

Straffansvar for medvirkning ved utilstrekkelig motvirkning

– hva er rettstilstanden ved brudd på omsorgsplikter overfor barn?¹

Professor ph.d. Gert Johan Kjelby, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

Professor ph.d. Ørnulf Øyen, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

Gert Johan Kjelby er professor ved Universitetet i Bergen, og er der leder for prosjektet «Politi og påtalerett», som er finansiert av Trond Mohn Stiftelse, Politidirektoratet og Det juridiske fakultet. Han er cand.jur. og ph.d. fra Universitetet i Bergen, og har tidligere vært bl.a. politijurist og statsadvokat i Hordaland.

Gert.Kjelby@uib.no

Ørnulf Øyen er professor ved Universitetet i Bergen. Han er cand.jur. fra Universitetet i Oslo og ph.d. fra Universitetet i Bergen, og har tidligere vært bl.a. dommerfullmektig, politiadvokat og kst. tingrettsdommer.

ornulf.oyen@uib.no

Sammendrag

Artikkelen tar opp rekkevidden av straffansvaret for medvirkning. Oppmerksomheten rettes mot passivitet fra personer som har et omsorgsansvar for barn. I hvilken utstrekning kan en passiv omsorgsperson straffes for medvirkning der vedkommende enten forholder seg helt passiv til gjerningspersonens mishandling, eller i mindre grad enn hva som er mulig, foretar motvirkningshandlinger? Rettstilstanden drøftes i lys av tre høyesterettsdommer fra 2019 og 2020.

Nøkkelord:

barn, omsorgspersoner, passivitet, medvirkning, straffansvar

¹ Artikkelen er en videreutvikling og oppdatering av de rettsdogmatiske sidene av vår artikkel «Barnerett og strafferett: omsorgsansvar og straffansvar – Noen tanker om passiv medvirkning og avgjørelsen i HR-2019-561-A» i Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), *Likestilling, barn og velferd. Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Gyldendal 2020, på s. 316–335. Vi takker den anonyme fagfellen for gode innspill.

1. Innledning

En viktig del av foreldreansvaret er å gi omsorg og beskytte barnets fysiske og psykiske helse, jf. barneloven § 30 første og tredje ledd. En plikt til å gi barnet omsorg, omtanke og beskyttelse kan også påhvile andre personer når de har en faktisk eller rettslig relasjon til barnet eller barnets foreldre. Det *offentliges* ansvar etter barnekonvensjonen art. 19, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4,² omfatter beskyttelse mot fysisk og psykisk vold fra *enhver omsorgsperson* («parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child»³).

Straffeloven har ikke et eget straffebud rettet mot foreldre og andre omsorgspersoner som ikke overholder sin omsorgsplikt overfor et barn. Barns strafferettslige vern dekkes av generelle straffebestemmelser, supplert av medvirkningsansvaret. En omsorgsperson som *aktivt* krenker barnet, kan straffes etter straffebud i bl.a. kapittel 24 om vern av den personlige frihet og fred, kapittel 25 om voldslovbrudd mv. eller kapittel 26 om seksuallovbrudd. Særlig aktuell er § 282 om mishandling i nære relasjoner, som dekker langt flere personer enn foreldre. En omsorgsperson som ved *passivitet* krenker barnet ved ikke å ivareta barnets interesser, kan – etter omstendighetene – straffes for overtredelse av § 196 om plikt til å avverge et straffbart forhold,⁴ § 287 om forsømmelse av hjelpeplikt eller § 288 om hensettelse i hjelpeløs tilstand mv.

Et straffansvar for omsorgspersoner kan også følge av straffeloven § 15 om medvirkning, som utvider området for straffansvaret: «Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt.» De to klassiske formene for medvirkning er fysisk og psykisk medvirkning. I teori og rettspraksis de siste tiår er det også utviklet en tredje form – såkalt passiv medvirkning, hvor det ansvarsbetingende forholdet først og fremst er hva vedkommende burde ha gjort, ikke hva vedkommende har gjort.⁵ Den klare hovedregelen er fremdeles at passivitet ikke anses som medvirkning i lovens forstand.⁶ Det kreves etter gjeldende rett noe mer, enten at vedkommendes passivitet etter omstendighetene innebærer en fysisk eller psykisk medvirkning i tradisjonell forstand, eller at den som forholder seg passiv, har en slik tilknytning til situasjonen, gjerningspersonen og/eller fornærmede at vedkommende har en forpliktelse til å (forsøke å) forhindre eller motvirke gjerningspersonens straffbare handling og eventuelle følger av den.

² Se også Grunnloven § 104 tredje ledd første punktum, jf. § 92, og HR-2017-2415-A (avsnitt 18).

³ «Omsorgsperson» er ytterligere presisert i General Comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence, punkt IV A 2.33 (Definition of «caregivers»). Se nærmere i punkt 3.1 nedenfor.

⁴ Den spesielle straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b medfører at straffebudet ikke får anvendelse der det er en nær relasjon mellom gjerningspersonen og den passive omsorgspersonen. Utformingen av unntaket er kritisert av bl.a. Ørnulf Øyen, «Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn», *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 248–261, på s. 249–250 og s. 257.

⁵ Om utviklingen av medvirkningslæren når det gjelder passivitet, se Erling Johannes Husabø, *Straffansvarets periferi*, Oslo 1999, særlig s. 174–180 og s. 196–198.

⁶ Se bl.a. Rt. 2013 s. 1686 (avsnitt 13), Rt. 2014 s. 466 (avsnitt 15), HR-2019-599-A (avsnitt 76) og senest HR-2020-1343-A (avsnitt 13).

Det er få avgjørelser fra Høyesterett som gjelder medvirkningsansvar ved *total passivitet*. Ofte foreligger det elementer av både fysisk og psykisk medvirkning, i tillegg til passivitet.⁷ Men et straffansvar for passiv medvirkning i *ren form* kan etter omstendighetene foreligge dersom den passive har en handle- eller aktivitetsplikt i den aktuelle situasjonen, samt tid og mulighet til å foreta en adekvat handling som kan motvirke eller forhindre lovbruddet. En slik ansvarsbetingende aktivitetsplikt kan oppstilles av flere grunner.⁸ En hovedkategori er situasjoner der den passive har en sivilrettslig tilsyns- eller omsorgsplikt, enten en tilsyns-/omsorgsplikt overfor gjerningspersonen, objektet for forbrytelsen eller fornærmede.⁹ Oppmerksomheten videre skal rettes mot omsorgsplikter overfor barn som fornærmede.

Rettsstilstanden når det gjelder passivitet i form av brudd på omsorgsplikten overfor barn, var lenge noe usikker.¹⁰ En viss rettsavklaring kom med den mye omtalte Christoffersaken, selv om anken over lagmannsrettens rettsanvendelse ikke ble fremmet for Høyesterett.¹¹ Tre høyesterettsdommer fra 2019 og 2020 bidrar vesentlig mer til rettsavklaring.

I fremstillingen videre drøftes hva som er gjeldende rett på området, med utgangspunkt i de tre avgjørelsene fra 2019 og 2020: Hvilke rettslige spørsmål reiste sakene, hvordan løste Høyesterett disse spørsmålene, og hvilke mer allmenne slutninger kan trekkes fra premissene i dommene? I punkt 2 gis det en kort oversikt over hva sakene gjaldt, og hvilke spørsmål Høyesterett tok stilling til i hver av sakene. De konkrete rettsspørsmålene som temaet medvirkningsansvar ved passivitet reiser, drøftes i punkt 3 og 4.

2. Oversikt over nyere praksis fra Høyesterett

2.1 Saken HR-2019-561-A (stemordommen)

Saken HR-2019-561-A gjaldt overtredelse av straffeloven 1902 § 219 og straffeloven 2005 § 282 om mishandling i nære relasjoner, i perioden desember 2014 til april 2016. Fornærmede var gutten C. De to tiltalte var ektefeller – guttens far B og guttens stemor A. I grunnlaget for tiltalen var det holdt åpent hvem av de to tiltalte som var gjerningsperson og medvirker i

⁷ Rt. 2013 s. 1686 (avsnitt 16): En helsearbeiders medvirkning til grovt tyveri bygde både på «utvist passivitet [...] [og] et element av fysisk og psykisk medvirkning». Se også Rt. 2009 s. 1498 avsnitt 13.

⁸ F.eks. pga. *forutgående felles involvering* og en handleplikt for å unngå å bli ansvarlig for det videre forløp eller omfang, jf. Rt. 2003 s. 1455 (medvirkning til voldtekt). Se også Rt. 1995 s. 355 (medvirkning til drap under et ran), Rt. 2009 s. 1365 (medvirkning til trusler med våpen) og Rt. 2010 s. 1630 (medvirkning til legemskrenkelse) eller pga. den passives tilknytning til *gjerningsstedet* eller *et middel* for det straffbare forhold, jf. Rt. 2005 s. 1319, Rt. 2009 s. 189 og Rt. 2012 s. 492, og Rt. 2002 s. 1717 (*Orderud*), om medvirkning til overlagt drap ved overlevering av våpen.

⁹ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1498 (drosjesjåførs omsorgsplikt overfor sin passasjer), Rt. 2013 s. 1686 (omsorgsplikt som nattevakt for pleietrengende) og HR-2019-561-A (omsorgsplikt for barn).

¹⁰ Se nærmere Husabø op.cit. s. 186–188 og s. 191 og s. 193.

¹¹ Se Rt. 2013 s. 1015 og LA-2008-179127 (RG 2013 s. 292).

tilknytning til ulike hendelser. Videre var medvirkningen konkretisert i det faktiske grunnlaget for tiltalen:

«... eller ved å ha vært vitne til en eller flere av den andres handlinger uten å gripe inn for å stanse handlingene som ble forøvet mot barnet og som de begge hadde omsorg for, og/eller be om hjelp fra barnevernet for å forebygge dette».

Stemoren A ble domfelt i tingretten og anket til lagmannsretten. Den delen av anken som gjaldt domfellelsen for overtredelse av § 219 og § 282, ble nektet fremmet. Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens beslutning og ga noen retningslinjer om rekkevidden av medvirkningsansvaret der en omsorgsperson forholder seg passivt, se HR-2018-262-U. Etter ny behandling i lagmannsretten ble A dømt for passiv medvirkning til den mishandlingen B utsatte C for.

Anken til Høyesterett gjaldt bl.a. lovanvendelsen. Tre problemstillinger ble vurdert av Høyesterett: 1) Var relasjonen mellom stemoren A og barnet C av en slik karakter at passivitet fra A kunne innebære medvirkning? 2) Utgjorde den spesielle straffrihetsgrunnen i straffeloven 1902 § 139 annet ledd annet alternativ og straffeloven 2005 § 196 tredje ledd bokstav b også en skranke for når passivitet kan straffes som medvirkning? 3) Hadde A gjort tilstrekkelige anstrengelser for å motvirke den mishandlingen B utsatte C for? Med tre mot to stemmer ble anken forkastet. Dissensen gjaldt den tredje problemstillingen.

2.2 Saken HR-2019-2205-A (stefardommen)

Saken HR-2019-2205-A gjaldt overtredelse av straffeloven 2005 § 282 om mishandling i nære relasjoner, i perioden april til juni 2017. De fornærmede var jenta C og guttene D og F. De to tiltalte var ektefeller – barnas mor B og barnas stefar A. Tiltalen var felles for de to tiltalte, men utformet slik at B var gjerningsperson og A medvirker. For A var medvirkningen særskilt beskrevet i det faktiske grunnlaget for de tre tiltalepostene. Tiltalen for krenkingen av C, som døde av den siste voldsutøvelsen, gjaldt overtredelse av § 282, jf. § 283.

Medvirkningen til A var beskrevet slik:

«Stefar, A, var til stede og så voldsutøvelsen både i dagene i forkant av 26. juni 2017 og tidligere, uten å gripe inn og forhindre den pågående volden, avverge fremtidig vold ved å kontakte politi eller barneverntjeneste eller ved å avverge følgene av voldsutøvelsen i dagene i forkant av 26. juni 2017.»

Tiltalen for krenkingene av D og F gjaldt overtredelse av § 282. Medvirkningen til A var beskrevet slik:

«Stefar, A, var til stede og så voldsutøvelsen uten å gripe inn og forhindre pågående vold eller avverge fremtidig vold ved å kontakte politi eller barneverntjenesten.»

A ble frifunnet i tingretten. Påtalemyndigheten anket til lagmannsretten. Lagmannsretten dømte A etter alle de tre tiltalepostene. Han ble ikke bedømt som medvirker når det gjaldt

dødsfølgen knyttet til C.¹² A anket dommen til Høyesterett. Anken gjaldt bl.a. lovanvendelsen, hvor det sentrale spørsmålet var om A hadde gjort tilstrekkelige anstrengelser for å motvirke den mishandlingen B utsatte barna for. Anken over lovanvendelsen ble enstemmig forkastet.¹³

2.3 Saken HR-2020-1343-A (fardommen)

Saken HR-2020-1343-A gjaldt overtredelse av straffeloven § 282, jf. § 283, om mishandling i nære relasjoner. De to tiltalte var mor A og far B. Personene hadde i 2011 giftet seg i sitt hjemland. Kort tid etter giftermålet flyktet B. I 2013 kom han til Norge og fikk innvilget asyl. A kom til Norge i begynnelsen av 2017. Senere samme år fikk ektefellene tvillingene C og D. I grunnlaget for tiltalen var det holdt åpent hvem av de to tiltalte som var gjerningsperson og medvirker i tilknytning til ulike hendelser. Hva medvirkningen besto i, var konkretisert gjennom formuleringen «og/eller unnlot å gripe inn for å forhindre den volden barnet ble utsatt for».

Både A og B ble frifunnet i tingretten. Påtalemyndigheten anket til lagmannsretten, hvor de begge ble domfelt for overtredelse av straffeloven § 282, jf. § 283. Lagmannsretten la til grunn at moren A var gjerningsperson når det gjaldt deler av mishandlingen, og at hun for øvrig måtte domfelles for passiv medvirkning til den mishandling som hun ikke selv utførte. Faren B ble domfelt for passiv medvirkning, «ved ikke å ha oppfylt plikten til å handle, med sikte på å avverge volden fra ektefellen» (avsnitt 9).

Anken til Høyesterett gjaldt bl.a. lovanvendelsen. I begge sakene fra 2019 (punkt 2.1 og 2.2) hadde omsorgspersonen som ble dømt for medvirkning, vært til stede og helt eller delvis sett mishandlingen. Hovedspørsmålet i saken fra 2020 var om far – som det ikke var bevismessig grunnlag for å si at hadde vært til stede og observert mors mishandling av barna – hadde et medvirkningsansvar. Spørsmålet ble besvart bekreftende, med den selvfølgelige forutsetning at far hadde *tilstrekkelig kunnskap* om mishandlingen (og dens grovhet) på annen måte. Det hadde han, og anken ble forkastet.

3. Minstekrav for at et medvirkningsansvar skal foreligge

3.1 Tilknytningskravet – hvilke personer kan bli ansvarlig som medvirker?

Et hovedspørsmål er hvem som kan bli strafferettslig ansvarlig som medvirker ved passivitet: Hvilken tilknytning til et barn kan etablere en strafferettslig relevant omsorgsplikt og straffesanksjonert handleplikt? Et medvirkningsansvar kan i prinsippet tenkes for ulike persongrupper: foreldre, steforeldre, søsken over 15 år, besteforeldre, onkler og tanter,

¹² Han ble for denne omstendigheten ansett som gjerningsperson etter strl. § 282 («ved [...] andre krenkelser [...] mishandler»), for ikke å ha skaffet C nødvendig helsehjelp. Se drøftingen i HR-2019-2205-A avsnitt 47 og 49, som på dette punkt følger opp HR-2019-1675-A (Valdres-saken), avsnitt 30 flg.

¹³ To dommere dissenterte, men dissensen gjaldt bare straffutmålingen.

personer som etter avtale passer barnet, ansatte på barnets skole, i barnets barnehage mv.¹⁴ Er det bare personer som har en formell (rettslig) og permanent omsorgsforpliktelse i medhold av barneloven eller barnevernloven som kan bli strafferettslig ansvarlige, eller kan også personer med en mer uformell (faktisk) eller midlertidig omsorgsforpliktelse straffes for medvirkning?

I HR-2019-561-A (stemor) uttalte Høyesterett seg allment om *kravet til tilknytning* (avsnitt 20, uthevet her):

«For at en unnlattelse skal være straffbar som passiv medvirkning, kreves det i utgangspunktet *en særlig tilknytning mellom den passive personen og den eller det som straffebudet beskytter, eller mellom denne personen og en oppstått faresituasjon*. Det er denne tilknytningen som kan begrunne medvirkningsansvar for ikke å forsøke å avverge den straffbare handlingen eller den aktuelle skadefølgen. Omsorgsansvar for barn er et sentralt eksempel på en slik tilknytning.»

Stemoren A kom til Norge i 2013 sammen med ektefellenes tre felles barn og ektemannens to barn fra et tidligere ekteskap, herunder barnet C. Faren B var kommet til Norge alt i 2008. Høyesterett la til grunn at A reelt sett hadde vært i mors sted for C helt siden februar 2007 da C var to år gammel. Det formelle (rettslige) omsorgsansvaret til A var noe uklart, men den omstendigheten ble ikke tillagt vekt (avsnitt 28). Høyesterett kom til at relasjonen mellom barnet C og stemoren A var en «særlig tilknytning», og at den faktiske omsorgssituasjonens karakter var slik at hennes passivitet kunne utgjøre straffbar medvirkning.

Retningslinjen «en særlig tilknytning» er så generell at den i liten grad avklarer hvem som kan pådra seg et medvirkningsansvar. Avgjørelsen avklarer likevel ett prinsipielt spørsmål og for én persongruppe. Flertallet la ikke vekt på «at det formelle omsorgsansvaret her kan være noe uklart» (avsnitt 28). Uttalelsen må forstås slik at det ikke gjelder et allment krav om at den potensielle medvirkeren har et omsorgsansvar som er klart forankret i lov eller avtale. Det å ha *en faktisk omsorgsfunksjon overfor barnet kan være tilstrekkelig*. Samtidig må en være forsiktig med å tillegge uttalelsen betydning utover den situasjonen som forelå i saken. Saken dreide seg om at A hadde *en funksjon som mor*, dvs. om en helt sentral omsorgsperson, og over flere år, helt fra februar 2007, mens tiltalen gjaldt perioden desember 2014 til april 2016. Avgjørelsen gir derfor ikke et rettskildebidrag når det skal vurderes om andre reelle omsorgsfunksjoner enn foreldrefunksjonen kan lede til et medvirkningsansvar. Den gir heller ikke et avgjørende bidrag når det skal vurderes om en mer kortvarig reell foreldrefunksjon kan ha en slik konsekvens.

Kravet til tilknytning synes ved første øyekast også å ha vært et tema i HR-2019-2205-A (stefar). Høyesterett drøftet om stefaren A var omfattet av den personkretsen som er oppregnet i straffeloven § 282 første ledd (avsnitt 39–43). Men dette er bare en relevant problemstilling når det vurderes om en person kan straffes for overtredelse av § 282 som gjerningsperson. Ansvar for medvirkning er ikke betinget av at medvirkeren tilhører den

¹⁴ Det er den potensielle medvirkeres tilknytning *til barnet* som er avgjørende. Tilknytning også til gjerningspersonen er ikke et vilkår, se Husabø op.cit. s. 188. Men et slikt dobbelt tilknytningsforhold kan ha betydning for den konkrete vurdering av hva som kreves.

oppregnede krets. Senere i avgjørelsen fremgår det også at målet med denne analysen primært var å klarlegge om A i en bestemt situasjon overtrådte § 282 som gjerningsperson (avsnitt 44–50, særlig 46–47).

På den annen side forutsettes det i dommen at stefaren A hadde en slik tilknytning til barna C, D og F at han kunne pådra seg et medvirkningsansvar. Den relasjonen som faktisk forelå, har derfor interesse. A og B møtte hverandre og giftet seg i Italia i 2014. På dette tidspunktet bodde verken A eller B i Norge, og barna bodde ikke sammen med moren B. B fikk oppholdstillatelse og kom til Norge kort tid etter giftermålet med A. A kom til Norge i august 2016, men ble uttransportert både i november 2016 og i begynnelsen av mars 2017. Fra en gang i mars 2017, etter å ha kommet til Norge for tredje gang, oppholdt A seg sammenhengende i Norge. Barna C, D og F kom til Norge den 14. april 2017, som ledd i en familiegjenforening med B. Tiltalen for mishandling gjaldt perioden 14. april 2017 til 26. juni 2017.

Relasjonen mellom stefaren A og barna C, D og F var både uformell og relativt kortvarig. Men en kan neppe tolke dommen slik at en så kortvarig og uformell relasjon uten videre er tilstrekkelig. I drøftingen av tilknytningskravet i § 282 første ledd bokstav e uttalte Høyesterett (i avsnitt 42):

«... A hadde den daglige omsorgen for C mens moren var på skolen. Barna kalte ham pappa. Videre nevner jeg at A støttet B i hennes søknad om familiegjenforening med barna. Jeg legger også vekt på at barna kom fra lang tids opphold i utlandet før de flyttet inn i morens og stefarens felles hjem. Endelig er det av betydning at heller ikke moren hadde hatt særlig kontakt med barna på lang tid.»

Videre fremholdt Høyesterett at As «omsorgsforpliktelse overfor barna» var «mer uttalt enn det som ofte vil være tilfellet for stefedre som kommer inn i en allerede etablert familie» (avsnitt 43). Tilknytningen mellom stefaren A og barna C, D og F var derfor uformell og relativt kortvarig, men likevel uvanlig sterk.¹⁵ En kan derfor trekke den slutning fra avgjørelsen at også den faktiske omsorgsfunksjonen er relevant, og at en relativt omfattende og sterk faktisk omsorgsfunksjon i betydelig grad avdemper kravet til varighet.

Hverken stemor- eller stefardommen gir klart svar på hva som utgjør en minimumstilknytning. Det er neppe heller mulig å gi et klart svar. Det sentrale er likevel den *faktisk rolle* den aktuelle medvirker har overfor barnet, og *den faktiske bo- og omsorgssituasjon som foreligger* når det straffbare forhold finner sted eller pågår. Ved «løser» tilknytning til barnet, f.eks. et foreldreansvar uten daglig omsorg, besøkende nære slektninger mv., vil kunnskapskravet (se punkt 3.3) ofte utelukke en vidtrekkende handleplikt og dermed et medvirkningsansvar. Men som for de øvrige vilkår og andre momenter av betydning for rekkevidden av straffansvaret vil nok kravet om «særlig tilknytning» i praksis

¹⁵ I avgjørelsen (avsnitt 20) fremheves det også at A deltok på møter med skolen og helsevesenet – fastlege og helsesøster.

bero på «en konkret vurdering av hele situasjonen», slik det uttales i HR-2019-2205-A (avsnitt 77) og HR-2020-1343-A (avsnitt 17).

På den annen side vil en noe «løser» tilknytning til barnet ofte innebære at den passive omsorgspersonen har en relativt svak tilknytning til gjerningspersonen. I så fall kan et straffansvar for brudd på straffeloven § 196 være aktuelt,¹⁶ jf. utformingen av den spesielle straffrihetsgrunnen i tredje ledd bokstav b.

3.2 Farekravet – i hvilke situasjoner er et medvirkningsansvar aktuelt?

Praksis fra Høyesterett gir ikke klare retningslinjer for hvilke minstekrav som må stilles til den situasjonen barnet er i, dersom det skal kunne foreligge en aktivitetsplikt, som kan lede til et medvirkningsansvar hvis den brytes. Dette er ikke overraskende. Allmenne og presise retningslinjer kan vanskelig oppstilles. Om en aktivitetsplikt foreligger, må i en viss utstrekning avhenge av hvem den potensielle medvirkeren er og hva hovedgjerningen består i, og hvor varig og omfattende den er.

De dommene som behandles her, sier lite om hva som kreves av handling i en situasjon hvor omsorgspersonen blir vitne til *et enkeltstående tilfelle av vold eller overgrep*. I en slik situasjon vil det neppe være grunnlag for medvirkningsansvar dersom omsorgspersonen gjorde som stemor i HR-2019-561-A: «forsøkte å stanse/motvirke Bs krenkelser, både verbalt og på annen måte ...», eller stefar i HR-2019-2205-A: «gikk han mellom og tok med barna ut.» I disse sakene ble ansvaret først og fremst knyttet til unnlatelsen av å gjøre noe mer for å avverge eller motvirke påfølgende eller ytterligere vold i fremtiden.

Men skulle f.eks. en mor i forkant bli kjent med at far vil utsette deres felles barn for kvalifisert vold i nær fremtid, kan ikke mor forholde seg passiv til denne kunnskapen uten å pådra seg et medvirkeransvar. Det er ikke urimelig å kreve at mor da foretar seg noe for å hindre eller motvirke at volden skjer, og det vil neppe være tilstrekkelig at mor i et slikt tilfelle bare gjør det tydelig overfor gjerningspersonen at hun motsetter seg handlingen.¹⁷

Jo mer sentral omsorgspersonen er og jo mer alvorlig hovedgjerningen er, desto lavere må terskelen for å oppstille en aktivitetsplikt være. Tilnærmingen til flertallet i HR-2019-561-A tyder på at terskelen ikke er høy der det dreier seg om en sentral omsorgsperson. Mindretallet fremhevet at den «klare hovedregelen» er at passivitet ikke utgjør medvirkning (avsnitt 36), og i lys av faktum i saken tyder dette på at mindretallet mente at en slik hovedregel også gjaldt der det dreier seg om passivitet fra en sentral omsorgsperson overfor et barn. Flertallet derimot, trakk ikke frem denne allmenne hovedregelen, noe som kan tolkes dit hen at flertallet mente at situasjonen der en sentral omsorgsperson forholder seg passivt når en tredjeperson begår vold, overgrep e.l. mot barnet, faller utenfor hovedregelen. I så fall må en

¹⁶ Straffeloven § 196 er grundig behandlet av Morten Holmboe, *Tale eller tie: Om plikt til å avverge alvorlige lovbrudd og uriktige domfellelser*, Oslo 2017.

¹⁷ Slik det var i Rt. 2003 s. 902 (medvirkning til hjemmebrenning) og Rt. 1987 s. 699 (biltyveri).

enten ha en nøytral tilnærming i dette typetilfellet eller oppstille et utgangspunkt om at den *helt* passive gjør seg skyldig i medvirkning. Tolkningen har en viss støtte i HR-2019-2205-A. Mer allment ble det der uttalt (avsnitt 59):

«Den som har omsorgsansvar for et barn, har plikt til på en eller annen måte å gripe inn overfor mishandling av barnet. Oppfylles ikke denne plikten, kan vedkommende etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep mot barnet. Det typiske vil her være en omsorgsperson som er vitne til alvorlig vold eller seksuelle overgrep mot et barn uten å foreta seg noe til tross for at dette var mulig og rimelig å kreve.»

Forbeholdet, «etter omstendighetene», viser at brudd på den handleplikt som omsorgsansvaret gir, ikke uten videre er nok til straffansvar.¹⁸ Senere i dommen ble det fremholdt (avsnitt 67):

«Når det gjelder alvorlige overgrep mot barn, mener jeg det må ligge i omsorgspersonens handleplikt at han – innenfor det som det er rimelig å kreve av ham – i alle fall gjør noe som er *egnet til* å motvirke lovbruddet.»

Men flere steder i HR-2019-2205-A uttaler førstvoterende seg som om omsorgsansvar for barn uten videre utløser en handleplikt som, hvis den ikke etterleves, leder til et medvirkningsansvar: «Det vanskelige spørsmålet er hva – eller hvor mye – som skal til for at den som har omsorg for et barn, kan *fri seg fra det strafferettslige medvirkningsansvaret*» (avsnitt 64, uthevet her).¹⁹ Formuleringene kan neppe tas på ordet. De må leses i sammenheng med sitatene ovenfor, dvs. synspunktet om at et medvirkningsansvar normalt forutsetter en situasjon med mer «alvorlige» forhold og forbeholdet «etter omstendighetene».²⁰

HR-2020-1343-A gjaldt en sentral omsorgsperson (biologisk far), og berører ikke direkte spørsmålet, men om handlepliktens innhold og omfang uttaler Høyesterett (avsnitt 20): «Den [omsorgsperson] som kjenner til omfattende mishandling av barnet, kan typisk bli pålagt å gjøre mer eller å reagere raskere for å avverge mishandlingen enn den som kjenner til en mer begrenset mishandling.» Det bringer oss over til det tredje minstekravet.

3.3 *Kravet til kunnskap hos omsorgspersonen*

En omsorgsperson som er ukjent med mishandlingen, og som heller ikke kan bebreides for sin uvitenhet, kan selvsagt ikke straffes for passiviteten. Men skyldes dette at medvirkning objektivt sett ikke foreligger i en slik situasjon, eller bare at skyldkravet ikke er oppfylt? Det objektive og subjektive i vurderingen av om straffbar medvirkning foreligger ved passivitet, vil lett flyte noe sammen. Årsaken er at det er lite naturlig å si at en person i en situasjon der

¹⁸ Se også HR-2019-2205-A (avsnitt 66), hvor det med henvisning til både mindretall og flertall i HR-2019-561-A, fremheves at «spørsmålet er om det er grunnlag for straffansvar, ikke om vedkommende har utvist omsorgssvikt».

¹⁹ Se tilsvarende formuleringer i avsnitt 68, 73 og 85.

²⁰ Se også Husabø, op.cit. s. 188, hvor han synes å reservere ansvaret for tilfeller av «alvorlige integritetskrenkingar».

vedkommende verken har eller bør ha et minimum av kunnskap om tidligere eller pågående mishandling, bryter plikten til å beskytte barnet mot ytterligere mishandling.

I HR-2020-1343-A drøftet ikke Høyesterett spørsmålet om medvirkning objektivt sett forelå på en måte som var løsrevet fra kunnskapen til omsorgspersonen. Domstolen opererte med et kunnskapskrav som et element i vurderingen av om medvirkning foreligger (avsnitt 21–24). Høyesterett presiserte at når en omsorgsperson ikke selv har vært vitne til mishandling, kreves det ikke kjennskap til «detaljer i mishandlingen» (avsnitt 22). Det kreves heller ikke sikker kunnskap om selve mishandlingen. Det er tilstrekkelig for å utløse plikten til en motvirkningshandling at omsorgspersonen anser det for «mest sannsynlig» at mishandling foregår (avsnitt 23 og 26–27). Kunnskapen (omsorgspersonens situasjonsforståelse) må også dekke de øvrige faktiske forhold som begrunner ansvar: at «mishandlingen vil fortsette dersom det ikke gripes inn, og [...] den eller de avvergingshandlingene som pålegges ...» (avsnitt 24).

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at kunnskap i form av eventuelt forsett (dolus eventualis) etter straffeloven § 22 bokstav c var tilstrekkelig (avsnitt 25). Høyesteretts flertall (4-1) avviste at det var tilstrekkelig at far «holdt det for mulig» at mor mishandlet barna, men uten å kommentere det avgjørende etter denne forsettsformen, nemlig et positivt valg hos omsorgspersonen om ikke å gripe inn, tatt under den hypotetiske forutsetning at mishandling (tilnærmet) sikkert foregår og vil skje igjen (avsnitt 26). Mindretallet fant det ikke nødvendig å ta stilling til en slik begrensning i det som ellers anses som forsett (avsnitt 45). Flertallets må forstås slik at kunnskapskravet er noe strengere enn hva som etter straffeloven § 22 utgjør forsett i strafferetten. Forsettsformen dolus eventualis er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kunnskapskravet.

Saken gjaldt et straffebed som krever forsett. Medvirkningsansvar etter straffeloven § 15 er også aktuelt i tilknytning til straffebed som rammer (grovt) uaktsomme overtredelser.²¹ Når det gjelder passivitet, er et medvirkningsansvar særlig aktuelt i tilknytning til straffeloven § 280 og § 281. Flertallet bør tolkes slik at det kunnskapskravet som ble oppstilt, både dekker situasjonen der straffebedet krever forsett og der det er tilstrekkelig med uaktsomhet. Men der det er spørsmål om uaktsom medvirkning, relaterer kunnskapskravet seg til den risikoen fornærmede er utsatt for, typisk en risiko for betydelig skade (§ 280) eller død (§ 281).

3.4 Kravet om en egnet og rimelig avvergings- eller motvirkningsmulighet

Hvilke handlingsalternativ må foreligge hvis et medvirkningsansvar skal være aktuelt? Minstekravet er selvsagt at omsorgspersonen rent faktisk har et reelt alternativ til passivitet i den situasjonen som foreligger. Den som overhodet ikke har noen annen mulighet enn å forholde seg passiv, kan selvsagt ikke straffes.

²¹ Temaet er nærmere behandlet av bl.a. Anders Løvlie, «Ansvaret for uaktsom medvirkning etter straffeloven», *Kritisk Juss* 2020 s. 76–109.

En rekke ulike motvirkningshandlinger kan etter sin art være egnet. Et eventuelt medvirkningsansvar bygger på at omsorgsansvaret gir en klar oppfordring til å handle *for å beskytte barnet*, og alle adekvate beskyttelsestiltak har interesse. Det kan dreie seg om verbal irettesettelse av eller fysisk maktbruk overfor gjerningspersonen, påkalling av bistand fra personer i nærheten eller fra personer i eget sosiale nettverk, varsel til politiet, barnevernet, barnets skole eller barnehage mv. Men det er ikke tilstrekkelig at et handlingsalternativ foreligger. Det må foreligge et handlingsalternativ som i den aktuelle situasjonen er *egnet til å motvirke gjerningspersonens krenkelse og som det er rimelig å kreve at omsorgspersonen foretar*.

Hvilke tiltak som er rimelig å kreve i en bestemt situasjon, må til en viss grad vurderes konkret ut fra den situasjonen som foreligger, hvilken kunnskap omsorgspersonen har, og hvem omsorgspersonen og gjerningspersonen er, noe som skal behandles i punkt 4. Samtidig kan en omsorgsperson ikke uten videre høres med at det ikke var rimelig å kreve bestemte motvirkningshandlinger i den aktuelle situasjonen ut fra den kunnskap vedkommende hadde. I HR-2020-1343-A introduserte Høyesterett en viss undersøkelsesplikt: Dersom omsorgspersonen holder det for mest sannsynlig at mishandling pågår, vil det «i de fleste tilfeller gi [...] i det minste en klar oppfordring til i første omgang å undersøke situasjonen nærmere» (avsnitt 23).

Mer allment kan det reises spørsmål om en må se bort fra handlingsalternativer som kan innebære en stor belastning eller risiko for omsorgspersonen selv eller andre personer. Spørsmålet var et tema i HR-2019-561-A (stemor). Lagmannsretten hadde uttalt at den spesielle straffrihetsgrunnen i avvergebestemmelsen i straffeloven 2005 § 196 tredje ledd bokstav b også måtte betraktes som en skranke for når en person kan dømmes for passiv medvirkning, dvs. at et medvirkningsansvar måtte knyttes til andre handlingsalternativer enn dem som omfattes av straffrihetsgrunnen. Straffrihetsgrunnen omfatter bl.a. den som ikke kunne avverge uten å utsette eget «liv» eller egen «helse eller velferd» for «fare» eller en av sine «nærmeste» for «siktelse eller tiltale».

Høyesterett uttalte at den spesielle straffrihetsgrunnen ikke kan anvendes analogisk i tilknytning til passiv medvirkning (avsnitt 21–25 og 34). Særlig reelle hensyn talte mot en analogisk anvendelse (avsnitt 22–23):

«Det ville videre være paradoksalt om en bestemmelse som er ment å styrke samfunnsvernet mot visse alvorlige forbrytelser, skulle medføre en begrensning i hva som kan regnes for medvirkning, særlig om virkningen avgrenses til akkurat disse forbrytelsene.

Ved mishandling i nære relasjoner vil for øvrig både offer og gjerningsperson regelmessig være blant den passive omsorgspersonens ‘nærmeste’. Det ville etter omstendighetene kunne være støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.»

Høyesterett mente likevel at kriteriene i straffrihetsgrunnen var relevante i den nærmere vurderingen av om straffbar medvirkning foreligger, dvs. for spørsmålet om hvilke handlinger som etter omstendighetene er rimelig å kreve (avsnitt 25):

«Det må imidlertid understrekes at de momentene som er nevnt i § 196 tredje ledd bokstav b, ofte vil være relevante i den konkrete helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om passivitet utgjør straffbar medvirkning. Det er åpenbart dersom den alternative handlingen ville sette liv eller helse i fare. Også vernet mot selvinkriminering kan få betydning. Men hvilken vekt disse hensynene skal ha i vurderingen, må vurderes konkret.»²²

Betydningen av omstendigheter som nevnt i § 196 tredje ledd bokstav b skal omtales nærmere i punkt 4.3.

4. Når foreligger det et straffansvar for passiv medvirkning?

4.1 Allment

I HR-2019-561-A ble et viktig poeng understreket når det gjelder rekkevidden av medvirkningsansvaret: en aktivitetsplikt er aldri en resultatforpliktelse (avsnitt 29 og 38). Aktivitetsplikten er derfor bare en plikt til å gjøre eller si noe som kan være egnet til å motvirke hovedgjerningen.²³ Synspunktet ble gjentatt i HR-2019-2205-A (avsnitt 67) og i HR-2020-1343-A (avsnitt 17).

Det var som nevnt dissens i HR-2019-561-A når det gjaldt den konkrete vurderingen av om stemoren A hadde gjort nok for å beskytte barnet C mot vold fra faren B. Både mindretallets og flertallets utgangspunkt var at hvilke motvirkningshandlinger som kreves for å unngå et medvirkningsansvar, «må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen», og at det må «veie tungt i en slik vurdering» om det er «tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for» (avsnitt 29 og 40). Tilnærmingen fikk tilslutning i HR-2019-2205-A (avsnitt 68) og HR-2020-1343-A (avsnitt 17).

I HR-2019-2205-A oppstilte Høyesterett noen allmenne retningslinjer for den helhetsvurderingen som HR-2019-561-A gir anvisning på (avsnitt 69–75). I helhetsvurderingen «vil det regelmessig være naturlig i alle fall å vurdere» følgende seks momenter (avsnitt 69):

- (1) overgrepens alvorlighetsgrad, herunder omfanget og intensiteten,
- (2) om det er tale om overgrep over tid eller enkeltstående tilfeller,
- (3) hvor utsatt eller sårbart barnet er ut fra alder, utvikling, sosiale situasjon mv.,
- (4) styrkeforholdet og relasjonen for øvrig mellom gjerningspersonen og den mulige medvirkeren,
- (5) om personen hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra kunnskap om tidligere overgrep mot barnet, og

²² Se også Husabø, op.cit. s. 197–198, hvor tilsvarende forhold er fremhevet, men uten direkte kobling til straffeloven 1902 § 139 andre ledd annet alternativ.

²³ Flertallet viste her til Husabø, op.cit. s. 184, hvor det heter at «årsakskravet til passiv medvirkning er oppfylt der *den alternative handlinga anten fysisk eller psykisk ville ha motverka hovedgjerninga*» (uthevet i original).

- (6) hvilke virkemidler som står til rådighet for å kunne gripe inn, herunder hvilken mulighet omsorgspersonen har for å hindre lovbruddet ved å gripe inn rent fysisk, om det finnes personer i omgangskretsen som kan bistå, og om det ville være naturlig og mulig å be om hjelp fra offentlige institusjoner som skole, helsevesen, barnevern, politi eller andre.

Høyesterett oppsummerte sin allmenne gjennomgang av rettstilstanden slik (avsnitt 77):

«Den som har omsorgsansvar for barn, kan altså etter omstendighetene holdes strafferettslig ansvarlig som medvirker til gjerningspersonens overgrep. Ansvarer omfatter både ren passivitet og tilfeller hvor vedkommende ikke har gjort nok for å forhindre overgrepet. Det er ikke 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. I denne vurderingen vil det regelmessig være naturlig blant annet å vurdere de momentene jeg tidligere har gitt anvisning på.»

I HR-2020-1343-A sementeres rettsoppfatningen fra stemor- og stefar-dommene ytterligere (avsnitt 17). Men det som adskilte den saken fra stemor og stefar-dommene, var som nevnt det faktum at far ikke var til stede og derfor ikke selv observerte mors mishandling(er). Hvilke krav som generelt må stilles til omsorgspersonens forståelse av situasjonen, ble behandlet i punkt 3.3. Som fremstillingen der viste, er det en nær sammenheng mellom objektive og subjektive forhold. Særlig tydelig er dette ved fastlegging av handlepliktens innhold og omfang, som i stor grad vil bero på den kunnskap omsorgspersonen har (avsnitt 20):

«Den som kjenner til omfattende mishandling av barnet, kan typisk bli pålagt å gjøre mer eller å reagere raskere for å avverge mishandlingen enn den som kjenner til en mer begrenset mishandling.»

4.2 Nærmere om situasjonen der omsorgspersonen har foretatt enkelte motvirkningshandlinger, men kunne gjort mer

Avgjørelsen HR-2019-561-A avklarer at det ikke uten videre er tilstrekkelig at omsorgspersonen foretar enkelte motvirkningshandlinger. Det kan være nødvendig å foreta en alternativ motvirkningshandling dersom alt forsøkte handlinger ikke er virksomme, se særlig avsnitt 29 (flertallet) og 39 (mindretallet). Flertallets allmenne anvisning på hva som kreves, var imidlertid vag (avsnitt 29): «Også det må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen.» En mer presis, allmenn avklaring kom ikke gjennom avgjørelsen HR-2019-2205-A eller HR-2020-1343-A. I HR-2020-1343-A (avsnitt 29) fremgår det at far kun hadde oppfordret mor til å la være å bruke vold mot barna, men likevel unnlatt «å søke ekstern hjelp» når det ble klart at hun ikke greide å følge hans oppfordring.

Et viktig moment i vurderingen av om ytterligere motvirkningshandlinger kreves, er hvor enkelt det er for omsorgspersonen ut fra egne forutsetninger å foreta noe mer. Både

avgjørelsen HR-2019-2205-A, flertallets vurderinger i HR-2019-561-A og HR-2020-143-A viser dette.

I HR-2019-561-A hadde stemoren A sagt klart ifra til B, og iallfall ved ett tilfelle søkt hjelp i sitt private nettverk. Men ytterligere motvirkningshandlinger var tilgjengelige. Flertallet i Høyesterett var enig med lagmannsretten i at A skulle ha gjort noe mer, men gikk ikke konkret inn på hva som hadde vært tilstrekkelig for å unngå et medvirkningsansvar (avsnitt 31):

«Jeg er enig med lagmannsretten i at A i den situasjonen hun var i, 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, i et forsøk på å hindre ytterligere krenkelser av C. Med sakens spesielle forhistorie og de tiltakene som var satt inn overfor hjemmet for å hindre videre mishandling, utgjør hennes passivitet etter mitt syn mer enn bare brudd på omsorgsplikten – hun har medvirket til at mishandlingen av C fortsatte.»

Flertallets standpunkt var tett knyttet til «den situasjon [A] var i», og må derfor tolkes i lys av den situasjonsbeskrivelsen flertallet la til grunn. A hadde allerede over tid hatt mye kontakt med det offentlige hjelpeapparat (avsnitt 30):

«I denne vurderingen legger lagmannsretten vekt på at den pågående straffesaken [mot B] og barnevernsaken ga A en spesiell oppfordring til å ivareta omsorgsansvaret for C på en forebyggende måte. Hun hadde fått råd og veiledning av fagpersoner fra ulike instanser, og hun hadde god kontakt med skole, barneverntjeneste og helsetjeneste. Mens B hadde besøksforbud, hadde hun, med hjelp og bistand fra det offentlige hjelpeapparatet, greid omsorgsansvaret for alle barna. På dette grunnlaget mener lagmannsretten at det var rimelig å forvente av A at hun gikk videre fra det hun hadde gjort, til å forsøke ett av de handlingsalternativene som lagmannsretten oppstiller, selv om det var en vanskelig situasjon for henne rent personlig.»

Den «pågående straffesaken» var en forutgående straffesak mot B der han var mistenkt for overtredelser av straffeloven 1902 § 219 mot sine fire sønner, herunder særkullsbarnet C. Han ble senere tiltalt for dette. Den hjelp og bistand fra det offentlige som omtales i sitatet, ble iverksatt da B, selv om etterforskningen av den forutgående straffesaken pågikk, likevel fikk flytte hjem i desember 2014.

Den oppfølgingen og kunnskapen A hadde fått som følge av straffesaken og barnevernssaken, synes å ha medført at flertallet stilte strenge krav til hvilken aktivitet A måtte utvise for å unngå et medvirkningsansvar. I vurderingen av om motvirkningshandlinger som involverer tredjepersoner eller offentlige instanser, er påkrevd, og eventuelt hvilke, må en derfor legge vekt på hvilke kunnskaper og hvilket nettverk den aktuelle omsorgspersonen hadde, og hvilken oppfølging og støtte vedkommende har fått fra det offentlige hjelpeapparat. Og hvis en særlig vidtrekkende aktivitetsplikt skal oppstilles, er det naturlig å forstå flertallet slik at dette må forankres i de individuelle forutsetningene hos omsorgspersonen sammenholdt med den situasjonen som forelå.

I HR-2019-2205-A hadde stefaren A ikke oppholdstillatelse og var avhengig av ektefellen Bs velvilje for å oppnå oppholdstillatelse, og han manglet norskferdigheter og hadde trolig begrenset kunnskap om hvilken bistand han kunne få fra offentlige instanser. Og han hadde ikke forholdt seg helt passiv (avsnitt 81):

«Han gjorde da også noe, blant annet ved å forsøke å snakke B til rette, ta barna ut av situasjonen i noen tilfeller, og ved å ta fra henne redskaper hun slo med, og kniven hun truet med. Han advarte henne også om at han kunne komme til å forlate henne om hun ikke stanset mishandlingen. Men dette var åpenbart ikke tilstrekkelig, noe A var klar over, siden volden bare fortsatte selv om han forhindret enkelte tilfeller.»

Samtidig hadde A ytterligere motvirkningshandlinger til rådighet. Han var ikke fysisk underlegen B og kunne ha gjort mer for å stoppe henne fysisk. Videre kunne han ha bedt om hjelp fra det somaliske miljøet samt oppfordret barna til selv å søke hjelp, typisk via skolen. I lys av dette mente Høyesterett at A hadde en «rimelig mulighet til å gjøre vesentlig mer», og at han derfor ikke hadde gjort tilstrekkelig for å «fri seg fra medvirkningsansvaret for så alvorlige handlinger som det her er tale om» (avsnitt 85).

Også i HR-2020-1343-A hadde far andre motvirkningshandlinger tilgjengelig. Hans verbale oppfordringer var ikke virksomme, og det avgjørende var at «B brøt handleplikten sin ved å unnlate å søke ekstern hjelp, for eksempel fra helsestasjonen, hvor han i perioden deltok på flere spedbarnskontroller» (avsnitt 29).

4.3 Nærmere om betydningen av slike omstendigheter som er nevnt i straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b

Som nevnt i punkt 3.4 kan den spesielle straffrihetsgrunnen i straffeloven § 196 tredje ledd bokstav b ikke anvendes analogisk. Men risikoen for slike omstendigheter som bestemmelsen omhandler, er et moment i helhetsvurderingen av om omsorgspersonens passivitet innebærer straffbar medvirkning. Flertallets begrunnelse i HR-2019-561-A bringer en viss klarhet i hvordan en fare for selvinkriminering, inkriminering av nærstående eller fare for liv eller helse skal vurderes. Mer prinsipielt uttalte flertallet at det «ville etter omstendighetene kunne være støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret» (avsnitt 23). I drøftingen av relevansen av slike omstendigheter som fremgår av bokstav b, uttalte flertallet (avsnitt 25): «Det er åpenbart [relevant] dersom den alternative handlingen ville sette liv eller helse i fare. Også vernet mot selvinkriminering kan få betydning.» Hvis disse uttalelsene ses i sammenheng, må det legges til grunn at fare for inkriminering av en nærstående gjerningsperson har liten vekt i helhetsvurderingen, men at fare for selvinkriminering kan ha en viss vekt. Dernest må det legges til grunn at fare for livet, helsen eller velferden til barnet, en selv eller en uskyldig tredjeperson potensielt har betydelig vekt i helhetsvurderingen.²⁴

²⁴ Se til illustrasjon den frifinnende dom i LH-2014-115515, hvor det som ett av flere momenter i den konkrete vurderingen ble lagt vekt på at moren ved flere anledninger følte seg truet av ektefellen.

5. Sammenfatning

I lys av det som er sagt ovenfor, bør rettstilstanden forstås slik at det er visse grunnvilkår/minstekrav som må oppfylles dersom et medvirkningsansvar skal være aktuelt. Grunnvilkårene omhandler relasjonen mellom omsorgspersonen og barnet («særlig tilknytning»), alvoret i den krenkelsen barnet utsettes for, kunnskapene til omsorgspersonen og eksistensen av (alternative) motvirkningshandlinger for omsorgspersonen (punkt 3). Er disse grunnvilkårene oppfylt, må spørsmålet om omsorgspersonen medvirket strafferettslig, avgjøres ut fra en svært konkret helhetsvurdering (punkt 4).

De sentrale formuleringene i HR-2019-2205-A (særlig avsnitt 59, 63, 68 og 77), som er fulgt opp i HR-2020-1343-A, er svært allmenne og prinsipielle, og kan sammenfattes i en særskilt bestemmelse om medvirkningsansvar for den som har omsorgsansvar for barn. Bestemmelsen kan utformes slik:

Den som har omsorgsansvar for et barn, kan straffes som medvirker til en annens lovbrudd mot barnet dersom omsorgspersonen helt eller delvis har unnlatt å foreta seg noe som var egnet til å motvirke gjerningspersonens lovbrudd, og som det etter omstendighetene var mulig og rimelig å kreve.

Om handleplikten etter første ledd er oppfylt, beror på en helhetlig vurdering av tilknytningen til barnet og den konkrete situasjonen, hvor det blant annet legges vekt på lovbruddenes alvorlighetsgrad, hvor omfattende og lenge de har pågått, barnets alder, utvikling og sosiale situasjon, styrkeforholdet og relasjonen mellom omsorgspersonen og gjerningspersonen, om omsorgspersonen hadde en særlig foranledning til å gripe inn ut fra sin kunnskap om tidligere lovbrudd mot barnet, og hvilke virkemidler og handlingsalternativer omsorgspersonen hadde til rådighet for å gripe inn.

Medvirkningsregelen og den handleplikten den bygger på, er svært skjønnsmessig, og temaet bør undergis en særskilt lovregulering. Dersom det skal vedtas et straffebud om straffansvar for passive omsorgspersoner, bør bestemmelsen så langt som mulig gjøres enda mer presis.