

Passiv medvirkning

*Når barnas omsorgspersoner unnlater å gripe
inn*

Kandidatnummer: 190

Antall ord: 14 524



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema.....	3
1.2 Metode.....	4
1.3 Medvirkningsansvar.....	4
1.3.1 Generelt om medvirkning.....	4
1.3.2 Ulike former for medvirkning.....	6
1.3.3 Utgangspunkt og unntak.....	7
1.4 Avgrensning.....	7
1.5 Opplegget videre.....	8
2 Generelt om vilkårene for passiv medvirkning.....	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Vilkårene for passiv medvirkning.....	9
2.3 Krav om konkludent atferd?.....	10
3 Kravet til årsakssammenheng.....	13
3.1 Innledning.....	13
3.2 Hvilken type årsakssammenheng kreves?.....	13
3.3 De alternative handlingene.....	15
3.4 De alternative handlingene ved omsorgsansvar for barn.....	17
4 Tilknytningskravet.....	18
4.1 Innledning.....	18
4.2 Hva går tilknytningskravet ut på?.....	18
4.3 Ulike former for tilknytning og aktuelle rettsgrunnlag.....	19
4.4 Tilknytningskravet ved omsorgsansvar for barn.....	20
4.4.1 Problemstilling.....	20
4.4.2 Foreldre med foreldreansvar.....	20
4.4.3 Rettsgrunnlag for andre omsorgspersoner.....	21
4.4.4 Strafferettslig relevant handleplikt for foreldre uten foreldreansvar.....	23
4.4.5 Strafferettslig relevant handleplikt for andre som bor med barnet.....	23
4.4.6 Strafferettslig relevant handleplikt for andre som ikke bor med barnet.....	26
4.4.7 Strafferettslig relevant handleplikt for ansatte i barnehage og skole.....	27
5 Helhetsvurderingen.....	29
5.1 Innledning.....	29
5.2 Betydningen av andre unnlattelsesstraffebed.....	30

5.2.1	Generelt.....	30
5.2.2	Er lovgivers vurderinger i strl. §§ 196, 226 og 287 relevant i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning?.....	31
5.3	Helhetsvurderingen ved omsorgsansvar for barn	32
5.3.1	Problemstilling.....	32
5.3.2	Barnets beste	33
5.3.3	Selvinkriminering og inkriminering av nærstående.....	34
5.3.4	Fare for eget liv eller egen helse	37
5.3.5	Velferdstap.....	39
6	Bør det vedtas et eget straffebud?.....	40
	Referanseliste.....	44
	Litteraturliste.....	44
	Lovregister	45
	Konvensjoner	45
	Forarbeider og andre offentlige dokumenter	45
	Domsregister	46
	Høyesterett	46
	Lagmannsretter	47
	Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)	47
	Andre kilder	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for oppgaven er straffansvar for passiv medvirkning når man har handleplikt i kraft av omsorgsansvaret for et barn, og barnet blir utsatt for mishandling. Straffansvaret innebærer at man straffes for å ha unnlatt å gripe inn. Ordet «mishandling» vil bli brukt som samlebetegnelse på fysisk og psykisk vold, seksuelle overgrep og andre krenkelser overfor barnet. Med «omsorgsperson» menes både foreldre og andre personer som har omsorgsansvar for barnet.

Mishandling av barn er et viktig og aktuelt tema. I undersøkelsen UngVold 2015 svarte 21 prosent av ungdom at de har blitt utsatt for fysisk vold fra en forelder i løpet av oppveksten. Når undersøkelsen nevner «fysisk vold» menes det blant annet lugging, klyping, dytting og slag med flat hånd. Den grovere formen for vold, slik som slag med knyttneve, gjenstand og juling, var det seks prosent av ungdommene som hadde opplevd.¹ Undersøkelsen viser at andelen av barn som utsettes for mishandling i oppveksten av egne foreldre, ikke er ubetydelig.² Mishandling av barn er derfor et aktuelt samfunnsproblem.

Politisk er mishandling av barn og mishandling i nære relasjoner et viktig satsningsområde for regjeringen. I Prop. 167 L (2016-2017) er det foreslått endringer i barneloven og straffeloven for å bedre rettsvernet for barn mot vold og overgrep, og i Prop. 12 S (2016-2017) er det fremmet en opptrappingsplan mot vold og overgrep mot barn. Dette illustrerer det politiske fokuset på slike saker. Videre er dette et tema som stadig kommer opp for tingretter og lagmannsretter, som medfører at temaet har rettslig aktualitet.

Spørsmålet om en omsorgsperson kan straffes for passiv medvirkning er ikke et fullstendig avklart strafferettslig spørsmål. Hovedformålet med oppgaven er å foreta en rettsdogmatisk analyse for å klarlegge hvor langt det passive medvirkningsansvaret strekker seg for omsorgspersoner. Et sideformål med oppgaven er å foreta en rettspolitisk drøftelse om lovreguleringen av straffansvaret.

¹ Jf. Svein Mossige og Kari Stefansen, «Vold og overgrep mot barn og unge», *NOVA Rapport 5/2016*, Oslo 2016 s. 9-10.

² Jf. Prop. 167 L (2016-2017) s. 10.

1.2 Metode

For å ta stilling til problemstillingene som oppgaven reiser, vil det anvendes vanlig juridisk metode slik den er utviklet av Høyesterett. I løpet av oppgaven vil det bli vist til rettspraksis fra lagmannsretter. Slik underrettspraksis har beskjeden rettskildemessig vekt etter den alminnelige rettskildelæren, siden den har lite prejudikatverdi. Når underrettspraksis trekkes frem er det derfor i hovedsak for å illustrere situasjoner, og ikke nødvendigvis som vektige momenter i vurderinger, med mindre annet er sagt.

En sentral bestemmelse i oppgaven er strl. § 15 om medvirkning. Denne bestemmelsen er ny i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.), og innebærer at det lovfestes en generell medvirkningsbestemmelse. Når det kommer til vilkårene for å kunne straffe for medvirkning, er meningen er å videreføre gjeldende rett.³ Dette innebærer at rettskilder som gjelder rekkevidden av medvirkningsansvaret etter Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10, har stor interesse ved tolkningen av strl. § 15.

1.3 Medvirkningsansvar

1.3.1 Generelt om medvirkning

Straffeloven § 15 fastsetter at «[e]t straffebed rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Ordet «også» fremhever at man ikke kan straffes for å ha utført hovedgjerningen, men for å ha bidratt til denne. Dette følger også av lovens forarbeider.⁴ Grunnen til dette er at vilkårene for å straffe etter hovedstraffebedet ikke er oppfylt. Medvirkningsansvaret innebærer derfor en utvidelse av straffansvaret, ved at man kan straffes for å medvirke til en annens handling som oppfyller straffebedets gjerningsbeskrivelse.⁵ Videre i oppgaven vil bidragsyteren kalles «medvirker» eller «den passive», og den som utfører hovedgjerningen for «hovedgjerningsperson».

Straffansvaret ved medvirkning blir ytterligere utvidet gjennom strl. § 16, som fastsetter at forsøksansvaret gjelder for alle «lovbrudd». Etter ordlyden omfattes også medvirkning etter §

³ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

⁴ Jf. *Loc.cit.*

⁵ Jf. Magnus Matningsdal, *Straffeloven*, Oslo 2015 s. 101.

15, noe som innebærer at forsøk på medvirkning er straffbart. En slik forståelse av ordlyden følger også av lovens forarbeider.⁶

Videre følger det av strl. § 1 at straffelovens alminnelige del, som § 15 er en del av, gjelder for «alle straffbare handlinger». Paragraf 15 er derfor en generell hjemmel som også gjelder innen særlovgivningen. Dette er også klart forutsatt i lovens forarbeider.⁷ Siden § 15 er en generell hjemmel, må det gjøres unntak i straffebestemmelsen dersom medvirkning ikke skal være straffbart. Dette følger nå av ordlyden i § 15 om at medvirkning er straffbart «når ikke annet er bestemt». Dette innebærer en utvidelse fra tidligere rett, hvor det måtte stå angitt i de spesifikke straffebestemmelsene om medvirkning var straffbart.

For at medvirkningsansvaret ikke skal bli for vidt, er det nødvendig med ulike avgrensninger. Dette skjer særlig gjennom kravet til skyld og avgrensning i tid. For å kunne straffes for medvirkning følger det av strl. § 21 at det som oftest er et krav om at medvirkeren har handlet forsettlig, eventuelt uaktsomt hvis hovedstraffebudet fastsetter det. For å ha handlet forsettlig, følger det av strl. § 22 at forsettet må dekke gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Ved medvirkning er det minst to straffebud involvert, både § 15 og straffebudet for hovedgjerningen. Det innebærer at for å kunne straffe for medvirkning, må medvirkeren ha dobbelt forsett. Vedkommende må både ha forsett om at hovedgjerningspersonen oppfyller vilkårene i hovedstraffebudet, og forsett om at sin egen handling eller unnlatelse «medvirker» til hovedgjerningen.

Videre må medvirkningsansvaret avgrenses i tid. Formuleringen «medvirker til overtredelsen» sier noe om tidspunktet for når man kan medvirke, og viser til at hovedovertredelsen ikke kan være fullbyrdet. Dette innebærer at det kun er bistandshandlinger før eller under utføringen av hovedgjerningen som kan straffes som medvirkning. Bistand etter at hovedgjerningen er fullbyrdet anses derfor ikke som medvirkning, og må eventuelt straffes etter særlige straffebud.⁸

⁶ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 416.

⁷ Jf. *Op.cit.* s. 397.

⁸ Jf. *Op.cit.* s. 410.

1.3.2 Ulike former for medvirkning

Legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov for å straffe.⁹ Det betyr at det er medvirkningsbegrepet i § 15 som er avgjørende for hvor langt straffansvaret for medvirkning går, og de ulike formene for medvirkning må kunne hjemles i dette begrepet. Det må derfor stilles spørsmål om hvilke handlinger som omfattes av ordet «medvirker» etter § 15.

Ordet «medvirker» betyr å bidra til en annens straffbare handlinger. Ordlyden tilsier at det først og fremst må foretas en aktiv handling, og at den aktive handlingen kan være både av fysisk og psykisk art. Ordet «medvirker» er imidlertid et vidt årsaksuttrykk og kan også omfatte unnlatesehandlinger, selv om dette ikke følger like klart av ordlyden.

At både aktive handlinger og unnlatesehandlinger er ulike former for medvirkning følger også av både forarbeider og rettspraksis.¹⁰ I juridisk teori ble passiv medvirkning tidligere ansett som en form for psykisk medvirkning, men i dag anses det som en egen kategori medvirkning utviklet av Erling Johannes Husabø i 1999.¹¹

Den første formen for medvirkning, fysisk medvirkning, innebærer at medvirkeren foretar en handling som påvirker hendelsesforløpet til hovedgjerningen. I forarbeidene til § 15 uttales det at «... bistanden faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen ...».¹² Dette er for eksempel å gi moren et redskap som hun så bruker til å mishandle barnet.

Den andre formen for medvirkning, psykisk medvirkning, innebærer at medvirkeren positivt har tilskyndet hovedgjerningspersonen forsett. Dette innebærer ifølge forarbeidene at hovedgjerningspersonen «... påvirkes og blir mer innstilt på å utføre lovbruddet ...».¹³ Et eksempel på dette er når faren oppfordrer moren til å slå barnet.

Den tredje formen for medvirkning, passiv medvirkning, innebærer at man ved å unnlate å handle bidrar til at hovedgjerningspersonen kan utføre den straffbare handlingen. Et typisk eksempel er når faren unnlater å gripe inn overfor moren som mishandler deres felles barn.

⁹ Jf. GrL § 96.

¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412 og blant annet Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26 og Rt. 2014 s. 466 avsnitt 15.

¹¹ Se Erling Johannes Husabø, *Straffeansvarets periferi*, Bergen 1999 s. 174-196. Av den tidligere oppfatningen var Johs. Andenæs, *Straffbar unnlateselse*, Oslo 1942 s. 433-434

¹² Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

¹³ Jf. *Loc.cit.*

1.3.3 Utgangspunkt og unntak

For domstolene innebærer legalitetsprinsippet at man bør være varsom med å straffe forhold som ligger i ytterkanten av straffebudets ordlyd.¹⁴ Siden passivitet er i ytterkanten av ordet «medvirker» og aktive handlinger er i kjernen, innebærer legalitetsprinsippet at man som hovedregel kun kan straffes for aktive handlinger og at man unntaksvis kan straffes for passive handlinger.

En slik tolkning har støtte i både forarbeider og sikker rettspraksis. I forarbeidene uttales det at «... [r]en passivitet vil normalt ikke være straffbar medvirkning ...»¹⁵. Videre fastsettes det i rettspraksis at man som hovedregel må ha medvirket fysisk eller psykisk, og at man kun unntaksvis kan straffes for passiv medvirkning. I Rt. 2014 s. 466, som blant annet gjaldt spørsmålet om passiv medvirkning ved å delta i planlegging og iverksetting av et angrep på et asylmottak, uttaler for eksempel Høyesterett i avsnitt 15 følgende:

«For å kunne bli dømt for medvirkning kreves normalt at tiltalte fysisk har bidratt ved den faktiske utførelse av handlingen (fysisk medvirkning), eller at tiltalte positivt har tilskyndet til handlingen eller styrket gjerningspersonens forsett (psykisk medvirkning). Som utgangspunkt kan den som bare har vært til stede når en straffbar handling ble begått, ikke dømmes for medvirkning. Det er imidlertid i flere høyesterettsavgjørelser fra de senere år lagt til grunn at dersom en person på et eller annet grunnlag har plikt til å handle, kan også ren passivitet gi grunnlag for medvirkningsansvar (passiv medvirkning) ...».

1.4 Avgrensning

Oppgaven vil først og fremst rette oppmerksomheten mot situasjoner hvor en omsorgsperson har handleplikt overfor et barn, og dette barnet blir utsatt for mishandling. Andre situasjoner for passiv medvirkning vil kun bli behandlet kort som en del av den alminnelige omtalen av ansvaret. Grunnen til at oppgaven avgrenses på denne måten, er for å kunne foreta en grundigere vurdering av straffansvaret for passiv medvirkning for omsorgspersoner. Gjennom oppveksten er et barn tilknyttet flere ulike voksenpersoner, ikke bare foreldrene. Det er stadig mer vanlig å bo med steforeldre, samtidig som at det er vanlig å bli passet av eller bo med andre familiemedlemmer. I takt med at det passive medvirkningsansvaret utvikles, er det nødvendig å ta stilling til rekkevidden av straffansvaret i omsorgssituasjoner.

¹⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 195.

¹⁵ Jf. *Op.cit.* s. 412.

Når det kommer til skyldkravet for straffansvar, vil oppgaven ikke behandle dette ytterligere enn det som allerede er redegjort for i punkt 1.3.1. Grunnen til dette er at skyldkravet ikke reiser særegne juridiske spørsmål når det gjelder passiv medvirkning for omsorgspersoner. Det forutsettes derfor i den videre fremstillingen at den passive omsorgspersonen hadde forsett om at barnet ble utsatt for vold eller mishandling av en hovedgjerningsperson.

1.5 Opplegget videre

Videre i oppgaven skal det i punkt 2 først tas stilling til hva som er de allmenne vilkårene for passiv medvirkning. Deretter vil det vurderes nærmere hva som skal til for at disse vilkårene er oppfylt både generelt sett og mer konkret for omsorgspersoner. Det første vilkåret er kravet til årsakssammenheng, som vil bli behandlet i punkt 3. Det andre vilkåret er et krav om tilknytning, som vil bli behandlet i punkt 4. Det siste vilkåret består av en helhetsvurdering av om man kan straffe den passive, som vil bli behandlet i punkt 5. Til slutt vil det i punkt 6 drøftes om det bør vedtas et eget straffebud som rammer omsorgspersoner som forholder seg passive til mishandlingen av barn.

2 Generelt om vilkårene for passiv medvirkning

2.1 Innledning

Spørsmålet i dette punktet er når passivitet kan være straffbar medvirkning etter § 15. Siden man kun unntaksvis skal straffe for passivitet og man som hovedregel må ha foretatt en aktiv handling, kan man også formulere dette som et spørsmål om når man rettslig sett kan likestille unnlåtelsen med en aktiv medvirkningshandling.¹⁶ Hvilke vilkår man stiller for å kunne straffe for passiv medvirkning er avgjørende for dette spørsmålet. I det følgende vil det derfor klarlegges hvilke vilkår som må være oppfylt for at man skal kunne straffe for passiv medvirkning.

2.2 Vilrårene for passiv medvirkning

Formuleringen «medvirker til overtredelsen» tilsier at det må foreligge en årsakssammenheng mellom unnlåtelsen og hovedgjerningspersonens straffbare handling. En slik tolkning støttes i lovens forarbeider.¹⁷ Hva årsakskravet består i vil bli behandlet nærmere i punkt 3. Noe mer enn et årsakskrav, kan man derimot ikke trekke ut av den vide ordlyden. Det er imidlertid behov for flere begrensninger for å unngå at straffansvaret blir for vidt. Her kan slutninger fra andre rettskilder gi veiledning.

I rettspraksis har Høyesterett satt begrensninger for hvem som kan straffes. I Rt. 2014 s. 466 avsnitt 15 uttaler Høyesterett at dersom en person «... på et eller annet grunnlag har *plikt til å handle*, kan også ren passivitet gi grunnlag for medvirkningsansvar ...» (min uth). Tilsvarende uttaler Høyesterett i Rt. 2013 s. 1015 at man kan bygge på «... *handleplikt* som grunnlag for ansvar for passiv medvirkning ...» (min uth). Med dette sikter Høyesterett til at det må foreligge en tilknytning mellom den passive og situasjonen.¹⁸ Et slikt vilkår finner man også støtte for i juridisk teori. Blant annet mener Andenæs og Husabø at en forutsetning for at det skal være naturlig å anse en unnlåtelseshandling som medvirkning til en overtredelse, er at det foreligger særlig tilknytning mellom unnlåtelsen og interessekrenkelsen

¹⁶ Jf. NOU 1992: 23 s. 77.

¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

¹⁸ Jf. Grønning, Husabø og Jacobsen s. 350.

straffebudet retter seg mot.¹⁹ Hva som kreves for at tilknytningskravet skal være oppfylt, vil bli nærmere behandlet i punkt 4.

Videre følger det av lovens forarbeider at den «... generelle rettsstridsreservasjonen ... får anvendelse også på medvirkningshandlinger ...».²⁰ Dette innebærer at det gjelder en rettsstridsbegrensning for passiv medvirkning. I rettspraksis har Høyesterett gitt uttrykk for at det også gjelder en rimelighetsbegrensning. Dette kommer til uttrykk i Rt. 2013 s. 1686, hvor en helsefagarbeider ble dømt for passiv medvirkning til grovt tyveri ved å ikke låse ytterdøren til pasienten. Høyesterett uttaler i avsnitt 16 at det ikke var «... urimelig å kreve at A foretok seg noe for å hindre ...» forbrytelsen. Disse rimelighets- og rettsstridsbetraktningene blir i juridisk teori beskrevet av Andenæs og Husabø som en vurdering av om man med rimelighet kunne forvente en aktiv handling, eller med andre ord om det er rimelig å betrakte unnlåtelseshandlingen som omfattet av den aktuelle regelen.²¹ Uttalelser i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori gir derfor uttrykk for at man må foreta en konkret helhetsvurdering av om man med rimelighet kunne kreve en aktiv handling av den passive. Hva en slik helhetsvurdering nærmere består i vil bli nærmere behandlet i punkt 5.

Samlet sett tilsier dette at man kan oppstille tre krav til passiv medvirkning. For det første må det foreligge en årsakssammenheng, for det andre må det være en særlig tilknytning mellom den passive og situasjonen, og for det tredje må det etter en helhetsvurdering være rimelig å kreve en aktiv handling.

2.3 Krav om konkludent atferd?

Som tidligere nevnt i punkt 1.3.2, omfatter § 15 passivitet. Det som vil bli behandlet her i punkt 2.3 er hvilken form for passivitet som omfattes. I juridisk teori har det vært uenighet om medvirkningsansvaret kun gjelder ved konkludent passivitet, eller om det gjelder passivitet generelt sett.²² Ved konkludent passivitet oppstiller man et krav om konkludent atferd. Kravet innebærer at unnlåtelseshandlingen må kunne anses som et samtykke fra den passive og ha bidratt til å styrke gjerningspersonens forsett, for at man kan straffe for passiviteten. For eksempel innebærer et slikt krav at en passiv far kun kan straffes for passiv medvirkning, dersom moren som mishandler barnet er klar over at faren forholder seg passiv, og hun må

¹⁹ Jf. Andenæs s. 250 og Husabø s. 186.

²⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

²¹ Jf. Andenæs s. 460 og Husabø s. 197.

²² Jf. Andenæs s. 434 og Husabø s. 180.

anse passiviteten som et samtykke fra han. Spørsmålet er om det kan oppstilles et slikt krav om konkludent passivitet.

Lovens ordlyd omfatter i utgangspunktet både situasjoner hvor den passives unnlatelser kan anses som samtykke og situasjoner hvor hovedgjerningspersonen er uvitende om den passives unnlatelser. Det blir derfor nødvendig å foreta en presiserende tolkning.

Et krav om konkludent atferd innebærer et element av aktivitet, ved at man krever at hovedgjerningspersonen oppfatter passiviteten som et samtykke. Siden aktiv medvirkning er i kjernen av ordet «medvirker» i § 15, og et krav om konkludent passivitet vil innebære et element av aktivitet, vil legalitetsprinsippet være best ivaretatt ved å oppstille et krav om konkludent passivitet.

Videre heter det i lovens forarbeider at kravene til straffbar passiv medvirkning er oppfylt dersom passiviteten blir «... oppfattet som et samtykke til at hovedgjerningen blir begått ...».²³ Dette er klare forarbeidsuttalelser som taler for en presiserende tolkning i retning et krav om konkludent passivitet. Eldre rettspraksis trekker også i denne retningen.²⁴

Høyesterett tok imidlertid stilling til spørsmålet i Rt. 2013 s. 1015. Saken gjaldt anke over spørsmål om en mor kunne straffes for passiv medvirkning ved å ikke gripe inn når hennes ektefelle mishandlet sønnen hennes. Anken førte ikke frem, men Høyesterett bemerket at det ikke kan «stilles opp et krav om at det foreligger konkludent atferd». I utgangspunktet har ankeutvalgets avgjørelser lite rettskildemessig vekt, siden avgjørelsen ikke innebærer noen realitetsvurdering. Dersom ankeutvalget derimot gir en begrunnelse i avgjørelsen, vil avgjørelsen likevel ha karakter av prejudikat.²⁵ I Rt. 2013 s. 1015 gir ankeutvalget nettopp en slik begrunnelse, noe som innebærer at avgjørelsen likevel har rettskildemessig vekt og prejudikatverdi. Prejudikatverdien er imidlertid lavere enn avgjørelser gitt av Høyesterett i avdeling, siden det er færre dommere i et ankeutvalg og saksbehandlingen ikke er like grundig.²⁶ Avgjørelsen er derimot fulgt opp i senere Høyesterettsavgjørelser, noe som tilsier

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

²⁴ Se for eksempel Rt. 1998 s. 459.

²⁵ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 254-290 (s. 281) og Jens Edvin A. Skoghøy, «Høyesteretts rolle og arbeidsmåte, *Lov og rett*, 2016 s. 302-327 (s. 315)

²⁶ Jf. *Loc.cit.*

at avgjørelsen likevel har stor prejudikatverdi og bør legges til grunn.²⁷ Gjeldende rett er derfor at man ikke kan oppstille et krav om konkludent atferd.

²⁷ Se for eksempel Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 13 og HR-2018-262-U avsnitt 19.

3 Kravet til årsakssammenheng

3.1 Innledning

Som vist i punkt 2.2 følger det av formuleringen «medvirker til overtredelsen» at det må være en årsakssammenheng mellom unnlatesehandlingen og overtredelsen. Årsakskravet reiser få rettslige problemstillinger som kun knytter seg til situasjoner med omsorgsansvar for barn, så punkt 3 vil i utgangspunktet være et punkt som omhandler generelle problemstillinger ved årsakskravet. Den ene problemstillingen er hvilken type årsakssammenheng som kreves, og behandles i punkt 3.2. Den andre problemstillingen er hvilke handlinger som kan oppfylle årsakskravet, og behandles i punkt 3.3. Det vil likevel bli reist en mer konkret problemstilling i punkt 3.4 knyttet til passiv medvirkning for omsorgspersoner, hvor spørsmålet er hvilke alternative handlinger som er særlig aktuelle ved omsorgsansvar for barn.

Som del av spørsmålet om hvilke alternative handlinger som kan oppfylle årsakskravet, vil jeg behandle vurderingen av om man har tid til å foreta den alternative handlingen. Andre teoretikere hevder at denne vurderingen heller skal inngå i helhetsvurderingen.²⁸ Dette er forståelig siden vurderingen av om det er tid til å foreta en handling ligger tett opp mot helhetsvurderingen. Etter mitt syn hører imidlertid denne vurderingen under kravet til årsakssammenheng. Grunnen til dette er at hvis man ikke har tid til å foreta en påstått alternativ handling, så kan handlingen heller ikke anses som et handlingsalternativ som vil kunne oppfylle årsakskravet.

3.2 Hvilken type årsakssammenheng kreves?

Den første problemstillingen som skal drøftes, er spørsmålet om hva slags årsakssammenheng det må være mellom unnlatesen og utførelsen av hovedgjerningen.

Formuleringen «medvirker til overtredelsen» tilsier i utgangspunktet at det er et positivt årsakskrav som kreves. Medvirkningshandlingen må da være i et årsaksforhold med utførelsen av hovedgjerningen. Dette henger sammen med at kjerneområdet for medvirkningsansvaret er aktive handlinger. Ved unnlateser fungerer derimot ikke et slikt årsakskrav, siden man har ikke foretatt noen handling som virket inn på hovedgjerningen. Ordlyden kan imidlertid også omfatte et negativt årsakskrav, i de tilfellene det er spørsmål om

²⁸ Se Gröning, Husabø og Jacobsen s. 316.

medvirkning ved unnlatesehandlinger. Ved å oppstille et negativt årsakskrav, så stiller man spørsmål om en tenkt alternativ handling står i hindringssammenheng med overtredelsen.²⁹

At det gjelder et krav om hindringssammenheng følger også av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s. 1686. Ved spørsmål om straffansvar for passiv medvirkning uttalte Høyesterett at det ikke var urimelig å kreve at helsefagarbeideren «... foretok seg noe for å hindre ...» tyveriet.³⁰ Det betyr at hindringssammenheng er den formen for årsakssammenheng som kreves.

Videre er spørsmålet hvilken type hindringssammenheng man kan kreve. På dette punktet er ordlyden vid. Den omfatter både når en handling absolutt ville ha hindret utførelsen av hovedgjerningen, og når det ville ha motvirket at hovedgjerningen fant sted. Den første typen årsakssammenheng kan kalles «absolutt hindringssammenheng», og den andre kan kalles «motvirkende hindringssammenheng».³¹ Etter ordlyden er det derfor tilstrekkelig at den alternative handlingen står i en motvirkende hindringssammenheng. Det er derfor nødvendig å foreta en presiserende tolkning, hvor man vurderer hvilke av de to type hindringssammenhengene som kreves.

I rettspraksis er det ikke uttrykkelig tatt stilling til hva slags hindringssammenheng som kreves. Høyesterett uttaler imidlertid i Rt. 2010 s. 1630, som gjaldt spørsmål om passiv medvirkning til grov legemsbeskadigelse, at «... [i] straffutmålingspremissane er det lagt til grunn at det ikkje vart «forsøkt avverging eller foretatt annen klar distansering da kniven ble sett». Det er i samsvar med det handlekravet som eg har gjort greie for» (min uth).³² Dette indikerer at for å oppfylle handlekravet, er det tilstrekkelig at man «forsøker» å gripe inn, uten at man absolutt må hindre at overtredelsen finner sted.³³ Dommen trekker derfor i retning av at det gjelder et krav om motvirkende hindringssammenheng.

Videre uttaler Høyesterett i Rt. 2013 s. 1686 at det ikke var forhold som gjorde det urimelig å kreve at tiltalte «... foretok seg noe for å hindre ...» det planlagte tyveriet.³⁴ På den ene siden kan dette indikere at den alternative handlingen absolutt skulle ha hindret hovedgjerningen. På den andre siden, så krever ikke Høyesterett noen dokumentasjon på at hovedgjerningen

²⁹ Jf. Husabø s. 181.

³⁰ Jf. Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 16.

³¹ Uttrykket «motvirkende hindringssammenheng» er hentet fra Gröning, Husabø og Jacobsen s. 350.

³² Jf. Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 29.

³³ Jf. Husabø s. 181 som viser til Rt. 1995 s. 355, hvor tiltalte ikke «forsøkte» å avbryte ranet.

³⁴ Jf. Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 16.

faktisk ville ha blitt avverget. Dommen kan derfor tas til inntekt for at det er tilstrekkelig at den alternative handlingen motvirker hovedgjerningen.³⁵

Når det gjelder årsakskravet ved fysisk og psykisk medvirkning, er det i rettspraksis lagt til grunn at man ikke kan kreve at handlingen var en nødvendig betingelse. Dette følger blant annet av Rt. 1989 s. 1004 (s. 1005). Dette har blitt tolket av Andenæs som at det kun kreves et medvirkende årsaksforhold ved fysisk og psykisk medvirkning.³⁶ Hensynet til sammenhengen i rettssystemet tilsier at et tilsvarende årsakskrav bør gjelde ved passiv medvirkning, noe som innebærer at det bør være tilstrekkelig med en motvirkende hindringssammenheng.³⁷

Videre har Husabø i juridisk teori tatt til orde for at årsakskravet består i at den alternative handlingen fysisk eller psykisk ville ha motvirket hovedgjerningen.³⁸ Dette synet har fått støtte av Matningsdal.³⁹ Holdningen i juridisk teori taler dermed for et krav om motvirkende hindringssammenheng.

Samlet sett innebærer rettspraksis, hensynet til sammenhengen i rettssystemet og juridisk teori at det er tilstrekkelig at den alternative handlingen var egnet til å motvirke at hovedgjerningen fant sted. Det er derfor gode holdepunkter for å tolke bestemmelsen presiserende slik at den typen hindringssammenheng som kreves, er en motvirkende hindringssammenheng.

3.3 De alternative handlingene

For å konstatere en hindringssammenheng må det finnes en alternativ handling som ville ha motvirket hovedgjerningen. Spørsmålet i det følgende, er hva slags handlinger som kan oppfylle kravet til motvirkende hindringssammenheng.

For det første kan den alternative handlingen bestå av både fysiske og psykiske motvirkning.⁴⁰ Fysisk motvirkning innebærer at handlingen virker inn på hendelsesforløpet, og psykisk motvirkning innebærer at handlingen virker inn på hovedpersonen.⁴¹ Dette betyr for eksempel

³⁵ Jf. Husabø s. 181 som viser til Rt. 1992 s. 810 og at Høyesterett i den dommen ikke krevde dokumentasjon på at tiltalte ville klart å avverge hovedgjerningen.

³⁶ Jf. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo 2016 s. 329.

³⁷ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 350.

³⁸ Jf. Husabø s. 184.

³⁹ Jf. Matningsdal, «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter», *Jussens venner*, 2008 s. 357-383 (s. 368).

⁴⁰ Jf. Husabø s. 183.

⁴¹ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 350.

at både fjerning av gjenstander som skal brukes i forbrytelsen og det å overtale hovedgjerningspersonen til å stanse gjennomføringen vil kunne være alternative handlinger.

For det andre er en forutsetning for at man kan straffes for passivitet at man har hatt tid og mulighet til å foreta den alternative handlingen.⁴² I følge forarbeidene til § 15 har man kun plikt til å gripe inn «... dersom det er mulig ...».⁴³ Uttalelsen indikerer at det må være praktisk mulig å utføre den alternative handlingen i den konkrete situasjonen. Dette henger sammen med skyldprinsippet, hvor handlingsmulighet er en forutsetning for straffbarhet.⁴⁴ Forarbeidsuttalelsen er vist til i Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 27, hvor den omtales som en reservasjon. Høyesterett uttaler om reservasjonen at «... [r]eint faktisk vil det ofte vere slik at handlingane skjer så fort at det ikkje under noko omstende er tid til å gripe inn, men det kan sjølvsagt også vere anna som gjer inngriping umogeleg. Ei plikt for ein deltakar til inngriping ved utviding av den tenkte handlinga må såleis klart ha som føresetnad at det vil vere *tid og høve* til dette ...» (min uth). Videre i avsnittet uttaler Høyesterett at kravet om tid og mulighet, innebærer at den passive må ha «... tid og grunnlag for å områ seg ...». Dette betyr at den passive må gis tilstrekkelig tid til å vurdere hva vedkommende skal foreta seg, og det må være en praktisk mulighet til å gripe inn.⁴⁵

For det tredje er det relevant å ta stilling til når en alternativ handling kan anses å «motvirke» hovedgjerningen. Å «motvirke» innebærer at handlingen gjør det vanskeligere for hovedgjerningspersonen å gjennomføre lovbruddet. Det tilsier at sannsynligheten for at skaden skjer, på en eller annen måte blir redusert. Det er derfor tilstrekkelig å anse noe som «motvirkning» dersom det på en eller annen fører til en reduksjon av sannsynlighet for skade.⁴⁶

Samlet sett innebærer dette at den alternative handlingen kan være både av fysisk og psykisk art, at det må være tilstrekkelig tid til å vurdere handlingsalternativer og en praktisk mulighet til å gripe inn, og at handlingen på en eller annen måte medfører en reduksjon av sannsynlighet for skade.

⁴² Jf. Andenæs s. 455 og Gröning, Husabø og Jacobsen s. 302.

⁴³ Jf. NOU 1992: 23 s. 77

⁴⁴ Jf. Andenæs s. 5.

⁴⁵ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 303 og 316.

⁴⁶ Jf. *Op.cit.* s. 303.

3.4 De alternative handlingene ved omsorgsansvar for barn

Hvilke alternative handlinger en person har når et barn man har omsorgsansvar for blir utsatt for mishandling, vil variere etter den konkrete situasjonen. Det er likevel noen alternative handlinger som er særlig aktuelle. Spørsmålet er hvilke typiske handlinger som vil kunne stå i en motvirkende hindringssammenheng ved mishandlingen av et barn.

Som illustrasjon kan det vises til lagmannsrettens vurdering i RG 2013 s. 292 (Agder), hvor retten klarlegger tre ulike alternative handlinger moren hadde som ville ha motvirket mishandlingen av sønnen og oppfylt årsakskravet. Moren kunne ha tatt kontakt med sønnen selv da hun var på skolen, hun kunne tatt fri fra jobb den dagen og skjermet han mot stefaren da han kom hjem, eller hun kunne som planlagt sendt sønnen til besteforeldrene etter skolen for så å håndtere situasjonen med ektemannen og fagfolk.

Andre alternative handlinger kan typisk være å snakke til hovedgjerningspersonen, og dermed psykisk forsøke å hindre mishandling av barnet. Det vil bidra til å redusere sannsynligheten for skade. Man kan også fysisk beskytte barnet, ved å tre mellom mishandleren og barnet, flytte ut med barnet eller få andre personer til å passe på barnet. Videre kan man kontakte andre personer eller offentlige myndigheter, og få hjelp av dem til å hindre hovedgjerningen. Dette er alternative handlinger som ofte ville ha hindret eller motvirket at barnet ble utsatt for vold og mishandling, som derfor vil oppfylle årsakskravet.

Dette viser at handlinger relativt enkelt vil oppfylle årsakskravet, når enhver reduksjon av sannsynlighet for skade er tilstrekkelig til å motvirke hovedgjerningen. Det medfører at man i en konkret situasjon ofte har flere handlingsalternativer som ville ha motvirket hovedgjerningen. For å straffes for passiv medvirkning er det tilstrekkelig at kun én av disse alternative handlingene var rimelig å kreve utført av den passive.⁴⁷ Det betyr at selv om man har foretatt en av de alternative handlingene, så medfører det ikke at de andre handlingene ikke lenger er handlingsalternativer. Om man kunne krevd en av de alternative handlingene utført er derimot et annet spørsmål, som vil behandles i helhetsvurderingen i punkt 5.

⁴⁷ Jf. *Op.cit.* s. 315.

4 Tilknytningskravet

4.1 Innledning

Som nevnt i punkt 2.2, har Høyesterett satt begrensninger for hvem som kan straffes ved å oppstille et tilknytningskrav. Tilknytningskravet innebærer at kun den som har en særlig tilknytning til situasjonen vil kunne straffes for passiviteten. Grunnen til at man har et slikt krav er todelt. For det første er det behov for å innsnevre kretsen av personer siden man kun unntaksvis skal kunne straffes for passiv medvirkning. Ved et tilknytningskrav vil man da sørge for at unntaket blir snevrere. For det andre har man en særlig forventning om at de med en særlig tilknytning til situasjonen griper inn.⁴⁸

I juridisk teori fokuseres det også på at man må ha en særlig tilknytning, men det går ikke nøyte inn på hvilke konkrete vilkår som må oppstilles for at kravet er oppfylt.⁴⁹ Det kan være fordi rettstilstanden er uklar på dette punktet. Det er imidlertid viktig å klarlegge vilkårene for tilknytningskravet, når man vurderer hvor langt det passive medvirkningsansvaret strekker seg. Jeg vil derfor drøfte det nærmere innholdet i dette kravet. Hva som skal til for å anses som en av personene med særlig tilknytning, vil bli behandlet i punkt 4.2. Videre vil det bli en kort klarlegging av de ulike formene for tilknytning i punkt 4.3, før det i punkt 4.4 vil vurderes mer konkret hvilke omsorgspersoner som oppfyller tilknytningskravet.

4.2 Hva går tilknytningskravet ut på?

Når man skal vurdere hva tilknytningskravet går ut på og hva som skal til for å skille mellom personer som har særlig tilknytning og de som ikke har det, er det avgjørende hvilke vilkår som kan oppstilles. Spørsmålet er derfor om det er mulig å oppstille noen nærmere vilkår for når en person oppfyller tilknytningskravet.

I Rt. 2014 s. 466 avsnitt 15, uttaler Høyesterett at når en person «... på et eller annet grunnlag har plikt til å handle ...» kan det være grunnlag for å straffe for passiv medvirkning. I tillegg uttaler Høyesterett i Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 24 at det felles ansvaret for ranet og tiltaltes rolle ved planleggingen var «... grunnlag for å gi R ei handleplikt ...». Disse uttalelsene indikerer at det må være et rettsgrunnlag som aktualiserer en sivilrettslig handleplikt for at tilknytningskravet skal være oppfylt.

⁴⁸ Jf. Husabø s. 186.

⁴⁹ Se blant annet Matningsdal s. 368 og Husabø s. 186 og 188, og Gröning, Husabø og Jacobsen s. 304-305.

Brudd på en sivilrettslig handleplikt kan imidlertid ikke alene anses som tilstrekkelig tilknytning. Det er fordi brudd på en sivilrettslig handleplikt i utgangspunktet ikke er straffbart og konsekvensene skal i utgangspunktet være sivile.⁵⁰ Derfor må det noe mer til enn at man har brutt en sivilrettslig handleplikt for at man skal kunne straffes for passiv medvirkning. Dette kan formuleres som et tilleggskrav om at det må være en strafferettslig relevant handleplikt. Dette kravet går ut på å vurdere om den sivilrettslige handleplikten kan anses som tilstrekkelig tilknytning for å kunne straffe for passiv medvirkning. Relevante momenter er blant annet hvor klanderverdig unnlåtelsen er og hvilke forventninger det er til vedkommende.

Ved behandling av tilknytningskravet må man derfor foretar en toleddet vurdering. Først må man ta stilling til spørsmålet om man hadde rettsgrunnlag for en handleplikt, og så må man stille spørsmål om denne handleplikten er en strafferettslig relevant handleplikt.

Vurderingen av om handleplikten er strafferettslig relevant må ikke forveksles med helhetsvurderingen av om man kan straffe den passive. Forskjellen mellom vurderingene er at helhetsvurderingen er en vurdering av om det er grunnlag for å straffe i den konkrete situasjonen, mens tilknytningskravet er et spørsmål om brudd på handleplikten generelt sett kan innebære straffbar medvirkning. For eksempel, som man vil se i punkt 4.4, vil brudd på handleplikt for en forelder generelt sett kunne innebære straffbar passiv medvirkning, men om man faktisk kan straffe personen for passiviteten beror på den konkrete helhetsvurderingen.

I det følgende vil det i punkt 4.3 bli tatt stilling til spørsmålet om hva som er aktuelle rettslige grunnlag for ulike former for tilknytning. Når det kommer til spørsmålet om handleplikten er strafferettslig relevant, er det kun tilknytningsformen hvor man har handleplikt i kraft av omsorgsansvar som vil vurderes. Det er fordi oppgaven fokuserer på denne tilknytningsformen.

4.3 Ulike former for tilknytning og aktuelle rettsgrunnlag

Når det kommer til de ulike formene for tilknytning, kan det deles inn i fire typetilfeller. For det første kan tilsynsplikten til overordnede utløse et passivt medvirkningsansvar når underordnede begår forbrytelser i tjenesten.⁵¹ For det andre kan det være tilknytning til det

⁵⁰ Jf. Ørnulf Øyen, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn», *Tidsskrift for strafferett*, 2014 s. 249-262 (s. 257-258).

⁵¹ Jf. Rt. 1947 s. 69 og Husabø s. 191.

middelet gjerningspersonen skal bruke eller stedet hvor handlingen foregår.⁵² For det tredje kan tilknytningen være i form av felles kriminalitet, ved at den passive tidligere har deltatt i forbrytelsen.⁵³ For det fjerde kan tilknytningen være omsorgsansvar for den fornærmede.⁵⁴ Det er den siste formen for tilknytning som denne oppgaven særlig omhandler. Spørsmålet i det følgende er hva som kan danne rettsgrunnlag for handleplikt.

Hva som kan danne rettsgrunnlag for handleplikten kan være forskjellig for de ulike typetilfellene for tilknytning. Ved overordningsforhold er det typisk stillingen og arbeidsavtalen som gir grunnlag for handleplikt.⁵⁵ Ved felles forbrytelse er det avtale eller tidligere atferd som kan danne rettsgrunnlag.⁵⁶ Ved tilknytning til middelet gjerningspersonen bruker eller stedet handlingen foregår, er det avtale som kan danne rettsgrunnlag.⁵⁷ Hva som kan danne rettsgrunnlag ved omsorgsansvar for den fornærmede, vil bli nærmere klarlagt i punkt 4.4.

4.4 Tilknytningskravet ved omsorgsansvar for barn

4.4.1 Problemstilling

Det overordnede spørsmålet i dette punktet er hvilke personer som oppfyller tilknytningskravet ved passiv medvirkning for omsorgspersoner. I det følgende vil vurderingen knyttes til ulike personer. Det vil først vurderes om det er rettsgrunnlag for en handleplikt, og deretter om handleplikten er en strafferettslig relevant handleplikt. De ulike omsorgspersonene som skal behandles er foreldre med og uten foreldreansvar, andre omsorgspersoner som bor med barna, andre omsorgspersoner som ikke bor med barna og ansatte i barnehage og skole.

4.4.2 Foreldre med foreldreansvar

Rettsgrunnlaget for foreldrenes handleplikt er som oftest lov 8. april 1988 om barn og foreldre (barneloven) § 30, som fastsetter at barn har krav på «omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret». Handleplikten er derfor en konsekvens av foreldreansvaret.⁵⁸ Det er

⁵² Jf. Rt. 2005 s. 1319 og Husabø s. 189.

⁵³ Jf. Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26 og Rt. 2015 s. 1281 avsnitt 25.

⁵⁴ Jf. Rt. 2013 s. 1015.

⁵⁵ Jf. Rt. 1977 s. 6 (s. 7) hvor Høyesterett uttaler at det er «domfeltes plikt som styremedlem» å handle.

⁵⁶ Jf. Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 24 og 26.

⁵⁷ Se Rt. 2005 s. 1319 avsnitt 17.

⁵⁸ Jf. Øyen s. 248.

imidlertid ikke alle foreldre som har foreldreansvaret, og da er ikke barneloven § 30 rettsgrunnlag for handleplikten til disse foreldrene. Hva som kan danne rettsgrunnlag for foreldre uten foreldreansvar, vil behandles i punkt 4.4.3.

Når det kommer til spørsmålet om den sivilrettslige handleplikten er strafferettslig relevant, er det klart etter Rt. 2013 s. 1015 at foreldre med foreldreansvar har tilstrekkelig tilknytning til å kunne straffes for passiv medvirkning. I denne saken ble en mor som hadde handleplikt som følge av foreldreansvaret for barnet straffet for å ikke gripe inn. Som vist i punkt 2.3 har denne avgjørelsen stor rettskildemessig vekt, selv om det er en avgjørelse fra ankeutvalget. Handleplikten foreldre har i kraft av foreldreansvaret er derfor strafferettslig relevant, og tilknytningskravet anses oppfylt for foreldre med foreldreansvar.

4.4.3 Rettsgrunnlag for andre omsorgspersoner

Siden barneloven § 30 kun er rettsgrunnlag for handleplikten til foreldre med foreldreansvar, er det nødvendig å vurdere hva som kan danne rettsgrunnlag for foreldre uten foreldreansvar. Videre er det også andre personer enn foreldrene til barnet som i det daglige har mye kontakt med barnet. Det er stadig flere barn som bor med steforeldre, og i noen tilfeller bor barnet med andre voksne familiemedlemmer, som tanter, onkler og besteforeldre. Andre ganger bor ikke barnet med forelderen i det hele tatt, men i fosterhjem. Da er det fosterforeldre som tar hånd om barnet. Det er også vanlig at personer som ikke bor med barnet passer barnet fra tid til annen, og dessuten tilbringer barn store deler av hverdagen sin med ansatte i barnehage og skole. Også disse personene kan få med seg at barnet blir mishandlet, og det er derfor aktuelt å vurdere om også de kan straffes for passiv medvirkning dersom de ikke griper inn. Spørsmålet er hva som kan være rettsgrunnlag for handleplikt for foreldre uten foreldreansvar og andre som har mye av den daglige kontakten med barnet.

Det er først aktuelt å ta stilling om det eksisterer flere lovbestemmelser enn barneloven § 30 som hjemler omsorgsansvar for barn. Omsorgsplikten vil da følge av pliktene som etter loven ligger til bestemte personer.⁵⁹ For andre familiemedlemmer enn foreldre med foreldreansvar, så er det ingen slike bestemmelser.⁶⁰ For andre personer, så finnes det imidlertid noen lovbestemmelser som fastsetter et omsorgsansvar.⁶¹ Dette gjelder blant annet alle ansatte i skolen i lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregående opplæringa

⁵⁹ Jf. *Loc.cit.*

⁶⁰ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 304.

⁶¹ Jf. Øyen s. 248.

(opplæringsloven) §§ 9 A-2 flg. Det samme har man for barnehageansatte i lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven) § 1. Ytterligere bestemmelser finner man i blant annet lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-22 hvor fosterforeldre har omsorgsansvar for barnet.⁶² Rettsgrunnlaget for handleplikten til de nevnte personene vil derfor være lov.

Som vist i punkt 4.3, kan avtale være rettsgrunnlag for handleplikt for alle de tre andre tilknytningsformene. Da er handleplikten en konsekvens av avtalen. Spørsmålet er om en uttrykkelig eller stilltiende avtale kan være tilstrekkelig rettsgrunnlag for å ha en handleplikt i kraft av et omsorgsansvar. Dette er særlig aktuelt for foreldre uten foreldreansvar, steforeldre, andre familiemedlemmer som tanter, onkler og besteforeldre og barnepassere.

I et annet unnlatesstraffebud i straffeloven har man et vilkår som ligner på tilknytningskravet ved passiv medvirkning for omsorgspersoner. I § 288 andre punktum straffes den som unnlater å hjelpe noen i hjelpeløs tilstand som vedkommende har «plikt til å dra omsorg for». Etter forarbeidene presiseres det at rettsgrunnlaget for en «plikt til å dra omsorg for» kan være avtale.⁶³ Denne bestemmelsen skiller seg fra straffansvar ved passiv medvirkning ved at den rammer den passive som hovedgjerningsperson og ikke kun som medvirker. Bestemmelsene er imidlertid like ved at de rammer unnlateshandlinger. I tillegg er hensynet bak reglene at man i begge situasjoner forventer at omsorgspersonen griper inn. Hensynet til sammenhengen i rettssystemet tilsier derfor at når avtale er tilstrekkelig rettsgrunnlag for om omsorgs- og handleplikten etter § 288, burde det samme gjelde ved passiv medvirkning for omsorgspersoner.

At avtale kan være rettsgrunnlag for omsorgsplikten følger også av juridisk teori. Øyen tar til orde for at omsorgsplikten kan følge av avtale eller forutsetning med den som har foreldreansvaret.⁶⁴ Videre mener Andenæs at en kontrakt kan resultere i et omsorgsforhold, som kan gi grunnlag for et strafferettslig ansvar.⁶⁵

Den som har foreldreansvar inngår til daglig både uttrykkelige og stilltiende avtaler om at noen skal ta hånd om barnet. Uttrykkelig kan det være ved at man avtaler at noen skal passe

⁶² Se også barnevernloven §§ 4-18 og 5A-2 hvor henholdsvis barneverntjenesten og omsorgssenteret har et lovfestet omsorgsansvar for barnet. Det vil imidlertid føre for langt å gå detaljert inn på disse.

⁶³ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 438.

⁶⁴ Jf. Øyen s. 248 om at omsorgsplikten kan følge av avtale eller forutsetning med den som har foreldreansvaret.

⁶⁵ Jf. Andenæs 2016 s. 147

barnet en kveld, og mer stilltiende kan det være hvis man forutsetter at steforelderen skal ta vare på barnet mens forelderen ikke er til stede. I begge situasjonene overlater forelderen omsorgsansvaret til en annen person, og det er ikke noen grunn til å skille mellom disse måtene å inngå en avtale på.

Samlet sett er det tilstrekkelige holdepunkter for at uttrykkelige og stilltiende avtaler kan være rettsgrunnlag for handleplikten til omsorgspersoner. Det avgjørende er at forelderen som har foreldreansvar har inngått en avtale om at noen andre skal se til barnet.

Konklusjonen er at foreldre uten foreldreansvar, steforeldre, andre familiemedlemmer og barnepassere må ha inngått en avtale med forelderen med foreldreansvar for at det skal være rettsgrunnlag for en handleplikt. For andre vil lov kunne være rettsgrunnlag, noe som gjelder for fosterfamilier og ansatte i skole og barnehage. Foreligger ikke slikt rettsgrunnlag, er ikke tilknytningskravet oppfylt og personene kan ikke straffes for passiv medvirkning.

4.4.4 Strafferettslig relevant handleplikt for foreldre uten foreldreansvar

Spørsmålet er om den sivilrettslige handleplikten foreldre uten foreldreansvar har kan anses som en strafferettslig relevant handleplikt. Også for disse foreldrene er det en forventning om at man gjør det man kan for barnet. I tillegg har barnet det samme behovet for beskyttelse, uavhengig av grunnlaget for omsorgsplikten. Som illustrasjon kan det vises til LB-2014-201202 (Borgarting), hvor den passive faren hadde sagt fra seg foreldreansvaret i 2001, men bodde med barnet da det ble mishandlet av moren fra 2003-2009. Lagmannsretten mente at han likevel hadde en omsorgsplikt, og dømte for passiv medvirkning.

Dommen er et eksempel på en situasjon hvor faren bodde med barnet i mishandlingsperioden. En forelder uten foreldreansvar har imidlertid en særlig rolle i barnets liv, uavhengig av om man bor med barnet eller ikke. At man bor med barnet har størst betydning for hvilken kunnskap man har om mishandlingen som finner sted, og bør ikke være avgjørende for om man har tilstrekkelig tilknytning. Handleplikten som foreldre uten foreldreansvar har i kraft av avtale med den andre forelderen er derfor en strafferettslig relevant handleplikt. Tilknytningskravet er derfor oppfylt for foreldre uten foreldreansvar.

4.4.5 Strafferettslig relevant handleplikt for andre som bor med barnet

Andre som bor med barnet vil lett kunne ha rettsgrunnlag for handleplikt, siden det ofte foreligger en stilltiende og forutsetningsvis avtale om at vedkommende skal ta hånd om

barnet når det er behov for det. Videre vil fosterforeldre alltid ha rettsgrunnlag for handleplikt etter barnevernloven § 4-22. For vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt er det avgjørende spørsmålet for disse omsorgspersonene om handleplikten som vedkommende har etter barneloven § 4-22 eller i kraft av avtale med forelderen, er strafferettslig relevante handleplikter.

Når det kommer til situasjoner hvor en steforelder som bor med barnet ikke griper inn når barnet blir mishandlet, har Høyesteretts vært inne på spørsmålet i HR-2018-262-U. Saken gjaldt anke over lagmannsrettens avgjørelse om å nekte en anke fra tingretten fremmet. I tingretten hadde spørsmålet vært om en stemor kunne straffes for passiv medvirkning til mannens mishandling av eget barn. Høyesterett uttaler i avsnitt 19 at «... selv om A ikke var Cs mor, tilsier hennes *faktiske omsorgssituasjon* for C at også hun etter omstendighetene kunne pådra seg et medvirkningsansvar ved ikke å gripe inn mot farens mishandling» (min uth). Når det kommer til kvinnens «faktiske omsorgssituasjon» for barnet, så hadde barnet bodd med stemoren siden han var tre år, også i perioder hvor faren selv ikke bodde der. I tillegg anså moren seg selv som mer omsorgsperson for barnet enn faren selv var. Siden dette er en avgjørelse fra ankeutvalget, har den som nevnt i punkt 2.3 i utgangspunktet mindre rettskildemessig vekt. Ankeutvalget har imidlertid kommet med en utførlig begrunnelse for avgjørelsen sin, og vil derfor kunne tillegges større rettskildemessig vekt. Avgjørelsen trekker sterkt i retning av at steforeldres brudd på handleplikten er en strafferettslig relevant handleplikt.

Høyesterett har ikke tatt stilling til om andre enn steforeldre som bor med barnet, har tilstrekkelig tilknytning til at den sivilrettslige handleplikt kan anses som straffettslig relevant. Om den voksne personen barnet bor med er en steforelder, fosterforelder eller annet familiemedlem, bør ikke være avgjørende. De er alle voksne personer som i det daglige er med barnet og som får et omsorgsansvar på grunn av boforholdet. Barn bør kunne stole på at både steforeldre og andre voksne de bor med beskytter dem. Likhetene mellom situasjonen hvor steforeldre bor med barna og situasjonene hvor barna bor med fosterforeldre eller andre familiemedlemmer, tilsier dermed at samme resultat som i HR-2018-262-U bør legges til grunn for andre omsorgspersoner som bor med barnet.

Når barnet bor med voksne som ikke er deres foreldre har personene ansvar for den daglige omsorgen for barnet. Dette har de både i situasjoner hvor forelderen også bor sammen med dem, men særlig i situasjoner hvor forelderen ikke bor med dem. Å ha den dagligdagse

omsorgen for et barn innebærer å beskytte barnet mot farlige situasjonen, og barnet har det samme behovet for beskyttelse uansett hvilke voksne de bor med.⁶⁶ Det er også en forventning om at omsorgspersoner som bor med barna gjør det de kan for å beskytte dem.

Videre er det foreldrenes ansvar som er kjernen ved passiv medvirkning for omsorgspersoner. Når andre omsorgspersoner bor med barna, er man ikke langt utenfor straffansvarets kjerneområde. Derfor burde handleplikten til andre som bor med barnet også være en strafferettslig relevant handleplikt.

Det finnes imidlertid andre straffebestemmelser hvor man kan straffe de omsorgspersonene som bor med barna for unnlatesehandlingene, dersom handleplikten ikke kan anses som strafferettslig relevant. Dette er § 288 andre punktum, som gjør det straffbart å unnlate å hjelpe noen i hjelpeløs tilstand som man har omsorgsplikt for, og § 196 om plikt til å avverge straffbare forhold. At omsorgspersonene kan straffes etter disse bestemmelsen, minsker behovet for å straffe vedkommende for passiv medvirkning. Å ikke gripe inn mot mishandlingen av et barn er imidlertid langt mer klanderverdig enn det som bruddene på §§ 196 og 288 representerer. Å straffe etter disse bestemmelsene vil derfor ikke innebære tilstrekkelig konstatering av skyld.

I juridisk teori har Gröning, Husabø og Jacobsen tatt til orde for at tilknytningskravet bør være oppfylt når barnet over tid lever sammen med andre voksne. De begrunner sitt syn med barnets behov for beskyttelse, men foretar ingen inngående drøftelse.⁶⁷ Holdningen i juridisk teori trekker i retning av at handleplikten kan innebære straffbar medvirkning for personer som bor med barnet, men har ikke tung rettskildemessig vekt.

Samlet sett innebærer blant annet rettspraksis, barnets behov for beskyttelse og klanderverdigheten ved å ikke gripe inn, at den sivilrettslige handleplikten til de omsorgspersoner som bor med barnet er strafferettslig relevant. Dette betyr at fosterforeldre og andre omsorgspersoner som bor med barnet oppfyller tilknytningskravet.

⁶⁶ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 304-305.

⁶⁷ Jf. *Loc.cit.*

4.4.6 Strafferettslig relevant handleplikt for andre som ikke bor med barnet

En annen situasjon man har mye av i det daglige, er at barnet blir tatt vare på av andre voksne uten at de bor sammen. Også når omsorgspersoner passer et barn i kortere perioder kan det være at barnet blir mishandlet av andre, for eksempel en tante som passer nevøen sin og mannen hennes mishandler nevøen. Da har man en sivilrettslig handleplikt som følge av avtale med forelderen. Spørsmålet er om handleplikten disse omsorgspersonene har i kraft av avtale med forelderen er en strafferettslig relevant handleplikt.

Barnet har fremdeles behov for beskyttelse mot mishandling, noe som taler for at også omsorgspersoner som ikke bor med barnet kan straffes for passiv medvirkning hvis de ikke griper inn. Det er imidlertid ikke like stor forventning til at disse omsorgspersonene beskytter barnet som forventningene til foreldre og andre omsorgspersoner som bor med barnet. I tillegg vil omsorgspersoner som passer barnet fra tid til annen være nokså langt utenfor kjerneområdet for straffansvaret. Dette taler mot at den sivilrettslige handleplikten er strafferettslig relevant. Her vil strl. § 196 eller § 288 kunne være mer aktuelle bestemmelser å straffe etter.⁶⁸

Ved å trekke et skille mellom omsorgspersonene som bor med barnet og som ikke bor med barnet ved omsorgsplikt i kraft av en avtale med foreldrene, vil man få et klarere skille mellom når man har tilstrekkelig tilknytning og ikke. Rettstekniske hensyn innebærer derfor at det er enklest at de omsorgspersonene som ikke bor med barnet, men passer det fra tid til annen, heller straffes etter § 196 eller § 288 og ikke for passiv medvirkning etter § 15. Rettstekniske hensyn tilsier derfor at handleplikten omsorgspersonene som ikke bor med barnet har, ikke bør være en strafferettslig relevant handleplikt.

Samlet sett tilsier det at forventningene til omsorgspersoner som ikke bor med barna er lavere, at man befinner seg lenger utenfor kjerneområdet for bestemmelsen og rettstekniske hensyn, at brudd på handleplikten i kraft av avtale med forelderen ikke er en strafferettslig relevant handleplikt. Tilknytningskravet er derfor ikke oppfylt for disse omsorgspersonene som ikke bor med barnet, og omsorgspersonene må da heller straffes etter andre straffebud.

⁶⁸ Se *Op.cit.* s. 305.

4.4.7 Strafferettslig relevant handleplikt for ansatte i barnehage og skole

En siste situasjon som behandles er når ansatte i barnehage og skole vet at det foregår mishandling av et barn i barnehage- eller skoletiden. Barnet kan for eksempel bli mishandlet av andre barn eller andre ansatte. Da har den ansatte som omsorgsperson handleplikt som følge av lovbestemte plikter. Spørsmålet er om handleplikten ansatte har etter opplæringsloven §§ 9 A-2 flg. og barnehageloven § 1 er strafferettslig relevante handleplikter.

I Rt. 2013 s. 1686 ble helsefagarbeideren dømt for passiv medvirkning for brudd på handleplikten. Dette innebærer at brudd på omsorgsplikten til helsefagarbeidere er en strafferettslig relevant handleplikt. Man kan se det slik at helsefagarbeideren hadde en lovfestet omsorgsplikt etter lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. § 4 som fastsetter et omsorgsansvar for helsepersonell. Dommen gjelder ikke mishandling av barn, men tyveri fra et eldre menneske. Det er imidlertid likheter mellom disse to tilfellene ved at både barn og eldre er utsatte grupper i samfunnet som har behov for beskyttelse mot kriminalitet. I tillegg er det i begge situasjoner tale om en ansatt som har brutt en lovfestet omsorgsplikt. Dommen har derfor også relevans ved mishandling av barn når ansatte i skolen og barnehage har handleplikt. Siden omsorgsplikten helsefagarbeidere har overfor eldre mennesker er en strafferettslig relevant handleplikt, burde det samme gjelde handleplikten ansatte har i skole og barnehage.

De ansatte har imidlertid mange barn å passe på samtidig, noe som innebærer at man ikke har den samme typen tilknytning til barnet, som foreldre eller andre omsorgspersoner som bor med et barn har. Det kan tilsi at det ikke er forventning om at den ansatte beskytter barnet i samme grad som de andre omsorgspersonene. Helhetsvurderingen som foretas til slutt i vurderingen av det passive medvirkningsansvaret kan derimot fungere som en sikkerhetsventil, og luke ut situasjonene hvor regelen vil slå uheldig ut. Dette tilsier at man kan komme frem til at brudd på handleplikten er strafferettslig relevant, og at man heller må vurdere om den ansatte med rimelighet kan straffes for unnlåtelsen.

Kjernen i bestemmelsen er som tidligere nevnt foreldres omsorgsansvar, og det er de som har hovedansvaret for barna. Sammenlignet med dette, er det de ansatte i barnehage og skole som har et slags hovedansvaret for barna halvparten av dagen når de er i barnehagen eller på skolen. Derfor er situasjonene hvor en ansatt i skole eller barnehage ikke griper inn mot mishandling, sammenlignbart med situasjonene hvor en omsorgsperson ikke griper inn, og

nærme kjerneområdet til straffansvaret. Dette taler for at handleplikten ansatte har er strafferettslig relevant.

Samlet sett tilsier avgjørelsen i Rt. 2013 s. 1686, det at man er i nærheten av kjernen til det passive medvirkningsansvaret for omsorgspersoner og at man har en sikkerhetsventil i den avsluttende helhetsvurderingen, at handleplikten ansatte har etter opplæringsloven §§ 9 A-2 flg. og barnehageloven § 1 er strafferettslig relevant. Tilknytningskravet er derfor oppfylt for ansatte i barnehage og skole.

5 Helhetsvurderingen

5.1 Innledning

Selv om man har særlig tilknytning til situasjonen og det finnes alternative handlinger som ville motvirket utførelsen av hovedgjerningen, så er det ikke alltid man bør straffes for passiv medvirkning. Som nevnt i punkt 2.2 må det foretas en konkret helhetsvurdering av om man med rimelighet kunne kreve en aktiv handling av den passive. For å kunne straffe, er det tilstrekkelig at minst ett av handlingsalternativene var rimelig å forvente av vedkommende.⁶⁹

Helhetsvurderingen består av både rettsstrids- og rimelighetsbetraktninger. Vurderingen skiller på den måten ut situasjoner hvor den passive ikke burde straffes, og fungerer som en sikkerhetsventil. I forarbeidene til § 15 uttales det at siden medvirkningshandlingene ofte har et dagligdags preg og fremstår som uskyldige, vil rettsstridsbetraktninger ha stor betydning for om man straffes eller ikke.⁷⁰ Dermed bidrar vurderingen til at man unngår urimelige resultater og et for vidt medvirkningsansvar.⁷¹

Når man skal vurdere om noen skal straffes er respekt for individet et grunnleggende hensyn. Dette innebærer at staten må verne individer mot straffbare handlinger, men også at staten ikke må krenke individets frihet.⁷² Dette tilsier at både hensynet til barnet som offer og hensynet til den passive omsorgspersonen vil være sentrale hensyn i vurderingen av om omsorgspersonen kan straffes for passiviteten. I vurderingen er det derfor nødvendig å balansere de motstridende interessene de involverte partene har.⁷³ Det å utføre en alternativ handling vil være i offerets interesse, men å utføre denne handlingen kan samtidig medføre at den passives egne interesser blir negativt påvirket. Handlingen kan for eksempel medføre selvinkriminering, inkriminering av nærstående, fare for eget liv og egen helse.⁷⁴ Når man balanserer interessene mot hverandre vil man se at graden av tilknytning, alvorligheten av mishandlingen og konsekvensene for den passive er viktige momenter for hvor tungtveiende partenes interesser er.

⁶⁹ Jf. *Op.cit.* s. 315.

⁷⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

⁷¹ Jf. Grønning, Husabø og Jacobsen s. 315 og Matningsdal s. 372.

⁷² Jf. Grønning, Husabø og Jacobsen s. 45.

⁷³ Jf. *Op.cit.* s. 313.

⁷⁴ Jf. Husabø s. 198.

Den overordnede problemstillingen i behandlingen av helhetsvurderingen er om det er mulig å oppstille noen nærmere retningslinjer for når man med rimelighet kan kreve at den passive skal foreta en alternativ handling. I punkt 5.2 vil det bli drøftet hvilken betydning straffrihetsgrunner i andre unnlatesstraffebud har for helhetsvurderingen ved passiv medvirkning. Deretter vil det i punkt 5.3 foretas en konkret helhetsvurdering av om det er rimelig å kreve handling, i situasjoner hvor man har omsorgsansvar for et barn. Fokuset i den drøftelsen vil være på sentrale berørte interesser.

5.2 Betydningen av andre unnlatesstraffebud

5.2.1 Generelt

Vurderingen av om det er rimelig å kreve aktiv handling finner man igjen i flere unnlatesstraffebud. Ved noen av disse straffebudene har lovgiver tatt uttrykkelig stilling til hva man kan kreve av en person, ved å oppstille straffrihetsgrunner.⁷⁵ Dette finner man blant annet i strl. §§ 196, 226 og 287. Siden bestemmelsen om passiv medvirkning i § 15 også er et unnlatesstraffebud, er det aktuelt å vurdere hvilken relevans straffrihetsgrunnene i andre unnlatesstraffebud har ved vurderingen av passiv medvirkning. Spørsmålet som skal vurderes i punkt 5.2.2 er hvilken relevans straffrihetsgrunnene etter §§ 196, 226 og 287 har i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning. Hvilken vekt disse eventuelt skal gis, vil bli behandlet i de konkrete vurderingene i punkt 5.3.

Etter § 196 første ledd har man i utgangspunktet plikt til å avverge straffbare forhold, men etter andre ledd bokstav b gjøres det unntak når handlingen vil «utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd». Et tilsvarende unntak har man i § 226. Etter første ledd har man i utgangspunktet plikt til å opplyse om uriktig tiltale eller domfellelse, men etter annet ledd gjøres det unntak dersom opplysningene vil «utsette seg selv eller noen av sine nærmeste eller noen uskyldige for straff, fare for vesentlig velferdstap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art». Både § 196 og § 226 gjør unntak i situasjoner hvor handlingen innebærer inkriminering av seg selv eller nærstående, og i situasjoner hvor det er fare for personens velferd. Videre følger det av § 287 første ledd, som omhandler den alminnelige hjelpeplikten, at man i utgangspunktet skal straffes dersom man unnlater å hjelpe i visse situasjoner. Etter

⁷⁵ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 313.

bestemmelsens andre ledd skal man likevel ikke straffes dersom handlingen ville «utsette seg selv eller andre for særlig fare eller oppofrelse». Dette tilsvarer en av straffrihetsgrunnene i § 196. Bestemmelsene gjør dermed unntak i situasjoner hvor man utsetter sitt eget eller andres liv og helse for fare.

Etter de nevnte unnlatesstraffebudene har altså lovgiver vurdert det slik at man ikke kan kreve at vedkommende utsetter seg selv eller andre for inkriminering, fare for liv og helse eller velferdstap. Dette er interesser som blir berørt ved flere av de typiske alternative handlingene ved passiv medvirkning, som for eksempel varsling til politi eller å sette seg fysisk til motverge. Derfor er det aktuelt å drøfte hvilken betydning slutninger fra de andre unnlatesstraffebudene har ved helhetsvurderingen for det passive medvirkningsansvaret.

5.2.2 Er lovgivers vurderinger i strl. §§ 196, 226 og 287 relevant i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning?

Høyesteretts ankeutvalg var inne på spørsmålet om hvilken betydning § 196 har for helhetsvurderingen ved passiv medvirkning i HR-2018-262-U. I denne saken var det avgjørende spørsmålet om man kunne kreve at den passive tok kontakt med politiet eller barnevernet. Ankeutvalget uttalte at lagmannsrettens begrunnelse ikke var tilstrekkelig til å vise at de hadde foretatt en reell overprøving av tingrettens lovanvendelse, siden de ikke hadde drøftet hvilken betydning straffrihetsgrunnen i § 196 om inkriminering av nærstående hadde for vurderingen av passiv medvirkning, og opphevet avgjørelsen.⁷⁶ I denne uttalelsen og opphevelsen, ligger det implisitt at § 196 var en relevant rettskilde i saken som lagmannsretten hadde oversett, og at den skulle ha inngått i vurderingen. Som nevnt i punktene 2.3 og 4.4.5 medfører begrunnelsen ankeutvalget gir at avgjørelsen har rettskildemessig vekt. Dommen trekker derfor i retning av at straffrihetsgrunnene i § 196 har relevans. Tilsvarende straffrihetsgrunner finner man i §§ 226 og 287, og av hensyn til sammenhengen i rettssystemet bør det samme gjelde for disse unnlatesstraffebudene som ved § 196. Dommen tilsier derfor at straffrihetsgrunnene i unnlatesstraffebudene har relevans også i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning.

Videre er likheten mellom de nevnte unnlatesstraffebudene og straffansvar for passiv medvirkning at man straffes for passiviteten man utviste i en situasjon hvor man egentlig

⁷⁶ Jf. HR-2018-262-U avsnitt 22.

hadde handleplikt. Det klanderverdige er altså at man ikke handler. Dette kan tilsi at hva som regnes som unntak for visse handleplikter, også bør gjelde ved andre handleplikter.

Det er imidlertid ulikheter mellom unnlatesstraffebedene. For det første er strafferammene for bestemmelsene forskjellige. Etter §§ 196 og 226 er strafferammen fengsel inntil ett år, mens for § 287 er strafferammen fengsel inntil seks måneder. Ved medvirkning er det derimot samme strafferamme som for hovedforbrytelsen, noe som kan være langt over ett år. Ved mishandling i nære relasjoner etter § 282 er for eksempel strafferammen fengsel inntil 6 år. At strafferammene er forskjellige, indikerer at alvorligheten av forholdet man straffes for er ulikt, og at det derfor er ulik grad av klanderverdighet bak de ulike lovbruddene.

For det andre er kretsen av personer som rammes av straffebedene ulik. Ved passiv medvirkning har man et krav om særlig tilknytning, noe man ikke finner i §§ 196, 226 og 287. De andre unnlatesstraffebedene rammer en videre krets av personer enn ved passiv medvirkning, og det er derfor et behov for et videre unntak enn når man har et tilknytningskrav. Når straffebed har ulikheter så kan det i utgangspunktet tilsi at slutninger ikke har relevans for andre straffebed. De nevnte forskjellene vil imidlertid heller ha betydning for hvilken vekt slutningene skal tillegges, og innebærer ikke at straffebedene er så ulike at slutninger ikke vil ha relevans i det hele tatt.

Samlet sett innebærer Høyesteretts avgjørelse i HR-2018-262-U og den generelle likheten mellom bestemmelsene ved at alle er unnlatesstraffebed, at slutninger fra §§ 196, 226 og 287 har relevans i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning. Hvilken vekt de har er imidlertid et annet spørsmål, som vil bli behandlet i punkt 5.3 i situasjoner hvor man har omsorgsansvar for et barn.

5.3 Helhetsvurderingen ved omsorgsansvar for barn

5.3.1 Problemstilling

Vurderingstemaet i helhetsvurderingen ved omsorgsansvar for barn er om man med rimelighet kan kreve at omsorgspersonen skulle ha foretatt en av de alternative handlingene som er tidligere nevnt i punkt 3.4. Problemstillingen i dette punktet, er om det er mulig å oppstille noen nærmere retningslinjer for denne helhetsvurderingen i situasjoner hvor man har omsorgsansvar for barnet som mishandles.

I helhetsvurderingen er det sentralt å vurdere i hvor stor grad den passive omsorgspersonen skal sette sine egne interesser til side for å verne barnets interesser. Først vil det i punkt 5.3.2 vurderes hva som ligger i hensynet til barnets beste. Videre vil det bli tatt stilling til noen av interessene som blir berørt ved de ulike alternative handlingene, og hvordan de står seg mot hensynet til barnets beste. Dette er vernet mot inkriminering i punkt 5.3.3, fare for liv eller helse i punkt 5.3.4, og velferdstap i punkt 5.3.5.

5.3.2 Barnets beste

Siden det er barnet som er offer for mishandling i situasjonene som drøftes her, er hensynet til barnets beste en av interessene som alltid vil inngå i vurderingen av om man med rimelighet kan kreve at en omsorgsperson griper inn. Spørsmålet er om det er mulig å oppstille noen generell retningslinje om hvilken vekt hensynet til barnets beste skal ha.

Etter FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) art. 3 nr. 1, jf. lov 1999 21. mai om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 4, og Grunnloven § 104 andre ledd er hensynet til barnets beste «et grunnleggende hensyn». Videre skal Norge som part i barnekonvensjonen sørge for å beskytte barn mot vold, seksuelle overgrep og annen mishandling etter barnekonvensjonen art. 19 nr. 1. Hva som skal til for at disse forpliktelsene er opprettholdt, vil ha betydning for hvilken vekt man må gi hensynet til barnets beste.

Formuleringen «et grunnleggende hensyn» i Grl. § 104 tilsier ikke at barnets beste alltid skal være det avgjørende hensynet, men at det i vurderinger alltid skal tillegges betydelig vekt. Videre uttales det i forarbeidene til Grunnloven at «[v]ekten barns beste skal gis, må sees ut fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.»⁷⁷ En tilsvarende tolkning av bestemmelsen kom Høyesterett frem til i Rt. 2015 s. 93, som gjaldt prøving av et utvisningsvedtak. I denne dommen tolket Høyesterett Grl. § 104 andre ledd i lys av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, og viste til General Comment No. 14 (2013) «on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration» avsnitt 36-40, hvor FNs Barnekomité har redegjort for regelens innhold. Her slås det fast at hensynet til barnets beste skal ha stor vekt og ikke bare anses som ett av flere momenter, men at det likevel er

⁷⁷ Jf. Innst. 186 S (2013-2014) s. 30.

andre hensyn som kan spille inn i vurderinger og at hensynet til barnets beste ikke alltid er det avgjørende hensynet. Det samme legges til grunn av Høyesterett.⁷⁸

For at staten skal kunne opprettholde de internasjonale forpliktelsene og forpliktelsene etter Grunnloven, må barnets beste være et tungtveiende moment i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning for omsorgspersoner.

5.3.3 Selvinkriminering og inkriminering av nærstående

Noen handlingsalternativer som vil verne det mishandlede barnet vil samtidig kunne innebære selvinkriminering eller inkriminering av den passive nærstående. Å kontakte barnevernet eller politiet kan i mange situasjoner hindre voldsutøvelse mot barnet, men det kan også bidra til egen domfellelse eller domfellelse av nærstående. Inkriminering av nærstående er noe man ofte risikerer ved passiv medvirkning for omsorgspersoner, siden hovedgjerningspersonen ofte er den passive partner eller familiemedlem. Dette var for eksempel tilfellet i HR-2018-262-U, hvor kontakt med barnevernet eller politiet ville kunne motvirket mishandlingen, men samtidig medført inkriminering av ektefellen. I andre situasjoner kan det være at den passive selv har begått visse lovbrudd mot barnet, samtidig som vedkommende ikke har grepet inn mot en annens mishandling av barnet. Som illustrasjon kan det vises til LB-2016-110605 (Borgarting), hvor det var spørsmål om faren selv hadde mishandlet barna og om han hadde passivt medvirket til ektefellens mishandling. Her kunne kontakt med barnevernet eller politiet, ha medført både selvinkriminering og inkriminering av ektefellen. Spørsmålet som skal behandles i det følgende er i hvilken grad man med rimelighet kan kreve at den passive kontakter barnevernet eller politiet for å hindre at barnet blir mishandlet, når handlingsalternativet vil kunne medføre selvinkriminering eller inkriminering av nærstående.

Som vist i punkt 5.2, har slutninger fra unntakene i §§ 196 og 226 relevans i helhetsvurderingen. I vurderingen av hvilken grad man kan kreve at den passive kontakter barnevernet eller politiet, er det aktuelt å først ta stilling til spørsmålet om hvilken vekt slutninger fra §§ 196 og 226 skal gis i helhetsvurderingen ved omsorgsansvar for barn.

Etter §§ 196 og 226 er det absolutte unntak fra handleplikten ved fare for selvinkriminering eller inkriminering av nærstående, men det er ikke sikkert det samme bør gjelde ved passiv medvirkning. Hensynet til forutberegnelighet og sammenhengen i rettssystemet tilsier at jo

⁷⁸ Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

likere reglene er, jo mer taler det for at de bør føre til samme resultat. Som vist i punkt 5.2.2 er det en viss likhet mellom § 196, § 226 og straffansvar ved passiv medvirkning, men det er også flere forskjeller. På grunn av disse forskjellene, vil det ikke stride mot hensynet til forutberegnelighet og sammenhengen i rettssystemet om unntaket ved inkriminering ikke er absolutt ved passiv medvirkning. Graden av likhet tilsier imidlertid at resultatene etter bestemmelsene bør ha en viss sammenheng, noe som kan ivaretas hvis man legger en viss vekt på forholdene i vurderingen ved passiv medvirkning. Dette innebærer at slutninger fra §§ 196 og 226 generelt sett vil være et moment i helhetsvurderingen, men på grunn av forskjellene mellom bestemmelsene kan ikke momentet tillegges betydelig vekt. Slutninger fra disse bestemmelsene taler derfor generelt sett mot at man kan kreve at den passive kontakter barnevernet eller politiet, når det vil medføre inkriminering.

Spørsmålet om man kan kreve at den passive kontakter barnevernet eller politiet har vært oppe i underrettspraksis, men har blitt behandlet ulikt. I RG-2013-292 (Agder) uttaler lagmannsretten om temaet at det ikke var rimelig å kreve at moren skulle tatt kontakt med barnevernet eller politiet. I LB-2015-81311-3 (Borgarting) fremhever imidlertid lagmannsretten at moren ikke hadde forsøkt å melde ifra, for eksempel til politiet. Som underrettsdommer har avgjørelsene lite rettskildemessig vekt, men de forskjellige uttalelsene gir uttrykk for at man ikke kan oppstille en absolutt regel, men at man må vurdere det ut fra den konkrete situasjonen.

Et annet moment i helhetsvurderingen er at inkriminering av seg selv eller nærstående kan være vanskelig å faktisk gjennomføre for den passive. Det å melde fra til myndigheten kan medføre et dårligere forhold mellom de nærstående, og selvinkriminering kan stride mot et indre håp om å gå straffri unna situasjonen. Derfor er selvinkriminering og inkriminering av nærstående noe mange vil unngå uansett hva loven krever. Å straffe i situasjoner hvor man uansett vil prioritere å unngå inkriminering, vil da ha liten allmennpreventiv effekt.⁷⁹ I hvilken grad man vil prioritere å verne seg selv og andre mot inkriminering, vil derimot avhenge av hvor sterk tilknytning man har til barnet, hvor alvorlig mishandling det er tale om og hva slags konsekvenser inkrimineringen vil ha. Disse faktorene vil derfor være avgjørende for den allmennpreventive effekten. Det er typisk situasjoner hvor man har en svak tilknytning, det er fare for en mindre alvorlig handling og konsekvensene ved inkriminering ikke er ubetydelige, at en omsorgsperson ofte prioriterer å verne seg selv. Da vil en plikt om å

⁷⁹ Jf. Andenæs s. 461 og Gröning, Husabø og Jacobsen s. 314.

kontakte barnevernet eller politiet ha liten allmennpreventiv effekt. I situasjoner hvor man derimot har sterkere tilknytning til barnet, faren for mishandling er alvorlig og konsekvensene ved inkriminering er små, vil man lettere kunne prioritere å beskytte barnet. Da vil en plikt om å kontakte barnevernet eller politiet ha en større allmennpreventiv effekt. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at man kun burde kreve at vedkommende kontakter barnevernet eller politiet i den sistnevnte situasjonen.

Videre er det ikke nødvendigvis slik at vernet mot selvinkriminering og inkriminering av nærstående alltid er absolutt i strafferetten og straffeprosessen. I strpl. § 123 første punktum er man fritatt vitneplikt dersom det kan medføre selvinkriminering eller inkriminering av nærstående. Etter bestemmelsens andre punktum er det imidlertid et unntak hvor vitnet likevel må forklare seg «når det er rimelig etter en samlet vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring». I denne bestemmelsen gjør man unntak fra vernet mot inkriminering av hensyn til å opplyse en straffesak. Det er enda viktigere å hindre mishandling av barn, enn å opplyse en straffesak. Når man etter en nærmere vurdering kan kreve at vedkommende utsetter seg selv eller nærstående for inkriminering av hensyn til å opplyse en straffesak, så burde man i alle fall kunne kreve det samme for å hindre mishandling av barn. Dette taler for at man etter en nærmere vurdering kan kreve at omsorgspersonen kontakter barnevernet eller politiet. Unntaket i strpl. § 123 er imidlertid ikke grundig overveid av lovgiver, og Straffeprosesslovutvalget foreslår å oppheve bestemmelsen.⁸⁰ Dette innebærer at argumentet avdempes og ikke kan tillegges stor vekt.

I tillegg har barn sjeldent muligheten til å kontakte barnevernet eller politiet selv for å melde inn sine omsorgspersoner. De har derfor behov for hjelp fra andre voksne personer som kan sikre deres vern. Siden mishandlingen ofte skjer innen husets fire vegger er det vanskelig for andre personer utenfor husholdningen å melde fra til politi eller barnevern. I verste fall oppdages ikke mishandlingen av andre personer før barnet ligger på sykehuset med dødelige skader. Dette viser at det er behov for en regel hvor omsorgspersoner har plikt til å melde fra om slike forhold, siden ellers er det vanskelig å oppdage tilfeller av passiv medvirkning.

Som nevnt i punkt 5.3.2 har Norge som part i barnekonvensjonen plikt til å beskytte barn mot mishandling og hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i aktuelle

⁸⁰ Jf. Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 93 og NOU 2016: 24 s. 277-278.

vurderinger. Det harmonerer dårlig med disse artiklene dersom man aldri kan kreve at foreldrene tar kontakt med barnevernet eller politiet. Videre vil et krav om at omsorgspersonen varsler offentlige myndigheter, være en effektiv måte å ivareta disse pliktene på.⁸¹ De internasjonale forpliktelsene og forpliktelsene etter Grunnloven er som tidligere nevnt allerede oppfylt så lenge barnets beste er et tungtveiende hensyn i vurderingen, og det er lovlig å la andre hensyn veie tyngre enn barnets beste. For å ivareta Norges plikter er det derfor tilstrekkelig at man kun krever varsling til offentlige myndigheter i de situasjonene hvor hensynet til barnets beste veier tyngst. Situasjoner hvor hensynet til barnets beste ikke veier tyngst, vil for eksempel være når det er mindre alvorlige forbrytelser som barnet utsettes for og konsekvensene av inkriminering er alvorlige. For å oppfylle forpliktelsene trenger man altså ikke ha en absolutt regel om å varsle politi og barnevern.

Samlet sett viser momentene ovenfor at man ikke kan oppstille et absolutt unntak fra handleplikten ved inkriminering, og man kan heller ikke oppstille noen absolutt plikt til å kontakte barnevernet eller politiet. Det er fordi balanseringen av interessene til offeret og den passive slår ulikt ut i ulike situasjoner. Momentene gir imidlertid uttrykk for at hensynet til barnet ofte vil veie tyngst, noe som tilsier at man kan oppstille et utgangspunkt om at man med rimelighet kan kreve at den passive kontakter barnevernet eller politiet. Da er det kun unntaksvis at hensynet til den passive veier tyngst, og om unntaket gjør seg gjeldende beror på en konkret vurdering av særlig tilknytningen, alvorligheten ved mishandlingen og konsekvensene ved inkriminering.

5.3.4 Fare for eget liv eller egen helse

Noen andre alternative handlinger som vil motvirke mishandling av barnet, vil kunne innebære fare for livet eller helsen til den passive. Dette er for eksempel dersom omsorgspersonen går imellom hovedgjerningspersonen og barnet som mishandles. Det kan også være at hovedgjerningspersonen truer med å skade omsorgspersonen hvis vedkommende forsøker å hindre mishandlingen. Spørsmålet i dette punktet er i hvilken grad man med rimelighet kan kreve at en person utsetter eget liv og egen helse for fare for å hindre at barnet blir mishandlet.

I denne vurderingen er det også nødvendig å ta stilling til hvilken vekt man kan gi slutninger fra andre unnlatesstraffebud, herunder §§ 196 og 287. Disse bestemmelsene gjør absolutt

⁸¹ Jf. Øyen s. 258-259.

unntak fra handleplikten dersom det medfører fare for liv eller helse. Her vises det til drøftelsen foretatt i punkt 5.3.3 om slutninger fra §§ 196 og 226, siden de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende her. Det innebærer at også slutninger fra §§ 196 og 287 taler mot at man kan kreve at den passive utsetter seg selv for fare for liv og helse, men momentet kan ikke tillegges betydelig vekt.

Et annet moment i helhetsvurderingen, er at det krever mot å utsette eget liv eller egen helse for fare. Andenæs mener at det ikke vil stemme med vanlige rettsforestillinger å straffe for manglende heroisme, og at det ikke vil ha noen allmennpreventiv effekt å straffe når betydelige personlige interesser står på spill.⁸² Allmennpreventive hensyn tilsier derfor at når den passive risikerer stor fare, så kan man ikke kreve at vedkommende skulle ha foretatt handlingen. Dette tilsier at man må se på hvor alvorlig faren for liv og helse er for den passive, når man vurderer om man kunne krevd handlingen utført.

Videre har barn behov for beskyttelse siden de ikke selv kan beskytte seg mot hovedgjerningspersonen. Hvilket behov de har for beskyttelse vil variere avhengig av hovedgjerningens alvorlighetsgrad. Det er derfor ved alvorlige mishandlinger man vil kunne kreve større oppofrelse fra den passive. Dette henger sammen med hvilke forventninger man har til at den passive handler. Å kreve at en omsorgsperson skal ofre sitt eget liv å få dødelige skader er imidlertid for mye å kreve, selv om barnet utsettes for en svært alvorlig mishandling.

I tillegg vil graden av tilknytning mellom barnet og omsorgspersonen være forskjellig i ulike saker. Tilknytningskravet innebærer allerede at man har en særlig tilknytning til barnet, men tilknytningen vil likevel være sterkere for noen omsorgspersoner enn for andre. De med sterkeste tilknytning til barnet er foreldre med foreldreansvar, mens en steforelder kan ha en svakere tilknytning. Tilknytningen man har til barnet skaper en forventning om handling, og jo sterkere tilknytning man har jo større forventning er det om at man griper inn. Det er psykisk lettere for den passive å utsette seg selv for fare, jo sterkere tilknytning man har. Dette innebærer at man må se på graden av tilknytning, når man vurderer hva man kan kreve av den passive. For foreldre med foreldreansvar, innebærer dette at man kan kreve at de utsetter seg for større farer enn andre.⁸³

⁸² Jf. Andenæs s. 459.

⁸³ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 315.

Når hensynet til offeret, hensynet til den passive og graden av tilknytning kan variere mye fra sak til sak, passer det ikke med firkantede regler for når man kan kreve at den passive utsetter seg for fare og når man ikke kan kreve det. Man kan derfor ikke kreve at den passive alltid skal utsette seg selv for fare for å hindre mishandlingen av et barn, og man kan heller ikke ha som retningslinje at man aldri kan kreve en slik handling. Til forskjell fra inkrimineringsituasjonene vil det heller ikke være mulig å oppstille noe unntak eller utgangspunkt, siden hensynet til den passive oftere kan veie tyngre enn i inkrimineringsituasjonene. I hvilken grad man med rimelighet kan kreve at en person utsetter eget liv og egen helse for fare, beror derfor på graden av tilknytning, alvorligheten av mishandlingen av barnet og faren for den passive. En retningslinje som i alle fall er mulig å oppstille er at man ikke kan kreve at den passive utsetter seg for dødelige, uansett hvor tungtveiende hensynet til barnet er.

5.3.5 Velferdstap

Noen alternative handlinger vil kunne innebære fare for velferdstap for den passive. Spørsmålet er i hvilken grad man med rimelighet kan kreve at en person foretar en slik alternativ handling for å hindre at barnet blir mishandlet.

Etter § 196 andre ledd bokstav b og § 226 er et av de absolutte unntakene for handleplikten at det vil føre til henholdsvis «fare for ... velferd» eller «fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art». Ordlyden tilsier at det må være en risiko for at livskvaliteten blir redusert, og omfatter alt fra tap av omdømme til økonomisk tap. For hvilken vekt slutninger fra disse straffebudene vil ha, vises det til drøftelsen i punkt 5.3.3 som gjelder tilsvarende her. Momentet taler derfor en viss grad mot at man kan kreve at den passive foretar handlinger som fører til fare for velferdstap.

Når man derimot ser dette hensynet opp mot det tungtveiende hensynet til barnets beste, så fremstår velferdstap som svært bagatellmessig. Det kan vanskelig tenkes en situasjon hvor velferdstap vil være så tungtveiende at det vil kunne veie tyngre enn noen form for mishandling av barn. Konklusjonen er derfor at man alltid kan kreve at den passive foretar en alternativ handling som innebærer fare for velferdstap, for å verne barnet mot mishandling.

6 Bør det vedtas et eget straffebud?

Etter dagens rettstilstand er det som vist ovenfor uklart hva som skal til for å kunne straffe omsorgspersoner for passiv medvirkning når et barn mishandles. I punktene ovenfor er det også blitt drøftet hvordan disse problemstillingene bør løses etter gjeldende rett. På grunn av uklarhetene etter gjeldende rett er et relevant spørsmål om det bør vedtas et eget straffebud som retter seg mot omsorgspersoner som forholder seg passive når et barn blir mishandlet. Det er dette spørsmålet som vil bli drøftet i det følgende. Sentrale momenter i denne vurderingen er klarhetskravet, allmennpreventive hensyn og den strafferettslige klassifiseringen av den passive.

Klarhetskravet kan hjemles i GrL § 96 første ledd. Bestemmelsen fastsetter at ingen kan straffes uten etter «lov», og i lovens forarbeider understrekes det at «.. forståelsen av «lov» må være at det fremgår rimelig klart av lovhjemmelen hvilke handlinger som er straffbare ...».⁸⁴ Et tilsvarende klarhetskrav har man i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 7, og i norsk rettspraksis er det fastsatt at kravene er like strenge.⁸⁵ Klarhetskravet innebærer at beskrivelsen av det objektive gjerningsinnholdet i bestemmelsen må være tilstrekkelig presist til at individet kan forutberegne sin rettsstilling og innrette seg deretter.⁸⁶ For å vurdere om det bør vedtas et eget straffebud, er det først aktuelt å ta stilling til om det straffebudet man allerede har oppfyller klarhetskravet. Spørsmålet er derfor om strl. § 15 er tilstrekkelig klar ved passiv medvirkning for omsorgspersoner.

Etter gjeldende rett hjemles passiv medvirkning i ordene «medvirker til overtredelsen» i § 15. Ordlyden er vid og generell, og det passive medvirkningsansvaret ligger i ytterkanten av denne ordlyden, noe som gjør det vanskelig for borgere å forutse sin rettsstilling ved passivitet. I tillegg er det få nedfelte vilkår, noe som gjør det problematisk å forutse når passiviteten medfører straffansvar og når den er straffri.

På den andre vil rettspraksis om en vag bestemmelse kunne bidra til forutberegnelighet ved at Høyesterett gradvis klarlegger rekkevidden av straffansvaret.⁸⁷ Problemet med klarleggingen av det passive medvirkningsansvaret ved rettspraksis er at Høyesterett ikke har sluppet gjennom saker til ankebehandling og det er usikkert når dette kommer til å skje. En

⁸⁴ Jf. Dok.nr.16 (2011-2012) s. 126.

⁸⁵ Jf. Rt. 2014 s. 238 avsnitt 18

⁸⁶ Jf. EMDs dom 26. april 1979 *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49 og Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 s. 136.

⁸⁷ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen s. 70.

presisering av straffansvaret gjennom rettspraksis avhenger av at en sak reiser de riktige spørsmålene, og at domstolen er villig til å prioritere disse spørsmålene. Rettspraksis er derfor ikke egnet til å sikre forutberegneligheten i denne situasjonen. Hensynet til forutberegnelighet taler etter dette mot at § 15 er tilstrekkelig klar ved passiv medvirkning for omsorgspersoner.

Det er imidlertid ikke slik at en generell utforming av en bestemmelse er i strid med klarhetskravet. I *Cantoni mot Frankrike* uttaler EMD at det er nødvendig med generelle bestemmelser, siden lovbestemmelser skal ha generell anvendelse og kunne tilpasse seg endringer i samfunnet. Derfor må man til en viss grad godta vaghet på bekostningen av presisjon.⁸⁸ Lovgiver har valgt å ha en generell bestemmelse for medvirkningshandlinger, som innebærer at bestemmelsen både skal omfatte aktiv og passiv medvirkning, og være anvendelig for nesten alle straffebestemmelser. Når en bestemmelse skal regulere alle disse forholdene, er det behov for en generell utforming. Dette taler for at klarhetskravet likevel er oppfylt.

En ytterligere retningslinje for vurderingen av om klarhetskravet er oppfylt, er om det er mulig å være mer presis, uten å forspille hensynet til rimelig fleksibilitet.⁸⁹ Det hadde vært mulig å være mer presis dersom man hadde hatt en egen straffebestemmelse som rammer situasjonene hvor en omsorgsperson forholder seg passiv til mishandling av barn. Da ville man hatt en bestemmelse hvor passiviteten var i kjernen av straffebudet, og man kunne oppstilt nærmere retningslinjer for straffansvaret. Det ville da vært lettere for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Etter gjeldende rett har imidlertid lovgiver valgt å ha en generell bestemmelse som skal ramme alle former for medvirkning. Her er det ikke mulig å presisere nærmere hva som skal til for at straffebudet er oppfylt, uten at bestemmelsen blir for rigid og lite fleksibel. Ut ifra den løsningen lovgiver har valgt er det derfor ikke mulig å presisere bestemmelsen nærmere, noe som taler for at klarhetskravet er oppfylt.

Samlet sett innebærer behovet for generell utforming, at § 15 er tilstrekkelig klar ved passiv medvirkning for omsorgspersoner. Siden klarhetskravet allerede er oppfylt etter gjeldende rett taler det mot at man bør vedta et eget straffebud.

Selv om klarhetskravet allerede er oppfylt etter § 15 så er det fremdeles et relevant moment om klarhetskravet kan være bedre ivarettatt. Spørsmålet er derfor om klarhetskravet vil være

⁸⁸ Jf. EMDs dom 15. november 1996 *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 31.

⁸⁹ Jf. Aall s. 136.

bedre ivaretatt i et eget straffebud rettet mot omsorgspersoner som unnlater å gripe inn mot mishandling av barn.

Problemet med å utforme et konkret straffebud er at presisjonen kan føre til at bestemmelsen blir for rigid og at hensynet til rimelig fleksibilitet ikke blir ivaretatt. Dette betyr at et nytt straffebud ikke nødvendigvis vil være bedre egnet til å oppfylle klarhetskravet enn § 15, noe som taler mot at man bør vedta et nytt straffebud. Ved utformingen av et nytt straffebud kan man derimot passe på at utformingen ikke blir for konkret, slik at også en ny bestemmelse er egnet til å tilpasse seg samfunnsutviklingen. Dersom den nye bestemmelsen blir for generell, risikerer man imidlertid den samme uklarheten om straffansvarets rekkevidde som man har etter dagens rettstilstand. Det er derfor nødvendig å finne riktig balanse av presisjon ved vedtagelse av et nytt straffebud. Så lenge man klarer det, vil klarhetskravet være bedre ivaretatt ved et eget straffebud.

Hensynet til klare regler og forutberegnelighet henger tett sammen med strafferettens allmennpreventive funksjon, som er et annet sentralt moment i vurderingen av om man bør vedta et eget straffebud. Å ha en egen bestemmelse hvor omsorgspersoner kan straffes for å unnlate å gripe inn mot mishandling av barn vil, i tillegg til å bidra til forutberegnelighet, tydeliggjøre det straffbare ved å ikke gripe inn, og omsorgspersonene blir mer oppmerksom på sine handleplikter. Dette er noe som ikke kommer like tydelig frem etter § 15. På den måten kan et eget straffebud ha en større allmennpreventiv effekt, og føre til at færre barn utsettes for mishandling. Dette vil igjen bidra til å sikre barns rettssikkerhet, og taler for at man burde vedta et eget straffebud.

Videre er det et relevant moment hvor velbegrunnet den strafferettslige klassifiseringen av den passive er. En fordel med å klassifisere den passive som medvirker etter § 15 er pedagogiske og lovtekniske hensyn. I lovens forarbeider om kriminalisering av medvirkning heter det at «... regler som er felles for alle eller de fleste straffebud, bør nedfelles i generelle bestemmelser. Både pedagogiske og lovtekniske hensyn taler for det ...».⁹⁰ Ved passiv medvirkning er vilkårene felles for de ulike tilknytningstypene, noe som tilsier at man ikke burde skille ut denne særlige tilknytningsformen i et eget straffebud. Videre kan man som omsorgsperson passivt medvirke til de fleste straffbare handlinger, ikke bare mishandling. I Rt. 2013 s. 1686 ble for eksempel helsefagarbeideren dømt for passiv medvirkning til et grovt

⁹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 96.

tyveri. Av pedagogiske og lovtekniske hensyn burde man derfor ikke dele opp situasjonene slik at noen forblir i § 15 mens mishandling går over i et eget straffebud. I tillegg vil vilkårene i et nytt straffebud være tilsvarende det som ellers gjelder for passiv medvirkning. Da vil det være lovteknisk enklest og mest pedagogisk å straffe etter samme bestemmelse.

Ulempen med klassifiseringen er imidlertid at det kan være vanskelig å forsvare at en passiv omsorgsperson straffes som en «medvirker» til hovedgjerningen. En unnlattelse er en moderat forbrytelse sammenlignet med hovedgjerningspersonens forbrytelse. Ved å straffe den passive omsorgspersonen for medvirkning, assosierer man vedkommende med hovedgjerningspersonen.⁹¹ Ved de aktive handlingene er det mer naturlig at man kategoriseres som medvirker, siden de gjerne bidrar til hovedgjerningen fordi de ønsker å oppnå resultatet av forbrytelsen. Dette blir imidlertid misvisende når det er tale om passiv medvirkning for omsorgspersoner, siden omsorgspersonen sjeldent har ønsket mishandling av barnet. Det klanderverdige omsorgspersonen gjorde var å bryte sin sivilrettslige omsorgsplikt ved å ikke gripe inn å hindre hovedgjerningen. Det kan derfor være mer dekkende å straffe etter et eget straffebud hvor man selv blir hovedgjerningspersonen ved å ikke beskytte barnet mot mishandling.⁹² Man blir da ikke straffet for å ha medvirket til mishandlingen, men for at man ikke klarte å beskytte barnet. At en egen bestemmelse vil være mer dekkende beskrivelse for hva som faktisk skjer, taler derfor for at man bør vedta et eget straffebud.

Samlet sett tilsier klarhetskravet, allmennpreventive hensyn og den strafferettslige klassifiseringen av den passive, at man bør vedta et eget straffebud rettet mot omsorgspersoner som forholder seg passive der et barn blir mishandlet. Årsakskravet vil kunne være et krav om motvirkende hindringssammenheng. Hvem som bør omfattes av et slikt straffebud, kan være samme krets av personer som hadde tilstrekkelig tilknytning etter punkt 4.3. Videre bør det oppstilles unntak etter en mer konkret vurdering, når hensynet til den passive veier tyngre enn hensynet til barnet. Når det kommer til kravet av skyld, bør dette være forsett.⁹³

⁹¹ Jf. Øyen s. 257.

⁹² Jf. *Op.cit.* s. 257-258.

⁹³ Jf. *Op.cit.* s. 258.

Referanseliste

Litteraturliste

- Andenæs* Andenæs, Johs., *Straffbar unnløtelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken* (Oslo 1942).
- Andenæs, Alminnelig strafferett* Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther (Oslo 2016.)
- Grønning, Husabø og Jacobsen* Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett* (Bergen 2016).
- Husabø* Husabø, Erling Johannes, *Straffeansvarets periferi. Medvirkning, forsøk, førebuing* (Bergen 1999).
- Matningsdal* Matningsdal, Magnus, «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter», *Jussens Venner*, 2008 s. 357-383.
- Matningsdal, Straffeloven* Matningsdal, Magnus, *Straffeloven. Alminnelige bestemmelser - kommentarutgave* (Oslo 2015).
- Skoghøy* Skoghøy, Jens Edvin A., «Høyesteretts rolle og arbeidsmåte, *Lov og rett*, 2016 s. 302-327.
- Skoghøy, Rettsoppfatninger av Høyesterett* Skoghøy, Jens Edvin A., «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?» i *Lov, sannhet, rett. Norges Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2015) s. 259-290.
- Øyen* Øyen, Ørnulf, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner», *Tidsskrift for strafferett*, 2014 s. 249-262.

Aall

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015).

Lovregister

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov 1999 21. mai om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringsloven).

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

Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven).

Konvensjoner

Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

FNs konvensjon 20. November 1989 om barns rettigheter (barnekonvensjonen).

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 1992: 23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V.

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

Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover).

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

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Prop. 12 S (2016-2017) Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021).

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Prop. 167 L (2016-2017) Endringer i barnelova og straffeloven mv. (bedre rettsvern for barn mot vold og overgrep).

Domsregister

Høyesterett

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1977 s. 6

Rt. 1992 s. 810

Rt. 1995 s. 355

Rt. 1998 s. 459

Rt. 2005 s. 1319

Rt. 2010 s. 1630

Rt. 2013 s. 1015

Rt. 2013 s. 1686

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2014 s. 466

Rt. 2015 s. 1281

HR-2018-262-U

Lagmannsretter

RG 2013 s. 292 (Agder)

LB-2014-201202 (Borgarting)

LB-2015-81311-3 (Borgarting)

LB-2016-110605 (Borgarting)

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

EMDs dom 26. april 1979 *Sunday Times mot Storbritannia*

EMDs dom 15. november 1996 *Cantoni mot Frankrike*

Andre kilder

FNs Barnekomité, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1).

Mossige, Svein og Stefansen, Kari, «Vold og overgrep mot barn og unge. Omfang og utviklingstrekk 2007-2015», *Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring. NOVA Rapport 5/2016*, Oslo 2016.