



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Avvergingsplikten i straffeloven § 196 i forhold til vold og overgrep mot barn

Marianne Nilsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016



1	Innledning	3
1.1	Introduksjon av tema	3
1.2	Problemstilling og avgrensning av avhandlingen	4
1.3	Historikk og aktualitet	6
1.4	Rettskilder og metode	10
1.5	Videre fremstilling	15
2	Analyse av straffeloven § 196	16
2.1	Unnlatesdelikter	16
2.2	Hovedregelen i straffeloven § 196.....	17
2.2.1	Hva menes med «en straffbar handling».....	19
2.2.2	Følgene av en straffbar handling	20
2.2.3	«På et tidspunkt da dette fortsatt er mulig»	20
2.3	Skyldkravet	22
2.3.1	Sannsynlighetsforsett	24
2.4	Avvergingsplikt og taushetsplikt	25
2.5	Generelle og spesielle straffrihetsgrunner	27
2.5.1	Straffrihetsgrunner i straffeloven § 196	28
2.6	Straffopphørsgrunner – foreldelse	32
2.7	Oppsummering og videre fremstilling	33
3	Passiv medvirkning	35
4	Passiv medvirkning og avvergingsplikten	41
5	Avsluttende bemerkninger	43
6	Kildehenvisninger	45

1 Innledning

1.1 Introduksjon av tema

I media dukker det stadig opp nye saker om barn som har blitt utsatt for vold eller overgrep. Barn har rett til trygge oppvekstvilkår, men mange lever hele sin barndom med vold og trusler fra sine nærmeste eller andre i deres nærmiljø. Når slike saker dukker opp er det vanskelig for folk å tro at grove overgrep har foregått over lang tid, uten at noen har gjort noe for å avverge dette. Mange barn har fått ødelagt sin barndom, og sliter med psykiske plager resten av livet. Vi har alle et ansvar for å forhindre at barn blir utsatt for vold og overgrep. Det hjelper ikke å stå passivt på sidelinjen og tro at noen andre skal gjøre noe med situasjonen. Vi må tørre å tro det verste om naboen, fotballtreneren, den hyggelige pappaen i barnehagen eller den snille mammaen på dansetrening.

Vold og overgrep mot barn er et stort samfunnsproblem¹, og jeg ønsker derfor å undersøke nærmere hvilke lover og regler som gjelder ved unnlattelse av å avverge at barn blir utsatt for vold og overgrep.

I denne avhandlingen skal jeg redegjøre for reglene om avvergingsplikten i Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven) § 196 i forhold til vold og overgrep mot barn. Avvergingsplikten i straffeloven § 196 hjemler en plikt til å avverge en rekke straffbare handlinger som det fremstår som mest sannsynligvis blir til å skje. Skyldkravet er forsett. Strafferammen for brudd på plikten er fengsel inntil 1 år. Hovedformålet med avvergingsplikten er å forebygge brudd på alvorlige straffebud.²

¹ Handlingsplan fra Justis- og beredskapsdepartementet, «Et liv uten vold – Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017» side 6

² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) side 260

Bestemmelsen oppstiller en grunnleggende samfunnsplikt³, som blant annet tar sikte på å straffe voksne som unnlater å avverge alvorlige kriminelle handlinger utført mot barn.

Det foreligger svært lite rettspraksis som direkte omhandler straffeloven § 196 og forgjengeren. (Jfr. Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straff (heretter straffeloven 1902) § 139). Bestemmelsen er derfor forholdsvis ukjent for mange.

I 2005 ble 8 år gamle Christoffer Gjerstad Kihle mishandlet til døde av sin stefar. Flere personer i guttens omgangskrets hadde lenge hatt mistanke om at han ble mishandlet. Likevel var det ingen som prøvde å avverge mishandlingen av gutten. Moren til Christoffer ble senere dømt for passiv medvirkning til legemskrenkelse med skadefølger overfor sønnen⁴. Hun ble altså dømt for å ha forholdt seg passiv, i forhold til å unnlate å avverge mishandlingen av sønnen.

I de senere år har vi sett flere saker hvor omsorgspersoner har blitt dømt for å ha forholdt seg passiv til straffbare handlinger (heretter kalt passiv medvirkning). Jeg skal derfor også behandle passiv medvirkning, og se på hvordan den forholder seg til avvergingsplikten i straffeloven § 196.

1.2 Problemstilling og avgrensning av avhandlingen

Straffeloven § 196 omhandler en avvergingsplikt for en rekke straffebud. Jeg vil avgrense avhandlingen til å gjelde straffeloven § 282 og § 283 (mishandling og grov mishandling i nære relasjoner), § 295 (misbruk av overmaktsforhold og lignende), § 299 (voldtekt av barn under 14 år), § 312 (incest) og § 314 (seksuell omgang mellom andre nærstående), da det er disse som er aktuell i forhold til vold og overgrep mot barn. I avhandlingen vil det være et særlig fokus på §§ 282 og 283 om mishandling i nære relasjoner. De øvrige bestemmelser som avvergingsplikten i straffeloven § 196 omhandler, blir ikke behandlet.

³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) side 260

⁴ LA-2012-92858, RG 2013 s.292 (Agder)

Problemstillingen i avhandlingen er på hvilken måte avvergingsplikten etter straffeloven § 196 fungerer som virkemiddel for å hindre vold og overgrep mot barn. For å besvare avhandlingens problemstilling vil jeg redegjøre for gjeldende rett ved å foreta en analyse av straffeloven § 196. Her vil jeg redegjøre for de objektive og subjektive vilkår som skal til for å oppfylle avvergingsplikten. I dette inngår blant annet bestemmelsens objektive gjerningsbeskrivelse, krav til mistanke og skyldkravet. Bestemmelsens straffrihetsgrunner og straffopphørsgrunner vil også bli behandlet.

Videre skal jeg behandle vilkårene for når en person kan straffes for å ha forholdt seg passiv, der et barn har blitt utsatt for vold eller overgrep. Avslutningsvis skal jeg sammenligne avvergingsplikten i straffeloven § 196 og reglene om passiv medvirkning, for å se om de eventuelt supplerer hverandre.

For ordens skyld siteres bestemmelsen i straffeloven § 196 her:

§ 196. Plikt til å avverge et straffbart forhold

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått. Avvergingsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt og gjelder straffbare handlinger som nevnt i

a) §§ 111, 113, 115, 117, 119, 121, 123, 128, 129, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 192, 193, 194, 223, 239, 255, 256, 259, 274, 275, 279, 282, 283, 288, 291, 295, 299, 312, 314, 327, 329, 355 og 357,

Ved overtredelse av §§ 312 eller 314 gjelder avvergingsplikten bare når den fornærmede er under 16 år.

Brudd på avvergingsplikten straffes ikke når

a) handlingen det er tale om å avverge ikke har kommet så langt som til straffbart forsøk, jf. § 16, eller

b) plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd.

1.3 Historikk og aktualitet

I FNs barnekonvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (heretter barnekonvensjonen) artikkel 19 skal staten treffe alle «egne lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barn mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk fra barnets omsorgspersoner».

Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991, og inkorporert til norsk lov i 2003 gjennom Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3. Dette innebærer at konvensjonen «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».⁵ Norge som stat er altså forpliktet til å treffe tiltak som beskytter barn mot vold, og avvergingsplikten er en av disse tiltakene.

I 2010 ble avvergingsplikten i straffeloven 1902 (da § 139) endret og utvidet⁶. Årsaken til dette var at det var noe usikkert når straffeloven av 2005 ville trå i kraft, og Justis- og beredskapsdepartementet mente det allerede da var behov for skjerping og klargjøring av avvergingsplikten.⁷ Straffeloven 1902 § 139 ble da endret til i hovedsak og være i tråd med straffeloven av 2005 § 196.

⁵ Menneskerettsloven § 3

⁶ Endringslov 25. juni 2010 nr. 47

⁷ Prop. 116 L (2009-2010) side 18

Før lovendringen hadde en plikt til å avverge en straffbar handling når en «har fått pålitelig kunnskap om at den er i gjære eller er forøvd». Som en konsekvens av kravet om «pålitelig kunnskap» krevdes det at personen måtte være klar over at en straffbar handling vil bli eller er begått. I tillegg måtte personen være klar over eller regne det som overveiende sannsynlig at han kan forhindre den straffbare handlingen eller dens følger.⁸ Kravet om «pålitelig kunnskap» ble ved lovendringen erstattet med «sikkert eller mest sannsynlig».

Videre ble taushetsplikten spesifisert i lovteksten, slik at det ikke skulle være noen tvil om at avvergingsplikten opphever en eventuell taushetsplikt, uansett rettslig grunnlag for den. Avvergingsplikten ble også utvidet til å omfatte flere alvorlige lovbrudd, blant annet vold/mishandling i nære relasjoner (da strl. § 219). Endringene som ble gjort var for å senke terskelen for plikten, og gjøre bestemmelsen mer anvendelig.⁹

Det finnes i dag ingen generell plikt til å anmelde straffbare forhold som allerede er begått, og som det ikke lenger er mulig å avverge følgene av. I forarbeidene kommer det frem at å utvide plikten til å omfatte slike forhold vil reise vanskelige spørsmål, blant annet opp mot hensynene bak lovbestemt taushetsplikt. Dette gjelder særlig for helsepersonell, prester og advokater. Departementet uttaler at en slik utvidelse krever en grundigere vurdering, men at de vil følge utviklingen nøye om dette må vurderes senere.¹⁰

Ett annet tiltak som lovgiver har gjort for å bedre barns vern mot vold, er å endre lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter kalt barneloven) § 30, slik at den harmoniserer med barne-konvensjonen slik den er tolket og presisert av FNs barnekomite.¹¹ Barneloven § 30 tredje ledd verner barn mot å bli utsatt for «vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen utsettes for skade eller fare.»

⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) side 260

⁹ Handlingsplan fra Justis- og beredskapsdepartementet «*Et liv uten vold – Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017*» side 27

¹⁰ Prop. 116 L (2009-2010) side 18

¹¹ Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) pkt. 6.7

Barneloven ble i 2010 endret og utvidet slik at vernet i første punktum også skal gjelde vold som brukes i oppdragelsesøyemed.¹² ¹³ Lovgiver ønsket også ved lovendringen å klargjøre at barns integritet er vernet like godt som voksne. Dette ble gjort på grunn av barns sårbarhet og at forholdet mellom barn og foreldre er et særlig tillits- og avhengighetsforhold.¹⁴

Våre naboland har også straffebud som hjemler en avvergingsplikt for sine borgere. Disse har ingen rettskildemessig verdi i Norge, men det kan være interessant å se rettstilstanden i andre land.

Danmark har en lignende forebyggelsesplikt i den danske straffeloven § 141¹⁵ som ilegger straff for den som unnlater å forebygge blant annet forbrytelser som omhandler fare for menneskers liv og velferd. I bestemmelsen oppstilles det et krav om kunnskap, samt at en skal gjøre det som står i dens makt for å forebygge forbrytelsen eller dens følger. Bestemmelsen oppstiller også straffrihet i samme tilfeller som straffeloven § 196 andre ledd bokstav b. I den danske serviceloven kapittel 27 § 154¹⁶ har en som får kunnskap om at et barn utsettes for mishandling eller nedverdiggende behandling eller lever under forhold som kan sette dens sunnhet og utvikling i fare, plikt til å underrette kommunen.¹⁷ Enhver har altså plikt til å melde ifra til kommunen hvis de får kjennskap til at barn blir utsatt for omsorgssvikt.

¹² Ikrafttredelse av lov 9. april 2010 nr. 13 om endringer i barnelova mv.

¹³ Årsaken til endringen var bla. en uttalelse i Høyesterett om foreldrenes bruk av fysisk avstraffelse i oppdragelsesøyemed, jfr. Rt. 2005 s. 1576

¹⁴ Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) pkt. 6.7

¹⁵ Lovbekendtgørelse 9. juli 2015 nr. 873 (straffeloven)

¹⁶ Lovbekendtgørelse 17. november 2015 nr.1284 om social service (serviceloven)

¹⁷ Vejledninger mv. Særlig støtte til børn og unge og deres familier - Pkt. 81-82. Borgerens underrettningspligt (Social- Børne- og Integrationsmin. vejl. nr. 9007 af 7/1 2014).

I den finske straffeloven kapittel 15 § 10¹⁸ straffes den som unnlater å avverge grove straffbare handlinger når en har kunnskap om at de blir til å skje, og det fortsatt er mulig å avverge handlingene. Også denne bestemmelsen oppstiller straffrihetsgrunner lik de vi finner i straffeloven § 196 andre ledd bokstav b. Etter den finske straffeloven kapittel 40 §§ 9 og 10 straffes bestemte offentlige tjenestemenn for forsettlig og uaktsomt brudd på tjenesteplikten.

I 2012 ble 8 år gamle Eerika grovt mishandlet til døde av sin far og stemor¹⁹. Det var kommet inn en rekke bekymringsmeldinger og jenta hadde vært i kontakt med helsepersonell før hun døde. Likevel var det ingen som varslet og ingenting ble gjort. I saken ble det tatt ut tiltale mot 11 offentlige ansatte for tjenesteforsømmelse. Ansatte i skolen, leger, sykepleiere og ansatte i barnevernet ble tiltalt. To barnevernsansatte ble ilagt bøter og funnet skyldig etter straffeloven kapittel 40 § 10, for å ha brutt sin tjenesteplikt ved å blant annet ikke ha reagert på bekymringsmeldinger eller ha igangsatt tilstrekkelig tiltak for familien²⁰.

I Justis- og beredskapsdepartementets handlingsplan, «Et liv uten vold – Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017» kommer det frem at endringen i straffeloven § 139 om avvergingsplikten blant annet ble gjort på bakgrunn av statistikk fra politiet og krisesenter som gir oss en indikasjon på at omfanget av vold i nære relasjoner er et stort samfunnsproblem²¹. Dette ønsker departementet å sette mer fokus på.

I Riksadvokatens mål- og prioriteringsrundskriv for 2016 kommer det frem at i saker hvor barn utsettes for gjentatt vold eller andre overgrep kan det oppstå spørsmål om forbrytelsen kunne vært unngått dersom avvergingsplikten hadde vært fulgt. I alvorlige tilfeller må det vurderes om det er grunnlag for etterforskning etter straffeloven § 196.²²

¹⁸ Strafflagen 19. desember 1889 nr. 39 (straffeloven)

¹⁹ Far og stemor ble dømt til livsvarig fengsel, jfr. R 12/8279

²⁰ R 14/5262

²¹ Handlingsplan fra Justis- og beredskapsdepartementet, «*Et liv uten vold – Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017*» side 6

²² Riksadvokatens mål- og prioriteringsrundskriv 2016 side 10

Det uttales også at i voldssaker mot barn kan det være vanskelig å identifisere hovedgjerningspersonen. Påtalemyndighetene må vurdere nøye om medvirkningslæren kan gi grunnlag for tiltale.²³

I 2014 utga Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet tiltaksplanen *En god barndom varer livet ut*²⁴. Planen gjelder for 2014-2017 og inneholder 43 tiltak for å bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn og ungdom. Ett av tiltakene for å bidra til bedre beskyttelse av barn og andre mot vold og seksuelle overgrep, er at det skal vurderes om det er behov for en tydeliggjøring av avvergingsplikten i helselovgivningen²⁵. Tiltaksplanen har som hovedmål å forebygge og hindre at barn og ungdom blir utsatt for vold og seksuelle overgrep i eller utenfor hjemmet.

Som vi ser har lovgiver de siste årene gjort en rekke tiltak for å forhindre vold og overgrep mot barn. Tiltakene ovenfor er med på å rette nytt fokus på blant annet avvergingsplikten, og muligens effektivisere plikten som et virkemiddel mot vold og overgrep mot barn.

1.4 Rettskilder og metode

Vi befinner oss på strafferettens område, og den offentlige rett som regulerer forholdet mellom staten og enkeltindivider. «Begrepet straff blir tradisjonelt definert som et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde»²⁶ Når en stiller spørsmål om hva som er straffens formål, søker en svar på «Hvorfor straffer vi?» Spørsmålet har vært debattert og diskutert fra begynnelsen av vår sivilisasjon. Årsaken til dette skyldes delvis spørsmålets fundamentale betydning. «Når staten tilføyer sine borgere en tilsiktet lidelse, krever det en solid begrunnelse». Det har vært gitt to forskjellige svar på spørsmålet;

²³ Riksadvokatens mål- og prioriteringsrundskriv 2016 side 10

²⁴ Tiltaksplan fra Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, «*En god barndom varer livet ut*» (2014-2017) side 11

²⁵ Samme som over side 20

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 78, jfr. Rt-1977 s. 1207 (side 1210)

For det første straffer man for å hindre fremtidige uønskede handlinger, straffens formål er altså prevensjon. For det andre straffer vi for å gjengjelde den krenkelse som lovbruddet representerer, vi straffer altså for å gjengjelde. Prevensjonsteoriene er i moderne, vestlig strafferett nærmest enerådende, og har vært det i hundrevis av år.²⁷

For å idømme straff har vi i norsk strafferett fire straffbarhetsvilkår som alle må være oppfylt²⁸. For det første må det være utført en handling eller unnlattelse som dekkes av et straffebud etter lov. Det må også foreligge subjektiv skyld. Videre må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn, som nødrett, nødverge eller samtykke. Og til slutt må gjerningspersonen være strafferettslig tilregnelig i gjerningsøyeblikket.

Selve kjernen i lovprinsippet er at den straffbare handlingen må være beskrevet i straffebudet. Dette er det såkalte legalitetsprinsippet, som er direkte forankret i Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnloven) § 96 første ledd, som sier at ingen kan dømmes uten etter lov.

Prinsippet slår altså fast at domstolene må ha hjemmel i lov for å statuere et straffeansvar og for å idømme en strafferettslig reaksjon. Det må finnes en straffebestemmelse som dekker handlingen for at straff skal kunne pålegges.²⁹ Et av grunnhensynene bak prinsippet er forutberegnelighet.³⁰ Straff skal ikke komme overaskende på noen. Med «dømmes» mener Grunnloven straffedømmes, og med «lov» menes lov gitt av Stortinget (formell lov).³¹

²⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 78

²⁸ Andenæs *Alminnelig strafferett*, side 101

²⁹ Andenæs *Alminnelig strafferett* (2004) side 104

³⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 195

³¹ Samme som over side 195

Hovedregelen om hjemmelskravet i straffeloven finner vi i straffeloven § 14. Den skal forstås på samme måte som Grunnloven § 96 og hjemmelskravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 7.^{32 33} Ved at man dermed selv kan lese i lovene hva som er straffbart, vil prinsippet også fremme forutberegneligheten.

Høyesterett har de senere år skjerpet legalitetskravet i strafferetten. I Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15 kommer det frem at i nyere høyesterettspraksis er det foretatt en innstramning av kravet til en presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen. I avsnitt 18 uttales det at Grunnloven § 96 stiller samme krav til klarhet i angivelse av det straffbare forholdet som EMK artikkel 7, jfr. Rt. 2012 s. 313. I avsnitt 29 står det at en manglende støtte i ordlyden ikke kan avhjelpes av at lovgiver helt klart har ønsket å ramme det aktuelle forholdet.

«Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovskravet i Grunnloven § 96 og i EMK artikkel 7, slik dette er forstått blant annet i Rt-2011-469. Av særlig interesse er avsnitt 9 og 12 i dommen, hvor det fremheves at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det.»

Jeg har ikke klart å finne en eneste sak hvor det er blitt tatt ut tiltale etter straffeloven § 196 (eller tidligere straffeloven 1902 § 139). Det er klart at lovgiverviljen er tilstede, men bestemmelsen blir likevel ikke brukt. I lovens forarbeid ble det vurdert om straffeloven 1902 § 139 om avvergingsplikten skulle videreføres. Bestemmelsen er lite anvendt i praksis og det samme gjelder de tilsvarende bestemmelsene i den danske straffeloven § 141 og i den finske straffeloven kapittel 15 § 10. Dette kan indikere at bestemmelsen har liten virkning, men årsaken kan også være at bestemmelsen angir en atferdsregel som har sitt utspring i en grunnleggende samfunnsplikt, og at regelen derfor i stor grad etterleves. Medvirkningsansvaret, ved passivitet, kan også til en viss grad gjøre at bestemmelsen er mindre praktisk.³⁴

³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 409-410

³³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950

³⁴ Ot.prp.nr.8(2007-2008) side 260-261

Og selv om bestemmelsen er lite brukt, er det en grunn til at det finnes lignende bestemmelser i blant annet Danmark og Finland. I forarbeidene kommer det frem at en eventuell avkriminalisering kan skape inntrykk av at samfunnet aksepterer passivitet i de tilfeller som straffeloven 1902 § 139 (nå straffeloven 2005 § 196) rammer.³⁵

Denne avhandlingen blir en rettsdogmatisk fremstilling av avvergingsplikten. Med rettsdogmatisk fremstilling menes en betegnelse på den rettslige situasjonen som kan utledes fra de forliggende rettskildefaktorene, altså gjeldende rett.

For å besvare avhandlingens problemstilling benytter jeg alminnelig juridisk metode. Jeg vil foreta en analyse av gjeldende rett. Videre vil jeg vurdere om avvergingsplikten fungerer som virkemiddel for å avverge vold og overgrep mot barn.

Jeg tar utgangspunkt i de primære rettskildefaktorene lovtekst, forarbeid og rettspraksis som kilde. Sekundært vil reelle hensyn, juridisk teori og fremmed rett brukes som kilde. Den primære rettskilden som vil bli belyst i avhandlingen er straffeloven 2005 § 196.

Det som særpreger rettskildebildet i avhandlingen er spesielt at straffeloven § 196 er et såkalt ekte unnlatesdelikt.³⁶ Med dette menes at straffebudet retter seg direkte mot unnlater, den som «unnlater», «forsømmer», «uteblir» og lignende. De fleste straffebud krever en aktiv handling for å fullbyrdes, som å drepe noen, å bortta en gjenstand osv.

Ved siden av lovens ordlyd er forarbeidene en sentral rettskilde med betydelig vekt. I avhandlingen er det særlig Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff, Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) og Prop. L 116 (2009-2010) Om endringer i domstolloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m) og straffeloven 1902 (avvergeplikt) sentral for fastsetting av innholdet i avvergingsplikten.

³⁵ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) side 261

³⁶ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, (2004) side 137

Rent metodisk er det utfordrende at det finnes svært lite rettspraksis som direkte omhandler den tidligere straffeloven § 139 eller straffeloven § 196. Det som nevnes av rettspraksis i avhandlingen vil derfor ikke direkte omhandle avvergingsplikten. I hovedsak vil det være underrettspraksis. Underrettspraksis har liten rettskildemessig vekt, men vil i avhandlingen bli brukt for å illustrere rettskildesituasjonen.

Det bemerkes også at den nye straffeloven 2005 trådte i kraft i oktober 2015³⁷, noe som innebærer at rettspraksis nevnt i denne avhandlingen vil referere til den tidligere straffeloven 1902.

I saken mot Christoffers mor³⁸ foretar lagmannsretten en grundig vurdering av medvirkning i form av passivitet ved unnlatelse av å avverge et straffbart forhold overfor et barn. Dommen vil bli drøftet i avhandlingen for å kunne se hvordan retten tolker reglene om passiv medvirkning. Avgjørelsen ble anket til Høyesterett³⁹, med krav om avklaring av om det i norsk rett er adgang til å straffe «ren passiv medvirkning». Anken ble ikke fremmet, så selv om avgjørelsen er fra lagmannsretten, er den illustrerende for avklaring av reglene om passiv medvirkning.

Passiv medvirkning er ikke spesifikt nevnt i straffelovgivningen. Her vil derfor juridisk teori og rettspraksis være mer sentralt. Her kan det også stilles spørsmål ved passivitet som straffbar handling i lys av legalitetsprinsippet. I forarbeidene til straffeloven står det om passivitet skal bedømmes som straffbar medvirkning, beror på en tolking av det enkelte straffebud og de nærmere omstendighetene i saken.⁴⁰

³⁷ Straffeloven § 411

³⁸ LA 2012-92858 -RG-2013-292

³⁹ Rt. 2013 s.1015

⁴⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 412

1.5 Videre fremstilling

For å få svar på avhandlingens problemstilling vil jeg i det følgende først redegjøre for unnlatesdelikter. Videre følger en analyse av straffeloven § 196. Her vil bestemmelsens objektive og subjektive vilkår bli behandlet. Videre behandles bestemmelsens straffrihetsgrunner og straffopphørsgrunner.

I kapittel 3 redegjøres det for straffbar medvirkning, herunder ved passivitet. Her blir den såkalte Christoffersaken gjennomgått, samt vilkårene for anvendelse av reglene om passiv medvirkning.

I kapittel 4 følger en sammenligning av avvergingsplikten i straffeloven § 196 og reglene om passiv medvirkning. Dette gjøres for å se på hvordan disse eventuelt kan supplere hverandre.

Mine avsluttende bemerkninger kommer i kapittel 5, hvor jeg vurderer dagens rettstilstand opp mot avhandlingens problemstilling.

2 Analyse av straffeloven § 196

2.1 Unnlatelsesdelikter

Straffeloven er bygd opp slik at den har bestemmelser som forteller oss hva vi ikke skal gjøre, og hva vi skal gjøre. Loven opererer med et forbud eller et påbud.⁴¹

De fleste bestemmelser retter seg mot et forbud mot å gjøre noe. Det kreves altså i utgangspunktet en aktiv handling for å fullbyrde straffebudet. Det kan være forbud mot å drepe en annen, skade en annens kropp, ta en gjenstand osv. Men enkelte straffebud kan fullbyrdes ved at en holder seg passiv, altså unnlate å foreta seg noe, og dermed oppfyller gjerningsbeskrivelsen av et straffebud. Her er det et påbud om å gjøre noe, og ikke holde seg passiv.

«Vi skiller mellom ekte og uekte unnlatelsesdelikter».⁴² Et uekte unnlatelsesdelikt er situasjoner der en unnlatelse rammes av et straffebud som krever en aktiv handling. For eksempel i en situasjon hvor en mor unnlater å stelle sitt nyfødte barn slik at det sulter i hjel⁴³. Moren har forårsaket barnets død, ved å forholde seg passiv. Det kan stilles spørsmål ved om uekte unnlatelsesdelikter er i tråd med Høyesteretts skjerping av legalitetsprinsippet. I straffeloven § 275 står det «den som dreper en annen». «Dreper» har erstattet den tidligere ordlyden «forvolder» fra straffeloven 1902 § 233. Dette innebærer at det må være en årsakssammenheng mellom handlingen og døden⁴⁴. Det er i prinsippet uten betydning hvordan drapet skjer, da utfallet er det samme. Så om moren lar barnet sulte i hjel ved å ikke gjøre noe, eller kveler barnet er egentlig uten betydning for utfallet. Hun har forvoldet barnets død, og det er en årsakssammenheng mellom unnlatelsen og følgen. Drap kan dermed også skje ved unnlatelse.

⁴¹ Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2004) side 107

⁴² Andenæs, *Straffbar unnlatelse* (1942) side 23

⁴³ Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2004) side 138

⁴⁴ Matningsdal, *Lovkommentar straffeloven 2005*, note 2020

Straffeloven § 196 retter seg direkte mot unnlater, «den som unnlater» å avverge, og er dermed et ekte unnlatesdelikt. En unnlater kan være en manglende avvergelse av et handlingsforløp satt i gang av andre enn den unnlateren selv.

For eksempel A ser gjennom et vindu at B utøver vold mot et barn. A har da mulighet til å avverge den kriminelle handlingen ved å ringe politiet eller på annen måte, som for eksempel å ta seg inn i huset for å avverge den kriminelle handlingen. Hvis A derimot ikke gjør noe som helst, og dermed unnlater å avverge handlingen, kan han straffes etter straffeloven § 196. Han har da forholdt seg passiv, der han burde foretatt en handling, og risikerer dermed å bli straffet for å ikke ha grepet inn eller skaffet hjelp.

2.2 Hovedregelen i straffeloven § 196

Etter straffeloven § 196 første ledd første punktum er det straffbart å unnlate «gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den». Strafferammen er bot eller fengsel i inntil 1 år. Avvergingsplikten gjelder for enhver. Med enhver menes både vanlige folk og yrkesprofesjonelle med lovbestemt taushetsplikt. Dette innebærer at enhver plikter å utføre en handling som er egnet til å stoppe eller avverge den aktuelle straffbare handlingen eller følgene av den.

I det følgende gjøres det rede for de objektive vilkårene for overtredelse av straffeloven § 196.

Det første spørsmålet som må stilles, er når «unnlater» en etter straffeloven § 196. En unnlater etter alminnelig språklig forståelse, innebærer å forholde seg passiv i en situasjon hvor det er grunn til å forvente aktivitet.⁴⁵ I situasjoner hvor barn blir utsatt for vold eller overgrep, er det naturlig å forvente at et voksen griper inn, og enten avverger volden eller i det minste forsøker å gjøre det. Hvis en voksen forholder seg passiv når det forventes aktivitet (i form av en avvergelse), kan det legges til grunn at den voksne «unnlater».

⁴⁵ Eskeland, *Strafferett* (2006) side 185

Videre oppstiller straffebudet to alternative handlemåter for å oppfylle avvergingsplikten; «gjennom anmeldelse eller på annen måte». Den primære avvergingshandlingen er å anmelde forholdet til politiet.⁴⁶ De kriminelle handlingene som omhandler avvergingsplikten er også av så alvorlig karakter at politiet bør involveres. Men etter omstendighetene kan det foreligge en plikt til å avverge handlingen eller dens følger «på annen måte».⁴⁷ Forarbeidene sier ikke noe nærmere hvordan «på annen måte» skal forstås. Imidlertid har Matningsdal skrevet om dette i lovkommentar til straffeloven 1902 § 139⁴⁸.

Kravene som stilles til avvergingshandlingen kan derfor variere fra sak til sak. Den som har en avvergingsplikt må vurdere å foreta den avvergingshandling som passer best i den konkrete situasjonen. Eksempler på dette kan være å melde ifra til barnevernet eller annen relevant myndighet som kan hjelpe. På en annen side utgjør de kriminelle handlingene som skal avverges mest sannsynlig en akutt situasjon, hvor kontakt med barnevernet eller annen myndighet ikke vil avverge handlingen. Det kan i andre situasjoner være nødvendig å overtale eller prøve å stoppe gjerningspersonen ifra å utføre den kriminelle handling, beskytte offeret fra gjerningspersonen eller advare et mulig offer før forbrytelsen finner sted. Dette gjelder særlig der en har grunn til å tro at det å ta kontakt med politiet ikke vil medføre en tilstrekkelig rask reaksjon for å avverge handlingen. Her vil straffrihetsgrunnene i bestemmelsen sette en grense for hvor langt plikten går. (Disse blir behandlet i pkt. 2.5 om straffrihetsgrunner.)

Det kan stilles spørsmål ved om en unngår straff dersom en bare anmelder saken til politiet. I utgangspunktet vil nok anmeldelse til politiet være tilstrekkelig. Men hovedformålet med avvergingsplikten er jo å avverge handlingen, slik at det kan oppstå situasjoner hvor en anmeldelse ikke vil være nok for å unngå straff. Bestemmelsen krever at en «søker å avverge» den straffbare handlingen. Dette tilsier at en prøver å avverge handlingen etter beste evne. Det er ikke noe krav om at handlingen rent faktisk stopper eller at konsekvensene avverges.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) side 349

⁴⁷ Samme som over

⁴⁸ Matningsdal, Lovkommentar straffeloven 1902 note 1161

Personen som har avvergingsplikt bør søke å velge en avvergingshandling som er best egnet til å stoppe den straffbare handlingen. Det kan tenkes at nye og andre avvergingshandlinger bør prøves dersom den straffbare handlingen ikke avverges i første omgang. Dette må vurderes da avvergingsplikten ikke opphører før forbrytelsen enten er fullbyrdet eller forhindret.

2.2.1 Hva menes med «en straffbar handling»

Hva menes så med «en straffbar handling»? Straffeloven bruker «straffbar handling» som et samlebegrep for forbrytelser og forseelser. Definisjonen i § 4 (jfr. Straffeloven av 1902) innebærer at uttrykket omfatter både den aktive handling og den straffbare unnlattelse av å handle. I straffeloven av 2005 § 1 står følgende:

«Bestemmelsene i første del gjelder for alle straffbare handlinger når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov eller følger av tolking.»

«Straffbare handlinger» betyr overtredelse av et straffebud – også når overtredelsen består i en unnlattelse av å handle». ⁴⁹

I straffeloven § 282 om mishandling i nære relasjoner er den straffbare handlingen beskrevet ved «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser, alvorlig eller gjentatt mishandler». De fire første alternativene omfatter gjerningsbeskrivelsen i straffeloven §§ 251, 254, 263, og 271-274. «Andre krenkelser» kan være trusler som ikke rammes av straffeloven § 263, eller det kan være psykisk terror som ikke rammes av straffeloven §§ 271-274. «Andre krenkelser» kan også være seksuelle krenkelser, brudd på besøksforbud og mangel på nødvendig stell og pleie. ⁵⁰

⁴⁹ Matningsdal, Lovkommentar straffeloven 2005 note 2

⁵⁰ Ot.prp. nr. 113 (2004-2005) kap. 7.2 side 45

FNs barnekomite har uttalt seg om definisjon på «vold».⁵¹ Med vold menes «*enhver fysisk maktanvendelse som har til straffehensikt å forårsake smerte eller ubehag, selv lett smerte og ubehag*». Videre er psykisk vold definert til å omfatte «*ikke-fysiske avstraffelser som er grusomme eller nedverdiggende, for eksempel avstraffelser som ydmyker barnet, får barnet til å føle seg lite verdt, baktaler barnet, gjør barnet til syndebukk, truer, skremmer eller latterliggjør barnet.*»

2.2.2 Følgene av en straffbar handling

Videre i straffeloven § 196 plikter en å søke å avverge en straffbar handling eller *følgene* av den. Verken forarbeidene eller juridisk teori sier noe om hvordan *følgene* av en straffbar handling skal forstås. Selve ordlyden er også noe uklar, da det kan fremstå som en kan velge om en skal avverge den straffbare handlingen eller *følgene* av den. Hva som ligger i begrepet må vurderes i de ulike tilfellene. Et annet ord for *følgene* er konsekvensene av en straffbar handling. Trolig vil «*følgene*» være mest relevant ved forbrytelser hvor det erfaringsmessig kan være stor gjentakelsesfare, som for eksempel ved misbruk av barn.

Følgene av at et barn blir mishandlet kan være skade, enten fysisk eller psykisk, og i verste fall død. Det er nærliggende å forstå det slik at en plikter å skaffe offeret kompetent hjelp etter at den straffbare handlingen er fullført. Den primære avvergingsplikten er uansett å stoppe den straffbare handlingen.⁵²

2.2.3 «På et tidspunkt da dette fortsatt er mulig»

Straffbarhetsbetingelsen krever videre at det fortsatt er mulig å stanse den straffbare handlingen eller dens følger. Plikten gjelder altså «på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig».

Ordlyden oppstiller en tidsbegrensning, hvor avvergingsplikten avgrenses mot tilfeller der konsekvensene av den straffbare handling ikke lenger kan avverges.

⁵¹ Generell kommentar nr. 8 (2006) Barnets rett til beskyttelse mot fysisk avstraffelse og andre grusomme eller nedverdiggende former for straff (bl.a. artikkel 19, artikkel 28 nr. 2 og artikkel 37) pkt. III

⁵² Ot.prp. nr.8 (2007-2008) side 260.

Det er altså ikke noen anmeldelsesplikt for forbrytelser som allerede er begått, og hvor følgene allerede er inntrådt. Alternativet «er begått» relaterer seg til situasjoner hvor det kun er mulig å avverge følgene av den straffbare handlingen. Avvergingsplikten er således ikke ment å være en plikt til å melde fra om straffbare handlinger som allerede er begått, og følgene har inntruffet.⁵³ Årsaken til dette er blant annet atplikten vil bli alt for stor og vidtrekkende.

Avvergingsplikten gjelder fra det tidspunkt mistanken om vold eller overgrep inntreffer, og til tidspunktet hvor avvergingshandlingen ikke lenger kan stoppe den straffbare handlingen. I verste fall vil det være når den straffbare handlingen medfører døden.

Hvor den straffbare handlingen skjer ved kun ett tilfelle er dette lite komplisert. Eksempelvis blir en jente overfalt av en fremmed gjerningsperson på et offentlig sted. Når overfallet er begått, og følgene har inntruffet, er det således ikke lenger mulig å avverge den straffbare handlingen.

Ved pågående forbrytelser vil avvergingsplikten vedvare så lenge det straffbare forholdet pågår. Ved mishandling i nære relasjoner, jfr. §§ 282 og 283, er det ofte snakk om pågående forbrytelser over flere år. Spørsmålet blir da om hvor lenge avvergingsplikten gjelder, og når opphører den? Avvergingsplikten opphører når den straffbare handlingen enten er fullbyrdet eller forhindret. Men hva hvis mishandlingen skjer en gang i måneden, gjennom flere år. Har en da avvergingsplikt hele tiden, eller bare rett før mishandlingen skal skje?

En har avvergingsplikt så lenge en fortsatt oppfatter det som sikkert eller mest sannsynlig at en straffbar handling blir begått eller blir til å skje. Dette innebærer at en potensielt kan ha avvergingsplikt over flere år. Samtidig må en unnlate med viten og vilje, å forsøke å avverge mishandlingen som en mest sannsynlig vet blir begått.

⁵³ Prop. 116 L (2009-2010) kapittel 12.3 side 19

Eksempelvis kan en nabo som sikkert eller mest sannsynlig vet at en far mishandler sin datter, ha avvergingsplikt over flere år. Dette gjelder også hvis den straffbare handlingen enda ikke har skjedd. Så lenge det fremstår, for personen med avvergingsplikt, som sikkert eller mest sannsynlig, at det vil skje en straffbar handling, har en plikt til å avverge den. Og hvis denne mistanken varer i flere år, vil også avvergingsplikten gjøre det.

På en annen side er straffeloven § 196 ment for akutte og alvorlige situasjoner. Kan en kalle en langvarig mishandling over flere år for akutt, eller inntre bare avvergingsplikten rett før den kriminelle handlingen blir å skje? Det må kunne legges til grunn at avvergingsplikten gjelder så lenge det fortsatt er mulig å avverge handlingen eller dens følger. Og når handlingen enda ikke har skjedd, gjelder jo fortsatt avvergingsplikten.

2.3 Skyldkravet

Hovedregelen for skyldkravet finner vi i straffeloven § 21. Det er bare forsettlig lovbrudd som rammes av straffelovgivningen, med mindre annet er bestemt. Dette gjelder også unnlatesforbrytelser.

Det foreligger forsett når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud enten med hensikt, eller med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen. Vi har tre hovedformer for forsett; hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett og eventualitetsforsett, jfr. Straffeloven § 22. Bestemmelsen lovfester dekningsprinsippet, om at forsettet må dekke hele gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.

Ved vurderingen om det foreligger forsett, er det alltid spørsmål om hva gjerningspersonen tenkte i gjerningsøyeblikket. Hva andre tenkte, eller ville ha tenkt, i samme situasjon er ikke relevant.⁵⁴ I forarbeidene står det at kravet om subjektiv skyld bygger på straffens individual- og allmennpreventive funksjoner. Straff har liten preventiv effekt hvis gjerningspersonen ikke kan klandres for det han har gjort. Det er urimelig å straffe noen som ikke kan bebreides.⁵⁵

⁵⁴ Matningsdal, Lovkommentar straffeloven 2005 note 136

⁵⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 111

Forsettet må dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet.⁵⁶ Dette innebærer at forsettet må omfatte alle følgene det aktuelle straffebudet beskriver. I tillegg må forsettet dekke de øvrige ledd i bestemmelsens beskrivelse av den aktuelle straffbare handling.

I straffeloven § 196 er det objektive gjerningsinnholdet å unnlate å avverge en straffbar handling, enten ved anmeldelse til politiet eller på annen måte søke å avverge handlingen eller følgene av den. Forsettet må i tillegg omfatte unnlatelsen.

I straffeloven § 196 inntreer avvergingsplikten når det «fremstår som sikkert eller mest sannsynlig» at handlingen vil bli begått. Det oppstilles ingen krav til ett spesifikt forsett, så alle former av forsett er i utgangspunktet mulige. Dog er kravet til mistanke subjektivt, og kan minne om sannsynlighetsforsett i straffeloven § 22 første ledd bokstav b.

Ved lovendringen i 2010 ble, som nevnt tidligere, kravet om «pålitelig kunnskap» endret til at det fremstår som «sikkert eller mest sannsynlig» at handlingen blir begått. I forarbeidene til endringsloven kommer det frem at det ikke er ønskelig å utvide forsettskravet til å omfatte dolus eventualis⁵⁷, da dette vil gjøre bestemmelsen alt for vidtrekkende. Det uttales også at endringen i skyldkravet utgjør en utvidelse av avvergingsplikten. Det skal nå mindre til for at plikten inntreer.⁵⁸

Personen med avvergingsplikt må med viten og vilje, ha unnlatt å anmelde eller på annen måte, prøvd å avverge den kriminelle handlingen som personen har mistanke om vil skje. Personen må også oppfatte det som mer sikkert eller sannsynlig at handlingen begås enn at den ikke gjør det.

I det følgende drøftes sannsynlighetsforsettet, da det er denne formen for forsett som er mest nærliggende til straffeloven § 196.

⁵⁶ Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2004) side 221

⁵⁷ Når en «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet», jfr. Straffeloven § 22 bokstav c

⁵⁸ Ot.prp. nr 8 (2007-2008), side 261

2.3.1 Sannsynlighetsforsett

Sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningspersonen finner det mer sannsynlig at følgen vil inntreffe enn det motsatte.⁵⁹ Sannsynlighetsforsettet krever ikke at følgen er tilsiktet. Høyesterett har slått fast i tidligere dommer at sannsynlighetsforsett forutsatte at gjerningspersonen hadde regnet følgen som «overveidende sannsynlig» og med 51 % sikkerhet for at handlingen ville inntreffe.⁶⁰ I dag er det imidlertid lovfestet at det er tilstrekkelig at gjerningspersonen regnet det som «mest sannsynlig» at gjerningsbeskrivelsen ville blitt oppfylt.

Det er gjerningspersonens oppfatning av situasjonen som må vurderes, og ikke den objektive sannheten. Det avgjørende er hva gjerningspersonen oppfattet i sin bevissthet av situasjonen.⁶¹ Dette følger av straffeloven § 25 som fastslår at en skal «bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen» på tidspunktet da den straffbare handlingen ble begått. Uvitenheten gjelder bare faktiske forhold.

Et annet tilfelle er hvis en person ikke avverger en straffbar handling når det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at den blir begått, fordi han ikke *vet* at det er straffbart. Etter straffeloven § 26 skal den som på handlingstidspunktet ikke visste at handlingen er ulovlig, bare straffes når uvitenheten er uaktsom. Straffeloven § 196 er en bestemmelse som er veldig lite brukt, slik at det kan tenkes at personer ikke vet om bestemmelsen. Men på en annen side oppstiller avvergingsplikten en alminnelig borgerplikt, og det må kunne tenkes at enhver bør vite at en er pliktig til å avverge vold mot barn.

Straffeloven § 196 krever at noen begår en handling med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Kravet om «mest sannsynlig» innebærer at det må foreligge en alminnelig sannsynlighetsovervekt. Personen med avvergingsplikt må ha konkrete holdepunkter. Dette vil si at en vag mistanke basert på for eksempel et rykte, ikke er tilstrekkelig.

⁵⁹ Andenæs *Alminnelig strafferett* (2004) side 234

⁶⁰ Rt. 1991 s. 741 side 744

⁶¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425

Forsettet må foreligge i gjerningsøyeblikket for den straffbare handlingen. Gjerningsøyeblikket i straffeloven § 196 er det tidspunktet hvor man avstår fra å avverge, og det fortsatt er mulig å avverge den straffbare handlingen eller følgene av den. For å bli ansvarlig for en slik handling må man med vilje, unnlate å avverge, og man må vite at det fortsatt er mulig å avverge handlingen eller dens følger.

Eksempelvis kan det være en situasjon hvor et barn forteller en barnehageansatt A at den blir mishandlet hjemme. A mener dermed at det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at barnet blir mishandlet. A har mulighet til å avverge den straffbare handlingen, enten ved å ta kontakt med politiet eller for eksempel barnevernet, når barnet fortsatt er i barnehagen. Likevel velger A og ikke gjøre noe, og lar barnet bli hentet av foreldrene. Samme kveld blir barnet hardt skadet på grunn av mishandling fra foreldrene. Gjerningsøyeblikket i denne situasjonen er når A overleverer barnet til foreldrene sine, selv om det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at de blir å mishandle barnet.

A har da oppfylt den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 196, og det foreligger forsett. Situasjonen blir en annen hvis A derimot først fikk mistanke om mishandlingen etter at barnet var hentet i barnehagen. A har da ikke utvist skyld ved gjerningsøyeblikket, og vilkårene for straff er dermed ikke tilstede.

Så hvis det for en person, fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at en straffbar handling blir å skje, er personen forpliktet etter straffeloven § 196, å søke og avverge handlingen, enten ved anmeldelse eller på annen måte. Hvis han med viten og vilje velger å ikke gjøre dette, er han straffverdig etter straffeloven § 196.

2.4 Avvergingsplikt og taushetsplikt

Straffeloven § 196 gjelder for enhver. Dette gjelder både vanlige folk, men også yrkesprofesjonelle med lovpålagt taushetsplikt. I det følgende redegjøres det for yrkesprofesjonelles adgang til å bryte taushetsplikten for å oppfylle avvergingsplikten.

Yrkesprofesjonelle har taushetsplikt etter Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13. Taushetsplikten gjelder opplysninger om noens «personlige forhold», jfr. Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. I forarbeidene kommer det frem at med «personlige forhold» menes blant annet informasjon om familiære og sosiale forhold, helse og lignende⁶². Brudd på taushetsplikt sanksjoneres med straff etter straffeloven § 209.

I straffeloven § 196 står det uttrykkelig at avvergingsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt.⁶³ I forarbeidene til endringsloven⁶⁴ uttalte Kripos, med tilslutning fra Politidirektoratet, at de anser det som svært viktig at taushetsplikten blir presisert i straffeloven §196.

«Det vil lett skape forvirring hos personer underlagt taushetsplikt (f. eks. helsepersonell) om denne presiseringen ikke fremgikk av lovteksten (jfr. ordlyden i straffeloven 1902 §139).»⁶⁵

Spørsmålet er om den lovpålagte taushetsplikten er til hinder for avvergingsplikten i straffeloven § 196.

I NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold- Menns vold mot kvinner i nære relasjoner, avsnitt 11.7.5 står det om den lovpålagte taushetsplikten som gjelder for *helsepersonell, for ansatte i statlige eller kommunale forvaltningsorganer og private organisasjoner*. I utredningen kommer det frem at «det imidlertid er viktig å huske på at avvergingsplikten aldri danner grunnlag for samarbeid og informasjonsutveksling». Videre står det at «den kun gir adgang til å bryte taushetsplikten i en akutt situasjon der det er fare for alvorlige lovbrudd».

⁶² Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 14

⁶³ Prop. 116 L (2009–2010) side 17 og 19

⁶⁴ Endringslov 25. juni 2010 nr. 47

⁶⁵ Prop. 64 L (2014-2015) pkt. 4.7

Dette innebærer at yrkesprofesjonelle med lovpålagt taushetsplikt kan bryte taushetsplikten for å oppfylle avvergingsplikten, men da bare i akutte situasjoner. Gjennom straffeloven § 196 har de øvrige en plikt til å avverge de kriminelle handlingene nevnt i paragrafen, når det er sikkert eller mest sannsynlig at de blir eller vil bli begått.

Men hva med situasjoner hvor den yrkesprofesjonelle er usikker på om mistanken han har er tilstrekkelig og akutt nok, slik at avvergingsplikten går foran taushetsplikten. Frykten for å bryte taushetsplikten kan i enkelte tilfeller hindre at avvergingsplikten blir overholdt. Samtidig er kravet om mistanke subjektivt, slik at det er den enkeltes oppfatning av situasjonen som legges til grunn. Så har en yrkesprofesjonell oppfattet situasjonen slik at det foreligger avvergingsplikt, kan han med rett, bryte taushetsplikten i akutte situasjoner. Skulle det vise seg at han tok feil av situasjonen, er det tvilsomt at han kan straffes for å ha brutt taushetsplikten.

2.5 Generelle og spesielle straffrihetsgrunner

En handling er ikke uten videre straffbar selv om et straffebud objektivt sett er overtrådt. Det kan foreligge en straffrihetsgrunn, som gjør handlingen lovlig eller i det minste straffri.⁶⁶

Vi skiller mellom generelle og spesielle straffrihetsgrunner. Straffrihetsgrunnene omfavner tilfeller der en straffbar handling gjøres rettmessig, og tilfeller der den straffbare handlingen gjøres straffri.⁶⁷ De generelle straffrihetsgrunnene finner vi i for eksempel straffeloven §§ 17 og 18 om nødrett og nødverge. Mens de spesielle straffrihetsgrunnene står spesifikt i de enkelte straffebudene. De formuleres som regel som unntak fra hovedregelen i straffebudet.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 106

⁶⁷ Andenæs, *Alminnelig strafferett* (2004) side 151

2.5.1 Straffrihetsgrunner i straffeloven § 196

Det første unntaket finner vi i straffeloven § 196 andre ledd. Ved overtredelse av §§ 312 og 314 gjelder bare avvergingsplikten når fornærmede er under 16 år. Paragraf 312 omhandler incest, og § 314 omhandler seksuell omgang mellom andre nærstående. Det er altså ingen avvergingsplikt ved incest eller seksuell omgang mellom nærstående hvis fornærmede er over 16 år.

Det andre unntaket er i straffelovens § 196 tredje ledd bokstav a, og omhandler at brudd på avvergingsplikten ikke straffes når handlingen som skal avverges ikke har kommet så langt som til fullbyrdelse eller straffbart forsøk.

Det tredje unntaket finner vi i straffeloven § 196 tredje ledd, bokstav b. Dersom avvergingsplikten ikke kan oppfylles «uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd», vil en være straffri. Ordlyden oppstiller to alternative vilkår for straffrihet. De to alternativene er henholdsvis «siktelse eller tiltale» og «fare for liv, helse eller velferd». Bestemmelsen skiller ikke mellom privatpersoner og yrkesprofesjonelle. Men rent språklig tilsier ordlyden «utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig» at straffrihetsgrunnen gjelder for privatpersoner som har en nær relasjon til gjerningspersonen.

I forarbeidene til loven står det kun at begrensningene i avvergelsesplikten fullt og helt svarer til straffeloven (1902) § 139.⁶⁸ Det foreligger heller ikke rettspraksis som belyser hvilken faregrad som kreves. I juridisk teori står det også lite om straffrihetsgrunnene i bestemmelsen.

Spørsmålet er så i hvilke situasjoner straffrihetsgrunnene gjelder.

Etter straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b første alternativ er en straffri dersom «plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig (...) for siktelse eller tiltale».

⁶⁸ Prop. 116 L (2009–2010) side 17-20

Ordlyden tilsier situasjoner hvor avvergingshandlingen kan føre til siktelse eller tiltale for ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig. Handlingskravet i bestemmelsen er primært anmeldelse til politiet, noe som kan innebære siktelse eller tiltale.

Legaldefinisjon på «nærmeste» finner vi i straffeloven § 9:

«Med de nærmeste menes

- a) ektefelle,*
- b) slektninger i direkte linje og søsken, og deres ektefeller,*
- c) ektefellens slektninger i direkte linje og søsken, og deres ektefeller,*
- d) stesøsken og deres ektefeller,*
- e) fosterforeldre og deres foreldre, fosterbarn og fostersøsken, og*
- f) forlovede.*

Det som er bestemt om ektefeller, gjelder også fraskilte. Besvogrede regnes likevel bare som de nærmeste for forhold som har skjedd før oppløsningen av ekteskapet. Det som er bestemt om besvogrede i annet punktum, gjelder også for forlovede etter at forlovelsen er hevet.

Svogerskap anses fortsatt å bestå når ekteskapet som begrunnet det, er opphørt ved død.

Likestilt med ekteskap er registrert partnerskap¹ og andre tilfeller når to personer bor fast sammen under ekteskapsliknende forhold.»

Som vi ser er noens «nærmeste» potensielt svært mange personer. Straffrihet på grunn av risikoen for å utsette noens nærmeste for siktelse eller tiltale vil være aktuelt i en rekke situasjoner. Hvis et barn blir mishandlet av sin far, vil for eksempel barnets mor, bestemor, tante, onkel, stesøsken og så videre være straffri ved unnlatelse av å avverge handlingen. Dette fordi det kan utsette noen av deres nærmeste for siktelse eller tiltale. Det viser at en rekke personer som er høyst aktuelle til å oppdage og avverge vold og overgrep mot barn gjennom anmeldelse til politiet, er straffri etter straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b første alternativ.

En mor vil også være straffri etter straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b første alternativ, dersom hennes ektefelle mishandler barnet deres, da hun ved å avverge den kriminelle handlingen vil utsette en av hennes nærmeste for siktelse eller tiltale. Men sett på en annen side; blir ikke barnet, som er en uskyldig, utsatt for fare for liv eller helse?

Videre i straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b andre alternativ, er brudd på avvergingsplikten etter første ledd straffri dersom «plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for (...) fare for liv, helse eller velferd»

Spørsmålet er hva som ligger i begrepet «fare for liv, helse eller velferd»?

Det er nærliggende å forstå «fare» som en risiko for noe. Det oppstilles ikke noen krav til faregrad, så enhver risiko for situasjonene som kan oppstå vil følgelig omfattes av ordlyden. En naturlig språkforståelse med fare for liv er risiko for død. Uttrykket fare for helse vil være enhver risiko for skade på en persons fysiske eller psykiske helse. Fare for velferd forstås som risiko for tap av noens livskvalitet, det kan være økonomisk tap så vel som tap av noens gode rykte.

En må kunne forvente at det foretas avvergingshandlinger dersom en har evner til å lykkes i å avverge den straffbare handling. Det vil si at en har mulighet til å stoppe handlingen uten at en selv blir utsatt for fare for liv, helse eller velferd. Loven krever ikke noen heltedåd eller heroisme, men en viss risiko må en kunne regne med.⁶⁹ Dette innebærer at en person som har avvergingsplikt altså kan velge å ikke avverge en kriminell handling hvis det vil utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for fare for liv, helse eller velferd.

Som vi ser gir straffrihetsgrunnene i § 196 tredje ledd bokstav b andre alternativ, bestemmelsen en begrenset rekkevidde der pliktsubjektet er nærstående til gjerningspersonen.

⁶⁹ Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* (2008) side 130

Ørnulf Øyen hevder i sin artikkel, *Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner*⁷⁰, at pliktsubjektet kan straffritt, velge å prioritere å være lojal overfor gjerningspersonen, i stedet for barnet som blir utsatt for vold eller overgrep. En kan også velge å prioritere sitt eget liv, helse eller velferd, foran barnets.

Videre hevder Øyen, at det er en noe uheldig verdivurdering fra lovgiver, og gi pliktsubjektet i § 196 (som er enhver) mulighet til å velge lojalitet overfor seg selv, gjerningspersonen eller barnet.

Norge som stat er forpliktet etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, artikkel 19 og etter Grunnloven § 104 til å beskytte barn mot vold og treffe avgjørelser basert på «barnets beste». Det kan tenkes at begrensningen er gjort med intensjon om at handleplikten i bestemmelsen ikke skal treffe for vidt, og at ansvaret dermed blir for stort. Men samtidig er det de nærstående som oftest er mest nærliggende til å oppdage disse kriminelle handlingene, og det kan oppstå situasjoner hvor andre utenforstående tenker at noen som er nærmere offeret heller bør melde ifra.

På en annen side er vernet mot selvinkriminering forankret i både Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 90 og EMK art. 6 nr. 1.⁷¹ EMK er inkorporert i norsk rett og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning.⁷² Selvinkriminering innebærer at en ikke skal bidra til sin egen straffesak. Eksempelvis i en situasjon hvor en mor har hatt kunnskap om at far har mishandlet barnet deres gjennom flere år, uten å forsøke å avverge mishandlingen. Hvis mor bestemmer seg for å endelig anmelde forholdet, vil hun da risikere å utsette seg selv for siktelse eller tiltale. For mor vil jo da avsløre at hun har brutt sin avvergelsesplikt over flere år.

⁷⁰ Øyen, *Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner* (2014) side 258

⁷¹ Selvinkriminering er innfortolket av EMD i dom 17. desember 1996 *Saunders vs. Storbritannia* avsnitt 69

⁷² Menneskerettsloven § 3.

Straffeloven § 196 har til intensjon å være et forebyggende virkemiddel for å avverge spesifikke alvorlige forbrytelser utført mot barn⁷³. Dette syntes vanskelig å oppnå når de som er mest aktuelle til å avverge går straffri på grunn av straffrihetsgrunnene. Det kan fremstå som at hensynet for den som har avvergingsplikt, og dens nærmeste, veier tyngre enn plikten til å forhindre vold og overgrep mot barn.

På grunn av denne begrensningen ved at nærstående til hovedgjerningspersonen kan være straffri etter straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b, skal jeg i kapittel 3 redegjøre for reglene om passiv medvirkning, og om denne regelen kan suppleres med avvergingsplikten.

2.6 Straffopphørsgrunner – foreldelse

Det er en forutsetning for straffansvaret at den kriminelle handlingen ikke er foreldet. Straffeloven §§ 85-89 regulerer fristene for foreldelse. Her kommer det frem at fristen for pådratt straffansvar er i samsvar med strafferammen på det enkelte straffebed.

Hensynene bak foreldelsesreglene er i hovedsak hensynet til straffens allmennpreventive virkning, samt at bevisenes troverdighet avtar med årene. Og jo lengre tid som går, blir det vanskeligere å bevise at vilkårene for straff er tilstede.

Straffeloven § 87 oppstiller et unntak ved overtredelse av blant annet §§ 282 om mishandling i nære relasjoner og 299 om voldtekt av barn under 14 år. Ved overtredelse av disse bestemmelsene skal fristen likevel regnes fra den dag den fornærmede fyller 18 år. Unntaket gjelder dog ikke for straffeloven § 196.

For straffeloven § 196, hvor strafferammen er på 1 år, er foreldelsesfristen 2 år. Dette gjelder fra det straffbare forholdet opphørte. For avvergingsplikten vil dette innebære at foreldelsesfristen starter å løpe når det kriminelle forholdet stopper.

⁷³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 72

Spørsmålet videre er når opphørte det straffbare forholdet. Det straffbare forholdet opphører når det ikke lenger er noen avvergingsplikt. Altså når det ikke lenger er noen kriminell handling som skal avverges. Dette gjelder også når følgene av den kriminelle handlingen ikke lenger kan avverges. Fra tidspunktet den kriminelle handlingen og følgene er fullbyrdet, eller at den kriminelle handlingen ikke skjedde likevel. I det siste tilfellet er det ikke aktuelt med en foreldelsesfrist, da avvergingsplikten enten er holdt, eventuelt har det ikke skjedd noe straffbart forhold.

Videre kan det kan være uheldig med en kort foreldelsesfrist i forbrytelser hvor offeret er barn. Barn er ekstra sårbare, og kan ha vanskeligheter med å fortelle hva som har skjedd. Bevisbyrden er også svært vanskelig i slike saker, og barn er en mye svakere part enn voksne. Når barnet da blir myndig, og kanskje tør eller faktisk forstår hva de har blitt utsatt for, er foreldelsesfristen som regel løpt ut for lenge siden. Eksempelvis hvor en jente har blitt mishandlet av faren frem til hun var 12 år, vil foreldelsesfristen for straffeloven § 282 om mishandling i nære relasjoner begynne å løpe først når jenta er 18 år. Men hvis en nabo med viten og vilje unnlot å avverge denne mishandlingen, vil avvergingsplikten være foreldet når jenta er 14 år, og naboen kan dermed ikke straffes for å ha brutt avvergingsplikten. En kort foreldelsesfrist kan være lite hensiktsmessig i forhold til effektiviteten av straffeloven § 196 som virkemiddel mot vold og overgrep mot barn.

2.7 Oppsummering og videre fremstilling

Redegjørelsen av straffeloven § 196 viser at avvergingsplikten har som formål å avverge grove straffbare handlinger utført mot barn. Bestemmelsen oppstiller en alminnelig og viktig borgerplikt for enhver. Likevel foreligger det ikke relevant rettspraksis på området, som kan hjelpe med tolkningen av bestemmelsen. Analysen viser at gjerningsbeskrivelsen legger til rette for at formålet med bestemmelsen kan oppnås.

Straffrihetsgrunnene i straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b begrenser virkeområdet til avvergingsplikten, særlig ved mishandling i nære relasjoner, jfr. Straffeloven § 282. Avvergingspliktens korte foreldelsesfrist er også lite heldig når det gjelder kriminelle handlinger utført mot barn.

Redegjørelsene av skyldkravet, straffrihetsgrunnene og foreldelsesreglene viser at disse begrenser rekkevidden for avvergingsplikten som virkemiddel for å forhindre vold og overgrep mot barn. På grunn av disse begrensningene, skal jeg nedenfor i kapittel 4 redegjøre for når en unnlattelse av å avverge en straffbar handling kan straffes som passiv medvirkning.

I kapittel 5 vil jeg oppsummere utfordringene med avvergingsplikten, og basert på mine drøftelser vil jeg se på mulige endringer.

3 Passiv medvirkning

Problemstillingen videre er når en unnløtelse av å avverge et straffbart forhold kan straffes som passiv medvirkning.

I strafferetten ser vi ofte at flere personer er involvert i en straffbar handling. Samtlige oppfyller gjerningsinnholdet i straffebudet på lik linje. Dette kan for eksempel være to eller flere som i fellesskap begår et væpnet ran. Men det kan også oppstå situasjoner hvor bare noen oppfyller gjerningsinnholdet i straffebudet. Medvirkning kjennetegnes ved at straffansvaret utvides i bredden, ved at også handlinger som ikke omfattes av straffebudets gjerningsinnhold etter en konkret vurdering kan omfattes av straffansvaret.⁷⁴

Spørsmålet som må stilles er om, og i tilfelle når en unnløtelse av å forsøke å forhindre at en straffbar handling begås, kan utgjøre straffbar medvirkning.

Hovedregelen her er at den som forholder seg passiv ikke pådrar seg noe medvirkningsansvar. Dette har Høyesterett lagt til grunn i blant annet Rt. 1918 s. 1315, hvor det ble uttalt at «... *den som forholder seg passiv, ikke kan straffes for medvirkning*».

Vi ser likevel eksempler fra rettspraksis hvor unnløtelsen av å handle, for å hindre, eller avverge, en straffbar handling har medført at det har blitt ilagt straff for medvirkning. Utgangspunktet er klart, men det er nødvendig å ta for seg hvilke vilkår som må være oppfylt for at hovedregelen skal fravikes. Hvilke vilkår kreves da for at en unnløtelse er nok straffverdig, slik at en kan straffes for passiv medvirkning?

Etter straffeloven § 196 er det straffbart å medvirke til ikke å avverge den aktuelle straffbare handlingen. Det kan for eksempel være og overtale noen til å ikke avverge en straffbar handling eller å overtale noen til å ikke varsle politiet, og dermed ikke etterleve avvergingsplikten.

⁷⁴ Matningsdal, *Medvirkning til straffbare handlinger - hovedpunkter* (2008) side 357

Høyesterett har i Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15) uttalt seg om når en kan straffes for passiv medvirkning.

«For å kunne bli dømt for medvirkning kreves normalt at tiltalte fysisk har bidratt ved den faktiske utførelse av handlingen (fysisk medvirkning), eller at tiltalte positivt har tilskyndet til handlingen eller styrket gjerningspersonens forsett (psykisk medvirkning). Som utgangspunkt kan den som bare har vært til stede når en straffbar handling ble begått, ikke dømmes for medvirkning. Det er imidlertid i flere høyesterettsavgjørelser fra de senere år lagt til grunn at dersom en person på et eller annet grunnlag har plikt til å handle, kan også ren passivitet gi grunnlag for medvirkningsansvar (passiv medvirkning), se Rt-2009-1498, Rt-2010-1630, Rt-2013-1015 og Rt-2013-1686»

Her legger Høyesterett til grunn at en kan straffes for passiv medvirkning, men det må foreligge en særlig plikt til å handle.

I Magnus Matningsdal sin artikkel «Medvirkning til straffbare handlinger» i Jussens Venner 2008 side 357 illustreres tolkningen av passiv medvirkning. Her kommer det blant annet frem: *«Ansvar for passiv medvirkning forutsetter ikke at den aktive handlingen, som medvirkeren bebreides for å ha unnlatt, ville ha forhindret at den straffbare handlingen ble utført. Det er tilstrekkelig at den fysisk eller psykisk ville ha motvirket hovedgjerningen. Men for å unngå at ansvaret blir for omfattende, må den passive ha en særlig tilknytning til det aktuelle saksforholdet. Vedkommende må på et eller annet grunnlag ha en særlig plikt til å forhindre overtredelse. Ved denne vurderingen er det viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er tilstrekkelig.»*

Det finnes altså unntak fra denne hovedregelen. En særlig tilknytning kan være tilknytningen mellom foreldre og barn. Foreldre som har omsorgsansvar overfor barn, har en særlig handleplikt i situasjoner der barnet blir utsatt for vold eller overgrep. Det vises videre til det Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn side 329:

«Selv om en person har en spesiell plikt til å hindre den straffbare handling, vil en ren passivitet som regel ikke kunne straffes som medvirkning. For den som har en slik særlig plikt til å gripe inn, kan det ikke kreves en positiv tilskyndelse som vilkår for medvirkningsansvar; det må være nok til å gjøre ham ansvarlig at han overfor den skyldige gir uttrykk for at han ikke har noe imot handlingen.»

«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 forbrytelse er ryddet bort, og kan derfor ikke betraktes på samme måte som et tilsvarende samtykke fra en utenforstående.»

I den såkalte Christoffer-saken ble 8 år gamle Christoffer Gjerstad Kihle mishandlet over lengre tid av sin stefar, hvor han til slutt døde i februar 2005. I 2009 ble stefaren dømt for mishandling og legemsbeskadigelse med døden til følge⁷⁵. Moren til Christoffer ble senere dømt for passiv medvirkning til legemskrenkelse med skadefølger overfor sønnen.⁷⁶

Dommen mot Christoffers mor tar for seg en grundig vurdering av medvirkning i form av passivitet ved unnlatelse av å avverge et straffbart forhold overfor et barn. Dommen gir en omfattende gjennomgang av hva som ligger i foreldres særskilte handlingsplikt overfor barn de har omsorgsansvar for.

Problemstillingen i saken var om mor ved ikke å gjøre noe, ved å holde seg passiv, skulle sees på som å ha medvirket til den straffbare handlingen. På ett tidspunkt da hun forsto eller i det minste holdt det for mer sannsynlig enn ikke at ektemannen og stefar til sønnen, utsatte sønnen for vold, foretok hun seg ingenting for å hindre eller motvirke nye legemskrenkelser med skadefølger.⁷⁷

Lagmannsretten legger først til grunn at omfanget av medvirkningsansvaret blir fastlagt etter en tolkning av den aktuelle regelen, og de nærmere omstendighetene i saken. Det slås videre fast at hovedregelen i norsk rett er at det blir krevd en aktiv tilskyndelse til den straffbare handlingen av fysisk eller psykisk karakter for å utløse medvirkningsansvaret. Ren passivitet er normalt ikke nok for å kunne straffes for medvirkning, selv om det finnes en forutsetning om en spesiell plikt til å hindre den straffbare handlingen.

⁷⁵ LA-2008-179127 (Agder)

⁷⁶ LA-2012-92858, RG 2013 s.292 (Agder)

⁷⁷ I det følgende refereres det til LA-2012-92858, RG 2013 s. 292 (Agder) side 17-20

Retten trekker frem Andenæs bok *Straffbar unnlatelse* § 24 hvor han uttaler «for å kunna likestillta passivitet ved uekte unnlatingsdelikt med aktiv handling, må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnlatende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot.»

Videre uttaler retten at «den særlige tilknytninga mellom foreldre og mindreårige born, dvs. omsorgsplikta, tilsier at det ligg føre ei større plikt for foreldra til å hindra straffbare handlingar mot born enn for andre utanforståande» Retten slår dermed fast at på grunn av omsorgsplikten som foreldre har, får de en særskilt handleplikt til å hindre straffbare handlinger mot barn. Andre utenforstående som ikke har omsorgsplikten, har dermed heller ikke den samme handlingsplikten.

Det vises så til Erling Johannes Husabø i «Straffansvarets periferi». «Reelt sett er det etter mitt syn liten grunn til å unnlata å ileggja medverkingsansvar fordi det t d ikkje har vore tid eller rom for nokon kommunikasjon mellom partane.»

Her legger retten til grunn at Husabøs syn på passiv medvirkning skiller seg fra Andenæs. Husabø konstaterer straffbar medvirkning også der gjerningspersonen er uten kunnskap til den andre sin holdning til situasjonen og forbrytelsen. Andenæs på sin side krever at passiviteten er tilgjengelig som kunnskap for gjerningspersonen.

Lagmannsretten presiserer så at når det gjelder omsorgsplikt overfor barn en har i sin varetekt, vil det være en glidende overgang fra hendelige uhell, til manglende tilsyn, til omsorgssvikt og de tilfeller der passiviteten må regnes som medvirkning til straffbare handlinger. Det må gjøres en konkret vurdering av straffebudet og de faktiske forhold i hver enkelt tilfelle for å trekke grensen mellom omsorgssvikt og straffbar medvirkning.

Her viser lagmannsretten at det er enighet i juridisk teori om at det må være en tilknytning mellom den unnlatende og interessekrenkelsen straffebudet retter seg mot. Men det viser også at det er uenighet om det kreves at passiviteten er tilgjengelig som kunnskap for gjerningspersonen, altså konkludert atferd.

Lagmannsretten gjennomgår så omstendighetene i saken den aktuelle morgenen (dagen Christoffer døde). Stefaren fikk ingen reaksjon fra tiltalte, retten hevder denne passiviteten er «å sjå på som konkludent åtfærd, dvs. psykisk medvirkning i tråd med ovannemde sitat frå Andenæs s. 329».

Videre legges det til grunn at tiltalte er mor til offeret, dvs. en nærmere myndighetsperson enn stefaren. Og når mor ikke reagerer på det hun holder for overveiende sannsynlig har skjedd, og holder det overveiende sannsynlig vil skje igjen, er situasjonen slik at en av de normale hindringene for forbrytelsen er ryddet bort.

Retten mener mor har en særlig handleplikt for å motvirke og hindre nye overgrep overfor sønnen, dette på grunn av hennes stilling som sønnens nærmeste omsorgsperson.

Handleplikten er etter rettens syn kjernepunktet i Husabøs fremstilling om medvirkningsansvaret i form av passivitet. Retten er også enige med Husabø at: *«Omsorgsansvaret veg så tungt at foreldre bør ha plikt til å avverja alle typar alvorlege integritetskrenkingar mot barnet».*

Retten legger også til at de ikke finner det rimelig å kreve at tiltalte skal ta kontakt med barnevern eller politi, da hun fortsatt er svært knyttet til ektemannen. Det presiseres videre at handleplikten for omsorgspersoner likevel omfatter å søke å hindre eller stoppe videre voldsutøving. Dette har tiltalte hatt mulighet til, enten ved å bli hjemme fra jobb denne dagen, eller levere han til sine foreldre som avtalt. Likevel gjorde hun ingenting for å prøve å avverge volden mot sønnen. Hadde hun gjort noen av alternativene ovenfor kunne hun tatt opp problematikken neste dag på møte med BUPA med profesjonell hjelp tilstede.

Avslutningsvis legger retten til at *«sjølv om ektemaken ikkje skulle ha noko grunnlag for å ha nokon oppfatning av tiltalte si haldning til ektemaken si handtering av B etter at ho hadde hatt møtet på skulen, inneber tiltalte sin passivitet samanhalde med den særlege handleplikta ho hadde i kraft av sitt omsorgsansvar, at det ligg føre straffbar medverking.»*

Tiltalte har dermed ved sin passivitet, medvirket til legemskrenkelse med skade eller mulige smerter til følge, og mot en forsvarsløs person, jfr. Straffeloven § 228 første og andre ledd, første og andre ledd, første straffalternativ, jfr. § 232.

Lagmannsretten kommer dermed til at man kan konstatere straffbar medvirkning også der gjerningspersonen er uten kunnskap om den andre (medvirkeren) sin holdning til forbrytelsen og situasjonen. Det er altså ikke nødvendig med konkludent samtykke for å fastslå medvirkning.

Det er tilstrekkelig at den med særlig handleplikt, som følge av omsorgsansvar, holder seg passiv, for å kunne straffes for medvirkning. Lagmannsretten legger til grunn Husabøs syn når de her fastsetter rettsregelen om passiv medvirkning.

4 Passiv medvirkning og avvergingsplikten

Avvergingsplikten og reglene om passiv medvirkning er til nå blitt behandlet hver for seg. Drøftelsene viser at reglene har både likheter og ulikheter. I det følgende skal jeg sammenligne og se på hvordan de eventuelt utfyller hverandre. Avvergingsplikten og reglene om passiv medvirkning verner om de samme interessene, nemlig å beskytte barn mot overgrep, vold og annen misbruk.

Straffeloven § 196 har som hovedformål å avverge og stoppe straffbare handlinger mot barn. Som nevnt tidligere er det ikke et mål (i denne bestemmelsen) å straffe hovedgjerningspersonen. Mens formålet med regelen om passiv medvirkning, i denne sammenheng, er å straffe den som medvirker, ved å holde seg passiv, til vold og overgrep mot barn.

En forskjell mellom reglene er at det foreligger ingen relevant rettspraksis for straffeloven § 196, mens bruk av passiv medvirkning er basert på rettspraksis (og juridisk teori). Strafferammen for straffeloven § 196 er bot eller fengsel i inntil ett år, og foreldelsesfristen er dermed to år. For passiv medvirkning vil strafferammen og foreldelsesfristen avhenge av hvilket straffebud som er overtrådt.

Avvergingsplikten gjelder for enhver. Dette innebærer at hvem som helst kan dømmes etter straffeloven § 196, så lenge alle straffbarhetsbetingelsene er oppfylt. Her er det ikke krav om noen spesiell tilknytning til saken. Bestemmelsen hjemler sådan en generell avvergingsplikt i samfunnet. Men samtidig viser drøftelsen av straffrihetsgrunnene at en nærstående til gjerningspersonen kan være straffri etter bestemmelsens andre ledd bokstav b.

Passiv medvirkning skiller seg ut på dette området. Her kreves det, i tillegg til at skyldkravet er oppfylt, en særlig tilknytning mellom medvirkeren og den interessekrenkelse som finner sted. Den særlige tilknytningen kan være tilknytningen mellom foreldre og barn. Og nettopp på grunn av denne tilknytningen, har den passive en særlig handleplikt. Grunnen til dette er at ansvaret blir for omfattende hvis det skulle gjelde for enhver. En annen grunn er at omsorgspersoner har et særlig ansvar for at barnet ikke blir utsatt for vold, og har en større mulighet enn utenforstående til å oppdage og avverge vold og overgrep i hjemmet.

I en situasjon hvor en person er straffri etter straffeloven § 196 andre ledd bokstav b, ved å for eksempel ikke ville utsette hans nærmeste for tiltale eller siktelse, kan personen likevel straffes for passiv medvirkning. Årsaken til dette er at den særlige tilknytningen er tilstede for dette. På samme måte kan en person som mangler den særlige tilknytningen som passiv medvirkning krever, straffes etter straffeloven § 196. En nær omsorgsperson er altså straffri etter straffeloven § 196, men kan straffes for passiv medvirkning. Mens en utenforstående kan straffes etter straffeloven § 196, men ikke for passiv medvirkning.

Situasjonene ovenfor viser at det er behov for begge reglene, da det ene utfyller den andre. Rettstilstanden i dag er lite tilfredsstillende når omsorgspersoner kan være straffri etter straffeloven § 196 (se straffrihetsgrunner pkt 3.2.). Reglene om passiv medvirkning kan ses på som en løsning juridisk teori og rettspraksis har utviklet for å avdempe den begrensede rekkevidden av straffeloven § 196, og avhjelpe fraværet av et straffebud som retter seg mot brudd på omsorgsplikter.⁷⁸

Sånn sett er fortsatt straffeloven § 196 prinsipielt viktig, men dog ikke så aktuell for omsorgspersoner. Straffeloven § 196 er derimot svært viktig som en generell samfunnsplikt, og da spesielt mot utenforstående. Mens reglene om passiv medvirkning er viktig for å kunne straffe omsorgspersoner som faller utenfor straffeloven § 196.

⁷⁸ Øyen, Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner (2014) side 257

5 Avsluttende bemerkninger

Målet med denne avhandlingen var å forsøke å finne ut om avvergingsplikten i straffeloven § 196 fungerer som virkemiddel for å hindre vold og overgrep mot barn. For å besvare dette har jeg redegjort for gjeldende rett for avvergingsplikten.

Redegjørelsen viser at straffeloven § 196 oppstiller en viktig samfunnsplikt som gjelder for oss alle. Likevel brukes ikke bestemmelsen.

Det første som er utfordrende med bestemmelsen er at det ikke finnes rettspraksis som viser hvordan bestemmelsen eventuelt skal forstås. Dette fører til utfordringer når en skal tolke regelen, og hverken Høyesterett eller noen underrettsdomstol har uttalt seg om den.

Drøftelsene viser at straffrihetsgrunnene i straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b begrenser bestemmelsens praktiske virkeområde når pliktsubjektet er nærstående til hovedgjerningspersonen. Dette gjør bestemmelsen mindre effektiv som virkemiddel for å hindre vold og overgrep mot barn, da de nærstående ofte er mest nærliggende til å oppdage og avverge de kriminelle handlingene.

Videre viser redegjørelsen også at bestemmelsens korte foreldelsesfrist kan være uheldig i forhold til formålet med avvergingsplikten. En utskutt foreldelsesfrist som finnes i straffeloven § 87 ville kunne effektivisere straffeloven § 196 som virkemiddel for å hindre vold og overgrep mot barn.

En annen mulig årsak til at straffeloven § 196 ikke brukes, kan være på grunn av reglene om passiv medvirkning. Det kan det stilles spørsmål ved om det er uheldig at straffeloven § 196 gjelder for enhver. Det å straffe utenforstående og nære omsorgspersoner i ett og samme straffebud kan by på problemer. Omsorgspersonen har brutt en konkret omsorgsplikt, som er klart mer straffverdig enn den utenforstående, som har brutt en allmenn borgerplikt. På den andre siden, ved passiv medvirkning vil en omsorgsperson som forholder seg passiv til for eksempel vold, dømmes for samme straffebud som hovedgjerningspersonen.

Lovgiver har endret straffeloven § 196 flere ganger for å senke terskelen for plikten, og for å gjøre bestemmelsen mer anvendelig. Det er også gjort flere rettspolitiske tiltak for at bestemmelsen skal tas i bruk.⁷⁹ Foreløpig har ikke tiltakene sett ut til å ha fått de ønskelige følgene. Likevel er det positivt at det blir satt mer fokus på avvergingsplikten slik at den blir kjent for folk flest. Samtidig ser vi ved at regelen om passiv medvirkning, blir mer og mer tatt i bruk for å straffe omsorgspersoner som forholder seg passiv når de har plikt til å handle.

Avhandlingen viser at straffeloven § 196 og passiv medvirkning utfyller hverandre. Begge rettsreglene er viktige for å oppfylle Norges forpliktelser overfor barnekonvensjonen artikkel 19, om å bekjempe vold og overgrep mot barn.

Ørnulf Øyen foreslår i sin artikkel⁸⁰, en egen straffsanksjonert varslingsplikt for omsorgspersoner. Etter min analyse av straffelovens § 196 og reglene om passiv medvirkning, ser jeg at det er mange utfordringer i forhold til avvergingsplikten. På bakgrunn av dette, er jeg enig med Øyen, om at et eget straffebud rettet mot omsorgspersoner som forholder seg passiv til vold og overgrep mot barn, vil kunne avhjelpe svakhetene ved dagens rettstilstand.

⁷⁹ Se pkt. 1.4 om Handlingsplanene og Riksadvokatens prioriteringsskriv

⁸⁰ Øyen, Ørnulf: Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner, *Tidsskrift for Strafferett*, 2014 side 258

6 Kildehenvisninger

Lover

Grunnloven: Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov

Straffeloven 1902: Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straff

Forvaltningsloven: Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Barneloven: Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Straffeprosessloven: Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

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

Straffeloven 2005: Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Ikrafttreddelse av lov 9. april 2010 nr. 13 om endringer i barnelova mv.

Lov 25. juni 2010 nr. 47 om endringer i domstolloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m.) og straffeloven 1902 (avvergingsplikt)

Lovforarbeider

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

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

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet). Oslo: Justis- og beredskapsdepartementet

Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Prop. 116 L (2009-2010) Endringer i domstolloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene mm.) og straffeloven 1902 (avvergeplikt). Oslo: Justis- og beredskapsdepartementet

Andre offentlige dokumenter

Handlingsplan fra Justis- og beredskapsdepartementet, «Et liv uten vold – Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017»

Tiltaksplan fra Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, «En god barndom varer livet ut» (2014-2017)

Riksadvokatens mål- og prioriteringsrundskriv 2016

Generell kommentar nr. 8 (2006) Barnets rett til beskyttelse mot fysisk avstraffelse og andre grusomme eller nedverdiggende former for straff (bl.a. artikkel 19, artikkel 28 nr. 2 og artikkel 37)

NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold- Menns vold mot kvinner i nære relasjoner

Rettspraksis

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2013 s. 1015

Rt. 2012 s. 313

Rt. 2005 s. 1576

Rt. 1991 s. 741

Rettspraksis forts.

Rt-1977 s. 1207

Rt. 1918 s. 1315

LA-2008- 179127 (Agder)

LA – 2012-92858 – RG-2013-292

Litteratur

Andenæs, Johs, *Straffbar unnløtelse – Et bidrag til strafferettsdogmatikken* (Oslo 1942)

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

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, samlet utgave ved Kjell V. Andorsen (Oslo 2008)

Eskeland, Ståle: *Strafferett*. 2.utgave. (Oslo, 2006)

Husabø, Erling: *Straffansvarets periferi - medvirkning, forsøk, førebuing* (Bergen 1999)

Matningsdal, Magnus, *Kommentar til straffeloven 1902*, Norsk lovkommentar revidert 01.12.2015

Matningsdal, Magnus, *Kommentar til straffeloven 2005*, Norsk lovkommentar revidert 01.12.2015

Matningsdal, Magnus *Medvirkning til straffbare handlinger - hovedpunkter*. I: Jussens Venner 2008 s. 357-384

Øyen, Ørnulf: *Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner*, Tidsskrift for Strafferett, 2014 s. 248-261

Internasjonale kilder

EMK: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4. November 1950.

Barnekonvensjonen: Convention on the Rights of the Child, General Assembly resolution 44/25, 20 November 1989.

Lovbekendtgørelse 9. juli 2015 nr. 873 (straffeloven) (Danmark)

Lovbekendtgørelse 17. november 2015 nr.1284 om social service (serviceloven) (Danmark)

Vejledninger mv. Særlig støtte til børn og unge og deres familier - Pkt. 81-82. Borgerens underretningspligt (Social- Børne- og Integrationsmin. vejl. nr. 9007 af 7/1 2014). (Danmark)

Strafflagen 19. desember 1889 nr. 39 (straffeloven) (Finland)

Dom fra Finland: R 12/8279

Dom fra Finland: R 14/5262

Antall ord i avhandlingen: 12 795

