

MINSTESTRAFF SOM LOVTEKNISK VIRKEMIDDEL GENERELT, OG FOR VOLDTEKT SPESIELT



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 626
Leveringsfrist: 25. 11. 2009

Til sammen 17 991 ord

24.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Begrepsavklaring og den nærmere avgrensning	2
1.3	Metode og det videre opplegget	3
<u>2</u>	<u>MINSTESTRAFF SOM LOVTEKNISK VIRKEMIDDEL GENERELT</u>	<u>4</u>
2.1	Innledende om minstestrafens formål, begrunnelser og virkninger	4
2.2	Minstestraft i straffeloven	5
2.2.1	Minstestraft i straffeloven 1902	5
2.2.2	Minstestraft etter straffeloven 2005	7
2.3	Minstestrafens begrunnelser	10
2.3.1	Signaleffekt	10
2.3.2	Straffverdighet	11
2.3.3	Proporsjonalitet	12
2.3.4	Den allmenne rettsfølelse	13
2.3.5	Allmennprevensjon	14
2.4	Minstestrafens funksjoner og virkninger	15
2.4.1	Minstestrafens veiledende funksjon	15
2.4.2	Uheldige juridiske løsninger	16
2.4.3	Bruk av deldom	19
2.5	Minstestrafen og forholdet mellom lovgiver og domstol	22
2.5.1	Maktfordelingen	22
2.5.2	Minstestrafens påvirkning av domstolens skjønn	23
2.5.3	Alternativer til minstestraft	25
2.5.4	Bør lovgiver eller domstol bestemme straffenivået?	30

<u>3</u>	<u>MINSTESTRAFF SOM LOVTEKNISK VIRKEMIDDEL FOR VOLDTEKT</u>	<u>33</u>
3.1	Innledende om voldtektsbestemmelsen og dens historiske utvikling	33
3.1.1	Oversikt over kapitlet	33
3.1.2	Oversikt over voldtektsbestemmelsen	33
3.1.3	Den historiske utviklingen av minstestraft for voldtekt	37
3.2	Utviklingen etter lovendringen i 2000	39
3.2.1	Innledende om endringene og påfølgende tendenser i rettspraksis	39
3.2.2	Heving av minstestrafen	40
3.2.3	Bevisstløshetstilfellene	45
3.2.4	Kriminalisering av grovt uaktsom voldtekt	50
3.3	Avsluttende om utviklingen etter straffeloven 2005	54
3.3.1	Innledning	54
3.3.2	Heving av minstestrafen	55
3.3.3	Etablering av et normalstraffenivå for voldtekt	56
3.3.4	Videreføring av bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt	58
3.3.5	Avsluttende bemerkninger	59
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>
<u>4</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>61</u>
<u>5</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>64</u>

1 Innledning

1.1 Tema

I henhold til maktfordelingsprinsippet er det Stortinget som gir lovene, mens det er opp til domstolen å avgjøre den enkelte sak. På strafferettens område skal straffen utmåles innenfor relativt vide strafferammer. Innenfor disse vide strafferammene, er det domstolene med Høyesterett i spissen som gjennom sin praksis fastsetter straffenivået for det enkelte lovbrudd. Lovgiver kan imidlertid påvirke straffenivået innenfor strafferammen i det enkelte straffebed ved bruk av visse lovtekniske virkemidler.

Tema for denne oppgaven er hvordan lovgiver kan benytte seg av minstestraff som lovteknisk virkemiddel for å påvirke domstolens skjønn ved straffutmålingen.

Minstestrafen påvirker straffenivået innenfor det enkelte straffebed ved at den representerer et unntak fra den alminnelige regel i straffeloven § 17. Vanligvis fastsetter domstolen en straff mellom den alminnelige minstestraff på 14 dager, jf. strl. § 17, og maksstraffen som er oppgitt i det enkelte straffebed. Minstestrafen er et politisk signal fra lovgiver som sier noe om at straffenivået for den bestemte forbrytelse bør være høyt, og med å bruke minstestraff som virkemiddel kan endringer i straffenivået innenfor det enkelte straffebed skje raskt. Der hvor minstestraff ikke er benyttet, vil endringer i straffenivået som regel skjer over tid gjennom rettspraksis etter tilsagn fra lovgiver gjennom forarbeider, eller fordi den alminnelige rettsfølelse tilsier det.

Minstestraff er blant annet benyttet i voldtektsbestemmelsen. Med denne bestemmelsen illustreres minstestrafen som lovteknisk virkemiddel på en god måte fordi minstestraff for denne forbrytelsen har vært omdiskutert. Bestemmelsen har blitt endret flere ganger i løpet av straffelovens levetid ved at minstestrafen har blitt hevet og minsket. I tillegg vil minstestrafen nå heves ytterligere med straffeloven 2005. Noe av forklaringen på

minstestraft for voldtekt kan ligge i medias og politikeres fokus på at straffenivået for voldtekt synes for lavt.

1.2 Begrepsavklaring og den nærmere avgrensning

Både lov av 22. Mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) og lov av 20. Mai 2005 nr. 28 Lov om straff (Straffeloven) blir benyttet i denne oppgaven. Disse vil heretter bli referert til som henholdsvis straffeloven 1902 og straffeloven 2005.

Det går frem av straffeloven 1902 § 17 første ledd bokstav a at den alminnelige minstestraft er 14 dager. Dette er den laveste fengselsstraff som kan idømmes. Temaet for denne oppgaven er imidlertid den særskilte minstestraft som er fastsatt i det enkelte straffebed, og som representerer et unntak til § 17. De straffebed som fastsetter en særskilt minstestraft retter seg som regel mot de mest alvorlige lovbruddene. Det blir ofte pekt på at minstestraft kan ha negative konsekvenser,¹ og tendensen går mot å fjerne de fleste minstestraftene.

I det følgende vil jeg kun se på bestemmelser med minstestraft i straffeloven, og tar ikke for meg bestemmelser i særlovgivningen. Videre tar oppgaven bare for seg minstestraft som fengselsstraff, da hefte ikke blir brukt i praksis. For voldtektsbestemmelsen konsentrerer jeg meg om rettspraksis fra etter lovendringen i 2000, da det er her hovedvekten i fremstillingen om minstestraft for voldtekt vil ligge. Andre rettsavgjørelser vil jeg bare komme inn på i den grad de er særlig viktige eller illustrerende for et poeng.

Med strafferammer menes spennet mellom den laveste og den høyeste fengselsstraff i den enkelte straffebedbestemmelse. Vanligvis går strafferammen frem av det enkelte straffebed sammenholdt med den alminnelige regel i § 17. Der det foreligger en særskilt minstestraft, går denne alltid frem av det enkelte straffebed, men dette må som regel suppleres med den alminnelige lengstestraften i § 17 på 15 år. Dette vil si at strafferammen for drap etter § 233 sammenholdt med § 17 første ledd bokstav a er fra 6 til 15 år.

¹ Se f.eks Matningsdal (2002)a s. 573 og Andenæs (2004)b s. 438

Med lovteknisk virkemiddel mener jeg et virkemiddel lovgiver benytter seg av for å påvirke straffenivået innenfor strafferammen i det enkelte straffebud. Minstestraft er trolig det virkemiddelet som blir mest benyttet i praksis, og det virkemiddelet som i realiteten påvirker straffenivået mest. Av andre lovtekniske virkemidler kan nevnes å heve maksstraffen eller å innføre såkalte straffetabeller/straffetariffer. Det sistnevnte begynner å bli utbredt i USA, men er lite benyttet i Norge unntatt i reglene om promillekjøring, jf. Vegtrafikkloven § 31 annet til fjerde ledd, jf. § 22 første ledd.

1.3 Metode og det videre opplegget

Denne fremstillingen vil ta utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. På strafferettens område er ny straffelov vedtatt, men har, med unntak av kapittel 16, ennå ikke trådt i kraft. Forarbeidene til straffeloven 2005 representerer dermed etterarbeider til straffeloven 1902. Forarbeidene anses som juridisk litteratur der de uttaler seg om gjeldende rett.² NOU 1997: 23 er spesiell ved at den i tillegg til å være en delutredning til straffeloven 2005 ble lagt til grunn ved lovendringen av seksuallovbruddskapittelet i 2000.

Opgaven er delt inn i to hoveddeler. I den første hoveddelen vil jeg se nærmere på de reglene som inneholder minstestraft i straffeloven 1902 og straffeloven 2005. I den forbindelse vil jeg se på minstestraftens formål, begrunnelser og mulige virkninger. Videre vil jeg se på forholdet mellom lovgiver og domstol, herunder om og eventuelt hvordan innføring av minstestraft innskrenker domstolens skjønn når det gjelder straffutmåling og om det kan tenkes noen alternativer til bruk av minstestraft.

Den andre hoveddelen omhandler minstestraft som lovteknisk virkemiddel for voldtektsbestemmelsen. Det vil først bli gitt en redegjørelse for voldtektsbestemmelsen slik den er utformet i dag. Deretter følger en kort gjennomgang av bestemmelsens historiske utvikling fra 1902 og frem til lovendringen i 2000. Jeg vil deretter bruke det jeg har påvist når det gjelder minstestraft generelt og se hvordan dette gjør seg gjeldende spesielt for

² Eckhoff (2001) s. 70

voldtektsbestemmelsen. I den forbindelse vil jeg særlig ha fokus på utviklingen av bestemmelsen etter år 2000. Tilslutt vil jeg se nærmere på hvordan rettstilstanden kan tenkes å utvikle seg videre med straffeloven 2005.

2 MinstestStraff som lovtEknisk virkemiddel generelt

2.1 Innledende om minstestStraffens formål, begrunnelser og virkninger

Både forarbeider og litteratur har fremhevet at det foreligger to formål bak en særskilt minstestStraff.³ Det første formålet er å vise at det dreier seg om en særlig straffverdig handling, hvor interessen som er vernet av straffebudet står særlig sterkt. Jeg kommer tilbake til straffverdighet i punkt 2.3.1 nedenfor. Det andre formålet med minstestStraffen er å gi lovgiver bedre kontroll med straffutmålingen for bestemte handlinger. Dette er tema i punkt 2.5 nedenfor.

I tillegg til disse to formålene, vil jeg også se på andre forhold som kan tenkes å begrunne minstestStraffen, samt hvilke tilsiktede og utilsiktede virkninger minstestStraffen kan tenkes å ha. Hovedbegrunnelsen for å innføre eller heve minstestStraffen i et straffebud vil ofte være å sikre et høyt straffenivå for den aktuelle forbrytelse, eventuelt å heve straffenivået raskt der lovgiver mener domstolene utmåler for lave straffer innenfor strafferammen. Å innføre eller heve minstestStraffen sender med andre ord sterke signaler til domstolene når det gjelder straffenivået.

MinstestStraffen sender imidlertid flere signaler enn dette. Ved siden av at minstestStraff signaliserer at det dreier seg om særlig straffverdige handlinger, viser minstestStraffen at det skal være forholdsmessighet mellom forbrytelser som anses for å være alvorlige og hvor streng straff som skal utmåles for disse. En annen signaleffekt av minstestStraffen er de signaler den sender til samfunnet. Med dette mener jeg at minstestStraffer kan være i tråd

³ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 133 og Myhrer (2008) s. 105

med den allmenne rettsfølelse, ved at minstestraff settes for forbrytelser samfunnet mener bør straffes strengt. Videre kan minstestrafen begrunnes i allmennpreventive virkninger. Jeg kommer tilbake til disse begrunnelsene for minstestraff under punkt 2.3 nedenfor.

Et ønske fra lovgivers side om høyere straffer for enkelte forbrytelser kan som nevnt tenkes å være hovedbegrunnelsen for minstestraff. Høyere straffer eller et høyere straffenivå er også den viktigste virkningen av minstestraff, ved at den setter skranker nedad for hvilken straff domstolene kan idømme. Minstestrafen kan imidlertid også ha enkelte mer eller mindre utilsiktede virkninger. Mulige eksempler på dette er at minstestraff kan føre til uheldige juridiske løsninger eller utstrakt bruk av deldom. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.4.

2.2 Minstestraff i straffeloven

2.2.1 Minstestraff i straffeloven 1902

I straffeloven 1902 er det i annen del 39 særskilte minstestraffer fordelt på 36 paragrafer.

Minstestrafens lengde spenner fra 2 måneder i § 136 annet ledd til 21 år i § 100.

Bestemmelsen i § 100 om regentdrap blir dermed spesiell, i den forstand at den fastsetter straffeutmålingen for handlingen. Flere av bestemmelsene som inneholder minstestraff har stått uendret siden 1902, mens andre har blitt endret flere ganger. Bare et fåtall av de bestemmelsene som inneholder minstestraff har en praktisk betydning i dag.⁴

Grovt sett kan typen overtredelser som er belagt med minstestraff deles inn i to grupper. Den ene gruppen er alvorlige forbrytelser som truer rikets sikkerhet, se for eksempel lovens kapittel 8 og 9. Den andre gruppen er alvorlige integritetskrenkelser mot en eller flere personer. Eksempler på dette er bestemmelser i kapittel 14 om allmennfarlige forbrytelser, samt bestemmelsene om voldtekt i § 192 annet ledd, grov legemsbeskadigelse i § 231 og drap i § 233.

⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 133

Strafferammene ved minstestraff går noen ganger frem av den enkelte bestemmelse ved at den også fastsetter hva maksstraffen skal være. Ellers må bestemmelsen suppleres med den alminnelige regelen i § 17 første ledd bokstav a, hvor det går det frem at maksstraffen er 15 år.

Samtidig er det flere bestemmelser i straffeloven som gir domstolen anledning til å gå under den særskilte minstestrafen. Disse straffnedsettelsesgrunnene bøter noe på den innskrenkingen i domstolens skjønn som minstestrafen representerer. Domstolen kan da ta i betraktning individuelle trekk ved gjerningspersonen og gå under den fastsatte minstestraff dersom dette er hjemlet i en av bestemmelsene om straffnedsettelse.

For det første kan domstolen gå under den særskilte minstestraff når det utmåles straff for forsøkshandlinger, jf. § 51. Det samme gjelder dersom gjerningspersonen var under 18 år da forbrytelsen ble begått, jf. § 55. I tillegg finner vi flere straffnedsettelsesgrunner oppregnet i § 56. Dette er for det første de tilfeller der gjerningspersonen har foretatt en handling for å redde person eller gods, men har overskredet nødverge eller nødrett. Videre dersom gjerningspersonen har handlet i berettiget harme, hadde en alvorlig psykisk lidelse eller handlet under bevisstløshet som følge av selvforskyldt rus og det foreligger særdeles formildende omstendigheter. Også for rettsvillfarelse kan domstolen etter § 57 gå under minstestrafen. Det samme gjelder etter § 58 for den som har medvirket i liten grad der det er flere som har samvirket om en straffbar handling, og etter § 59 første ledd for den som før han vet han er mistenkt har ”forebygget eller gjenopprettet de skadelige følger av handlingen”. Etter § 59 annet ledd kan også domstolen gå under den særskilte minstestrafen dersom siktede har avgitt en uforbeholden tilståelse, såkalt ”tilståelsesrabatt”. Der loven viser til ”særdeles formildende omstendigheter” for å gå under minstestrafen (se f. eks. § 56 bokstav d) må handlingen være mindre straffverdig enn normalovertredelsen av straffebudet.⁵ Jeg kommer tilbake til straffverdighet under punkt 2.3.1 nedenfor.

⁵ Eskeland (2006) s. 408

2.2.2 MinstestStraff etter straffeloven 2005

Bruk av minstestStraff er behandlet flere ganger i forarbeidene til ny straffelov. I

straffelovkommisjonenes første delutredning uttales det at det bør vurderes å oppheve enkelte av de særskilte minstestStraffene og bare beholde minstestStraff for særlig alvorlige forbrytelser, slik som voldtekt, forsettelig drap og grove narkotikaforbrytelser.⁶

MinstestStraffen drøftes også i delutredning VII. Kommisjonen er generelt skeptisk til bruk av minstestStraffer og peker på faren for uheldige juridiske løsninger som bruk av annet straffebud og feilaktige frifinnelser.⁷ Flertallet foreslo å videreføre minstestStraff for tre bestemmelser; vanlig og grovt drap, samt grov seksuell omgang med barn.⁸ Et mindretall ønsket i tillegg minstestStraff for grov brannstiftelse, mens et annet mindretall ikke ønsket å videreføre særskilt minstestStraff overhode.⁹

Departementet sluttet seg i det vesentlige til skepsisen til bruk av minstestStraffer, og foreslår bare et begrenset antall minstestStraffer videreført,¹⁰ men uttaler at det er ”uaktuelt å oppheve alle bestemmelser om særskilt minstestStraff”.¹¹ Departementet uttaler videre at minstestStraff som et overordnet synspunkt ”bør forbeholdes alvorlige angrep på de mest beskyttelsesverdige interesser: livet, den seksuelle integritet og rettsstaten.”¹²

Departementet foreslår derfor minstestStraffer for drap og grovt drap, voldtekt, grov seksuell omgang med barn under 14 år, grov brannstiftelse, grove narkotikalovbrudd samt særlig grov motarbeidelse av rettsvesenet.¹³ Flertallet i justiskomiteen er enig med departementet i at bruken av minstestStraffer bør begrenses.¹⁴

⁶ NOU 1983:57 s. 239

⁷ NOU 2002:4 s. 150

⁸ l.c.

⁹ l.c.

¹⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 136

¹¹ Ibid. s. 137

¹² l.c.

¹³ Ibid. s. 138-139

¹⁴ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 29

For de straffebestemmelsene som nå går frem av straffeloven 1902 kapitlene 8 og 9 angående rikets sikkerhet foreslo Lund-utvalget å oppheve minstestraffene.¹⁵ Kommisjonen uttaler at det dreier seg om noen av de mest alvorlige forbrytelser i straffeloven. Da kommisjonen likevel foreslår å fjerne minstestraft for disse forbrytelsene, baserer den seg på to hensyn; for det første at bestemmelsene har et stort spenn i straffverdigheten og for det andre fordi man har et dårlig grunnlag for å fastsette minstestraffer for disse forbrytelsene da reglene er lite brukt i praksis.¹⁶ Dette følges opp av departementet.¹⁷

Myhrer har sammenfattet bruken av minstestraft i straffeloven 2005 slik: ”Det overordnede synspunkt har vært at minstestraffer bare skal brukes ved lovbrudd hvor overtredelsene er så mange at det kan etableres et klart straffenivå for normallovbruddet, og det gjelder alvorlige angrep på de mest beskyttelsesverdige interesser som livet, den seksuelle integritet og rettsstaten.”¹⁸

Lovgiver legger også opp til at det skal være færre sett med strafferammer enn tidligere. Straffeloven 1902 opererer med 16 ulike sett med strafferammer. I straffeloven 2005 skal dette antallet reduseres.¹⁹ Straffelovkommisjonen foreslår en reduksjon til 8 rammer,²⁰ departementet foreslår 8-9 sett med strafferammer.²¹ I straffeloven 2005 er det ikke fastsatt en generell maksstraff i § 31, slik det nå er i straffeloven 1902 § 17. Maksstraffen skal derfor gå frem av det enkelte straffebud.²² Den alminnelige minstestraft på 14 dager videreføres.²³

¹⁵ NOU 2003:18 s. 86

¹⁶ I.c.

¹⁷ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 120

¹⁸ Myhrer (2008) s. 105-106

¹⁹ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 28

²⁰ NOU 2002:4 s. 145

²¹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 132

²² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 141

²³ Ibid. s. 132

Om minstestrafens betydning for strafferammen uttaler justiskomiteen at den ”har merket seg at departementet mener at en minstestraft gjerne er fastsatt for å reflektere straffenivået for de såkalte ordinære overtredelser av straffebudet. Komiteen vil presisere at når lovgiver fastsetter en minstestraft, gjøres det fordi ingen handling som omfattes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet skal straffes under det gitte minimum. Dette må forstås slik at det kun er de minst alvorlige handlinger som omfattes av gjerningsbeskrivelsen, som skal ilegges minstestrafen.”²⁴ Komiteen presisere her at minstestrafen skal benyttes for de minst alvorlige handlinger som omfattes av straffebudet og signalisere da en større bruk av skalaen innenfor strafferammen. Straff for normalovertredelsen bør da ligge noe høyere enn minstestrafen.

I forarbeidene til straffeloven 2005 presiserer justiskomiteen at det er ”viktig å sikre at domstolene har tilstrekkelige fullmakter til å kunne utmåle en hensiktsmessig reaksjon i hvert enkelt tilfelle. Det er derfor nødvendig å innta en bestemmelse om straffnedsettelse i den nye loven.”²⁵ Komiteen fremhever imidlertid at det ikke er ønskelig med utvidet bruk av straffnedsettelsesgrunnene da det kan komme i konflikt med hensynet til å bevare den sosiale ro.²⁶

Straffnedsettelsesgrunnene frem av § 80. De fleste grunnene har blitt videreført fra straffeloven 1902. Gjeldende rett blir videreført for de utilregnelighetsnære tilstander, altså der gjerningspersonen lider av en alvorlig psykisk lidelse, men ikke er psykotisk, videre der gjerningspersonen er lettere psykisk utviklingshemmet eller har en sterk bevissthetsforstyrrelse som ikke er en følge av selvforskyldt rus. Bestemmelsen gjelder også den som var bevisstløs som følge av selvforskyldt rus når ”særdeles formildende omstendigheter tilsier det”, jf. bokstav h. For reglene om straffnedsettelse ved forsøk, berettiget harme, tvang og overhengende fare videreføres også gjeldende rett.²⁷ Det samme

²⁴ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 29

²⁵ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 98

²⁶ l.c.

²⁷ Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 369-370

gjelder dersom gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet, og for gjerningsperson som gir en uforbeholden tilståelse.²⁸ Nytt er imidlertid at straffen kan settes ned dersom man har overskredet grensen for selvtekt. Reglene om straffnedsettelse ved overskredet nødverge og nødrett videreføres.

Straffelovkommisjonen foreslo å innføre en generell regel om straffnedsettelse når det foreligger svært formildende omstendigheter. Denne regelen skulle fungere som en sikkerhetsventil, særlig for de bestemmelser som fortsatt har en særskilt minstestraft.²⁹ Departementet mente imidlertid at det ikke var grunn til å innføre en slik regel, da domstolen har anledning til å benytte seg av deldom dersom minstestrafen vil ramme uforholdsmessig hardt i konkrete tilfeller.³⁰

2.3 Minstestrafens begrunnelser

2.3.1 Signaleffekt

Det er flere hensyn som kan tenkes å begrunne hvorfor lovgiver velger å benytte seg av minstestraft som lovteknisk virkemiddel. Noen begrunnelser er som nevnt uttalt som formål for minstestrafen i forarbeider og litteratur. Andre begrunnelser benyttes ofte mer generelt for å begrunne bruk av straff overhode, men begrunner i stor grad også minstestraft. Flere av de øvrige begrunnelsene for minstestraft er knyttet til den signaleffekten som bruk av minstestraft gir.

Ved å benytte seg av minstestraft sender lovgiver signaler til både domstolene og til samfunnet. Minstestrafen fungerer som en kompetanseskranke for domstolene, og sender signaler om et høyt straffenivå. Hovedbegrunnelsen for å innføre, eller eventuelt å heve minstestrafen i et straffebud er antakelig å sende politiske signaler til domstolene om et høyt straffenivå, og å sørge for at overtredelser av straffebudet blir straffet strengt. Til

²⁸ Ibid. s. 370

²⁹ NOU 2004:2 s. 264

³⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 371

samfunnet sender minstestrafen signaler om at lovgiver ser særlig alvorlig på overtredelser av disse straffebedene. Som Runar Torgersen skrev i sin avhandling: ”Forholdet mellom strafferammene i dagens straffebed gir i noen grad uttrykk for samfunnets vurdering av de ulike handlinger.”³¹ Minstestrafens signaleffekt henger også nært sammen med minstestrafens virkninger. Dette er tema i punkt 2.4 nedenfor.

2.3.2 Straffverdighet

Straffelovgivningen er et formelt uttrykk for at de handlinger den kriminaliserer er straffverdige.³² En begrunnelse for minstestrafen er at den signaliserer at de forbrytelser det er satt minstestraf for er særlig straffverdige. Straffverdighet er som nevnt også et av formålene med minstestraf. Når et straffebed inneholder en særlig minstestraf, sender det signaler om at det dreier seg om en forbrytelse som er særlig straffverdig, også i større grad enn andre handlinger som er belagt med straff. Dette pekes det også på i svenske forarbeider.³³

Straffverdighet kan defineres som ”*graden av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen, vurdert ut fra handlingen og omstendighetene knyttet til den.*”³⁴ En liknende definisjon er lagt til grunn i svenske forarbeider: ”Med ett brotts *straffvärde* avses brottets svårhet i förhållande till andra brott. Straffvärde är alltså ett mått på hur allvarligt brottet är. Det straffvärdet som kommer till uttryck i straffskalorna är brottens abstrakta straffvärde. Straffvärdet hos ett visst begånget brott utgör det konkreta straffvärdet. Straffskalorna för brotten ger alltså uttryck för lagstiftarens uppfattning om brottens abstrakta straffvärde.”³⁵

³¹ Torgersen (2000) s. 24

³² Eskeland (2006) s. 54

³³ SOU 1986:14 s. 167

³⁴ Eskeland (2006) s. 131

³⁵ SOU 1986:13 s. 19

Straffebud som inneholder minstestraft retter seg ofte mot de mest alvorlige lovbruddene. Det dreier seg ofte om overtredelser som anses som grove, og hvor skylden hos gjerningspersonen oppleves som stor. At nettopp disse forbrytelsene skal straffes over et visst nivå signaliserer at lovgiver ser særlig alvorlig på disse forbrytelsene, og at de anses som særlig straffverdige.

Ut i fra dette kan man si at straffverdighet gir inntrykk av rettferdighets - og gjengjeldelsesbetraktninger. Den viser at forbrytelsen må straffes strengt, og at en streng straff er påkrevet ut i fra et gjengjeldelsessynspunkt. Dette henger nært sammen med hensynet til proporsjonalitet som jeg kommer tilbake til i punktet nedenfor.

2.3.3 Proporsjonalitet

En annen begrunnelse for minstestrafte som lovteknisk virkemiddel er prinsippet om forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff. Prinsippet går ut på at ”straffen skal stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet.”³⁶ Som nevnt i avsnittet over, vil de forbrytelser som er belagt med minstestraft ofte anses som grove, og strafferammene for disse forbrytelsene er ofte høye for å gjenspeile dette. Ved at straffebudet inneholder minstestraft må straffen ligge over et visst nivå, noe som avspeiler at det dreier seg om en alvorlig forbrytelse som skal straffes strengt.

Hva som er riktig forhold mellom forbrytelse og straff kan imidlertid variere over tid. Et problem med minstestraft i straffeloven 1902 er derfor at flere av bestemmelsene har stått urørt siden loven trådte i kraft for over 100 år siden. I dag kan det derfor være slik at det ikke er forholdsmessighet mellom forbrytelsen og minstestrafte. Dette kan føre til at domstolen må utmåle en straff den mener er for streng eller omgå minstestrafte ved å benytte et annet straffebud eller gjøre deler av dommen betinget. Jeg kommer tilbake til dette under punkt 2.4 nedenfor.

³⁶ Eskeland (2006) s. 427

Det er ikke bare viktig at det er forholdsmessighet mellom den enkelte forbrytelse og den straff som er fastsatt for denne. Det må også være forholdsmessighet mellom straffen for ulike forbrytelser. Hvor lang straffen er, reflekterer blant annet hvordan samfunnet verdsetter den interessen som er krenket.³⁷ MinstestStraff signaliserer da at samfunnet holder denne interessen høyt, og ønsker krenkelser av interessen som er vernet straffet strengt i forhold til krenkelser av andre interesser. Dette er som Matningsdal og Sandbakken påpeker uavhengig av den avskrekkende effekten av høye straffer: ”Hensynet til proporsjonalitet kan derfor tilsi at straffenivået endres uavhengig av hva hensynet til allmennprevensjonen krever.”³⁸

2.3.4 Den allmenne rettsfølelse

Det er en grunntanke at det er folkets verdioppfatninger som skal ligge til grunn for lovgivningen, noe som også går frem av at lovgiver skal være valgt av folket. Denne verdioppfatningen betegnes som ”den allmenne rettsfølelse”, og er et annet hensyn som kan begrunne minstestStraff som lovteknisk virkemiddel. Dette noe løse begrepet beskriver hva befolkningen som helhet mener er straffbart, og hvor straffbart det er i forhold til hvor strenge straffer som bør utmåles for de enkelte forbrytelser. For minstestStraffens vedkommende kan det sies at det at et straffebud inneholder minstestStraff kan avspeile den allmenne rettsfølelse ved at ”folk flest” mener disse forbrytelsene bør straffes strengt.

I sin første delutredning viser straffelovkommisjonen til at den mener det må legges stor vekt på den alminnelige rettsoppfatningen i et demokrati.³⁹ Hva som er den alminnelige rettsoppfatningen kan imidlertid være vanskelig å fastslå. Flere undersøkelser viser at folk generelt mener straffene må opp, men stilt ovenfor en konkret sak mener de ofte at den utmålte straff er for streng. Det som går frem av media kan kanskje sies å gi et inntrykk av hva som er den allmenne rettsfølelse, men det må tas med i betraktning at media ofte bare refererer til de mer spektakulære lovbruddene, og ikke ”normalovertredelsene”. Gjennom

³⁷ Matningsdal og Sandbakken (2004) s. 16

³⁸ I.c.

³⁹ NOU 1983:57 s. 61

media kan derfor folk flest få et feilaktig inntrykk av kriminaliteten i samfunnet, noe som kan gjøre at den allmenne rettsfølelse kanskje ikke er helt i overensstemmelse med hva befolkningen faktisk mener.

Det kan videre hevdes at siden folket er lovgiver gjennom de folkevalgte, gir lovgivningen uttrykk for den allmenne rettsfølelse. De bestemmelser det da settes minstestraff for er de forbrytelser de folkevalgte, og i forlengelsen av dette folket, mener bør straffes strengt. På den annen side er det ikke sikkert at domstolene er mer i utakt med folk flest enn det lovgiver er, noe som kan tale for at straffutmålingen ville være i tråd med den allmenne rettsfølelse selv om straffebestemmelsen ikke innholdt minstestraff slik at domstolen måtte idømme en straff over et visst nivå.

Et annet argument her er innslaget av legdommere i landets domstoler. Disse vil også sørge for at straffutmålingen er i tråd med den allmenne rettsfølelse. Her kan også nevnes at legdommere ofte stemmer for en mildere straff enn fagdommerne.⁴⁰ Ut i fra dette kan man si at det ikke er sikkert at minstestraffer er det beste virkemiddelet for å avveie den allmenne rettsfølelse. Domstolenes konkrete skjønnsutøvelse er kanskje minst god og rettferdig som den mer usikre størrelsen ”allmenn rettsfølelse”.

2.3.5 Allmennprevensjon

Straffens allmennpreventive virkning er hovedbegrunnelsen for straff i vårt samfunn. Det er en sammenheng mellom hvor streng straffen er og den avskrekkende virkning av straffen. Allmennprevensjon er av denne grunn også en begrunnelse for bruk av minstestraff.

Allmennprevensjon var tidligere tanken om straffens avskrekkende effekt. Dersom én ble straffet for en forbrytelse, ville andre la være å gjøre samme handling. Senere tok tanker om straffens moraldannende og vanedannende virkning over for den avskrekkende

⁴⁰ Matningsdal (2004) s. 338

virksomhet på allmennprevensjonens område.⁴¹ Ideen var at oppfatninger om hva som var moralsk riktig ble styrket gjennom at handlinger ble belagt med straff. Straffetrusselen var også vanedannende fordi folk da avholdt seg fra disse handlingene. Allmennprevensjonen er med andre ord begrunnet i tre virkninger; den avskrekkende virkning, den moraldannende virkning og den vanedannende virkning. I følge Andenæs har straffens størrelse betydning for alle disse tre virkningene.⁴² Han påpeker imidlertid videre at avskrekkingsvirkningen oppstår øyeblikkelig ved straffskjerpelser, mens den moraldannende virkning først viser seg over tid.⁴³

På minstestrafens område kan man si at den allmennpreventive virkningen kommer av at disse handlingene er belagt med en ofte strengere straff enn andre handlinger. Det har sammenheng med den avskrekkende effekten av at et straffebud inneholder minstestraft. Det kan også hevdes at det styrker moralen at handlinger som anses som straffverdige av samfunnet straffes med strengere straffer. En innvending mot dette er at flere av handlingene som er belagt med minstestraft, slik som drap og voldshandlinger, ofte begås i affekt, og den preventive virkningen er da høyst usikker. Den ”moralske dom” over slike handlinger er normalt streng, uansett om straffebudet inneholder minstestraft eller ei. Allmennpreventive virkninger kan derimot gjøre seg sterkere gjeldende ved presumptivt mindre alvorlige handlinger, som for eksempel pengefalsk. Se nærmere om dette under punkt 2.4.2.

2.4 Minstestrafens funksjoner og virkninger

2.4.1 Minstestrafens veiledende funksjon

Minstestrafen har antakelig flere mer eller mindre tilsiktede virkninger. Den tilsiktede virkningen av minstestraft, er at den fungerer som en nedre kompetanseskranke for domstolens straffutmåling. Den gir dermed domstolene veiledning om hvilket nivå

⁴¹ Hauge (1996) s. 293-296

⁴² Andenæs (1974) s. 24-29

⁴³ Ibid. s. 26

straffen bør ligge på for de minst alvorlige overtredelser av det aktuelle straffebud. Som Torgersen påpeker gir imidlertid ikke minstestrafen veiledning om straffenivået for normalovertredelser, men det vil ved innføring av minstestraft ofte være et press mot strengere straffer.⁴⁴

Minstestrafens veiledende funksjon henger sammen med minstestrafens signaleffekt. Den sender signaler om et høyt straffenivå samtidig som den veileder domstolene slik at den utmålte straff faktisk ligger på et høyt nivå. For voldtekt kan det se ut til at minstestrafen har fungert etter sitt formål, da straffene etter lovendringen i 2000 har økt og ligger på over 2 år. Se nærmere om dette i punkt 3.2.1 nedenfor.

Kritikken mot bruk av minstestraft er imidlertid basert på at den kan ha flere utilsiktede virkninger. Den kan for det første føre til at domstolene må utmåle straffer de finner urimelig strenge i konkrete tilfeller. Videre er det påpekt at minstestrafen kan føre til uheldige juridiske løsninger som at domstolene nedsubsumerer til et annet straffebud som ikke inneholder minstestraft, eller tiltalte blir frifunnet på feil grunnlag. En annen mulig utilsiktet virkning er at domstolene benytter seg av delvis betinget dom i større grad enn ellers for å omgå minstestrafen.

Spørsmålet i det følgende er om det er tilfellet at minstestrafen blir omgått av domstolene, og om dette undergraver minstestrafens betydning som lovteknisk virkemiddel.

2.4.2 Uheldige juridiske løsninger

Den kanskje viktigste kritikken av minstestraft har gått ut på at minstestraft kan tvinge domstolene til å utmåle straffer de finner for strenge i konkrete tilfeller. Dette har sammenheng med at minstestrafen setter sperrer for hvor mye vekt domstolene kan legge på individuelle forhold i formildende retning ved straffutmålingen. Kritikerne har vist hvordan domstolene for å unngå å utmåle strenge straffer kan omgå minstestrafen. Dette kan gjøres ved å nedsubsumere til et annet straffebud som ikke inneholder minstestraft,

⁴⁴ Torgersen (2000) s. 26

eller frifinne på feil grunnlag fordi domstolene mener at domfellelse vil ramme urimelige hardt når straffebudet inneholder minstestraft.

Det er verdt å merke seg at minstestraft i utgangspunktet bare påvirker straffespørsmålet ved at den setter en nedre grense for hvor lav straff som kan utmåles i den enkelte sak. Dersom det stemmer at minstestraft kan føre til at domstolen velger å frifinne fremfor å dømme etter minstestrafteff, vil den dermed også påvirke skyldspørsmålet. Dette vil da være stikk i strid med minstestrafteffens tilsiktede virkning, nemlig å heve straffenivået. Dersom domstolene velger å frifinne, vil gjerningspersonen være straffri.

Det er ikke bare i domstolene minstestrafteff kan føre til uheldige juridiske løsninger, også hos påtalemyndigheten kan dette forekomme. Dersom påtalemyndigheten mener minstestrafteff ville ramme urimelig hardt i det enkelte tilfellet kan også den forsøke å omgå minstestrafteff ved å nedsubsumere til et annet straffebud som ikke inneholder minstestraft i tiltalebeslutningen, reagere med påtaleunntatelse eller til og med velge å henlegge saken.

Disse mulige uheldige virkningene blir altså ofte nevnt både i forarbeider og litteratur som begrunnelse for å redusere bruk av minstestraft eller fjerne den helt.⁴⁵ Kritikken ble første gang tatt opp etter at minstestrafteff for voldtekt ble hevet i 1927, se punkt 3.1.3 nedenfor. Det kan virke som om kritikken har fulgt med minstestrafteff siden, og det er påfallende at verken forarbeider eller litteratur viser til mer nylige tilfeller av at minstestrafteff har ført til uheldige juridiske løsninger.

I sin masteravhandling i rettssosiologi har Cecilie Nergaard Langeby tatt for seg minstestraft. Det var to problemstillinger i oppgaven. Den første var hvordan de profesjonelle rettsaktører forholder seg til dagens minstestraft, og den andre hvordan de forholder seg til minstestraft slik den var foreslått i NOU 2002: 4.⁴⁶ I avhandlingen har hun

⁴⁵ Se for eksempel Slettan (1997) s. 249 og Andenæs (2004)b s. 438-439

⁴⁶ Langeby (2005) s. 3

blant annet spurt sine informanter om de kjenner seg igjen i de uheldige juridiske løsningene som blir fremhevet i litteratur og forarbeider. Det generelle inntrykk er at de ikke kjenner til tilfeller av at det har blitt nedsubsumert til et mildere straffebud eller at domstolen har frifunnet på feil grunnlag.⁴⁷ Informantene mente imidlertid at bruk av deldom var den vanligste måten å omgå minstestrafen på. Jeg kommer tilbake til dette i neste punkt.

Det ble brukt tilsammen 13 informanter i oppgaven. Det ble benyttet representanter fra de ulike rettsaktører for å få et mest mulig helhetlig bilde. Informantene var fordelt på følgende måte: 2 forsvarsadvokater, 1 statsadvokat, 1 fra riksadvokaten, 3 dommere fra Oslo tingrett, 2 dommere fra Tønsberg tingrett, 2 dommere fra Borgarting lagmannsrett og 2 Høyesterettsdommere.

Det kan imidlertid innvendes at undersøkelsen i oppgaven er basert på et så lite grunnlag at den neppe er representativ. På den annen side er undersøkelsen gjennomført hos representanter fra de rettsaktører som har befattning med minstestraf i sitt daglige arbeid, og kan på den måten i hvert fall tegne et bilde av om det stemmer at minstestrafen fører til slike uheldige løsninger.

Det er vanskelig å fastslå om minstestrafen fører til uheldige juridiske løsninger i praksis. Litteratur og forarbeider hevder dette uten å vise til nyere praktiske tilfeller. Langebys informanter kjenner derimot ikke til bruk av slike løsninger for å omgå minstestrafen i praksis. Dette betyr imidlertid ikke at det ikke forekommer at minstestrafen fører til uheldige juridiske løsninger. Men siden det er vanskelig å avdekke dette, kan det føre til at lovgiver velger å overse disse signalene og fortsetter å benytte seg av minstestraf selv om det kan føre til uheldige resultater.

Selv om det kan tenkes at domstolene i enkelte tilfeller benytter seg av uheldige juridiske løsninger for å omgå minstestrafen, er det ikke dermed sagt at de ofte gjør det. Alternativet er at domstolene må idømme straffer de mener er urimelig strenge i konkrete tilfeller. At domstolene blir tvunget til dette pga minstestrafen er heller ingen heldig løsning.

⁴⁷ Ibid. s. 49

På tross av at det er vanskelig å påvise at minstestraff fører til uheldige juridiske løsninger, kan fokuset på at dette kan skje uansett undergrave minstestrafen som lovteknisk virkemiddel. Det kan da spørres om minstestrafen virker etter sin hensikt, eller om den hindrer domstolene i å avgjøre den enkelte sak på individuelt grunnlag uten å ta hensyn til hvordan den skal unngå en urimelig streng reaksjon.

2.4.3 Bruk av deldom

Vi har sett at det hevdes at minstestrafen fører til uheldige juridiske løsninger, men at det er vanskelig å konstatere om dette er tilfellet. Et annet og nærliggende spørsmål er om minstestrafen fører til at domstolene i større grad benytter seg av delvis betinget straff for å unngå å utmåle straffer som rammer urimelig hardt.

Straffeloven 1902 har i § 52 bestemmelser om at hele eller deler av straffen kan gjøres betinget, dvs. at fastsettelse eller fullbyrdelse av straffen blir utsatt i en viss tid. Det er utsettelse av fullbyrdelsen som her er praktisk. Adgangen til å benytte betinget straff har vært endret flere ganger i lovens levetid. Opprinnelig var det bare dommer på opp til 3 måneder som kunne gjøres betinget. I 1929 ble dette endret til 12 måneder, og etter en endring i 1955 kunne lengre dommer gjøres betinget dersom særlige grunner talte for det. Ved en lovendring i 1981 ble alle begrensninger i rettens adgang til å benytte seg av betinget straff fjernet, og avgjørelsen av når betinget straff skal benyttes er nå helt opp til rettens skjønn.⁴⁸ Forarbeidene presiserer imidlertid at de hensyn som tidligere gikk frem av loven fortsatt tas med i rettens vurdering av om straffen skal gjøres ubetinget eller betinget.⁴⁹

Anledningen til å gjøre deler av straffen betinget, såkalt deldom, er hjemlet i § 52 annet ledd. Bestemmelsen kom inn i loven i 1965. Tidligere måtte hele dommen være ubetinget eller betinget. Det har blitt stadig vanligere å benytte seg av deldom. I følge Andenæs ble

⁴⁸ NOU 1975:61 s. 92

⁴⁹ l.c.

det i 2002 avsagt 1800 delvis betingete fengselsdommer.⁵⁰ Det går frem av annet punktum i bestemmelsen at den ubetingete delen av straffen ikke kan settes under 14 dager, altså den alminnelige minstestraft i straffeloven 2005 § 17. Deldom kan brukes for å bøte på uheldige virkninger i form av at minstestraften vil være for streng i spesielle tilfeller, og kan også bøte noe på at domstolens skjønn blir innskrenket ved bruk av minstestraft i straffelovgivningen. Dette påpeker også Matningsdal.⁵¹ Domstolenes anledning til å benytte seg av deldom blir på denne måten en slags ”sikkerhetsventil” for å forhindre at straffen blir for streng i konkrete tilfeller. Spørsmålet er imidlertid om denne sikkerhetsventilen er nødvendig eller om den snarere reduserer minstestraftenes effekt som lovteknisk virkemiddel.

Deldom blir altså benyttet der det foreligger minstestraft for å unngå at domstolene må utmåle straffer de mener er for strenge i konkrete tilfeller. Deldom blir også benyttet når minstestraften har stått uendret over lang tid og ikke lenger avspeiler samfunnsforholdene. Bestemmelsen i § 174 første ledd om pengefalsk er et godt eksempel på dette. Minstestraften på 3 år i denne bestemmelsen har stått uendret siden straffeloven trådte i kraft i 1902. Det har da gjennom rettspraksis blitt slått fast at det er anledning til å benytte deldom ved domfellelse, da en minstestraft på 3 år blir ansett for å være for strengt i mange tilfeller.

Det ble slått fast i den prinsipielle avgjørelsen inntatt i Rt. 1995 side 475. Avgjørelsen omhandler 8 menn som i ulik grad hadde medvirket til trykking av ca. 180.000 falske tusenkronesedler. Alle var i lagmannsretten dømt til delvis betinget straff. Påtalemyndigheten anket over straffutmålingen og ønsket at straffene skulle gjøres fullt ut ubetinget. Høyesterett uttaler om dette: ”Fremstilling eller anskaffelse av falske penger i hensikt å utgi dem representerer en trussel mot den alminnelige tillit til penger som betalingsmiddel, og det er grunn til å opprettholde et høyt straffenivå ved slike forbrytelser. Ut fra en sammenlikning med andre forbrytelseskategorier kan det imidlertid vanskelig bli

⁵⁰ Andenæs (2004) s. 484

⁵¹ Matningsdal (2002)a s. 573

tale om å basere straffutmålingen etter § 174 på ubetingede fengselsstraffer fra 3 år og oppover. For å oppnå fleksibilitet i forhold til en minstestraft som ut fra forholdene i dag synes uforholdsmessig streng, er det nødvendig å gripe til delvis betinget straff i adskillig utstrekning.”⁵²

Det kan som nevnt likevel stilles spørsmålstegn ved om det er en heldig løsning at domstolene griper til denne sikkerhetsventilen som deldom kan synes å være. Minstestrafen mister noe av sin funksjon dersom den kan omgås ved at deldom benyttes. Når lovgiver har satt minstestraft for en forbrytelse, er det jo nettopp for at straffenivået for denne forbrytelsen skal være over et visst nivå. Man kan si det slik at domstolen i noen grad undergraver lovgiver ved at den ikke utmåler den straff lovgiver ønsker. I forarbeidene til straffeloven 2005 uttales det da også at det er de minst alvorlige tilfeller som omfattes av straffebudet som skal idømmes minstestrafen.⁵³

På den annen side har domstolene lenge benyttet seg av deldom for å unngå urimelig strenge straffer. Lovgiver har vært klar over dette uten å sette begrensninger for bruken av deldom. Dersom lovgiver mener domstolenes bruk av deldom er uheldig, burde det settes begrensninger for bruken. Det er også viktig at domstolen har et virkemiddel for å unngå uheldige løsninger. Det kan være ulik grad av straffverdighet for forhold som faller inn under samme bestemmelse. I enkelte tilfeller kan minstestrafen som er fastsatt være uforholdsmessig streng. Det er ikke mulig for lovgiver å forutse alle de typetilfeller som kan falle inn under den enkelte bestemmelse. Det er derfor, slik jeg ser det, viktig at domstolene har muligheten til å kunne benytte seg av deldom for å slippe å avsi dommer de finner urimelige strenge. I motsatt fall kan man tenke seg at det kan føre til større risiko for uheldige juridiske løsninger.

Minstestrafen mister sin reelle betydning dersom den i realiteten ikke kommer til anvendelse. Dette vil være konsekvensen dersom deldom blir benyttet i for stor grad. Dette

⁵² Rt. 1995 side 475 s. 477-478

⁵³ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 29

blir også påpekt av departementet i forarbeidene til straffeloven 2005: ”Når det gjelder forholdet mellom bruken av minstestraff og adgangen til å avsi deldom, bemerker departementet at den økte adgangen til å avsi deldom unntaksvis bør kunne benyttes til å avbøte urimelige resultater av minstestraff. Derimot vil det være uheldig om deldomspraksis systematisk skulle uthule betydningen av minstestraff i de få tilfellene vi har en slik regel.”⁵⁴

Et annet spørsmål er om det er behov for å gi delvis betinget dom når domstolene har anledning til å gå under minstestrafen der en av straffnedsettelsesgrunnene taler for det. Det kan imidlertid tenkes tilfeller utenom de som er regulert i bestemmelsene om straffnedsettelse hvor minstestrafen vil være uforholdsmessig streng. Jeg legger til at departementet ikke ønsket en generell regel om straffnedsettelse når det foreligger svært formildende omstendigheter, da deldom kunne benyttes for å unngå for strenge straffer i konkrete tilfeller.⁵⁵ Det er nok derfor uansett viktig å ha muligheten til å benytte deldom som en sikkerhetsventil, men det er viktig at muligheten bare blir benyttet i unntakstilfellene.

2.5 Minstestrafen og forholdet mellom lovgiver og domstol

2.5.1 Maktfordelingen

Vår konstitusjon bygger på maktfordelingsprinsippet.⁵⁶ Prinsippet stammer fra Montesquieu og hans idé om man kan forhindre maktmisbruk ved å unngå at all makt samles på en hånd. Den lovgivende makt ligger til folket gjennom de folkevalgte på Stortinget, jf. Grunnlovens § 49, den utøvende makt ligger til Kongen (Regjeringen), jf. Grl. § 3, mens den dømmende makt ligger til de uavhengige domstolene, jf. Grl. §§ 88 og 90. Det følger av denne delingen at det er lovgiver som gir lovene, herunder setter strafferammene, mens det er opp til domstolen å utmåle straff innenfor disse

⁵⁴ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 24

⁵⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 371

⁵⁶ Andenæs (2004)a s. 40

strafferammene i den konkrete sak. Det er altså slik straffelovkommisjonen påpeker strafferammene som setter grensene for domstolens frihet ved utmåling av straff:

”Domstolens grad av frihet ved straffutmålingen vil derfor i prinsippet være avhengig av i hvilken grad strafferammene utgjør skranker for dommerskjønnet.”⁵⁷

Strafferammene er som regel vide, og innskrenker derfor ikke domstolsskjønnet i særlig grad, slik at domstolen kan ta hensyn til individuelle trekk ved saken når den utmåler straffen. Straffelovkommisjonen fremholder at ”[i] forhold til mange lovbruddstyper har det vært et press fra politisk hold i retning av strengere straffer. Minstestraffer har da vært en måte å styre domstolenes straffutmåling på.”⁵⁸ Minstestrafen representerer en innsnevring i domstolens frie skjønn ved straffutmålingen.

I det følgende er spørsmålet om lovgiver går for langt inn på domstolenes område ved å benytte seg av minstestraft som lovteknisk virkemiddel, og dermed bryter med maktfordelingsprinsippet.

2.5.2 Minstestrafens påvirkning av domstolens skjønn

Det går frem av forarbeidene til straffeloven 1902 at domstolen står fritt til å utmåle straff innenfor strafferammen: ”Da der heller ikke i udkastet er optaget nogen regel om de almindelige strafudmaalingsgrunde (jfr. krl. kap. 6 § 1), er bedømmelsen af de omstændigheder, som inden de givne straffegrænser skal bestemme straffens størrelse, helt overladt til rettens forstandige skjøn.”⁵⁹

Den tradisjonelle forståelse har derfor vært at domstolen skal stå fritt til å utøve sitt skjønn ved straffutmåling. Ved å innføre eller heve minstestrafene setter lovgiver en kompetanseskranke nedad for hvilken straff domstolene kan utmåle. Andenæs mente at det er uheldig å gripe inn i domstolenes skjønn gjennom bruk av minstestraffer, og at

⁵⁷ NOU 2002:4 s. 143

⁵⁸ I.c.

⁵⁹ Indst.O.VII (1899-1900) s. 11-12

domstolen i stedet burde ha frie hender ved straffutmålingen. Dette begrunnet han med at mange ulike momenter kan spille inn ved den konkrete straffutmålingen.⁶⁰ Minstestrafen kan da hindre domstolene i å utmåle straffer de finner rettferdige i det konkrete tilfellet. På denne måten griper minstestrafen betydelig inn i domstolenes skjønn.

Det kan imidlertid innvendes at domstolen kan trenge en viss veiledning for at straffen for den enkelte forbrytelse skal ligge på et fornuftig nivå. Domstolenes anledning til å benytte seg av straffnedsettelsesgrunner der slike foreligger, eller utmåle deler av straffen betinget bøter også på at minstestrafen setter visse hindringer for domstolenes skjønn. Da blir ikke domstolenes skjønn helt låst selv om straffebudet inneholder en minstestraff. Videre kan det pekes på at minstestrafen bare setter skranker for domstolens skjønn når det gjelder straffutmålingen, domstolen står fortsatt fritt til å vurdere skyldspørsmålet.

Rettspraksis utvikler seg over tid og da også straffenivået innenfor de enkelte straffebud. Høyesterett utvikler retten gjennom sin praksis, og de lavere domstolene er i praksis bundet av dette. De skranker Høyesterett setter er da også som regel snevrere enn det som går frem av loven gjennom strafferammer. Da setter ikke minstestrafen like sterke skranker for skjønnet, det snevres mer inn av de rammene som fastsettes i rettspraksis enn av minstestrafen.

Som påpekt tidligere er bestemmelsen i straffeloven 1902 § 100 om regentdrap spesiell ved at den fastsetter at straffen skal være 21 års fengsel. Her er intet ved straffutmålingen overlatt til domstolens skjønn. Det kan imidlertid sies at denne forbrytelsen er såpass alvorlig ved at den er et angrep mot selve symbolet på riket at det er viktig å signalisere at en slik forbrytelse vil bli straffet med lovens strengeste straff. På den annen side er det ikke sikkert at domstolene ville være dårligere til å vurdere hvor straffverdig denne handling er enn det lovgiver er. Bestemmelsen har aldri kommet til anvendelse, og spørsmålet er derfor av rent hypotetisk karakter.

⁶⁰ Andenæs (2004)b s. 438

Domstolene har altså mulighet til å benytte seg av straffrihetsgrunner dersom slike foreligger, eller utmåle deler av staffen betinget dersom en helt ubetinget straff ville være urimelig i det konkrete tilfellet. Fastlegging av straffenivået gjennom rettspraksis legger også fastere rammer for skjønnet enn det strafferammer, herunder minstestraffer, gjør. Jeg ser det derfor slik at bruk av minstestraffer ikke er å gå for langt inn på domstolens område i henhold til maktfordelingsprinsippet.

2.5.3 Alternativer til minstestraff

Bruk av minstestraff som lovteknisk virkemiddel strider altså ikke mot maktfordelingsprinsippet. Det kan likevel spørres om ikke lovgiver kan påvirke straffenivået på andre og mindre inngripende måter enn ved å lovfeste en minstestraff.

Ved lovtolking legger ofte retten vekt på lovens forarbeider for å komme frem til lovgivers intensjon. At forarbeider er et relevant tolkingsmoment når domstolen skal finne frem til betydningen av en bestemmelse er ikke omstridt.⁶¹ Uttalelser fra lovgiver om straffenivået kan derfor være et alternativ til minstestraff. Spørsmålet er imidlertid hvilke uttalelser fra lovgiver domstolene skal ta i betraktning, og hvilken vekt disse uttalelsene skal ilegges.

Det er noe uenighet i litteraturen om betydningen av uttalelser om straffutmåling i forarbeidene. Andenæs var kritisk til motivuttalelser i forarbeidene som detaljregulerer domstolens straffutmåling.⁶² Han mente at det er ”for lettvind, og lite betryggende, når det skjer [at lovgivningsmakten foretar de grunnleggende verdivalg knyttet til straffutmåling] gjennom motivuttalelser og ikke gjennom lovtekst.”⁶³ Dette er Matningsdal uenig i: ”Det kunne riktignok tenkes anført at forarbeidene bare har relevans ved lovtolkingen og ikke ved straffutmålingen. Men da den kasuistiske lovgivningsteknikken hører fortiden til, slik at lovgiveren er henvist til å gi generelle straffebud med vide strafferammer, er den

⁶¹ Eckhoff (2001) s. 79

⁶² Andenæs (1991) s. 385

⁶³ l.c.

naturlige konsekvens at signalene i forarbeidene blir tillagt betydelig vekt.”⁶⁴ Han fremholder også flere steder at det motsatte kan føre til detaljregulering i loven, noe han anser for å være uheldig.⁶⁵ Det er uttalelser i forarbeider av generell karakter, altså om straffutmålingen bør ta den ene eller annen retning som Matningsdal mener domstolen bør ta hensyn til ved sin straffutmåling.⁶⁶

Ved siden av uttalelser av generell karakter angir lovgiver noen ganger mer presist hvor straffenivået bør ligge.⁶⁷ Matningsdal mener at lovgiver bør være tilbakeholden med å gi slike detaljerte anvisninger om straffenivået i forarbeidene.⁶⁸ Det kan imidlertid virke som om han foretrekker detaljregulering i forarbeider fremfor en mer utstrakt bruk av minstestraft for å heve straffenivået, da han mener en detaljregulering gir mer fleksibilitet.⁶⁹

Også Eskeland mener at domstolen bør ta hensyn til lovgivers uttalelser når det gjelder straffenivået: ”Etter min oppfatning kan det ikke reises prinsipielle innvendinger mot at Høyesterett legger vekt på Stortingets antatte mening om straffenivået, selv om det ikke kommer til uttrykk i lovteksten. Hensynet til at domstolenes straffutmåling oppfattes som legitim i offentligheten taler med tyngde for at domstolene tar hensyn til hva Stortinget har sagt om straffutmåling innenfor strafferammene som er fastsatt i loven.”⁷⁰

I forarbeidene til straffeloven 2005 legger lovgiver opp til at domstolene skal legge straffenivået etter denne loven til grunn straks, og dermed når det skal utmåles straff etter straffeloven 1902.⁷¹ Justisminister Knut Storberget kalte dette i en artikkel i Aftenposten

⁶⁴ Matningsdal (2004) s. 326

⁶⁵ Matningsdal 82002)a s. 584, Matningsdal (2002)b s.354-355og Matningsdal (2004) s. 326

⁶⁶Matningsdal (2004) s. 326

⁶⁷ l.c.

⁶⁸ Matningsdal (2002)a s. 585

⁶⁹ Matningsdal (2004) s. 329

⁷⁰ Eskeland (2006) s. 461

⁷¹ Innst.O.nr. 73 (2008-2009) s. 6

”en strafferettslig marsjordre til dommerne”.⁷² Det går frem av samme artikkel at riksadvokat Tor-Aksel Busch er uenig med Storberget. Han sier at påtalemyndigheten skal bidra til at straffenivået nås gradvis innen straffeloven 2005 trer i kraft, men presiserer at det er Høyesterett som styrer rettsutviklingen.⁷³ Storberget presiserer i en replikk samme dag at ”slike signaler ikke på noen måte rokker ved domstolenes suverene kompetanse til å fastsette straffen i den enkelte sak. Domstolene er imidlertid bundet av lovgivers signaler om hva som bør være utgangspunktet og normalstraffenivået for den aktuelle lovovertrødelse.”⁷⁴

Uttalelsene i forarbeidene skapte forvirring hos domstolene om hvilket straffenivå som skulle legges til grunn, og spørsmålet kom opp til vurdering hos Høyesterett i Storkammer, jf. HR-2009-02135-S. Saken omhandlet en mann som hadde hatt seksuell omgang med sin datter som da var under 14 år. Det prinsipielle spørsmålet var om ”et vesentlig forhøyet straffenivå skal tillegges vekt for handlinger begått før denne lov ble vedtatt.” Flertallet på 10 av 11 dommere kom til at forarbeidene ikke kunne tillegges noen selvstendig vekt. Flertallet mente at det her var et spørsmål om tilbakevirkning, da de straffbare handlinger fant sted i 2001 og 2002.

Førstvoterende fant videre grunn til å si noe om den praktiske problemstillingen om hvilket straffenivå som skal legges til grunn mellom vedtakelsen og ikrafttredelsen av straffeloven 2005. Det fremholdes her at forarbeidene ikke er entydige på om straffskjerpingen skal skje gradvis eller i ett sprang, og at domstolene da på grunn av hensynet til tilbakevirkningsforbudet bør være forsiktige med straffskjerpelser i store sprang. Flertallet mente derfor at prinsippet om at straffskjerpelser skal skje gradvis må opprettholdes frem til straffeloven 2005 trer i kraft.

⁷² Jonassen (2009)

⁷³ I.c.

⁷⁴ Storberget (2009)

Mindretallet mente imidlertid at domstolene må være lydhøre for uttalelser fra lovgiver som er demokratisk valgt. Han mente at domstolene er forpliktet til å følge Stortingets syn når Stortinget har gitt uttrykk for at straffskjerpelsene skal skje straks.

Dersom man tenker seg en regulering i forarbeidene fremfor å innføre minstestraffer, ville dette ha noen klare fordeler. Da forarbeider ikke er har like stor rettskildemessig vekt som lovtekst, vil domstolene stå friere ved straffutmålingen i den konkrete sak. En større del av vurderingen blir overlatt til domstolens skjønn, og det er lettere å ta hensyn til individuelle trekk ved saken der det er nødvendig. Ved regulering i forarbeider vil det også være lettere for lovgiver å ta hensyn til de mange nyansene av handlinger som faller innenfor samme straffebed, noe som er vanskelig å regulere i generelt utformet lovtekst. Det kan da tenkes at domstolene ikke har så stort behov for å gå utenfor det nivå lovgiver ønsker.

På den annen side kan en utstrakt regulering i forarbeider fremfor gjennom bruk av minstestraft stride mot hensynet til forutberegnelighet. Folk flest leser neppe forarbeider, og vet antakelig ikke mer om straffenivået for de enkelte forbrytelser enn det som går frem i media og i enkelte tilfeller av strafferammene i lovteksten. En innvending mot dette er at straffenivået ellers fastsettes over tid gjennom rettspraksis. Det er neppe grunn til å tro at folk flest kjenner mer til rettspraksis enn forarbeider. Det er også viktig at domstolene er lojale mot lovgiver og stort sett følger slike anvisninger, da forarbeider ikke har like stor rettskildemessig vekt som lovtekst. Ellers vil det ikke være noe realistisk alternativ til å benytte seg av minstestraft som virkemiddel for å påvirke straffenivået.

Slik jeg ser det, er det ikke noe i veien for at lovgiver regulerer straffenivået gjennom generelle uttalelser i forarbeidene fremfor å benytte seg av minstestraft. Også mer detaljerte uttalelser om straffenivået i forarbeider som de vi ser i forarbeidene til straffeloven 2005 kan være et alternativ. Her kan det tas mer hensyn til ulike tilfeller enn ved minstestraffer. Da regulering i forarbeider ikke "låser" domstolenes skjønn i like stor grad som det minstestraffer gjør, ville det kanskje være et bedre alternativ. Dette er imidlertid betinget av at domstolene er lojale og følger lovgivers anvisninger.

I utgangspunktet er det generelle uttalelser om straffnivået i forarbeidene som kan være et alternativ til minstestraft for å påvirke straffnivået. Det finnes imidlertid flere eksempler på at Stortinget eller dets representanter forsøker å påvirke domstolens straffutmåling for enkelte forbrytelser utenom forarbeidene. Matningsdal viser til tilfeller av at Stortingsrepresentanter kommer med kritiske kommentarer til enkeltavgjørelser, endog tilfeller av at representanter forsøker å påvirke domstolen.⁷⁵ Disse utsagnene kan ikke tillegges vekt av domstolen. Dersom utsagn om straffutmåling i enkeltsaker hadde blitt tatt i betraktning ved straffutmålingen hadde det vært i strid med maktfordelingsprinsippet og prinsippet om at domstolen skal være uavhengig, jfr. EMK art. 6.

Mer vanlig er det derimot at Stortinget kommer med generelle utsagn om straffnivået for visse forbrytelser, men utenfor sin rolle som lovgiver. Et eksempel Matningsdal viser til flere ganger,⁷⁶ er forslaget fremsatt av representanter fra Fremskrittspartiet i Dok. Nr. 8: 60 (1997-1998) hvor de henstilte til domstolene om en vesentlig skjerping av straffnivået innenfor strafferammene for blant annet drap og voldtekt. Forslaget ble behandlet i justiskomiteen.⁷⁷ Flertallet var enig i at straffnivået for disse forbrytelsene var for lavt, men kunne likevel ikke gå inn for forslaget av prinsipielle årsaker; vekten av et eventuelt vedtak var uklar og det kunne åpne for en praksis som kunne føre til ”mer direkte politisk styring av domstolenes virksomhet.” Forslaget ble derfor avvist.

Som Matningsdal påpeker er det flere grunner til å være skeptisk til utsagn angående straffutmåling utenfor lovgiverrollen.⁷⁸ For det første kan det føre til en konjunkturbestemt straffutmåling dersom domstolen bygger på slike utsagn over tid. For det andre peker han på at enkelte politikere ikke respekterer domstolens uavhengighet i tilstrekkelig grad. Den tredje grunnen han viser til er at slike utsagn ikke har samme grunnlag som utsagn i

⁷⁵ Matningsdal (2004) s.336-337

⁷⁶ Matningsdal (2002)a s. 582, Matningsdal 2002)b s.356-357 og Matningsdal (2004) s. 334-335

⁷⁷ Innst.S.nr. 168 (1997-1998)

⁷⁸ Matningsdal (2004) s. 335-338

forarbeidene til en lov. Dessuten mener han at domstolen antakelig er i ”bedre pakt med folkemeningen enn mange av de folkevalgte.”⁷⁹ Han bygger dette på sine erfaringer med meddommere som ofte ønsket lavere straffer enn han som fagdommer.

Jeg er enig med Matningsdal i at det er grunn til å være skeptisk til å bygge på utsagn om straffutmålingen gitt av Stortingsrepresentanter utenfor deres rolle som lovgiver. Det vil være i konflikt med maktfordelingsprinsippet og prinsippet om at domstolene skal være politisk uavhengige. Det er imidlertid grunn til å påpeke at krav om økte straffer kan være begrunnet i endrede forhold eller økt innsikt i skadevirkningene av de ulike forbrytelsene. I slike tilfeller kan domstolen ta med disse hensynene i sin vurdering av straffutmålingen selv om utsagnene i seg selv ikke behøver å vektlegges av domstolene.⁸⁰ Et eksempel her er det økte fokuset på skadevirkningene av seksuelle overgrep etter en straffskjerpelse i straffeloven 1902 § 195 ved en lovendring i 1992. Forarbeidene fremhevet de psykiske skadevirkningene av seksuelle overgrep.⁸¹ Dette ble også vektlagt i straffutmåling for voldtekt, selv om dette ikke var omfattet av lovendringen. Se for eksempel Rt. 1994 side 1552.

2.5.4 Bør lovgiver eller domstol bestemme straffenivået?

Lovgiver kan altså påvirke straffenivået på flere måter, blant annet gjennom å bruke minstestraffer eller gjennom uttalelser om straffenivået i forarbeider. Selv om lovgiver har anledning til å påvirke straffenivået uten at det er i strid med maktfordelingsprinsippet kan det spørres om det er lovgiver eller domstolene som bør bestemme straffenivået for de enkelte lovbruddene. Eller mer presist; i hvor stor grad bør lovgiver ha innflytelse på straffenivået?

Lovgiver er valgt av folket, også på bakgrunn av kriminalpolitikk. At lovgiver er folkevalgt kan tale for at lovgiver bør bestemme straffenivået siden folkets mening skal legges til

⁷⁹ Matningsdal (2004) s. 338

⁸⁰ Matningsdal (2004) s. 335

⁸¹ NOU 1991:13 punkt 2.1.3 og Ot.prp.nr. 20 (1991-1992) punkt 2.3.4

grunn. På den annen side ville det kunne føre til en lite forutberegnelig strafferett fordi den politiske opinion endrer seg. Det ville som Matningsdal sier det kunne bli ”en konjunkturbestemt straffutmåling.”⁸² Retten er derimot dynamisk, og straffnivået utvikler seg over tid gjennom gradvise endringer i rettspraksis. Domstolen lar seg ikke påvirke av de politiske svingninger på samme måte som lovgiver. Slik blir det ”lange linjer i straffutmålingen”.⁸³

På den annen side er det da dommernes og ikke folkets verdioppfatninger som legges til grunn for straffutmålingen. Det kan imidlertid innvendes mot dette at det ikke er sikkert at dommernes og folkets verdioppfatninger er så ulike. At domstolene bestemmer straffnivået er også bra i forhold til hensynet til forutberegnelighet. Det er større grad av likhet for loven når straffnivået endres gradvis over tid gjennom rettspraksis enn når det endres hurtig av lovgiver gjennom minstestraffer.

I henhold til lovkravet i Grl. § 96 kreves det hjemmel i lov for å straffe. Det er usikkert i hvor stor grad dette kravet gjelder i forhold til straffutmålingen, men det er et moment som taler for at lovgiver bør ha stor innflytelse på straffnivået. På den annen side er straffebestemmelsene generelt utformet, og mange ulike handlinger med ulik straffverdighet kan rammes av det samme straffebudet. Det er vanskelig å forutse alle tilfeller som kan rammes av et straffebud og å fastsette et straffnivå som vil være rimelig i alle tilfeller. Her er domstolene nærmere til å vurdere de konkrete sakene og hvor streng straff som vil være rimelig i det enkelte tilfellet. Domstolene skal være lojale mot lovgiver, og det kan føre til urimelige resultater i konkrete tilfeller dersom lovgiver ”fastlåser” straffnivået i for stor grad.

Straffelovkommisjonen mener det er problematisk at lovgiver styrer straffutmålingen: ”Kommisjonen er generelt skeptisk til at lovgiver skal styre straffutmålingen for å sikre tilstrekkelig strenge straffer på bestemte områder, uavhengig av hvordan dette gjøres

⁸² l.c.

⁸³ l.c.

lovteknisk. Det er vanskelig å overskue konsekvensene av generelt formet lovgivning, og det kan dukke opp tilfeller som lovgiver ikke har forutsett, slik at den straffen loven gir anvisning på – gjennom minstestraft eller på annen måte – blir for streng. [...] Dette innebærer at straffenivået for de ulike lovbruddstyper bør utvikles av domstolene gjennom konkrete saker, i nær kontakt med den virkeligheten som skal reguleres, og ikke låses gjennom minstestraffer eller på annen måte overstyres.”⁸⁴ Kommisjonen mener altså at det er domstolene som bør bestemme straffenivået. Justiskomiteen er ikke enig i dette. Den viser til disse uttalelsene og påpeker at ”det følger klart av Grunnlovens maktfordelingsprinsipp at det er Stortingets rolle å være lovgiver – også på strafferettens område.”⁸⁵

Det er altså også hos lovgiver ulike syn på hvem som bør bestemme straffenivået. Det er både fordeler og ulemper med begge løsninger. Det er vanligvis domstolene som gjennom rettspraksis lager en norm for straffutmålingen for de ulike forbrytelsene. Der det er behov for endringer i straffenivået, skjer dette over tid. Enkelte ganger er det imidlertid nødvendig å endre straffenivået hurtigere. Da er det lovgiver som må gjøre dette gjennom en lovendring. Gode grunner kan likevel tale for at lovgiver er forsiktig med å komme for langt inn på domstolens område, og bare gjør dette der det er helt nødvendig å få en rask endring. I de fleste tilfeller vil dette behovet neppe være til stede.

⁸⁴ NOU 2002:4 s. 144

⁸⁵ Innst.O.nr. 72 (2004-2005) s. 25

3 Minstestraff som lovteknisk virkemiddel for voldtekt

3.1 Innledende om voldtektsbestemmelsen og dens historiske utvikling

3.1.1 Oversikt over kapittelet

I det følgende tas det sikte på å vurdere minstestraff som lovteknisk virkemiddel for voldtekt. For å belyse denne problemstillingen på en hensiktsmessig måte, er det nødvendig med en redegjørelse for hvordan voldtektsbestemmelsen er å forstå. Denne redegjørelsen følger i punkt 3.1.2. Deretter følger en oversikt over den historiske utviklingen av bestemmelsen med særlig henblikk på hvordan utviklingen av minstestrafen har vært fra innføringen av straffeloven i 1902 frem til lovendringen i 2000. Minstestrafens utvikling for voldtektsbestemmelsen etter år 2000 tas opp til selvstendig vurdering i punkt 3.2. Dette på grunn av de store endringene av bestemmelsen ved denne lovendringen, og fordi jeg mener utviklingen illustrerer fordeler og ulemper med bruk av minstestraff. Punkt 3.4 tar for seg hvordan minstestrafen for voldtekt kan tenkes å endre seg etter straffeloven 2005.

3.1.2 Oversikt over voldtektsbestemmelsen

Straff for voldtekt er hjemlet i straffeloven 1902 § 1902 og lyder som følger:

”Den som a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller ved truende atferd, eller b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, eller c) ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre tilsvarende handlinger med seg selv, straffes for voldtekt med fengsel inntil 10 år. Ved vurderingen av om det er utøvd vold eller truende atferd eller om fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingen, skal det legges vekt på om fornærmede var under 14 år.

Straffen er fengsel i minst 2 år dersom a) den seksuelle omgang var samleie, eller b) den skyldige har fremkalt en tilstand som nevnt i første ledd bokstav b for å oppnå seksuell omgang.

Fengsel inntil 21 år kan idømmes dersom a) voldtekten har blitt begått av flere i fellesskap, b) voldtekten er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte, c) den skyldige

er straffet etter denne bestemmelsen eller § 195, eller d) den fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittevernloven § 1-3 nr. 3 jf. nr. 1, regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helbred etter denne paragrafen.

Den som ved grov uaktsomhet gjør seg skyldig i voldtekt etter første ledd, straffes med fengsel inntil 5 år. Foreligger omstendigheter som nevnt i tredje ledd, er straffen inntil 8 år.”

Bestemmelsens første ledd angir den objektive gjerningsbeskrivelsen, mens annet til fjerde ledd angir strafferammene ved ulike skjerpene eller formildende omstendigheter. Etter annet ledd settes en minstestraft for kvalifiserte former for voldtekt. Disse kvalifiserte formene er voldtekt til samleie, eller dersom gjerningspersonen har framkalt en tilstand som nevnt i første ledd bokstav b i den hensikt å oppnå seksuell omgang. ”Samleie” er definert i straffeloven 1902 § 206 som ”vaginalt og analt samleie. Med samleie likestilles innføring av penis i munn og innføring av gjenstand i skjede eller endetarmsåpning.” Dersom det andre alternativet skal komme til anvendelse, må gjerningspersonen ha hatt til hensikt å ha seksuell omgang med fornærmede da han fikk henne til å drikke seg sanseløs eller dopet henne ned.⁸⁶ Dersom dette ikke er tilfellet, faller overtredelsen inn under første ledd bokstav b, og dermed utenfor minstestraftens område. Tredje ledd angir straffskjerpene grunner, og den øvre strafferammen heves her til 21 år. Det er imidlertid ingen minstestraft etter tredje ledd, og strafferammen er derfor etter dette leddet fra 14 dager inntil 21 år, med mindre også annet ledd kommer til anvendelse.⁸⁷ Annet og tredje ledd rammer forsettlig voldtekt, mens fjerde ledd fastsetter strafferammen for grovt uaktsom voldtekt.

Det normale er at gjerningspersonen etter bestemmelsen er mann, men bestemmelsen rammer også kvinnelige gjerningspersoner, jf. for eksempel Rt. 2006 side 37. Voldtekten kan videre begås mot en av motsatt kjønn, eller en av samme kjønn. Tidligere ble ikke

⁸⁶ Matningsdal (2009) note 1548

⁸⁷ Matningsdal (2009) note 1549

voldtekt av ektefelle rammet av bestemmelsen. Det ble imidlertid slått fast i Rt. 1974 side 1121 at også voldtekt innenfor ekteskapet rammes, og dette prejudikatet har senere blitt fulgt opp i praksis.

Det går frem av § 205 at også medvirkning til voldtekt er straffbart. Medvirkning må imidlertid skilles fra såkalt gruppevoldtekt som rammes av § 192 tredje ledd bokstav a. Denne bestemmelsen rammer de som i fellesskap bytter på å holde fornærmede og å gjennomføre voldtekten. Den typiske medvirkningshandling innebærer for eksempel å holde fornærmede mens hovedgjerningspersonen gjennomfører voldtekten, uten at medvirkeren deltar på annen måte i den seksuelle omgangen. Her kan det imidlertid gå en vanskelig grense mot første ledd bokstav c. Både fysisk og psykisk medvirkning rammes.⁸⁸

Med begrepet ”seksuell omgang” menes ifølge Ertzeid ”de mest intime formene for seksuell aktivitet.”⁸⁹ Av handlinger som omfattes av begrepet nevner hun samleie, og samleielignende forhold som ”mastrubering, innføring av fingre i skjede eller endetarmsåpning, slikking av kjønnsorganer og samleielignende bevegelser med blottet kjønnsorgan mot en annens nakne kropp.”⁹⁰ Seksuell omgang avgrenses nedad mot seksuell handling. Grensen trekkes etter ”berøringens grad av intimitet og intensitet.”⁹¹ Det kreves imidlertid ikke noen seksuell motivasjon bak den straffbare handlingen.⁹²

Etter første ledd bokstav a må den seksuelle omgang skaffes ”ved vold eller ved truende atferd”. Det kreves altså at den seksuelle omgang er skaffet ved hjelp av et tvangsmiddel. Med ”vold” menes ifølge Matningsdal ”enhver maktanvendelse mot fornærmedes legeme.”⁹³ Volden må være rettet mot fornærmede, ikke tredjepersoner.⁹⁴ Med ”truende

⁸⁸ Andenæs (2008) s. 145

⁸⁹ Ertzeid (2006) s. 341

⁹⁰ Ibid. s. 341-342

⁹¹ Ibid. s. 342

⁹² Matningsdal (2009) note 1537

⁹³ Ibid. note 1538

atferd” menes i følge Ertzeid ”verbale trusler” eller ”annen skremmende atferd”.⁹⁵ De verbale truslene kan være rettet mot fornærmede eller mot en tredjeperson. Truslene kan også gå ut på å spre rykter om fornærmede eller liknende. Det avgjørende her er hvilken effekt trusselen har overfor den fornærmede.⁹⁶ Hva som regnes som vold eller trusler er relativt og vil avhenge av individuelle trekk ved fornærmede.⁹⁷ Det må foreligge årsakssammenheng mellom volden eller truslene og den seksuelle omgangen.⁹⁸

Etter bokstav c er det også voldtekt dersom gjerningspersonen ved å benytte seg av vold eller trusler ”får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre tilsvarende handlinger med seg selv”. Bestemmelsen kom inn i loven ved lovendringen i 2000 etter at Høyesteretts flertall i Rt. 1999 side 1718 kom til at det å tvinge en annen til å føre gjenstander inn i vagina ikke falt inn under begrepet ”utuktig omgang”. Alternativet som omhandler å få noen til å ha seksuell omgang med en annen omfatter å tvinge andre til å ha seksuell omgang med hverandre.⁹⁹

Etter første ledd bokstav b omfatter også voldtektsbegrepet seksuell omgang med en person som er ”bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen”. Med ”bevisstløs” menes ikke bare at fornærmede har mistet bevisstheten, men også tilfeller som søvn og hypnose.¹⁰⁰ At bevisstløsheten er selvforskyldt spiller ingen rolle.¹⁰¹ Høyesterett har imidlertid fastslått at bestemmelsen må forstås noe snevert, jf. Rt. 2003 side 687. Avgjørelsen omhandler et tilfelle der fornærmede opprinnelig var med på den seksuelle omgangen frivillig, men sovnet. Høyesterett kom til at selv om handlingen hadde blitt opplevd som svært krenkende av fornærmede og gjerningspersonen hadde opptrådt

⁹⁴ l.c.

⁹⁵ Ertzeid (2006) s. 350

⁹⁶ Matningsdal (2009) note 1539

⁹⁷ Andenæs (2008) s. 142

⁹⁸ Matningsdal (2009) note 1538

⁹⁹ Ertzeid (2006) s. 353

¹⁰⁰ Matningsdal (2009) note 1540

¹⁰¹ l.c.

klart klanderverdig, ville det være å gå for langt dersom dette tilfelle skulle omfattes av bestemmelsen. Resultatet ble derfor frifinnelse. Bevisstløshet er bare et eksempel på å være ute av stand til å motsette seg handlingen, men står ellers ikke i noen særstilling i forhold til andre grunner til at fornærmede ikke kan motsette seg handlingen.¹⁰² Av andre grunner kan for eksempel nevnes at fornærmede ikke kan motsette seg handlingen på grunn av fysiske handikap som cerebral parese¹⁰³ eller fordi personen er lam¹⁰⁴.

3.1.3 Den historiske utviklingen av minstestraft for voldtekt

Straffeloven av 1902 medførte en kraftig reduksjon i straffen for voldtekt i forhold til den tidligere Criminalloven. Tidligere hadde straffen for voldtekt vært minimum 9 års straffarbeid, 6 år ved særdeles formildende omstendigheter.¹⁰⁵ Med 1902 loven ble minstestrafteffekten for voldtekt satt til 1 års fengsel. Forarbeidene sier generelt lite om hvorfor lovgiver har valgt å sette minstestraft for enkelte forbrytelser, men uttaler følgende om hvorfor minstestrafteffekten for voldtekt er redusert: ”Straffens Minimum i § 192 er, som sees, i høy Grad nedsat. I Virkeligheden gives der her alle mulige Overgange fra de mest brutale Forgribelser paa den kvindelige Kyskhed til Attetater paa provokatorisk letfærdige Kvinder, om hvis Modstands Oprigtighed den mest berettigede Tvivl kan opkastes, og hvem ialfald intet andet er berøvet end Friheden til selv at bestemme, naar og med hvem de vil hengive seg til Lasten. I Betragtning heraf har ogsaa de fleste fremmede Love ret lave Minima.”¹⁰⁶ Med litt godvilje kan dette tolkes dit hen at begrunnelsen for å redusere minstestrafteffekten for voldtekt var at lovgiver mente det var et så stort spenn i straffverdighet for de forbrytelser som ble omfattet av bestemmelsen at minstestrafteffekten burde senkes. I tillegg var det et argument at andre land hadde tilsvarende lave minstestrafteffekter for voldtekt.

¹⁰² Ertzeid (2006) s. 351

¹⁰³ Andenæs (2008) s. 143

¹⁰⁴ Matningsdal (2009) note 1541

¹⁰⁵ Innstilling I fra straffelovkomiteen s. 12-13

¹⁰⁶ Oth.prp.nr. 24 (1898-1899) s. 178-179

Sedelighetskapittelet gjennomgikk store endringer i 1927, og minstestrafen for voldtekt til samleie ble hevet til 3 år fordi lovgiver mente at straffnivået var for lavt.

Straffelovkomiteen mente at domstolene søkte veiledning i minstestrafen, særlig når maksstraffen var satt høyt.¹⁰⁷ Komiteens flertall mente derfor at minstestrafen for voldtekt måtte heves for å få opp straffnivået.¹⁰⁸

Hevingen av minstestrafen ble imidlertid møtt med massiv kritikk fra ulike hold. Det ble pekt på at det var et feilgrep og et stort tilbakeskritt å binde domstolene gjennom bruk av minstestraft. Statsadvokat Dorenfeldt påpekte ifølge straffelovrådet i sitt foredrag til Norske Kvinners Nasjonalråd at de strenge minstestrafene hadde gjort det vanskelig å få domfellelser etter voldtektsbestemmelsen, og at resultatet også kunne bli at sakene aldri kom til domstolene, men endte opp med påtaleunntatelse.¹⁰⁹ Også i rettspraksis ble minstestrafen kritisert fordi den førte til straffutmåling som ikke var forholdsmessig i forhold til forbrytelsen.¹¹⁰ På bakgrunn av dette ble straffelovrådet i brev av 7. Juni 1957 anmodet om å ta stilling til en eventuell oppmykning av strafferammene i sedelighetskapittelet.

Straffelovrådet foreslo i sin innstilling en senkning av minstestrafen for voldtekt til samleie og ved bevisstløshetstilfellene der gjerningspersonen har brakt fornærmede i en slik situasjon til 1 års fengsel.¹¹¹ Rådet påpekte at de høye minstestrafene hadde vært utsatt for mye kritikk, og at de ikke hadde svart til sin hensikt.¹¹² Siden voldtektsforbrytelsen rommer store ulikheter, kan en høy minstestraft være urimelig streng i det enkelte tilfellet. Rådet mente derfor at de høye minstestrafene hadde fratatt domstolene muligheten til å ta

¹⁰⁷ Innstilling I fra straffelovkomiteen s. 22

¹⁰⁸ Ibid. s. 24

¹⁰⁹ Straffelovrådets innstilling (1960) s. 13

¹¹⁰ l.c

¹¹¹ Ibid. s. 27

¹¹² Ibid. s. 23

hensyn til det enkelte tilfellets egenart.¹¹³ Rådet mente at domstolene med en minstestraft på 1 år hadde mulighet til å ”velge den straff som den finner nødvendig og rettferdig i vedkommende tilfelle, under hensyn til lovbrøyteren, til forgåelsens art og til de omstendigheter som lovbruddet skjedde under.”¹¹⁴ Både departementet og justisnemnda sluttet seg til straffelovrådet i at minstestrafen ikke hadde virket etter sitt formål og måtte settes ned, men nemnda påpekte også at resultatet av å senke minstestrafen kan være at straffutmålingen blir svekket. Nemnda mente at dette ikke måtte bli resultatet av lovendringen.¹¹⁵

3.2 Utviklingen etter lovendringen i 2000

3.2.1 Innledende om endringene og påfølgende tendenser i rettspraksis

Bakgrunnen for endringen av voldtektsbestemmelsen i 2000 er at det i Innst.S.nr. 206 (1994-1995) ble vedtatt at Regjeringen skulle ”iverksette en snarlig revisjon av sedelighetskapittelet i straffeloven”. På bakgrunn av dette ble seksuallovbruddsutvalget nedsatt. Utvalget skulle blant annet vurdere strafferammene i seksuallovbruddskapittelet, og om grovt uaktsom voldtekt skulle kriminaliseres. Ved lov av 11. August 2000 nr. 76 ble minstestrafen hevet til 2 år, for voldtekt til samleie og dersom gjerningspersonen i bevisløshetstilfellene har hensatt fornærmede i en slik tilstand med den hensikt å begå voldtekt. Videre ble forhold som tidligere falt inn under straffeloven 1902 § 193 ført inn under voldtektsbestemmelsen. I tillegg ble grovt uaktsom voldtekt kriminalisert.

Å finne ut hvordan straffenivået har utviklet seg etter lovendringen krever en nøye analyse av rettspraksis fra etter lovendringen og frem til i dag. En slik undersøkelse ville være meget omfattende, og er en avhandling i seg selv. Det er derfor ikke rom til å gå grundig inn på dette her. Ved å se på straffutmåling i voldtektssaker i Borgarting lagmannsrett fra lovendringen og frem til i dag, kan man imidlertid danne seg et bilde av hvilken tendens

¹¹³ l.c.

¹¹⁴ Ibid. s. 24

¹¹⁵ Innst.O.V (1962-1963) s. 2

utviklingen har hatt etter hevingen av minstestrafen. Jeg har valgt å se på avgjørelser fra Borgarting fordi dette er landets største lagmannsrett, og derfor antakelig representativ for straffnivået domstolene legger seg på i voldtektssaker.

Inntrykket er at straffutmålingen for voldtekt til samleie der det ikke har blitt anvendt mer vold enn nødvendig for å skaffe seg samleiet blir straffet med mellom 2 og 3 års fengsel, med i overkant av 2 og et halvt års fengsel i gjennomsnitt. Se for eksempel LB-2004-92693 (2 år og 6 måneder), LB-2007-36143 (2 år og 3 måneder) og LB-2009-5207 (3 år). Der det dreier seg om gjentatte overgrep mot samboer er straffnivået også høyere, og ligger som oftest i overkant av 3 og et halvt års fengsel. Se for eksempel LB-2006-77150 (3 år og 6 måneder) og LB-2007-51037 (3 år og 7 måneder). Straffen er også gjennomgående strengere der det dreier seg om mer enn ett tilfelle av voldtekt, se for eksempel LB-2006-170125 (4 år og 6 måneder) og LB-2008-90790 (4 år og 3 måneder). Begge avgjørelsene gjaldt to tilfeller av voldtekt.

For overfallsvoldtekter eller voldtekter som har elementer av overfallsvoldtekt har også straffnivået økt. Den gjennomsnittelige straff ligger her på i overkant av 3 års fengsel. Se for eksempel LB-2002-177 om voldtekt med elementer av overfallsvoldtekt (2 år og 8 måneder) og LB-2006-144933 hvor straffen ble 4 år for overfallsvoldtekt.

Ut i fra tendensen man kan se gjennom rettspraksis, kan det se ut til at minstestrafen har virket etter sitt formål. Etter at minstestrafen ble hevet fra 1 til 2 år ved lovendringen i 2000 ligger straffnivået på over 2 års fengsel for de kvalifiserte former for voldtekt.

I det følgende ser jeg først på hevingen av minstestrafen, deretter på de tilfeller som tidligere falt inn under § 193 og tilslutt om kriminaliseringen av grovt uaktsom voldtekt kan ha noen betydning for minstestrafen.

3.2.2 Heving av minstestrafen

Både seksuallovbruddsutvalget og departementet mente at straffnivået for voldtekt var noe lavt, men ønsket ikke å heve minstestrafen for å få nivået opp. Utvalget ønsket verken å

utvide bruken av minstestrafteffer eller å heve den eksisterende minstestrafteffer, og viste til de negative konsekvensene som har blitt påpekt i tidligere forarbeider.¹¹⁶ Departementet mente at strafferammene var vide nok, og at det ”er domstolene gjennom sin praksis som må heve nivået for utmålt straffe i voldtektssaker.”¹¹⁷ Departementet mente altså at det var opp til domstolene, og ikke lovgiver, å heve straffenivået for voldtekt.

I sin innstilling uttaler justiskomiteen at den ”forventer at domstolene tar hensyn til lovgivers synspunkter” når det gjelder straffenivået.¹¹⁸ I motsetning til utvalget og departementet, ønsket flertallet i komiteen å heve minstestrafteffer fra 1 til 2 år.¹¹⁹ Komiteen var enig i at minstestrafteffer bør innføres med varsomhet, men viste til at Stortinget hadde vedtatt minstestrafteffer for voldtekt og at nivået for minstestrafteffer må vurderes i det enkelte tilfellet.¹²⁰ Flertallet uttalte etter dette at de mente det ”er grunn til å heve minstestrafteffer i § 192 annet ledd fra 1 til 2 år”.¹²¹ Hvilken grunn det dreier seg om sies det ingen ting om her, men tidligere i innstillingen uttaler komiteen seg generelt om strafferammene for seksuallovbrudd.¹²² Det ble her uttalt at det var ønskelig å skjerpe straffutmålingen. Videre ble det uttalt at komiteen forventer ”at domstolene følger opp komiteens merknader, og vil understreke at hensynene til ofrene og alvorret i forbrytelsen må veie tyngre enn tiltaltes krav på forutsigbarhet og likebehandling i forhold til tidligere domsavsigelser i sammenlignbare saker. Komiteen understreker at den idømte straffe gir signaler om hvor alvorlig samfunnet ser på en handling, og komiteen mener det blir helt galt når en så krenkende handling som seksuelle overgrep/voldtekter straffes mildere enn for eksempel økonomiske forbrytelser.”¹²³

¹¹⁶ NOU 1997:23 s. 20

¹¹⁷ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 38

¹¹⁸ Innst.O.nr. 92 (1999-2000) s. 12

¹¹⁹ Ibid. s. 13

¹²⁰ l.c.

¹²¹ l.c.

¹²² Ibid. s. 7

¹²³ l.c.

Formålet med å heve minstestrafen var altså å få en raskere heving av straffnivået for voldtekt enn den som følger av den gradvise endring gjennom rettspraksis. Begrunnelsen for hevingen var blant annet signaleffekten av straffen. Komiteen viser til at det blir feil når det er et lavere straffnivå for voldtekt enn for økonomiske forbrytelser. Her kan det virke som det vises til både signaleffekten av det høyere straffnivået som følger med en økt minstestraft, og den allmenne rettsfølelse. Begge disse begrunnelsene er nøyere gjennomgått under punkt 2.3 ovenfor. Ved å sammenlikne voldtekt med økonomiske forbrytelser viser også komiteen til proporsjonalitet som en begrunnelse for å heve straffnivået. Det må være forholdsmessighet mellom straffene utmålt for de ulike typer forbrytelser, noe annet vil komme i konflikt med den allmenne rettsfølelse. I tillegg vil det sende feil signaler om hvordan samfunnet ser på disse handlingene.

Spørsmålet i det følgende blir da om domstolene etter hevingen av minstestrafen ved lovendringen i 2000 har vært lojale mot lovgiver og fulgt lovgivers intensjoner.

I dommen inntatt i Rt. 2002 side 1210 tar Høyesterett stilling til den hevede minstestrafen i forbindelse med straffutmåling for en grov voldtekt begått av to menn i fellesskap. Høyesterett viste til at det gikk frem av forarbeidene at lovgiver ønsket en økning i straffnivået for voldtekt, og da særlig for de mer alvorlige formene slik som gruppevoldtekt. Straffen ble derfor satt til 5 års fengsel. Høyesterett viste til at det hadde skjedd en gradvis endring i straffnivået for voldtekt også før lovendringen, og at utviklingen fortsatte også etter lovendringen for straffbare handlinger fra tiden forut for endringen. Retten sluttet seg også til uttalelsene fra seksuallovbruddutvalget om at gruppevoldtekter er særlig straffverdige. Sett i lys av denne sakens alvorlige karakter, kan man spørre seg om ikke straffen ville ha blitt den samme også uten økningen i minstestrafen.

Såkalte overfallsvoldtekter har generelt blitt straffet strengere enn andre former for voldtekt. Også her kan det virke som om Høyesterett har hevet straffnivået. I Rt. 2003 side 625 kom Høyesterett til at straffen etter lovendringen skulle være 4 års fengsel.

Overfallsvoldtekt blir her definert slik: ”Uten noen forutgående kontakt blir fornærmede overmannet av en fremmed gjerningsmann, som tiltvinger seg samleie og deretter forsvinner.” Høyesterett viser til at i Rt. 1999 side 919 ble straffen i en sammenliknbar sak utmålt til 3 års fengsel. Her kan det også se ut som om domstolene har fulgt de politiske signalene og økt straffenivået ut over minstestrafen. Også i denne saken ble det lagt vekt på at siktemålet med lovendringen var å øke straffenivået for voldtektssaker. Høyesterett er her lojal mot lovgiver, og øker straffen med 1 år selv om nivået også tidligere lå over minstestrafen.

For forsøk på overfallsvoldtekt satt Høyesterett straffen til 3 års fengsel i Rt. 2005 side 556. At det dreier seg om en forsøkshandling kan være en straffnedsettende grunn, jf. straffeloven 1902 § 51. Til dette uttaler Høyesterett at hvor stor betydning denne straffnedsettelsesgrunnen skal ha ved straffutmålingen må avgjøres konkret. ”Ved et slikt forsøk på voldtekt til samleie, som det her er tale om, må det tas i betraktning at voldselementet i betydelig grad er blitt gjennomført med skadevirkningene for fornærmede.” Det kan ut i fra denne uttalelsen virke som om Høyesterett mener at straffen ikke skal settes ned i særlig grad selv om det dreier seg om forsøk. Likevel er straffen satt 1 år lavere enn i Rt. 2003 side 625.

Også for voldtekt i forhold hever Høyesterett straffenivået etter lovendringen. Dommen inntatt i Rt. 2002 side 1701 omhandler en 41 år gammel mann som hadde begått to voldtekter hvorav en til samleie mot sin samboer. Her uttaler Høyesterett at domstolene på grunn av lovendringen i 2000 må ”reagere sterkere overfor denne type lovbrudd enn tidligere. Konsekvensen må bli skjerpelse ut over den gradvise endring av straffenivået som var nedfelt i rettspraksis allerede før lovendringen.” Ut i fra denne uttalelsen kan det virke som om hevingen av minstestrafen har virket etter sin hensikt; straffen for voldtekt har økt, og i et større sprang enn det som ville vært tilfelle dersom straffen gradvis skulle økes gjennom rettspraksis. På den annen side kan det tyde på at man ville ha kommet opp på dette nivået over tid, også uten hevingen av minstestrafen. Dersom dette er tilfellet ville også straffutmålingen være mer elastisk hvis minstestrafen ikke hadde blitt satt opp.

Høyesterett så videre på om det var grunn til å gjøre deler av straffen betinget. Retten viste til at det også tidligere var fastslått at det er grunn til å anvende deldom med forsiktighet dersom det er snakk om å sette den ubetingede del av straffen under minstestrafen. Deretter uttaler imidlertid Høyesterett at det fortsatt er ”spørsmål om konkret utmåling i enkeltsaker, og domstolene må derfor kunne gjøre en del av minstestrafen betinget når det foreligger helt spesielle omstendigheter”.¹²⁴ I denne saken kunne ikke retten se at det forelå slike omstendigheter, og straffen ble derfor helt ut ubetinget.

I dommen inntatt i Rt. 2003 side 1248 kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for å gjøre deler av straffen betinget på grunn av sakens alvorlige karakter. Saken gjaldt en 19 år gammel mann som voldtok en 18 år gammel jente på toalettet på et diskotek. Retten kunne ikke se at det forelå spesielle omstendigheter i dette tilfellet. Også i Rt. 2008 side 890 kom Høyesterett til at det ”klart” ikke var rom for å gjøre deler av straffen betinget. Saken gjaldt en 31 år gammel mann som gjennomførte voldtekt til samleie med en ung jente som var påvirket av alkohol.

Ut i fra disse sakene kan man utlede at Høyesterett ønsker at deldom skal anvendes med forsiktighet, også etter hevingen av minstestrafen. Imidlertid holdes døren på gløtt slik at deldom er et alternativ i de helt spesielle tilfellene. Da har fortsatt domstolene mulighet til å benytte seg av deldom som den sikkerhetsventil den må sies å representere i de tilfellene der minstestrafen ville gi urimelige utslag. Domstolene beholder da også sin mulighet til å fastsette straffen konkret i den enkelte sak. Et annet spørsmål er imidlertid om deldom kun vil bli benyttet i spesielle tilfeller, eller om denne muligheten heller bidrar til å uthule minstestrafens betydning ved at den blir benyttet for hyppig.

Generelt kan det virke som om Høyesterett er lojal mot lovgiver og har hevet straffenivået for ulike former for voldtekt etter lovendringen. Dette er i tråd med lovgivers intensjoner

¹²⁴ Rt. 2002 side 1701 s. 1703

og formålet bak hevingen. Etter å ha sett på tendensen ved straffutmåling ved Borgarting lagmannsrett, kan det imidlertid se ut som om det gjennomsnittelige straffenivået ligger ganske nær minstestrafen, se i punkt 3.2.1 over.

3.2.3 Bevisstløshetstilfellene

Før lovendringen i 2000 falt bevisstløstiltellene under § 193. Bestemmelsen lød da: ”Den som har eller medvirker til at en annen har utuktig omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner er ute av stand til å motsette seg handlingen, straffes med fengsel inntil 5 år. Har den skyldige fremkalt tilstanden i hensikt å fremme forbrytelsen eller medvirke til det, straffes han med fengsel i minst 1 år.” Det var først etter departementets vurdering at bestemmelsen ble foreslått tatt inn i voldtektsbestemmelsen.¹²⁵

At disse tilfellene ble tatt opp i voldtektsbestemmelsen hadde to konsekvenser. For det første ble den øvre strafferamme etter første punktum økt fra 5 til 10 år. For det andre, og viktigste i denne sammenheng, førte endringen til at voldtekt til samleie med bevisstløs person der gjerningspersonen ikke hadde fremkalt tilstanden fikk en minstestraft på 2 år. Dette er en markant økning i minstestrafen siden § 193 ikke hadde fastsatt noen særskilt minstestraft for disse tilfellene. Minstestrafen økte dermed fra lovens alminnelige minimum på 14 dager til 2 år.

Det går klart frem av forarbeidene at det også i disse tilfellene skulle være fastsatt en minstestraft. Dette var begrunnet i voldtektssofferets stilling, straffverdighet og hensynet til den allmenne rettsfølelse: ”Voldtektsofferens stilling blir ytterligere styrket ved at departementet foreslår å inkludere i voldtektsbestemmelsen også [...] seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen. [...] Ved å ta dem inn i voldtektsbestemmelsen får disse overtredelsene en betydelig høyere strafferamme, og det markeres tydelig at samfunnet ser alvorlig på denne type handlinger - som kan være like straffverdige som de som tradisjonelt har vært bedømt som voldtekt.”¹²⁶

¹²⁵ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 33

¹²⁶ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 16

I tillegg ser det ut til at departementet har bygget på hensynet til forholdsmessighet sammenliknet med andre overgrep når det pekes på at bevisstløshetstilfellene kan være like straffverdige. Departementet gjentar senere hvor straffverdige denne type handling er, og understreker at handlingen er *særlig* straffverdig i de tilfeller hvor det er gjerningspersonen som har hensatt fornærmede i en bevisstløshetstilstand.¹²⁷

Spørsmålet er om Høyesterett også i disse tilfellene er lojal mot lovgiver og hever straffenivået i tråd med formålet for lovendringen, eller om domstolene vil prøve å omgå minstestrafen siden den har økt betydelig mer i forhold til andre former for voldtekt.

Utsagnene i forarbeidene om denne endringen ble tolket av Høyesterett i to dommer som ble avsagt den 23. Oktober 2002, jf. Rt. 2002 side 1288 og Rt. 2002 side 1295. Begge sakene dreide seg om voldtekt til samleie hvor de fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingene fordi de var beruset og sov. Den første dommen inntatt i Rt. 2002 side 1288 omhandler en 43 år gammel mann som gjennomførte voldtekt til samleie med to kvinner på 17 år. Begge var beruset, og ute av stand til å motsette seg handlingen fordi de hadde sovnet. Spørsmålet i saken var om deler av straffen kunne gjøres betinget. Høyesteretts flertall kom til at selv om det gjelder en minstestraft, er det ikke rettslig til hinder for at domstolene kan utmåle deler av straffen betinget.¹²⁸ Det kan ifølge førstvoterende være flere grunner til å benytte deldom hvis loven inneholder minstestraft: ”Grunnen kan være ei endring i samfunnstilhøva over tid, eller særlige omstende ved situasjonen til gjerningspersonen – noko som klart ikkje er tilfelle i vår sak. Men grunnen kan også vere at det konkrete tilhøvet ligg i det nedre sjiktet av dei omstenda som blir omfatta av minstestrafra.”¹²⁹

Flertallet mener altså at dersom det konkrete tilfellet ligger i det nedre sjikt av de tilfellene som blir omfattet av minstestrafen, må det være anledning for domstolene til å benytte seg

¹²⁷ Ibid. s. 33

¹²⁸ Rt. 2002 side 1288 s. 1291

¹²⁹ l.c.

av deldom. Dette synet blir bygget på at det i forarbeidene står at bevisstløshetstilfellene *kan* være like straffverdige som andre voldtektstilfeller, og derfor ikke nødvendigvis er det. Førstvoterende presiserer imidlertid at domstolene må være forsiktige med å benytte seg av deldom når det er fastsatt en minstestraft, og at bruken av deldom ikke må skje på en måte som er i strid med lovgivers intensjoner med lovendringen. Han benytter seg likevel av deldom og omgår dermed minstestrafteffekten på bakgrunn av at det i denne typen saker er grunnlag for mer bruk av straffereaksjoner i nedre sjiktet sett i forhold til med de mer tradisjonelle voldtektssakene.¹³⁰

Flertallet kom til samme resultat i dommen inntatt i Rt. 2002 side 1295 som falt samme dag. Førstvoterende slutter seg til førstvoterende i Rt. 2002 side 1288 og legger til at når overtredelsen ligger i det nedre sjikt av de forbrytelser som rammes av § 192, må det etter hennes mening ”være riktig å gjøre en del av fengselsstraffen betinget.”¹³¹

Mindretallet i begge avgjørelsene fremholdt at lovteksten etter endringen i 2000 er helt klar. Dette mente også flertallet. I motsetning til flertallet kan imidlertid ikke mindretallet se at forarbeidene er uklare på om det var meningen å innføre minstestraft for disse bevisstløshetstilfellene. Annenvoterende fremholder i Rt. 2002 side 1288 at dersom en bestemmelse inneholder minstestraft er utgangspunktet ubetinget fengselsstraff i minstetiden. Hun mener imidlertid i likhet med førstvoterende at det er rom for domstolene til å benytte seg av deldom i visse tilfelle, som for eksempel der tiden har løpt fra bestemmelsen eller der utilsiktede konsekvenser av minstestrafteffekten kan føre til urimelige resultater i det konkrete tilfellet. I motsetning til førstvoterende mener hun at minstestrafteffekten her er ny, klar og i samsvar med formålet med bestemmelsen. Hun mener derfor at domstolene må følge lovgiver og idømme en ubetinget straff på minst 2 år dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

¹³⁰ Ibid. s. 1292

¹³¹ Rt. 2002 side 1295 s. 1297

Mindretallet holder lojalitet overfor lovgiver frem som et viktig prinsipp der det foreligger minstestraft: ”Bruken av minstestraft har hos oss generelt sett vært restriktiv, dels fordi minstestraft bryter med det alminnelige prinsipp om at straffutmåling avgjøres ved konkret helhetsvurdering, dels på grunn av erfaringsmessig uheldige konsekvenser. Men her hvor lovgiver etter en nærmere vurdering likevel har valgt å fastsette to års minstestraft, må domstolene etter mitt syn følge opp dette, selv om man skulle ha en annen oppfatning om bruken av minstestraft i denne typen saker eller minstestraftens lengde.”¹³²

Etter mitt syn har mindretallet mer for seg enn flertallet i sin tolking av hvordan loven skal forstås, og ikke minst hvordan deldom bør benyttes i disse sakene. Både flertallet og mindretallet fremholder at deldom må benyttes med varsomhet der lovgiver har satt en minstestraft. Videre fremholder begge fraksjoner at deldom derfor bare må benyttes i spesielle tilfeller. Dette er jeg enig i. Konsekvensen av det motsatte ville være en undergraving av minstestraften som lovteknisk virkemiddel, og kan føre til at lovgiver må ta i bruk andre og kanskje tyngre virkemidler som for eksempel innføring av såkalte straffetabeller for å påvirke straffenivået.

Flertallet i de to avgjørelsene gir imidlertid inntrykk av at det bør være en utstrakt bruk av deldom ved straffutmåling for voldtekt i bevisstløshetstilfellene. Jeg er uenig med flertallet i at lovgiver er uklar når det gjelder om det var meningen at bevisstløshetstilfellene skal ha en minstestraft på 2 år der det dreier seg om voldtekt til samleie. Her er jeg enig med mindretallet. Både lovtekst og forarbeider er klare. Det at det går frem av forarbeidene at disse tilfellene kan være like straffverdige som andre former for voldtekt, kan vanskelig tolkes dit hen at det må være større adgang for bruk av deldom fordi disse tilfellene motsetningsvis *kan være* mindre straffverdige, slik flertallet synes å legge til grunn. De to avgjørelsene ble også kraftig kritisert av Finn Kristian Marthinsen fra Kristelig Folkeparti i en avisartikkel i Aftenposten få dager senere. Han mente at Høyesterett rokket ved selve maktfordelingsprinsippet, og at domstolen her var sin egen lovgiver.¹³³

¹³² Rt. 2002 side 1288 s. 1294

¹³³ Gjende (2002)

I en senere avgjørelse inntatt i Rt. 2004 side 39 uttaler et enstemmig Høyesterett at utgangspunktet er ubetinget straff i minstetiden der det foreligger minstestraft. Denne saken gjaldt også straffutmåling for voldtekt til samleie av en sovende kvinne. I motsetning til de to andre sakene dreide det seg her om gjentakelsestilfelle, og retten kom derfor til at det måtte foreligge "helt spesielle omstendigheter" dersom deler av straffen skulle gjøres betinget. Også i Rt. 2004 side 1902 ble resultatet fullt ut ubetinget fengsel for tre gjerningspersoner som hadde voldtatt ei 15 år gammel jente som hadde sovnet på grunn av beruselse. I denne avgjørelsen la også Høyesterett vekt på straffskjerpene grunner da retten kom til at det ikke var rom for å gjøre deler av straffen betinget. Slik jeg ser det må dette være utgangspunktet i alle bevisstløshetstilfellene der et av alternativene i § 192 annet ledd er oppfylt, og ikke bare i de tilfeller der det foreligger skjerpene omstendigheter. Straffnedsettelsesgrunnene fanger opp flere av tilfellene der minstestraften kan bli urimelig streng, og deldom bør da etter min mening kun benyttes i andre tilfeller der minstestraften ville ramme urimelig hardt.

Dette er tydelig i dommen inntatt i Rt. 2009 side 321 som gjaldt forsøk på voldtekt til samleie med bevisstløs person. Høyesterett utmålte en straff på 7 måneders fengsel, hvorav 120 dager ble gjort betinget. Retten la vekt på den domfeltes unge alder, og at han hadde tilstått forholdet selv om tilståelsen kom på et sent tidspunkt. Domfelte var 17 år da voldtekten fant sted. Etter straffeloven 1902 § 55 er det en straffnedsettelsesgrunn dersom gjerningspersonene er under 18 år. Også tilståelse er en selvstendig straffnedsettelsesgrunn, jf. straffeloven 1902 § 59 annet ledd. Da det i dette tilfellet dreide seg om en forsøkshandling, og gjerningspersonen var under 18 på kan man forstå at minstestraften på 2 år kunne bli uforholdsmessig streng. Saken illustrer hvordan domstolene i slike tilfeller kan benytte seg av straffnedsettelsesgrunnene for å unngå dette. Høyesterett har da også valgt å utmåle en straff som ligger betydelig under minstestraften, og har i tillegg gjort deler av straffen betinget.

3.2.4 Kriminalisering av grovt uaktsom voldtekt

Spørsmålet om også grovt uaktsom voldtekt burde kriminaliseres var et av temaene seksuallovbruddsutvalget var bedt om å ta stilling til. Utvalget drøftet dette nøye, og kom til at det ikke forelå tungtveiende hensyn som talte for å kriminalisere grovt uaktsom voldtekt.¹³⁴ Departementet kom imidlertid under tvil til at også den grovt uaktsomme handling burde kriminaliseres. Det ble lagt vekt på at det ville styrke rettsvernet for ofrene uten at det innebar noen rettssikkerhetsrisiko for gjerningspersonen. Videre ble det påpekt at også de grovt uaktsomme overgrep er straffverdige, og at det ville være viktig å sende et signal om at disse handlingene ikke blir akseptert.¹³⁵ Flertallet i justiskomiteen var enige med departementet.¹³⁶

Kriminaliseringen av grovt uaktsom voldtekt medfører at minstestrafen faller bort i de tilfeller hvor gjerningspersonen har handlet grovt uaktsomt, selv om det dreier seg om voldtekt til samleie. For de tilfeller der gjerningspersonen har hensatt fornærmede i en bevisstløshetstilstand kan man neppe tenke seg at det dreier seg om annet enn en forsettlig handling. I henhold til straffeloven 2005 § 23 vil uaktsomheten være grov ”dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse”. Departementet viser til at dette svarer til gjeldende rett.¹³⁷

Spørsmålet her er om kriminaliseringen av den grovt uaktsomme voldtekt kan føre til at påtalemyndigheten eller domstolene nedsubsumerer fra forsett til grov uaktsomhet for å omgå minstestrafen. Seksuallovbruddsutvalget påpekte at nettopp dette kunne bli et problem, og at kriminalisering av grovt uaktsom voldtekt ville svekke ofrenes rettsvern

¹³⁴ NOU 1997:23 s. 53

¹³⁵ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 30-31

¹³⁶ Innst.O.nr. 92 (1999-2000) s. 8

¹³⁷ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s.27

snarere enn å styrke det.¹³⁸ Departementet var imidlertid uenig dette, og mente det var liten fare for nedsubsumering.¹³⁹

Bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt har ikke vært behandlet av Høyesterett særlig mange ganger etter at den ble innført. Det er imidlertid verdt å merke seg at det i alle de sakene som har endt opp i Høyesterett i utgangspunktet har vært tatt ut tiltale for forsettlig voldtekt, men domfelt for grovt uaktsom voldtekt. Dette kan tyde på at bestemmelsen fører til nedsubsumering ved at påtalemyndigheten eller domstolen heller benytter seg av denne bestemmelsen for å omgå minstestrafen. Det er også verdt å merke seg at sakene for Høyesterett kun dreier seg om straffutmåling etter bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt. Høyesterett har derfor ikke tatt stilling til bestemmelsen i seg selv, kun straffenivået i forhold til nivået for forsettlig voldtekt.

Dommen som er inntatt i Rt. 2004 side 1553 er den første hvor Høyesterett vurderer straffenivået for grovt uaktsom voldtekt. Saken gjaldt grov uaktsom voldtekt til seksuell omgang, og ville således uansett ikke ha blitt rammet av minstestrafen. Det som likevel gjør at avgjørelsen er aktuell her, er Høyesteretts uttalelser om hvor straffenivået for grovt uaktsom voldtekt skal ligge: ”det alminnelige straffenivået for den grovt uaktsomme voldtekt må ligge markant lavere enn ved forsettelig voldtekt. Det må også gjelde et tilfelle som vårt, der lagmannsretten har lagt til grunn at det dreier seg om bevisst uaktsomhet, som for så vidt nærmer seg forsettgrensen, og hvor også den seksuelle omgang ligger nær samleiedefinisjonen.”¹⁴⁰ Høyesterett satt i dette tilfellet straffen til 8 måneder, hvorav 120 dager ubetinget.

Saken som antakelig har vagt mest oppsikt når det gjelder grovt uaktsom voldtekt er inntatt i Rt. 2006 side 471. Saken gjaldt en ung mann som gjennomførte voldtekt til samleie med en 17 år gammel jente som ikke var i stand til å motsette seg handlingen fordi hun var

¹³⁸ NOU 1997:23 s. 51

¹³⁹ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 31

¹⁴⁰ Rt. 2004 side 1553 avsnitt 17

meget beruset og sov. Tiltalte hadde møtt fornærmede på byen, og tilbød seg å skaffe skyss da fornærmede var så beruset at en venninne skulle få henne hjem til seg hvor hun skulle overnatte. Tiltalte ba kameraten om å få et kondom, og gjemte seg deretter bak garasjen mens venninnen fikk fornærmede i seng. Han tok seg inn gjennom et åpent vindu etter at de andre hadde dratt. Deretter kledte han av fornærmede og gjennomførte samleie med henne. Etterpå tok han seg en øl i stuen før han ble hentet av kameratene. Han tok også med seg fornærmedes mobiltelefon da han dro. Høyesterett viste til at tiltalte var dømt for grovt uaktsom voldtekt, og at straffen da skal ligge markant under straffen for forsettlig overtredelse. Straffen ble satt til 9 måneder.

Ut i fra faktum i saken er det vanskelig å forstå at dette er en uaktsom overtredelse, selv om det dreier seg om grov uaktsomhet. Tiltalte var klar over at fornærmede ble kjørt hjem nettopp fordi hun var så beruset, og det at han gjemte seg mens venninnen fikk fornærmede i seng og tok med seg mobiltelefonen hennes etter voldtekten gjør det desto mer uforståelig at det ikke dreier seg om en forsettlig voldtekt. Mot dette kan det imidlertid anføres at forskjellen mellom de to skyldformene ikke beror på handlingens alvorlighet, men på gjerningspersonenes subjektive forestillinger i gjerningsøyeblikket. Det er derfor ifølge Ertzeid ikke nødvendigvis slik at den grovt uaktsomme voldtekt er utøvet på en mildere måte enn den forsettlige.¹⁴¹ Forskjellen er heller at gjerningspersonen er mindre å bebreide ved den grovt uaktsomme voldtekt enn ved den forsettlige. I dette tilfellet er det likevel vanskelig å forstå at det ikke dreier seg om en forsettlig overtredelse.

Det går frem av lagmannsrettdommen at tiltalen for tingretten var etter forsettlig overtredelse, men at tingretten domfelte etter bestemmelsen om grov uaktsomhet. I lagmannsretten svarte lagretten nei på spørsmål om forsettlig overtredelse, men ja på spørsmål om grov uaktsomhet.¹⁴² Det kan da spørres om resultatet hadde blitt frifinnelse dersom domstolene ikke hadde hatt muligheten til å domfelle etter bestemmelsen om grov uaktsomhet, eller om utfallet da heller hadde blitt domfellelse for forsettlig overtredelse slik

¹⁴¹ Ertzeid (2006) s. 355

¹⁴² LG-2005-99354

at minstestrafen hadde kommet til anvendelse. I et tilfelle som dette kan man ikke unngå å tenke at domstolene har nedsubsumert fra forsettlig voldtekt til grovt uaktsom voldtekt nettopp for å omgå minstestrafen.

I dommen inntatt i Rt. 2006 side 513 var også domfelte i utgangspunktet tiltalt for forsettlig overtredelse, og ble også domfelt etter denne bestemmelsen i tingretten. I ankesaken svarte imidlertid lagretten nei på spørsmål om forsettlig voldtekt, men ja på spørsmål om voldtekten var grovt uaktsom.¹⁴³ Det går frem av faktum i saken slik det er gjengitt i lagmannsrettsdommen at det var to som var sammen om voldtekten, men at A som saken i Høyesterett gjaldt, ikke var klar over at fornærmede ikke motsatte seg handlingene på grunn av frykt for at B skulle slå henne. B hadde slått henne i ansiktet da A ikke var tilstede. Høyesterett satt straffen til 8 måneder ubetinget fengsel.

I dette tilfellet er det lettere å forstå at det dreier seg om en grovt uaktsom voldtekt. Domfelte var ikke klar over at fornærmede ikke motsatte seg handlingene fordi hun var utsatt for vold fra den andre domfelte. Likevel var det snakk om grove overgrep, og klart klanderverdig opptreden.

Ragnhild Hennum mener det er vanskelig å si om bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt fører til nedsubsumering, fordi man ikke vet hva resultatet av sakene hadde blitt dersom vi ikke hadde hatt bestemmelsen.¹⁴⁴ Hun mener at det kan hende at dette skjer, men at det er helt umulig å bevise det empirisk.¹⁴⁵ Jeg er enig med Hennum i at det aldri kan bevises at det har blitt foretatt nedsubsumering. Jeg mener likevel at det i hvert fall i noen saker vanskelig kan sies å være grov uaktsomhet og ikke forsett ut i fra faktum. Når Høyesterett har slått fast at straffen skal være vesentlig lavere ved grov uaktsomhet kan det gjøre det ”lettere” å nedsubsumere til denne bestemmelsen dersom man mener minstestrafen ville ramme urimelig hardt.

¹⁴³ LG-2005-83475

¹⁴⁴ Hennum (2009) s. 57-58

¹⁴⁵ l.c.

Slik jeg ser det vil nok bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt innebære en risiko for at påtalemyndigheten eller domstolene velger å nedsubsumere til denne bestemmelsen for å omgå minstestrafen. Det kan likevel være en fordel å ha bestemmelsen. Dersom vi ikke hadde hatt bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt, hadde domstolen hatt to valgmuligheter; enten dømme for forsettelig voldtekt slik at minstestrafen kommer til anvendelse der vilkårene etter annet ledd er til stede, eller frifinne. Da kan man se det slik at det er bedre for den fornærmede at gjerningspersonen blir dømt for noe, slik at det blir fastslått at det ikke er fornærmede som er skyld i det som har skjedd. Det kan virke som det er en vanlig oppfatning at det er viktigere for fornærmede at overgrepet får en reaksjon enn at straffen nødvendigvis er streng. Dette siste kan også være et moment som taler for å fjerne minstestrafen, dersom det kan føre til flere domfellelser.

I en kronikk i Aftenposten tar Anne Robberstad til orde for å oppheve minstestrafen nettopp på dette grunnlag.¹⁴⁶ Hun viser til at erfaringene med minstestraft for voldtekt og seksuelle overgrep mot barn har vært uheldige, og at minstestrafen gir inntrykk av at det dreier seg om handlinger som er sjeldne, noe som ikke er tilfellet. Hun påpeker også at frifinnelser og henleggelse vil oppfattes av de fornærmede dit hen at de ikke blir trodd, selv om den juridiske forklaringen er en annen. Hun mener derfor at lave straffer er bedre enn ingen straffer.

3.3 Avsluttende om utviklingen etter straffeloven 2005

3.3.1 Innledning

Det er visse endringer i voldtektsbestemmelsen i straffeloven 2005 i forhold til straffeloven 1902. Det objektive gjerningsinnhold vil fortsatt være det samme, med unntak av at setningen om at det ved vurderingen av om det er utøvd vold skal legges vekt på om fornærmede er under 14 år fjernes. Dette innebærer imidlertid ingen realitetsendring i

¹⁴⁶ Robberstad (2009)

forhold til gjeldende rett, hva som regnes som vold og truende atferd skal fortsatt vurderes relativt.¹⁴⁷

Endringene består i at minstestrafen igjen blir hevet, denne gang til 3 år. Hvilke former for voldtekt som er belagt med minstestraft går frem av en egen bestemmelse, jf. § 292. Dette innebærer ingen realitetsendring i forhold til gjeldende rett. Det innføres videre et skille mellom voldtekt og grov voldtekt, jf. §§ 291 og 293. Dette er i samsvar med et tilsvarende skille for andre typer lovbrudd. I tillegg til at minstestrafen heves, innføres såkalte ”normalstraffer” i forarbeidene som angir hvilket nivå straffen bør ligge på innenfor strafferammen. Bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt videreføres, men det er et ønske fra lovgiver om at straffenivået her heves.

Med disse endringene ønsker lovgiver at det skal ”etableres et nytt straffenivå for voldtekt.”¹⁴⁸ Om økte minstestrafte og etablering av et normalstraffenivå er veien å gå, gjenstår å se.

3.3.2 Heving av minstestrafen

Straffelovkommisjonen ønsket å oppheve minstestraft for voldtekt på grunn av de uheldige erfaringene med å heve minstestaffen i 1927.¹⁴⁹ Departementet mente imidlertid at ”voldtekt bør straffes strengere enn i dag og at det er behov en kraftigere skjerpning enn den trinnvise hevingen av straffenivået som skjer over tid i rettspraksis.”¹⁵⁰ Forslaget fra departementet var derfor å heve minstestrafen til 3 år.¹⁵¹ Departementet viste igjen til at det er de minst alvorlige handlinger som omfattes av straffebudet som skal ilegges minstestrafen, og at betydningen av en hevet minstestraft da blir ”en markert økning av

¹⁴⁷ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 222

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 228

¹⁴⁹ NOU 2002:4 s. 365-366

¹⁵⁰ Ot.prp.nr. 22(2008-2009) s. 228

¹⁵¹ l.c.

straffenivået.”¹⁵² Det presiseres videre at minstestrafen gjelder for alle former for voldtekt som faller inn under gjerningsbeskrivelsen, og at deldom kun skal benyttes ved særdeles formildende omstendigheter.¹⁵³ Justiskomiteen var enig med departementet i at straffenivået for voldtekt er for lavt, og derfor må skjerpes betraktelig.¹⁵⁴ Dette ble begrunnet i proporsjonalitetshensyn. Komiteen ga derfor sin tilslutning til hevingen.¹⁵⁵

Hevingen av minstestrafen er direkte begrunnet i lovgivers ønske om et høyere straffenivå for voldtekt. Det kan virke som om lovgiver mener utviklingen i rettspraksis går for sakte, selv om det legges til grunn at det har vært en gradvis økning i straffenivået i de senere år.¹⁵⁶ Det er likevel noe merkelig at lovgiver igjen velger å benytte seg av minstestraft for å heve straffenivået. I straffeloven 2005 ellers er tendensen mer at minstestrafte reduseres eller fjernes. Erfaringene med å heve minstestraft for voldtekt tidligere har heller ikke være særlig heldige, og det kan spørres hvorfor lovgiver mener det er grunn til å tro at det blir annerledes denne gangen.

3.3.3 Etablering av et normalstraffenivå for voldtekt

Nytt med straffeloven 2005 er at lovgiver angir et normalstraffenivå i forarbeidene. Lovgiver benytter seg av dette virkemiddelet ved siden av minstestraft for å sørge for at straffenivået faktisk blir hevet.¹⁵⁷ Innføringen av normalstraffenivået i forarbeidene kan tyde på at lovgiver mener at domstolene ikke er lojale nok til lovgivers signaler når det kommer til straffutmåling for voldtekt. Dette virkemiddelet signaliserer at straffen for normalovertredelsen skal ligge markert over minstestrafen, og ikke ned mot minstestrafen slik det ofte gjør. Normalstraffenivået som er angitt i forarbeidene skal virke som en slags retningslinjer for domstolene. Departementet uttaler at det ikke er meningen at angivelsen

¹⁵² l.c.

¹⁵³ Ibid. s. 229

¹⁵⁴ Innst.O.nr. 73 (2008-2009) s. 50

¹⁵⁵ l.c.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 224

¹⁵⁷ Innst.O.nr. 73 (2008-2009) s. 6

av normalstraffenivået skal gjøre ”straffutmålingen statisk eller skjematisk”, men at det skal angi et utgangspunkt for domstolenes vurdering i den konkrete sak.¹⁵⁸

Det kan likevel spørres om dette ikke grenser opp mot å gjøre straffutmålingen skjematisk. Departementet mener at normalstraffenivået for voldtekt ikke bør være under 4 år.¹⁵⁹ Dette er en vesentlig heving av straffenivået i forhold til i dag. Videre påpekes det at dette nivået skal være det samme uavhengig av om voldtekten rammes av bokstav a, b eller c i den objektive gjerningsbeskrivelsen.¹⁶⁰ Departementet er uenig med Høyesterett i at bevisløshetstilfellene ligger i det nedre sjikt av de straffverdige handlinger og dermed har blitt bedømt mildere enn andre former for voldtekt. Det rettes også kritikk mot den utstrakte bruk av deldom på dette området, og påpekes at utgangspunktet er en fullt ut ubetinget straff.¹⁶¹ Departementet viser i denne forbindelse til at dersom det ikke foreligger noen straffnedsettelsesgrunn kreves det ”særlig formildende omstendigheter for å fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel i 4 år.”¹⁶² Dette skal være normalstraffenivået ved ”vanlige” voldtekter. Ved grove voldtekter skal normalstraffenivået være 5 år. Det samme gjelder der det foreligger skjerpene omstendigheter ved normalovertredelsen.¹⁶³

Departementet viser videre til ulike avgjørelser fra Høyesterett, og indikerer hva straffen skal være for tilsvarende overtredelse etter straffeloven 2005.¹⁶⁴ Justiskomiteen slutter seg til denne teknikken for å heve straffenivået.¹⁶⁵ Her blir meget lite ved straffutmålingen overlatt til domstolenes frie skjønn. Etter mitt syn er dette virkemiddelet langt mer inngripende enn minstestraffer, og det har klare trekk som minner om straffetabeller. Høyesterett uttaler at lovgiver her har gått langt i å gi detaljerte retningslinjer i

¹⁵⁸Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 228

¹⁵⁹Ibid. s. 229

¹⁶⁰I.c.

¹⁶¹I.c.

¹⁶²I.c.

¹⁶³I.c.

¹⁶⁴Ibid. s. 229-230

¹⁶⁵Innst.O.nr. 73 (2008-2009) s. 8

forarbeidene, men at det ikke er tvil om at domstolene plikter å legge dette straffenivået til grunn når straffeloven 2005 trer i kraft.¹⁶⁶ Domstolene vil altså være lojale mot lovgiver og følge disse anvisningene, selv om det fører til at svært lite ved straffutmålingen blir overlatt til domstolenes skjønn.

3.3.4 Videreføring av bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt

Kommisjonen ønsket ikke å videreføre bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt.¹⁶⁷

Departementet ønsket derimot å videreføre bestemmelsen fordi det motsatte ville kunne ”utelukke alvorlige integritetskrenkelser fra straffansvar”, i tillegg til at det ville kunne ha en ”uønsket og uheldig signaleffekt” å oppheve kriminaliseringen.¹⁶⁸ Departementet mente videre at straffenivået for grovt uaktsom voldtekt er for lavt, og at hevingen av minstestrafen til 3 år også må få betydning for de grovt uaktsomme voldtektene.¹⁶⁹

Loggiver er uenig med Høyesterett i at straffenivået for grovt uaktsom voldtekt skal ligge markant lavere enn for den forsettelige voldtekt. Det ble lagt til grunn at forskjellen i straffenivå for de to skyldformene er for skarp etter gjeldende rett, og at straffenivået for grovt uaktsom voldtekt ”bør fastlegges slik at det er en mer glidende overgang i nivået mellom grovt uaktsom voldtekt og forsettelig voldtekt. Der den utviste skylden ligger tett opp mot forsett, bør straffenivået nærme seg minstestrafen for forsettelig voldtekt”¹⁷⁰ Justiskomiteen var enig med departementet.¹⁷¹

Her er jeg enig med lovgiver. Det er etter min mening for stor forskjell i straffenivået mellom de to skyldformer etter gjeldende rett. Dersom straffenivået blir mer utjevnet, vil det også minske risikoen for nedsubsumering for å omgå minstestrafen. På den annen side kan det også føre til økt risiko for feilaktige frifinnelser. Dersom domstolen har valget mellom 4 års normalstraff for forsettlig overtredelse eller opp mot 3 år for den grovt

¹⁶⁶ HR-2009-02162-S, avsnitt 22

¹⁶⁷ NOU 2002:4 s. 361

¹⁶⁸ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 235

¹⁶⁹ l.c.

¹⁷⁰ l.c.

¹⁷¹ Innst.O.nr. 73 (2008-2009) s. 51

uaktsomme overtredelse, kan i konkrete tilfeller begge alternativer være en urimelig steng straff. Da kan det føre til at domstolen frifinner på feil grunnlag.

3.3.5 Avsluttende bemerkninger

Det ser ut til at minstestraft for voldtekt fungerer etter sitt formål. Hevingen av minstestrafte ved lovendringen i 2000 førte til at straffene ble hevet slik at nivået ble liggende på over 2 år. Det ser også ut til at domstolene vil være lojale mot lovgiver og følge anvisningene i forarbeidene til straffeloven 2005 slik at straffenivået blir hevet ytterligere når denne trer i kraft.

Det kan likevel spørres om ikke viktigste innsatsen mot voldtekt må gjøres på andre områder enn strafferettens. Når en sak kommer inn i rettsvesenet, er skaden alt skjedd. At straffenivået øker er nok en mager trøst for de mange som rammes av seksuelle overgrep. Det er store mørketall på området,¹⁷² og derfor ikke fritt for at man tenker at den viktigste innsatsen ikke ligger hos rettsvesenet, men heller andre steder i samfunnet.

¹⁷² NOU 2008:4 s. 12

Litteraturliste

- Andenæs, Johs. *Straff og lovlydighet Artikkelsamling* Trondhjem, Universitetsforlaget 1974
- Andenæs, Johs. *Lovmotiver og straffutmåling I: Lov og Rett* 1991 s. 385-386
- Andenæs, Johs.[a] *Statsforfatningen i Norge* 9. utg. ved Arne Fliflet. Oslo, universitetsforlaget 2004
- Andenæs, Johs.[b] *Alminnelig strafferett* 5. utg. Oslo, universitetsforlaget 2004, 2. opplag 2005
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen* Oslo, Universitetsforlaget 2008
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget 2001
- Ertzeid, Aina Mee *Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett I: Jussens Venner* nr. 06 2006 (sitert fra Idunn.no)
- Eskeland, Ståle *Strafferett* 2. utg. Oslo, Cappelen forlag a.s., 2006
- Gjende, Robert *Senker straff for voldtekt under minstegrensen I: Aftenposten* 30. Oktober 2002 (<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article426765.ece>) [sitert 29.10.2009]
- Hauge, Ragnar *Straffens begrunnelser* Oslo, Universitetsforlaget 1996
- Hennum, Ragnhild *Virker bestemmelsen om grovt uaktsom voldtekt? I: Kritisk Juss* nr. 1/2009 s.50-59
- Jonassen, Arild M. og Jostein Ihlebæk – *Strengere straff – nå I: Aftenposten* 28. Mai 2009
- Langeby, Cecilie Nergaard *Minstestraft* Oslo, 2005 (Masteravhandling i retts sosiologi. Institutt for kriminologi og retts sosiologi)
- Matningsdal, Magnus [a] *Hvordan kan Stortinget påvirke straffenivået? I: ”Retts teori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. Juli 2002”*. Oslo, Universitetsforlaget 2002, s. 569-588
- Matningsdal, Magnus [b] *Høyesteretts rolle i utviklingen av strafferetten I: Tidsskrift for strafferett* nr. 04/2002 s.345-359 (sitert fra Idunn.no)
- Matningsdal, Magnus *Straffutmåling politiske direktiver og signaler I: Lov og rett* nr. 06/2004 s. 324-339 (sitert fra Idunn.no)

Matningsdal, Magnus og Asbjørn Strandbakken *STRAFFENIVÅ OG STRAFFETEORIER I NORSK STRAFFERETT ANNO 2001** I: Jussens venner nr. 1/2004 s. 1-18 (sitert fra Idunn.no)

Matningsdal, Magnus *Kommentar til straffeloven I*: Norsk lovkommentar nettversjon [sitert 11.06.2009]

Myhrer, Tor-Geir *NY STRAFFELOV I*: Jussens Venner nr. 2/2008, s. 95-135 (sitert fra Idunn.no)

Robberstad, Anne *Opphev minstestrafen!* I: Aftenposten 15. Februar 2009

Slettan, Svein og Toril Marie Øie *Forbrytelse og straff Lærebok i strafferett* Oslo, Tano Aschehoug, 1997

Storberget, Knut *Tydelig lov etter 100 år I*: Aftenposten 28. Mai 2009

Torgersen, Runar *Om fastsettelse av strafferammer* Særavhandling – Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2000

4 Lov- og forarbeidsregister

1814	Grunnloven
1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. Mai 1902 nr. 10
1965	Lov om vegtrafikk (Vegtrafikkloven) av 18. Juni 1965 nr. 4
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. Mai 2005 nr. 28
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Dok. Nr. 8: 60 (1997-1998) Forslag fra Stortingsrepresentantene Carl I. Hagen, Jan Simonsen og Jørn L Stang om å henstille til Høyesterett og landets øvrige domstoler om å vurdere om ikke det generelle straffeutmålingsnivået for grovere voldskriminalitet og sedelighetsforbrytelser mot mindreårige bør skjerpes vesentlig innenfor de någjeldende rammer.

NOU 1975: 61	Kriminalomsorg i frihet
NOU 1983: 57	Straffeloven under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I
NOU 1991: 13	Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning
NOU 1997: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonenes delutredning V
NOU 2002: 4	Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2003: 18	Rikets sikkerhet. Straffelovkommisjonenes delutredning VIII
NOU 2008: 4	Fra ord til handling. Bekjempelse av voldtekt krever handling
Innstilling I fra straffelovkomiteen	Innstilling fra den av justisdepartementet 11. mai 1922 opnevnte komité til revisjon av straffeloven. Første del
Straffelovsrådets innstilling (1960)	Innstilling om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten fra Straffelovsrådet. Mysen 1960
Oth. Prp. nr. 24 (1898-1899)	Ang. Udfærdigelse af en almindelig borgerlig Straffelov m. v.
Ot. prp. nr. 40 for 1962-1963	Om endringer i straffelovens bestemmelser om 1) forbrytelser mot sedeligheten og 2) forbrytelser og forseelser i sjøfartsforhold
Ot. prp. nr. 20 (1991-1992)	Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. Mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter,

Ot. prp. nr. 22 (2008-2009)	folkemord, rikets sikkerhet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) Om lov om endringer i straffeloven 20. Mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning til annen lovgivning)
Indst. O. nr. VII (1899-1900)	Indstilling fra justiskomiteen andgaaende den kgl. Proposisjon 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.
Innst. O XII (1927)	Om forandringer i den alminnelige borgerlige straffelov
Innst. O. V for 1962-1963	Tilråding frå justisnemnda om endring av føresegnene i Straffeloven om 1) brotsverk mot sedskapen og 2) brotsverk og misferder i sjøfartstilhøve
Innst. O. nr. 72 (2004-2005)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)
Innst. O. nr. 73 (2008-2009)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (Siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Innst. S. nr. 168 (1997-1998)	Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Carl I. Hagen, Jan Simonsen og Jørn L Stang om å henstille til Høyesterett og landets øvrige domstoler om å vurdere om ikke det generelle straffeutmålingsnivået for grovere voldskriminalitet og sedelighetsforbrytelser mot mindreårige bør skjerpes vesentlig innenfor de någjeldende rammer.

SOU 1986: 13	Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning med mer. 1 Lagtext och sammanfattning
SOU 1986: 14	Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning med mer. 2 Motiv

5 Domsregister

LB-2002-177
LB-2004-92693
LG-2005-83475
LG-2005-99354
LB-2006-77150
LB-2006-144933
LB-2006-170125
LB-2007-36143
LB-2007-51037
LB-2008-30790
Rt. 1974 side 1121
Rt. 1994 side 1552
Rt. 1995 side 475
Rt. 1995 side 1314
Rt. 1999 side 919
Rt. 1999 side 1561
Rt. 1999 side 1718
Rt. 2002 side 1210
Rt. 2002 side 1701

Rt. 2002 side 1288
Rt. 2002 side 1295
Rt. 2003 side 625
Rt. 2003 side 687
Rt. 2003 side 1248
Rt. 2004 side 39
Rt. 2004 side 1553
Rt. 2004 side 1902
Rt. 2005 side 556
Rt. 2006 side 37
Rt. 2006 side 471
Rt. 2006 side 513
Rt. 2008 side 890
Rt. 2009 side 321
HR-2009-02135-S

