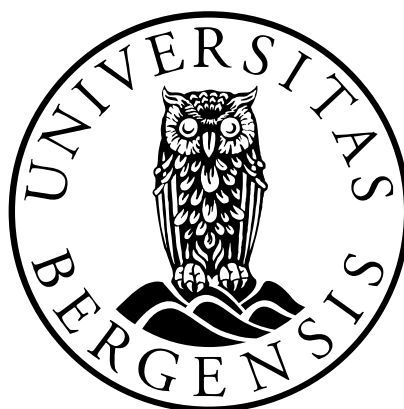


PASSIV MEDVIRKNING

- med hovedfokus på foreldres omsorgsplikt

Kandidatnummer: 133

Antall ord: 13 971



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

20.05.2016

Innholdsfortegnelse

1. OPPGAVENS TEMA	1
2. METODE OG AVGRENSNING	1
3. VOLD MOT BARN	4
3.1. Voldsbegrepet	4
3.2. Plikten til å etterforske saker der barn kan ha vært utsatt for vold.....	5
3.3. Den nedre grensen for straffbar vold.....	5
3.4. Statistikk	6
3.5. Konsekvenser av vold mot barn	7
4. GENERELT OM MEDVIRKNINGSANSVARET	7
5. PASSIV MEDVIRKNING	10
5.1. Innledning.....	10
5.2. Vilkår for passiv medvirkning	11
5.2.1. Kravet om at det må foreligge en handleplikt.....	11
5.2.2. Kravet om handlingsalternativ	14
5.2.3. Årsakskravet	15
5.2.4. Skyldkravet	16
5.3. Forskjellen mellom psykisk og passiv medvirkning	19
6. PASSIV MEDVIRKNING: FORELDRES OMSORGSPLIKT	20
6.1. Innledning.....	20
6.2. Nærmere om kravet til handleplikt.....	21
6.3. Nærmere om kravet til handlingsalternativ	24
6.3.1. Utgangpunktet.....	24
6.3.2. Er foreldre pålagt å søke hjelp fra offentlige myndigheter?	24
6.3.3. Hva innebærer omsorgsplikten for foreldres egen inngripen?.....	26
6.3.4. Endres karakteren av handleplikten når barnet blir eldre?	28
6.3.5. Medvirker må ha tid og mulighet til å gripe inn.....	29
6.4. Nærmere om skyldkravet.....	30
6.4.1. Skyldkravet for passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten.....	30
6.4.2. Forsettlig medvirkning til gjerningspersonens uaktsomme forbrytelse	31
6.4.3. Uaktsom medvirkning til gjerningspersonens forsettlige forbrytelse.....	31
6.4.4. Uaktsom medvirkning til gjerningspersonens uaktsomme forbrytelse	32
7. KORT OM DE LEGE FERENDA	33
7.1. Innledning.....	33
7.2. Bør de uavklarte spørsmålene oppklares av Høyesterett?	33
7.3. Bør de uavklarte spørsmålene oppklares av lovgiver?.....	33

8. LITTERATURLISTE	36
8.1. Bøker	36
8.2. Artikler	36
8.3. Domsregister	37
8.3.1. Høyesterettsdommer	37
8.3.2. Lagmannsrettsdommer	37
8.3.3. Tingrettsdommer	38
8.3.4. Dansk rettspraksis	38
8.4. Lovregister	38
8.4.1. Norske lover	38
8.4.2. Australske lover	39
8.4.3. Internasjonale konvensjoner	39
8.5. Forarbeider	39
8.6. Forskrifter og rundskriv	39
8.7. Internettsider	40

1. OPPGAVENS TEMA

Temaet i oppgaven er passiv medvirkning i strafferetten. Straffeloven¹ (strl.) § 15 inneholder en generell regel om straffansvar for medvirkning. Det finnes tre hovedkategorier av medvirkning; fysisk, psykisk og passiv. Straffansvar for passiv medvirkning kan pålegges i flere ulike situasjoner. Hovedfokus vil i det følgende være på situasjoner der foreldre ved passivitet ikke overholder omsorgsplikten overfor sine barn. Dette vil typisk være hvor det blir utøvet vold mot et barn og hvor begge eller en av foreldrene forholder seg passiv til volden. Sentrale spørsmål som søkes besvart i forhold til dette er hvor grensen går for når man kan bli strafferettslig ansvarlig og hva vilkårene er for å kunne konstatere straffansvar. Før jeg går inn på disse spørsmålene vil jeg kort gjøre rede for medvirkningsansvaret generelt. Deretter vil jeg besvare de nevnte spørsmålene i forhold til passiv medvirkning, for så å gå dypere inn på spørsmålene i forhold til passiv medvirkning ved brudd på foreldres omsorgsplikt. Jeg vil sette opp vilkår for straffansvar ved passiv medvirkning og drøfte disse i forhold til foreldres omsorgsplikt for å se hvor langt plikten rekker.

Oppgaven omfatter også en kort drøftelse av om det er behov for endringer eller utvikling i reglene om passiv medvirkning ved brudd på foreldres omsorgsplikt. Herunder vil jeg diskutere om lovgiver burde gi lovtekst på området.

2. METODE OG AVGRENSNING

De tradisjonelle rettskildene gjelder i strafferetten så vel som på andre juridiske områder.² Lovtekst er en særlig viktig rettskilde innen strafferetten. Dette følger av legalitetsprinsippet. På strafferettens område er prinsippet forankret i Grunnloven³ (Grl.) § 96 første ledd og det går ut på at ingen kan dømmes uten hjemmel i lov.

Den eneste lovteksten som finnes i straffeloven om medvirkning er den generelle regelen i § 15 som gjør det straffbart å medvirke til at et straffebud brytes. Det er lite man kan utlede direkte av bestemmelsens ordlyd. For å finne ut hva gjeldende rett er må det dermed ses hen til andre rettskilder. En rettskilde som har stor betydning er Høyesterettspraksis. Dette er på bakgrunn av at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88. Det finnes imidlertid ingen

¹ Lov om straff av 20. mai 2005.

² Se for eksempel Eckhoff sin liste over rettskilder, Eckhoff (2001) s. 23.

³ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

dommer fra Høyesterett om passiv medvirkning ved brudd på foreldres omsorgsplikt. På bakgrunn av dette kommer jeg til å vise til en del underrettspraksis på området. Dommer fra tingretten og lagmannsretten har imidlertid langt mindre autoritet enn rettspraksis fra Høyesterett. Det er begrenset hvor mye rettskildemessig vekt underinstansenes rettspraksis har.⁴ Underrettspraksis kan imidlertid tillegges noe vekt dersom ikke Høyesterett har behandlet tilsvarende spørsmål. Det er flere saker om passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten som har blitt anket fra lagmannsretten til Høyesterett. Ingen av ankene har blitt fremmet og det kan tyde på at lagmannsrettens argumentasjon gir uttrykk for gjeldende rett. Der jeg viser til underrettspraksis er det hovedsakelig for å illustrere eller gi eksempler på situasjoner som problemstillingene kan tenkes anvendt på. Disse brukes ikke som utgangspunkt for gjeldende rett.

En sak som jeg kommer til å vise til flere ganger i oppgaven er LA-2012-92858 (Christoffer-saken). Dommen ble anket fra Agder lagmannsrett til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet av Høyesteretts ankeutvalg.⁵ Ankeutvalget settes av Høyesterett med tre dommere som avgjør om en anke skal fremmes for Høyesterett eller ikke.⁶ En begrunnet ankenektelse vil kunne ha selvstendig vekt og kunne bidra til rettsavklaring.⁷ Dette er ankenektelser hvor ankeutvalget går inn på det materielle, enten ved å si at anken ikke vil føre frem, ved å referere til de sentrale deler i lagmannsrettens begrunnelse og slutte seg til disse, eller ved å skrive en egen kort begrunnelse.⁸ I noen grad tar ankeutvalget i tillegg standpunkt til prinsippspørsmål, så langt utvalget mener løsningen er klar.⁹ Dette ble gjort i ankenektelsen av Christoffer-saken. Denne ankenektelsen vil dermed ha en viss rettskildemessig vekt. Begrunnede ankenektelser vil imidlertid ha mindre vekt enn avgjørelser fra avdeling¹⁰ blant annet på grunn av et mer forenklet avgjørelsesgrunnlag og at det kun deltar tre dommere.¹¹

Dommene det vises til i denne oppgaven er avsagt etter straffeloven av 1902.¹² Disse har likevel rettskildeværdi for saker som avgjøres etter straffeloven av 2005. Dette er på grunn av at det ikke har vært noen realitetsendringer i 2005-loven på områdene i sakene som oppgaven omhandler. I mange av dommene bruker jeg utdrag som omhandler medvirkningsansvaret.

⁴ Eckhoff (2001) s. 162.

⁵ Rt. 2013 s. 1015.

⁶ Lov om domstolene (dl.) § 5 første ledd.

⁷ Bårdsen (2014) s. 535-536.

⁸ Bårdsen (2015) s. 6 punkt 26.

⁹ Bårdsen (2014) s. 535.

¹⁰ Se dl. § 5 første ledd.

¹¹ Bårdsen (2014) s. 535-536.

¹² Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 [opphevet].

Det fremkommer av forarbeidene til straffeloven av 2005 § 15 at meningen er å videreføre gjeldende rett om medvirkningsansvaret.¹³ Der oppgaven viser til konkrete bestemmelser i en dom, vil grunnlaget for at det ikke er noen realitetsendringer på det aktuelle området refereres til i fotnoter.

Reelle hensyn vil også ha betydning ved domstolenes avgjørelser om medvirkningsansvarets grenser. Det er spesielt hensynet til handlingens straffverdighet og hensynet til prevensjon som gjør seg gjeldene. Når domstolene skal avgjøre om passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten er straffbart i et konkret tilfelle, vil den blant annet vurdere hvor straffverdig unnlåtelsen av å handle var. Med ordet «straffverdig» siktes det her til graden av bebreidelse som kan rettes mot medvirkeren vurdert ut fra passiviteten og omstendighetene knyttet til den.¹⁴ Underinstansene ser ut til å godkjenne at straffverdighetsvurderingen innebærer en rimelighetsvurdering i forhold til hva det kan kreves at foreldrene foretar seg alternativt til passiviteten.¹⁵

Oppgaven avgrenses til å gjelde handleplikten som utløses av *foreldres* omsorgsplikt for sine barn. Med foreldre menes i denne oppgaven de personer som har foreldreansvaret etter barnelova¹⁶ (bl.) § 30. Biologiske foreldre er hovedsakelig de som har foreldreansvaret.¹⁷ Når et barn blir adoptert får adoptivforeldrene foreldreansvaret.¹⁸ Dersom en av de biologiske foreldrene har frasagt seg foreldreansvaret, men fortsatt bor sammen med barnet, vil vedkommende også anses som forelder i denne oppgaven, sml. LB-2014-201202. I punkt 6.2. vil jeg imidlertid vurdere om også andre enn foreldre kan omfattes av omsorgsplikten og dermed kunne bli dømt for passiv medvirkning.

Med barn menes i denne oppgaven alle personer frem til de er 18 år. Det følger av vergemålsloven¹⁹ at barn blir myndige når de fyller 18 år, jf. § 2 tredje ledd, og at vergemålet da opphører, jf. § 1 første ledd. Det finnes ingen tilsvarende regel når det gjelder opphør av foreldreansvaret. I forarbeidene til barnelova står det at foreldreansvaret ikke opphører når barnet blir myndig.²⁰ Dette er fordi det ikke i seg selv vil ha betydning for den del av

¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

¹⁴ Eskeland (2013) s. 146.

¹⁵ Se punkt 5.2.2. og 6.2.

¹⁶ Lov om barn og foreldre av 08. april 1981 nr. 7.

¹⁷ Jf. bl. § 34 og 35.

¹⁸ Se barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 § 4-20 første og andre ledd og adopsjonsloven av 28. februar 1986 nr. 8 § 13.

¹⁹ Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9.

²⁰ Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 10.

foreldreansvaret som går på den faktiske ansvars- og omsorgsfølelse foreldre i alminnelighet også vil ha overfor et barn som er blitt myndig. I denne oppgaven avgrenses drøftelsen imidlertid til kun å gjelde barn under 18 år.

3. VOLD MOT BARN

3.1. Voldsbegrepet

Vold kan defineres på ulike måter. I denne oppgaven vil definisjonen av vold omfatte den vold som er straffbar etter straffeloven. Straffeloven gir forbud mot fysisk vold så vel som psykisk vold.²¹ Lovbestemmelser som innebærer fysisk vold er blant annet strl. §§ 271-274 om kroppskrenkelse og kroppsskade, og §§ 291 og 293 om seksuallovbrudd. Fysisk vold er i denne oppgaven således ikke begrenset til vold som fører til skade, men omfatter alle fysiske krenkelser som er straffbare. Mildere former for vold slik som klapsing, knipsing og lignende vil dermed inngå i definisjonen.²²

Bestemmelser som gjør psykisk vold straffbart finnes i strl. §§ 263-264 om trusler og § 282 om mishandling i nære relasjoner. At psykisk vold omfattes av § 282 kan leses ut av straffalternativene «trusler» og «andre krenkelser». Dette fremkommer også av rettspraksis, blant annet Rt. 2007 s. 1537 og Rt. 2013 s. 879,²³ og forarbeidene.²⁴

Det finnes ikke noen definisjon av begrepet psykisk vold eller mishandling i straffeloven. Ut fra lovteksten i § 282 må mishandlingen imidlertid være grov eller gjentakende. I Rt. 2013 s. 879 gikk den psykiske mishandlingen ut på at tiltalte ved gjentatte anledninger hadde snakket nedsettende til samboeren, hatt en kommanderende og kontrollerende atferd og vært utagerende. Også tilfeller hvor et barn overværer at en av foreldrene blir utsatt for vold av den andre vil kunne utgjøre en psykisk mishandling av barnet.²⁵ FNs barnekomité definerer psykisk vold som ikke-fysiske avstraffelser som er grusomme eller nedverdiggende, for eksempel avstraffelser som ydmyker barnet, får barnet til å føle seg lite verdt, baktaler barnet,

²¹ Se strl. §§ 263-264 om trusler, kap. 25 om voldslovbrudd og kap. 26 om seksuallovbrudd.

²² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 16.6, merknad til § 271.

²³ De nevnte dommene omhandler § 219 i straffeloven av 1902 som tilsvarer § 282 i den gjeldende straffeloven av 2005. Endringene innebærer ingen realitetsendringer, med unntak av at den øvre strafferammen er hevet, jf. Ot.prp. nr.22 (2008-2009) s. 433.

²⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 433 merknad til § 282 som viser til forarbeidene i den gamle straffeloven av 1902 (Ot.prp. nr. 113 (2004-2005) s. 45-46 merknad til § 219).

²⁵ Se blant annet Rt. 2010 s. 949.

gjør barnet til syndebukk, truer, skremmer eller latterliggjør barnet.²⁶ Dette er imidlertid ingen legaldefinisjon av psykisk mishandling som er lagt til grunn i norsk strafferett, men det forklarer likevel hva psykisk mishandling innebærer på en måte som samsvarer godt med norsk rettspraksis.

3.2. Plikten til å etterforske saker der barn kan ha vært utsatt for vold

Rettsmedisiner og professor ved Rettsmedisinsk institutt, Torleiv Rognum, mistenker at mellom fem og ti barn under tre år blir drept eller mishandlet til døde i Norge hvert år.²⁷ Likevel er det ikke ofte at sakene har ført til straffesak eller fellende dom. Dødsårsakene er ofte skjulte, slik som hindring av åndedrett eller kraftig risting, og det foreligger derfor ingen mistanke om noe kriminelt.²⁸ Tidligere kunne slike forhold hovedsakelig ikke føre til etterforskning av dødsårsakene (det måtte som hovedregel foreligge en mistanke om noe straffbart),²⁹ men i 2011 ble det vedtatt et nytt andre punktum i straffeprosessloven³⁰ § 224 fjerde ledd.³¹ Bestemmelsen fastsetter at dersom barn under 18 år dør plutselig og uventet, kan etterforskning foretas selv om det ikke er grunn til mistanke om noe straffbart forhold.

3.3. Den nedre grensen for straffbar vold

Tidligere var vold mot barn et akseptert virkemiddel i barneoppdragelsen i Norge. Det fremkom i lov av 20. juni 1891 nr. 1 at foreldre kunne anvende «måteholden legemlig refselse» mot sine barn. Det var ikke før over 80 år senere at denne loven ble opphevet av lov av 25. februar 1972 nr. 3. Ved opphevelsen var det imidlertid uklart om dette innebar et totalforbud mot refselser.³² I 1987 fikk bl. § 30 tilføyd et nytt tredje ledd om at barn ikke må utsettes for vold eller behandles slik at det fysisk eller psykisk blir utsatt for skade eller fare. Regelen i bl. § 30 er et forbud, men det er ikke direkte knyttet noen straffesanksjoner til forbudet. Dersom en overtredelse av forbudet skal medføre straffansvar må det finnes en hjemmel for det i straffeloven. Den mest aktuelle bestemmelsen vil nå være strl. § 271 første

²⁶ Oversatt fra engelsk til norsk i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 26.

²⁷ Wibe Lund og Vinding (2010).

²⁸ Wibe Lund og Vinding (2010).

²⁹ Se om unntakstilfeller i Prop. 105 L (2010-2011) punkt 3.1.

³⁰ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

³¹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2011. Påtaleinstruksen fikk også, ved kgl.res. 24. juni 2011, tilføyd et nytt sjette ledd i § 7-4 hvor det blant annet fremgår at når barn under 18 år dør plutselig og uventet skal politiet innlede etterforskning (FOR-2011-06-24-653).

³² Backer (2006) s. 58.

ledd om kroppskrenkelse, som tilsvarende den tidligere § 228 første ledd om legemsfornærmelse i straffeloven av 1902. Selv om bl. § 30 inneholder et forbud mot vold mot barn fremkom det av forarbeidene at «lettere klaps over hånden eller mot buksebaken som en spontan reaksjon vil derimot ikke rammes».³³

I 1989 ble FNs barnekonvensjon³⁴ vedtatt hvor artikkel 19 pålegger statene som har ratifisert konvensjonen å treffe tiltak for å beskytte barn mot alle former for fysisk og psykisk vold. Barnekonvensjonen ble i 2003 inkorporert som norsk lov gjennom en endring av menneskerettsloven³⁵ § 2, og skal etter lovens § 3 ved motstrid gå foran andre lover.

I Rt. 2005 s. 1567 kom spørsmålet om den nedre grensen for voldsbruk i oppdragelsesøyemed opp. Høyesterett uttalte at «selv om foreldrenes kroppslige refselsesrett er opphevet, vil det ikke rammes av straffeloven § 228 første ledd om foreldre i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps».³⁶ Dette mente retten var forenelig med barnekonvensjonen. Saken ble møtt med kritikk i offentlig debatt. I 2008 kom det forslag om endring i bl. § 30 tredje ledd hvor det skulle gå tydelig frem av ordlyden at *alle* former for fysisk og psykisk avstraffelse av barn, også i barneoppdragelse, skulle være forbudt. Endringen ble vedtatt og det er nå totalforbud mot vold mot barn.³⁷

3.4. Statistikk

I 2007 utførte Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA) en undersøkelse av 7033 avgangselever ved 67 videregående skoler i Norge.³⁸ Undersøkelsen viser blant annet omfanget av fysisk vold fra foreldre – både mild og grov vold. Mild vold blir karakterisert som å bli dyttet, ristet, lugget, kløpet og slag med flat hånd. Grov vold karakteriseres som slag med knyttneve eller gjenstand, sparring, bli banket opp og andre voldelige krenkelser. Undersøkelsen viste at 25 prosent hadde opplevd minst ett tilfelle av en eller annen form for fysisk vold fra begge eller en av foreldrene. Videre var det 8 prosent som rapporterte om grov vold. Dette tyder på at omfanget av vold mot barn er ganske stort og at det er et omfattende problem i vårt samfunn. Vold som foregår i hjemmet er langt mindre

³³ Ot.prp. nr. 8 (1986-1987) s. 7.

³⁴ Convention on the rights of the child, vedtatt 20. november 1989.

³⁵ Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30.

³⁶ Straffeloven av 1902 § 228 første ledd tilsvarende straffeloven av 2005 § 271 første ledd. Endringene innebærer ingen realitetsendringer, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 16.6. om § 271.

³⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) kap. 14, merknad til bl. § 30.

³⁸ NOVA (2007).

synlig enn andre typer vold og dette gjør problemet mer komplisert – både i forhold til å oppdage volden og i forhold til å bevise den.

3.5. Konsekvenser av vold mot barn

Det er på det rene at vold mot barn kan ha skadelige konsekvenser for barn. I tillegg til de fysiske skadene volden resulterer i, kan vold mot barn ha konsekvenser for barnets psykiske helse – også i voksen alder. Dette gjelder både for de mildere formene av vold og de mer alvorlige. Riktig nok vil mildere voldshandlinger ikke ha like alvorlige konsekvenser for de utsatte som for de som eksponeres for alvorlig vold. Det fremkommer ikke av forskningen som vises til i avsnittet under hvilken grad av vold de ulike konsekvensene er en følge av.

Forskning fra Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress (NKVTS) tyder på at vold mot barn kan føre til konsekvenser som økt risiko for selvmord, selvskading og høyt alkohol- og rusmisbruk.³⁹ Videre er det vist at barn også kan bli sosialt tilbaketrunkne, få søvnvansker, lærevansker, aggresjonsproblemer, angst, depresjoner, nedsatt omsorgsevne og nedsatt mental og fysisk helse.⁴⁰ Forskning fra NKVTS tyder også på at voksne som har opplevd vold i hjemmet da de var barn, oftere utsetter andre for vold i senere tid, sammenlignet med voksne som ikke har opplevd vold som barn.⁴¹ Dette viser at vold mot barn kan ha svært negative konsekvenser for de utsatte, både i ung og voksen alder.

4. GENERELT OM MEDVIRKNINGSANSVARET

Den generelle regelen om medvirkningsansvaret er fastslått i strl. § 15. I bestemmelsen står det at «et straffebud rammer også den som medvirker til at straffebudet brytes, når ikke annet er bestemt».⁴² Det fremkommer altså at medvirkning er straffbart, men ikke *når* man kan bli ansvarlig for medvirkning, eller på hvilke vilkår. Den nye bestemmelsen bringer således ingen endringer fra straffeloven av 1902 når det gjelder hva medvirkning strafferettslig er. For å fastslå hva medvirkningsansvaret går ut på må man derfor tolke ordlyden i bestemmelsen, og ellers se hen til andre rettskilder for å avklare hva som er gjeldende rett.

³⁹ NKTVS (2010) s. 7.

⁴⁰ NKTVS (2010) s. 8.

⁴¹ NKTVS (2011) s. 55.

⁴² Eksempler på unntak er strl. §§ 129 (2), 136 (a)(2), 209 (5), 269 (4) og 270 (5). I spesiallovgivningen finnes det flere unntak.

I ordet «medvirker» ligger det en forutsetning om at en person på en eller annen måte hjelper, støtter, gir råd til, eller oppmuntrer en annen person til utførelse av en straffbar handling. Personen som overtrer gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet kalles ofte gjerningspersonen, mens den eller de som bistår eller støtter gjerningspersonen i utførelsen kalles medvirker. Den straffbare handlingen som gjerningspersonen utfører kalles ofte hovedgjerningen. Selv om gjerningspersonen ikke kan straffes for en fullbyrdet straffbar handling, for eksempel på grunn av at vedkommende er under den kriminelle lavalder,⁴³ kan medvirkeren likevel straffes for medvirkning til forbrytelsen. Medvirkeren er således underlagt et selvstendig straffansvar, og gjerningspersonen og medvirker skal vurderes individuelt.⁴⁴ Dersom gjerningspersonen ikke oppfyller alle de objektive vilkårene i gjerningsbeskrivelsen, kan imidlertid ikke den som medvirket straffes for medvirkning. Hovedgjerningen må være fullbyrdet, ellers vil den som medvirket bare kunne straffes for forsøk på medvirkning. I enkelte tilfeller er medvirkning straffbart selv om ikke hovedgjerningen er det, for eksempel ved medvirkning til selvmord, jf. strl. § 277.

Det er et grunnvilkår for straffbar medvirkning at det medvirkende forhold blir foretatt enten før eller under utføringen av hovedgjerningen. Dette kan man lese ut av ordlyden i § 15 hvor det står at den som «medvirker til at straffebudet brytes» også kan straffes, og det fremkommer i tillegg av forarbeidene til bestemmelsen.⁴⁵ Dersom det medvirkende forholdet foretas etter at hovedgjerningen er utført, må dette eventuelt straffes etter andre straffebestemmelser som rammer etterfølgende bistand.

Videre tilsier en ren språklig forståelse av ordet «medvirker» i § 15 at medvirkeren med ord eller handling gjør noe *aktivt* for å bistå gjerningspersonen i sin forbrytelse. I rettspraksis har medvirkningsansvaret tidligere vært delt i to kategorier; fysisk og psykisk medvirkning. Fysisk medvirkning foreligger i tilfeller hvor en person utfører en fysisk aktiv handling som kan bidra til å hjelpe gjerningspersonen med den straffbare handlingen, for eksempel skaffer gjerningspersonen en pistol som han kan bruke til å utføre et ran. Psykisk medvirkning innebærer at man ved ord eller handling gir råd, oppmuntrer, oppfordrer eller lignende til utførelsen av den straffbare handlingen. Det kreves med andre ord en positiv tilskyndelse. Et eksempel er dersom man forteller gjerningspersonen som vil utføre et bankran hvilken dag det

⁴³ Se strl. § 20 første ledd bokstav a).

⁴⁴ Se blant annet Rt. 1948 s. 894 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

er lite folk på jobb og hvordan han eller hun enklest mulig kan utføre ranet. I det følgende brukes ordet «bistand» som en samlebetegnelse for både fysisk og psykisk medvirkning.

Det fremkommer av rettspraksis og forarbeider til straffeloven at det ikke kreves at bistanden medvirker yter er en nødvendig forutsetning for at gjerningspersonen utfører hovedgjerningen.⁴⁶ Det er heller ikke noe krav om at bistanden faktisk letter utføringen av hovedgjerningen, men det må likevel være en viss form for tilknytning mellom hovedgjerningen og bistanden.⁴⁷ Når det gjelder fysisk medvirkning må medvirkningen faktisk virke med i selve utføringen av hovedgjerningen, ellers blir det kun tale om forsøk på medvirkning. Ved psykisk medvirkning kreves det at medvirkeren på en eller annen måte har påvirket gjerningspersonen. Den psykiske medvirkningen må ha inngått i gjerningspersonens beslutningsgrunnlag og gitt gjerningspersonen en (ytterligere) grunn til å begå lovbruddet.⁴⁸ Er ikke dette kravet oppfylt kan vedkommende eventuelt straffes for forsøk på medvirkning.

Det foreligger også et krav til skyld som må være innfridd for at man skal bli straffet for medvirkning. Vedkommende som yter bistand til gjerningspersonen må ha utvist nødvendig skyld i forhold til om gjerningspersonen kommer til å begå et lovbrudd og i forhold til vedkommendes egen medvirkning. Hva slags skyldkrav som kreves avhenger av hva skyldkravet i det aktuelle straffebudet er. Dersom skyldkravet er forsett kreves det hovedsakelig at medvirker har en av de følgende tre typer fortsett om hovedgjerningen; hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett eller eventuelt forsett.⁴⁹ I straffebud hvor skyldkravet er uaktsomhet kreves det at medvirker *burde* ha skjönt at gjerningspersonen kom til å utføre hovedgjerningen.

Når det gjelder medvirkningsansvaret er det også viktig å nevne den generelle rettsstridsreservasjonen. Denne går ut på at ethvert straffebud ikke må forstås slik at det rammer ethvert tilfelle som omfattes av ordlyden. Rettsstridsreservasjonen får også anvendelse på medvirkningshandlinger.⁵⁰ Mange medvirkningshandlinger vil ha et dagligdags preg som isolert sett ikke er straffverdige og ofte vil disse ikke anses som straffbare.⁵¹ Enkelte ytringer må blant annet reserveres for medvirkningsansvar på grunn av ytringsfriheten og vil i så tilfelle ikke rammes av psykisk medvirkning.

⁴⁶ Se blant annet Rt. 1989 s. 1004 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

⁴⁸ Husabø (1999) s. 134.

⁴⁹ Se strl. § 22.

⁵⁰ Se blant annet Rt. 1994 s. 872 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

⁵¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

Hittil har jeg bare forklart to medvirkningsformer; fysisk og psykisk. I flere saker har Høyesterett imidlertid avgjort saker på bakgrunn av at tiltalte har medvirket til hovedgjerningen gjennom å forholde seg passiv. Enkelte tidligere dommer og teori kan tolkes slik at disse forholdene ble ansett som et særtilfelle av psykisk medvirkning.⁵² Husabø mener imidlertid at ansvaret for passiv medvirkning har en annen normativ struktur enn psykisk medvirkning, og at passiv medvirkning derfor burde anses som en egen medvirkningskategori.⁵³ Rettspraksis de siste årene tyder på at passiv medvirkning er godtatt som en egen form for medvirkningsansvar.⁵⁴

5. PASSIV MEDVIRKNING

5.1. Innledning

I dette kapitlet vil jeg gå nærmere inn på hva som ligger i medvirkningsformen passiv medvirkning og hva vilkårene for passiv medvirkning er. Jeg vil også kort vise til forskjellen mellom psykisk og passiv medvirkning.

For å konstatere straffansvar for passiv medvirkning må medvirker ha unnlatt å gripe inn for å motvirke det straffbare – vedkommende må ha forholdt seg passiv til hovedgjerningen. Hovedregelen i norsk rett er at ren passivitet ikke kan føre til at man blir strafferettslig ansvarlig. Dette har blitt uttalt av Høyesterett i flere saker og fremkommer også av forarbeidene til straffeloven.⁵⁵ Det finnes likevel unntak fra hovedregelen. Unntakstilfellene omfatter situasjoner der en unnlattelse av å handle er tilnærmet like straffverdig som en aktiv medvirkningshandling og dermed vil kunne være straffbar. Spørsmålet er således i hvilke situasjoner og på hvilke vilkår passivitet er såpass klanderverdig at det må anses straffbart.

I straffeloven er det som nevnt bare § 15 som regulerer straffansvar for medvirkning, og denne bestemmelsen går ikke nærmere inn på når man kan bli strafferettslig ansvarlig eller på hvilke vilkår. Det finnes imidlertid flere dommer hvor tiltalte har blitt dømt for medvirkning ved å ha forholdt seg passiv. Ved å analysere de ulike dommene kan man trekke ut hvilke

⁵² Husabø (1999) s. 175.

⁵³ Se Husabø (1999) s. 174-198. Dette har også blitt imøtegått i nyere teori, se blant annet Matningsdal (2008) s. 367-372, Mæland (2012) s. 115-117 og Eskeland (2013) s. 217-220.

⁵⁴ Se mer om dette i punkt 5.3.

⁵⁵ Rt. 1926 s. 581: passiv «billigelse» er ikke nok, Rt. 1982 s. 1315: «å være «helt passiv» er ikke nok» og Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 412.

argumenter som domstolene har anvendt, og dermed sette opp vilkår for når man blir strafferettslig ansvarlig.⁵⁶

5.2. Vilkår for passiv medvirkning

5.2.1. Kravet om at det må foreligge en handleplikt

Ettersom hovedregelen er at passivitet ikke fører til straffansvar, må det foreligge særlige forhold som likevel gjør passiviteten straffbar. Det fremkommer av rettspraksis at medvirker må ha en særlig handleplikt dersom han eller hun skal kunne bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning. Det er brudd på denne handleplikten – at vedkommende unnlater å handle – som gjør passiviteten klanderverdig nok til at den kan statuere straffansvar. I Rt. 2010 s. 1630 uttalte Høyesterett i avsnitt 26 at «For handlingar som deltakarar har vore saman om å planleggje og å utføre, vil det såleis vere ei *plikt* til inngriping for ein deltakar der ein annan deltakar går lenger enn det som opphavleg var omfatta av forsettet» (min kursivering). I Christoffer-saken uttalte lagmannsretten at «når så tiltalte (...) fekk stadfest og styrkt oppfatninga si av kva som hadde skjedd og mest sannsynleg ville skje igjen, oppstod det etter lagmannsrettens syn ei *handleplikt* for å motverka, eventuelt hindra nye overgrep» (min kursivering).⁵⁷ Dette er to av flere eksempler fra rettspraksis hvor det fremkommer at et vilkår for passiv medvirkning er at det må foreligge en spesiell plikt for vedkommende til å handle.

Som de to sistnevnte dommene viser kan man ut fra rettspraksis trekke ut ulike typetilfeller eller kategorier hvor man pådras en handleplikt. For at en handleplikt skal oppstå må medvirker ha en særlig tilknytningen til den eller det den straffbare handlingen retter seg mot, stedet den blir utført, eller en tidligere egen utført handling som igjen har tilknytning til hovedgjerningen. Det er denne spesielle tilknytningen som utløser en særlig forventning og dermed plikt til å handle (motvirke det straffbare) og som forklarer hvorfor passivitet i enkelte tilfeller kan føre til straffansvar.⁵⁸ Et av typetilfellene er handleplikten foreldre har på bakgrunn av sin omsorgsplikt overfor sine barn. Tilknytningen mellom foreldre og barn utløser en handleplikt for foreldrene i tilfeller hvor noen utfører straffbare handlinger mot

⁵⁶ Dette har blant annet Husabø gjort tidligere i *Straffansvarets periferi* fra 1999 s. 180-198.

⁵⁷ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1015). Saken er vist til i flere senere saker, blant annet LB-2015-32681 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2016-730-U)), LB-2014-201202 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2016-848-U)), LB-2014-13067 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2014-2523-U)).

⁵⁸ Husabø (1999) s. 186. Husabø kaller dette kravet for «tilknytningskrav», men ettersom det er brudd på handleplikten som utløser medvirkningsansvar så velger jeg ikke å bruke dette begrepet.

barnet. Det er denne kategorien oppgaven har hovedfokus på. I de neste avsnittene vil jeg kort gjennomgå tre ulike typetilfeller av handleplikt (punkt 5.2.1.1-5.2.1.3),⁵⁹ deretter vil jeg gjennomgå de resterende vilkårene for passiv medvirkning (punkt 5.2.2-5.2.4) før jeg går mer utførlig inn på drøftelser i forhold til passiv medvirkning ved brudd på foreldres omsorgsplikt (kapittel 6).

5.2.1.1. Handleplikt utløst av egen forutgående farevoldende handling

I tilfeller hvor en person har foretatt en farevoldende handling kan dette utløse en handleplikt for vedkommende til å motvirke en ytterligere fare eller skade. Det er den allerede foretatte handlingen som skaper en særlig tilknytning til handlingens utvikling og som dermed kan utløse en handleplikt. Ansvar for utviklingen vil også kunne oppstå der to eller flere personer er sammen om den forutgående handling, og hvor en av dem foretar seg noe som ikke er planlagt eller går utover det forutsatte. I forarbeidene til straffeloven illustreres dette ved et eksempel om to personer som er blitt enige om å banke opp en annen person, men hvor den ene går utover det som er planlagt og dreper offeret.⁶⁰ Deltakelsen i overfallet vil normalt medføre en plikt for den andre til å gripe inn dersom det er mulig. En unnlattelse av å handle kan gjøre vedkommende skyldig i medvirkning til drap.⁶¹

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 2002 s. 1717 (Orderud-saken). I denne saken hadde en kvinne kjøpt to illegale pistoler som hun ga til et ektepar. Ekteparet hadde planer om å bruke pistolene til å utføre drapshandlinger. Retten la til grunn at kvinnen kort tid etter at hun hadde overlevert pistolene ble klar over at det var overveiende sannsynlig at de skulle brukes til drap. Høyesterett mente at den forutgående handlingen – at kvinnen overleverte illegale pistoler til ekteparet – skapte en «klar plikt til å motvirke at pistolene ble brukt til drapshandlinger». Det fremkommer videre av dommen at «når hun likevel med denne kunnskapen, og etter overlegg, ikke gjorde noe for å ta tilbake pistolene eller på annen måte motvirke at de ble benyttet, har hun ved sin unnlattelse gjort seg skyldig i overlatt medvirkning til forsettlig drap».

⁵⁹ Se eksempler på andre typetilfeller: Husabø (1999) s. 186-197 og Andenæs (1942) s. 252-370.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 412.

⁶¹ Se til eksempel Rt. 1995 s. 355.

5.2.1.2. Handleplikt utløst av tilknytning til eiendom

Det kan også foreligge særlig tilknytning mellom medvirker og løsøre eller fast eiendom som vedkommende eier eller har rettigheter i. Dersom løsøret eller eiendommen blir brukt av en annen person på ulovlig eller uforsvarlig måte kan det skape en plikt for eieren/rettighetshaveren til å gripe inn.⁶² Hvis en person blir dømt for passiv medvirkning i slike tilfeller har vedkommende tolerert at eiendommen eller løsøret man eier eller har rettigheter i brukes av en annen på ulovlig vis, og ikke aktivt tatt avstand fra den ulovlige bruken.⁶³

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1995 s. 820 hvor en eier av et lokale ble dømt for medvirkning da han var kjent med at leietakeren brukte lokalet til ulovlig produksjon av hjemmebrent.⁶⁴ I Rt. 1999 s. 996 hadde noen brukt tiltaltes fiskegarn på en ulovlig måte. Retten uttalte at da tiltalte fikk greie på forholdene hadde han «en særlig og nærliggende oppfordring til å gripe inn ...». Ettersom tiltalte hadde unnlatt å gripe inn ble dette ansett som uforsvarlig og han ble dømt for sin passivitet.

5.2.1.3. Handleplikt utløst av foreldres omsorgsplikt

Alle foreldre har en særlig tilknytning til sine barn nettopp gjennom egenskapen av å være foreldre.⁶⁵ Dersom et barn blir utsatt for voldshandlinger vil det utløse en handleplikt for foreldrene til å gripe inn og forsøke å motvirke voldsutøvelsen. Barnelova § 30 omhandler innholdet i foreldreansvaret og illustrerer hva omsorgsplikten innebærer. Loven benytter begrepet «foreldreansvaret» for å beskrive foreldrenes omsorgsplikt, bestemmelsesrett og bestemmelsesplikt. Selve omsorgsplikten følger hovedsakelig av § 30 første ledd første punktum hvor det står at «barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret». Plikten blir nærmere presisert i bestemmelsens tredje ledd hvor det fremkommer at barnet ikke må utsettes for vold eller på annen måte bli behandlet slik at det fysisk eller psykisk blir utsatt for skade eller fare. Den strafferettslige handleplikten utløses således av en sivilrettslig plikt for foreldrene til å påse at deres barn ikke blir utsatt for vold

⁶² Husabø (1999) s. 190.

⁶³ Høgberg og Nilsson Tøssebro (2013) s. 133.

⁶⁴ Se til eksempel også Rt. 2009 s. 187, Rt. 2005 s. 1319 og Rt. 2004 s. 1392 om oppbevaring av narkotika og Rt. 1998 s. 1679 om ulovlig skjenking av alkohol i et lokale. Se også Rt. 2003 s. 902 hvor en mann ble frifunnet for medvirkning til hjemmebrenning da han hadde lånt bort en del av sine forretningslokaler til sin samboers far for oppbevaring av møbler og løsøre, men som også brukte lokalet til hjemmebrenning.

⁶⁵ Se blant annet Rt. 2013 s. 1015 og Husabø (1999) s. 187.

eller annen skade og å beskytte dem fra dette. Dersom foreldre forholder seg passiv til en voldshandling mot sitt barn vil det utgjøre brudd på omsorgsplikten. Dette kan medføre straffansvar, herunder passiv medvirkning til voldsutøvelsen.

Det mest kjente eksempelet fra rettspraksis på dette området er Christoffer-saken.⁶⁶ Tiltalte ble i denne saken domfelt i både tingretten og lagmannsretten, og hennes anke til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet. Bakgrunnen for domfellelsen i lagmannsretten var at tiltaltes åtte år gamle sønn ble utsatt for vold av sin stefar. Det ble bevist at tiltalte visste om, eller så det som mer sannsynlig enn ikke, at sønnen ble utsatt for vold av stefaren. Likevel gjorde ikke den tiltalte moren noe med dette og hun ble dømt for passiv medvirkning til legemsfornærmelse med skadefølge.

5.2.2. Kravet om handlingsalternativ

For å kunne bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning må man som nevnt ha hatt en særlig plikt til å handle. I situasjoner hvor en slik handleplikt utløses vil tiltalte ofte ha én eller flere alternative handlinger som vedkommende kan foreta seg for å motvirke det straffbare i stedet for å forholde seg passiv.⁶⁷ Dersom det ikke finnes et alternativ til å forholde seg passiv kan ikke tiltalte klandres for ikke å ha foretatt seg noe. Vedkommende bør dermed heller ikke bli strafferettslig ansvarlig.⁶⁸ Et minstekrav må således være at det må være mulig å foreta en handling som kan motvirke det straffbare.

I saker om passiv medvirkning ser man altså på hva medvirker kunne gjort i stedet for å forholde seg passiv. Retten kan imidlertid ikke kreve at enhver mulig alternativ handling må foretas for å slippe straffansvar. Her spiller hensynet til straffverdighet inn, og retten ser ut til å foreta en rimelighetsvurdering av hva som kan kreves av den alternative handlingen. Hvilke krav det stilles til oppofrelse fra vedkommende vil måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er mange ulike momenter som kan gjøre seg gjeldende i en slik vurdering. I det neste avsnittet vil jeg nevne noen av de viktigste.

Selv om det foreligger et handlingsalternativ, kan enkelte forhold føre til at det er urimelig å kreve det gjennomført. Dette vil særlig være tilfelle der den alternative handlingen kan

⁶⁶ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1510)).

⁶⁷ Husabø (1999) s. 196.

⁶⁸ Det har imidlertid vært oppe noen saker for Høyesterett hvor tiltalte har blitt dømt selv om vedkommende ikke hadde noen *reelle* handlingsalternativer, se blant annet Rt. 1947 s. 742.

medføre fare for livet eller helsen til den som det kreves at griper inn.⁶⁹ Det vil også kunne settes begrensninger for plikten i tilfeller hvor den alternative handlingen vil være særlig anstrengende eller omfattende, medføre særlige kostnader eller vil innebære en selvinkriminering.⁷⁰ Rettspraksis viser imidlertid at i de tilfeller hvor medvirker selv har vært med å skape en farevoldene handling, vil det kunne kreves mer av vedkommende.⁷¹ Alt i alt vil vurderingen være en forholdsmessighetsvurdering mellom interessene som den alternative handling tar sikte på å verne og de oppofrelser som selve gjennomføringen av den alternative handling innebærer for tiltalte. Ved vurderingen må man også se hen til alvorligheten i det aktuelle tilfellet og dermed hva som er rimelig å forvente at plikthaveren gjør i den aktuelle situasjonen.

For straffansvar kreves det også at medvirker må ha hatt tid og mulighet til å motvirke det straffbare. I Rt. 2010 s. 1630 uttalte Høyesterett at «ei plikt for ein deltakar til inngripping ved utviding av den tenkte handlinga må såleis klart ha som føresetnad at det vil vere tid og høve til dette».⁷² Hvor lang tid vedkommende vil ha før han eller hun må handle vil måtte bero på en konkret vurdering av hvor raskt det er rimelig å forvente at vedkommende reagerer. I tilfeller der en fare er i ferd med å utløse en konkret skade må naturligvis kravet til hurtig reaksjon ses i lys av hvor snarlig skaden kan komme til å skje.⁷³ Dersom den påståtte passive ikke har tid eller mulighet til å handle før den straffbare handlingen er utført, burde ikke vedkommende dømmes for at han eller hun ikke foretok seg noe.

5.2.3. Årsakskravet

For å kunne bli straffet for medvirkning kreves det at det foreligger en årsakssammenheng mellom bistandshandlingen og hovedgjerningen.⁷⁴ Men hva innebærer årsakskravet ved passiv medvirkning?

⁶⁹ I Rt. 1995 s 355 kunne en inngripen sette medvirker i fare, men ettersom medvirker selv hadde vært med på å sette andres liv i fare først fikk dette momentet mindre vekt i vurderingen.

⁷⁰ Husabø (1999) s. 198.

⁷¹ Se til eksempel blant annet Rt. 1995 s. 355 og Rt. 1998 s. 1679.

⁷² Se til eksempel også Rt. 2015 s. 1281.

⁷³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 393. Se Rt. 1949 s. 1003 der tiltalte ble frikjent for unnlatelse av å varsle en motstandsmann om drapsplaner fordi tiltalte ikke regnet drapet for å være så nær forestående at han måtte varsle med det samme. Se også Rt. 1995 s. 355 hvor tiltalte ikke hadde hatt mye tid til å motvirke et drap, men på grunn av alvoret i situasjonen kunne det forventes og kreves en rask reaksjon.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 410.

Når det dreier seg om unnlaterer vil årsakskravet gå ut på at unnlateren av å handle må stå i et årsaksforhold med hovedgjerningen. Dette kravet blir dermed et hypotetisk krav som går ut på at man må vurdere om det straffbare forholdet ikke ville skjedd dersom tiltalte hadde foretatt den handlingen som vedkommende unnlot å gjøre.⁷⁵ Nygaard forklarer dette tilfellet i erstatningsretten som en *hindringssammenheng* mellom den alternative handlingen og den faktiske årsaksfaktoren.⁷⁶ Husabø mener at et tilsvarende krav kan stilles til passiv medvirkning, men at unnlateren må stå i en *hindringssammenheng med hovedgjerningen*.⁷⁷ Det fremkommer imidlertid av rettspraksis at det ikke kreves at medvirkeren faktisk *hindrer* det straffbare.⁷⁸ At det ikke stilles krav til noe spesielt resultat kan blant annet trekkes ut av dommen i Rt. 1995 s. 355 hvor Høyesterett uttaler at medvirkeren skulle ha «forsøkt» å avbryte det videre hendelsesforløpet. Det er således nok at medvirkeren til en viss grad *forsøker* å hindre det straffbare. Med andre ord kreves det at medvirkerens alternative handlemåte må være egnet til å motvirke at gjerningspersonen begår eller fortsetter å begå en forbrytelse. På bakgrunn av dette vil det mulig være mer treffende å karakterisere vilkåret som et krav om *motvirkningssammenheng* i stedet for en *hindringssammenheng*.

Årsakskravet for passiv medvirkning blir dermed at den alternative handlingen må være egnet til å virke inn på hendelsesforløpet, og det til fordel for det eller den det aktuelle straffebudet verner.⁷⁹ Motvirkningen vil både kunne være av fysisk og/eller psykisk art.

5.2.4. Skyldkravet

For at en person skal kunne straffes må vedkommende ha utvist nødvendig skyld i forhold til forbrytelsen. Hovedregelen er at man må ha handlet med forsett, jf. strl. § 21. Enkelte straffebud inneholder imidlertid unntak hvor skyldkravet er uaktsomhet.⁸⁰ Gjerningspersonen og medvirkeren skal som nevnt vurderes hver for seg. Dette betyr at gjerningspersonen må ha utvist nødvendig skyld for å bli strafferettslig ansvarlig, og det samme gjelder medvirkeren dersom han eller hun skal bli ansvarlig. Den individuelle vurderingen innebærer også at

⁷⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 429 og Husabø (1999) s. 180-181.

⁷⁶ Nygaard (2007) s. 326-327.

⁷⁷ Husabø (1999) s. 181, se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 429.

⁷⁸ Husabø (1999) s. 184 og Matningsdal (2007) s. 368.

⁷⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 429.

⁸⁰ Eksempelvis strl. §§ 129 (2), 136 (a)(2), 209 (5), 269 (4) og 270 (5). I spesiallovgivningen finnes det flere unntak. Hva forsett og uaktsomhet innebærer fremkommer imidlertid av strl. §§ 22 og 23.

medvirker kan straffes selv om gjerningspersonen ikke kan det, for eksempel på grunn av at vedkommende ikke var tilregnelig på gjerningstidspunktet.⁸¹

Medvirker er undergitt to skyldvurderinger. I tillegg til å utvise nødvendig skyld i forhold til gjerningsmannens opptreden, må vedkommende også utvise nødvendig skyld i forhold til egen medvirkning. Ved passiv medvirkning – der skyldkravet i straffebudet er forsett – vil dette si at medvirker for det første må ha forsett om at gjerningspersonen kommer til, eller holder på, å utføre forbrytelsen. For det andre må medvirker ha forsett om at vedkommendes unnlattelse av å handle vil stå i et medvirkende årsaksforhold til hovedgjerningen. Denne andre skyldvurderingen innebærer at medvirker må ha forsett om at det forelå et handlingsalternativ til passiviteten, og at det var tid og mulighet til å utføre det.

Medvirkers skyld må omfatte alle elementene i det aktuelle straffebudets gjerningsbeskrivelse.⁸² Dette er et utslag av dekningsprinsippet som går ut på at det bare er personer som har utvist skyld i forhold til alle elementer i gjerningsbeskrivelsen som kan bebreides.⁸³ For medvirker går prinsippet ut på at det ikke kan straffes for medvirkning dersom medvirkers skyld – både når det gjelder gjerningspersonens opptreden og egen medvirkning – ikke dekker alle deler av gjerningsbeskrivelsen.

Det stilles også et visst materielt minimumskrav til konkretisering av den forbrytelsen som medvirkeren tenker seg at vil skje. Der skyldkravet er forsett innebærer dette at medvirkerens forsett må relatere seg til et brudd på et bestemt straffebud ved en bestemt anledning. Tid, sted og måte forbrytelsen blir utført på trenger nødvendigvis ikke å være fullt ut spesifisert i medvirkerens bevissthet.⁸⁴ Dette kommer av at man ikke kan straffes for en annen forbrytelse enn vedkommendes forsett dekket på gjerningstidspunktet.

Enkelte straffbare handlinger rammes av begge skyldkravene. Et eksempel på dette er § 275 om forsettlig drap og § 281 om uaktsom forvoldelse av død. Dersom en person forsettlig dreper en annen, vil han eller hun kunne straffes etter § 275. Medvirkeren, som ikke hadde forsett om at gjerningspersonen ville drepe offeret, vil kunne straffes for medvirkning til uaktsom forvoldelse av død, jf. § 281. I Rt. 1974 s. 382 (Lillehammer-saken) ble det lagt til grunn at en av medvirkerne til et overlagt drap ikke var klar over hva gjerningspersonen kom til å gjøre, men burde visst dette. Medvirkeren kunne dermed ikke straffes for medvirkning til

⁸¹ Se strl. § 20.

⁸² Andenæs (2004) s. 221 og Eskeland (2013) s. 328.

⁸³ Eskeland (2013) s. 334.

⁸⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 430-431. Se til eksempel Rt. 2008 s. 1342.

forsettlig drap etter § 233 i straffeloven av 1902 (som tilsvarer § 275 i straffeloven av 2005). Spørsmålet var om hun kunne straffes etter § 239 om uaktsom forvoldelse av død (som tilsvarer § 281 i straffeloven av 2005). Straffeloven av 1902 hadde ingen generell medvirkningsbestemmelse. Om medvirkning var straffbart fremkom hovedsakelig av hvert enkelt straffebud. Paragraf 239 i straffeloven av 1902 hadde ikke noe medvirkningstillegg, og et spørsmål i Lillehammer-saken var således om medvirkningen kunne innfortolkes i ordet «forvolde» en annens død. På bakgrunn av at Høyesterett mente at drapsaksjonen var en fellesaksjon innfortolket Høyesterett medvirkningen i ordet «forvolde», og medvirkeren ble straffet for uaktsom forvoldelse av en annens død. Gjerningspersonen og den ene medvirkeren ble således dømt etter ulike straffebud. Dette er mulig ettersom hver enkelt person skal dømmes individuelt.

I straffeloven av 2005 finnes det nå en generell medvirkningsbestemmelse i § 15. Bestemmelsen har utvidet medvirkningsansvaret ettersom medvirkningsbestemmelsen gjelder for alle straffebud, med mindre annet er bestemt. Paragraf 281 om uaktsom forvoldelse av en annens død har dermed fått et medvirkningstillegg, og det vil nå være mulig å straffes for medvirkning til uaktsom forvoldelse av en annens død.

I Lillehammer-saken hadde medvirkerne medvirket fysisk. Et spørsmål blir om man kan dømmes for uaktsom *passiv* medvirkning. Et eksempel man kan tenke seg, hvor gjerningspersonen også har opptrådt uaktsomt, er dersom en kjørelærer er opptatt med mobilen sin og ikke følger med på sin elev som kjører svært uaktsomt. Dersom eleven kjører på en person slik at vedkommende blir drept, kan det tenkes at kjørelæreren kan straffes for uaktsom passiv medvirkning til uaktsom forvoldelse av død.⁸⁵ Dette forutsetter i så fall at kjørelæreren har en handleplikt og at de andre allerede nevnte vilkårene er oppfylt. Det kan imidlertid være betenkelig at det skal være straffbart å uaktsomt passivt medvirke til en forbrytelse. Det er uansett mulig at vedkommende kan straffes etter § 281, dersom forholdet faller inn under ordet «forvoldelse» av en annens død, sml. Lillehammer-saken. Denne problemstillingen vil jeg komme tilbake til i punkt 6.5. i forhold til foreldres omsorgsplikt overfor sine barn.

⁸⁵ Dette er et eksempel fra Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 432, men er kun et eksempel på uaktsom medvirkning, ikke uaktsom passiv medvirkning. Dersom de andre vilkårene for passiv medvirkning er til stede, kan det likevel tenkes at kjørelæreren kan straffes for uaktsom passiv medvirkning.

5.3. Forskjellen mellom psykisk og passiv medvirkning

Den klareste forskjellen mellom psykisk og passiv medvirkning er at man vanligvis ved psykisk medvirkning sier eller gjør noe aktivt som oppmuntrer, oppfordrer, hjelper, støtter eller på annen måte tilskynder hovedgjerningen. Ved passiv medvirkning har man imidlertid ikke foretatt seg noe, man har forhold seg passiv når man hadde en plikt til å handle. Andenæs mente at slik medvirkning er en særlig form for psykisk medvirkning.⁸⁶ Dette kommer av at han stilte krav om at medvirker må styrke gjerningsmannens forsett, og at gjerningspersonen i tilfelle ved passiv medvirkning må oppfatte medvirkers passivitet som et konkludent samtykke eller en passiv støtte til hovedgjerningen.

I dag viser imidlertid rettspraksis at det ikke er nødvendig at gjerningspersonen oppfatter passiviteten som samtykke eller aksept til hovedgjerningen. Dette fremkommer blant annet av Christoffer-saken hvor Høyesteretts ankeutvalg, i begrunnelsen for å nekte anken fremmet, uttalte at det ikke kan «stilles opp et krav om at det foreligger konkludent atferd. Ren passivitet vil her kunne være tilstrekkelig for å etablere straffansvar».⁸⁷ Denne saken omhandler passiv medvirkning ved brudd på foreldres omsorgsplikt, men det fremkommer indirekte av ankeutvalgets uttalelser at det også gjelder for andre tilfeller. Utvalget viser til to andre saker som omhandler situasjoner hvor to personer har samvirket til en forbrytelse, og hvor en av dem har gått ut over det som opprinnelig var avtalen. I disse sakene drøftes ikke spørsmålet om konkludent atferd. Utvalget uttaler videre at «det *heller* ikke» bør gjelde et krav til konkludent atferd i tilfelle med omsorgsplikten (min kursivering). Ordet «*heller*» kan bety at det ikke skal stilles krav til konkludent atferd i andre unnlatesestilfeller. Dette har gode grunner for seg ettersom det er medvirkers unnlattelse av å handle som er klanderverdig og dermed kan være straffbart. At gjerningspersonen ikke vet at medvirker er klar over hans handling gjør ikke medvirkers passivitet mindre klanderverdig. Medvirker vil uansett ha en plikt til å gripe inn, og det er unnlattelsen av dette som kan pålegge straffansvar. Rettspraksis de siste årene ser ut til å ha godkjent at psykisk og passiv medvirkning er to ulike medvirkningsformer.⁸⁸

⁸⁶ Andenæs (2004) s. 329.

⁸⁷ Rt. 2013 s. 1015.

⁸⁸ Rt. 2015 s. 1281, Rt. 2013 s. 1015 og Rt. 2010 s. 1630.

6. PASSIV MEDVIRKNING: FORELDRES OMSORGSPLIKT

6.1. Innledning

Foreldre har i utgangspunktet en omsorgsplikt overfor egne barn. Dette er en sivilrettslig plikt alle foreldre har gjennom tilknytningen de har til sine barn.⁸⁹ I enkelte tilfeller kan passivitet føre til at man kan dømmes for medvirkning til lovbrudd andre har begått. En mor kan således dømmes for medvirkning til voldshandlinger faren utøver mot deres barn, dersom moren forholder seg passiv. I utgangspunktet finnes det ikke noe særskilt straffebud som gjør det straffbart å forholde seg passiv i slike tilfeller. Det følger av legalitetsprinsippet at det må finnes et hjemmelsgrunnlag i lov for at man skal kunne straffes. Ved brudd på omsorgsplikten på grunn av passivitet er det gjerne bestemmelsene i straffelovens kapittel 25 og 26 om voldslovbrudd og seksuallovbrudd man kan bli dømt for medvirkning til på bakgrunn av medvirkningsbestemmelsen i § 15. Det vil spesielt være §§ 271-274 og §§ 282-283 om kroppskrenkelse, kroppsskade og mishandling i nære relasjoner som er de mest aktuelle bestemmelsene.⁹⁰ Det er passiv medvirkning til slike voldshandlinger oppgaven videre vil omhandle.

Som nevnt under punkt 5.2. kan man trekke ut visse vilkår for passiv medvirkning fra rettspraksis. Vilkårene gjelder for alle typetilfellene av passiv medvirkning og dermed også for tilfelle ved foreldres unnlattelse av å oppfylle omsorgsplikten. Ut fra rettspraksis kan man også forsøke å utlede hvor grensene går for når man kan bli strafferettslig ansvarlig ved brudd på omsorgsplikten og hvem omsorgsplikten gjelder for. I norsk rettspraksis finnes det imidlertid ikke veldig mange dommer på dette området. I Christoffer-saken uttalte lagmannsretten at «når det gjeld omsorgsplikta overfor born som ein har i sin varetekt, vil det nødvendigvis vera ein glidande overgang frå hendelege uhell som ingen kan lastast for, til manglande tilsyn, til omsorgssvikt og endeleg til dei tilfella der passiviteten må reknast som medverking til straffbare handlingar. Kvar grensa går mellom omsorgssvikt og straffbar medverking, må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering av straffebodet og dei faktiske forholda i det enkelte tilfelle».⁹¹ På bakgrunn av dette reiser det seg egne spørsmål og vurderinger innenfor de tidligere oppstilte vilkårene i forhold til omsorgsplikten. Årsakskravet

⁸⁹ Se punkt 5.2.1.3.

⁹⁰ Sammenlignet med tidligere rettsaker hvor tiltalte oftest har blitt dømt etter straffeloven av 1902 §§ 219, 228 og 229.

⁹¹ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1015)). Sitatet har blitt vist til i senere saker, blant annet LB-2013-11613 (anken til Høyesterett ikke ble fremmet (HR-2013-2330-U)).

reiser imidlertid ikke noen særlig problematiske spørsmål og jeg vil derfor ikke drøfte dette vilkåret. Vilkårene som skal drøftes er dermed kravet om handleplikt (punkt 6.2.), kravet til handlingsalternativ (punkt 6.3.) og skyldkravet (punkt 6.4.).

6.2. Nærmere om kravet til handleplikt

Gjeldende rett i dag er at foreldre kan bli straffet for passiv medvirkning ved unnlatelse av å oppfylle sin omsorgsplikt for egne barn.⁹² I rettspraksis og juridisk teori er omsorgsplikten ofte omtalt som en plikt *foreldre* har. Det fremkommer imidlertid ikke at plikten er begrenset til *kun* å gjelde foreldre. Et spørsmål blir hvor langt omsorgsplikten rekker og hvem som kan få en strafferettslig handleplikt i henhold til medvirkningsansvaret. I vurderingen av hvem som kan omfattes er det viktig å se på bakgrunnen for og hensynene bak omsorgsplikten.

Et vilkår for å kunne straffes for passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten er at det må foreligge en særlig tilknytning mellom medvirker og barnet som utløser en handleplikt.⁹³ Dersom også andre enn foreldre skal kunne omfattes av omsorgsplikten må vedkommende dermed ha en slik tilknytning. Foreldre har en særlig lovbestemt omsorgsplikt, jf. bl. § 30 første ledd første punktum. Et spørsmål blir således på hvilket rettslig grunnlag andre enn foreldre kan få en særlig tilknytning til barnet. Uavhengig av hvem barnet lever sammen med, om det er foreldrene eller andre, vil det uansett ha krav på samme beskyttelse.⁹⁴ På bakgrunn av dette bør tilknytningen, i tilfeller hvor andre personer enn foreldrene lever sammen med barnet over en lenger periode, regnes som sterk nok.⁹⁵ Disse vil ikke ha foreldreansvaret, men de kan ha den daglige omsorgen for barnet. Det finnes ikke noen lovbestemt plikt som utløser en omsorgsplikt for andre enn foreldre, men Rt. 2010 s. 1630 viser at en handleplikt ikke trenger å følge av lov. Det rettslige grunnlaget for plikten vil for eksempel kunne utledes av en avtaleplikt eller sedvane. Dersom det er avtalt at noen skal bo med barnet og passe på det, blir omsorgsplikten en slags sidevirkning av avtalen om den daglige omsorg. Som følge av dette kan det ha mye for seg å legge til grunn at også steforeldre, fosterforeldre og andre omsorgspersoner som barnet lever med – for eksempel besteforeldre, tante eller onkel – må

⁹² Se Rt. 2013 s. 1015. Se også underrettspraksis: LE-2015-55277, LH-2014-115515, LB-2013-11613 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2013-2330-U)), LH-2012-43105 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2012-1710-U)), LB-2011-75341 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2011-2341-U)) og TTONS-2014-155000.

⁹³ Se punkt 5.2.1.

⁹⁴ Barn har rettigheter etter Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen art. 19.

⁹⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 308 (henvisning fra s. 429).

antas å ha sterk nok tilknytning til barnet. I Christoffer-saken uttalte lagmannsretten at «Den særlege handleplikta oppstod som følge av tiltalte si særlege stilling som den *næraste omsorgspersonen* for B [offeret]» (min kursivering).⁹⁶ Det virker således som om den særlige tilknytningen til barnet foreligger for den eller de personen(e) som er barnets nærmeste omsorgsperson og ikke nødvendigvis bare for foreldre.

En sak fra Tønsberg tingrett i 2014⁹⁷ illustrerer dette. I dommen ble en stefar frifunnet for passiv medvirkning til hans kones oppdragervold mot hennes egne særkullsbarn. Det ble ikke problematisert om stefaren i det hele tatt hadde noen omsorgsplikt for sine stebarn, dette ble bare lagt til grunn at han hadde. Tingretten uttalte imidlertid at «hans [stefarens] oppfordring til å gripe inn var også mindre ettersom barna som ble rammet ikke var hans». Bakgrunnen for denne uttalelsen er nok at man som steforelder ikke føler seg rettmessig til å gripe inn, og spesielt ikke når det dreier seg om mildere former for vold i oppdragelsesøyemed slik som i denne saken. Tingretten mener således at tilknytningen mellom steforeldre og stebarn er sterk nok til å utløse en handleplikt, men at denne ikke er like streng for steforeldre som for biologiske foreldre eller adoptivforeldre. På bakgrunn av dette kan det se ut til at mindre tilknytning tilsier mindre plikt, og at dette er et utslag av reelle hensyn. Det kan virke som om tingretten tar i bruk en slags rimelighetsvurdering av hva som er rimelig å forvente av vedkommende omsorgsperson i hver enkelt situasjon. I tilfeller hvor det dreier seg om mer alvorlig voldsbruk, vil nok plikten steforeldre har til å gripe inn bli strengere. Dette blir ikke diskutert i dommen, men skal man ta i bruk reelle hensyn, og herunder rimelighetsvurderingen, vil det tilsi at det er mer rimelig å forventet at steforeldre foretar seg noe for å forhindre volden i alvorlige voldstilfeller, og mer klanderverdig dersom vedkommende ikke gjør det. Tingrettsdommer har som nevnt ikke særlig vekt som rettskilde. Dommen er kun brukt som illustrasjon i drøftelsen.

Til tross for at det ikke finnes særlig mange rettskilder på området, ser det ut til at spørsmålet om det foreligger en handleplikt, og hvor streng plikten er, vil avhengig av hvert enkelt tilfelle. Underrettspraksis tyder på at man må se på hvor sterk tilknytningen er i det konkrete tilfellet, hva som er rimelig å kunne forvente av vedkommende, og hvor klanderverdig forholdet er i det aktuelle tilfellet. Samtidig må man trekke en nedre grense for straffansvar. I en dansk dom hadde en mor mishandlet sitt barn mens hun og barnets bestemor var på ferie

⁹⁶ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1015)).

⁹⁷ TTONS-2014-155000.

sammen i en campingvogn i to uker.⁹⁸ Bestemoren ble dømt for medvirkning til legemskrenkelse på grunn av at hun ikke hadde grepet inn da mishandlingen pågikk. For slike tilfeller kan det tenkes at man etter norsk rett heller vil pålegge ansvar etter strl. § 288 om hensettelse av person i hjelpeløs tilstand.⁹⁹ I enkelte tilfeller er det mulig at straff også kan pålegges etter strl. § 196 om plikt til å avverge et straffbart forhold. Det er imidlertid et unntak fraplikten i denne bestemmelsens tredje ledd bokstav b) ved blant annet inkriminering av nærstående personer.¹⁰⁰ Plikten vil således ikke gjelde dersom personen som utøver volden er en av vedkommendes nærmeste.

Det kan stilles spørsmål om omsorgsplikten som en person har i kraft av lov, avtale eller sedvane, slik som for eksempel lærere, barnehageansatte, helsesøstre eller barnevernansatte, kan utløse en handleplikt som kan lede til straffansvar for passiv medvirkning. Om disse vil omfattes er uklart. Spørsmålet har, så vidt jeg vet, ikke vært oppe for domstolene. Bakgrunnen for at passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten er straffbart er at barn, og spesielt små barn, ikke kan ivareta egne interesser eller beskytte seg selv. Dette er foreldrenes plikt å gjøre.¹⁰¹ Det er en allmenn forventning at foreldre gjør det de kan, så langt det lar seg gjøre, for å ta vare på og beskytte sine barn. I tilfeller der begge eller en av foreldrene ikke overholder sin omsorgsplikt, for eksempel hvor begge mishandler barnet sitt eller hvor en utøver vold og den andre forholder seg passiv, vil imidlertid forventningene og behovet øke for at andre som står barnet nært griper inn. Dette kan tale for at det burde kunne kreves, spesielt i alvorlige tilfeller, at personer i de nevnte stillinger griper inn. Det ligger tross alt et skyldkrav bak straffansvaret: ved voldshandlinger og seksualforbrytelser må vedkommende ha utvist forsett. På en annen side må tilknytningen mellom vedkommende og barnet være tilstrekkelig sterk. Her vil det nok derfor passe bedre å statuere ansvar etter strl. § 196 eller § 288.

⁹⁸ Tfk 2009.553.

⁹⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen mener at ansvar etter strl. § 288 vil passe best i et slikt tilfelle (Gröning, Husabø og Jacobsen s. 380 (henvisning fra s. 429)).

¹⁰⁰ Se strl. § 9 om hvem «de nærmeste» er.

¹⁰¹ Se bl. § 30.

6.3. Nærmere om kravet til handlingsalternativ

6.3.1. Utgangspunktet

For å bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning må man, som nevnt i punkt 5.2.1. og 5.2.2., hatt en særlig plikt til å handle og man må i tillegg hatt et eller flere handlingsalternativ. Handleplikten, som kan utløses gjennom foreldres omsorgsplikt, er streng og det stilles dermed høye krav til hvilke handlingsalternativer som kan kreves utført.¹⁰²

Bakgrunnen for dette er alvoret som ligger bak voldshandlinger mot barn ettersom barn har mindre forutsetninger for å kunne beskytte seg enn voksne og de er mer sårbare. Ofte vil det være en av foreldrene som utøver volden. Barnet omgås med foreldrene daglig, og de skal i utgangspunktet være barnets nærmeste som skal beskytte og passe på barnet. Når voldsutøvelsen skjer i hjemmet, som også ofte er tilfelle, vil volden kunne være meget skjult. Dette gjør volden mer straffverdig. Hjemmet skal være et sted hvor barn skal kunne føle seg trygge, ikke et sted hvor de skal utsettes for vold og som de skal frykte. Terskelen for straff i slike tilfeller blir med dette lavere enn i flere andre tilfeller av passiv medvirkning.

Utgangspunktet vil med dette være at handleplikten er streng og at man burde kunne kreve at foreldre gjør det de kan for å beskytte sine barn. Men finnes det likevel tilfeller hvor omsorgsplikten ikke favner så langt at foreldre plikter å gjøre det de kan? Et spørsmål som skal drøftes i punkt 6.3.2.-6.3.5. er hvor langt handleplikten strekker seg i en strafferettslig kontekst, altså hvor mye som skal til for at handleplikten anses oppfylt.

6.3.2. Er foreldre pålagt å søke hjelp fra offentlige myndigheter?

I de fleste tilfeller vil den passive forelderens i alle fall ha ett handlingsalternativ for å motvirke videre voldsutøvelse mot barnet – nemlig å søke ekstern hjelp. Vedkommende kan for eksempel kontakte politiet, barnevernet eller andre offentlige myndigheter. I tillegg til politiet og barnevernet finnes det også andre eksterne man kan kontakte for hjelp. I utgangspunktet vil man kunne kontakte hvem som helst; familiemedlemmer, venner, advokat, psykolog mv. Dersom den andre forelderens kontakter politiet eller barnevernet, er det på det rene at det kan føre til at det reises sak mot ektefellen/samboeren. Spørsmålet blir dermed om det kan kreves at foreldre søker hjelp fra offentlige myndigheter. Om det kan kreves at foreldre kontakter andre for hjelp vil ikke drøftes.

¹⁰² Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 392-393.

Lovgivningen oppstiller ingen generell plikt til å anmelde forbrytelser man vet er foretatt. Straffeloven § 196 innebærer imidlertid en avvergingsplikt for visse straffbare forhold, men i denne bestemmelsen finnes det som nevnt et unntak for tilfeller der avvergingsplikten vil føre til inkriminering av ens nærmeste.¹⁰³ Plikten til å handle, som følger av omsorgsplikten, har imidlertid ingen slik reservasjon. På grunn av dilemmaet mellom inkriminering av ektefellen/samboeren og å overholde omsorgsplikten kan det stilles spørsmål om det likevel gjelder en reservasjon.

Lagmannsretten i Christoffer-saken svarer bekreftende på at det kan gjelde visse unntak ved inkriminering av nærstående.¹⁰⁴ Det ble uttalt at retten «finn det ikkje rimeleg å krevja at tiltalte skulle ha teke kontakt med barnevern eller politi, det må minnast om at tiltalte var, og er framleis, svært knytt til ektemannen, og det er eit stort steg å melda sin eigen ektefelle, som en bur i lag med, og ynskjer å bu i lag med, til styresmaktene for mishandling av barnet sitt. Det som handleplikta for ein omsorgsperson likevel omfattar, er å søkja å hindra eller motverka vidare valdsutøving». I denne saken hadde gutten som ble utsatt for vold av stefaren blitt påført svært grove skader. Stefaren ble dømt for under særdeles skjerpene omstendigheter å ha påført stesønnen legemsbeskadigelse med døden til følge (grov kroppsskade med døden til følge).¹⁰⁵ Moren ble imidlertid kun dømt for passiv medvirkning til legemsfornærmelse med skadefølge (grov kroppskrenkelse). Det fremkommer ikke av dommen, men dette kan være grunnen til at lagmannsretten mente at det ikke kunne kreves at moren kontaktet politiet eller barnevernet. Dersom lagmannsretten hadde funnet det bevist at moren forsto at sønnen ble utsatt for så grov vold som han ble, slik at døden var følgen, er det mulig at retten hadde krevet at moren skulle ha kontaktet offentlige myndigheter.

For å fastslå hva handleplikten krever i de enkelte tilfellene må det foretas en bred helhetsvurdering.¹⁰⁶ Momenter i vurderingen som underrettspraksis har vektlagt er blant annet hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, hvilke interesser som står på spill, hvilke risikoer som er til stede, og de konkrete handlingsmulighetene som foreligger. Den viktigste faktoren for hvor grensen skal gå vil være karakteren av tilknytningsgrunnlaget. Ved omsorgsplikten for barn må det kunne forventes en betydelig innsats og oppofrelse fra foreldrenes side.¹⁰⁷

¹⁰³ Se strl. § 9.

¹⁰⁴ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1015)).

¹⁰⁵ Se LA-2008-179127 om dommen mot stefaren (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2009-1436-U)).

¹⁰⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 392.

¹⁰⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 392-393. Se også punkt 6.3.1.

Dersom man, i tilfeller hvor barnet blir utsatt for grov vold, veier hensynet til barnet opp mot hensynet til den passive forelder og ser på risikoen som foreligger for barnets helse, vil etter min mening den tyngste vekten ligge hos hensynet til barnet. Dette vil i så tilfelle tilsi at omsorgsplikten vil kunne innebærer en plikt til å søke hjelp fra offentlige myndigheter. Omsorgsplikten innebærer imidlertid kun en plikt til å beskytte barnet sitt, og det stilles ikke noe krav til hvordan dette må gjøres. Dersom den påståtte passive forelderen antar at hun eller han kan hindre voldsutøvelsen på andre måter enn å gå til for eksempel politiet eller barnevernet, vil det nok tillates at vedkommende prøver dette først. I særlig alvorlige tilfeller vil det imidlertid kunne stille seg annerledes. Spørsmålet om hvor lang tid det kan ta, eller hvor alvorlig tilfelle man må stå overfor før plikten til å søke hjelp pålegges, vil antakelig bero på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle hvor man ser hen til risiko og hensyn som gjør seg gjeldende.

6.3.3. Hva innebærer omsorgsplikten for foreldres egen inngripen?

I tilfeller hvor en forelder ikke kan pålegges å søke hjelp fra offentlige myndigheter, blir et spørsmål hva plikten krever av vedkommendes egen inngripen. Det er viktig å huske på at handleplikten ikke er noen resultatforpliktelse. Det er således ikke nødvendig at en forelder faktisk forhindrer volden for å overholde omsorgsplikten.¹⁰⁸ Samtidig må man ha gjort et tilstrekkelig forsøk på dette.

Det er flere momenter som kan være aktuelle i vurderingen av om omsorgsplikten er overholdt. Det kan ikke stilles opp noen uttømmende liste over momenter ettersom disse vil være mange og svært ulike ut ifra situasjonen tiltalte befinner seg i. For å sette opp noen momenter som kan gjøre seg gjelde kan en sak fra Tønsberg tingrett i 2014 være illustrerende.¹⁰⁹ Tiltalte i saken var riktig nok en stefar, men de samme momentene gjelder hovedsakelig også der tiltalte er en person med foreldreansvaret. Tiltalen mot stefaren gjaldt passiv medvirkning til ektefellens vold mot hennes barn. Et av momentene som talte for frifinnelse var at tiltalte hadde grepet inn i enkeltepisodes av vold som han hadde vært vitne til, og dette hadde hatt en nødvendig avvergende effekt. Tiltalte hadde også hatt etterfølgende samtaler med sin ektefelle om oppdragermetodene hun brukte. Et annet moment som det ble lagt vekt på var at oppfordringen tiltalte hadde til å gripe inn var mindre ettersom voldsbildet som avtegnet seg for tiltalte ikke viste grov eller uforutsigbar vold (dette momentet gjelder

¹⁰⁸ Se pkt. 5.2.3.

¹⁰⁹ TTONS-2014-155000.

nok særlig for personer uten foreldreansvaret ettersom disse vil ha en mindre plikt til å gripe inn (se punkt 6.2.). Det sistnevnte momentet tyder på at dersom det hadde vært tale om en mer alvorlig voldsbruk, ville det gitt en større oppfordring for tiltalte til å gripe inn og handleplikten hadde blitt strengere. Tingretten mente at tiltalte hadde god grunn til å tro at hans inngripen og etterfølgende samtaler var tilstrekkelig ettersom voldsbruken avtok etter hvert. Selv om ektefellen fortsatte å utøve vold i oppdragelsen av sine barn var det tiltalte hadde gjort tilstrekkelig for frifinnelse.

En annen sak som kan brukes som eksempel for hvilke momenter som kan gjøre seg gjeldende er en sak fra Hålogaland lagmannsrett i 2014.¹¹⁰ Tiltalte ble frikjent for passiv medvirkning til at ektefellen mishandlet deres datter. Et av momentene i begrunnelsen for frikjennelsen var at tiltalte gjentatte ganger verbalt hadde forsøkt å hindre faren i å krenke både datteren og de andre barna. Tiltaltes tilstedeværelse i hjemme hadde også i en viss grad beskyttet datteren mot farens handlinger. I denne saken var voldshandlingene mer alvorlig enn i den sistnevnte sak. Likevel var gjentatte verbale forsøk på å hindre faren og tilstedeværelse i hjemmet tilstrekkelig inngripen for frikjennelse. Bakgrunnen for dette kan nok ha vært at også tiltaltes subjektive forhold ble vektlagt. Tiltalte kunne verken lese eller skrive da hun kom til Norge, og hun hadde lært seg svært lite frem til tidspunktet for mishandlingen. Det ble lagt til grunn at hun hadde minimal kjennskap til det norske samfunnet, inkludert hjelpeapparatet og helsevesenet, og at hun derfor på alle områder var avhengig av sin ektemann. Det fremkommer ikke av dommen hvilke momenter som ble mest vektlagt, men de subjektive momentene ser ut til å ha hatt stor betydning for frikjennelsen. Ettersom krenkelsene var alvorlige og at volden fortsatte til tross for tiltaltes verbale forsøk på å stanse faren, kan det tenkes at tiltalte ville blitt domfelt dersom det ikke var for hennes subjektive forhold.

Domstolene ser med dette ut til å dømme på bakgrunn av hva som faktisk virker rimelig at foreldre foretar seg i hvert enkelt tilfelle. Det blir tatt hensyn til den konkrete situasjonen i hvert enkelt tilfelle, og det blir gjort en interesseavveining hvor hensynene til både forelderen og barnet blir vektlagt. Det avgjørende blir til slutt hvilken vektskål som veier tyngst etter at alle momenter har blitt vurdert.

¹¹⁰ LH-2014-115515.

6.3.4. Endres karakteren av handleplikten når barnet blir eldre?

Et spørsmål er om det kreves mindre av foreldrene desto eldre barnet blir, og om handleplikten dermed får en annen karakter. Bakgrunnen for at passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten kan være straffbart er at barn, og spesielt små barn, ikke kan ivareta egne interesser eller beskytte seg selv. En 16-åring vil for eksempel ha større forutsetning for å kunne beskytte seg selv og å kunne forhindre voldshandlinger enn hva en 3-åring har. Kan dermed plikten foreldre har overfor sitt barn endre karakter når barnet blir eldre?

De fleste dommene vi har hatt i Norge om passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten omhandler barn som er i barneskolealder eller som er yngre. Det finnes imidlertid noen dommer der offeret har vært eldre. I en sak fra Borgarting lagmannsrett i 2011 pågikk de straffbare forholdene da fornærmede var 13-16 år gammel.¹¹¹ I en annen sak fra Borgarting lagmannsrett fra 2014 var fornærmede 11-17 år.¹¹² Begge sakene ble anket til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet.

I saken fra 2011 hadde en 16 år gammel jente blitt utsatt for tvangsekteskap, voldtekt og gjentatt mishandling i over tre år. Det var hun selv som meldte ifra om forholdene. Foreldrene hadde ikke foretatt seg noe for å hjelpe datteren sin og faren ble dømt for passiv medvirkning (moren ble frikjent). Det kan ikke på noen måte leses ut av dommen at det stilles mindre krav til foreldre med eldre barn.¹¹³ Lagmannsretten uttalte at faren, i kraft av sin omsorgsplikt, hadde en plikt til å gripe inn mot krenkelsene, og at han kunne ha gjort dette ved å ta opp forholdene med de som krenket datteren, eller eventuelt gått til politiet eller barnevernet. Dette er samme handlingsalternativ som retten har uttalt at foreldre i andre saker, som omhandler små barn, kunne ha gjort for å overholde sin omsorgsplikt.¹¹⁴ Ser man på bakgrunnen for og hensynene bak omsorgsplikten kan disse tale for en streng plikt selv om offeret er 16 år. I den sistnevnte saken var volden og krenkelsene jenta ble utsatt for veldig alvorlige og de ble utført av voksne menn. Av disse var hennes ektemann som hun bodde og var tvangsgiftet med og hennes svigerfar. Jenta hadde dermed lite forutsetninger for selv å kunne beskytte seg mot eller stanse det som skjedde ettersom både ektemannen og svigerfaren var eldre og sterkere enn henne selv. Eksemplet fra rettspraksis og hensynene bak omsorgsplikten kan tyde på at alderen alene ikke vil ha noe å si for hva omsorgsplikten

¹¹¹ LB-2011-75341 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2011-2341-U)).

¹¹² LB-2014-201202 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (HR-2016-848-U)).

¹¹³ Dette kan heller ikke leses ut av LB-2014-201202.

¹¹⁴ Se blant annet LA-2012-92858 og TTONS-2014-155000.

innebærer. I tilfeller der offeret imidlertid har forutsetninger til å kunne beskytte seg selv, og hvor hensynene bak plikten ikke gjør seg like gjeldende, kan det stilles spørsmål om handleplikten likevel kan få en annen karakter.

Selv om det ikke fremkommer noe av rettspraksis kan man finne gode grunner for at foreldres plikt til å beskytte sitt barn kan blir mindre når barnet blir eldre. Et eksempel som kan illustrere dette er dersom offeret er en 17 år gammel gutt som blir utsatt for fysiske voldshandlinger av sin far. I et slikt tilfelle kan det være at gutten er større og sterkere enn moren og dermed faktisk har større forutsetninger enn henne til å kunne beskytte seg selv og å hindre voldsutøvelsen. I så tilfelle er det likevel mulig at det kan kreves at moren søker hjelp fra offentlige myndigheter. Som drøftet i punkt 6.3.2. vil det imidlertid ikke alltid kunne kreves at foreldre søker slik hjelp. Det er da mulig at en psykisk støtte vil kunne tilfredsstille kravet til handleplikten. Moren kan for eksempel oppfordre sønnen til selv å forhindre volden. Rimelighetsvurderingen i slike tilfeller trekker ikke like sterkt i retning av en streng handleplikt.

Der det er tale om psykisk vold er det ikke sikkert at et barn vil ha større forutsetninger til å forhindre volden selv om vedkommende er 17 år, stor og sterk. Et eldre offer vil imidlertid kunne ha større forutsetning for å søke ekstern hjelp. Eldre barn vil gjerne ha bedre forståelse av hva som foregår og dermed bedre forutsetning for å forstå at man burde melde ifra til andre. Hva foreldres handleplikt i slike tilfeller vil gå ut på vil dermed kunne være en annen enn der barnet er yngre. Hvert enkelt tilfelle må imidlertid vurderes konkret.

Dette er gode grunner for at de ulike forholdene i hver enkelt situasjon vil kunne endre innholdet i handleplikten. Barn vil i alle tilfeller ha rett til å bli beskyttet av sine egne foreldre, men ulike situasjoner kan tale for ulik grad av beskyttelse.

6.3.5. Medvirker må ha tid og mulighet til å gripe inn

I kravet om at det må foreligge et handlingsalternativ ligger det at den påståtte passive forelderen må ha hatt tid og mulighet til å gripe inn.¹¹⁵ Man skal ikke kunne straffes for det umulige. Dersom en mor er på jobb og får beskjed fra sin datter hjemme at ektefellen holder på å banke opp broren, og dersom ektefellen ikke svarer på telefonen når moren ringer, vil moren der og da verken ha tid eller mulighet til å at motvirke at voldsutøvelsen skjer. Hun kan

¹¹⁵ Se punkt 5.2.2.

dermed ikke klandres for ikke å ha grepet inn. Senere må hun imidlertid antas å ha en plikt til å ta opp forholdet med faren, eller på annen måte forsikre seg om at voldsutøvelsen ikke gjentar seg.

Det kan ikke stilles opp noen grense for hvor mye tid forelderen må anses å ha før vedkommende plikter å gripe inn. Grensen må settes etter en vurdering av hver enkelt situasjon hvor man må se hen til hvor snarlig forbrytelsen kan komme til å skje og hvor raskt det er rimelig å forvente at vedkommende reagerer. Det må imidlertid antas at det kreves en rask, nesten øyeblikkelig inngripen der et barn blir utsatt for vold. Dette er på bakgrunn av den strenge handleplikten foreldre har gjennom omsorgsplikten.¹¹⁶ Der en forelder ser det som overveiende sannsynlig at noen kommer til å utøve vold mot sitt barn, vil forelderen måtte gripe inn i god nok tid til å motvirke at voldsutøvelsen kan komme til å skje. Et illustrerende eksempel er Christoffer-saken.¹¹⁷ I dommen la lagmannsretten til grunn at moren, etter et møte med SFO på skolen der sønnen gikk, så det som mest sannsynlig at ektemannen hennes hadde, og ville komme til å utøve vold mot hennes sønn. På dette tidspunktet oppsto morens plikt til å handle. Lagmannsretten uttalte at moren dermed skulle ha grepet inn *samme dag*, og før sønnen kom hjem hvor hennes ektemann var, slik at sønnen ikke ville bli utsatt for mulige voldsepisoder.

6.4. Nærmere om skyldkravet

6.4.1. Skyldkravet for passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten

Som nevnt i punkt 5.2.4. må medvirker ha utvist nødvendig skyld for å kunne bli strafferettslig ansvarlig. Medvirker må enten ha opptrådt forsettlig eller uaktsomt både i forhold til gjerningspersonens opptreden og egen medvirkning.

Når det gjelder passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten har alle saker som har vært oppe for domstolene, så vidt meg bekjent, omhandlet medvirkning til en form for voldsutøvelse eller seksualforbrytelse. Skyldkravet i voldslovbudene og seksuallovbudene i straffeloven er forsett (med unntak av § 294 om grovt uaktsom voldtekt). Hovedsakelig kreves det dermed at også skyldkravet for medvirker er forsett. Ut fra rettspraksis er det klart at forsettlig passiv medvirkning til en forsettlig forbrytelse er straffbart. Juridisk sett er ikke forsettskravet problematisk her. Det problematiske med forsettskravet er bevisvurderingen –

¹¹⁶ Se punkt 6.3.1.

¹¹⁷ LA-2012-92858 (anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet (Rt. 2013 s. 1015)).

et tema jeg ikke går videre inn på i oppgaven. Et spørsmålet er imidlertid om man kan bli dømt for passiv medvirkning der skyldkravet i straffebudet er uaktsomhet.

6.4.2. Forsettlig medvirkning til gjerningspersonens uaktsomme forbrytelse

Der skyldkravet i straffebudet er uaktsomhet er det tilstrekkelig for straffansvar at medvirker utviser uaktsomhet. Samtidig kan medvirker også dømmes for forsettlig medvirkning til gjerningspersonens uaktsomme handling. Dette vil være mulig ettersom gjerningspersonen og medvirker skal vurderes individuelt og kan dømmes etter ulike straffebud. En person som opptrer forsettlig utviser en større forbrytersk vilje og vil kunne bebreides mer enn en som opptrer uaktsomt. Hvorvidt gjerningspersonen opptrer med forsett eller uaktsomhet bør i slike tilfeller ikke være avgjørende for medvirkers straffverdighet.

Dersom en forelder forsettlig passivt medvirker til en uaktsom forbrytelse mot sitt barn, vil vedkommende dermed kunne bli strafferettslig ansvarlig. Straffebud med skyldkravet uaktsomhet som kan være aktuelle i forhold til brudd på omsorgsplikten er strl. § 280 om uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse, § 281 om uaktsom forvoldelse av død, eller § 294 om grovt uaktsom voldtekt. Unnlatsen av å handle vil i et slikt tilfelle være bevisst fra medvirkers side, og medvirker vil være klar over elementene som utløser medvirkningsansvaret. Et eksempel er en far som kjører bil med sin kone og deres sønn. Dersom faren kjører i 70 km/t et sted hvor det er 50-sone, glatt føre og dårlig sikt, og moren er klar over den uaktsomme kjøringen, men forsettlig ikke gjør noe med det, kan det tenkes at hun kan straffes for passiv medvirkning til uaktsom forvoldelse av død dersom faren krasjer og sønnen dør. Dette forutsetter at handleplikten rekker så langt at moren vil ha plikt til å motvirke den uaktsomme kjøringen.

6.4.3. Uaktsom medvirkning til gjerningspersonens forsettlige forbrytelse

Som det ble vist til i punkt 5.2.4. kan medvirker straffes for uaktsomhet selv om skyldkravet i straffebudet gjerningspersonen dømmes etter er forsett. Dette forutsetter at straffebudet også omfatter uaktsomhet, se eksempelvis § 275 om drap og § 281 om uaktsom forvoldelse av død. Medvirker straffes dermed etter straffebudet hvor skyldkravet er uaktsomhet.

Det finnes to ulike typer uaktsomhet; bevisst og ubevisst. Uaktsomheten er ubevisst dersom det foreligger en risiko ved handlingen vedkommende gjør, men han eller hun ikke tenker over at risikoen foreligger. Bevisst uaktsomhet foreligger dersom vedkommende er kjent med

at det foreligger en risiko med handlingen han eller hun gjør, men tror det er mer sannsynlig at følgen ikke skjer enn at den skjer. Det foreligger heller ingen positiv innvilgelse av følgen fra medvirkers side (vedkommende har ikke godtatt og akseptert at følgen inntreffer).¹¹⁸

For passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten vil straffansvar, der uaktsomheten er ubevisst, være betenkelig å anerkjenne ettersom medvirkeren ikke er klar over at gjerningspersonen er i ferd med å begå en forbrytelse, men *burde* kjenne til dette. Dersom uaktsomheten er bevisst vil medvirker være kjent med risikoen som foreligger, men samtidig tror ikke medvirker at følgen kommer til å skje og det foreligger ingen positiv innvilgelse. Den passive forelderen vil dermed heller ikke tro at det foreligger noen handleplikt for vedkommende. Passiv medvirkning er i utgangspunktet allerede i ytterkanten av straffansvarets periferi,¹¹⁹ og straffansvar for uaktsom passiv medvirkning må nok dermed være å strekke straffansvaret for langt.

Spørsmålet har imidlertid, så vidt meg bekjent, ikke blitt avgjort av Høyesterett. Dersom spørsmålet kommer opp må forholdet enten løses ved at a) man svarer bekreftende på at uaktsom passiv medvirkning er straffbart – det forutsettes da at grunnvilkårene som er satt opp for passiv medvirkning ellers er til stede, eller b) man legger generelt til grunn at en uaktsom passiv medvirkning ikke er straffbart. I tilfelle b) vil den passive personen uansett kunne straffes etter for eksempel § 280 eller § 281 dersom vedkommende faller inn under formuleringen «uaktsomt forvolder/volder».¹²⁰ Skyldkravet ved passiv medvirkning vil da modifiseres til kun å gjelde forsettlig medvirkning.

6.4.4. Uaktsom medvirkning til gjerningspersonens uaktsomme forbrytelse

Spørsmålet blir om en forelder kan straffes for å uaktsomt passivt medvirke til en annen persons uaktsomme forbrytelse mot sitt barn. I så tilfelle må det foreligge en plikt for forelderen til å passe på at gjerningspersonen ikke opptrer uaktsomt. At en forelder har en slik plikt overfor andre finnes det ikke noe grunnlag for i lov, og den må eventuelt utledes av omsorgsplikten. Omsorgsplikten innebærer at foreldre skal passe på og beskytte barnet sitt. At plikten også skal innebære å passe på at andre ikke opptrer uaktsomt slik at det oppstår en risiko for skade på sitt barn vil nok være å strekke omsorgsplikten for langt.

¹¹⁸ Se til eksempel Rt. 2004 s. 1769 avsnitt 11.

¹¹⁹ Husabø (1999) s. 174.

¹²⁰ Sammenlignet med Rt. 1974 s. 382 (Lillehammer-saken).

Under punkt 6.4.3. ble det vurdert om uaktsom passiv medvirkning til gjerningspersonens forsettlig handling var innenfor straffansvarets rekkevidde. Jeg kom frem til at dette var betenkelig. Spørsmålet må enten besvares av Høyesterett eller i en ny lovtekst. Uaktsom passiv medvirkning til en *uaktsom* forbrytelse vil imidlertid være enda mer betenkelig å anerkjenne enn uaktsom passiv medvirkning til en *forsettlig* forbrytelse.

7. KORT OM DE LEGE FERENDA

7.1. Innledning

Som vi har sett hittil i oppgaven finnes det ikke en egen bestemmelse som gjør brudd på omsorgsplikten ved passivitet straffbart. I tilfeller hvor det skal straffes for slike brudd blir det på bakgrunn av den generelle medvirkningsbestemmelsen i strl. § 15. På grunn av dette, og at det i Norge ikke finnes særlig mye rettspraksis på området, foreligger det noen uklarheter i forhold til hvor langt handleplikten rekker og hvem den omfatter. For at dette skal kunne avklares må det enten gjøres av Høyesterett eller av lovgiver.

7.2. Bør de uavklarte spørsmålene oppklares av Høyesterett?

Problemet med at domstolene skal oppklare spørsmålene er at man ikke kan vite når eller om en sak som kan gi oppklaring vil komme opp for domstolene. Ofte vil heller ikke saken gå så langt som til Høyesterett. Det kan derfor ta veldig lang tid før man får klare svar på rekkevidden av handleplikten. Når rettstilstanden på et området er usikker fører det til at hensynet til borgernes forutberegnelighet ikke er ivaretatt. Det kan også føre til vilkårlige avgjørelser og at borgernes rettssikkerhet svekkes. I tillegg kan det også tenkes at påtalemyndigheten blir tilbakeholden med å ta ut tiltale. Et spørsmål blir dermed om lovgiver burde forsøke å avklare spørsmålene ved å gi en lovbestemmelse på området.

7.3. Bør de uavklarte spørsmålene oppklares av lovgiver?

Det følger av legalitetsprinsippet at staten må ha hjemmel i lov for inngrep de fatter overfor borgerne. Prinsippet innebærer at desto større og mer alvorlig inngrepet er, desto strengere er kravet til presisjon av lovhjemmelen. Straff vil alltid være et alvorlig inngrep. Dette betyr at lovhjemmelen som statuerer straffansvar burde være godt presisert. Slik rettstilstanden er i dag blir brudd på omsorgsplikten ved passivitet straffet som passiv medvirkning til

hovedgjerningen etter den generelle medvirkningsbestemmelsen i strl. § 15. Det fremkommer ikke av lovteksten når medvirkning kan straffes, eller på hvilke vilkår. Lovteksten er dermed langt ifra så godt presisert som det kunne ha vært. Dette taler for at det burde gis en lovbestemmelse om brudd på omsorgsplikten ved passivitet.

Terminologisk sett er det ikke helt heldig å kalle brudd på omsorgsplikten ved passivitet for *medvirkning*. Ettersom tiltalte ikke nødvendigvis må ha noe innvirkning på hovedgjerningen, eller må ha innvirkning på gjerningspersonen sitt sinn, er det ikke tale om noen direkte medvirkning. Vedkommende kan riktig nok muliggjøre den straffbare handlingen ved ikke å gripe inn, og dette kan på et vis sies å være en type medvirkning. Likevel vil nok en mer riktig formulering være at vedkommende *unnlater å forsøke å motvirke* hovedgjerningen. Ved å gi en egen lovbestemmelse om dette, vil lovgiver kunne gjøre at forholdet blir en selvstendig forbrytelse. Den passive forelderen blir dermed en gjerningsperson og ikke medvirker.

I et eventuelt eget straffebud kan man i tillegg fastslå at *alle* former for vold mot barn, også mildere voldsutøvelser i oppdragelsesøyemed, er forbudt. Det kan være ønskelig å ha en klar lovgivning som understreker at det er straffbart at foreldre, og mulig andre omsorgspersoner, ikke beskytter sitt barn mot vold og annen skade. Det vil også kunne lovfestes hvem som omfattes av omsorgsplikten og om skyldkravet kun burde gjelde forsett, slik at usikkerheten rundt dette også ville blitt avklart.

I andre land, blant annet i Australia, finnes det lovgivning på området.¹²¹ Regelen ble innført på bakgrunn av saker hvor det foreligger en mistanke om at en av foreldrene har mishandlet sitt barn, men det ikke kan bevises hvem av foreldrene som har gjort det. Tidligere ville begge foreldrene blitt frikjent på grunn av at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode (dette problemet er i Norge løst ved læren om passiv medvirkning). Lovregelen gjør imidlertid nå at begge foreldrene kan straffes for ikke å ha beskyttet barnet. I South Australia er regelen om «criminal neglect» innført. Vilklårene for straffansvar er at (a) barnet døde eller ble påført alvorlige skader som følge av vold, (b) den siktede hadde en omsorgsplikt overfor barnet på tidspunktet for den voldelige handlingen, (c) den siktede visste eller burde visst at det var en betydelig risiko for alvorlig skade som følge av volden, og (d) den siktede foretok ikke de nødvendige tiltak man med rimelighet kunne forventet av han eller henne for å beskytte barnet, og at unnlåtelsen av å gjøre dette var så alvorlig at straff er nødvendig.

¹²¹ Se blant annet Criminal Code 1899 section 286 (Queensland) og Criminal Law Consolidation Act 1935 Division 1A section 14 (South Australia).

Lovbestemmelsen rammer altså bare saker hvor barnet dør eller blir påført alvorlige skader. Som denne oppgaven viser rammes også mildere tilfeller av vold i Norge. Lovgivningen i South Australia omfatter også situasjoner der omsorgspersonen *burde* visst at en risiko for død eller alvorlig skade forelå. Dette betyr at skyldkravet uaktsomhet også er straffverdig i South Australia.

En eventuell norsk lovregel om brudd på omsorgsplikten ved passivitet vil kunne gi en god del oppklaringer av de spørsmål jeg har drøftet i denne oppgaven. Lovtekst alene vil imidlertid ofte ikke gi svar på alle mulige situasjoner som kan oppstå og hvor alle grensene for straffansvar går. Lovteksten må dermed ofte tolkes i lys av andre rettskilder, særlig Høyesterettspraksis. På bakgrunn av dette er det viktig at saker som omhandler passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten blir tatt opp til Høyesterett for avklaring. Dette gjelder spesielt nå som det ikke finnes noen lovtekst på området. At Høyesterett ikke tok inn Christoffer-saken til behandling, eller andre lagmannsrettsdommer som har blitt anket, kan med dette sies å være uheldig.

8. LITTERATURLISTE

8.1. Bøker

Andenæs (2004):

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn (Oslo 2004).

Andenæs (1942):

Andenæs, Johs., *Straffbar unnløtelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken* (Oslo 1942).

Eckhoff (2001):

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).

Eskeland (2013):

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 3. utgave (Oslo 2013).

Grønning, Husabø og Jacobsen (2015):

Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett* (foreløpig versjon av del I og II) (Bergen 2015).

Husabø (1999):

Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi: medverking, forsøk, førebuing* (Bergen 1999).

Mæland (2012):

Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett* (Bergen 2012).

Nygaard (2007):

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, (Bergen 2007).

8.2. Artikler

Backer (2006):

Backer, Inge Lorange «Kan foreldre gi barna en «lett klaps»?» i *Dog Fred er ej det Bedste. Festskrift til Carl August Fleischer*, Ole Kristian Fauchald (red.), Henning Jakhelln (red.) og Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 57-75.

Bårdsen (2014):

Bårdsen, Arnfinn, «Anketillatelse til Norges Høyesterett», *Lov og Rett 09/2014*, s. 529-549.

Høgberg og Nilsson Tøssebro (2013):

Høgberg, Alf Petter og Henriette Nilsson Tøssebro, «Om aktiv og passiv medvirkning» i *Rettsikker radikaler. Festskrift til Ståle Eskeland, 70 år*, Alf Petter Høgberg (red.), Runar Torgersen (red.) og Trond Erik Schea (red.) (Oslo 2013) s. 123-148.

Matningsdal (2008):

Matningsdal, Magnus, «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter», *Jussens Venner 06/2008*.

8.3. Domsregister

8.3.1. Høyesterettsdommer

Rt. 2015 s. 1281

Rt. 2013 s. 879

Rt. 2010 s. 1630

Rt. 2010 s. 949

Rt. 2009 s. 187

Rt. 2007 s. 1537

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2005 s. 1319

Rt. 2004 s. 1769

Rt. 2004 s. 1392

Rt. 2003 s. 902

Rt. 2002 s. 1717 (Orderud-saken)

Rt. 1999 s. 996

Rt. 1998 s. 1679

Rt. 1995 s. 820

Rt. 1995 s. 355

Rt. 1994 s. 872

Rt. 1989 s. 1004

Rt. 1974 s. 382 (Lillehammer-saken)

Rt. 1949 s. 1003

Rt. 1948 s. 894

Rt. 1947 s. 742

8.3.2. Lagmannsrettsdommer

LE-2015-55277

LB-2014-201202

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, HR-2016-848-U.

LH-2014-115515

LB-2013-11613

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, HR-2013-2330-U.

LH-2012-43105

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, HR-2012-1710-U.

LA-2012-92858 (Christoffer-saken)

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, Rt. 2013 s. 1015.

LB-2011-75341

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, HR-2011-2341-U.

LA-2008-179127

Anken til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet, HR-2009-1436-U.

8.3.3. Tingrettsdommer

TTONS-2014-155000

8.3.4. Dansk rettspraksis

TfK 2009.553 (Tidskrift for Kriminalret)

8.4. Lovregister

8.4.1. Norske lover

Adopsjonsloven:

Lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr. 8.

Barnelova:

Lov om barn og foreldre av 08. april 1981 nr. 7.

Barnevernloven:

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100.

Domstolloven:

Lov om domstolene av 13. august nr. 5.

Grunnloven:

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

Lov av 25. februar 1972 nr. 3 om oppheving av lov av 20. juni 1891 nr. 1 om Indskrænking i Anvendelsen af legemlig Revselse, m.m.

Lov av 20. juni 1891 nr. 1 om Indskrænking i Anvendelsen af legemlig Revselse, m.m.
[opphevet]

Menneskerettsloven:

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

Straffeloven av 2005:

Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28.

Straffeloven av 1902 [opphevet]:

Almindelig Borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

Straffeprosessloven:

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

Vergemålsloven:

Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9.

8.4.2. Australske lover

Queensland: Criminal Code 1899.

South Australia: Criminal Law Consolidation Act 1935.

8.4.3. Internasjonale konvensjoner

FNs barnekonvensjon:

Convention on the rights of the child, vedtatt 20. november 1989, New York.

8.5. Forarbeider

Innst. O. nr. 30 (1980-1981)

Ot.prp.nr. 22 (2008-2009)

Ot.prp.nr. 104 (2008-2009)

Ot.prp.nr. 113 (2004-2005)

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

Ot.prp. nr. 8 (1986-1987)

Prop. 105 L (2010-2011)

8.6. Forskrifter og rundskriv

FOR-2011-06-24-653, forskrift om endring i påtaleinstruksen.

RA-2011-2, Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2011.

8.7. Internett sider

Bårdsen (2015):

Arnfinn, «Høyesteretts utfordringer – med en reformert grunnlov og i en mer internasjonalsert verden», *Bidrag til Castbergs minneforelesning*:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/castbergs-minneforelesning-2015.pdf> (lest 04.05.16).

NKTVS (2011):

https://www.nkvts.no/content/uploads/2015/08/seksuelleogfysiskeovergrepmotbarn_kunnskap_sstatus_revidert20111.pdf (lest 07.03.16).

NKTVS (2010):

https://www.nkvts.no/content/uploads/2015/08/forebyggingavfysiskeogseksuelleovergrepmot_barn_kunnskapsoversikt3.pdf (lest 07.03.16).

NOVA (2007):

http://www.nova.no/asset/3059/1/3059_1.pdf (lest 29.02.16).

Wibe Lund og Vinding (2010):

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/barnemishandling/annenhver-maaned-drepes-eller-mishandles-et-barn-til-doede/a/10004923/> (lest 07.03.16).