



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet ved UiT

Den nedre grense for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn

Preben Aakre

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 høsten 2022

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning	1
1.1.	Tema og formål for oppgaven	1
1.2.	Begrepsavklaring.....	2
1.3.	Temaets plassering i rettsområdet	2
1.4.	Nye trekk i rettskildebildet	3
1.5.	Avgrensning	4
1.6.	Metodiske særtrekk ved oppgaven	5
1.7.	Den videre framstilling.....	7
2.	Straffeloven § 282	8
2.1.	Vilkårene for straffansvar	8
2.2.	Objektiv overtredelse av straffebudet	8
2.3.	Kravet til skyld	10
2.4.	Materiell rettsstridsreservasjon	12
3.	Fysisk og psykisk medvirkning	15
3.1.	Objektiv overtredelse av straffebudet	15
3.2.	Kravet til subjektiv skyld.....	18
4.	Passiv medvirkning	19
<u>4.1.</u>	<u>Utgangspunktet for passiv medvirkning</u>	19
4.2.	Situasjon hvor det oppstår en handleplikt	19
4.3.	Kravet til årsakssammenheng passiv medvirkning.....	21
4.4.	Kravet til skyld ved passiv medvirkning	22
4.5.	Materiell rettsstridsreservasjon ved passiv medvirkning.....	23
5.	Passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn	25
<u>5.1.</u>	<u>Utgangspunktet for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn</u>	25
5.2.	Kravet til kunnskap om mishandlingen	26
5.3.	Kravet til særlig tilknytning til fornærmede.....	31
5.4.	Helhetlig vurdering av om medvirker har gjort noe som er egnet til å motvirke lovbruddet	35
6.	Rettspolitiske betraktninger	44
6.1.	Klarhetskravet	44
6.2.	Kunnskapskravet og skyldkravet	47
7.	Referanseliste	50

1. Innledning

1.1. Tema og formål for oppgaven

Temaet for oppgaven er det strafferettslige medvirkningsansvaret, herunder med fokus på passiv medvirkning og den nedre grensen for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn, jf. lov om straff § 282.¹ Det strafferettslige medvirkningsansvaret er det straffansvaret som kan ilegges en som medvirker til en lovovertrødelse, jf. strl. § 15.

Det følger av strl. § 15 at «[e]t straffebed rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Utgangspunktet etter strl. § 15 er at medvirkning til et straffebed er straffbart. Ordlyden «når ikke annet er bestemt» betyr at lovgiver må spesifisere i det enkelte straffebed at medvirkning ikke er straffbart, se for eksempel straffeloven § 129 annet ledd.

Medvirkningsansvaret utvider straffansvaret sammenlignet med hvis bare den som utførte gjerningsbeskrivelsen i lovens ord skulle straffes. For eksempel straffes ikke bare den som utøver mishandling i nære relasjoner, jf. strl. § 282, men også «den som medvirker til overtredelsen» etter strl. § 15.

Medvirkning kan bestå i fysisk, psykisk og passiv medvirkning. De to førstnevnte kategoriene består i en positiv tilskyndelse til hovedpersonens lovbrudd.² Passivt medvirkningsansvar er de tilfeller hvor medvirkeren straffes fordi han har unnlatt å handle.³

Problemstillingene i oppgaven er å redegjøre for temaet passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn og hvor den nedre grense for dette går. Videre vil jeg drøfte legalitetsprinsippets betydning i læren om passiv medvirkning og drøfte rettspolitiske spørsmål.

Formålet med oppgaven er å forsøke å klargjøre rettstilstanden i saker om passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner samt å redegjøre for problematikken som oppstår med tanke på legalitetsprinsippet.

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

² Thomas Frøberg, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, første utgave, Oslo 2016 s. 186.

³ Frøberg (2016) s. 188.

1.2. Begrepsavklaring

Jeg vil i det følgende bruke begrepet «hovedperson» om personen som overtrer straffebudet i strl. § 282. Begrepet «hovedgjerning» benytter jeg om den straffbare handlingen som faller under gjerningsbeskrivelsen i strl. § 282.

Begrepet «medvirker» bruker jeg om den som medvirker til hovedgjerningen. Medvirkerens bidrag til hovedgjerningen omtales som en «medvirkningshandling».

1.3. Temaets plassering i rettsområdet

Medvirkning hører til under strafferetten, herunder ansvarslæren. Ansvarslæren er den delen av strafferetten som angir vilkårene for at et straffansvar oppstår.⁴ Medvirkning knytter seg til det objektive vilkår for straffbarhet, til spørsmålet om en tiltalt objektivt sett har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i strl. § 15.

I forarbeidene er det uttalt at dersom det først er grunnlag for å kriminalisere hovedgjerningen, vil det normalt være god grunn til å kriminalisere medvirkningen til denne.⁵

Det følger av strl. § 15 at et straffebud «også» rammer den som medvirker til overtredelsen, dette utvider straffansvaret til *også* å gjelde medvirkeren, i tillegg til den som overtrer straffebudet. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at medvirkeren skal dømmes på selvstendig grunnlag.

Rettspraksis støtter ordlydsfortolkningen. Etter norsk rett følger et prinsipp om individuell bedømmelse. Dette betyr at hver tiltalt skal dømmes individuelt for eget bidrag til lovovertrедelsen.⁶

Det følger av forarbeidene til straffeloven av 2005 at «medvirkningsansvaret fortsatt skal være et selvstendig straffansvar».⁷ Dette medfører at det må foretas en «selvstendig vurdering av om den mulige medvirkeren oppfyller straffbarhetsvilkårene».

⁴ Frøberg (2016) s. 66.

⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 96.

⁶ Se blant annet Rt. 2013 s. 789 avsnitt 55.

⁷ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) på side 412.

Et eksempel på tilfeller hvor medvirkeren kan dømmes, men ikke hovedpersonen er når det foreligger straffrihetsgrunner for hovedpersonen, men ikke for medvirkeren. For eksempel at hovedpersonen er utilregnelig.

1.4. Nye trekk i rettskildebildet

En sak som førte til oppmerksomhet rundt spørsmålet om passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner, er den mye omtalte Christoffer-saken.⁸ Saken omhandlet 8 år gamle Christoffer som i 2005 døde etter omfattende mishandling fra sin stefar. Stefaren ble dømt for både legemsbeskadigelse med døden til følge og mishandling.⁹

Saken fikk medieoppmerksomhet og det ble senere tatt ut tiltale mot moren til Christoffer for å passivt ha medvirket til mishandlingen. Hun ble i lagmannsretten dømt for å ha passivt medvirket til legemskrenkelse med skade til følge.¹⁰

Dommen fra lagmannsretten ble anket. Anken ble ikke tillatt fremmet av Høyesterett og ankeutvalget uttalte at der det «foreligger handleplikt i kraft av omsorgsansvar for et barn» vil «[r]en passivitet ... kunne være tilstrekkelig for å etablere et straffansvar».¹¹

Med denne avgjørelsen konstaterte Høyesterett at medvirkeren kan dømmes for medvirkning i tilfeller hvor medvirkeren har forholdt seg helt passivt.

Høyesterett har i 2019 og 2020 avsagt tre dommer som utvikler det passive medvirkningsansvaret.¹²

I disse sakene kom Høyesterett til at foreldre og steforeldre skulle dømmes for medvirkning til mishandling i nære relasjoner, til tross for at de forholdt seg passivt. Medvirkerne forsøkte å stoppe hovedpersonene, men Høyesterett kom til at de ikke gjorde nok.

I HR-2019-561-A (*Stemordommen*) kom flertallet i Høyesterett under skarp dissens 3-2 til at stemoren til fornærmede skulle dømmes for passiv medvirkning selv om hun hadde forsøkt å motvirke mishandlingen mot sitt stebarn.

⁸«Stefar må sone åtte år», VG, 14. juli 2009, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/vapxX/stefar-maa-sone-aatte-aar> (sist lest 08.12.2022).

⁹ LA-2008-179127.

¹⁰ LA-2012-92858.

¹¹ Rt. 2013 s. 1015.

¹² HR-2020-1343-A avsnitt 16 med henvisning til HR-2019-561-A (stemor) og HR-2019-2205-A (stefar).

Mindretallet var uenig. De mente stemoren hadde motvirket mishandlingen nok til at hun skulle unndra seg straffansvar, og kom til at hun ikke skulle straffes for medvirkning.

Flertallet og mindretallet var enige i det rettslige utgangspunktet om at en medvirker kan holdes strafferettslig ansvarlig selv om de forsøkte å forhindre hovedgjerningen.

I HR-2019-2205-A (*Stefardommen*) og HR-2020-1343-A (*Fardommen*) var også spørsmålet om en medforelder, en stefar og en far, skulle dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn. Høyesterett kom i begge sakene til at medvirkeren skulle holdes strafferettslig ansvarlig som passiv medvirker.

Flertallets begrunnelse i *Stemordommen* har i ettertid fått kritikk.¹³ Kritikken baserer seg på at Høyesterett går langt i å utvikle den passive medvirkningslæren og at rettstilstanden derfor blir usikker. Artikkelforfatteren mener at det ikke er Høyesteretts ansvar, men at det er lovgivers ansvar å klargjøre rettstilstanden.

Kritikken sammenholdt med mindretallets begrunnelse i saken taler for at det passive medvirkningsansvaret er en aktuell problemstilling.

1.5. Avgrensning

Jeg avgrenser oppgaven til å redegjøre for passiv medvirkning i saker om mishandling i nære relasjoner mot barn fra omsorgspersoner, jf. strl. §§ 282 og 283. Jeg vil ikke behandle mishandling i nære relasjoner mot ektefeller, foreldre osv. Med barn menes barn under 18 år, uavhengig av om det er biologisk barn, adoptivbarn, stebarn eller fosterbarn.

Jeg avgrenser til dette fordi Høyesterett har avsagt tre dommer på dette området de siste årene.

Jeg avgrenser oppgaven til kun å drøfte den materielle rettsstridsreservasjonen av straffrihetsgrunnene. Dette gjør jeg fordi de fleste straffrihetsgrunnene er utenfor kjernen av temaet passiv medvirkning. Jeg anser bare den materielle rettsstridsreservasjonen som relevant for oppgavens tema.

¹³ Se Rivera, Daniella, «Når skal lovgiver komme på banen?», *Rettt24.no*, 23. april 2019. <https://rett24.no/articles/nar-skal-lovgiver-komme-pa-banen> (sist lest 08.12.2022)

Jeg avgrenser oppgaven mot straffenivået. Dette gjør jeg fordi straffenivået ikke er en del av ansvarslæren. Straffenivået er aktuelt først etter straffansvar er ilagt en som er tiltalt.

Jeg avgrenser oppgaven mot forsøk på passiv medvirkning. Dette gjør jeg fordi forsøk på passiv medvirkning er lite praktisk konstruksjon som ligger utenfor kjernen av oppgavens tema.

1.6. Metodiske særtrekk ved oppgaven

Oppgaven vil benytte alminnelig juridisk metode etter Jens Edvin Skoghøys modell, likevel med enkelte metodiske særtrekk som gjør seg gjeldende på strafferettens område.¹⁴

Det er særlig et metodisk særtrekk som gjør seg gjeldende i oppgaven. På strafferettens område er legalitetsprinsippet særlig viktig. Legalitetsprinsippetets innhold legger føringer for hvordan rettskildene skal tolkes og anvendes.¹⁵

Legalitetsprinsippet kommer til uttrykk i Grunnloven,¹⁶ Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 7¹⁷ og strl. § 14.

Det følger av Grl. § 96 (1) at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom». Det følger av strl. § 14 at «[s]trafferettslige reaksjoner ... kan bare ilegges med hjemmel i lov». Dette innebærer at det er et formelt krav om at straffen må kunne forankres i en lovbestemmelse.¹⁸

Skal noen dømmes må dette skje etter en lovbestemmelse fastsatt av den lovgivende myndighet. Dette er en side av maktfordelingsprinsippet og er vesentlig for borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet, idet det bestemmer at en atferd bare er straffbart så fremt myndighetene kan vise til en lovbestemmelse som rammer den.¹⁹

For å sikre forutberegnelighetsidealet må legalitetsprinsippetets formelle krav om hjemmel i lov suppleres med to materielle krav til strafferegelens forankring i gjerningsbeskrivelsen. Det første er et krav om at straffebudene ikke er for upresist formulert (klarhetskravet). Det andre

¹⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

¹⁵ Frøberg (2016) s. 69.

¹⁶ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grunnloven eller Grl.) § 96 (1).

¹⁷ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (heretter EMK).

¹⁸ Frøberg (2016) s. 70.

¹⁹ Frøberg (2016) s. 70.

kravet er at straffebudene ikke kan tolkes utvidende til ugunst for individet (analogiforbudet).²⁰

Høyesterett har slått fast at «Grunnloven § 96 stiller samme krav til klarhet i angivelse av det straffbare forholdet som EMK artikkel 7». ²¹ Jeg vil derfor ikke redegjøre for hvilke krav EMK artikkel 7 stiller til klarhetskravet.

Jeg velger å ikke redegjøre ytterligere for analogiforbudet da jeg ikke anser det som relevant for oppgaven å problematisere.

Høyesterett har uttalt med henvisning til flere andre høyesterettsavgjørelser at en bestemmelse som skal danne grunnlag for straffansvar, må «være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes». ²²

Klarhetskravet stiller krav til forutberegnelighet for den eventuelle straffedømte. I *Stefardommen* uttaler førstvoterende at lovskravet setter «skranker for hvor langt domstolene kan gå i å utfylle ordlyden» og at med hensyn til lovskravet er det grunn til å vise varsomhet i ordlydsfortolkningen. ²³

Det er rettet kritikk mot læren om passiv medvirkning fordi læren ikke er tilstrekkelig forankret i ordlyden i strl. § 15. ²⁴ Kritikken baserer seg på at ordlyden «medvirker» henviser til en årsakssammenheng og fordrer en aktiv handling.

Etter passiv medvirkning kan den eventuelle medvirkeren straffes for ikke å ha oppfylt en handleplikt, sammenlignet med ordlyden «medvirker» som tilsier at det må foreligge en aktiv handling.

Spørsmålet er om strl. § 15 er tilstrekkelig klar ved passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn. Dette er ikke besvart generelt, men i *Stefardommen* og *Fardommen* kom

²⁰ Frøberg (2016) s. 71.

²¹ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 18.

²² HR-2020-955-A avsnitt 22, med henvisning til Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21, Rt. 2012 s. 752 avsnitt 26, Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15-18 og HR-2016-1458-A avsnitt 8.

²³ HR-2019-2205-A avsnitt 55 og 56.

²⁴ Ørnulf Øyen, «Medvirkning, utilstrekkelig motvirkning og strafferetten», *Lov og rett volum 59 utgave 9*, 2020. s. 519-520.

Høyesterett til at «medvirkningsansvar for A ikke kommer i konflikt med lovskravet» og at «lovskravet [ikke] er til hinder» for Høyesteretts presisering av kunnskapskravet.²⁵

Klarhetskravet ble overraskende nok ikke drøftet i *Stemordommen*.²⁶

1.7. Den videre framstilling

Jeg finner det hensiktsmessig å først presentere vilkårene for straffansvar for strl. §§ 282 og 283 om henholdsvis mishandling i nære relasjoner og grov mishandling i nære relasjoner i punkt 2. Deretter vil jeg redegjøre for vilkårene for å ilegge strafferettslig fysisk og psykisk medvirkningsansvar i punkt 3. I punkt 4 vil jeg redegjøre for de vilkårene som gjør seg gjeldende for å konstatere passivt medvirkningsansvar. I punkt 5 vil jeg redegjøre for vilkårene som gjør seg spesielt gjeldende for å statuere passivt medvirkningsansvar i saker om mishandling i nære relasjoner mot barn.

I punkt 6 vil jeg drøfte den rettspolitiske problematikken som knytter seg til passiv medvirkning og alternativer for å løse denne problematikken.

²⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 56 og HR-2020-1343-A avsnitt 23.

²⁶ HR-2019-561-A.

2. Straffeloven § 282

2.1. Vilkårene for straffansvar

Jeg velger å benytte meg av Jon Petter Ruis modell av ansvarslæren med tre vilkår for straff.²⁷

For å kunne strafferettslig dømmes for strl. § 282 kreves det at 1) hovedpersonen objektivt har overtrådt straffebudet, 2) at hovedpersonen har utvist tilstrekkelig subjektiv skyld, 3) og at ikke foreligger en materiell rettsstridsreservasjon.

2.2. Objektiv overtredelse av straffebudet

Det første grunnvilkåret for straffansvar er at hovedpersonen har opptrådt i strid med en rettsregel som forbyr eller påbyr en bestemt adferd.²⁸

Siden legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov for å påføre straff er det gjerningsbeskrivelsen i straffebudene som bestemmer fastleggelsen av rettsregelen.²⁹ Legalitetsprinsippet oppstiller et krav om klarhet for fastleggelsen av rettsregelen, se punkt 1.6.

For en rettsanvender er spørsmålet om hovedpersonen objektivt sett har overtrådt en rettsregel som følger av et straffebud.

Straffebudets gjerningsbeskrivelse angir hva hovedpersonen må ha gjort mot fornærmede. Personkretsen i bokstav a til e angir hvem fornærmede må være for at straffebudet skal komme til anvendelse.

Etter strl. § 282 første ledd straffes den som «ved trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser, alvorlig eller gjentatt mishandler» enten a) sin «nåværende eller tidligere ektefelle eller samboer», b) sin «eller nåværende eller tidligere ektefelles eller samboers slektning i rett nedstigende linje», c) sin «slektning i rett oppstigende linje», d) «noen i sin husstand» eller e) «noen i sin omsorg».

For at gjerningsbeskrivelsen skal være overtrådt må hovedpersonen 1) benytte seg av «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser», 2) disse handlingene må utgjøre

²⁷ Jon Petter Rui (2021), *Digital forelesningsrekke i strafferett*, publisert i Canvas fra 25.08.2021 til 03.09.2021 ved UiT høsten 2021.

²⁸ Frøberg (2016) s. 69.

²⁹ Frøberg (2016) s. 69.

«alvorlig eller gjentatt» mishandling og 3) må være rettet mot noen i personkretsen fra bokstav a til e.

Handlingsalternativene trusler, tvang, frihetsberøvelse og vold omfattes av straffebudene § 251 om tvang, § 254 om frihetsberøvelse, § 263 om trusler og §§ 271-274 om kroppskrenkelse og kroppsskade. Disse straffebudene er utgangspunktet i tolkningen av om hovedpersonen har utført disse handlingsalternativene.

Alternativet «andre krenkelser» er en samlebetegnelse for øvrige handlinger, inkludert psykiske krenkelser og handlinger som ikke er kriminalisert.³⁰ For eksempel kan det utgjøre mishandling av et barn å la barnet være vitne til vold mot barnets mor.³¹

Ordlyden «mishandler» viser at bestemmelsen bare omfatter mer kvalifiserte forhold.³² Straffebudet knytter seg mot tilfeller der handlingene samlet sett «danner et mønster som resulterer i at den som rammes må leve under et 'regime' preget av kontinuerlig utrygghet og frykt for vold».³³

For at mishandlingen skal anses som «gjentatt» er det i utgangspunktet nok at det foreligger to krenkelser.³⁴ For at mishandlingen skal anses som «alvorlig» er det tilstrekkelig med en enkelthendelse, dersom «den er alvorlig nok og egnet til å skape frykt for fremtidig mishandling».³⁵

Personkretsen i bokstav a til e er legaldefinerte. Alternativene i bokstav a omfatter nåværende og tidligere samboere og ektefeller. Bokstav b omfatter barn, barnebarn og videre slektsledd i nedstigende linje av nåværende eller tidligere samboere og ektefeller. Bokstav c omfatter egne barn, barnebarn og videre slektsledd i rett nedstigende linje.

Alternativene i bokstavene d og e er preget av mer skjønn.

Etter bokstav d må hovedpersonen mishandle «noen i sin husstand». Høyesterett har drøftet begrepet etter den gamle straffeloven av 1902 § 219 og la til grunn at husstandsbegrepet er ment å være «forholdsvis vidtrekkende».³⁶ Avgjørende for om noen tilhører samme

³⁰ HR-2019-621-A avsnitt 15.

³¹ Rt. 2010 s. 129 og Rt. 2010 s. 949.

³² Rt. 2013 s. 329 avsnitt 13.

³³ Rt. 2010 s. 129 på avsnitt 21 og blant annet Rt. 2013 s. 879 på avsnitt 30.

³⁴ Se blant annet Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) på s. 45-46.

³⁵ HR-2018-112-A avsnitt 17 med videre henvisning til Rt. 2014 s. 695 avsnitt 13 flg.

³⁶ Rt. 2011 s. 1412 avsnitt 15.

«husstand», er om man bor sammen og har felles husholdning, for eksempel venner som bor sammen i bokollektiv.³⁷

Etter bokstav e må hovedpersonen mishandle «noen i sin omsorg». Etter dette alternativet kreves det ikke at man er i familie eller deler husstand. Et eksempel er om morens kjæreste mishandler morens barn, uten at hovedpersonen bor i samme husstand som barnet eller er samboer med moren.

Dette fordrer at morens kjæreste har et slikt forhold til barnet at barnet kan anses å være i hovedpersonen «sin omsorg». I vurderingen av om barnet er i hans omsorg er et moment om morens kjæreste er involvert i barnas liv, for eksempel om de omtaler han som pappa og om han har daglig omsorg for dem.³⁸

Hvis gjerningsbeskrivelsen i strl. § 282 er overtrådt må det vurderes om hovedpersonen skal straffes for grov mishandling i nære relasjoner etter strl. § 283.

Det følger av ordlyden at hvorvidt mishandlingen er grov beror på en helhetsvurdering hvor det skal «særlig legges vekt på om den har hatt til følge betydelig skade eller død» og for øvrig etter bokstav a til c, a) «dens varighet», b) om mishandlingen «er utført på særlig smertefull måte, eller har hatt til følge betydelig smerte», eller c) «om den er begått mot en forsvarsløs person».³⁹

En betydning av å dømmes for grov mishandling i nære relasjoner etter strl. § 283 sammenlignet med mishandling i nære relasjoner etter strl. § 282 er at strafferammen i strl. § 283 er økt til «fengsel inntil 15 år».⁴⁰

Hvis en hovedperson ikke objektivt har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i straffebudet kan han ikke ilegges straffansvar etter det straffebudet.

2.3. Kravet til skyld

³⁷ Ot.prp. nr. 113 (2004–2005) s. 46 med videre henvisning til Rt. 1973 s. 442.

³⁸ HR-2019-2205-A avsnitt 42.

³⁹ Straffeloven § 283.

⁴⁰ Straffeloven § 283 første ledd.

Det andre grunnvilkåret for straff er at hovedpersonen har utvist den nødvendige skyld.⁴¹ Straffeloven opererer med to former for skyld, forsett og uaktsomhet. Jeg vil ikke redegjøre for uaktsomhet fordi uaktsomhet ikke er straffbart etter strl. § 282.⁴²

Straffelovgivningen rammer bare «forsettlig lovbrudd, med mindre annet er bestemt».⁴³ Med dette menes at utgangspunktet for skyldkravet er forsett, men at også uaktsomhet og grov uaktsomhet kan være tilstrekkelig for å straffedømmes.

Begrunnelsen bak hovedregelen om forsett er at den som forsettlig overtrer loven, vanligvis er «vesentlig mer å bebreide enn selv den grovt uaktsomme lovbrøyer».⁴⁴

Et sentralt prinsipp i skyldvurderingen er dekningsprinsippet. Dette prinsippet innebærer at «[s]kylden må foreligge på handlingstidspunktet, og må som hovedregel omfatte alle momenter i straffebedets gjerningsinnhold».⁴⁵ Begrunnelsen bak dekningsprinsippet er at vedkommende må kunne «klandres for sin handlemåte» for å ilegges straff.⁴⁶

En hovedperson kan ikke klandres for sin handlemåte hvis han ikke har hatt tilstrekkelig skyld ovenfor hvert moment i straffebedets gjerningsinnhold.

Anvendt på strl. § 282 betyr det at hovedpersonen må ha forsett om å utøve «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser», han må ha forsett om at det utgjør «alvorlig eller gjentatt» mishandling og han må ha forsett om at han utøver det mot noen i straffebedets personkrets.

Et eksempel er at hovedpersonen utøver «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser» som utgjør «alvorlig eller gjentatt» mishandling, men hovedpersonen visste ikke at fornærmede inngikk i personkretsen.

I et slikt tilfelle omfatter ikke hans skyld alle momentene i straffebedets gjerningsinnhold. Da har ikke hovedpersonen overtrådt gjerningsbeskrivelsen i strl. § 282 med tilstrekkelig subjektiv skyld.

⁴¹ Frøberg (2016) s. 121.

⁴² Straffeloven §§ 21-23.

⁴³ Straffeloven § 21.

⁴⁴ NOU 2002:4 s. 87.

⁴⁵ NOU 1992: 23 s. 112.

⁴⁶ NOU 1992: 23 s. 112.

Forsett foreligger når hovedpersonen objektivt sett har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i et straffebud enten 1) med «hensikt» eller, 2) med «bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen» eller 3) «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet».⁴⁷

Forenklet omtales disse formene for hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett (eller dolus eventualis).

Hensiktsforsett innebærer at hovedpersonen har overtrådt gjerningsbeskrivelsen med «hensikt» om å utføre gjerningsbeskrivelsen. Et eksempel er forelderen som med hensikt slår og låser barnet sitt inne i en lang periode. Denne forelderen har hensiktsforsett med hensyn til alle momentene i gjerningsbudet.

Sannsynlighetsforsett innebærer at hovedpersonen handlet med bevissthet om at det i det minste var sannsynlighetsovervekt for at hans handling overtrådte gjerningsbeskrivelsen.

Anvendt på strl. § 282 kan et eksempel være at en voksen mishandler et barn og det tvilsomme er om barnet omfattes av personkretsen. Hvis han anser det som over 50 % sannsynlig at barnet er «sin ... slektning i rett nedstigende linje» har han sannsynlighetsforsett med hensyn til at barnet han slår er hans barn.

Eventuelt forsett dekker de tilfeller hvor hovedpersonen velger å handle selv om han holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, ... og han handler selv om det skulle være tilfelle. Med «holder det for mulig» menes at det er mindre enn 50 % sannsynlig.

Anvendt på strl. § 282 kan et eksempel på dolus eventualis være at en voksen bestemmer seg for å utøve mishandling mot et barn. Han tenker deretter over muligheten for at barnet er hans barn, men han holder det for mulig at det er hans barn. Han bestemmer seg likevel for å utøve volden, selv om det skulle vise seg at barnet faller under personkretsen i strl. § 282. I et slik tilfelle har mannen utvist eventuelt forsett.

Disse tre formene for forsett er alternative og hvis en av de er oppfylt har hovedpersonen utvist forsett.

2.4. Materiell rettsstridsreservasjon

⁴⁷ Straffeloven § 22 første ledd bokstav a til c.

Hvis hovedpersonen objektivt sett har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i et straffebud og gjort dette med den nødvendige skyldgrad er spørsmålet om det likevel foreligger noen grunner til at hovedpersonen skal gå straffri.

Typiske eksempler på straffrihetsgrunner er at hovedpersonen handler i nødverge eller nødrett.⁴⁸

Det mest nærliggende å vurdere i lys av oppgavens tema er den materielle rettsstridsreservasjonen. Rettsstridsreservasjonen «innebærer at en handling kan tenkes å være straffri, selv om den går inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet».⁴⁹

Med dette menes at ordlyden tolkes innskrenkende. Rettsstridsreservasjonen innebærer en vurdering av om straffebudet *bør* anvendes.⁵⁰

Høyesterett har uttalt at det er «sikker rett at alle straffebud ... i prinsippet må leses med forbehold for unntakssituasjoner som ikke bør føre til straffansvar» og at det må «foretas en helhetsvurdering hvor de hensyn som straffebudet skal verne, må veies mot andre hensyn som det også er grunn til å beskytte».⁵¹

Et typisk eksempel på når straffebudet ikke bør anvendes er tilfeller hvor politiet oppbevarer narkotika når det er beslaglagt etter en ransaking. Dette innebærer en objektiv overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i strl. § 231 første ledd og politiet oppbevarer narkotikaen med forsett.

I et slikt tilfelle gjør den materielle rettsstridsreservasjonen seg gjeldende fordi formålet med bestemmelsen ikke er å straffe politiets oppbevaring av narkotika etter ransaking.

Straffriheten for den enkelte politimann faller bort i tilfelle han tar med seg beslaglagt narkotika hjem.

Anvendt på strl. § 282 gjør rettsstridsreservasjonen seg gjeldende. Et eksempel er at handlingsalternativet «frihetsberøvelse» henviser til strl. § 254, hvor det følger at den som «ved innesperring, bortføring eller på annen måte rettsstridig fritar noen friheten» skal straffes.

⁴⁸ Straffeloven §§ 17, 18 og 20.

⁴⁹ Rt. 2000 s. 646 på s. 652.

⁵⁰ Frøberg (2016) s. 82.

⁵¹ Rt. 2008 s. 1491 avsnitt 14 og 15.

Ordlyden «rettsstridig» er en henvisning til rettsstridsreservasjonen. Det er for eksempel ikke meningen bak straffebudet at moren som gir sin datter husarrest skal kunne straffes for strl. § 282.

Straffriheten strekker seg ikke lenger enn det formålet bak straffebudet tilsier.⁵² Hvis det etter forholdene viser seg at frihetsberøvelsen er rettsstridig, skal det vurderes om straffebudet om frihetsberøvelse etter strl. § 254 og eventuelt straffebudet om mishandling i nære relasjoner etter strl. § 282 er overtrådt.

Det er nærliggende at terskelen for rettsstridsreservasjonen er høy. Rettsstridsreservasjonens funksjon er å skjerme en eventuell hovedperson som ikke bør straffes når alle andre vilkår for straffansvar er oppfylt. Rettspraksis tilsier at det skal mye til for å tolke ordlyden av et straffebud innskrenkende.⁵³

Oppsummert vil det foreligge straffansvar for en hovedperson dersom han objektivt sett har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, utvist den nødvendige skyld som foreligger etter straffebudet og det ikke foreligger noen straffrihetsgrunner som gjør seg gjeldende.

⁵² Frøberg (2016) s. 82.

⁵³ Se Rt. 2011 s. 1, Rt. 2008 s. 1491, Rt. 2005 s. 1567, Rt. 2004 s. 1392 og Rt. 2001 s. 1379. I ingen av disse sakene førte påstander om frifinnelser på grunn av manglende rettsstrid frem.

3. Fysisk og psykisk medvirkning

3.1. Objektiv overtredelse av straffebudet

Etter strl. § 15 utvides straffansvaret i et gitt straffebud til også å gjelde den som «medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Med dette menes at ikke bare den som utfører hovedgjerningen skal straffes, men også den som «medvirker» til denne overtredelsen, gitt at begge har utvist nødvendig skyld.⁵⁴

En forutsetning for at det strafferettslige medvirkningsansvaret skal gjøre seg gjeldende er at det *ikke* er bestemt at medvirkningsansvaret ikke skal gjelde. Det følger for eksempel av strl. § 129 andre ledd at «[m]edvirkning straffes ikke», etter denne bestemmelsen er ikke medvirkning aktuelt. En slik regel følger ikke av strl. § 282.

For at noen skal ilegges et strafferettslig medvirkningsansvar må medvirkeren objektivt sett ha «medvirket» til overtredelsen og medvirkeren må ha utvist tilstrekkelig subjektiv skyld.

Straffeloven § 15 rammer den som «medvirker» til en lovovertrødelse. En naturlig språklig forståelse av «medvirker» er at det foreligger en aktiv handling. Av ordlyden er det nærliggende å fortolke et krav om aktivitet fra den som medvirker. Høyesterett har uttalt at det følger av ordlyden at ren passivitet i alminnelighet ikke rammes.⁵⁵

Ordlyden i strl. § 15 «medvirker til overtredelsen» oppstiller etter en naturlig språklig forståelse et krav om årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og lovovertrødelsen. Ordlyden sier ikke hvilken type årsakssammenheng som kreves.

Ordlyden i bestemmelsen er generell og må tolkes ved hjelp av øvrige rettskilder. Dette uttrykkes også i forarbeidene.⁵⁶

Det uttales i forarbeidene at medvirkningsbegrepet må avgrenses i tid, sett opp mot hovedgjerningen. Det uttales videre at det er et «grunnvilkår» for straffbar medvirkning at bistanden gis «før eller under» utføring av hovedgjerningen.⁵⁷

⁵⁴ Straffeloven § 282, jf. strl. § 15.

⁵⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 54.

⁵⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) på s. 410.

⁵⁷ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) på s. 410.

Det følger av forarbeidene at den generelle rettsstridsreservasjonen får anvendelse på medvirkningshandlinger og peker på at det ofte har stor betydning i saker om medvirkning fordi mange medvirkningshandlinger kan være dagligdagse.⁵⁸

Et eksempel på at en medvirkningshandling kan være dagligdags er at medvirkeren åpner døren og slipper inn sin voldelige ektefelle. Ved å slippe den voldelige ektefellen inn i sitt hus får den anledning til å mishandle deres barn. Å åpne en dør er en dagligdags handling som i utgangspunktet ikke er straffbart.

Det kan utledes av det samlede rettskildebildet at fire vilkår må være oppfylt for at det objektivt sett foreligger medvirkning; 1) medvirkningshandlingen må skje «før eller under utføringen av hovedgjerningen», 2) medvirkningshandlingen må som hovedregel bestå i utøvelse av en viss aktivitet, 3) det må foreligge årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen, og 4) medvirkningshandlingen må være rettsstridig.

Det *første* vilkåret er at medvirkningen skjer før eller under utføring av hovedgjerningen. Medvirkningsansvaret er tidsavgrenset. Det uttales i forarbeidene at det er et «grunnvilkår» for straffbar medvirkning at det skjer før eller under utføring av hovedgjerningen.⁵⁹ Dette er ikke relevant for oppgavens tema.

Det *andre* vilkåret er at medvirkningshandlingen «medvirker» til hovedgjerningen. Det er nærliggende å tolke ordlyden «medvirker» i strl. § 15 slik at det fordrer at det foreligger en aktiv handling fra medvirkeren.⁶⁰ Her skilles det mellom fysisk og psykisk medvirkning.

Fysisk medvirkning går ut på å lette den fysiske gjennomføringen av lovbruddet, mens den psykiske medvirkningen går ut på å styrke hovedpersonens forsett om å begå lovbruddet.⁶¹

For eksempel kan fysisk medvirkning til strl. § 282 bestå i å kjøre hovedpersonen til og fra utføringen av mishandlingen, mens psykisk medvirkning kan bestå i å oppfordre hovedpersonen til å utføre mishandlingen.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) på s. 411.

⁵⁹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 410.

⁶⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 54.

⁶¹ Frøberg (2016) s. 186.

Dette vilkåret stiller seg annerledes ved passiv medvirkning. Jeg vil gå nærmere inn på dette i punkt 4.

Det *tredje* vilkåret er at det foreligger årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen. Terskelen for årsakssammenheng fremkommer ikke av ordlyden. I forarbeidene er det uttalt at «bistanden kan være straffbar medvirkning selv om den ikke er noen nødvendig forutsetning for å kunne utføre hovedgjerningen».⁶²

Det følger av rettspraksis, hvor Høyesterett har stilt seg bak Matningsdals retningslinje, at det avgjørende for den nedre grense av årsakssammenheng er om «vedkommende handling har en slik karakter og et slikt omfang at det er naturlig å knytte straffansvar til den».⁶³

For fysisk medvirkning kreves det at medvirkningen «faktisk virker med i utføringen av hovedgjerningen», mens for psykisk medvirkning kreves det at hovedpersonen «påvirkes og blir mer innstilt på å utføre lovbruddet».⁶⁴

Et eksempel på årsakssammenheng i fysisk medvirkning til mishandling i nære relasjoner er at medvirkeren gir hovedpersonen et belte, som hovedpersonen deretter bruker til å slå sitt barn med. Medvirkningshandlingen virker med i utføringen av mishandlingen.

Et eksempel på årsakssammenheng i psykisk medvirkning til mishandling i nære relasjoner er at medvirkeren hisser opp hovedpersonen til å utføre mishandlingen. Her påvirkes hovedpersonen og blir mer innstilt på å utføre mishandlingen.

Det *fjerde* vilkåret er at den materielle rettsstridsreservasjonen ikke gjør seg gjeldende. Før det ilegges straffansvar for en medvirkningshandling må det vurderes om den alminnelige rettsstridsreservasjonen gjør seg gjeldende.

Jeg viser til punkt 2.4. om den materielle rettsstridsreservasjonen.

Den materielle rettsstridsreservasjonen innebærer at det må vurderes om en adferd som i utgangspunktet er å anse som strafferettslig medvirkning, likevel ikke bør straffes. Dette beror på en samlet vurdering av den konkrete situasjonen.⁶⁵

⁶² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 410.

⁶³ HR-2020-1681-A avsnitt 14 med henvisning til Matningsdal, Straffeloven Alminnelige bestemmelser: Kommentartutgave, 2015 s. 107.

⁶⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 411.

⁶⁵ Frøberg (2016) s. 188.

Hvis medvirkeren har oppfylt vilkårene for å dømmes for medvirkning til mishandling i nære relasjoner kan det tenkes at den materielle rettsstridsreservasjonen kommer til anvendelse hvis medvirkeren er et offer for hovedpersonens mishandling.

For eksempel kan medvirkeren være en mor som bor med sin ektefelle og deres barn. Hvis det kan bevises at hun også er et offer for ektefelles mishandling kan det tenkes at rettsstridsreservasjonen gjør seg gjeldende.

Hvis alle fire vilkårene er oppfylt har medvirkeren objektivt medvirket til hovedgjerningen.

3.2. Kravet til subjektiv skyld

Straffeloven §§ 21 og 22 om skyldkravet gjelder ved medvirkning. Loven rammer bare «forsettlig lovbrudd», med mindre annet er bestemt.

En medvirkers subjektive skyld må dekke «alle de faktiske momenter som gjør at gjerningsbeskrivelsen i vedkommende straffebud er oppfylt».⁶⁶ Skylden må med andre ord dekke både medvirkningshandlingen og hovedgjerningen.

Et eksempel er en forelder som overleverer et belte til den voldelige forelder. Den voldelige forelder bruker dette beltet til å slå barnet med. Hvis den medvirkende forelder skal straffes for medvirkning til mishandling i nære relasjoner må medvirkerens skyld dekke at han overleverte beltet *og* den omstendighet at beltet skal brukes til å slå barnet med.

Hvis medvirkeren trodde hovedpersonen skulle bruke beltet til å kle på seg, og ikke for å slå barnet med, vil medvirkeren ikke ha utøvd tilstrekkelig subjektiv skyld. I dette tilfellet dekker ikke medvirkerens skyld den omstendighet at beltet skal brukes til å slå barnet med.

Oppsummert foreligger det straffansvar for medvirkning dersom medvirkeren objektivt har «medvirket» til en lovbestemmelse som ikke er unntatt fra medvirkningsreglene jf. strl. § 15, og medvirkeren har utvist tilstrekkelig subjektiv skyld etter strl. § 21.

⁶⁶ Rt. 2008 s. 1342 avsnitt 13 og Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 413.

4. Passiv medvirkning

4.1. Utgangspunktet for passiv medvirkning

Utgangspunktet i norsk rett er at ren passivitet ikke kan føre til medvirkningsansvar.⁶⁷

Høyesterett har uttalt at dette utgangspunktet kan modifiseres i tilfeller hvor det oppstår en særlig handleplikt, blant annet i saker om overgrep mot barn.⁶⁸

Den passive medvirkningen skiller seg fra den fysiske og psykiske fordi medvirkeren straffes for å ha unnlatt å handle. Det passive medvirkningsansvaret oppstår i situasjoner hvor hendelsesforløpet gir opphav til en handleplikt for den eventuelle medvirkeren.⁶⁹ Det straffverdige er at medvirkeren unnlater å utføre en handling for å stoppe hovedgjerningen.

Vilkårene for å dømmes for passiv medvirkning stiller seg dermed annerledes enn ved fysisk og psykisk medvirkning. Det andre og tredje vilkåret, henholdsvis krav om aktiv handling og årsakssammenheng, må modifiseres.

Det er ikke et krav om aktiv handling i læren om passiv medvirkning. Dette vilkåret må modifiseres ettersom medvirkningen består i unnlattelsen av å handle. Det straffverdige er at en handling ikke ble utført. Vilkalet blir dermed at det foreligger en situasjon hvor den eventuelle medvirkeren pålegges en handleplikt.

Vilkåret om årsakssammenheng må dermed ta utgangspunkt i handleplikten, og ikke i medvirkningshandlingen.

4.2. Situasjon hvor det oppstår en handleplikt

Det er fire typetilfeller hvor passivt medvirkningsansvar gjør seg gjeldende og det oppstilles en handleplikt.⁷⁰

Det *første* typetilfellet for passiv medvirkning er i et kriminelt samvirke. For eksempel hvor to personer går sammen om et ran, men den ene av deltakerne utøver vold i tillegg til ranet.

Høyesterett har uttalt at det i saker med kriminelt samvirke vil være «ei plikt til inngripping for ein deltakar der ein annan deltakar gått lenger enn det som opphavleg var omfatta av

⁶⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 57.

⁶⁸ For eksempel HR-2019-2205-A avsnitt 56 og 57.

⁶⁹ Frøberg (2016) s. 189.

⁷⁰ Frøberg (2016) s. 190.

forsettet» og at for å unngå å bli ansvarlig for volden må medvirkeren «gjere noko for å avbryta handlinga». ⁷¹

Når medvirkeren forholder seg passiv når hovedpersonen går utover det opprinnelige forsettet tolkes det som en aksept for eskaleringen. Det oppstilles dermed en handleplikt for den eventuelle medvirkeren. Medvirkers unnlattelse av å handle i situasjonen er passiv medvirkning.

Det *andre* typetilfellet for passiv medvirkning er situasjoner hvor den eventuelle medvirkeren står i et overordnet forhold til hovedpersonen. Hvis den eventuelle medvirkeren forholder seg passiv mens den underordnede begår et lovbrudd kan det tolkes som aksept for lovbruddet.

Et eksempel på dette er når en overordnet politimann ikke griper inn når en underordnet politimann mishandler en arrestant. Høyesterett har i en slik sak domfelt den overordnede for medvirkning til den underordnede voldsbruk. ⁷²

Det *tredje* typetilfellet er hvor den eventuelle medvirkerens tilknytning til et sted begrunner handleplikten. For eksempel at medvirkeren leier ut et lokale til hovedpersonen, som hovedpersonen benytter til produksjon av hjemmebrent.

I en sak om ulovlig skjenking av alkohol i en motorsykelklubb kom Høyesterett til at åtte medlemmer skulle dømmes for passiv medvirkning til skjenkingen. Høyesterett begrunnelse for handleplikten var at medlemmene hadde en sterk tilknytning til lokalet hvor skjenkingen ble utført. Høyesterett mente at medlemmene hadde medvirket gjennom sin passivitet til den ulovlige skjenkingen av alkohol. ⁷³

Det *fjerde* typetilfellet er hvor handleplikten begrunnes i omsorgsforholdet den eventuelle medvirkeren har overfor den fornærmede. Jeg viser til *Stemorddommen* og *Stefardommen*. ⁷⁴

For passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner viser jeg til punkt 5.

Profesjonelle kan ha en slik tilknytning til fornærmede at det oppstilles en handleplikt.

En helsefagarbeider ble dømt for passiv medvirkning av grovt tyveri fordi hun ikke foretok seg noe etter å ha hørt om det planlagte ranet. Da kom Høyesterett til at «[e]n person som er

⁷¹ Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26.

⁷² Rt. 1947 s. 69.

⁷³ Rt. 1998 s. 1679.

⁷⁴ HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A.

pleietrengende og derfor må gi andre tilgang til sitt hjem, har et særlig behov for trygghet for at tilgangen ikke blir misbrukt» og at helsefagarbeideren gjennom sin rolle som pleier på nattevakt ikke uten ansvar kunne forholde seg passiv til informasjonen om ranet.⁷⁵

En drosjesjåfør ble ansett å ha en slik tilknytning til sin passasjer at det oppstilles en handleplikt. Det ble uttalt at det ikke kunne «være tvilsomt at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en slik omsorgsplikt overfor sin passasjer at det vil foreligge en aktiv handleplikt om passasjerens skulle bli utsatt for en straffbar handling».⁷⁶

Dommen drøfter ikke om drosjesjåføren konkret skal dømmes for passiv medvirkning fordi drosjesjåføren ikke bare forholdt seg passiv, men bisto positivt til ranet.

Felles for typetilfellene er at handleplikten kan oppstå når medvirkeren har en slik tilknytning til situasjonen at han gjennom sin rolle kan motvirke hovedgjerningen.

4.3. Kravet til årsakssammenheng passiv medvirkning

Ved fysisk og psykisk medvirkning foreligger det en aktiv handling som «medvirker til overtredelsen», jf. ordlyden i strl. § 15. Kravet om årsakssammenheng modifiseres fordi det i passiv medvirkning ikke foreligger en aktiv handling.

For vurderingen av årsakssammenheng i passiv medvirkning må en ta utgangspunkt i handleplikten som pålegges medvirkeren.

Husabø mener det er tilstrekkelig at hvis den eventuelle medvirkeren har gjort noe som fysisk eller psykisk motvirker hovedgjerningen skal han unngå straff. Dermed må det også oppstilles et krav om at den alternative handlingen, som medvirkeren klandres for ikke å ha foretatt, fysisk eller psykisk ville motvirket hovedgjerningen. Dette kaller Husabø et krav om hindringssammenheng.⁷⁷

Høyesterett henviste i *Stemordommen* til Erling Husabøs forståelse av kravet til årsakssammenheng. Flertallet og mindretallet er enige i hans forståelse av årsakssammenheng.⁷⁸

⁷⁵ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 15.

⁷⁶ Rt. 2009 s. 1498.

⁷⁷ Erling Husabø, *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk, førebuing*, Bergen 1999 s. 184.

⁷⁸ HR-2019-561-A avsnitt 29 (flertallet) og avsnitt 38 (mindretallet).

Virkningen av at den eventuelle medvirkeren har gjort «noe som fysisk eller psykisk motvirker handlingen» er at han ikke kan anses å ha passivt medvirket til hovedgjerningen.

Førstvoterende uttalte at det ikke betyr at det «aldri er plikt til å forsøke en alternativ handling dersom det man gjør, ikke får gjerningspersonen til å holde opp».⁷⁹

Med dette menes at medvirkeren ikke er straffri selv om han har forsøkt å få hovedpersonen til å avslutte hovedgjerningen. Handleplikten kan bestå i at medvirkeren forsøker en alternativ handling som «fysisk eller psykisk motvirker» hovedgjerningen.

Oppsummert er kravet til årsakssammenheng ved passiv medvirkning at handlingen medvirkeren klandres for ikke å ha gjort fysisk eller psykisk ville motvirket hovedgjerningen.

4.4. Kravet til skyld ved passiv medvirkning

Etter hovedregelen i strl. § 22 er skyldkravet forsett.

Det som skiller den passive medvirkning fra fysisk og psykisk medvirkning er at medvirkningshandlingen ikke er en aktiv handling, men en unnlattelse. Kravet til skyld må modifieres ved passiv medvirkning.

Etter dekningsprinsippet i strafferetten må skyldkravet dekke både medvirkningshandlingen og hovedgjerningen. Ved for eksempel passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner må medvirkeren ha forsett om at hovedpersonen utøver mishandling og medvirkeren må ha forsett om at sin passivitet medvirker til mishandlingen.

Høyesterett har uttalt at skyldkravet ved passiv medvirkning i mishandling i nære relasjoner har nær sammenheng med spørsmålet om medvirkeren objektivt sett har medvirket til hovedgjerningen.⁸⁰

I *Fardommen* uttaler førstvoterende at så lenge omsorgspersonen har «tilstrekkelig kunnskap» om at mishandlingen foregår vil forsettsbedømmelsen først og fremst knyttes til «om mishandlingen vil fortsette dersom det ikke gripes inn, og til den eller de avvergingshandlingene som pålegges i situasjonen».⁸¹

⁷⁹ HR-2019-561-A avsnitt 29.

⁸⁰ HR-2020-1343-A avsnitt 24.

⁸¹ HR-2020-1343-A avsnitt 24.

I *Fardommen* illustreres dette metodisk ved at førstvoterende konstaterer at medvirker har oppfylt kunnskapsvilkåret og deretter drøfter skyldkravet i lys av dette.⁸²

Førstvoterende konkluderer med at skyldkravet er oppfylt fordi «B forsto at den grove mishandlingen ville fortsette om han ikke grep inn», og at medvirkeren unnlot å oppfylle handleplikten om å søke ekstern hjelp fordi «han «visste» at ektefellen ikke greide å følge oppfordringen hans om ikke å bruke vold mot barna».⁸³

Oppsummert er skyldkravet forsett. Vurderingen av skyldkravet knytter seg til om hovedgjerningen fortsetter dersom medvirker ikke griper inn og oppfylder handleplikten som pålegges medvirkeren i situasjonen.

4.5. Materiell rettsstridsreservasjon ved passiv medvirkning

Hovedregelen er at ren passivitet ikke kan føre til medvirkningsansvar.⁸⁴

I forarbeidene er det uttalt at rettsstridsreservasjonen ofte får betydning i spørsmål om straffbar medvirkning fordi mange medvirkningshandlinger har et dagligdags preg.⁸⁵

Borgarting lagmannsrett har i en sak om oppbevaring av narkotika uttalt generelt om passiv medvirkning at hvis «medvirkerens handlinger fremstår som hverdagslige, er det grunn til å være tilbakeholden med å idømme straffansvar».⁸⁶

Dette gjør seg spesielt gjeldende i tilfeller av passiv medvirkning, siden medvirkningen består av å ikke foreta seg en handling. For passiv medvirkning til strl. § 282 kan medvirkningshandlingen være å sitte taus i et annet rom, mens mishandlingen foregår. Det er i utgangspunktet ikke en straffbar handling å forholde seg passiv.

I *Stemordommen* kommer den materielle rettsstridsreservasjonen ved passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner til syne.⁸⁷

⁸² HR-2020-1343-A avsnitt 26 og 27.

⁸³ HR-2020-1343 avsnitt 28-29.

⁸⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 57.

⁸⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411.

⁸⁶ LB-2020-54226 under punkt «Om medvirkning til oppbevaring av 8,5 kilo heroin på loftet i [adresse1]».

⁸⁷ HR-2019-561-A.

Flertallet og mindretallet var uenige i hvorvidt stemoren hadde gjort nok for å unndra seg det passive medvirkningsansvaret. Flertallet mente hun ikke hadde oppfylt handleplikten og var straffansvarlig som medvirker.⁸⁸

Mindretallet er enig med flertallet i det rettslige utgangspunktet, men mener at i den nedre grense for medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn kan det dras en grense mellom omsorgssvikt og medvirkning til mishandling. Mindretallet uttaler at «selv om man konkluderer med omsorgssvikt ... medfører det som nevnt ikke uten videre at hun bør anses for å ha medvirket til fortsatt mishandling av C».⁸⁹

Mindretallet uttaler videre at «det etter mitt syn [blir] for strengt å se det slik at hun ved ikke å foreta seg noe mer har medvirket til Bs videre mishandling» og påpeker at det er avstand mellom «det omsorgspersonen kan klandres for og hovedgjerningen».⁹⁰

Det må antas at mindretallets argumentasjon er en anvendelse av den materielle rettsstridsreservasjonen.

Det kan tenkes at den materielle rettsstridsreservasjonen kommer til anvendelse hvis det kan bevises at den passive medvirkeren har iverksatt eller planlagt tiltak som ville motvirket mishandlingen.

For eksempel at medvirkeren har bestilt flybilletter og tatt kontakt med et alternativt hjem for seg og barnet, men hovedpersonen ble stoppet av andre omstendigheter før medvirkeren rømte.

Oppsummert foreligger det i utgangspunktet straffansvar for en passiv medvirker hvis han befinner seg i en situasjon hvor det oppstår en handleplikt, kravet til årsakssammenheng er oppfylt, kravet til skyld er oppfylt og det ikke foreligger en materiell rettsstridsreservasjon.

⁸⁸ HR-2019-561-A avsnitt 31.

⁸⁹ HR-2019-561-A avsnitt 42.

⁹⁰ HR-2019-561-A avsnitt 42 og 43.

5. Passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn

5.1. Utgangspunktet for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn

Straffansvar for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner forutsetter at strl. § 282 er overtrådt av en hovedperson.

Hvis en person skal dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn må visse vilkår være oppfylt. Vilkårene har vokst frem i rettspraksis, jeg viser til punkt 1.4.

Det følger av Grunnloven § 104 tredje ledd at statens myndigheter skal «legge forholdene til rette for barnets utvikling» og av FNs barnekonvensjon⁹¹ artikkel 19 at staten skal «treffe alle egnede ... tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold».

Disse rettskildene tolkes slik at staten har et særlig ansvar for å beskytte barn. Dette støttes av rettspraksis.⁹² Høyesterett har uttalt at straffeforfølgning av voldsutøvere er et viktig moment i denne plikten.⁹³

Høyesterett har i *Stefardommen* oppsummert rettstilstanden for passiv medvirkning. Det blir uttalt at den som «har omsorgsansvar for barn, kan altså etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep».⁹⁴

Høyesterett har uttalt at det strafferettslige ansvaret både omfatter «ren passivitet og tilfeller hvor vedkommende ikke har gjort nok for å forhindre overgrepet».⁹⁵

Om handleplikten uttaler Høyesterett at det «ikke [er] nødvendig at det lykkes å avverge lovbruddet. Men når det gjelder alvorlige overgrep mot barn, må omsorgspersonen – innenfor det som er rimelig å kreve – i alle fall gjøre noe som er egnet til å motvirke lovbruddet. Hva som kreves, beror på en konkret vurdering av hele situasjonen».⁹⁶

⁹¹ FNs konvensjon 20. November 1989 om barns rettigheter (heretter FNs barnekonvensjon).

⁹² HR-2019-2205-A avsnitt 56.

⁹³ HR-2017-2415-A avsnitt 18.

⁹⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 76-77.

⁹⁵ Hr-2019-2205-A avsnitt 76-77.

⁹⁶ HR-2019-2205-A avsnitt 76-77.

Etter rettspraksis er det nærliggende å anta at formålet bak kriminalisering av passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner er å beskytte barn. Det straffverdige er at den passive medvirkeren unnlater å handle når barn blir utsatt for mishandling.

Spørsmålet om en person skal straffes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner besvares med utgangspunkt i tre kumulative og relative vilkår som er utviklet i rettspraksis.⁹⁷

At vilkårene er kumulative betyr at alle vilkårene må være oppfylt for at en eventuell medvirker skal dømmes for passiv medvirkning. Vilråene er relative i helhetsvurderingen. Det betyr at hvis et vilkår er oppfylt i mindre grad kan det veies opp av at et annet vilkår er oppfylt i større grad.

Det *første* vilkåret er om den eventuelle medvirker hadde tilstrekkelig kunnskap om mishandlingen. Utgangspunktet er at en ikke kan straffes for den medvirkning man ikke vet om. Hvis medvirkeren ikke hadde tilstrekkelig kunnskap, kan han ikke dømmes.

Det *andre* vilkåret er om medvirkeren har en «særlig tilknytning til gjerningssituasjonen, herunder til fornærmede».⁹⁸ Denne tilknytningen må være så sterk at det kan oppstilles en plikt til å «forsøke å hindre andres straffbare handlinger» mot den fornærmede.⁹⁹

Er tilknytningen tilstrekkelig sterk kan det en oppstilles en handleplikt for medvirkeren.

Hvis medvirkeren har kunnskap om mishandlingen og det kan oppstilles en handleplikt blir det *tredje* vilkåret om medvirkeren etter en helhetlig vurdering har gjort noe som er «egnet til å motvirke lovbruddet», det vil si om medvirkeren har oppfylt sin handleplikt.¹⁰⁰ Har medvirkeren ikke oppfylt denne handleplikten kan han dømmes for passiv medvirkning.

5.2. Kravet til kunnskap om mishandlingen

Med kunnskap om mishandlingen menes hvor mye den eventuelle medvirkeren vet om hovedpersonens mishandling av fornærmede. Utgangspunktet er at «medvirkningsansvaret først kan oppstå på det tidspunktet omsorgspersonen blir *klar over* mishandlingen».¹⁰¹

⁹⁷ HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A.

⁹⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

⁹⁹ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

¹⁰⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 57.

¹⁰¹ HR-2020-1343-A avsnitt 19.

Spørsmålet er hva som kreves for at medvirkeren er «klar over» mishandlingen.

Det er nær forbindelse mellom kunnskapskravet og vurderingen om skyld i saker om passiv medvirkning. Se punkt 4.3.

I *Stefardommen* og *Stemordommen* var medvirkeren vitne til store deler av mishandlingen som den andre forelderen påførte barna. Det var ikke tvilsomt at medvirkerne var «klar over» mishandlingen.¹⁰²

I *Fardommen* hadde ikke medvirkeren observert ektefellens mishandling av barna, men Høyesterett kom til at faren likevel «holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig» at moren grovt mishandlet barna.¹⁰³

Førstvoterende sier at det må være tilstrekkelig at medvirkeren holder det for «*mest sannsynlig*» at mishandling foregår, og viser til avvergingsplikten i strl. § 196 for en sammenligning.¹⁰⁴

Uten å begrunne hvorfor konstaterer førstvoterende at det er «ikke tilstrekkelig» for å oppfylle kunnskapskravet at den eventuelle medvirkeren bare «holdt det for mulig» at ektefellen mishandlet barna.¹⁰⁵

Denne uttalelsen er et obiter dictum fordi førstvoterende uttaler at denne «feilen ikke får betydning, fordi lagmannsretten ikke bygger domfellelsen på dette siste alternativet».¹⁰⁶

Dommer Steinsvik er ikke like kategorisk som Høyesterett for øvrig og holder åpen muligheten for at den lavere terskelen for kunnskap medfører straffansvar.

I særmerknad til *Fardommen* kommenterte høyesterettsdommer Steinsvik at det «etter omstendigheten kan være tilstrekkelig for straffansvar for passiv medvirkning ... at en omsorgsperson holder det for mulig at et barn han har omsorgen for, blir mishandlet, men velger ikke å gripe inn selv om det skulle være tilfellet».¹⁰⁷

¹⁰² HR-2019-561-A (stemor) og HR-2019-2205-A (stefar).

¹⁰³ HR-2020-1343-A avsnitt 27.

¹⁰⁴ HR-2020-1343-A avsnitt 22.

¹⁰⁵ HR-2020-1343-A avsnitt 27.

¹⁰⁶ HR-2020-1343-A avsnitt 27.

¹⁰⁷ HR-2020-1343-A avsnitt 45.

Det er nærliggende å tolke denne uttalelsen slik at den knytter seg til førstvoterendes uttalelser om at det ikke er «tilstrekkelig at B bare «holdt det for mulig» at ektefellen mishandlet barna».¹⁰⁸

For det første er førstvoterendes uttalelse om kunnskapskravet et obiter dictum fordi problemstillingen ikke kom på spissen i saken. For det andre har uttalelsen en særmerknad knyttet til seg. For det tredje begrunner ikke førstvoterende sin konklusjon om kunnskapskravet. Det er dermed vanskelig å konkludere med hva gjeldende rett er når det gjelder den nedre grensen til kunnskapskravet.

Konklusjonen er at det er «tilstrekkelig» for å dømmes for passiv medvirkning at omsorgspersonen holder det for «mest sannsynlig» at mishandlingen foregår.

Et relevant spørsmål er hvilken betydning som skal tillegges kunnskapen en eventuell medvirker har.

Betydningen av kunnskapen en medvirker har er at handlepliktens «nærmere innhold og omfang» må «fastsettes med utgangspunkt i den kunnskap omsorgspersonen har».¹⁰⁹

Mer kunnskap tilsier at medvirker må motvirke hovedgjerningen i større grad enn hvis medvirkeren har mindre kunnskap. Mer kunnskap taler for at medvirkeren har større anledning til å gripe inn, mens mindre kunnskap taler anledning til å gripe inn.

Når Høyesterett uttaler at omsorgspersonen ikke trenger å være vitne til mishandlingen og at kunnskapen ikke trenger å omfatte detaljene i mishandlingen kan det synes som at de krever at en omsorgsperson gjør en vurdering basert på omstendighetene.¹¹⁰

Et interessant spørsmål er hvilke momenter Høyesterett anser som relevante i spørsmålet om medvirkeren har kunnskap om mishandlingen.

Typiske momenter som taler for at omsorgspersonen har kunnskap er at omsorgspersonen observerer blåmerker, sår eller skader som ikke stammer fra vanlig oppførsel for barnet.

¹⁰⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 26.

¹⁰⁹ HR-2020-1343-A avsnitt 20.

¹¹⁰ HR-2020-1343-A avsnitt 19 og 22.

Disse momentene må vektas mot det som kan forventes av et barn i det enkeltes livssituasjon. Man kan for eksempel forvente at mindre barn slår seg oftere enn tenåringer, og man kan forvente at barn med mye energi oftere slår seg enn roligere barn.

I *Fardommen* hadde medvirkeren ikke sett mishandlingen selv. Det som talte for at han hadde fått kunnskap er SMS- og MMS-utveksling om barna mellom ektefellene og gjennom stell og pleie av tvillingene som ble mishandlet.¹¹¹

Det som talte mot at medvirker hadde fått kunnskap var at de «omfattende skadene i hovedsak var innvortes».¹¹² At skadene var innvortes betyr at skadene var innvendige og dermed mindre synlige. Dette talte mot at medvirkeren hadde fått tilstrekkelig kunnskap. Samlet sett kom Høyesterett til at faren hadde tilstrekkelig kunnskap.

Agder lagmannsrett kom i 2019 til at en stefar ikke skulle dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Faktum i saken var at mishandlingen foregikk mens stefaren var borte. Lagmannsretten mente det ikke kunne legges til grunn at «tiltalte var kjent med eller at det fremstod for han som mest sannsynlig at krenkelsene fra ektefellen var så alvorlige og hyppige som de faktisk var».¹¹³

Momentene som talte for at stefaren hadde kunnskap om mishandlingen var at han hadde sett at moren «kranglet med og slo C med flat hånd i ansiktet/hodet» og at han ved noen anledninger gikk bort fra situasjonen og lot moren og datteren krangle.

Momentene som talte mot at stefaren hadde kunnskap om mishandlingen var for det første at han grep inn og stanset mor når han var vitne til at hun slo. For det andre så forholdt moren seg roligere når stefaren var til stede. For det tredje var han mye borte og observerte ikke mishandlingen.

I *Christoffer-saken* kom lagmannsretten til at moren kunne dømmes for passiv medvirkning fra 1. februar, etter hun hadde et møte med skolen. Etter møtet mente lagmannsretten at hun «forstod, eller i det minste heldt det for meir sannsynleg enn ikkje, at ektemannen utsette sonen hennar for vald».¹¹⁴

¹¹¹ HR-2020-1343-A avsnitt 34.

¹¹² HR-2020-1343-A avsnitt 36.

¹¹³ LA-2019-178631.

¹¹⁴ LA-2012-92858.

I tiden før møtet med skolen hadde hun ikke kunnskap om mishandlingen fordi mistanken som forelå ble svekket ved at «sjukehuset ikkje reagerte på skadane». Det vises i dommen til at en lege støttet en teori om krampeanfoll som årsak til skadene. Dette talte mot at moren hadde kunnskap om at skadene ble påført gutten.

Andre moment som talte mot at moren hadde kunnskap om mishandlingen var at sønnen ofte hadde sinneutbrudd og måtte holdes nede fysisk for å roe seg. Dette tok ektemannen hennes seg av. Det kunne tenkes at sår og skader kom som en naturlig følge av dette.

Lagmannsretten mente at det som talte for at moren hadde kunnskap før møtet med skolen var for det første at hun visste om sønnens skader. For det andre visste hun at skadene dukket opp etter nettene ektemannen hadde vært inne hos sønnen for å legge han.

I Gulating lagmannsrett ble en barnefar dømt for blant annet medvirkning til grov mishandling i nære relasjonar.¹¹⁵

Momentene som talte for at medvirkeren hadde kunnskap var for det første at barnefaren flere ganger så moren slå barna og han oppfattet henne som hissig og psykisk ustabil. For det andre flyttet han og barna inn på et krisesenter. For det tredje fortalte barna ham om vold både før og under oppholdet på krisesenteret.

Oppsummert består momentene som tale for og mot medvirkerens kunnskap i hva medvirkeren subjektivt oppfatter.

Et interessant spørsmål er hvordan det vil stille seg hvis medvirkeren bevisst forsøker å ikke få tilstrekkelig kunnskap om mishandlingen.

Kunnskapskravet knytter seg til handlepliktens omfang. Min antakelse er derfor at hvis det er holdepunkter for at medvirkeren bevisst har unngått å få mer enn 50 % kunnskap om mishandling vil handleplikten bestå i å få kunnskap om omstendighetene rundt barnet.

Hvis medvirkeren undersøker omstendighetene rundt barnet han har et omsorgsforhold for, og han dermed tilegner seg tilstrekkelig kunnskap om mishandling vil dette være egnet til å motvirke lovbruddet. Medvirkeren vil da pålegges en handleplikt om å motvirke lovbruddet.

¹¹⁵ LG-2019-70751.

Handleplikten vil dermed bestå i å undersøke omstendighetene, et brudd på denne handleplikten vil kunne gi straffansvar for passiv medvirkning.

Oppsummert er det ikke utelukket at en medvirker holdes strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning ved kunnskap mindre enn sannsynlighetsovervekt. Konklusjonen er at det er tilstrekkelig for å holdes strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning at medvirkeren har sannsynlighetsovervekt.

5.3. Kravet til særlig tilknytning til fornærmede

En forutsetning for å dømmes for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner er at medvirkeren har en særlig tilknytning til «gjerningssituasjonen, herunder til fornærmede».¹¹⁶

Denne tilknytningen er grunnlaget for handleplikten som oppstilles. I saker om medvirkning til mishandling i nære relasjoner mot barn er medvirkeren som regel en omsorgsperson for barnet.

Spørsmålet en rettsanvender må stille er om medvirkeren har en slik tilknytning til fornærmede at det kan oppstilles en handleplikt.

Tilknytningen mellom medvirkeren og fornærmede er sjelden problematisert, men et interessant spørsmål er hvordan tilknytningen etableres.

I *Stemordommen* la Høyesterett vekt på at stemoren hadde i «[r]ealiteten ... vært i mors sted». Flertallet la ikke vekt på at det «formelle omsorgsansvaret» var «noe uklart».¹¹⁷ Ut fra dette kan en lese at det sentrale i vurderingen av medvirkers tilknytning til fornærmede er realiteten i saken.

I *Fardommen* var medvirkeren barnefaren. Han var omsorgsperson for barna selv om han var mye borte fra hjemmet. Høyesterett problematiserer ikke om barnefaren har tilstrekkelig tilknytning. Førstvoterende uttaler at «[f]oreldre og andre omsorgspersoner» har «ansvar for barnet, som kan gjøre dem til medvirkere» om de forholder seg passive til mishandlingen andre påfører barnet.¹¹⁸

¹¹⁶ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

¹¹⁷ HR-2019-561-A avsnitt 28.

¹¹⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 2 og 16.

Det kan tenkes at personkretsen i strl. § 282 kan gi retningslinjer for å vurdere om medvirkeren har en tilstrekkelig tilknytning til fornærmede. Personkretsen i strl. § 282 knytter seg i utgangspunktet til forholdet den fornærmede har til hovedpersonen.

I *Stemordommen* og *Fardommen* blir ikke personkretsen i strl. § 282 problematisert. Det konkluderes at vilkåret om tilknytning er oppfylt.¹¹⁹

I *Stefardommen* tok førstvoterende utgangspunkt i om stefarens forhold til fornærmede omfattes av personkretsen i strl. § 282. Førstvoterende konkluderte med at stefaren «omfattes av bokstavene b og d» og også «omfattes av omsorgsalternativet i bokstav e».¹²⁰

Det fremkommer ikke hvorfor førstvoterende tok utgangspunkt i personkretsen etter strl. § 282. En grunn kan være at han anså dette som et nødvendig vilkår for at stefaren kunne straffedømmes. En annen grunn kan være for å ha et utgangspunkt for spørsmålet om medvirkers tilknytning.

Hvis det må kreves at medvirkers forhold til fornærmede faller inn under personkretsen vil det få som resultat at den som medvirker, men ikke faller inn under personkretsen i strl. § 282, ikke kan dømmes for medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Dette kan føre til at den som for eksempel fysisk medvirker går straffri fordi den ikke omfattes av personkretsen.

Det er nærliggende å anta at dette tolkningsresultatet ikke skal legges til grunn.

På grunn av tolkningsresultatet og at personkretsen ikke blir problematisert i øvrig høyesterettspraksis er det nærliggende å anta at førstvoterende benyttet personkretsen i strl. § 282 som en retningslinje for spørsmålet om medvirkerens tilknytning til fornærmede.

Et poeng kan være at hvis medvirkeren omfattes av en eller flere av alternativene i personkretsen taler det for at medvirkeren har en tilstrekkelig tilknytning. Hvis medvirkeren ikke omfattes av noen av alternativene er det mer tvilsomt om tilknytningen foreligger.

Et spørsmål er om personkretsen i strl. § 282 er sammenfallende med vurderingskriteriet «særlig tilknytning til fornærmede». Etter bokstav e er ordlyden «noen i sin omsorg», etter dette alternativet er den vesentlige vurderingen i saken realiteten. Dette er i stor grad sammenfallende med vurderingskriteriet «særlig tilknytning til fornærmede».

¹¹⁹ HR-2019-561-A avsnitt 28 og HR-2020-1343-A avsnitt 2 og 16.

¹²⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 39-43.

Det er nærliggende å anta at vurderingskriteriet for om medvirker har en særlig tilknytning til fornærmede er sammenfallende med kriteriene i personkretsen i strl. § 282 første ledd bokstav a til e.

Om en passiv medvirker ikke faller inn under personkretsen i strl. § 282 første ledd bokstav a til e vil antagelig ikke medvirkeren ha tilstrekkelig tilknytning til den fornærmede.

Et interessant spørsmål er om en som ikke omfattes av personkretsen i strl. § 282 første ledd bokstav a til e kan ha tilstrekkelig tilknytning til den fornærmede. Et eksempel er en onkel som ofte er innom familien som har forholdt seg passiv. Onkelen omfattes ikke av bokstav a til d, og er ikke så involvert i barnas liv at han nødvendigvis har barna i sin omsorg etter bokstav e.

Grunnet vilkårenes relativitet kan tilknytningen og kunnskapen avhjelpe hverandre.

En medvirker med liten kunnskap må antagelig ha en sterkere tilknytning for å ilegges straffansvar for passiv medvirkning. Omvendt kan omfattende kunnskap veie opp for at tilknytningen er fjernere.

Onkelens tilknytning må vurderes i lys av hans kunnskap om mishandlingen. Hvis onkelens kunnskap om mishandlingen er liten, skal det mer til for å oppstille en handleplikt.

Handleplikten i en slik sak bør bestå i å undersøke saken nærmere.

Hvis onkelens kunnskap om mishandlingen er omfattende, bør det oppstilles en omfattende handleplikt, for eksempel å varsle barnevernet.

En problemstilling er om alle med tilstrekkelig tilknytning bør ilegges straffansvar for passiv medvirkning.

I den nedre grensen for passiv medvirkning vil grensedragningen mot den materielle rettsstridsreservasjonen gjøre seg gjeldende. Det er for eksempel vanskelig å se for seg at et storesøsken på 16 år skal dømmes for medvirkning til mishandling, mens en onkel i 30-årene er mer nærliggende å dømme for medvirkning til mishandling.

En annen problemstilling er hvilken rolle fornærmede må ha for at medvirkning til mishandling ved passiv medvirkning skal være aktuelt. Utgangspunktet for oppgaven er barn,

men i straffebudet om mishandling i nære relasjoner er fornærmede den som faller inn under personkretsen.¹²¹

Det er uttalt i rettspraksis at «ren passivitet ikke kan føre til medvirkningsansvar, men at det særlig ved overgrep mot barn kan stille seg annerledes», samt henvisninger til barnekonvensjonen og Grunnloven som begrunner statens plikt til straffeforfølgning av voldsutøvere mot barn.¹²²

Begrunnelsene til passivt medvirkningsansvar i disse sakene gjør seg ikke gjeldende i tilfeller hvor fornærmede er en voksen person. Det er nærliggende å tolke dette slik at det skal mer til for å etablere et passivt medvirkningsansvar ved mishandling mot en voksen.

Det kan tenkes at hvis den eventuelle medvirkeren har et omsorgsansvar for en voksen person vil det kunne ilegges passivt medvirkningsansvar.

Et eksempel er at en eldre, syk forelder har flyttet hjem til den eventuelle medvirkeren.

Spørsmålet er om omsorgsansvaret overfor et barn kan likestilles med omsorgsansvaret overfor en eldre, syk forelder som har flyttet til den eventuelle medvirkeren. Høyesterett begrunner straffeforfølgningen av den passive medvirkeren til mishandling i nære relasjoner mot barn med FNs Barnekonvensjon og Grunnloven.¹²³

De reelle hensyn stiller seg like. Barn og syke eldre har begge et behov for vern mot vold og mishandling. Reelle hensyn bør som hovedregel tillegges begrenset vekt i strafferetten. Uten en hjemmel som gir fornærmede særlig vern er antagelsen at omsorgsansvaret mellom barn og forelder ikke kan likestilles med omsorgsansvaret mellom et voksent barn og en syk forelder.

En alternativ problemstilling er om man kan oppstille en handleplikt når et voksent familiemedlem tar vare på en pleietrengende fornærmede som blir utsatt for mishandling i nære relasjoner. Det som begrunner handleplikten for helsefagarbeideren, er den profesjonelle tilknytningen.¹²⁴

¹²¹ Straffeloven § 282 første ledd bokstav a til e.

¹²² HR-2019-2205-A avsnitt 56 og 57 med videre henvisninger.

¹²³ HR-2019-2205-A avsnitt 56 og 57 med videre henvisninger.

¹²⁴ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 15.

Spørsmålet er om en kan handleplikt oppstilles når en voksen person gjør de samme arbeidsoppgavene som helsefagarbeideren og har et pleieforhold overfor fornærmede, men uten den profesjonelle tilknytningen.

Hvis faktum i *Stemordommen* var likt, men fornærmede var faren til den passive medvirkeren, skulle i utgangspunktet den passive medvirkeren ikke pådra seg straffansvar. Denne antagelsen begrunnes i at det ikke finnes en tilsvarende hjemmel som gir et sterkt vern for eldre som vernet FNs barnekonvensjon og Grunnloven gir for barn.

Hvis faktum var at den fornærmede var syk og pleietrengende, og den passive medvirkeren pleiet fornærmede, er min antagelse at medvirkeren har tilstrekkelig særlig tilknytning til fornærmede, hvis fornærmede ble utsatt for mishandling i nære relasjoner.

Sammenlignet med *Helsefagarbeideren* er mishandling i nære relasjoner en minst like alvorlig overtredelse som grovt tyveri. Strafferammene er like.¹²⁵ I begge tilfeller er medvirkeren en som pleier den fornærmede, forskjellen er at helsefagarbeideren er ansatt.

På den annen side hadde helsefagarbeideren i *Helsefagarbeiderdommen* utvist «et element av fysisk og psykisk medvirkning». Høyesterett uttaler isolert sett at «[d]et å forlate stedet, slik A gjorde, oppfylte ikke handleplikten».¹²⁶ Det er dette som utgjør passiviteten.

Min antagelse er at et familie- og pleieforhold tilsier at den passive medvirkeren har tilstrekkelig tilknytning til den fornærmede.

Disse eksemplene illustrerer problematikken som oppstår når læren for passiv medvirkning i så stor grad er utviklet i rettspraksis. Uklarheten i gjeldende rett kan avhjelpes ved at lovgiver gjennom en nøye prosess vurderer vilkårene for passiv medvirkning og forankrer passiv medvirkning i et straffebed og forarbeider.

Oppsummert vil det i spørsmålet om medvirkeren har en tilstrekkelig tilknytning være mest sentralt å vurdere medvirkeren, den fornærmede og tilknytningen mellom dem.

5.4. Helhetlig vurdering av om medvirker har gjort noe som er egnet til å motvirke lovbruddet

¹²⁵ Straffeloven § 322 sammenlignet med § 282. I *Helsefagarbeideren* ble medvirkeren dømt etter den gamle straffeloven av 1902. Strafferammen er lik for begge lovene.

¹²⁶ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 16.

Handleplikten består i at medvirker må ha gjort noe som er egnet til å motvirke lovbruddet.¹²⁷

Det må vurderes om medvirkerens handlinger var egnet til å motvirke lovbruddet. En eventuell medvirker som har oppfylt handleplikten skal ikke straffes for passiv medvirkning.

Husabø uttaler at for å bli ansvarlig for passiv medvirkning må det konkluderes med at tiltalte kunne og burde ha utvist en nærmere angitt aktivitet som «var så rimelig å krevja ... at det kan grunngi eit medverkingsansvar etter den aktuelle regelen».¹²⁸ Mindretallet i *Stemordommen* er enige i denne vurderingen.¹²⁹

Med dette menes at handleplikten må være så rimelig å gjennomføre at å ikke oppfylle den gir grunnlag for straffbar medvirkning.

Høyesterett har i *Stefardommen* uttalt at forholdene kan «være slik at det må kreves mer for å unngå medvirkningsansvar enn for eksempel bare å si fra om at man misliker handlingen» og at det kan «være utilstrekkelig bare å avverge noen få av et større antall overgrep».¹³⁰

Betydningen av disse uttalelsene er at det kan kreves mye fra medvirkeren.

I *Stemordommen* mente flertallet at medvirkeren ikke hadde oppfylt handleplikten.

Mindretallet var uenige i at medvirkeren ikke hadde gjort noe som var egnet til å motvirke lovbruddet.¹³¹

Spørsmålet om hva medvirker har gjort besvares av faktum i den enkelte sak.

Det neste spørsmålet er hvilke alternative handlinger medvirkeren burde ha gjort og om disse handlingene er «egnet til å motvirke lovbruddet» og «innenfor det som er rimelig å kreve» av medvirkeren.¹³²

For spørsmålet om hvordan man fastsetter handleplikten har Høyesterett uttalt at handleplikten må fastsettes etter hvor mye kunnskap medvirkeren har om mishandlingen.¹³³

¹²⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 77.

¹²⁸ Husabø (1999) s. 196-197.

¹²⁹ HR-2019-561-A avsnitt 37.

¹³⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 63.

¹³¹ HR-2019-561-A avsnitt 31 og avsnitt 42.

¹³² HR-2019-2205-A avsnitt 67.

¹³³ HR-2020-1343-A avsnitt 20.

Et spørsmål er hvilke momenter som er relevante i vurderingen av medvirkerens handleplikt. En større handleplikt innebærer at det kreves mer av medvirkeren.

I *Stemordommen* er både flertallet og mindretallet enige om at det nærmere innholdet av handleplikten må bero på en «helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen» og at det vil ha «betydelig vekt» at det er tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for.¹³⁴

Med dette menes at hvis man har omsorgsansvar for et barn vil dette innebære at det kan kreves mer av medvirkeren.

I *Stefardommen* nevner Høyesterett flere momenter som det vil være naturlig å vurdere. Førstvoterende nevner «[o]vergrepens *alvorlighetsgrad*, herunder omfang og intensitet», det vil si hvor alvorlig mishandlingen er og hvor ofte mishandlingen forekommer.¹³⁵

Større alvorlighetsgrad tilsier en større handleplikt. Et utgangspunkt kan være å se på hvilke handlingsalternativer etter strl. § 282 som er utført av hovedpersonen. Om hovedpersonens voldsutøvelse er grov kroppsskade tilsier det en større handleplikt enn hvis det var en kroppskrenkelse.¹³⁶

Videre nevner førstvoterende i *Stefardommen* «overgrep *over tid*», det vil si over hvor lang tid mishandlingene forekommer.¹³⁷ En lengre tidsperiode med mishandling tilsier en større handleplikt.

I *Stefardommen* foregikk mishandlingen over to og en halv måned, mens det i *Stemordommen* foregikk mishandling i cirka 1,5 år.¹³⁸

Dette momentet har betydning fordi mishandlingen anses som grovere hvis det foregår over lang tid sammenlignet med hvis det skjer over en kort periode. Momentet har i tillegg betydning fordi medvirkeren har større anledning til å motvirke mishandlingen når mishandlingen foregår over lang tid.

¹³⁴ HR-2019-561-A avsnitt 29 og avsnitt 40.

¹³⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 69 og 70.

¹³⁶ Straffeloven § 274 sammenlignet med § 271.

¹³⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 71.

¹³⁸ HR-2019-2205 avsnitt 80 og HR-2019-561-A avsnitt 14.

Videre nevner Høyesterett som et moment «*hvor utsatt eller sårbart barnet er*». ¹³⁹ Med dette menes at et utsatt eller sårbart barn har større behov for omsorg, handleplikten blir dermed større.

For eksempel har et barn med en vanskelig hverdag grunnet sykdom et større behov for trygghet og vern. Dette tilsier en større handleplikt.

Et eksempel er innvandrerbarn som kommer til et nytt land og er uten kjennskap til norsk språk og kultur. De har dårligere forutsetninger til å vite hvordan de kan si fra om mishandlingen, slik som i *Stefardommen*. ¹⁴⁰ Dette taler for en større handleplikt.

Et annet moment i vurderingen er «*styrkeforholdet og relasjonen for øvrig mellom gjerningspersonen og den mulige medvirkeren*». ¹⁴¹

Et forhold hvor hovedpersonen er fysisk og psykisk dominerende over den mulige medvirkeren taler for at medvirkeren kan være et offer for mishandling. At medvirkeren er et offer tilsier at det er vanskeligere for medvirker å kunne utføre sin handleplikt. Et jevnt styrkeforhold taler for at medvirkeren har lettere for å utføre handleplikten.

I *Stefardommen* var ikke medvirkeren fysisk underlegen barnets mor, men fordi han ikke hadde oppholdstillatelse i Norge var han avhengig av henne for å bli i landet. At han var avhengig av barnemoren talte mot at stefaren kunne avverge mishandlingen, men førstvoterende uttalte at det ikke berettiget ham til «å sette egeninteressen foran hensynet til barna». ¹⁴² Hensynet til barnet veide tyngre enn hans egeninteresse.

I *Christoffer-saken* kom lagmannsretten til at hovedpersonen var dominerende overfor medvirkeren. Moren ble omtalt som «enkel» og var sårbar. At hun var enkel og sårbar talte mot at hun kunne avverget mishandlingen, men ble ikke avgjørende for vurderingen. ¹⁴³

I Gulating lagmannsrett ble en barnefar dømt for blant annet medvirkning til grov mishandling i nære relasjoner. I vurderingen av om faren hadde oppfylt handleplikten uttaler lagmannsretten at han «grep aldri inn fysisk, til tross for at han var sterkere enn henne». ¹⁴⁴

¹³⁹ HR-2019-2205-A avsnitt 72.

¹⁴⁰ HR-2019-2205-A avsnitt 80.

¹⁴¹ HR-2019-2205-A avsnitt 73.

¹⁴² HR-2019-2205-A avsnitt 80.

¹⁴³ LA-2012-92858.

¹⁴⁴ LG-2019-70751.

Her taler styrkeforholdet mellom hovedpersonen og medvirker *for* at barnefaren burde gripe inn.

Et annet moment er om «vedkommende hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra kunnskap om tidligere overgrep mot barna». ¹⁴⁵ Med dette menes om historikken som forelå før mishandlingen tilsier at medvirkeren har særlig grunn til å gripe inn.

I *Stemordommen* la flertallet vekt på at stemoren lot faren flytte hjem etter han var ilagt besøksforbud, og at hun etter det har en «spesiell oppfordring» til å ivareta omsorgsansvaret for barnet som ble mishandlet av faren. ¹⁴⁶ Dette talte for at stemoren burde motvirket mishandlingen.

Momentet «hvilke *virkemidler* som står til rådighet for å kunne gripe inn» knytter seg til handlingsalternativene medvirkeren hadde tilgjengelig. ¹⁴⁷ Dette momentet begrunnes i at en medvirker ikke skal pålegges en handleplikt som er urimelig.

I *Stemordommen* hadde stemoren kontakt med flere offentlige instanser og flertallet mente at hun hadde en plikt til «i alle fall å søke hjelp, enten på nytt i sitt private nettverk eller hos offentlige instanser som hun hadde kontakt med». ¹⁴⁸

Når stemoren ikke benyttet seg av disse virkemidlene mente flertallet i *Stemordommen* at det talte for at hun ikke oppfylte sin handleplikt. Mindretallet var uenige og mente at stemoren hadde «utvist ikke ubetydelig aktivitet for å motvirke Bs mishandling». ¹⁴⁹

Flertallet i Eidsivating lagmannsrett kom til at en mors tilgjengelige virkemidler var å enten varsle sine eldre barn om fars mishandling, varsle sitt øvrige nettverk eller å flytte barna ut av hjemmet. ¹⁵⁰

Borgarting lagmannsrett har generelt sagt om passiv medvirkning at «[k]jernen synes å være at dersom det etter en samlet vurdering kan konkluderes med at ektefellen har «solidarisert seg» med den andres handlinger, vil straffansvar etter omstendighetene kunne inntre». ¹⁵¹

¹⁴⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 74, med henvisning til HR-2019-561-A avsnitt 31.

¹⁴⁶ HR-2019-561-A avsnitt 31.

¹⁴⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 75.

¹⁴⁸ HR-2019-561-A avsnitt 31.

¹⁴⁹ HR-2019-561-A avsnitt 41.

¹⁵⁰ Flertallet i LE-2017-101927.

¹⁵¹ LB-2020-54226 under punkt «Om medvirkning til oppbevaring av 8,5 kilo heroin på loftet i [adresse1]».

Av dette kan en lese at solidarisk passiv medvirkning er et moment som taler for straffansvar. Dette står i motsetning til den motvirkende passive medvirkning hvor den eventuelle medvirker har forsøkt å motvirke hovedgjerningen, men fremdeles ikke har oppfylt handleplikten.

Av dette kan det tolkes at solidarisering, i form av å ikke yte motstand, taler for å ilegge straffansvar.

I *Stemordommen* kom flertallet og mindretallet til at straffrihetsgrunnene i strl. § 196 tredje ledd ikke kommer til analogisk anvendelse i saker om passiv medvirkning. Flertallet og mindretallet er enige om at momentene i bestemmelsen, ofte vil «være relevante i den konkrete helhetsvurderingen» om passiviteten utgjør straffbar medvirkning». ¹⁵²

Strl. § 196 knytter seg til plikten til å avverge «et lovbrudd eller følgene av det». Strl. § 196 tredje ledd bokstav b er et unntak fra hovedregelen. Det følger av ordlyden at «[b]rudd på avvergingsplikten straffes ikke når ... plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd».

I helhetsvurderingen må det vurderes om det å utføre handleplikten kan «utsette ham selv, nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse og velferd».

Det taler mot en handleplikt for medvirkeren om handleplikten fører til fare for «å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd».

Oppsummert er terskelen lav for at et moment i helhetsvurderingen av fastsettelsen av medvirkers handleplikt skal anses relevant. Fra rettspraksis foreligger det en ikke-uttømmende liste av relevante momenter.

Et spørsmål er hvilke av momentene i helhetsvurderingen som skal tillegges mest vekt. I utgangspunktet er svaret på dette avhengig av faktum i den konkrete saken.

¹⁵² HR-2019-561-A avsnitt 25 og 34.

Helt generelt er det nærliggende å konkludere med at hvilke virkemidler som står til rådighet er det viktigste momentet. Det skal mye til for at en medvirker som ikke har noen virkemidler til rådighet, skal straffes for passiv medvirkning.

Hvis det ikke var en fysisk mulighet til å gripe inn, ingen personer i omgangskretsen som kan bistå og heller ikke naturlig å be om hjelp fra offentlige institusjoner kan den passive medvirkeren vanskelig klandres for passiviteten sin.

Min antagelse er at så lenge det ikke er mulig å gjøre mer, skal ikke medvirkeren klandres for dette. Passivt medvirkningsansvar vil følgelig være utelukket.

En problemstilling er hvor den nedre grensen for helhetsvurderingen går.

Den nedre grense for den helhetlige vurderingen om medvirker har gjort noe som er egnet til å motvirke hovedgjerningen illustreres i dissensen til *Stemordommen*. Mindretallet er uenige med flertallet om medvirkeren har gjort nok for å unndra seg straffansvar. Det er nærliggende å anta at den nedre grensen av helhetsvurderingen er i nærheten av faktum i *Stemordommen*.

Et interessant spørsmål er hvordan vilkårene om tilknytning, kunnskap og helhetsvurderingen skal vektes. Vilråene er kumulative og relative.

I helhetsvurderingen av om medvirker har gjort noe som er egnet til å motvirke lovbruddet må en rekke momenter vurderes, herunder medvirkers kunnskap om mishandlingen og medvirkers tilknytning til fornærmede.

Sett i lys av dette er det nærliggende å konkludere med at helhetsvurderingen er det viktigste og mest omfattende vilkåret.

Et annet spørsmål er om vilkåret om kunnskap eller vilkåret om tilknytning skal veie tyngst. En måte å vurdere dette på er å sammenligne hvordan situasjonene blir hvis medvirkeren i stor grad har oppfylt det ene, men ikke det andre vilkåret.

I en situasjon hvor den passive medvirker har full kunnskap om mishandlingen, men ikke tilknytning til fornærmede er utgangspunktet at passivitet ikke straffes. På den annen side taler straffverdigheten for at medvirkeren bør ilegges straffansvar.

I en slik situasjon kan det tenkes at kunnskapen veier opp for at medvirkeren ikke har en tilknytning til fornærmede. Kunnskap om mishandling kan sies å være en tilknytning til gjerningssituasjonen som gir den passive medvirkeren en anledning til å motvirke lovbruddet.

I en situasjon hvor den passive medvirker har ingen kunnskap om mishandlingen, men sterk tilknytning til fornærmede, er det mindre nærliggende å konkludere med straffansvar for medvirkeren.

Det er tvilsomt om manglende kunnskap kan avhjelpes av en sterk tilknytning. Det kan tenkes at handleplikten blir en undersøkelsesplikt.

Det er ikke nærliggende at medvirkeren med kun tilknytning til fornærmede skal straffes for noe den ikke har hatt anledning til å motvirke.

Medvirkeren med kunnskap om mishandlingen faller innenfor ordlyden «medvirker til overtredelsen». Medvirkeren kan anses å solidarisere seg til hovedgjerningen. Det er nærliggende å konkludere med at medvirkeren bør straffes når han har god kunnskap om mishandlingen.

Etter denne vurderingen er min mening at kunnskapsvilkåret veier tyngre enn tilknytningsvilkåret.

Et spørsmål er hvordan vurderingen blir hvis medvirkeren bevisst har unngått å få tilstrekkelig kunnskap om mishandlingen.

Det kan antas at en bevisst mangel på kunnskap innebærer en viss kunnskap om mishandlingen.

Det er mange momenter i kunnskapsvurderingen som innebærer daglig stell av barnet. Hvis den eventuelle medvirkeren for eksempel ikke steller med barnet fordi da kan han se blåmerker eller om medvirkeren unngår å prate med barnet fordi medvirkeren tror barnet vil inkriminere hovedpersonen impliserer dette at medvirkeren har kunnskap.

En slik situasjon kan innebære at medvirkeren har utvist eventuelt forsett. Det er uklart om dette er straffbart etter gjeldende rett. Etter min mening bør den passive medvirkeren som har utøvd eventuelt forsett straffes.

Oppsummert vil alle forhold som gjelder mishandlingen, hovedperson, medvirker og fornærmede og deres forhold mellom hverandre være av betydning i helhetsvurderingen.

Hvis det etter helhetsvurderingen viser seg at medvirkeren *ikke* har gjort noe som er egnet til å motvirke lovbruddet vil medvirkeren straffes for sin passivitet, forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt.

6. Rettspolitiske betraktninger

6.1. Klarhetskravet

Utgangspunktet om at passivitet ikke gir grunnlag for strafferettslig medvirkningsansvar knytter seg til ordlyden i strl. § 15 og legalitetsprinsippet i strafferetten.¹⁵³

Passiv medvirkning har utviklet seg fra at medvirkningshandlingen var å ikke gjøre *noe*, til å innebære at medvirkningshandlingen var å ikke gjøre *nok*.

Det er vanskelig å lese fra ordlyden at å ikke motvirke *nok* er medvirkning. Dette er etter min mening et moment som utfordrer klarhetskravet i strafferetten.

Høyesterett redegjør godt for varsomheten domstolene må utvise når de utfyller ordlyden i *Stefardommen*.¹⁵⁴ For det første er det belastende med straff. For det andre innebærer medvirkningsansvaret at den medvirkende holdes ansvarlig for hovedpersonens mishandling av barn, dette kan være belastende for medvirkeren.

Det kan synes urettferdig at en omsorgsperson som har motvirket hovedpersonens mishandling av et barn skal anses som medvirkende til mishandlingen. En motvirkende omsorgsperson kan bedømmes på lik linje med en som fysisk har medvirket til mishandlingen.

Mindretallet i *Stemordommen* viser til Ørnulf Øyens uttalelser om at «det alminnelige synspunkt [er] at terskelen for å oppstille straffansvar bør ligge høyere enn terskelen for å konstatere brudd på sivilrettslig handleplikt».¹⁵⁵

Et interessant moment er at verken flertallet eller mindretallet i *Stemordommen* drøftet passiv medvirkning i lys av klarhetskravet.

Flertallet i *Stemordommen* oppstiller vilkårene som skal til for å dømme noen for passiv medvirkning, uten å redegjøre for ordlyden, klarhetskravet eller utgangspunktet om at ren passivitet ikke kan føre til medvirkningsansvar.¹⁵⁶ Mindretallet viser til utgangspunktet om at

¹⁵³ HR-2019-2205-A avsnitt 54.

¹⁵⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 54-58.

¹⁵⁵ HR-2019-561-A avsnitt 42 med videre henvisning til Øyen, Tidsskrift for strafferett, 2014.

¹⁵⁶ HR-2019-561-A avsnitt 20.

passivitet ikke utgjør medvirkning til straffbar handling, men drøfter heller ikke ordlyden i strl. § 15 eller klarhetskravet.¹⁵⁷

I *Stefardommen* og i *Fardommen* starter Høyesterett drøftelsen i ordlyden til strl. § 15, for deretter å redegjøre for lovskravet og at utgangspunktet er at ren passivitet ikke kan føre til medvirkningsansvar.¹⁵⁸ Høyesteretts drøftelser knytter seg til hvorfor man i den konkrete sak skal avvike dette utgangspunktet.

Det er problematisk å benytte en slik rettslig argumentasjon som flertallet gjør i *Stemordommen*. Det er nærliggende å tolke argumentasjonen slik at flertallet i *Stemordommen* setter terskelen for å dømme noen for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner lavere enn det Høyesterett gjør i *Stefardommen* og *Fardommen*.

Hvis Høyesterett skal avvike fra utgangspunktet om at passivitet ikke skal straffes må dette redegjøres tilstrekkelig for. Særlig innenfor strafferetten hvor legalitetsprinsippet er et førende prinsipp bør det kunne kreves at ordlyden drøftes.

Etter min mening bruker Høyesterett i *Stefardommen* og i *Fardommen* en metodisk forsvarlig måte for å drøfte læren om passiv medvirkning.

Det er etter min mening problematisk at læren om passiv medvirkning ikke fremkommer naturlig av ordlyden i strl. § 15. Denne utfordringen av klarhetskravet er noe som bør håndteres av Stortinget som lovgiver.

Ørnulf Øyen foreslår at lovgiver vedtar «et eget straffebud som rammer omsorgspersoner som ikke etter evne beskytter et barn mot vold, seksuelle overgrep eller annen mishandling gjennom anmeldelse til politiet, varsel til barnevernet eller et annet egnet beskyttelsestiltak».¹⁵⁹

Ordlyden «etter evne» tilsier at plikten som oppstiller ikke må være urimelig. Ordlyden «annen mishandling» fanger opp øvrige tilfeller som ikke omfattes av «vold» og «seksuelle overgrep».

¹⁵⁷ HR-2019-561-A avsnitt 36.

¹⁵⁸ HR-2019-2205-A avsnitt 51 følgende og HR-2020-1343-A avsnitt 13 følgende.

¹⁵⁹ Ørnulf Øyen, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner» Tidsskrift for strafferett, utgave 3, 2014, s. 249-268 Øyen, på s. 258.

Tiltakene som foreslås i ordlyden er «anmeldelse til politiet» og «varsel til barnevernet», dette er konkrete tiltak som vil være egnet til å motvirke lovbruddet. Ordlyden «annet egnet beskyttelsestiltak» fanger opp de egnede tiltakene som faller utenfor ordlyden. Jeg ser ingen umiddelbare svakheter ved denne løsningen.

Øyens løsning er en god løsning. Den er ikke ulik strl. § 196 om avvergingsplikten.

Etter strl. § 196 første ledd straffes «den som unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge et lovbrudd eller følgene av det, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig, og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at lovbruddet er eller vil bli begått». Etter første ledd bokstav a er det straffbart å ikke avverge brudd på strl. § 282.

Det følger en unntaksregel av strl. § 196 tredje ledd bokstav b.

Etter strl. § 196 fjerde ledd gjør ikke unntaksregelen seg gjeldende hvis fornærmede er mindreårig og den som ikke oppfyller avvergingsplikten er «barnets forelder, steforelder, fosterforelder eller en annen som har daglig omsorg for barnet».

Strafferammen etter strl. § 196 er bot eller fengsel inntil 1 år. I *Stemordommen*, *Stefardommen* og *Fardommen* får den passive medvirkeren høyere straff enn strafferammen etter strl. § 196.

Betydningen av strafferammen kan være at man ikke anser strl. § 196 som en passende lovhjemmel for tilfeller hvor noen passivt har medvirket til mishandling i nære relasjoner. Det kan tenkes at straffansvar etter strl. 196 kan bli aktuelt hvis man kommer til den eventuelle medvirkeren ikke kan straffes for passiv medvirkning.

En annen løsning som kan avhjelpe problematikken rundt passiv medvirkning er at lovgiver vedtar en generell hjemmel som kriminaliserer all passiv medvirkning, for eksempel som en del av strl. § 15.

Problemet med en generell hjemmel er at det kan gi uforutsette effekter for enkelte straffebud. En løsning på dette kan være at passiv medvirkning eksplisitt kriminaliseres i de alvorligste lovbrudd, for eksempel ved å bruke strafferammene som et utgangspunkt.

Hvis passiv medvirkning skal skilles ut i egen lovhjemmel er det gode grunner til å skille mellom den solidariserende passive medvirkning og den passive medvirkning hvor medvirkeren ikke har motvirket tilstrekkelig.

Straffverdigheten i tilfeller hvor medvirker har forsøkt å motvirke hovedpersonens mishandling er ikke den samme som i tilfeller hvor medvirkeren har forholdt seg i taushet og dermed solidarisert seg med hovedpersonen. Dette bør gjenspeiles i en eventuell lovhjemmel.

Avslutningsvis kan utviklingen av læren om passiv medvirkning sies å være en avveining av behovet for å beskytte barn veid opp mot foreldrenes rettssikkerhet. For å ivareta begge interessene er det nødvendig at lovgiver avklarer hva som er straffbart og hva som ikke er straffbart etter læren om passiv medvirkning.

6.2. Kunnskapskravet og skyldkravet

Det er tilstrekkelig for å oppfylle kunnskapskravet at medvirkeren har sannsynlighetsovervekt for at mishandling foregår.¹⁶⁰ Skyldkravet er forsett.

Fordi vurderingene om skyld og kunnskap er knyttet opp mot hverandre er det ikke utenkelig at også dolus eventualis-kunnskapen burde være tilstrekkelig for å oppfylle kunnskapskravet. Dommer Steinsvik holder som nevnt i punkt 5.1 denne muligheten åpen.¹⁶¹

For passiv medvirkning til andre typetilfeller foreligger det meg bekjent ikke et krav om kunnskap. Kravet til kunnskap og kravet om skyld er nært beslektet. Vurderingen om kunnskap en del av vurderingen om skyld. For fremstillingen videre blir spørsmålet om man kan dømmes for passiv medvirkning ved å ha utvist eventuelt forsett.

Eventuelt forsett er en form for forsett, på lik linje med hensiktsforsett og sannsynlighetsforsett. Sammenhengen i det strafferettslige regelverket taler for at eventuelt forsett bør være straffbart i passiv medvirkning.

På den andre siden er passiv medvirkning et unntak fra hovedregelen om at passivitet ikke skal straffes. Det kan vanskelig tolkes fra ordlyden «medvirker» at også passiv medvirkning ved å ha utvist eventuelt forsett skal være straffbart.

Meg bekjent foreligger det ikke rettspraksis knyttet til passiv medvirkning hvor medvirkeren hadde utvist eventuelt forsett. Dette kan være fordi utgangspunktet er at passivitet ikke straffes og fordi eventuelt forsett er en svakere form for forsett.

¹⁶⁰ HR-2020-1343-A avsnitt 23

¹⁶¹ HR-2020-1343-A avsnitt 45

Det er min antagelse at Høyesterett ikke vil straffe en passiv medvirker som har utvist eventuelt forsett ved passiv medvirkning til mindre alvorlige lovbrudd enn brudd på strl. § 282.

Dette begrunner jeg i at straffverdigheten ved sakene som har vært oppe i Høyesterett er høy fordi det er alvorlige lovbrudd rettet mot barn, som har krav på særlig vern. I alle disse tilfellene hadde medvirkeren minst sannsynlighetsovervekt for kunnskap om hovedgjerningen.

Jeg tror at hvis medvirkeren i disse sakene hadde utvist eventuelt forsett ville det ikke vært utenkelig at Høyesterett kom til at de skulle straffes for medvirkning. Ved mindre alvorlige lovbrudd rettet mot fornærmede som ikke har krav på særlig vern, er min antagelse at den passive medvirkeren ikke blir straffet hvis medvirkeren har utvist eventuelt forsett.

Det kan tenkes at eventuelt forsett i passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner bør være straffbart hvis de øvrige vilkårene er oppfylt i stor grad.

Et eksempel er at en forelder holder det for mulig, men likevel velger å forholde seg passivt hvis det foregår, at en grov mishandling skjer over lang tid mot sitt barn. I dette tilfellet er tilknytningen sterk og mishandlingen grov. Utgangspunktet er at medvirkeren ikke har tilstrekkelig kunnskap og ikke skal straffes.

I tilfeller hvor mishandlingen er grov og tilknytningen mellom medvirker og fornærmede er sterk strider det mot rettsfølelsen å ikke straffe den passive medvirkeren fordi medvirkeren holdte det for mulig at mishandlingen foregikk, men ikke holdt det for mest sannsynlig.

Dette strider etter min mening mot begrunnelsen bak kriminaliseringen av passiv medvirkning i tilfeller av vold mot barn. Sammenhengen i regelverket tilsier at eventuelt forsett bør medføre straffansvar.

Min mening er at eventuelt forsett bør være straffbart ved passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner.

Et moment som taler mot at eventuelt forsett skal medføre straffansvar er at det passive medvirkningsansvaret utvides. Det passive medvirkningsansvaret er allerede kritisert for å befinne seg i ytterkanten av hva legalitetsprinsippet tillater å tolke fra ordlyden i straffeloven § 15.

Avslutningsvis bør denne uklarheten i rettsstilstanden løses av lovgiver, se punkt 6.1. Det optimale er å lovfeste hva som er straffbar passiv medvirkning.

En annen løsning er at vilkårene om kunnskap og tilknytning ikke var kumulative og relative, men bare relative. Hvis dette var løsningen vil man kunne straffe noen for passiv medvirkning ved eventuelt forsett gitt at de øvrige vilkårene veiet opp for den svakere formen for forsett.

7. Referanseliste

Litteratur

Husabø, Erling, *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk, førebuing*, Bergen 1999

Matningsdal, Magnus, *Straffeloven Alminnelige bestemmelser: Kommentartutgave*, 2015

Rui, Jon Petter, Digital forelesningsrekke i strafferett lagt ut i Canvas ved UiT, 25.08.2021 til 03.09.2021

Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, første utgave, Oslo 2016

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018

Øyen, Ørnulf, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner» *Tidsskrift for strafferett*, utgave 3, 2014, s. 249-268

Øyen, Ørnulf «Medvirkning, utilstrekkelig motvirkning og strafferetten», *Lov og rett volum 59 utgave 9*, 2020

Lover og forarbeider

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grl.)

Almindelig borgelig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl. 1902)

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

NOU 1992: 23 *Ny straffelov, alminnelige bestemmelser straffelovkommisjonens delutredning v.*

NOU 2002:4 *Ny straffelov – straffelovkommisjonens delutredning vii.*

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

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

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK)

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

Høyesterettspraksis

Rt. 1947 s. 69

Rt. 1973 s. 442

Rt. 1998 s. 1679

Rt. 2000 s. 646

Rt. 2001 s. 1379

Rt. 2003 s. 902

Rt. 2004 s. 1392

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2008 s. 1342

Rt. 2008 s. 1491

Rt. 2009 s. 780

Rt. 2009 s. 1498

Rt. 2010 s. 129

Rt. 2010 s. 949

Rt. 2010 s. 1630

Rt. 2011 s. 1

Rt. 2011 s. 1412

Rt. 2012 s. 752

Rt. 2013 s. 329

Rt. 2013 s. 789

Rt. 2013 s. 879

Rt. 2013 s. 1015

Rt. 2013 s. 1686

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2014 s. 695

HR-2016-1458-A

HR-2017-2415-A

HR-2018-112-A

HR-2019-561-A

HR-2019-621-A

HR-2019-2205-A

HR-2020-955-A

HR-2020-1343-A

HR-2020-1681-A

Lagmannsrettspraksis

LA-2008-179127

LA-2012-92858

LE-2017-101927

LG-2019-70751

LA-2019-178631

LB-2020-54226