



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Plikten til å avverge straffbare forhold**

Straffeloven § 196 og forholdet til passiv medvirkning og opplysningsplikt i helsepersonelloven

Guro Olsen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, Våren 2020

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema for avhandlingen.....	1
1.2	Aktualitet.....	3
1.3	Nærmere om avhandlingens problemstillinger.....	7
1.4	Avgrensninger og begrepsavklaring.....	9
1.5	Rettskilder og metode.....	10
1.5.1	Alminnelig metode.....	10
1.5.2	Metodiske særtrekk.....	11
1.5.3	Rettskildebildet.....	14
1.6	Avhandlingens videre fremstilling.....	15
2	Straffeloven § 196.....	15
2.1	Overordnet om bestemmelsen.....	15
2.1.1	Generelt om unnlater.....	15
2.1.2	Kjernen i avvergingsplikten.....	17
2.2	Den objektive gjerningsbeskrivelsen.....	18
2.2.1	«Unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge».....	18
2.2.2	Straffes «den» som.....	25
2.2.3	«På et tidspunkt da dette fortsatt er mulig».....	30
2.2.4	«Fremstår som sikkert eller mest sannsynlig».....	32
2.2.5	Må straffbarhetsvilkårene være oppfylt for gjerningspersonen?.....	34
2.2.6	De straffbare handlinger.....	35
2.3	Taushetsplikt eller avvergingsplikt?.....	40
2.3.1	Vurderingen etter straffeloven § 196.....	40
2.3.2	Taushetspliktens innhold.....	41
2.3.3	Opplysningsplikt og opplysningsrett.....	42
2.3.4	Nødrett, nødverge og rettstridsreservasjonen.....	44

2.3.5	Oppsummering av taushetspliktvurderingen.....	48
2.4	Unntak fra straffansvaret .....	49
2.4.1	Generelle straffrihetsgrunner.....	49
2.4.2	Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav a.....	49
2.4.3	Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b.....	51
2.5	Subjektiv skyld.....	54
2.5.1	Skyldkravet i straffeloven § 196 .....	54
2.5.2	Fingering av forsett .....	57
3	Passiv medvirkning .....	61
3.1	Rettslige utgangspunkter om medvirkning.....	61
3.2	Passiv medvirkning.....	63
3.3	Forholdet til straffeloven § 196 .....	68
3.3.1	Forskjeller og likheter i vilkår for straff.....	68
3.3.2	Forholdet mellom strl. § 196 og medvirkning.....	71
3.3.3	Konkurrens .....	75
4	Helsepersonelloven .....	77
4.1	Overordnet om helsepersonelloven .....	77
4.2	Opplysninger til nødetater i hpl. § 31 .....	78
4.3	Opplysninger til barneverntjenesten i hpl. § 33.....	79
4.4	Straffehjemmel og skyldkrav.....	83
4.5	Forholdet til straffeloven § 196 .....	85
4.5.1	Forskjeller og likheter i vilkår for straff.....	85
4.5.2	Forholdet mellom strl. § 196 og opplysningsplikt .....	88
4.5.3	Konkurrens .....	91
5	Rettspolitisk vurdering .....	93
5.1	Straffeloven § 196 .....	93
5.1.1	Håndheving .....	93

5.1.2	Utformingen av straffebudet .....	95
5.1.3	Innholdet i avvergingsplikten .....	98
5.2	Unntak for taushetsplikt – lovens avveininger og tilgjengelighet for publikum .....	105
5.3	Grensedragningen mellom avvergingsplikt og medvirkning .....	107
5.4	Behovet for avklaring i forholdet mellom opplysningsplikt og avvergingsplikt ....	110
5.5	Avsluttende bemerkninger .....	112
Kildeliste .....		114
Lovregister og konvensjoner .....		114
Forarbeider .....		115
Litteratur .....		116
Bøker .....		116
Artikler .....		117
Domsregister .....		118
Høyesterett .....		118
Underrettspraksis .....		119
Forvaltningspraksis .....		119
Øvrige offentlige dokumenter og nettbaserte kilder .....		119

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for avhandlingen

Temaet for masteravhandlingen er avvergingsplikten i straffeloven<sup>1</sup> § 196. Bestemmelsen setter straff for unnlatelse av å avverge bestemte straffbare forhold. Forholdet til passiv medvirkning og straffesanksjonert opplysningsplikt i helsepersonelloven<sup>2</sup> vil også behandles. Bakgrunnen for dette er at unnlatelser av å avverge straffbare forhold i noen tilfeller kan straffes også etter medvirkningslæren og reglene om opplysningsplikt i helsepersonelloven. Hensikten med å behandle disse samlet er derfor å få en helhetlig oversikt over når og på hvilket grunnlag det foreligger plikt til å gripe inn i andres straffbare handlinger. For oversiktens skyld gjengis ordlyden i strl. § 196 i sin helhet:

«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, 238, 239, 255, 256, 259, 274, 275, 279, 282, 283, 288, 291, 295, 299, 312, 314, 327, 329, 355 og 357,
- b) militær straffelov<sup>3</sup> §§ 50, 52 eller 96, eller
- c) sikkerhetsloven<sup>4</sup> § 7-5, jf. § 11-4.

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

Brudd på avvergingsplikten straffes ikke når

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

---

<sup>1</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.).

<sup>2</sup> Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (heretter helsepersonelloven eller hpl.).

<sup>3</sup> Lov 22. mai 1902 nr.13 Militær straffelov.

<sup>4</sup> Lov 01. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet.

b) plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste<sup>5</sup> eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd.»

Som det fremgår av lovteksten pålegges enhver en plikt til å søke å avverge de straffbare forhold som oppregnes i bestemmelsen, men med viktige begrensninger i straffrihetsgrunnene som fremgår av tredje ledd bokstav a og b. Den straffesanksjonerte avvergingsplikten omfatter dermed ikke ethvert straffbart forhold, og gjelder ikke i alle situasjoner.

Det er flere grunnleggende hensyn som må balanseres ved kriminalisering av unnlatt avverging. I utgangspunktet ligger ansvaret for å avdekke og avverge straffbare handlinger hos det offentlige. Det foreligger i norsk rett ingen *generell* plikt for befolkningen til å forebygge kriminalitet som de av ulike årsaker får kjennskap til. Dersom borgerne ilegges en vidtgående plikt til å angi andre, vil det kunne påvirke tillitsforholdet borgere imellom og mellom stat og borgere. Risikoen er at mistillit og mistenksomhet dominerer, og at borgernes bidrag i bekjempelsen av kriminalitet er motivert av frykt for selv å utsettes for straffeforfølgning. I enkelte miljøer er det også en reell fare for alvorlige represalier, som innebærer at en omfattende plikt til å angi andre, kan stille mennesker overfor umulige valg. Som Eskeland uttrykker det: «Et slikt «angiversamfunn» er uforenlig med kjernen i en demokratisk rettsstat.»<sup>6</sup>

For yrkesutøvere som er bundet av lovbestemt taushetsplikt er hovedregelen at yrkesutøveren ikke kan anmelde straffbare forhold. Reglene om taushetsplikt er viktige for å ivareta hensynet til at alle borgere skal ha reell tilgang til helsehjelp og andre tjenester til seg selv, sine barn og andre pårørende, uavhengig av atferd og livssituasjon for øvrig.<sup>7</sup>

De ovennevnte utgangspunkter krysses av hensynet til de rettsgoder som straffebudene tar sikte på å beskytte. I noen tilfeller er krenkelsene så alvorlige og rettsgodebeskyttelsen så viktig, at preventive hensyn må veie tyngre enn hensynet til taushetsplikten og utgangspunktet om at det offentlige har ansvaret for å avverge straffbare handlinger. Et nærliggende eksempel er barn som utsettes for alvorlig mishandling. Terrorhandlingene 22. juli 2011 illustrerer også tydelig de katastrofale konsekvenser og enorme lidelser alvorlige straffbare handlinger kan

---

<sup>5</sup> Jf. strl. § 9.

<sup>6</sup> Eskeland, Ståle (2017) *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm, Oslo, s. 204.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell m v*, s. 83.

medføre, både for enkeltmennesker og samfunnet for øvrig.<sup>8</sup> Denne balansegangen mellom kryssende hensyn er søkt løst på ulike måter i lovgivningen.

Det fremgår uttrykkelig av ordlyden i strl. § 196 at avvergingsplikten går foran en eventuell taushetsplikt. De straffbare handlingene som omfattes av avvergingsplikten er uttømmende oppregnet i § 196 første ledd bokstav a til c, sammenholdt med annet ledd.<sup>9</sup> Lovgiver har dermed tatt et valg om hvilke lovbrudd enhver har plikt til å avverge og når taushetsplikten må vike, og avgrenset det til de mest alvorlige straffbare handlinger. Det er et uttrykk for én dimensjon i avveiningen av hensyn, mens straffrihetsgrunnene i tredje ledd begrenser ansvaret ytterligere.

Det har vært en langvarig oppfatning i norsk rettstradisjon at unnlattelse av å gripe inn er straffverdig, dersom man har mulighet til å avverge alvorlige straffbare handlinger eller følgene av dem. I kriminalloven av 1842 fantes en bestemmelse som satte straff for den som ikke søker å avverge at skade oppstår, dersom vedkommende hadde kunnskap om en alminnelig fare for menneskers liv og helse.<sup>10</sup> Straffeloven 1902<sup>11</sup> § 139, som er forgjengeren til strl. § 196, har vært gjeldende fra den gamle straffeloven ble vedtatt.

Senere har bestemmelsen blitt betydelig skjerpet ved at kunnskapskravet er senket fra «pålitelig kunnskap» til alminnelig sannsynlighetsovervekt, samt atplikten er utvidet til å omfatte flere straffebud.<sup>12</sup> Videre har medvirkningslæren de senere år utviklet seg gjennom rettspraksis til å omfatte de rene unnlattelser av å gripe inn i andres straffbare forhold.<sup>13</sup> Tendensen ser med andre ord ut til å være at straffesanksjonerte plikter til å avverge straffbare forhold, over tid har blitt gradvis mer omfattende.

## 1.2 Aktualitet

Straffeloven § 196 er et aktuelt tema av flere grunner. For det første er det et nytt lovforslag til behandling, der det foreslås å utvide strl. § 196 til å omfatte flere straffebud, blant annet alvorlig miljøkriminalitet, tvangsekteskap og grov menneskehandel.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> RG-2012-1153.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.*, s. 260.

<sup>10</sup> Lov 20. august 1842 nr. 12 om Forbrydelser, kap. 13 § 4. (opphevet).

<sup>11</sup> Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (opphevet) (heretter strl. 1902).

<sup>12</sup> Prop. 64 L (2014-2015) *Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikraftsettingslov)*, s. 38.

<sup>13</sup> Rt. 2013 s. 1015.

<sup>14</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018) Høringsnotat – *Høring – Endringer i straffeloven mv.*

I forbindelse med lovforslaget er det i en rekke høringsuttalelser pekt på mer generelle behov for avklaringer. Riksadvokaten viser til at strl. § 196 er en komplisert bestemmelse for det alminnelige publikum, som det kreves god juridisk kunnskap for å forstå fullt ut. Når avvergingsplikten inntreer er det ofte dårlig tid til å gjøre vurderinger, og reglene må da gi god veiledning.<sup>15</sup> Advokatforeningen peker på at de straffebud som omfattes bør være klart definerte, slik at det er enkelt å fastslå hvorvidt et konkret forhold omfattes av avvergingsplikten. Det understrekes at dette er særlig viktig der avvergingsplikten griper inn i en ellers streng og straffesanksjonert taushetsplikt.<sup>16</sup>

Legeforeningen fremholder på sin side at det er nødvendig med en nærmere presisering av forholdet mellom opplysningsplikten i helsepersonelloven og avvergingsplikten i strl. § 196. I tilfeller hvor disse bestemmelsene overlapper er det i dag uklart om varsling etter helsepersonelloven er en tilstrekkelig avvergingshandling etter strl. § 196.<sup>17</sup> Videre vises det til at taushetsplikten ofte er et grunnpremiss for at pasienten faktisk oppsøker legehjelp, og at innskrenkninger må begrunnes og vurderes konkret. Som eksempel på at taushetsplikten er svært streng uttales det at selv en kvinne under pågående mishandling skal kunne oppsøke helsehjelp med trygghet om at et ønske om konfidensialitet tas hensyn til.<sup>18</sup>

I og med at avvergingsplikten inntreer dersom det er sannsynlighetsovervekt for pågående mishandling i nære relasjoner (strl. § 282), kan det stilles spørsmål ved om uttalelsen illustrerer at Legeforeningen ikke har forstått at strl. § 196 gjelder uten hensyn til taushetsplikten i et slikt tilfelle.

Et annet forhold som gjør avvergingsplikten aktuell, er spørsmålene som knytter seg til grensdragningen mellom strl. § 196 og passiv medvirkning. Høyesterett berører temaet i den relativt ferske avgjørelsen HR-2019-561-A. Saken gjaldt en kvinne som sto tiltalt for medvirkning til overtredelse av strl. § 282, mishandling i nære relasjoner. Kvinnens ektefelle hadde gjentatte ganger mishandlet sin sønn, som var kvinnens stesønn. Et av spørsmålene for Høyesterett var om det er anledning til å idømme straffansvar for passiv medvirkning dersom de handlingsalternativer tiltalte sto overfor ville medføre straffrihet etter strl. § 196 tredje ledd bokstav b. Etter denne bestemmelsen straffes ikke brudd på avvergingsplikten dersom

---

<sup>15</sup> Riksadvokaten (2019) Høringssvar – *Høring – Forslag til endringer i straffeloven mv.*, s. 1.

<sup>16</sup> Advokatforeningen (2019) Høringssvar – *Høring – Forslag til endringer i straffeloven mv.*, s. 2.

<sup>17</sup> Den norske legeforening (2019) Høringssvar – *Forslag til endringer i straffeloven mv.*, s. 2.

<sup>18</sup> Den norske legeforening (2019) s. 3.



«plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltalte eller fare for liv, helse eller velferd».

En samlet Høyesterett kom til at straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd ikke får analogisk anvendelse i spørsmål om passiv medvirkning til en straffbar handling. De ulike hensyn som fremheves i begrunnelsen er interessante i en analyse. Lagmannsretten kom i samme sak for øvrig til at straffrihet etter strl. § 196 tredje ledd bokstav b utelukket straffansvar for passiv medvirkning.<sup>19</sup> Dette foranlediger en analyse av om straffelovgivningen for unnlatelser av å gripe inn i andres straffbare forhold ivaretar hensynet til forutberegnelighet for borgerne. Underveis i arbeidet med avhandlingen har det kommet ytterligere avklaringer fra Høyesterett om medvirkningsansvaret i slike saker.<sup>20</sup>

Et tredje punkt som gjør det viktig å belyse avvergingsplikten, er at det er få som kjenner til den. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet gjennomførte i 2017/2018 en undersøkelse som viser at 74 prosent av befolkningen ikke har hørt om avvergingsplikten.<sup>21</sup> Bare 1 av 10 ansatte i helsevesenet, skole, barnehage, SFO eller fritidsklubb kjenner til avvergingsplikten og innholdet i den.<sup>22</sup> Barnevoldsutvalget stiller i sin utredning *Svikt og svik* spørsmål ved hvorvidt avvergingsplikten fungerer etter formålet.<sup>23</sup> Utvalget uttaler om dette:

«Avvergeplikten har lenge vært en sovende bestemmelse. Det foreligger lite rettspraksis der bestemmelsen er anvendt. (...) Barnevoldsutvalget har (...) gjort funn som gir grunn til å se kritisk på hvor effektiv bestemmelsen om avvergeplikt er når det gjelder å avverge alvorlig vold og seksuelle overgrep mot barn og unge. (...) Utvalget mener bestemmelsen om avvergeplikt er komplisert og lite pedagogisk utformet.»<sup>24</sup>

Riksadvokaten har i alle sine prioriteringsrundskriv fra 2015 til 2018 påpekt at bestemmelsen skal håndheves. Det poengteres spesifikt at bestemmelsen kan være aktuell overfor personer i hjelpeapparatet, og at den får anvendelse også der det er voksne fornærmede.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> LA-2018-26907.

<sup>20</sup> HR-2019-2205-A.

<sup>21</sup> Bufdir (2018) *Kunnskap om og holdninger til vold i befolkningen*, s. 72.

<sup>22</sup> Bufdir (2018) s. 77.

<sup>23</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik – Gjennomgang av saker hvor barn har vært utsatt for vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt*, s. 144.

<sup>24</sup> *Op.cit.*

<sup>25</sup> Riksadvokaten, Rundskriv nr. 1/2015 s. 10, nr. 1/2016 s. 8, nr. 1/2017 s. 8 og nr. 1/2018 s. 8.

De ovennevnte undersøkelser kan tyde på at en del av utfordringen med å oppnå forebyggende effekt gjennom avvergingsplikten, er at den er ukjent for befolkningen og at den ikke håndheves. Hva som er årsaken til dette er en problemstilling som må besvares på andre måter enn gjennom en rettsdogmatisk analyse. Dette berøres dermed ikke nærmere i avhandlingen. Det er likevel klart at en forutsetning for at en plikt skal være effektiv, er at den er kjent blant de den retter seg mot. Innenfor rettssosiologien er det fremholdt at kommunikasjon av lovstoff er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for at en lov skal virke etter sin hensikt.<sup>26</sup>

På samme tid som arbeidet med denne avhandlingen startet, høsten 2019, lanserte Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress (NKVTS) på oppdrag av Justis- og beredskapsdepartementet en kampanje for å øke bevisstheten om avvergingsplikten ved volds- og seksuallovbrudd.<sup>27</sup> NKVTS har utarbeidet en nettside som gir retningslinjer for å vurdere hvorvidt det foreligger avvergingsplikt, hva den består i, og forholdet til taushetsplikten.<sup>28</sup> Bekjempelse av vold og overgrep er et satsningsområde for regjeringen.<sup>29</sup>

Til tross for avvergingspliktens langvarige eksistens, forelå det ikke rettspraksis vedrørende strl. § 196 eller forgjengeren i strl. 1902 § 139 før i 2012.<sup>30</sup> I ettertid har det kommet to tingrettsdommer, en i 2015, der saken gikk helt til Høyesterett, og en i 2018.<sup>31</sup> Selv om det fortsatt er få eksempler på at bestemmelsen håndheves, kan dette indikere at Riksadvokatens anmodning følges opp. Når det samtidig satses fra regjeringshold for å gjøre avvergingsplikten bedre kjent, vil dette kunne innebære at ulike juridiske problemstillinger knyttet til strl. § 196 i større grad kommer på spissen. Dette gjelder både for de som skal vurdere om de har avvergingsplikt, og ved en straffeforfølgning for unnlatt avvergelse. Det er da nyttig med juridiske betraktninger av hva som skal til for å straffes etter bestemmelsen, hvordan den forholder seg til tilsvarende plikter på annet grunnlag, og i hvilken grad kryssende hensyn er godt ivaretatt. Det er disse spørsmålene avhandlingen tar sikte på å ta stilling til.

---

<sup>26</sup> Mathiesen, Thomas (2011) *Retten i samfunnet*, 6. utgave, Pax forlag, Oslo, s. 77.

<sup>27</sup> Kampanjen er en del av tiltakspakken i Justis- og Beredskapsdepartementets handlingsplan mot vold i nære relasjoner (2014-2017), *Et liv uten vold*.

<sup>28</sup> <https://plikt.no/>

<sup>29</sup> Prop. 12 S (2016-2017) *Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021)*, s. 7.

<sup>30</sup> Oslo tingrett 18.04.2012 (upublisert).

<sup>31</sup> HR-2017-824-A og Oslo tingrett 19.06.2018 (upublisert).

### 1.3 Nærmere om avhandlingens problemstillinger

Avhandlingen vil bestå av en rettsdogmatisk analyse av strl. § 196. Bestemmelsen har nær sammenheng med passiv medvirkning og opplysningsplikt etter helsepersonelloven, i de tilfellene opplysningsplikten eller medvirkningen knytter seg til straffbare forhold som omfattes av avvergingsplikten. Sammenhengen består i at disse grunnlagene for straff kan ramme samme unnlatesehandling, og det vil derfor være nyttig å avklare grensedragningen mellom disse for å få et helhetlig bilde av hvordan slike unnlater strafferettslig skal bedømmes.

De ulike rettslige spørsmål som gjør seg gjeldende i avhandlingen inndeles i tre overordnede problemstillinger. Den første problemstillingen omhandler hva som kreves for at straffansvar for brudd på avvergingsplikten etter strl. § 196 kan gjøres gjeldende. Den neste problemstillingen er på hvilken måte strl. § 196 skiller seg fra passiv medvirkning og brudd på opplysningsplikten i helsepersonelloven, samt i hvilken grad de overlapper og innvirker på hverandre. Til sist er spørsmålet i hvilken grad straffelovgivningen for unnlatt avvergelse er hensiktsmessig for å avverge alvorlige lovbrudd, samt hvorvidt andre hensyn er tilstrekkelig balansert når kriminaliseringen av slike unnlater ses i sammenheng.

I det følgende gis en kort redegjørelse av de rettslige utgangspunktene i forholdet mellom strl. § 196, passiv medvirkning og opplysningsplikt i helsepersonelloven. En unnlater som rammes av strl. § 196 kan som nevnt i noen tilfeller straffes som passiv medvirkning til den aktuelle straffbare handling. Medvirkning til overtredelse av samtlige straffebud er straffbart med mindre noe annet er bestemt, jf. strl. § 15. Utgangspunktet etter medvirkningslæren er at det kreves en aktiv handling for å anses som medvirker.<sup>32</sup> Medvirkningsansvar ved passivitet representerer således et unntak fra dette. For at passivitet skal anses som medvirkning kreves det i henhold til rettspraksis en viss tilknytning til det straffbare forholdet eller fornærmede, som innebærer at det oppstår en handleplikt.<sup>33</sup>

Et praktisk viktig eksempel i denne sammenheng er tilfeller der en forelder unnlater å gripe inn når barnet blir utsatt for mishandling over tid. Høyesterett la i 2013 for første gang til grunn at handleplikt i kraft av omsorgsansvar for barn kan danne grunnlag for passiv medvirkning.<sup>34</sup> Saken fikk omfattende mediedekning, og gjaldt åtte år gamle Christoffer som

---

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) *Om lov om straff*, s. 412.

<sup>33</sup> Se for eksempel Rt. 2010 s. 1630, avsnitt 26.

<sup>34</sup> Rt. 2013 s. 1015.

ble mishandlet til døde av sin stefar. Christoffers mor ble dømt for passiv medvirkning for ikke å ha foretatt seg noe for å forhindre volden. Dommen gir uttrykk for en utvidelse og utvikling av medvirkningslæren, hvoretter omsorgsansvar for barn i tråd med dommens premisser innebærer en *straffesanksjonert* plikt til å gripe inn i straffbare forhold der det aktuelle barnet er fornærmet. Passivitet vil i slike tilfeller kunne medføre at den passive forelder straffes som medvirker. Straffeloven § 196 er vedtatt av lovgiver, mens passivt medvirkningsansvar bygger på en utvikling i rettspraksis. De samlede konsekvenser av reglene er dermed ikke vurdert i en lovgivningsprosess, hvor det foretas en avveining av de hensyn som må balanseres.

I helsepersonelloven kapittel 6 foreligger det to bestemmelser som delvis overlapper avvergingsplikten i strl. § 196. Etter hpl. § 31 har helsepersonell plikt til å melde fra til nødetater dersom det er nødvendig for å avverge skade på person eller eiendom. Der faren for skade er et resultat av en straffbar handling som omfattes av strl. § 196 vil det foreligge plikt etter begge bestemmelser. Videre har helsepersonell opplysningsplikt til barneverntjenesten etter hpl. § 33 dersom det er grunn til å tro at et barn blir utsatt for blant annet mishandling. Dersom helsepersonell ikke overholder opplysningsplikten etter hpl. §§ 31 og 33 kan det medføre straffansvar etter den generelle straffebestemmelsen i helsepersonelloven § 67.

Straffeloven § 196 gjelder for enhver, og retter seg dermed også mot helsepersonell. Analysen vil blant annet søke å klarlegge hvorvidt overholdelse av opplysningsplikten etter helsepersonelloven er en tilstrekkelig avvergingshandling etter strl. § 196.

I spesiallovgivningen er det en rekke yrkesgrupper som har opplysningsplikt til barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 6-4.<sup>35</sup> Det er imidlertid bare helsepersonell som har en straffesanksjonert opplysningsplikt, fordi det i helsepersonelloven er gitt en generell straffetrussel i § 67. For øvrige offentlig ansatte vil straff for brudd på opplysningsplikten bare være aktuelt etter de mer generelle straffebud om tjenestefeil i strl. §§ 171-173.

Analysen vil derfor ta utgangspunkt i helsepersonelloven, da det er de strafferettslige spørsmål knyttet til avvergingsplikt som er tema for avhandlingen. Andre yrkesutøveres opplysningsplikt til barneverntjenesten vil likevel kommenteres i den rettspolitiske drøftelsen. Reglene er et supplement til straffesanksjonerte plikter for å oppnå formålet om å avverge

---

<sup>35</sup> Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter bvl.).

alvorlige straffbare handlinger, og har betydning for en hensiktsmessighetsvurdering av den reguleringen som eksisterer på området.

## 1.4 Avgrensninger og begrepsavklaring

De straffebud som omfattes av avvergingsplikten i strl. § 196 har et stort spenn. Det vil føre for langt å gå inn i alle disse, gitt avhandlingens rammer. Videre vil en redegjørelse av alle de straffbare forhold som omfattes av bestemmelsen neppe bidra til å belyse de ulike problemstillingene som reises i avhandlingen. Avhandlingen tar sikte på å gi en generell analyse av avvergingsplikten, uavhengig av hvilket straffbart forhold som skal avverges.

Imidlertid har kildene fra de senere årene som aktualiserer temaet, i stor grad dreid seg om straffbare forhold rettet mot barn.<sup>36</sup> Barn står i en særlig sårbar stilling dersom de blir utsatt for straffbare krenkelser, og har i mindre grad selv mulighet til å melde fra. Mishandling og overgrep mot barn er et omfattende samfunnsproblem, der straffbare handlinger kan foregå uoppdaget over år, med enorme konsekvenser for de barna som blir utsatt, samt store samfunnsøkonomiske omkostninger.<sup>37</sup> Eksemplene og drøftelsene underveis i avhandlingen har på denne bakgrunn ofte fokus på saker som omhandler barn. Dette er likevel ikke ment som en avgrensning til disse straffbare handlingene, men er en konsekvens av kildetilfanget og aktualitet.

Ved sammenligningen av strl. § 196 mot passiv medvirkning og opplysningsplikt i helsepersonelloven, vil det også gjøres en vurdering av hvorvidt de ulike grunnlag kan anvendes i konkurranselæren. Det gis imidlertid ikke en grundig generell redegjørelse av konkurranselæren, da dette vil ta uforholdsmessig mye plass sett opp mot de problemstillinger som skal besvares. De generelle utgangspunkter i konkurranselæren er derfor konsentrert om det som er sentralt for de spørsmål avhandlingen reiser.

Til sist avgrenses det mot å behandle forsøk og medvirkning til brudd på strl. § 196 og opplysningsplikt etter helsepersonelloven, da dette er svært lite praktisk ved straffansvar for unnlatelser.<sup>38</sup> Det anses derfor mer nyttig å benytte de rammer som gjelder for avhandlingen til mer praktiske problemstillinger. Forsøk på medvirkning behandles heller ikke, av samme grunn.

---

<sup>36</sup> En del av disse er vist til under kapittel 1.2 og 1.3.

<sup>37</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 27 og s. 32-41.

<sup>38</sup> NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkomisjonens delutredning VII*, s. 307.

Straffeloven § 196 benytter «avvergingsplikten» som begrep på plikten som fremgår av bestemmelsen. Det vil derfor også brukes i avhandlingen. Kildene viser i enkelte tilfeller til «avvergeplikten», og dette begrepet vil da fremgå når det siteres direkte. Det er åpenbart ingen meningsforskjell, men presiseres for ordens skyld.

Når det gjelder strl. § 196 og helsepersonelloven vil det være én gjerningsperson i relasjon til avvergingsplikten og opplysningsplikten, og en annen gjerningsperson som potensielt utfører den straffbare handlingen som skal avverges. For å unngå misforståelser vil det i fremstillingen benyttes «avverger» om den som har avvergingsplikt eller opplysningsplikt, og «gjerningsperson» om den som har begått eller muligens vil begå en straffbar handling som er omfattet av strl. § 196. Ved passiv medvirkning sondres det mellom «medvirker» og «gjerningsperson». Videre vil både «straffbar handling» og «lovbrudd» benyttes om den handling som skal avverges, uten at det her er tilsiktet noen realitetsforskjell.<sup>39</sup>

Til sist er det noe variasjon i juridisk litteratur hvilken terminologi som benyttes for straffrihetsgrunner som oppstår i etterkant av den straffbare handlingen.<sup>40</sup> Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav a er en bestemmelse som fritar for straff på grunn av etterfølgende omstendigheter. For enkelhets skyld benyttes *straffrihetsgrunn* i avhandlingen for både bokstav a og b, selv om den ene foreligger på gjerningstidspunktet og den andre er et resultat av gjerningspersonens (manglende) handlinger i etterkant.<sup>41</sup> Hvilket begrep som anvendes har ingen betydning for realiteten i bestemmelsen.

## 1.5 Rettskilder og metode

### 1.5.1 Alminnelig metode

Analysen av strl. § 196 og dens forhold til passiv medvirkning og opplysningsplikt i helsepersonelloven er en rettsdogmatisk fremstilling. Rettsdogmatikk er utredninger om innholdet i gjeldende rettsregler.<sup>42</sup>

I avhandlingens første del analyseres strl. § 196 og hvordan bestemmelsen forholder seg til de andre nevnte grunnlag for straff, gjennom alminnelig juridisk metode. For å besvare

---

<sup>39</sup> Det veksles mellom disse fordi strl. § 196 benytter «straffbar handling», men som jeg kommer tilbake til i punkt 2.2.5, vil dette begrepet vanligvis bety at alle straffbarhetsvilkår er oppfylt for gjerningspersonen.

<sup>40</sup> Eskeland (2017) s. 362. Eskeland benytter begrepet straffopphørsgrunn.

<sup>41</sup> Holmboe benytter *etterfølgende straffrihetsgrunn* om denne bestemmelsen, se Holmboe, Morten (2017) *Tale eller tie*, 1. utgave, Gyldendal norsk forlag, Oslo s. 90. Imidlertid viser han til etterfølgende *straffbortfallsgrunn* på side 73 uten at skillet drøftes nærmere.

<sup>42</sup> Skoghøy, Jens Edvin A. (2018) *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 25.

problemstillingen om hvorvidt reguleringen er hensiktsmessig, vil derimot fokuset skifte. Det er et skille mellom hvordan retten er (*de lege lata*), og hvordan den burde være (*de lege ferenda*).<sup>43</sup>

Hvorvidt en lovbestemmelse er hensiktsmessig er et rettspolitisk spørsmål der de bakenforliggende hensyn vurderes opp mot gjeldende rett. Det er av enkelte forfattere hevdet at det ikke nødvendigvis er et kvalitativt skille mellom rettspolitiske hensyn og de reelle hensyn som kan anvendes som argumenter for å komme frem til gjeldende rett.<sup>44</sup> Imidlertid er det etter juridisk metode begrensninger for hvilke hensyn som kan fortrenge en klar ordlyd, selv om reelle hensyn kan bidra til den nærmere fortolkningen. Samme hensyn kan derfor benyttes som rettskilde i en sammenheng, og være et rettspolitisk hensyn i en annen, alt etter hvordan rettskildet bildet for øvrig ser ut for det spørsmålet som behandles.<sup>45</sup>

De reelle hensyn som etter juridisk metode ikke fullt ut kan vektlegges i analysen av gjeldende rett, vil løftes frem som rettspolitiske hensyn i drøftelsen av hvordan retten bør være. Selv om det i noen tilfeller kan være tvilsomt i hvilken grad bakenforliggende hensyn kan få gjennomslag som gjeldende rett, kan nettopp det at det er tvilsomt være et argument for at hensynet bør ha en sterkere forankring i lovteksten.

## 1.5.2 Metodiske særtrekk

Strafferetten har enkelte metodiske særtrekk, som det må rettes særlig oppmerksomhet mot. Rettsområdet karakteriseres av at det gjelder et strengt legalitetsprinsipp, jf. strl. § 14 og Grunnloven § 96.<sup>46</sup> De senere år har prinsippet blitt anvendt adskillig strengere i rettspraksis, og enhver tolkning av straffebud må ha dette for øye.<sup>47</sup> Høyesterett har fremhevet at det ikke er avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, dersom intensjonen ikke har kommet tydelig til uttrykk i lovteksten.<sup>48</sup> Manglende støtte i ordlyden kan ikke avhjelpes av at forholdet er klart straffverdig og at lovgiver utvilsomt har ønsket å ramme det.<sup>49</sup> Etter den innstramning av legalitetsprinsippet som har funnet sted i den siste tiårsperioden, vil lovforarbeider og reelle

---

<sup>43</sup> Høgberg, Alf Petter (2019) «Reelle hensyn», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget, Oslo, s. 347.

<sup>44</sup> Høgberg (2019) s. 347-348.

<sup>45</sup> Høgberg (2019) s. 348.

<sup>46</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grl.).

<sup>47</sup> Frøberg, Thomas (2015) «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens venner*, s. 46-71.

<sup>48</sup> Rt. 2012 s. 313, avsnitt 29.

<sup>49</sup> *Op.cit.*

hensyn bare kunne benyttes som grunnlag for presiserende eller innskrenkende fortolkning av straffebud.<sup>50</sup>

Straffeloven § 196 er et unnlattelsesdelikt, og det er ut fra ordlyden uklart hva som kan være en tilstrekkelig avvergingshandling. På bakgrunn av det strenge lovkravet må det utvises forsiktighet med å utvide avvergingsplikten på bakgrunn av formålshensyn utover det ordlyden intuitivt kan forstås å gi rom for. Selv om opplysningsplikt i spesiallovgivningen ikke fremgår av straffeloven, vil det strafferettslige legalitetsprinsippet også gjelde fullt ut for de plikter som er belagt med straff, jf. strl. § 1.

Legalitetsprinsippet som skranke får muligens enda større betydning når det kommer til passiv medvirkning. Medvirkningslæren er i all hovedsak utviklet i rettspraksis, og det er da grunn til å se kritisk på hvorvidt man fortsatt opererer i samsvar med legalitetsprinsippet etter hvert som medvirkningsansvaret strekkes stadig lenger. Dersom en kommer til at rettspraksis strider mot legalitetsprinsippet, vil dette også kunne få betydning i en analyse *de lege lata*. Et tolkningsresultat vil da kunne være at siden legalitetsprinsippet etter juridisk metode må veie tyngre enn praksis, må sistnevnte rettskilde vike i konklusjonen av hva som er rettstilstanden.

Det skal riktignok mye til for å komme til at nyere Høyesterettspraksis ikke er uttrykk for gjeldende rett, særlig på et område som medvirkning, der lovgiver har gitt vide fullmakter til rettsutvikling. Men selv om ordlyden i medvirkningsbestemmelsen kan omfatte mye, og Høyesterett tolker strl. § 14 og Grl. § 96 i siste instans, legger også klarhetskravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon<sup>51</sup> art. 7 begrensninger på lovanvendelsen. EMK er inkorporert i norsk rett med forrang, jf. menneskerettsloven<sup>52</sup> § 2 nr.1, jf. § 3. Om tolkningen av EMK art. 7 uttrykkes av Høyesterett:

«I henhold til EMDs praksis følger det at lovskravet i EMK artikkel 7 nr. 1 innebærer et krav om at straffebudene skal være klare, presise og tilgjengelig. I korthet innebærer dette at lovene må være tilgjengelige og utformet på en slik måte at den enkelte med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen.»<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Skoghøy (2018) s. 53.

<sup>51</sup> Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene (heretter EMK).

<sup>52</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter mrl.).

<sup>53</sup> HR-2016-2228-A, avsnitt 30.



Dermed er det i en analyse nødvendig også å ta høyde for de begrensninger EMK setter for gjeldende rett. *De lege ferenda* kan det uansett være grunn til å se på hvor langt man kan gå i den videre utviklingen før man havner på kant med legalitetsprinsippet og EMK art. 7.

Strafferetten er i kjerneområdet for de internasjonale menneskerettigheter, som har stor betydning for hvor bundet lovgiver er, og hvordan de enkelte bestemmelser skal tolkes. EMDs dynamiske tolkningsstil kan endre tolkningen av norske bestemmelser over tid uten inngripen fra lovgiver, på bakgrunn av at EMK er gitt forrang ved motstrid. Eksempelvis legger EMK art. 8 føringer for hvilke inngrep som kan gjøres i taushetsplikten.<sup>54</sup>

Videre har barn rett på beskyttelse fra staten, jf. Barnekonvensjonen<sup>55</sup> artikkel 19. Etter denne artikkelen har staten plikt til å iverksette alle mulige tiltak for å beskytte barn mot blant annet vold og overgrep. Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett, jf. mrl. § 2 nr. 4. Også den går foran annen lovgivning ved motstrid, jf. mrl. § 3.

EMK art. 1 pålegger også konvensjonsstatene en sikreforpliktelse, som innebærer at staten etter forholdene må ta aktive skritt for å forhindre at borgerne foretar handlinger som krenker andre medborgere.<sup>56</sup> Dermed gjelder statens forpliktelse til å beskytte mot alvorlige straffbare handlinger også overfor voksne borgere. Menneskerettighetene ligger som et bakteppe når de norske reglene skal tolkes. De setter skranker for tolkningen, og de spiller inn i en vurdering av hvilke regler vi kan og bør ha. De menneskerettigheter som er relevante vil trekkes inn underveis i avhandlingen der de får betydning.

Til sist nevnes to prinsipper som kommer til uttrykk i forarbeidene til den nye straffeloven; skadefølgeprinsippet og subsidiaritetsprinsippet.<sup>57</sup> Prinsippene har først og fremst betydning i spørsmål om hva som bør kriminaliseres. Skadefølgeprinsippet er en uttalt målsetting om at kun handlinger som fører til skade eller fare for skade skal belegges med straff. Med subsidiaritetsprinsippet menes at straff ikke skal benyttes der andre mildere inngrep er tilstrekkelige for å oppnå formålet. Prinsippene er slik sett bare en beskrivelse av hvilke kriterier lovgiver mener å legge til grunn for å vurdere om en handling bør være straffbar. De kan på denne bakgrunn ikke fortrenge en klar ordlyd dersom straffebudet er gitt, og den enkelte rettsanvender måtte mene at straffebudet strider mot ett av prinsippene. Likevel er

---

<sup>54</sup> Rt. 2015 s. 81.

<sup>55</sup> FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (heretter BK).

<sup>56</sup> Rt. 2013 s. 588, avsnitt 41, med videre henvisninger til EMDs praksis.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 89-93.

dette uttalelser i forarbeidene som kaster lys over lovgiverviljen, og det må følgelig kunne vektlegges på lik linje med andre forarbeidsuttalelser dersom ordlyden åpner for flere tolkningsresultater.

### **1.5.3 Rettskildebildet**

Hva gjelder kildegrunnet for avhandlingens tema, foreligger det som allerede nevnt lite rettspraksis som omhandler strl. § 196. Samtlige dommer omhandler unnlatelse av å avverge *følger* av en straffbar handling, og ikke den straffbare handlingen i seg selv. Det er dermed ikke i kjernen av hva som er formålet med bestemmelsen, nemlig å forebygge alvorlige straffbare handlinger. Høyesterett har likevel kommet med enkelte generelle avklaringer. Bare en av de omtalte dommer er avsagt av Høyesterett, men underrettspraksisen benyttes i avhandlingen i første rekke for å illustrere hvilke problemstillinger som kan gjøre seg gjeldende ved tolkningen av strl. § 196.

Det foreligger så vidt meg bekjent ingen rettspraksis vedrørende straff for brudd på opplysningsplikten i helsepersonelloven. Mangelen på praksis er en utfordring for den rettsdogmatiske analysen, og reelle hensyn og juridisk litteratur tillegges i dette rettskildebildet nødvendigvis noe mer vekt enn det ville gjort dersom det forelå mer omfattende rettspraksis på området. Det er imidlertid en rekke dommer som omhandler passiv medvirkning til overtredelse av straffebud som omfattes av strl. § 196.

I juridisk litteratur er helsepersonelloven, straffeloven § 196 og passivt medvirkningsansvar behandlet i stor grad hver for seg. Forarbeidene inneholder lite om forholdet mellom disse. Også her vil det dermed bli nødvendig å trekke inn rettskilder som tradisjonelt tillegges noe mindre vekt. Følgelig kan det være utfordrende å konkludere med sikkerhet på hva som kan anses som gjeldende rett. At rettsstilstanden er uklar kan imidlertid anses som et funn i seg selv, som kan få betydning for vurderingen av lovgivningen i den rettspolitiske delen.

Straffeloven § 196 viderefører strl. 1902 § 139 med enkelte endringer.<sup>58</sup> Rettskilder knyttet til strl. 1902 § 139 har dermed fortsatt relevans på de områder ordlyden ikke er vesentlig endret, og der forarbeidene viser til at det ikke er ment noen realitetsendring.

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 348-349.

## 1.6 Avhandlingens videre fremstilling

Avhandlingen er grovt sett delt inn i tre deler, som skal besvare de tre overordnede problemstillingene. Kapittel 2 er en analyse av strl. § 196. Kapittelet tar sikte på å avklare hvor terskelen går for å pådra seg straffansvar etter bestemmelsen, eventuelt avdekke uklarheter om hva som er gjeldende rett. Videre vil det i kapittel 2.3 behandles spørsmål som gjør seg gjeldende for yrkesutøvere underlagt taushetsplikt, når de skal vurdere hvorvidt det er tillatt å varsle ved mistanke om lovbrudd som omfattes av strl. § 196. Denne delen av analysen knytter seg til spørsmål om unntak fra taushetsplikten mer generelt, og har ikke direkte betydning for å klarlegge terskelen for straff etter strl. § 196. Det anses likevel nødvendig å gjennomgå de viktigste reglene for når det kan varsles uten at vilkårene i strl. § 196 er oppfylt, for å kunne gjøre en rettspolitisk vurdering av hvordan hensynene mellom avverging av straffbare forhold og taushetsplikt er balansert.

Passiv medvirkning og opplysningsplikt i helsepersonelloven behandles i henholdsvis kapittel 3 og 4. Kapitlene vil redegjøre kort for det aktuelle grunnlaget for straff, for så å analysere forholdet til strl. § 196. Spørsmål som i kapittel 3 gjør seg gjeldende er blant annet hva som skal til for å bedømme en unnlattelse som medvirkning heller enn brudd på avvergingsplikten, og på hvilken måte begrensningene i strl. § 196 får betydning i vurderingen av hvor langt medvirkningsansvaret strekker seg. I kapittel 4 vil det søkes å besvare i hvor stor grad pliktene etter helsepersonelloven er sammenfallende med avvergingsplikten i strl. § 196.

Avslutningsvis vil kapittel 5 gi en oversikt over de rettspolitiske spørsmål som analysen gir grunnlag for, og en vurdering av disse. Sentralt her står spørsmålet om lovgivningen samlet sett imøtekommer et ønske om å hindre alvorlige lovbrudd, men også hvorvidt det er tilstrekkelig tatt hensyn til blant annet taushetspliktens funksjon, forutberegnelighet for borgerne og legalitetsprinsippet.

## 2 Straffeloven § 196

### 2.1 Overordnet om bestemmelsen

#### 2.1.1 Generelt om unnlattelser

Straffeloven § 196 er et *ekte unnlattelsesdelikt*. Begrepet knytter seg til at teksten i gjerningsbeskrivelsen retter seg mot en unnlattelse. Kategoriseringen skiller seg fra *uekte unnlattelsesdelikter* ved at disse etter teksten rammer en handling eller en følge, men likevel

omfatter unnlater.<sup>59</sup> Ved de ekte unnlatesdelikter følger det direkte av bestemmelsen at unnlater er straffbart. For de uekte unnlatesdelikter vil det imidlertid være et tolknings spørsmål hvorvidt ordlyden kan sies å ramme unnlater. Et enkelt eksempel er strl. § 275 som setter straff for den som «dreper en annen». Det vil da være et tolknings spørsmål om denne ordlyden kan ramme forelderen som unnlater å gi sitt nyfødte barn mat og stell, med den følge at barnet til slutt dør. Rammes unnlatesen, kan en tale om et uekte unnlatesdelikt. Dette er da bare navnet på tolkningsresultatet, og det er av enkelte forfattere hevdet at det ikke er behov for å gi denne gruppen straffebud et særskilt navn.<sup>60</sup>

Forutsetningen for at unnlatesen kan anses som årsaken til den inntrufne følgen er for det første at den som unnlater hadde mulighet til å avverge, og dernest at en kunne ha en forventning om handling.<sup>61</sup> Dersom en bruker eksempelet over er det nettopp fordi en har en forventning om at foreldre sørger for mat og stell at en kan snakke om denne unnlatesen som årsak til barnets død. På denne bakgrunn har det vært forsøkt å oppstille et generelt prinsipp om når unnlater kan være straffbare. Rettspliktteorien er en lære som har dominert, og går ut på at unnlater må likestilles med aktiv handling i alle tilfeller der den unnlatesende hadde rettslig plikt til å handle.<sup>62</sup> Denne generaliseringen er imidlertid avvist i juridisk litteratur, på den bakgrunn at det kreves hjemmel i lov for å straffe.<sup>63</sup> Hvert enkelt straffebud må tolkes konkret, og dersom det etter sin ordlyd ikke kan omfatte unnlater, kan ikke en rettslig plikt til å handle løse dette.

Dette gjelder også dersom plikten har hjemmel i lov. Straffeloven § 196 er en rettslig plikt til å avverge straffbare forhold. Dersom en bryter sin plikt til å avverge handlingen, kan det ikke være lovens mening at vedkommende kan straffes direkte for den straffbare handlingen. Straffansvaret må være uttømmende regulert i strl. § 196.<sup>64</sup> Rettspliktlæren modifiseres ofte til at det ikke er tilstrekkelig med en alminnelig hjelpeplikt, men at det må en spesiell rettsplikt til.<sup>65</sup> Det må på denne bakgrunn legges til grunn at brudd på straffesanksjonert opplysningsplikt eller avvergingsplikt ikke medfører at det kan straffes for direkte overtredelse av den straffbare handling som det er plikt til å avverge eller varsle om. Det må

---

<sup>59</sup> Eskeland (2017) s. 194.

<sup>60</sup> Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen (2019) *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, s. 298.

<sup>61</sup> Andenæs, Johs. (2016) *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget, Oslo s. 139.

<sup>62</sup> Andenæs (2016) s. 140.

<sup>63</sup> Andenæs (2016) s. 140.

<sup>64</sup> Andenæs konkluderer med dette hva gjelder hjelpeplikten i § 287, Andenæs (2016) s. 141.

<sup>65</sup> Andenæs (2016) s. 141.

med andre ord mer til for å likestille en unnlattelse med en aktiv handling enn en lovhjemlet plikt. Andenæs nevner som eksempler på slike forhold blant annet tilsynsplikt for eiendom, omsorgsplikt for barn og konkludent passivitet.<sup>66</sup>

Dette har en side til passiv medvirkning. Ordlyden i medvirkningsbestemmelsen i strl. § 15 tar i utgangspunktet sikte på aktive handlinger. Dersom det foreligger en spesiell rettsplikt, kan imidlertid unnlattelser rammes av ordlyden. Hva som skal til i den sammenheng, vil behandles under kapittel 3 om passiv medvirkning. Poenget her er at passiv medvirkning i prinsippet ikke skiller seg fra andre uekte unnlattelsesdelikter, og at vurderingen av hvorvidt unnlattelsen i det konkrete tilfellet kan rammes må skje på bakgrunn av en tolkning av strl. § 15, etter de samme linjer som når unnlattelser ikke er omfattet av teksten i straffebudet ellers.

Det avgjørende er om unnlattelsen språklig sett kan omfattes av ordlyden, og om den konkrete unnlattelsen er like straffverdig som de tilfeller straffebudet normalt tar sikte på å ramme.<sup>67</sup> Forskjellen mellom en unnlattelsesforbrytelse og passiv medvirkning er at gjerningspersonen ved straffbar unnlattelse har overtrådt straffebudet direkte ved sin unnlattelse, mens det for medvirkning er gjerningspersonens lovbrudd som gjør at det oppstår en handleplikt for medvirkeren.<sup>68</sup>

### **2.1.2 Kjernen i avvergingsplikten**

Ordlyden i strl. § 196 er gjengitt i sin helhet innledningsvis i punkt 1.1. Straffebudet gir enhver plikt til å søke å avverge nærmere bestemte straffbare handlinger eller følgene av disse. Det straffbare ligger i *unnlattelsen* av å søke å avverge.

De straffbare handlinger som omfattes av plikten er som nevnt uttømmende opplistet i bestemmelsen.<sup>69</sup> Plikten inntreffer på det tidspunkt «det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig» at den straffbare handlingen er eller vil bli begått, og det er et vilkår for straff at avverging fortsatt er mulig på dette tidspunktet. Overtredelse av bestemmelsen straffes med bot eller fengsel inntil ett år.

De 45 straffebud avvergingsplikten omfatter, dreier seg noe overordnet om terrorhandlinger, angrep på grunnleggende nasjonale interesser, allmennfarlig smittespredning og forgiftning,

---

<sup>66</sup> Andenæs (2016) s. 144-148.

<sup>67</sup> Andenæs (2016) s. 141.

<sup>68</sup> Høgberg, Alf Petter og Henriette Nilsson Tøssebro (2013) «Om aktiv og passiv medvirkning» i *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland*, Cappelen Damm, s. 123-148 på s. 131.

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 260.

frihetsberøvelse, voldslovbrudd, seksuallovbrudd, og fremkalling av fare for allmennheten. I tillegg omfattes enkeltbestemmelser i sikkerhetsloven<sup>70</sup> og militær straffelov<sup>71</sup>. I Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 261 vises det til at «kjernen i avvergingsplikten bør være en plikt til å hindre alvorlige forbrytelser mot rikets indre og ytre sikkerhet, store skadeforvoldelser, terrorhandlinger, grove seksuallovbrudd og grove legemskrenkelser.»

Bestemmelsen rammer etter sin ordlyd både unnlattelse av å avverge at en straffbar handling blir begått, og unnlattelse av å avverge følgene av den. Det andre alternativet viser til tilfeller der den straffbare handling er begått, men der ikke alle følger er inntrådt. Denne handlingsplikten er subsidiær, den primære plikten etter bestemmelsen er å avverge den straffbare handlingen.<sup>72</sup>

De objektive vilkår gjennomgås i det følgende under punkt 2.2, mens unntak for straffansvar og skyldkravet behandles i henholdsvis 2.4 og 2.5. En nærmere analyse av hvilke avveininger som må gjøres for å avgjøre om det foreligger taushetsplikt eller avvergingsplikt følger av punkt 2.3.

## **2.2 Den objektive gjerningsbeskrivelsen**

### **2.2.1 «Unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge»**

#### **2.2.1.1 Unnlattelsen**

Beskrivelsen av den straffbare unnlattelsen i den objektive gjerningsbeskrivelsen er at gjerningspersonen «unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge» en straffbar handling eller følgene av den.

Ordet «unnlater» kan etter en naturlig språklig forståelse tolkes som at vedkommende forholder seg passiv og ikke foretar seg det som plikten i bestemmelsen innebærer. Ordet kan imidlertid også tolkes snevrere, ved å legge til grunn at unnlattelser er forbeholdt situasjoner der aktivitet er en mulighet. Det virker unaturlig å si at noen «unnlater» å gjøre noe det ikke er mulig å gjøre. Det må være tatt en aktiv beslutning om å unnlate i en situasjon der det fantes alternativer, slik at det for eksempel faller utenfor ordet «unnlattelse» at man ikke foretar seg noe mens man sover.

---

<sup>70</sup> Lov 01. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet.

<sup>71</sup> Militær straffelov 22. mai 1902 nr. 13.

<sup>72</sup> Matningsdal, Magnus (2017) *Straffeloven: Kommentarutgave*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 255.

Gröning, Husabø og Jacobsen viser til i en generell drøftelse om unnlater at det «gir ikke mening å si at man «unnlater» å grave et barn ut av et snøras som man selv er dypt begravd i». <sup>73</sup> Det er i de fleste sammenhenger ikke avgjørende hvor snevert dette ordet tolkes, da de øvrige vilkår og skyldkravet som oftest vil trekke opp en snevrere grense dersom man forholder seg passiv av slike årsaker. I noen sammenhenger kan det likevel komme på spissen. <sup>74</sup> Kjernen i begrepet er at avverger ikke foretar seg det som de øvrige vilkår oppstiller, i en situasjon der det foreligger handlingsalternativer.

Formuleringen «søke å avverge» indikerer at det må være tale om et reelt avvergingsforsøk. Ordlyden taler for at det ikke kan kreves at avverger faktisk lykkes, men at vedkommende må foreta seg noe som kan være egnet til å avverge.

Dersom avverger får kunnskap om at naboen planlegger et terrorangrep, og ringer politiet uten å få svar, har vedkommende jo foretatt seg noe, med den hensikt å avverge dersom politiet hadde svart. Med tanke på hva som ønskes oppnådd med avvergingsplikten, fremstår det likevel uakseptabelt at avverger med dette kan lene seg tilbake og tenke at man har gjort et forsøk. Spørsmålet er om det kreves noe mer når det blir klart for avverger at forsøket ikke på noen måte kan avverge handlingen. I den rettspraksis som foreligger om strl. § 196 er vilkåret ikke drøftet, da det ikke ble gjort noen forsøk på å avverge. <sup>75</sup>

Av Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) fremgår at «[e]thvert forsøk på å avverge forbrytelsen eller følgene av den leder til straffrihet så lenge den som har plikt til å avverge forbrytelsen eller følgen, gjør det han eller hun tror er tilstrekkelig». <sup>76</sup>

Uttalelsen viser til at avverger ikke kan gi opp sine forsøk før vedkommende tror det som er gjort vil være tilstrekkelig for å avverge handlingen. Det avgjørende blir da avvergers subjektive oppfatning av situasjonen. Denne sammenblandingen av subjektive og objektive vilkår kan være problematisk. Det er vanskelig å trekke en objektiv grense for hva som er et reelt forsøk, dersom vurderingstemaet under den objektive gjerningsbeskrivelsen er hva avverger tror er tilstrekkelig. Enda mer komplisert blir dette når en etterpå skal vurdere skyldkravet opp mot dette objektive vilkåret. Spørsmålet blir da om vedkommende hadde forsett om at han trodde det var tilstrekkelig, som jo er en meningsløs drøftelse.

---

<sup>73</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen, 2019, s. 299.

<sup>74</sup> Dette kommer jeg tilbake til under kapittel 2.5.3 om fingering av forsett.

<sup>75</sup> Oslo tingrett 18.04.2012 (upublisert), HR-2017-824-A og Oslo tingrett 19.06.2018 (upublisert).

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) *Om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.m.*, s. 38.

Det kan tenkes at uttalelsen er ment som at det objektivt sett må være gjort et forsøk, og at tillegget om at avverger tror det er tilstrekkelig knytter seg til skyldkravet. Denne tolkningen svarer bedre til de ovennevnte innvendinger, og opprettholder skillet mellom objektive og subjektive vilkår. For øvrig er dette forarbeider til en lovendring i bestemmelsen som ikke har med dette vilkåret å gjøre.<sup>77</sup> I denne forbindelse får da proposisjonen karakter av å være etterfølgende lovgiverutsagn (etterarbeider).<sup>78</sup>

Det bør på denne bakgrunn tas utgangspunkt i visse objektive holdepunkter for om handlingen er *egnet* til å avverge. Det samsvarer med ordlyden som indikerer at det må gjøres et reelt forsøk. Legalitetsprinsippet setter imidlertid skranke for hva som her kan kreves av avverger, jf. strl. § 14 og Grl. § 96. Dersom et forsøk på å avverge skal kunne sies ikke å være egnet, må det falle utenfor ordlyden «søke å avverge». De øvrige vilkår vil likevel innebære at avvergingsplikten fortsatt løper dersom avverger har tilstrekkelig kunnskap om at avvergingshandlingen var mislykket. Er det fortsatt sannsynlighetsovervekt for den straffbare handling, og enda muligheter for å foreta seg noe, vil den påfølgende passivitet være å «unnlate å søke å avverge».

### **2.2.1.2 Handlingsalternativene**

Ordlyden «anmeldelse eller på annen måte» trekker i retning av at avvergeren står fritt til selv å velge avvergingshandling. Likevel er anmeldelse nevnt spesifikt, som signaliserer at varsling til politiet i de fleste tilfeller vil være det naturlige valget. Matningsdal omtaler anmeldelse som den primære avvergingshandlingen.<sup>79</sup>

Ordlyden gir imidlertid ikke holdepunkter for at anmeldelse i alle tilfeller vil være tilstrekkelig. Avverger må gjennom anmeldelse «søke å avverge», og dersom det i en gitt situasjon ikke er mulig å avverge på den måten, vil ikke en anmeldelse være et egnet forsøk. Sett i sammenheng er det ut fra ordlyden klart at det ikke alltid vil være slik at en anmeldelse er nok til å overholde avvergingsplikten.

Dette fremgår også av forarbeidene, der det vises til at anmeldelse er den viktigste og mest praktiske avvergingshandlingen, men at det etter omstendighetene kan foreligge plikt til å forsøke å avverge handlingen eller følgene på annen måte.<sup>80</sup> I et tilfelle der det må handles

---

<sup>77</sup> Proposisjonen omhandler utvidelse av avvergingsplikten i incestsaker, se Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) s. 38.

<sup>78</sup> Se Skoghøy (2018) s. 80-81 om den vekt slike utsagn kan tillegges.

<sup>79</sup> Matningsdal (2017) s. 256.

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 349.



raskt, og politiet ikke vil rekke frem for å gjøre noe fra eller til, vil en bare «søke å avverge» ved å foreta seg noe som kan tenkes å ha effekt. Dersom en person er utsatt for grov vold og risikerer å bli i hjel, men befinner seg langt fra sykehus, må det etter denne ordlyden kunne kreves at de som befinner seg på samme sted kontakter AMK og igangsetter livreddende førstehjelp. Eksempelet gjelder avverging av følgene av en straffbar handling, men det kan også tenkes tilfeller der den straffbare handling er nært forestående eller påbegynt, slik at politiet ikke vil rekke frem for å avverge. Det kan da kreves at avverger gjør andre avvergingshandlinger, men plikten vil i slike tilfeller ofte begrenses av tredje ledd, hvor det fremgår at brudd på plikten ikke straffes ved fare for liv, helse eller velferd.

Ordlyden gir ingen eksempler på hva som kan være avverging «på annen måte», og det fremgår heller ikke holdepunkter for at det kun er tillatt å avverge «på annen måte» dersom det er klart at anmeldelse ikke er egnet. Isolert sett trekker ordlyden derfor i retning av at alle avvergingshandlinger i utgangspunktet vil føre til straffrihet, uavhengig av om det også er mulig å avverge ved anmeldelse.

Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) s. 38 taler for samme forståelse. Der vises det til NOU 1988: 29 *Etterforskning av incestsaker* s. 14 hvor det uttales: «Anmeldelsesplikt vil bare foreligge dersom det ikke er noen annen måte å stanse fortsatt overgrep.»

Uttalelsen kommer i forbindelse med et forslag om å utvide avvergingsplikten til å omfatte incest, og det problematiseres i den sammenheng at anmeldelse ikke alltid vil være til barnets beste. Utvalget argumenterer med at bestemmelsen tar hensyn til dette ved at det bare vil være plikt til å anmelde dersom det er eneste måten å stanse overgrep på. Departementet slutter seg til denne vurderingen.<sup>81</sup> På samme måte som nevnt ovenfor må disse uttalelsene anses å være etterarbeider, men de støtter opp under en klar ordlyd og illustrerer at det kan være ulike hensyn som spiller inn i vurderingen av hvilken avvergingshandling som er hensiktsmessig. Det fremstår etter dette klart at det ikke foreligger plikt til å benytte seg av en bestemt avvergingshandling foran en annen dersom det er flere handlingsalternativer.

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av dette er om det samme gjelder dersom en avvergingshandling fremstår mer egnet enn en annen. Holmboe hevder at dersom man søker å avverge på annen måte enn ved anmeldelse, må en se til at avvergingen er effektiv.<sup>82</sup> Dette

---

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) s. 39.

<sup>82</sup> Holmboe (2017) s. 76.

kan være en vanskelig grensedracting, som kan illustreres ved et eksempel. En kan tenke seg at en forelder observerer merker på kroppen til sitt barns klassekamerat, og får betroelser om at han blir utsatt for mishandling i hjemmet. Vedkommende synes det vil være ubehagelig å melde dette til politiet selv, og slik bli dratt inn i saken som anmelder. Han velger derfor å melde fra til barnas skole, og tenker at skolen har avvergingsplikt. Skolen har imidlertid ikke observert det samme, anser det ikke som sannsynlig, og foretar seg ikke noe. Spørsmålet er da om det kan kreves at avverger *sikrer* at avvergingshandlingen er egnet til å avverge, når det er valgt noe annet enn anmeldelse til politiet.

På den ene siden er det kanskje for avverger vanskelig å tenke seg at skolen ikke vil vurdere avvergingsplikten som inntrådt, dersom hans opplysninger er konkrete observasjoner og uttalelser fra barnet. Skolen har dessuten opplysningsplikt til barneverntjenesten allerede når de har *grunn til å tro* at et barn blir utsatt for mishandling, jf. bvl. § 6-4 bokstav a. Som nevnt ovenfor er det avgjørende hvorvidt det er gjort et reelt forsøk, og det kan i et tilfelle som dette fremstå klart for avverger at skolen straks vil melde videre til de instanser som kan gripe inn.

På den andre siden vil avvergingsplikten være mindre effektiv dersom det er straffritt å velge usikre handlingsalternativer, og stole på at andre overholder sin plikt. På bakgrunn av hva som er formålet med bestemmelsen, og alvoret i de straffbare handlingene som er omfattet av avvergingsplikten, virker det rimelig å kreve at avverger forsikrer seg om at handlingen er tilstrekkelig når man velger å ikke anmelde til politiet. I eksempelet ovenfor innebærer det i så tilfelle at avverger plikter å sjekke at skolen vil bringe det videre, og ta saken i egne hender dersom det viser seg at de ikke gjør det.

Her må det imidlertid igjen tas høyde for legalitetsprinsippet i strl. § 14 og Grl. § 96. Så lenge ordlyden er «søke å avverge gjennom anmeldelse eller på annen måte», kan det ikke ilegges straff når vedkommende har gjort nettopp det, til tross for at det finnes handlingsalternativer som fremstår bedre egnet. Er det valgt avvergingshandlinger der det kan være usikkert hvorvidt de er tilstrekkelige, må på denne bakgrunn i det konkrete tilfellet konkluderes med at handlingen ikke var et reelt avvergingsforsøk for at det skal være straffbar overtredelse.

Et annet aktuelt spørsmål er om avvergingsplikten er oppfylt dersom det meldes til barneverntjenesten, men ikke til politiet. Det er nærliggende å anta at det er tilstrekkelig dersom en har meldt fra til en etat som faktisk har myndighet til å gripe direkte inn. Private må kunne forvente at barneverntjenesten har de virkemidler som trengs for å avverge,

eventuelt i samarbeid med politi. Lovteksten taler som nevnt for at alle handlinger fører til straffrihet dersom det er gjort et reelt forsøk. Matningsdal nevner for øvrig at «på annen måte» kan være anmeldelse til annen relevant myndighet, og trekker frem barneverntjenesten som eksempel på det.<sup>83</sup> Det må imidlertid foretas en vurdering av hvorvidt det er mulig å avverge på denne måten. Dersom en for eksempel får kunnskap om en mulig straffbar handling på en fredag og avventer med å melde fra til barneverntjenesten har åpnet på mandag, vil en ikke vite hvorvidt barnet blir utsatt i mellomtiden og hvilke konsekvenser det kan få. Holmboe mener at dersom det ikke haster er det tilstrekkelig å kontakte barneverntjenesten, mens det i en akutt situasjon kan være nødvendig å kontakte politiet.<sup>84</sup>

Konklusjonen etter dette er at det i de fleste tilfeller vil være en akseptabel avvergingshandling å kontakte barneverntjenesten, men at det etter omstendighetene kan anses ikke å være tilstrekkelig. Det vil da bero på hvorvidt melding til barneverntjenesten kan sies å være egnet til å avverge i det konkrete tilfellet, som igjen avhenger av flere forhold; om den aktuelle kommune har barnevernvakt med døgnerberedskap, hvor akutt situasjonen er, o.l.

### **2.2.1.3 Hvor raskt må avvergingen skje?**

I forlengelsen av kapittelet ovenfor er det naturlig å stille spørsmål om hvorvidt det foreligger en frist for handling. Det fremgår ikke av lovteksten hvor raskt det må reageres når først avvergingsplikten har inntrådt. Det er klart at handlingen må foretas så raskt at det er mulig å avverge fullbyrdsen av det straffbare forholdet eller følgen, ellers har en ikke søkt å avverge. For de fleste tilfeller er dermed «fristen» når handlingen er fullbyrdsen eller følgen har inntrådt, og en må selv bære risikoen ved å vente til siste liten. Dersom det har vært nok tid til rådighet, men avverger har utsatt det til det ble for sent, er det nokså klart at vedkommende ikke kan høres med at han ikke rakk å avverge.

Spørsmålet aktualiserer seg først og fremst ved de sammenhengende straffbare forhold. Dersom det foreligger sannsynlighetsovervekt for mishandling eller overgrep som har foregått over tid, er den straffbare handlingen for så vidt allerede fullbyrdsen for de tilfeller som har skjedd, og avvergelsen går ut på å få stoppet det videre omfanget. Det er i flere høringsuttalelser gitt uttrykk for at det ved praktiseringen av avvergingsplikten må tas hensyn til at det kan være behov for å opparbeide seg tillit til barnet for å få tilstrekkelige

---

<sup>83</sup> Matningsdal (2017) s. 256.

<sup>84</sup> Holmboe (2017) s. 42.

opplysninger før man kontakter politiet.<sup>85</sup> Dette er begrunnet i at dersom tilliten blir brutt, er det risiko for at barnet nekter å fortelle mer, og viktige beviser går tapt. Konsekvensen av det kan i verste fall være at det ikke er mulig å få endelig klarhet i situasjonen, og avverget mishandlingen eller overgrepene.

Det er her lett å tenke seg flere grupper som kan komme i et dilemma. Yrkesgrupper som helsesøster, BUP, barneverntjenesten, skole, barnehage o.l. kan tenkes å få opplysninger fra barnet selv, der de må foreta en vurdering av hvorvidt de skal melde fra umiddelbart, eller bruke tid for å sikre seg at avvergingen vil være effektiv når de først kontakter politiet. Dette kan også være en problemstilling i situasjoner der voksne fornærmede betror seg til sin psykolog eller lignende. Rettskildene gir ingen klare svar, men dersom de som har avvergingsplikt gjør tiltak som ledd i avvergingen av hensyn til fornærmede, virker det rimelig at også disse inngår som avvergingshandlinger og anses som å «søke å avverge».

Det vil da bli et bevisspørsmål om samtalene med fornærmede hadde som formål å skape tillit og trygghet før man tok videre grep, og dermed var egnede handlinger i avvergingsøyemed. Antakeligvis vil det måtte kreves en viss fremdrift og effektivitet i tiltakene når først avverger anser det som sannsynlighetsovervekt for at noen er utsatt for gjentatte straffbare krenkelser av den karakter som omfattes av strl. § 196. Det er imidlertid vanskelig å oppstille et generelt krav til hvor raskt det må reageres i slike situasjoner, da det kan være ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Men dersom en skal anse samtaler med fornærmede som et ledd i avvergingen, kan det neppe aksepteres at avverger avtaler samtaler med uker mellom, og bruker månedsvis før det tas direkte grep for å stanse det straffbare forholdet.

Det er mulig at konklusjonen vil falle forskjellig ut alt etter hvilken straffbar handling det er tale om, om fornærmede er voksen eller barn, hvor akutt situasjonen fremstår, og hvilke handlinger som foretas før det meldes fra. Slik rettskildesituasjonen er, må dette bli en konkret vurdering av hvorvidt vedkommende gjennom sine handlinger har søkt å avverge.

Dersom avverger til slutt lykkes i å avverge, er spørsmålet hvor lenge en kan akseptere passivitet, til tross for at det til slutt blir anmeldt til politiet og med det avverget. På den ene siden fremstår det uakseptabelt at langvarig passivitet skal gå upåaktet hen, på den andre siden kan det være problematisk i forhold til legalitetsprinsippet å straffe når vedkommende

---

<sup>85</sup> Forandringfabrikken (2019) Høringssvar – *Innspill til endringer i straffeloven mv.* s.1 og Stine Sofies Stiftelse (2019) Høringssvar – *Endringer i straffeloven mv.*, s. 5.

faktisk har avverget det straffbare forholdet. Det mest nærliggende er at det også her må foretas en konkret vurdering av hvorvidt det er «søkt å avverge» for de deler av hendelsesforløpet som har skjedd etter at avvergingsplikten inntrådte, uavhengig av om det er avverger som til slutt får stanset de straffbare handlingene. En slik konklusjon vil være best i samsvar med hensynet til prevensjon og vernet av ofrene for denne type kriminalitet, og åpner for en konkret vurdering av straffverdigheten i det enkelte tilfelle. Det kunne imidlertid med fordel fremkommet av ordlyden at det kreves umiddelbar reaksjon når først avvergingsplikten er inntrådt. Det ville i større grad ivaretatt både formålshensyn og hensynet til forutberegnelighet for avverger.

Oppsummert er altså vurderingstemaet under dette vilkåret hvorvidt avvergeren har gjort et reelt forsøk på å avverge den straffbare handlingen eller følgene av den. Avvergeren står fritt til å velge på hvilken måte han vil søke å avverge, så lenge handlingen er egnet til dette. Dersom det foreligger avvergingshandlinger som er bedre egnet enn den som er valgt, er det uklart hvor tvilsomt det må være at avvergingshandlingen lykkes, før avverger er forpliktet til å foreta seg noe annet. Her må det utvises forsiktighet med tanke på legalitetsprinsippet og EMK art. 7. Skal straff anvendes i et tilfelle der det er gjort noe, må den avvergingshandling som er foretatt falle utenfor en naturlig forståelse av «søke å avverge».

Det som imidlertid må være klart, er at avvergingsplikten ikke opphører dersom avverger fortsatt mener det er sannsynlighetsovervekt for straffbare handlinger *etter* en avvergingshandling, og det foreligger andre handlingsalternativer. I eksempelet med forelderen i skolen vil avvergingsplikten derfor oppstå igjen dersom forelderen får kjennskap til at det ikke har skjedd noe fra skolen sin side. Til sist vil det være en konkret vurdering hvor raskt det må handles for at en kan si at det er søkt å avverge. Tiltak med hensikt om avverging på sikt kan på denne bakgrunn anses som avvergingshandlinger i det aktuelle tilfellet. Fristen for å avverge vil i utgangspunktet være når den straffbare handling er fullbyrdet og eventuelle følger er inntrådt, mens det for sammenhengende straffbare forhold er mer usikkert hva som må anses som gjeldende rett.

### **2.2.2 Straffes «den» som**

Spørsmålet her er hvem som er subjektet for straffebudet. Ordlyden henviser til «den» som unnlater å søke å avverge. Det er dermed ikke foretatt noen begrensninger i hvem som kan

rammes. I Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) på side 38 presiseres det at straffebudet gjelder generelt, og retter seg mot både offentlig ansatte og privatpersoner.<sup>86</sup>

Det fremstår på denne bakgrunn klart at straffebudet rammer enhver enkeltperson, uansett ansettelsesforhold og på hvilken arena vedkommende får kunnskap om forholdet. Det er derfor et personlig ansvar å avverge de straffbare handlinger som strl. § 196 omfatter, uavhengig av hvordan for eksempel arbeidsfordelingen måtte være på den aktuelle arbeidsplass der opplysningene blir kjent. Så fort den enkelte anser det som sannsynlighetsovervekt, er plikten inntrådt.

Barnevoldsutvalget har gjort funn i sine undersøkelser som tyder på at barneverntjenesten selv i flere tilfeller har brutt avvergingsplikten.<sup>87</sup> Det har imidlertid aldri vært tatt ut tiltale mot offentlig ansatte for brudd på avvergingsplikten. En kan stille spørsmål ved hvem som skal straffes for brudd på avvergingsplikten når flere ansatte i en etat har hatt avvergingsplikt, og den manglende oppfølgingen har preg av svikt i hele systemet.

Et eksempel kan være at en undersøkelse ikke har kommet i gang fordi barneverntjenesten har ressursmangel, og derfor ikke evner å oppfylle sine lovpålagte plikter. Det kan imidlertid påvises at bekymringsmeldingen (som forutsettes å omhandle et av straffebudene i strl. § 196) er behandlet av et team som har besluttet å åpne undersøkelse. Dersom saken ikke blir fordelt til saksbehandler, er spørsmålet hvem som skal kunne straffes etter strl. § 196. Det er åpenbart at andre sanksjoner kan komme til anvendelse overfor tjenesten som sådan, for eksempel fra Fylkesmannen som tilsynsorgan, men det får ikke betydning for dette spørsmålet.

Spørsmålet er om avvergingsplikten foreligger for hver enkelt som har kjennskap til saken, eller om ansvaret ligger på den som skal fordele og prioritere saker, dersom de ansatte har en forventning om at så vil skje. Utfordringen vil kunne oppstå hos mange ulike etater, der flere blir kjent med en sak, men manglende organisering fører til at det ikke blir tatt grep i tide.

Ordlyden i strl. § 196 er i utgangspunktet ikke til å misforstå. Det er en personlig plikt for hver enkelt som har den nødvendige kunnskapen å gripe inn. I eksempelet fra barneverntjenesten må dette innebære at hver enkelt med kunnskap kan straffes dersom de ikke har foretatt seg noe. Blir saken ikke fordelt av den ansvarlige, tar det ikke bort ansvaret

---

<sup>86</sup> Dette er også etterfølgende lovgiverutsagn, se kapittel 2.2.1.1. Ordlyden er imidlertid klar på dette punktet, og uttalelsen presiserer det som allerede kan utledes av lovteksten.

<sup>87</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 131.

fra den enkelte. Det er klart at dette kan medføre en utfordring i en presset arbeidshverdag, der enkelte i de større tjenester arbeider utelukkende med volds- og overgrepssaker. Det vil kunne innebære å stå i en stadig risiko for straffansvar dersom det ofte må prioriteres mellom mange saker hvor det kan foreligge straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196.

Likevel er det sannsynlig at et personlig ansvar kan ha en preventiv effekt, og medføre at hver enkelt ansatt prioriterer å kontakte politiet, selv om de ikke har saksbehandlere til å starte opp undersøkelse der og da. Dersom det reelt skulle vise seg at det forelå så mange alvorlige saker samtidig at det ikke under noen omstendighet var mulig å gjøre noe uten at det gikk på bekostning av samme plikten, vil rettsstridsreservasjonen kunne få betydning.<sup>88</sup> Det er likevel vanskelig å tenke seg at det i praksis skulle være umulig i det minste å få varslet politiet så fort man blir kjent med slik opplysninger. Avvergingsplikten vil heller ikke inntre ved enhver mistanke, det er først når det foreligger sannsynlighetsovervekt at straffansvar kan bli aktuelt.

Kunnskapskravet vil også bidra til å unngå de mest urimelige konsekvenser av at det er en personlig plikt. Dersom en ansatt virkelig trodde at ansvaret ble fordelt, og at det ville gjøres grep som var tilstrekkelige for avverge, fremstår det ikke lenger for vedkommende som sannsynlighetsovervekt for at den straffbare handlingen blir begått, og straffansvar er på denne bakgrunn utelukket. Ansvaret vil da ligge på de som var kjent med at det ikke ble foretatt noe, og det vil i mange tilfeller være den som etter den interne arbeidsfordelingen har ansvaret for prioritering og delegering. Dette vil imidlertid måtte vurderes konkret, de som har kjent til at den som har ansvaret ikke har gjort det, vil fortsatt være personlig ansvarlig.

Et annet spørsmål er om juridiske personer kan straffes etter bestemmelsen. Foretaksstraff er regulert i strl. §§ 27 og 28. Foretak som kan straffes etter § 27 er «selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.» Vilkårene for straff fremgår av første ledd: «Når et straffebud er overtrådt av noen som handler på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Det gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. § 20.»

---

<sup>88</sup> Det varierer om slike tilfeller behandles under den alminnelige rettsstridsreservasjon eller plikt-kollisjon som ulovfestet straffrihetsgrunn, se Eskeland (2017) s. 281.

Straffen vil som hovedregel være bøter, jf. strl. § 27 tredje ledd. Det fremgår av forarbeidene at foretaksstraff supplerer det personlige straffansvaret, og vises til at «[d]en som handlet på vegne av foretaket, kan straffes selv om det ilegges foretaksstraff og omvendt.»<sup>89</sup>

Foretaksstraff er fakultativt, som innebærer at det *kan* idømmes straff dersom vilkårene er oppfylt. Dette følger implisitt av at ordlyden «kan foretaket straffes» er benyttet i strl. § 27, og videre av § 28 hvor det listes opp momenter som det skal tas hensyn til ved avgjørelsen om foretaket *skal* straffes. Av de momenter som inngår i vurderingen etter strl. § 28 kan nevnes:

- straffens preventive virkning,
- lovbruddets grovhet, og om noen som handler på vegne av foretaket har utvist skyld,
- om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet.

Det vil føre for langt her å gå inn i en grundig analyse av foretaksstraff, men det fremstår ut fra de ovennevnte vilkår at det etter omstendighetene kan være aktuelt å anvende foretaksstraff i tilfeller der unnlatsen har karakter av å være resultatet av gjennomgående svikt. Avvergingsplikten oppstår som følge av kunnskap de ansatte får gjennom sin stilling, og unnlatsen kan da sies å skje «på vegne» av foretaket. Dersom det er klare mangler ved tjenestens opplæring, kontroll og retningslinjer som ellers kunne forebygget slike unnlatelser, virker det også mest rimelig at foretaket som sådan kan straffes, i stedet for å straffeforfølge ansatte, der det kan være mer eller mindre tilfeldig om det kan bevises at kunnskapskravet var oppfylt for den enkelte. Straffen vil da kunne ramme noe vilkårlig, selv om mange har vært kjent med forholdet.

Det kan nevnes at det i juridisk litteratur er rettet omfattende kritikk mot foretaksstraff generelt.<sup>90</sup> Det er fremhevet som problematisk at konstruksjonen har prinsipielle avvik fra straffbarhetsvilkårene. Eskeland argumenter for at strl. § 27 bør tolkes innskrenkende, slik at skyldkravet i det aktuelle straffebudet alltid må være oppfylt.<sup>91</sup> Rui viser til at et rent objektivt straffansvar vil være i strid med nyere praksis fra EMD.<sup>92</sup> Det tas ikke her endelig stilling til hvorvidt det ved anvendelsen må innfortolkes et krav om utvist skyld i strl. § 27, da

---

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 239.

<sup>90</sup> Se for eksempel Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 745-748 og Eskeland (2017) s. 386-387.

<sup>91</sup> Eskeland (2017) s. 387.

<sup>92</sup> Rui, Jon Petter (2018) «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for strafferett*, s. 202-215.



spørsmålet i denne sammenheng er om foretaksstraff kan anvendes ved overtredelse av strl. § 196.

Det er muligens slik at foretaksstraff i utgangspunktet er tiltenkt andre typetilfeller enn de unnlater som her behandles.<sup>93</sup> Likevel foreligger det utvilsomt hjemmel for foretaksstraff etter gjeldende rett, som ikke setter begrensninger for hvilke straffebud som kan omfattes. Forarbeidene viser til at bestemmelsen er generell og i prinsippet kan anvendes på alle straffesanksjonerte handlingsnormer, både i straffeloven og spesiallovgivningen.<sup>94</sup>

Det er tenkelig at foretaksstraff for unnlater av å avverge vil kunne ha en større preventiv virkning enn å straffe enkeltpersoner. Dersom ulike offentlige og private tjenester anser bøter som en mulig sanksjon, vil de sannsynligvis i større grad prioritere å få på plass gode rutiner og retningslinjer. Det vil på sikt ha et bredere nedslagsfelt enn straffeforfølgning av enkeltansatte. De straffbare handlingene som skal avverges etter strl. § 196 kan ha katastrofale konsekvenser, og det bør på denne bakgrunn foreligge sanksjoner mot virksomhetene direkte når unnlater er en følge av systemsvikt.

Videre har staten som nevnt en sikreforpliktelse overfor barn, jf. BK artikkel 19. Staten plikter å iverksette alle mulige tiltak for å beskytte barn mot straffbare handlinger, og anvendelse av sanksjoner overfor tjenester som bryter sin plikt til å avverge slike handlinger fremstår på denne bakgrunn som et rimelig tiltak som kan bidra til bedre beskyttelse av utsatte barn.

Imidlertid må det ved anvendelsen av foretaksstraff på overtredelser av strl. § 196 foretas en modifikasjon, da strl. § 27 ikke krever at noen enkeltperson har utvist skyld.<sup>95</sup>

Kunnskapskravet i strl. § 196 er en forutsetning for at det foreligger handleplikt.<sup>96</sup> For den delen av gjerningsbeskrivelsen må det derfor kunne konstateres at noen i foretaket hadde slik kunnskap. I og med at dette vilkåret krever en subjektiv vurdering, vil det også være nødvendig å identifisere noen av de som satt med den tilstrekkelige informasjonen. Det vil derfor sannsynligvis være lite praktisk å benytte foretaksstraff for anonyme feil ved brudd på strl. § 196.

---

<sup>93</sup> I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 239 vises det til at det mest praktiske er brudd på bestemmelser om arbeidsmiljø, forurensning og økonomisk kriminalitet.

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 239.

<sup>95</sup> Dersom en legger til grunn at det i utgangspunktet gjelder et rent objektivt ansvar etter strl. § 27.

<sup>96</sup> Dette behandles nærmere under kapittel 2.2.4.

Hvorvidt de prinsipielle strafferettslige innvendinger mot foretaksstraff tilsier at sanksjonene heller burde ilegges gjennom en annen reaksjonsform enn straff, er en rettspolitisk diskusjon som ikke forfølges nærmere her.<sup>97</sup>

### **2.2.3 «På et tidspunkt da dette fortsatt er mulig»**

Dette vilkåret angir på hvilket tidspunkt avvergingsplikten opphører. Straff kan bare idømmes dersom unnlatsen av å avverge skjer «på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig». Plikten består så lenge det er mulig å avverge enten den straffbare handlingen, eller følgene av den.

Der bestemmelsen henviser til straffbare handlinger som «er begått» relaterer dette seg til de tilfeller der det bare er mulig å avverge følgene av den straffbare handlingen.<sup>98</sup> Det er altså ikke plikt til å anmelde straffbare forhold som er begått, som ikke har følger som kan avverges. Dette følger for så vidt også implisitt av ordlyden, da det i slike tilfeller ikke lenger vil være noe å avverge. Dersom en skulle ha en plikt etter dette tidspunkt, vil det i så fall utelukkende tjene til å oppklare lovbrudd, og en slik generell plikt er det foreløpig ikke et ønske om å innføre.<sup>99</sup>

En tolkning av ordlyden i sammenheng taler for at det som må være mulig, er å «søke» å avverge. Det kan ikke leses ut av denne ordlyden at det har betydning hvor sannsynlig det er at en faktisk klarer å avverge. Dersom det fortsatt er mulig å forsøke, trekker ordlyden i retning av at avvergingsplikten foreligger selv om sjansen skulle være liten for å lykkes.

I HR-2017-824-A er spørsmålet behandlet hva gjelder avverging av følgene av en straffbar handling. De uttalelser Høyesterett kommer med har likevel generell karakter, og har betydning også dersom det er tale om å avverge selve handlingen.

Saksforholdet var at tiltalte A hadde vært til stede da en person gjentatte ganger ble stukket med saks, og deretter forblødde og døde etter om lag en halvtime. Tiltalte hadde unnlatt å varsle eller gjøre andre forsøk på å avverge at fornærmede døde. Tiltalen var tatt ut etter strl. 1902 § 139 slik den lød på tidspunktet for handlingen. Dette har imidlertid ingen betydning, da strl. § 196 fullt ut er i samsvar med den dagjeldende bestemmelsen på dette punkt, etter lovendringen av § 139 i 2010.<sup>100</sup> Spørsmålet for Høyesterett var om A unnlot å søke å avverge

---

<sup>97</sup> Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 747-748.

<sup>98</sup> Prop. 116 L (2009-2010) *Endringer i domstoloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m.) og straffeloven 1902 (avvergingsplikt)*, s. 19.

<sup>99</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 17.

<sup>100</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 19 og HR-2017-824-A, avsnitt 9.

følgene av handlingen på «et tidspunkt da dette fortsatt var mulig». Høyesterett konstaterer at det ikke foreligger plikt til å søke å avverge dersom følgen er inntrådt eller uunngåelig. Videre uttales i avsnitt 13:

«At det endelige utfallet er usikkert, hindrer imidlertid ikke at det er mulig å *søke* å avverge følgen. Det må etter mitt syn innebære at handleplikten etter bestemmelsen inntrer selv om det skulle være en betydelig mulighet for at forsøk på å avverge følgene ikke skulle føre frem.»

Ut fra det samlede rettskildebildet er det dermed på det rene at selv om muligheten for å lykkes med avvergingsforsøket er liten, har en fortsatt en plikt til å gjøre avvergingshandlinger. Det kan nevnes at tingretten og lagmannsretten i denne saken kom til samme resultat, med en noe kortere begrunnelse, der det i begge dommer konstateres at 30 minutter er tilstrekkelig med tid til å forsøke å avverge når det er kort vei til sykehus og legevakt.<sup>101</sup>

I dom fra Oslo tingrett fra 2012 kom imidlertid retten til at drapshandlingene skjedde så raskt at det ikke var mulig å avverge, til tross for at den rettsmedisinske sakkyndige konkluderte med at det tok inntil en time før fornærmede døde av forblødning.<sup>102</sup> Det er likevel noe uklart ut fra premissene om retten mener det var rimelig tvil om tidsforløpet, da det ikke fremgår nøyaktig hva som legges til grunn som bevist. Etter høyesterettsdommen fra 2017 kan det uansett ikke være tvil om at resultatet måtte blitt et annet etter dagens rettstilstand, dersom en legger til grunn at fornærmede levde en hel time etter drapshandlingene.

Gröning, Husabø og Jacobsen ser ut til å hevde at det i skyldspørsmålet i nevnte dom fra 2017, ble lagt avgjørende vekt på at det var «en stor grad av sannsynlighet» for at fornærmede ville overlevd dersom det ble foretatt en avvergingshandling.<sup>103</sup> Dette må imidlertid bero på en misforståelse. Det som fremheves i det aktuelle avsnittet er at uttalelsen fra lagmannsretten om at det var «overveiende sannsynlig» at fornærmede ville overlevd, utelukkende ble lagt vekt på ved *straffutmålingen*.

---

<sup>101</sup> TBERG-2015-5012 s. 13 og LG-2016-2849 s. 15.

<sup>102</sup> Oslo tingrett 18.04.2012 s. 15-16 (upublisert).

<sup>103</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 300. Det henvises der til dommens avsnitt 22.

#### 2.2.4 «Fremstår som sikkert eller mest sannsynlig»

Avvergingsplikten oppstår når det «fremstår som sikkert eller mest sannsynlig» at en straffbar handling er eller vil bli begått. En naturlig forståelse av «sikkert eller mest sannsynlig» er at plikten inntreder idet den straffbare handlingen fremstår som *mer sannsynlig enn det motsatte*. Det presiseres som nevnt i forarbeidene at alternativet «er begått» sikter til de tilfellene der det utelukkende er mulig å avverge følgene av en straffbar handling.<sup>104</sup>

Det ble opprinnelig foreslått at kravet om pålitelig kunnskap i strl. 1902 § 139 skulle erstattes med det alminnelige forsettkravet i strl. § 22, men departementet avslo dette under henvisning til at forsettkformen *dolus eventualis* ville gjøre avvergingsplikten for vidtrekkende.<sup>105</sup> Dersom dette hadde blitt vedtatt ville det være brudd på avvergingsplikten dersom avverger «holder det for mulig» at en straffbar handling vil bli begått, og unnlater å handle selv om så skulle være tilfelle, jf. strl. § 22 bokstav c.

Endringen fra pålitelig kunnskap til «sikkert eller mest sannsynlig» innebærer likevel en viss utvidelse av avvergingsplikten.<sup>106</sup> Hva som ligger i den ordlyden som er valgt er ikke presisert nærmere ved endringen. På bakgrunn av uttalelsen om å ikke benytte det *alminnelige* forsettkravet, er det nærliggende at «sikkert eller mest sannsynlig» i denne sammenheng må forstås på samme måte som visshetsforsett og sannsynlighetsforsett etter strl. § 22 bokstav b.

Visshetsforsett foreligger når en gjerningsperson har sikker kunnskap om at gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt.<sup>107</sup> I denne sammenheng gjelder dette når det for avverger «fremstår som sikkert» at den straffbare handlingen er eller vil bli begått. Ordlyden «mest sannsynlig» svarer til sannsynlighetsforsett, og må da forstås som mer enn 50 % sannsynlig.<sup>108</sup> Det er naturligvis umulig å anslå nøyaktig i prosent hvor sannsynlig det er at noe vil inntreffe i fremtiden. Prosentangivelsen i forarbeidene er derfor bare et hjelpemiddel for vurderingen.<sup>109</sup>

Vilkåret om sannsynlighetsovervekt er ikke kommentert i rettspraksis, da tiltalte i de aktuelle saksforhold selv observerte den straffbare handlingen, og dermed utvilsomt visste om den.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s.19.

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261.

<sup>106</sup> Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 349.

<sup>107</sup> Eskeland (2017) s. 292.

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 425.

<sup>109</sup> Eskeland (2017) s. 293.

<sup>110</sup> Oslo tingrett 18.04.2012 (upublisert), HR-2017-824-A og Oslo tingrett 19.06.2018 (upublisert).

I vurderingen av om det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at en straffbar handling er eller vil bli begått, er det hvor sannsynlig *avvergeren* anser det for å være som er avgjørende, jf. strl. § 25. Dette fremgår også av forarbeidene, hvor vilkåret omtales som et særlig skyldkrav.<sup>111</sup> Det er imidlertid alltid slik ved subjektive vurderinger at det ikke er mulig å fremskaffe informasjon om hva som har foregått i noens tanker. Hva gjelder vurderingen som foretas vedrørende sannsynlighetsforsett uttaler Eskeland:

«Den sannsynligheten som det ut fra de konkrete omstendighetene er rimelig å regne med, legger vi til grunn når vi skal avgjøre hva gjerningspersonen måtte regne med. I virkeligheten er derfor vurderingen av sannsynlighetsgraden av objektiv karakter.»<sup>112</sup>

Vurderingen vil med andre ord bli om avverger anså det som mest sannsynlig, gitt de konkrete omstendigheter i saken.

Til tross for at dette vilkåret ble skjerpet i 2010, skal det fortsatt en del til for at avvergingsplikten inntreffer. For de aller fleste vil det kreve visse konkrete, klare holdepunkter før man anser det som mest sannsynlig at noen vil begå slike alvorlige straffbare handlinger som strl. § 196 omfatter. Holmboe viser til at det er «en menneskelig tilbøyelighet til å være tilbakeholden med å trekke slutninger om andres skyld».<sup>113</sup>

Vilkåret om sannsynlighetsovervekt er formulert som et krav til hvilken kunnskap avverger må ha hatt, altså et krav om subjektiv skyld. Det er ikke tvilsomt at det også er *ment* som en angivelse av et særskilt skyldkrav for den delen av gjerningsbeskrivelsen, da det uttales i forarbeidene at *dolus eventualis* ikke skal være tilstrekkelig skyld for denne delen. Det som ikke er nevnt, er at samtidig som det er en angivelse av skyldkravet, må dette vilkåret være et subjektivt element i gjerningsbeskrivelsen. Ut fra ordlyden i bestemmelsen er det åpenbart at en strafferettslig plikt ikke inntreffer før dette vilkåret er oppfylt. Det legges også til grunn i forarbeidene og i juridisk litteratur at sannsynlighetsovervekt er en *forutsetning* for at avvergingsplikten inntreffer, uten at det er videre problematisert at dette innebærer at vilkåret har to funksjoner.<sup>114</sup> Det kan ikke utelukkende være en beskrivelse av hva som er tilstrekkelig subjektiv skyld, fordi en ikke vil kunne konstatere at det overhodet har skjedd et lovbrudd før en har tatt stilling til avvergers kunnskap.

---

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261.

<sup>112</sup> Eskeland (2017) s. 294.

<sup>113</sup> Holmboe (2017) s. 123.

<sup>114</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261 og Holmboe (2017) s. 123.

Funksjonen til dette vilkåret, som både er en forutsetning for overtredelse og et særlig skyldkrav, kunne med fordel vært presisert tydeligere i lovforarbeidene, da det etter strafferettslige prinsipper tradisjonelt er et klart skille mellom den straffbare overtredelsen og skyldkravet. I praksis vil det neppe skape store problemer i de fleste sammenhenger, da det er den samme vurderingen som må foretas for å konstatere overtredelse av gjerningsbeskrivelsen og at skyldkravet er oppfylt for den delen. Det kan likevel i noen tilfeller få betydning, som nevnt under drøftelsen av foretaksstraff i punkt 2.2.2, og rettsanvenderen bør være seg bevisst dette skillet.<sup>115</sup>

### **2.2.5 Må straffbarhetsvilkårene være oppfylt for gjerningspersonen?**

Det en har plikt til å avverge etter gjerningsbeskrivelsen i strl. § 196 er en «straffbar handling». I høringsnotatet til nytt lovforslag er det foreslått å endre ordlyden til «lovbrudd», slik at det fremgår klart at straffbarhetsvilkårene ikke behøver å være oppfylt for gjerningspersonen for at avvergingsplikten skal foreligge.<sup>116</sup> Justis- og beredskapsdepartementet viser til at ordlyden ble endret fra «forbrytelse» i strl. 1902 § 139 til «straffbar handling», idet skillet mellom forseelser og forbrytelser ble opphevet.<sup>117</sup> Videre uttales at det har «neppe vært meningen å utelukke avvergingsplikt for lovbrudd hvor gjerningspersonen ikke utviser skyld eller er tilregnelig».<sup>118</sup> Denne lovendringen er ikke vedtatt, og det må derfor vurderes hva som ligger i «straffbar handling», slik ordlyden lyder for øyeblikket.

Umiddelbart kan dette virke nokså selvsagt, da behovet for å avverge handlingen vil være det samme selv om straffbarhetsvilkårene ikke skulle være oppfylt for gjerningspersonen. Imidlertid, som fremhevet av Holmboe, brukes uttrykket «straffbar handling» vanligvis om handlinger der alle straffbarhetsvilkår er oppfylt.<sup>119</sup> I forarbeidene vises det til at betegnelsen straffbar handling signaliserer at alle straffbarhetsvilkår er oppfylt, mens betegnelsen lovbrudd bare gir uttrykk for at det objektivt sett er handlet i strid med en straffesanksjonert norm, og at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn.<sup>120</sup> Det er med andre ord ved vedtakelsen av ny straffelov gitt klare signaler om hvordan uttrykket «straffbar handling» skal forstås.

---

<sup>115</sup> Det kan også ha betydning ved fingering av forsett. Dette drøftes under punkt 2.5.3.

<sup>116</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018)

<sup>117</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 7.

<sup>118</sup> *Op.cit.*

<sup>119</sup> Holmboe (2017) s. 85.

<sup>120</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 66.

Det er på det rene at formålet med å endre ordlyden i strl. § 196 på dette punktet var å unngå å bruke «forbrytelse», som straffeloven 2005 ikke benytter. Forarbeidene inneholder ingen drøftelse av meningsforskjellen ved endringen.<sup>121</sup> Som det vises til i høringsnotatet kan det ikke ha vært tilsiktet å skjerpe vilkårene for at avvergingsplikten skal komme til anvendelse.<sup>122</sup> Det gir ikke god mening at det ikke skal foreligge avvergingsplikt dersom avverger vet at gjerningspersonen er psykotisk eller under den kriminelle lavalder, avvergingsplikten har åpenbart som formål å avverge handlingen, ikke å straffe gjerningspersonen.

Likevel er det ikke mulig å konkludere helt sikkert på dette spørsmålet. Legalitetsprinsippet innebærer at bestemmelsen ikke kan tolkes i strid med ordlyden, jf. strl. § 14 og Grl. § 96. «Straffbar handling» kan nok for den alminnelige befolkning forstås også som lovbrudd der gjerningspersonen av andre grunner ikke kan straffes, men det er ikke tvilsomt at uttrykket har et etablert og entydig juridisk innhold.<sup>123</sup> Denne problemstillingen vil imidlertid sannsynligvis ryddes av veien ved at det nå er foreslått å endre ordlyden til «lovbrudd».

## **2.2.6 De straffbare handlinger**

### **2.2.6.1 Systematikken i utvalget av straffbare forhold**

Avvergingsplikten omfatter som nevnt bare de straffbare handlingene som bestemmelsen selv angir.<sup>124</sup> Den fullstendige oppregningen er inntatt innledningsvis. I denne delen vil det vises til eksempler på hvilke avgrensninger som er foretatt ved utvalget av straffebed.

I oppregningen er det enkelte eksempler på at det vises til grunndelikter som har grovere overtredelser av samme grunndelikt som ikke er nevnt. Det vises til voldtekt (§ 291) og ran (§ 327), men ikke til voldtekt til samleie (§ 292), grov voldtekt (§ 293) og grovt ran (§ 328). Bakgrunnen for dette er lovgivningsteknikken som anvendes i straffeloven 2005. Der det er henvist til et grunndelikt, omfattes også de grovere overtredelsene, men ikke de mindre grove overtredelser av samme grunndelikt.<sup>125</sup>

Videre omfattes en del forbundshandlinger. Eksempler på det er forbund om anslag mot infrastrukturen (§ 193), forbund om drap eller å volde betydelig skade på kropp og helse (§

---

<sup>121</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 17.

<sup>122</sup> Se også Holmboe (2017) s. 89.

<sup>123</sup> Holmboe (2017) s. 89.

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 260.

<sup>125</sup> Matningsdal (2017) s. 257.

279) og forbund om ran (§ 329). De straffbare handlinger som det kan inngås forbund om er naturligvis også omfattet av avvergingsplikten, og det kan stilles spørsmål ved hvilken praktisk betydning det har å inkludere forbundshandlingene. I de fleste tilfeller vil det nok fremstå som sannsynlighetsovervekt for at det vil skje et drap dersom en har kunnskap om at gjerningspersonen skal til å inngå avtaler med andre om det, og da vil avvergingsplikten uansett inntre.

Likevel kan det gjøre det enklere for avverger å vite at det foreligger avvergingsplikt allerede når det er sannsynlighetsovervekt for at det vil inngås forbund. Vedkommende vil kunne få meldt fra på et tidligere tidspunkt uten at det volder betydelig tvil om avvergingsplikten har inntrådt, dersom en skulle tvile på om dette forbundet virkelig vil gjennomføre den straffbare handlingen.

Det en videre kan se av hvilke straffebud som omfattes, er at det er trukket en grense der ran inngår, men ikke grovt tyveri (§ 322). Det er altså ikke de økonomiske verdiene det her er lagt vekt på, men voldselementet som ligger i ransbestemmelsen. Ved de rene voldshandlingene omfattes grov kroppsskade, men ikke kroppsskade (§ 273). Kroppsskade har en øvre strafferamme på seks år, som er sammenfallende med strafferammen for mishandling i nære relasjoner (§ 282). Likevel er det bare avvergingsplikt for sistnevnte. Her er det imidlertid tilsynelatende trukket et skille der det ved de rene voldshandlinger kun er avvergingsplikt for den groveste volden, mens andre elementer kan spille inn der straffebudet er mer komplekst oppbygget. Slike momenter kan være at fornærmede etter straffebudet er en spesielt sårbar gruppe, elementer av psykisk vold, tidsperspektivet o.l. Der barn er utsatt og straffebudet angir et sammenhengende straffbart forhold som typisk varer over tid, er det spesielt god grunn for å kreve at andre griper inn.

Straffeloven § 282 er imidlertid et straffebud som kan omfatte svært ulike faktiske omstendigheter. Den fornærmede kan være en voksen eller et barn, det kan være omfattende fysisk vold eller dreie seg hovedsakelig om verbale krenkelser.<sup>126</sup> Den nedre grense for hvilken type vold som omfattes har en helt annen karakter enn de mest alvorlige tilfellene.

---

<sup>126</sup> Se Rt. 2013 s. 879, avsnitt 30, hvor det legges til grunn at rent psykiske krenkelser omfattes.



Høyesterett viser til at ordlyden gir rom for et «vidt spekter av handlinger», forutsatt at de er egnet til å krenke en annen.<sup>127</sup>

Det kan derfor være svært gode grunner for at taushetsplikten bør vike ved enkelte overtredelser av § 282, mens det i andre kan være mer tvilsomt, særlig der fornærmede er voksen og utvetydig gir uttrykk for at det ikke er ønskelig med anmeldelse. Her kan en tenke seg et parforhold der den ene parten har psykiske problemer eller utfordringer av annen art, og i konfliktsituasjoner utsetter sin partner for psykiske krenkelser. Dersom de oppsøker en psykolog for å få hjelp med dette, vil psykologen uavhengig av hva fornærmede ønsker, ha en straffesanksjonert plikt til å avverge dersom vedkommende anser det som sannsynlighetsovervekt for at dette faller inn under strl. § 282. Det vil kunne ha konsekvenser for hvorvidt familier i vanskelige situasjoner tør å oppsøke hjelp.

For yrkesgrupper som psykologer og andre som kan iverksette behandling, avdempes dette problemet noe ved at behandling som er direkte rettet mot å stoppe det straffbare forholdet, etter omstendighetene kan anses som avvergingshandlinger. Denne muligheten er likevel svakt forankret i ordlyden, som gir lite veiledning til terapeuter om når det kan være akseptabelt å ikke varsle politiet.

For andre yrkesgrupper foreligger det ikke slike avvergende tiltak som handlingsalternativer, for eksempel for advokater. Når det inntas straffebed i strl. § 196 må det derfor tas stilling til hvilke handlinger straffebedet omfatter, og om det er forholdsmessig at taushetsplikten skal vike ved alle overtredelser av straffebedet. Advokatens taushetsplikt er beskyttet av retten til privatliv i Grl. § 102 og EMK art 8.<sup>128</sup> Videre er den helt nødvendig for å ivareta retten til rettfærdig rettergang.<sup>129</sup> Inngrep i disse rettighetene må ha tilstrekkelig hjemmel, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.<sup>130</sup> Ved forholdsmessighetsvurderingen må en ha for øye «balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre».<sup>131</sup> Dersom det i en konkret sak

---

<sup>127</sup> Rt. 2010 s. 949, avsnitt 16. Formuleringen gjaldt ordlyden i strl. 1902 § 219, men bestemmelsen er videreført i strl. § 282 med enkelte redaksjonelle endringer, uten at det er ment realitetsendring, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 433.

<sup>128</sup> Se Rt. 2015 s. 81, avsnitt 15, hvor det vises til at korrespondanse mellom advokat og klient antas å være særlig sterkt beskyttet av EMK art. 8, og Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60, hvor Grl. § 102 tolkes i tråd med EMK art. 8.

<sup>129</sup> Grl. § 95 og EMK art. 6.

<sup>130</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60.

<sup>131</sup> *Op.cit.*

forholder seg slik at avvergingsplikten vil være i strid med menneskerettighetene, må strl. § 196 tolkes med den begrensning disse bestemmelser innebærer.<sup>132</sup>

For de straffebud som omfattes av strl. § 196 i dag, er det imidlertid vanskelig å tenke seg at de interesser som søkes vernet ikke skulle være tilstrekkelig tungtveiende i forholdsmessighetsvurderingen i en konkret sak. Til tross for at særlig strl. § 282 kan omfatte handlinger med svært varierende alvorlighetsgrad, er det nødvendig at krenkelsene kan karakteriseres som «alvorlig eller gjentatt» *mishandling*, som innebærer at det bare er de mer kvalifiserte forhold som rammes.<sup>133</sup> Dersom det også er barn involvert, har de et menneskerettslig krav på beskyttelse som veier tungt i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>134</sup>

Rammene for denne avhandlingen gir ikke rom for å vurdere hvert enkelt straffebud som omfattes av strl. § 196 opp mot Grunnloven og menneskerettighetene. Dette er imidlertid en vurdering lovgiver må gjøre når strl. § 196 stadig utvides til nye straffebud. Ved vedtakelsen av ny straffelov ble det ikke foretatt en slik gjennomgang.<sup>135</sup>

#### **2.2.6.2 Vurderingen av om den potensielle handling omfattes av ett av straffebudene**

Når det skal tas stilling til om det foreligger avvergingsplikt, er det nødvendig for avverger å ha en oppfatning om hvilket straffebud som kan bli overtrådt. Privatpersoner vil i alle tilfeller stå fritt til å kontakte politiet dersom de mistenker at det vil bli begått lovbrudd, uavhengig om lovbruddet er omfattet av avvergingsplikten. De må likevel foreta en vurdering av hvilket straffbart forhold de står overfor, for å kunne avgjøre hvorvidt de har *plikt* til å gripe inn. For yrkesutøvere med taushetsplikt er det imidlertid avgjørende å vite hvilket straffebud som muligens vil bli overtrådt, for å vurdere om det er hjemmel til å fravike taushetsplikten.

Dette kan tidvis være vanskelige grensedragninger. Dersom det foreligger relativt sikre opplysninger om at noen planlegger å utøve vold, kan avverger tenke seg at det er sannsynlighetsovervekt for en kroppskrenkelse og en kroppsskade. Disse straffebudene omfattes imidlertid ikke av avvergingsplikten, så det avverger må ta stilling til er om det også er sannsynlighetsovervekt for at kroppsskaden blir grov. I et slikt tilfelle er det jo klart at det

---

<sup>132</sup> Se kapittel 1.5.2 om metodiske sætrekk.

<sup>133</sup> HR-2019-621-A, avsnitt 18. Dommen illustrerer grensedragningen i nedre sjikt av bestemmelsen. Se også HR-2018-390-A.

<sup>134</sup> Etter Grl. § 104 og BK art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som berører barn. Videre har de krav på beskyttelse mot vold og overgrep etter BK art. 19. nr. 1.

<sup>135</sup> I Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 348 vises det bare til at strl. 1902 § 139 videreføres med enkelte innholdsmessige endringer. Se Holmboe (2017) s. 53.

vil være en risiko for det, gitt det faktum at vurderingen tas på forhånd. Men avvergeren må mene at det er *sannsynlighetsovervekt* for også et slikt utfall for at avvergingsplikten skal være inntrådt. Det er klart at dette kan medføre vanskeligheter både faktisk og juridisk. Dersom avverger kommer til at det er sannsynlighetsovervekt for et gitt faktum, må vedkommende også ta stilling til om dette faktumet rent juridisk kan subsumeres under noen av straffebudene som er omfattet. De nærmere vurderinger av dette, og konsekvensene av at avverger tar feil om faktum eller juss, blir behandlet under kapittel 2.3.1 om grensene mellom avvergingsplikt og taushetsplikt.

Riksadvokaten uttaler i sitt hørings svar til det seneste lovforslaget: «Henvisningen til de ulike lovbrudd gir ikke umiddelbar og god veiledning.»<sup>136</sup> Den samme kritikken er fremmet av flere andre høringsinstanser.<sup>137</sup> Politidirektoratet foreslår at det bør vurderes en enklere regulering sett hen til kunnskapen «om utfordringene som ligger ute i praksisfeltet knyttet til avvergingsplikten».<sup>138</sup>

Det har imidlertid vært vurdert hvorvidt oppregningen av straffebud skulle erstattes med en generell henvisning til strafferammen på lovbruddene, men dette ble ikke gjennomført da løsningen ble ansett å være for vilkårlig og vidtrekkende.<sup>139</sup> Det er heller ikke lett å se at en slik endring vil gjøre det enklere å orientere seg, da avverger i så fall må finne ut hvilke straffebud som har den gitte strafferamme, og om handlingen inngår i ett av de straffebud som har høy nok strafferamme. Her kan det innvendes at det finnes andre måter å forenkle lovteksten på uten at det ville innebære at alle lovbrudd med en gitt strafferamme omfattes. Dette drøftes nærmere i den rettspolitiske delen i kapittel 5.

### **2.2.6.3 Lovforslag om utvidelse til flere straffbare handlinger**

I lovforslaget som nå er til behandling foreslås det at avvergingsplikten skal utvides til å omfatte terrorhandling, terrorforbund, alvorlig miljøkriminalitet, tvangsekteskap, grov menneskehandel, inngåelse av ekteskap med noen under 16 år, kjønnslemlestelse, samt et nytt annet ledd annet og tredje punktum om at avvergingsplikten ikke gjelder for overtredelser av § 299 (voldtekt av barn under 14 år) når de involverte er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.<sup>140</sup> Det eksisterer allerede avvergingsplikt for kjønnslemlestelse, jf. strl. § 284. Den

---

<sup>136</sup> Riksadvokaten (2019) s.1.

<sup>137</sup> Se blant annet Stine Sofies Stiftelse (2019) s.2 og Advokatforeningen (2019) s. 2.

<sup>138</sup> Politidirektoratet (2019) Hørings svar – *Forslag til endringer i straffeloven mv.*, s. 2.

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261.

<sup>140</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 16-17.

omfatter imidlertid bare enkelte yrkesutøvere, og ikke privatpersoner. Dersom det blir vedtatt at straffebudet inntas i strl. § 196 vil plikten bli utvidet, slik at alle har en avvergingsplikt også her. En nærmere drøftelse av hvilke avveininger som generelt gjør seg gjeldende ved utvidelser til nye straffebud foretas i kapittel 5.

## 2.3 Taushetsplikt eller avvergingsplikt?

### 2.3.1 Vurderingen etter straffeloven § 196

Det fremgår som nevnt uttrykkelig av ordlyden i strl. § 196 første ledd at avvergingsplikten «gjelder uten hensyn til taushetsplikt». Før 2010 fremgikk det ikke av bestemmelsen at taushetsplikten måtte vike for avvergingsplikten, men det var sikker rett at det gjaldt også før lovendringen.<sup>141</sup> Ordlyden må forstås som at dette gjelder uavhengig av det rettslige grunnlaget for taushetsplikt, og dette fremkommer også av forarbeidene.<sup>142</sup> Det er ut fra lovteksten bare plikten til å avverge som går foran taushetsplikten. Den som er underlagt taushetsplikt må dermed være oppmerksom på at det ikke kan gis ut mer taushetsbelagt informasjon enn det som er nødvendig for å overholde avvergingsplikten.<sup>143</sup>

Som vist til ovenfor under punkt 2.2.6.2, kan det være vanskelig både faktisk og juridisk å avgjøre hvorvidt den straffbare handlingen vil falle inn under det som omfattes av avvergingsplikten. Utfordringen som *klarleggingen av faktum* vil skape i praksis må imidlertid ikke overdrives. Vurderingen av hvorvidt avvergingsplikten er inntrådt vil skje på et tidspunkt der den straffbare handlingen ikke er begått. Dersom avverger på dette tidspunktet mener det foreligger sannsynlighetsovervekt for at det vil skje en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et av de opplistede straffebud, er avvergingsplikten inntrådt selv om det senere skulle vise seg at overtredelsen ikke ble like alvorlig som antatt. Imidlertid må det foreligge noen holdepunkter som gjør at det er sannsynlighetsovervekt for et gitt faktum, men avverger skal bedømmes etter sin egen oppfatning, jf. strl. § 25.

Den juridiske vurderingen av hvilket straffebud som potensielt kan bli overtrådt kan by på adskillig større utfordringer. Det kan illustreres ved at det ikke alltid - selv for jurister - er lett å avgjøre om en konkret kroppsskade er grov. Dersom den faktiske handlingen avverger tror vil finne sted, ikke oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud som er omfattet, foreligger

---

<sup>141</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 19.

<sup>142</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 19.

<sup>143</sup> Holmboe (2017) s. 70.

det ikke hjemmel for å fravike taushetsplikten etter strl. § 196. I motsetning til de faktiske vurderingene, gjelder dette uavhengig av hva avverger selv måtte tro om subsumsjonen. Tas det feil av det juridiske vil dette være rettsuvitenhet, jf. strl. § 26. Av denne bestemmelsen følger at «[d]en som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom».

Det innebærer at dersom en med taushetsplikt har varslet fordi de har tatt feil av reglene, og dermed har brutt taushetsplikten, vil vedkommende kunne straffes for dette dersom uvitenheten var uaktsom. Dersom rettsuvitenheten derimot har medført at det ikke er varslet, i et tilfelle der det faktisk var avvergingsplikt, vil avverger kunne straffes for brudd på strl. § 196 dersom uvitenheten var uaktsom. Er avverger i tvil om det rettslige, vil det da ha betydning hvorvidt det er søkt råd for å avklare juridiske spørsmål. Dette vil som oftest være mulig å gjøre anonymt. Det må også være slik at der de rettslige spørsmål er så tvilsomme at det er vanskelig selv i ettertid å vurdere hvilket straffebud som er overtrådt, kan det ikke anses uaktsomt at avverger ikke forsto dette, og i alle fall ikke dersom vedkommende har rådført seg med noen med juridisk kunnskap.

Selv om det tilsynelatende kan virke komplisert å avgjøre hvorvidt en har taushetsplikt eller avvergingsplikt, er det en rekke unntak fra taushetsplikten som medfører at det ikke alltid vil være brudd på taushetsplikten selv om vilkårene i strl. § 196 ikke er oppfylt. For en god del yrkesutøvere finnes det bestemmelser om opplysningsplikt og opplysningsrett som skaper et større handlingsrom for å varsle enn strl. § 196 kan gi inntrykk av isolert sett. Dessuten kan nødrett etter strl. § 17, nødverge etter strl. § 18 og rettstridsreservasjonen medføre unntak fra taushetsplikten, på lik linje som for andre straffesanksjonerte plikter. I det følgende vil noen av hjemlene for taushetsplikt redegjøres for, før det foretas en gjennomgang av de viktigste unntakene.

### **2.3.2 Taushetspliktens innhold**

Etter forvaltningsloven<sup>144</sup> § 13 har enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan taushetsplikt om noens «personlige forhold». Som forvaltningsorgan regnes et hvert organ for stat eller kommune.<sup>145</sup> Barneverntjenesten har taushetsplikt etter bvl. § 6-7, som viser til forvaltningslovens regler. For helsepersonell gjelder hpl. § 21, hvor det fremgår at taushetsplikten i tillegg til sykdomsforhold også omfatter «andre personlige forhold».

---

<sup>144</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (heretter fvl.).

<sup>145</sup> Fvl. § 1.

Straffeloven § 211 regulerer taushetsplikt for blant annet advokater og prester, og brudd på taushetsplikt vil foreligge dersom disse «uberettiget røper hemmeligheter som er betrodd dem eller deres foresatte i anledning av stillingen eller oppdraget».

Den taushetsbelagte informasjon som det siktes til med «personlige forhold» og «hemmeligheter som er betrodd» må etter en språklig forståelse av ordlyden omfatte planlagte eller pågående straffbare forhold. Av forarbeidene til helsepersonelloven fremgår det:

«Dersom legen eller annet helsepersonell ikke hadde taushetsplikt, kunne pasienten unnlate å oppsøke hjelp av frykt for informasjonsflyt. Særlig aktuelt vil dette kunne være dersom pasienten har vært involvert i straffbare handlinger eller søker å unndra seg kontroll fra andre offentlige myndigheter.»<sup>146</sup>

Vedrørende advokaters taushetsplikt om straffbare forhold, har Høyesterett uttalt at «[d]et er nettopp når en person er i en presset situasjon, behovet for å kunne søke råd i fortrolighet kan være størst».<sup>147</sup> På denne bakgrunn må «personlige forhold» og «betrodde hemmeligheter», i utgangspunktet omfatte planlagte og begåtte straffbare handlinger. Taushetspliktens innhold modifieres imidlertid ved en rekke unntak. Høyesterett har uttalt at «[s]amfunnets behov for å kunne avdekke og straffeforfølge straffbare handlinger vil kunne begrunne at det blir gjort unntak fra reglene om taushetsplikt. Slike unntak er innført på enkeltområder etter grundige overveielser».<sup>148</sup> Det unntak fra taushetsplikten som følger av strl. § 196, er som nevnt bare ett av flere.

### 2.3.3 Opplysningsplikt og opplysningsrett

Avverger vil i mange situasjoner ikke være bundet av taushetsplikten selv om de strenge vilkårene i strl. § 196 ikke er oppfylt. For det første vil det ikke være brudd på taushetsplikten dersom den som har krav på taushet samtykker.<sup>149</sup>

Dernest finnes det flere eksempler på opplysningsplikt i spesiallovgivningen som gjør at taushetsplikten må vike. Eksempelvis har helsepersonell varslingsplikt til nødetaer dersom

---

<sup>146</sup> Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 83.

<sup>147</sup> Rt. 2010 s. 1638, avsnitt 35.

<sup>148</sup> Rt. 2010 s. 1638, avsnitt 37.

<sup>149</sup> Jf. hpl. § 22 og fvl. § 13 a nr.1. For barneverntjenestens del kan Fylkesmannen eller departementet bestemme at taushetsplikt foreligger, selv om foreldrene samtykker, jf. bvl. § 6-7 femte ledd. For de yrkesgrupper som omfattes av strl. § 211 foreligger ikke direkte hjemmel for at samtykke opphever taushetsplikten. Likevel vil samtykke i de fleste tilfeller innebære at viderefremdling ikke er «uberettiget», og derfor ikke brudd på taushetsplikten.

det er nødvendig for å avverge alvorlig skade på person eller eiendom, jf. hpl. § 31.

Helsepersonell har på dermed plikt til å melde fra for å avverge alvorlig skade, helt uavhengig av om skaden kan skyldes overtredelse av et straffebed i strl. § 196.

Etter bvl. § 6-4 har alle forvaltningsorganer opplysningsplikt til barneverntjenesten dersom det er «grunn til å tro» at et barn blir utsatt for blant annet mishandling, menneskehandel og annen alvorlig omsorgssvikt. Dette gjelder også for yrkesutøvere som opptrer i medhold av helsepersonelloven, psykisk helsevernloven<sup>150</sup>, helse- og omsorgstjenesteloven<sup>151</sup>, lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer og friskolelova<sup>152</sup>. Det samme gjelder meklere i ekteskapsaker og private som utfører oppgaver for stat, fylkeskommune, og de som utfører slike oppgaver på vegne av organisasjoner. Det er med andre ord svært mange grupper yrkesutøvere som vil ha opplysningsplikt til barneverntjenesten der det mistenkes straffbare handlinger mot barn, uten at det foreligger sannsynlighetsovervekt for et av de straffebed som er omfattet av strl. § 196.

Det finnes også enkelte regler om opplysningsrett. Av helsepersonelloven § 23 nr. 4 fremgår det at taushetsplikten ikke er til hinder for at «opplysninger gis videre når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre». Her gis helsepersonell rett til å varsle, dersom de ønsker det. Forarbeidene viser til at dette er en lovfesting av rettstridsreservasjonen, og angir den interesseavveining som skal foretas.<sup>153</sup>

I avveiningen må «[h]ensynene som taler for å bryte taushetsplikten (...) veie vesentlig tyngre enn hensynet som taler for å bevare taushet, i alminnelighet vil det være nødrettsbetraktninger».<sup>154</sup>

Også forvaltningsloven har regler om opplysningsrett. Av fvl. § 13 b nr. 6 fremgår at taushetsplikten ikke er til hinder for at «forvaltningsorganet anmelder eller gir opplysninger (...) om lovbrudd til påtalemyndigheten eller vedkommende kontrollmyndighet, når det finnes ønskelig av allmenne omsyn eller forfølgning av lovbruddet har naturlig sammenheng

---

<sup>150</sup> Lov 02. Juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

<sup>151</sup> Lov 24. Juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

<sup>152</sup> Lov 04. Juli 2003 nr. 84 om frittstående skolar.

<sup>153</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 228.

<sup>154</sup> *Op.cit.*

med avgiverorganets oppgaver». For enkelte forvaltningsorganer er imidlertid opplysningsretten mindre omfattende enn etter den alminnelige regelen i forvaltningsloven.<sup>155</sup>

For de yrkesgrupper som er omfattet av strl. § 211 foreligger det ikke opplysningsplikt til barneverntjenesten eller andre, med mindre de er ansatte i et forvaltningsorgan. Det finnes heller ikke lovfestede regler om opplysningsrett som gjør unntak fra taushetsplikten i strl. § 211. Dersom det ikke foreligger avvergingsplikt etter strl. § 196, vil varsling om straffbare forhold måtte baseres på nødrettsbetraktninger. Dette behandles i det følgende.

### **2.3.4 Nødrett, nødverge og rettstridsreservasjonen**

Forutsetningen her er at det ikke foreligger lovfestede regler om avvergingsplikt, opplysningsplikt eller opplysningsrett. I slike tilfeller kan nødrett, nødverge eller den alminnelige rettstridsreservasjonen likevel gjøre varslingen rettmessig, og innebære at brudd på taushetsplikten ikke er straffbart.

Brudd på taushetsplikten er straffesanksjonert, og på samme måte som for andre straffbare handlinger må gjerningspersonen for å kunne straffes, oppfylle alle vilkår for straff. I tillegg til at gjerningsbeskrivelsen er overtrådt, gjerningspersonen er tilregnelig og har utvist den tilstrekkelige skyld, må det ikke foreligge straffrihetsgrunner. Nødrett (strl. § 17) og nødverge (strl. § 18) er generelle straffrihetsgrunner, og får anvendelse på alle straffbare handlinger, jf. strl. § 1.

Nødrett etter strl. § 17 oppstiller følgende vilkår:

«En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og
- b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.»

Nødverge etter strl. § 18 foreligger når en

«handling som ellers ville være straffbar (...)

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og

---

<sup>155</sup> Se for eksempel bvl. § 6-7 tredje ledd og Lov 18. Desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen § 44 tredje ledd.



c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker og angriperens skyld.»

Brudd på taushetsplikten om straffbare forhold som ligger i grenseland mot handlinger som omfattes av strl. § 196 vil oftest bli foretatt for å redde liv og helse, eller for å avverge et ulovlig angrep. Det må etter begge straffrihetsgrunner foretas en forholdsmessighetsvurdering, men etter omstendighetene vil brudd på taushetsplikt være straffritt dersom det er gjort en forsvarlig vurdering. Nødrett vil foreligge dersom konfidenten har gitt informasjon om andre som vil begå straffbare handlinger, mens nødverge gjelder dersom det er konfidenten selv det varsles om.<sup>156</sup>

I tillegg kan rettstridsreservasjonen få betydning. Den alminnelige rettstridsreservasjonen blir ofte beskrevet som at alle straffebud skal tolkes med det forbehold at handlinger som rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet bare er straffbare når handlingen er rettsstridig.<sup>157</sup> Mange straffebud har en rettstridsreservasjon som fremgår direkte av lovteksten, men det anses som sikker rett at det uansett må innfortolkes et slikt krav for de øvrige straffebud.<sup>158</sup> Om tolkningen av hva som er rettsstridig uttaler Høyesterett:

«Dette må bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.»<sup>159</sup>

I denne sammenheng innebærer det at det må foretas en vurdering av hvorvidt hensynet til å avverge den straffbare handlingen må veie tyngre enn hensynet til taushetsplikten. Dersom den straffbare handling avverger har ansett sannsynlig ikke kan subsumeres under noen av de straffebud som omfattes av strl. § 196, er det likevel slik at bruddet på taushetsplikten var en handling som var motivert av å avverge skade. Det kan også være slik at avverger ikke mener det foreligger sannsynlighetsovervekt, og slik sett forstår at avvergingsplikten ikke er inntrådt, men er usikker på om han blir trodd på at han holdt det for mindre sannsynlig enn loven krever. Det kan dessuten være en betydelig belastning å vite at man kan avverge en alvorlig

---

<sup>156</sup> Holmboe (2017) s. 123.

<sup>157</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 212.

<sup>158</sup> Se for eksempel Rt. 1994 s. 506 på side 515-516.

<sup>159</sup> Rt. 1979 s. 1492 på side 1499.

krenkelse, og forholde seg passiv fordi en ikke har plikt.<sup>160</sup> Det er da mye som taler for at det i enkelte situasjoner ikke kan straffes for brudd på taushetsplikten dersom avverger velger å varsle, fordi brudd på taushetsplikten i en slik situasjon ikke kan anses *rettsstridig*. Det utelukkes ikke i forarbeidene at rettsstridsreservasjonen kan gjøre seg gjeldende for brudd på taushetsplikten når det varsles om alvorlige straffbare handlinger, men det vises til at det må foretas en konkret vurdering.<sup>161</sup>

I juridisk litteratur er det delte oppfatninger om hva rettsstridsreservasjonen egentlig omfatter, og hvorvidt det er nødvendig og hensiktsmessig å operere med et slikt begrep.<sup>162</sup> Andenæs hevder at rettsstridsbegrepet er uklart og lett kan føre til feilslutninger.<sup>163</sup> Han fremholder at kravet om rettsstrid bare er «et annet uttrykk for at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunn».<sup>164</sup> Han viser til at der straffrihetsgrunnene ikke fremgår av loven selv, er de et resultat av alminnelige prinsipper om innskrenkende lovtolkning.<sup>165</sup> Videre uttaler han at det i mange tilfeller vil være en skjønnsak om en vil si at det foreligger en ulovfestet straffrihetsgrunn eller at handlingen ikke omfattes av bestemmelsen.<sup>166</sup>

Gröning, Husabø og Jacobsen innvender mot dette at tolkningen av straffebudet bør holdes adskilt fra spørsmålet om det foreligger en straffrihetsgrunn.<sup>167</sup> Forfatterne fremholder at innskrenkende tolkning er en del av vurderingen av om det er foretatt en kriminalisert gjerning, mens «straffrihetsgrunn» reserveres for tilfeller der andre hensyn enn de som begrunner handlingsnormen tilsier at handlingen likevel ikke bør utløse straffansvar.<sup>168</sup>

Rettspraksis er også noe sprikende. I Rt. 1997 s. 1821 gjaldt saken rekkevidden av strl. 1902 § 135 a (diskriminering), sett i lys av vernet om ytringsfriheten i Grl. § 100. Problemstillingen ble av Høyesterett formulert som et spørsmål om det aktuelle utsagnet var «rettsstridig». På side 1835 uttales: «[N]år et straffebud må tolkes og anvendes med de begrensninger som følger av Grunnloven § 100, uttrykkes dette best ved at bestemmelsen antas å ha en rettsstridsreservasjon med dette innhold.»

---

<sup>160</sup> Holmboe (2017) s. 32.

<sup>161</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 19.

<sup>162</sup> Se for eksempel Eskeland (2017) s. 155-156, Andenæs (2016) s. 155-158 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 186-190.

<sup>163</sup> Andenæs (2016) s. 157.

<sup>164</sup> Andenæs (2016) s. 157.

<sup>165</sup> Andenæs (2016) s. 150.

<sup>166</sup> Andenæs (2016) s. 153.

<sup>167</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 189.

<sup>168</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 190.

Et lignende spørsmål var oppe i Rt. 2003 s. 593. Her kom flertallet til at EMK artikkel 10 om ytringsfrihet «går (...) lenger» i å begrense rekkevidden av straffansvaret i den aktuelle bestemmelsen enn den alminnelige rettsstridsreservasjonen.<sup>169</sup> Her ble det altså trukket et skille mot rettsstridsreservasjonen og lagt til grunn at resultatet fulgte av en innskrenkende tolkning av straffebudet på bakgrunn av andre rettskilder, mens Høyesterett i Rt. 1997 s. 1821 foretok samme avveining med henvisning til rettsstridsreservasjonen.

Uavhengig av hvordan en velger å systematisere dette, er det klart at avverging fra en som er underlagt taushetsplikt likevel kan være straffritt etter en konkret tolkning av straffehjemmelen for brudd på taushetsplikten, selv om det ikke foreligger lovfestede straffrihetsgrunner eller regler om opplysningsplikt eller opplysningsrett.

Det er imidlertid noe tvilsomt om den alminnelige rettstridsreservasjonen vil gå særlig lenger enn det som allerede følger av straffrihetsgrunnene og regler om opplysningsrett. Her har lovgiver tross alt søkt å sette grensen for når taushetsplikten kan vike etter en interesseavveining. Videre må det etter EMK art. 8 og Grl. § 102 være tilstrekkelig klart at et unntak fra taushetsplikten er hjemlet i lov.<sup>170</sup> Dessuten fremgår det som nevnt av forarbeidene til helsepersonelloven at regelen om opplysningsrett i hpl. § 23 nr. 4 er en lovfesting av rettstridsreservasjonen og at det i alminnelighet vil være nødrettsbetraktninger som gjør seg gjeldende i avveiningen.

Det som omtales som den alminnelige rettsstridsreservasjon, alminnelige prinsipper for innskrenkende tolkning og ulovfestede straffrihetsgrunner er dessuten usikre konstruksjoner for avverger som må vurdere dette i forkant. Dette er gjerne merkelapper en setter på et tolkningsresultat etter at det er gjennomført en konkret tolkning, og det er dermed vanskelig å forutsi rekkevidden før et konkret spørsmål er avgjort. Dessuten kreves det betydelig juridisk innsikt for å kjenne til – og i alle fall gjøre en vurdering av – slike spørsmål.

Til sist kan det nevnes kort at dersom ingen av de ovennevnte unntak fra taushetsplikten foreligger, og det likevel er varslet, vil også skyldkravet for taushetspliktbestemmelsene kunne sette skranker for hvorvidt bruddet på taushetsplikten er straffbart. Skyldkravet er etter strl. § 209 og hpl. § 67 grov uaktsomhet eller forsett, mens det for de yrkesgrupper som er omfattet av strl. § 211 er krav om forsett. Det foretas ikke her en inngående drøftelse av dette,

---

<sup>169</sup> Avsnitt 45.

<sup>170</sup> Dette er gjennomgått i kapittel 2.2.6.1.

men det nevnes for oversiktens skyld at dersom det er varslet i strid med taushetsplikten i et tilfelle der det var tvilsomt om det forelå plikt eller rett til å varsle, vil den vurderingen som avverger har foretatt måtte kunne karakteriseres som grovt uaktsom eller forsettlig for å være straffbar.

### **2.3.5 Oppsummering av taushetspliktbedømmelsen**

Etter denne gjennomgangen er det klart at spørsmålet ikke er så enkelt som at det enten foreligger brudd på avvergingsplikten eller brudd på taushetsplikten. Det er i svært mange tilfeller slik at det ikke vil være brudd på taushetsplikten selv om de strenge vilkår i strl. § 196 ikke er oppfylt. Regelverket er imidlertid omfattende, fragmentert og komplisert. Det er også grunn til å bemerke at dersom det reelt sett foreligger brudd på taushetsplikten risikerer yrkesutøveren strenge sanksjoner. Etter strl. §§ 209-211 og hpl. § 67 kan brudd på taushetsplikten medføre fengselsstraff.

Det er også slik at brudd på taushetspliktreglene sannsynligvis har blitt håndhevet i større grad enn brudd på avvergingsplikten. Brudd på taushetsplikten kan for helsepersonell sanksjoneres ved advarsel eller tilbakekall av autorisasjon etter vedtak fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd.<sup>171</sup> Det er i rettspraksis lagt vekt på at taushetsplikten ivaretar verdier som er gitt sterk beskyttelse og er et «bærende element» i tilliten til helsepersonell, og det er lagt til grunn et strengt aktsomhetskrav for brudd på taushetsplikten.<sup>172</sup> Reglene om taushetsplikt har på denne bakgrunn muligens hatt en større allmennpreventiv effekt enn strl. § 196, og det kan derfor være en tendens at taushetsplikten praktiseres strengt. Det kan tenkes at det er et større problem at de generelle og spesielle unntak fra taushetsplikten ikke er godt nok kjent, enn at det faktisk er stor risiko for å bryte taushetsplikten ved å varsle, dersom situasjonen ligger slik an at det er usikkert hvorvidt vilkårene i strl. § 196 er oppfylt.<sup>173</sup> For de som må ta denne vurderingen er det imidlertid åpenbart at regelverket er komplisert utformet, og at det kan skape betydelig tvil.

---

<sup>171</sup> Se for eksempel HPN-2017-5466.

<sup>172</sup> HR-2018-2452-A, avsnitt 23-24.

<sup>173</sup> Se Holmboe (2017) s. 48, hvor det også antydes at det kan være en tendens i enkelte etater at hensynene bak taushetsplikten holdes høyere enn avvergingsplikten, selv når det foreligger kunnskap om at avvergingsplikten er inntrådt.

## 2.4 Unntak fra straffansvaret

### 2.4.1 Generelle straffrihetsgrunner

For at straffbarhetsvilkårene skal være oppfylt, kan det ikke foreligge straffrihetsgrunner. Det finnes som nevnt både lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunner, noen er generelle og gjelder for alle straffbare handlinger, mens andre knytter seg til bestemte straffebud.<sup>174</sup> De praktisk viktigste generelle straffrihetsgrunner i strl. §§ 17 og 18 er vist til i kapittel 2.3.4 i forbindelse med unntak fra taushetsplikten. De får naturligvis også anvendelse som unntak for straff etter strl. § 196, men bestemmelsen har egne straffrihetsgrunner som går lengre i å frita for straff enn de generelle bestemmelser i straffeloven. Disse vil redegjøres for i det følgende.

### 2.4.2 Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav a

Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav a og b fastsetter unntak fra straffansvaret ved brudd på avvergingsplikten. Etter bokstav a straffes ikke brudd på avvergingsplikten dersom handlingen det er tale om å avverge ikke kommer så langt som til straffbart forsøk, jf. strl. § 16. Grensen for det straffbare forsøket er overskredet når det foreligger fullbyrdelsesforsett og gjerningspersonen foretar seg noe som leder direkte mot utførelsen, jf. strl. § 16.

Avvergingsplikten inntreer som nevnt når det fremstår som mest sannsynlig at den straffbare handlingen vil bli begått. Dette innebærer at plikten, i et tilfelle som etter tredje ledd bokstav a, løper fra det tidspunkt avverger anser det å foreligge sannsynlighetsovervekt og frem til det blir klart at handlingen ikke kom så langt som til straffbart forsøk. Dette kan naturligvis ikke avverger vite på forhånd. Tredje ledd bokstav a er på denne bakgrunn en etterfølgende straffrihetsgrunn, da de omstendigheter som gjør bruddet straffritt inntreer etter gjerningstidspunktet for avverger. Dette er en begrensning i avvergers straffansvar. Medvirkningsansvar er ikke i like stor grad aksessorisk på dette punkt, da medvirkere kan straffes for *forsøk på medvirkning* når de har gjort sin del av handlingen, selv om gjerningspersonen er på forberedelsesstadiet, jf. strl. § 16.

Forarbeidene inneholder ikke noen begrunnelse for straffrihetsgrunnen. Det kan ikke anses mindre straffverdig å unnlate å avverge selv om gjerningspersonens handling aldri kom så langt som straffbart forsøk. Dette er forhold som er utenfor avvergers kontroll og som han ikke har noen mulighet til å forutse. Dersom en person planlegger å utføre et drap som andre

---

<sup>174</sup> Andenæs (2016) s. 150.

er kjent med, men vedkommende får moralske kvaler på dagen for gjennomføring og ombestemmer seg, er det da god grunn for å ikke straffeforfølge de som har holdt det overveiende sannsynlig at dette kom til å skje, men ikke foretok seg noe? Her har jo gjerningspersonen hatt motforestillinger som bidrar til at han velger å ikke drepe, mens potensielle avvergere passivt har akseptert at drap kunne bli utfallet.

På den annen side vil det fortsatt være tid innenfor fristen til å avverge dersom gjerningspersonen ikke har trådt over grensen til straffbart forsøk. Dessuten vil den manglende avvergingen i slike tilfeller ikke representere noen reell fare for skade. Det samsvarer da med skadefølgeprinsippet at unnlatsen ikke belegges med straff. Videre inntre avvergingsplikten ved subjektive oppfatninger om sannsynlighetsovervekt. Dersom det ikke foreligger noen objektive holdepunkter for at det var risiko for straffbare handlinger, men avverger har grunnløse forestillinger om dette, ville det være meningsløst å anvende straff for at vedkommende ikke griper inn, når den straffbare handlingen aldri skjer.

Strl. § 196 skiller seg fra medvirkning ved at bestemmelsen er et unnlatesdelikt.

Medvirkere som aktivt har gjort sin handling, er det mindre betenkelig å straffe selv om den straffbare overtredelsen ikke finner sted. Passiv medvirkning vil her falle utenfor, fordi det er vanskelig å tenke seg at det kan foreligge passiv medvirkning før gjerningspersonen har overskredet grensen til det straffbare forsøket. Det er uansett ikke tvilsomt at det ikke vil være straffbart å unnlate å avverge etter strl. § 196 dersom handlingen ikke kommer så langt som til straffbart forsøk.

Tilbaketreden fra forsøk står i en annen stilling. Her har gjerningspersonen gått over grensen for det straffbare forsøket, for så å frivillig tre tilbake, jf. strl. § 16 annet ledd. Etter ordlyden i strl. § 196 kan avverger straffes dersom grensen for forsøk er overskredet, som her vil være tilfellet. At gjerningspersonen ikke kan straffes er en konsekvens av hans etterfølgende atferd. Det fremstår rimelig at avverger her kan straffes, da gjerningspersonen i disse tilfellene frivillig har avstått, mens avverger har forholdt seg passiv. Spørsmålet om tilbaketreden fra forsøk er imidlertid ikke avklart, men ordlyden åpner for at avverger kan straffes.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Holmboe (2017) s. 80.

### 2.4.3 Straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b

Tredje ledd bokstav b fastsetter at brudd på avvergingsplikten er straffritt dersom plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette vedkommende selv, dennes nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale, eller fare for liv, helse eller velferd.

For vurderingen av hvem som er avvergers «nærmeste» henvises det til legaldefinisjonen i strl. § 9. Der fremgår at «nærmeste» defineres som ektefelle, forlovede, slektninger i direkte linje og deres ektefeller, ektefellens slektninger i direkte linje og deres ektefeller, søsken og deres ektefeller, ektefellens søsken og deres ektefeller, stesøsken og deres ektefeller, fosterforeldre og deres foreldre, fosterbarn og fostersøsken. Likestilt med ekteskap er partnerskap og samboerskap, jf. strl. § 9 fjerde ledd. Det er dermed en nokså vid krets av personer som omfattes.

Avvergingsplikten strekker seg altså ikke så langt at en må utsette seg selv eller sine nærmeste for straffeforfølging. Dette henger sammen med vernet mot selvinkriminering og hensynet til familieliv, som også begrunner fritak for vitneplikt for familiemedlemmer, jf. straffeprosessloven<sup>176</sup> § 122. Det kan være en stor belastning å være ansvarlig for at en av sine nærmeste blir straffeforfulgt for alvorlige straffbare handlinger. Det er derfor gode grunner for ikke å belegge en slik unnlattelse med straff, som vil stille mennesker i valget mellom å angi familiemedlemmer eller bli straffet selv. Imidlertid omfatter strl. § 196 svært alvorlige straffbare handlinger, og det er ikke nødvendigvis gitt at hensynet til familieliv skal gå foran alle andre hensyn fra et rettspolitisk ståsted. Dette spørsmålet behandles nærmere i kapittel 5, men det er ikke tvilsomt at det etter gjeldende rett vil være straffritt å unnlate å avverge dersom det vil medføre straffeforfølging for avvergers nærmeste.

Straffrihet er bare aktuelt dersom «plikten ikke kunne oppfylles» uten å utsette nærstående for siktelse eller tiltale. Dersom det finnes andre handlingsalternativer, foreligger avvergingsplikten selv om gjerningspersonen er avvergers nærmeste etter strl. § 9.

Videre er det tatt en avveining av hvor langt avvergingsplikten skal gå på bekostning av avvergers og tredjepersoners interesser. Grensen er satt ved at plikten ikke strekker seg så langt at det vil utsette avverger, dennes nærmeste eller noen uskyldig for fare for liv, helse eller velferd. Det er urimelig å forvente at borgerne skal risikere liv og helse for å avverge andres straffbare forhold, eller at de ved å avverge skal utsette uskyldige eller sine nærmeste

---

<sup>176</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

for denne risikoen. Men også alternativet «velferd» er med i oppregningen. Spørsmålet er hvor grensen skal trekkes for hva som kan være fare for velferd. Begrepet er vagt, og vanskelig å avgrense etter en ordlydsfortolkning.

Etter en språklig forståelse taler «velferd» for at det er tilsiktet forhold som har negative konsekvenser for livssituasjonen av et visst omfang, og at forbigående ubehag ikke omfattes. Realiteten i straffrihetsregelen har vært uendret siden strl. 1902 § 139 ble vedtatt, og rekkevidden av straffrihet er ikke drøftet i forarbeider ved endringer i strl. § 139 og senere strl. § 196.<sup>177</sup> Det er usikkert hvorvidt bestemmelsen er nøye overveid, da den heller ikke ved vedtakelsen ble grundig drøftet.<sup>178</sup>

En varsling vil ofte kunne være en belastning, og oppleves ubehagelig for avverger. Dette kan imidlertid ikke sies å gå ut over avvergers «velferd». En slik fortolkning ville dessuten medføre at avvergingsplikten blir meget snever, og gjøre bestemmelsen ineffektiv. Det må være klart at ikke ethvert ubehag kan være tilstrekkelig.

Begrepet «velferdstap» er benyttet i strl. § 77 om skjerpene omstendigheter ved straffutmåling, og forståelsen av begrepet i den sammenheng kan ha en viss overføringsverdi. Av forarbeidene fremgår at det med velferdstap menes «en reduksjon i livskvaliteten som forutsetningsvis er tap av annen art enn det som knytter seg til liv eller helse. (...) Er en person (...) redd for å ferdes i enkelte områder eller for [å] foreta seg bestemte handlinger, eller har på annen måte fått sin livskvalitet redusert, har vedkommende lidd et velferdstap.»<sup>179</sup> I mangel på rettspraksis er det imidlertid ikke mulig å trekke en nærmere grense for hvor langt dette unntaket går i å frita for straff.

Det følger ikke av ordlyden i strl. § 196 tredje ledd bokstav b at det skal foretas noen form for avveining sett opp mot hvilket straffebud som risikeres overtrådt. Det innebærer at dersom det først konstateres at det var fare for velferd, er straff utelukket selv om vedkommende kunne avverget drap, terrorhandlinger med tap av mange menneskeliv, grov mishandling av barn osv. Holmboe argumenter for at det i grensetilfeller bør ha betydning hvor alvorlig lovbruddet er sett opp mot de konsekvenser en risikerer ved å varsle.<sup>180</sup> Imidlertid står dette i spenn til

---

<sup>177</sup> Prop. 116 L (2009-2010) s. 17 og s. 19-20, NOU 2002: 4 s. 305-307 og Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 260-261 og s. 348-349.

<sup>178</sup> Øyen, Ørnulf (2014) «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn», *Tidsskrift for strafferett*, s. 249-261 på s. 250.

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 269.

<sup>180</sup> Holmboe (2017) s. 90.



legalitetsprinsippet, og en bør være varsom med å legge inn en avveiningsnorm som ikke følger av lovens ordlyd. En innskrenkende tolkning av en straffrihetsgrunn vil være en utvidende tolkning av straffebudet. Likevel er det vanskelig å være uenig i at det er *rimelig* med en slik avveining.

Muligens kan legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet og likebehandling bedre ivaretas ved at en tolker velferd strengt i alle tilfeller etter denne bestemmelsen, da alle straffebud som omfattes av strl. § 196 inneholder alvorlige krenkelser. Da vil avveiningen knytte seg opp til den generelle tolkningen av vilkåret, ved at «velferd» i strl. § 196 ikke kan bety alle tenkelige ubehag, *sett opp mot* de handlinger som *generelt* kan avverges etter bestemmelsen.

Det er noe annet å foreta en konkret vurdering der en konstaterer at den aktuelle situasjonen innebar «fare for velferd» slik det normalt må forstås etter bestemmelsen, men at den straffbare handlingen var så alvorlig at det veier tyngre i det konkrete tilfellet. Som nevnt innebærer dette at en foretar en vurdering som ikke fremgår av ordlyden, og som gjør det vanskeligere å forutse sin rettsstilling enn det vil være dersom begrepet etter hvert blir tolket strengt på generelt grunnlag i rettspraksis. Det vil uansett bli opp til domstolene å klargjøre den nærmere grensedracting.

Det er også her avvergers subjektive oppfatning av den faktiske situasjonen som er avgjørende, jf. strl. § 25. Det innebærer at dersom avverger trodde at det var en reell fare for liv eller helse, må vedkommende høres med det, selv om det i ettertid viser seg at frykten var grunnløs.

Et annet spørsmål er hvordan straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd bokstav b står i forhold til de generelle straffrihetsgrunner i straffeloven. Straffrihetsgrunnen i strl. § 196 går som nevnt lenger enn de generelle straffrihetsgrunner, ved at den omfatter fare for velferd og ikke inneholder en avveiningsnorm. I et konkret tilfelle kan det derfor være tvilsomt om de generelle straffrihetsgrunner er oppfylt, mens det samtidig er relativt klart at det spesielle unntaket i bestemmelsen kommer til anvendelse. Det vil da være uheldig dersom det under tvil legges til grunn at det forelå en generell straffrihetsgrunn, og det ikke samtidig kommer til uttrykk at det etter bestemmelsens egne regler ikke var tvilsomt at unnlåtelsen var straffri.

I Oslo tingretts dom 19.06.2018 legger retten til grunn at bruddet på avvergingsplikten var straffritt som følge av nødrett, jf. strl. § 17. Av begrunnelsen fremgår på s. 26:

«Hun befant seg i en liten leilighet hvor det var utøvet grov vold mot en person hvor de begge var mistenkte for å ha stjålet den samme hasjen. Hun hadde i denne situasjonen grunn til å være redd for sitt eget liv og helse. Slik dette fremstår for retten, hadde ikke [tiltalte] andre rimelige handlingsalternativer gitt den situasjonen hun befant seg i. Retten finner på denne bakgrunnen at [tiltalte] befant seg i en nødrettssituasjon, jf. straffeloven § 17.»

Ut fra denne beskrivelsen fremstår det nokså klart at også straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd bokstav b ville kommet til anvendelse. Forholdet drøftes imidlertid ikke av retten.

## 2.5 Subjektiv skyld

### 2.5.1 Skyldkravet i straffeloven § 196

Dersom den objektive gjerningsbeskrivelse er overtrådt er det et straffbarhetsvilkår at det foreligger tilstrekkelig grad av subjektiv skyld. Dette forutsetter skylddevne hos lovbrøyteren. Dersom lovbrøyteren er utilregnelig, kan vedkommende ikke straffes, jf. strl. § 20. Dette følges ikke nærmere her, det forutsettes i det følgende at lovbrøyteren er tilregnelig.

Det fremgår av strl. § 21 at straffelovgivningen bare rammer forsettlig lovbrudd, med mindre noe annet er bestemt. Det alminnelige skyldkravet er dermed forsett, dersom det ikke fremgår noe annet av det aktuelle straffebud. I strl. § 196 er det som nevnt fastsatt særskilt at sannsynlighetsforsett gjelder for avvergers kunnskap om hvorvidt den straffbare handlingen kommer til å bli begått. For de øvrige deler av gjerningsbeskrivelsen gjelder det alminnelige kravet om forsett, som da inkluderer hensiktsforsett og *dolus eventualis* (eventuelt forsett), jf. strl. § 22.<sup>181</sup>

Visshets- og sannsynlighetsforsett er redegjort for under kapittel 2.2.4. Hensiktsforsett innebærer rett og slett at handlingen er gjort «med hensikt», jf. strl. § 22 bokstav a. Dette forstås normalt som at gjerningspersonen handlet med et ønske om å overtre straffebudet.<sup>182</sup> *Dolus eventualis*, også kalt eventuelt forsett, foreligger der gjerningspersonen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet», jf. strl. § 22 bokstav c.

---

<sup>181</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 260-261.

<sup>182</sup> Eskeland (2017) s. 294.

Forsettet må dekke alle elementer av gjerningsbeskrivelsen. Dette er omtalt som dekningsprinsippet, og følger av tolkning av strl. § 25.<sup>183</sup> Dersom skylden ikke omfatter alle deler av gjerningsbeskrivelsen, er det ikke grunnlag for bebreidelse for overtredelse av straffebudet.<sup>184</sup>

Selve unnlåtelsen etter strl. § 196 vil i de fleste tilfeller skje med hensiktsforsett. Den som unnlater vil jo selv kontrollere at den gjør nettopp det. Hensiktsforsett vil det være dersom avverger unnlater å avverge fordi vedkommende – uansett årsak – ønsker det. Selv om vedkommende ikke ønsker at den straffbare handlingen skal inntre, vil *unnlåtelsen* fortsatt skje med hensikt. Det kan også være at avverger egentlig har et ønske om å avverge, men av ulike årsaker ser seg nødt til å la være. Det kan for eksempel være at det foreligger en faresituasjon som gjør at vedkommende motvillig unnlater å avverge. Da vil straffrihetsgrunnene gjøre seg gjeldende, men en vil likevel si at unnlåtelsen er forsettlig. Det er ikke et krav ved hensiktsforsett at *resultatet* er ønskelig for gjerningspersonen, selv om det vanligvis er tilfelle når man anvender denne formen.<sup>185</sup>

Det kan imidlertid tenkes at det er gjort noe, men at det etter en vurdering av den objektive gjerningsbeskrivelsen konkluderes med at dette ikke var egnet til å avverge. Da kan det være aktuelt ved forsettsvurderingen å ta stilling til hvorvidt avverger anså det som sikkert eller mest sannsynlig at avvergingshandlingen ikke var egnet. Også *dolus eventualis* kan være aktuell dersom avverger holdt det for mulig at handlingen ikke var egnet, men tok det standpunkt å unnlate å gjøre mer selv om det skulle være tilfelle. Dette knytter seg opp til den tolkning som er foretatt under kapittel 2.2.1.1 av uttalelsen i forarbeidene om at avverger «tror det er tilstrekkelig». Dersom avverger har gjort noe, men har forsettlig kunnskap om at det ikke er egnet til å avverge, vil det foreligge forsettlig unnlåtelse.

Når det gjelder hvorvidt det fortsatt er mulig å søke å avverge, kan det foreligge visshetsforsett, sannsynlighetsforsett eller *dolus eventualis*. Det er lite treffende under dette vilkåret å tale om hensiktsforsett, hensiktsformen kan bare anvendes på de deler av en gjerningsbeskrivelse der gjerningspersonen foretar valg. Her må det trekkes et skille til den objektive gjerningsbeskrivelsen der det foretas en vurdering av sannsynligheten for å lykkes. Det kan foreligge sannsynlighetsforsett selv om sannsynligheten for å lykkes med

---

<sup>183</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 428.

<sup>184</sup> Eskeland (2017) s. 318-319.

<sup>185</sup> Rt. 2009 s. 1498, avsnitt 16.

avvergingen er langt mindre enn 50 %. Sagt på en annen måte, det foreligger sannsynlighetsforsett dersom avverger anser det mest sannsynlig at det er en mulighet for *søke* å avverge, selv om sjansen for å mislykkes med avvergingen er betydelig.

Av forarbeidene fremgår uttalelser som kan synes noe forvirrende på dette punkt. Etter først å konstatere at skyldkravet er forsett, uttales det at «personen må være klar over eller regne det som overveiende sannsynlig at han kan forhindre den straffbare handlingen eller dens følger».<sup>186</sup> Dette kan ikke medføre riktighet. For det første tas det ikke hensyn til skyldformen *dolus eventualis*. For det andre gir ikke ordlyden holdepunkter for at det må foreligge forsett om at lovbruddet eller følgene kan *forhindres*. Etter Høyesteretts dom fra 2017, som er redegjort for under kapittel 2.2.4, kan det ikke være tvilsomt at det forsettet må knytte seg til er hvorvidt det er mulig å «søke å avverge», hvor liten enn muligheten måtte være for å lykkes.<sup>187</sup>

Dersom avverger anser det for å være en mulighet for å søke å avverge, men tenker at han uansett ikke ville gjort det dersom det var mulig, foreligger *dolus eventualis*. I tillegg til at vedkommende holder det for mulig, må det altså foreligge en *positiv innvilgelse*. Dette er viktig, fordi det skiller *dolus eventualis* fra bevisst uaktsomhet, som i dette tilfellet vil være straffritt.

Bevisst uaktsomhet foreligger når gjerningspersonen er klar over muligheten for at gjerningsbeskrivelsen blir overtrådt, men handler i håp om at dette ikke vil skje.<sup>188</sup> I denne sammenheng vil det eksempelvis være tilfelle dersom avverger tror det er lite sannsynlig, men ikke utelukket at det er mulig å gjøre noe, og unnlater å gjøre noe uten å undersøke om han har rett i sine antakelser. Det kan virke noe underlig her å si at avverger håper at det ikke skal være mulig å avverge, men essensen er at han ikke forsikrer seg, og ville handlet annerledes dersom han visste at det fortsatt var mulig å avverge. Kan det bare konstateres bevisst uaktsomhet foreligger det ikke forsett, og skyldkravet er da ikke oppfylt for strl. § 196.

Høyesterett har uttalt om *dolus eventualis* at «forsett foreligger når gjerningsmannen har tatt det standpunkt å foreta handlingen selv om den følge straffebedet beskriver, skulle inntre. Det er dette som ligger i den såkalte positive innvilgelsesteori».<sup>189</sup> For at det skal foreligge *dolus*

---

<sup>186</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 260.

<sup>187</sup> HR-2017-824-A.

<sup>188</sup> Eskeland (2017) s. 303.

<sup>189</sup> Rt. 1991 s. 600 på s. 602.

*eventualis*, kreves det altså at avverger har tatt et bevisst standpunkt om at vedkommende ikke ville avverget selv om det skulle vært mulig. Dette vil selvsagt være vanskelig å bevise, og denne forsettformen har begrenset praktisk betydning for de fleste straffbare handlinger.<sup>190</sup>

Det er for alle forsettformer gjerningspersonens subjektive oppfatning som er avgjørende, jf. strl. § 25. Som nevnt i kapittel 2.2.4 vil imidlertid alle subjektive vurderinger ha en objektiv kjerne. Høyesterett uttrykker det slik: «Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iaktakelse, og må derfor ofte bygge på slutninger fra omstendighetene ved handlingen.»<sup>191</sup>

### **2.5.2 Fingering av forsett**

Utgangspunktet om at det er gjerningspersonens faktiske oppfatning som legges til grunn fravikes ved uvitenhet som følge av selvforskyldt rus, jf. strl. § 25 tredje ledd. Forsettet må da fingeres, det vil si at en legger til grunn den kunnskap gjerningspersonen ville hatt dersom han var edru.<sup>192</sup>

Fingering av forsett for unnlater har imidlertid en noe annen karakter enn ved aktive handlinger. Der det er begått en aktiv handling, er det ikke lenger hypotetisk om handlingsvalget blir tatt eller ikke. Det som må fingeres er den kunnskap gjerningspersonen hadde om det han gjorde. Også ved unnlater må kunnskapen fingeres, men etter strl. § 196 er kunnskapen forutsetningen for at det har oppstått en plikt. Unnlateren i seg selv er et faktum, men dersom kunnskapen fingeres må også avvergers vilje til reaksjon på kunnskapen fingeres. Dersom en skulle foreta en slik øvelse måtte en si: Bedømt som edru har X holdt det for overveidende sannsynlig at drapet ville bli begått og at det var mulig å avverge, og likevel unnlatt å avverge. Når kunnskapen fingeres her, får selve overtredelsen av den objektive gjerningsbeskrivelsen også karakter av å være hypotetisk.

Oslo tingrett var inne på denne problemstillingen for strl. § 196 i et obiter dictum:

«Retten finner også grunn til å bemerke at det kan synes tvilsomt om det er juridisk holdbart å fingere forsett når [tiltalte] var så ruset (...), og straffebudet setter straff for en unnlatesehandling. (...) [Tiltalte har] forklart seg om forhold som ikke har skjedd, hun har ingen hukommelse av ting som beviselig har skjedd som telefonsamtaler og at

---

<sup>190</sup> Andenæs (2016) s. 238.

<sup>191</sup> Rt. 1991 s. 600 på s. 602.

<sup>192</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 429. Se også Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 245.

[medtaltalte] var ute av leiligheten flere ganger. Å fingere at hun som edru måtte forstått situasjonen, og derav fått en handleplikt, som hun har unnlatt å oppfylle, er etter rettens vurdering krevende. (...) Dette er imidlertid ikke avgjørende slik retten har vurdert saken.»<sup>193</sup>

Tingretten tok ikke her stilling til spørsmålet, da tiltalte ble frikjent på grunn av nødrett.

I TBERG-2015-5012 legger tingretten tilsynelatende til grunn at tiltalte forsto at fornærmede var i livsfare, men legger til på s. 12: «Dersom A ikke forsto at E var i livsfare og trengte hjelp, skyldes dette i tilfelle selvforskyldt rus, og det fritar ikke fra straffansvar.» Dette problematiseres ikke nærmere av lagmannsretten i ankebehandlingen, men der legges det uttrykkelig til grunn at det forelå forsett. På side 16 fremgår at «A forsto at det var livstruende det som E ble utsatt for, og det er ingen grunn til at han ikke tilkalte hjelp.»<sup>194</sup> Det kan legges til at det i den konkrete saken var flere ytre omstendigheter i tillegg til tiltaltes forklaring som underbygget at tiltalte hadde forstått hva som var i ferd med å skje.

Av forarbeidene til straffeloven fremgår om fingering av forsett at hensiktsforsett ikke skal fingeres, og at dette er i samsvar med gjeldende rett.<sup>195</sup> Dette begrunnes i juridisk litteratur med at det er problematisk å konkludere med hvordan en person ville «forvaltet sin frie vilje» under andre omstendigheter enn de som faktisk forelå.<sup>196</sup> Videre fremholdes det i forarbeidene at det i enkelte tilfeller følger av gjerningsbeskrivelsen at skyld ikke kan fingeres. Det vises til et eksempel der en overstadig beruset person sover på stranden, og ikke hører ropene fra en person som drukner. Så konkluderes det med at «den berusede og sovende personen (...) ikke [kan] straffes for å ha unnlatt å hjelpe en person i livsfare».<sup>197</sup>

Andenæs benytter samme eksempel, og begrunner sitt standpunkt med at når vedkommende faktisk ikke er i stand til å hjelpe, ville det ikke gi mening å anvende straffebudet.<sup>198</sup> Det er ikke problematisert i forarbeidene at personen i eksempelet også er sovende, som jo er en tilleggsopplysning som må ha betydning. Det er vel neppe særlig tvilsomt at det ikke kan fingeres forsett for en som sover, uavhengig av om vedkommende også er beruset.<sup>199</sup>

---

<sup>193</sup> Oslo tingrett 19.06.2018, s. 27 (upublisert).

<sup>194</sup> LG-2016-2849.

<sup>195</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 429.

<sup>196</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 245.

<sup>197</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 429.

<sup>198</sup> Andenæs (2016) s. 321-322.

<sup>199</sup> Se Rt. 1980 s. 1142.

Dersom eksempelet forandres til at vedkommende er våken, men på grunn av rusen ikke oppfatter at personen er i livsfare og heller ikke er i stand til å hjelpe, kan også konklusjonen være mer nyansert. Det som Andenæs begrunner sin konklusjon med, er at vedkommende *ikke er i stand til å hjelpe*. Dersom dette er tilfellet, er det vel strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til å fingere forsett. Det vil da for vedkommende uansett ikke være mulig å gjøre noe. Etter strl. § 25 er det bare *uvitenheten* som følger av rusen det skal sees bort fra.

En kan ut fra dette ikke konstruere andre faktiske omstendigheter enn de som faktisk forelå, slik at avverger ville hatt andre handlingsalternativer dersom vedkommende var edru. Handlingsalternativene legges til grunn under en tolkning av den objektive gjerningsbeskrivelsen, og har ingenting med avvergers forsett å gjøre. Som nevnt var forarbeidene inne på at det enkelte straffebud må tolkes for seg, men der fremholdes det at det følger av gjerningsbeskrivelsen at forsettet ikke kan fingeres. Akkurat det er vanskelig å lese ut av gjerningsbeskrivelsen fra eksempelet, men det følger i flere gjerningsbeskrivelser noen *objektive forutsetninger*, og disse kan ikke fingeres.

Dersom vedkommende var så ruset at han ikke var fysisk i stand til å avverge, eller «etter evne å hjelpe» som er ordlyden for hjelpeplikten i strl. § 287 første ledd bokstav a, mangler de handlingsalternativer som må være tilstede for å kunne straffe etter disse bestemmelsene. Her må det foretas en konkret tolkning av det enkelte unnlatesdelikt. For strl. § 196 må «unnlate å søke å avverge», som nevnt i kapittel 2.2.1, tolkes med det forbehold at vedkommende har mulighet til å avverge.

Dersom situasjonen ligger slik an at det bare er kunnskapen som er påvirket av rusen, men at vedkommende ville vært fysisk i stand til å gjøre noe dersom de hadde oppfattet situasjonen riktig, kan utgangspunktet bli annerledes. Her er vi kjernen av spørsmålet om en bør kunne fingere forsett for unnlater. Høyesterett tok i Rt. 1979 s. 1 avstand fra en oppfatning om at fingering av forsett for unnlater er utelukket. Dommen gjaldt riktignok strl. 1902 § 45 om at bevisstløshet som følge av selvforskyldt rus ikke utelukker straff. Høyesterett legger til grunn at det ikke er foretatt et prinsipielt skille i loven mellom aktive handlinger og unnlater når det gjelder særreglene for rushandlinger. Det må også være tilfelle for de någjeldende regler.

Både ordlyden i strl. § 25 tredje ledd, forarbeidene og rettspraksis taler for at det ikke kan foretas et prinsipielt skille der strl. § 25 tredje ledd ikke får anvendelse på unnlater. Det

enkelte unnlatesdelikt må tolkes for seg, og en må først og fremst vurdere om det *rent faktisk* var mulig å handle. Dersom disse forutsetninger var til stede, blir det dernest et spørsmål hvilken forsettform som eventuelt må fingeres. Som nevnt er det utelukket å fingere hensiktsforsett.<sup>200</sup> Det er også fremholdt i juridisk litteratur at de hensyn som stenger for fingering av hensiktsforsett tilsier at heller ikke *dolus eventualis* kan fingeres.<sup>201</sup> Eskeland fremholder at «[d]et å danne en hypotese over hva personen hadde forstått om han var edru, er noe helt annet enn å postulere hva hans vilje hadde gått ut på om han var edru».<sup>202</sup> Han hevder videre at det kun kan konstateres forsett med viljesbaserte elementer i den grad de faktisk foreligger.<sup>203</sup> Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet.<sup>204</sup>

Det er på denne bakgrunn mest aktuelt å fingere sannsynlighetsforsett, der det ikke er nødvendig å ta hensyn til lovbryterens valg, men utelukkende fingere den kunnskapen som forelå. For strl. § 196 kan en dermed fingere at vedkommende bedømt som edru holdt det for overveiende sannsynlig at en straffbar handling som er omfattet av strl. § 196 var eller ville bli begått og at det var mulig å søke å avverge handlingen eller følgen, men ved *valget om å unnlate likevel* ville en måtte fingere hensiktsforsett.

I og med at hensiktsforsett ikke skal fingeres, er det i slike tilfeller da utelukket å konstatere skyld for denne delen av gjerningsbeskrivelsen. Som nevnt kan sannsynlighetsforsett være aktuelt i de tilfeller der det er gjort noe, men ikke nok. Det kan virke urimelig at en skal kunne fingere forsett for dette vilkåret for de som har prøvd, men ikke der det overhodet ikke er gjort noe, fordi man da må bygge på hensikt. Mot dette kan innvendes at dersom det er gjort et forsøk, har avverger *faktisk* kunnskap om situasjonen, og det vil i slike tilfeller aldri være tale om å se bort fra en *uvitenhet* som følge av selvforskyldt rus. Da vil en bygge på den faktiske kunnskapen som forelå ut fra de ytre omstendigheter, og fingering av forsett vil ikke være aktuelt.

På denne bakgrunn er det mulig å unngå de mest urimelige resultater av unntaksregelen i strl. § 25 tredje ledd ved å foreta de nyanseringer som forarbeidene legger opp til, selv om loven ikke trekker et skille mellom unnlateser og aktive handlinger. Dette innebærer ikke at straff

---

<sup>200</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 429.

<sup>201</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 245.

<sup>202</sup> Eskeland (2017) s. 358.

<sup>203</sup> Eskeland (2017) s. 358.

<sup>204</sup> Se Rt. 2011 s. 1110 hvor spørsmålet var oppe, men Høyesterett fant at lagmannsretten ikke hadde fingert forsettet, men bygd på de faktiske overveielser i situasjonen.



er utelukket dersom en var beruset, fingering av forsett er kun aktuelt når gjerningspersonen er *uvitende* om de faktiske forhold som følge av rusen, jf. strl. § 25 tredje ledd.

Det kan legges til at et annet spørsmål er hvorvidt kunnskapskravet her kan fingeres, all den tid dette vilkåret ikke bare er et skyldkrav, men også en del av gjerningsbeskrivelsen.<sup>205</sup> I og med at dette skillet ikke er drøftet i rettskildene, tas det ikke stilling til spørsmålet her, men det er grunn til å bemerke at det fremstår høyst tvilsomt å fingere elementer som inngår i gjerningsbeskrivelsen, og som er en forutsetning for at det i det hele tatt foreligger avvergingsplikt. Handleplikten har da oppstått uten at vedkommende er klar over det.

Det er fra flere hold rettet sterk kritikk mot reglene i strl. § 20 andre ledd og strl. § 25 tredje ledd, da disse gjør unntak fra både tilregnelighetskravet og skyldprinsippet.<sup>206</sup> Det er imidlertid ikke tvilsomt at bestemmelsene er gjeldende rett, men det kan være grunn til å foreta de nyanseringer som rettskildene åpner for, sett i lys av de grunnleggende vilkår for straff.

### **3 Passiv medvirkning**

#### **3.1 Rettslige utgangspunkter om medvirkning**

Medvirkningsansvaret følger av strl. § 15. Der fremgår at et straffebud også rammer «den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Dette er en nyvinning ved straffeloven av 2005, da det i straffeloven 1902 var særskilt angitt i straffebudene der det var et medvirkningstillegg. Det innebærer at medvirkning etter den nye loven er straffbart i mye større utstrekning enn før, da strl. § 15 får anvendelse ikke bare på alle straffebud i straffeloven, men også i spesiallovgivningen, jf. strl. § 1.

Bistand til straffbare handlinger kan forekomme på mange ulike måter. Det er derfor vanskelig i lovtekst å spesifisere klart hvilke medvirkningshandlingene som omfattes, uten at straffebudet blir for snevert. Straffebestemmelsen i strl. § 15 innebærer at alle handlinger som kan sies å falle inn under ordlyden «medvirker til overtredelsen», i utgangspunktet kan straffes. I forarbeidene uttales:

---

<sup>205</sup> Se kapittel 2.2.4

<sup>206</sup> Se Eskeland (2017) s. 359-361 for en oversikt.

«Tolkingsproblemer som knytter seg til hva som skal regnes som straffbar medvirkning, vil imidlertid fortsatt gjøre seg gjeldende. For en stor del må slike spørsmål, som før, finne sin løsning som ledd i den praktiske anvendelsen av det enkelte straffebed og i juridisk teori.»<sup>207</sup>

Ordlyden i strl. § 15 taler for at bestemmelsen i utgangspunktet er tilsiktet aktive handlinger. En naturlig språklig forståelse tilsier at «medvirker» innebærer en form for handling, da passivitet i de fleste tilfeller ikke kan sies å *virke med* i overtredelsen. Det fremgår også av forarbeidene at ren passivitet normalt ikke vil være straffbar medvirkning.<sup>208</sup>

Videre trekker ordlyden «medvirker *til* overtredelsen» i retning av at det må foreligge en sammenheng mellom medvirkningshandlingen og overtredelsen. Andenæs presiserer i den forbindelse at det kun kan kreves et «medvirkende årsaksforhold».<sup>209</sup> I forarbeidene uttrykkes dette som et krav om at bistanden «virker med» i utføringen av hovedgjerningen.<sup>210</sup> Det er ikke helt enkelt å se hvordan disse uttrykkene bidrar til å trekke den nærmere grense ut over det som allerede følger av ordlyden. Det sentrale er at det kreves en innvirkning, men ikke at medvirkningshandlingen har vært en nødvendig betingelse for resultatet.<sup>211</sup>

Det er heller ikke et krav at bistanden er gunstig for utføringen, det kan sågar være tale om medvirkning selv om medvirkningshandlingen slår negativt ut for hovedmannen.<sup>212</sup> For psykisk medvirkning må imidlertid forsettet til hovedmannen styrkes, ellers vil det i høyden være tale om forsøk.<sup>213</sup> Det problematiseres ikke nærmere i forarbeidene hvorfor det er forskjell mellom fysisk og psykisk medvirkning på dette punkt. Ved en fysisk medvirkningshandling som har slått negativt ut vil en jo også kunne si at den ikke har «virket med» i utføringen, men at det er gjort et forsøk. Det kan tenkes at det her menes at medvirkningshandlingen er fullbyrdet for den fysiske handling når den er gjort, mens den psykiske medvirkning ikke vil være fullbyrdet før den har virket inn på hovedmannen. Et slikt resonnement innebærer imidlertid at det ved psykisk medvirkning ikke er et skille mellom handling og innvirkning. Selve handlingen er jo fullbyrdet idet medvirkeren kommer med

---

<sup>207</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

<sup>208</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412.

<sup>209</sup> Andenæs (2016) s. 329.

<sup>210</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

<sup>211</sup> Rt. 1989 s. 1004 på s. 1005 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 410.

<sup>212</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

<sup>213</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

sine oppfordringer, råd eller lignende. Forholdet mellom handling og innvirkning har ikke stor betydning for den videre analysen, og dette drøftes dermed ikke nærmere.<sup>214</sup>

Det sondres altså i juridisk litteratur og rettspraksis mellom fysisk og psykisk medvirkning. Den fysiske medvirkning består av fysiske bistandshandlinger fra medvirkerens side, mens den psykiske kan være råd, oppfordring o.l. som styrker gjerningspersonens forsett.<sup>215</sup> Begge disse kategorier fordrer en form for aktivitet for at det skal foreligge medvirkning, og handlingen må på en eller annen måte ha innvirket på overtredelsen. Imidlertid gjøres det i enkelte situasjoner unntak for aktivitetskravet, slik at passivitet anses som straffbar medvirkning. Dette vil redegjøres for i det følgende.

### 3.2 Passiv medvirkning

Passiv medvirkning innebærer at straffansvar som medvirker til en overtredelse kan inntre fordi vedkommende ikke har grepet inn for å motvirke den straffbare handlingen. Denne formen for medvirkning har utviklet seg gjennom rettspraksis, og yttergrensene for hva som kan bedømmes som passiv medvirkning er noe uklare. Høyesterett knytter straffbar passivitet til de situasjoner der det har oppstått en handleplikt hos medvirker til å gripe inn der andre begår en straffbar handling.<sup>216</sup> I forarbeidene uttales det om passiv medvirkning:

«Om passivitet skal bedømmes som straffbar medvirkning, beror på en tolkning av det enkelte straffebud og de nærmere omstendighetene i saken. Hvis en person har en spesiell plikt til å hindre at en straffbar handling blir begått, skal det mindre til for at passivitet bedømmes som straffbar medvirkning. Ren passivitet vil heller ikke her normalt være tilstrekkelig som grunnlag for et medvirkningsansvar. Blir passiviteten derimot oppfattet som et samtykke til at hovedgjerningen blir begått, vil kravene til straffbar medvirkning være oppfylt.»<sup>217</sup>

Det er ikke nærmere spesifisert her hva som ligger i *spesiell plikt*. Som nevnt tidligere i kapittel 2.1.1 om uekte unnlatesdelikter (som medvirkningsbestemmelsen i prinsippet er når den anvendes på unnlateser), er rettspliktlæren i sin reneste form avvist som generelt

---

<sup>214</sup> For en utdyping av problemstillingen, se Høgberg og Tøssebro (2013).

<sup>215</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 411.

<sup>216</sup> Rt. 2013 s.1686, avsnitt 13.

<sup>217</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412.

prinsipp. På samme måte som ved andre straffebud må ordlyden i strl. § 15 tolkes for å se om den konkrete unnlåtelsen kan falle inn under ordlyden «medvirker til overtredelsen».

Begrunnelsen for unntaket fra aktivitetskravet synes å være at det i enkelte situasjoner foreligger et underliggende ansvar, som gjør at passivitet lettere kan forstås som et samtykke til den straffbare handlingen. Dersom en ikke har et særskilt ansvar, er det unaturlig å si at vedkommende «medvirker» ved å forholde seg passiv, og passivitet må i så tilfelle falle utenfor ordlyden i strl. § 15. Ut fra det som fremkommer i forarbeidene ser det ut til at ren passivitet ikke kan danne grunnlag for medvirkningsansvar, men at det må kreves at passiviteten i det minste kan oppfattes som et samtykke. I nyere praksis er det imidlertid avvist at konkludent atferd er et vilkår, og Høyesterett har konstatert at ren passivitet etter omstendighetene er tilstrekkelig.<sup>218</sup>

Den særlige forbindelsen som innebærer at det oppstår en handleplikt kalles ofte tilknytningskravet.<sup>219</sup> De typetilfeller der Høyesterett har konstatert slik tilknytning er mangeartet. Først og fremst er det etablert en handleplikt ved omsorgsansvar for barn.<sup>220</sup> Men også i andre relasjoner er det forutsatt at det foreligger omsorgsplikt. Høyesterett har lagt til grunn at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en omsorgsplikt for sine passasjerer som innebærer plikt til å gripe inn dersom de blir utsatt for en straffbar handling.<sup>221</sup> I den konkrete saken forelå det imidlertid elementer av fysisk medvirkning, og Høyesterett tok dermed ikke stilling til hvor langt handleplikten i et slikt tilfelle rekker.

I Rt. 2013 s. 1686 uttaler Høyesterett at også en helsefagarbeider hos en pleietrengende har et ansvar for å handle dersom det mottas informasjon om et lovbrudd som vil ramme den pleietrengende.<sup>222</sup> Også i denne saken var det elementer av psykisk og fysisk medvirkning, ved at helsefagarbeideren forlot huset og lot døren stå ulåst i det tidsrommet vedkommende visste at det ville bli begått tyveri i boligen.

En annen type tilknytning er de tilfeller der medvirker har vært med på den straffbare aktiviteten i forkant av det aktuelle lovbruddet, men hovedmannen går lengre enn det som er avtalt, og det som er omfattet av medvirkerens forsett. Det oppstår da en handleplikt for medvirkeren; det kreves at vedkommende tar aktivt avstand fra det overskytende dersom det

---

<sup>218</sup> Rt. 2013 s. 1015.

<sup>219</sup> Husabø, Erling Johannes (1999) *Straffansvarets periferi*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 186.

<sup>220</sup> Rt. 2013 s. 1015 og HR-2019-561-A.

<sup>221</sup> Rt. 2009 s. 1498, avsnitt 13.

<sup>222</sup> Avsnitt 15.

ikke skal oppstå straffansvar for dette også.<sup>223</sup> Videre er det konstatert handleplikt for eier av fast eiendom som er benyttet i primærforbrytelsen<sup>224</sup>, og i overordningsforhold.<sup>225</sup>

Det kan ut fra det ovennevnte synes vanskelig å oppstille et generelt prinsipp for når unnlatelser kan være straffbar medvirkning. Medvirkningsansvaret har utviklet seg gjennom rettspraksis på bakgrunn av resonnementer om underliggende ansvarsforhold som etablerer handleplikt. Det har vært en rettsutvikling fra den tidligere praksis der passivt medvirkningsansvar begrunnes i samtykke eller konkludent atferd, til at det i dag er flere eksempler på straffansvar uten at det kreves at det er mulig å slutte noe fra passiviteten.<sup>226</sup>

Det er altså brudd på handleplikten i seg selv som begrunner straffansvaret, og ikke innvirkningen på lovbyteren. Det kan tenkes å være rimelig, da det er den manglende oppfyllelse av plikten som i disse situasjoner synes klanderverdige, og ikke nødvendigvis hva lovbyteren måtte slutte fra dette. Likevel fremstår det noe utfordrende å skille mellom «ren passivitet» og konkludent atferd. Spørsmålet er om passiviteten i det konkrete tilfellet «virker med» i overtredelsen. Ordlyden tar som nevnt sikte på aktive handlinger, men årsaken til at passivitet i noen tilfeller omfattes, er jo nettopp at den av ulike grunner kan sies å «medvirke» i hendelsesforløpet. Dersom «ren passivitet» faller inn under denne ordlyden, må det nødvendigvis være fordi det underliggende ansvaret i *den konkrete konteksten* er så uttalt at den «rene passiviteten» kan tolkes som konkludent atferd sett utenfra. Det er likevel noe annet enn et krav om innvirkning på *gjerningspersonen*.

Tilknytningskravet knytter seg opp mot kravet til årsakssammenheng. Ved passiv medvirkning er det unnlatsen som må stå i sammenheng med lovbruddet. Det kan umiddelbart virke noe kunstig å referere til en unnlattelse som medvirkende årsak til en hendelse. Likevel gjøres det ofte i dagligtale, en kan for eksempel si at «huset har forfalt fordi eieren ikke vedlikeholder det», «hunden døde fordi eierne ikke ga han mat og vann», «barnet henger etter på skolen fordi foreldrene ikke følger opp», og så videre. I alle tilfeller knytter vi unnlatelser til resultatet der vi *forventer* handling, og der den unnlattende har et spesielt ansvar for å følge opp på bakgrunn av et underliggende forhold.

---

<sup>223</sup> Se for eksempel Rt. 2009 s. 1365, avsnitt 26 og Rt. 2010 s. 1630, avsnitt 26.

<sup>224</sup> Rt. 1995 s. 820 (leietaker benyttet lokale til produksjon av hjemmebrent), Rt. 2009 s. 187 og Rt. 2005 s. 1319 (oppbevaring av narkotika).

<sup>225</sup> Rt. 1947 s. 69 på side 73.

<sup>226</sup> Rt. 2013 s. 1015.

Gröning, Husabø og Jacobsen taler om årsakssammenheng ved unnlaterer som en hindringssammenheng.<sup>227</sup> Spørsmålet er hva som ville skjedd dersom vedkommende foretok seg noe. Dersom et eksisterende handlingsalternativ ville motvirket lovbruddet, foreligger det hindringssammenheng mellom unnlateren og lovbruddet. Denne årsakssammenheng kan imidlertid foreligge også for andre uten den tilstrekkelige tilknytningen. Selv om ikke naboen har en særskilt plikt til å gripe inn, ville en avvergingshandling fra vedkommende muligens kunne stanset lovbruddet. Det kan likevel ikke være tilstrekkelig til å si at unnlateren har medvirket til overtredelsen. Det er handleplikten som gjør at passiviteten virker inn på en slik måte at det kan likestilles med en aktiv medvirkningshandling. Det er en selvfølge at det må ha vært mulig for medvirkeren å gjøre noe dersom en skal straffe for en unnlaterelse. Ingen kan være forpliktet til noe som er umulig.<sup>228</sup> Denne begrensningen ligger allerede i skyldkravet.

Kravet om hindringssammenheng tvinger imidlertid frem en spesifisering av hvilken handling medvirkeren kan bebreides for å ha unnlatt, og tydeliggjør at det er et krav at den passive hadde mulighet til å gripe inn.<sup>229</sup> Men ved å skille årsakssammenheng fra tilknytningskravet taper en også noe av sammenhengens betydning. Det som gjør at en vil likestille en unnlaterelse med en aktiv handling, som kan falle inn under ordlyden *medvirker til overtredelsen*, er nettopp den særlige tilknytningen. Når den motvirkende handlingen som klart forventes av den handlepliktige uteblir, er en naturlig hindring for gjerningspersonen ryddet av veien, som igjen gjør overtredelsen enklere å gjennomføre.<sup>230</sup> Det medvirkende årsaksforhold ligger dermed også i tilknytningen, ikke bare i at en motvirkende handling var mulig. Som vist til ovenfor er det også i dagligtale nettopp når det foreligger en tilknytning at vi snakker om unnlaterelser som *årsak* til noe, for eksempel at et barn dør *fordi* foreldrene ikke sørget for mat og stell.

Uavhengig av hvordan dette systematiseres er det på det rene at det etter rettspraksis må foreligge en tilknytning som gjør at det oppstår en handleplikt, og at en motvirkende handling må være mulig.<sup>231</sup> Årsakssammenheng er ikke eksplisitt drøftet i disse vilkårene. Etter mitt syn ligger sammenhengens betydning til overtredelsen, som gjør at en unnlaterelse kan falle inn under ordlyden i strl. § 15, i tilknytningen til situasjonen. Det er det underliggende ansvaret som gjør at passivitet oppfattes som et samtykke, og at en naturlig hindring som *ellers ville vært*

---

<sup>227</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 298.

<sup>228</sup> Andenæs, Johs. (1942) *Straffbar unnlaterelse: et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Tanum, Oslo, s. 455.

<sup>229</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 300.

<sup>230</sup> Andenæs (2016) s. 332.

<sup>231</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 59.

*der*, er borte for gjerningspersonen. Felles for de tilfeller der Høyesterett har konstatert slik handleplikt, kan se ut til å være at passiviteten sett utenfra fremstår som en stilltiende *tillatelse* fra medvirker, på bakgrunn av det underliggende ansvaret og den konkrete konteksten.

Dersom det foreligger handleplikt, og en motvirkende handling er mulig, foretas det etter rettspraksis også en form for rettsstridsvurdering. Spørsmålet er om den handling som er unnlatt var *rimelig å kreve*.<sup>232</sup> Dette vil være en bred helhetsvurdering av de konkrete handlingsmuligheter og de interesser som står på spill for de involverte parter.<sup>233</sup>

Det viktigste momentet for hvor høyt terskelen skal settes for hva som er rimelig å forvente, er karakteren av tilknytningen.<sup>234</sup> Høyesterett har lagt seg på en streng linje ved omsorgsansvar for barn, hvor det forventes betydelig oppofrelse for å avverge alvorlige straffbare handlinger der barnet er fornærmet. I HR-2019-561-A, avsnitt 40, vises det til at det «vil ha betydelig vekt at det er tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for».

Det oppstilles også strenge krav dersom medvirker forsettlig har utsatt andre for fare. Rt. 1995 s. 355 omhandler et ran der en av ranerne hadde med seg kniv uten at medvirker var klar over dette. Denne ble så brukt til å knivstikke innehaveren av forretningen de ranet, da vedkommende satte seg til motverge. Fornærmede døde av skadene. Det gjengis fra lagmannsrettens begrunnelse at medvirker ikke hadde mye tid på seg til å gripe inn da han oppdaget kniven i hånden på den andre, men at han «var klar over at situasjonen holdt på å komme ut av kontroll, slik at B kunne stikke i desperasjon og narkotisk rus og gjorde likevel intet for å avbryte ranet eller stoppe B».

Her drøftes ikke hvorvidt en inngripen kunne utgjøre en fare for medvirkers eget liv eller helse, det kreves altså en avvergingshandling uavhengig av dette når medvirker selv har vært med på å skape den faren som har oppstått. I en vurdering av hvilke krav som kan stilles utenfor disse formene for tilknytning viser Gröning, Husabø og Jacobsen<sup>235</sup> til et treffende sitat av Andenæs vedrørende unnlatelser generelt: «Det vil neppe stemme med vanlige rettfærdsforestillinger å bruke straff for manglende heroisme.»<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 59.

<sup>233</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 68-75.

<sup>234</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 313.

<sup>235</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 313.

<sup>236</sup> Andenæs (1942) s. 459.

De retningslinjer som Høyesterett i senere tid har oppstilt for helhetsvurderingen av hva som vil være rimelig å kreve, vil analyseres nærmere i kapittel 3.3 ved sammenligningen til strl. § 196. Til sist i dette kapittelet nevnes kort kravet til skyld for medvirkningsansvar. Om skyldkravet for medvirkning står det i forarbeidene:

«For å kunne dømmes for medvirkning må medvirkeren for det første ha utvist den nødvendige subjektive skyld i handlingsøyeblikket, det er ikke tilstrekkelig – eller nødvendig – at hovedlovbryteren oppfyller skyldkravet. Dersom skyldkravet er forsett, må forsettet dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet som medvirkningen knytter seg til. Dekningsprinsippet gjelder fullt ut. I tillegg til forsett om hovedgjerningen som nevnt ovenfor, må forsettet omfatte de faktiske forholdene som gjør at lovskravet om medvirkning er oppfylt.»<sup>237</sup>

Dette innebærer at der det alminnelige skyldkrav gjelder, må medvirker ha forsett om at gjerningspersonen oppfyller gjerningsbeskrivelsen, og forsett om de faktiske forhold som gjør at vedkommende selv «medvirker til overtredelsen». *Forsett om de faktiske forhold* vil i denne sammenhengen bety at det må foreligge en forsettlig unnlattelse, samt tilstrekkelig kunnskap om den tilknytning som gjør at passiviteten «medvirker til overtredelsen».

### 3.3 Forholdet til straffeloven § 196

#### 3.3.1 Forskjeller og likheter i vilkår for straff

Spørsmålet som behandles her er på hvilken måte vilkårene i strl. § 196 og vilkårene for passiv medvirkning overlapper og skiller seg fra hverandre. For det første vil det foreligge plikt etter begge grunnlag dersom avverger anser det som mest sannsynlig at den straffbare handlingen vil bli begått. For passiv medvirkning vil alle forsettformer i prinsippet være tilstrekkelig, såfremt det alminnelige forsettkravet i strl. § 22 gjelder for det straffebudet som overtres.<sup>238</sup> Medvirkningsansvar basert på *dolus eventualis* er imidlertid lite praktisk.<sup>239</sup>

Hensiktsforsett vil på generelt grunnlag kunne foreligge selv om medvirker ikke anser det sannsynlig at gjerningsbeskrivelsen overtres, men dette er lite aktuelt å anvende på den passive medvirkers *kunnskap* om den straffbare handlingen.

---

<sup>237</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 412.

<sup>238</sup> Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 338-339 om avvikende skyldkrav i det straffebudet det medvirkes til.

<sup>239</sup> Eskeland (2017) s. 231.



Videre er bestemmelsene sammenfallende ved at det bare kan idømmes straff dersom det var mulig for vedkommende å gjøre noe. Det følger direkte av ordlyden i strl. § 196, og for passiv medvirkning av rettspraksis.<sup>240</sup> Skyldkravet setter i begge tilfeller uansett skranker for straff dersom det ikke foreligger handlingsalternativer.

Straffeloven § 196 begrenser seg til de straffbare handlinger som omfattes av bestemmelsen, mens passiv medvirkning kan knytte seg til alle straffbare handlinger, med mindre medvirkning er eksplisitt unntatt i straffebudet. Unnlatesansvar ved passiv medvirkning har slik sett et bredere anvendelsesområde på dette punktet, som innebærer at dersom en har en bestemt tilknytning til situasjonen, vil plikten til å avverge straffbare forhold gjøre seg gjeldende for langt mer enn de alvorlige krenkelsene som omfattes av strl. § 196. Den tidligere nevnte dommen om helsefagarbeideren som lot døren stå ulåst illustrerer dette.<sup>241</sup> Tiltalte ble domfelt for passiv medvirkning til tyveri, som er et straffbart forhold som ikke er omfattet av avvergingsplikten i strl. § 196.

En annen – og viktig – forskjell mellom de to grunnlag for straff, er hvem straffebudet kan ramme. Straffeloven § 196 retter seg mot enhver, mens passiv medvirkning bare er aktuelt dersom medvirker hadde en særskilt tilknytning til situasjonen, og dermed fikk en handleplikt. Det er denne tilknytningen som er avgjørende for at et forhold som i prinsippet også rammes av strl. § 196, i stedet subsumeres som medvirkning til direkte overtredelse av straffebudet.

De avvergingshandlingene som kan foretas etter strl. § 196 er som nevnt alle tenkelige handlinger, så lenge de er egnet til å avverge. Det skiller seg ikke nevneverdig fra passiv medvirkning, der det er tilstrekkelig å gjøre noe som motvirker handlingen.<sup>242</sup> Nylig avsagte dommer om passiv medvirkning tyder imidlertid på at det etter omstendighetene kreves mer enn en motvirkende handling. Spørsmålet er etter nyere praksis hva som er rimelig å forvente.<sup>243</sup>

I HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A ble medvirkningsansvar idømt til tross for at de tiltalte i begge sakene hadde forsøkt å motvirke handlingene med for så vidt egnede midler.

---

<sup>240</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 59.

<sup>241</sup> Rt. 2013 s. 1686.

<sup>242</sup> HR-2019-561-A, avsnitt 29.

<sup>243</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 59.

Da dette ikke var tilstrekkelig til å avverge, ble det i begge dommer lagt til grunn at det var rimelig å forvente mer i den konkrete situasjonen.

I HR-2019-561-A vises det til at spørsmålet er om tiltalte «skulle ha gjort mer for å forsøke å forhindre ytterligere krenkelser av gutten, når hennes protester ikke førte frem».<sup>244</sup> Videre uttales:

«Det er tilstrekkelig at vedkommende gjør noe som fysisk eller psykisk motvirker handlingen (...). Det kan imidlertid ikke bety at det aldri er plikt til å forsøke en alternativ handling dersom det man gjør, ikke får gjerningspersonen til å holde opp. Også det må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen. Er det tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for, må det veie tungt i en slik vurdering.»<sup>245</sup>

I HR-2019-2205-A uttales: «Jeg slutter meg til at den særlige handleplikten for den som har omsorg for et barn, etter omstendighetene kan gi grunnlag for straffansvar også dersom vedkommende gjør noe – men ikke nok – for å hindre overgrep mot barnet.»<sup>246</sup> Det gis så en anvisning på hvilke momenter som bør tas med i totalvurderingen.<sup>247</sup> Her nevnes alvorlighetsgrad, varighet, barnets sårbarhet, styrkeforholdet mellom gjerningsperson og medvirker, om det er særlig foranledning til å gripe inn og hvilke virkemidler som står til rådighet for å avverge.

Det er med disse dommene fra 2019 etablert en praksis om at det også kan straffes der det er gjort noe for å motvirke – men ikke nok. Likevel er dette ikke nødvendigvis strengere enn etter strl. § 196, da avvergingsplikt her vil foreligge så lenge avverger anser det som sannsynlighetsovervekt for at den straffbare handling blir begått (eventuelt fortsetter ved sammenhengende straffbare forhold). Det innebærer at det også etter strl. § 196 vil foreligge plikt til å gjøre mer når avverger har den nødvendige kunnskap om at det som er gjort ikke er tilstrekkelig. Begrensningen av hva som er rimelig å forvente i den sammenheng, er foretatt i straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b. Straffrihetsgrunnen gir adskillig klarere holdepunkter for når det ikke er rimelig å forvente avverging. Her vil det som nevnt være fare for liv, helse, velferd, eller tiltale for seg selv eller de nærmeste som kan medføre straffrihet.

---

<sup>244</sup> Avsnitt 16.

<sup>245</sup> Avsnitt 29.

<sup>246</sup> Avsnitt 63.

<sup>247</sup> Avsnitt 69-75.

Høyesterett har lagt til grunn at også disse momenter får betydning i helhetsvurderingen ved passiv medvirkning, særlig der det er fare for liv og helse.<sup>248</sup> Det vises til at også vernet mot selvinkriminering kan få betydning, men at vekten av momentene må vurderes konkret.<sup>249</sup>

Det er altså i realiteten betydelige likheter i hva som forventes etter begge grunnlag, men det har svært ulik rettslig karakter. I strl. § 196 kreves det ytterligere handling så lenge det foreligger sannsynlighetsovervekt for gjentakende straffbare handlinger, såfremt ikke straffrihetsgrunnene gjør seg gjeldende, mens for passiv medvirkning er det en helhetlig konkret vurdering av hva som er rimelig å forvente.

### **3.3.2 Forholdet mellom strl. § 196 og medvirkning**

Det neste spørsmålet som behandles er hvilken betydning det har dersom det både foreligger avvergingsplikt etter strl. § 196 og en handleplikt som innebærer at det kan straffes for passiv medvirkning. Det vil være tilfelle der det er tale om en straffbar handling som omfattes av strl. § 196, og avverger har den tilknytning som kreves for å anses som medvirker.

Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet i HR-2019-561-A. Faktum er gjort rede for innledningsvis, men det kan kort gjentas at spørsmålet var om det kan straffes for passiv medvirkning dersom de eneste handlingsalternativer som var tilgjengelige var omfattet av straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd bokstav b. Dersom stemor i denne saken ikke kunne avverge uten at det innebar risiko for straffeforfølgning for ektemannen, ville det vært straffritt å la være etter strl. § 196. Høyesterett konkluderte med at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 ikke får analogisk anvendelse på passiv medvirkning.

I begrunnelsen legges det vekt på at det ville være paradoksalt dersom strl. § 196 innskrenket adgangen til å dømme for passiv medvirkning, dersom innskrenkingen ikke gjør seg gjeldende for straffebud som faller utenfor avvergingsplikten.<sup>250</sup> Strl. § 196 er gitt for å gi et ekstra vern mot nettopp disse straffbare handlingene. Dersom straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b avskjærer muligheten for å dømme for passiv medvirkning i en rekke situasjoner, er resultatet et svekket vern, sett opp mot mindre alvorlige handlinger.

Videre trekkes det frem den forskjell at det for passiv medvirkning kreves en bestemt tilknytning, som for eksempel omsorgsansvar for barn, mens strl. § 196 gjelder for enhver.

---

<sup>248</sup> HR-2019-561-A, avsnitt 25.

<sup>249</sup> *Op.cit.*

<sup>250</sup> Avsnitt 22.

Det vises til at det er større grunn til å la unnlatt avverging være straffritt i nokså vid utstrekning når straffebudet retter seg mot alle, enn i de tilfeller der det foreligger en særlig tilknytning.<sup>251</sup> Det legges vekt på at straffrihetsgrunnene er vide og til dels vagt avgrensede, og at de derfor ikke uten videre kan anvendes ved spørsmålet om passivitet utgjør straffbar medvirkning.

Til sist uttales det at det ved mishandling i nære relasjoner regelmessig vil være slik at både offer og gjerningsperson er blant den passive omsorgspersonens nærmeste, og at det etter omstendighetene vil kunne virke støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.<sup>252</sup> Det er da verdt å merke seg at bakgrunnen for straffrihetsgrunnen ikke i utgangspunktet er å beskytte *gjerningspersonen*, men å trekke en grense for når en kan straffe *avvergeren*, og spørsmålet er om det er rimelig å kreve at avverger må angi sine nærmeste for selv å unngå straff. Den avveiningen vil likevel kunne slå noe forskjellig ut alt etter hva som er rettsgodebeskyttelsen og karakteren av tilknytningen, slik Høyesterett her er inne på.

Det er dermed på det rene at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 ikke kommer til analogisk anvendelse ved passiv medvirkning. Som nevnt understrekes det imidlertid at momentene i straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b vil være relevante i en helhetsvurdering av hva som er rimelig å forvente av medvirker.<sup>253</sup>

Begrunnelsen gjenspeiler de åpenbare forskjeller mellom strl. § 196 og passiv medvirkning. I de sakene som er omtalt er det de kvalifiserte brudd på omsorgsplikten som gjør unnlåtelsen spesielt klanderverdig, de tiltalte i disse sakene hadde et *spesielt ansvar* for disse barna som ikke enhver har. Det ville derfor for det første være problematisk at de vide straffrihetsgrunnene skulle komme til anvendelse. Men det fremstår heller ikke dekkende at omsorgspersoner i slike tilfeller skal straffes etter strl. § 196, uten at det markeres det klart mer straffverdige i disse tilfellene. Videre vil det for passiv medvirkning gjelde den samme strafferamme som for den direkte overtredelsen, mens det for strl. § 196 er en strafferamme på fengsel i ett år. Dette gir et større spillerom i straffutmålingen, for eksempel der passiviteten har vært så uttalt at den grenser opp mot psykisk medvirkning.

Det kan likevel være vanskelig å trekke en grense for hvem som kan anses å ha slik tilknytning eller spesiell plikt, og det er da viktig å ha i mente at lovgiver tross alt har gitt en

---

<sup>251</sup> Avsnitt 21.

<sup>252</sup> Avsnitt 23.

<sup>253</sup> HR-2019-561-A, avsnitt 25.

bestemmelse som i utgangspunktet gjelder for avverging av andres straffbare forhold. Det er betenkelig å knytte enhver forventning om handling til strafferettslig *medvirkning*. I Rt. 2009 s. 1498 ble det som nevnt lagt til grunn at drosjesjåfører har omsorgsplikt for sine passasjerer. Det ble ikke drøftet hvorvidt en drosjesjåførs manglende inngripen heller bør vurderes som brudd på avvergingsplikten dersom sjåføren forholder seg passiv og har havnet plutselig og uforskyldt i situasjonen. Saken omhandlet ran etter strl. 1902 § 267, som var omfattet av avvergingsplikten i strl. 1902 § 139. Avvergingsplikt for ran er videreført i strl. § 196.

Det kan nevnes at sjåføren i denne saken i lagmannsretten hadde påberopt seg nødrett, som drøftes med den interesseavveining som nødrettsbestemmelsen inneholder.<sup>254</sup> Nødrett avfeies av lagmannsretten, uten en vurdering av at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 inneholder straffrihetsgrunner uten interesseavveining, eller at det ved passiv medvirkning er en helhetsvurdering av hva som er rimelig å forvente, og at det dermed ikke er nødvendig at vilkårene for nødrett er oppfylt for at en slik unnlattelse kan være straffri. Ut fra de konkrete omstendigheter lå det muligens heller ikke til rette for en slik drøftelse, da det var andre momenter som talte for at dette var straffbar medvirkning. Blant annet ble det ikke ansett å foreligge en nødrettssituasjon overhodet, samt at drosjesjåføren ikke utelukkende hadde forholdt seg passiv.

Det er likevel på generelt grunnlag viktig å være oppmerksom på at strl. § 196 og passiv medvirkning har tilgrensede områder, og at medvirkning er en betraktelig strengere vurdering på flere punkter. Domfellelse for passiv medvirkning innebærer at en blir dømt for direkte overtredelse av straffebudet, i motsetning til brudd på en avvergingsplikt, som er en markant kvalitativ forskjell. Det er trolig betydelig mer belastende å anses som medvirker, da dette innebærer en mye sterkere assosiasjon til den straffbare handlingen og gjerningspersonen.

Passiv medvirkning bør derfor forbeholdes de situasjoner der tilknytningen er av en slik karakter at manglende inngripen kan anses likeverdig med medvirkning i form av aktive handlinger, og en bør vise varsomhet med å bygge ut medvirkningsansvaret til å omfatte yrkesgrupper av alle slag under henvisning til at de har omsorgsplikt for sine klienter o.l. Lovgiver har ved videreføringen av strl. § 196 vurdert hvor langt avvergingsplikten bør strekke seg, og opprettholdt vide straffrihetsgrunner og relativt lav strafferamme av en rekke

---

<sup>254</sup> LE-2008-196725.

hensyn.<sup>255</sup> Dessuten er avvergingsplikten begrenset til å omfatte de mest alvorlige straffbare handlinger.

Dersom det så på generelt grunnlag konstateres handleplikt for drosjesjåfører, helsefagarbeidere og så videre, vil straffansvaret for unnlatt avverging bli strengere og omfatte flere straffbare handlinger enn det som er tiltenkt. En eventuell innstramming her bør skje på lovgivers initiativ. Det bør derfor legges vekt på at disse dommene hadde elementer av andre former for medvirkning, og at de ikke nødvendigvis er prejudikater for at ren passivitet kan innebære medvirkningsansvar i slike tilfeller. Da vil det i så fall gi lite mening at psykologer, lærere og andre som kjenner til straffbare handlinger ikke skulle ha samme omsorgsplikt for barn som de har ansvar for gjennom sitt arbeid – og en vil da raskt være på kant med legalitetsprinsippet i strl. § 14 og Grl. § 96 når det gjelder hva en naturlig kan anse som «medvirkning» til en overtredelse.

Det kan også stilles spørsmål ved hvorvidt det er innenfor ordlyden å dømme noen for å «medvirke til overtredelsen» når de beviselig har gjort handlinger som motvirker overtredelsen, og tydelig tatt avstand fra den. Det samsvarer ikke godt med en naturlig forståelse av hva det innebærer å medvirke, og Høyesterett har her beveget seg helt i yttergrensen av hva som kan omfattes av ordlyden. I dommen som ble avsagt i mars 2019 var det dissens 3-2 i spørsmålet om det kunne anses som straffbar medvirkning når stemoren hadde utvist «ikke ubetydelig aktivitet» for å motvirke mishandlingen.<sup>256</sup> Når et lignende tilfelle kom opp i november 2019, ble det enstemmig dømt for passiv medvirkning under henvisning til at både mindretallet og flertallet i stemor-dommen la til grunn at det etter omstendighetene kan straffes for medvirkning ved omsorgsansvar for barn, dersom det ikke er gjort nok.<sup>257</sup>

Begrunnelsen i dissensen fra stemor-dommen illustrerer grensedragningen mot straffri passivitet. I avsnitt 40 fremholdes det: «[D]et som må vurderes i en situasjon som vår, er altså om det er grunn til å anse den handlepliktige for å bli ansvarlig som medvirker til en straffbar handling, ikke om den handlepliktige har utvist omsorgssvikt.» Når stemoren i denne saken hadde forsøkt å stanse krenkelsene verbalt og på annen måte en rekke ganger, og også tilkalt en bekjent av familien for å stanse mannen, mente så mindretallet at det var vesentlig

---

<sup>255</sup> Hvorvidt straffrihetsgrunnene er nøye overveid er et annet spørsmål, det behandles i kapittel 5.

<sup>256</sup> HR-2019-561-A, avsnitt 41, i det følgende også kalt «stemor-dommen».

<sup>257</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 60.

forskjellig fra tilfeller der omsorgspersonen forholder seg helt passiv til hovedgjerningen. På bakgrunn av det klare strafferettslige utgangspunktet om at passivitet ikke gir grunnlag for medvirkningsansvar, ville det være mindre naturlig å se den passive omsorgspersonen som *medvirker* når det vedkommende kan klandres for et svikt i omsorgen for barnet.<sup>258</sup>

Nå er det etter disse dommene etablert rett at det kan foreligge passiv medvirkning selv om omsorgspersonen har gjort en del for å motvirke, men det er tvilsomt hvor mye lenger medvirkningsansvaret kan strekkes uten at det kommer i konflikt med legalitetsprinsippet og EMK art.7. I den seneste dommen uttrykkes det at det av hensyn til lovskravet er grunn til å vise varsomhet i utviklingen av medvirkningsansvaret.<sup>259</sup>

### 3.3.3 Konkurrens

Spørsmålet her er om det er mulig å straffe for både passiv medvirkning og brudd på strl. § 196, dersom vilkårene for begge er oppfylt. Forutsetningen er at den nødvendige tilknytning for å anse unnlåtelsen som medvirkning er tilstede, samt at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 ikke kommer til anvendelse. Et eksempel på det kan være at en forelder som vet at den andre forelder utsetter barnet deres for vold, har mulighet til å gripe inn med handlingsalternativer som ikke vil utsette gjerningspersonen for straffeforfølgning.

Konkurrenslæren har utviklet seg i et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis.<sup>260</sup>

Ulikeartet idealkonkurrens foreligger når flere straffebud benyttes på samme handling, mens likeartet idealkonkurrens er de tilfeller der samme straffebud overtres flere ganger ved samme handling.<sup>261</sup> Et typisk eksempel på sistnevnte er at flere personer blir drept ved detoneringsen av en bombe, og gjerningspersonen kan straffes for flere overtredelser av strl. § 275 for samme handling. Direkte overtredelse av et straffebud i form av passiv medvirkning i konkurrens med strl. § 196 vil være ulikeartet idealkonkurrens.

Utgangspunktet i vurderingen av om straffebud kan benyttes i konkurrens, er at gjerningspersonen ikke skal dømmes mer enn en gang for samme forhold.<sup>262</sup> Flere straffebud kan ikke anvendes på samme handling, med mindre straffebudene rammer ulike sider av handlingen. Høyesterett viser til at et viktig element vil være om straffebudene konsumerer

---

<sup>258</sup> Avsnitt 41-43.

<sup>259</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 55.

<sup>260</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 575.

<sup>261</sup> Eskeland (2017) s. 243.

<sup>262</sup> Eskeland (2017) s. 249.

hverandre.<sup>263</sup> I Rt. 2000 s. 40 på side 42 legges det til grunn at konkurrans er utelukket når gjerningsinnholdet i det ene straffebudet «heilt ut vert dekt» ved domfellelsen av det andre. Det legges utover dette vekt på hvorvidt de ulike straffebud tar sikte på å beskytte ulike interesser.<sup>264</sup>

Når det gjelder strl. § 196 og passiv medvirkning, er det unnlåtelsen av å søke å avverge som utgjør den straffbare atferden. Ved å straffe for medvirkning, dekkes altså gjerningsbeskrivelsen i strl. § 196 fullt ut. Spørsmålet er så om avvergingsplikten og medvirkningslæren tar sikte på å beskytte samme interesser. Avvergingsplikten i strl. § 196 er plassert i kapittel 20 i straffeloven, om vern av den offentlige ro, orden og sikkerhet. Plikten enhver har til å avverge bestemte straffbare forhold kan dermed sies å beskytte både offentlige og private interesser. Bestemmelsen skal verne om de samme rettsgoder som de omfattede straffbare handlinger potensielt kan krenke.

Medvirkningsansvar er aktuelt ved nesten samtlige straffebud, også straffebud som tar sikte på å beskytte offentlige interesser. Straffesanksjoner for passiv medvirkning skal, i likhet med avvergingsplikten, verne de samme rettsgoder som krenkes av den straffbare handlingen som det er plikt til å gripe inn i. Hvilke rettsgoder dette er vil variere fra sak til sak, men de vil være sammenfallende i samme sak. Det er derfor lite aktuelt å anvende strl. § 196 og passiv medvirkning i konkurrans, med mindre det er tale om å avverge to ulike straffbare forhold. Det kunne for eksempel være tilfelle dersom en forelder blir kjent med at naboen utsetter både avvergers eget barn og andre for seksuelle overgrep, og stilltiende lar overgrepene fortsette. Dette grenser muligens mot realkonkurrens, men det er ikke et sentralt poeng her.<sup>265</sup> Anvendelse av strl. § 196 og passiv medvirkning i konkurrans vil utenom slike situasjoner oftest medføre at avverger blir straffet for samme handling to ganger. Det kan legges til at det fremstår unaturlig å straffe for brudd på avvergingsplikten i en sak der avvergeren selv anses som medvirker i den straffbare handling som skal avverges.

Der vilkårene for medvirkning til direkte overtredelse av straffebudet er oppfylt, er det dette som skal anvendes, da strl. § 196 ikke dekker det klanderverdige ved den særlige

---

<sup>263</sup> Rt. 2010 s. 1328, avsnitt 40.

<sup>264</sup> Rt. 2012 s. 313, avsnitt 21.

<sup>265</sup> Realkonkurrens foreligger der flere straffbare handlinger følger etter hverandre i tid. Se imidlertid Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) på s. 576-578 om den hårfine balansen mellom ideal- og realkonkurrens.



tilknytningen som innebærer at det foreligger direkte overtredelse. Det strengeste straffebudet konsumerer det mildere.<sup>266</sup>

## 4 Helsepersonelloven

### 4.1 Overordnet om helsepersonelloven

Helsepersonelloven gjelder for helsepersonell og virksomheter som yter helsehjelp i riket, jf. hpl. § 2. Hvem som defineres som helsepersonell fremgår av hpl. § 3 første ledd:

- «1. personell med autorisasjon etter § 48 a eller lisens etter § 49,
2. personell i helse- og omsorgstjenesten eller i apotek som utfører handlinger som nevnt i tredje ledd,
3. elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som nevnt i tredje ledd.»

Personell med autorisasjon omfatter blant annet lege, sykepleier, hjelpepleier, jordmor, omsorgsarbeider, ambulansarbeider, psykolog og tannlege, jf. hpl. § 48. Av hpl. § 3 tredje ledd fremgår at det med helsehjelp menes «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell».

Oppsummert gjelder altså helsepersonelloven for alt personell som omfattes av autorisasjonsordningen, alle ansatte i helse- og omsorgstjenesten og apotek når de yter helsehjelp, og alle elever og studenter som i forbindelse med opplæring yter helsehjelp.

I kapittel 5 i helsepersonelloven fremgår regler om taushetsplikt og opplysningsrett som er gjennomgått i avhandlingens kapittel 2.3. Av kapittel 6 i loven følger reglene om opplysningsplikt, som er de regler som skal redegjøres for i dette kapittelet. Av disse bestemmelsene vil opplysningsplikt til nødetater i hpl. § 31 og opplysningsplikt til barneverntjenesten i hpl. § 33 behandles, da det er disse to bestemmelsene som kan tenkes å overlappe med anvendelsesområdet til strl. § 196.

Av helsepersonellovens kapittel 11 følger reglene om reaksjoner og sanksjoner ved brudd på lovens bestemmelser. Kort kan det sies at reglene følger et tosporet system der det ved brudd

---

<sup>266</sup> Eskeland (2017) s. 250.

på reglene både kan ilegges en administrativ reaksjon fra Statens helsetilsyn, og straff etter hpl. § 67. Eksempler på administrative sanksjoner er advarsel, jf. hpl. § 56 og tilbakekall av autorisasjon, jf. hpl. § 57. Straffebestemmelsen vil redegjøres nærmere for i punkt 4.4.

## 4.2 Opplysninger til nødetater i hpl. § 31

Helsepersonells opplysningsplikt til nødetater fremgår av helsepersonelloven § 31. Av denne bestemmelsen følger: «Helsepersonell skal varsle politi og brannvesen dersom dette er nødvendig for å avverge alvorlig skade på person eller eiendom.» Opplysningsplikten oppstår etter ordlyden når varslingen er «nødvendig» for å avverge. Det må derfor foretas en vurdering av sannsynligheten for at skaden oppstår, og muligheten for å avverge på andre måter.

Det som skal avverges er «alvorlig skade» på person eller eiendom, som innebærer at det ikke vil oppstå opplysningsplikt ved fare for enhver skade. Alvorlig skade må etter en språklig forståelse være skade av et visst omfang. Av forarbeidene fremgår at bestemmelsen er en presisering av nødrett, og at et fellestrekk ved disse situasjonene er at det vil være behov for informasjonsformidling for å ivareta mer tungtveiende interesser enn taushetsplikten. Det fremheves at disse interessene er å verne om liv og helse og hindre store materielle skader.<sup>267</sup>

Videre vises det til at det ofte vil være liten tid til rådighet i slike situasjoner, og at det derfor ikke alltid kan kreves visshet om at det vil være nødvendig å varsle. Det vil være tilstrekkelig at det ut fra de omstendigheter som foreligger er gjort *adekvate forsøk* på å få klarhet i situasjonen. Hvis det etter dette synes nødvendig med bistand fra andre nødetater, skal disse varsles.<sup>268</sup>

Det uttales i forarbeidene at opplysningsplikten i hpl. § 31 normalt ikke går lengre enn opplysningsretten som allerede følger av hpl. § 23 nr. 4.<sup>269</sup> Imidlertid strekker både opplysningsplikten i § 31 og opplysningsretten i § 23 nr. 4 seg lengre enn det som følger av strl. § 196.<sup>270</sup> Opplysningsplikten åpner for å varsle om straffbare forhold som ikke omfattes av oppregningen i strl. § 196, og stiller heller ikke krav om at det må være sannsynlighetsovervekt for den straffbare handlingen.

---

<sup>267</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 232.

<sup>268</sup> *Op.cit.*

<sup>269</sup> *Op.cit.*

<sup>270</sup> *Op.cit.*

Saksforholdet i Rt. 2008 s. 1491 er et eksempel på en situasjon der det foreligger opplysningsplikt til nødretter. En mann hadde under samtale med psykiater fremsatt trusler om å skaffe seg en hagle og drepe en navngitt politimann. Spørsmålet for Høyesterett var om utsagnene var omfattet av strl. 1902 § 227 om trusler når de var fremsatt i en konsultasjon med psykiater. Vedrørende psykiaterens opplysningsplikt la Høyesterett kort til grunn uten nærmere drøftelse at den var inntrådt i dette tilfellet. Det vises til at psykiateren i utgangspunktet hadde taushetsplikt, men at han hadde både rett og plikt til å varsle politiet om trusselen, jf. helsepersonelloven § 23. nr. 4 og § 31.<sup>271</sup>

### **4.3 Opplysninger til barneverntjenesten i hpl. § 33**

Opplysningsplikten til barneverntjenesten følger av helsepersonelloven § 33. Av første ledd fremgår at den som yter helsehjelp skal være oppmerksom på forhold som kan føre til tiltak fra barneverntjenesten.

Opplysningsplikten følger av andre ledd. Helsepersonell skal etter denne bestemmelsen

«uten hinder av taushetsplikt etter § 21 melde fra til barneverntjenesten uten ugrunnet opphold

- a) når det er grunn til å tro at et barn blir eller vil bli mishandlet, utsatt for alvorlige mangler ved den daglige omsorgen eller annen alvorlig omsorgssvikt,
- b) når det er grunn til å tro at et barn har en livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade og ikke kommer til undersøkelse eller behandling, eller at et barn med nedsatt funksjonsevne eller et spesielt hjelpetrengende barn ikke får dekket sitt særlige behov for behandling eller opplæring,
- c) når et barn viser alvorlige atferdsvansker i form av alvorlig eller gjentatt kriminalitet, misbruk av rusmidler eller en annen form for utpreget normløs atferd,
- d) når det er grunn til å tro at et barn blir eller vil bli utnyttet til menneskehandel.»

Etter tredje ledd plikter helsepersonell også å gi opplysninger etter pålegg fra barneverntjenesten, jf. bvl. § 6-4 annet ledd. Denne plikten analyseres ikke nærmere her, da det er barneverntjenesten som vurderer om vilkårene for pålegg er oppfylt.<sup>272</sup> Dermed har

---

<sup>271</sup> Avsnitt 17.

<sup>272</sup> Prop. 169 L (2016-2017) *Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettsikkerhet for barn og foreldre)* s. 149.

dette en noe annen karakter enn opplysningsplikten for øvrig, og volder ikke de samme tolkningsproblemer i forholdet til avvergingsplikten.

Av fjerde ledd fremgår at det i helseinstitusjoner skal utpekes en person som har ansvaret for videreformidling av opplysninger etter andre og tredje ledd. Vedkommende skal gi melder tilbakemelding på om melding etter andre ledd er videreformidlet, og dersom det ikke er det, skal dette begrunnes. Dersom melder fortsatt mener at vilkårene er oppfylt, har vedkommende likevel et ansvar for selv å varsle. Det er med andre ord et personlig ansvar for helsepersonell å varsle barneverntjenesten dersom den som er satt til å videreformidle opplysningene ikke gjør dette.

I forarbeidene vises det til at samtykke normalt bør forsøkes innhentet før opplysninger videreformidles, dersom dette ikke kommer i strid med formålet om å avhjelpe en situasjon som kan medføre skade på barnet, jf. også bvl. § 6-4 femte ledd.<sup>273</sup>

Av hpl. § 33 første ledd følger som nevnt at helsepersonell skal være «oppmerksom» på forhold som kan føre til tiltak fra barneverntjenesten. Dette må innebære at de har en viss plikt til å få klarhet i barns situasjon dersom de har holdepunkter som tilsier at det kan være behov for tiltak fra barneverntjenesten. Det kan imidlertid ikke følge av første ledd at helsepersonell har noen plikt til å innhente opplysninger ut over det som naturlig følger av deres stilling, for eksempel fra andre tjenester. Dette vil være i strid med taushetsplikten, og det er barneverntjenesten som har hjemmel til innhenting av opplysninger uten samtykke etter bvl. § 6-4 andre ledd, jf. fvl. § 17.

Opplysningsplikten i hpl. § 33 andre ledd innebærer at helsepersonell uten ugrunnet opphold *skal* melde fra til barneverntjenesten når vilkårene er oppfylt. Dermed er det etter denne ordlyden ikke åpnet for alternative handlinger, plikten kan kun oppfylles ved melding til den kommunale barneverntjenesten. Dette fremgår også av forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i bvl. § 6-4, hvor det uttales at opplysningsplikten ikke faller bort ved at vedkommende selv forsøker å avhjelpe situasjonen.<sup>274</sup>

Ordlyden «uten ugrunnet opphold» tilsier at barneverntjenesten skal varsles så snart det er praktisk mulig etter opplysningsplikten har inntrådt. I forarbeidene uttales at dette innebærer at det ikke skal foretas ytterligere undersøkelser for å bekrefte eller avkrefte bekymringen når

---

<sup>273</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 233.

<sup>274</sup> Prop. 169 L (2016-2017) s. 146.

først opplysningsplikten foreligger, da det er barneverntjenesten som har ansvaret for å gjennomføre de undersøkelser som er nødvendige for å avklare barnets omsorgssituasjon og behov for barneverntiltak.<sup>275</sup>

Dersom dette ses i sammenheng med den plikten som følger av første ledd til å være oppmerksom på forhold som kan føre til tiltak, kan det trekkes en grense for hvor langt helsepersonell kan gå i å selv undersøke saken. Dersom de ikke har nok informasjon om barnets situasjon til at opplysningsplikten er inntrådt, kan de gjennom det som følger av egne arbeidsoppgaver innhente informasjon, men straks vilkårene for opplysningsplikt er oppfylt, skal det meldes til barneverntjenesten uten ytterligere undersøkelser.

Det presiseres i forarbeidene at det kan tenkes tilfeller der det er forsvarlig å ikke varsle straks bekymringen oppstår, særlig der det av hensyn til barnet er behov for å planlegge meldingstidspunktet. Men det understrekes så i det følgende at «uten ugrunnet opphold» er ment å tolkes strengt, og at den praktiske hovedregelen er at meldingen skal sendes umiddelbart.<sup>276</sup>

Plikten inntreer når det er «grunn til å tro» at alternativene i bokstavene a, b og d foreligger. For bokstav c inntreer opplysningsplikten når et barn «viser alvorlige atferdsvansker» ved alvorlig kriminalitet, rusbruk og lignende normløs atferd. Altså må det foreligge sikker kunnskap om denne atferden for at plikten skal inntre etter dette alternativet. Ordlyden «grunn til å tro» må etter en språklig forståelse innebære at det ikke er nødvendig med hverken sikker kunnskap eller sannsynlighetsovervekt. Samtidig må det foreligge noen konkrete holdepunkter som gir «grunn» til å mistenke at barnet er utsatt for de beskrevne forhold. Av forarbeidene til bvl. § 6-4 fremgår at det må foreligge mer enn en vag og udefinerbar mistanke, og at kravet er oppfylt dersom bekymringen er begrunnet i konkrete forhold knyttet til det enkelte barnets situasjon.<sup>277</sup>

#### *Bokstav a*

Opplysningsplikt etter bokstav a foreligger når det er «grunn til å tro at et barn blir eller vil bli mishandlet, utsatt for alvorlige mangler ved den daglige omsorgen eller annen alvorlig omsorgssvikt». Ordlyden «mishandlet» tilsier at det er tale om vold eller andre alvorlige

---

<sup>275</sup> *Op.cit.*

<sup>276</sup> *Op.cit.*

<sup>277</sup> Prop. 169 L (2016-2017) s. 147.

krenkelser. «Alvorlige mangler» ved omsorgen og «alvorlig omsorgssvikt» indikerer at ikke enhver mangel ved omsorgen utløser opplysningsplikt. Det må være de mer kvalifiserte avvik som omfattes av dette vilkåret. Det er likevel vanskelig ut fra ordlyden å trekke opp en nærmere grense.

Departementet uttaler at det ikke er mulig å fullt ut definere hva som kan utgjøre «annen alvorlig omsorgssvikt», men legger til grunn at begrepet blant annet omfatter seksuelle overgrep, kjønnslemlestelse, tvangsekteskap og menneskehandel.<sup>278</sup> Videre fremgår det at alvorlig omsorgssvikt innebærer en «betydelig sviktende ivaretagelse av barnets grunnleggende behov for stimulering, oppfølging og beskyttelse».<sup>279</sup> Med dette siste siktes det sannsynligvis til «alvorlige mangler ved den daglige omsorgen», ettersom dette alternativet ikke er nærmere kommentert i forarbeidene. Hva gjelder begrepet mishandling fremgår det at det dreier seg om «alvorlig fysisk eller psykisk krenkelse som kan ha vart over tid».<sup>280</sup>

Videre følger det av ordlyden at opplysningsplikten gjelder der barn «blir eller vil bli» utsatt for mishandling eller alvorlig omsorgssvikt. Dette tydeliggjør at plikten omfatter tilfeller der det er grunn til å tro at barnet kan havne i en slik situasjon *i fremtiden*. Det uttales i forarbeidene at presiseringen primært er ment å omfatte nær fremtid, og nevner som eksempler mistanke om kjønnslemlestelse eller tvangsgifte.<sup>281</sup> Disse uttalelsene tyder på at det ved en fremtidsvurdering må foreligge holdepunkter som tilsier at det er en nærliggende og konkret risiko for at barnet vil bli utsatt for mishandling eller omsorgssvikt.

#### *Bokstav b*

Etter alternativet i hpl. § 33 andre ledd bokstav b, foreligger opplysningsplikt dersom det er «grunn til å tro at et barn har en livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade og ikke kommer til undersøkelse eller behandling, eller at et barn med nedsatt funksjonsevne eller et spesielt hjelpetrengende barn ikke får dekket sitt særlige behov for behandling eller opplæring». I forarbeidene presiseres at dette også vil omfattes av «alvorlig omsorgssvikt» i bokstav a, men at alternativet er tatt med av opplysningshensyn.<sup>282</sup> Videre fremgår at alternativet omfatter barn med psykiske vansker, og at bestemmelsen utelukkende er ment for tilfeller der det er omsorgspersonene som ikke sørger for å følge opp helsehjelpen, da det i

---

<sup>278</sup> Prop. 169 L (2016-2017) s. 147.

<sup>279</sup> *Op.cit.*

<sup>280</sup> *Op.cit.*

<sup>281</sup> *Op.cit.*

<sup>282</sup> *Op.cit.*

utgangspunktet er det offentlige som har ansvaret for at barn med særlige behov får dekket disse.<sup>283</sup>

#### *Bokstav c*

Bokstav c knytter seg til de tilfeller der det er barnets egen atferd som utløser bekymringen. Bestemmelsen har dermed ikke direkte overlappende anvendelsesområde med strl. § 196, med mindre barnets kriminalitet er av en slik karakter at den kan omfattes av avvergingsplikten for å beskytte *andre enn barnet selv*. En nærmere analyse av hva som ligger i «alvorlige atferdsvansker» foretas derfor ikke her. Det kan selvsagt være slik at barnets atferdsvansker knytter seg til egen omsorgssituasjon på en slik måte at også avvergingsplikten i strl. § 196 er inntrådt. Da vil det imidlertid være opplysninger om omsorgssituasjonen som gjør at et av de andre alternativene i hpl. § 33 foreligger, og opplysningsplikt til barneverntjenesten foreligger da også på dette grunnlaget.

#### *Bokstav d*

Av bokstav d fremgår at opplysningsplikten til barneverntjenesten også gjelder dersom det er grunn til å tro at et barn blir eller vil bli utnyttet til menneskehandel. Det forutsettes i forarbeidene at også dette alternativet i utgangspunktet omfattes av bokstav a, men at menneskehandel har enkelte særtrekk som gir grunn til å nevne det eksplisitt.<sup>284</sup>

## **4.4 Straffehjemmel og skyldkrav**

Helsepersonelloven har en generell straffehjemmel i § 67, hvor det fremgår at den som overtrer bestemmelser i loven eller i medhold av den, straffes med bøter eller fengsel i inntil tre måneder. Straffehjemmelen kommer i tillegg til de administrative reaksjonene som fremgår av hpl. §§ 56-60 og §§ 63-64. Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Av hpl. § 67 andre ledd følger at offentlig påtale finner sted hvis allmenne hensyn krever det eller etter begjæring fra Statens helsetilsyn.

---

<sup>283</sup> *Op.cit.*

<sup>284</sup> Prop. 169 L (2016-2017) s. 148.

Straff og administrative reaksjoner er uavhengige av hverandre, i et tosporet system.<sup>285</sup> De to systemene har ulikt skyldkrav og formål. De administrative reaksjoner har som formål å beskytte pasienter, og ikke å straffe.<sup>286</sup>

Det fremgår av forarbeidene at tilsynsmyndigheten også omfatter å anmelde straffbare forhold.<sup>287</sup> Det vises til at straff og administrative reaksjoner løper parallelt med hverandre, og at skyldgraden ofte vil være forskjellig, da de mildeste administrative reaksjoner kan ilegges på objektivt grunnlag. Videre fremheves at formålet med straff dels er gjengjeldelse, dels preventiv effekt i samfunnet og overfor den enkelte lovbrøyer. En administrativ reaksjon på den andre siden, har som mål å beskytte pasienter ved å bidra til å fremme kvalitet i og tillit til helsetjenesten. Dessuten vil bevisbedømmelsen også være ulik i en straffesak og ved vurderingen av administrative reaksjoner hos tilsynsmyndighetene.<sup>288</sup>

Departementet understreker at dette i enkelte tilfeller kan føre til urimelige resultater for det enkelte helsepersonell, og at det forutsettes at tilsynsmyndigheten og påtalemyndigheten derfor søker å samarbeide om en løsning som ikke samlet sett er urimelig hard.<sup>289</sup> I Riksadvokatens rundskriv nr. 3/2017 uttales at «terskelen for å anvende straff (...) skal (...) være relativt høy, likevel slik at det reageres overfor markante avvik fra forsvarlig virksomhet».<sup>290</sup>

Når det gjelder skyldkravet er forsett gjennomgått i kapittel 2.5.2. Grov uaktsomhet er i strl. § 23 andre ledd definert slik: «Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.»

I rettspraksis etter straffeloven 1902 er det lagt til grunn at det med grov uaktsomhet menes en «kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet».<sup>291</sup> Etter den nye straffeloven er terskelen senket noe. Dette fremgår av forarbeidene, hvor det uttales:

«Etter departementets forslag skal det noe mindre til for at kravet til grov uaktsomhet er oppfylt. (...) I forhold til alminnelig uaktsomhet kreves det for grov uaktsomhet

---

<sup>285</sup> Rt. 2004 s. 1343, avsnitt 39.

<sup>286</sup> *Op.cit.*

<sup>287</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 185.

<sup>288</sup> *Op.cit.*

<sup>289</sup> *Op.cit.*

<sup>290</sup> Riksadvokaten (2017) *Lov om helsepersonell – påtalemessige direktiver*, s. 2.

<sup>291</sup> Rt. 1970 s. 1235.



både et større avvik fra forsvarlig atferd, og en mer kvalifisert form for bebreidelse.»<sup>292</sup>

Høyesterett viser til at ved bedømmelsen av om en handling fraviker forsvarlig atferd og om lovbrøyteren kan bebreides, «må det legges vekt på hvilke interesser som er krenket, og hvor alvorlig den straffbare handlingen er. Ved fastsettelsen av normen har det betydning om atferden på det aktuelle livsområdet er regulert gjennom lovgivning, forskrifter, sedvane eller rettspraksis.»<sup>293</sup>

Dette innebærer at når det skal vurderes hvorvidt helsepersonell har utvist grov uaktsomhet ved brudd på opplysningsplikt etter hpl. § 31 eller hpl. § 33, vil det legges vekt på de krenkede interesser, alvorlighetsgrad og at plikten til å gi opplysninger i disse situasjoner er klart regulert i helsepersonelloven. Det må foreligge et betydelig avvik fra forsvarlig atferd, og grunnlag for sterk bebreidelse, som må innebære at dersom det er tvilsomt hvorvidt vilkårene for opplysningsplikt er oppfylt, er terskelen høy for at det foreligger grov uaktsomhet. Foreligger det en situasjon der det åpenbart er stor fare for skade eller alvorlig omsorgssvikt mot barn, skal det mindre til for at en unnlattelse av å varsle kan gi grunnlag for sterk bebreidelse.

Det kan også ved brudd på helsepersonelloven være aktuelt med foretaksstraff mot virksomheter, jf. strl. § 27 og § 28. Det vises til drøftelsen om foretaksstraff under kapittel 2.2.2. Mange av de samme hensyn som fremheves der gjør seg gjeldende også ved brudd på bestemmelsene om opplysningsplikt i helsepersonelloven. I Riksadvokatens rundskriv nr.3/2017 uttales at foretaksstraff regelmessig bør vurderes ved feil som begås i helseinstitusjoner. Det vises til at ansvaret bør legges der det kan forventes å ha best preventiv virkning.<sup>294</sup>

## **4.5 Forholdet til straffeloven § 196**

### **4.5.1 Forskjeller og likheter i vilkår for straff**

Det som generelt kan sies om opplysningsplikt etter helsepersonelloven er for det første at bestemmelsene retter seg mot en mindre gruppe enn avvergingsplikten. Opplysningsplikten i hpl. § 31 og § 33 har på dette punkt et snevrere anvendelsesområde ved at plikten kun retter

---

<sup>292</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 427.

<sup>293</sup> HR-2018-2452-A, avsnitt 19.

<sup>294</sup> Riksadvokaten (2017) s. 4.

seg mot helsepersonell, mens strl. § 196 rammer enhver. På den andre siden er bestemmelsene i helsepersonelloven mer generelt utformet, og strekker videre enn strl. § 196 ved at de kan gjelde flere forhold enn de straffbare handlinger som er omfattet av avvergingsplikten.

Opplysningsplikten i hpl. § 31 er knyttet til fare for skade, uavhengig av hva som er årsaken til skaden, mens hpl. § 33 henviser til en rekke ulike typer omsorgssvikt, som ikke i alle tilfeller er foranlediget av straffbare handlinger.

En annen forskjell mellom straff etter helsepersonelloven og strl. § 196 er skyldkravet. Etter helsepersonelloven § 67 er grov uaktsomhet tilstrekkelig, mens det etter strl. § 196 kreves forsett.

Hpl. § 31 kan som nevnt i prinsippet gjelde alle typer situasjoner, og ikke bare de straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196. I og med at det kreves fare for alvorlig skade på person eller eiendom, er det nok likevel mest praktisk at dette er foranlediget av en konkret risiko for *alvorlige* straffbare handlinger med stor skadeforvoldelse. De straffbare handlinger som ikke er omfattet av strl. § 196 vil derfor i de fleste tilfeller falle utenfor. Men dersom en straffbar handling som ikke er omfattet av strl. § 196 i et konkret tilfelle kan utgjøre en slik risiko, vil det foreligge opplysningsplikt etter hpl. § 31 uten at det er avvergingsplikt etter strl. § 196. Utover dette kan bestemmelsen også få anvendelse ved ulykker, som er utenfor området for avvergingsplikten.

Opplysningsplikten til nødetater er utformet på en annen måte enn strl. § 196. Den har ikke noe eksplisitt kunnskapskrav, men det skal anses nødvendig å varsle for å avverge. Det vil da bli en vurdering av hvorvidt det forelå sannsynlighetsforsett, *dolus eventualis* eller grov uaktsomhet i spørsmålet om varsling var nødvendig for å avverge. Slik sett er terskelen lavere for at plikten inntreer enn i strl. § 196, der det må foreligge sannsynlighetsforsett vedrørende den straffbare handlingen. Helsepersonell må derfor være oppmerksom på at det ved risiko for slik fare som de straffbare handlinger i strl. § 196 utgjør, vil kunne foreligge opplysningsplikt etter hpl. § 31 selv om det ikke er sannsynlighetsovervekt for at handlingene vil bli begått. Den tidligere nevnte dom, der drapstrusler mot en politimann ble fremsatt under samtale med psykiater, illustrerer dette.<sup>295</sup> Der la Høyesterett til grunn at det forelå plikt til å varsle, uten en drøfting av sannsynligheten for at tiltale ville handle i tråd med sine trusler.

---

<sup>295</sup> Rt. 2008 s. 1491, avsnitt 17.

Når det gjelder opplysningsplikten til barneverntjenesten i hpl. § 33, fremgår kunnskapskravet av ordlyden. Etter denne bestemmelsen er det tilstrekkelig at det er grunn til å tro at et barn blir utsatt for noen av de oppregnede alternativer, som er betydelig lavere enn det som følger av avvergingsplikten.

Bestemmelsen retter seg mot ulike former for omsorgssvikt, både straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196, og en del situasjoner som faller utenfor. Hpl. § 33 andre ledd bokstav a omfatter mishandling, alvorlige mangler ved den daglige omsorgen og annen alvorlig omsorgssvikt. Dette vil omfatte en rekke av de straffbare handlinger som det er avvergingsplikt for, mest praktisk er kanskje mishandling i nære relasjoner (strl. § 282), grov mishandling i nære relasjoner (strl. § 283) og voldtekt av barn under 14 år (strl. § 299).

I hpl. § 33 andre ledd bokstav b presiseres det at opplysningsplikten til barneverntjenesten også gjelder for tilfeller der et barn med alvorlig sykdom, skade, nedsatt funksjonsevne eller spesielle hjelpebehov ikke får nødvendig behandling eller opplæring. Det er ikke opplagt at dette er tilfeller som rammes av de straffebestemmelser som omfattes av strl. § 196. Etter rettspraksis kan slike unnlater fra foreldrenes side imidlertid i enkelte tilfeller subsumeres under mishandling i nære relasjoner i strl. §§ 282 og 283. I tillegg kan det falle inn under brudd på hjelpeplikten i strl. § 288, som også er omfattet av avvergingsplikten i strl. § 196.

I HR-2019-1675-A (Valdres-dommen) ble en mor dømt til fengsel i tre år for overtredelse av strl. § 283, jf. § 282. Moren hadde unnlatt å skaffe livsnødvendig helsehjelp til datteren som led av spiseforstyrrelser. Høyesterett konkluderte med at unnlatsen utvilsomt var en «vedvarende og kontinuerlig mishandlingssituasjon» som ble rammet av strl. § 282.<sup>296</sup>

Det var ikke avgjørende at tiltalte selv ikke var ansvarlig for at behovet for helsehjelp oppsto, unnlatsen var i seg selv tilstrekkelig.<sup>297</sup> Mishandlingen var grov fordi den pågikk over lengre tid og hadde dødsfølge, jf. strl. § 283.<sup>298</sup> Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, hvor det også legges til grunn at slike unnlater som ikke har et vedvarende preg, kan rammes av hjelpeplikten i strl. § 288.<sup>299</sup>

Når det gjelder hpl. § 33 andre ledd bokstav c, gjelder den som nevnt barnets egen atferd. Det foreligger derfor ikke nødvendigvis avvergingsplikt etter strl. § 196 dersom det er

---

<sup>296</sup> Avsnitt 38.

<sup>297</sup> Avsnitt 36.

<sup>298</sup> Avsnitt 39.

<sup>299</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 46-50.

opplysningsplikt til barneverntjenesten etter dette alternativet. Bokstav c omfatter imidlertid atferdsvansker i form av alvorlig kriminalitet. Mest praktisk er at dette gjelder eldre ungdom som begår alvorlige straffbare handlinger. I forarbeidene vises det til at kriteriet blant annet omfatter en rekke volds- og sedelighetsforbrytelser av alvorlig karakter.<sup>300</sup> Det kan derfor tenkes at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at en mindreårig utsetter andre for straffbare handlinger som er omfattet av strl. § 196, og at vilkårene på denne bakgrunn er oppfylt for både opplysningsplikt til barneverntjenesten og avvergingsplikt etter strl. § 196. Dersom dette er tilfellet er det imidlertid to samtidige plikter som har til hensikt å beskytte to ulike «fornærmede».

Hpl. § 33 andre ledd bokstav d gjelder der det er grunn til å tro at barn utsettes for menneskehandel. Menneskehandel er foreløpig ikke omfattet av strl. § 196, men grov menneskehandel inngår som nevnt i forslaget til utvidelse.<sup>301</sup> Imidlertid vil menneskehandel som rammer barn ofte kunne subsumeres under andre straffbare handlinger som er omfattet av avvergingsplikten, som mishandling i nære relasjoner og/eller sedelighetsforbrytelser. Det er altså slik at de forhold som det er opplysningsplikt til barneverntjenesten om, ofte også er omfattet av avvergingsplikten i strl. § 196. På bakgrunn av det noe lavere kunnskapskravet i hpl. § 33 vil det likevel i mange tilfeller foreligge opplysningsplikt uten at avvergingsplikten har inntrådt.

#### **4.5.2 Forholdet mellom strl. § 196 og opplysningsplikt**

Straffeloven § 196 og opplysningsplikt etter helsepersonelloven er i prinsippet regler som gjelder uavhengig av hverandre. Det er derfor ikke slik at varsling etter hpl. § 31 og 33 automatisk vil være en tilstrekkelig avvergingshandling etter strl. § 196. Hver bestemmelse må tolkes for seg, og en må se på hva som er plikten som følger av de ulike bestemmelser.

Etter strl. § 196 er det plikt til å *søke å avverge*. Som gjennomgått i kapittel 2.2.1.2 vil det dermed i de fleste tilfeller være tilstrekkelig å melde fra til barneverntjenesten, men ikke *alltid*. Dersom det i den konkrete situasjonen ikke er tid eller mulighet til å avverge ved varsling til barneverntjenesten, plikter en å gjøre noe annet. For alle praktiske formål vil dette være å kontakte politiet, men det kan naturligvis tenkes at også andre handlinger vil være påkrevet i en konkret situasjon. Dermed kan det foreligge omstendigheter der helsepersonell *både* har plikt til å melde til barneverntjenesten etter hpl. § 33 og plikt til ytterligere

---

<sup>300</sup> Prop. 169 L (2016-2017) s. 148.

<sup>301</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 16-17.

avvergingshandlinger etter strl. § 196. Dessuten kan det tenkes at det foreligger opplysningsplikt til barneverntjenesten etter hpl. § 33 andre ledd bokstav c, og samtidig avvergingsplikt etter strl. § 196 for å beskytte *andre* som den mindreårige utsetter for fare.

Dersom helsepersonell har kunnskap om at andre blir utsatt for slike handlinger av en mindreårig, er det neppe tilstrekkelig å melde fra til barneverntjenesten om at *gjerningspersonen* har atferdsvansker og behov for oppfølging. Vurderingen av om dette er en tilstrekkelig avvergingshandling vil likevel måtte gjøres konkret, dersom det for eksempel umiddelbart meldes til barneverntjenesten om situasjonen, og det gis tilstrekkelige opplysninger til at barneverntjenesten kan gå inn akutt i samarbeid med politiet, kan det etter omstendighetene anses som et egnet forsøk på avverge. Men her må helsepersonell forsikre seg om at også tredjepersoner blir beskyttet av de avvergingshandlinger som velges, og dersom de ved å sende en melding til barneverntjenesten fortsatt anser det som sannsynlighetsovervekt for at den mindreårige vil begå straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196, vil det fortsatt foreligge avvergingsplikt.

Motsatt er spørsmålet om en avvergingshandling etter strl. § 196 vil oppfylle opplysningsplikten til barneverntjenesten i hpl. § 33. Plikten til å melde fra til barneverntjenesten etter hpl. § 33 er en selvstendig plikt, som ikke alene har som formål å avverge straffbare forhold.

Ordlyden i bestemmelsen åpner ikke for at alternative avvergingshandlinger kan erstatte opplysningsplikten, barneverntjenesten *skal* varsles dersom vilkårene er oppfylt. Det har også gode grunner for seg, selv om det er gjort avvergingshandlinger i forkant. Dersom politiet tilkalles i en akutt situasjon er det ikke gitt at en vil komme videre i straffesakssporet. Barnevernssak bør derfor åpnes parallelt med etterforskning, slik at barnas interesser er ivaretatt av barnevernfaglig kompetent personell. Riktignok vil politiet selv ha meldeplikt til barneverntjenesten i et slikt tilfelle, men helsepersonells opplysningsplikt til barneverntjenesten er en personlig plikt. Dersom ulike tjenester kan oppfylle sin opplysningsplikt ved å varsle andre etater som også har opplysningsplikt, øker risikoen for at barneverntjenesten ikke mottar informasjon på grunn av misforståelser og utfordringer i samhandlingen. Ut fra ordlyden i hpl. § 33 kreves det at helsepersonell selv sikrer at barneverntjenesten blir varslet.

Som det fremgår i kapittel 4.3, vil ikke opplysningsplikten opphøre ved at helsepersonell forsøker å avhjelpe situasjonen, selv om slike tiltak kan tenkes å være en tilstrekkelig avvergingshandling etter strl. § 196.<sup>302</sup> Dermed er konklusjonen at en avvergingshandling ikke vil være tilstrekkelig for å oppfylle opplysningsplikten i hpl. § 33, dersom avvergingshandlingen går ut på noe annet enn varsling til barneverntjenesten.

Når det gjelder opplysningsplikt til nødetater etter hpl. § 31, er det vanskeligere å tenke seg at en slik varsling ikke vil oppfylle avvergingsplikten i strl. § 196. Det er avvergingen som er det sentrale etter begge bestemmelser. Dersom varsling til nødetater er *nødvendig* for å avverge etter hpl. § 31, vil dette måtte være en egnet avvergingshandling etter strl. § 196. Det kan selvfølgelig tenkes at det etter omstendighetene vil være påkrevd med ytterligere avvergingshandlinger, for eksempel dersom det tar lang tid før nødetatene ankommer. Det forutsetter imidlertid at det foreligger handlingsalternativer som ikke utsetter avvergers liv eller helse for fare, og er muligens ikke særlig praktisk. Helsepersonell vil imidlertid ofte kunne befinne seg i en situasjon der de må avverge *følger* av en straffbar handling, for eksempel ambulanspersonell som ankommer et skadested etter en straffbar handling er begått. Dersom politiet er varslet, vil de nødvendigvis gå i gang med redningsarbeidet før politiet ankommer der det er mulig, men det er ikke helt naturlig å se disse handlingene først og fremst som et utslag av avvergingsplikten i strl. § 196.

En avvergingshandling etter strl. § 196 oppfyller på den andre siden ikke varslingsplikten i hpl. § 31, dersom det ikke er meldt til politi eller brannvesen i forbindelse med avvergingen. Men dersom en alternativ avvergingshandling etter strl. § 196 er vellykket, vil det ikke lenger være *nødvendig* å tilkalle politi slik hpl. § 31 krever, og dermed vil opplysningsplikten likevel falle bort. Det vil derfor sjelden være nødvendig å foreta seg to ulike handlinger for å oppfylle opplysningsplikten i hpl. § 31 og avvergingsplikten i strl. § 196, men det er to selvstendige plikter som krever ulike vurderinger. Det kan tenkes at opplysningsplikten i hpl. § 31 er inntrådt selv om det ikke er tale om en straffbar handling som omfattes av strl. § 196, og det kan tenkes at avvergingsplikten i strl. § 196 er inntrådt uten at det foreligger en akutt situasjon som gjør det nødvendig å varsle politi eller brannvesen.

---

<sup>302</sup> Se kapittel 2.2.1.3.

### 4.5.3 Konkurrences

Dersom det foreligger brudd på både opplysningspliktbestemmelser i helsepersonelloven og strl. § 196 er spørsmålet hvorvidt de kan anvendes i konkurrans.<sup>303</sup> Først er spørsmålet om strl. § 196 kan anvendes i konkurrans med hpl. § 31. Som nevnt ovenfor er formålet det samme etter disse bestemmelsene, det sentrale er å avverge skade. Rettsgodebeskyttelsen vil derfor være den samme, og den primære avvergingshandlingen etter strl. § 196 er å varsle politiet.

Det som skiller disse pliktene er at det foreligger flere handlingsalternativer etter strl. § 196. Men dersom opplysningsplikten i hpl. § 31 skal foreligge, må det være *nødvendig* å varsle nødetater for å avverge, og der dette er tilfellet vil det også etter strl. § 196 oftest være egnet å varsle nødetater. Det vil da foreligge unnlattelse av en og samme handling, som skal verne de samme interesser. Dersom en skulle anvende avvergingsplikten i strl. § 196 i konkurrans med opplysningsplikt til nødetater vil det på denne bakgrunn i de fleste tilfeller få karakter av å dømme to ganger for samme unnlattelse. Det anses dermed lite aktuelt å anvende strl. § 196 og hpl. § 31 i konkurrans, men det må foretas en konkret vurdering av den aktuelle situasjonen. Etter strl. § 196 plikter helsepersonell også å avverge følgene, og etter omstendighetene kan det ha skjedd pliktbrudd både før og etter den straffbare handlingen ble begått.

Dernest blir spørsmålet hvorvidt det er mulig å anvende strl. § 196 i konkurrans med hpl. § 33. Pliktene har ulik terskel for når de inntre, ved at kunnskapskravet er lavere i hpl. § 33. Det kan dermed foreligge brudd på opplysningsplikten før avvergingsplikten inntre. Det er også en selvstendig plikt å melde fra til barneverntjenesten, som redegjort for ovenfor. Det er altså ikke tilstrekkelig å avverge på annen måte for å oppfylle opplysningsplikten. De vernede interesser er langt på vei de samme, også opplysningsplikten til barneverntjenesten er primært begrunnet i å avverge at barn utsettes for de forhold som er omfattet. Likevel har opplysningsplikten en bredere funksjon, som illustreres ved at det for eksempel ikke er tilstrekkelig at helsepersonell selv setter inn avvergende tiltak. Det er også et formål at utsatte barn skal få helhetlig oppfølging av kompetent personell, og ikke utelukkende at den straffbare handlingen skal opphøre.

Det vil derfor være mest dekkende å markere at det ikke bare er unnlatt å avverge forholdet, men det er også brudd på plikten til å varsle barneverntjenesten om slike forhold. Det er

---

<sup>303</sup> Ulikeartet idealkonkurrens er redegjort for i kapittel 3.3.3.

likevel ikke helt opplagt, da en melding til barneverntjenesten i de fleste tilfeller også ville oppfylt avvergingsplikten. Det vil da ofte være slik at vedkommende dømmes to ganger for en og samme unnlatelse. I andre sammenhenger vil det være påkrevd med andre avvergingshandlinger i tillegg, og det er da lettere å konstatere at det foreligger to pliktbrudd. Hvorvidt hpl. § 31 og strl. § 196 kan anvendes i konkurrans må på denne bakgrunn vurderes i hvert enkelt tilfelle, det er ikke utelukket at pliktene kan foreligge til ulike tider eller at det samtidig foreligger plikt til å utføre to ulike handlinger.

Eksempel på det siste kan være at et barn blir innlagt på sykehus med skader som vitner om grov vold, og det er sannsynlighetsovervekt for at foreldrene utsetter barnet for dette. Avhengig av barneverntjenestens akuttberedskap i den aktuelle kommune kan det være nødvendig i et slikt tilfelle å kontakte politiet umiddelbart mens barnet er innlagt, og deretter varsle barneverntjenesten om forholdet når dette er mulig. Dersom ingenting er gjort, kan det etter omstendighetene være grunnlag for å anvende straffebudene i konkurrans, for å markere det mer straffverdige i at det foreligger brudd på to uavhengige plikter, der opplysningsplikten til barneverntjenesten til dels skal ivareta flere hensyn enn avvergingsplikten.

Dersom unnlatelsene kan sies å ha skjedd på to ulike tidspunkt, er en over i ulikeartet realkonkurrens.<sup>304</sup> Skillet er imidlertid, som nevnt ovenfor, ikke skarpt.<sup>305</sup> Et eksempel kan være at en psykolog i barne- og ungdomspsykiatrien har holdepunkter for at et barn er utsatt for overgrep i hjemmet, og at det over lang tid er «grunn til å tro» dette. Dersom det ikke meldes til barneverntjenesten i denne perioden, foreligger brudd på hpl. § 33. Senere kan ytterligere informasjon medføre at det foreligger sannsynlighetsovervekt, og at også avvergingsplikten inntreffer. Straffes vedkommende utelukkende for brudd på avvergingsplikten, som i så tilfelle konsumerer opplysningsplikten til barnverntjenesten, vil ikke det straffverdige i den langvarige passiviteten i forkant fanges opp.

Et mer klart eksempel på at strl. § 196 og hpl. § 33 kan anvendes i konkurrans, er tilfeller der opplysningsplikten til barneverntjenesten er begrunnet i barnets kriminelle handlinger, og disse er så alvorlige at de utløser avvergingsplikt etter strl. § 196. I slike tilfeller vil det være ulik rettsgodebeskyttelse etter bestemmelsene, opplysningsplikten til barneverntjenesten skal verne barnet, mens avvergingsplikten skal verne de som er utsatt for barnets lovbrudd. Det kan altså ikke kan utelukkes at strl. § 196 kan anvendes i konkurrans med hpl. § 33, men det

---

<sup>304</sup> Eskeland (2017) s. 245.

<sup>305</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 576-578.



må foretas en konkret vurdering av hvorvidt dette vil medføre at avverger dømmes to ganger for samme unnløstelse.

## 5 Rettspolitisk vurdering

### 5.1 Straffeloven § 196

#### 5.1.1 Håndheving

Som vist til innledningsvis er strl. § 196 en bestemmelse som sjelden håndheves, og som er lite kjent i befolkningen.<sup>306</sup> Ved overgangen til ny straffelov foretok departementet en vurdering av hvorvidt strl. 1902 § 139 burde videreføres, sett i lys av skadefølgeprinsippet og subsidiaritetsprinsippet.<sup>307</sup> Det vises i forarbeidene til at bestemmelsen er lite anvendt, men at det kan ha sin bakgrunn i at regelen angir en grunnleggende samfunnsplikt, og at regelen i stor grad etterleves. Videre uttales det at medvirkningsansvaret muligens gjør bestemmelsen mindre praktisk.<sup>308</sup> Begrunnelsen for at den likevel ble videreført var at en avkriminalisering kan skape et inntrykk av at samfunnet aksepterer passivitet i slike tilfeller, og at bestemmelsen er viktig for å hindre brudd på taushetsplikten.<sup>309</sup>

Mot at medvirkningsansvaret gjør bestemmelsen mindre praktisk kan innvendes at strl. § 196 har et mye videre anvendelsesområde enn de tilfeller der det foreligger slik tilknytning at en kan tale om medvirkning. Også potensielle avvergere uten tilstrekkelig tilknytning kan være viktige for å stanse pågående og fremtidige alvorlige straffbare handlinger. Naboer, lærere, psykologer og så videre kan være avgjørende for å avdekke og avverge straffbare forhold som ellers aldri ville blitt oppdaget.

Barnevoldsutvalget viser til at barneverntjenesten ikke alltid overholder sin avvergingsplikt.<sup>310</sup> Det er liten grunn til å tro at de skulle være alene om dette, og at gjennomgående overholdelse av plikten er årsaken til at bestemmelsen ikke håndheves. Det kan man imidlertid ikke konkludere med uten omfattende empiri. Likevel fremstår det sannsynlig at økt håndhevelse av strl. § 196 ville hatt en viss allmennpreventiv effekt, og at bestemmelsen har en praktisk funksjon ut over det medvirkningslæren åpner for.

---

<sup>306</sup> Bufdir (2018) og NOU 2017: 12 *Svikt og svik*.

<sup>307</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261.

<sup>308</sup> *Op.cit.*

<sup>309</sup> *Op.cit.*

<sup>310</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 145.

Lovteksten åpner for at enhver kan stilles til ansvar for ikke å forsøke å avverge, og det er sannsynlig at det i mange tilfeller vil være mulig å avdekke at flere har visst om de straffbare handlingene før de opphørte. I tillegg er det muligheter for å anvende foretaksstraff, for å oppnå større preventiv effekt i særlig offentlige tjenester.<sup>311</sup>

Slik bestemmelsen er utformet i dag, finnes det altså rom til å håndheve den i større grad, for å avverge flere alvorlige straffbare handlinger i fremtiden. Det er ingen grunn til at bestemmelsen bare skal fungere som hjemmel for å oppheve taushetsplikten. Det er utvilsomt lovgivers mening at passivitet ved kunnskap om slike alvorlige handlinger og følger ikke aksepteres, og brudd på avvergingsplikten bør derfor etterforskes og straffeforfølges der hvor det er mulig. Sikreforpliktelsen i EMK art. 1 innebærer ikke bare at beskyttelsestiltak skal besluttes, disse må også iverksettes og håndheves.<sup>312</sup> For de som rammes av de krenkelser som strl. § 196 omfatter, hjelper det lite at det finnes en avvergingsplikt som ingen har hørt om. Økt håndhevelse vil nødvendigvis føre til mer oppmerksomhet og bevissthet rundt avvergingsplikten, og sterke allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende når det er tale om muligheten for å avverge de mest alvorlige straffbare krenkelser på både individ- og samfunnsnivå.

Særlig der de potensielle avvergere er profesjonelle yrkesutøvere, sender straffeforfølgning et sterkt signal om alvoret i å forholde seg passiv. Motsatt vil unnlatt håndheving av utvilsomme brudd på avvergingsplikten kunne gi uheldige signaler ut i tjenestene om hva som aksepteres. Det er derfor grunn til å tro at strl. § 196 kunne ivaretatt formålet om å avverge alvorlige straffbare handlinger mer effektivt ved økt håndhevelse av bestemmelsen.

Det som her er sagt, er i prinsippet forhold som ligger utenfor selve lovreguleringen, og slik sett utenfor avhandlingens problemstillinger. Likevel er det så påfallende lite praksis som foreligger, at det er naturlig å påpeke at håndheving også spiller en viktig rolle dersom bestemmelsen skal ivareta sitt formål. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt utformingen av og innholdet i lovteksten ivaretar både hensynet til de interesser bestemmelsen skal verne og andre hensyn.

---

<sup>311</sup> Se kapittel 2.2.2.

<sup>312</sup> Rt. 2013 s. 588, avsnitt 48, med videre henvisninger.

## 5.1.2 Utformingen av straffebudet

### 5.1.2.1 Oppregningen av straffbare handlinger som skal avverges

Som fremhevet flere steder i analysen, er strl. § 196 komplisert oppbygget. Den henviser til mange ulike straffebud, som kan gjøre det vanskelig for mulige avvergere å vite om plikten har inntrådt eller ikke. I en situasjon der en straffbar handling kan avverges er det ofte ikke god tid til å områ seg. For privatpersoner er dette neppe et sentralt poeng, da de har anledning til å varsle uten at det foreligger avvergingsplikt. Likevel kan avvergingsplikten også for private være avgjørende dersom de kvier seg for å varsle, men har kunnskap om at det foreligger en straffesanksjonert plikt til å forsøke å avverge slike forhold. Avvergingsplikten hadde vært enklere å kommunisere ut til befolkningen dersom den ikke besto av over 40 oppregnede straffebud.

For yrkesutøvere underlagt taushetsplikt er det enda viktigere at avvergingsplikten er klart avgrenset, slik at det er mulig å foreta en vurdering av hvorvidt taushetsplikten må vike. Imidlertid er det som vist til i kapittel 2.3 ofte slik at det uansett foreligger opplysningsrett når det er tungtveiende hensyn som taler for å varsle. Det er likevel noe helt annet at det foreligger en rett til å varsle, enn en *straffesanksjonert plikt* til å avverge, og det bør være så enkelt som mulig å fastslå om det foreligger avvergingsplikt eller ikke.

Alternativet til utformingen slik den er i dag er å innta en mer generell beskrivelse av hvilke farer en plikter å avverge. Det ville da for avverger kun vært nødvendig å ta stilling til hvorvidt den situasjonen de står overfor utgjør en slik fare. Det vil imidlertid ikke løse alle tolkningsproblemer, hverken for avverger eller ved den senere rettsanvendelsen, men det ville forenklet vurderingene betraktelig. I dansk rett opereres det med en mellomting.

Avvergingsplikten følger av den danske straffeloven § 141.<sup>313</sup> Der angis en rekke oppregnede forbrytelser mot staten som det foreligger avvergingsplikt for, samt en mer generell angivelse av plikten til å avverge straffbare forhold som medfører fare for menneskers liv, velferd eller betydelige samfunnsverdier.

Det kan umiddelbart synes slik at en løsning som den danske vil være lettere å forstå for det alminnelige publikum og yrkesutøvere underlagt taushetsplikt. Avverger vil på denne måten slippe unna vurderinger av hvilket straffebud som kan tenkes å bli overtrådt, og slipper å orientere seg i straffelovgivningen for øvrig. Likevel oppstår det utvilsomt

---

<sup>313</sup> Borgerlig straffelov, 15.april 1930 nr. 126.

tolkningsproblemer også ved denne modellen. Hvordan tolkes «velferd» og «betydelige samfunnsverdier»? Det kan tenkes at vurderingen vil være vel så vanskelig ved å benytte generelle og skjønsmessige uttrykk, som kan oppfattes svært ulikt. Det er nødvendig med en så klart avgrenset plikt som mulig, slik at det er tydelig når taushetsplikten skal vike. Men selv om utformingen i dag fremstår komplisert, er det ikke gitt at en enklere formulering bidrar til bedre veiledning for den som skal ta vurderingen eller for rettsanvenderen som i ettertid skal ta stilling til om det foreligger brudd på avvergingsplikten.

Det synes likevel nødvendig å foreta en grundig gjennomgang av lovteksten og vurdere hvorvidt det finnes muligheter for å gjøre endringer som gjør det enklere å forstå kjernen i de straffbare forhold som omfattes, men samtidig beholde en så klar avgrensning som mulig av hva som ligger innenfor og utenfor avvergingsplikten.

#### **5.1.2.2 Bør handlingsalternativene spesifiseres?**

Et annet element i lovteksten som er uklart, er hvilke handlingsalternativer som er akseptable. Ordlyden er «ved anmeldelse eller på annen måte», som gir lite veiledning i hva som vil være en tilstrekkelig avvergingshandling. Det innebærer samtidig at legalitetsprinsippet setter skranker for hvor strengt avvergingsplikten kan tolkes når det er valgt en avvergingshandling som er dårligere egnet til å avverge enn en annen.

Barnevoldsutvalget viser til at ordlyden skaper usikkerhet vedrørende forholdet til opplysningsplikten til barneverntjenesten, jf. bvl. § 6-4.<sup>314</sup> Det sentrale spørsmålet her er om det er tilstrekkelig å melde fra til barneverntjenesten, eller om politiet også må varsles. Etter konklusjonene i kapittel 2.2.1.2 er det ikke nødvendigvis alltid slik at melding til barneverntjenesten er tilstrekkelig.

Barnevoldsutvalget foreslår at det bør tydeliggjøres hvordan man skal handle for å avverge, enten i lovteksten eller ved eksempler i retningslinjer til de ulike tjenestepersoner.<sup>315</sup> Det er sikkert mulig å gi god veiledning gjennom eksempler, men samtidig er det ikke mulig å gi konkrete handlingsalternativer til alle tenkelige situasjoner. Det er et behov for at lovteksten er fleksibel nok til at alle avvergingshandlinger i prinsippet er tillatt, men at det samtidig tydeliggjøres at handlingen i det konkrete tilfelle må være egnet til å avverge.

---

<sup>314</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 145.

<sup>315</sup> *Op.cit.*

Etter BK art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle beslutninger som omhandler barn. Det er ikke gitt at det alltid vil være til barnets beste at det umiddelbart meldes fra til politiet vedrørende straffbare handlinger der barnet er fornærmet. Ved at lovteksten åpner for at alle avvergingshandlinger er tillatte, ivaretas muligheten for å gjøre konkrete vurderinger av hensynet til barnet. Det kan, som vist til i analysen, innebære at samtaler med en fornærmet for å skape den nødvendige tillit, kan anses som et ledd i en avvergingshandling.<sup>316</sup>

Det kan også være andre hensyn som gjør at det ikke i alle saker er mest formålstjenlig med samme avvergingshandling, ikke bare i saker som omhandler barn. Når det gjelder voksne fornærmede, kan for eksempel psykiatrien sette inn behandling, tvangstiltak og lignende i forhold til gjerningspersonen, som i det konkrete tilfelle kan være tilstrekkelig for å avverge de handlinger det er risiko for. En kan for eksempel tenke seg at gjerningspersonen over tid har blitt eskalerende voldelig og truende mot sin partner på bakgrunn av et alvorlig alkoholmisbruk. Vedkommende søker så hjelp sammen med fornærmede, og ønsker en langvarig institusjonsplassering. Ved å gi gjerningspersonen innleggelse og behandling, vil videre mishandling være avverget, i alle fall for den perioden.

Etter utskrivelse må det nødvendigvis foretas en ny vurdering, men eksempelet illustrerer at avvergingshandlinger kan være ulike, og at det er en fordel at lovteksten åpner for dette. Det ville være lite hensiktsmessig at helsepersonell skulle ha ubetinget plikt til å anmelde til politiet uten fornærmedes samtykke dersom de anser det som mulig å avverge videre straffbare handlinger gjennom behandling eller andre egnede tiltak. Der det er mulig å ivareta tilliten til viktige tjenester og samtidig avverge, bør loven åpne for dette. For de straffbare handlinger som allerede er begått, må det nødvendigvis bli opp til fornærmede hvorvidt det er ønskelig med straffeforfølgning, da det ikke for andre foreligger plikt til å anmelde forhold som er fullbyrdet. Imidlertid kunne det vært vurdert å innføre en strengere plikt til å forsikre seg om at alternative avvergingshandlinger er tilstrekkelige når man velger ikke å anmelde til politiet.

---

<sup>316</sup> Se kapittel 2.2.1.3.

### **5.1.2.3 Kan fristen for handling tydeliggjøres?**

Det er som vist til i kapittel 2.2.1.3 noe uklart etter strl. § 196 hvor raskt avverger må agere for å unngå straffansvar. Det har blitt særlig aktuelt når strl. § 196 nå omfatter strl. § 282 som angir et sammenhengende straffbart forhold som kan bestå av mange enkeltovertrædelser.

Både med tanke på de rettsgoder avvergingsplikten skal verne, og legalitetsprinsippet, kunne lovgiver her med fordel vurdert om det bør fremgå av lovteksten at det ikke aksepteres unødig avventing når først kunnskapskravet er oppfylt. Det må naturligvis være rom for avverger til å områ seg, og det kan være at det av hensyn til fornærmede er nødvendig med en viss planlegging av når det skal varsles og lignende.

Det er likevel mulig å tydeliggjøre i ordlyden at det foreligger en frist, samtidig som de ovennevnte hensyn er ivaretatt. For eksempel kan det fremgå på samme måte som ved opplysningsplikt til barneverntjenesten, jf. bvl. § 6-4, at avvergingen må skje «uten ugrunnet opphold». Denne formuleringen gir rom for at det kan være grunner til at politiet ikke varsles med en gang, men signaliserer tydelig at hovedregelen er at avvergingshandlinger skal foretas umiddelbart.

## **5.1.3 Innholdet i avvergingsplikten**

### **5.1.3.1 Bør strl. § 196 omfatte avsluttede forhold?**

Avvergingsplikten etter strl. § 196 gjelder bare straffbare handlinger og følger som det fortsatt er mulig å avverge. Barnevoldsutvalget viser til at det kan være utfordrende for tjenestepersoner å avgjøre hva som er avsluttede forhold.<sup>317</sup> Eksempelet som benyttes i den sammenheng er at et utflyttet barn i en søskenflokk forteller om overgrep vedkommende ble utsatt for i hjemmet, mens det fortsatt bor yngre søsken der. Utvalget mener på denne bakgrunn at det er behov for å utrede om det bør være plikt til å anmelde avsluttede forhold.<sup>318</sup>

I en sak som den ovennevnte vil spørsmålet være om det foreligger sannsynlighetsovervekt for at de yngre søsknene blir utsatt for overgrep, og i så tilfelle foreligger det avvergingsplikt uavhengig av om forholdet er avsluttet overfor vedkommende som forteller om overgrepene. Det er klart at det i enkelte tilfeller kan være vanskelig å oppnå den grad av sikkerhet som kreves etter strl. § 196, men det vil uansett foreligge opplysningsplikt til barneverntjenesten

---

<sup>317</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 145.

<sup>318</sup> *Op.cit.*

etter bvl. § 6-4 dersom det er *grunn til å tro* at et barn blir utsatt for de straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196. Videre vil det i slike tilfeller ofte foreligge opplysningsrett for den som er bundet av taushetsplikt.

Dersom avvergingsplikten skulle omfatte straffbare forhold som er fullbyrdet, ville plikten fått et mye større omfang og en helt annen karakter enn det som er tilfelle i dag. En vil da kunne straffe *enhver* som ikke anmelder straffbare handlinger som allerede er begått. Formålet med avvergingsplikten er å avverge, og det er noe helt annet å innføre en plikt for alle til å anmelde straffbare forhold som er begått. Konsekvensene av det bør i så fall vurderes grundig. Det kan ikke være slik at en psykolog som får beretninger fra en ung voksen om at de ble mishandlet som barn, skal ha en ubetinget plikt til å anmelde foreldrene dersom fornærmede ikke ønsker det, og det ikke lenger bor barn i hjemmet. Taushetsplikten er viktig for at alle skal kunne oppsøke helsehjelp, rettshjelp og andre tjenester. Plikt til å anmelde avsluttede forhold vil gripe sterkt inn i taushetsplikten og kunne ha uheldige og utilsiktede følger.

#### **5.1.3.2 Er kunnskapskravet for høyt?**

Plikten til å avverge etter strl. § 196 inntre når det fremstår sikkert eller mest sannsynlig at den straffbare handlingen er eller vil bli begått. Barnevoldsutvalget mener at det bør utredes hvorvidt kunnskapskravet for at avvergingsplikten skal inntre er satt for høyt.<sup>319</sup> Det vises til at tjenestepersoner ikke alltid har nok informasjon til å oppnå den graden av sikkerhet, men at det kan tenkes at politiet likevel burde etterforsket saken.

Det er grunn til å utvise forsiktighet med en slik tilnærming. Straffeloven § 196 omfatter ikke bare straffbare forhold som rammer barn, og retter seg ikke bare mot yrkesutøvere. Dersom terskelen senkes, vil dette også gjelde i forholdet mellom privatpersoner og for alle straffbare handlinger som er omfattet av strl. § 196. Det kan stride mot utgangspunktet om at det er det offentlige som skal avdekke straffbare handlinger, og stille privatpersoner overfor vanskelige valg dersom de sitter på vage mistanker.

Det er utvilsomt ønskelig å avdekke overgrep og mishandling mot barn i så stor grad som mulig. Imidlertid er det slik at dersom yrkesutøvere som er i kontakt med barn har opplysninger som ikke er tilstrekkelige til å oppfylle kunnskapskravet i avvergingsplikten, har de likevel opplysningsplikt til barneverntjenesten dersom de har *grunn til å tro* at et barn

---

<sup>319</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 145.

utsettes for slike handlinger. På den bakgrunn er det mindre behov for å senke terskelen for straffbare handlinger som alle borgere har et ansvar for å avverge. Ønsker lovgiver å senke kunnskapskravet også for privatpersoner i saker som omhandler barn, bør det heller vurderes å innføre en opplysningsplikt til barneverntjenesten for enhver, med en tilsvarende terskel som i bvl. § 6-4.

### **5.1.3.3 Straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b**

Som det fremgår av kapittel 2.4.3, har straffrihetsreglene vært uendret siden vedtakelsen i 1902, og utformingen ble ikke grundig overveid hverken da, eller ved senere utvidelser av straffebudet. Her kan det være problematisk at strl. § 196 omfatter svært ulike straffbare handlinger. I situasjoner der avverger er en omsorgsperson, er rekkevidden av straffansvaret etter strl. § 196 begrenset, da det typiske i slike situasjoner er at gjerningspersonen vil være en av omsorgspersonens nærmeste. Det vil da være straffritt etter denne bestemmelsen å forholde seg passiv, dersom avverging innebærer å utsette en nærstående for straffeforfølgning.

Øyen reiser spørsmål ved om en slik verdiprioritering harmonerer godt med barnets beste som grunnleggende hensyn, jf. Grl. § 104 og BK art.3.<sup>320</sup> Videre trekker han frem den mer spesifikke plikten til å beskytte barn mot vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt som følger av BK art. 19 nr.1.<sup>321</sup> Den norske oversettelsen av BK art. 19 nr. 1 lyder slik:

«Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk, mens en eller begge foreldre, verge eller eventuell annen person har omsorgen for barnet.»

Øyen viser til at lovgiver er en sentral aktør når det gjelder å oppfylle forpliktelsen etter BK art. 19 nr. 1. Overgrep og mishandling av barn er vanskelig å avdekke, og det vil ofte være utelukkende barnets nærmeste som kjenner til forholdene. Etter Øyens syn er da en straffesanksjonert varslingsplikt for barnets nærstående derfor et «velegnet lovgivningsmessig virkemiddel» for å ivareta sikringsforpliktelsen i art. 19 nr.1.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> Øyen (2014) s. 258.

<sup>321</sup> Øyen (2014) s. 259.

<sup>322</sup> *Op.cit.*



Det er det lett å være enig i. Det er ingen grunn til at omsorgspersoner skal ha mindre plikt til å gripe inn i straffbare forhold mot egne barn enn den alminnelige plikt som påligger den øvrige befolkningen. Derimot må det anses mer straffverdig at ikke foreldre griper inn, og den avveining som er foretatt mellom inkriminering av nærstående og de hensyn straffebudet skal verne, passer ikke godt når den fornærmede er eget barn. Dette er muligens noe av bakgrunnen for at medvirkningsansvaret er strukket langt i slike tilfeller. Læren om passiv medvirkning ved brudd på omsorgsplikten kompenserer for den begrensede rekkevidden strl. § 196 har i denne sammenheng.<sup>323</sup> Hvorvidt dette er en god løsning, drøftes under punkt 5.3 om grensdragningen mellom avvergingsplikt og medvirkningsansvar.

Mer generelt er det grunn til å vurdere om den vide straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd bokstav b bør videreføres slik den er i dag, sett i lys av de grunnleggende rettsgoder avvergingsplikten skal verne. En kan spørre seg om det er en balansert avveining at det ikke er plikt til å avverge terrorbombing, drap, og så videre, fordi det for eksempel er avvergers svigerbror som planlegger udådene. Retten til familieliv veier tungt, og har menneskerettslig vern, jf. EMK art. 8. Det er et stort inngrep i denne retten å kreve at borgerne skal hjelpe staten i straffeforfølgningen mot familiemedlemmer, ved for eksempel vitneplikt. Noe ganske annet er det å *avverge* en alvorlig straffbar handling som ennå ikke er begått. Hensynet til å spare liv, helse og store lidelser må veie betydelig tyngre enn hensynet til effektivitet i strafferettspleien.

Det er i det minste verdt å merke seg at de hensyn som ligger på motvekten mot hensynet til familieliv, ikke er sammenlignbare i disse to relasjoner. På den bakgrunnen bør det gjøres en grundigere vurdering av hvorvidt retten til familieliv også bør veie tyngst når alvorlige straffbare forhold ennå kan avverges. Det skal en del til for at avvergingsplikten inntre, både med tanke på kunnskapskravet og hvilke handlinger som omfattes. En plikt for nærstående til å avverge straffbare handlinger vil derfor avgrenses kun til tilfeller der det er stor risiko for svært alvorlige konsekvenser.

Det er likevel ikke enkelt å foreta en balansering mellom hensynet til offeret og hensynet til avvergers familieliv. Det er nå foreslått at tvangsekteskap og kjønnslemlestelse skal omfattes av avvergingsplikten, som er typiske lovbrudd som foregår innad i familien. Dersom nærstående skulle ha plikt til å avverge, vil for eksempel storesøsken over den kriminelle

---

<sup>323</sup> Øyen (2014) s. 257.

lavalder kunne straffes for å unnlate å angi sine foreldre. Det er ikke gitt at det fornærmede barnet heller er tjent med at medlemmer av kjernefamilien tvinges av myndighetene til å være de som skal varsle, og slik sett risikere en familie i oppløsning.

Likevel er det en del klart straffverdige unnlater som faller utenfor ved å opprettholde straffrihetsgrunnen slik den er i dag. Dersom et barn er utsatt for grov mishandling fra mor, er det ikke sikkert at mors søster har den tilknytning som skal til for å straffes for passiv medvirkning dersom hun ikke foretar seg noe. Hun kan få vite om forholdet gjennom barnet, uten å vise noen form for konkludent atferd overfor mor, og har i utgangspunktet heller ikke omsorgsplikt overfor barnet. På bakgrunn av straffrihetsgrunnen i strl. § 196 tredje ledd bokstav b vil hun ikke kunne straffes for brudd på avvergingsplikten. Ved alle straffbare handlinger som rammer barn, vil en stor krets av barnets slekt kunne kjenne til forholdene uten å ha plikt til å gripe inn.

Også når det kommer til alternativet «fare for velferd» er det grunn til å stille spørsmål ved om straffrihetsgrunnen strekker seg for langt. Spørsmålet er om det burde vært en interesseavveining opp mot hvilke straffbare handlinger som potensielt kan avverges. Det er ikke uten grunn at de generelle straffrihetsgrunner i strl. §§ 17 og 18 begge har en avveiningsnorm. Det er klart at straffrihetsgrunnen i strl. § 196 skiller seg ut sammenlignet med de alminnelige straffrihetsgrunner, da strl. § 196 er et unnlatesdelikt. Det er noe annet å kreve at noen aktivt skal utsette seg for fare for å avverge andres straffbare handlinger, enn det er å kreve at nødvergehandlinger er nødvendige og forsvarlige sett i lys av angrepet. Likevel har de straffbare handlinger som omfattes av strl. § 196 så alvorlige konsekvenser, at det burde være grunn til å drøfte om ikke i alle fall alternativet «velferd» bør modifiseres med en avveiningsnorm mot de konsekvenser det er risiko for.

#### **5.1.3.4 Avveiningen av hva som bør omfattes av strl. § 196**

I vurderingen av hvilke straffbare handlinger som bør omfattes av avvergingsplikten ligger det flere hensyn som det må tas høyde for. Spørsmålet er for det første hvilke straffbare handlinger det er nødvendig og ønskelig at *enhver* skal ha en straffesanksjonert plikt til å avverge. Dette må vurderes i lys av risikoen for økende mistillit i befolkningen, og at omfattende avvergingsplikt kan tvinge borgerne inn i urimelige valg.

Trekker man inn for eksempel narkotika- og vinningslovbrudd, kan det i mange kriminelle miljøer anvendes straff i stort omfang for brudd på avvergingsplikten ved at mange kjenner til

de straffbare handlingene, uten at det blir nødvendig å bevise medvirkning eller direkte overtredelse. Det er en mulighet for at dette kan ha en preventiv effekt, og bidra til mer informasjon fra lukkede kriminelle miljøer, men det er lett å se for seg at en slik generell avvergingsplikt av straffbare forhold vil føre til mistillit på mange plan.

Det fremkommer av forarbeidene at departementet mener det er god grunn til å vurdere kritisk hvor omfattende avvergingsplikten bør være.<sup>324</sup> Ved å bare inkludere de mest alvorlige straffbare handlinger vil avvergingsplikten bedre gjenspeile en samfunnsplikt som mange vil føle seg bundet av uavhengig av straffesanksjoner. Når det kreves at borgerne må foreta aktive handlinger for å unngå straff, bør det være på områder der det er nokså klart ut fra de rådende moraloppfatninger at det forventes handling. Straff er det mest inngripende virkemiddel myndighetene har, og det bør ikke anvendes på enhver kritikkverdig atferd. I straffelovkommisjonens delutredning VIII oppsummeres avveiningene ved kriminalisering generelt:

«I demokratiske rettsstater blir strafferettslig lovgivning til gjennom avveininger mellom hensynet til samfunnsvern – statens interesse i å bekjempe forbrytelser i samfunnets og borgernes interesse – og rettssikkerhetshensyn i vid forstand – hensyn som tilsier vern av enkeltindivider og grupper mot urimelige eller vilkårlige inngrep fra statsmakten.»<sup>325</sup>

Sitatet illustrerer at det i kriminalpolitiske spørsmål ofte er slik at de mest grunnleggende interesser og rettigheter må vektes mot hverandre.

Når nye straffebud skal inkluderes i avvergingsplikten, er det også et sentralt rettspolitisk spørsmål hvorvidt det er nødvendig at taushetsplikten skal vike ved overtredelser av det konkrete straffebudet. Et viktig formål med taushetsplikten er å sikre at alle med behov for helsehjelp til seg selv, sine barn eller andre pårørende skal kunne oppsøke dette uavhengig av livssituasjonen ellers.<sup>326</sup> Det er ikke utenkelig at en omfattende avvergingsplikt vil medføre at en del som er utsatt for straffbare handlinger av sine nærmeste, ikke oppsøker helsehjelp ved behov, i frykt av inngripen fra politi og rettsvesen. For store inngrep i taushetsplikten kan dermed virke mot sin hensikt.

---

<sup>324</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 261.

<sup>325</sup> NOU 2003: 18 *Rikets sikkerhet – Straffelovkommisjonens delutredning VIII*, s. 61.

<sup>326</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 83.

Ved utvidelser av strl. § 196 til nye straffebud må retten til privatliv og familieliv som er beskyttet av EMK art. 8 og Grl. § 102, veies opp mot den forpliktelsen staten har til å beskytte borgerne mot krenkelser, jf. EMK art. 1, Grl. § 104 og BK art. 19. nr. 1. Som nevnt innledningsvis i avhandlingen, uttaler Legeforeningen i sitt hørings svar til det nye lovforslaget at det er en betydelig mangel at nye straffebud foreslås omfattet av avvergingsplikten, uten at det begrunnes konkret hvorvidt det er tilstrekkelig grunn til å la taushetsplikten vike.<sup>327</sup>

Et annet hensyn som er nært knyttet opp mot de interesser taushetsplikten skal verne, er hensynet til fornærmedes ønsker. Særlig i saker der det er nær relasjon mellom gjerningsperson og offer, kan straffeforfølgning være en uønsket tilleggsbelastning for fornærmede. Enkelte vil kunne ønske hjelp til å komme ut av en voldelig relasjon eller overgrepssituasjon uten å involvere rettsapparatet, fordi prosessene kan være langvarige og tøffe. Straffesaker medfører ikke sjelden at personlige opplysninger av sensitiv karakter er en del av bevisføringen, og fornærmede vil kunne oppleve å få sin troverdighet trukket i tvil.<sup>328</sup>

Hensynet til at fornærmede kan ha legitime ønsker om å unngå en rettsprosess bør være med i avveiningen når utvidelser av avvergingsplikten foreslås. Slik avvergingsplikten er utformet er det ikke anledning for den som har taushetsplikt å legge vekt på fornærmedes ønsker, plikten til å avverge er ubetinget når vilkårene er oppfylt.

Dette er naturligvis i mange tilfeller velbegrunnet. Fornærmede kan føle seg presset eller truet til å be om at opplysningene ikke videreformidles, eller ha lojalitetskonflikter forbundet med det. Dessuten kan en straffesaksjonert og ubetinget plikt i noen tilfeller være en fordel for å ivareta tillit. Informasjon til den som har krav på taushet om at plikten til å avverge er straffesaksjonert, og dermed ikke et valg den enkelte yrkesutøver kan ta, kan gjøre «tillitsbruddet» lettere å akseptere. Videre er det for beskyttelsen til den enkelte utsatte, som kan være hjelpeløse barn, viktig at det for de aller groveste overtredelser ikke er overlatt til den enkelte yrkesutøvers skjønn hvilke hensyn som skal veie tyngst.

Hovedinntrykket ved de straffebud som nå er foreslått omfattet av plikten, er at de gjelder krenkelser av en slik karakter at det er velfundert at taushetsplikten viker. Terrorhandlinger og

---

<sup>327</sup> Den norske legeforening (2019) s. 2-3.

<sup>328</sup> Dullum, Jane og Elisiv Bakketeig (2017) «Bruk av legalstrategi mot vold i nære relasjoner», *Tidsskrift for strafferett*, s. 103–125.

alvorlig miljøkriminalitet kan medføre store skadeforvoldelser, og dette er lovbrudd der hensynet til de vernede interesser ikke trekker i ulike retninger. Det er sjelden slik ved en terrorhandling at *fornærmedes* rett til privatliv krenkes ved at taushetsplikten må vike.

Videre er det i lovforslaget foretatt en innskrenking i avvergingsplikten for overtredelser av strl. § 299 når de involverte er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Dette er nettopp et resultat av en nyansering innenfor et straffebud, der det i enkelte tilfeller er mothensyn som vektes tyngre enn avverging. Ved strl. § 299 er det i lovforslaget lagt vekt på at det kan være urimelig dersom helsepersonell plikter å varsle politiet på grunn av seksuell omgang mellom en som er like under 14 år og en som nettopp har fylt 15, og det kan innebære at unge unngår å oppsøke helsepersonell for prevensjonsveiledning.<sup>329</sup>

De foreslåtte straffebud som typisk innebærer en relasjon mellom avverger, offer og gjerningsperson, og slik sett kan være problematiske opp mot tilgang til helsehjelp og fornærmedes ulike rettigheter, er straffbare handlinger som rammer barn eller særlig sårbare grupper. Dette gjelder for eksempel grov menneskehandel, tvangsekteskap og kjønnslemlestelse. Barns behov for beskyttelse mot slike alvorlige krenkelser må veie tungt, jf. BK art. 19 nr. 1 og GrL. § 104. Denne avveiningen bør imidlertid fremkomme klart i lovforberedelsen, og lovgiver må være seg bevisst de potensielle menneskerettslige konflikter når avvergingsplikten stadig utvides.

## **5.2 Unntak for taushetsplikt – lovens avveininger og tilgjengelighet for publikum**

I forrige kapittel var temaet balansen mellom avvergingsplikt og taushetsplikt innenfor rammene av strl. § 196. For å besvare avhandlingens problemstilling om hvorvidt de kryssende hensyn ved avverging av straffbare forhold er tilfredsstillende ivaretatt, er det nødvendig også å se på unntakene for taushetsplikt samlet. Spørsmålet er om innholdet og utformingen av reglene i stor nok grad ivaretar både de hensyn taushetsplikten skal sikre og de rettsgoder som skal vernes etter strl. § 196.

Inntrykket etter analysen av taushetspliktreglene og unntak fra disse, er at de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende i utgangspunktet synes å være godt balansert i lovverket. Det er generelt lagt opp til en interesseavveining der de hensyn som taler for varsling må veie

---

<sup>329</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 14.

vesentlig tyngre enn hensynet til taushetsplikten, mens det for de mest alvorlige krenkelser foreligger en ubetinget plikt til å avverge. Også ved avvergingsplikt er hensynet til taushetsplikten ivaretatt ved at det er rom for å avverge uten å dele taushetsbelagt informasjon dersom det foreligger slike handlingsalternativer.

Barn er en særlig sårbar gruppe, og opplysningsplikten til barneverntjenesten med lavere kunnskapskrav og bredere anvendelsesområde enn strl. § 196, sikrer i større grad barn som lever i omsorgssviktsituasjoner eller blir utsatt for straffbare handlinger. Det er nødvendig at inngrepet i taushetsplikten er mer omfattende for forhold som rammer barn, da barn i utsatte situasjoner på mange måter er prisgitt sine omgivelser for å få den nødvendige beskyttelse. Det samsvarer også godt med den spesifikke sikringsforpliktelsen staten har for å beskytte barn mot mishandling, overgrep og omsorgssvikt, jf. BK art. 19 nr.1.

Likevel er reguleringen så kompleks at det er egnet til å skape en overdreven forsiktighet blant yrkesutøvere dersom de får kjennskap til alvorlige straffbare handlinger, av frykt for å bryte taushetsplikten. Reglene om taushetsplikt og unntakene fra taushetsplikten er spredt i ulike deler av lovverket og vanskelig å få oversikt over. Formuleringene i de ulike særlovene er ulike, og bestemmelser om opplysningsrett i særlovgivningen inneholder ikke henvisninger til avvergingsplikten.<sup>330</sup> Av helsepersonellovens § 23 nr. 6 fremkommer imidlertid at opplysninger kan gis videre når det er fastsatt i lov, men dette gir ikke særlig veiledning med mindre helsepersonell kjenner til avvergingsplikten fra før. I fvl. § 13 bokstav f annet ledd er det henvist til avvergingsplikten, men forholdet mellom forvaltningsloven og særlovgivningen kan være utfordrende å sette seg inn i. En lovteknisk opprydding og forenkling kan antakelig til en viss grad bidra til å tydeliggjøre forholdet mellom opplysningsrett, opplysningsplikt og avvergingsplikt.

Reglene om taushetsplikt skal i stor grad forvaltes av tjenestepersoner uten særskilt juridisk kunnskap. Det er bemerkelsesverdig at det ikke finnes spor av henvisning til avvergingsplikten i særlovgivningen, all den tid dette inngrepet i taushetsplikten reguleres i straffeloven og kan medføre straffansvar. På bakgrunn av de grunnleggende rettsgoder som strl. § 196 skal beskytte, skulle en tro at avvergingsplikten er et inngrep i taushetsplikten som det er særdeles viktig at yrkesutøvere underlagt taushetsplikt kjenner til.

---

<sup>330</sup> Se for eksempel bvl. § 6-7 tredje ledd, første punktum og hpl. § 23.

Det er likevel sannsynlig at det også vil kreves andre tiltak for å heve kompetansen og sikre den nødvendige kunnskap om regelverket blant yrkesutøvere. Velferdsforskningsinstituttet NOVA utga i 2013 en rapport om taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt.<sup>331</sup> Hovedfunnene var at taushetspliktreglene opplevdes verdifulle og nødvendige, og ikke til hinder for samarbeid, men at informantene i liten grad leste lovverk, rundskriv og veiledere. Dette til tross for at de var usikre på hvilke regler som gjelder. Særlig unntaksbestemmelsene var lite kjent.<sup>332</sup>

Barnevoldsutvalget viser på sin side til at deres funn tyder på at det råder stor usikkerhet i tjenestene, og da særlig i helsetjenestene, når det gjelder tolkningen av taushetsplikt, opplysningsrett, opplysningsplikt og avvergingsplikt.<sup>333</sup> Økt kunnskap om mulighetsrommet innenfor taushetspliktreglene i alle sektorer er en del av kompetanseløftet som fremmes i regjeringens opptrappingsplan mot vold og overgrep.<sup>334</sup>

### **5.3 Grensedragningen mellom avvergingsplikt og medvirkning**

Spørsmålet her er hvorvidt grensen mellom avvergingsplikt og medvirkning er hensiktsmessig, slik rettstilstanden er etter nyere praksis. Anvendelse av passiv medvirkning på unnlater har en rekke funksjoner. For det første fyller medvirkningslæren på denne måten et tomrom i lovgivningen, ved at det ofte vil være utelukket å anvende strl. § 196 der gjerningspersonen er avvergers nærstående. Det harmonerer ikke godt at utenforstående kan straffes for ikke å gripe inn, mens passive omsorgspersoner skal gå straffri når deres barn utsettes for alvorlige straffbare handlinger. Straffverdigheten og hensynet til prevensjon i slike saker er også udiskutabelt til stede. Etter Grl. § 104 og BK art. 19 forplikter staten å sikre barn vern mot overgrep og mishandling. Straffeforfølgning inngår som en del av barns rettsbeskyttelse.<sup>335</sup> Slik lovgivningen er i dag er det derfor nødvendig å anvende medvirkningslæren for å ramme disse unnlatsene.

Videre har rettsutviklingen i medvirkningslæren den funksjon at det gir rom for høyere straff for de som har en særskilt tilknytning. Strafferammen for medvirkning er den samme som for

---

<sup>331</sup> Stang, m.fl. (2013) *Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt*. NOVA rapport 3/13.

<sup>332</sup> Stang, m.fl. (2013), s. 8-9.

<sup>333</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 130.

<sup>334</sup> Prop. 12 S (2016-2017) *Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021)*, s. 24.

<sup>335</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 56.

direkte overtredelse av straffebudet. For de straffebud som omfattes av strl. § 196 er strafferammen i alle tilfeller betydelig høyere enn ved brudd på avvergingsplikten.

Rettspolitisk kan det være velbegrunnet at passive omsorgspersoner ikke straffes etter samme straffebudet som utenforstående. Det klart mer straffverdige ved brudd på den sivilrettslige omsorgsplikten vil bedre markeres ved å skille dette fra brudd på den alminnelige avvergingsplikten som gjelder for alle. I de groveste tilfellene er muligens ikke strafferammen fra et lovgiversynspunkt tilstrekkelig i strl. § 196. Det mangler imidlertid en vurdering fra lovgiver med et helhetlig perspektiv, og en avklaring av hvor grensen skal gå.

I HR-2019-2205-A vises det til at de rettspolitiske konsekvenser av å straffe for passiv medvirkning i tilfeller der omsorgspersonen til en viss grad har forsøkt å *motvirke* ikke har blitt like grundig vurdert som i en lovgivningsprosess, da rettsavklaringen har skjedd gjennom rettspraksis.<sup>336</sup> Videre uttales det: «Man er (...) i randsonen for det straffbare her. Den som forsøker å stanse det straffbare, er både strafferettslig og etisk i en annen kategori enn selve mishandleren.»<sup>337</sup>

Legalitetsprinsippet legges på strekk ved å straffe en som forsøker å motvirke for *medvirkning*. Rent språklig omfatter ikke begrepet medvirkning situasjoner der noen har satt seg imot den straffbare handlingen, men ikke lykkes i å avverge. Når det gjelder foreldre som bare unntaksvis griper inn for å beskytte barnet sitt, er det imidlertid mulig å argumentere for at det er slik sammenheng mellom passiviteten og overtredelsen at dette omfattes av ordlyden. Dersom de motvirkende handlingene i den gitte konteksten er så tafatte eller sjeldne at de etter en helhetlig vurdering kan oppfattes som et samtykke til at de straffbare handlingene fortsetter, vil de øvrige *unnlatelser* kunne sies å «virke med» i den videre overtredelsen.

Det er likevel betenkelig å straffe for direkte overtredelse av straffebudet når det er forsøkt å avverge. Det plasserer avvergeren i bås med gjerningspersonen, og skaper en betydelig større assosiasjon til de straffbare handlingene enn dersom det straffes for brudd på en plikt til å avverge. Andenæs uttaler om forholdet mellom direkte overtredelse og medvirkning: «[D]et har ingen rettslig interesse å trekke opp en skarp grense mellom de to varianter av

---

<sup>336</sup> Avsnitt 110.

<sup>337</sup> Avsnitt 109.



overtredelse.»<sup>338</sup> Dette illustrerer at medvirkning bare er en variant av den straffbare handlingen, og skillet har ingen rettslig interesse.

Høyesterett viser som nevnt til at en som forsøker å motvirke er i en annen kategori enn gjerningspersonen, både strafferettslig og etisk.<sup>339</sup> Det burde markeres ved at vedkommende kun kan straffes for det brudd på omsorgsplikten som de er ansvarlige for, og ikke som mishandler eller overgriper. Med dagens rettstilstand vil skillet mellom gjerningspersonen og en som har forsøkt å motvirke utelukkende være et straffutmålingsmoment. Øyen fremholder at medvirkningsansvar bør forbeholdes situasjoner der medvirker ut fra sin handlemåte og den aktuelle kontekst har kommet med konkret støtte til gjerningspersonen.<sup>340</sup> Det er uklart hva som her menes med «konkret støtte», og om gjerningspersonen i så tilfelle må oppfatte dette. Etter min oppfatning bør det i alle fall kreves at passiviteten objektivt sett får karakter av å være en tillatelse eller et stilltiende samtykke, når den fortolkes ut fra den konkrete kontekst.

En annen innvending er at det er lite forutberegnelig å anvende medvirkningslæren på tilfeller der «medvirker» har satt seg mot de straffbare handlinger. Det fremkommer ikke klart i loven hva som kreves av en omsorgsperson i slike situasjoner. Høyesterett har lagt opp til en helhetlig vurdering av hva som er rimelig å forvente, men dette er ofte mennesker i en svært vanskelig livssituasjon. De kan selv være utsatt for fysisk eller psykisk vold, relasjonen til gjerningspersonen kan være preget av avhengighet og frykt, og de kan på denne bakgrunn ha behov for hjelp til både å komme ut av relasjonen og beskytte barna. Videre vil barn kunne rammes hardere ved at også den forelderen som har forsøkt å stanse mishandlingen, dømmes til fengselsstraff.<sup>341</sup> Disse konsekvensene bør vurderes av lovgiver.

Dessuten er det eksempler på at også andre enn foreldre forutsettes å ha omsorgsplikt.<sup>342</sup> Det er da lite forutberegnelig dersom det ikke kan sies på forhånd hvor langt det skal kreves at de utsetter seg selv for risiko ved å gripe inn. Utgangspunktet er at passivitet er straffritt, og ved unntak fra dette bør det fremgå klart av loven hva som forventes av handling.

For å rydde opp i de uklarheter som følger av dagens rettstilstand, kan det vedtas et eget straffebud rettet mot foreldre som ikke etter evne beskytter barnet sitt mot vold, seksuelle overgrep eller annen mishandling gjennom anmeldelse, melding til barneverntjenesten eller

---

<sup>338</sup> Andenæs (2016) s. 329.

<sup>339</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 109.

<sup>340</sup> Øyen (2014) s. 258.

<sup>341</sup> HR-2019-2205-A, avsnitt 111-112.

<sup>342</sup> For eksempel drosjesjåfører, jf. Rt. 2009 s. 1498.

annet egnet beskyttelsestiltak.<sup>343</sup> Øyen viser til at de handlinger barnet skal beskyttes mot bør være noe videre enn det som følger av avvergingsplikten, og strafferammen noe høyere.<sup>344</sup>

Dette vil bidra til at det er mulig å straffe for klanderverdige unnlaterer av å beskytte barn, uten at det kreves at unnlateren kan oppfattes som et samtykke eller på noen måter innvirker på den straffbare handlingen. Dessuten kan man unngå den betenkelige utviklingen ved at en forelder som har forsøkt å motsette seg, skal karakteriseres som en medvirker til mishandling eller overgrep. Det bør fremkomme klart av straffebudet at plikten til å beskytte barnet foreligger *så lenge det foreligger forsettlig kunnskap om den straffbare handlingen*. På denne måten vil det ikke være tvilsomt at det kreves mer enn en motvirkende handling, dersom omsorgspersonen har den nødvendige kunnskap om at krenkelsene fortsetter. Det er da klart angitt hva som vil være den nedre grense for straffansvar i slike tilfeller, mens medvirkningsansvar kan forbeholdes de situasjoner der passiviteten objektivt sett må oppfattes som et samtykke til overtredelsene, på bakgrunn av den konkrete konteksten.

Når det gjelder avvergingsplikt for andre, slik som ulike yrkesgrupper, bør det utvises forsiktighet med å utvide medvirkningsansvaret for passivitet. Den generelle avvergingsplikten er regulert i strl. § 196, der det er gitt vide straffrihetsgrunner og avgrenset hvilke straffbare handlinger som omfattes. Dersom det er ønskelig å stramme inn straffrihetsgrunnene for å ramme unnlaterer som faller utenfor, bør lovgiver på banen og gjøre endringer i avvergingsplikten. På denne måten vil straffansvar for slike unnlaterer være mer forutberegnelig, og oppfylle de krav som følger av EMK art. 7 og legalitetsprinsippet, jf. strl. § 14 og Grl. § 96.

## **5.4 Behovet for avklaring i forholdet mellom opplysningsplikt og avvergingsplikt**

Forholdet mellom opplysningsplikt etter helsepersonelloven og avvergingsplikten i strl. § 196 kan by på utfordringer. Etter strl. § 196 kan flere handlingsalternativer være aktuelle, og det kan derfor fremstå uklart om oppfyllelse av opplysningsplikt er tilstrekkelig til å overholde avvergingsplikten, og omvendt. Som vist til i kapittel 4.5.2 vil dette i praksis skape mest problemer når det gjelder opplysningsplikten til barneverntjenesten, jf. hpl. § 33.

---

<sup>343</sup> Forslaget fremmes av Øyen (2014) s. 258.

<sup>344</sup> Øyen (2014) s. 258.

Dette kan som nevnt avklares bedre gjennom endringer i lovteksten i strl. § 196 eller tydelige rundskriv og retningslinjer til helsepersonell. Det kunne også vært presisert i hpl. § 33 hvordan opplysningsplikten forholder seg til strl. § 196. Uklarheten gjelder forøvrig alle andre yrkesutøvere som også har opplysningsplikt til barneverntjenesten, jf. bvl. § 6-4. Det må imidlertid vurderes om og eventuelt hvordan dette kan gjøres uten at det skaper ytterligere forvirring, da det i enkelte tilfeller vil være tilstrekkelig med melding til barneverntjenesten, men ikke alltid.<sup>345</sup>

Det som bør fremkomme av bestemmelsene om opplysningsplikt til barneverntjenesten, er at det må vurderes hvorvidt det også foreligger avvergingsplikt etter strl. § 196. Videre kan det presiseres at dersom det foreligger avvergingsplikt må det foretas en konkret vurdering av om melding til barneverntjenesten er tilstrekkelig for å avverge det aktuelle lovbruddet, eller om det er nødvendig å varsle politiet eller gripe inn med andre avvergingshandlinger, jf. strl. § 196. Det kan også trekkes inn hvilke momenter det skal legges vekt på i vurderingen, som hvor akutt situasjonen fremstår, hvor raskt det er mulig å opprette kontakt med den kommunale barneverntjenesten, og deres akuttberedskap i den aktuelle kommune. Til sist bør det også fremkomme at barneverntjenesten, uavhengig av hvorvidt det foretas andre avvergingshandlinger, skal varsles uten ugrunnet opphold.

Forholdet til avvergingsplikten kan avklares på en måte som skissert ovenfor i alle særlover med opplysningsplikt til barneverntjenesten, samt bvl. § 6-4. Trolig kan en bieffekt av dette være at yrkesutøvere i større grad vil bli oppmerksom på avvergingsplikten, og at den også gjelder straffbare forhold som rammer voksne.

Et annet spørsmål er om andre yrkesgrupper enn helsepersonell også burde hatt en straffesanksjonert opplysningsplikt til barneverntjenesten. Øyen peker på at terskelen jevnt over er lav for hvilke pliktbrudd i spesiallovgivningen som sanksjoneres med straff, og at forsettlig brudd på opplysningsplikten til barneverntjenesten bør anses som en relativt alvorlig unnlattelse sett i lys av de vernede interesser.<sup>346</sup> Det er en utilsiktet inkonsekvens i regelverket at helsepersonell kan straffes for brudd på opplysningsplikten, mens andre yrkesutøvere ikke kan det. Det ingen grunn til at det skal anses mer straffverdig for en sykepleier å unnlate å melde fra, enn for eksempel en lærer. Offentlig ansatte kan imidlertid i

---

<sup>345</sup> Se kapittel 2.2.1.2 i analysen av strl. § 196.

<sup>346</sup> Øyen (2014) s. 260.

prinsippet straffes for tjenestefeil ved slike unnlatelser, jf. strl. § 171-173, men disse omfatter ikke alle med opplysningsplikt til barneverntjenesten.

En straffesanksjonering av opplysningsplikten vil tydelig signalisere alvoret i det personlige ansvar yrkesutøvere har i møte med barn som utsettes for store krenkelser. Manglende håndheving av strl. § 196 i kombinasjon med manglende sanksjonering av brudd på opplysningsplikten til barneverntjenesten, kan skape et inntrykk av at slike unnlatelser ikke anses særlig alvorlige. Christoffer-saken er en brutal påminnelse om hvor galt det kan gå dersom ingen gjør noe. For barn som over lang tid har levd i en slik uutholdelig situasjon, kan det dessuten oppleves som en ytterligere krenkelse av deres rettssikkerhet dersom voksne som hele tiden beviselig har hatt kunnskap om forholdene, skal gå ustraffet fra det når saken rulles opp.

## 5.5 Avsluttende bemerkninger

Barnevoldsutvalget viser til at det kan være mange årsaker til at vold og overgrep mot barn ikke avdekkes i tide.<sup>347</sup> Brudd på avvergingsplikten og opplysningsplikten til barneverntjenesten er bare ett av mange forhold som trekkes frem. Endringer i lovreguleringen og økt håndheving vil slik sett bare bidra et stykke på vei til å avverge flere straffbare handlinger. Avvergingsplikten, opplysningsplikten og medvirkningslæren vil først få betydning når noen har oppnådd den kunnskap som kreves om slike forhold. Det er klart at forutsetningen for å avverge alvorlige straffbare forhold er at de avdekkes, som krever en satsning på en rekke ulike områder.

Barnevoldsutvalget peker på mangler i barneverntjenestens arbeid med å skaffe seg informasjon og avdekke at det kan foreligge mishandling og overgrep.<sup>348</sup> Utvalget viser blant annet til manglende forståelse av atferdsuttrykk og symptomer, undervurdering av foreldres risikofaktorer (rus, psykiatri o.l.), og at samtaler med barna selv manglet i mange undersøkelser, eller hadde for dårlig kvalitet. Involverte tjenestepersoner trakk frem som mulige årsaker mangler i kunnskap og kompetanse, utfordringer i samarbeidet mellom tjenester og utfordringer knyttet til ansvar og organisering.<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 49-61.

<sup>348</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 49-52.

<sup>349</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 58-60.

Et annet punkt som også kan ha en viss overføringsverdi til andre saker enn de som rammer barn, er at Barnevoldsutvalget viser til en rekke eksempler på lang saksbehandlingstid i ulike tjenester som mulige forklaringer på sen avdekking.<sup>350</sup> Dette gjaldt blant annet barneverntjenesten, BUP og Statens barnehus, men omfattet også voksenpsykiatrien, politiet, påtalemyndigheten og kriminalomsorgen. Utvalget har kommet med konkrete forslag til ytterligere utredninger og tiltak for å forbedre disse forholdene. Dette ligger imidlertid utenfor denne avhandlingens kjerne. Det sentrale poenget her er at det må tenkes på flere fronter for å sikre at alvorlige straffbare handlinger avverges i størst mulig grad. Endringer i lovreguleringen vil ikke løse alle utfordringer på området.

Saksområdet er komplekst og sammensatt, men økt håndheving og innholdsmessige og lovtekniske forbedringer kan tenkes å gjøre avvergingsplikten i strl. § 196 mer effektiv for de deler av sakskomplekset som denne berører. Videre kan straffesanksjonering av opplysningsplikten til barneverntjenesten i bvl. § 6-4, samt presiseringer og henvisninger i bestemmelser om opplysningsrett og -plikt muligens understreke alvoret som følger slike saker, og synliggjøre plikten til å avverge. En større grad av avverging av de straffbare handlinger som strl. § 196 omfatter vil kunne ha stor samfunnsøkonomisk betydning, og enda viktigere er det for den enkelte som er eller kan bli offer for straffbare handlinger av denne karakter. I tillegg fins det muligheter for å gjøre skillet mellom medvirkning og avvergingsplikt mer forutberegnelig, rimelig og rettferdig.

Alle borgere har, forankret i menneskerettighetene, et krav på vern av sine grunnleggende behov for frihet og trygghet. Strafferettslig lovgivning må avveie hensynet til samfunnets og enkeltindividets behov for beskyttelse, mot den enkeltes krav på vern mot urimelige og vilkårlige inngrep fra staten. I den samlede lovreguleringen som omhandler avverging av alvorlige straffbare handlinger, ligger det i norsk rett handlingsrom til å utbedre rettssikkerheten på begge disse områder, uten at det går på bekostning av hverandre.

---

<sup>350</sup> NOU 2017: 12 *Svikt og svik*, s. 54-55.

# Kildeliste

## Lovregister og konvensjoner

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1842	Lov 20. august 1842 nr. 12 om Forbrydelser (opphevet)
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) (opphevet)
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 13 Militær straffelov
1930	Lov 15. april 1930 nr. 126 Borgerlig straffelov (Dansk straffelov)
1950	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene (Den europeiske menneskerettskonvensjon)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1989	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)
1992	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
1997	Lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

1999	Lov 02. Juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
1999	Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
2003	Lov 04. Juli 2003 nr. 84 om frittstående skolar (friskolelova)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2009	Lov 18. Desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven)
2011	Lov 24. Juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
2018	Lov 01. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr. 79 (1988-1989)	<i>Om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.m.</i>
Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)	<i>Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven).</i>
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	<i>Om lov om straff (straffeloven).</i>
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.</i>
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).</i>

- Prop. 116 L (2009-2010) *Endringer i domstoloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m) og straffeloven 1902 (avvergingsplikt).*
- Prop. 64 L (2014-2015) *Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005 (straffelovens ikraftsettingslov).*
- Prop. 169 L (2016-2017) *Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).*
- NOU 1988: 29 *Etterforskning av incestsaker.*
- NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII.*
- NOU 2003: 18 *Rikets sikkerhet – Straffelovkommisjonens delutredning VIII.*
- NOU 2017: 12 *Svikt og svik – Gjennomgang av saker hvor barn har vært utsatt for vold, seksuelle overgrep og omsorgssvikt.*

## **Litteratur**

### **Bøker**

- Andenæs (2016) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget, Oslo 2016.
- Andenæs (1942) Andenæs, Johs. *Straffbar unnløstelse: et bidrag til strafferettsdogmatikken*, Tanum, Oslo 1942.
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm, Oslo 2017.
- Grønning (2019) Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2019.
- Holmboe (2017) Holmboe, Morten, *Tale eller tie: Om plikt til å avverge alvorlige lovbrudd og uriktige domfellelser*, 1. utgave, Gyldendal norsk forlag, Oslo 2017.



- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk, førebuing*, Universitetsforlaget, Oslo 1999.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter, «Reelle hensyn», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) Universitetsforlaget, Oslo 2019.
- Mathiesen (2011) Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet: En innføring i retts sosiologi*, 6. utgave, Pax forlag, Oslo 2011.
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff: De straffbare handlingene. Kapittel 17-31: Kommentirutgave*, Universitetsforlaget, Oslo 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, Oslo 2018.

## **Artikler**

- Dullum (2017) Dullum, Jane og Elisiv Bakketeig, «Bruk av legalstrategi mot vold i nære relasjoner», *Tidsskrift for strafferett*, 2017 s. 103–125.
- Frøberg (2015) Frøberg, Thomas, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens venner*, 2015 s. 46-71.
- Høgberg (2013) Høgberg, Alf Petter og Henriette Nilsson Tøssebro, «Om aktiv og passiv medvirkning» i *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland*, Alf Petter Høgberg, Runar Torgersen og Trond Eirik Schea (red.), Cappelen Damm, 2013 s. 123-148.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for strafferett*, 2018 s. 202-215.
- Øyen (2014) Øyen, Ørnulf, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn: Noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner», *Tidsskrift for strafferett*, 2014 s. 249-261.

## **Domsregister**

### **Høyesterett**

Rt. 1947 s. 69	Rt. 2010 s. 1328
Rt. 1970 s. 1235	Rt. 2010 s. 1630
Rt. 1979 s. 1	Rt. 2010 s. 1638
Rt. 1979 s. 1492	Rt. 2011 s. 1110
Rt. 1980 s. 1142	Rt. 2012 s. 313
Rt. 1989 s. 1004	Rt. 2013 s. 588
Rt. 1991 s. 600	Rt. 2013 s. 879
Rt. 1994 s. 506	Rt. 2013 s. 1015
Rt. 1995 s. 355	Rt. 2013 s. 1686
Rt. 1995 s. 820	Rt. 2015 s. 81
Rt. 1997 s. 1821	Rt. 2015 s. 93
Rt. 2000 s. 40	HR-2016-2228-A
Rt. 2003 s. 593	HR-2017-824-A
Rt. 2004 s. 1343	HR-2018-390-A
Rt. 2005 s. 1319	HR-2018-2452-A
Rt. 2008 s. 1491	HR-2019-561- A
Rt. 2009 s. 187	HR-2019-621-A
Rt. 2009 s. 1365	HR-2019-1675-A
Rt. 2009 s. 1498	HR-2019-2205-A
Rt. 2010 s. 949	

## **Underrettspraksis**

LE-2008-196725

LG-2016-2849

LA-2018-26907

RG-2012-1153

Oslo tingretts dom 18.04.2012, saksnr. 12-026963MED-OTIR/06 (upublisert)

TBERG-2015-5012

Oslo tingretts dom 19.06.2018, saksnr. 17-179717MED-OTIR/04 (upublisert)

## **Forvaltningspraksis**

HPN-2017-5466

## **Øvrige offentlige dokumenter og nettbaserte kilder**

Stang, Elisabeth Gording, Hilde Aamodt, Sidsel Sverdrup, Lars B. Kristofersen og Aina Winsvold (2013) *Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. Regelkunnskap og praksis*. NOVA Rapport 3/13. Hentet fra:

<https://bufdir.no/bibliotek/Dokumentside/?docId=BUF00002016> (sjekket 22.05.2020).

Justis- og Beredskapsdepartementet (2014) *Et liv uten vold. Handlingsplan mot vold i nære relasjoner (2014-2017)* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/lov-og-rett--satsing/vold-i-naere-relasjoner/handlingsplan-mot-vold-i-naere-relasjoner/id2340080/> (sjekket 22.05.2020).

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

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2018) *Kunnskap om og holdninger til vold i befolkningen*. Hentet fra:

[https://bibliotek.bufdir.no/BUF/101/Kunnskap\\_om\\_og\\_holdninger\\_til\\_vold\\_i\\_befolkningen\\_Gjennomfort\\_av\\_Sentio\\_Research\\_Norge\\_2017\\_2018.pdf](https://bibliotek.bufdir.no/BUF/101/Kunnskap_om_og_holdninger_til_vold_i_befolkningen_Gjennomfort_av_Sentio_Research_Norge_2017_2018.pdf) (sjekket 22.05.2020).

Riksadvokaten (2015) *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2015 – politiet og statsadvokatene*. Rundskriv nr. 1/2015. Hentet fra: <https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2015/> (sjekket 22.05.2020).

Riksadvokaten (2016) *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2016 – politiet og statsadvokatene*. Rundskriv nr. 1/2016. Hentet fra: <https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2016/> (sjekket 22.05.2020).

Riksadvokaten (2017) *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2017 – politiet og statsadvokatene*. Rundskriv nr. 1/2017. Hentet fra: <https://www.riksadvokaten.no/document/mal-og-prioriteringsrundskriv-nr-12016/> (sjekket 22.05.2020)

Riksadvokaten (2018) *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2018 – politiet og statsadvokatene*. Rundskriv nr. 1/2018. Hentet fra: <https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2018/> (sjekket 22.05.2020).

Riksadvokaten (2017) *Lov om helsepersonell – påtalemessige direktiver*. Rundskriv nr. 3/2017. Hentet fra: <https://www.riksadvokaten.no/document/lov-om-helsepersonell-riksadvokatens-direktiver/> (sjekket 22.05.2020).

Justis- og beredskapsdepartementet (2018) Høringsnotat – *Høring – Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, tvangsekteskap, skyting mot politiet m.m.)* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/> (sjekket 22.05.2020).

Riksadvokaten (2019) Høringssvar – *Høring – Forslag til endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/?uid=f35e8ffd-518c-4da2-ae1a-021525f51852> (sjekket 22.05.2020).

Advokatforeningen (2019) Høringssvar – *Høring – Forslag til endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/?uid=11dd6591-2148-4688-a00c-91688d236739> (sjekket 22.05.2020).

Den norske legeforening (2019) Høringssvar – *Forslag til endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/?uid=ad592bb9-a875-4e61-87d1-069191784fe1> (sjekket 22.05.2020).

Stine Sofies Stiftelse (2019) Høringssvar – *Endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/?uid=0545dc3b-129d-415f-8f0f-af82ca98a527> (sjekket 22.05.2020).

Forandringsfabrikken (2019) Høringssvar – *Innspill til endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-straffeloven-mv.-avvergingsplikt-tvangsekteskap-skyting-mot-politiet-m.m/id2618654/?uid=8aa2ddf1-9b7a-45aa-a42d-dd6bdaa03d46> (sjekket 22.05.2020).

Politidirektoratet (2019) Høringssvar – *Forslag til endringer i straffeloven mv.* Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/496d2b19a7c340a78681c8a391b73f44/politidirektoratet.pdf?uid=Politidirektoratet> (sjekket 22.05.2020).

Nettside om avvergingsplikten:  
<https://plikt.no/> (sjekket 26.05.2020).

