



NORGES HØYESTERETT

Den 21. mars 2019 avsa Høyesterett bestående av dommerne Matningsdal, Bull, Bergsjø og Berglund og kst. dommer Sæbø dom i

HR-2019-561-A, (sak nr. 18-173981STR-HRET), straffesak, anke over dom:

A (advokat Steinar Jacob Thomassen)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Håvard Kalvåg)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bull**: Saken gjelder spørsmålet om det er grunnlag for straffansvar for passiv medvirkning til mishandling i nære relasjoner, jf. straffeloven 1902 § 219 første jf. tredje ledd og straffeloven 2005 § 282 jf. § 15.
- (2) B kom fra Syria til Norge som asylsøker i 2008. Ektefellen, A, kom etter i 2013 sammen med parets tre sønner samt ytterligere to barn, en jente og en gutt, som B hadde med en tidligere ektefelle, men som hadde bodd sammen med A i flere år før de kom til Norge. Det er den sistnevnte gutten, C, født 00.00.2004, som er fornærmet i denne saken. Sommeren 2016 fikk paret ytterligere en datter.
- (3) I mars 2014 ble B politianmeldt mistenkt for mishandling av de fem barna. Barna ble akutt plassert av barnevernet. Datteren ble etter hvert plassert i fosterhjem, men de fire sønnene flyttet hjem til A etter tre uker. B var ilagt besøksforbud i hjemmet frem til månedsskiftet november/desember 2014, og han flyttet tilbake i desember 2014. Det ble iverksatt en rekke beskyttelsestiltak fra barnevernets side overfor barna og hjemmet da faren flyttet tilbake, for å sikre at barna ikke ble utsatt for ytterligere vold.
- (4) Det ble tatt ut tiltale mot B for å ha mishandlet de fem barna fra høsten 2013 til mars 2014. I dom 29. april 2016 fant Tønsberg tingrett ham skyldig etter tiltalen og dømte ham til fengsel i to år, der seks måneder ble gjort betinget.

- (5) Samme dag som dommen falt, ble C og en kamerat tatt for et mindre tyveri i nærheten av skolen de gikk på. De ble brakt tilbake til skolen, og foreldrene ble budsendt. Da C fikk høre det, brøt han sammen og fortalte om fortsatt mishandling i hjemmet. Dette ledet frem til tiltalebeslutning 15. februar 2017 mot B og A, der grunnlaget er beskrevet slik:

"Fra desember 2014 og frem til april 2016 i ----veien 00 på X og/eller på annet sted, har de ved flere anledninger mishandlet sin sønn/stesønn C, f. 00.00.04, og/eller medvirket til dette, ved å utføre nedenstående handlinger eller ved å ha vært vitne til en eller flere av den andres handlinger uten å gripe inn for å stanse handlingene som ble forøvet mot barnet og som de begge hadde omsorg for, og/eller be om hjelp fra barnevernet for å forebygge dette, herunder blant annet ved at de

- **har slått han på ulike steder på kroppen,**
 - **herunder med flat hånd i ansiktet,**
 - **med gjenstander som sko, og/eller kastet gjenstander på han og/eller mot han som f.eks. glass, bestikk og en datamus,**
 - **tråkket på han, lugget han i håret, vridd armen hans, vridd og/eller dratt han i ørene, samt**
 - **truet han**
 - **med at han ville bli sendt tilbake til Syria dersom han fortalte om voldsutøvelse hjemme,**
 - **med at uansett hvor han dro i Norge ville de finne ham, og da ville de drepe han med bruk av kniv,**
 - **ved å konfrontere ham med hans tidligere forklaring på Barnehuset om voldsutøvelse fra faren, ved å vise ham egne filmopptak av disse avhørene."**
- (6) For perioden fra desember 2014 og frem til 30. september 2015 gjelder tiltalebeslutningen overtredelse av straffeloven 1902 § 219 første jf. tredje ledd, og for perioden fra 1. oktober 2015 til april 2016 gjelder den straffeloven 2005 § 282 jf. § 15. Det har ikke praktisk betydning for saken at både gammel og ny straffelov kommer til anvendelse.
- (7) I Tønsberg tingretts dom 5. september 2017 ble B og A funnet skyldige etter tiltalen. B ble dømt til fengsel i to år og seks måneder som fellesstraff med Tønsberg tingretts dom 29. april 2016. A ble dømt til samfunnsstraff i 297 timer med en gjennomføringstid på ti måneder, subsidiært fengsel i ti måneder.
- (8) Tingretten fant det bevist at A ved flere anledninger hadde slått C på kroppen, men kom til at dette utgjorde overtredelse av straffeloven 2005 § 271 om kroppskrenkelse snarere enn overtredelse av § 282 om vold i nære relasjoner. Når hun likevel også ble dømt for overtredelse av straffeloven 1902 § 219 første jf. tredje ledd og straffeloven 2005 § 282 jf. § 15, var det på grunn av passiv medvirkning. Tingretten kom riktignok til at A hadde forsøkt å stoppe Bs voldsutøvelse mot C ved å gå imellom, snakke til ektemannen eller hente en nabo, men mente at hun etter omstendighetene også hadde en plikt til å si fra eller søke hjelp hos barnevernet, som hun visste fulgte familien tett. Ved ikke å gjøre det hadde hun etter tingrettens mening lagt til rette for at mishandlingen kunne fortsette.
- (9) A anket til Agder lagmannsrett, som i dom og beslutning 26. oktober 2017 opphevet domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 271, men for øvrig nektet anken fremmet. Også lagmannsretten mente at hun etter omstendighetene hadde en plikt til å varsle barnevernet for å sikre C mot ytterligere overgrep. Når hun likevel ikke hadde gjort dette, hadde hun etter lagmannsrettens syn "medvirket psykisk" til Bs mishandling av C.

- (10) A anket til Høyesterett. I kjennelse 9. februar 2018, HR-2018-262-U, opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens ankenektelse. Utvalget pekte på at tingretten hadde funnet det bevist at A ved flere anledninger hadde forsøkt å hindre B i å mishandle C, og at hun også hadde tilkalt en nabo. Domfellelsen for medvirkning var altså utelukkende begrunnet i at hun ikke hadde kontaktet barnevernet. Når lagmannsretten i denne forbindelse ikke hadde vurdert hvilken betydning straffeloven 1902 § 139 og straffeloven 2005 § 196 hadde for As medvirkningsansvar, hadde det ikke skjedd en reell overprøving av tingrettens lovanvendelse. Disse bestemmelsene gjør det straffbart å unnlate å søke å avverge visse straffbare handlinger, men gjør unnlåtelsen straffri blant annet når avvergelsen ville utsette den aktuelle personen eller dennes nærmeste for siktelse eller tiltale eller for velferdstap. Ankeutvalget pekte på at B var As nærmeste.
- (11) Agder lagmannsrett behandlet etter dette saken på nytt. Lagmannsretten la nå til grunn at A i utgangspunktet bare kunne domfelles for passiv medvirkning til mannens mishandling av C dersom det forelå handlings- eller tiltaksalternativer som ikke ville medføre straffrihet for henne i henhold til straffeloven 1902 § 139 eller straffeloven 2005 § 196. Slike alternativer forelå etter lagmannsrettens syn – hun kunne blant annet ha flyttet med barna fra hjemmet, bedt B flytte ut eller ha søkt hjelp i sitt private nettverk eller i det offentlige hjelpeapparatet. Melding til barnevernet er ikke nevnt som et alternativ. Når hun ikke hadde gjort noe av dette, hadde hun etter lagmannsrettens syn medvirket til at den gjentatte mishandlingen av C fortsatte selv om hun en rekke ganger hadde forsøkt å forhindre konkrete krenkelser av C. Lagmannsrettens dom 26. oktober 2018 har slik domsslutning:

"A, født 00.00.1976, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 219 første ledd, jf. tredje ledd, straffeloven (2005) § 282, jf. § 15, til samfunnsstraff i 237 – tohundreogtrettisju – timer med en gjennomføringstid på ett – 1 – år. Den subsidiære fengselsstraffen fastsettes til 8 – åtte – måneder. Ved eventuell soning av den subsidiære fengselsstraffen fragår 3 – tre – dager for utholdt varetekt."

- (12) A anket til Høyesterett over lagmannsrettens lovanvendelse og straffutmåling. I ankeutvalgets beslutning 20. desember 2018 ble lovanvendelsesanken henvist til behandling.
- (13) *Mitt syn på saken*
- (14) Som bakgrunn for den videre drøftelsen går jeg først noe nærmere inn på den mishandlingen C var blitt utsatt for fra sin far. Lagmannsretten kom til samme bevisresultat som tingretten og siterte følgende fra tingrettens dom:

"... har retten funnet bevist utover enhver rimelig og forstandig tvil at tiltalte B i perioden fra han flyttet tilbake til familien i desember 2014 og frem til C 29. april 2016 fortalte om vold hjemme, ved flere anledninger mishandlet C slik det fremgår av tiltalebeslutningen. Retten har altså funnet bevist at tiltalte B ved flere anledninger slo C med flat hånd i ansiktet, han kastet flere ganger gjenstander mot ham, han tråkket på ham, han lugget C i håret, vred armen hans og dro ham i ørene.

Retten anser det videre som utvilsomt at tiltalte B truet C med at han ville bli sendt tilbake til Syria om han fortalte om volden han ble utsatt for hjemme, og han truet med at han ville finne ham uansett hvor han dro i Norge og at han ville drepe ham med kniv. Retten er heller ikke i tvil om [at] tiltalte B krenket Cs integritet ved å konfrontere ham med sin riktige, opprinnelige forklaring i 2014 på Barnehuset om vold fra faren. Det var dessuten utvilsomt tiltalte B som fikk C til å endre sin opprinnelige forklaring slik at han forklarte seg usant i avhøret 19. november 2015 da han – slik det fremgår av

ovennevnte dom – sa at faren aldri hadde slått og at søsteren D hadde sagt at de måtte si at de ble slått med 'pinne og sånn'.

Retten er overbevist om at volden foregikk noenlunde jevnlig i hele perioden. Det er etter bevisførselen hevet over rimelig og forstandig tvil at C i hele perioden fryktet ny mishandling fra faren og søkte å tilpasse sin adferd for unngå ytterligere vold mot seg. Retten har altså funnet bevist at C i tidsrommet levde i et regime preget av mishandling i form av krenkelser mot hans kropp og sinn. Det er etter dette på det rene at tiltalte B har handlet i strid med straffeloven 1902 § 219 første ledd, jf. tredje ledd, i perioden fra desember 2014 til 1. november 2015 og i strid med straffeloven 2005 § 282 fra den trådte i kraft 1. november 2015."

- (15) Det er også grunn til å sitere det lagmannsretten har funnet bevist om As rolle, selv om jeg allerede har gjengitt det i grove trekk:

"Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at A var klar over at C ble utsatt for slike gjentatte krenkelser i form av vold, trusler, psykiske krenkelser og skremmende adferd fra sin far som er beskrevet. Det finnes heller ikke tvilsomt at hun var klar over at C av den grunn hadde en tilværelse preget av stadig frykt for nye krenkelser fra faren, og at dette preget gutten og hans hverdag. Det vises på dette punkt til at familien levde tett på hverandre og at krenkelsene skjedde i hjemmet i tilknytning til hverdagens ulike situasjoner og hendelser, hvor også A i all hovedsak var til stede. Det vises også til Cs forklaring om at A en rekke ganger forsøkte å stanse/motvirke Bs krenkelser, både verbalt og på annen måte. Ved én anledning tilkalte hun også en bekjent av familien for å roe ned/stanse B. C forklarte også at A flere ganger trøstet ham etter at han var slått eller på annen måte krenket. At A ikke var til stede ved alle enkeltkrenkelser faren utsatte C for, eller at hun ikke på annen måte kjente til alle disse, får ingen avgjørende betydning. Hun var utvilsomt klar over det regime av stadige og ulike krenkelser faren utsatte C for, og hvordan dette preget og påvirket gutten.

Det er verken gjort gjeldende eller er bevismessig grunnlag for å konkludere med, at A fysisk medvirket til noen av Bs ulike krenkelser av C. Heller ikke at hun oppfordret, aktivt tilskyndet eller på annen måte opptrådte på en måte som kan oppfattes som en psykisk aktiv støtte til Bs stadige og gjentatte krenkelser av gutten."

- (16) Lagmannsretten har altså lagt til grunn at A "en rekke ganger forsøkte å stanse/motvirke Bs krenkelser, både verbalt og på annen måte", og videre at "[v]ed én anledning tilkalte hun også en bekjent av familien for å roe ned/stanse B". Det er med andre ord ikke spørsmål om medvirkning gjennom fullstendig passivitet – hun har tvert om tatt tydelig og konsekvent avstand fra Bs handlinger. Spørsmålet er om hun, som omsorgsperson for C, skulle ha gjort noe mer for å forsøke å forhindre ytterligere krenkelser av gutten, når hennes protester ikke førte frem – det er denne unnlåtelsen som eventuelt er "passiv medvirkning".
- (17) Et sentralt spørsmål i så måte har vært om man ikke kan dømmes for medvirkning dersom de eneste handlingsalternativer man står overfor vil medføre straffrihet for unnlatt avverging i henhold til straffeloven 1902 § 139 og straffeloven 2005 § 196. Jeg holder meg i det følgende til straffeloven 2005 § 196 – det er ikke relevante forskjeller mellom ny og gammel straffelov på dette punkt.
- (18) Straffeloven § 196 gjør det straffbart blant annet å unnlate "gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling ... på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen ... vil bli begått". Det gjelder bare de straffbare handlingene som bestemmelsen selv nevner, men bestemmelsene om mishandling i nære relasjoner, som er aktuelle i denne saken, er blant

disse. Det fremgår imidlertid av tredje ledd bokstav b at brudd på avvergesplikten ikke straffes dersom "plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd".

- (19) Som tidligere nevnt kom lagmannsretten til at A hadde handlingsalternativer som ikke ville sette henne eller ektemannen B i en situasjon som nevnt i § 196 tredje ledd bokstav b. Spørsmålet om denne straffrihetsbestemmelsen hindrer domfellelse for passiv medvirkning, kommer dermed ikke på spissen i saken slik den nå står for Høyesterett. På bakgrunn av sakshistorikken er det likevel naturlig å si noe om dette spørsmålet.
- (20) For at en unnlattelse skal være straffbar som passiv medvirkning, kreves det i utgangspunktet en særlig tilknytning mellom den passive personen og den eller det som straffebudet beskytter, eller mellom denne personen og en oppstått faresituasjon. Det er denne tilknytningen som kan begrunne medvirkningsansvar for ikke å forsøke å avverge den straffbare handlingen eller den aktuelle skadefølgen. Omsorgsansvar for barn er et sentralt eksempel på en slik tilknytning.
- (21) Straffeloven § 196 retter seg derimot mot enhver. Når det ikke stilles krav om nærmere tilknytning til situasjonen, er det grunn til å la unnlatt avvergelse være straffri i nokså vid utstrekning. Som nevnt fører § 196 tredje ledd bokstav b til straffrihet dersom avvergeseshandlingen ville "utsette" den aktuelle personen eller hans nærmeste blant annet for siktelse eller tiltale eller for velferdstap. Hva som menes med "nærmeste", fremgår av straffeloven § 9 og omfatter blant annet ektefeller til egen ektefelles søsken. "Velferdstap" er kommentert i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), forarbeidene til en annen bestemmelse der begrepet brukes, nemlig straffeloven § 77. På side 269 uttales det at begrepet generelt må forstås som redusert livskvalitet. Det er tale om så vide og til dels vagt avgrensede straffrihetsgrunner at de etter min mening ikke uten videre kan anvendes når man skal ta stilling til om passivitet utgjør straffbar medvirkning.
- (22) Det ville videre være paradoksalt om en bestemmelse som er ment å styrke samfunnsvernet mot visse alvorlige forbrytelser, skulle medføre en begrensning i hva som kan regnes for medvirkning, særlig om virkningen avgrenses til akkurat disse forbrytelsene.
- (23) Ved mishandling i nære relasjoner vil for øvrig både offer og gjerningsperson regelmessig være blant den passive omsorgspersonens "nærmeste". Det ville etter omstendighetene kunne være støtende å la hensynet til gjerningspersonen gå foran hensynet til offeret.
- (24) Dette leder etter mitt syn til at straffeloven § 196 ikke kan forstås slik at straffrihetsgrunnene i tredje ledd kommer analogisk til anvendelse når man skal ta stilling til om det foreligger passiv medvirkning til en forbrytelse.
- (25) Det må imidlertid understrekes at de momentene som er nevnt i § 196 tredje ledd bokstav b, ofte vil være relevante i den konkrete helhetsvurderingen som må foretas for å avgjøre om passivitet utgjør straffbar medvirkning. Det er åpenbart dersom den alternative handlingen ville sette liv eller helse i fare. Også vernet mot selvinkriminering kan få betydning. Men hvilken vekt disse hensynene skal ha i vurderingen, må vurderes konkret.
- (26) Jeg går så over til å se på om lagmannsretten har stilt for strenge krav til A. Som tidligere nevnt har lagmannsretten et annet syn på betydningen av § 196 tredje ledd enn det jeg

mener er riktig, men det får ikke betydning for dette spørsmålet. Lagmannsretten uttaler følgende:

"Etter lagmannsrettens syn hadde A handlingsalternativer som ikke ville utsette verken henne selv eller ektefellen for siktelse, tiltale eller fare for liv, helse eller velferd, jf. straffeloven (1902) § 139 andre ledd og straffeloven (2005) § 196 andre [skal være tredje] ledd. Hun kunne bedt B flytte fra boligen, selv flytte med barna og sagt klart ifra til B at hun ikke aksepterte [at] hans fortsatte krenkelser av C fortsatte. Hun kunne søkt hjelp til dette i sitt private nettverk eller i det offentlige hjelpeapparatet som hun hadde kontakt med, herunder hos skolepersonell som hun hadde kontakt med, helsesøster eller fagpersoner som på ulik måte var involvert i familien. Ved å unnlate å gjøre dette har hun medvirket til [at] den gjentatte mishandlingen av C fortsatte."

- (27) A hadde sagt klart ifra til B og i alle fall ved ett tilfelle søkt hjelp i sitt private nettverk – det fremgår av det jeg tidligere har sitert fra dommen. Spørsmålet blir dermed om hun skulle ha forsøkt ett av de andre handlingsalternativene som lagmannsretten mener var tilgjengelige for henne, når det hun hadde gjort, ikke fikk ektemannen til å stanse krenkelsene av C.
- (28) At C ikke var As biologiske sønn, og at det formelle omsorgsansvaret her kan være noe uklart, tillegger jeg ikke vekt. Realiteten er at hun hadde vært i mors sted for ham siden februar 2007, da C var noe over to år gammel.
- (29) Det er ikke et vilkår for å unngå straff for passiv medvirkning at den som har handleplikt, gjør noe som faktisk avverger den straffbare handlingen eller følgene av den. Det er tilstrekkelig at vedkommende gjør noe som fysisk eller psykisk motvirker handlingen, jf. Husabø, Straffansvarets periferi, side 184. Det kan imidlertid ikke bety at det aldri er plikt til å forsøke en alternativ handling dersom det man gjør, ikke får gjerningspersonen til å holde opp. Også det må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen. Er det tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for, må det veie tungt i en slik vurdering.
- (30) Lagmannsrettens konkrete vurdering fremgår ikke av det jeg har sitert, men av avsnittet før. I denne vurderingen legger lagmannsretten vekt på at den pågående straffesaken og barnevernsaken ga A en spesiell oppfordring til å ivareta omsorgsansvaret for C på en forebyggende måte. Hun hadde fått råd og veiledning av fagpersoner fra ulike instanser, og hun hadde god kontakt med skole, barneverntjeneste og helsetjeneste. Mens B hadde besøksforbud, hadde hun, med hjelp og bistand fra det offentlige hjelpeapparatet, greid omsorgsansvaret for alle barna. På dette grunnlaget mener lagmannsretten at det var rimelig å forvente av A at hun gikk videre fra det hun hadde gjort, til å forsøke ett av de handlingsalternativene som lagmannsretten oppstiller, selv om det var en vanskelig situasjon for henne rent personlig.
- (31) Jeg er enig med lagmannsretten i at A i den situasjonen hun var i, hadde en plikt til i alle fall å søke hjelp, enten på nytt i sitt private nettverk eller hos offentlige instanser som hun hadde kontakt med, i et forsøk på å hindre ytterligere krenkelser av C. Med sakens spesielle forhistorie og de tiltakene som var satt inn overfor hjemmet for å hindre videre mishandling, utgjør hennes passivitet etter mitt syn mer enn bare brudd på omsorgsplikten – hun har medvirket til at mishandlingen av C fortsatte. Slik jeg ser det, er altså lagmannsrettens lovanvendelse riktig på dette punktet.
- (32) Jeg er etter dette kommet til at anken bør forkastes.

(33) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (34) Kst. dommer **Sæbø**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende. Jeg er enig med ham i at straffrihetsgrunnene i straffeloven 2005 § 196 tredje ledd ikke kommer til analogisk anvendelse når det skal tas stilling til om det foreligger passiv medvirkning til en forbrytelse, og kan i det vesentlige slutte meg til det han uttaler om dette. Dette gjelder også for det han uttaler om at kriteriene som er nevnt i § 196 tredje ledd bokstav b vil være relevant i den konkrete vurderingen av om passivitet utgjør straffbar medvirkning. I motsetning til førstvoterende mener jeg imidlertid at A ikke har gjort seg skyldig i straffbar medvirkning til Bs mishandling av C, og at hun derfor må frifinnes.
- (35) Det må legges til grunn at A ikke har medvirket fysisk eller psykisk til Bs mishandling av C. Spørsmålet er om hun likevel må anses å ha medvirket til mishandlingen ved ikke å foreta seg mer enn hun har gjort for å motvirke denne.
- (36) Den klare hovedregelen er at passivitet ikke utgjør medvirkning til straffbar handling. Unntak gjelder der den passive har en særlig handleplikt, for eksempel handleplikt som følge av omsorgsansvar for barn, se for eksempel Rt-2013-1015, Rt-2013-1686 avsnitt 13 og HR-2018-262-U avsnitt 19. Passivitet kan i slike tilfeller medføre ansvar for medvirkning, enten det er naturlig å se passiviteten som en form for aksept av hovedgjerningen – hvor en i så fall vil kunne oppstille ansvar for psykisk medvirkning dersom passiviteten har påvirket gjerningspersonens atferd – eller som fravær av slik motvirkningshandling som den passive har plikt til å utføre, uansett hvordan passiviteten oppfattes av hovedmannen.
- (37) For å bli ansvarlig for medvirkning ved passivitet uttaler Husabø, Straffansvarets periferi, side 196–197 at det må konkluderes med at tiltalte kunne og burde ha utvist en nærmere angitt aktivitet som "var så rimelig å krevja ... at det kan grunngi eit medverkingsansvar etter den aktuelle regelen". Jeg er enig i det. Vurderingen av hvor langt denne aktivitetsplikten rekker må foretas blant annet på grunnlag av rettspraksis om medvirkningsansvar. Overordnet er det i slike tilfeller spørsmål om fravær av den aktive handling det kan være aktuelt å kreve, kan begrunne ansvar for medvirkning til overtredelse av det aktuelle straffebud. Som fremholdt av Matningsdal i Gyldendal Rettsdata, note 92 (per 1. juli 2018) til straffeloven 2005 § 15 er det ved vurderingen viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er tilstrekkelig for medvirkning.
- (38) Som fremholdt av førstvoterende er det ikke et vilkår for å unngå straff for passiv medvirkning at den som har handleplikt, gjør noe som faktisk avverger den straffbare handlingen eller følgene av den; det er tilstrekkelig at han fysisk eller psykisk motvirker hovedgjerningen. Medvirkningsansvar vil derfor ikke sjelden være utelukket når tiltalte gjør det tydelig overfor gjerningspersonen at han motsetter seg gjerningen. Se for eksempel Rt-2003-902, hvor tiltalte hadde stilt et rom i et forretningslokale til disposisjon for sin samboers far for lagring av møbler og annet løsøre. Tiltalte ble ikke ansett ansvarlig for medvirkning til hjemmebrenning som samboerens far drev. Høyesterett la blant annet vekt

på at tiltalte da lokalene ble stilt til disposisjon, var ukjent med at de skulle benyttes til ulovlig virksomhet, og at denne først begynte etter noe tid. Etter å ha uttalt at tiltalte ikke hadde forholdt seg på en slik måte at han implisitt samtykket til handlingen, uttalte førstvoterende i avsnitt 12:

"Tvertimot fremgår det av lagmannsrettens domsgrunner at A med sitt 'kroppsspråk' viste overfor B at han sterkt mislikte virksomheten. Jeg skulle gjerne ha sett at A hadde sagt klarere fra, men etter lagmannsrettens bevisbedømmelse må jeg legge til grunn at As budskap ikke var til å misforstå."

- (39) Jeg er imidlertid enig med førstvoterende i at dersom det den handlepliktige gjør, ikke er tilstrekkelig til å få gjerningspersonen til å holde opp, vil det etter omstendighetene kunne oppstå plikt til å forsøke en alternativ handling. Dette gjelder ikke minst i en situasjon hvor det foreligger omsorgsplikt. Den handlepliktige kan altså ikke alltid slå seg til ro med at han har prøvd å motvirke lovbruddet uten å lykkes.
- (40) Jeg er også enig med førstvoterende i at det nærmere innholdet av handleplikten må bero på en helhetlig vurdering av den konkrete situasjonen, hvor det vil ha betydelig vekt at det er tale om å beskytte et barn man har omsorgsansvar for. Men det som må vurderes i en situasjon som vår, er altså om det er grunn til å anse den handlepliktige for å bli ansvarlig som medvirker til en straffbar handling, ikke om den handlepliktige har utvist omsorgssvikt.
- (41) Den nærmere vurderingen av om A har medvirket til mishandlingen av C, må ta utgangspunkt i det hun faktisk har gjort for å motvirke Bs handlinger. Som nevnt av førstvoterende forsøkte hun en rekke ganger å stanse/motvirke Bs krenkelser, både verbalt og på annen måte. Ved én anledning tilkalte hun også en bekjent av familien for å roe ned/stanse B. Jeg oppfatter at hun har utvist ikke ubetydelig aktivitet for å motvirke Bs mishandling. Situasjonen i vår sak er dermed vesentlig forskjellig fra mishandlingstilfeller hvor omsorgspersonen forholder seg helt passiv til hovedgjerningen.
- (42) As handlinger var likevel utilstrekkelige til å hindre ytterligere krenkelser av C. Det hadde nok vært ønskelig om A – da hun ble klar over at det hun hadde gjort, ikke var tilstrekkelig til å hindre ytterligere krenkelser – hadde foretatt seg noe mer, slik førstvoterende gir uttrykk for. Det må etter mitt syn kunne hevdes at hun ved ikke å foreta mer enn hun har gjort, til en viss grad har sviktet i omsorgen for stesønnen C mot sin fars mishandling. Men selv om man konkluderer med omsorgssvikt i en situasjon som den foreliggende, medfører det som nevnt ikke uten videre at hun bør anses for å ha medvirket til fortsatt mishandling av C. Ved vurderingen av om hennes forhold medfører ansvar for medvirkning til mishandling, mener jeg det må legges avgjørende vekt på den aktivitet hun har utvist for å motvirke Bs mishandling. Ut fra det hun har gjort, blir det etter mitt syn for strengt å se det slik at hun ved ikke å foreta seg noe mer har medvirket til Bs videre mishandling. Jeg minner også om det alminnelige synspunkt at terskelen for å oppstille straffansvar bør ligge høyere enn terskelen for å konstatere brudd på sivilrettslig handleplikt. Jeg viser ellers til Øyen, Tidsskrift for strafferett, 2014, side 257–258, hvor han blant annet uttaler at det er:

"... kriminalpolitisk vanskelig å forsvare at en passiv omsorgsperson bedømmes som en medvirker til forbrytelsen, og dermed 'settes i bås med' gjerningsmannen og assosieres med vedkommendes gjerninger. Den passive omsorgspersonen har i utgangspunktet kun brutt sin sivilrettslige omsorgsplikt overfor barnet, og bør bare straffes for dette. Hvis et medvirkningsansvar skal være aktuelt, bør en kreve at omsorgspersonen ut fra

egen handlemåte og den aktuelle konteksten har kommet med konkret støtte til gjerningsmannen.

Løsningen på det overordnede problemet ved dagens strafferettslige regulering er å vedta et eget straffebud som rammer omsorgspersoner som ikke etter evne beskytter et barn mot vold, seksuelle overgrep eller annen mishandling gjennom anmeldelse til politiet, varsel til barnevernet eller et annet egnet beskyttelsestiltak."

- (43) Selv om det etter gjeldende rett er klart at en passiv omsorgsperson kan bli dømt for medvirkning, altså selv om vedkommende ikke har "kommet med konkret støtte til gjerningsmannen", er jeg enig med Øyen i at det ofte vil være mindre naturlig å se den passive omsorgspersonen som medvirker til forbrytelsen når det vedkommende kan klandres for, er svikt i omsorgen for barnet. Det klare strafferettslige utgangspunktet om at passivitet ikke gir grunnlag for strafferettslig medvirkningsansvar og avstanden mellom det omsorgspersonen kan klandres for og hovedgjerningen, medfører etter mitt syn at det ikke bør straffes for medvirkning i vår sak, hvor A som nevnt har utvist ikke ubetydelig aktivitet for å motvirke mishandlingen.
- (44) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bull.
- (45) Dommer: **Berglund:** Likeså.
- (46) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, kst. dommer Sæbø.
- (47) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.