴⁹ HR-2019-2205-A avsnitt 17.

hendelsesforløpet. Mishandlingen fant sted fra april til juni 2017. Han hadde flere ganger forsøkt å stanse mishandlingen ved å si ifra til ektefellen om å stanse, truet med å gå fra henne, gå mellom barna og moren samt ta barna bort fra stedet. Han fjernet også gjenstander moren brukte til å skade barna. Voldsutøvelsen fortsatte selv om mannen forsøkte å stanse og motvirke ytterligere mishandling. Mannen lot være å forsøke andre handlingsalternativer, selv om han så at hans motvirkende handlinger ikke fungerte og selv om mishandlingen fortsatte. Han søkte ikke hjelp i det somaliske miljøet som familien var en del av, eller av offentlige instanser. Datteren på tre og et halvt år døde som følge av skadene hun fikk påført av moren. Mannen ble dømt for mishandling etter § 282 for hans unnlatelser når jenta ble påført den dødelige skaden. Jenta ble kastet kraftig i gulvet og påført alvorlig hodeskade. Mannen ringte til AMK etter to og et halvt døgn, når stedatteren verken kunne snakke, åpne øynene eller reise seg. Hun døde av skaden på sykehuset. Før mannen ringte til AMK skjulte han og ektefellen hva som hadde skjedd mens de hadde middagsbesøk, og han «støttet overfor ambulanspersonellet Bs [ektefellens] forklaring om at C [barnet] hadde falt ut av senga og skadet seg på den måten».¹⁵⁰ For denne delen av hendelsesforløpet ble mannen straffet for mishandling etter § 282, ikke for passiv medvirkning til mishandling etter § 282, jf. § 15.¹⁵¹ På grunn av oppgavens rammer vurderes ikke Høyesteretts drøftelse angående dette spørsmålet ytterligere.

Spørsmålet for Høyesterett var så om mannen måtte holdes strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning til mishandling av barna i tiden før stedatteren ble påført den dødelige skaden. Førstvoterende starter i straffeloven § 15 og uttaler at en naturlig språklig forståelse tilsier at «*ren passivitet i alminnelighet ikke rammes*».¹⁵² Videre påpekes at medvirkningsansvarets nærmere avgrensning ikke er klar etter § 15, og at domstolen har en naturlig oppgave i å utfylle og klargjøre ordlyden, med de begrensninger som følger av legalitetsprinsippet.¹⁵³ Selv om passivitet i utgangspunktet ikke utgjør straffbar medvirkning, kan det stille seg annerledes ved overgrep mot barn. En viktig bakgrunn for ansvaret er barns rett på beskyttelse mot alle former for vold og overgrep etter Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19.¹⁵⁴ Høyesterett fremhever at legalitetsprinsippet medfører grunn til å vise varsomhet når det

¹⁵⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 37.

¹⁵¹ Sml. HR-2019-1675-A.

¹⁵² HR-2019-2205-A avsnitt 54 (uthevet her).

¹⁵³ HR-2019-2205-A avsnitt 55.

¹⁵⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 55–56 og pkt. 4.1.

kommer til utviklingen og avgrensningen av medvirkningsansvaret.¹⁵⁵ Domstolen viser her bevissthet rundt legalitetsprinsippet og dens tolkningskranker.¹⁵⁶

Høyesterett viser til Rt. 2013 s. 1015 om utgangspunktet om at ren passivitet ikke gir grunnlag for medvirkningsansvar kan stille seg annerledes dersom der er tale om overgrep mot barn. Høyesterett viser videre til at dette gjelder særlig «der den passive har en handleplikt».¹⁵⁷ Førstvoterende konstaterer så at det er etablert rett at:¹⁵⁸

Den som har omsorgsansvar for et barn, har en plikt til på en aller annen måte å gripe inn overfor mishandlingen av barnet. Oppfylles ikke denne plikten, kan vedkommende etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep mot barnet.

Denne særlige handleplikten for omsorgspersoner ved overgrep mot barn synes særlig begrunnet i den grunnleggende retten barn har til beskyttelse mot vold og mishandling, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen art. 19.¹⁵⁹

Høyesterett kom enstemmig til at stefaren måtte dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner, fordi han ikke hadde gjort nok for å hindre overgrepene. Med henvisning til Stemordommen viser Høyesterett at man etter omstendighetene kan bli straffansvarlig for medvirkning selv om man har gjort noe for å hindre overgrep mot barnet.¹⁶⁰ Det er grunnlag for slikt ansvar dersom «vedkommendes passivitet er *så vidt fremtredende at han må sies å ha medvirket til gjerningspersonens overgrep mot barnet*».¹⁶¹ Straffansvar medfører at man sidestilles med hovedmannen til mishandling i nære relasjoner, som er et stigmatiserende og belastende forhold. Man skal derfor være varsom med å trekke straffansvaret for langt.¹⁶² Det henvises igjen til Stemordommen, og at straffansvaret beror på en konkret helhetsvurdering av den aktuelle situasjonen. Det kreves at man «i alle fall gjør noe som er *egnet til å motvirke lovbruddet*».¹⁶³ I dommen konkretiseres det hvilke momenter som er av betydning i den skjønsmessige helhetsvurderingen som fremkommer av

¹⁵⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 55.

¹⁵⁶ Nærmere drøftelse av om utviklingen er i tråd med legalitetsprinsippet i kap. 5.

¹⁵⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 58 med henvisning til Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 13.

¹⁵⁸ HR-2019-2205-A avsnitt 59.

¹⁵⁹ HR-2019-2205-A avsnitt 56 med videre henvisning til HR-2017-2415-A avsnitt 18.

¹⁶⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 60–63.

¹⁶¹ HR-2019-2205-A avsnitt 63 (uthevet her).

¹⁶² HR-2019-2205-A avsnitt 66.

¹⁶³ HR-2019-2205-A avsnitt 67.

Stemordommen. Ved vurderingen av om passivitet utgjør straffbar medvirkning er flere momenter av betydning, herunder *alvorlighetsgrad, tidsperspektiv, hvor sårbart barnet er, styrkeforholdet mellom medvirker og hovedgjerningspersonen, tilgjengelige virkemidler og handlingsalternativ og omstendighetene for øvrig*.¹⁶⁴ Det var etter Høyesteretts syn rimelig å forvente at stefaren ba om hjelp fra det somaliske miljøet, kontaktet andre offentlige instanser som helsesøster, frivillighetssentralen og flyktningstjenesten eller oppfordret barna til å søke hjelp i for eksempel skolen. Det var tale om omfattende og flere tilfeller av grov vold over en periode på to og en halv måned. Tidsmomentet og alvorlighetsgraden tilsier dermed en strengere handleplikt, slik at det kreves mer for å fri seg fra straffansvar. Barnas alder var også av betydning, samt at barna var ekstra sårbare som følge av deres nylige ankomst til Norge. Forholdene ga stefaren en særlig oppfordring til å gripe inn, noe han ved enkelte anledninger også gjorde. Mannen gjorde likevel ikke tilstrekkelig for å fri seg fra ansvar. Hans manglende norskkunnskaper samt at han ikke hadde oppholdstillatelse ble ikke tillagt vesentlig vekt, selv om stefarens vanskelige situasjon ble tatt i betraktning.¹⁶⁵

Dommen utbroderer det utgangspunktet som Stemordommen gir, og gir flere retningslinjer for å vurdere om det etter en konkret helhetsvurdering er naturlig å etablere straffansvar for passiv medvirkning. Når det gjelder mannens tilknytning til de fornærmede går ikke Høyesterett særlig inn på vurderingen, men det legges til grunn at han har en slik tilknytning og dermed en handleplikt som begrunner straffansvar. Barna hadde ikke kjennskap til mannen før de flyttet til Norge i april 2017. Fra dette tidspunktet hadde mannen daglig omsorg for barna, og barna kalte ham for pappa. Stefardommen gir således uttrykk for, som i Stemordommen, at det ikke kreves formelt omsorgsansvar eller at man er biologiske foreldre for å kunne straffes for medvirkning. Det er tilstrekkelig med et reelt omsorgsansvar, tilsynelatende også om man har hatt slikt omsorgsansvar i en kortere periode.

¹⁶⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 69–75.

¹⁶⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 83.

4.2.3 HR-2020-1343-A

Den nyeste Høyesterettsdommen angående omsorgspersoners straffansvar for passiv medvirkning er HR-2020-1343-A (heretter Fardommen). Spørsmålet i saken var om barnefaren kunne straffes for passiv medvirkning til morens grove mishandling mot deres to felles spedbarn. Morens grove mishandling hadde funnet sted i perioden august til oktober 2017 og ga barna flere brudd-, sår- og arrskader. Mannen hadde ikke vært til stede under mishandlingen, og hadde dermed ikke sikker kunnskap om mishandlingen. Spørsmålet for Høyesterett var om barnefaren hadde medvirket ved å ikke oppfylle handleplikten, når han ikke grep inn da han ble klar over mishandlingen.

Høyesterett tar utgangspunkt i straffeloven § 15. Ordlyden setter grenser for hvor langt man kan strekke medvirkningsansvaret, særlig når det gjelder passivitet.¹⁶⁶ Høyesterett viser deretter til den utviklingen som har funnet sted de siste årene når det gjelder passivt medvirkningsansvar for omsorgspersoner når barn blir utsatt for vold og overgrep. Man kan bli ansvarlig som medvirker også ved passivitet dersom man har en «særlig tilknytning til gjerningssituasjonen, herunder til fornærmede».¹⁶⁷ Ved en slik tilknytning kan det «oppstå plikt til å forsøke å hindre andres straffbare handlinger, med den følge av brudd på handleplikten kan straffes som medvirkning».¹⁶⁸ I forhold til Stemor- og Stefardommen måtte Høyesterett her ta stilling til hvilke krav som stilles til den potensielle medvirkerens kunnskap om mishandlingen. En enstemmig Høyesterett kom til at barnefaren måtte straffes for medvirkning til morens mishandling, selv om han ikke hadde vært til stede når mishandlingen fant sted. Tilfellet gjelder således en mer «ren» form for passivitet enn de to foregående dommene. Den som ikke er kjent med mishandlingen kan ikke straffes for medvirkning. Straffansvar kan imidlertid inntre dersom man holder det som mest sannsynlig at mishandling finner sted. Det er på dette tidspunktet handleplikten oppstår.¹⁶⁹ Man behøver således ikke sikker kunnskap om mishandlingen. Dommen viser den nære sammenhengen mellom de objektive vilkårene for straffansvar og kravet til forsett hos medvirkeren.¹⁷⁰ Omfanget og innholdet i handleplikten må etter Høyesteretts syn fastsettes «med utgangspunkt i den kunnskap omsorgspersonen har».¹⁷¹ Premissene taler for at handleplikten blir strengere

¹⁶⁶ HR-2020-1343-A avsnitt 15 med videre henvisning og sitering fra HR-2019-2205-A avsnitt 55.

¹⁶⁷ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

¹⁶⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

¹⁶⁹ HR-2020-1343-A avsnitt 19.

¹⁷⁰ HR-2020-1343-A avsnitt 24.

¹⁷¹ HR-2020-1343-A avsnitt 20.

dersom vedkommende regner det som sannsynlig at mishandlingen for eksempel er grov.¹⁷²

Dersom man regner det mest sannsynlig at mishandling skjer har man en klar oppfordring til å gripe inn for å hindre ytterligere krenkelse av barnet.¹⁷³ Dommen kan sammenliknes med den tidligere nevnte Rt. 2013 s. 1686, hvor pleieren heller ikke hadde kunnskap om at det ville skje noe alvorlig, men ikke sikker kunnskap om nøyaktig hva som ville finne sted.

Dommen viser at det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner rekker langt. Det skal mye til for å fri seg fra medvirkningsansvaret når barn man har omsorg for utsettes for alvorlige krenkelser. Selv når man ikke har sikker kunnskap eller har vært vitne til lovbrudd, vil man kunne bli ansvarlig. Barns grunnleggende rett på beskyttelse mot alle former for vold og overgrep er et legislativt hensyn som veier svært tungt i vurderingen. Det kan hevdes at medvirkningsansvaret derfor er strukket langt for å sikre effektiv rettsbeskyttelse av barn. Som omsorgsperson har man en plikt til å gripe inn mot mishandling i det man holder det som mest sannsynlig at slik mishandling finner sted.

De tre dommene fra henholdsvis 2019 og 2020 har bidratt til vesentlig rettsavklaring hva gjelder denne typen medvirkningsansvar. Det er etablert rett at en omsorgsperson kan bli strafferettslig ansvarlig for medvirkning dersom man ikke har gjort nok for å hindre krenkelse mot barn man har i sin omsorg. Førstvoterende i Stemorddommen uttaler at «for at en unnlattelse skal være straffbar som passiv medvirkning, kreves det i utgangspunktet en *særlig tilknytning*».¹⁷⁴ Dersom man har en slik særlig tilknytning til fornærmede og gjerningssituasjonen får man plikt til å handle, og brudd på plikten kan straffes som medvirkning. Man kan bli ansvarlig for passiv medvirkning til mishandling dersom man ikke gjør nok for å hindre eller motvirke mishandlingen. Om handleplikten er brutt beror på en *konkret helhetsvurdering* hvor flere momenter er av betydning. Etter Stefardommen oppstilles det flere momenter som kan være relevante, blant annet alvorlighetsgraden av overgrepet, herunder omfanget og intensiteten av overgrepene. Dersom det er tale om alvorlig og hyppig mishandling kreves det mer av omsorgspersonen enn om der er tale om overgrep av mindre alvorlig art som skjer sjeldnere. Tidsperspektivet er av betydning, alvorligere overgrep over lengre tid medfører strengere krav til inngripen enn mindre alvorlige krenkelser med kortere varighet. I tillegg er barnets sårbarhet, herunder alder, utvikling og sosial situasjon, av

¹⁷² Sml. momentene i HR-2019-2205-A.

¹⁷³ HR-2020-1343-A avsnitt 23.

¹⁷⁴ HR-2019-561-A avsnitt 20 (uthevet her)

betydning samt styrkeforholdet mellom gjerningsperson og medvirker. Mishandling mot små, sårbare barn gir dermed grunn til å oppstille en strengere handleplikt. Hvilke handlingsalternativer som forelå inngår også i vurderingen samt omstendighetene for øvrig. Det legges stor vekt på at det er tale om mishandling av barn, og at barn nyter er særlig vern i kraft av å være en sårbar gruppe med behov for beskyttelse og omsorg.¹⁷⁵ Ansvarer gjelder ikke bare der man har sikker kunnskap om mishandlingen. Handleplikten «oppstår på det tidspunktet omsorgspersonen blir *klar over* mishandlingen».¹⁷⁶ Man regnes for å være klar over mishandlingen dersom man regner det som mest sannsynlig at mishandling finner sted. Det er på dette tidspunktet man kan bli straffansvarlig for medvirkning ved å forholde seg passiv til mishandlingen.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19.

¹⁷⁶ HR-2020-1343-A avsnitt 19.

¹⁷⁷ HR-2020-1343-A avsnitt 19.

5 Utviklingen av straffansvaret i lys av legalitetsprinsippet

5.1 Er utviklingen i tråd med legalitetsprinsippet?

I lys av legalitetsprinsippet og de skrankene prinsippet setter for tolkning er det naturlig å se nærmere på om utviklingen av det passive medvirkningsansvaret er i tråd med det grunnleggende kravet om lovhjemmel i strafferetten. Spørsmålet er om utviklingen er i samsvar med de skrankene legalitetsprinsippet setter for tolkningen av straffeloven § 15. Domstolen har som nevnt hovedansvaret for å foreta de tolkninger som er nødvendige for å presisere reglens innhold. Gjennom tolkning skal domstolen bidra til rettsutvikling og avklaring. For at Høyesterett skal kunne fylle denne rollen er det viktig å ta utgangspunkt i lovens ordlyd og gi tydelig veiledning om hva som er rett og galt i lys av de rettskildene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.

Utgangspunktet for tolkningen er den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsen, i dette tilfellet straffeloven § 282, jf. § 15. En naturlig språklig forståelse av ordet «medvirker» tilsier i utgangspunktet straffansvar i tilfeller hvor det foreligger en aktiv handling, enten i form av fysisk eller psykisk tilskyndelse til hovedgjerningen.¹⁷⁸ Forarbeidene til straffeloven 2005 åpner også for at passivitet kan utgjøre straffbar medvirkning, men «ren passivitet vil normalt ikke være straffbar medvirkning».¹⁷⁹ I utredningen til ny straffelov ble det videre uttalt at «selv om passivitet vanligvis ikke medfører medvirkningsansvar, beror likevel løsningen på de konkrete omstendigheter og en tolking av det enkelte straffebed»¹⁸⁰ og «[h]vis en person har en spesiell plikt til å hindre at en straffbar handling begås, skal det mindre til for at medvirkning foreligger. Men ren passivitet vil i utgangspunktet heller ikke her være tilstrekkelig for medvirkningsansvar».¹⁸¹ Ordlyden er dermed tilsynelatende vid nok til også å ramme ren passivitet.¹⁸² Høyesterett har gjennom sin praksis slått fast at passivitet rammes

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411 og NOU 1992: 23 s. 74.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 412.

¹⁸⁰ NOU 1992: 23 s. 77.

¹⁸¹ NOU 1992: 23 s. 77.

¹⁸² Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 349.

etter § 15, og at passivitet dermed likestilles med aktiv handling på visse vilkår.¹⁸³ Dette er etter mitt syn også i tråd med lovgivers vilje og de lovmotiver som ligger til grunn for straffeloven § 15.¹⁸⁴ Tidligere praksis om medvirkningsansvaret ved passivitet gjelder imidlertid tilfeller hvor den medvirkende ikke har foretatt seg noen motvirkende handlinger.¹⁸⁵ Utviklingen i Stemor-, Stefar- og Fardommen viser at straffansvaret for passivitet er utvidet for omsorgspersoner. Det er ikke bare ren passivitet som kan møtes med straffansvar. Det passive medvirkningsansvaret omfatter også tilfeller hvor man aktivt har forsøkt å motvirke eller hindre videre krenkelser, men ikke har gjort nok. Ansvar er utvidet i forhold til tidligere praksis, fordi man kan bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning til mishandling av barn selv om man har tatt tydelig og konsekvent avstand fra krenkelsen. I tillegg kan det foreligge straffansvar selv om man ikke er vitne til mishandlingen. Ansvar gjelder dersom man regner det som overveiende sannsynlig at mishandling skjer. At man regner det som overveiende sannsynlig at mishandling skjer er nok til at det foreligger en handleplikt, og unnlåtelsen vil da likestilles med en aktiv handling og være tilsvarende klanderverdig. Spørsmålet er om denne utviklingen og utvidelsen av straffansvaret for omsorgspersoner er i tråd med legalitetsprinsippet.

Stemordommen er det første eksempelet i praksis fra Høyesterett på at man kan bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning til tross for at man har foretatt motvirkende handlinger for å hindre videre krenkelse.¹⁸⁶ Domstolen uttaler at det som utgangspunkt kreves en særlig tilknytning til gjerningssituasjonen, og at omsorgsansvar er et eksempel på en slik tilknytning. Uten å utdype vilkårene for straffansvar nærmere går førstvoterende direkte på den «konkrete helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om passivitet utgjør straffbar medvirkning».¹⁸⁷ Medvirkningsansvaret blir således utvidet uten en nærmere drøftelse av § 15 og hvor langt bestemmelsen rekker. Mindretallet tar heller ikke utgangspunkt i § 15, men viser til hovedregelen om at passivitet ikke utgjør straffbar medvirkning.¹⁸⁸ Dommen bygger dermed på en forutsetning om at passiviteten og de motvirkende handlingene er omfattet av medvirkningsansvaret etter § 15. Det er grunn til å stille seg noe kritisk til den utvidelsen av

¹⁸³ For eksempel Rt. 1995 s. 355, Rt. 2009 s. 1365, Rt. 2009 s. 1498, Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2013 s. 1686.

¹⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 412.

¹⁸⁵ Se Rt. 1995 s. 355, Rt. 2009 s. 1365, Rt. 2009 s. 1498, Rt. 2010 s. 1630 og Rt. 2013 s. 1686, hvor de tiltalte ikke gjorde noe for å hindre krenkelse.

¹⁸⁶ HR-2019-2205-A avsnitt 60.

¹⁸⁷ HR-2019-561-A avsnitt 25.

¹⁸⁸ HR-2019-561-A avsnitt 36.

straffansvaret som her finner sted, da Høyesterett ikke tydelig forankrer straffansvaret i lovteksten. Det er grunn til å drøfte spørsmålet nøyere, ettersom tidligere praksis rammer ren passivitet eller passivitet kombinert med psykisk eller fysisk medvirkning. Det har tidligere ikke vært tale om passivitet kombinert med motvirkende handling. Det kan hevdes at det ved slike motvirkende handlinger blir større avstand mellom det «omsorgspersonen kan klandres for og hovedgjerningen».¹⁸⁹ Når Høyesterett i Stemordommen ikke tar utgangspunkt i, eller aktivt forholder seg til, ordlyden i § 15 er det vanskelig å vurdere om domstolen har forholdt seg til lovens ordlyd og legalitetsprinsippet eller om vurderingen er bygget på sterke reelle hensyn og at forholdet er straffverdig. Det er vanskelig å lese ut av dommen hva som egentlig er vektlagt i vurderingen av om det foreligger medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet, fordi Høyesterett i Stemordommen svært sparsommelig benytter rettskilder som lovteksten, forarbeider og rettspraksis. Dette er problematisk fordi ordlyden her legges på strekk, og det oppstår dermed et spenningsforhold mellom resultatet i dommen og ordlyden i § 15.

Resultatet i dommen kan synes å bygge på en helhetsvurdering hvor reelle hensyn får størst betydning, herunder barns behov for beskyttelse samt at det vil virke krenkende dersom tilfellet ikke straffes. Det problematiske i Stemordommen er at Høyesterett ikke foretar en grundig gjennomgang av rettskildene, og bygger straffansvaret på en konkret og skjønnsmessig vurdering uten klar forankring i lovteksten. Vurderingen av rettskildene kommer imidlertid tydeligere frem i Stefardommen.

I Stefardommen tas utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen i § 15 om medvirkning, og at ordlyden i utgangspunktet ikke rammer ren passivitet.¹⁹⁰ Førstvoterende viser til at § 15 er «generelt utformet, og gir ikke nærmere anvisning på når medvirkningsansvaret inntreffer».¹⁹¹ Domstolen viser til legalitetsprinsippet og at hensynet til lovskravet gir «grunn til å vise varsomhet» ved tolkningen.¹⁹² Det er imidlertid et samspill mellom lovens ordlyd og andre relevante rettskilder. Selv om legalitetsprinsippet setter skranker for tolkning av lovens ordlyd, må heller ikke legalitetsprinsippet forstås for strengt. Tolkning av straffebud kan dermed ikke utelukkende baseres på legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet. For å sikre rettsutvikling og fleksibilitet er man avhengig av at domstolen overlates et visst skjønn ut fra det aktuelle typetilfellet. Det er således forskjell på utvidende tolkning av

¹⁸⁹ HR-2019-561-A avsnitt 43.

¹⁹⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 53–54.

¹⁹¹ HR-2019-2205-A avsnitt 55.

¹⁹² HR-2019-2205-A avsnitt 55.

ordlyden, og tolkning i strid med legalitetsprinsippet. Med den lovgivningsteknikken vi har er det også viktig at ordlyden tolkes i lys av de øvrige rettskildene. Andre legislative hensyn kan dermed tale for en utvidende tolkning. I vurderingen må de ulike rettskildene veies opp mot hverandre, og andre rettskilder enn ordlyden kan veie så tungt at den naturlige språklige forståelsen må vike. Ordlyden kan altså ikke leses isolert og skal heller ikke tolkes uavhengig eller i strid med andre rettskilder. Legalitetsprinsippet legger på denne måten skranker for vektingen av andre rettskilder sammenliknet med vektingen av ordlyden.¹⁹³ En utvidende tolkning, også en sterkt utvidende tolkning, vil kunne forsvares dersom andre tungtveiende hensyn taler for en slik tolkning. Det vil således ikke være i strid med legalitetsprinsippet å tolke ordlyden utvidende, men dette må begrunnes i rettskildene.

Høyesterett viser i Stefardommen videre til Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19 om barns rettigheter. Bestemmelsene utgjør som nevnt en viktig bakgrunn for utviklingen av medvirkningsansvaret. Hensynet til barnets rettigheter, og barns rett på beskyttelse er et tungtveiende legislativt hensyn, som kan begrunne en utvidelse av straffansvaret for passiv medvirkning for omsorgspersoner. Lovgivers vilje har vært å sette særlig fokus på barns rett på beskyttelse mot alle former for vold og overgrep. Dette fremgår blant annet av Dok. nr. 16 (2011–2012) hvor det uttales at:¹⁹⁴

I praksis kan lovskravet og tilbakevirkningsforbudet i strafferetten være til hinder for straffeforfølgning av andre og nye former for utnyttelse av barn før det kommer på plass en lovgivning som uttrykkelig forbyr slik utnyttelse. Dette gjør det desto viktigere å sende et kraftfullt signal om at *utnyttelse av barn eller angrep på barnets personlige integritet er uakseptabelt*, uavhengig av om lovgiver har fått mulighet til å oppdatere straffelovgivningen på området. Selv om handlingene ikke kan straffeforfølges uten klar og presis lovhjemmel på gjerningstidspunktet, vil en bestemmelse i Grunnloven kunne benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av allerede eksisterende lovgivning. En slik grunnlovsbestemmelse vil være et sterkt politisk og rettslig signal om at *lovgiver setter beskyttelsen av barns personlige integritet høyt*.

Lovmotivene til straffeloven åpner for at ren passivitet kan utløse medvirkningsansvar, men sier ikke noe om straffansvar for passiv medvirkning dersom man foretar motvirkende

¹⁹³ Eckhoff, Smith, *Forvaltningsrett* (2018) s. 371–372.

¹⁹⁴ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193 (uthevet her).

handlinger eller aktivt tar avstand fra lovbrudd.¹⁹⁵ Likevel er det som nevnt uttalt i forarbeidene at det ikke er noe vilkår at bistanden «letter utføringen av hovedgjerningen, selv bistand som slår negativt ut for hovedforbryteren kan være straffbar medvirkning».¹⁹⁶ Lovens forarbeid stenger således ikke for en utvikling av ansvaret, i lys av lovgivers økte fokus på barns rettigheter. Lovgiver har også i etterkant av Stemordommen vist deres vilje til å beskytte barn mot vold og overgrep. Etter Stemordommen ble som nevnt § 196 endret for å styrke barns vern og rettigheter i kraft av Grunnloven og menneskerettsloven, herunder barnekonvensjonen. Som Høyesterett påpeker i Stefardommen gir ordlyden i § 15 ikke nærmere anvisning på hvilke tilfeller som omfattes av medvirkningsansvaret. Når ordlyden ikke setter veldig klare grenser for ansvaret er det mer rom for tolkning av ordlyden gjennom presiseringer eller utvidelser, særlig når andre rettskilder trekker i retning av en slik utvidende tolkning. Stefardommen bygger den videre drøftelsen på Stemordommen, som gir uttrykk for at straffansvar kan foreligge selv om man har foretatt motvirkende handlinger. Høyesterett slutter seg til premissene i Stemordommen, selv om Stemordommen ikke grundig har drøftet utviklingen av straffansvaret. Høyesterett bygger dermed videre på forutsetningen om at ordlyden i § 15 også rammer tilfeller hvis den passive også har foretatt noen motvirkende handlinger.

Straffansvaret for passiv medvirkning kan sies å være gradvis utviklet, særlig for omsorgspersoner, de seneste årene. Det kan hevdes at en «gradvis presisering av straffebudets innhold gjennom praksis kan i grensetilfeller bidra til å sikre forutberegneligheten».¹⁹⁷ Det har lenge vært klart at ren passivitet kan rammes av medvirkningsansvaret dersom man forholder seg passiv i tilfeller hvor man har en tilknytning til situasjonen som gjør det naturlig at en unnlattelse likestilles med aktiv handling fordi man har en handleplikt. For omsorgspersoner har man nå stilt strenge krav til hva som ligger i denne handleplikten. Det er ikke alltid nok å foreta seg motvirkende handlinger, man må gjøre tilstrekkelig for å oppfylle handleplikten. Ansvaret kan således sies å ha vært i gradvis utvikling, og de senere år har presisert den regel som allerede har fremkommet av tidligere Høyesterettspraksis.

¹⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 412.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 411 og s. 196–197. Dette er tilfellet i for eksempel HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A hvor medvirkeren har foretatt motvirkende handlinger på hovedgjerningen.

¹⁹⁷ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 67–68 med videre henvisning til HR-2016-1982-A avsnitt 38.

Høyesterett synes å gå lenger i å strekke ordlyden når det er tale om alvorlige krenkelser. Domstolen tillater seg i større grad å bevege seg i ytterkanten av straffansvarets rekkevidde og i grenseland for hva som er tillatt etter de skrankene legalitetsprinsippet setter for tolkningen av straffebudene.¹⁹⁸ Når det er tale om slike alvorlige krenkelser er det enda større grunn til å vise varsomhet i tolkningen.¹⁹⁹ En omsorgsperson som er vitne til at barnet i deres omsorg blir utsatt for mishandling står i en vanskelig situasjon, og det er stigmatiserende å likestilles med den aktive mishandleren. Det økte fokuset på barns rettigheter samt lovgivers vilje om å styrke barns rettsbeskyttelse er likevel en viktig del av utviklingen, som til dels kan begrunne likestilling mellom den passive med den som aktivt mishandler. Det kan hevdes at det foreligger et spenningsforhold mellom ordlyden i § 15 og resultatet i Stemor- og Stefardommen, men uten at dette er et brudd på legalitetsprinsippet. Særlig i Stemordommen kunne det vært ønskelig med en bredere vurdering av rettskildene. Legalitetsprinsippet må imidlertid ikke tolkes for strengt eller sette for strenge grenser for utviklingen av strafferetten. Vi er her i yttergrensen av straffansvaret, og domstolen må vise varsomhet dersom ansvaret strekkes lenger.

¹⁹⁸ For eksempel Passbåt I og II vs. Telefonsjikane.

¹⁹⁹ Som også uttrykkes i HR-2019-2205-A avsnitt 66.

5.2 Skillet mellom straffbar unnlåtelse og passiv medvirkning – noen rettspolitiske betraktninger

Medvirkningsansvaret for omsorgspersoner er nå strukket slik at det foreligger et spenningsforhold mellom ordlyden og straffansvaret for passiv medvirkning når man har foretatt enkelte motvirkende handlinger. I det følgende kommer noen rettspolitiske betraktninger om utviklingen av medvirkningsansvaret for omsorgspersoner.

Skyldprinsippet bygger på en forutsetning om at kun de som kan klandres for sine handlinger skal straffes, og at graden av skyld skal gjenspeiles i straffen. Straffeloven er gjennomsyret av dette prinsippet, ved blant annet å gi høyere strafferamme for grove overtredelser og ved å skille mellom ulike grader av kriminalitet.²⁰⁰

Dersom et barn blir utsatt for krenkelse kan den som har omsorgen for barnet etter omstendighetene straffes etter § 196 for å ikke oppfylle avvergingsplikten. En unnlåtelse kan også etter omstendighetene straffes etter § 287 om forsømmelse av hjelpeplikt eller § 288 om hensettelse i hjelpeløs tilstand. Bestemmelsene er generelt utformet og rammer enhver. Ettersom ordlyden i § 15 må strekkes slik at det oppstår et spenningsforhold mellom ordlyden og straffansvaret for passiv medvirkning ved motvirkende handlinger, kan det stilles spørsmål ved hvorfor de aktuelle tilfellene ikke heller rammes av unnlåtelsesstraffebedene, som etter omstendighetene kan ramme tilfellene og har en klarere ordlyd. De nevnte unnlåtelsesstraffebedene fanger imidlertid ikke opp den særlige klander som ligger i den tilknytning omsorgspersonen har til barnet og den særlige oppfordringen man da har til å forhindre krenkelse. På domstidspunktet i Stemordommen fritok også § 196 for ansvar dersom handlingsalternativene ville satt omsorgspersonen i fare. De generelle og vidt formulerte straffrihetsgrunnene i unnlåtelsesstraffebedene vil derfor i noen tilfeller kunne innskrenke straffansvaret på en lite rimelig måte. Som vi har sett kan straffansvar ved slik unnlåtelse også følge av medvirkningsansvaret.

Medvirkningsansvar etter § 282, jf. § 15 er vesentlig forskjellig fra unnlåtelsesansvar etter §§ 196, 287 og 288. Graden av skyld gjenspeiles i større grad ved medvirkningsansvar fordi man

²⁰⁰ Se for eksempel straffeloven §§ 282 og 283 som skiller mellom grovheten i mishandlingen, samt oppstiller ulik strafferamme.

her får frem den klander ved at omsorgspersonen er sterkt knyttet til gjerningspersonene, den straffbare handlingen og offeret. Medvirkning er en kvalifisert mer klanderverdig handling. Straffansvaret gir dermed et tydelig signal om at omsorgspersoners unnlattelse av å gripe inn, også kombinert med aktive motvirkende handlinger, er svært klanderverdig og at graden av skyld er stor. Omsorgspersoner likestilles da med den aktive hovedgjerningen. Denne likestillingen er i seg selv svært stigmatiserende og belastende. Det kan hevdes at det er stort skille mellom den som forholder seg helt passivt til mishandlingen og den som faktisk foretar handlinger som er motvirkende.²⁰¹ Spørsmålet er om avstanden mellom den medvirkende sine forhold og hovedgjerningen er så stor at det er unaturlig å regulere ansvaret som et medvirkningsansvar. Avstanden mellom handlingene, samt at ordlyden er lagt på strekk, kan tilsi at lovgivende makt burde regulere eller vurdere straffansvaret.

For å tydeliggjøre dette skillet kan et alternativ være å lage et eget unnlattelsesstraffebud for omsorgspersoner.²⁰² Likevel må ikke straffelovgivningen bli for detaljert. Dersom man skulle regulere alle straffverdige handlinger svært detaljert ville lovgivningen blitt veldig omfattende. En mer omfattende straffelov som regulerer straffbare handlinger i detalj vil også gjøre straffeloven mindre tilgjengelig, fordi lovgivningen blir uoversiktlig og vanskelig å få overblikk over. Som nevnt i punkt 3.1 er lovgivningen utformet etter en syntetisk modell for å straffe et bestemt antall enkelttilfeller. Det vil være i strid med lovgivningstradisjonen å lage mange straffebud rettet mot bestemte personkretser eller veldig detaljert regulerte tilfeller. Ved flere og mer detaljert regulerte straffebud vil man også trolig få større overlapp mellom straffebudene. Det kan derfor hevdes at en slik detaljregulering av straffebud vil føre til problemer knyttet til konkurrans.²⁰³ Det vil stadig dukke opp nye forbrytelser, og problemstillingen vil trolig ikke bli mindre aktuell med dagens hurtige samfunnsutvikling og nye former for kriminalitet. Høyesterett har en rettsutviklende og rettsavklarende rolle også på strafferettens område. Det er nødvendig å ha slik utvikling i praksis. Lovgiver har gitt tydelige signaler om økt fokus på barns rettsvern og at de skal beskyttes mot alle former for vold og overgrep. Det gir domstolen signaler om å legge vekt på barns lovfestede rettigheter som tolkningsmoment i skjønnsutøvelsen.²⁰⁴ Utviklingen av medvirkningsansvaret for helt og

²⁰¹ Se også om dette Øyen (2020) s. 520 med eksempel på hvordan et slikt straffebud kan utformes.

²⁰² Som hevdet i Kjelby og Øyen (2020) s. 400–401.

²⁰³ Holmberg (2020) s. 411.

²⁰⁴ Se for eksempel Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 193.

delvis passive omsorgspersoner er således i tråd med domstolens funksjon som rettsutvikler.²⁰⁵

Graden av skyld gjenspeiles også i straffutmålingen. I alle dommene har straffen for den medvirkende omsorgspersonen vært lavere enn for den som aktivt har mishandlet. I Stemorddommen ble kvinnen dømt til samfunnsstraff på 237 timer, med en subsidiær fengselsstraff på åtte måneder. Faren som mishandlet ble dømt til fengsel i to år og seks måneder. I Stefardommen ble den medvirkende mannen dømt til fengsel i tre år, i tråd med aktors påstand, selv om domstolen mente at straffen burde fastsettes til tre år og seks måneder. For den mishandlende kvinnen ble straffen åtte år og seks måneder. For mannen i Fardommen ble straffen et år og åtte måneder. Ektefellen ble dømt til fengsel i to år. Straffutmålingen bidrar således til å tydeliggjøre forskjellen mellom den medvirkende og hovedforbryteren til en viss grad. Dersom ansvaret utvikles ytterligere, vil det imidlertid være gunstig om lovgivende makt kommer på banen og vurderer om straffansvaret er regulert på en tilstrekkelig og hensiktsmessig måte, eller om utviklingen krever endring i dagens straffelov.

²⁰⁵ Holmberg (2020) s. 421.

Kilderegister

Lover og konvensjoner

Grunnloven

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges
Grunnlov

Straffeloven (1902)

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig
borgerlig Straffelov (Straffeloven)

*Den europeiske
menneskerettighetskonvensjonen*

Europarådets konvensjon 4. november 1950
om beskyttelse av menneskerettighetene og
de grunnleggende friheter som endret ved
femte protokoll 24. juni 2013

Barnekonvensjonen

De forente nasjoners internasjonale
konvensjon 20.november 1989 om barnets
rettigheter

Menneskerettsloven

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av
menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Straffeloven (2005)

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

Lovforarbeid

NOU 1992: 23

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

NOU 2003: 31

NOU 2003: 31 – Kvinnevoldsutvalgets utredning

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)

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

Ot.prp. nr. 113 (2004–2005)

Ot.prp. nr. 113 (2004–2005) Om lov om oppheving av løsgjengerloven og om endringer i straffeloven mv. (eget straffebed om vold i nære relasjoner mv.)

Dok. nr. 16 (2011–2012)

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 203 S (2013–2014)

Innst. 203 S (2013–2014) – Innstilling fra Stortingets presidentskap om redigert versjon av Grunnloven kapittel E og F som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter

Prop. 12 S (2016–2017)

Prop. 12 S (2016–2017) – Opptrappingsplan mot vold og overgrep

Innst. 41 L (2020–2021)

Innst. 41 L (2020–2021) – Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern mv.)

Andre offentlige dokumenter

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, *En god barndom varer livet ut: Tiltaksplan for å bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn og ungdom (2014-2016)*, Oslo: Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, 2014.

Domsregister

Høyesterettspraksis

Rt. 1966 s. 916	Rt. 2013 s. 1686	HR-2020-955-A
Rt. 1973 s. 433	Rt. 2014 s. 466	HR-2020-1343-A
Rt. 1994 s. 872	HR-2016-1458-A	HR-2020-2019-A
Rt. 1995 s. 355	HR-2017-2415-A	
Rt. 2009 s 1365	HR-2019-561-A	
Rt. 2009 s. 1498	HR-2019-900-A	
Rt. 2010 s. 1630	HR-2019-1675-A	
Rt. 2013 s. 1015	HR-2019-2205-A	

Underrettspraksis

LA-2012-92858

LE-2018-101721

Litteraturliste

- Andenæs (1976)* Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge*, 4. utgave, Tanum-Norli Oslo 1976.
- Andenæs (2016)* Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Eckhoff (2018)* Eckhoff, Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Gröning mfl. (2019)* Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og staff*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019.
- Holmberg (2020)* Holmberg, Torunn Salomonsen, «Kategoriseringen av omsorgspersoners passivitet og utilstrekkelige motvirkning som medvirkning – er merkelappen adekvat?» *Tidsskrift for strafferett*, 2020 Vol. 20, Utg. 4 s. 402–422.
- Husabø (1999)* Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi: Medvirkning, forsøk og førebuing*, Universitetsforlaget 1999.
- Smith (2021)* Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2021.

Kjelby m.fl. (2020)

Kjelby, Gert Johan og Ørnulf Øyen,
«Straffansvar for medvirkning ved
utilstrekkelig motvirkning – hva er
rettstilstanden ved brudd på omsorgsplikter
overfor barn?» *Tidsskrift for strafferett* 2020
Vol. 20, Utg. 4 s. 384–401.

Øyen (2020)

Øyen, Ørnulf, «Medvirkning, utilstrekkelig
motvirkning og strafferetten» *Lov og Rett*
2020 Vol. 59, Utg. 9 s. 519–520.