

I straffeansvarets grenseland

Er det i tråd med legalitetsprinsippet å straffe for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner der gjerningspersonen ikke har medvirket, kun utilstrekkelig motvirket?

Kandidatnummer: 608

Leveringsfrist: 25.04.2023 kl 12:00

Antall ord: 17 804



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Oppgavens problemstilling.....	3
1.2	Definisjoner og avgrensninger	3
1.3	Metode og rettskildebildet.....	4
1.4	Videre fremstilling.....	6
2	PASSIV MEDVIRKNING.....	7
3	HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A OG HR-2020-1343-A	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	HR-2019-561-A.....	9
3.3	HR-2019-2205-A.....	10
3.4	HR-2020-1343-A.....	11
3.5	Oppsummering	12
4	OMSORGS- OG FORELDREANSVARETS BETYDNING FOR STRAFFANSVAR....	12
5	LOVKRAVET ETTER EMK ARTIKKEL 7.....	16
5.1	Innledning.....	16
5.1.1.	Veien videre.....	18
5.2.	Nasjonal skjønnsmargin	19
5.3.	Analyse av rettspraksis som klargjør rekkevidden av forbudet mot utvidende tolkning	19
5.3.1.	S.W v. The United Kingdom	19
5.3.2.	Liivik v. Estonia.....	21
5.3.3.	Vasiliauskas v. Lithuania.....	22
5.3.4.	Kort om rettspraksis som omhandler straffebudets kjerne og forutsigbarhet.....	22
5.4.	Fastlegging av terskelen etter EMK artikkel 7.....	23
6	LEGALITETSPRINSIPPET I NORSK STRAFFERETT.....	24
6.1	Innledning.....	24
6.2	Analyse av rettspraksis som klarlegger innholdet av analogiforbudet.....	26
6.2.1.	Rt. 2009 s. 780	26
6.2.2.	Rt. 2011 s. 469	27
6.2.3.	Rt. 2012 s. 1211	28
6.2.4.	Rettsavgjørelser avsagt i ettertid av utilstrekkelig motvirkning-dommene	30
6.3	Fastlegging av terskelen etter Grl. § 96.....	32

7	STRIDER DET MED LEGALITETSPRINSIPPET Å DØMME FOR MEDVIRKNING VED UTILSTREKKELIG MOTVIRKNING?.....	34
7.1	Introduksjon.....	34
7.2	I tråd med forbudet mot utvidende tolkning?.....	34
7.2.1.	Innledning.....	34
7.2.2.	Er tolkningen innenfor straffebudets kjerne?.....	34
7.2.3.	Er tolkningen rimelig forutsigbar?.....	35
7.3	I tråd med ordlyden?.....	40
7.4	Hvilken betydning har spenningen mellom barnets beste og legalitetsprinsippet	42
8	RETTSPOLITIKK – VEIEN FREMOVER.....	46
8.1	Innledning.....	46
8.2	Er det rett å straffedømme i disse tilfellene?.....	46
8.3	Utsyn – konsekvenser for legalitetsprinsippet på strafferettens område.....	48
8.4	Hvordan kan legalitetsprinsippet oppfylles?	49
	LITTERATURLISTE	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling

Hvilke handlinger eller unnlatelser som kan straffes, må følge av en lov. Dette omtales som *legalitetsprinsippet*. Legalitetsprinsippet er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, og utgjør et sentralt vern mot vilkårlig maktutøvelse fra staten.¹ I straffeloven § 15 fremgår det at et straffebed også rammer den som «medvirker» til en overtredelse. Dersom medvirkningsansvar skal være forenlig med legalitetsprinsippet, må den tiltaltes handlinger derfor være omfattet av straffeloven § 15.

I 2019 og 2020 avsa Høyesterett tre dommer som omhandlet medvirkning til mishandling i nære relasjoner.² De tiltalte i de to første dommene hadde forsøkt å stanse mishandlingen, men ble likevel ilagt medvirkningsansvar.³ Dette var første gang noen ble dømt for medvirkning til mishandling i nære relasjoner til tross for forsøk om å stanse den straffbare handlingen.⁴ Den tiltalte i den siste dommen var ikke tilstede da mishandlingen skjedde, men ble også dømt for medvirkning til mishandling.⁵ Tilsynelatende er det å *motvirke* nokså fjerntliggende fra å *medvirke* til en straffbar handling. Dette til tross ble legalitetsprinsippet ikke nevnt i den første dommen, og kun berørt i de to siste.

Spørsmålet som skal besvares i oppgaven er om det strider med legalitetsprinsippet å straffedømme for medvirkning når den tiltalte har forsøkt å *motvirke* hovedgjerningspersonens lovovertrødelse.

1.2 Definisjoner og avgrensninger

Legalitetsprinsippet er i norsk rett nedfelt i Grunnloven § 96 (1), og fastsetter at ingen kan dømmes «uten etter lov». Legalitetsprinsippet er også inntatt i Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 7 (1), som fremsetter at ingen kan straffes for en handling eller unnløtelse som «[...] did not constitute a criminal offence [...]». Legalitetsprinsippet omtales også som *lovskravet*, og begge begreper benyttes i oppgaven.⁶

Flere konvensjoner inneholder lignende rettigheter, som artikkel 15 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Det er likevel Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 som er viet

¹ Aall (2013) s. 104.

² HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A.

³ HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A.

⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 107.

⁵ HR-2020-1343-A.

⁶ HR-2020-2019-A avsnitt 14.

mest oppmerksomhet, både i norsk rett og i internasjonale domstoler. Oppgaven vil derfor kun behandle Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.

Medvirkningsansvar fremgår av straffeloven § 15, og fastslår at straffebud også rammer den som «medvirker» til overtredelsen. I straffelovens forarbeider legges det til grunn at passivitet kan straffes som *passiv medvirkning* i visse tilfeller.⁷ I to av høyesterettsdommene ble de tiltalte dømt til tross for forsøk på å forhindre mishandlingen, som i det følgende omtales som *utilstrekkelig motvirkning*.⁸ Straffansvar for utilstrekkelig motvirkning er utviklet gjennom rettspraksis, og har ingen forankring i lovtekst eller forarbeider.⁹

Legalitetsprinsippet og medvirkningsansvar vil i denne oppgaven drøftes opp mot mishandling i nære relasjoner, som straffes etter straffeloven §§ 282 og 283. Av § 282 (1) b fremgår det at den som ved «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser» mishandler «sin eller nåværende eller tidligere ektefelles eller samboers slektning i rett nedstigende linje» straffes med fengsel inntil 6 år. Mishandlingen må ha vært «alvorlig eller gjentatt» for å omfattes. Straffeloven § 282 regulerer *grov* mishandling, som har en strafferamme på 15 år. Oppgaven omhandler medvirkning til disse lovertredelsene på grunn av tre høyesterettsdommer som etablerte straffansvar ved utilstrekkelig motvirkning i disse situasjonene.¹⁰ Det er også aktuelt å undersøke fordi Høyesterett oppstiller en *aktivitetsplikt* for personer med omsorgsansvar for barn, som innebærer plikt til å forsøke å stanse mishandlingen. Når aktivitetsplikten ikke oppfylles, er konsekvensen at den tiltalte ilegges medvirkningsansvar. Derfor er det relevant å vurdere om denne aktivitetsplikten er i tråd med legalitetsprinsippet.

1.3 Metode og rettskildebildet

For å besvare spørsmålet om det er i tråd med legalitetsprinsippet å straffe for utilstrekkelig motvirkning ved mishandling i nære relasjoner, tas det utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Denne forutsettes kjent.

Oppgavens problemstilling er i krysningfeltet mellom strafferett og menneskerettigheter, og aktualiserer regelsett på tre ulike trinnhøyder. *Trinnhøyde* refererer til rangordningen mellom regelsettene.¹¹ På den laveste trinnhøyden er straffeloven, som hjemler medvirkningsansvaret. Videre aktualiseres legalitetsprinsippet på to trinnhøyder; etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96. EMK er en bindende menneskerettstraktet som gjelder som norsk lov, og har forrang foran

⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

⁸ Holmberg (2020) s. 403.

⁹ Ibid s. 405.

¹⁰ HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A.

¹¹ Skoghøy (2023) s. 299.

annen alminnelig lovgivning.¹² Grunnloven danner grunnlaget for den norske statsdannelsen, og er vår formelt høyeste rettskilde. Ved motstrid mellom regelsettene vil loven med høyest rang gå foran.¹³

Det fremgår av straffeloven § 2 at straffelovgivningen «gjelder med de begrensninger» som følger av folkeretten. Ordlyden «de begrensninger» tilsier at folkerettslige forpliktelser kan innsnevre statens muligheter til å straffedømme. Samtidig er ikke bestemmelsen til hinder for at individet gis et *sterkere* vern etter norsk rett enn etter folkeretten, jf. ordlyden «begrensninger».¹⁴

Grunnloven § 96 må tolkes med utgangspunkt i bestemmelsens formål og den naturlige forståelsen av ordlyden på opprinnelsestiden.¹⁵ Ordlyden i § 96 er knapp, og rekkevidden av vernet må derfor klargjøres gjennom tolkning av øvrige rettskilder. Etersom EMK er en bindende menneskerettstraktat, kan de tilsvarende bestemmelsene i EMK benyttes for å klargjøre innholdet av grunnlovsbestemmelsene.¹⁶ Det er likevel Høyesterett som i siste rekke har ansvar for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettigheter, og ikke de internasjonale håndhevingsorganene.¹⁷ Det avsagt en rekke høyesterettsdommer om rekkevidden av Grunnloven § 96. Avgjørelsene er ikke direkte tilknyttet medvirkningsansvar ved utilstrekkelig motvirkning, men det kan likevel utledes en generell terskel for legalitetsprinsippet av dem. Denne terskelen vil deretter anvendes for å besvare oppgavens problemstilling.

I det følgende redegjøres det for enkelte metodespørsmål knyttet til tolkningen av EMK, ettersom denne ikke er identisk med norsk juridisk metode.¹⁸ EMK er en folkerettslig traktat, som innebærer at Wienkonvensjonen om traktatretten er relevant ved tolkningen av konvensjonsrettighetene. Wienkonvensjonen gir uttrykk for alminnelig folkerett, og det har derfor ingen betydning at Norge ikke har ratifisert konvensjonen.¹⁹ Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har også fastslått at Wienkonvensjonen er relevant for

¹² Menneskerettslov §§ 2 nr. 1 og § 3.

¹³ Skoghøy (2023) s. 299.

¹⁴ Etter norsk rett er det ikke tilstrekkelig med hjemmel i folkeretten for å straffedømme, jf. Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 116.

¹⁵ Aall (2022) s. 36-50.

¹⁶ Grunnloven § 92 og Aall (2022) s. 36-50.

¹⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

¹⁸ Se bl.a. Rt. 2000 s. 996 s. 1007-1008, hvor det uttales at EMDs metode benyttes når EMK tolkes.

¹⁹ Elgesem (2004) punkt 2.

tolkningen av EMK.²⁰ Wienkonvensjonen artikkel 31.1 fremsetter at en traktat må tolkes «in good faith». Tolkningen må også være i tråd med traktatens ordlyd, kontekst og formål.²¹

Det er likevel rettspraksis fra EMD som er den sentrale kilden for å tolke EMK.²² Dette har sammenheng med to faktorer; for det første er konvensjonsteksten kortfattet, og artiklene er formulert med vage ord og uttrykk.²³ For eksempel er det ikke klart hva som ligger i uttrykket «law» etter artikkel 7.²⁴ For det andre er ikke EMKs forarbeider en sentral rettskilde ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene, i motsetning til forarbeiders betydning i norsk metodelære.²⁵ Derfor må det undersøkes hvordan konvensjonsrettigheten er forstått av EMD.²⁶

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven er inndelt i tre deler. I kapittel 1 har temaet blitt introdusert og metoden og rettskildebildet er redegjort for. Dette danner rammene for resten av oppgaven.

Hovedkapitlene 2 til 7 besvarer oppgavens problemstilling. Her kommenteres utviklingen av passiv medvirkning og utilstrekkelig motvirkning som ansvarsgrunnlag, og høyesterettsdommene HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A analyseres. I tillegg vurderes foreldre- og omsorgsansvarets betydning for medvirkningsansvarets rekkevidde. Deretter vil terskelen etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 oppstilles og anvendes på de tre høyesterettsdommene, og det konkluderes om disse er forenlige med legalitetsprinsippets skranker.

Oppgavens tredje del er inntatt i kapittel 9, og er rettspolitisk. Først vurderes det om det er *riktig* å straffe personer som har forsøkt å forhindre mishandling, sett i lys av medvirkningslæren. Deretter vurderes hvilke konsekvenser forståelsen av legalitetsprinsippet i de tre høyesterettsdommene kan få, dersom den legges til grunn i senere saker. Til sist vurderes hvordan lovgiver kan sikre at legalitetsprinsippet overholdes ved spørsmål om medvirkningsansvar ved mishandling i nære relasjoner.

²⁰ Golder v. the United Kingdom (1975) premiss 29.

²¹ VCLT artikkel 31.1.

²² Kjølbros (2020) s. 15.

²³ Elgesem (2021) s. 442.

²⁴ Se kapittel 5.

²⁵ Elgesem (2021) s. 442

²⁶ Ibid s. 443.

2 Passiv medvirkning

I dette kapittelet redegjøres det for hva som anses som passiv medvirkning, herunder dets rettslige forankring og utvikling som ansvarsgrunnlag.

Medvirkningsansvaret er lovfestet i straffeloven § 15, hvor det fremgår at

«*Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen [...]»*

Ordlyden tilsier at medvirkeren må *bidra* til den straffbare handlingen. Dette underbygges av straffelovens forarbeider, hvor det fremgår at det normalt kreves et aktivt bidrag for å ilegges medvirkningsansvar.²⁷ Dette kan for eksempel være en fysisk handling eller en positiv tilslutning. Videre kreves en viss tilknytning mellom hovedgjerningen og medvirkningshandlingen for å ilegge straffansvar. For fysisk medvirkning må bistanden «faktisk virke[r] med» i utføringen av hovedgjerningen, mens ved psykisk medvirkning må hovedgjerningspersonen «påvirkes og motiveres ytterligere for å utføre lovbruddet».²⁸

Av forarbeidene fremgår det at ren passivitet «normalt ikke» medfører medvirkningsansvar.²⁹ Som hovedregel straffes derfor ikke ren passivitet.³⁰ Det må avgjøres ut fra en tolkning av det aktuelle straffebud og sakens nærmere omstendigheter om passivitet likevel skal medføre medvirkningsansvar.³¹ Dette har blitt formulert som vilkår om det er «naturlig å bedømme passiviteten som medvirkning» til hovedgjerningen, og om «passiviteten er omtrent like straffverdig som aktiv medvirkning.»³² Det skal også «mindre til» for å ilegges medvirkningsansvar dersom den passive har en «spesiell plikt» til å forhindre hovedgjerningen. Likevel er det selv ikke her tilstrekkelig med ren passivitet, med mindre passiviteten oppfattes som et *samtykke* til hovedgjerningen.³³

I forarbeidene fremheves dommen inntatt i Rt. 1947 s. 69 som et eksempel, hvor den tiltalte ble ilagt medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet. Saken gjaldt en overordnet offiser som var klar over og hadde godkjent at en underordnet torturerte fanger under avhør.³⁴ Den overordnede grep ikke inn, og Høyesterett uttalte at han hadde

²⁷ Matningsdal (2023) note 92.

²⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411.

²⁹ Ibid s. 412.

³⁰ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 13 og HR-2019-599-A avsnitt 76.

³¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

³² Øie (2015) s. 521.

³³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

³⁴ Rt. 1947 s. 69 s. 73.

«tillatt meget som det var hans ubetingede plikt å forhindre, og som han kunne forebygget om han hadde villet.»³⁵

Et nyere eksempel på handleplikt, finnes i Rt. 2013 s. 1686. En helsefagarbeider på nattevakt hadde fått vite av en kollega at det ville skje noe ulovlig. Da hun forlot arbeidsstedet, lot hun døren stå ulåst, og det ble deretter begått grovt tyveri. Høyesterett mente at helsefagarbeideren hadde handleplikt på bakgrunn av hennes tillitsstilling og ansettelsesforhold som nattevakt.³⁶ Ved å ikke foreta seg noe, hverken ved å protestere da hun ble informert om hva som ville skje eller å anmelde til politiet, ble handleplikten ikke oppfylt. Det avgjørende for Høyesterett var likevel at det forelå elementer av fysisk og psykisk medvirkning.³⁷ Dette er egnet til å illustrere den glidende – og tidvis uklare – overgangen mellom passivitet og andre medvirkningsformer.

Rt. 2013 s. 1015 (*Christoffer*) var den første høyesterettssaken om ren passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Ankeutvalget konkluderte at ren passivitet var tilstrekkelig for å etablere straffansvar dersom man har handleplikt som følge av omsorgsansvar for barn. Dommen har blitt kritisert for å strekke seg lengre enn hva som var nødvendig for å konkludere med straffansvar, ettersom lagmannsrettens uttalelser tydet på at det kunne konstateres psykisk medvirkning.³⁸ Likevel legges det nå til grunn at ren passivitet kan straffes som medvirkning hvis den passive har en sivilrettslig tilsyns- eller omsorgsplikt.³⁹ I denne vurderingen må det ofte tas utgangspunkt i hva den tiltalte *burde* ha gjort, og ikke hva som rent *faktisk* er gjort.⁴⁰

Dommene HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A strekker medvirkningsansvaret ytterligere, ved å åpne for at det kan etableres medvirkningsansvar på grunn av utilstrekkelig motvirkning. Avgjørende for Høyesterett var en handleplikt som følge av omsorgsansvar for barn.⁴¹ Lovgiver har, etter hva jeg kan se, aldri tatt stilling til om det kan konstateres medvirkningsansvar på grunn av utilstrekkelig motvirkning.⁴²

³⁵ Rt. 1947 s. 69 s. 73.

³⁶ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 15.

³⁷ Ibid avsnitt 16.

³⁸ Holmberg (2020) s. 406.

³⁹ Kjelby (2020) s. 386.

⁴⁰ Ibid s. 385.

⁴¹ Se bl.a HR-2019-561-A avsnitt 20.

⁴² Se også Holmberg (2020) s. 403.

3 HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A

3.1 Innledning

I det følgende vil høyesterettsdommene inntatt i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A analyseres, med særlig fokus på hvordan Høyesterett vurderer legalitetsprinsippet. Avslutningsvis klargjøres dommenes betydning for nåværende rettstilstand ved medvirkningsansvar for passivitet og utilstrekkelig motvirkning.

3.2 HR-2019-561-A

I denne saken hadde den tiltaltes ektemann ved flere anledninger mishandlet sin sønn, blant annet ved voldshandlinger.⁴³ Sønnen var ikke kvinnens biologiske barn, men hun hadde et reelt omsorgsansvar for ham. Kvinnen hadde flere ganger forsøkt å stanse faren verbalt, og hadde tilkalt en bekjent for hjelp til å stanse volden.⁴⁴ Etter Høyesteretts vurdering hadde kvinnen tatt tydelig og konsekvent avstand fra farens handlinger.⁴⁵ Hovedspørsmålet var etter dette om kvinnen, som omsorgsperson

«[...] skulle ha gjort noe mer for å forsøke å forhindre ytterligere krenkelser av gutten, når hennes protester ikke førte frem. Det er denne unnlåtelsen som eventuelt er «passiv medvirkning»»».⁴⁶

Høyesterett oppstiller altså en aktivitetsplikt for å forsøke å forhindre mishandlingen, for at tiltalte selv skal unngå straffansvar. Aktivitetsplikten begrunnes i omsorgsansvaret kvinnen hadde for barnet.⁴⁷ Plikten kan oppfylles selv om man ikke klarer å stanse den straffbare handlingen. Det er tilstrekkelig å gjøre noe – fysisk eller psykisk – for å motvirke handlingen. Hvis det første forsøket ikke stanser mishandlingen, må man «forsøke en alternativ handling».⁴⁸ Hva handlingen skal være, og hvilke krav som stilles til den, måtte ifølge førstvoterende bero på en «helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen.»⁴⁹ Til tross for flere forsøk på å stanse faren, ble hun likevel dømt for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner. Dommen forholder seg taus om legalitetsprinsippets betydning.

⁴³ HR-2019-561-A avsnitt 15.

⁴⁴ l.c.

⁴⁵ Avsnitt 16.

⁴⁶ l.c.

⁴⁷ Avsnitt 20.

⁴⁸ Avsnitt 29.

⁴⁹ l.c.

Flertallet trakk ikke frem hovedregelen fra forarbeidene – at det som utgangspunkt ikke straffes for passiv medvirkning. Dette kan tyde på at hovedregelen ikke gjelder for passive omsorgspersoner ved mishandling i nære relasjoner.⁵⁰

Dommen er avsagt under skarp dissens. Avgjørende for annenvoterende var at det var «mindre naturlig» å anse den passive forelderen som medvirkende, ettersom handlingene hennes var så fjerne fra hovedgjerningen. Dette gjaldt særlig siden den tiltalte hadde utvist «ikke ubetydelig aktivitet» for å forhindre mishandlingen.⁵¹ Uttalelsene kan tale for at annenvoterende mente at forholdet ikke var omfattet av ordlyden i straffeloven § 15, til tross for at det ikke uttrykkelig henvises til legalitetsprinsippet.

3.3 HR-2019-2205-A

I denne saken hadde en mor mishandlet sine barn. Spørsmålet var om stefaren kunne straffes for passiv medvirkning til mishandlingen, selv om han flere ganger hadde forsøkt å forhindre volden.⁵² Han hadde blant annet bedt moren om å stanse, gjemt unna gjenstander moren benyttet for å mishandle, gått mellom mor og barn, og truet med å gå fra henne dersom hun ikke stanset. Dommen er avsagt under skarp dissens, men dissensen gjaldt kun straffutmålingen.

Høyesterett kommenterte innledningsvis legalitetsprinsippetets betydning. Førstvoterende fremhevet at ordlyden i straffeloven § 15 tilsa at ren passivitet ikke var omfattet av medvirkningsansvaret, men at innholdet i bestemmelsen kunne klargjøres gjennom rettspraksis.⁵³ Ordlyden «medvirker» er vid, men førstvoterendes uttalelse indikerer at man stod overfor en *uklar* lovhjemmel som måtte presiseres. Videre uttalte førstvoterende at Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19 var sentrale for fastleggingen av medvirkningsansvaret, ettersom bestemmelsene gir barn vern mot mishandling. I avsnitt 56 skrives det at

«[...] jeg mener medvirkningsansvar for A ikke kommer i konflikt med lovskravet, og fordi det resultatet jeg har kommet til, ivaretar hensynet til barna.»

Utover disse generelle uttalelsene ble ikke ordlyden i straffeloven § 15 vurdert opp mot lovkravet.

⁵⁰ Kjelby (2020) s. 392.

⁵¹ HR-2019-561-A avsnitt 43.

⁵² HR-2019-2205-A avsnitt 32.

⁵³ Avsnitt 54 og 55.

Deretter viste førstvoterende til hovedregelen fra forarbeidene; ren passivitet medfører som utgangspunkt ikke straffansvar.⁵⁴ Likevel fremheves det at det nå er «etablert rett» at personer er forpliktet til å gripe inn ved mishandling overfor barn de har omsorgsansvar for.⁵⁵ En unnlattelse av å opptre i henhold til denne aktivitetsplikten kan medføre medvirkningsansvar.⁵⁶ Høyesterett oppstilte deretter flere momenter som kan inngå i vurderingen av om omsorgspersonens utilstrekkelige motvirkning skal medføre medvirkningsansvar: overgrepens alvorlighetsgrad, mishandlingens tidsforløp, barnets sårbarhet, styrkeforholdet mellom overgriperen og den andre omsorgspersonen, om omsorgspersonen hadde særlig foranledning til å gripe inn ut fra kunnskap om tidligere overgrep mot barna, og hvilke virkemidler omsorgspersonen har tilgjengelig for å hindre mishandlingen.⁵⁷ Høyesterett utviklet her konkrete momenter for hvilke tilfeller av utilstrekkelig motvirkning som kan straffes. Høyesteretts konkluderte med at stefaren kunne straffes for medvirkning til grov mishandling etter straffeloven § 283, jf. § 15.

3.4 HR-2020-1343-A

Spørsmålet i denne saken var om en far kunne dømmes for passiv medvirkning til morens grove mishandling av deres to spedbarn. Sakens faktum skiller seg fra de to andre ved at faren ikke var til stede da mishandlingen skjedde, og hadde dermed ikke observert volden barna ble utsatt for. Dommen gjelder slik ren passivitet, og ikke utilstrekkelig motvirkning.

Innledningsvis tolket Høyesterett medvirkningsbegrepet. Førstvoterende uttalte at der en person har en særlig tilknytning til gjerningssituasjonen, herunder den mishandlede, kan det oppstå en plikt til å forsøke å forhindre andres straffbare handlinger.⁵⁸ Dersom handleplikten ikke oppfylles, kan det medføre medvirkningsansvar. Videre kommenterte førstvoterende at ordlyden i strl. § 15, «medvirker», satt grenser for straffansvarets rekkevidde ved passivitetstilfellene. Det ble deretter vist til uttalelsene i HR-2019-2205-A om lovkravets utgangspunkter. Førstvoterende fremhevet at medvirkningsansvar ved passivitet har blitt utviklet der barn er utsatt for mishandling, og henviste til de to ovenfornevnte dommer.⁵⁹ I denne saken, hvor tiltalte ikke var til stede da mishandlingen forekom, ville handleplikten først utløses idet han ble klar over det straffbare forholdet.⁶⁰ Handleplikten måtte derfor fastsettes «med utgangspunkt i den kunnskap» faren hadde.⁶¹ Førstvoterende uttalte deretter at

⁵⁴ HR-2019-2205-A avsnitt 57. Gjentas i HR-2020-1343-A avsnitt 16.

⁵⁵ Avsnitt 59.

⁵⁶ I.c.

⁵⁷ Avsnitt 70-75.

⁵⁸ HR-2020-1343-A avsnitt 14.

⁵⁹ Avsnitt 16.

⁶⁰ Avsnitt 19.

⁶¹ Avsnitt 20 flg.

«Jeg kan ikke se at lovkravet er til hinder for denne presiseringen [...]»⁶²

Dette begrunnes ikke nærmere. Uttalelsen kan likevel leses som at førstvoterende mener medvirkningsbegrepet er uklart, og at Høyesterett foretar en presiserende tolkning av hva hjemmelen skal omfatte.

3.5 Oppsummering

I HR-2019-561-A ble legalitetsprinsippet hverken nevnt eller vurdert. Dette er verdt å merke seg, sett hen til at det i de to senere dommene uttrykkes at passiv medvirkning ikke omfattes av ordlyden i straffeloven § 15.⁶³ I HR-2019-2205-A fremheves de overordnede rammene for legalitetsprinsippet, men det foretas ingen inngående drøftelse av lovkravets betydning ved tolkningen av straffeloven § 15 i denne saken. I HR-2020-1343-A ble det kun vist tilbake til redegjørelsen for legalitetsprinsippet i HR-2019-2205-A, til tross for at tiltaltes omstendigheter var ulikt de to andre dommene.

Etter gjennomgangen fremstår det som om det nå er en etablert rettsoppfatning om at passiv medvirkning ved mishandling i nære relasjoner kan straffes, også der tiltalte har forsøkt å forhindre mishandlingen. Høyesteretts sentrale begrunnelse er at de strafferettslige utgangspunktene om ren passivitet stiller seg annerledes der det eksisterer omsorgsansvar for barn. Omsorgspersonene har ingen resultatforpliktelse, men det kreves at vedkommende foretar en handling som er *egnet til å forhindre* mishandlingen. Sett hen til motvirkningen utført av de tiltalte i HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A, fremstår det som en forholdsvis lav terskel for å konstatere straffansvar. Forholdet mellom barn og omsorgspersoner er derfor en viktig del av vurderingen av den typen medvirkningsansvar oppgaven omhandler. Dette understrekes også av barns naturlige forsvarsløshet, og deres avhengighetsforhold til sine omsorgspersoner. Det er imidlertid ikke sikkert hva slags omsorgsansvar Høyesterett henviser til, hvor Høyesterett hjemler det, eller om de tiltalte rent faktisk hadde et slikt ansvar.

4 Omsorgs- og foreldreansvarets betydning for straffansvar

Spørsmålet som skal besvares i dette kapitlet er hvilke rettslige handleplikter som kan utledes av det omsorgsansvaret Høyesterett vektlegger i de tre høyesterettsavgjørelsene. Dette gjøres for å undersøke om omsorgsansvaret kan benyttes for å konstatere medvirkningsansvar.

Omsorgsansvar er i liten grad regulert. Barneloven § 30 regulerer innholdet av foreldreansvaret. Av første ledd følger det at barn har krav på omsorg og omtanke fra de som har foreldreansvar.

⁶² HR-2019-2205-A avsnitt 23.

⁶³ HR-2019-2205-A avsnitt 54 og HR-2020-1343-A avsnitt 14.

Dette innebærer at de som har foreldreansvar også har omsorgsansvar overfor egne barn. Bestemmelsen er imidlertid stilltiende hva gjelder omsorgspersoner *uten* foreldreansvar.

Det følger av barneloven § 30 (3) første punktum at barn ikke må bli «utsett» for vold eller behandles slik at den «fysiske eller psykiske helsa» blir utsatt for skade eller fare. Slik opptreden er forbudt.⁶⁴ Sett hen til leddets plassering, er forbudet rettet mot personer som har foreldreansvar for barnet.

Når det er *forbudt* for personer med foreldreansvar å utsette egne barn for vold, innebærer dette en tilsvarende *plikt* til å avstå fra disse handlingene. Spørsmålet er om denne plikten omfatter et ansvar for å forhindre mishandling av barnet. Ordlyden «utsett» er vid, og tyder på at foreldre må sikre at barnet ikke utsettes for vold overhodet.⁶⁵ Forarbeidene er tause om foreldre eller andre omsorgspersoner har en aktivitetsplikt til å forhindre at barn man har omsorg for, utsettes for vold. Forarbeidsuttalelsene om voldsforbudet retter seg kun mot en voldsutøvende person. Problemstillingen er også i liten grad berørt i juridisk teori. Systembetragtninger tilsier at det eksisterer en slik forpliktelse; bestemmelsens første ledd fremsetter at barnet har krav på omsorg og omtanke. I ordet «omsorg» ligger det at barn må sikres mot vold og mishandling, som tilsier at foreldre ikke bare må avstå fra å *utøve* vold, men også må *beskytte* barna sine mot vold. Det er derfor nærliggende å konkludere at personer med foreldreansvar har en aktivitetsforpliktelse til å forhindre mishandling overfor sine barn.

Spørsmålet er så hvilke rettsvirkninger brudd på denne forpliktelsen skal ha. Det fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd. Jeg har heller ikke funnet rettspraksis som omhandler aktivitetsplikten som kan utledes av barneloven § 30, kun aktivitetspliktens betydning for strafferettslig medvirkningsansvar. Barneloven gir heller ingen anvisning på at det kan ilegges en strafferettslig sanksjon ved overtredelse av mishandlingsforbudet. Derfor fremstår sivilrettslige sanksjoner som mest aktuelle; for eksempel kan det offentlige iverksette omsorgsovertakelse dersom foreldre ikke opptrer i tråd med foreldreansvaret, jf. barnevernsloven § 5-1 (1) c.

Ut over dette har barn, i likhet med andre, et strafferettslig vern mot vold. Vold i nære relasjoner er hjemlet i straffeloven §§ 282 og 283. Videre er det en lovfestet avvergingsplikt i straffeloven § 196. Overtredelse av disse bestemmelsene kan anses som et uttrykk for hvordan foreldreansvar ikke skal utøves.⁶⁶ Samtidig kan straffansvar etter disse bestemmelsene konstateres uavhengig av brudd på den sivilrettslige forpliktelsen etter barneloven § 30. Dersom

⁶⁴ Barneloven § 30 (3).

⁶⁵ Eeg (2008) s. 67-68.

⁶⁶ Backer (2009) Kommentar til § 30.

foreldre skal straffes for å ikke ha forhindret vold mot barnet, må det være fordi en av bestemmelsene i straffeloven er overtrådt. Barneloven § 30 kan ikke danne grunnlag for straff.⁶⁷

Likevel ble det i barnelovens forarbeider uttalt at forbudet mot voldsutøvelse måtte være «retningsgivende» for tolkningen av straffelovens bestemmelser.⁶⁸ Uttalelsen er rettet mot voldsutøvelse, og ikke avvergingsplikten. Det skal for eksempel lite til før fysisk maktbruk i oppdragelsesøyemed er straffbart.⁶⁹ På det ene siden kan det argumenteres for at dette vil bidra til sammenheng i regelverket som verner barn mot mishandling. På den annen side kan det være problematisk at en lov som fastsetter sivilrettslige forpliktelser skal være retningsgivende for tolkningen av et straffebud. Dette særlig sett hen til det strenge legalitetsprinsippet på strafferettens område, hvor en avvergingsplikt kan falle utenfor det som rammes som medvirkning etter straffelovens § 15.⁷⁰ Denne problematikken illustreres ved førstvoterendes votum i HR-2019-2205-A, hvor det uttales at barnets rettigheter etter Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 19 er viktig for «fastleggingen av medvirkningsansvaret».⁷¹

Videre må det vurderes hvilke forpliktelser *andre* omsorgspersoner har for å forhindre voldsutøvelse mot barnet. Barn kan ha mange omsorgspersoner i livet sitt; for eksempel kan lærere sies å ha en omsorgsrolle for sine elever. Denne oppgaven vil fokusere på steforeldre og andre som har en lignende omsorgsrolle som foreldre. Det er aktuelt å undersøke denne persongruppens ansvar fordi de tiltalte i HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A var barnas steforeldre, og ikke hadde et formelt omsorgsansvar.⁷²

Omsorgsansvarets innhold er ikke identisk med *foreldreansvaret*.⁷³ Jeg har ikke funnet noen lovfestet omsorgsforpliktelse utover foreldreansvar, og dette er heller ikke kommentert i juridisk teori. Dette tyder på at Høyesterett mener det ikke kreves at «medvirkeren» har formelt ansvar for barnet, fastsatt i lov eller avtale. Høyesterettspraksisen indikerer en *reell* omsorgsfunksjon er tilstrekkelig for å konstatere aktivitetsplikt.⁷⁴

Barnekonvensjonen artikkel 19 verner barn mot vold. Av artikkelens første ledd fremgår det at «States Parties» plikter å beskytte barnet mot vold og mishandling fra sine foreldre, men også fra «any other person who has care of the child». Staten er derfor forpliktet til å verne barn mot

⁶⁷ Ot.prp.nr.8 (1986-1987) s. 7.

⁶⁸ Ibid s. 3 og 8.

⁶⁹ Sandberg (2018) Kommentar til § 30.

⁷⁰ Stang (2011) s. 164. Drøftes nærmere i kapittel 7.

⁷¹ HR-2019-2205-A avsnitt 56.

⁷² Se f.eks. HR-2019-561-A avsnitt 28.

⁷³ Sml. barnevernsloven § 5-4 som beskriver hva som gjenstår av foreldreansvaret etter at barnevernstjenesten har overtatt omsorgsansvaret.

⁷⁴ Kjelby (2020) s. 390.

vold fra en videre personkrets enn kun personer med foreldreansvar. Ettersom artikkelen binder stater, jf. ordlyden «State Parties», kan det ikke utledes noen forpliktelser for et enkeltindivid til å forhindre mishandling, uavhengig av omsorgsansvar. Samtidig omfatter «States Parties» også de nasjonale domstolene, som innebærer at disse er forpliktet til å forhindre vold mot barn fra personer som har «the care of the child». Det er likevel utfordrende å fastslå hvilken betydning dette skal ha overfor en omsorgsperson som har *forsøkt å stanse* mishandling.

I forarbeidene til barneloven § 30 uttales det at personer uten formelt foreldreansvar «ikke har noen større rett til å bruke fysisk makt overfor barnet» enn personer med foreldreansvar.⁷⁵ Forarbeidene er imidlertid tause hva gjelder omsorgspersoners plikt til å *forhindre* vold. Ettersom persongruppen nevnes, men ikke ilegges ansvar på lik linje som foreldrene, taler dette for at lovgiver ikke mente å gi omsorgspersoner en like omfattende avvergingsplikt som foreldre med foreldreansvar har. Dette har sammenheng med at foreldreansvaret innebærer en rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet.⁷⁶ Det er derfor ikke ønskelig å omfatte andre omsorgspersoner i foreldreansvaret på bakgrunn av barnelovens system. Også i lovkommentarene legges det til grunn at dersom foreldrene svikter i sitt foreldreansvar – for eksempel ved å utsette barna for vold – innebærer ikke dette at andre har adgang eller plikt til å gripe inn.⁷⁷ Samlet sett taler dette for at det ikke kan utledes en aktivitetsplikt for å forhindre mishandling for reelle omsorgspersoner ut fra et formelt rettsgrunnlag.

Til tross for manglende formelt rettsgrunnlag, kan det likevel stilles spørsmål om reelle hensyn taler for å oppstille en ulovfestet avvergingsplikt for omsorgspersoner med en tilsvarende rolle som foreldre. I mange tilfeller vil omsorgspersoner være like involvert i barnas liv som foreldrene. Dette kan tilsi at omsorgspersoner burde ha en sivilrettslig forpliktelse til å forhindre vold og overgrep mot barn de forsørger. Imidlertid er det flere problematiske sider ved å oppstille et slikt ulovfestet ansvar for omsorgspersoner. Én ting er en alminnelig omsorgsforpliktelse om å gi barnet forsvarlig omsorg og ta dagligdagse avgjørelser, men å oppstille en sivilrettslig *avvergingsplikt* kan medføre uklare grenser for en rekke spørsmål. For det første kan det stilles spørsmål om hva som skal kreves av en steforelder som skal gripe inn overfor en biologisk forelder. Dette kan for det første oppleves som utfordrende, og i lovkommentarene er det også lagt til grunn at alminnelige personer ikke har adgang til å gripe inn dersom foreldre utsetter sine barn for vold.⁷⁸ Det kan også bli uklart når offentlige myndigheter skal iverksette tiltak overfor barnet begrunnet i en omsorgsperson som ikke

⁷⁵ Ot.prp.nr.8 (1986-1987) s. 8.

⁷⁶ Barneloven § 30 (1).

⁷⁷ Backer (2009) Kommentar til § 30.

⁷⁸ l.c.

forhindrer en forelders mishandling. I alle tilfeller vil myndighetene kunne sette inn tiltak begrunnet i foreldrenes egne handlinger.⁷⁹

Oppsummert kan det ikke oppstilles en sivilrettslig aktivitetsplikt for reelle omsorgspersoner. Personer med foreldreansvar har derimot en sivilrettslig forpliktelse til å forhindre mishandling av egne barn. Det kan derfor være nærliggende å konkludere med medvirkningsansvar der en forelder ikke klarer å forhindre mishandling. Dette underbygges også av momentet om at det er «naturlig å bedømme passiviteten som medvirkning».⁸⁰ Likevel vil legalitetsprinsippet alltid utgjøre en ytre skranke for hvorvidt en person kan ilegges straffansvar. Det må derfor vurderes om legalitetsprinsippet forhindrer at det kan ilegges straff *til tross* for en sivilrettslig aktivitetsplikt for foreldre til å forhindre mishandling mot egne barn.⁸¹

5 Lovkravet etter EMK artikkel 7

5.1 Innledning

Det fremgår av EMK artikkel 7 første ledd at

«No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. [...]» [Min utheving.]

Formålet med bestemmelsen er å beskytte mot vilkårlig ileggelse av straff på en effektiv og reell måte.⁸² Artikkelen åpner ikke for inngrep, i motsetning til andre konvensjonsrettigheter.⁸³ Den absolutte karakteren av artikkel 7 første ledd understrekes også av at bestemmelsen ikke kan fravikes i krigstid eller ved andre offentlige kriser, jf. artikkel 15. EMD har også uttrykkelig uttalt at artikkel 7 utgjør et *grunnleggende* rettssikkerhetsprinsipp.⁸⁴

EMK artikkel 7 annet ledd åpner for at en person kan straffes dersom «the general principles of law recognised by civilised nations» tilsier det. Unntakets ordlyd taler for en vid mulighet for stater til å unngå krenkelse av artikkel 7, ettersom også generelle rettsprinsipper kan godtas. EMD har imidlertid uttalt at bestemmelsen var tiltenkt eksepsjonelle situasjoner i etterkant av annen verdenskrig.⁸⁵ Unntaket har derfor begrenset praktisk betydning. Å akseptere et slikt vidtgående unntak ville også vært problematisk sett hen til bestemmelsens formål om å unngå

⁷⁹ Dette drøftes nærmere i punkt 8.3.

⁸⁰ Øie (2015) s. 521.

⁸¹ Se kapittel 7.

⁸² Ecer and Zeyrek v. Turkey (2001) premiss 29.

⁸³ Se f.eks EMK artikkel 8-11.

⁸⁴ Vasiliauskas v. Lithuania (2015) premiss 153.

⁸⁵ Ibid premiss 188-190.

vilkårighet. Til tross for enkelte uavklarte spørsmål vedrørende annet ledd, vil disse ikke behandles da de ikke anses som relevante for oppgavens problemstilling.⁸⁶

Kun lov kan definere en straffbar handling og ilegge straff. Dette beskrives som prinsippet om *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁸⁷ Utover denne generelle formuleringen har EMD identifisert enkelte materielle vilkår som må oppfylles for å unngå krenkelse av artikkelen. For denne oppgaven er det særlig *lex certa* – klarhetskravet – og *lex stricta* – forbudet mot utvidende tolkning – som er mest relevant.⁸⁸ De norske begrepene benyttes i det følgende.⁸⁹

Klarhetskravet innebærer at en borger må kunne vite hva som er straffbart ut fra «the wording of the relevant provision», eventuelt supplert av «the courts' interpretation of it»⁹⁰ Dette viser at definisjonen av en straffbar handling kan følge av både formell lov og rettspraksis. Etter artikkel 7 kan man også straffedømme med hjemmel i internasjonal rett og alminnelige rettsprinsipper.⁹¹ I EMKs forstand er dermed konseptet «law» videre enn begrepet «lov» i norsk forstand. Dette er begrunnet i at enkelte europeiske land følger rettstradisjoner som i stor grad benytter domstolsskapt lovgivning.⁹²

Til tross en vid forståelse av ordet «law», inneholder klarhetskravet visse kvalitative elementer, herunder krav til lovens tilgjengelighet og forutberegnelighet.⁹³ Kravet til *tilgjengelighet* innebærer at hvilke handlinger som medfører straff må være tilgjengelig for offentligheten.⁹⁴ EMDs egen praksis antyder at tilgjengelighetskravet generelt ikke er vanskelig å oppfylle.⁹⁵

Forutberegnelighetskravet innebærer at en borger må kunne forutse hvilke handlinger eller unnlatelser som medfører straffansvar, med utgangspunkt i straffebudets ordlyd.⁹⁶ EMD har imidlertid anerkjent at de fleste land benytter en generell lovgivningsteknikk. Det kreves derfor ikke at lovens ordlyd er fullstendig presis eller uttømmende.⁹⁷ For å unngå overdreven rigiditet, tillates domstolene å tolke den aktuelle loven.⁹⁸ Derimot kan ikke lovgiver eller de nasjonale

⁸⁶ Timmerman (2018) s. 57.

⁸⁷ Vasiliasuskas v. Lituanien (2015) premiss 154.

⁸⁸ Timmerman (2018) s. 70.

⁸⁹ Bergo (2023) s. 121.

⁹⁰ Del Rio Prada v. Spania (2013) premiss 79.

⁹¹ Aall (2015) s. 148. Se nærmere i kapittel 6.

⁹² Andenæs (2016) s. 106

⁹³ Timmerman (2018) s. 72

⁹⁴ Kokkinakis v. Hellas (1993) premiss 40.

⁹⁵ Kokkinakis v. Hellas (1993) premiss 40. og Timmerman (2018) s. 86.

⁹⁶ Cantoni v. Frankrike (1996) premiss 29.

⁹⁷ Ibid premiss 31.

⁹⁸ Kokkinakis v. Hellas (1993) premiss 40.

domstolene benytte overdrevent vage konsepter som tolkningskriterier, som i seg selv kan medføre at loven blir uforenlig med forutberegnelighetskravet.⁹⁹ Nasjonale domstoler kan altså utvikle regler gjennom juridisk tolkning, ettersom dette anses som en veletablert og nødvendig tradisjon i konvensjonsstatene – men tolkningen kan ikke strekkes for langt.¹⁰⁰ Det avgjørende for om en dom eller lov er i tråd med forutsigbarhetskravet, er om borgeren kunne forutsett på handlingstidspunktet at han risikerte å bli dømt for handlingen.¹⁰¹ Sett hen til den lave terskelen for å tilfredsstille tilgjengelighetskravet, vil forutberegnelighetskravet i større grad beskytte den enkelte borger.

Det andre skranken etter artikkel 7 er forbudet mot utvidende tolkning, som innebærer at en straffebestemmelse ikke kan tolkes *for* utvidende til tiltaltes ugunst.¹⁰² Forbudet er ikke absolutt, men beskytter mot overdrevent utvidende tolkninger, for eksempel per analogi.¹⁰³ For å vurdere om forbudet er overtrådt ser EMD på om tolkningen er i tråd med «the essence of the offense» – straffebestemmelsens kjerne. Det tas utgangspunkt i straffebudets ordlyd, noe som innsnevrer domstolens handlingsrom ved at det ikke kan ilegges straffansvar for handlinger som *åpenbart* faller utenfor lovens virkeområde.¹⁰⁴ Sett hen til at terskelen er «åpenbart», etterlater dette likevel et stort tolkningsrom for nasjonale domstoler. Det sentrale er at utviklingen er gradvis og at resultatet ikke er urimelig.¹⁰⁵ I likhet med klarhetskravet oppstiller også forbudet et forutsigbarhetskrav, men skiller seg her ved at utviklingen ha «reasonable foreseeability» [Min utheving].¹⁰⁶ Dette illustrerer at forbudet mot utvidende tolkning har tett sammenheng med klarhetskravet, og at det tidvis forekommer glidende overganger mellom dem.¹⁰⁷

5.1.1. Veien videre

Oppgavens problemstilling er om det er i tråd med legalitetsprinsippet å dømme for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner, der en omsorgsperson har forsøkt å forhindre mishandlingen. Ordlyden i straffeloven § 15, «medvirker», er vid. Den er likevel tilgjengelig, og er ikke i seg selv uklar. Sett hen til den høye terskelen for at en ordlyd skal krenke klarhetskravet etter artikkel 7, vil dette ikke problematiseres i det følgende. Forbudet mot utvidende tolkning er derfor mest relevant for oppgavens problemstilling.

⁹⁹ Se punkt 5.3.2.

¹⁰⁰ Timmerman (2018) s. 73.

¹⁰¹ Kononov v. Latvia (2010) premiss 185.

¹⁰² I.c.

¹⁰³ Timmerman (2018) s. 74.

¹⁰⁴ Jorgic v. Germany (2007) premiss 105 og Rohlena v. The Czech Republic (2015) premiss 50.

¹⁰⁵ Kononov v. Latvia (2010) premiss 150.

¹⁰⁶ Ibid s. 103.

¹⁰⁷ Ibid s. 106.

5.2. Nasjonal skjønnsmargin

Før den konkrete terskelen for forbudet mot utvidende tolkning fastlegges, må prinsippet om nasjonal skjønnsmargin kort omtales. Dette er fordi prinsippet får betydning for omfanget og intensiteten av EMDs prøving av om artikkel 7 er krenket.

Prinsippet om nasjonal skjønnsmargin innebærer at statene gis et visst spillerom for å etterleve konvensjonsforpliktelsene. Begrunnelsen for prinsippet er at nasjonale domstoler har større kunnskaper om nasjonale forhold, og dermed er bedre egnet til å foreta enkelte vurderinger enn EMD.¹⁰⁸ Derfor er det primært opp til de nasjonale domstoler å tolke nasjonal strafferett.¹⁰⁹

Artikkel 7 skiller seg fra flere av de andre konvensjonsrettighetene ved at det er umulig å vurdere om det foreligger en krenkelse uten å ta utgangspunkt i tolkningen og anvendelsen av nasjonal rett. Dette er fordi selve konvensjonen omhandler hvorvidt straffedom er i tråd med «law». EMD kan derfor prøve om de nasjonale domstolers resultat samsvarer med artikkel 7, herunder om de materielle krav som redegjort for ovenfor er oppfylt.¹¹⁰ I nyere rettspraksis fra EMD uttales det at noe annet ville medført en uthuling av rettighetene artikkel 7 skal sikre.¹¹¹ Dette tilsier at EMD kan foreta en mer inngående vurdering av om de nasjonale myndigheters tolkning er i tråd med artikkel 7. Likevel er det usikkert hvor inngående denne vurderingen er, men artikkel 7 kan i alle tilfelle anses som en minimumsstandard for definisjoner, tolkninger og anvendelse av nasjonal rett.¹¹² I det følgende forutsettes det at det kan prøves om det er i overensstemmelse med EMK artikkel 7 å idømme medvirkningsansvar ved utilstrekkelig motvirkning.

5.3. Analyse av rettspraksis som klargjør rekkevidden av forbudet mot utvidende tolkning

5.3.1. S.W v. The United Kingdom

Klageren var i de nasjonale domstoler dømt for voldtekt av sin kone. På domstidspunktet var det ikke straffbart å begå seksuelle overgrep mot sin ektefelle, basert på en tankegang om at gifte kvinner for alltid hadde samtykket til samleie.¹¹³ Lovgiver hadde flere ganger vurdert å fjerne immuniteten, men lovprosessene ble aldri fullført. I årene før saken kom opp, ble likevel

¹⁰⁸ Handyside v. the United Kingdom (1976) premiss 48. Prinsippet er nå kodifisert i EMKs fortale ved tilleggsprotokoll nr. 15.

¹⁰⁹ Liivik v. Estonia (2009) premiss 95 og Rohlena v. The Czech Republic (2015) premiss 51.

¹¹⁰ Rohlena v. The Czech Republic (2015) premiss 52-53 og Bergo (2023) s. 127.

¹¹¹ Kononov v. Latvia (2010) premiss 198 og Timmerman (2018) s. 81.

¹¹² Timmerman (2018) s. 53 og 81.

¹¹³ Jacobs (2014) s. 303.

immuniteten innsnevret i enkelte tilfeller.¹¹⁴ Spørsmålet for EMD var om det var tilstrekkelig forutsigbart at det alminnelige straffebudet mot voldtekt ble tolket som å omfatte ektefeller.

EMD uttalte at artikkel 7 oppstiller forbud mot utvidende tolkning av straffebud, for eksempel per analogi.¹¹⁵ Likevel må enhver rettsregel alltid tolkes av de nasjonale domstoler, ettersom det er behov for å presisere straffebestemmelsens innhold, samt å tilpasse seg endrede omstendigheter.¹¹⁶ Det fremheves deretter at progressiv utvikling av strafferetten er nødvendig, og at artikkel 7 derfor ikke stenger for en gradvis klargjøring av rettsregler gjennom tolkning. Forutsetningen er imidlertid at utviklingen er konsistent med straffebudets kjerne og med rimelighet kan forutses.¹¹⁷ Her fremheves de to kravene i forbudet mot utvidende tolkning.

I den konkrete vurderingen uttalte EMD at de nasjonale domstoler ikke hadde *skapt* et nytt straffebud, bare strukket et eksisterende straffebud til å omfatte flere handlinger.¹¹⁸ EMD mente dette var en tilpasning til endrede samfunnsoppfatninger, samt at det utgjorde en tydelig utvikling som var i tråd med straffebudets kjerne. EMD uttalte avslutningsvis at

«[...]the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but [...] with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.»¹¹⁹

Konklusjonen ble derfor at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 7, til tross for manglende hjemmel i formell lov. Begrunnelsen var at fraværet av immunitet var en rimelig forutsigbar utvikling sett opp mot endrede samfunnssyn. EMD aksepterte i denne saken en vidtgående dynamisk tolkning, ettersom immunitet og straffbarhet må anses som motpoler. Dommen illustrerer at forbudet mot utvidende tolkning ikke er absolutt.

Det kan argumenteres for at den egentlige begrunnelse for resultatet var den forståelige motstanden mot regelen om at ektemenn var immune for straffansvar ved voldtekt av sine ektefeller. Ettersom handlingen var så straffverdig, var det etter EMDs oppfatning ikke vilkårlig å straffedømme mannen. Det kan derfor stille spørsmål om handlingens alvorlighetsgrad skal ha betydning for styrken av forutsigbarhetskravet, slik at handlingene må balanseres mot

¹¹⁴ Timmerman (2018) s. 108.

¹¹⁵ S.W v. the United Kingdom (1995) premiss 35.

¹¹⁶ Ibid premiss 36.

¹¹⁷ I.c.

¹¹⁸ Ibid premiss 39.

¹¹⁹ Ibid premiss 44.

tiltalt krav på forutsigbarhet. Andre saker kan også tyde på en slik tilnæringsmåte.¹²⁰ Det kan imidlertid argumenteres for at de fleste straffebud vil rette seg mot oppførsel som krenker menneskeverd og frihet. Rimelighetsbetraktninger kan tale for fjerning av ektemenns immunitet, men rettssikkerheten ville blitt bedre ivaretatt dersom det britiske parlamentet gjennomførte en lov som avvirket immuniteten – snarere enn gjennom domstolsskapt praksis.¹²¹ I andre saker har også EMD argumentert for at prinsippene som følger av artikkel 7 burde anvendes på lik linje i alle straffesaker, uavhengig av alvorlighetsgraden av de begåtte handlinger.¹²² Det er derfor usikkert hvorvidt forutsigbarhetskravet kan relativiseres ut fra alvorlighetsgraden av den tiltaltes handlinger.

5.3.2. Liivik v. Estonia

Klageren var dømt i nasjonale domstoler for å ha skadet offentlige interesser. EMD uttalte at de nasjonale domstolers rolle er å «dissipate such interpretational doubts as remain» og at artikkel 7 tillater «the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case».¹²³ De nasjonale domstoler kan presisere straffebudene slik at eventuell tolkningstvil forsvinner, såfremt dette gjøres konsekvent og rimelig forutsigbart.¹²⁴ Dommen aktualiserer dermed kravet om rimelig forutsigbarhet.

I denne saken kunne klageren kun straffes etter nasjonal rett dersom handlingene hadde forårsaket «significant damage».¹²⁵ Klagerens handlinger hadde ikke medført slik faktisk skade, kun *skapt en risiko* for det. Den nasjonale domstolen uttalte i denne forbindelse at det å skape fare utgjorde faktisk skade i bestemmelsens forstand. Det var ikke utviklet kriterier for å vurdere dette, men de nasjonale domstolene mente at handlingene ikke var forenlige med «the general sense of justice».¹²⁶

EMD mente at de nasjonale domstolene hadde benyttet for vage og brede konsepter, ettersom det ikke fremgikk av straffebudets ordlyd at risiko for skade var tilstrekkelig for domfellelse.¹²⁷ Klageren kunne derfor ikke forutsett at hans handlinger ville medføre straffansvar, og det forelå dermed en krenkelse av artikkel 7.¹²⁸ Dette illustrerer at domstolene ikke kan vike for langt fra

¹²⁰ Rohlena v. The Czech Republic (2015) premiss 71.

¹²¹ Jacobs (2014) s. 303.

¹²² Dragotoniou and Militaru-Pidhorni v. Romania (2007) premiss 41.

¹²³ Liivik v. Estonia (2009) premiss 94.

¹²⁴ Ibid premiss 94.

¹²⁵ Ibid premiss 99.

¹²⁶ Ibid premiss 99.

¹²⁷ Ibid premiss 100-101.

¹²⁸ Ibid premiss 104.

en straffebestemmelses ordlyd ved tolkningen. Noe annet ville medført et resultat som ikke er rimelig forutsigbart.

5.3.3. Vasiliauskas v. Lithuania

Saken gjaldt forbud mot utvidende tolkning. En klager var dømt for folkemord etter å ha drept to litauiske frihetsforkjempere. EMD uttalte at det alltid vil være behov for «elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances», samt at «gradual clarification» av straffebud gjennom rettspraksis var akseptabelt såfremt det er forutsigbart.¹²⁹ EMD legger til grunn at det er en naturlig og viktig del av juridisk metode at innholdet i straffebestemmelser klargjøres og presiseres i den enkelte sak. Bestemmelsens kjerne må imidlertid forbli den samme for å ivareta forutberegnelighetshensynet.¹³⁰

Spørsmålet for EMD var om staten hadde tilstrekkelig hjemmel i folkeretten for å straffedømme den tiltalte.¹³¹ Til tross for at hjemmelsgrunnlaget var folkerett, er de generelle uttalelsene om forbudet mot utvidende tolkning likevel relevante. I Folkemordskonvensjonen var det uttømmende regulert hvilke grupper som nøy beskyttelse. EMD vurderte derfor om frihetsforkjempere kunne anses som en del av en etnisk eller nasjonal gruppe, som var nevnt i Folkemordskonvensjonen. EMD benyttet Wienkonvensjonen om traktattolkning, og påpekte at det ikke var klart at «the ordinary meaning» av uttrykkene nasjonalitet eller etnisk tilhørighet omfattet frihetsforkjempere. Der det finnes formell lovtekst, vil EMD altså ta utgangspunkt ordlydens naturlige språklige betydning. EMD konkluderte etter dette med at klagerne var dømt per analogi, som gjorde straffedommen uforutsigbar.¹³² Saken er egnet til å illustrere at dersom et forhold faller utenfor straffebestemmelsens ordlyd, kan det konstateres krenkelse av artikkel 7.

5.3.4. Kort om rettspraksis som omhandler straffebudets kjerne og forutsigbarhet

I saken *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* uttalte EMD at kan være rimelig forutsigbart med ny tolkning av et eksisterende straffebuds omfang. Forutsetningen er at det er rimelig i tråd med nasjonal rett, og at den nye tolkningen samsvarer med straffebudets kjerne.¹³³ EMD konkluderte i denne saken med at vurderingen av straffansvar i skattesaker kunne være fleksibelt for å tilpasses nye situasjoner.¹³⁴ Nasjonale domstoler er dermed ikke fullstendig avskåret fra å tolke straffebud på nye måter. Det må likevel merkes at denne saken gjaldt spørsmål hvor det ikke

¹²⁹ Vasiliauskas v. Lithuania (2015) premiss 155.

¹³⁰ I.c.

¹³¹ Ibid premiss 166.

¹³² Ibid premiss 183 og 191.

¹³³ Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (2013) premiss 791-821.

¹³⁴ Ibid premiss 791.

fantas presedens etter nasjonal rett, og EMD understreket at uttalelsene særlig gjaldt på skatterettens område.¹³⁵

Det følger av *Parmak and Bakir v. Turkey* at de nasjonale domstoler må utvise «special diligence» når innholdet av en straffebestemmelse skal klargjøres, for å sikre at domfellelsen blir forutsigbar og kompatibel med straffebudets innhold.¹³⁶ Saken gjaldt hvorvidt det var i tråd med artikkel 7 å straffedømme klagerne for medlemskap i en væpnet terrororganisasjon. EMD utviste forståelse for de utfordringer en stat møter for å nedkjempe terrorisme. Til tross for dette må likevel de «fundamental safeguards enshrined in Article 7» sikres, som blant annet innebærer «reasonable limits on novel or expansive judicial interpretations» på strafferettens område.¹³⁷ Dette illustrerer den høye terskelen for at utvidelse av straffansvar skal godtas etter artikkel 7, selv der det er tale om alvorlig kriminalitet. Det åpnes likevel for en viss rimelighetsvurdering av hvorvidt en utvidende tolkning skal godtas, jf. ordlyden «reasonable».

5.4. Fastlegging av terskelen etter EMK artikkel 7

Forbudet mot utvidende tolkning oppstiller krav om at tolkningen må være i tråd med straffebestemmelsens kjerne. Dette innebærer at domstolene ikke fravike den tidligere etablerte definisjonen av straffebudet i for stor grad. Kravet om straffebudets kjerne utgjør en begrensning for domstolene: Selv om domstolen skulle mene at visse handlinger burde være straffbare, kan de bare kriminaliseres dersom de har hjemmel i et eksisterende rettsgrunnlag. EMD tar i disse sakene utgangspunkt i ordlyden av den aktuelle straffebestemmelsen, og det skal mye til for å fravike en naturlig språklig forståelse av denne.¹³⁸ Hvis en hjemmel som i utgangspunktet er tilstrekkelig presis, anvendes utenfor sin naturlige språklige forståelse, vil forutberegnelighetshensynet svikte. Dette illustrerer sammenhengen mellom straffebudets kjerne og kravet til rimelig forutsigbarhet.

Samtidig, ettersom artikkel 7 aksepterer domstolsskapt praksis som «law», vil også eksisterende rettspraksis kunne klargjøre hva som er kjernen av straffebudet. Til tross for EMDs uttalelser om et generelt analogiforbud er dette ikke absolutt, og de nasjonale domstoler kan foreta en vid tolkning av straffebud.¹³⁹ Dette underbygges også av at forutsigbarheten må være «reasonable». Formuleringen peker på at forutsigbarhetskravet kan relativiseres ut fra rimelighetsbetraktninger. Dette gjør det mulig for nasjonale domstoler å foreta både utvidende og skjønsmessige fortolkninger av straffebud.

¹³⁵ *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* (2013) premiss 821.

¹³⁶ *Parmak and Bakir v. Turkey* (2019) premiss 77.

¹³⁷ *l.c.*

¹³⁸ Timmerman (2018) s. 113 og punkt 5.3.3.

¹³⁹ Se f.eks. *S.W. v. The United Kingdom*. Merk at dommen er kritisert i teorien, se Bergo (2023) s. 128

Det avgjørende er at beskrivelsen og anvendelsen av straffebudet er så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om handlingen rammes.¹⁴⁰ EMK artikkel 7 gir altså den enkelte borger et vern mot vilkårlig straff, men gjennomgangen illustrerer at beskyttelsen ikke er så sterk som artikkelens absolutte ordlyden skulle tilsi.

6 Legalitetsprinsippet i norsk strafferett

6.1 Innledning

I dette kapitlet redegjøres det for legalitetsprinsippet i norsk rett, og relevant rettspraksis analyseres for å oppstille en konkret terskel. Det foretas også en gjennomgående sammenligning av Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, for å undersøke om bestemmelsene oppstiller ulike terskler. *Legalitetsprinsippet* er etter norsk rett inntatt i Grunnloven § 96. I første ledd står det at

«Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.»

Ordlyden er knapp, men en naturlig forståelse tilsier at «lov» referer til formell lov. Det er også forstått slik i teorien.¹⁴¹ Begrunnelsen er det grunnleggende demokratiske prinsippet om at borgere kun skal straffes dersom det er vedtatt av Stortinget. Legalitetsprinsippet sikrer dermed at den enkelte kun kan straffes for hva det norske samfunnet ønsker at skal være straffbart, og forhindrer vilkårlig maktbruk. Legalitetsprinsippet i norsk rett ivaretar med dette to sentrale rettssikkerhetsgarantier; maktfordeling og forutsigbarhet.

En sentral forskjell mellom Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 er forståelsen av ordet «lov». Grunnloven § 96 krever formell hjemmel i lov, som i internasjonal rett omtales som *lex scripta*-prinsippet.¹⁴² Dette har sammenheng med at Grunnloven § 96 ikke bare er begrunnet i forutberegnelighetshensyn; Grunnloven danner rammene for vår statsorganisering og sikrer maktfordelingsprinsippet.¹⁴³ EMK artikkel 7 er videre, og omfatter både skreven og uskreven rett. EMK er en internasjonal menneskerettskonvensjon og har ikke noen side til maktfordeling, slik som en grunnlov vil ha. Konvensjonens fokus er individets rettigheter og ikke statsorganiseringen. Hensikten til artikkel 7 er å forhindre vilkårlighet, men setter få rammer for *hvordan* formålet skal sikres. Dette tyder på at artikkel 7 i større grad er egnet til å beskytte et legalitetsprinsipp etter common law-systemet.¹⁴⁴ Borgere av land som følger civil law-

¹⁴⁰ *Cantoni v. France* (1996) premiss 32.

¹⁴¹ Aall (2015) s. 118.

¹⁴² Timmerman (2018) s. 134.

¹⁴³ Grunnloven §§ 3, 49, 88 og 89.

¹⁴⁴ Timmerman (2018) s. 77.

systemet, som krever formell hjemmel i lov for å straffedømme, kan derimot få en mer begrenset beskyttelse av EMK artikkel 7 enn hva de får gjennom nasjonal rett.

Grunnloven § 96 inneholder særlig ett element som er sentralt for denne oppgaven; klarhetskravet.¹⁴⁵ Klarhetskravet eksisterer også i EMK artikkel 7 gjennom *lex certa*-prinsippet. Klarhetskravet etter norsk rett innebærer for det første at ordlyden i det enkelte straffebud må være tilstrekkelig klart utformet, slik at det er tydelig hvem som kan straffes og hva det kan straffes for. Dette har sammenheng med forutberegnelighetshensynet: den enkelte borger skal være i stand til å forutse sin rettsstilling, særlig i så inngripende tilfeller hvor det er tale om å idømme straff. Dette illustrerer likhetstrekkene mellom klarhetskravene i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.

Innholdet i klarhetskravet kan illustreres gjennom straffeloven § 15. Ordlyden i straffeloven § 15 fastslår at den som «medvirker» til en overtredelse, kan straffes. Begrepet er vidt, men ikke i seg selv uklart. Dette innebærer at ordlyden mest sannsynlig er i tråd med klarhetskravet. En vid ordlyd indikerer likevel at det kan være behov for at domstolen presiserer innholdet av bestemmelsen gjennom tolkning. Her aktualiseres den andre delen av klarhetskravet; det stilles ikke bare krav til hjemmelens utforming, men kravet utgjør også en skranke for domstolene. I rettspraksis er det uttalt at klarhetskravet innebærer at domstolene må

«påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker.»¹⁴⁶

Klarhetskravet innebærer etter dette et forbud mot utvidende og analogiske tolkninger, og domstolene kan derfor ikke gå for langt i å utfylle ordlyden. Dette omtales ofte som analogiforbudet, og tilsvarende det som betegnes som *lex stricta* etter EMK artikkel 7.¹⁴⁷ En analogi foreligger der en handling ikke rammes direkte av ordlyden i et straffebud, men domstolen mener forholdet er så likt den straffbare handlingen at straffebudet må få tilsvarende anvendelse.¹⁴⁸ En utvidende tolkning er der bestemmelsens omfang strekkes utover det som er omfattet i språklig forstand.¹⁴⁹ Det er ofte en flytende overgang mellom analogiserende og utvidende tolkning.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 126.

¹⁴⁶ HR-2016-1458-A avsnitt 8.

¹⁴⁷ Frøberg (2015) s. 47.

¹⁴⁸ Skoghøy (2023) s. 26.

¹⁴⁹ l.c.

¹⁵⁰ l.c.

Samtidig har domstolene en viss adgang til å presisere og fastlegge innholdet av en straffebestemmelse.¹⁵¹ Presiserende tolkninger kan blant annet foretas ved å se hen til forarbeidsuttalelser.¹⁵² Likevel, jo lengre Høyesterett strekker ordlyden i en straffebestemmelse eller innfortolker skjønnsmessige vilkår, desto mer nærliggende er det å konstatere at det ikke er forenlig med analogiforbudet. Dette kontrasteres av EMK artikkel 7, hvor det kan foretas gradvise endringer av innholdet i et straffebud gjennom rettspraksis, såfremt dette er *rimelig* forutsigbart. Dette taler for at det er et sterkere vern mot analogiske og utvidende tolkninger etter Grunnloven § 96 enn EMK artikkel 7.

For denne oppgaven er det mest aktuelt å undersøke den delen av klarhetskravet som krever at straffansvar ikke ilegges «utover de situasjoner som selve ordlyden» i straffeloven § 15 dekker.¹⁵³ Dommene det tas utgangspunkt i omhandler analogisk og utvidende tolkning, og er avsagt før HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A. Dommene vil derfor benyttes for å undersøke om legalitetsprinsippet i de tre nevnte høyesterettsdommene ble anvendt i tråd med de skranker som var etablert i allerede eksisterende rettspraksis. Avslutningsvis fremheves to dommer avsagt *etter* de tre høyesterettsdommene, for å undersøke om de har fått noen betydning for Høyesteretts forståelse av legalitetsprinsippet på strafferettens område i senere saker.

6.2 Analyse av rettspraksis som klarlegger innholdet av analogiforbudet

6.2.1. Rt. 2009 s. 780

En sentral rettsavgjørelse om legalitetsprinsippet på strafferettens område er Rt. 2009 s. 780 (*Derivatdommen*). Spørsmålet var om stoffet GBL kunne anses som et derivat av GHB, som var oppført på narkotikalistens over ulovlige stoffer. Dersom dette ble besvart bekreftende ville GBL anses som et ulovlig narkotisk stoff. GBL var ikke oppført på narkotikalistens, og det måtte vurderes om straff ville stride mot legalitetsprinsippets skranker.¹⁵⁴ Førstvoterende gjennomgikk kravene etter EMK artikkel 7, og fremhevet at lovbrudd må være «klart definert ved rettsregler» og at bestemmelsen «forbyr at straffebestemmelser blir tolket utvidende eller analogisk».¹⁵⁵ Deretter fremheves det at hvilke handlinger eller unnlater som rammes av et straffebud må fremgå av ordlyden, eventuelt supplert «med de presiseringer» som følger av rettspraksis. Det sentrale er at bestemmelsen må være

¹⁵¹ HR-2019-2205-A avsnitt 55.

¹⁵² Skoghøy (2018) s. 261.

¹⁵³ HR-2016-1458-A avsnitt 8.

¹⁵⁴ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 20 flg.

¹⁵⁵ Avsnitt 20. Høyesterett vurderer kun lovkravet etter EMK artikkel 7. Årsaken til at dommen likevel benyttes her presenteres i punkt 6.3.

«så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen.»¹⁵⁶

Førstvoterende benyttet blant annet ordbok til å tolke ordet «derivat», og konkluderte med at GBL ikke kunne anses som et derivat av GHB.¹⁵⁷ Stoffet var derfor ikke omfattet av ordlyden, og straffansvar kunne ikke ilegges. I denne saken gikk Høyesterett mot en klar lovgivervilje, som var å fange opp «nye, tidligere ukjente, kjemiske forbindelser» av stoffer som har «lignende narkotiske egenskaper» som stoffet oppført på narkotikalistens.¹⁵⁸ Også straffverdighet og hensynet til effektiv rettshåndhevelse tilsa straff. Høyesterett uttalte likevel at straff ville representert

«en klart utvidende fortolkning av bestemmelsen, og en slik utvidende fortolkning vil etter min mening være i strid med EMK artikkel 7.»¹⁵⁹

Derivatdommen var med dette en av de første høyesterettsdommene som viste en klar innskjerping av legalitetsprinsippet på strafferettens område.¹⁶⁰ Høyesterett benyttet seg av EMDs formuleringer: illeggelse av straff må være så klart at det «i de fleste tilfeller ikke er tvil» om handlingen er straffbar. Sett hen til at stoffet lett kunne omdannes til GHB, som er på narkotikalistens, fremstår det ikke som fjerntliggende at EMD hadde konstatert at straff ville vært «rimelig» forutsigbart. Likevel valgte Høyesterett å forholde seg til en streng ordlydsfortolkning, uten å foreta noen rimelighetsvurdering. Dette taler for at Høyesterett anvendte rettssetningen strengere enn EMD.

6.2.2. Rt. 2011 s. 469

Saken gjaldt tolkning av den gamle straffeloven § 219 om mishandling i nære relasjoner, som på domstidspunktet anga at en person kunne straffes dersom han grovt eller gjentatt mishandlet «tidligere eller nåværende *ektefelle*.» [Min kursivering.] Spørsmålet var om bestemmelsen også rammet handlinger begått av en tidligere *samboer* – om samboerskap kunne likestilles med ekteskap. Det ble påpekt at et utvidet straffansvar krevde hjemmel i lov etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96.¹⁶¹ Høyesterett viste her til Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 på lik linje, som indikerer at § 96 ble innskjerpet og nå stiller de samme materielle krav som etter artikkel 7. Førstvoterende gjentok utgangspunktene i *Derivatdommen*, som bidrar til å underbygge dommens prejudikatsverdi.

¹⁵⁶ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21.

¹⁵⁷ Avsnitt 22.

¹⁵⁸ Avsnitt 24.

¹⁵⁹ Avsnitt 31.

¹⁶⁰ Øie (2015) s. 518

¹⁶¹ Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9.

Det var ingen tvil om at lovgiver mente at tidligere samboere skulle omfattes av straffeloven § 219, og ønsket at straffansvaret skulle utvides til å omfatte denne persongruppen.¹⁶² Det forelå dermed helt klar lovgivervilje, til tross for at det ikke kom til uttrykk gjennom bestemmelsen. Tiltaltes forhold var også utvilsomt straffverdige. Høyesterett fremhevet at det eneste som forhindret straff var en utdatert ordlyd. Etter gjeldende samfunnsforhold er samboerforhold på alle måter likestilt med ekteskap. Lovgiverintensjon, straffverdighet og samfunnsoppfatninger var likevel ikke tilstrekkelig for å straffedømme.¹⁶³ Dette illustrerer hvordan Høyesterett har skjærpet legalitetsprinsippets materielle krav i norsk rett, slik at det nå er sentralt å holde seg til ordlyden.¹⁶⁴

Til tross for at Høyesterett henviste til EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 på lik linje, er dommen egnet til å illustrere at vernet etter § 96 kan være sterkere. For eksempel ble det i *S.W v. The United Kingdom* vektlagt at lovgiver flere ganger hadde tatt til orde for å forkaste ektefellers immunitet ved overgrep av sin kone, men dette ble aldri gjennomført. EMD argumenterte da for at domfellelse var mer forutsigbart. Dette kontrasteres av norsk rett, hvor mangelen på gjennomføring av lovgivervilje nettopp benyttes som et argument *mot* straff. Dette taler for at kravet til formell hjemmel i lov innebærer at Grunnloven § 96 oppstiller en sterkere beskyttelse for individet mot straffedom enn hva EMK artikkel 7 sikrer.

6.2.3. Rt. 2012 s. 1211

Saken omhandlet spørsmål om en oppfordring om å drepe politimenn skrevet på en internettblogg kunne anses som fremsatt «offentlig», jf. den gamle straffeloven § 140, jf. §§ 7 og 10.¹⁶⁵ Kjennelsen er avsagt under dissens.

Lagmannsretten understreket at en «offentlig» ytring var uttømmende regulert i den gamle straffeloven § 7, og spørsmålet var hva som kunne anses som «trykt Skrift» som var mangfoldiggjort. Dersom ytringene ikke falt innunder ordlyden var de ikke straffbare, ettersom lovkravet utgjør en skranke mot dette.¹⁶⁶ I den konkrete vurderingen mente lagmannsretten at en internettblogg hvor innholdet bare kunne leses og kommenteres etter å ha logget seg inn, ikke innebar en slik «mangfoldiggjøring som loven forutsetter». Etter lagmannsrettens oppfatning falt forholdet derfor utenfor ordlyden i strl. § 10.

¹⁶² Ot.prp.nr.113 (2004-2005) s. 46.

¹⁶³ Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9.

¹⁶⁴ Avsnitt 13 og 14.

¹⁶⁵ Rt. 2012 s. 1211 avsnitt 14.

¹⁶⁶ Avsnitt 17.

Flertallet i Høyesterett sluttet seg til dette, og konstaterte at utgangspunktet var kravet til klar lovhjemmel som følger av Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Lovgivers eventuelle ønske om å straffe var ikke tilstrekkelig, til tross for at handlingen var straffverdig og burde likestilles med andre ytringer.¹⁶⁷ Også her sidestilles Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Høyesterett konkluderte med at forholdet falt utenfor ordlyden og ikke kunne straffes.¹⁶⁸

Til tross for sidestillingen av de to rettighetsbestemmelsene, fremstår det som at Høyesterett legger til grunn en strengere forståelse enn hva som er nødvendig etter EMK artikkel 7. EMD har uttalt at det er nødvendig å tolke straffebestemmelser progressivt, slik at de kan tilpasses endrede samfunnsforhold.¹⁶⁹ I denne saken var det ikke tvil om at ytringene hadde vært straffbare dersom de for eksempel ble fremsatt i en avis. Dette taler for at tiltalte med rimelighet kunne forutsett at han ville straffes for ytringene, og at artikkel 7 ikke ville vært krenket. Likevel konkluderte førstvoterende med at ettersom handlingen ikke var omfattet av ordlyden, kunne det ikke ilegges straff.

Annenvoterendes konklusjon var at ytringer fremsatt på internett var omfattet av straffebudet. Det sentrale måtte være at ytringen ble spredt slik at den nådde ut i allmennheten, og ikke hvilken teknisk metode som ble benyttet. Dette ble begrunnet i at det må være

«[...] en fornuftig fortolkning i tråd med samfunnsutviklingen og i tråd med en naturlig forståelse av bestemmelsen ut fra dagens teknologiske virkelighet.»¹⁷⁰

Her legges det tilsynelatende opp til en dynamisk tolkning av straffebud i tråd med samfunnsutviklingen, som har likehetstrekk med EMDs praktisering av artikkel 7. På den ene siden kan det argumenteres med at standpunktet er fornuftig; det har skjedd en eksepsjonell teknologisk utvikling de siste tiårene, og det er utfordrende – om ikke umulig – for lovgiver å henge tritt med forandringene.¹⁷¹ På den annen side åpner dette for en skjønsmessig vurdering av straffebud av dømmende makt, og ikke lovgiver. I ytterste konsekvens kan dette medføre mer vilkårlighet og mindre forutsigbarhet.

Gjennomgangen viser at uenigheten mellom førstvoterende og annenvoterende handlet om hvorvidt man var innenfor ordlydens rammer. Begge la til grunn at det utgjorde en analogi dersom internettytringer skulle omfattes av ordlyden i strl. § 140.¹⁷² Flertallets oppfatning var

¹⁶⁷ Rt. 2023 s. 1211 avsnitt 18 og 22.

¹⁶⁸ Avsnitt 22.

¹⁶⁹ S.W v. the United Kingdom (1995) premiss 36.

¹⁷⁰ Rt. 2012 s. 1211 avsnitt 26.

¹⁷¹ Se annenvoterendes vurderinger i avsnitt 27.

¹⁷² Rt. 2012 s. 1211 avsnitt 22, 26 og 28.

at analogien medførte at forholdet ikke kunne straffes, ettersom bestemmelsens ordlyd måtte få avgjørende vekt. Dette kan tale for at analogiforbudet etter Grunnloven § 96 har blitt styrket, og nå håndheves strengere av domstolene.¹⁷³

6.2.4. Rettsavgjørelser avsagt i ettertid av utilstrekkelig motvirkning-dommene

I dette punktet vil det undersøkes om Høyesteretts fremgangsmåte i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A har påvirket anvendelsen av legalitetsprinsippet i senere avgjørelser om straffesaker.

HR-2020-2019-A

HR-2020-2019-A gjaldt spørsmål om forbudet mot å benytte håndholdt mobiltelefon «under kjøring» også gjorde seg gjeldende i de tilfeller bilen stod *stille* i kø.¹⁷⁴ Høyesterett uttalte innledningsvis at

«Klarhetskravet innebærer at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker. Manglende støtte i ordlyden avhjelpest ikke av at lovgiver har ønsket å ramme forholdet, eller at forholdet er klart straffverdig.» [Min utheving].¹⁷⁵

Allerede her fremstår det som at Høyesterett la til grunn den samme strenge forståelsen av legalitetsprinsippet som i dommene gjennomgått ovenfor. Førstvoterende uttalte likevel at klarhetskravet ikke er til hinder for at straffebestemmelser tolkes i tråd med alminnelig juridisk metode, såfremt kjernen av bestemmelsen forblir den samme.¹⁷⁶ Dette har en side til «the essence of the offence» i EMK artikkel 7.

Høyesterett redegjorde grundig for legalitetsprinsippet skranker over hele åtte avsnitt, og vurderte først lovens ordlyd, deretter forskrift, forarbeider og reelle hensyn.¹⁷⁷ Førstvoterende fremhevet at «under kjøring» omfattet situasjoner der bilen fremdeles var en aktiv del av trafikken, selv ved midlertidig stans som følge av kødannelse.¹⁷⁸ Det ble fremhevet at ordet «under» siktet til en pågående situasjon. Dette illustrerer hvordan førstvoterende foretok en grundig vurdering av ordlyden for å forsikre at domstolen ikke gikk for langt i sin tolkning, og at dette fikk avgjørende betydning for resultatet.

¹⁷³ Frøberg (2015) s. 61.

¹⁷⁴ HR-2020-2019-A avsnitt 2

¹⁷⁵ Avsnitt 16

¹⁷⁶ Avsnitt 17.

¹⁷⁷ Avsnitt 14-21.

¹⁷⁸ Avsnitt 28.

Dommen fremstår som metodisk velbegrunnet, og førstvoterende holder seg tett til lovens ordlyd. Dette illustrerer hvordan legalitetsprinsippet fremdeles utgjør en effektiv rettssikkerhetsgaranti, hvor det etter norsk rett er avgjørende om forholdet har hjemmel i formell lov.

HR-2022-2418-A

Dommen er en av de nyeste om legalitetsprinsippet, og problemstillingen var om husarbeid og barnepass kunne straffes som deltakelse i terrororganisasjonen ISIL.¹⁷⁹ Førstvoterende mente at det ikke ville komme i konflikt med legalitetsprinsippet å straffedømme i denne saken, under henvisning til ordlyden og tidligere høyesterettspraksis om deltakerbegrepet.¹⁸⁰ Sistnevnte kan betraktes som et utslag av presiserende tolkning gjennom rettspraksis; ordlyden «deltar i» er vid.

Førstvoterende presiserte at *omsorg for egne barn* ikke kan straffes, sett hen til at dette er en sentral plikt i foreldreansvaret. En kriminalisering av dette ville ikke vært i tråd med barnets beste, jf. Grunnloven § 104 (2) og Barnekonvensjonen artikkel 3.¹⁸¹ Høyesterett benyttet bestemmelsene for å påpeke at staten har et ansvar for å ikke kriminalisere foreldres omsorgsforpliktelser. Dette kan kontrasteres av dommene gjennomgått i kapittel 3, som argumenterer for at de samme rettighetene har betydning for rekkevidden av individers ansvar. Høyesteretts uttalelse kan anses som et utslag av den generelle rettsstridsreservasjonen, altså at et straffebud ikke alltid rammer enhver handling som faller innenfor ordlyden. Strengt tatt kan det kanskje regnes som «deltakelse» dersom en mor forsørger sine barn som gis opp trening til å delta i terrorvirksomhet?

Samtidig mente førstvoterende at «rollen som ektefelle og husmor» kunne inngå som elementer i en vurdering av om den tiltalte er deltaker i terrororganisasjonen. Det ble fremhevet at

«Etter omstendighetene kan bidraget da bli så omfattende at den samlede aktiviteten må anses som en aktiv støtte til terrorvirksomhet og et kvalifisert bidrag til opprettholdelse av terrororganisasjonen.»¹⁸²

Førstvoterende kom til at kvinnens handlinger var omfattet av ordlyden. Det kan tenkes at dette kunne stilt seg annerledes i andre situasjoner, men terrororganisasjonen ISIL hadde sterkt fokus

¹⁷⁹ HR-2022-2418-A avsnitt 2.

¹⁸⁰ Avsnitt 24.

¹⁸¹ Avsnitt 34.

¹⁸² Avsnitt 36.

på familieenheten.¹⁸³ Dette talte for at den som hadde en omsorgsrolle også kunne ha en deltakerrolle, nettopp for å sikre at terrorvirksomheten kunne videreføres. Førstvoterende foretok en språklig og sammenlignende tilnærming ut fra begrepets kjernebetydning, for å sikre at det ikke ble ilagt straff utenfor bestemmelsens ordlyd.¹⁸⁴ Det kan likevel bemerkes at det er forholdsvis stor avstand mellom den typiske «deltakelse» i en terrororganisasjon, og bidrag til husarbeid og barnestell.¹⁸⁵

Til tross for at begge dommene endte med domfellelse, illustrerer de den grundige gjennomgangen Høyesterett foretar av legalitetsprinsippets skranker. Terskelen tilsvarende den som er anvendt i dommene gjennomgått i 6.2.1-6.2.3, som viser at klarhetskravets strenge linje har blitt videreført i ettertid av Grunnlovsreformen.¹⁸⁶ Resultatene må også anses for å fremdeles være i begrepets kjerne; det er ikke tale om noen «åpenbart» faller utenfor ordlyden. Hverken HR-2020-2019-A eller HR-2022-2418-A henviser til de tre høyesterettsdommene denne oppgavens problemstilling omhandler. Det er derfor ingen holdepunkter for at de tre dommene har fått rekkevidde utover det konkrete saksforholdet disse behandlet; om det kan straffes for passiv medvirkning og utilstrekkelig motvirkning til mishandling.

6.3 Fastlegging av terskelen etter Grl. § 96

I *Derivatdommen* benyttet Høyesterett kun EMK artikkel 7. I senere rettspraksis benyttes både artikkel 7 og Grunnloven § 96, med henvisning tilbake til *Derivatdommen*. Ved å sidestille bestemmelsene, uten noen nærmere begrunnelse, taler dette for at Høyesterett oppfatter at Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 stiller de samme innholdsmessige skrankene.¹⁸⁷ *Derivatdommen* kan derfor også benyttes for å fastlegge innholdet av Grunnloven § 96.

I *Derivatdommen* ble det konstatert at lovkravet forbyr utvidende eller analogisk tolkning av straffebestemmelser til tiltaltes ugunst. Samtidig uttalte førstvoterende at domstolen ikke kan foreta «for» utvidende tolkninger.¹⁸⁸ Dette taler for likhetstrekk mellom Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, ettersom sistnevntes forbud mot utvidende tolkning ikke er absolutt.

På den annen side anvender Høyesterett tilsynelatende legalitetsprinsippet strengere enn de krav som kan utledes av EMK artikkel 7. I ettertid av *Derivatdommen* kan det se ut til at Høyesterett har innskjerpet kravene etter norsk rett, slik at straffansvar ikke kan ilegges utover de

¹⁸³ Bergo (2023) s. 129.

¹⁸⁴ Ibid s. 129.

¹⁸⁵ Tobiassen (2022b) s. 348.

¹⁸⁶ Bårdsen (2017) s. 35.

¹⁸⁷ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15 og 18.

¹⁸⁸ Tobiassen (2022a) s. 662.

situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker.¹⁸⁹ Det avgjørende blir altså hvordan ordlyden skal forstås i lys av alminnelig språkbruk.¹⁹⁰ Dette kan anses som et utslag av kravet til formell hjemmel i lov etter Grunnloven § 96, som ikke eksisterer i EMK artikkel 7. Dette illustreres også ved at Høyesterett er gjennomgående avvisende til å straffedømme på bakgrunn av straffebestemmelsens formål eller handlingens straffverdighet. Det er ikke tilstrekkelig at lovgiver ønsket å straffe handlingen – lovgivers intensjon må fremgå av ordlyden.¹⁹¹ Dette kontrasteres av EMD, som er langt mer tilbøyelige til å vektlegge rimelighetsbetraktninger i sine avgjørelser.

Ettersom EMK er inntatt i norsk lov og har forrang foran andre lover, samt at Grunnloven er vår formelt høyeste rettskilde, kan det sies at vårt lovkrav er en kombinasjon av de strengeste kravene som følger av Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.¹⁹² Dette blir gjort ved å kreve formell hjemmel i lov i tråd med det norske lovkravet, samtidig som kvalitets- og forutberegnelighetskrav etter artikkel 7 benyttes.¹⁹³

Etter dette fremstår Høyesteretts forståelse av Grunnloven § 96 som strengere enn EMK artikkel 7. Det er ingenting i veien for en strengere forståelse av legalitetsprinsippet etter norsk rett, og det kan hevdes at det er positivt om de nasjonale domstoler går lengre i tolkningen av legalitetsprinsippet enn det er forstått i EMDs praksis.¹⁹⁴ Sett hen til Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol, må også Høyesteretts strenge forståelse av legalitetsprinsippet etter Grunnloven § 96 anses for å være gjeldende norsk rett.¹⁹⁵

På bakgrunn av forskjellene mellom EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96, vil legalitetsprinsippet etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 drøftes separat opp mot oppgavens problemstilling. EMK oppstiller riktignok et svakere vern, men drøftes likevel fordi det er en internasjonal konvensjon som norske myndigheter har forpliktet seg til. Norske myndigheter er derfor bundet av de minimumsgarantier som er utpenslet i artikkel 7. Etter artikkel 7 vil det vurderes om det er i tråd med forbudet mot utvidende tolkning, herunder kravet til straffebudets kjerne og rimelig forutsigbarhet, å straffedømme for passiv medvirkning ved motvirkning til mishandling i nære relasjoner. Deretter vurderes det om samme problemstilling strider mot analogiforbudet etter Grunnloven § 96.

¹⁸⁹ HR-2020-2019-A avsnitt 16.

¹⁹⁰ Frøberg (2015) s. 66.

¹⁹¹ Rt. 2012 s. 313 avsnitt 29.

¹⁹² Bergo (2023) s. 122.

¹⁹³ Aall (2015) s. 148.

¹⁹⁴ Tobiassen (2022a) s. 658.

¹⁹⁵ Bergo (2023) s. 123.

7 Strider det med legalitetsprinsippet å dømme for medvirkning ved utilstrekkelig motvirkning?

7.1 Introduksjon

Spørsmålet som skal besvares i det følgende er om høyesterettsdommene HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A strider mot lovkravet i EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96. Oppgaven omhandler primært utilstrekkelig motvirkning, og det vil derfor være hovedfokus på de to førstnevnte dommene.

Konklusjonen i kapittel 4 var at foreldre har en sivilrettslig forpliktelse til å forhindre mishandling mot barn de har foreldreansvar for. I dette punktet ble det også fremhevet at reelle hensyn kan tale for å likestille andre omsorgspersoner med foreldre, slik at også disse har en ulovfestet avvergingsplikt. Likevel vil legalitetsprinsippet utgjøre en ytre skranke for hvorvidt en person kan ilegges straffansvar, uavhengig om en ansvarsforpliktelse eksisterer.

7.2 I tråd med forbudet mot utvidende tolkning?

7.2.1. Innledning

I denne delen tas det utgangspunkt i de krav som følger av forbudet mot utvidende tolkning som utledes av EMK artikkel 7. Det må først vurderes om Høyesteretts tolkning av «medvirker» er i tråd med straffebudets kjerne, og deretter om tolkningsresultatet er rimelig forutsigbart.

7.2.2. Er tolkningen innenfor straffebudets kjerne?

Kravet om straffebudets kjerne retter seg hovedsakelig mot urimelige tolkninger, og utelukker ikke at et straffebud kan tolkes utvidende. Det må likevel tas utgangspunkt i ordlyden i straffeloven § 15, som er «medvirker». Etter EMDs metode kan også overtredelsens eller unnlåtelsens kontekst vurderes, samt eksisterende rettspraksis som kan belyse hvordan rettsregelen er tolket.¹⁹⁶ Dette innebærer at domstolene har forholdsvis vide rammer til å tolke straffebestemmelser progressivt og utvidende, uten at man beveger seg utenfor straffebestemmelsens kjerne. I norsk rett benytter lovgiver en generell lovgivningsteknikk, som tilsier at Høyesterett må kunne utfylle ordlyden i et straffebud. Dette gjelder tilsvarende for den vide formuleringen «medvirker».

På den annen side kan det fremheves at det å *medvirke* og å *motvirke* kan anses som to motpoler, som taler for at sistnevnte ikke er i kjernen av straffeloven § 15. På den annen side retter kravet seg hovedsakelig mot urimelige tolkninger. Sett hen til den særlige alvorligheten av barnemishandling, kan det tale for at det ikke er en urimelig tolkning å si at en person med omsorgsansvar som ikke har klart å motvirke mishandling av barn, «medvirker» til at barnet blir utsatt for vold.

¹⁹⁶ Bergo (2023) s. 123.

I tillegg har det lenge vært åpnet for medvirkningsansvar ved passivitet i norsk rett. Høyesterett uttalte i *Christoffer*-saken at dette også gjaldt for personer med omsorgsansvar. I teorien er det lagt til grunn at kravet om straffebudets kjerne ikke tilbyr noen særlig grad av beskyttelse.¹⁹⁷ Sett hen til de nasjonale domstolers handlingsrom hva gjelder progressive og utvidende tolkninger av straffebud, konkluderer jeg med at det ikke er i strid med *straffebudets kjerne* å dømme for passiv medvirkning i tilfeller der en omsorgsperson har opptrådt passivt eller forgjeves har forsøkt å forhindre mishandling mot barn.

7.2.3. Er tolkningen rimelig forutsigbar?

Spørsmålet blir da om det var *rimelig forutsigbart* å dømme de tiltalte for medvirkningsansvar der de har forsøkt, men ikke klart, å forhindre mishandling mot et barn de har omsorgsansvar for. EMD vurderer her ordlyden av overtredelsen, overtredelsens kontekst og tilgjengelig rettspraksis.¹⁹⁸ Også relevant for oppgavens problemstilling, er at forutsigbarhetskravets omfang varierer basert på hvem en lov er rettet mot.¹⁹⁹ En lov som retter seg mot personer i profesjonell tjeneste tilsier at personkretsen som omfattes må utvise særskilt varsomhet og vurdere aktuelle risikoer nøye.²⁰⁰ Dette taler for at det samme ikke kan kreves av en vanlig borger, slik at de ikke må sette seg inn i straffebud utover hva en alminnelig aktsom person ville gjort.

Likevel har EMD i stor grad akseptert at domstolene tolker straffebestemmelser utvidende, for å få progressiv utvikling av eksisterende rett. Dette er blant annet for å tilpasse eksisterende rett til endrede samfunnsforhold.²⁰¹ Det kan derfor argumenteres for at man her står overfor en «gradual clarification» som kan aksepteres etter EMDs praksis. Allerede i 2013 åpnet Høyesterett for at ren passivitet var tilstrekkelig for å etablere straffansvar for en omsorgsperson, som ble bekreftet av Høyesteretts ankeutvalg i 2018.²⁰² Dette kan tale for en gradvis innskjerping av medvirkningsansvaret, begrunnet i større innsikt i konsekvensene av barnemishandling og barns styrkede rettsstilling.

En av Høyesteretts sentrale oppgaver er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling.²⁰³ Til tross for legalitetsprinsippets skranker, har Høyesterett likevel i kraft av denne rollen bidratt til å utvikle strafferettens område. Dette kan tale for at utviklingen av straffansvar for

¹⁹⁷ Timmerman (2018) s. 139.

¹⁹⁸ Ibid s. 140.

¹⁹⁹ Kononov v. Latvia (2010) premiss 235.

²⁰⁰ I.c.

²⁰¹ Timmerman (2018) s. 140.

²⁰² Rt. 2013 s. 1015 og HR-2018-262-U avsnitt 19.

²⁰³ Holmberg (2020) s. 421.

omsorgspersoner på bakgrunn av passivitet og utilstrekkelig motvirkning er i tråd med Høyesteretts rolle som rettsutvikler.²⁰⁴ Til tross for at lovgiver aldri har kommentert *utilstrekkelig motvirkning*, er det åpnet opp for *passiv medvirkning* i forarbeidene.²⁰⁵ EMD har tidligere trukket inn forarbeider ved vurderingen av om de nasjonale domstoler kan ilegge straff uten å krenke artikkel 7.²⁰⁶ Dette indikerer at medvirkningsansvar i disse tilfellene er tilstrekkelig forutsigbart, særlig hva gjelder HR-2020-1343-A sett hen til at tiltalte i denne saken ikke hadde gjort noe for å forhindre volden. Derfor vil det i større grad være i samsvar med omtalen av passiv medvirkning i straffelovens forarbeider å straffedømme i dette tilfellet.

Det kan likevel være grunn til å kaste et nærmere blikk på den rettspraksis som har ledet opp til dagens rettstilstand, hvor Høyesterett aksepterer at det kan ilegges medvirkningsansvar ved utilstrekkelig motvirkning og ren passivitet. Rt. 1947 s. 69 ble i forarbeidene referert til som et eksempel hvor det kan ilegges medvirkningsansvar på bakgrunn av passivitet.²⁰⁷ Denne saken skiller seg likevel fra oppgavens problemstilling av en sentral årsak: Offiseren var overordnet, og hadde instruksjonsmyndighet. Han var klar over og hadde godkjent at hans ansatte torturerte fanger, og når han da ikke grep inn, forelå en aksept. Denne aksepten kan forstås som en tilskyndelse til hovedgjerningspersonens handlinger. Det forelå altså elementer av psykisk medvirkning i dommen. Dette stiller seg annerledes i en situasjon med to likestilte omsorgspersoner – og desto mer annerledes i de tilfeller der den som mishandler har det formelle foreldreansvaret, mens den andre kun har et reelt omsorgsansvar. Ofte vil også den passivt medvirkende eller utilstrekkelig motvirkende forelderen leve under betydelige belastende forhold, preget av mye stress. Til tross for å være klar over den andres handlinger, kan det være utfordrende å stanse volden eller forstå hvordan man kan gripe inn.

En annen dom som er relevant å sammenligne med, er Rt. 2013 s. 1686. Dommen ble trukket frem i førstvoterendes begrunnelse i HR-2019-2205-A.²⁰⁸ Dommen skiller seg imidlertid fra HR-2019-2205-A ved at den tiltalte ble *varslet på forhånd* om at en straffbar handling ville bli begått, og deretter ikke reagerte. Dette utgjorde en form for psykisk tilskyndelse. Helsearbeideren lot også døren stå ulåst – som innebar en form for fysisk medvirkning ved at handlingen lettet ranernes arbeid for å gjennomføre den straffbare handlingen. Høyesterett la derfor til grunn at det ikke bare forelå ren passivitet, men at tiltaltes opptreden også innebar elementer av fysisk og psykisk medvirkning.²⁰⁹ Dette skiller seg fra de tilfeller hvor en omsorgsperson har forsøkt å forhindre eller stanse mishandling av barn.

²⁰⁴ I.c.

²⁰⁵ Se kapittel 2.

²⁰⁶ Tobiassen (2022a) s. 660

²⁰⁷ Se kapittel 2.

²⁰⁸ HR-2019-2205-A avsnitt 58. Se kapittel 2 for gjennomgang av faktum.

²⁰⁹ Rt. 2013 s. 1686 avsnitt 16.

Til sist er det relevant å trekke frem *Christoffer*-saken. Høyesterettsavgjørelsen var, som nevnt i kapittel 2, den første som konstaterte at foreldre kunne ilegges medvirkningsansvar ved passivitet. Høyesterett bygget sin avgjørelse på at det fantes flere eksempler i rettspraksis hvor det var bygget på handleplikt som grunnlag for passiv medvirkning.²¹⁰ Rettspraksisen ankeutvalget viste til, omhandlet to saker om henholdsvis ran og legemsbeskadigelse. I begge sakene hadde to parter inngått en avtale om å samvirke til en forbrytelse, men den ene parten hadde gått lengre enn hva som var avtalt. Det var uomtvistet at begge de tiltalte hadde hatt en aktiv eller ledende rolle i planleggingen av lovovertrædelsen. I førstnevnte sak uttalte Høyesterett at det i slike situasjoner var påkrevd å ta «aktivt avstand» for å unngå medvirkningsansvar.²¹¹ I den andre uttalte Høyesterett at man må gjøre noe for å avbryte handlingen for å unngå å selv bli ansvarlig for den.²¹² Her var det på *forhånd* avtalt at det skulle begås en forbrytelse.²¹³ En part vil da ha større mulighet til å kontrollere situasjonen, og har en større oppfordring til å protestere dersom den andre går utover hva som er avtalt.

Dette kontrasteres av mishandling i nære relasjoner, hvor situasjonen kan være uoversiktlig og utfordrende for den passive eller utilstrekkelig motvirkende omsorgspersonen. Mishandlingen kan oppstå plutselig og uten forvarsel. I *Christoffer*-saken begrunnet Høyesterett medvirkningsansvar ut fra to andre høyesterettsavgjørelser med et svært ulikt faktum og hendelsesforløp. Dette tyder på at Høyesterett har strukket seg *for* langt i å konstatere medvirkningsansvar i disse tilfellene, slik at det ikke blir en «gradual» klargjøring av straffansvar. Dette underbygges også av *Parmak and Bakir v. Turkey*, som fastslo at de fundamentale garantiene i artikkel 7 må sikres, herunder «reasonable limits on novel or expansive judicial interpretations» på strafferettens område.²¹⁴ Når Høyesterett da dømmer for utilstrekkelig motvirkning, som ikke er kommentert i formell lov, forarbeider eller tidligere rettspraksis, taler dette for at man står overfor en ny og utvidende tolkning som ikke er i tråd med artikkel 7.

I denne sammenheng er det også relevant at det må anses å være en kvalifisert forskjell mellom *ren passivitet* og *utilstrekkelig motvirkning*, hvor den tiltalte har foretatt visse handlinger med intensjon om å hindre eller stanse hovedgjerningspersonens mishandling. HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A bidrar dermed til å strekke medvirkningsansvaret enda lengre ut i straffansvarets periferi, og utvikler en rekke skjønnspregede momenter for å vurdere om det

²¹⁰ Rt. 2013 s. 1015.

²¹¹ Rt. 2009 s. 1365 avsnitt 26.

²¹² Rt. 2010 s. 1630 avsnitt 26.

²¹³ Øyen (2014) s. 256.

²¹⁴ *Parmak and Bakir v. Turkey* (2019) premiss 77.

kan straffes for utilstrekkelig motvirkning.²¹⁵ Forutsigbarheten svekkes også ytterligere når momentene ikke fremgår av lovtekst eller forskrift. Men ettersom domstolsskapt praksis er akseptert etter EMK, kan også utviklingen av konkrete vurderingsmomenter gjennom rettspraksis tale *for* at det er rimelig forutberegnelig, ettersom dette klargjør hvilke vilkår tiltalte skal vurderes etter.

Det fremstår som ytterligere uforutsigbart når Høyesterett uttaler at aktivitetsplikten kan oppfylles selv om den tiltalte ikke har klart å stanse den straffbare handlingen, men det er påkrevd å «forsøke en alternativ handling» dersom den første handlingen ikke stanser mishandlingen.²¹⁶ De to første tiltalte hadde forsøkt en *rekke* alternative handlinger da den første handlingen ikke stanset volden mot barna, herunder å uttrykke seg verbalt, med kroppsspråk, gjemme unna gjenstander benyttet for å skade, gå imellom mishandlingen og tilkalle familiemedlemmer. Det er da vanskelig å se hva mer som kreves - annet enn å kontakte en offentlig myndighet. Den faktiske forpliktelsen fremstår dermed som annerledes enn hva Høyesterett selv uttrykker; den tiltalte må nærmest ha gjort alt som er mulig for å stanse mishandlingen.

At medvirkningsansvar ikke var rimelig forutberegnelig i HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A, underbygges også av at HR-2019-561-A var den første dommen hvor en person ble omfattet av medvirkningsansvar på bakgrunn av utilstrekkelig motvirkning.²¹⁷ Frem til dette tidspunktet var utilstrekkelig motvirkning ikke berørt i rettspraksis, og i liten grad behandlet i juridisk teori. Lovgiver hadde heller ikke nevnt dette som et straffegrunnlag i forarbeidene til den nye straffeloven.²¹⁸ I forarbeidene har det tvert imot blitt uttalt at selv ren passivitet ikke straffes «med mindre passiviteten oppfattes som et samtykke til hovedgjerningen.» Dette står på kant med at Høyesterett uttalte at en av de tiltalte hadde tatt «tydelig og konsekvent avstand» fra mishandlerens handlinger.²¹⁹ Dette taler også for at straffedom i disse sakene ikke er rimelig forutsigbart.

Å stanse en pågående mishandling kan være utfordrende, og den tiltalte kan selv ha vært utsatt for betydelig stress eller mishandling. Å oppsøke offentlige hjelpeinstanser eller politiet er heller ikke uproblematisk, da man må angi sin egen ektefelle. Høyesterett uttaler at det må foretas en «konkret helhetsvurdering» av hva den tiltalte må gjøre for å unngå medvirkningsansvar i disse situasjonene. Dette har nok tiltalte i de fleste tilfeller forsøkt. Høyesterett har tidligere vektlagt tiltaltes vanskelige situasjon, blant annet i Rt. 2003 s. 902.

²¹⁵ HR-2019-2205-A avsnitt 70-74.

²¹⁶ HR-2019-561-A avsnitt 29.

²¹⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 60.

²¹⁸ Holmberg (2020) s. 406.

²¹⁹ HR-2019-561-A avsnitt 16.

Det ble her trukket frem at hovedgjerningspersonen var tiltaltes familiemedlem, og at tiltalte selv hadde vist gjennom kroppsspråk at han mislikte familiemedlemmets virksomhet.²²⁰ I teorien er det lagt til grunn at Høyesterett også vektla mannens vanskelige situasjon.²²¹ Den tiltaltes situasjon vurderes i liten grad i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-1343-A. Tvert imot fremsetter Høyesterett at forholdet er så alvorlig at det ikke kan hensyntas.²²² Dette illustrerer at praksisen på også andre måter ikke er i tråd med tidligere uttalelser om medvirkningsansvar.

Forutberegneligheten svekkes ytterligere ved at Høyesterett tilsynelatende benytter *reelle hensyn* aktivt. I HR-2019-2205-A uttales det at barns rettigheter kan få betydningen for grensedragningen av straffansvar ved mishandling.²²³ Samtidig kan det argumenteres for at et økt fokus på barns rettsvern de siste årene taler for at det er *rimelig* forutsigbart med straffansvar.

Det er usikkert om det er rimelig forutsigbart å konkludere med medvirkningsansvar der en gjerningsperson har utilstrekkelig motvirket til mishandling. En lang rekke dommer åpner for passivitetsansvar taler for at det blir rimelig forutsigbart, særlig sett opp mot at EMD tillater en vid og progressiv tolkning av straffebud. Det sentrale formålet til forutsigbarhetskravet er å forhindre *vilkårlighet*, og den omfattende rettspraksisen kan tyde på at det ikke er vilkårlig å straffedømme i disse tilfellene. På den annen side ligger handlingene de tiltalte straffes for fjernt fra ordlyden i straffebudet. Den omfattende rettspraksisen om passivitetstilfeller skiller seg dessuten fra våre tilfeller. For det første fordi enkelte av sakene gjaldt tilfeller der partene *på forhånd* hadde avtalt å begå et straffbart forhold og slik hadde mer kontroll over situasjonen, for det andre fordi det i de andre sakene forelå elementer av psykisk medvirkning. Den sentrale dommen som etablerte passivitetsansvar for omsorgspersoner, *Christoffer*-dommen, synes da å ha benyttet denne rettspraksisen som begrunnelse for straff i en situasjon som skiller seg fra disse sakene.

Praktiseringen av EMK er tilsynelatende, som nevnt, tilpasset common law-systemet. Domstolsskapt straffansvar aksepteres derfor i stor grad, som kan tale for at utviklingen gjennom rettspraksis er rimelig forutsigbar.²²⁴ Det kan derfor reises spørsmål ved om kravet til rimelig forutsigbarhet må *differensieres* med utgangspunkt i hvilket rettssystem det enkelte land har. Dette er aktuelt å undersøke ettersom legalitetsprinsippet etter norsk rett krever formell

²²⁰ Rt. 2003 s. 902 avsnitt 12.

²²¹ Øie (2015) s. 532.

²²² HR-2019-561-A avsnitt 22 og 23.

²²³ HR-2019-2205-A avsnitt 56.

²²⁴ Timmerman (2018) s. 141.

hjemmel i lov, som kan tilsi at straffedom også må ha formell hjemmel i lov for å være i tråd med forutsigbarhetskravet.

Saken *Arrozpide Sarasola and Others v. Spain* kan gi holdepunkter for at kravet til rimelig forutsigbarhet må differensieres ut fra nasjonale rettssystem. I denne saken fantes kun én isolert avgjørelse fra de nasjonale domstoler. EMD påpekte at rettsavgjørelser ikke anses som «lov» i det spanske rettssystemet, og at kun gjentatte avgjørelser fra spansk Høyesterett kunne supplere skreven rett.²²⁵ Dette kan tale for at land som følger «common law»-systemet i større grad har mulighet til å etablere straffansvar gjennom rettspraksis, mens for land som krever formell hjemmel i lov vil det ikke være like forutsigbart å akseptere domstolsskapt rett. Dette kan trekke i retning at resultatet må være rimelig forutsigbart basert på tolkningstradisjon og rettssystem i det aktuelle landet.²²⁶ Ettersom det etter norsk rett kreves formell hjemmel i lov for å straffedømme, taler dette for at straffansvar utviklet gjennom rettspraksis ikke er i tråd med forutsigbarhetskravet i EMKs forstand.²²⁷ Det er likevel usikkert hvor stor vekt dette argumentet kan illegges; det eksisterer få EMD-dommer som behandler spørsmålet, og det er i liten grad berørt i teorien.

Samlet sett taler gjennomgangen for at domsresultatene i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2020-2205-A ikke er rimelig forutsigbart. Å straffedømme for utilstrekkelig motvirkning ved mishandling i nære relasjoner rammes derfor av forbudet mot utvidende tolking, som indikerer en krenkelse av EMK artikkel 7.

7.3 I tråd med ordlyden?

Grunnloven § 96 inneholder de samme garantier som EMK artikkel 7. Disse er behandlet i punkt 7.2, og vurderes derfor ikke her. Grunnloven § 96 inneholder *i tillegg* et krav om at straffbarhet må følge av formell hjemmel i lov – *lex scripta*-prinsippet. I det følgende vurderes det om medvirkningsansvar ved utilstrekkelig motvirkning omfattes av ordlyden i straffeloven § 15.

En ren ordlydstolkning av straffeloven § 15 tilsier at ordet «medvirker» tar sikte på en aktiv handling, hvor en person enten fysisk eller psykisk har tilskyndet eller bistått hovedgjerningspersonen. For å benytte samme fremgangsmåte som i *Derivatdommen*, fremgår det av Stor norsk ordbok at det å medvirke er å «bidra» eller «delta» til en annens handling.²²⁸ Også straffelovens forarbeider gir holdepunkter for at det må være tale om en type hjelp, bistand

²²⁵ Arrizopide Sarasola and Others v. Spain (2019) premiss 127.

²²⁶ Tobiassen (2022a) s. 660.

²²⁷ Aall (2015) s. 147.

²²⁸ Stor norsk ordbok, tilgjengelig via ordnett.no. Hentet 26.03.2023.

eller tilskyndelse.²²⁹ Det er vanskelig å se hvordan en rent passivt tilstedeværende omsorgsperson, eller en person som har forsøkt å *motvirke* hovedgjerningspersonen, kan tilsies å ha deltatt ved å hjelpe, råde eller tilskynde hovedgjerningspersonen på noe vis. Det er derfor ikke like «naturlig å bedømme passiviteten som medvirkning» til hovedgjerningen, som også er ett av momentene som skal vektlegges ved vurderingen av om passivitet skal medføre medvirkningsansvar.²³⁰ Dette er også erkjent av Høyesterett, hvor førstvoterende i HR-2019-2205-A uttaler at «Det følger allerede av ordlyden at ren passivitet ikke rammes» etter straffeloven § 15.²³¹

Både i HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A var det uomtvistet at de tiltalte ved flere anledninger hadde forsøkt å stanse eller motvirke barnemishandlingen. Det er vanskelig å se hvordan dette kan utgjøre noen form for bidrag til hovedgjerningene, særlig i de tilfeller der omsorgspersonen hadde tatt «tydelig og konsekvent» avstand fra hovedgjerningspersonens handlinger.²³² I HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A ble likevel de tiltalte dømt for medvirkning, uten at det ble foretatt noen nærmere gjennomgang av ordlydens betydning for hvorvidt straffeansvar kunne ilegges.

Høyesteretts begrunnelse var tilsynelatende at situasjonen man stod overfor var like straffverdig som de faktiske medvirkningstilfellene. Særlig kan uttalelser i HR-2019-2205-A tas til inntekt for dette, hvor førstvoterende benyttet hensynet til barnets beste som et argument for at manglende avverging av barnemishandling er så straffverdig at det måtte likestilles med medvirkning.²³³ Høyesteretts oppfatning er derfor at en sivilrettslig aktivitetsplikt får avgjørende utslag for medvirkningsansvar. Også i HR-2020-1343-A introduserte Høyesterett en undersøkelsesplikt for å *finne ut av* om det foregikk barnemishandling, og det måtte foretas en konkret vurdering av hvilke tiltak som kan kreves i hver enkelt sak.²³⁴

Overordnet fremstår de tre dommene som preget av hvor alvorlig barnemishandling er. Dette reflekteres særlig i HR-2019-561-A hvor førstvoterende skriver at

«Det ville etter omstendighetene kunne være støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.»²³⁵

²²⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 411.

²³⁰ Øie (2015) s. 521.

²³¹ HR-2019-2205-A avsnitt 54.

²³² HR-2019-561-A avsnitt 16.

²³³ HR-2019-2205-A avsnitt 56.

²³⁴ HR-2020-1343-A avsnitt 23.

²³⁵ HR-2019-561-A avsnitt 22-23.

Uttalelsene er avsagt i forbindelse med straffeloven § 196, men kaster likevel lys over Høyesteretts begrunnelse for å ilegge tiltalte medvirkningsansvar. Likevel er straffverdighet ikke avgjørende, ettersom legalitetsprinsippet stiller krav om at man skal forholde seg til straffebudets ordlyd – som her er «medvirker». Det er vanskelig å forene med ordlyden at slik motvirkning av hovedgjerningen skal kunne anses som *medvirkning*. Vektlegging av reelle hensyn og lovgivervilje som ikke kommer til uttrykk i lovgiverteksten har Høyesterett selv slått ned på i tidligere dommer.²³⁶

Det kan også argumenteres for at selv ren passivitet er vanskelig å forene med ordlyden «medvirker» etter straffeloven § 15, og at man derfor ikke står overfor en «gradual clarification». Et eksempel på hvor slikt gradvis klargjøring ble gjort, var i dommen inntatt i Rt. 2008 s. 1582. Spørsmålet var her om feiloverførte penger «helt eller delvis» kunne anses for å tilhøre en annen.²³⁷ Ordlyden var uklar, og det var derfor nødvendig at Høyesterett tolket ordlyden presiserende.²³⁸ For denne oppgavens problemstilling står man imidlertid ikke overfor en uklarhet i ordlyden – ordlyden er vid, men ikke i seg selv uklar. Dette kan åpne for *presiserende* tolkning, men en *utvidende* tolkning vil ikke være forenlig med Grunnloven § 96. Dette taler for at også ren passivitet vanskelig kan sies å falle innunder bestemmelsens anvendelsesområde. Dette taler for at Høyesterett utpensler et nytt strafferettslig grunnlag, og slik går utenfor ordlydens anvendelsesområde.

På denne bakgrunn er det vanskelig å se hvordan domsresultatene er i tråd med en naturlig språklig forståelse av «medvirkning» til mishandling. Utilstrekkelig motvirkning kan ikke likestilles med psykisk eller fysisk medvirkning på bakgrunn av straffverdighet – dette må sies å utgjøre en analogi eller utvidende tolkning av straffeloven § 15. Det er dermed ikke i tråd med legalitetsprinsippet å dømme for utilstrekkelig motvirkning ved mishandling i nære relasjoner.

7.4 Hvilken betydning har spenningen mellom barnets beste og legalitetsprinsippet

Spørsmålet i dette kapittelet er om det er grunnlag for å relativisere lovkravet på bakgrunn av motstrid mot en annen menneskerettighet; her barnets beste. Dersom dette besvares bekreftende, er konsekvensene at det ikke oppstilles et like strengt lovkrav. Det kan da være grunnlag for å argumentere for at medvirkningsansvar ved utilstrekkelig motvirkning ikke

²³⁶ Se kapittel 6.

²³⁷ Rt. 2008 s. 1582 avsnitt 10.

²³⁸ Førstvoterende erkjenner at rettspraksis kan bidra til en klargjøring av straffansvarets rekkevidde. Etter EMK artikkel 7 er det ikke *kun* ordlyden i straffebudet som er relevant i forutberegnelighetsvurderingen. Se også Aall (2015) s. 145.

strider mot legalitetsprinsippet. Årsaken til at denne problemstillingen tas opp, er førstvoterendes uttalelser i HR-2019-2205-A, hvor det ble skrevet at

*«Ved overgrep mot barn utgjør også Grunnloven § 104 om barns rettigheter og barnekonvensjonen artikkel 19 en viktig bakgrunn for fastleggingen av medvirkningsansvaret [...]».*²³⁹

Førstvoterende konkluderte med at legalitetsprinsippet her ikke stengte for straff, og at domsresultatet «ivaretar hensynet til barna».²⁴⁰ En lignende oppfatning kom til uttrykk i HR-2019-561-A, hvor det ble uttalt at

*«[...] Det ville etter omstendighetene kunne vært støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.»*²⁴¹

Uttalelsene indikerer at barnets beste får betydning for medvirkningsansvarets rekkevidde, samt at det foretas en avveining mellom hensynet til omsorgspersonen og hensynet til fornærmede, som i denne saken var et barn. Vurderingen kan sies å være begrunnet i reelle hensyn og hva som vil være et *godt* resultat – et resultat som samsvarer med samfunnets alminnelige rettsfølelse.

Hensynet til barnets beste synes derfor å være et sentralt moment for Høyesteretts konklusjoner. Uttalelsene kan trekke i retning av at hensynet til barnets beste får betydning for *rekkevidden* av medvirkningsansvaret. Dette innebærer en type relativisering av legalitetsprinsippet, hvor Høyesterett svekker legalitetsprinsippets betydning fordi det her spenner mot en annen rettighet. Det finnes holdepunkter for at lignende grep er tatt av Høyesterett tidligere; i Rt. 2012 s. 1211 ble det vektlagt at legalitetsprinsippet ville være av betydning i saker hvor straffebudet ville innebære en begrensning av ytringsfriheten.²⁴² Uttalelsen er avsagt av lagmannsretten, men Høyesterett sluttet seg til den. Det vil imidlertid redusere uttalelsenes rekkevidde og vekt. Forskjellen mellom situasjonene er at i sistnevnte sak ble legalitetsprinsippet *styrket* til tiltaltes *gunst*, mens spørsmålet her er om legalitetsprinsippet kan *svekket* begrunnet i at hensynet til barnets beste må få gjennomslag.

Det er klart at barnemishandling utgjør svært alvorlig kriminalitet. Handlingene karakteriseres gjerne av at de foregår over lengre tid, består av volds- og trusselhandlinger, og at de begås i

²³⁹ HR-2019-2205-A avsnitt 56.

²⁴⁰ HR-2020-1343-A avsnitt 56.

²⁴¹ HR-2019-561-A avsnitt 23.

²⁴² Se punkt 6.2.3.

hjemmet mot nærstående personer.²⁴³ Ofte eksisterer det en særskilt psykologisk forbindelse mellom gjerningspersonen og offeret.²⁴⁴ Grov psykisk og fysisk mishandling over lang tid mot forsvarsløse personer kan medføre alvorlige psykiske og somatiske lidelser. For barnet kan det oppleves som ytterligere traumatiserende at mishandleren i utgangspunktet er en person som skal gi nødvendig omsorg og sikre trygge rammer for barnet. Det er derfor ingen tvil om at barnemishandling utgjør et alvorlig samfunnsproblem.²⁴⁵ De siste tiårene er det satt større fokus på barns forsvarsløshet og behov for rettsvern i slike situasjoner. Dette illustreres blant annet gjennom Grunnloven § 104 om barnets beste, som ble inntatt i menneskerettskatalogen ved grunnlovsrevisjonen i 2014. Det følger av bestemmelsens første ledd at

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd.»

Videre følger det av tredje ledd at myndighetene skal «sikre at barnet får den nødvendige [...] sosiale og helsemessige trygghet». Et vern mot vold omfattes av ordlyden i både *sosial trygghet* og *helsemessig trygghet*. Også barnekonvensjonen artikkel 19 forplikter stater til å verne barn mot vold og mishandling. Barnekonvensjonen er inntatt i menneskerettsloven og gjelder slik som norsk lov – og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.²⁴⁶ Barnekonvensjonens rettighetssubjekter er barn, mens pliktsubjektene er statene som har ratifisert konvensjonen. Dette inkluderer at domstolene må verne barn mot vold gjennom sine domsavsigelser. Det er likevel ikke helt klart hvorfor Høyesterett mener at straffeforfølgning av voldsutøvere skal få betydning i tilfeller der en person har forholdt seg passiv eller utilstrekkelig motvirkende.²⁴⁷ En passiv eller utilstrekkelig motvirkende forelder kan tross alt ikke anses som en *voldsutøver*.

Vi står overfor to menneskerettigheter med lik trinnhøyde. Spørsmålet er om barnets rettigheter kan påvirke rekkevidden av medvirkningsansvaret, eller sagt på en annen måte; om det er grunnlag for å åpne for en relativisering av legalitetsprinsippet der det står mot en annen menneskerettighet.

S.W. v. The United Kingdom åpner særlig for dynamiske tolkninger av legalitetsprinsippet etter EMK artikkel 7, i tråd med endrede samfunnsforhold. Domstolen begrunner dette med et behov for «adaptation to changing circumstances». Avgjørende for dommen var at det forelå felleseuropeisk konsensus om at voldtekt av ektefelle ikke skulle medføre straffrihet. Sammenlignet med oppgavens problemstilling er *barnemishandling* utvilsomt ansett som

²⁴³ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 198.

²⁴⁴ Prop. 97 L (2009-2010) s. 31.

²⁴⁵ I.c.

²⁴⁶ Menneskerettsloven § 3.

²⁴⁷ HR-2019-2205-A avsnitt 56.

alvorlig og uønsket kriminalitet i de fleste europeiske land – men kan det samme sies om at en passiv eller utilstrekkelig motvirkende forelder skal straffedømmes? Som tidligere nevnt har EMD modifisert uttalelsene fra denne dommen, men en viss rimelighetsvurdering kan likevel foretas.

Det kan også stilles spørsmål ved om det er til barnets beste at *begge* foreldrene eller omsorgspersoner straffedømmes, særlig i tilfeller der den ene har forsøkt å forhindre mishandlingen. Høyesterett kommenterte at Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen artikkel 19 gir barn et vern mot vold, men begrunner ikke nærmere hvorfor det er til barnets beste at også den som *forsøker å stanse* volden, også straffedømmes.²⁴⁸ Dette kan indikere at Høyesterett heller vektla allmennpreventive hensyn, et av strafferettens sentrale formål, snarere enn barnets beste.²⁴⁹ Dommene kunne da ha en signaleffekt for å tydeliggjøre konsekvensene for passive personer som ikke forhindrer mishandling mot barn de har omsorg for. Bakgrunnen for dette kan være at det oppleves i tråd med vår rettsfølelse å straffe personer som ikke har forhindret mishandling i nære relasjoner, ettersom mishandling av barn er et så alvorlig lovbrudd. Man kan likevel stille spørsmål om det kunne vært mer aktuelt å treffe vedtak om omsorgsovertakelse der det foreligger svikt av sentrale omsorgsforpliktelser, heller enn ileggelse av straff.

Videre det i EMK artikkel 7 ikke er inntatt et eget ledd som tillater inngrep. Også Grunnloven § 96 er utformet uten unntak, som illustrerer legalitetsprinsippets absolutte karakter. Når hensynet til barnets beste ble vurdert, kunne Høyesterett også ha trukket frem grunnleggende *strafferettslige* hensyn, herunder forutsigbarhetshensynet. Barnekonvensjonens gjennomslagskraft som tolkningsprinsipp blir begrenset av legalitetsprinsippets skranker; Barnekonvensjonen kan benyttes for å presisere innholdet av et straffebud, eller benyttes som et argument for straffutmåling.²⁵⁰ Det kan derimot ikke benyttes som argument for å analogisere eller tolke et straffebud utvidende. Dette gjelder særlig sett hen til Høyesteretts strenge linje hva gjelder vektlegging av straffverdighet eller lovgiverintensjoner som ikke har kommet til uttrykk gjennom straffebestemmelsens ordlyd.

Sammenholdt med punktene gjennomgått ovenfor, samt det faktum at barnekonvensjonen forplikter *stater* og ikke *individer*, taler dette for at legalitetsprinsippet ikke kan relativiseres av hensyn til barnets beste – i alle fall ikke i den grad Høyesterett gjør i de tre høyesterettsdommene. Legalitetsprinsippets absolutte skranker er vanskelig å forene med en relativisering av hensynet til barnets beste. Det kan argumenteres for at barnets beste kan

²⁴⁸ Ibid avsnitt 56.

²⁴⁹ Innst.O.nr.72 (2004-2005) punkt 5.1.

²⁵⁰ Søvig (2016) s. 543.

benyttes som tolkningsmoment. Dette kan kanskje aksepteres etter EMK artikkel 7, men vil være vanskelig å forene med den nåværende forståelsen av Grunnloven § 96.

8 Rettspolitikk – veien fremover

8.1 Innledning

Oppgavens rettspolitiske del vil fokusere på tre hovedspørsmål: Først, om det er *riktig* å straffedømme i disse situasjonene. Denne delen vil ta utgangspunkt i medvirkningsansvarets vilkår ved passivitet, samt betraktninger *de lege ferenda*. Deretter vil det vurderes hvilken betydning og konsekvenser det kan få dersom Høyesteretts anvendelse av legalitetsprinsippet i de tre høyesterettsdommene legges til grunn i andre saker på strafferettens område. Til sist vurderes det hvordan lovgiver kan oppfylle legalitetsprinsippet på dette rettsområdet.

8.2 Er det rett å straffedømme i disse tilfellene?

Av straffelovens forarbeider følger det blant annet at klanderverdighet står sentralt i vurderingen av hvorvidt medvirkningshandlinger skal anses som straffbare – medvirkeren kan ha opptrådt minst like klanderverdig som hovedgjerningspersonen.²⁵¹ Dette reflekterer et av de sentrale formålene i strafferetten; å straffe den som har kriminell hensikt. I juridisk teori er det uttalt at spørsmålet om det kan straffes på bakgrunn av passivitet må vurderes ut fra om passiviteten er «omtrent like straffverdig som aktiv medvirkning.»²⁵² Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i straffverdighetsbetraktninger ved vurderingen.

Formålet gjenspeiles i Rt. 2003 s. 902, hvor Høyesterett vektla at tiltalte hadde tatt avstand fra handlingene ved kroppsspråk og ikke hadde noen reelle handlingsalternativer.²⁵³ Hans opptreden kunne derfor ikke styrke hovedgjerningspersonens forsett, og han hadde ikke opptrådt klanderverdig. Det er også antatt at Høyesterett valgte å ikke straffe mannen fordi han stod overfor to vanskelige valg: enten å stanse den straffbare virksomheten eller kaste ut det kriminelle familiemedlemmet.²⁵⁴ Vurderingen kontrasteres av de tre høyesterettsdommene, hvor de tiltalte stod overfor en minst like utfordrende situasjon. Den utilstrekkelig motvirkende forelderen kan ofte leve under et tilsvarende fryktregime som barna. Det kan da være vanskelig å vurdere hvilke reelle handlingsalternativer man har. Ved å forsøke å forhindre mishandlingen har man likevel tatt tydelig avstand fra de straffbare handlingene. Det fremstår da ikke like naturlig å anse passiviteten som «omtrent like straffverdig som aktiv medvirkning.»

²⁵¹ NOU 2002:4 s. 211.

²⁵² Øie (2015) s. 521.

²⁵³ Se kapittel 2.

²⁵⁴ Øie (2015) s. 532.

Omsorgspersonene i HR-2019-561-A og HR-2019-2205-A hadde forsøkt å forhindre mishandlingen ved en rekke tilfeller; en av dem hadde også tilkalt hjelp fra familien. Omsorgspersonene har med dette handlet kvalitativt annerledes enn mishandleren. De to omsorgspersonenes intensjon står i direkte motstrid til hverandre; den ene handler for å mishandle barnet, den andre har hensikt om å forhindre mishandlingen.²⁵⁵ Det er da utfordrende å se at det eksisterer noen sammenheng mellom hovedgjerningspersonens handlinger og den andre omsorgspersonens handlinger eller unnlatelser, som nettopp ble fremhevet som et vurderingsmoment i forarbeidene ved spørsmål om medvirkningsansvar. Videre ble det også i forarbeidene uttalt at ren passivitet ikke straffes «med mindre passiviteten oppfattes som et samtykke til hovedgjerningen».²⁵⁶ Dette kontrasteres av at tiltalte i en av sakene hadde tatt «tydelig og konsekvent avstand» fra mishandlerens handlinger.²⁵⁷ Det er dermed klart at den passive eller utilstrekkelig motvirkende omsorgspersonen er i en annen etisk kategori enn mishandleren.²⁵⁸ Dette viser at domsresultatene tilsynelatende ikke i tråd med de vilkår for medvirkningsansvar som lovgiver legger opp til gjennom forarbeidene.

En annen utilsiktet konsekvens er hvilken personkrets som kan omfattes av ansvaret slik det nå har blitt oppstilt av Høyesterett. Høyesterett uttaler at den som har *omsorgsansvar* kan dømmes for passiv medvirkning eller utilstrekkelig motvirkning til mishandling. Dette er et ulovfestet ansvar som Høyesterett har oppstilt, og er noe annet enn *foreldreansvar*. Persongruppen kan derfor komme til å omfatte både foreldre og steforeldre, men også søsken over kriminell lavalder, besteforeldre eller personer med avtale om barnepass. Vil det være riktig å straffedømme søsken, eller et nabobarn som passer barna, og som ikke klarer å stanse mishandling utført av en voksen person med foreldreansvar for den som mishandles?

Det er videre også en høy terskel for å anmelde sin egen ektefelle. Dette kan innebære at det blir opp til andre i samfunnet, for eksempel lærere eller helsearbeidere, å avdekke mishandlingen. For personer som står fjernere fra barna enn omsorgspersoner, kan dette være mer tidkrevende å avdekke. I ytterste konsekvens kan dette medføre at flere barn må leve under mishandling over lengre perioder før det blir oppdaget.

I forbindelse med et lovarbeid vil det ofte gjennomføres utredninger, som gir bedre tid og bredere kompetanse til å vurdere hva som er naturlig å kreve av en forelder eller omsorgsperson i en slik situasjon. En slik prosess er bedre egnet til å se på de ulike sidene av å ilegge straffansvar for utilstrekkelig motvirkende omsorgspersoner. Dette kan tale for at lovgiver vil

²⁵⁵ Holmberg (2020) s. 415.

²⁵⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 412.

²⁵⁷ HR-2019-561-A avsnitt 16.

²⁵⁸ HR-2019-2205-A avsnitt 109.

være bedre egnet til å foreta bredere samfunnsmessige betraktninger og konsekvensutredninger, enn hva Høyesterett er i konkrete enkeltsaker. Dette vil også sikre maktfordelingsprinsippet i bedre grad, ved at det er lovgiver, og ikke domstolene, som foretar de kriminalpolitiske vurderingene om straffansvarets rekkevidde. Som tidligere nevnt er medvirkningsbegrepet vidt, men det kan stilles spørsmålstegn ved hvor langt Høyesterett burde benytte seg av denne fleksibiliteten uten at lovgiver har tatt stilling til om det er ønskelig å straffe for utilstrekkelig motvirkning.²⁵⁹

Det er videre betenkelig at en person som ilegges medvirkningsansvar kan straffes på lik linje som hovedgjerningspersonen. Medvirkeren kan da ilegges straff som følger av hovedgjerningen, hvor det ved mishandling i nære relasjoner er en strafferamme på fengsel inntil 6 år eller inntil 15 år, avhengig av om volden er grov.²⁶⁰ Dette står i kontrast til avvergingsplikten, hvor strafferammen er bot eller fengselsstraff inntil ett år. I tillegg er det en betydelig forskjell i å bli straffet for manglende oppfyllelse av en avvergingsplikt, og for medvirkning til (eventuell grov) mishandling i nære relasjoner. Dette kan også medføre sosialt stigma for den tiltalte, ettersom dette er en alvorlig merkelapp å bli påsatt av en domstol, som kanskje ikke samsvarer med den straffverdighet tiltalte har utvist.²⁶¹

På bakgrunn av momentene gjennomgått ovenfor er det derfor flere argumenter som taler *mot* at det er riktig, både sett hen til medvirkningslæren, handlingenes og unnlattelens straffverdighet, samt samfunnets rettsfølelse, å straffe for medvirkning ved utilstrekkelig motvirkning.

8.3 Utsyn – konsekvenser for legalitetsprinsippet på strafferettens område

Legalitetsprinsippet står i dag sterkt i norsk og internasjonal rett. De tre høyesterettsdommene illustrerer likevel en utvikling som innsnevrer legalitetsprinsippet rekkevidde. Dette er bekymringsfullt sett hen til at legalitetsprinsippet utgjør en av våre viktigste rettssikkerhetsgarantier. Et ønske om et «godt resultat», et resultat som samsvarer med rettsfølelsen vår, er ikke tilstrekkelig for å straffedømme i det enkelte tilfelle. Domstolene må dømme etter de rammene gjeldende rett trekker opp, og så må lovgiver foreta de nødvendige lovendringer dersom domstolens løsninger ikke er tilfredsstillende. På denne måten sikres vårt demokratiske system i samspill mellom lovgivende og dømmende makt.

Dette har Høyesterett tidligere bidratt til; i Rt. 2012 s. 1211 kom Høyesterett til at publiseringer på en internettblogg ikke kunne omfattes av ordlyden «trykt Skrift». Lovgiver endret

²⁵⁹ Holmberg (2020) s. 422.

²⁶⁰ Straffeloven §§ 282 og 283.

²⁶¹ Holmberg (2020) s. 411.

bestemmelsen i etterkant av domsavsigelsen, slik at internettytringer ble omfattet.²⁶² Dømmende makt skal kun dømme etter gjeldende rett, til tross for at dette kan få «uheldige» utfall i enkeltsaker. Det har ingen betydning at domstolene mener at noe burde være straffbart – det er lovgiver som kan danne nye straffebud på bakgrunn av straffverdighet. Dette har også sammenheng med at fengselsstraff utgjør et alvorlig inngrep i den enkeltes personlige integritet og autonomi. Straffedom må derfor hjemles i et straffebud som er tilstrekkelig klart og forutsigbart, slik at den enkelte vet hva man kan straffes for. Dette illustrerer at Høyesteretts rolle ved håndheving av legalitetsprinsippet også er å gjøre lovgiver oppmerksom på hvor ordlyden må tydeliggjøres for at straff skal kunne ilegges.

Utfordringen med disse sakene er at det kan sies å være i tråd med samfunnets rettsfølelse å straffe personer som ikke har motvirket mishandling i nære relasjoner, på bakgrunn av handlingenes alvorlige karakter og fornærmedes forsvarsløshet. Dette kan være årsaken til at dommene inntatt i HR-2019-561-A, HR-2019-2205-A og HR-2019-1343-A har blitt forholdsvis lite kritisert i teorien. Til tross for at det ikke oppleves som urimelig for samfunnet i sin helhet, kan domfellelse i disse sakene oppleves som vilkårlig for den enkelte. Det er også flere betenkeligheter for å åpne for rimelighetsvurderinger i saker om legalitetsprinsippet, ved å tilnærme seg en vurdering lik den etter EMK artikkel 7. I juridisk teori har derfor flere tatt til orde for at det er kriminalpolitisk vanskelig å støtte at en passiv forelder skal dømmes som medvirker til hovedgjerningsforbrytelsen.²⁶³

Domstolene er en hjørnestein for rettsstaten Norge, og det er derfor essensielt at domstolene ikke bare avsier gode avgjørelser, men også avgjørelser i tråd med gjeldende rett. Samspillet mellom maktinstitusjonene er sentralt for å ivareta befolkningens tillit. Domstolene i Norge nyter i dag stor tillit; hele 87 % av befolkningen hadde svært stor eller ganske stor tiltro til domstolene i 2022, og 90 % i 2021.²⁶⁴ Dette har derfor sentralt å ivareta et regelverk med god kvalitet på strafferettens område. En stringent og konsekvent tilnærming til lovkravet vil ikke bare få betydning for legalitetsprinsippets slagkraft, men også for samfunnets tillit til Norge som rettsstat.

8.4 Hvordan kan legalitetsprinsippet oppfylles?

Tross konsistent praksis fra Høyesterett i de tre dommene, er vurderingstemaet som er oppstilt for å straffedømme skjønnsmessig. Det ble også lagt til grunn av utvalget som utredet den nye

²⁶² Se lovendringer i straffeloven (1902) § 7, datert 25.05.2013

²⁶³ Øyen (2014) s. 257-258.

²⁶⁴ Norges Domstoler (2022).

straffeloven at medvirkningsbestemmelsen kunne medføre en «viss fare for utilsiktede nykriminaliseringer».²⁶⁵ Etter min oppfatning er det dette vi her står ovenfor.

Straffeloven § 196 oppstiller en avvergingsplikt – herunder for mishandling i nære relasjoner. Bestemmelsen gir uttrykk for en grunnleggende samfunnsplikt, og straffes med bot eller fengsel inntil ett år.²⁶⁶ Brudd på avvergingsplikten ble imidlertid ikke straffet dersom plikten ikke kunne oppfylles uten å sette seg selv, sine nærmeste eller noen uskyldig for siktelse.²⁶⁷ I etterkant av dommen inntatt i HR-2019-561-A ble det innført et unntak fra unntaket, som konstaterer at straff likevel kan ilegges dersom «fornærmede er mindreårig» og at den som unnlater å oppfylle avvergingsplikten er «barnets forelder, steforelder, fosterforelder eller en annen som har daglig omsorg for barnet.»²⁶⁸ Justiskomiteens begrunnelse for innføringen av unntaket, var at barns nærstående burde ha «en plikt til å varsle barnevernet eller politiet» dersom overgrep utføres mot barn de har omsorgsansvar for.²⁶⁹ Det ble også fremhevet at et slikt unntak også ville bidra til å sikre de plikter staten har etter Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen artikkel 19 nr. 1.²⁷⁰

Dette illustrerer hvordan lovgiver har fulgt opp kritikken fra høyesterettspraksis, og kan tale for at lovgivers oppfatning var at tilfeller av passivitet og utilstrekkelig motvirkning skulle omfattes av straffeloven § 196. Dersom lovgiver likevel skulle mene at det er ønskelig at utilstrekkelig motvirkning og passivitet skal medføre medvirkningsansvar, bør det innføres en egen hjemmel som tydeliggjør dette.²⁷¹ I HR-2019-2205-A påpeker annenvoterende noe som illustrerer viktigheten av at lovgiver kommer med en endelig avklaring av om utilstrekkelig motvirkning og ren passivitet skal anses som grunnlag for straff:

«Jeg tilføyer at rettsavklaringen har skjedd gjennom rettspraksis. Dermed har ikke de rettspolitiske konsekvensene av å straffe i slike situasjoner blitt like grundig vurdert som hvis det hadde vært en vanlig lovgivningsprosess.»²⁷²

Ved å innta en bestemmelse som tydeliggjør at ren passivitet og utilstrekkelig motvirkning skal anses som et straffegrunnlag, kan lovgiver sikre overholdelse av legalitetsprinsippet. Dette ville tilfredsstilt kravet til formell hjemmel etter Grunnloven § 96, kravet til klar lovhjemmel og

²⁶⁵ NOU 2002:4 s. 211.

²⁶⁶ Spurkland (2023) § 196 note 1.

²⁶⁷ Straffeloven § 196 (3) b.

²⁶⁸ Straffeloven § 196 (4), lovendring datert 01.01.2021.

²⁶⁹ Innst.41 L (2020-2021), kapittel 3.

²⁷⁰ l.c.

²⁷¹ Kjelby (2020) s. 401.

²⁷² HR-2019-2205-A avsnitt 110.

forutsigbarhetskravet etter EMK artikkel 7. Det ville også overholdt maktfordelingsprinsippet i større grad, ettersom det da ville vært vår demokratiske valgte forsamling som ga uttrykk for hva som er straffbar atferd.

Litteraturliste

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902).
- 1981 Lov 8. april 1981 nr. 7 Lov om barn og foreldre (barnelova).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 Lov om straff (straffeloven).
- 2021 Lov 18. Juni 2021 nr. 97 Lov om barnevern (barnevernsloven).

Forarbeider

- Dok.nr.16 (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*
- Innst.O.nr.72 (2004-2005) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven).*
- Innst.41 L (2020-2021) *Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern mv.)*
- 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.)*
- Ot.prp.nr.22 (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).*
- Prop.97 L (2009-2010) *Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd).*

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1947 s. 69
Rt. 1973 s. 433 (Passbåt)
Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)
Rt. 2003 s. 902
Rt. 2008 s. 1582
Rt. 2009 s. 780 (Derivat)
Rt. 2009 s. 1365
Rt. 2010 s. 1445 (Krigsforbryter)
Rt. 2010 s. 1630
Rt. 2011 s. 469 (Tidligere samboer)
Rt. 2012 s. 313 (Selvvasking)
Rt. 2012 s. 1211 (Trykt skrift)
Rt. 2013 s. 1015 (Christoffer)
Rt. 2013 s. 1686
Rt. 2014 s. 238 (Høsehauk)
Rt. 2014 s. 466
Rt. 2015 s. 93 (Maria)
HR-2016-1458-A (Haxi)
HR-2018-262-U
HR-2019-561-A (Stemor)
HR-2019-599-A
HR-2019-2205-A (Stefar)
HR-2020-1343-A (Spedbarn)
HR-2020-2019-A (Under kjøring)
HR-2022-2418-A (IS-kvinne)

Kommentarer

Backer, Inge Lorange. «Barnelova, lovkommentar». I *juridka.no* (2009). Hentet 07.04.2023.

Matningsdal, Magnus. «Kommentar til straffeloven.» I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (2023) hentet 21.03.2023.

Sandberg, Kirsten. «Kommentar til barneloven.» I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (2018) hentet 23.04.2023.

Spurkland, Kai. «Karnov lovkommentar til straffeloven». I *Lovdata Pro* (2023). Hentet 06.04.2023.

Konvensjoner

BK

Convention on the Rights of the Child.
New York 20. november 1989.

ECHR/EMK

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

Folkemordkonvensjonen

Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide.
Paris, 9. desember 1948.

Konvensjon om sivile og politiske rettigheter

International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16. desember
1966.

VCLT

Vienna Convention on the Law of Treaties. Wien, 23. mai 1969.

Avgjørelser fra EMD

Arrozpide Sarasola and Others v. Spain

Case of Arrozpide Sarasola and Others v. Spain, nos. 65101/16, 73789/16, 73902/16, 23. oktober 2018.

Cantoni v. France

Case of Cantoni v. France, no. 17862/91, 11. november 1996.

Del Río Prada v. Spain

Case of Del Río Prada v. Spain, no. 42750/09, 21. oktober 2013

Dragotoniou and Militaru-Pidhorni v. Romania

Case of Dragotoniou and Militaru-Pidhorni v. Romania, nos. 77193/01, 77196/01, 24. mai 2007.

G. v. France	<i>Case of G. v. France</i> , no. 15312/89, 27. september 1995.
Golder v. The United Kingdom	<i>Case of Golder v. The United Kingdom</i> , no. 4451/70, 21. februar 1975.
Ecer and Zeyrek v. Turkey	<i>Case of Ecer and Zeyrek v. Turkey</i> , nos. 29295/95, 29363/95, 27. februar 2001.
Jorgic v. Germany	<i>Case of Jorgic v. Germany</i> , no. 74613/01, 12. juli 2007.
Handyside v. The United Kingdom	<i>Case of Handyside v. The United Kingdom</i> , no. 5493/72, 7. desember 1976.
Kafkaris v. Cyprus	<i>Case of Kafkaris v. Cyprus</i> , no. 21906/04, 12. februar 2008.
Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia	<i>Case of Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia</i> , nos. 11082/06, 13772/05, 25. juli 2013.
Kokkinakis v. Greece	<i>Case of Kokkinakis v. Greece</i> , no. 14307/88, 25. mai 1993.
Kononov v. Latvia	<i>Case of Kononov v. Latvia</i> , no. 36376/04, 17. mai 2010.
Liivik v. Estonia	<i>Case of Liivik v. Estonia</i> , no. 12157/05, 25. juni 2009.
Parmak and Bakir v. Turkey	<i>Case of Parmak and Bakir v. Turkey</i> , nos. 22429/07, 25195/07, 3. desember 2019.
Rohlena v. The Czech Republic	<i>Case of Rohlena v. The Czech Republic</i> , no. 59552/08, 27. januar 2015.
S.W. v. The United Kingdom	<i>Case of S.W. v. The United Kingdom</i> , no. 20166/92, 22. november 1995.

Vasiliauskas v. Lithuania

Case of Vasiliauskas v. Lithuania, no. 35343/05, 20. oktober 2015.

Litteratur

- Aall (2015) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 4. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Aall (2022) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon: 1*. 1. utgave, Vol 1. Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Andenæs (1986) Andenæs, Johs. *Statsforfatningen I Norge*. 6. rev. Utg. ed. Oslo: Tano, 1986.
- Andenæs (2016) Andenæs, Johs., Rieber Mohn, Georg Fr., Sæther, Knut Erik. *Alminnelig strafferett*. 6. utgave. Ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Bergo (2023) Bergo, Knut. *Tolkning av lovkravene i Grl. §§ 96 og 113 – noen kommentarer til Tomas Midttun Tobiassen*. Lov og rett vol 62, nr. 2. (2023) s. 119-130. [Lest i Idunn.]
- Bårdsen (2017) Bårdsen, Arnfinn. *Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter Grunnlovsreformen 2014*. Jussens venner vol 52, nr. 1. (2017) s. 1-44. [Lest i Idunn.]
- Eeg (2008) Eeg, Thomas. *Barnelovens Regler Om foreldreansvar Og Samvær I Lys Av Barnebeskyttelseskonvensjonen*. Festskrift til Jussformidlingens 35-årsjubileum s. 64-73. Bergen, 2008. [Lest i Lovdata Pro.]
- Elgesem (2004) Elgesem, Frode. *Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*. Lov og rett vol 42, nr. 4-5 (2003) s. 203-230. [Lest i Juridika.]

- Elgesem (2021) Elgesem, Frode. *Tolkning av Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen*. Jussens venner vol 56, no. 6 (2021) s. 441-487. [Lest i Juridika.]
- Frøberg (2015) Frøberg, Thomas. *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet*. Jussens Venner vol. 50, nr. 1-2 (2015) s. 46-71. [Lest I Lovdata Pro.]
- Jacobs (2014) Jacobs, Francis G. mfl. *The European Convention on Human Rights*. 6. Utg. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Kjelby (2020) Kjelby, Gert Johan og Ørnulf Øyen. *Straffansvar for medvirkning ved utilstrekkelig motvirkning*. Tidsskrift for strafferett vol 20, nr. 4 (2020) s. 384-401. [Lest i Idunn.]
- Kjølbro (2020) Kjølbro, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: For Praktikere*. 5. Utgave. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2020.
- Holmberg (2020) Holmberg, Torunn Salomonsen. *Kategoriseringen av omsorgspersoners passivitet og utilstrekkelige motvirkning som medvirkning – Er merkelappen adekvat?* Tidsskrift for Strafferett vol 20, nr. 4 (2020) s. 402-422. [Lest i Idunn.]
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og Rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Skoghøy (2023) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og Rettsanvendelse*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2023.
- Skogstrøm (2014) Skogstrøm, Lene. «Vil straffe folk som tier om overgrep og vold mot barn.» *Aftenposten*, 17.11.2014.
- Stang (2011) Stang, Elisabeth Gording. *Alle Former for Vold Mot Barn Er Forbudt – Og Straffbart?* Kritisk Juss Vol. 37 no. 3 (2017) s. 155-77. [Lest i Lovdata Pro.]

- Søvig (2016) Søvig, Karl Harald. *FNs barnekonvensjon i Høyesterett*. Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer (2016) s. 533-547. [Lest i Lovdata Pro.]
- Timmerman (2018) Timmerman, Mikhel. *Legality in Europe: On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*. Cambridge: Intersentia, 2018.
- Tobiassen (2022a) Tobiassen, Tomas Midttun. *Rett praksis, men på hvilket grunnlag?* Lov og rett Vol 61, Utg. 10. (2022) s. 646-665. [Lest i Idunn.]
- Tobiassen (2022b) Tobiassen, Tomas Middun, Ulfstein, Geir. *Klarhet om klarhetskravet*. Lov og rett vol 61, utg. 6. (2022) s. 347-348. [Lest i Idunn.]
- Øie (2015) Øie, Torill Marie. «Høyesterett som straffedomstol – særlig om Høyesteretts rolle ved utviklingen av strafferettens ansvarslære». I *Lov, Sannhet, Rett: Norges Høyesterett 200 år*. Schei, Tore, Skoghøy, Jens Edvin A. og Øie, Toril M. Red. Oslo: Universitetsforlaget, 2015., s. 508-547.
- Øyen (2014) Øyen, Ørnulf. *Vold, seksuelle overgrep og annen mishandling overfor barn – noen betraktninger om den strafferettslige vurderingen av passivitet hos omsorgspersoner*. Tidsskrift for strafferett vol. 14, nr. 3 (2014) s. 249-262. [Lest i Lovdata Pro.]