

UiO • **Det juridiske fakultet**

Passiv medvirkning til
straffeloven § 219 der
fornærmede er i medvirkers
omsorg

Kandidatnummer: 666

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 15152



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	2
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Straffeloven § 219	4
1.3.1	Objektive vilkår	4
1.3.2	Subjektive vilkår	7
2	MEDVIRKNINGSANSVARET I STRAFFERETTEN	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Legalitetsprinsippet	8
2.3	Former for medvirkning	11
2.3.1	Fysisk og psykisk medvirkning	12
2.3.2	Aktiv og passiv medvirkning	13
3	NÆRMERE OM PASSIV MEDVIRKNING TIL STRAFFELOVEN § 219 DER FORNÆRMEDE ER I MEDVIRKERS OMSORG	15
3.1	Innledning.....	15
3.2	Den <i>indre grense</i>	16
3.2.1	Forholdet mellom medvirkning og hovedgjerning	16
3.2.2	Hovedgjerning.....	17
3.2.3	Medvirkning.....	18
3.3	Den ytre grense.....	20
3.3.1	Kravet om årsakssammenheng.....	21
3.3.2	Skyldkravet	24
3.3.3	Ren passivitet	26
4	AVSLUTNING	39
4.1	Straffeloven av 2005	40
5	LITTERATURLISTE	43
5.1	Lover	43

5.2	Forarbeider	43
5.3	Rettspraksis	44
5.4	Litteratur.....	46
5.4.1	Bøker.....	46
5.4.2	Artikler.....	46

1 Innledning

Vold i nære relasjoner er ikke et nytt fenomen innenfor strafferetten, men det har blitt satt sterkere fokus på problemstillingen av både offentlige myndigheter, påtalemyndigheten og domstolene det siste tiåret.¹

Den aktuelle bestemmelsen hvor det er tale om vold i nære relasjoner er § 219 i straffeloven av 22. mai 1902. Bestemmelsen inneholder et medvirkningstillegg i tredje ledd og det er medvirkningstillegget som er oppgavens tema og problemstilling.

Vold i nære relasjoner byr på særlige utfordringer. ”Nære relasjoner” er ikke et vilkår etter § 219. Det er en formulering som blir benyttet i juridisk teori og rettspraksis til hjelp for forståelsen av hvilken personkrets som skal beskyttes. Volden foregår som oftest innenfor ”huset fire vegger” og er ”skjult” for samfunnet slik at tilfellene kan være vanskelig å avdekke. Den nære relasjonen kan også i seg selv være vanskelig. For oppgaven vil det si tilfeller hvor fornærmede er i medvirkers omsorg. I tillegg kan den nære relasjonen gjøre det vanskelig for fornærmede å anmelde forholdet. Dette gjør det utfordrende å stoppe volden og hjelpe den utsatte. Ennå flere utfordringer vil det være i tilfeller hvor det er medvirkningen som skal avdekkes, og særlig når denne er begått ved passivitet.

Passiv medvirkning til vold i nære relasjoner har blitt særlig aktuelt etter Christoffer-saken², da det har blitt fokusert lite på problemstillingen tidligere. Riksadvokat Tor-Aksel Busch fremhevet blant annet viktigheten av å utvikle medvirkningslæren i en kronikk i Aftenposten 4.januar 2010. Busch fremhever her:

¹ Paragraf 219 har vært en del av straffeloven siden straffeloven ble til i 1902. Se S.K.M. 1896 og Indst. O. I. 1901/1902. Se Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.3 og 4.4, St.meld.nr. 15 (2012-2013) del 1. og Rt. 2004 s. 844.

² I ”Christoffer-saken” ble en gutt ble mishandlet til døde. Stefar ble dømt for mishandling og legemsbeskadigelse med døden til følge og mor ble dømt for passiv medvirkning til mishandling. ”Christoffer-saken” blir benyttet i tilknytning til alle tilfellene saken har vært inne for domstolene; TTONS-2011-111766, LA-2008-179127, RG 2013 s. 292 og Rt. 2013 s. 1015. I den videre fremstillingen vil det der er nødvendig, bli presisert hvilket tilfelle refereres til.

”På grunn av bevisproblemene søker vi i påtalemyndighetene å utvikle medvirkningslæren slik at selv om vi ikke makter å bevise hvem av omsorgspersonene som har utført den konkrete volden, kan en eller flere bli holdt ansvarlig dersom de er til stede uten å gripe inn.”

Uttalelsen er fulgt opp i Riksadvokatens senere i pressemelding om Christoffer-saken av 5. juli 2013, hvor han understreker viktigheten av at politiets etterforskning så raskt som mulig innrettes mot såkalt passiv medvirkning der hvor dette kan være aktuelt.

At både påtalemyndigheten og domstolene nå har et økt fokus på problemstillingen om passiv medvirkning i nære relasjoner, er etter min mening en positiv utvikling. Med denne avhandlingen ønsker jeg å gi mitt bidrag til dette temaet.

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er i hvilken grad man kan straffes for passiv medvirkning ved overtredelse av straffeloven § 219 i de tilfelle der fornærmede er i medvirkers omsorg.

Straffeloven § 219 retter seg mot vold i nære relasjoner. Når det er tale om nære relasjoner i straffeloven § 219, sikter begrepet til personkretser som nevnt i bokstavene a – e, i første ledd førstepunktum. Den nære relasjonen det tales om i § 219 har bare betydning for hovedgjerningspersonen.

Straffeloven § 219 stiller *ikke* krav om relasjon til fornærmede for medvirkers vedkommende. Oppgaven er derimot avgrenset til de tilfeller hvor fornærmede er i medvirkers omsorg, men oppstiller ikke et ”krav” om at medvirker må ha en nær relasjon til fornærmede.

Bakgrunnen for avgrensningen er for å se om straffeansvaret for passiv medvirkning – i tilfeller der fornærmede er i medvirkers omsorg – stiller seg annerledes, enn for de tilfeller hvor det ikke er tale om omsorg.

Problemstillingen befinner seg på legalitetsprinsippets område. Legalitetsprinsippet skal verne borgerne mot vilkårlig maktbruk fra det offentlige, fremme forutberegnelighet samt skape

rettsikkerhet. Legalitetsprinsippet er kommet til uttrykk i Grunnloven § 96 som sier at ingen kan straffes uten hjemmel i lov. Straffeloven § 219 har medvirkningstillegg, jf. tredje ledd, og det er således hjemmel i lov for å straffe for medvirkning etter § 219. Innholdet i medvirkningslæren er imidlertid ikke regulert i loven, men presisert i juridisk teori og rettspraksis. Spørsmålet for oppgaven blir dermed hvor langt et passivt medvirkningsansvar kan og bør strekkes i § 219-tilfellene hvor fornærmede er i medvirkers omsorg?

Husabø sin introduksjon til ”Straffansvarets periferi” er etter min mening beskrivende for oppgavens tema og problemstilling:

”Eit omfattande straffansvar er i vår tid nødvendig for å halda oppe eit trygt og vel-
fungerande samfunn. Omsynet til borgarane sin fridom og rettstryggleik gjer det like-
vel nødvendig med ei kritisk vurdering av *straffansvarets grenser*. Det trengs ikkje
berre ein løpande debatt om kva som bør utgjera eit brotsverk. Det er også behov for ei
kritisk vurdering av kor langt ut i det enkelte brotsverket sin periferi ansvaret går og
bør gå, og korleis dette best kan koma til uttrykk i lovgivinga.”³

1.2 Avgrensninger

Oppgaven er avgrenset til de tilfeller hvor fornærmede er i medvirkers omsorg. Med ”omsorg” menes i denne oppgaven *faktisk omsorg*, og ikke omsorg som i lovens forstand. I begrepet ”faktisk omsorg” ligger det å ta vare på og ha den daglige omsorgen for noen. Faktisk omsorg kan innebære blant annet å gi kjærlighet og ha omtanke, å ha ansvar for å gi stell og pleie, samt å beskytte vedkommende mot fare. Lovpålagte omsorgstilfeller faller således i utgangspunktet utenfor oppgavens tema, men for mange tilfeller vil lovpålagt omsorgsansvar og faktisk omsorg være sammenfallende. Et eksempel på dette er tilfeller med barn og foreldre, hvor barnet er den fornærmede. Her vil medvirker ha en lovpålagt omsorgsplikt overfor barnet jf. barneloven § 30, og barnekonvensjonen og vil i de fleste tilfeller også ha faktisk omsorg for barnet. Disse tilfellene vil bli omfattet av oppgaven på grunnlag av den *faktiske omsorgen* og ikke på grunnlag av den lovpålagt omsorgsplikten.⁴

³ Husabø (1999) s. 1

⁴ Se lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven), FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen).

Det er medvirkning til straffeloven § 219 som er tema for oppgaven. For at § 219 skal komme til anvendelse er et av vilkårene at overtredelsen er begått overfor noen i nær relasjon til hovedgjerningspersonen som nevnt i bokstav a-e. For oppgavens problemstilling er det ikke avgjørende hvilket handlingsalternativ som er overtrådt av hovedgjerningsperson. Det er heller ikke relevant hvilken personkrets i § 219 bokstav a-e som har gjort seg gjeldende for hovedgjerningspersonen. Det forutsettes imidlertid at hovedgjerningspersonen oppfyller både de objektive og de subjektive vilkårene i bestemmelsen slik at den kommer til anvendelse. Hovedgjerningspersonens nære relasjon til fornærmede vil ikke bli drøftet videre utover det som er nødvendig for å belyse oppgavens tema og problemstilling.

For at man i norsk rett skal kunne ilegge straff må de fire straffbarhetsvilkårene være oppfylt. De fire straffbarhetsvilkårene gjelder også for den som har medvirket til en straffbar handling. I denne oppgaven er det forutsatt at vilkåret om tilregnelighet og fravær av straffefrihetsgrunner er oppfylt for medvirker. Disse vilkårene vil derfor ikke bli behandlet i oppgaven.

Oppgaven vil forøvrig ikke gå nærmere inn på forsøk på medvirkning, strafferammen eller straffeutmålingen utover det som er nødvendig for å belyse problemstillinger knyttet til oppgavens tema.

1.3 Straffeloven § 219

Straffeloven § 219, har som formål å ramme tilfeller av vold i nære relasjoner og står i straffelovens kap. 20. Bestemmelsen omhandler forbrytelser med hensyn til familieforhold. Kjerneområdet for bestemmelsen er det sammenhengende og vedvarende handlingsmønsteret til gjerningspersonen. Den tar særlig sikte på å fange opp kompleksiteten og helheten som tilfellene vold i nære relasjoner ofte har.⁵

1.3.1 Objektive vilkår

1.3.1.1 Første ledd

Det fremgår av bestemmelsens første ledd at § 219 kommer til anvendelse ved grov eller gjentatt mishandling. Hvilke handlingsmåter som anses som ”mishandling” angis i første ledd

⁵ Se lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven).

første punktum. Fire handlingsalternativer nevnes eksplisitt. Disse er ”true, tvinge, begrense bevegelsesfriheten til og utøve vold mot”. I tillegg oppstilles ”...eller på annen måte krenke” som et alternativ. De fire handlingsalternativene som nevnes eksplisitt i straffebudet dekker dermed §§ 222, 223, 227 og 228-231 og 113 i straffeloven.⁶

Andre former for krenkelser etter siste alternativ kan være psykisk terror eller trusler, hvor handlingen det trues med ikke har en strafferamme over 6 måneder og derfor ikke rammes av § 227, (for eksempel legemsfornærmelse, § 228 første ledd). Å true med ”juling” er nevnt som eksempel i forarbeidene⁷ til § 219. Det psykologiske aspektet er et av kjennetegnene til vold i nære relasjoner. Formuleringen om ”annen krenkelse” er derfor et viktig alternativ i bestemmelsen, og er tatt med nettopp for å fange opp de psykologiske sidene av volden i nære relasjoner.

Handlingen rammes bare av § 219 dersom den er grov eller gjentatt. Straffeloven § 219 tar primært sikte på mishandling som strekker seg over tid, men begrenser seg ikke til det. Hvis krenkelsen er tilstrekkelig grov kan også enkelttilfeller omfattes. Ved avgjørelsen av om krenkelsen er grov etter § 219 første ledd første punktum, skal det først og fremst ses på om handlingen objektivt sett er grov. I tillegg skal det legges vekt på om den var egnet til å skape frykt for nye krenkelser. Det er ikke et vilkår at samme handlingsalternativ må være overtrådt for at det skal være ”gjentatt”. Det stilles heller ikke noe krav til hvor nært i tid hendelsene må stå til hverandre for at det skal være gjentatt. Det er summen og helheten som er avgjørende.⁸ Det stilles i tillegg ytterligere ett krav for at § 219 skal komme til anvendelse. Overtredelsen må være begått overfor noen i hovedgjerningspersonens personkrets som nevnt i § 219 bokstavene a – e i første ledd førstepunktum.

⁶ Se Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.1, pkt. 4.4.3 og merknad til § 219 i Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 7.2.

⁷ Se Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.1, pkt. 4.4.3 og merknad til § 219 i Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 7.2. Andre krenkelser etter § 219 siste alternativ i første ledd første punktum kan være for eksempel seksuelle krenkelser eller mangel på nødvendig stell og pleie.

⁸ Se Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.1, pkt. 4.4.3 og merknad til § 219 i Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 7.2. For et eksempel på at enkelttilfeller også kan rammes av § 219 se Rt. 2012 s. 835. For eksempler på den nedre grense for anvendelse av § 219 vises det til Rt. 2012 s. 835 og Rt. 2013 s. 879.

Bokstav a beskytter tidligere eller nåværende ektefelle eller samboer.⁹

Bokstav b beskytter tidligere eller nåværende ektefelles eller samboers barn. Stebarn omfattes. Det gjør også utflyttede barn. Det stilles ikke krav om husstandstilhørighet

Bokstav c beskytter foreldre, besteforeldre og oldeforeldre. Det stilles ikke krav om husstandstilhørighet. Et eksempel som kan falle inn under § 219 er det voksne barn som oppsøker sine foreldre hjemme hos dem og mishandler dem der.

Bokstav d beskytter personer tilhørende husstanden. Husstand skal i forstås på samme måte som i straffeloven §260. Det vil si at vurderingstema er hvorvidt man bor sammen og har felles husholdning.¹⁰

Bokstav e beskytter andre som hovedgjerningspersonen har i sin omsorg.

Strafferammen for overtredelse av første ledd første punktum er fengsel inntil 4 år.

1.3.1.2 Annet ledd

Bestemmelsens annet ledd åpner for straffeforhøyelse i visse tilfeller. Dersom mishandlingen har vært grov, hatt døden til følge eller gitt betydelig skade på legeme eller helse, kan strafferammen heves til fengsel i inntil 6 år. I vurderingen av om mishandlingen har vært grov i forhold til straffeutmålingen, skal det særlig legges vekt på varighet og intensitet. Videre legges det vekt på om mishandlingen har foregått over lengre tid samt om det foreligger forhold som nevnt i § 232. Straffeloven § 232 angir forhold kvalifisert som særdeles skjerpene omstendigheter. Det kan være at forbrytelsen er begått på en særdeles smertefull måte, eller med gift eller andre farlige stoffer, med kniv eller annen farlig redskap eller under andre særdeles skjerpene omstendigheter. Momenter i avgjørelsen av om slike særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, er om overtredelsen er begått mot en forsvarsløs person, om den er rasistisk motivert, om den er skjedd uprovosert, begått av flere i fellesskap og om den har karakter

⁹ Se lov av 4. juli 1991 nr. 4 om ekteskap (ekteskapsloven) kap. 3 og § 95.

¹⁰ Se merknad til § 219 i Ot.prp.nr.113 (2004-2005) pkt. 7.2. Begrepet "husstand" er presisert i Rt. 1973 s. 442 og gjentatt i Rt. 2011 s. 1412.

av mishandling.¹¹

1.3.1.3 Tredje ledd

Medvirkning straffes på samme måte jf. tredje ledd.

1.3.2 Subjektive vilkår

Straffeloven § 219 nevner ingen form for skyldkrav særskilt. Skyldkravet for overtredelse av straffeloven § 219 første ledd er således forsett, jf. § 40 første ledd første punktum.¹²

Straffeloven § 40 gir ingen definisjon av innholdet i skyldformen. Det er fastlagt dels gjennom uttalelser i forarbeider, dels gjennom rettspraksis og teori.¹³

Forutsetningen for straffeskjerpelse etter straffeloven § 219 annet ledd første punktum er at skyldkravet i § 43 er oppfylt. Det kreves ikke forsett med hensyn til skadefølgen. Skyldkravet etter straffeloven § 43 første alternativ er culpa levissima (også kalt simpel uaktsomhet) som er en særlig lett form for uaktsomhet. Skyldformen er ikke nok i seg selv til å ilegge straffeansvar, men gir grunnlag for straffeforhøyelse for skadefølger (skadefølger krever ikke forsett) som lovbrøyteren *kunne* forutse. Straffeloven § 43 andre alternativ gir adgang til straffeskjerpelse når lovbrøyteren har unnlatt etter evne å avverge skadefølgen etter at vedkommende var blitt oppmerksom på faren for at følgen kunne inntre.¹⁴

¹¹ Se Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.1, pkt. 4.4.3 og merknad til § 219 i Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 7.2.

¹² Straffeloven § 40 annet ledd nevner unnlattelse, men leddet gjelder bare forseelser og har dermed ikke betydning for oppgaven. Det bemerkes dog at det også kun er de *ekte* unnlattelsesforseelsene som omfattes, jf. S.K.M (1986) s. 59 fotnoten, Eskeland (2013) s. 321 og Rt. 1933 s. 1179.

¹³ Se NOU 1983:57 kap. 13, pkt. 4.1. Skyld omtales nærmere i pkt. 3.3.2.

¹⁴ Skyldformen i straffeloven § 43 annet alternativ er det vanlig å holde utenfor begrepet culpa levissima, og har liten betydning i forhold til første, jf. NOU 1983:57, kap. 19 pkt. 2.5. "Unnlattelse" som nevnt i straffeloven § 43 annet alternativ tar for øvrig ikke sikte på *overtredelsesmåten*, men rammer *arten av straffebudet*, Andenæs (2004) s. 215.

2 Medvirkningsansvaret i strafferetten

2.1 Innledning

Ved utarbeidelsen av straffeloven av 1902 var det en oppfatning om at det ikke var behov for å skille mellom hovedgjerningsperson og medvirker. Alle som hadde satt en betingelse for realiseringen av overtredelsen kunne kalles gjerningspersoner, og ble således direkte omfattet av det enkelte straffebed. Det ble derfor ansett som unødvendig å nevne medvirkning til hvert enkelt straffebed. Dette kom imidlertid ikke klart til uttrykk i loven. Den fikk ingen generell bestemmelse om medvirkning som etter en oppfatning, som nevnt over, kanskje ville vært naturlig. Løsningen som i stedet ble valgt var å gi de mest alvorlige forbrytelsene et medvirkningstillegg.¹⁵

Etter norsk rett må man tolke hver enkelt bestemmelse som skal anvendes for å få brakt deres innhold på det rene. Utgangspunktet for tolking av straffebed er det alminnelige tolkningsprinsipp. Det alminnelige tolkningsprinsipp innebærer at man tar utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, ser på uttalelser i forarbeider, sammenhengen med andre lovbestemmelser, reelle hensyn og tidligere rettspraksis.¹⁶

Passiv medvirkning til § 219 der fornærmede er i medvirkers omsorg har ikke i særlig grad vært oppe til vurdering for Høyesterett. Det er først og fremst underrettspraksis som har berørt problemstillingen. Dommer fra lagmannsrett- og tingrettene har ikke stor rettskildeværdi. I diskusjonen vedrørende medvirkningsansvaret, og i mangel av praksis fra Høyesterett vil underrettspraksisen likevel være relevant som illustrasjonsmateriale og som argument for hva som utgjør en god regel.

2.2 Legalitetsprinsippet

I et demokratisk samfunn bygd på rettsstatsprinsipper har rettssikkerhet en grunnleggende rolle. Straff er det mest alvorlige og inngripende tiltaket som kan anvendes for å styre en bor-

¹⁵ Se S.K.M. 1896 og Indst. O. I. 1901/1902. Straffeloven § 58 er en generell medvirkningsregel, men knytter seg kun til straffeutmålingen. Det vil si når straffeansvaret er brakt på det rene. Se Husabø (1999) s. 5-31.

¹⁶ Se Andenæs (2004) s. 112-124 og s. 331, Bratholm (1980) s. 319, Husabø (1999) s. 215.

gers adferd. En vilkårlig straffeforfølgning vil stride mot rettssikkerheten, det stilles således strenge kvalitetskrav til enhver hjemmel for straff.¹⁷

Legalitetsprinsippets grunnleggende formål er å skape rettsikkerhet. Prinsippet har i norsk rett kommet til uttrykk på strafferettens område i Grunnlovens § 96:

”Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom.”

Prinsippet om ingen straff uten lov (*nulla poena sine lege*).¹⁸

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)¹⁹ har i likheten med Grunnlovens²⁰ § 96, rettsikkerhet som grunnleggende formål. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har uttalt at det vesentlige formålet med EMK art. 7 er å gi beskyttelse mot vilkårlig straffeforfølgelse, domfellelse og straff.²¹

Prinsippet om at straff ikke kan ilegges uten hjemmel i lov følger også av (EMK) art. 7. *Ingen straff uten lov*:

”1. Ingen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnlattelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått. Heller ikke skal en strengere straff bli idømt enn den som gjaldt på den tid da den straffbare handling ble begått.

2. Denne artikkel skal ikke være til hinder for dom og straff over en person for gjerning eller unnlattelse som, da den ble begått, var straffbar etter de alminnelige rettsprinsipper anerkjent av siviliserte nasjoner.”

¹⁷ Se Bertelsen (2011) s. 228.

¹⁸ Se Andenæs (2004) s. 104-106, Eskeland (2013) s. 113-114. Grunnloven § 96 forbyr at straff blir ilagt på grunn av sedvanerett, men sedvanerett har betydning for *tolkingen* av straffebud.

¹⁹ EMK er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven, og har ved motstrid forrang foran annen lovgivning jf. lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3. EMK har således tilnærmet grunnlovsrang.

²⁰ Se lov av 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

²¹ Se Liivik mot Estland (25. juni 2009) avs. 92.

EMD har tolket EMK art. 7 dit hen at det implisitt ligger et visst lovkrav i bestemmelsen. Det følger av artikkelens krav om ingen skal domfelles dersom den straffbare handlingen ikke "utgjorde en straffbar handling [...] da den ble begått".²²

Hvilke krav EMK art. 7 stiller til hjemmelsgrunnet er behandlet av EMD i Kokkinakis mot Hellas (25 mai 1993) avs. 52:

"The Court points out that Article 7 para. 1 of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.»

Avgjørelsen i Kokkinakis mot Hellas er senere utdypet i dom av S.W. mot Storbritannia (22. november 1995). I avsnitt 26 uttales det:

"However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen."

²² Se Bertelsen (2011) s. 229 og Andenæs (2004) s. 105.

Lovhjemmelen for straff kan være gitt i formell lov eller gjennom rettspraksis, jf. Kafkaris mot Kypros (12. februar 2008) avs. 139. EMK art. 7 stiller således ikke krav til de formelle sidene ved hjemmelen, men det stilles krav til hjemmelens kvalitet. De grunnleggende kravene til hjemmelens kvalitet er at den må være ”tilgjengelig” og ”forutsigbar”. Kravet om tilgjengelighet er tilfredsstillt ved at lovbestemmelsen, og rettspraksis knyttet til denne, er utgitt i trykt skrift. Kravet om forutsigbarhet innebærer at innholdet i lovbestemmelsen må være forståelig. Ordlyden i hjemmelen må gi en klar definisjon av den straffbare handlingen eller unnlatelsen som kan føre til straffansvar og hvilke sanksjonene som kan idømmes. Vilkåret om forutberegnelighet er oppfylt dersom borgeren ut ifra ordlyden i bestemmelsen og rettspraksis kan forstå hvilken handlinger som er straffbare og for så å kunne innrette seg etter dette.²³

Straffeloven § 219 har som nevnt et medvirkningstillegg og det er således hjemmel for å straffe medvirkende handlinger, jf. tredje ledd. Spørsmålet oppgaven reiser er om ordlyden i § 219 kan tolkes så vidt at også *passiv* medvirkning omfattes. Grunnloven § 96 og EMK setter grenser for hvor langt ordlyden kan strekkes.²⁴

2.3 Former for medvirkning

Det foreligger ulike ”former” for medvirkning. Vi taler gjerne om ”fysisk, psykisk, aktiv og passiv” medvirkning. Begrepene er bare ”merkelapper” og har således ikke rettslig betydning. Mellom disse begrepene er det ikke skarpe skiller. Særlig gjelder det mellom psykisk og passiv medvirkning. Oppgaven tar primært for seg passiv medvirkning. Fysisk og aktiv medvirkning faller utenfor kjernen av oppgaven og vil dermed få en kortere omtale. Psykisk- og passiv medvirkning har til dels svært glidende overganger, og i mange tilfeller er de helt sam-

²³ Se Bertelsen (2011) s. 229-231. Se Cantoni mot Frankrike (15. november 1996) avs. 35, Kafkaris mot Kypros (12. februar 2008) avs. 140, Kokkinakis mot Hellas (25. mai 1993) avs. 40.

²⁴ Se pkt. 3 for nærmere om passiv medvirkning.

menfallende. Dette vil bli drøftet nærmere nedenfor, mens passivitet som oppgaven primært skal ta for seg, vil få en mer utførlig redegjørelse i punkt 3 følgende.²⁵

2.3.1 Fysisk og psykisk medvirkning

Fysisk medvirkning vil si å medvirke til hovedgjerningen. Det kan skje ved aktiv handling som *medvirker*. Men det kan også skje ved benyttelse av fysiske gjenstander. Fysisk medvirkning kan skje ved å hjelpe til med forberedelser til en forbrytelse. Det kan også skje ved å hjelpe til, eller samvirke til *selve* forbrytelsen. Eksempel på fysisk medvirkning kan være å skaffe tilgang til eller tilrettelegge gjerningsstedet. Det kan være å skaffe gjerningspersonen mat og husly. Det kan være å stille fornærmede til disposisjon, ved for eksempel å la et barn være alene med en som en seksualforbryter. Det kan være å skaffe et middel til forbrytelsen som for eksempel at den ene omsorgspersonen gir den andre et belte til å rise barnet med. Og ikke minst, fysisk medvirkning kan være å bistå til selve forbrytelsen, for eksempel ved å hjelpe hovedgjerningspersonen med å gi ris.²⁶

Et eksempel på at medvirkning kan både være fysisk og psykisk er om en person gir en annen et spanskrør og sier ”dette kan du gi god ris med”, hvorpå denne gir noen ris med spanskrøret. Fysisk medvirkning forutsetter vanligvis at det også foreligger psykisk medvirkning.²⁷

Psykisk medvirkning kan være å overtale, forlede eller tilskynde noen til å begå en forbrytelse. En holdning i seg selv er ikke nok til at medvirkningsansvar vil kunne inntre. Det har vært hevdet at man må fremkalle den forbryterske vilje hos noen. Kravet kan ikke sies å være så strengt. Det kreves i alminnelighet en positiv tilskyndelse. Bistand som styrker hovedgjerningspersonen i dens forsett er tilstrekkelig for at det skal være tale om psykisk medvirkning i strafferettslig forstand.²⁸

Psykisk medvirkning skjer oftest i form av verbale utsagn. Det kan være å snakke om forbrytelsen i så gode vendinger at en tilhører blir overtalt og velger å begå den. Det kan være å

²⁵ Se Husabø (1999) s. 8-12, Eskeland (2013) s. 212-220, Andenæs (2004) s. 323-328.

²⁶ Se Husabø (1999) s. 81-91, Eskeland (2003) s. 212-215 Andenæs (2004) s. 323-328.

²⁷ Se Husabø (1999) s. 124, Skeie (1946) s. 308, Andenæs (2004) s. 327, Eskeland (2013) s. 215.

²⁸ Se Husabø (1999) s. 122-124, Andenæs (2004) s. 327.

komme med uriktige eller ikke helt sanne opplysninger så man lurer eller forleder noen til å begå en forbrytelse. Det kan også være å gi gode råd om utførelsen av en forbrytelse, altså å tilskynde. Det er flere faktorer og aspekter ved de forskjellige typer påvirkningsmiddel. Det kan både være innholdet i påvirkningen som er av betydning, men det kan også være måten det er blitt formidlet på som er avgjørende. Psykisk medvirkning kan også være et nikk eller å vise tommelen opp. I enkelte tilfeller kan det oppstå tvil om et tilfelle kvalifiserer for psykisk medvirkning eller ikke. Det er vanligvis ikke tilstrekkelig at en person i ord eller handling gir uttrykk for at vedkommende har motforestillinger mot at handlingen blir foretatt. Det er heller ikke nok å være en interessert tilskuer for at psykisk medvirkningsansvar skal foreligge. Psykisk medvirkning kan knytte seg like mye til aktiv handling som til unnlattelse.²⁹

2.3.2 Aktiv og passiv medvirkning

Den mest nærliggende språklige forståelsen av ordet ”medvirkning” tilsier at medvirkning er en *aktiv* handling i tilknytning til hovedgjerningen, slik at den som forholder seg passiv ikke rammes som medvirker. Det er imidlertid ikke gjeldende rett, medvirkningshandlinger kan også bestå i unnlattelser (passiv medvirkning).³⁰

Aktiv medvirkning dekker alle aktive handlinger. Når det er tale om aktiv medvirkning vil en slik handling i de aller fleste tilfeller være sammenfallende med fysiske medvirkningstilfeller og i de fleste tilfeller også psykisk medvirkning. Aktiv medvirkning kan være å *gi* noen en gjenstand til å begå en forbrytelse med, eller det kan omfatte å *være* en medvirke til en forbrytelse.³¹

Etter gjeldende rett kan man medvirke ved å forholde seg passiv. Passiv medvirkning kan være at man ikke tydelig nok tar avstand fra en handling. Det kan være unnlattelse å foreta en handling eller det kan være å forholde seg passiv når det foreligger en handlingsplikt. I prak-

²⁹ Se Husabø (1999) s. 131-141, Eskeland (2013) s. 214-215, Skeie (1946) s. 307 og Andenæs (2004) s. 326-327.

³⁰ Se Matningsdal (2008) s. 362, Husabø (1999) s. 174-180, Eskeland (2013) s. 217-220, Andenæs (2004) s. 327-329.

³¹ Se Matningsdal (2008) s. 362, Husabø (1999) s. 174-180, Eskeland (2013) s. 217-220, Andenæs (2004) s. 327-329.

sis kan grensen mellom passivitet og en direkte tilskyndelse være vanskelig å trekke. Det har blitt hevdet at passiv medvirkning er et særtilfelle av psykisk medvirkning. I juridisk teori er det anført at "[i] praksis kan grensen mellom en passiv billigelse og en direkte tilskyndelse være vanskelig å trekke (min tilføyelsen)." jf. Andenæs *Alminnelig Strafferett* (2004) s. 327.³²

Et eksempel på psykisk og passiv medvirkning kan være at to (eller flere), omsorgsperson A og omsorgsperson B har C i sin omsorg. A og B går sammen og planlegger å true C med juling om vedkommende ikke oppfører seg pent. Men omsorgsperson A ombestemmer seg og forholder seg passiv ved selve utførelsen. Dette vil ikke uten videre fritta vedkommende fra ansvar for psykisk medvirkning. Siden de planla lovovertrædelsen sammen kan omsorgsperson B ha inntrykk av å ha psykisk støtte når B utøver trusselen, selv om A ikke foretar seg noe.³³

Passivitetsansvar forekommer langt sjeldnere enn handlingsansvar.³⁴

Juridisk teori og rettspraksis gir anvisning på innholdet i medvirkningsansvaret, og grensene for medvirkningsansvaret oppstilles gjennom rettspraksis.

³² Se Matningsdal (2008) s. 362, Husabø (1999) s. 174-180, Eskeland (2013) s. 217-220, Andenæs (2004) s. 327-329.

³³ Se Andenæs (2004) s. 328. Tilfeller der passivitet kunne anses som psykisk medvirkning, se eksempelvis; Rt. 1984 s.1300, Rt. 2009 s. 1365 og Rt. 2010 s. 1630.

³⁴ Se Husabø (1999) s.174.

3 Nærmere om passiv medvirkning til straffeloven § 219 der fornærmede er i medvirkers omsorg

3.1 Innledning

Det hevdes at medvirkning befinner seg i strafferettens periferi. For å bruke en metafor som illustrasjon, kan vi se på straffeansvaret som sirkler inni hverandre som en blink.³⁵ Den innerste sirkelen som danner sentrum representerer den prinsipale gjerningsbeskrivelsen, hovedgjerningen. Sirkelen utenfor representerer bistand, medvirkningen. Den ”indre grense” er forholdet mellom medvirkning og hovedgjerning. Den ”ytre grense” er forholdet mellom medvirkning og straffri handling. Passiv medvirkning vil man kanskje si er ytterst i den ytre grensen, i strafferettens periferi. Begrepene er bare ment for å lette forståelsen av hvilket tema som blir behandlet i det følgende.³⁶

Problemstillingen for oppgaven er om man kan bli strafferettslig ansvarlig ved å passivt medvirke til § 219 i kraft av omsorgsansvar.

For å lettere kunne besvare spørsmålet er det hensiktsmessig med en redegjørelse for tilgrensende forhold først. Da oppgavens problemstilling befinner seg i den ytre grense, vil det være naturlig å starte med forholdene i det som tidligere er referert til som den innerste sirkel. I punkt 3.2 ”den indre grense” vil det bli redegjort for hva som anses som hovedgjerning etter § 219, og forholdet mellom hovedgjerning og medvirkning. Deretter vil oppgaven behandle tema passiv medvirkning, og passiv medvirkning til straffeloven § 219 der fornærmede er i medvirkers omsorg i punkt 3.3 ”den ytre grense”.

³⁵ Se Matningsdal (2008) s. 358.

³⁶ Se Husabø *Strafferettens Periferi* (1999).

3.2 Den indre grense

3.2.1 Forholdet mellom medvirkning og hovedgjerning

Når flere enn en person har samvirket ved forberedelsen eller om utførelsen av en straffbar handling, oppstår spørsmålet om hvordan hver enkelt av dem skal bedømmes.

Medvirkningsansvar er et selvstendig straffeansvar. Dette er ikke kommet direkte til uttrykk i noen bestemmelse men følger av at hver enkelt deltaker blir vurdert selvstendig i forhold til det enkelte straffebud, og bedømt ut ifra sine egne handlinger i forhold til det rettsbrudd som vedkommende har medvirket til. Prinsippet om at medvirkning bedømmes aksessorisk til hovedgjerningen er i dag helt fraveket. Medvirker kan bli straffet selv om hovedgjerningsperson ikke kan det.³⁷

Om ansvaret for den enkelte deltaker har Andenæs uttalt det slik i *Alminnelig Strafferett* (2004) på side 338:

”Utgangspunktet er at hver enkelt av deltakerne bedømmes bare etter sitt eget forhold til det rettsbrudd som han har medvirket eller forsøkt å medvirke til.”

Som tidligere nevnt må ethvert straffebud som skal anvendes, tolkes for å få brakt dets innhold på det rene og tolkningen vil bero på de alminnelige tolkningsprinsipp. Om medvirkning er uttrykkelig nevnt i bestemmelsen er ikke avgjørende for om medvirkningsansvar kan sies å foreligge. Det kan dog tenkes et tydeligere skille mellom hovedgjerning og medvirkning i de bestemmelser hvor medvirkning er uttrykkelig nevnt. Og det kan også tenkes at et skille mellom hovedgjerning og medvirkning er mindre relevant i tilfeller hvor medvirkning *ikke* er uttrykkelig nevnt i bestemmelsen.³⁸

³⁷ Se Andenæs (2004) s. 112-124 og s. 338-339, Andenæs (1940) s. 237-239, Bratholm (1980) s. 322-323 og Rt. 2010 s. 1630. Medvirker kan straffes selv om hovedgjerningsperson er strafferettslig utilregnelig, jf. S.K.M. 1896 s. 103. Eksempel på individuell bedømmelse, i Rt. 2002 s. 1717 ble alle dømt for medvirkere uten at noen ble dømt som hovedgjerningsperson.

³⁸ Se Andenæs (1940) s. 244.

Medvirkning er ikke uttrykkelig nevnt i alle straffebud, men i de fleste av alvorlig karakter. Straffebudene kan i deles inn i tre grupper. De som har medvirkningstillegg og de som ikke har medvirkningstillegg disse utgjør de to største gruppene. Den tredje gruppen dannes av de enkelte straffebud som nevner visse arter av medvirkning. Det siktes til de bestemmelser som nevner ”forledelse” og ”tilskyndelse”. Denne tredje gruppen kommer i en mellomstilling og det gjelder et mindre antall straffebud.³⁹

Straffeloven § 219 har medvirkningstillegg. Forholdet mellom medvirkning og hovedgjerning vil dermed følge av tolkingen av straffebudet som uttrykkelig nevner medvirkning i sin ordlyd.

3.2.2 Hovedgjerning

Den handlingen som fullt ut dekker straffebudets prinsipale gjerningsbeskrivelse vil bli å anse som hovedgjerning.⁴⁰

Den prinsipale gjerningsbeskrivelsen kan både være en unnlattelse og en aktiv handling. Når den prinsipale gjerningsbeskrivelsen går ut på en unnlattelse, vil det si det samme som at straffebudet er overtrådt ved å forholde seg passiv. Disse tilfellene kalles også ekte unnlattelsesdelikter. Hovedgjerningen regnes som oppfylt når man unnlater å foreta seg det bestemmelsen beskriver. Straffeloven § 219 er ikke et ekte unnlattelsesdelikt. Disse tilfellene vil derfor ikke bli redegjort for nærmere i denne fremstillingen.⁴¹

³⁹ Se Andenæs (2004) s. 325-326. Enkelte straffebud nevner visse *arter* av medvirkning og står i en ”mellomstilling” mellom de straffebud som uttrykkelig og de som ikke uttrykkelig nevner medvirkning. Eksempelvis straffeloven § 170 ”... eller som forleder en anden”. Disse straffebudene vil det ikke bli redegjort nærmere for, da de har liten betydning for oppgavens problemstilling. Medvirkning *i form av* forledelse eller tilskyndelse er derimot helt sentralt og har blitt behandlet ovenfor i pkt. 2.3 følgende.

⁴⁰ Denne uttrykksmåten, ”den prinsipale gjerningsbeskrivelsen”, vil blir benyttet i det videre og er hentet fra Andenæs (2004) s. 326.

⁴¹ Straffeloven § 241 er et eksempel et ekte unnlattelsesdelikt, den som ”... unnlater å foreta tiltak som kunne forebygge forbrytelsen.” For ekte unnlattelsesdelikter vises det til blant annet, Andenæs (1942) s.1-27, Husabø (1999) s. 76-79 og Eskeland (2013) s. 202-212.

Den prinsipale gjerningsbeskrivelsen etter § 219 består i en aktiv handling, det vil si å mishandle. Mishandlingen må også ha vært grov eller gjentatt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Mishandlingen kan skje ved enten å true, tvinge, begrense frihetene til, utøve vold mot eller på annen måte krenke, jf. § 219 første ledd første punktum. I tillegg oppstiller bestemmelsen et vilkår om at overtredelsen må ha blitt begått overfor noen i hovedgjerningspersonens personkrets som nevnt i bokstav a-e. Kjerneområdet til § 219 er de tilfellene hvor krenkelsen og mishandlingen er begått overfor en nærstående, og den har vært vedvarende og gjentakende. Disse momentene gjør seg spesielt gjeldende når det er tale om vold i nære relasjoner. Enkeltstående handlinger kan utgjøre mishandling etter § 219 første ledd dersom krenkelsen anses tilstrekkelig grov. I denne vurderingen skal det foruten handlingens objektive grovhet legges vekt på om den var egnet til å skape frykt for krenkelser.⁴²

3.2.3 Medvirkning

For å besvare oppgavens problemstilling vil jeg nå gå nærmere inn på tolkingen av begrepet medvirkning i norsk straffelov.

Ordlyden er ikke til hjelp, idet straffebudene ikke sier noe om *selve innholdet* i medvirkningsansvaret. Forarbeidene gir heller ingen klare holdepunkter.

Etter en alminnelig språklig forståelse har begrepet *medvirkning* to mulige tolkningsalternativer. Det ene er at medvirkning kan bety *i samvirke* med noen andre. Det andre alternativet, som språklig sett er en mer nærliggende tolkning, er at det kan forstås som *virker med* til en som har en (noe) mer sentral funksjon. Da enkelte straffebud, som nevnt ovenfor, har et medvirkningstillegg, er det det siste alternativet som blir benyttet i vår lovgivning, altså en restriktiv tolkning av begrepet medvirkning.⁴³ Det er medvirkningstillegget som er relevant for denne oppgavens tema. Da straffeloven § 219, slik som nevnt ovenfor har et medvirkningstillegg.

⁴² Straffeloven § 219 kjerneområde er beskrevet i Ot.prp.nr. 113 pkt. 4.4.3. og presisert i Rt. 2011 s. 34 I tilfeller hvor kravet til den nære relasjonen ikke kan anses tilstrekkelig oppfylt, og handlingen har karakter av enkeltepisoder og ikke er kvalifisert vil de bli anført under de ordinære straffebestemmelser om legemskrenkelser mv. jf. Rt. 2012 s. 835.

⁴³ Se Husabø (1999) s. 8-11, Eskeland (1980) s. 212-213. For former av medvirkning vises det til pkt. 2.2 ovenfor.

Medvirkningsansvarets innhold er nærmere fastlagt i juridisk teori og gjennom rettspraksis, med Grunnloven § 96 og EMK som grense for tolkingen.

Medvirkning til overtredelse av § 219 er straffbart jf. § 219 tredje ledd. Det er dermed hjemmel for å straffe en medvirkning til overtredelse av § 219, jf. GrL. § 96.

3.2.3.1 Bestemmelser der medvirkning *er uttrykkelig nevnt*

I bestemmelser som uttrykkelig nevner medvirkning er ordlyden for eksempel "...eller som medvirker hertil...", eller "medvirkning straffes på *samme måte*." (mine uthevinger). Medvirkning kan ikke "oppstå" alene. Hovedregelen er at medvirkningen refererer seg til og forutsetter en hovedgjerning.⁴⁴

Forholdet mellom medvirkning og hovedgjerning etter § 219

Etter § 219 første ledd første punktum er det et vilkår at det er en tilknytning mellom fornærmede og hovedgjerningsperson for at bestemmelsen skal få anvendelse. Hovedgjerningspersonen må ha en relasjon til fornærmede som nevnt i bokstav a-e. Straffeloven § 219 nevner medvirkning uttrykkelig. Medvirkningstillegget lyder som følger, "medvirkning straffes på samme måte", jf. tredje ledd. Men for medvirker oppstiller ikke bestemmelsen et vilkår om relasjon til fornærmede. Dette viser for øvrig at det kan være et tydelig skille mellom hovedgjerning og medvirkning. Skillet mellom medvirkning og hovedgjerning har dermed en rettslig betydning. Den nære relasjonen har bare betydning for hovedgjerningsperson i lovens forstand. Medvirkningsansvar kan ilegges uavhengig av medvirkers relasjon til fornærmede.

Tilfellene oppgaven tar for seg er der hvor medvirker har vært passiv. Ordlyden i straffeloven § 219 er forholdsviss vid. Det kan således tenkes tilfeller hvor passiviteten kan anses å falle inn under den prinsipale gjerningsbeskrivelsen. Da vil i så fall den nære relasjonen ha rettslig relevans. Etter ordlyden § 219 i første ledd første punktum vil "...eller på annen måte krenke" være en form for mishandling som er straffbar. Forarbeidene uttaler at denne formuleringen sikter til handlinger som inngår i mishandlingsmønstre, men som faller utenom de generelle bestemmelsene. Det vil si handlinger som psykiske krenkelser og trusler om legemsfornær-

⁴⁴ Se straffeloven §§ 228 og 219. Se Andenæs (2004) s. 338. Det må bero på en tolkning av straffebudet om det skal gjøres unntak fra hovedregelen.

melser. En unnlattelse kan tenkes i visse tilfeller å være å krenke, og således falle inn under sist alternativ. Det siktes ikke til ”vanrøgt”, men likegyldighet. Likegyldighet kan være å anses som ”annen krenkelse” i lovens forstand. Dette vil i særdeleshet gjelde likegyldighet fra en med omsorgsansvar.

Tilfeller hvor dette kan være aktuelt er der hvor både hovedgjerningsperson og medvirker står i et omsorgsforhold til fornærmede, for eksempel foreldre til et barn. Den ene forelder truer barnet med juling og den andre forelder forholder seg passiv til utsagnet. Eller den ene forelder utøver vold mot barnet og den andre forholder seg passiv til utøvelsen.

I Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.3.4 uttales det at ved vold i nære relasjoner foreligger det ofte en psykologisk binding mellom fornærmede og gjerningsperson. Krenkelsen kan dermed oppleves som et tillitsbrudd. I tillegg vil det at handlingen skjer i hjemmet være et element som kan forsterke frykten hos fornærmede. Det kan stilles spørsmål ved om likegyldighet i form av passivitet i enkelte tilfeller vil kunne anses som ”annen krenkelse”. Da vil i tilfelle passiviteten ikke være medvirkning men falle inn under *den prinsipale* gjerningsbeskrivelsen.

Om handlingen blir å anse som hovedgjerning eller medvirkning har ikke betydning for straffbarheten. Det er som regel også uten betydning i tilknytning til strafferammen da denne nesten alltid er den samme for hovedgjerning og medvirkning. Et skille vil kunne ha betydning i forhold til straffverdigheten. Det vil kunne ha betydning med tanke på preventiv virkning. Spørsmålet er antagelig ikke så aktuelt og vil mest sannsynlig ikke forekomme så ofte da det (ennå ikke) har vært problematisert i rettspraksis.⁴⁵

3.3 Den ytre grense

Forholdet mellom medvirkning og straffri handling

Denne oppgaven skal begrenses til å omhandle forholdet mellom passiv medvirkning og straffri handling i straffeloven § 219.

⁴⁵ Se LB-2013-11613 som gjaldt nettopp et tilfelle av passiv og psykisk medvirkning, en far hadde forholdt seg passiv og unnlatt og gripe inn mot vold og annen krenkende adferd utført av mor. Her ble far dømt som medvirker og ikke hovedgjerningsperson. Retten gikk heller ikke inn på den eventuelle problemstillingen.

3.3.1 Kravet om årsakssammenheng

Den ytterste grensen for medvirkning fastsetter hvor i forbrytelsens periferi straffansvaret slutter og hvor straffridommen begynner. Hvor denne grensen går er et spørsmål som har vært diskutert innen strafferetten i lang tid. Grensen vil i mange tilfeller være så glidende at det ikke vil være mulig å lage et klart skille. Grensen avgrenses på den ene side mot det ytterste av medvirkningsansvaret og på den andre siden straffri.⁴⁶

En del av den diskusjonen vedrørende dette i juridisk teori er om og hvordan medvirkning må stå i årsakssammenheng med resultatet. I forarbeidene til straffeloven 1902 anføres det at kravet til årsakssammenheng må bero på en tolkning. Loven bruker ordet ”medvirkning” eller ”medvirker” i straffebudene. Det fremgår således av ordlyden i ordet selv, at det må være en eller annen form for tilknytning. Men loven gir ikke uttrykk for hvilke krav til tilknytning som oppstilles eller hvor strenge kravene er.⁴⁷

Denne oppgaven omhandler spørsmålet om hvor *sterk* årsakssammenheng det må være mellom hovedgjerning og medvirkningen. Det vil få særlig betydning for de tilfeller hvor det er tale om ”forledelse” og ”tilskyndelse”. Spørsmålet kommer særlig på spissen når det er tale om psykisk og passiv medvirkning.

Når det gjelder årsakskrav er det i norsk strafferett særlig to omtalte ”lærer”. Betingelseslæren⁴⁸ og læren om kausalitet.⁴⁹ Disse vil bli redegjort for og drøftet opp mot oppgavens problemstilling.

Betingelseslæren er et erstatningsrettslig prinsipp. I henhold til betingelseslæren må en handling være en *nødvendig betingelse* for resultatet. Betingelseslæren benyttet på straffeloven § 219 vil med andre ord være, uten medvirkningen ville ikke overtredelsen funnet sted.

⁴⁶ Se Husabø (1999) s. 81.

⁴⁷ Se S.K.M. (1896) pkt. II motiver, 1 del, 3. kap. Mye kan tyde på at diskusjonen angående *årsakssammenheng* skyldes at ”årsakssammenheng” har blitt definert på forskjellige måter.

⁴⁸ Betingelseslæren også kalt *conditio sine qua non* som betyr ”betingelse uten hvilken ikke”.

⁴⁹ Kausalitet betyr årsak.

Et eksempel på dette er: Omsorgsperson A gir omsorgsperson B et belte til å gi den de har i sin omsorg C ris med, og C får ris. Hvis A *ikke* hadde gitt B beltet kunne B hentet beltet selv, og C ville allikevel fått ris. As medvirkning er ikke en nødvendig betingelse for mishandlingen. Overtredelse av § 219 kan forekomme uten medvirkers handling, men dennes handling var likefullt medvirkning.

Årsakskravet etter betingelseslæren avgrensner medvirkningsansvaret for mye til at det blir hensiktsmessig å benytte i strafferettslig sammenheng. Straffeutmålingsbestemmelsen § 58 støtter denne oppfatningen. Den åpner for nedsettelse av straffen dersom medvirkningen har vært ”af ringe Betydning”. Bestemmelsen ville gitt lite mening hvis medvirkning var en ”nødvendig betingelse”. Et årsakskrav etter betingelseslæren ville vært særlig avgrensende for bestemmelser som retter seg mot forledelse eller tilskyndelse. Det vil i alminnelighet si psykisk medvirkning, og dette vil antagelig gjelde enda mer for passiv medvirkning. Det ville vært vanskelig å bevise at resultatet ikke ville inntrådt uten den psykisk medvirkning. Det hører til bevisspørsmålet, men har direkte betydning for medvirkningsansvaret.

Det er altså ikke et vilkår at medvirkning må ha vært en nødvendig betingelse for resultatet etter gjeldende rett.⁵⁰

Når det gjelder kausalitet anføres det i forarbeidene til straffeloven 1902, at det for den ”strafferetlige Kausalnexus” ikke er noe krav om ”at Følgen nødvendig skal intræde, men alene at dens Intræden er fremmet eller lettet ved den Handling, hvorom der sørges.” Det vil si at det ikke stilles krav for medvirkningen at resultatet må inntre. Betingelseslæren blir avvist, eller som anført i teorien; ”det kausalitetsbegrep som da er lagt til grunn er i alle fall ikke *conditio sine qua non*-begrepet”. Forarbeidene uttaler videre at det (derimot) kreves at medvirkningen må ha *fremmet* eller *lettet* hovedgjerningen.⁵¹

⁵⁰ Se Andenæs (2004) s. 124 og 326-327, Bratholm (1980) s. 322-323, Eskeland (2008) s. 207, Husabø (1999) s. 48-51 og Rt. 1947 s. 742.

⁵¹ Se merknad til § 58 i S.K.M. (1896) pkt II motiver, 1 del, 5. kap. Se Andenæs (1940) s. 249 note 2, Se Husabø (1999) s. 49-50.

Benytter en kausalitetslæren på § 219 og viser nok en gang til eksempelet hvor omsorgsperson A gir omsorgsperson B et belte til å gi den de har i sin omsorg C ris med, og C får ris. Overrekkelsen av beltet kan *indirekte* ha fremmet hovedgjerningen ved å ha påvirket hovedgjerningspersonen. B kan ha fått inntrykk av å ha støtte av A til å foreta lovbruddet ved at B ble gitt en gjenstand av A til å begå lovbruddet med. Overrekkelsen av beltet kan i den forstand ha ”fremmet” hovedgjerningen. Men overrekkelsen av beltet har ikke ”direkte” fremmet hovedgjerningen. At B slipper å hente beltet selv *kan* ha lettet hovedgjerningen. Men en handling kan være medvirkning selv om den ikke har lettet hovedgjerningen. Det kan derfor ikke oppstilles noe *krav* til handlingen om at den må ha lettet hovedgjerningen.

Et årsakskrav etter denne kausalitetslæren gjør – i likhet med betingelseslæren - medvirkningsansvaret for snevert. Det strenge årsakskravet i kausalitetslæren er i dag langt på vei forlatt. Det er uttalt i juridisk teori at ”kausal er imidlertid medvirkningen, selv om den bare har bevirket at forbrytelsen er utført på en noe annen *måte* enn ellers ville blitt tilfelle” (min utheving). Medvirkningen vil i mange tilfeller ha fremmet eller lettet hovedgjerningen, slik at medvirkning *kan* være kausal. Men det stilles ikke krav om den *må* være kausal.⁵²

Etter gjeldende rett kreves det ikke at det er en *årsakssammenheng* mellom medvirkningen og hovedovertrederens handling for at medvirkeren skal kunne straffes. Men det er utvilsomt et krav om *tilknytning* mellom medvirkningen og hovedgjerningen.⁵³

For hvor *sterk* tilknytning må være uttales det i Andenæs *Alminnelig Strafferett* (2004) side 327:

”Det kreves ikke bevis for at hovedgjerningsmannen ikke ville ha foretatt handlingen uten medvirkningen, det er *tilstrekkelig at forsettet er styrket* eller at de gode råd har hatt betydning for planleggelsen eller utførelsen. Det fritar ikke engang rådgiveren at

⁵² Se Skeie (1946) s. 315.

⁵³ Se Bratholm (2008) s. 322-323 og Andenæs (2004) s. 327, se pkt. 3.3.1 i NOU 1992:23 i kap. 3, del IV og pkt. 14.2.3.2 i Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) del 3.

hans råd var uheldige, slik at gjerningsmannen ville vært bedre faren uten dem. Slik som forbrytelsen faktisk er blitt utført, har rådgiveren vært medvirkende (min uth.).”⁵⁴

Det vil si det kreves i alminnelighet en positiv tilskyndelse av medvirker for at denne skal kunne bli strafferettslig ansvarlig for medvirkning etter straffeloven § 219. For å bli strafferettslig ansvarlig for passiv medvirkning til straffeloven § 219 vil det være tilstrekkelig om hovedgjerningspersonens forsett er styrket.⁵⁵

3.3.2 Skyldkravet

Hovedregelen i norsk rett er at det til straffbarhet ved siden av den objektive overtredelsen av straffebudet også kreves subjektiv skyld hos den handlende. Skylden må omfatte alle objektive vilkår for straff, med mindre det er hjemmel for det motsatte (dekningsprinsippet). Det er to former for skyld. Disse er forsett og uaktsomhet. Som anført av Andenæs, vil det i den sentrale strafferetten være forsett som anses som den viktigste skyldformen.⁵⁶ For å kunne bli strafferettslig ansvarlig i henhold til straffeloven § 219 følger det av hovedregelen at det kreves forsett jf. § 40 første ledd. Skyldkravet er det samme for medvirker som for hovedgjerningsperson etter § 219. Dette følger av medvirkningstillegget i tredje ledd.

Det må fremgå særskilt av lovbestemmelsen om det skal anvendes andre skyldformer en forsett, jf. straffeloven § 40 første ledd første punktum. I henhold til forarbeider,⁵⁷ rettspraksis og

⁵⁴ Som tidligere nevnt kan det være en utfordring med bevisførselen når det gjelder psykisk medvirkning. Det må sannsynliggjøres at forsettet har blitt *styrket*, og det må sannsynliggjøres at det medvirkeren foretok seg var en *medvirkende* årsak til forsettsendringen for at ansvar skal foreligge. Det vil i praksis si at man må klargjøre forsettet på tidspunktet før den angivelige medvirkningen og etterpå. Om rådene er dårlige eller uheldige er uten betydning, såfremt det har fungert som en tilskyndelse har medvirkning forekommet. Kan det sannsynliggjøres at hovedgjerningspersonens forsett ble endret som en følge av medvirkerens handlemåte står vi overfor en kvalitativ endring, og det er tale om forledelse. Tilskyndelse blir det tale om i de tilfeller hvor det kan sannsynliggjøres at hovedgjerningspersonen har blitt *ytterligere* påvirket i retning lovbruddet av medvirkerens handlemåte, det vil da være tale om en kvantitativ endring, se Husabø (1999) s. 133-135 (det er sjeldent at man i rettspraksis har behov for å trekke opp grensen for forledelse og tilskyndelse) og Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) pkt. 4.4.3.

⁵⁵ Se Andenæs (2004) s. 327, Matningsdal (2008) s. 365, Husabø (1999) s. 125-128 og 155.

⁵⁶ Se Andenæs (2004) s. 209.

⁵⁷ Se NOU 1983:57 kap. 13, pkt. 4.1.

teori foreligger tre former for forsett. Forsett foreligger for det første når noen med hensikt foretar en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen. Videre foreligger det forsett når gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig (sannsynlighetsforsett) oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Forsett kan også foreligge i et tredje tilfelle. Dette er aktuelt ved *dolus eventualis* hvor gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket bare regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. I strafferettslig forstand også kjent som eventuelt forsett.⁵⁸

Sannsynlighetsforsett er den formen som er interessant for oppgaven. I den videre fremstillingen vil de andre formene derfor ikke bli drøftet nærmere.

Sannsynlighetsforsett vil si at gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket handler med bevissthet om at handlingen *sikkert*, eller *mest sannsynlig* oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.⁵⁹

I Rt. 2007 s. 1559 avsnitt 19 har Høyesterett i sin vurdering av om forsett foreligger, lagt til grunn at; ”spørsmålet [...] imidlertid ikke [vil være] hva som generelt er påregnelig for en gjerningsperson, men hva retten finner bevist at *denne konkrete tiltalte har vært klar over* (min tilføyelsen og uth.)” i det foreliggende tilfelle. Overført på gjeldende problemstilling, vil forsett *kun* kreves med hensyn til det faktum at fornærmede utsettes for en handling som nevnt i § 219 første ledd første punktum. Her er hovedregelen at skylden må dekke alle elementer i gjerningen (dekningsprinsippet), jf. straffeloven § 42 første og annet ledd (som gjelder i forhold til alle straffebud jf. § 1). Dekningsprinsippet gjelder også for medvirkere.⁶⁰

⁵⁸ Se rettsdata Matningsdal note 389 til straffeloven § 40. Se også straffeloven av 20.mai 2005 nr. 28 §§ 22 jf. 21 hvor innholdet av forsettskravet er definert.

⁵⁹ Se Andenæs (2004). s 210. Se Eskeland (2013) s. 334. Se LB-2013-11613. I LE-1998-47 ble medvirker frifunnet for medvirkning til § 219 da retten ikke fant det tilstrekkelig bevist at medvirker måtte ha kjent til mishandlingen.

⁶⁰ Se Andenæs (2004) s. 208-213, Eskeland (2013) s. 324, 328 og 334. Det kreves ikke forsett med hensyn til skadefølgen, jf. § 219 annet ledd, jf. straffeloven § 43.

3.3.2.1 Dekningsprinsippet

I tilfeller hvor to eller flere har samvirket om et lovbrudd kan det forekomme tilfeller hvor den ene går lenger enn det som opprinnelig var avtalt. Et eksempel: Omsorgspersonene A og B har i felleskap C i sin omsorg. A og B planlegger sammen å true C med juling om vedkommende ikke oppfører seg pent. A og B går deretter hen å truer C slik som de planla. Hittil er de begge overtredere av den prinsipale gjerningsbeskrivelsen i § 219. Men så går A lenger enn det som var planlagt, A begynner å gi C juling, mens B forholder seg passiv. Passivitet i dette tilfellet vil ikke uten videre fritta B fra ansvar for medvirkning julingen. Siden de planla lovovertrædelsen sammen kan omsorgsperson A ha inntrykk av å ha psykisk støtte fra B, selv om B ikke foretar seg noe. Her vil psykisk og passiv medvirkning kunne gå ut på ett.

Husabø uttaler i *Strafferettens Periferi* (1999) om skyldkravet på side 13:

”Innhaldet i skuldkravet må likevel sjåast i samanheng med krava til den objektive handlemåten. Det er difor grunn til å drøfta nærare kva skuldkravet til ein medverkar må dekkje (dekningsprinsippet). Dessutan må vi undersøkjja om medverkaren sitt ansvar utelukkande blir bestemt av hans *eiga* grad av skuld.”

Dersom forsettet til A i utgangspunktet bare dekker trusselen, må A ta en *klar* eller *aktivt* avstand fra Bs juling som går ut over det som opprinnelig var avtalt for å fri seg fra straffansvaret.⁶¹

3.3.3 Ren passivitet

Utgangspunktet for passiv medvirkning er at ren passivitet ikke alene er straffbart.

Det skal således noe mer til enn at personen var tilstede ved voldsutøvelsen for å kunne utløse et medvirkningsansvar for vedkommende. Det er heller ikke tilstrekkelig at man gir uttrykk for at man ikke har noe imot at handlingen blir foretatt, enten om det er i ord eller handling,

⁶¹ Eksempel på at en må ta *klarere* avstand se Rt. 1984 s.1300 og Rt. 2010 s. 1630, og Rt. 2009 s. 1365 er et eksempel på å måtte ta *aktivt* avstand når den ene lovovertræderen får utover det som opprinnelig var planlagt.

for å bli medvirkningsansvarlig. Slike tilfeller kan i unntakstilfeller kalles medvirkningsansvar. Imidlertid må vilkårene for dette da være oppfylt.⁶²

Til illustrasjon av tilfeller hvor ren passivitet har blitt ansett som tilstrekkelig for å bli ilagt strafferettslig medvirkningsansvar vises det til: Rt. 1947 s.742, Rt. 2002 s. 1717 og RG. 2013 s.292. og Rt. 2013 s. 1015.⁶³

Rt. 1947 s. 742 er et tilfelle fra rettsoppgjøret etter krigen og er et eksempel på unntak fra utgangspunktet. Saken gjaldt deltakelse i en eksekusjon. En av deltakerne lot være å lade geværet fordi vedkommende ikke ønsket å delta i skytingen. Han deltok således ikke i selve drapet, men ble allikevel dømt for medvirkning til drap etter straffeloven § 233. Retten mente vedkommende utad hadde opptrådt slik at han stilte seg solidarisk med dem som skjøt og derved styrket deres forsett.

I Rt. 2002 s. 1717 hadde en av de tiltalte skaffet våpen som andre senere brukte til å ta livet av et ektepar og deres datter. Vedkommende var ikke delaktig i planleggingen og det var først etter at hun hadde anskaffet våpnene at hun ble klar over at de skulle brukes til å begå drap. Hun ble av lagmannsretten dømt for medvirkning til overlagt drap (straffeloven § 233 annet ledd). Høyesterett var enig med lagmannsrettens som hadde uttalt:

”Når hun likevel med denne kunnskap, og etter overlegg, ikke gjorde noe for å ta tilbake pistolene eller på annen måte motvirke at de ble benyttet, har hun ved sin unnlattelse gjort seg skyldig i overlagt medvirkning til forsettlig drap.”⁶⁴

RG 2013 s. 292 gjelder moren i Christoffer-saken. Moren ble dømt for passiv medvirkning til legemskrenkelse med skadefølge overfor sin 8 år gamle sønn. Da hun forstod eller i det minste holdet det for mer sannsynlig enn ikke at stefaren til sønnen, henne ektemann, utsatte sønnen for vold, forholdt hun seg allikevel passiv og forsøkte ikke å avverge eller motvirke nye legemskrenkelser med skadefølge. Hun ble frifunnet for dødsfølgen, men dømt for passiv

⁶² Se Husabø (1999) s.174.

⁶³ Se Andenæs (2004) s. 327, Husabø (1999) s. 174 og Rt. 2009 s. 1498.

⁶⁴ Uttalelsen er hentet fra straffeutmålingspremissene i LE-2001-666.

medvirkning til straffeloven § 228 første og annet ledd, første straffalternativ, jf. § 232.. Her legger retten til grunn et strengt ansvar i kraft av omsorgsforpliktelsen som forelder:

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

Dommen er et eksempel hentet fra underrettspraksis, og som tidligere nevnt har den dermed liten rettskildemessig verdi. Saksforholdet er ikke henført under § 219, men dommen er allikevel sentral når det er tale om tilfeller av passivitet til vold i nære relasjoner. Lagmannsretten gjør her grundig rede for gjeldende rett når det gjelder medvirkningsansvaret og medvirkning ved passivitet. Dommen ble anket til Høyesterett, anken ble ikke fremmet, men Høyesteretts ankeutvalg kommer i Rt. 2013 på side 1015 med en bemerkning til om det i norsk rett er adgang til å straffe ren passiv medvirkning:

”Det er i rettspraksis flere eksempler på at Høyesterett har bygget på handleplikt som grunnlag for ansvar for passiv medvirkning, jf. Rt-2009-1365 avsnitt 26 og Rt-2010-1630 avsnitt 26. Spørsmålet om konkludent atferd har da ikke vært drøftet. De nevnte sakene gjaldt riktignok situasjonen hvor to personer har samvirket til en forbrytelse, og hvor en av dem har gått ut over det som opprinnelig var avtalen. Men etter utvalgets syn kan det heller ikke der det foreligger handleplikt i kraft av omsorgsansvar for et barn, stilles opp et krav om at det foreligger konkludent atferd. *Ren passivitet vil her kunne være tilstrekkelig for å etablere straffansvar.*(Min uth.)”

Det kan således tenkes et strengere krav til medvirker i tilfeller der fornærmede er i medvirkeres omsorg. Det vil si, jo større grad av omsorgsforpliktelse, dess lettere kan det være å anse passivitet som straffverdig og således medføre medvirkningsansvar.

Avgjørelsen om hvorvidt det skal ilegges straffeansvar til en unnlattelse vil bero på en skjønsmessig vurdering. Akkurat hvor mye som kreves er ikke mulig å angi, men avgjørende synes å være om handlingen har en slik karakter og er av et slikt omfang at det er naturlig å

knytte straffansvar til den. I juridisk teori har straffverdigheten og preventive hensyn vært fremhevet som kriterium for å straffe ved unnlattelse.⁶⁵

3.3.3.1 Konkludent adferd

I enkelte tilfeller kan passivitet anses som konkludent adferd. Det vil si at passivitet i de tilfellene blir ansett som et positivt stilltiende- eller uttrykkelig samtykke.

Oppfattes passiviteten som et samtykke til at handlingen blir begått, og det i tillegg foreligger en forutgående fare for voldshandlinger, kan passiviteten medføre et medvirkningsansvar. Dersom det heller ikke foreligger noen omstendigheter som gjør det urimelig å kreve inngripen slik at ytterligere vold kan bli forhindre, kan det å forholde seg helt passiv langt på vei karakteriseres som en aksept for å utøve vold.⁶⁶

Et eksempel på dette er hentet fra underrettspraksis, LB-2011-75341, en dom fra Borgarting lagmannsrett. Her ble en far ble dømt for passiv medvirkning til § 219 og fornærmede var i hans omsorg. Lagmannsretten uttaler at da faren skjønnte at datterens ektemann hadde seksuell omgang med henne før hun var 16 år, hadde faren "... i kraft av sin omsorgsforpliktelse som far, en plikt til å gripe inn mot denne alvorlige integritetskrenkelsen av sin datter." Men da faren "... forholdt seg passiv, finner lagmannsretten det klart at [ektemannen] *oppfattet det som et samtykke* til at han kunne ha seksuell omgang med [henne] (min uth. og tilføyelse)". Lagmannsretten uttaler videre "[a]t [faren] medvirket til at [datterens ektefelle] i perioden fra mai 2007 til mai 2009 hadde seksuell omgang med [datteren], jf. ovenfor, representerer også medvirkning til krenkelser i § 219s forstand. Som nevnt ovenfor er lagmannsretten overbevist om at [faren] skjønnte at [datteren], etter ekteskapsinngåelsen, ble utsatt for gjentatte tilfeller av vold og trusler av [sin ektefelle] og hans foreldre. Etter lagmannsrettens oppfatning hadde [faren] da, i kraft av sin omsorgsforpliktelse som far, en plikt til å gripe inn mot disse krenkelser. Dette kunne han gjort ved å ta forholdet opp med [datterens ektefelle] og/eller hans foreldre, eventuelt gå til politi eller barnevern. Når [faren] ikke gjorde det, men forholdt seg passiv, finner lagmannsretten det klart at [datterens ektefelle] og hans foreldre *oppfattet det som et samtykke* til krenkelsene. [Faren] har derved medvirket til disse. [Faren] har også vært klar

⁶⁵ Se Eskeland (2013) s. 217-218, Bratholm (1980) s. 314 og Andenæs (1942) s. 282.

⁶⁶ Se TTONS-2011-111766.

over at [datteren] ønsket å komme ut av det ekteskaplige samliv med [sin ektefelle]. Videre har han vært klar over at hun ikke ønsket å bo sammen med ham hos hans foreldre, og at hun ble tvunget til å bli i samlivet og bo med [sin ektefelle]. Denne tvangen representerer en krenkelse av [datteren] i § 219s forstand, som [far] i kraft av sin omsorgsforpliktelse hadde plikt til å gripe inn mot. Når han ikke gjorde det, på tross av at han kunne gjort det på de måter som er nevnt ovenfor, finner lagmannsretten det klart at [datterens ektefelle] og hans foreldre har *oppfattet det slik at [faren] samtykket til den fortsatte tvang*. [faren] har da medvirket til denne (min uth. og tilføyelse).”

Ved uttalelsen ”i kraft av sin omsorgsforpliktelse som far” viser retten at de vektlegger selve omsorgsforpliktelsen ved vurderingen av om det forelå plikt til å gripe inn. Det kan tenkes at det i enkelte tilfeller vil være mer å bebreide den ene omsorgspersonen enn den andre. Lite taler allikevel for at ikke også dette skal gjelde en mor slik at plikten til å gripe inn vil følge av selve *omsorgsforpliktelsen*. Således vil plikten til å gripe inn gjelde likt for begge foreldre. Det går derimot ikke klart fram om retten mener omsorgsforpliktelsen er forankret i den lovpålagte omsorgsforpliktelse eller om det er den *faktiske omsorgen* det siktes til. Fornærmede var på tidspunktet for medvirkningen under 16 år og bodde til dels utenfor hjemmet. Dette kan tale for at det er den lovpålagte omsorgen (jf. barneloven, barnekonvensjonen og EMK) som retten legger til grunn for ansvaret. Ettersom verken barneloven, barnekonvensjonen eller EMK er nevnt i tiltalebeslutningen for medvirker (far), antas det derfor at det er den faktiske omsorgen retten har siktet til.

Om dette også gjelder for tilfeller der fornærmede ikke er barn av medvirker, men hvor fornærmede er i medvirkers faktiske omsorg går ikke klart frem. Det er her som i RG-2013-292, uklart om det er tale om ansvar forankret i foreldres lovpålagt omsorg eller om det er den faktiske omsorgen det siktes til.

I Andenæs *Alm. Strafferett* (2004) uttales det på side 329:

”Et stilltiden eller uttrykkelig samtykke fra den som har en særlig plikt til å hindre den straffbare handling, betyr at en av de normale hindringer for forbrytelsen er ryddet bort, og kan derfor ikke betraktes på samme måte som et tilsvarende samtykke fra en utenforstående.”

Dette utsagnet kan tolkes dithen at det kan kreves at omsorgspersoner må ta klarere avstand fra handlingen for å kunne fri seg fra straffansvaret enn i tilfellene hvor det ikke foreligger noe omsorgsansvar mellom fornærmede og den som bistår. I de tilfellene hvor det foreligger et slikt omsorgsansvar så kan passivitet lettere forstås som et stilltiende eller uttrykkelig samtykke når relasjonen er såpass nær.⁶⁷

Det vises til Andenæs *Alminnelig Strafferett* (2004) s. 329: ”For den som har en slik særlig plikt til å gripe inn, kan det ikke kreves en positiv tilskyndelse som vilkår for medvirkningsansvar; det må være nok til å gjøre ham ansvarlig at han overfor den skyldige gir uttrykk for at han ikke har noe imot handlingen.” Dette kan forstås dithen at det ikke kreves at medvirkeren styrker hovedovertredernes forsett. Det er allikevel nærliggende å forstå uttalelsen som at han mener det skal mindre til for å bli straffansvarlig for medvirkning dersom det foreligger et særskilt omsorgsansvar.

Et annet eksempel på tilfelle hvor det kan være tale om en særlige plikt til å hindre den straffbare handling er tilfeller hvor fornærmede bor på pleiehjem. Hovedgjerningspersonen fornærmedes sønn og medvirker er sykepleier. Sykepleieren har gjennom sitt virke som sykepleier også den faktiske omsorgen ved å være den som tar seg av vedkommende på daglig basis. Dersom sykepleiere er klar over at sønnen under besøk på pleiehjemmet ofte truer og fiker til sin mor, vil sykepleierens passivitet kunne anses som et stilltiende samtykke til handlingen. Sykepleieren vil således kunne ha en forpliktelse til å forhindre handlingen både ut ifra den faktiske omsorgen og ut ifra sin stilling. I dette tilfelle vil kanskje ikke den faktiske omsorgen kunne være en sterk nok tilknytning til å utløse en handleplikt. Således vil det heller ikke være særlige forventinger til at sykepleieren skal foreta seg noe for å hindre mishandlingen. Ut ifra en ”fra det mer til det mindre” betraktning kan kanskje Høyesteretts ankeutvalgets bemerkning i Rt. 2013 s. 1015 tale for at det heller ikke for disse omsorgstilfellen stilles opp et krav om konkludent adferd. Den *faktiske* tilknytning mellom fornærmede og medvirker bli ikke forsterket av et lovpålagt ansvar. Et ansvar etter loven vil allikevel direkte innebære en handleplikt i slike tilfeller. Forventningene om en handling er således særlig høye, og kravet til handleplikten er også større. Ikke bare forventes det at sykepleier skal forhindre mis-

⁶⁷ Se Andenæs (2004) s. 329.

handlingen, men det forventes nok i tillegg også at sykepleier skal gripe inn om nødvendig. Dette gjør at eventuell passivitet enda lettere kan ases som et stilltiende samtykke fra en med et lovpålagt ansvar. Den faktiske omsorgen og det lovpålagte ansvaret vil her, som i tilfeller med foreldre og barn, gjøre seg gjeldende samtidig for medvirker og et skille vil være tilnærmet umulig å oppstille. Det lovpålagte ansvaret vil nok være så skjerpene for adferden at det ikke vil bli tatt stilling til om det kan oppstå handleplikt som følge av den faktiske omsorgen. Problemet med hvor grensen for det ene ansvaret slutter og hvor det andre begynner vil således ikke bli problematisert videre i oppgaven.

3.3.3.2 Handleplikt

Kunnskap om at et lovbrudd skal inntre er ikke alene tilstrekkelig til å pålegge noen en handleplikt. For at handleplikt skal oppstå må det foreligge en viss grad av tilknytning mellom saksforholdet og medvirker.⁶⁸

I *Medvirkning til straffbare handlinger*, i Jussens Venner 2008 taler Matningsdal om på side 357 at;

”ansvar for passiv medvirkning forutsetter ikke at den aktive handlingen, som medvirkeren bebreides for å ha unnlatt, villa ha forhindret at den straffbare handlingen ble utført. Det er tilstrekkelig at den fysisk eller psykisk ville ha motvirket hovedgjerningen. Men for å unngå at ansvaret blir for omfattende, *må den passive ha en særlig tilknytning til det aktuelle saksforholdet*. Vedkommende må på et eller annet grunnlag ha en særlig plikt til å forhindre overtredelse. Ved denne vurderingen er det viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er tilstrekkelig (min uth).”⁶⁹

Et straffeansvar uten krav til tilknytning mellom saksforhold og medvirker vil kunne tenkes å stride mot kravet til forutberegnelighet i EMK art. 7.

Husabø bygger sin forståelse av passiv og psykisk medvirkning på det han kaller *årsakskravet*. Årsakskravet går ut på at det mellom hovedgjerningspersonen og medvirkeren må være

⁶⁸ I Rt. 1957 s.476 ble ektemannen frifunnet for medvirkning, han kjente til lovbruddet (konas hjemmebrenning), men hadde ingen rettslig plikt til å hindre handlingen.

⁶⁹ Se Matningsdal (2008) s. 357, Andenæs (1942) s. 350-352.

en slik sammenheng at det utløser en handlingsplikt for medvirker til å hindre hovedgjerningspersonen fra å utføre lovovertrædelsen, (sammenhengen dem i mellom kalles tilknytningskravet,) og i de tilfellene hvor denne ”hindringsplikten” blir unnlatt vil unnlatelsen ha vært en årsak til at lovovertrædelsen kunne finne sted. Psykisk årsakssammenheng er derimot ikke et tilstrekkelig vilkår for passiv medvirkningsansvar generelt sett, det må stille tilleggskrav, handlingsplikt kan være et slikt krav ifølge Husabø. Ved vurderingen skal man avgjøre hvorvidt situasjonen er kvalifisert nok til å utløse passiv medvirkning.⁷⁰

Andenæs uttaler i *Straffbar Unnlatelse* (1942) på side 288-289:

”Den som har planlagt en forbrytelse benytter seg ofte av godtroende hjelpere som skaffer ham opplysninger og redskaper, [...] Hjelperen blir naturligvis ansvarlig dersom han fortsetter sin bistand etter at han er blitt klar over sammenhengen. Men noen særlig plikt til å skride aktivt inn, kan en neppe pålegge ham. Det *kan* imidlertid hende at han har spilt en så vesentlig rolle under forberedelsen og er i den grad viklet inn i foretaket, at det vil være naturlig å betrakte hans passivitet som medvirkning.”⁷¹

Heller ikke etter at en er blitt klar over at man har ytt bistand til noe som skal utlede i et lovbrudd vil det være nær nok tilknytning mellom saksforholdet og medvirker til at det oppstår en handleplikt. Har bistanden derimot vært av mer betydelig karakter vil medvirkers forbindelse til saksforholdet være sterkere, men heller ikke da er det klart at det vil oppstå en handleplikt.

Det kan i enkelte tilfeller kan være en slik tilknytning mellom saksforholdet og medvirker at medvirker må ta klar eller aktivt avstand fra den videre handlingen for å fri seg fra strafferettslig ansvar. I Rt. 2009 s. 1365 uttaler Høyesterett i avsnitt 26:

”Jeg finner denne redegjørelsen for medvirkningsprinsippet dekkende. Selv om A ikke var klar over at B hadde pistol, eller at han kom til å true med den, så er det A som har initiert de straffbare handlingene ved å bestille «torpedooppdraget». Det var A som

⁷⁰ Se Husabø (1999) s. 176-177.

⁷¹ Se Andenæs (1942) s. 288-289.

hadde penger å inndrive. I en slik situasjon må det kreves at A tar *aktivt avstand* fra Bs trussel med skytevåpen, for at A skal slippe unna medvikningsansvar for dette forholdet (min uth.).”

Dette er gjentatt i Rt. 2010 s. 1630. Her uttaler Høyesterett at dersom den ene deltakeren går utover forsettet vil en annen deltaker måtte forsøke å avbryte handlingen for ikke å bli ansvarlig for handlingen videre. I disse tilfellene er det ikke tilstrekkelig bare må ta avstand fra handlingen for å fri seg for ansvar. Se avsnitt 26:

”For handlingar som deltakarar har vore saman om å planleggje og å utføre, vil det såleis vere ei plikt til inngriping for ein deltakar der ein annan deltakar går lenger enn det som opphavleg var omfatta av forsettet. Ein slik annan deltakar kan ikkje vere passiv til at ein gjerningsperson går lenger enn det dei først hadde tenkt seg, men *må då gjere noko for å avbryte handlinga eller utvidinga* for å unngå å bli ansvarleg for den fullt ut (min uth.).”

I begge tilfelle har medvirker hatt en ikke ubetydelig rolle i forkant av lovbruddet. Her er det den høye graden av deltagelse som utgjør en *særlig* tilknytning mellom saksforholdet og medvirker og som således skaper forventinger om handleplikt.

Omsorgsforpliktelse kan være eksempel på en slik særlig tilknytning. I Rt. 2009 s. 1498 ble en drosjesjåfør dømt for passiv medvirkning da vedkommende ikke hadde grepet inn når den ene passasjereren ranet den andre med kniv. Drosjesjåføren kjørte derimot passasjerene med til en minibank hvor fornærmede hadde ble tvunget til å ta ut penger. Drosjesjåføren ble funnet skyldig i medvirkning til ran, jf. § 267 og 268 første ledd. Høyesterett uttalte i avsnitt 13:

”[D]et [kan] neppe være tvilsomt at en drosjesjåfør etter omstendighetene kan ha en slik omsorgsplikt overfor sin passasjer at det vil foreligge en aktiv handleplikt om passasjereren skulle bli utsatt for en straffbar handling. Ikke minst må det gjelde der sjåføren har tatt initiativet til at flere reiser sammen. Denne saken gir imidlertid ikke foranledning til å drøfte under hvilke omstendigheter manglende etterlevelse av en slik handleplikt, kan tenkes å ha strafferettslige konsekvenser. Tiltalte har ikke bare unnlatt

å avverge den straffbare handling, men har fortsatt den positive bistand til ranshandlingen, også etter at han ble klar over de reelle forhold. (min tilføyelse)”

Ut ifra kravet om at det må foreligge en viss grad av tilknytning vil kanskje tilfeller hvor det er tale om en relasjon mellom fornærmede og medvirker knyttet til et omsorgsbehov ha en så sterk forbindelse at det kan skape forventninger om handleplikt. Det vises til Rt. 2012 s. 1313 hvor Høyesterett uttaler om vold mot eldre at:

”...eldre mennesker har et særlig krav på vern mot vold. De vil ofte ha vanskeligere enn andre for å beskytte seg. Eldre med svekket åndskraft - i vår sak begynnende demens - er i så måte en spesielt sårbar gruppe. De er avhengige av andres omsorg. Når det er omsorgspersonen som utøver volden, har de knapt noe sted å vende seg. At volden er en reaksjon på adferd som nok kan virke svært frustrerende, får da mindre vekt. Selv om det naturligvis også er forskjeller, er det slik sett nærliggende å trekke en linje til foreldres vold mot barn.”

Uttalelsen er gitt i forbindelse med straffeutmålingen. Den kan tale for at i tilfeller hvor fornærmede er *avhengig* av gjerningspersonens omsorg, så stilles det strengere krav til gjerningspersonens adferd. Adferden er mer straffverdig når den er begått overfor noen som en står i et avhengighetsforhold til en. Ut ifra resonnetet om at det er tilknytningen Høyesterett legger til grunn for det strenge kravet til adferd skulle det tilsi at for tilfeller hvor fornærmede er avhengig av *medvirker*, vil det kunne stilles like strenge krav til medvirkers adferd. Den sterke forbindelsen som følger av en slik avhengighet tilsier en høy grad av forventning om at medvirker vil ha en plikt til å hindre at fornærmede for eksempel blir utsatt for mishandling.

I juridisk teori anføres det at foreldre utvilsomt kan ha et omsorgsansvar overfor hjemmeværende barn også i strafferettslig forstand. Viser til Andenæs i § 24 i sin bok *Straffbar unnlatese* (1942), hvor han om familierettslige omsorgsforpliktelser uttaler, at dersom man skal kunne likestille passivitet ved uekte unnlatesedelikt med en aktiv handling, så ”må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnlatesende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot.”

Andenæs hevder at foreldre vil ha en plikt til å hindre at barnet blir drept av den andre foreldre, også utenfor det særtilfellet som § 241 regulerer.

Straffeloven § 241 har ordlyden: ”Med fengsel inntil 3 år straffes en mann som vet om at en kvinne han har besvangret tilsikter noen forbrytelse som er rettet mot fosterets eller barnets liv eller som utsetter dette for fare, og unnlater å foreta tiltak som kunne forebygge forbrytelsen. Har forbrytelsen hatt barnets død til følge, kan fengsel inntil 4 år anvendes.”

Omsorgsansvaret Andenæs taler om for foreldre *kan ikke utledes* av selve straffebudet. Det fremgår av ordlyden i § 241 at bestemmelsen rammer en ”mann”, og etter naturlig språkbruk omfattes da ikke kvinner. Spørsmålet blir da om det etter en tolkning av straffebudet kan sies at ordlyden også åpner for at en kvinne kan omfattes. Men i juridisk teori er det en oppfatning av at denne bestemmelsen er definert så snevert at bare én person kan oppfylle gjerningsinnholdet, (mannen som har besvangret kvinnen det er tale om). Det ville stride mot vanlige prinsipper om tolkning om en annen enn den mann som har besvangret kvinnen skulle rammes av bestemmelsen. I tillegg setter Grunnloven § 96 og EMK grenser for en så vid forståelse av straffebudet.⁷²

Lagmannsretten anfører også her at foreldre kan ha et omsorgsansvar i strafferettslig forstand jf. Rt. 2013 s.1015. I RG-2013-292 uttaler retten at ”[d]en særlege tilknytninga mellom foreldre og mindreårige born, dvs omsorgsplikta, tilseier at det ligg føre ei større plikt for foreldra til å hindra straffbare handlingar mot borna enn for andre utanforståande (min uth).” Det gis ingen klare holdepunkter i verken juridisk teori eller rettspraksis for at det er den *faktiske* omsorgen det siktes til når det tales om omsorgsansvar i strafferettslig forstand. Men ut ifra ordlyden i uttalelsene slik som i Rt. 2013 s. 1015 ”handleplikt *i kraft av* omsorgsansvar (min utv.)” kan mye tale for at det i rettspraksis menes *faktisk* omsorg.⁷³

Lagmannsretten uttaler i LB 2013-11613 at: ”foreldres omsorgsplikt for mindreårige barn tilsier at foreldre har en større plikt enn andre til å hindre at egne barn blir utsatt for en straff-

⁷² Se Andenæs (1942). s. 350-352, Andenæs (2004) s. 334, Husabø (1999) s. 187.

⁷³ Se Andenæs (1942) s. 352, Husabø (1999) s. 186-188. Eksempler fra underrettspraksis på ”handleplikt i kraft av omsorgsansvar”; LB-2013-11613, RG 2013 s. 292, TONS-2011-111766 og TOSLO-2012-26012.

bar handling”. I tilfeller der det er tale om omsorg for barn, så hevder Husabø i *Straffeansvarets periferi* (1999) på side 186-188 at omsorgsansvaret veier så tungt for foreldre at det er for dem foreligger en særskilt plikt til å hindre eller å forsøke å avverge at en straffbar handling blir begått mot barnet de har omsorg for. Dette gjelder både straffbare handlinger begått av den andre forelder eller noen utenforstående. Andenæs uttaler i *Straffbar Unnlatelse* (1942) på side 352, at denne plikten til å avverge eller forsøke avverge gjelder alle typer alvorlige integritetskrenkelser rettet mot barnet.⁷⁴

Det vil kunne være en glidende overgang mellom hendelige uhell som ingen kan lastes for, til manglende tilsyn, til omsorgssvikt og til slutt til de tilfeller hvor passiviteten må regnes som medvirkning til straffbar handling. Hvor grensen går mellom omsorgssvikt og straffbar medvirkning må avgjøres etter en konkret vurdering av § 219 og de faktiske forholdene i det enkelte tilfelle.⁷⁵

Det vil bero på en skjønnsmessig vurdering om deltakelsen har vært av så stor betydning at det er rimelig å tillegge passiviteten straffeansvar. Ved vurdering om straffeansvar kan illegges vil det være avgjørende i hvor stor grad medvirker har deltatt i forkant av lovbruddet. Passiviteten kan anses å være straffverdig hvor medvirkeren har en større grad av deltakelse samt en sterkere tilknytning til saksforholdet.

3.3.3.3 Omsorgsevne

Det kan tenkes et lempeligere krav til omsorgspersoner som har svekkede evner. Et eksempel kan være om omsorgspersonen ikke har kognitive ressurser til å forstå og reflektere slik som andre vil gjøre ved vold i nære relasjon situasjoner.⁷⁶

Det er ikke i dette henseende tale om at den tiltalte ikke er strafferettslig tilregnelig, jf. straffeloven § 44, men heller om omsorgspersonens personlige forutsetninger og evner. Som Andenæs i, *Alminnelig strafferett* uttaler på side 307:

⁷⁴ Se Christoffer-saken.

⁷⁵ Se RG 2013 s. 292

⁷⁶ Se RG-2013-292 hvor det ble foretatt en WAIS-test som er en intelligens test.

”Det kan tilføyes at selv om det ikke foreligger grunnlag for å fritta for straff etter § 44, kan gjerningsmannens intellektuelle utvikling få betydning ved avgjørelsen av om vedkommende har handlet med den skyld (forsett eller uaktsomhet) som straffebudet krever. En person har f.eks kjøpt tyvegods på gaten til spottpris og blir av den grunn tiltalt for heleri. Situasjonen kan være slik at dommeren uten videre vil avvise en påstand om god tro hvis tiltale er normalt begavet, mens han ikke tør forkaste påstanden hvis det er en smått begavet person av den naive og godtroende type han har for seg. Og tilsvarende: I situasjoner hvor en ville ha konstatert uaktsomhet hos den normale, vil kanskje den smått begavede bli frifunnet fordi han ikke har hatt forutsetninger for å oppfatte situasjonen.”

Det er likevel ikke slik at resultatet av en intelligestest alene er avgjørende for vurderinga av de personlige forutsetningene for strafferettslig skyld. Personlighet og evnen til å fungere sosialt er likeså viktig. Her vil både erfaring og mental utrustning være av betydning for vurderingen. Det er kanskje ikke et unaturlig spørsmål å stille om en person har omsorgsevne når denne står tiltalt for medvirkning til vold i en nær relasjon. Problemstillingen er relevant for oppgavens tema, men vil ikke bli nærmere drøftet.⁷⁷

3.3.3.4 Rettstridskrav

De fleste handlinger ligger innfor det som betegnes som *den alminnelige handlefrihet* eller *den tillatte risiko*. Det er ikke slik at all adferd som faller inn under gjerningsbeskrivelsen er straffbar, bare den som er ”rettstridig”. Fremgår det ingen rettstridskrav av lovteksten skal straffebud tolkes som om det hadde stått en rettstridsreservasjon. Den ulovfestede rettstridsreservasjonen har betydning for handlinger som omfattes av ordlyden i gjerningsinnholdet. Rettstridsreservasjonen innebærer en innskrenkende tolkning av ordlyden. Det følger av det ulovfestede rettstridskravet at den alminnelige rettstridsreservasjonen gjelder i forhold til alle straffebud. Det er derfor relevant å vurdere rettstridskravet i forhold til § 219. En handling kan være å anse straffri av to hovedgrunner som begge etter tradisjonell terminologi omfattes av den alminnelige rettstridsreservasjon. Det vil være tilfelle der handlingen ikke anses straffverdig eller ved tilfeller der handlingen anses straffverdig, men andre tungtveiende hensyn taler

⁷⁷ Se Andenæs (2004) s. 307 og Rt. 2003 s. 553.

mot å belegge handlingen med straff.⁷⁸ I § 219 tilfeller vil antagelig rettstridsreservasjonen ha mindre praktisk betydning. Det er vanskelig å se for seg praktiske tilfeller hvor mishandling allikevel ikke vil anses å være straffverdig.

4 Avslutning

Etter det som er gjennomgått her kommer det frem at utgangspunktet om at ren passivitet ikke kan straffes, ikke kan legges til grunn i de tilfeller der fornærmede er i medvirkers omsorg.

I de tilfeller vil det kunne ilegges straffeansvar for *ren passivitet*. Medvirkning til § 219 der fornærmede er i medvirkers omsorg kan på grunnlag av omsorgsrelasjonen medføre straffansvar ved passivitet.

Det er selve forbindelsen mellom medvirker og saksforholdet som danner grunnlag for passivitetsansvaret. Forbindelsen skaper en forventning om handling og kan danne grunnlag for en særskilt handleplikt. I de tilfeller hvor forbindelsen er svak vil det være lavere forventninger om handling og således mindre grunn til å anse passiviteten som straffverdig. Er forbindelsen derimot sterk vil forventningene om handling være høyere, og her vil passivitet lettere kunne medføre et strafferettslig ansvar. I tilfellene med svak tilknytning vil det stilles lavere krav til selve handlingen, og motsatt for tilfeller med sterk tilknytning vil det stilles strenge krav til handlingen. Det er i tilfeller der det foreligger en stor grad av tilknytning det vil oppstå en særlig plikt til å handle. Ved unnlatelse av å handle på denne plikten kan medvirker pådra seg strafferettslig ansvar.

Handleplikten blir utløst av kunnskap om at et lovbrudd vil finne sted. Høyesterett har uttalt at det også kan oppstå en slik handleplikt for en som i utgangspunktet ikke hadde et forsett om medvirkning på tidspunktet medvirkningen skjedde. Men at det kan oppstå en handlingsplikt på et senere tidspunkt, og hvis man da unnlater å handle på denne plikten vil forsett foreligge. For å gjøre seg straffri for medvirkning skulle vedkommende ha handlet på denne plikten.

⁷⁸ Se Eskeland (2013) s. 154

I de tilfeller der fornærmede står i medvirkers omsorg, vil tilknytningen være så sterk mellom fornærmede og medvirker, at det er grunnen til at det stilles så lave krav slik at ren passivitet kan være nok til å pådra seg straffansvar. I de tilfellene vil forventningen om handling være særskilt høy. Den nære tilknytningen mellom fornærmede og medvirker som oppstår når fornærmede er i medvirkers omsorg gjør at disse tilfellene på en måte er unntak fra hovedregelen.

Det er vanskelig å angi nøyaktig hvor sterk tilknytning det må være mellom medvirker og saksforhold for at forpliktelser for medvirker skal kunne inntre, men det vil måtte kreves en viss grad av tilknytning. Vurderingen om det foreligger slik tilknytning og hvor sterk denne er vil i utgangspunktet være en skjønnsmessig vurdering.

Som nevnt innledningsvis, vil det mest sannsynlig i de fleste tilfeller hvor det er tale om passiv medvirkning der fornærmede er i medvirkers omsorg, være slik at fornærmende er barn av den som medvirker. Barnets interesser er på mange måter godt vernet gjennom barneloven og barnekonvensjonen. Andre sårbare grupper, slik som for eksempel eldre, har kanskje i den forstand et større behov for å bli vernet gjennom § 219. En tilgjengelig og forutberegnelig lovhjemmel vil kunne virke både allmenn preventivt og individual preventivt og således beskytte sårbare grupper generelt.

For straffeloven § 219 må kravet om tilgjengelig lovhjemmel etter EMK art. 7 utvilsomt kunne sies å være oppfylt for å kunne straffe for medvirkning til vold i nære relasjoner. Det er heller ingenting som tyder på at gjeldende rett ikke oppfyller kravet til forutberegnelighet etter EMK art. 7.

4.1 Straffeloven av 2005

Straffeloven av 2005 er vedtatt med ikke ennå trådt i kraft. Straffeloven av 2005 har fått en generell medvirkningsregel i § 15. Paragraf 15 skal lyde som følger, ”et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt.” I tillegg gir § 1, en generell hjemmel for å straffe medvirkning. Den nye straffeloven har dermed en prinsipiell forskjell fra den gamle ved medvirkningsspørsmålet. Der hvor det før måtte fremgå av hver enkelt bestemmelse hvorvidt medvirkning skulle være straffbart, krever den nye straffeloven straffebudet må oppstille et særskilt unntak for at straffansvaret ikke skal finne sted. Begrepet

medvirkning i seg selv blir ikke endret, det vil si at det ikke er ment å få noen realitetsendring i forhold til hva som utgjør medvirkning. Hvert enkelt straffebud må fremdeles vurderes konkret. Kriminalisering av en handling gjør det også riktig og berettiget å ramme den som medvirker. I tillegg vil det være lovteknisk fordelaktig, ved at utformingen av straffebudene er forenklet, noe som igjen fører til at loven blir enklere å forstå.⁷⁹

I Ot.prop.nr 90 uttales det at behovet for å gjøre unntak fra den generelle medvirkningsregelen er svært lite. På denne bakgrunnen må gjeldende rett forstås dithen at medvirkning er straffbart i tilknytning til de aller fleste straffebudene, selv de hvor det ikke uttrykkelig fremgår av ordlyden selv. En innvending til en slik *generell bestemmelse* er at hvis man ikke gjør unntak fra hovedregelen der hvor formålet skulle tilsi det, så vil man kunne risikere en uønsket nykriminalisering, men problemet syntes ikke så stort da mange straffebud allerede rammer medvirkning i dag.⁸⁰

Hensynet bak den generelle medvirkningsregelen er todelt, det ene formålet med revidert straffelov er å gjøre den enklere å forstå, det andre er at oppfatning er at medvirkning er aktuelt i de fleste straffebud og det vil da være naturlig å gjøre omfatte medvirkning som en hovedregel, og rammes ikke medvirkning vil dette være et unntak.

Straffeloven av 2005 har fått to bestemmelser om vold i nære relasjoner. Straffeloven av 2005 § 282 som skal tilsvare nåværende § 219 første ledd, og § 283 som skal tilsvare nåværende § 219 annet ledd.

Straffeloven av 2005 § 282 er en videreføring av § 219 første ledd slik denne lyder etter lovendring 21. desember 2005 nr. 131. Det er gjort enkelte endringer i ordlyden. Den eneste realitetsendringen er at den øvre strafferammen er hevet til 6 år. Mishandlingsalternativene følger av Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) side 45-46, og her er det ikke tiltenkt noen realitetsendring. Vilkåret ”grovt” er endret til ”alvorlig”. Dette er en videreføring av gjeldende rett, i tillegg til at vilkåret nå innebærer at enkelttilfeller kan omfattes. Skyldkravet er forsett, jf. §§ 21 og 22.

⁷⁹ Se Ot.prop. nr. 90 (2003-2004) s. 21.

⁸⁰ Se Ot.prop. nr. 90 (2003-2004) s. 96.

(straffeloven av 2005 § 21 hjemler skyldkravet og i § 22 er forsettsformene definert.) Medvirkning er straffbart jf. § 15.⁸¹

Straffeloven av 2005 § 283 er en videreføring av § 219 annet ledd slik dette lyder etter lovendring 21. desember 2005 nr. 131, men med enkelte endringer. Bestemmelsen skal regulerer når en overtredelse av § 282 regnes som grov. Her er den øvre strafferammen hevet til 15 år, jf. første punktum. Dette er en vesentlig heving av gjeldende strafferamme. Det er i hovedsak to grunner for en så betydelig heving av strafferammen. Den ene er at tilfeller hvor det er tale om mishandling i nære relasjoner skal ha tilsvarende strafferamme som andre grove voldslovbrudd, jf. § 274 (§ 274 i straffeloven av 2005 er hjemmel for ”grov kroppsskade”, og kan sammenlignes med nåværende §§ 229 annet og tredje straffalternativ, 231 og 232). For det andre skal § 282 være den primære straffebestemmelsen ved mishandling i nære relasjoner, og det legges til grunn at §§ 282 og 283 ikke skal anvendes i konkurrans med §§ 271-274 (straffeloven av 2005 §§ 271-274 hjemler det som i dag er legemskrenkelser og beskadigelser i §§ 228-231).⁸²

Den nye straffeloven vil trolig ikke endre rettstilstanden når det gjelder straffansvaret for medvirkning eller passiv medvirkning til vold i nære relasjoner når denne trer i kraft.

⁸¹ Se merknad til § 282 i Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) kap. 16. pkt. 16.6.

⁸² Se merknad til § 283 i Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) kap. 16 pkt. 16.6.

5 Litteraturliste

5.1 Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
1981 Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8. april nr. 7
1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 4. juli nr. 47
1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, konvensjon av 4. november 1950

BK FNs konvensjon om barn rettigheter av 20. november 1989

Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (Ikke trådt i kraft) Rettsdata, revidert 01.09.2013

<https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?sDest=gL20050520z2D28z2EzA715> note 91 til § 15 [sitert 14. februar 2014]

5.2 Forarbeider

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbejdet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896. (S.K.M. 1986)

Indst. O. I. (1901/1902) Indstilling fra justiskomiteen angaaende den kongelige proposition til en almindelig borgerlig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887.

Ot.prp.nr 20 (1991-1992) Om endringer i straffeloven og skadeerstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)

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

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

Merknad til Ot.prp.nr. 113 (2004-2005)

<https://vpn1.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?sDest=gOT113z2E05z2DSTRLz2DUP219#gOT113z2E05z2DSTRL1902z2DMP219> [sitert 27. mars 2014]

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)

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V

NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII

Prop.97 L (2009-2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)

St.meld. nr. 15 (2012-2013) Om forebygging og bekjempelse av vold i nære relasjoner. Det handler om å leve

5.3 Rettspraksis

Rt. 1933 s. 1179

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1947 s. 742

Rt. 1957 s.476
Rt. 1973 s. 442
Rt. 1974 s. 382
Rt. 1983 s. 682
Rt. 1984 s. 1300
Rt. 2000 s. 646
Rt. 2002 s. 1717
Rt. 2003 s. 553
Rt. 2004 s. 844
Rt. 2007 s. 1559
Rt. 2008 s. 1342
Rt. 2009 s. 1365
Rt. 2009 s. 1498
Rt. 2010 s. 1630
Rt. 2011 s. 34
Rt. 2011 s. 1412
Rt. 2012 s. 835
Rt. 2012 s. 1313
Rt. 2013 s. 879
Rt. 2013 s.1015

LE 1998 s. 47
LE-2001-666
LA-2008-179127
LB-2011-75341
LB-2013-11613
RG 2013 s. 292

TTONS 2011-111766
TOSLO-2012-26012

Kokkinakis mot Hellas

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25.
mai 1993

S.W. mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. november 1995
Cantoni mot Frankrike	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. november 1996
Liivik mot Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. juni 2009
Kafkaris mot Kypros	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. februar 2008

5.4 Litteratur

5.4.1 Bøker

Andenæs, Johs	<i>Straffbar unnløtelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken.</i> Forlagt av Johan Grundt Tanum Oslo 1942
Andenæs, Johs	<i>Alminnelig strafferett.</i> Ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 5. utg. Universitetsforlaget Oslo 2004
Bratholm, Anders	<i>Strafferett og samfunn, Alminnelig del.</i> Universitetsforlaget Oslo 1980
Eskeland, Ståle	<i>Strafferett.</i> 3. utg. Cappelen Damm AS Oslo 2013
Husabø, Erling Johannes	<i>Straffansvarets periferi, medvirkning, forsøk, førebuing.</i> 1 utg. Universitetsforlaget 1999
Skeie, Jon	<i>Den norske strafferett, første bind, den alminnelige del.</i> 2. utg. Olaf Norlis Forlag Oslo 1946
Bertelsen, Tor Ehlers	<i>EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter.</i> 1. utg. Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011.

5.4.2 Artikler

Andenæs, Johs	<i>Av medvirkningslæren i norsk rett.</i> I: Tidsskrift for rettsvitenskap
---------------	--

- skap. Årg. 53 (1940) s. 237-280
- Andenæs, Johs *Straffbar unnløtelse, et bidrag til strafferettsdogmatikken.* 1942 s. 350-351 (sitert fra nb.no)
- Matningsdal, Magnus *Medvirkning til straffbare handlinger.* I: Jussens Venner 2008 s. 357-380
- Nettdokumenter
- Matningsdal, Magnus *Kommentar til Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven):* I: Norsk lovkommentar, nettversjon [sitert 24.april 2014]
- Bush, Tor-Aksel *De vanskelige bevisene.* I: Aftenposten 4. februar 2010
- Bush, Tor-Aksel *Pressemelding om Christoffer-saken* 5.juli 2013