

MOR – OFFER ELLER MEDVERKAR?

Straffansvar for forelder som ikkje grip inn mot vald mot barnet

Kandidatnr: 175 333

Rettleiar: Erling Johannes Husabø, professor dr.juris

Til saman 14808 ord

Innhald

<u>1</u>	<u>INNLEIING</u>	<u>1</u>
1.1	INTRODUKSJON TIL EMNET.....	1
1.2	AVGRENSING TIL BROTSVERK SOM INNEHELD VALD OG ANDRE OVERGREP	3
1.3	ULIKE FORMER FOR MEDVERKING	5
<u>2</u>	<u>RETTSLEGE UTGANGSPUNKT</u>	<u>6</u>
2.1	NORSK RETT.....	6
2.1.1	LOVTEKST	6
2.1.2	JURIDISK TEORI	7
2.2	DANSK RETT.....	14
2.2.1	LOVTEKST	14
2.2.2	JURIDISK TEORI	15
<u>3</u>	<u>FORSETT TIL AT DEN ANDRE VIL UTFØRA VALD OG OVERGREP MOT BARNET</u>	<u>20</u>
3.1	INNLEIING	20
3.2	KASUISTIKK	20
3.3	FULLBYRDINGSFORSETTET VED SEKSUELLE OVERGREP	25
<u>4</u>	<u>KRAVET TIL HANDLEPLIKT</u>	<u>28</u>
<u>5</u>	<u>VILKÅR OM KONKLUDENT SAMTYKKE?</u>	<u>33</u>
<u>6</u>	<u>DEN ALTERNATIVE HANDLINGA MÅ VILLE HINDRA ELLER MOTVERKA OVERGREPET</u>	<u>39</u>
6.1	INNLEIING	39
6.2	KASUISTIKK	40
<u>7</u>	<u>DET VAR MOGLEG OG RIMELEG Å KREVJA DEN ALTERNATIVE HANDLINGA UTFØRD AV DEN PASSIVE</u>	<u>43</u>

7.1	INNLEIING	43
7.2	KASUISTIKK	43
7.3	RIMELEGHEITSVURDERINGA VED SEKSUELLE OVERGREP.....	46
7.4	STYRKEFORHOLDET MELLOM DEN VALDELEGE OG DEN PASSIVE PARTEN	47
7.5	KULTURELLE ULIKSKAPAR I SYNET PÅ AVSTRAFFING	48
8	<u>AVSLUTTANDE VURDERINGAR.....</u>	50
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	A
9.1	LITTERATUR	A
9.2	NORSK RETTSPRAKSIS.....	B
9.3	DANSK RETTSPRAKSIS	C

1 Innleiing

1.1 Introduksjon til emnet

Vald og andre overgrep mot born har fått sterkare fokus dei siste åra, so vel i juridiske fagmiljø som i samfunnet elles. Barne – og familiedepartementet la i 2005 fram planen ”Strategi mot seksuelle og fysiske overgrep mot barn” (2005-2009). Vidare formulerte Justis- og politidepartementet handlingsplanen ”Vendepunkt” (2008-2011) med 50 tiltak mot vald i nære relasjonar. Riksadvokaten har også uttrykt ynskje om at aktuelle instansar i tida framover skal ha sterkare fokus på å sikra borna sin rettstryggleik.¹

I føreliggjande norske granskingar varierer førekomsten av seksuelle overgrep mot born frå 8-19 % blant jenter og 1-14 % blant gutar.² Granskingane nyttar derimot ulike definisjonar på seksuelle overgrep. Det er vidare uklart kor stor del av dei seksuelle overgrepa som var utført av den eine eller begge foreldra.

Omfanget av vald mot born i heimen er dårleg kartlagt i Noreg. Det finst i det heile få brukbare registertal om temaet. Tal meldingar for vald mot born i Hordaland er meir enn dobla sidan 2006.³ Det er derimot grunn til å tru at mørketala er store.

Røde Kors har estimert at opptil 100 000 barn har opplevd vald i heimen, og at kvart femte barn i kortare eller lengre tid har opplevd å leva i eit utrygt heimemiljø.⁴ Ein

¹ Kap.8.

² Barne – og familiedepartementet: Strategi mot seksuelle og fysiske overgrep mot barn (2005-2009) s.11.

³ Bergens Tidende 07.11.2009.

NOVA-rapport frå 2006 viste at over 80% av dei 7033 19-åringane som blei spurde, aldri hadde blitt utsett for fysisk vald gjennom oppveksten. 2% blei slått hyppig. Dei resterande 18% viste i stor grad til einskildhendingar.⁵

Røde Kors sin bruk av talmateriale er møtt med vesentleg skepsis i fagmiljøet. Ein av forskarane bak NOVA-rapporten, Svein Mossige, uttalte til Bergens Tidende den 22.08.2009 at han ikkje kan gå god for tala som Røde Kors opererer med.⁶ Thomas Haaland, ein av forfattarane bak rapporten som Røde Kors byggjer uttalane sine på, seier i same artikkel at ein ut frå forskingsmateriale ikkje kan slå fast at kvart femte barn lever i utrygge heimar. Han hevdar at ”... forekomsten av vold i norske familier er betydelig, men volden det refereres til har ofte funnet sted flere år tilbake i tid”.

Per Øystein Steinsvåg ved Alternativ til vold presiserer i BT-artikkelen at talmaterialet sjølvsagt vil variera om ein definerer vald som det å rista i eit barn eller skremma det, i motsetnad til å utsetja det for fysisk valdsbruk. Den manglande bruken av ein felles definisjon i granskingane av vald, so vel som seksuelle overgrep, synast å vera ein medverkande årsak til at ein ikkje har betre oversikt over omfanget.

Vald og overgrep mot born er straffbart, også mot egne born.⁷ Problemstillinga for denne oppgåva er derimot om den forelderen som sjølv ikkje har utøva vald og overgrep mot barnet, kan bli dømd etter ein regel som straffar vald mot barn, fordi han har halde seg passiv. Oppgåva inneheld ei rettsdogmatisk drøfting av rettskjeldefaktorane for å

⁴ Tala byggjer på Thomas Haaland og Sten Erik Clausen sin rapport om «Vold i parforhold - ulike perspektiver», som baserer seg på data frå «Undersøkelse om trygghet i hverdagen», gjennomført av SSB saman med NIBR og NTNU.

⁵ NOVA Rapport 20/07: Vold og overgrep mot barn og unge (2007)

⁶ <http://www.bt.no/nyheter/innenriks/faktasjekk/Et-av-fem-barn-kjenner-seg-utrygge-hjemme-paa-grunn-av-rus%2C-vold-og-psykiske-lidelser-907438.html>

⁷ Pkt.1.2.

fastsetja gjeldande rett. Dansk rett vert her nytta som ei samanlikning av korleis norsk rett er.

I norsk rettspraksis er det avsagt to underrettsdommar om medverking til vald mot barn. Dommar frå underretten har ikkje rettskjeldeverdi, men i diskusjonen kring medverkingsansvaret kan praksisen likevel vera relevant som illustrasjonsmateriale og som argument for kva som utgjer ein god regel.⁸ Der det ikkje er klare haldepunkt for rettstilstanden i lovtekst og rettspraksis, diskuterer ein innanfor den rettsdogmatiske drøftinga av gjeldande rett rettskjeldefaktoren reelle omsyn. Oppgåva vil soleis på einiskilde punkt koma med tilrådingar om korleis retten bør vera.⁹ Dansk rett vil nyttast som argumentasjon for denne drøftinga.

1.2 Avgrensing til brotsverk som inneheld vald og andre overgrep

Born må ikkje bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at barnet si fysiske eller psykiske helse vert skadd eller sett i fare, jfr. barnelova §30 tredje ledd.

Spørsmålet er kva brotsverk som vert omfatta av oppgåva sitt tema. I høve fysiske overgrep mot born er det særleg brotsverka sanksjonert i strl.§228 om lekamskrenking, strl.§229 om lekamsskade, og strl.§219 om sokalla familievald, som har hovudfokus.

Strl.§228 fyrste ledd straffar den som ”øver Vold” mot ein annan sin person eller på annan måte ”fornærmer ham paa Legeme”. Ordlyden tek sikte på vald som er øva ved ei aktiv handling mot offeret. Straffebodet rårar også den ”som medvirker her til”.

⁸ Bernt og Sæther Mæhle s.92.

⁹ Der rettsregelen er uklar eller mindre fastspikra, kan synspunkt på kva som gjev ein fornuftig og rettviss regel (”reelle omsyn”), bli avgjerande for korleis ein i siste instans vel å forstå gjeldande rett, jfr. Bernt og Sæther Mæhle s.21.

Strl.§229 fyrste ledd held fram straff for den som ”skader en anden paa Legeme” eller medverkar til det.

Familievaldparagrafen i strl.§219 fyrste ledd definerer valdshandlinga som å ”true, tvinge, begrense bevegelsesfriheten til, utøve vold mot eller på annen måte krenke, grovt eller gjentatt mishandler”. I fylgje forarbeida dekkjer alternativa handlingane som vert råka av straffelova sine reglar om lekamskrenking (strl.§§ 228-231).¹⁰ I høve til alternativet ”annen måte krenke” eksemplifiserer forarbeida med brot på besøksforbod, mangelfull omsorg og andre seksuelle krenkingar.¹¹

Vidare må overgrepa etter strl.§219 fyrste ledd vera påført mot visse opprekna personar. Til dømes eige barn, tidlegare, eller noverande ektefelle sin slektning i rett nedstigande line, nokon i husstanden eller ”noen i [hans] omsorg”.

Etter tredje ledd straffast medverking ”på samme måte”. I fylgje forarbeida tek formuleringa sikte på *”en liten utvidelse i forhold til gjeldende rett, der bare medvirkning i form av forledelse eller tilskyndelse rammes”*.¹² Etter dette omfattar strl.§219 alle former for medverking.

I det vidare vil vald og andre fysiske overgrep mot born, samt seksuelle overgrep, ha fokus. Aktuelle grunnlag for straffansvaret for seksuelle overgrep er strl.§§195-201. Ut frå straffelova §205 råkar desse straffeboda også medverking.

Vald og andre overgrep mot barn er soleis kriminalisert i strl.§§228, 229, 219 og 205, jfr.§§195-201. Spørsmålet i oppgåva er om den forelderen som sjølv ikkje utfører vald

¹⁰ Ot.prp.nr.113 (2004-2005) s.47.

¹¹ Ot.prp.nr.113 (2004-2005) s.47.

¹² Ot.prp.nr.113 (2004-2005) s.47.

og andre overgrep, men som ikkje grip inn mot at partnaren gjer det mot barnet, kan få straffansvar i medhald av medverkingstillegga til desse straffeboda.

1.3 Ulike former for medverking

Tradisjonelt kan medverkingshandlingane inndelast i fysisk og psykisk medverking. Mor medverkar fysisk om ho til dømes held barnet fast medan far påfører det skade.

Psykisk medverking føreligg der medverkaren påverkar hovudmannen sin motivasjon for å utføra handlinga. Mor blir til dømes oppmoda av far om å straffa barnet for å oppdra det. Soleis vil bistanden også auka hovudmannen sin motivasjon for å utføra den straffbare handlinga.

Det er semje i juridisk teori om at passivitet i enkelte høve kan medføra medverkingsansvar. Det er derimot ulike syn på om dette er naturleg å rekna som ein eigen kategori av medverking.¹³

Straffeboda i strl.§§219, 228, 229 og 205, jfr. §§195-201, held fram straff for den som ”medvirker” til vald og andre overgrep.¹⁴ Ordlyden tilseier at straffeboda kriminaliserer alle former for medverking. Dei andre rettskjeldefaktorane vert i det vidare granska for å avgjera om passivitet i høve familievald kan medføra straffansvar etter desse reglane.

¹³ Pkt. 2.1.2 flg.

¹⁴ Strl.§219, tredje ledd kriminaliserer ”Medvirkning”.

2 Rettslege utgangspunkt

2.1 Norsk rett

2.1.1 Lovtekst

I medhald av legalitetsprinsippet sitt krav om lovheimel, kan ei unnlating berre straffast om den vert omfatta av ordlyden i ei gjerningsskildring i straffelova.

Det føreligg inga ålmenn lovfesta plikt til å hindra at det oppstår skade for andre i norsk rett. Ved å lovfesta enkelte hjelpeplikter, forbyr derimot straffelova direkte ein del unnlatingar. Har ein omsorgsplikt for born, kan ein til dømes straffast for å ha etterlete dei i hjelpelaus tilstand, jfr. strl.§242. Straffebodet er eit døme på eit ekte unnlatingsdelikt.¹⁵

Ei rekkje straffebod kan tolkast slik at ordlyden òg råkar unnlatinga. Om lova held fram straff for den som ”volder”, ”bevirker” eller ”medvirker” til eit resultat, er gjerningsskildringa primært retta mot aktive hovudhandlingar. Ordlyden kan derimot tolkast konkret til også å medføra straff om resultatet inntreer som fylgje av ei unnlating. Ein talar då om uekte unnlatingsdelikt. Spørsmålet her er soleis i kva utstrekning medverkingstillegga i strl.§§228, 229, 219 og 205, jfr. 195-201 kan fungera som uekte unnlatingsdelikt.¹⁶

¹⁵ Ettersom strl.§242 her identifiserer den handleplikta det er straffbart ikkje å oppfylla, talar ein om ekte unnlatingsdelikt.

¹⁶ Husabø s.174.

2.1.2 Juridisk teori

I juridisk teori er det semje om at å vera tilstades og forholda seg passiv når ei aktiv hovudgjerning blir utført, i utgangspunktet ikkje er straffbart.¹⁷ I samsvar med rettspraksis er det derimot gjort unntak frå dette der unnlatinga er sett som like straffverdig som hovudhandlinga.

Forarbeida til den nye straffelova presiserer at dette gjeld i to hovudtilfelle.¹⁸ For det fyrste om den unnlatande har eit medansvar for korleis situasjonen oppstod eller utvikla seg. Dette er typisk ved at den unnlatande deltok i ei føregåande farevaldande handling som leier til at brotsverket vert utført.

Passivitet kan også medføra straffansvar om ein person ikkje har medansvar for at den farevaldande situasjon utvikla seg til vald og overgrep. Det rettslege grunnlaget for medverkingsansvaret er her langt meir usikkert, og juridisk teori har ulike syn på kva vilkår som må vera oppfylde for at ei slik unnlating skal vera straffbar.

Det er semje om at det må føreliggja ei særleg tilknytning ”*mellom den unnlatende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot*”.¹⁹ Til dømes føl det av Andenæs si unnlatingslære at det er eit generelt krav for ansvar at medverkaren hadde ei særleg plikt til å handla, ut frå ei konkret tilknytning til offeret.²⁰ I høve medverking til vald tek han utgangspunkt i tilfella der barnet blir drepe av den eine av foreldra. Han hevdar at ”*det logiske synes å være, at overalt hvor en passivitet overfor naturens eget utviklingsløp medfører ansvar som forvolder, der medfører en passivitet overfor skadetilføyelse fra en*

¹⁷ Husabø s.174, Andenæs (5.utg) s.327.

¹⁸ NOU.1992.23 s.77

¹⁹ Andenæs: Unnlatelse s.250.

²⁰ Andenæs (5.utg) s.139 flg.

annen ansvar som medvirker".²¹ I fylgje teorien føreset medverkingsansvar for passivitet soleis ei særleg handleplikt. Den legislative grunngevinga for kravet er at den særlege tilknytninga til offeret skapar ei forventning om at medverkaren handlar. Dersom medverkaren derimot reagerer med passivitet, kan det vera grunnlag for straffansvar.

Det er derimot usemje om dei vidare vilkåra for at passivitet i høve vald og overgrep mot born skal utgjera ei straffbar medverking.

Andenæs uttrykkjer at han finn det *"noe tvungent å betegne den rene passivitet som medvirkning"*.²² Han vil *"forbeholde denne subsumsjonen for de tilfelle hvor passiviteten gir uttrykk for et samtykke (er konkludent)"*. Same vilkår vert lagt til grunn ved seksuelle tilnærmingar mot barnet frå ein tredjeperson.

Andenæs stiller soleis opp eit tilleggsvilkår om konkludent passivitet for at medverking til vald og overgrep frå ein person med særleg tilknytning til offeret kan straffast. Den legislative grunngevinga er at *"... Et stilltiende eller uttrykkelig samtykke fra den som har en særlig plikt til å hindre den straffbare handling, betyr at en av de normale hindringer for forbrytelsen er ryddet bort"*.²³

Kravet om konkludent samtykke må seiast å henga saman med Andenæs sitt generelle syn på at passivitet er ei form for psykisk medverking.²⁴ Passiviteten må styrka hovudmannen sitt forsett til å utføra handlinga, og må kunna reknast som ein medverkande årsak til det som skjedde.²⁵ Han hevdar at *"Det må være nok til å gjøre*

²¹ Andenæs: Unnlatelse s.350.

²² Andenæs: Unnlatelse s.351.

²³ Andenæs (5.utg) s.329.

²⁴ Andenæs (5.utg) s.329.

²⁵ Andenæs (5.utg) s.326.

*ham ansvarlig at han overfor den skyldige gir uttrykk for at han ikke har noe imot handlingen”.*²⁶

Etter Andenæs sitt syn føreligg det objektivt sett ei tilskynding om passiviteten til vald mot barnet kunne oppfattast som eit konkludent samtykke hjå den som utøver valden. Passiviteten blir då eit ledd i det medverkande årsaksforholdet.

Vidare går det implisitt fram av skiljet mellom den objektive gjerningsskildringa og forsettskravet i strl.§40 fyrste ledd at forsettet må omfatta alle objektive vilkår for straff.²⁷ Den passive har soleis forsett til sitt eige bidrag til overgrepet om han såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at passiviteten hans vart oppfatta som eit konkludent samtykke. Om det føreligg konkludent samtykke frå forelderen, vil passiviteten etter Andenæs sitt syn tilfredsstillast dei objektive og subjektive vilkåra for psykisk medverking.

Føreligg det ikkje konkludent samtykke nøyer Andenæs seg med ansvar etter ei utvidande tolking av strl.§242 og §243. Den legislative grunngevinga er at ettersom det etter desse reglane er straffbart å overlata barnet til *”de ubestemte farer som den hjelpeløse tilstand innebærer”*, kan det ikkje *”være mindre straffbart å overlata det til den direkte tilintetgjørelse”* ved eit overgrep frå ein valdeleg forelder.²⁸ Andenæs ser det som òg ein del av foreldreansvaret å avverja at barnet skadar seg sjølv.²⁹

Oppsummeringsvis held Andenæs fram som objektive vilkår for medverkingsansvaret at det føreligg ei særleg handleplikt til å avverja mishandlinga, og at den valdelege

²⁶ Andenæs (5.utg) s.329.

²⁷ Andenæs (5.utg) s.221.

²⁸ Andenæs: Unnlatelse s.351.

²⁹ Andenæs: Unnlatelse s.353.

forelderen oppfatta passiviteten som konkludent. I tillegg må den passive reint subjektivt ha sett det som sikkert eller overvegande sannsynleg at passiviteten nettopp blei oppfatta som eit konkludent samtykke til overgrepet.

Bratholm uttalar generelt at tilsynsplikta overfor ein person kan gå so langt at den som forsømmer denne plikta, kan bli straffa på lik line med den som aktivt valdar skade mot personen han har tilsyn med.³⁰ Han nøyer han seg så med å poengtera at det finst lite rettspraksis på området, og at det avgjerande er om passiviteten omfattast av den naturlege forståinga av ordlyden i det aktuelle straffebodet. Om problemstillinga hevdar han, som Andenæs, at *”av omsorgsplikten følger også plikt til å hindre at den man har omsorg for skader seg selv”*. Slutningar utover at det også må leia til ei handleplikt for å hindra at andre skadar barnet, er det vanskeleg å trekkja frå Bratholm sine utsegner om temaet.

Blant forfattarane i norsk juridisk teori står Husabø for den mest omfattande framstillinga av det passive medverkingsansvaret ved vald og overgrep mot born.

Slik Husabø ser det, er den legislative grunngevinga for medverkingsansvaret at *”... når den juridiske teorien legg til grunn at foreldre kan bli haldne ansvarlege for ein skade som barnet tilfører seg sjølv, er det naturleg at dei også kan bli medansvarlege ved ei grov forsøming av å verna barnet mot alvorlege integritetskrenkingar frå tredjemenn”*.³¹ Omsynet bak ansvaret er soleis ikkje mindre tungtvegande om integritetskrenkinga er utøvd av ein valdeleg forelder.

Han vil ikkje byggja straffansvaret på at den passive med sin handlemåte har påverka hovudmannen sin motivasjon. Slik han ser det, kan det føreliggja medverkingsansvar

³⁰ Bratholm s.356-358.

³¹ Husabø s.188.

sjølv om det ikkje har vore tid eller rom for nokon kommunikasjon mellom partane: ”*Ein rusa mann har t d fått eit slik ukontrollert raseriutbrot at kona berre kan avverja ei ugjerning mot barnet ved å få barnet ut av huset*”. Husabø avviser med dette kravet om konkludent samtykke, og hevdar at vilkåret byggjer på Andenæs si generelle forståing av passivitet som ei form for psykisk medverking.³² Andenæs byggjer ansvaret på kva den passive har gjort, altså aktiv medverking (psykisk medverking), medan Husabø spør kva den passive burde ha gjort (passiv medverking).³³ Andenæs sitt krav om konkludent samtykke og Husabø sin teori let seg soleis ikkje foreina.

Etter Husabø sitt syn er det aktuelle spørsmålet om den passive forelderen kan *klandrast* for at han ikkje greip inn mot overgrepet.³⁴ I vurderinga tek Husabø utgangspunkt i tre vilkår.

For det fyrste må den passive ha ei særleg plikt til å gripa inn mot overgrepet.³⁵ Det naturlege utgangspunktet for tilknytninga mellom offer og den passive er omsorgsansvaret. Det ”*veg so tungt at foreldre bør ha plikt til å avverja alle typar alvorlege integritetskrenkingar mot barnet*”, altså ikkje minst der overgrepet vert utført av ein person med ei slik nær tilknytning til barnet.

Husabø stiller vidare vilkår om at det føreligg hindringssamanheng mellom brotsverket og den alternative handlinga som medverkaren skulle føreteke seg.³⁶ Karakteren av den alternative handlinga er her i fokus. Unnlatinga frå den passive står i hindringssamanheng med resultatet om den alternative handlinga anten fysisk eller

³² Husabø s.187.

³³ Husabø s.198.

³⁴ Husabø s.178 flg.

³⁵ Husabø s.188.

³⁶ Husabø ser hindringssamanhengen som ei særeiga form for årsakssamanheng, jfr. s.59. Samanhengen er av hypotetisk karakter. Uttrykket er henta frå Nygaard s.326-328 jfr. 209.

psykisk ville hindra eller motverka handlinga frå den aktive parten. Fyrst då vil unnlatinga vera ein medverkande årsaksfaktor til at brotsverket skjedde, og årsakskravet slik det gjer seg gjeldande ved passiv medverking vil då vera oppfylt.³⁷ Den legislative grunngevinga for vilkåret er at ”den som korkje i ord eller handling kan motverka eit brotsverk, bør heller aldri bli trekt til ansvar for unnlatinga av å forsøka på det”.³⁸ Underteikna vel å kalla dette det absolutte momentet i vilkåret om hindringssamanheng.

Det siste vilkåret er at det var *mogleg* og *rimeleg* å krevja utføring av den alternative handlinga.³⁹ Den passive part blir gjenstand for ei normativ vurdering av om det førelåg særlege omstende slik at den alternative handlinga ikkje kunne krevjast utført av medverkaren. Dette må vurderast konkret, men Husabø eksemplifiserer med at valet av den alternative handlinga medførde ”fare for liv og helse” for medverkaren, var særleg ”anstrengande eller omfattande”, ville ”medføra særlege kostnader” eller ”vil[le] innebera sjølvinkriminering”. Underteikna definerer vilkåret som det relative momentet i hindringssamanhengen.

Andenæs uttrykkjer at ”forutsetningen for at en unnlåtelse skal betraktes som årsak til resultatet, er selvsagt at den unnlåtende hadde mulighet for å avverge resultatet”.⁴⁰ Frå den passive vil ingen krevja det umoglege. Han uttrykkjer derimot at ein ”... vil bare betegne unnlåtelsen som årsak hvor en etter livets vanlige regel kunne ha en større eller mindre forventning om handling”. Også han legg soleis opp til ei viss normativ vurdering. Andenæs blandar bevisføringa kring om det faktisk var mogleg å hindra brotsverket saman med ei skjønnsmessig vurdering av om handleplikta gjorde til at ein

³⁷ Husabø s.184.

³⁸ Husabø s.185.

³⁹ Husabø s.198.

⁴⁰ Andenæs (5.utg) s.138.

burde handla.⁴¹ Husabø hevdar at ein derimot bør halda grunnkravet om kausalitet og dei normative tilleggsvurderingane frå kvarandre.⁴²

Forsettet må omfatta alle objektive vilkår for straff. Medverkaren må for det fyrste ha *forsett til at partnaren kjem til å fullføra brotsverket*.⁴³ Det avgjerande er om den passive forelderen såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at den andre ville påføra barnet vald eller andre overgrep.

Vidare må den passive ha *forsett om at hans eigen passivitet står i eit medverkande årsaksforhold til overgrepet*.⁴⁴ Som helde fram ovanfor, hevdar Andenæs at det her vert avgjerande om den passive kjenner til at passiviteten hans verka som eit konkludent samtykke. Husabø sin teori føreset derimot at den passive kjenner til at han har tilknytning til barnet, og at det førelåg handlingsalternativ som var rimeleg å krevja, og som kunne hindra eller motverka overgrepet. Ettersom vilkåra for straff i passivitetstilfella skil seg i so stor grad frå vilkåra for straff for psykisk medverking, er det etter Husabø sitt syn naturleg å sjå passivitet som ein eigen kategori av medverking – sokalla passiv medverking. Slik han ser det, har *”passiv medverking ... ein vesentleg annan normativ struktur enn psykisk medverking”*.⁴⁵

Krava til handleplikt, samt absolutt og relativ hindringssamanheng, som etter Husabø sin teori er avgjerande for at passiviteten skal vera straffbar medverking, har vore strukturert på tilsvarande vis i norsk underrettspraksis.⁴⁶

⁴¹ Andenæs (5.utg) s.138 flg.

⁴² Husabø s.185. Jfr. kap.5 nedanfor.

⁴³ Husabø s.239.

⁴⁴ Husabø s.240.

⁴⁵ Husabø s.180.

⁴⁶ Oslo Tingrett av 13.01.2010.

Husabø har utvikla sin teori i samsvar med dansk rettspraksis om temaet.⁴⁷ Etter hans syn finst det ikkje vesentlege skilnader mellom norsk og dansk rett som skulle leia til at ei sak om passiv medverking til vald og overgrep skulle få ulikt resultat i dei to landa.

2.2 Dansk rett

2.2.1 Lovtekst

Den danske foreldreansvarsloven §2, stk.2 held fram at foreldre har plikt til å verja barnet mot fysisk vald og annan krenkjande handsaming.

Sanksjonering av vald og overgrep som hovudgjerning er i den danske straffelova spreidd over fleire paragrafar. Rettspraksis som vert trekt fram i denne oppgåva viser at den valdelege og den passive parten i utgangspunktet har vore tiltalt etter strfl.§244 om lekamsskade ("Den, som øver vold mod ... en andens legeme...") eller strfl.§245 om lekamsangrep ("Den, som udøver et legemsangreb af særlig rå, brutal eller farlig karakter eller gør sig skyldig i mishandling..."), jfr. strfl.§23. Ved enkelte høve har medverkaren blitt tiltalt etter strfl.§237 om "manddrab", strfl.§213 om vanrøkt og strfl.§250 som forbyr å setja nokon i hjelpelaus tilstand. I høve seksuelle overgrep framstår strfl.§210 og §§222-225 som dei mest relevante rettslege grunnlaga.

Strfl.§23 fyrste ledd, fyrste punkt presiserer at einkvar straffetrugsel i lova også omfattar den som med "tilskyndelse, råd eller dåd" har medverka til hovudgjerninga. Det føreligg soleis ein generell medverkingsregel i dansk rett. Definisjonane på fysisk og psykisk medverking samsvarar i stor grad med den norske terminologien.⁴⁸ I medhald av ei rekkje dommar frå rettspraksis vil ordlyden på visse vilkår også omfatta medverking

⁴⁷ U.1975.1098.V, U.1938.964.Ø, U.1998.545.H, U.1966.865.V.

⁴⁸ Greve og Vestergaard s.161.

ved passivitet.⁴⁹ Den aktuelle rettslege problemstillinga er om ordlyden ”tilskyndelse, råd eller dåd” i strfl.§23 omfattar at den passive forelderen i det konkrete tilfellet ikkje grip inn mot vald og overgrep mot barnet.

2.2.2 Juridisk teori

Det går fram av juridisk teori at passivitet kan medføra medverkingsansvar i tre typetilfelle.⁵⁰ For det fyrste der medverkaren har delteke i ei føregåande farevaldande handling. Vidare der den unnlatande utan forsett til vald har vore med på å lokka offeret inn i ein situasjon som utviklar seg til dette. Til sist har ein dømd for medverking også i tilfelle der medverkande ikkje hadde ansvar for situasjonen som oppstod, men får ansvar fordi ein vel å bli på staden sjølv om valden held fram.⁵¹ Som i norsk rett, vil medverking til vald og overgrep mot barn naturleg klassifiserast som ein del av sistnemnde typetilfelle.

Vagn Greve omtalar problemstillinga om unnlatingar generelt kan utgjera straffbar medverking.⁵² Det er eit vilkår at det er ei særleg tilknytning mellom ”den undlatende og interessekrænkelsen”. Han hevdar at ”... *Det gør, at disse udvidende fortolkninger [av uægte undlatelsesdelikt] ikke mindst er aktuelle inden for familier...*”. Han krev soleis at det føreligg ei særleg handleplikt for medverkingsansvar til vald og overgrep.

Vidare held han fram at det er ”*kun de særligt forkastelige undladelser, der kan straffes efter en handlingsbestemmelse*”. Det vert hevda at når ein ”*uden udtrykkelig lovstøtte vil straffe en undlatelse, må den også derfor have samme strafværdighed*” som dei

⁴⁹ M.a. dommen i U.1984.338H.

⁵⁰ Toftegaard Nielsen (festskrift) s.600-602.

⁵¹ U.1996.1638.H.

⁵² Greve s.94 flg.

aktive handlingane straffebodet sanksjonerer.⁵³ Han refererer så frå dommen i U.1998.545.H, utan å ta nærare stilling til om han er samd i vilkåra som retten stiller opp for passivt medverkingsansvar. Utover at han stiller vilkår om handleplikt, er det soleis vanskeleg å trekkja slutningar frå Vagn Greve om medverkingsansvaret til vald og overgrep mot born i dansk rett.

Møller-Sørensen omtalar heller ikkje temaet konkret. Det er derimot klart at ho stiller vilkår om ei særleg handleplikt om ein skal straffa passivitet generelt.⁵⁴

Ho hevdar at sjølv der overgrepet skjer i eit avgrensa tidsrom, må det stillast krav om at det er mogleg å reagere. Ut frå det allminnelege strafferettslege prinsipp om at ingen er forplikta til det umoglege, og i samsvar med at også Andenæs stør dette, anerkjenner ho Husabø sitt vilkår om at det må føreliggja ei mogleg alternativ handling som kunne hindra eller motverka overgrepet.⁵⁵

I høve til vilkåret om konkludent passivitet, hevdar Møller-Sørensen at straffansvaret har heimel i ordlyden i strfl.§23 om ein grunnar det på korleis passiviteten påverkar gjerningsmannen sitt sinn, ”... *idet passiviteten [må] betegnes som en form for ”tilskyndelse”*”.⁵⁶ Sjølv om kravet om konkludent passivitet har fått lite oppslutnad i rettspraksis, kan det neppe takast til inntekt for at det ikkje er eit krav om at passiviteten kan tolkast som ei form for tilskunding, hevdar ho.⁵⁷ Det kan ikkje bli tale om medverking om det ikkje førelåg ”*en eller anden form for forbindelse mellom den handlende og den passive*”.

⁵³ Vagn Greve s.95.

⁵⁴ Møller-Sørensen s.290 flg.

⁵⁵ Møller-Sørensen s.291.

⁵⁶ Møller-Sørensen s.290.

⁵⁷ Unntaket er Invalidedommen i U.1996.1638.H, jfr. Møller-Sørensen s.290.

Slik ho ser det kan passiviteten oppsummeringsvis straffast etter strfl.§23 om vilkåra om ei særleg handleplikt, at det var mogleg å hindra eller motverka overgrepet, og at det førelåg konkludent samtykke, som blei oppfatta av den valdelege og bevisst gitt av den passive, er oppfylt. Som fylgje av *"en tilbageholdende tiltalepraksis"* hevdar ho at spørsmålet om kva reaksjonsevne det er mogleg og rimeleg å krevja av den passive part i mykje mindre grad enn i norsk rett er sett på spissen i dansk rettspraksis.⁵⁸ Dette blir det ikkje teke vidare stilling til i artikkelen hennar.

Toftegaard Nielsen står for dansk rett si mest omfattande framstilling av straffansvaret for forelder som ikkje grip inn mot overgrep mot barnet. I samsvar med rettspraksis, held han fram tre vilkår for at passivitet til vald og overgrep kan medføre medverkingsansvar i dansk rett; det *"... må kræves, at hun har en handlepligt, at det er mulig for hende at hindre volden, og at hendes undlatelse vurderes som ligeværdig med aktiv handling"*.⁵⁹

For det fyrste må det føreliggja ei tilknytning mellom den passive og offeret som er so sterk at den utløyer ei plikt til å gripa inn mot overgrepet. Sjølv om det no går fram av foreldreansvarsloven §2 stk.2, føl dette allereie av sedvane. Foreldreansvar er soleis tilstrekkeleg for å oppfylla dette vilkåret. Han hevdar at dansk rettspraksis soleis viser klart at passivitetsansvaret her er strengare enn i dei tilfella der ein har medansvar for at ein farleg situasjon har oppstått.⁶⁰ Han ser det slik at i sistnemnde tilfelle kan medverkaren forlata staden, og unngå ansvar. I høve vald mot born er det derimot *"ikke samfundets mening, at moderen blot skal gå ud af stuen, når samleveren skal til at banke hendes børn. Her kræves, at hun reagerer aktivt over for samleveren"*.⁶¹

⁵⁸ Møller-Sørensen s.291.

⁵⁹ Toftegaard Nielsen s.202.

⁶⁰ Han viser til dommane i U.1938.964.Ø, U.1975.1098.V og U.1982.951.Ø, jfr. Toftegaard Nielsen s.200.

⁶¹ Toftegaard Nielsen s.200.

Vidare meiner han, som Husabø, at det er eit vilkår for ansvar at det fanst ei mogleg handling som etter sin karakter ville hindra eller motverka overgrepet. I høve til vilkåret om at passiviteten skal kunne sidestilla med aktiv handling, ser Toftegaard Nielsen dette som eit spørsmål om handleplikta sin normative karakter; spørsmålet om *”hvor meget vil man forlange, hvor meget er muligt og hvor hurtigt skal det reageres”*.⁶² Han ser det soleis som eit vilkår for ansvar at det var rimeleg å krevja at den passive valde den alternative handlinga. Sjølv om Toftegaard Nielsen ikkje eksplisitt definerer dette som eit krav om hindringssamanheng, er det på det reine at momenta fullt ut samsvarar med vilkåra oppstilt i Husabø sin teori.

Slik strukturering av vilkåra for medverking til vald mot barn har også vist seg i nyare dansk rettspraksis.⁶³ Slik Toftegaard Nielsen framstiller medverkingsansvaret, vil vilkåra for medverking til vald og overgrep mot born i dansk rett falla saman med vilkåra som Husabø har oppstilt for norsk rett. Toftegaard Nielsen legg som utgangspunkt dei same vilkåra til grunn for å statuera medverking til seksuelle overgrep.

Sjølv om Toftegaard Nielsen ser desse tre vilkåra som forankra i gjeldande dansk medverkingslære, uttalar han seg derimot om Andenæs sitt krav om konkludent samtykke. Han hevdar at dette er sentralt i spørsmålet om passiviteten i det heile er omfatta av ordlyden i strfl.§23.⁶⁴

I det vidare vil norsk rett verta analysert med sikte på å finna fram til grensene for medverkingsansvaret i gjeldande rett. Drøftinga tek utgangspunkt i vilkåra oppstilt hjå Husabø. Dei tre objektive vilkåra om handleplikt, absolutt og relativ

⁶² Toftegaard Nielsen s.195.

⁶³ U.1998.545.H.

⁶⁴ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.602 flg. For meir drøfting av spørsmålet, jfr. nedanfor i kapittel 4.

hindringssamanheng, samt subjektivt krav om forsett til dei objektive vilkåra vil soleis leggjast til grunn for den rettsdogmatiske diskusjonen i kapittel 3 til 7. Moment frå dansk rettspraksis, samt Toftegaard Nielsen sin teori, vil bli nytta som samanlikning i diskusjonen av grensene for ansvaret, og som argumentasjon av kva som utgjer ein god regel der norsk rett er uklar.

3 Forsett til at den andre vil utføra vald og overgrep mot barnet

3.1 Innleiing

Forsettet må dekkja alle dei objektive vilkåra for straff.⁶⁵ I høve spørsmålet om medverking må den passive soleis ha forsett om at partnaren kjem til å fullføra valdshandlinga. Den som ikkje kjenner til at partnaren vil øva overgrep mot barnet, kan heller ikkje hindra eller motverka at det skjer. Soleis kan det vera omsynsmessig å rydda vekk det subjektive kravet om fullbyrdingsforsett hjå den passive til den andre sitt overgrep innleiingsvis. Fyrst då er det aktuelt å drøfta om det føreligg forsett til eige bidrag til valden, altså om ein kan straffast for å halda seg passiv trass i at det førelåg handleplikt og hindringssamanheng.

Vurderingstema er om den passive forelderen såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at den andre ville påføra barnet vald eller andre overgrep.

3.2 Kasuistikk

Dommen i LG.2001/1560 kan nyttast som illustrasjon på vurderinga av fullbyrdingsforsettet. To sambuarar var tiltalt for omfattande mishandling av deira 3 månader gamle dotter, som leidde til at ho døyde. Tiltalen mot dei to lydte på vanrøkt og mishandling etter strl.§219, fyrste ledd, andre straffalternativ jfr. andre ledd, samt lekamsskade etter strl.§229, fyrste straffalternativ.

Den sakkyndige uttalte til byretten i høve skadene at *”det med svært stor sannsynlighet har vært øvet grov, repetert vold”* mot barnet.

⁶⁵ Strl.§§40 fyrste ledd jfr. 42 fyrste ledd. Forsettet må dekkja fylgjer av den straffbare handlinga, samt øvrige gjerningsvilkår. Dette føl av det allminnelege dekningsprinsippet i strafferetten, jfr. m.a. Husabø s.239 flg.

Retten festa ikkje lit til mora si forklaring om at skadane stamma frå at den 1 ½ årige broren til det avlidne barnet ved fleire høve hadde kasta tåteflaska si på ho. Skadane kunne heller ikkje vore påført av utanforståande, då det vidare var klart at foreldra ikkje på noko tidspunkt overlet barnet til nokon andre. I samsvar med dei sakkyndige sine forklaringar såg retten det som bevist at skadane hjå barnet skuldast fysisk mishandling.

Faren vedgjekk at han ved eitt høve sjølv hadde forsett om å valda barnet skade, då han *”ristet/skaket [barnet] kraftig for å få henne til å slutte å gråte”*.

I spørsmålet om dei to sambuarane hadde fullbyrdingsforsett til at den andre ville valda barnet skade, festa byretten lit til faren si forklaring om at begge dei tiltalte var klar over at *”noe hadde skjedd”* då dei observerte skader på barnet. I høve dei mest alvorlege skadane let det seg ikkje individualisera *”hvem av de tiltalte som har utført handlingen”*, og tvilen måtte soleis komma dei begge til gode.

I tilknytning til risteskadene, fann retten at det førelåg fullbyrdingsforsett til den andre sin vald sjølv om det ikkje let seg bevisa kven av foreldra som var den *”umiddelbare gjerningsmann”*. Retten grunn gav dette med at *”ut fra hele situasjonen kunne begge parter forvente voldsanvendelse i form av risting med resultat av skadefølge for barnet”*.

Dommen blei anka. Samtlege av dommarane i lagmannsretten slutta seg til byretten si bevisvurdering. I tilknytning til spørsmålet om fullbyrdingsforsett til den andre sitt overgrep uttrykte fleirtalet at *”begge de tiltalte gjensidig har vært vitne til hardhendt risting av barnet”*. Det avgjerande var at sjølv om den eine ikkje direkte har *”observert enkelttilfeller av den andres mishandling, har hver av dem vært klar over at den fant sted...”* Kvar av foreldra hadde soleis vurdert det som sikkert eller overvegande sannsynleg at den andre ville skada barnet. Det resulterte i 4 års fengsel for begge dei tiltalte etter strl.§219 fyrste ledd.

I dommen frå Oslo Tingrett av 13.01.2010 var eit ungt foreldrepar med utanlandsk opphav tiltalt for vald eller medverking til vald, då dottera og sonen allereie frå 1-årsalderen blei påført lekamsskade etter strl.§229, tredje straffalternativ jfr. §232 og mishandling etter strl.§219 andre ledd jfr. fyrste ledd.

Borna hadde ei rekkje skader. Retten fann det bevist at skadane skuldast ei forsettleg mishandling frå ein eller fleire vaksne gjerningspersonar.

Faren vedkjende i politiavhøyr fyrst fullbyrdingsforsett til eigen vald mot borna og kona. Vedkjenninga blei seinare trekt. Han heldt deretter fast ved at han gjennom utsegn frå borna si mor hadde fått kunnskap om tre av skadetilfella. Skadane på dottera påstod han derimot at han ikkje kjende til.

Mora nekta for å ha påført barna noko form for skade. Etter eige utsegn våga ho fyrst å forklara seg sannferdig om valden etter at ho vart varetektsfengsla og politiet hadde kartlagt overgrepa mot henne. Dei tiltalte sitt ekteskap var arrangert, og ei forklaring ville krenkja familieæra slik at ho frykta å verta drepem om ho vende tilbake til heimlandet. Kona forklarar no at mannen hadde slått henne og borna ei rekkje gonger. Vidare påstod ho også at fetteren til mannen hennar og ekskona hans kunne ha skada borna. Ho heldt også fram at rørslefridommen hennar var avgrensa då ho ikkje hadde eigen nøkkel til leilegheita.

På bakgrunn av forklaringane frå tiltalte og nabovitne, samt telefonloggar, fann retten det prova at *”skadene i hovedsak er oppstått mens barna har vært i leiligheten”* og *”at tiltalte [mora] i all hovedsak har vært tilstede ... under mishandlingen”*. Ut frå ei samla vurdering av bevisa måtte dette til dels også gjelda for faren, *”for eksempel da [sønnen] skadet armen”*. Retten konkluderte med at det på bakgrunn av svært sprikande vitneforklaringar ikkje var råd å peika ut ein eller fleire gjerningsmenn. Retten kunne likevel konstatera foreldra sitt fullbyrdingsforsett til valdsutøvaren sitt brotsverk, då dei måtte rekna det som sikkert eller overvegande sannsynleg at vedkommande ville skada borna.

Underrettspraksisen illustrerer at ein både har brukt sikker observasjon og sterk mistanke om vald som haldepunkt for at den passive såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at den andre ville fullbyrda krenkinga. Kva omstende som gjer til at den passive oppfyller vilkåret om fullbyrdingsforsett til den andre sitt overgrep, må avgjerast konkret for kvart einskild tilfelle.

Til samanlikning har ein i samtlege av dei danske fellande dommane i denne framstillinga konstatert fullbyrdingsforsett til den andre si handling på grunnlag av at vedkommande ”i nogle tilfælde overværet” valden.⁶⁶

Denne formuleringa av forsettet til den andre sin vald er nytta i dommen i U.1998.545.H. Saka blei pådømd i to rettsinstansar, med jursak i Østre Landsret som fyrste instans. Ved Landsretten si handsaming av saka blei mora sin sambuar funnen skuldig i ha påført det 3-årige særkullsbarnet hennar skader etter strfl.§245 ved fire tilfelle av vald. I tillegg blei han dømd etter strfl.§246 for to tilfelle av slag mot barnet, med kraniebrot og død til fylgje. Sambuaren og mora blei i tillegg dømd for brot mot strfl.§250 for å ha unnlate å syta for naudsynt legebehandling til barnet. Begge vart derimot frifunne for tiltaleposten som gjekk på ”manddrab” etter strfl.§237.

I høve dei fire tilfella som kvalifiserte til dom for sambuaren etter strfl.§245, var mor tiltalt for at ho let sambuaren utøva vald mot barnet hennar ”*selv om hun var vidende om og til dels overværede mishandlingen*”. I hennar forklaring til Landsretten går det fram at ho i heile perioden var vitne til ei rekkje avstraffingar av barnet. Ho vedgjekk at ”*hun vidste, at når [samleveren] tog [barnet] ned i kælderen, var det for at afstraffe ham ved at slå*”. Den positive kunnskapen om partnaren sine brotsverk bygde på at mora observerte det fyrste og det andre forholdet av vald mot sonen.⁶⁷

Juryen fann at ho hadde medverka til dei tre siste forholda av vald. Ho blei derimot frifunnen for medverking til det fyrste tilfellet. Juryen si grunngjeving for frifinninga var naturleg nok hemmeleg og er ikkje attgjeve i dommen. Retten konstaterte at det førelåg fullbyrdingsforsett fyrst etter at ho hadde vore vitne til det fyrste forholdet av

⁶⁶ Sitatet er henta frå dommen i U.1975.1098.V, men dommane i U.1938.964.Ø, TfK2009.553 og TfK2009.534 inneheld tilsvarande formuleringar.

⁶⁷ Forklaringa er gjengitt i Høgsterett sitt votum (s.548).

vald. Då såg ho det som sikkert eller overvegande sannsynleg at overgrep ville bli utøva mot barnet.

Saka blei anka til Høgsterett, som slutta seg til at mora ikkje hadde hatt fullbyrdingsforsett til at partnaren øvde vald ved det fyrste forholdet. Ho vart medverkingsansvarleg for dei tre siste tilfella sjølv om ho då ikkje observerte overgrepa.

I saka i U.1982.951.Ø var truleg manglande fullbyrdingsforsett til den andre sin vald grunnlaget for frifinninga av den passive mora. Offeret var mora sitt særkulls barn. I byretten blei sambuaren dømd i medhald av strfl.§244 for tre tilfeller av vald. Retten fann mora skuldig i vanrøkt etter strfl.§213 i høve desse tre forholda. I høve tre tilfelle av mishandling fann retten at ho *”have været vidende om den udøvede vold”* etter strfl.§244 jfr.§23. Mora fekk 3 månaders fengselsstraff for medverkinga.

Dommen blei anka til Landsretten. Handsaminga i ankeinstansen enda med frifinjing for mor. Retten uttrykte at *” Det er uoplyst, hvorvidt og i bekræftende fald i hvilket omfang hun har overværet den af medtiltalte udøvende vold. Hun må antages at have været klar over, at [barnets] læsioner i hvert fald i det væsentlige hidrørte fra vold udøvet af medtiltalte, men den omstændighed, at hun til trods herfor har undladt at gribe ind, findes ikke i sig selv at kunne pådrage hende strafansvar for medvirken til medtiltaltes voldsudøvelse”*. Ettersom dommen ikkje utdjupar kva som har leidd til frifinninga, er det vanskeleg å trekkja generelle slutningar frå den i høve grensene for forsettet. Retten såg det derimot som uklart om, og i so fall på kva tidspunkt, mora observerte vald. Det einaste retten fann bevist var at ho hadde ein sterk mistanke om at skadane stamma frå sambuaren si valdsutøving. Tvilen har soleis kome tiltalte til gode i høve til om ho faktisk var vitne til overgrepet, og at ho då ikkje såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at sambuaren ville utføra vald mot barnet.

Heller ikkje i dansk rett er det noko generelt krav om at den passive har vore tilstades ved valdsutøvinga for at vilkåret om at ein såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at det skulle verta utøvd vald er oppfylt. Slik sistnemnde dom viser, må mistanken derimot vera tilstrekkeleg sterk for at det vert tale om ansvar. Sagt med Toftegaard Nielsen sine ord er det avgjerande at ”... *hun ved, at barnet har været udsat for vold, og ... må antage, at samleveren vil fortsætte*”.⁶⁸

Vurderinga må som helde fram ovanfor ta utgangspunkt i konkrete omstende kring brotsverket. Dette samsvarar med krava i det allminnelege dekningsprinsippet.⁶⁹ Vilkåra for fullbyrdingsforsettet slik det er oppstilt i dansk rettspraksis dannar ein god regel, som bør leggjast til grunn for vurderinga i gjeldande norsk rett.

3.3 Fullbyrdingsforsettet ved seksuelle overgrep

Den som er i villfaring om omstende som er vilkår for straffeskulda kan ikkje straffast.⁷⁰ Om den passive forelderen ikkje kjenner til at den andre utfører seksuelle overgrep, føreligg det ikkje fullbyrdingsforsett. Kunnskap om brotsverket er eit vilkår for medverkingsansvar.⁷¹

Spørsmålet om medverkingsansvar ved seksuelle overgrep frå ein forelder mot eit barn er ikkje drøfta i norsk rettspraksis. Skadeverknadene for barnet ved seksuelle overgrep er derimot om mogleg enno større enn overgrep ved vald. Om den passive forelderen kjenner til overgrepa, må det leggjast til grunn at det eksisterer eit ansvar for den

⁶⁸ Toftegaard Nielsen s.201.

⁶⁹ Utgangspunktet for straff i dekningsprinsippet samsvarar i norsk og dansk rett, jfr. m.a. Møller-Sørensen s.284.

⁷⁰ Strl.§§42 fyrste ledd og 40 fyrste ledd.

⁷¹ Om det allminnelege dekningsprinsippet, jfr. m.a. Husabø s.239 flg.

forelderen som held seg passiv til seksuelle overgrep på lik line med medverkingsansvaret ved vald mot barn.

To dommar frå dansk rettspraksis har statuert fullbyrdingsforsett ved seksuelle krenkingar. I den danske dommen i U.1966.865.V blei ein mann dømd for å hatt samleie, jfr.strfl.§222 jfr.§223, og annan kjønnsleg omgang, jfr. strfl.§224, med si 8 år gamle stedotter. Mora blei dømd for medverking til kjønnsleg omgang, jfr. strfl.§224, til ei straff på 8 månader fengsel.

I høve spørsmålet om mor sitt forsett til at partnaren utøvde annan kjønnsleg omgang enn samleie, vedgjekk ho for retten at ho hadde gitt mannen løyve til å *”indføre sit kønsllem mellem [datterens] lår”*. Til dette overgrepet førelåg det soleis fullbyrdingsforsett til den andre si handling, samt forsett til eige bidrag ved psykisk medverking. Det vert derimot helde fram i dommen at mannen deretter, *”med [konens] viden, og uden at hun skred ind, i fleire tilfælde ... havde anden kønslig omgængelse end samleje”* med barnet. Retten fann det bevist at mora såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at det skjedde overgrep utover dei ho positivt hadde samtykka i, og ho hadde soleis fullbyrdingsforsett til partnaren sine overgrep som skjedde i ettertid. Mora blei derimot ikkje ansvarleg for medverking til valdtekt. Grunnlaget for dette er ikkje nærare kommentert i dommen, men må byggja på at ho ikkje såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at partnaren skulle utøva dei mest alvorlege overgrepa.

I dommen i U.2000.1085.H var ein far tiltalt for incest, samleie og anna kjønnsleg omgang, og sambuaren hans for medverking til dette, jfr. strfl.§222 jfr.§224 jfr.§23. Overgrepa frå faren hadde funne stad mot døtrene i henholdsvis to og fem år, medan jentene var 12-13 og 10-15 år gamle.

Venstre Landsret heldt fram at mora *”have været vidende om og ladet passere og i nogle tilfælde overværet, at ... børnenes far, talrige gange”* hadde utført overgrepa. I tilknytning til overgrepa mot døtrene blei ho dømd på alle punkt, også for tilfelle ho ikkje hadde observert.

Dommane viser at vurderinga av fullbyrdingsforsettet til den andre sitt brotsverk er tilsvarande ved seksuelle overgrep som ved vald. Gjennomgangen av fullbyrdingsforsettet ved vald viste at retten i stor grad unngår vidtgåande spørsmål om det førelåg meir eller mindre sterk mistanke om vald og overgrep hjå den passive. Der den passive har vore til stades når valden har blitt utført, har fullbyrdingsforsettet til den andre si handling fått ein klarare ytre manifestasjon. Bevistekniske omsyn gjer til at retten soleis søkjer å kartleggja om den passive har vore tilstades ved eit eller fleire tilfeller av vald og overgrep.⁷² I medhald av den teknologiske utviklinga er dette ofte enkelt å kartleggja.⁷³

Karakteren av seksuelle overgrep som brotsverk tilseier derimot at det sjeldnare vert tale om at den passive har vore der når krenkinga blei utført. Sjølv om retten søkjer å kartleggja om den passive har vore tilstades, skal spørsmålet om den passive såg det som sikkert eller overvegande sannsynleg at overgrepa kom til å skje like fullt vurderast konkret. Vurderinga av fullbyrdingsforsettet tek soleis utgangspunkt i ei konkretisering av det allminnelege dekningsprinsippet. Etersom prinsippet samsvarar i norsk og dansk rett, er dette ein god regel som bør leggjast til grunn for drøftinga av forsett til medverking til seksuelle overgrep i norsk rett.

⁷² Slik ser også Grothe Nielsen det, jfr. s.56: *"Blandt andet på grund af vanskelighederne med at bevise en viden om overgrebene rejses der tilsyneladende kun tiltale i tilfælde, hvor moderen/stemoderen direkte har overværet dem"*.

⁷³ Toftegaard Nielsen s.602-603.

4 Kravet til handleplikt

Husabø held fram at eitt av hovudvilkåra for medverkingsansvar er at den passive parten hadde ei slik tilknytning til offeret at det kunne stillast opp ei særleg plikt til å gripa inn mot vald og overgrep.⁷⁴

Medverkaren si tilknytning til barnet kan for det fyrste byggja på ein formell rolle som omsorgsperson. I dommen frå Oslo Tingrett den 13.01.2010 sto foreldra tiltalt for vald mot sine biologiske born. Retten presiserte i høve tilknytingskravet at faren hadde, nettopp *”som barnas far og del av husstanden en særleg plikt til å forhindre slik alvorlig mishandling. Dette er en grunnleggende plikt en far har overfor sine barn”*. At begge foreldra i kraft av omsorgsansvaret har handleplikt til å verja born mot vald og overgrep, er ikkje særleg tvilsamt, verken i norsk eller dansk rett.⁷⁵

Spørsmålet er om det ut frå gjeldande rett kan stillast opp ei tilsvarande handleplikt for den som ikkje har formelt omsorgsansvar, men derimot ei reell tilknytning til barnet. Kan ein steforelder som deler husstand med barnet ha plikt til å gripa inn mot overgrep? Og kva om den passive er den valdelege sin kjæraste, som ser barnet med jamne mellomrom? Vert det stilt krav om dagleg samliv med barnet, eller omfattar handleplikta også familiemedlemmer og andre vaksenpersonar, føresett at det føreligg fullbyrdingsforsett til den andre sitt overgrep?

Det er ikkje tvilsamt at handleplikta har si kjerne i dei tilfella der det føreligg formell tilknytning til offeret gjennom omsorgsansvaret.

⁷⁴ Husabø s.175 flg.

⁷⁵ I høve dansk rett, sjå U.1975.1098.V og U.1998.545.H.

Det kan vera vanskeleg å avgrensa kva reell tilknytning som er sterk nok til å utløysa ei handleplikt. Forsettet må her, som elles, dekkja positiv kunnskap om at det førelåg plikt til å gripa inn mot overgrepet.⁷⁶ Den som ikkje kjenner til at ein er forelder til det mishandla barnet, har ikkje forsett om at ein bidrog til valden fordi ein ikkje reagerte etter handleplikta. I høve formell tilknytning kjem problemstillinga sjeldan på spissen. Dersom ein derimot legg opp til at handleplikta også skal omfatta ulike former for reell tilknytning, kan det tenkjast bevismessige utfordringar knytt til om den passive hadde forsett om at det førelåg ei slik handleplikt som ein valde ikkje å etterleva. Rettstekniske omsyn kan soleis tala mot at ein skal la reell tilknytning vera tilstrekkeleg for å utløysa ei plikt til å gripa inn mot overgrep mot born.

Spørsmålet er ikkje omtalt i norsk rettspraksis. I dei danske dommane som omtalar handleplikta, har det ikkje vore tvil om at det førelåg fullbyrdingsforsett. Rettstekniske omsyn har soleis ikkje tala mot å konstatera ansvar i desse sakene.

I dommen i Tfk2000.543 blei ein far og ei stemor dømd, i medhald av henholdsvis strfl.§245 og §244, for valdshandlingar som dei kvar for seg hadde utført mot ei 7-8 år gamal jente. Stemora var òg tiltalt for medverking til valden som faren hadde påført offeret.

Sjølv om det førelåg fullbyrdingsforsett til faren sin vald mot dottera, fann verken byretten eller landsretten derimot grunn for å dømme ho for medverking til vald. Byretten uttala at ”... *Retten finder det overvejende betænkeligt at anse denne tiltaltes utvivlsomme viden om, hvad der foregik, som en strafbar medvirken, jf. straffelovens § 23, uanset at denne tiltalte har et betydelig moralsk ansvar*”. Landsretten slutta seg til byretten sin dom.

⁷⁶ Det doble forsettskravet, jfr. Husabø s. 239.

Barnet og stemora delte her husstand, men retten såg det likevel slik at tilknytninga var for svak. Dommen er svært ordknapp, og det er vanskeleg å tolka om og i so fall kvifor retten såg det slik at stemora ikkje hadde handleplikt.⁷⁷ Om det ikkje førelåg ei særleg handleplikt, er vilkåra for medverking som kjend ikkje oppfylt. Det synast derimot som at retten har avvist medverkingsansvar ut frå ei prinsipiell vurdering av kva personar som kan verta pålagd ei handleplikt i gjeldande dansk rett.

I dommen i TfK2009.553 var ei kvinne tiltalt for å ha påført den 4-årige dottera si vald etter strfl.§245. Kvinna si mor, og soleis *mormor* til offeret, blei dømd i to instansar for medverking til valden som fann stad på ein campingplass medan dei tre var på ferie.

Mormora hadde fullbyrdingsforsett til dottera sin vald mot barnebarnet. Ho hadde derimot ikkje omsorgsansvar overfor offeret. Barnet og mormora delte ikkje husstand, og formuleringane i dommen tilseier at det førelåg ordinær tilknytning mellom dei. Den reelle tilknytninga var derimot sterk nok til å utløysa ei handleplikt. Når dei øvrige vilkåra for ansvaret vidare var oppfylt, kunne mormora dømmast for medverking til vald mot barnebarnet.

Sistnemnde dom viser at reell tilknytning kan utløysa ei handleplikt i dansk rettspraksis, føresett at fullbyrdingsforsett til den andre sitt overgrep er konstatert. Sett i samanheng med frifinninga av stemora som faktisk budde med det valdsutsette barnet, verkar grensene for handleplikta ved reell tilknytning til å vera omstridde i dansk rett. Handleplikta synast å vera avgjort ved ei konkret vurdering.

⁷⁷ Juridisk teori konstaterer frifinninga, men dreg som underteikna elles ikkje slutningar frå den, jfr. t.d. Toftegaard Nielsen (festschrift) s.604.

I vår moderne tid eksisterer det mange ulike familiestrukturar. Foreldreansvaret etter eit samlivsbrot kan fordelast slik at borna i hovudsak eller halvparten av tida bur saman med forelderen sin nye partner. Den reelle tilknytninga mellom barnet og steforelderen kan her vera sterk. Om den eine av foreldra grunna samlivsbrotet ikkje lenger bur saman med den valdelege, kan personar med reell tilknytning vera dei einaste som kan verja barnet mot at forelderen med omsorgsansvar øver vald. Det verkar til at synspunktet er tillagd avgjerande prinsipiell vekt i mormor-dommen. Ut frå rimelegheitsomsyn bør den som har reell tilknytning til barnet generelt ikkje kunna fråskrive seg ei handleplikt om ein er vitne til overgrep.

Målet om å hindra alvorlege integritetskrenkingar mot born bør vega tyngre enn synspunktet om at avgrensinga av reell tilknytning retts teknisk er vanskeleg. Grensene for fullbyrdingsforsett vil falla saman med vurderinga for ein formell omsorgsperson, og dannar soleis ein enkel regel. Det er vidare mogleg å stilla opp nærare kriteriar for når den reelle tilknytninga til barnet er so sterk at den bør medføra ei handleplikt. I nyare tid har lovgjevar til dømes gått langt i å tilleggja sambuarar som lever i eit ekteskapsliknande forhold rettar etter lova. Eit døme på dette er lengstlevande sambuar sin rett til arv og uskifte.⁷⁸ Tillegg ein sambuarar nye lovfesta rettar, tilseier rimelegheitsomsyn at det generelt også kan påleggjast visse plikter.

Den retts tekniske utfordringa ved å la reell tilknytning utløysa handleplikt for sambuande vert vesentleg mindre om ein avgrensar ansvaret i samsvar med definisjonen av personar som "lever saman" i eit "ekteskapsliknande forhold", jfr. mellom anna al.§28a fyrste ledd. Begge vilkår skal avgjerast ved ei konkret heilskapsvurdering av ei rekkje forhold.⁷⁹ Vilkåret "lever saman", slik det er helde fram i arvelova, stiller ikkje krav til at sambuarskapet har hatt ei konkret tidsmessig lengd. Derimot vert det kravd eit

⁷⁸ Arvelova kap.III a.

⁷⁹ Ot.prp.nr.73 (2007-2008) s.46.

permanent samliv i felles bustad, med visse unntak for opphald utanfor heimen, jfr. al.§28a andre ledd. Vilåret er kjønnsnøytralt. Vidare er det avgjerande for om samlivet er ”ekteskapsliknande” at det er etablert eit parforhold eksklusivt mellom to personar, og at partane har innretta seg til dette. I heilskapsvurderinga vert det mellom anna lagt vekt på om partane har felles økonomi og om det har eksistert eit kjenslemessig/sekstelt forhold mellom dei. Definisjonen i arvelova §28a er so vidt fleksibel at den fangar opp spekteret av samlivsformer som eksisterer i eit moderne samfunn. Samstundes inneheld regelen klare vilkår for vurderinga av om sambuarskapet er av ei slik fastleik at det bør medføra rettar etter lova. Regelen er soleis fornuftig og rettsteknisk høveleg, og bør soleis leggjast til grunn for vurderinga av når den reelle tilknytninga til barnet utløyser ei handleplikt for den formelle omsorgspersonen sin partnar.

Det knyter seg derimot større tvil til omfanget av handleplikta ved reell tilknytning til barnet utover dei ekteskapsliknande forholda. Eit generelt vaksenansvar vil rettsteknisk sett vera vanskeleg å avgrensa, og soleis ha ei svakare rettstryggleiksmessig forankring i gjeldande rett. Oppstilling av eit generelt vaksenansvar vert etter dette ikkje tilrådd. Handleplikta sitt omfang må derimot avgjerast ut frå ei konkret heilskapsvurdering. I medhald av omsyna vektlagd i mormor-dommen, bør det leggjast vekt på om det eksisterer biologiske band i tillegg til reell tilknytning til barnet. Rimelegheitsomsyn tilseier at om den faktiske reelle tilknytninga er sterk, byggjer på eit fast kjenslemessig forhold til barnet sin formelle omsorgsperson og er av ei slik tidsmessig varig lengd at det er opparbeidd ein relasjon til barnet, bør det ikkje vera avgjerande om partane bur saman.

Omsynet til rimelegheit og rettstryggleik tilseier at personar som er sambuarar med formell omsorgsperson eller har annan reell tilknytning til barnet på visse vilkår kan ha ei plikt til å gripa inn mot overgrep mot barnet. Om den reelle tilknytninga i det aktuelle tilfelle er sterk nok til å utløysa ei handleplikt, må avgjerast konkret.

5 Vilkår om konkludent samtykke?

Som uttrykt ovanfor, ser Andenæs passivitet som ei form for psykisk medverking. Passiviteten er ikkje straffbar medverking før vilkåra for tilskynding er oppfylt. Det avgjerande er at den valdelege forelderen objektivt sett oppfatta passiviteten frå den andre som eit samtykke til mishandlinga. Den passive hadde forsett til tilskyndinga om vedkommande måtte sjå det som sikkert eller overvegande sannsynleg at passiviteten blei oppfatta som eit konkludent samtykke.

Spørsmålet er om det i gjeldande rett er eit vilkår om at den passive har uttrykt eit konkludent samtykke for å bli medverkingsansvarleg til overgrep mot barnet.

Den legislative grunngevinga for kravet om konkludent passivitet synast å vera svak. Det er fyrst når ein person har tid og rom til å motseia utføringa av eit brotsverk, at passiviteten kan bli tolka som eit samtykke.⁸⁰ Valdssakene sin karakter tilseier at forelderen i visse tilfelle må handla rask for å verja barnet mot overgrep. Omsynet til rimelegheit tilseier at ein bør kunne bli medverkingsansvarleg sjølv om det ikkje har vore moglegheit for kommunikasjon mellom partane.⁸¹

Vidare er det vanskeleg å finna bevis for kva påverking passiviteten faktisk har hatt på den valdelege si handling. I medhald av prinsippet om at tvilen skal koma tiltalte til gode vil mange medverkingstiltalar truleg ikkje føra fram grunna usikkerheita kring om den valdelege oppfatta passiviteten som konkludent då mishandlinga fann stad. Reint retts teknisk utgjer vilkåret om konkludent passivitet soleis ein dårleg regel.

⁸⁰ Husabø s.184.

⁸¹ Husabø s.187.

Dei to norske underrettsdommane illustrerer problemstillinga. I dommen i LG.2001/1560 starta byretten med å slå fast at *”... Medvirkning som ”tilskyndelse” er straffbart*”. Retten klassifiserte medverkingshandlinga som *”en forutgående underforstått avtale om vilje til å delta i alvorlig voldshandling”* mot barnet. Det blir deretter referert til Husabø si framstilling av psykisk medverking.⁸² Lagmannsretten definerte ikkje eksplisitt forholdet som psykisk medverking, men viste til Andenæs sin litteratur om stillteiane samtykke.⁸³ I saka frå Oslo Tingrett av 13.01.2010 formulerte retten dei generelle vilkåra for *”passiv medvirkning”* i samsvar med Husabø sin teori.⁸⁴ Medverkingsansvaret var derimot føresett av at det førelåg *”en aktiv tilskyndelse, av fysisk eller psykisk art ...”*. I medhald av Andenæs sin teori⁸⁵ vert det presisert at *”Passivitet kan ... medføre et medvirkeransvar ... der denne kan oppfattes som et samtykke til at handlingen blir begått”*. Foreldra var skuldige i medverking mellom anna fordi deira *”passivitet er så påtagelig at den i realiteten må oppfattes som en aksept av fortsatt voldsutøvelse... ”*.⁸⁶

Sjølv om retten i tingrettsdommen heldt fram eit hovudspørsmål om det førelåg passiv medverking, inneheld begge dommane formuleringar som tilseier at retten såg passivitetsansvaret som ei form for psykisk medverking. Konkludent passivitet var soleis eit vilkår for ansvar. I bevisvurderinga er det derimot ikkje teke konkret stilling til om den valdelege oppfatta passiviteten som eit konkludent samtykke. Vurderinga er rettsteknisk vanskeleg, og hadde uansett blitt relativt hypotetisk då det ikkje er godtgjort kven som var gjerningsmann og soleis skulle oppfatta samtykket. I begge underrettsdommane blei det i staden bringa inn eit særleg vurderingstema. Retten såg

⁸² Husabø s.132 flg. og s.163 flg.

⁸³ Andenæs (4.utg) s.300.

⁸⁴ Pkt. 2.1.2.

⁸⁵ Andenæs (5.utg) s.329.

⁸⁶ Utsegnet er henta frå dommen i Oslo Tingrett 13.01.2010, men det finst formuleringar i LG LG.2001/1560 som kan tolkast i same retning.

det som avgjerande for ansvar at foreldra hadde *akseptert* vidare valdsutøving mot barnet.

Underrettsdommane illustrerer at ein i gjeldande rett stiller opp eit generelt vilkår om konkludent samtykke, som ein derimot ikkje vurderer i subsumsjonen mot den faktiske situasjon. Formuleringa av akseptkravet resulterer i at retten unngår den *konkrete* vurderinga av om den valdelege har oppfatta passiviteten som eit samtykke. Vidare tilslører ein, at ein ved å stilla spørsmålet om aksept, faktisk føretek ei *normativ* vurdering av om den passive kan klandrast for ikkje å ha gripe inn mot overgrepet.⁸⁷

Tilsvarande tendens er å sjå i dansk rettspraksis. Dommen i TfK2009.553 er eit døme på at konkludent samtykke eksplisitt er helde fram som vilkår for ansvar. Ei mormor blei her dømd i to instansar for medverking til valden som skjedde på ein campingplass medan ho var på ferie saman med dottera og barnebarnet.

Mormora hadde fullbyrdingsforsett til mora sin vald mot barnet. Ho hadde, ved å *”forholde seg passiv under den vold, som [moderen til barnet] har udøvet, stiltiende har støttet [hende] heri”*. Retten konstaterte implisitt at vilkåret om konkludent samtykke var oppfylt, men gjekk ikkje inn på om mora faktisk oppfatta mormora sin passivitet som konkludent.

Toftegaard Nielsen har for dansk rett sitt vedkommande stilt opp same vilkår for medverkingsansvaret som vilkåra som føl av Husabø sin teori, og har soleis avvist Andenæs sitt krav om konkludent samtykke.

⁸⁷ Toftegaard Nielsen held fram at formuleringa av akseptkravet har same føremål i dansk rett, jfr. Toftegaard Nielsen s.202 jfr. Toftegaard Nielsen (festskrift) s.603.

Kravet om konkludent samtykke har ei djupare rettskjeldemessig grunngeving i dansk enn i norsk rett. Toftegaard Nielsen hevdar at eit vilkår om konkludent samtykke er relevant for om passiviteten i det heile er omfatta av ordlyden i strfl.§23.⁸⁸ Ei naturleg forståing av ordlyden i strfl. §23, ”tilskyndelse, råd eller dåd”, tilseier at det må ha skjedd ei tilskynding for kunne dømma den passive for medverking. Mormor-dommen har tolka denne ordlyden og formulert vilkåret om konkludent samtykke.

Det framtrédande poenget i dansk rettspraksis er derimot at retten ofte ser passivitetsansvaret som heimla i ordlyden under påskot av at den passive har *akseptert* valden, at ein aktivt har ”*ladet volden finde sted*”.⁸⁹

Saka i dommen U.1975.1098.V er eit døme på dette. Ei sjukesyster mishandla fire adoptivborn, og ektemannen, som var lege, var tiltalt for medverking til vanrøkt etter strfl.§213 jfr.§23. Han unnlét skaffa borna naudsynt legehjelp for skadane av mishandlinga, noko som leidde til at tre av borna døydde. Ekteparet var soleis også tiltalt for å ha påført lekamskrenking med døden til fylgje etter strfl.§244 jfr.§250. Då legen ”*ladet det passere, at [kona] ved lussinger og endefulde havde øvet vold*” kunne han soleis dømmast for medverking til valden.

Tilsvarande formulering blei brukt i dommen i U.1938.964.Ø. Ei kvinne var tiltalt for medverking til mishandling etter strfl.§245. Sambuaren påførde det 6 år gamle barnet hennar skader som fekk dødeleg utfall. Mora blei dømd til 6 månader fengsel ettersom ho ”*med sit Vidende ... have ladet ... Mishandlinger finde Sted*”.

Toftegaard Nielsen hevdar at nyansane mellom omgrepa aksept og samtykke er so uvesentlege at det ikkje er noko meiningsforskjell mellom dei. Ordbokdefinisjonen av

⁸⁸ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.602 flg.

⁸⁹ Toftegaard Nielsen s.202.

ordet "aksept" er å *"erklære sig tilfreds med; gaa ind på; andtage (et tilbød, forslag olign)"*. Han hevdar at sontringa mellom aksept og samtykke er oppkonstruert, og at retten de facto ynskjer å formulera eit samtykkekrav.⁹⁰

Han poengterer at når Høgsterett anfører at mora sin passivitet må tolkast som ein aksept, *"er det sandsynligvis udtryk for, at retten mener, at hun i sit stille sind har accepteret volden"*. Han trekkjer fram to sentrale medverkingsdommar i dansk rett som støtte for synspunktet, og hevdar at det her *"ikke på nogen måde [er] udtrykt accept af volden mod hendes barn"*.⁹¹ Retten konstaterer soleis ingenting anna enn den passive sitt fullbyrdingsforsett til at den andre utfører valden.

Vidare stiller han spørjeteikn ved om at aksept som *"en sådan indre overbevisning skulle have karakter af medvirken"*. Slik han ser det, byggjer ein beviset for aksept på ein presumsjon i samsvar med ordspråket om at *"den som teier, samtykkjer"*. Han hevdar at ein ikkje kan trekkja denne slutninga om ein teier på grunn av frykt, og *"under alle omstændigheder er tanker ikke nok for å statuere medvirken. Efter § 23 skal der foreligge både et objektivt og et subjektivt element"*. Ved at ein i dansk rettspraksis, samt norsk underrettspraksis, formulerer eit vilkår om aksept, legg ein all vekt på ei normativ vurdering av korleis den passive skulle ha handla. Samstundes unngår ein den objektive vurderinga av om den valdelege i det konkrete tilfellet har oppfatta passiviteten som konkludent. Den normative vurderinga har etter hans meining soleis medført *"et næsten ubegrenset medvirkensansvar for kvinder, der forholder sig passive over for samleverens vold mod deres børn"*.

Slik Toftegaard Nielsen ser det, resulterer formuleringa av akseptkravet altså i tre forhold; retten unngår det *generelle* spørsmålet om det vert stilt krav om konkludent

⁹⁰ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.604.

⁹¹ Han eksemplifiserer med U.1998.545.H og Tfk2000.543.

samtykke for å oppfylle vilkåret om tilskynding som ligg i ordlyden til strfl.§23. Til liks med norsk rett unngår ein den *konkrete* vurderinga av om den valdelege har oppfatta passiviteten som eit samtykke. Endeleg tilslører ein, ved å stilla spørsmålet om aksept, at ein faktisk føreteik ei *normativ* vurdering av om den passive kan klandrast for ikkje å ha gripe inn mot valden.⁹²

Sidan det i ordlyden i strfl.§23 ligg eit krav om konkludent passivitet, som retten ikkje vurderer i sin praksis, hevdar Toftegaard Nielsen at ein strekkjer legalitetsprinsippet sine grenser for vidt i høve til medverking til vald og overgrep mot barn. Spørsmålet om konkludent samtykke er soleis også eit omstridd punkt i det gjeldande danske medverkingsansvaret. Det danske problemet knytt til legalitetsprinsippet og tolkinga av strfl.§23 er derimot ikkje relevant for norsk rett, då dei aktuelle straffeboda i vår straffelov sanksjonerer alle typar ”medvirkning” utan konkret å spesifisera kva handlingar som inngår i omgrepet. Det avgjerande er om det konkrete medverkingstillegget i straffebodet omfattar passiviteten i det aktuelle tilfellet.

I gjeldande norsk rett tek ein soleis utgangspunkt i eit krav om konkludent samtykke som ein ikkje vurderer i subsumsjonen mot den faktiske situasjon. Vilkår som det ikkje vert teke faktisk stilling til, bør ikkje inngå i vurderinga av om det føreligg passivt medverkingsansvar. Kamoufleringa av den *normative* vurderinga av handlinga ved å stilla spørsmål om den passive aksepterte valden bør vidare unngåast. Ein bør i staden leggja ope vekt på Husabø si *normative* vurdering av om den passive kan klandrast for ikkje å ha handla trass handleplikt og moglegheita for alternativ handling. Omsynet til ein klar regel, og soleis sikra at like tilfelle vert handsama likt, tilseier at ein i gjeldande rett ikkje stiller krav om konkludent samtykke.

⁹² Toftegaard Nielsen (festschrift) s.603.

6 Den alternative handlinga må ville hindra eller motverka overgrepet

6.1 Innleiing

Husabø held i sin teori fram at den passive fyrst får ansvar om det førelåg ei alternativ handling som *etter sin karakter* ville hindra eller motverka overgrepet mot barnet. I dei tilfella der forelderen heldt seg passiv i staden for å velja den alternative handlinga var passiviteten ein medverkande årsak til at brotsverket skjedde. Årsakskravet ved passiv medverking er då oppfylt.⁹³ Med underteikna sine ord vert det stilt krav om at det førelåg absolutt hindringssamanheng.

Husabø held fram at det i dette vilkåret ikkje ligg eit krav om at den alternative handlinga som vert vald, er effektiv.⁹⁴ Det er soleis tilstrekkeleg at handlinga *ville motverka* overgrepet. Vilkaåret femner om eit vidt spekter av ulike alternative handlingar som i ulik grad ville vore effektive for å stansa brotsverket. Utgangspunktet er soleis at forelderen er straffri om vedkommande utøver ei av desse alternative handlingane.

Moralske omsyn tilseier derimot at den som er til stades når barnet vert utsett for overgrep, søker å gripa inn med stadig sterkare middel fram til vedkommande finn ei alternativ handling som effektivt stansar krenkinga. Ut frå rimelegheitsomsyn kan soleis ikkje eitkvart val av den alternative handlinga, utan tanke for om den faktisk verka, utan vidare frita den passive for straff. Verken Husabø sin teori eller rettspraksis har derimot drøfta problemstillinga.

⁹³ Husabø s.184.

⁹⁴ Husabø s.181 flg.

6.2 Kasuistikk

Omsynet til rettstryggleiken tilseier at retten skal presisera kva vedkommande som vert dømd for ei aktiv handling faktisk har gjort. Like eins bør retten gjera klart kva den som blir dømd for ei unnlating aktivt skulle føreteke seg.⁹⁵ Dette er naudsynt for at domsgrunnane kan fungera som rettesnor for seinare avgjerder i liknande faktiske tilfelle. Soleis er det eit trugsmål mot likehandsamingsprinsippet om ein ikkje presiserer kva alternativ handling den passive forelderen skulle vald.

Dei to norske underrettsdommane tydar på at ein har eit bevisst forhold til å presisera korleis medverkaren skulle handla for å unngått straff. Oslo Tingrett held i dommen frå 13.01.2010 fram som handlingsalternativ for far at han *”kunne ha sørget for å få stoppet mishandlingen, for eksempel enten ved å ta det opp direkte med vedkommende gjerningsperson, ved å melde fra til helsestasjonen eller andre offentlige myndigheter”*. I høve mor blir det presisert at det *”også for [henne] eksisterte ... alternativer som gjorde det mulig å forhindre fortsatt mishandling. I det minste ved for eksempel å si fra på helsestasjonen”*. Retten held også fram flytting som ei aktuell alternativ handling. Det førelåg soleis fleire alternative handlingar, som etter sin karakter kvar for seg ville ha stansa mishandlinga.

Tingretten i saka frå LG.2001/1560 heldt fram at det *”anses på det rene at det forelå handlingsalternativer”*. Til dømes *”tilbud frå barnevernet om hjelpetiltak”*, som mora av slo. Då ho valde ikkje å utføra den alternative handlinga, sto passiviteten hennar i årsakssamanheng med at barnet døydde.

⁹⁵ Husabø s.197.

Til samanlikning er den mest brukte formuleringa i dansk rettspraksis at den passive *”ladet det passere”*.⁹⁶ Dei konkrete handlingsalternativa er soleis sjeldan vurderte mot faktum i den føreliggjande saka. Den danske praksisen synast å vurdera moglege handlingsalternativ ut frå eit minstemål om at det alltid er råd å varsle om overgrep. Dette føyer seg inn i den generelle danske rettstradisjonen med ordfattige domsgrunnar. Ut frå omsynet til ein klar regel og til å handsama like saker likt utgjer soleis brorparten av dansk rettspraksis på dette punktet ein dårleg regel.

I den danske dommen i U.1998.545.H presiserer derimot retten at mora *”i perioden efter det første voldsforhold ... havde mulighed for at hindre T1’s fortsatte voldsudøvelse overfor B, eventuelt ved at flytte tilbage til sin egen lejlighed sammen med børnene”*. Det førelåg soleis ei alternativ handling som etter sin karakter kunne hindra eller motverka valden mot borna. Då mora valde å bli buande med den valdelege partnaren, var hennar passivitet ein del av årsaka til at valden heldt fram. Dommen er det einaste døme i dansk rettspraksis på at den absolutte hindringssamanhengen er framstilt som eit vilkår og eksplisitt teke stilling til ved å konkretisera kva alternativ handling som skulle vore vald for å unngå ansvar.

Vilkåret om at den alternative handlinga var eigna til å hindra eller motverka overgrepa, her under konkretisering av kva alternativ handling ein skulle vald, utgjer i medhald av likehandsamingsprinsippet ein god regel for gjeldande norsk rett.

Ut frå rimelegheitsomsyn kan ein derimot ikkje leggja til grunn at eitkvart val og utøving av den alternative handlinga utan vidare kan fritta den passive for straff. Søkjer ein til dømes å motverka handlinga med verbale tilrop, må ein på visse vilkår kunne krevja ein ytterlegare reaksjon om ropa viser seg nyttelause. Spørsmålet er truleg lite

⁹⁶ Til dømes U.1975.1098.V, U.2000.1085.H.

praktisk, men kan koma på spissen til dømes i tilfella der den passive er fysisk overlegen den valdelege grunna ei funksjonshemming.

Om den passive må fylgja opp med ei sterkare motverkingshandling om den fyrste ikkje er effektiv, må avgjerast ved ei heilskapsvurdering av omstenda kring overgrepet og kva alternativ handling som fyrst blei vald. Har ein til dømes varsla, er det neppe konkret rimeleg å krevja at den passive fysisk grip inn. Då ein her reelt stiller vilkår om at den passive ut frå sine individuelle føresetnader vel ei alternativ handling som er effektiv, vil vurderinga innehalda normative element som lett glir over i rimelegheitsvurderinga kring kva som må kunne krevjast av reaksjon frå den enkelte passive forelder. Momenta som Husabø stiller opp for vurderinga av om det var rimeleg å krevja at den passive forelderen utførde den alternative handlinga,⁹⁷ kan soleis også leggjast til grunn for vurderinga av om medverkaren skulle gripe til ei sterkare alternativ handling der den fyrste ikkje var effektiv.

Eit slikt unntak frå prinsippet om at den alternative handlinga berre ville motverka overgrepet, og soleis ikkje treng vera effektivt, dannar ein fornuftig og god regel som bør leggjast til grunn i gjeldande rett.

⁹⁷ Pkt. 7.1.

7 Det var mogleg og rimeleg å krevja den alternative handlinga utført av den passive

7.1 Innleiing

Husabø stiller opp som siste vilkår for ansvar at det var *mogleg* og *rimeleg* å krevja utføring av den alternative handlinga frå den passive.⁹⁸

Den passive forelderen sin karakter blir gjenstand for ei normativ vurdering. Spørsmålet er om det førelåg særlege forhold som gjorde til at den alternative handlinga ikkje kunne krevjast utført av medverkaren. Underteikna definerer vilkåret som det relative momentet i hindringssamanhengen.

I rimelegheitsvurderinga kan det i fylgje Husabø vera relevant om den alternative handlinga medførde "*fare for liv og helse*" for medverkaren, var særleg "*anstrengande eller omfattande*", ville "*medføra særlege kostnader*" eller "*vil[le] innebera sjølvinkriminering*".

Spørsmålet i det fylgjande er kvar grensene går i vurderinga av om det var mogleg og rimeleg å krevja den alternative handlinga utført i gjeldande rett. Spørsmålet om styrkeforholdet mellom den passive og den valdelege, og kulturforskjellar, kan påverka rimelegheitsvurderinga, vert handsama til slutt.

7.2 Kasuistikk

I medhald av rimelegheitsomsyn må det kunne krevjast *ein eller annan* form for reaksjon frå ein passiv forelder som blir vitne til vald mot barnet. Krava til reaksjon frå den enkelte må derimot avgjerast ut frå ei konkret vurdering.

⁹⁸ Husabø s.198.

Omsynet til å gje den passive part moglegheit for å områ seg tilseier at det vert stilt mildare krav til kva som er ein mogleg og rimeleg reaksjon i tilfella der ein *for fyrste gong* er vitne til overgrep mot barnet. Toftegaard Nielsen held fram at det her må sjåast som mogleg og rimeleg at den passive reagerer verbalt med krav om at den andre stansar overgrepet.⁹⁹ Då den passive i mange tilfelle er mora, som erfaringsmessig er fysisk underlegen, kan det neppe krevjast at den passive reint fysisk skal gripa inn mot overgrepet. I dei tilfella der det ut frå ei konkret vurdering må gjerast unntak frå prinsippet om at den alternative handlinga ikkje treng vera effektiv, er derimot varsling eller ein fysisk reaksjon mot det pågåande overgrepet ein nærliggjande reaksjon.

Dommen frå Oslo Tingrett av 13.01.2010 kan illustrera rimelegheitsvurderinga der *overgrepa er gjentatt*. Retten definerte her ulike handlingsalternativ. For dette konkrete tilfellet var varsling til helsestasjonen om mistankane, etter det fyrste valdstilfellet, helde fram som ei form for nedre grense for kva som er mogleg og rimeleg å forventa frå den passive forelderen.¹⁰⁰

Ved å ta bort ein faktisk føresetnad for hovudgjerninga – at valdsmann og offer bur saman – har ein utført ei alternativ handling som kunne hindra valden. Vilåret om relativ hindringssamanheng vil soleis vera oppfylt. Oslo Tingrett uttrykte at ein *”Som et utgangspunkt må kunne forvente at en ektefelle som er klar over at en annen person i husstanden utøver alvorlig vold mot deres barn om nødvendig flytter ut for å hindre fortsatt mishandling”*. Flytting var her rimeleg sjølv om mora hadde vore utsett for grove overgrep frå familiemedlemmer, hadde lita rørslefridom utover naudsynte ærend og at ho i tilfelle separasjon frå mannen kunne risikera farlege reaksjonar frå slektningar.

⁹⁹ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.603.

¹⁰⁰ Dom frå Oslo Tingrett av 13.01.2010.

Til samanlikning la retten i den danske dommen i U.1998.545.H til grunn at det ikkje var urimeleg at mora tok med borna og flytta tilbake til leilegheita si, som ho framleis disponerte. Toftegaard Nielsen frontar ein sterk kritikk av å krevja flytting som alternativ handling.¹⁰¹ Han uttalar at ”... skal moderen også forhindre volden, når hun ikke er tilstede, kræver det næsten, at hun aldrig forlader barnet, viss der er risiko for samleverens tilstedeværelse. Reelt er eneste mulighed at ophæve samlivet”. Han hevdar soleis at ein i gjeldande dansk medverkingslære stiller for store krav til den passive forelderen. Samanlikna med dommen frå Oslo Tingrett er sistenemnde ein illustrasjon på at rimelegheitsnorma i norsk underrettspraksis kan vera svært streng.

Omsynet til rimelegheit tilseier derimot at det må krevjast *ei eller anna form for reaksjon*. Som nemnd kan det tenkjast tilfeller der det vert stilt krav om at den passive reagerer med sterkare middel mot det pågåande overgrepet.¹⁰² Toftegaard Nielsen har soleis rett når han hevdar at samlivbrot i mange tilfelle er det einaste reelle alternativ.

Underteikna finn derimot ikkje grunnlag i gjeldande rett for å hevda at oppbrot av samlivet generelt utgjer den nedre grensa for alternativ handling. Dommane frå norsk underrettspraksis peikar særleg på varsling av hjelpeapparatet som eit mogleg og rimeleg handlingsalternativ. Til samanlikning nøyer dei fleste av dei danske dommane i denne framstillinga seg med å krevja *ein reaksjon*, at mor med sin kunnskap gjer *noko*. Det må seiast å vera eit rimeleg krav isolert sett.

Kravet om at reaksjonen som vert vald skal vera effektivt er berre eit unntak frå hovudregelen om at den alternative handlinga kun skal vera eigna til å hindra eller

¹⁰¹ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.603.

¹⁰² Kap.6.

motverka overgrepet.¹⁰³ Ut frå omsynet til den passive forelderen, må ein generelt nærma seg ei slags øvre grense for kva det er mogleg og rimeleg å krevja av reaksjon om ein definerer flytting som ei alternativ handling. Ser ein vekk frå situasjonane der det er aktuelt å gjera unntak frå hovudregelen, vil den nedre grensa for alternativ handling liggja langt lågare enn eit krav om flytting. Rimelegheita av å krevja den alternative handlinga frå den einskilde forelder må i alle høve vurderast konkret.

7.3 Rimelegheitsvurderinga ved seksuelle overgrep

Omsynet til konsistens i regelverket tilseier at vilkåret om at den alternative handlinga må vera mogleg og rimeleg å krevja frå den einskilde forelder vil vera den same ved seksuelle som fysiske og andre overgrep mot barn. Slik må også Husabø tolkast.¹⁰⁴ Den nærare vurderinga av kva reaksjon som var mogleg og rimeleg å krevja av den passive part ved seksuelle overgrep er ikkje drøfta i norsk underrettspraksis.

Toftegaard Nielsen hevdar at den alternative handlinga også her må gå ut på å flytta barnet vekk frå heimen.¹⁰⁵ Han poengerer at det i enkelte tilfelle kan vera vanskelegare å framvisa fysiske bevis på seksuelle overgrep enn på vald. Er overgriparen barnet sin biologiske forelder, kan den passive sin situasjon vera særdeles vanskeleg. Kan ein ved samlivsbrot vera sikker på å få foreldreretten? ”*Det, at hun ved eller anser det for overvejende sandsynligt, at manden misbruger datteren, er ikke ensbetydende med, at hun kan bevise det...*” Er det i desse tilfella rimeleg å krevja flytting for å unngå straffansvar? Eller skal medverkingsansvaret byggjast på at ein ikkje melde partnaren til politiet - noko som de facto kan få same verknad som ei samlivsbrot?

¹⁰³ Husabø s.184 flg.

¹⁰⁴ Husabø s.187.

¹⁰⁵ Toftegaard Nielsen s.203.

Omsynet til offeret tilseier derimot at ein må leggja avgjerande vekt på at skadepotensialet ved seksuelle overgrep om mogeleg er større enn ved valdstilfella. Vidare at ein konfrontasjon av partnaren vil kunne skje med mindre eigenrisiko for den passive part enn i valdstilfella.¹⁰⁶ I medhald av det som er sagt om kravet til reaksjon ved vald, må ein kunne leggja same norm for rimelegheitsvurdering til grunn for det medverkingsansvaret ved seksuelle overgrep.

7.4 Styrkeforholdet mellom den valdelege og den passive parten

Spørsmålet er om styrkeforholdet mellom den som utøvar valden og den passive vert tillagd vekt i vurderinga av kva som var mogleg og rimeleg å krevja av reaksjon frå den enkelte forelderen.

I høve til å konstatere om det føreligg ansvar tilseier omsynet til rimelegheit at det bør leggjast til grunn eit visst minimum av evne til å protestere mot mishandlinga. Dommane frå norsk underrettspraksis, samt dommane som er nytta frå dansk rettspraksis, illustrerer at den passive ofte vert skildra som svært dominert av den valdelege parten.¹⁰⁷ Styrkeforholdet er derimot tillagd lite vekt. Sjølv ikkje i dommen frå Oslo Tingrett 13.01.2010 der den medverkande mora var lettare psykisk utviklingshemma og klart dominert både av mannen og resten av familien har styrkeforholdet fått særleg tyding. Retten uttalar at *”Hennes lettere psykiske utviklingshemming og de vanskelige rammevilkår hun hadde i hjemmet må få betydning for straffeutmålingen, jf straffelovens § 56 c og § 58, men bør ... ikke medføre at forholdet er straffritt”*. Mora fekk her 1 år kortare fengselsstraff enn faren, sjølv om ho blei dømd etter den same tiltalen.

¹⁰⁶ Toftegaard Nielsen s.203.

¹⁰⁷ U.2000.1085.H og LG.2001/1560.

Omsynet til rimelegheit tilseier at styrkeforholdet ikkje vert tillagd vekt i høve skuldspørsmålet i gjeldande rett. Dommen er ein illustrasjon på at styrkeforholdet reint unntaksvis kan verta vektlagd i straffeutmålinga i underrettspraksis, men har utover dette inga rettskjeldeverdi. Det må derimot presiserast at den allminnelege norma for straffutmålinga er fleksibel, og at det er naturleg at også dette momentet kan vektleggast i heilskapsvurderinga.¹⁰⁸

7.5 Kulturelle ulikskapar i synet på avstraffing

Prinsippet om likskap for lova er eit sentralt juridisk prinsipp. Om ein i avgjersla om det skal statuerast eit ansvar vektlegg kulturelle ulikskapar og ulike syn på vald og avstraffing i oppsedinga, dømmar ein i strid med likskapsprinsippet.

Dommen frå Oslo Tingrett av 13.01.2010 illustrerer problemstillinga. Ulike syn på familiestruktur og barneoppseding vart her ikkje tillagd vekt i spørsmålet om det var mogleg og rimeleg å krevja at foreldra hindra mishandlinga. Retten uttala at denne plikta er grunnleggjande, og *"ikke kan bortforklares med mulige kulturforskjeller"*.

Til samanlikning blei det i byrettshandsaminga av den danske dommen i TfK2000.545 for hovudmannen sitt vedkommande, som stamma frå Ghana, uttalt at avstraffinga av dottera måtte *"antages at være begrundet i kulturelle forskelle"*. Retten presiserer at *"Selvom handlingerne ikke kan undskyldes, er de dog ud fra tiltaltes livsopfattelse forklarlige"*. Kulturforskjellen fekk ikkje tyding for skuldspørsmålet, men formuleringane frå byretten tilseier at dette inngjekk i grunnlaget for å gje straffa delvis på vilkår. I landsretten sin dom blir dette grunnlaget derimot avvist.

¹⁰⁸ Andenæs (5.utg) s.288.

Ut frå prinsippet om likskap for lova må det soleis vera avskore å leggja vekt på kulturelle ulikskapar i høve til om passivitet i høve vald mot barn skal medføra ansvar. Svak integrering som leier til at ein ikkje kjenner til mellom anna instansar som Krisesenteret, kan derimot få sjølvstendig tyding for vurderinga av om den enkelte hadde forsett om at ein heldt seg passiv trass i at det førelåg ei handleplikt, og ei alternativ handling som ville hindra eller motverka krenkinga.¹⁰⁹

I høve spørsmålet om straff må det presiserast at den allminnelege norma for straffutmåling er fleksibel,¹¹⁰ og at det er naturleg at også dette momentet kan vektleggast i heilskapsvurderinga. Det kan hevdast at den passive i enkelte tilfelle kan orsakast for ikkje å gripa inn mot den valdelege som handlar i tråd med ei sterkt styrande kulturell norm for akseptabel barneoppseding. Den allmennpreventive og individualpreventive verknaden av straff vil i desse tilfella truleg vera avgrensa. På den andre sida kan det hevdast at fleksibiliteten i straffutmålingsnorma bør nyttast til å reagere med ei strengare straff nettopp fordi desse overgrepa er i sterk strid med norske kulturelle verdinormer, og soleis bør slåast hardt ned på. I eit stadig meir multikulturelt samfunn er det truleg at denne problemstillinga vil gjera seg sterkare gjeldande i åra framover.¹¹¹

¹⁰⁹ Husabø s.240.

¹¹⁰ Andenæs (5.utg) s.288.

¹¹¹ Ein av tre valdssaker som barnevernsvakta i Bergen er involvert i, skjer no i innvandrarfamiliar, jfr. Bergens Tidende 01.02.2010.

8 Avsluttande vurderingar

Drøftinga har vist at det eksisterer eit straffansvar for den som ikkje grip inn mot vald og andre overgrep mot born.

Omsynet til å sikra ein klar rettsregel tilseier at det i gjeldande rett ikkje vert stilt vilkår om konkludent passivitet. Vilkåra oppstilt i Husabø sin teori er ei omsynsmessig råde for drøftinga av medverkingsansvaret for vald og andre overgrep.

For å statuera medverkingsansvar må den passive forelderen kjenna til at den andre utfører overgrep. Vidare må det føreliggja ei handleplikt. Plikta kan byggja på ei formell, og etter ei konkret vurdering også ei reell, tilknytning til barnet. Det må vidare stillast opp ei alternativ handling som forelderen kunne vald, som var eigna til å hindra eller motverka brotsverket. På visse vilkår vert det stilt krav om at den passive tek sterkare middel i bruk om den fyrste alternative handlinga ikkje motverka overgrepet. Det må vidare vurderast om det var mogleg og rimeleg å krevja at den enkelte forelder utførde den alternative handlinga. Verbale protestar og varsling vil i dei fleste tilfelle vera rimeleg, medan flytting *etter omstenda* kan vera ei mogleg og rimeleg alternativ handling å krevja frå den passive part. Vilkåra for medverking til vald og seksuelle overgrep samsvarar. Det er gode grunnar for at ein i dagens likestilte og individualistiske samfunn kan stilla sjølvstendige krav til at ein forelder som observerer vald og andre overgrep mot barnet, grip inn for å stansa brotsverket.

Samanlikningar med dansk rett har vist at medverkingsansvaret går minst like langt i norsk rett. I den gjeldande medverkingslæra om overgrep mot barn ligg det soleis eit langt større potensiale i å halda den passive til straffansvaret enn saksomfanget i norsk rettspraksis tilseier.

Mens ein i år 2002 fekk den fyrste norske dommen om passivt medverkingsansvar ved vald mot barn, har ein i Danmark straffa den passive forelderen sidan 1938.

Legg ein til grunn at faktorar som demografi, organisering av samfunnet og familien, likestilling og kriminalitet er om lag like i Noreg og Danmark, reiser dette nye problemstillingar om kvifor ein i praksis ser ein forskjell i korleis dei to landa straffar medverking til vald og overgrep mot born.

Den danske dommen frå 1938 må ha vore banebrytande i dansk medverkingslære. Sjølv om det ikkje er gjort eksplisitt, viser dommen at mor har eit strengt omsorgsansvar - ei handleplikt til å hindra vald mot barnet. Ved å avseia ein fellande dom for medverking allereie i 1938, har det i dansk rett truleg danna seg ein juridisk tradisjon for å påtala medverking i familievaldssaker. Dette er truleg hovudgrunnen til at omfanget av fellande dommar mot den passive er ulikt mellom desse to landa.

Familievaldssaker etter strl.§219 er i dag underlagd offentleg påtale, jfr. strl.§77. Regelen i strl.§228, siste ledd om at også lekamskrenkingar er underlagd offentleg påtale dersom offeret er barn av valds mannen, eller denne sin noverande eller tidlegare partner, eller barn av denne, blei teke inn i straffelova so seint som i 1988. Omsynet bak lovendringa var å motverka den klare tendensen til at familiemedlemmane aldri melde overgrep, eller trakk påtalekravet etter fyrst å ha meldt gjerningsmannen til politiet.¹¹² Dette kan moglegvis inngå i forklaringa på kvifor ein i norsk rett har påtalt færre saker om familievald, og soleis også saker om medverking til vald og andre overgrep.

Under erfaringskonferansen i KRIPOS i 2009, samt til media i etterkant, uttalte Riksadvokaten at det må setjast større fokus på medverkingsansvaret ved arbeid med familievaldssaker i framtida.¹¹³ Han held fram at ”... på grunn av bevisproblemene søker vi i påtalemyndigheten å utvikle medvirkingslæren slik at selv om vi ikke makter å bevise hvem av omsorgspersonene som har utført den konkrete volden, kan en eller flere bli holdt strafferettslig ansvarlig dersom de er til stede uten å gripe inn. Det er oppmuntrende trekk i den siste tids rettspraksis på dette området”. Om lag samstundes kom Oslo Tingrett sin dom av 13.01.2010. Seinare har Riksadvokaten også kravd

¹¹² Ot.prp.nr.79 (1986-87) s.46, jfr. NOU 2003:31 pkt.9.3.1.

¹¹³ Tor-Aksel Busch: *De vanskelige bevisene*. Kronikk i Aftenposten 04.02.10.

gjenopptaking av etterforskninga knytt til mors rolle i den mykje omtala Christoffer-saka frå Vestfold.¹¹⁴

Også regjeringa har dei siste åra sett i verk tiltak som kan bidra til større merksemd kring medverkingsproblemstillinga. Behovet for å møte offera for familievald med større kunnskap var medverkande til kravet om familievaldskoordinator i alle politidistrikt og opprettinga av Barnehus i dei største byane.¹¹⁵ I regi av Barne – og likestillingsdepartementet og Utlendingsdirektoratet vert det på samtlege asylmottak no tilbydd foreldrekurs som mellom anna omhandlar forbodet mot vald mot born.¹¹⁶ I tillegg vert det utreda eit forslag om innføra frivillig eller obligatorisk dødsstadsgransking ved unaturleg død hjå små born.¹¹⁷ Det er enno for tidleg å seia noko om effekten av tiltaka som er innført til no. Innføring av desse tiltaka bør derimot gjera til at politi og barnevern får større fokus på å granska den passive sin rolle ved overgrep i heimen.

Ved hjelp av kvalifisert helsepersonell er det ofte enkelt å konstatera at eit barn er utsett for overgrep. Særleg analysen av norsk rettspraksis viser at det derimot ofte er vanskeleg å framskaffa bevis for kven som har øva vald mot barnet. På grunn av offera sin alder, kan ein del ikkje gjera greie for kva dei sjølve har opplevd. Innanfor huset sine fire vegger er det i tillegg få vitne til overgrepet.

Bruk av offeret sjølv, den passive forelderen eller andre nære familiemedlemmer som vitne medfører ein del bevis – og truverdeutfordringar. Ein noverande eller tidlegare

¹¹⁴ Statsadvokaten i Vestfold henla i 2009 saka om omsorgssvikt og medverking til vald mot offeret si mor, på bakgrunn av bevisets stilling, jfr. Aftenposten 08.04.2010.

¹¹⁵ Barnas st.meld.nr.1 (2008-2009) s.1.

¹¹⁶ Informasjon på IMTEC sine heimesider, http://www.imtec.org/nyheter/foreldre_i_norge/

¹¹⁷ Saka har vore drøfta i ei rekkje instansar, sist i Justiskomiteen og ved møte i Stortinget. For representantforslaget, jfr. dokument 8:28 (2009-2010).

ektefelle eller sambuar kan krevja seg fritaken for vitneplikt etter strpl.§122 på grunnlag av sitt nære forhold til tiltalte, eller etter strpl.§123, fordi ei forklaring frå den passive kan pådra den valdelege straff. Endeleg kan den passive krevja seg fritaken frå vitneplikt knytt til sitt eige forhold fordi vitnesbyrdet kan vera sjølvinkriminerande, jfr. strpl.§123. Reelt sett kan dette medføra at ingen vitne står opp om at det har vorte utøvd overgrep mot barnet. Reglane om bevisforbod og -fritak bidreg soleis ikkje positivt i høve til å få fleire fellande dommar for medverking til krenkingar mot born. Omsynet til å sikra ein sannferdig forklaring, som grunnleggjev desse reglane, veg derimot tungt i desse sakene som elles.

Slik straffesystemet er oppbygd, kan medverking til overgrep i praksis straffast like strengt som hovudgjerninga.¹¹⁸ Toftegaard Nielsen slår fast at det ikkje er tvil om at den passive har ei handleplikt i høve til å verja barnet sitt mot overgrep, men finn det *”blot for simpelt at slutte fra handlepliktens eksistens til medvirken til vold”*.¹¹⁹ Slik han ser det, er det noko grunnleggjande feil i å døma ei mor for medverking til vald, når ho – nettopp fordi ho ikkje er valdeleg – ikkje har våga å gripa inn i valdsutøvinga. Dette hevdar han at det er semje om i det juridiske fagmiljø, men fordi det stundom dukkar opp tilstrekkelege grove tilfelle, *”er der alltid en særlig risiko for, at den såkaldte ”retsfølelse” bliver mere præget af følelse end af ret”*. Han held retorisk fram at om lovgjevar meinar at ei mor skal straffast for ikkje å hindra vald mot barnet sitt, må lovgjevar også vedta ein regel om dette. I samsvar med dommen i U.1975.1098V ser han for dansk rett sitt vedkommande strfl.§213 om vanrøkt som meir anvendeleg for å straffa mor for omsorgssvikt fram til ein slik regel er på plass. Han påstår at *”Den eneste acceptable løsning er en rimelig klar bestemmelse om straf for den forælder, der ikke efter evne søger at hindre overgreb mod sit barn”*.

¹¹⁸ T.d. strl.§219, tredje ledd.

¹¹⁹ Toftegaard Nielsen (festschrift) s.605.

Den pågåande samfunnsdebatten om kva som er ei sak internt for familien og kva som må meldast til myndigheitene er eit uttrykk for rørsle i det normative vurderingsmønsteret om korleis ein kan handla. Kravet om at overgrep mot barn må avdekkjast og reagerast strengt mot står sterkt i ålmenta si rettskjensle. Det tilseier at det også bør reagerast strengt ved medverking til slik vald. Dommen i LG.2001/1560 illustrerer at synspunktet også har støtte i rettspraksis. Retten held her fram at *”tunge almenpreventive grunner taler for en streng straff i denne type saker”*. Ei handleplikt for den som er vitne til vald mot barn har lita verdi om alvorlege brot på plikta ikkje kan sanksjonerast.

Det er eit poeng at ein medverkingsdom mot den passive forelderen kan gjer tilhøva verre for barnet, all den tid ein kan enda opp med å ilegga begge omsorgspersonane fengselsstraff samstundes. Tida har derimot delvis sprunge ifrå Toftegaard Nielsen sitt resonnementet om at kvinner som held seg passive til partnaren sitt overgrep, ikkje reagerer fordi dei nødvendigvis ikkje vil ty til vald. Medverkingsproblemstillinga har truleg hatt lite fokus i gjeldande rett fordi ein i for stor grad har lagt til grunn ei haldning om at kvinner som opplever vald i heimen uansett er offer, som ein ikkje skal krevja reaksjon frå. Som vist til ovanfor er det truleg ikkje grunnlag i gjeldande rett, verken i Noreg eller Danmark, for å hevda at kvinnene fysisk må å gå i mellom eller flytta frå den valdelege mannen for å unngå straff. Omfanget av ulike hjelpetilbod er derimot so stort at det i dei fleste tilfelle ut frå ei konkret vurdering i det minste må reknast som mogleg og rimeleg å varsla om overgrepet.

Omsorgsansvaret i eit stadig meir likestilt samfunn har dessutan skapt ei forventning om at far og mor tek sjølvstendig ansvar for egne born. Dette gjeld ikkje minst om barnet vert utsett for krenkingar. Det må no leggjast til grunn at ei mor som bevisst let barnet sitt vera åleine med ein kjend valdsmann eller seksualforbrytar klart hadde blitt dømd for medverking til vald eller omsorgssvikt i einkvar dansk eller norsk rettssal. Slik underteikna ser det, er det ikkje grunnlag for å koma til eit anna resultat om valdsmannen er kona sin partnar.

Underteikna sitt mål med kartlegging av medverkingsansvaret ved vald mot barn i gjeldande rett har vore å bidra til betre førebygging og avdekking av overgrep mot born. Når ein valdeleg forelder sviktar i omsorgsansvaret sitt, er den andre forelderen ofte den

einaste som kan verja barnet mot vald og overgrep. Ved auka fokus på det medverkingsansvaret ein har i gjeldande rett kan ein gjennom straffa sine preventive funksjonar førebyggja og betra dei overgrepsutsette borna sitt rettsvern.

9 Litteraturliste

9.1 Litteratur

- Andenæs (4.utg) Johs. Andenæs: *Allminnelig strafferett.* 4.utgåve.
Oslo 1997
- Andenæs (5.utg) Johs. Andenæs: *Allminnelig strafferett.* 5.utgåve.
Oslo 2004
- Andenæs: Unnlatelse Johs. Andenæs: *Straffbar unnlatelse.* Oslo 1942
- Bernt og Sæther Mæhle Bernt og Sæther Mæhle: *Juss, samfunn og
rettsanvendelse.* Bergen 2005.
- Bratholm Anders Bratholm: *Strafferett og samfunn.* Oslo 1980
- Greve Vagn Greve: *Det strafferetlige ansvar.* København 1999.
- Greve og Vestergaard Vagn Greve og Jørn Vestergaard: *Strafansvar.* 4.utgåve.
København 2002
- Grothe Nielsen Beth Grothe Nielsen: *Straffesystemet i eit barneperspektiv.*
2.utgåve. København 2001.
- Husabø Erling Johannes Husabø: *Straffansvarets periferi.*
Bergen 1999

- Møller-Sørensen Anette Møller-Sørensen: Hvor langt rækker ansvaret for den, der medvirker til kriminalitet? Tidsskrift for kriminalret 2005
- Nygaard Nils Nygaard: *Skade og ansvar*. 4.utgåve. Bergen 1992.
- Toftegaard Nielsen Gorm Toftegaard Nielsen: *Strafferet: Ansvar*. 3.utgåve. København 2008
- Toftegaard Nielsen Toftegaard Nielsen: *Voldelige kvinder – der ikke kan slå en flue i hel*: Flores Juris et Legum - festskrift til Nils Jareborg. Iustus Förlag. Uppsala 2002.

9.2 Norsk retspraksis

Rt.1947/69

Rt.1974/382

Rt.1982/1315

Rt.1998/495

LE.2001/666

LG.2001/1560

LG.2006/64391-1

Oslo Tingrett, 13.01.2010

9.3 Dansk retspraksis

U.1938.964.Ø

U.1966.865.V

U.1975.1098.V

U 1977.870 V

U.1982.951.Ø

U.1984.338.H

U.1996.1638.H.

U.1998.545.H

U.2000.1085.H

TfK2000.543

TfK2009.534

TfK2009.553