

UiO • Det juridiske fakultet

Straffeloven § 195 tredje ledd

- en analyse og vurdering av det objektive straffbarhetsvilkåret

Kandidatnummer: 686

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 16 997



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling for avhandlingen.....	1
1.2	Avgrensning.....	2
1.3	Metoden og kilder.....	3
1.3.1	Norsk rett.....	3
1.3.2	Menneskerettigheter.....	4
2	KORT OM SEKSUALFORBRYTELSE MOT BARN.....	5
2.1	Begrepsavklaring.....	5
2.2	Nærmere om strafferettslig vern av barn mot seksuell omgang.....	7
2.3	Hensynene bak det objektive straffbarhetsvilkåret.....	8
3	LOVHISTORIEN OG HENSYNENE BAK.....	9
3.1	Den første revisjonen - økt strafferettslig vern for barna.....	10
3.2	Samfunnets kritikk mot bestemmelsene – en endring til slik de lyder i dag.....	11
3.3	Flere endringsforslag – men ingen endring.....	12
3.4	Den nye straffeloven – Stortingets tiltro.....	13
3.5	Samlede synspunkter.....	15
4	AVGJØRELSEN SOM ENDRET RETTSKILDEBILDET.....	15
4.1	Avgjørelsens faktiske bakgrunn og problemstilling.....	16
4.2	Høyesteretts bruk av norske verdiprioriteringer.....	16
4.3	Betydningen av EMDs tidligere avgjørelser.....	18
4.3.1	Salabiaku mot Frankrike.....	19
4.3.2	Janosevic mot Sverige og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige... ..	20
4.3.3	Hardy Hansen mot Danmark og Joost Falk mot Nederland.....	21
4.4	Nærmere om rekkevidden av uskyldspresumsjonen.....	22
4.5	De barnerettslige kildene.....	25
4.6	Proporsjonalitetsavveiningen.....	25
5	RETTSKILDEBILDET ETTER 2005.....	28

5.1	Avgjørelser.....	29
5.2	Oppsummering.....	32
6	G-SAKEN SOM SKAPER DEBATT.....	33
6.1	Faktum og bakgrunn for EMD.....	33
6.2	EMDs vurdering vedrørende krenkelse av uskylpspresumsjonen	34
6.3	EMDs vurdering vedrørende krenkelse av EMK artikkel 8	36
7	KOMPARATIVT PERSPEKTIV	37
7.1	De nordiske landene.....	38
7.2	Andre land.....	39
8	HVORDAN KAN RETTSTILSTANDEN SIES Å VÆRE I DAG?	39
8.1	Hvilken vekt skal nasjonale domstoler legge på avgjørelser fra EMD?.....	40
8.2	Vil det stride mot EMK artikkel 7 om § 195 tredje ledd igjen skal forstås etter sin ordlyd?	41
8.3	Hva kan sies å være gjeldende rett i dag?	42
9	ENDRING AV ORDLYDEN – EN GJENINNFØRING AV DET OBJEKTIVE STRAFFBARHETSVILKÅRET	46
9.1	Høringsinstansenes syn.....	46
9.2	Samlede synspunkter	49
10	LITTERATURLISTE	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling for avhandlingen

Straffeloven fra 1902 § 195 rammer seksuell omgang med barn under 14 år. Skyldkravet i bestemmelsen er forsett, jf § 40. Forsettet må omfatte alle elementene i gjerningsbeskrivelsen, jf § 42. Det vil si både den seksuelle omgangen og barnets alder. For barnets alder, gjør imidlertid § 195 tredje ledd et unntak fra skyldkravet. Villfarelse om barnets alder utelukker ikke straffeskyld. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden kreves det altså ikke subjektiv skyld når det gjelder alderen. Det betyr at dersom gjerningspersonen med rimelig god grunn tror at fornærmede er over 14 år, men det viser seg at han/hun er under 14 år, er det uvesentlig med bevis for gjerningsmannens skyld på dette punkt da han uansett kan straffes. Alderen som gjerningselement er således gjort til et objektive straffbarhetsvilkår.¹

Når det gjelder barn mellom 14 og 16 år er hovedregelen om villfarelse om alder den samme, men med en reservasjon for uaktsomhet fra tiltaltes side, jf § 196 tredje ledd. Det vil si at tiltalte går straffri dersom ingen uaktsomhet foreligger i så måte.

I 2005 kan det sies at rettstilstanden for barn under 14 år ble endret ved Høyesteretts plenumsavgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 833. Den klare lovteksten om det objektive straffbarhetsvilkåret for alder ble ansett uforenlig med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Høyesterett uttalte at loven måtte tolkes slik at den ga plass for en aktsomhetsvurdering lik den for seksuell omgang med barn på 14 og 15 år. Høyesterett mente at tiltalte måtte få føre bevis for sin utvitenhet om barnets alder, og satte dermed til side lovgiverviljen. Resultatet var enstemmig.² Ordlyden i § 195 tredje ledd ble ikke endret som følge av plenumsavgjørelsen.

Den etablerte norske rettsoppfatning³ og den nye straffeloven av 2005, som per april 2014 enda ikke har trådt i kraft, bygger på Høyesteretts enstemmige plenumsavgjørelse. Lovgiverne

¹ Andenæs (2004), s. 229.

² Det var derimot uenighet om begrunnelsen. To dommere hadde et annet syn på rekkevidden av uskyldspresumsjonen.

³ Se eks. Rt. 2006 s. 40, Rt. 2008 s. 867 og Rt. 2010 s. 36.

har i den nye loven tatt inn en bestemmelse om uaktsomhet i § 307 som gjelder både for seksuell omgang med barn under 14 år og mellom 14 og 16 år.

Senere har imidlertid EMD i en avvisningsavgjørelse fra 2011⁴ konkludert med at en britisk bestemmelse om alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved samleie med mindreårige, som ligner den norske bestemmelsen, ikke krenker uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Dermed kom de til motsatt resultat enn hva Høyesterett gjorde i 2005, og det er ikke lenger opplagt at det norske straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK.

Det foregår en diskusjon om hvilken betydning G-saken kan sies å ha for tolkingen av § 195 tredje ledd. Justis- og beredskapsdepartementet sendte dessuten ut et høringsbrev i februar 2013 der de ville ha høringsinstansenes syn på om det objektive straffbarhetsvilkåret bør gjeninnføres i norsk rett på bakgrunn av G-saken.

Avhandlingen tar for seg en analyse av det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd og dens utvikling over tid. Avhandlingen inneholder også vurderinger om barnets alder bør være et objektivt straffbarhetsvilkår for seksuell omgang med barn under 14 år, eller om uvitenhet om alder ikke bør føre til straffrihet dersom tiltalte kan klandres for sin uvitenhet.

1.2 Avgrensning

Avhandlingen vil gå på en analyse og vurdering av tredje ledd i § 195. Det avgrenses derfor mot en grundig behandling av de øvrige vilkårene i § 195.

Seksualforbrytelser mot mindreårige er undergitt visse prosessuelle særregler. Det er ofte uheldig at barn avhøres i lang tid etter hendelsen(e) og at de eksamineres som vitne under rettssaken.⁵ Straffeprosessloven § 239 første ledd bestemmer derfor at barn under 16 år skal avhøres utenfor rettsmøte. Hovedregelen er at opplesning, videoopptak eller lydopptak av forklaringen skal tre istedenfor personlig avhør under hovedforhandlingen, jf strpl. § 298. Begrunnelsen for dette alternativet er at barnet ikke skal belastes unødvendig ved å måtte for-

⁴ EMDs sak G mot Storbritannia application no. 37334/08.

⁵ Andenæs (2008) s. 159.

klare seg flere ganger om overgrepene.⁶ Dersom tiltalte derimot forklarer at han var i villfarelse med hensyn til alderen, kan det være viktig at barnet er til stede, slik at retten får et personlig og umiddelbart inntrykk før de skal ta stilling til problemstillingen.⁷ Avhandlingen fokuserer derimot på de materielle reglene når det gjelder villfarelse med hensyn til alder og tolkningen av disse. Derfor avgrenses det mot prosessuelle særregler og andre prosessuelle regler når det gjelder seksualforbrytelser mot barn.

I Norges lovgivning finnes det flere eksempler på objektive regler og objektive elementer i bestemmelser. Avhandlingen tar kort for seg andre eksempler der dette er relevant for å belyse problemstillingen, men går ellers ikke inn på andre objektive bestemmelser.

1.3 Metoden og kilder

1.3.1 Norsk rett

Straffeloven av 1902 er den loven som gjelder per april 2014. Det er derfor denne loven avhandlingen handler om i første rekke, nærmere bestemt § 195 tredje ledd. Derimot har det blitt utarbeidet en ny straffelov av 2005. Den sentrale bestemmelsen her er § 299, jf § 307. Denne er enda ikke trådt i kraft. I stor grad skyldes det at det er omfattende å oppgradere politiets datasystemer.⁸ Politidirektoratet har utviklet en nasjonal strategi ”Politiets IKT-strategi (2013-2020)” som skal erstatte det gamle it-systemet.⁹ Dermed vil det trolig fortsatt gå en del år før den nye straffeloven erstatter straffeloven fra 1902. Straffeloven av 2005 kan likevel være aktuell. Høyesterett har flere ganger, til fordel for tiltalte, sett hen til hva ny lov bestemmer, før den er satt i kraft.¹⁰

Den sentrale norske avgjørelsen er Rt. 2005 s. 833 (i avhandlingen kalt 2005-avgjørelsen). Alle avgjørelser etter 2005 som omhandler § 195 tredje ledd er gjennomgått. På grunn av avhandlingens begrensede omfang er derimot kun noen avgjørelser tatt med for å belyse rettstilstanden.

⁶ Hov (2009) s. 760.

⁷ Andenæs (2008) s. 159.

⁸ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 396 og nyhetsartikkel i DN 18.02.14.

⁹ NOU 2013:9 punkt 16.3.1.

¹⁰ Se for eksempel Rt. 2007 s. 252 og LB-2012-68482.

1.3.2 Menneskerettigheter

Det blir vist til bestemmelser i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) og en rekke avgjørelser fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD). Menneskerettsloven gjør EMK og SP (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter) til norsk rett og lovens § 3 bestemmer at reglene i blant annet disse konvensjonene skal ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Bak bestemmelsen ligger en klar lovgivervilje om at menneskerettighetene i norsk rett skal styrkes.¹¹

Den sentrale bestemmelsen for avhandlingen i EMK er artikkel 6 nr. 2, også kalt uskyldspresumsjonen. Den fastslår en rettighet for siktede i straffesaker. På norsk kan prinsippet formuleres som at ”enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist”. Den stiller blant annet krav til beviset og dette anses som kjernen i uskyldspresumsjonen. Beviskravet kommer til uttrykk ved at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden og bevisføringsplikten og det er de som må fremskaffe bevisene som skal vurderes av retten. I presumsjonen ligger også at tvilen skal komme tiltalte til gode, på latinsk formulert som ”in dubio pro reo”.¹² I forhold til problemstillingen i avhandlingen kan et objektivt straffbarhetsvilkår komme i strid med uskyldspresumsjonen fordi tiltalte på dette punkt ikke har mulighet til å føre bevis for sin uskyld og dermed forsvare seg.

1.3.2.1 Kort om tolking av EMK

Det er i første rekke EMD som står for en tolking av konvensjonen. Her vil som alltid den naturlige språklige forståelsen av ordlyden være utgangspunktet for tolkingen av teksten. Dette følger av uskrevne prinsipper som senere er kodifisert gjennom Wienkonvensjonen av 1969. Bestemmelsene er ofte vide og gir rom for progressive tolkinger. Formålsbetraktninger står særdeles sterkt for EMD.¹³

¹¹ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 74. Førstvoterende nevner at de grunnleggende tolkningsprinsippene for lovens § 3 er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

¹² Jebens (2004) s. 440, Strandbakken (2003) s. 381-382 og Aall (2007) s. 285-288.

¹³ Aall (2007) s. 37-38.

Høyesterett skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen med samme metode som EMD. Norske domstoler må derfor se på ordlyden, alminnelige formålsbetraktninger og tidligere EMD-avgjørelser.¹⁴

1.3.2.2 Avgjørelser fra EMD som rettskilde

For EMD selv er tidligere avgjørelser fra samme domstol av stor vekt. Derfor er tidligere EMD-avgjørelser relevant for norske domstoler. Også Høyesterett tillegger EMDs praksis relevans og vekt i sine avgjørelser.¹⁵

Den sentrale avgjørelsen fra EMD er G mot Storbritannia¹⁶ fra 2011 (kalt G-saken).

2 Kort om seksualforbrytelser mot barn

2.1 Begrepsavklaring

Handlingsnormen i § 195 består av to elementer. For det første ”seksuell omgang”, som er selve gjerningselementet og for det andre at den seksuelle omgangen må skje med ”barn under 14 år”.

Begrepet ”seksuell omgang” er ikke legaldefinert, men begrepet skal forstås identisk med det tidligere begrepet ”utuktig omgang”, og tidligere rettspraksis er derfor relevant for å forstå begrepet.¹⁷ Etter § 195 anses samleie som den alvorligste formen for seksuell omgang. Dette gjenspeiles i at bestemmelsen setter en minstetid på 3 års fengsel dersom omgangen var samleie, jf første ledd. Legaldefinisjonen på samleie er ”vaginalt og analt samleie”, jf. § 206. Innføring av penis i munn og gjenstand i vagina eller analen likestilles med samleie. For seksuell omgang med barn under 14 år etter § 195 likestilles i tillegg innføring av penis inn i og mellom de store og små kjønnslepper.

¹⁴ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45, Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 74.

¹⁵ Se for eksempel Rt. 1999 s. 961 (s. 971).

¹⁶ Application no. 37334/08

¹⁷ Ot.prp. 28 (1999-2000) s. 111, kap 16.1.1 og Matningsdal (2013) note 1642 til § 195, jf note 1601 til § 192 på www.rettsdata.no.

Det er en rekke kvalifiserte tilfeller utenom samleie som omfattes av begrepet. For eksempel samleielignende forhold, hvor det er fysisk berøring mellom blottede kjønnsorganer¹⁸, matsurbasjon¹⁹ og innføring av finger eller gjenstander i skjede eller endetarmsåpning^{20, 21}.

Grensen nedad settes for ”seksuell handling” som altså ikke anses som ”seksuell omgang”, jf § 200. Seksuell handling omfatter andre former for berøring av en annens kjønnslegeme. For eksempel beføling av kjønnsorganer eller bryster under klærne²², men også utenpå klærne^{23, 24}. Aldersgrensen ved seksuell handling med barn er satt til 16 år, og for villfarelse om alder gjelder samme aktsomhetsregel etter ordlyden i § 196 tredje ledd.

I straffeloven av 2005 er seksuell omgang med barn under 14 år regulert i § 299. Bestemmelsen omfatter også kvalifisert seksuell handling. Den viderefører således § 195 fra 1902-loven, med en liten utvidelse og deler av § 200 annet ledd første punktum. Med kvalifisert seksuell handling menes de mest alvorlige seksuelle handlingene, som ligger i grenseland mellom omgang og handling. Dette omfatter særlig berøring av nakne kjønnsorganer.²⁵

I straffeloven 2005 § 299 er all seksuell omgang med barn under 14 år betegnet som voldtekt. Begrepet forekommer i overskriften. Det er ment å understreke at barn under 14 år ikke kan samtykke til seksuell omgang, og er et signal om alvoret og straffverdigheten i denne formen for seksuelle overgrep.²⁶ Departementet foreslår i sitt høringsnotat fra 2013 å endre § 195 i samsvar med 2005-lovens § 299 slik at også seksuell omgang med barn under 14 år etter gjeldende straffelov betegnes som voldtekt.²⁷

¹⁸ Eks. Rt. 1970 s. 110, Rt. 1938 s. 56.

¹⁹ Ensidig eller gjensidig, eks. Rt. 1986 s. 794, Rt. 1921 s. 827.

²⁰ Eks. Rt. 1985 s. 202, Rt. 1990 s. 319.

²¹ Se Matningsdal (2013) note 1642 til § 195, jf note 1601 til § 192 på rettsdata.no for fullstendig oversikt over de kvalifiserte tilfellene.

²² Rt. 1947 s. 394, Rt. 1988 s. 1383.

²³ Rt. 1956 s. 830.

²⁴ Se Matningsdal (2013) note 1682 til § 200 på rettsdata.no for fullstendig oversikt.

²⁵ Ot.prp. nr 22 (2002-2009) s. 442.

²⁶ Ibid s. 242-243.

²⁷ Høringsnotat fra departementet februar 2013 s. 49.

Bestemmelsen 1902-loven og 2005-loven gjelder både når en kvinne har hatt seksuell omgang med en gutt og når en mann har hatt seksuell omgang med en jente. Homoseksuell omgang for begge kjønn rammes også. Det spiller altså ingen rolle hvilket kjønn overgriperen eller barnet har. Om den seksuelle omgangen var frivillig, eller om det var den fornærmede som tok initiativ til omgangen, spiller heller ingen rolle for straffbarheten. Disse forholdene kan derimot spille en rolle ved straffutmålingen, men loven krever i utgangspunktet at en voksen person skal kunne motstå en slik fristelse.²⁸

2.2 Nærmere om strafferettslig vern av barn mot seksuell omgang

Behovet barn har for beskyttelse mot seksuelle overgrep, kan sies å ha økt de siste årene. Dette synes å skyldes blant annet teknologien. Barn er mer på internettet, i chatteforum og så videre. I Medietilsynets rapport fra 2012 fremkommer det at 98 % av barn har tilgang til PC og internett, og 59 % chatter på nett.²⁹ Til sammen 21 % av barna i alderen 13-16 år har opplevd å få uønskede seksuelle kommentarer på internett. Bruk av teknologi kan gjøre det lettere for voksne å etablere kontakt med barn og ungdom, som igjen kan utgjøre en større fare for seksuelle overgrep. Enten frivillig fra barnets side, eller ufrivillig. I flere av dommene avhandlingen vil gjennomgå, er kontakten mellom tiltalte og fornærmede etablert over internett.

Barnekonvensjonen ble vedtatt av Norge i 2003.³⁰ Artikkel 34 a pålegger statene å verne barn mot all ulovlig seksuell aktivitet. I Norge er den seksuelle lavalder 16 år. Det vil si at barn under 16 år rettslig sett ikke har kompetanse til å avgi samtykke til seksuell omgang. Artikkel 1 i Barnekonvensjonen bestemmer at personer under 18 år regnes som barn, men dette skal ikke forstås slik at land som har en seksuell lavalder lavere enn 18 år bryter med konvensjonen.³¹ Artikkel 3 nr 1 fastholder at "... the best interest of the child shall be the paramount consideration". Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som gjelder barn, også handlinger som ikke er direkte regulert i konvensjonen.

²⁸ Andenæs (2008) s. 153.

²⁹ Medietilsynet (2012) s. 4. En undersøkelse av nettbruk for barn mellom 9-16 år.

³⁰ FNs konvensjon for barns rettigheter (1989).

³¹ Hennem (2012) s. 326.

Europarådet vedtok 12. juli 2007 en konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk. Norge undertegnet konvensjonen 25. oktober 2007. Formålet er å forebygge og bekjempe alle former for seksuell utnyttning og misbruk, beskytte rettighetene til barn som er utsatt for slike overgrep og fremme nasjonalt og internasjonalt samarbeid mot slike overgrep. Departementet vurderte i 2008 at straffeloven av 1902 i all hovedsak oppfylte konvensjonens bestemmelser, men at det var behov for visse tilpasninger og presiseringer.³² Straffeloven av 2005 kapittel 26 oppfylder konvensjonens forpliktelser på den materielle strafferettens område. I høringsbrevet fra departementet i 2013 foreslår de endringer i 1902-loven som svarer til 2005-loven som gjennomfører konvensjonens forpliktelser.³³

2.3 Hensynene bak det objektive straffbarhetsvilkåret

Et tungtveiende hensyn for et objektivt straffbarhetsvilkår om barnets alder er å verne barn strafferettslig mot seksuelle overgrep. Et slikt vern oppfylles best ved et objektivt straffbarhetsvilkår. Siden en gjerningsmann ikke har anledning til å føre bevis for at han trodde fornærmede var over 14 år, kan det sies at barnets rettsstilling blir styrket.

Ellers er det i det vesentlige retstekniske hensyn som støtter regelen. Dersom tiltalte anfører at han var i villfarelse om fornærmedes alder, kan det være vanskelig å legge frem bevis for at han var kjent med alderen og motbevise hans påstand. Det kan således være vanskelig å bevise at tiltalte handlet med forsett i forhold til barnets alder, noe som kan lede til mange reelt ubegrunnede frifinnelser.³⁴

Et annet argument for en objektiv regel er bevismessige hensyn. Når det i praksis skal avgjøres om gjerningspersonen har utvist uaktsomhet, kan det fort bli slik at det blant annet legges vekt på barnets fysiske utviklingsgrad.³⁵ Jo mer utviklet barnet er, jo større mulighet er det for at tiltalte kan ha handlet uaktsomt når det gjelder fornærmedes alder.³⁶ En slik bevisførsel kan

³² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009).

³³ Høringsnotat fra departementet februar 2013 s. 56.

³⁴ Andenæs (2008) s. 155 og Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 25, Ot.prp.nr. 40 (1961-1962) s 11-12, NOU 1997:23 punkt 4.5.4.3, Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s 53, Ot.prp.nr 22 (2008-2009) s 259.

³⁵ Se for eksempel LA-2006-59553 der førstvoterende uttalte at barnet var lubbert med utviklede bryster.

³⁶ Se videre om dette i avhandlingens punkt 5.1.

være til ytterligere belastning for fornærmede og få skadelige følger for en ungdom. En objektiv regel om alder vil således skåne barnet i en rettssak, og dermed stryke dets rettsstilling.³⁷

Det er flere betenkeligheter av prosessuell art. Foreldre og andre kan kvie seg for å anmelde en sak i frykt for at nettopp barnets modenhet og utseende skal bedømmes. Påtalemyndigheten kan videre bestemme påtaleunntatelse på grunn av bevisvansker. Hvis fysisk utviklingsgrad skal være avgjørende, kan det også føre til at straff vil følge av § 196, og ikke § 195, selv om barnet var under 14 år, noe som finnes lite adekvat.³⁸

Et objektivt straffbarhetsvilkår vil også være prosessbesparende og effektivt. Siden verken påtalemyndigheten eller tiltalte fremlegger bevis for dette elementet i straffebudet, virker prosessen før rettssaken og i rettssaken effektivt, prosessbesparende og også kostnadsbesparende. Disse hensynene vil være underliggende de andre hensynene.

Den objektive regelen er derimot et klart brudd med våre vanlige regler som krever subjektiv skyld, og rammer tiltalte hardt. Det bærende hensynet for en forandring, og en oppmyking av regelen, har blitt fremhevet som at det strider mot alminnelige prinsipper om skyld å ha en objektiv regel i forhold til alder. Tiltalte har ingen mulighet til å forsvare seg.³⁹

3 Lovhistorien og hensynene bak

Hva som er gjeldende rett for hvordan § 195 tredje ledd skal tolkes i dag kan sies å være uklart. For å forstå hvordan det objektive straffbarhetsvilkåret om alder ved seksuell omgang med barn under 14 år skal tolkes og hvorfor den har fått den utformingen den har, er det nødvendig å se på forarbeidene og lovgiverviljen bak bestemmelsen. Det er av betydning hvor klar lovgiverviljen er, hvordan den er begrunnet og hvor konsistent den har vært over tid.

Opprinnelig hadde ikke bestemmelsene i verken § 195 eller § 196 noen villfarelsesregel. Det vanlige forsettskrav i §§ 40 og 42 gjaldt også barnets alder. Gjerningspersonen ble straffri dersom han ikke hadde forsett om at barnet var over 13 eller 16 år (som var dagjeldende al-

³⁷ Se eksempel Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) punkt 6.2.2.3.

³⁸ Se eksempel Ot.prp.nr. 40 (1961-1962) s 11-12.

³⁹ Se eksempel Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 25.

dersgrenser), og retten ikke kunne forkaste denne forklaringen selv om de la til grunn at gjerningspersonen åpenbart hadde vært eller burde ha vært i tvil om alderen. Dersom han hadde utvist uaktsomhet i forhold til barnets alder, kunne han altså ikke straffes. Han måtte ha utvist forsett.

3.1 Den første revisjonen - økt strafferettslig vern for barna

Ved lovrevisjonen i 1927 ble det foretatt flere endringer i kapittelet om sedelighetsforbrytelser, senere kalt seksualforbrytelser, på bakgrunn av en massiv kritikk av rettspraksis i saker om seksuelle overgrep og det faktum at det hadde skjedd en markant øking i statistikken for antall seksuallovbrudd. Det ble blant annet hevdet at tiltalte ble behandlet for forsiktig av domstolene.⁴⁰

Når det gjaldt villfarelse med hensyn til en aldersgrense som er bestemmende for straffbarheten for handlingen, hadde loven allerede en bestemmelse i §§ 197 og 198 om at villfarelse ikke utelukker straffskyld. Regelen i § 197 omhandlet ”utuktig omgjengelse med nogen person under 18 år som står under den skyldiges myndighet eller opsikt”. Regelen i § 198 omhandlet ”den som ved særlig underfundig adferd eller ved å misbruke avhengighetsforhold, forfører nogen til utuktig omgjengelse (...) såfremt den forførte enten er under 18 år eller er under 21 år og står under den skyldiges myndighet eller opsikt”.⁴¹

Flertallet i komiteen som var oppnevnt til å revidere kapitlet om seksualforbrytelser, uttalte at det ikke var noen grunn til å ha en regel i §§ 197 og 198 og den motsatte i §§ 195 og 196 da det tvertom er ”større grunn til å erklære villfarelse om et alderstall irrelevant etter §§ 195 og 196, (...), mens en feiltagelse meget ofte kan tenkes på alderstrinnet 18 år (§197 og 198) og 21 år (§198)”. Det ble således tilføyd en bestemmelse om at villfarelse om alder ikke skal utelukke straffeskyld. Alderen ble altså et objektivt straffbarhetvilkår.

Komiteen uttalte at det etter deres mening ”skjer der ikke den, som søker utuktig omgjengelse med personer i denne alder noen urett, om han får det fulle straffansvar tross den feilslagne

⁴⁰ NOU1997:23 punkt 1.4.

⁴¹ Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen s. 33.

beregning”.⁴² I Rt. 2005 s. 833 ble denne uttalelsen ansett for å være en presumsjon om skyld av mindretallet. Annenvoterende kunne ikke se det annerledes enn at lovgiver i realiteten mente at tiltalte alltid vil være å bebreide, i det minste for å ha opptrådt uaktsomt, og at han således presumeres å ha utvist forsett eller uaktsomhet.⁴³

3.2 Samfunnets kritikk mot bestemmelsene – en endring til slik de lyder i dag

Straffelovrådet foreslo i 1960 begge bestemmelsene endret slik at villfarelse ikke utelukker straffeskyld ”med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i denne henseende”. De pekte blant annet på at bestemmelsene slik de lød fra 1927 må kunne sies å ha voldt urimeligheter i praksis (uten at de ga konkrete eksempler) og dessuten kunne stå i strid med alminnelige strafferettslige prinsipper. Dette fordi bestemmelsen hindret domstolene i å avsi frifinnelsesdom dersom tiltalte hadde hatt god tro om at barnet var over lovens minstealder, og dermed ikke handlet forsettlig, og kanskje heller ikke uaktsomt.⁴⁴

Også antall seksualforbrytelser hadde gått opp i tiden etter 1927. Direktør Nissen uttalte at dette skyldtes endringer i lovens bestemmelser. Det objektive straffbarhetsvilkåret om alder innført i 1927 hadde ifølge Nissen ført til ”straffaksjon med straff-fellelse i en del tilfelle hvor påtalemyndigheten tidligere ville ha henlagt saken da gjerningsmannen med god grunn kunne trodd at fornærmede var over lovens lavalder...”. Dette fulgte blant annet av at fellende dommer i tiden etter 1927 hadde en passus om at tiltalte med god grunn trodde at fornærmede var over 16 år.⁴⁵

Den nye bestemmelsen måtte etter rådets syn bedømmes strengt av domstolene og skulle ses på som en unntaksbestemmelse. Det var kun dersom ingen uaktsomhet kunne legges gjerningspersonen til last, at han skulle være uten straffeskyld. Straffelovrådet uttalte at ”kan man på noen måte si at gjerningsmannen har handlet uaktsomt vil han måtte straffes. Det må

⁴² Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen s. 33.

⁴³ Avsnitt 114-116. Mer om dette i avhandlingens punkt 4.6.

⁴⁴ Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 25.

⁴⁵ Ibid. s. 17.

foreligge meget tungtveiende grunner, om gjerningsmannen skal frifinnes i henhold til den foreslåtte lovregel”.⁴⁶

Forslaget fikk derimot ikke full tilslutning hos de som uttalte seg under høringen. Flere la vekt på hensynet til barna og belastningen en bevisførsel i retten kan føre med seg. Videre ble det lagt vekt på prosessuelle hensyn og hensynet til straffebudets effektivitet. Departementet mente derimot at det objektive vilkåret tvang domstolene til å avsi urettferdige dommer stikk i strid med det alminnelige prinsippet om krav om skyld. De var altså enige med straffelovrådet om å ta forslaget inn i loven.⁴⁷

Justiskomiteen var imidlertid enig i innvendingene som kom til Straffelovrådets forslag og ønsket å opprettholde § 195 med et objektive straffbarhetsvilkår. Resultatet ble at § 195 tredje ledd ble stående med alder som objektive straffbarhetsvilkår, mens § 196 tredje ledd ble tilført reservasjonen: ”med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i så måte”.

Det kan etter mitt syn synes underlig at aktsomhetsvurderingen innføres for seksuell omgang med barn på 14 og 15 år og ikke med barn under 14 år uten at det forklares nærmere hvorfor det gjøres en forskjell.

3.3 Flere endringsforslag – men ingen endring

I straffelovkommisjonens delutredning VI før årtusenskiftet ble § 195 tredje ledd nok en gang tatt opp til vurdering. Flertallet i Seksuallovbruddsutvalget uttalte at det ”kan rettes prinsipielle innvendinger mot at alder skal være et objektive straffbarhetsmoment”. De mente blant annet at det ikke ville være noe problem å bevise verken forsett eller uaktsomhet med hensyn til alder når offeret er et mindre barn. Når barnet nærmer seg den seksuelle lavalder på 16 år, og bevisføring om alder er mer aktuelt, er alder uansett ikke et objektive vilkår. De mente videre at regelen ikke kan antas å invitere til særlig bevisførsel om alder da det skal stilles meget strenge krav til gjerningspersonens aktsomhet. Alderen kan likevel bli et bevisstema i tilknytning til straffutmålingen selv med et objektive vilkår.⁴⁸

⁴⁶ Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 25.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 40 (1961-1962) s 11-12.

⁴⁸ NOU 1997:23 punkt 4.5.4.3.

De sluttet seg så til Straffelovrådets vurdering fra 1960 og ønsket å endre bestemmelsen i § 195 tredje ledd slik at gjerningspersonen kan fritas for straff såfremt ”ingen uaktsomhet kan legges ham til last i så måte”, slik regelen lød for barn mellom 14 og 16 år.⁴⁹

Under høringen gikk imidlertid flere imot forslaget om å myke opp regelen og mente det ville føre med seg en svekkelse av rettsstillingen til barna. Nasjonalt ressurscenter for seksuelt misbrukte barn og Norsk psykologforening mente utvalgets forslag åpner for at tiltalte kan unngå straffeskyld ved selv å definere situasjonen om fornærmedes alder. Riksadvokaten uttalte at han ikke var kjent med at det objektive vilkåret har ført til urimeligheter i praksis. Han satte fokus på at vurdering av fornærmedes utvikling og opptreden i retten kan få negative virkninger for en som er under 14 år. Et objektive vilkår om alder motvirker denne belastningen og saken vil anses tilstrekkelig opplyst i dommeravhør.⁵⁰

Departementet uttalte at en regel om uaktsomhet vil svekke barns vern mot overgrep. Denne gangen gikk de altså for å beholde det objektive vilkåret, til forskjell fra i 1960. Faren for å dømme gjerningspersoner som ikke har utvist skyld i forhold til barnets alder er uansett liten når barnet er under 14 år mente departementet.⁵¹ Med det mener de at en gjerningsperson nesten alltid vil vite at en jente eller gutt på den alderen er under den seksuelle lavalder, eller hvert fall svært ung, og dermed bør ha foranledning til å avstå fra seksuell omgang eller forsikre seg om at barnet er gammelt nok.

Justiskomiteen var nok en gang klare på at de ønsket et objektive vilkår for alder for barn under 14 år da de la vekt på at barns rettsstilling ikke skulle svekkes.⁵²

3.4 Den nye straffeloven – Stortingets tiltro

Den nye straffeloven av 20. mai 2005, som enda ikke har trådt i kraft, plasserer bestemmelsen om seksuell omgang med barn i § 299. Lovbruddet betegnes som ”voldtekt av barn under 14

⁴⁹ NOU 1997:23 punkt 4.5.4.3.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) punkt 6.2.2.3.

⁵¹ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) punkt 6.2.2.4.

⁵² Innst.O.nr.92 (1999-2000) pkt 6.2.2.

år”. Handlingsnormen i bokstav a) er den samme som i § 195 i straffeloven av 1902. Skyldkravet er forsett, jf 2005-lovens § 21, men for barnets alder bestemmer § 307 at ”for bestemmelsenene i §§ 299-306 fører utvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin utvitenhet”. Besemmelsen er utformet generelt for overgrep mot barn under 16 år.

Ved utredningen til ny straffelov av 2005 foreslo Straffelovkommissjonen bestemmelsene om villfarelse om alder videreført lik gjeldende rett. For barn under 14 år foreslo de dermed alderen videreført som et objektivt straffbarhetsvilkår. De uttalte at det normalt kan foreligge uaktsomhet dersom barnet er under 14 år, men at ethvert bevis om dette likevel bør avskjæres av retts tekniske grunner.⁵³

Departementet mente at det gir ”sterkest beskyttelse for barn om alder opprettholdes som et objektivt straffbarhetsvilkår. Med en slik regel vil barnet være spart for bevisførsel om fremtoning og oppførsel som kan være belastende”. De var således primært enige med Straffelovkommissjonens delutredning, men bemerket at denne ble avgitt før Høyesteretts plenumsavgjørelse i 2005. De gjorde videre et poeng av at det ikke forelå noen dommer fra EMD som direkte avgjorde spørsmålet og at de EMD-avgjørelsene Høyesterett bygget på i 2005-avgjørelsen handlet om andre rettsområder. Likevel valgte de å legge vekt på 2005-avgjørelsen og mente at det objektive straffbarhetsvilkåret ikke burde videreføres for barn under 14 år. I stedet kom de med et forslag om den generelle regelen formulert i § 307. Akt-somhetskravet skal være strengt, og normen den samme som i § 196 tredje ledd.⁵⁴

Dette viser etter min mening at departementet primært ønsket et objektivt straffbarhetsvilkår for alder for seksuell omgang med barn under 14 år, men at de følte seg bundet av avgjørelsen fra Høyesterett i 2005. Departementet merket seg kort avgjørelsen fra Court of Appeal i Storbritannia som kom til at et objektivt ansvar for barnets alder var forenlig med uskyldspresumsjonen, men uttalte seg ikke videre om dette. Saken kom senere opp i EMD som G-saken.⁵⁵

⁵³ NOU 2002:4 punkt 9.14.2 § 28-5 (s 362).

⁵⁴ Ot.prp.nr 22 (2008-2009) s. 259.

⁵⁵ Se avhandlingens punkt 6 for gjennomgang av G-saken.

3.5 Samlede synspunkter

Et økt strafferettslig vern for barn mot seksuelle overgrep har vært et sentralt moment siden lovens ordlyd ble endret og alderen gjort til et objektivt straffbarhetsvilkår i 1927. Lovgiverviljen har også vært klar og konsistant selv om det har kommet innvendinger og kritikk mot både den objektive regelen og reservasjonen for uaktsomhet. Selv om Stortinget har vært klar over alle innvendigene som har kommet under lovforberedelsen, har de valgt å la § 195 tredje ledd stå uendret i alle disse år. Den kan derfor ses som et bevisst valg og et klart ønske om å beskytte de yngste barna fullt ut.

Departementet har gått fra å ville innføre en uaktsomhetsreservasjon også for barn under 14 år til og ville beholde det objektive straffbarhetsvilkåret. I første tilfellet la de vekt på prinsippet om subjektiv skyld, mens de gikk over til å se økt beskyttelse av barn som det viktigste. Justiskomiteen har vært konsistente i sine uttalelser om å beholde det objektive straffbarhetsvilkåret for barn under 14 år, og har hele veien lagt vekt på at barns rettsstilling ikke skal svekkes.

Når det henvises til at lovgiverviljen har vært klar, er et relevant spørsmål hvem som står for lovgiverviljen når det har vært såpass uenigheter og forandringer av syn over tid. På områder av teknisk art og lignende er det relevant å legge mest vekt på departementets uttalelser, mens det på områder av stor samfunnsmessig betydning skal legges vekt på Stortingets syn. Lovgiverviljen kommer ikke fra bare en, men fra flere.⁵⁶

4 Avgjørelsen som endret rettskildebildet

Sunnfjord tingrett avsa 16.08.2004 en dom der tiltalte ble dømt til betinget fengsel i to år for brudd på § 195 første ledd andre straffalternativ. Tingretten uttalte at selv om tiltalte ikke var klar over fornærmedes alder, utelukker ikke det straffeskyld etter § 195. Uttalelsene i en senere kjennelse i Høyesterett⁵⁷ førte derimot til at lagmannsretten opphevet tingrettens dom fra 2004. De så det som en saksbehandlingsfeil at tiltaltes aktsomme gode tro om jentas alder

⁵⁶ Eckhoff (2001) s. 74-75.

⁵⁷ Rt. 2004 s. 1275. Førstvoterende uttalte at § 195 tredje ledd kan reise problemer i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2, jf avsnitt 24. Særlig gjaldt dette hvis tiltalte ble nektet å føre bevis for at han var i aktsom god tro med hensyn til barnets alder.

ikke hadde vært oppe til vurdering. Saken ble anket videre til Høyesterett som avsa kjennelse i 2005.

I kjennelsen, inntatt i Rt. 2005 s. 833, anså Høyesterett det objektive straffbarhetsvilkåret om alder for barn under 14 år for å stride mot uskyldspresumsjonen i EMK etter at de foretok en nærmere proporsjonalitetsavveining. De innfortolket deretter en lignende reservasjon for uaktsomhet som for barn mellom 14 og 16 år.

Avhandlingen vil i det følgende analysere og vurdere Høyesteretts fremgangsmåte og begrunnelse for å belyse hvordan de kom frem til et resultat som senere viste seg å være motsatt av hva EMD, som i første rekke skal utvikle konvensjonen, selv kom til. Høyesteretts begrunnelse for hvordan § 195 tredje ledd skal tolkes er etter min mening relevant for å vurdere hvordan bestemmelsen kan og bør forstås i dag.

4.1 Avgjørelsens faktiske bakgrunn og problemstilling

Saken omhandlet en mann på 20 år som hadde hatt samleie med en jente på 13 år og 3 måneder. Jenta hadde opplyst, før samleiet fant sted, at hun snart var 16 år, men sa dagen etter at hun var under 14 år. Saken bar lite preg av utnyttning og misbruk av fornærmede, og ved straffutmålingen spilte det også inn at en noe umoden voksen ble smigret i møtet med et modent barn.⁵⁸

Spørsmålet i saken for Høyesterett var om tiltaltes rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 2 var krenket ved dommen i tingretten, og om denne måtte oppheves slik lagmannsretten hadde bestemt. Videre vurderte de om § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.

4.2 Høyesteretts bruk av norske verdiprioriteringer

Etter en gjennomgang av forarbeidene til § 195 tredje ledd uttalte førstvoterende seg generelt om grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av menneskerettigheter i norsk rett. Hun fastslo at det i første rekke er EMD som skal utvikle EMK. Menneskerettsloven § 2 be-

⁵⁸ Avsnitt 3.

stemmer derimot at EMK skal gjelde som norsk lov og det følger dermed at norske domstoler selvstendig skal tolke konvensjonen. Dette skal skje etter samme metode som EMD, og førstvoterende uttalte at domstolene må forholde seg til konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser ved tolkingen.⁵⁹

Siden det var tvil om hvordan EMK skulle forstås og bestemmelsen ga uttrykk for en klar lovgivervilje, meldte det seg et spørsmål om Høyesterett kunne legge vekt på norske verdiprioriteringer ved tolkingen av EMK etter prinsippene satt i Bøhlerdommen^{60,61}. Norske domstoler har ikke like god oversikt over konvensjonen som EMD har. Ved å bygge på norske verdiprioriteringer, vil domstolene kunne påvirke EMDs praksis. Standpunktet som er forankret i Bøhlerdommen er at man kan risikere at norske domstoler går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK hvis de skal være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er. Dette anses uheldig. Hvis det er tvil om hvordan EMK skal forstås, uttaler førstvoterende i Bøhlerdommen derfor at norske domstoler ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av EMK til grunn.⁶² Norske domstoler skal altså ikke tilsidesette norsk lov i større utstrekning enn det som følger av konvensjonen.

I litteraturen er det derimot uttalt at Høyesteretts tolkninger i 2005-avgjørelsen utvikler konvensjonen.⁶³ Norge var, sett i etterkant, ikke alene om å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuelle overgrep mot barn slik førstvoterende uttalte i avsnitt 47 og 82. EMD kom senere i G-saken til at et objektivt straffbarhetsvilkår om alder ved seksuell omgang med barn ikke stred mot uskyldspresumsjonen. Sett i lys av dette, kan man etter min mening argumentere for at Høyesterett utviklet konvensjonen. Spørsmålet her gjaldt fundamentale rettsikkerhetsgarantier i strafferetten, og det er ikke rom for individuelle forskjeller fra stat til stat. I slike tilfeller er det mer riktig at en utvikling kommer fra EMD.

Selv om Høyesterett nevnte at man kan trekke inn norske verdiprioriteringer ved tvil om forståelsen av konvensjonen, valgte de slik jeg ser det å ikke vektlegge verdiene som lå til grunn

⁵⁹ Avsnitt 45.

⁶⁰ Inntatt i Rt. 2000 s. 996.

⁶¹ Avsnitt 45.

⁶² S. 1008.

⁶³ Andenæs og Kravik (2010) s. 587.

for § 195 tredje ledd. Ved vurderingen av om bestemmelsen stred mot EMK, ble ikke lovgivers valg om å gi de yngste barna et særlig vern mot overgrep nevnt som et relevant moment. Førstvoterende trakk derimot inn norske verdier til støtte for uskyldspresumsjonen og uttalte at prinsippet om at ingen skal straffedømmes uten skyld også er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp i norsk rett.⁶⁴ En generell norsk rettsstatsverdi ble altså tillagt vekt i form av skyldprinsippet. Barns vern mot seksuelle overgrep som en norsk verdi, det lovgiver hadde prioritert foran prinsippet om skyld i alle år, ble ikke tillagt vekt. Slik snudde Høyesterett perspektivet. Norske verdier etter Bøhlerdommen kan altså brukes som argument for begge løsninger ut fra hvilken verdi man velger å omtale som den norske.⁶⁵

4.3 Betydningen av EMDs tidligere avgjørelser

Etter en gjennomgang av lovhistorien til bestemmelsen, viste førstvoterende, dommer Gjølstand, til at regelen var et resultat av en ”klar og sterk lovgivervilje”, og at ordlyden ikke ga grunnlag for tvil om tolkningen. Denne lovgiverviljen måtte imidlertid veies opp mot at menneskerettsloven gir EMK forrang foran annen norsk rett. Også bak dette prinsippet ligger det en klar lovgivervilje.⁶⁶

Det fantes ingen EMD-avgjørelser som direkte tok opp problemstillingen slik den forelå for Høyesterett. Etter flertallets syn var dette fordi Norge var det eneste landet som hadde en slik regel, men de utelukket ikke at slutninger kunne trekkes fra foreliggende EMD-praksis på lignende områder.⁶⁷ Vekten av EMDs praksis påvirkes derimot av at faktum i sakene ikke er tilnærmet like. Jo fjernere man kommer fra faktum, jo mindre vekt vil avgjørelsen ha. Avgjørelsene fra EMD som førstvoterende gjennomgår, dreier seg om bestemmelser av en helt annen karakter og på et helt annet område. Dette har betydning for vurderingen, noe førstvoterende også har merket seg.⁶⁸

⁶⁴ Avsnitt 72.

⁶⁵ Andenæs og Kravik (2010) s. 587 argumenterer for samme syn.

⁶⁶ Avsnitt 40-42.

⁶⁷ Avsnitt 47.

⁶⁸ Avsnitt 83.

Et spørsmål som melder seg for Høyesterett, er om uskyldspresumsjonen stiller krav til innholdet i materielle straffebestemmelser og dermed gir beskyttelse mot objektive straffbarhetsvilkår, og i så fall etter hvilke kriterier.⁶⁹

4.3.1 Salabiaku mot Frankrike

Den mest sentrale EMD-avgjørelsen er Salabiaku mot Frankrike⁷⁰. Mr. Salabiaku var ilagt en bot for smugling av 10 kilo cannabis. Loven om toll i Frankrike bestemte at man ikke trengte å bevise subjektiv skyld, men kun det objektive faktum at han hadde innført varene. Salabiaku anførte at han ikke visste at kofferten hans inneholdt cannabis, og hevdet at bestemmelsen i tolloven var "almost irrebuttable presumption", noe han mente var i strid med EMK artikkel 6 nr 2. Tiltalte kunne dog bli straffri ved å bevise "force majeure" som var oppstilt som unntaket i fransk rettspraksis. Force majeure ville foreligge dersom forholdet var umulig for tiltalte å unngå ved for eksempel "the absolute impossibility ... of knowing the contents of a package".⁷¹ Presumsjonen for skyld gikk altså ut på et tilfelle der tiltalte ikke kunne bevise at "force majeure" forelå. Bevisbyrden lå på han.

EMD uttalte:

"As The Government and the Commission pointed out, in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of the rights protected under the Convention and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalize a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States."⁷²

Hovedregelen var altså at statene sto fritt til å kriminalisere handlinger som ikke berørte borgernes konvensjonsrettigheter. På visse betingelser kan de også straffe et objektivt faktum, uavhengig om det foreligger forsett eller uaktsomhet. I utgangspunktet uttalte de dermed straf-

⁶⁹ Avsnitt 49.

⁷⁰ Application no. 10519/83.

⁷¹ Premiss 19.

⁷² Premiss 27.

febud uten skyldkrav var tillatt. De sier derimot ikke noe nærmere om på hvilke betingelser et objektivt straffbarhetsvilkår kan godtas.

EMD kom derimot til at den franske bestemmelsen ikke var rent objektiv, men at den inneholdt en presumsjon for skyld. Dette skiftet fra ideen om objektivt ansvar som ikke impliserer skyld til en presumsjonsregel som impliserer skyld, reiste et spørsmål om bestemmelsen krenket EMK artikkel 6 nr. 2. EMD uttalte at slike presumsjoner eksisterer i alle rettssystemer, og at det ikke er et absolutt forbud mot dette etter EMK. Men statene må holde slike presumsjonsregler innenfor rimelige grenser, som tar hensyn til viktigheten av hva som står på spill og tiltaltes rett til å forsvare seg.⁷³ Det må altså foretas en proporsjonalitetsvurdering.

EMD kom, etter en proporsjonalitetsvurdering, enstemmig til at den franske presumsjonsreglen ikke krenket uskyldspresumsjonen fordi den tiltalte hadde en reell mulighet til å føre bevis for sin uskyld.⁷⁴ Tiltaltes mulighet til forsvar er det som er avgjørende i vurderingene etter EMK.

4.3.2 Janosevic mot Sverige og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige

Høyesterett gikk så over til å vurdere to svenske skattesaker som hadde foreligget EMD. Salabiaku-dommen omhandler både objektive regler (i avsnitt 27) og presumsjonsregler (i avsnitt 28). Spørsmålet er om proporsjonalitetsvurderingen må foretas også ved objektive vilkår, og førstvoterende så de to svenske skattesakene som interessante i denne forbindelse.⁷⁵

Saken Janosevic mot Sverige⁷⁶ gjaldt en person som var ilagt tilleggsskatt ved en administrativ behandling. Dette er å anse som straff etter uskyldspresumsjonen. I en tidligere sak i Sverige, hadde Regeringsrätten uttalt seg prinsipielt om Salabiaku-dommen. For å godta ansvar som grunnes på presumsjoner, antok man at man måtte stille opp samme krav som Salabiaku oppstiller for et strengt strafferettslig ansvar for en handling. Den enkelte må altså ha mulighet

⁷³ Premiss 28.

⁷⁴ Premiss 30.

⁷⁵ Avsnitt 55.

⁷⁶ Application no. 34619/97.

til å forsvare seg subjektivt, og ansvar kan ikke pålegges automatisk selv om objektive vilkår er oppfylt.⁷⁷

EMD bemerket at de svenske reglene var etablert etter objektive kriterier, men fremholdt at de ikke blir automatisk ilagt ved uriktige opplysninger. Tilleggsskatten ville falle bort blant annet dersom forsømmelsen med selvangivelsen fremso som unnskyldelig pga alder, sykdom osv, eller hvis det ville være klart urimelig. EMD konkluderte med at "the Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut", og at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering lik den i Salabiaku-dommen.⁷⁸

EMD uttaler seg om det samme i den andre skattesaken mot Sverige.⁷⁹ I begge sakene finner EMD at det ikke har skjedd brudd på EMK artikkel 6 nr. 2 da skyldpresumsjonen i den svenske loven var holdt innenfor rimelige grenser. Skatteyderne hadde mulighet til å forsvare seg og det ble også lagt vekt på betydningen av et effektivt system for å sikre statens finansielle interesser.⁸⁰

4.3.3 Hardy Hansen mot Danmark⁸¹ og Joost Falk mot Nederland⁸²

Videre gjennomgår Høyesterett to avvisningsavgjørelser fra EMD. Den første saken gjaldt bot ilagt en arbeidsgiver fordi arbeidstaker brøyt hviletidsbestemmelser for transportvirksomhet i Danmark. Ansvar var rent objektivt. EMD bemerket at statene kan straffesanksjonere objektivt faktum, men at det må skje etter en proporsjonalitetsvurdering av hva som står på spill og retten tiltalte har til å forsvare seg, slik som sagt i Salabiaku-dommen.⁸³ Klageren var ikke helt uten forsvar, da han kunne anføre at kjøringen hadde skjedd i hans interesse.

EMD foretok altså en proporsjonalitetsvurdering selv om det dreide seg om et objektivt straffansvar. Isolert taler dette for at EMD behandler presumsjoner og objektive straffbarhets-

⁷⁷ Premiss 56.

⁷⁸ Premiss 100 og 101.

⁷⁹ Premiss 112.

⁸⁰ Janosevic premiss 104 og Västberga premiss 116.

⁸¹ Application no. 28971/95.

⁸² Application no. 66273/01.

⁸³ Side 6.

vilkår likt etter EMK. Etter mindretallets syn synes derimot avgjørelsen å gå utover og misforstå Salabiaku-dommen. Dessuten gjør annenvoterende et poeng ut av at en avvisningsavgjørelse heller ikke kan tillegges samme vekt som en realitetsavgjørelse i EMD. Dermed kan ikke Hardy Hansen-saken innebære en så utvidelse av området for uskyldspresumsjonen som den gjør. Det er heller ingen senere avgjørelser som bygger på Hardy Hansen.⁸⁴

Også den nederlandske saken gjaldt ileggelse av bot på objektivt grunnlag i loven. Her, som i de svenske skattesakene, ble loven derimot praktisert med mulighet for å forsvare seg. Det ser ut til at EMD la til grunn at bestemmelsene stilte opp en presumsjon. Ikke i noen av sakene ble det konstatert brudd på uskyldspresumsjonen.

4.4 Nærmere om rekkevidden av uskyldspresumsjonen

Etter gjennomgangen av EMDs praksis slår førstvoterende fast at disse omhandlet skyldpresumsjoner. Hun mente derimot ikke at EMD skiller mellom presumsjoner på den ene siden og objektive straffbarhetsvilkår på den annen side. Statene kan ilegge straff på grunnlag av faktiske forhold uten hensyn til utvist skyld, men bare ”under certain conditions”. Førstvoterende erkjente at EMD ikke har drøftet hva som ligger i dette, men hun antok at det hadde sammenheng med at straffene, bøtene og tilleggs kattene ikke ble ilagt automatisk som en følge av overtredelsen. Videre var spørsmålet om et skulle diskutert i teorien, men meningene var delte. På grunnlag av formålsbetraktninger mente førstvoterende at presumsjoner og objektive vilkår skal behandles etter samme kriterier. Det er ikke noen grunn til at siktedes rettigheter skal være dårligere ved objektive straffbarhetsvilkår enn ved skyldpresumsjoner.⁸⁵

Flertallet mente dermed at det var glidende overganger mellom skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår. Etter mitt syn kan det derimot være grunn til å skille mellom skyldpresumsjoner og objektive vilkår, noe jeg også mener at EMD gjør. I Salabiaku mot Frankrike uttalte EMD seg først prinsipielt om objektive regler, før de redegjorde for at den aktuelle saken gjaldt en presumsjonsregel og ikke et objektivt straffbarhetsvilkår. EMD drøftet deretter presumsjonsregelen i saken og spørsmålet om dette krenket uskyldspresumsjonen. Dersom

⁸⁴ Avsnitt 104.

⁸⁵ Avsnitt 69 flg.

EMD hadde ment at reglene skulle behandles likt i forhold til EMK, hadde de etter min mening ikke hatt grunn til først å uttrykkelig å skille mellom de.

Mindretallet i 2005-avgjørelsen mente også at EMD ikke skiller mellom presumsjoner og objektive vilkår. Annenvoterende, dommer Mitssem, uttalte blant annet at Salabiaku-dommen helt eksplisitt sier at drøftelsen i forhold til saken ”gjelder ”presumptions of fact or of law” – og dermed ikke dreier seg om objektive straffbarhetsbetingelser”.⁸⁶ Hellesnes leser det slik at man ikke kan bruke samme proporsjonalitetsvurdering ved objektive vilkår og presumsjoner. Et objektivt straffbarhetsvilkår utelukker det at tiltalte kan komme med motbevis om at han ikke er subjektivt skyldig i forhold til straffeelementet, og da ville det bli ”svært vanskelig å forene et hvilket som helst objektivt straffbarhetsvilkår med uskyldspresumsjonen”.⁸⁷ Det er ulogisk at tiltalte skal ha rett til å forsvare seg der hvor det foreligger et objektivt vilkår, og da vil vanskelig dette kriteriet som EMD oppstiller være oppfylt.

Flertallet anså også bestemmelsen i artikkel 6 nr 2 primært å omhandle prosessuelle rettigheter. Påtalemyndigheten skal føre bevis for skyld og motbevise den uskyldspresumsjon som en siktet skal være sikret. Ingenting i ordlyden peker mot objektive vilkår. Uskyldspresumsjonen er imidlertid et av elementene i kravet til ”fair trial” i EMK artikkel 6 nr 1 og må ses i sammenheng med dette.⁸⁸ Bestemmelsene i EMK artikkel 6 bygger på grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper til vern om siktede i straffesaker, blant annet prinsippet om at ingen skal straffedømmes uten skyld – det såkalte uskyldsprinsippet. Dette, understreket førstvoterende, er også et grunnleggende prinsipp i norsk strafferett. Formålsbetraktninger står sentralt når man skal tolke uskyldspresumsjonen, og det er ikke grunnlag for en streng tolkning av ordlyden. Den fundamentale rettssikkerhetsgaranti som ligger i uskyldspresumsjonen må etter flertallets syn være avgjørende.⁸⁹

Det kan se ut til at flertallet trekker den slutningen om at prinsippet om at ingen skal straffedømmes uten skyld er et grunnleggende europeisk rettsstatsprinsipp ut fra EMDs uttalelser om

⁸⁶ Avsnitt 94.

⁸⁷ Hellesnes (2009) s. 32.

⁸⁸ Se blant annet Janosevic avsnitt 96 og Västberga avsnitt 108.

⁸⁹ Avsnitt 68 og 72.

”the rule of law” i Salabiaku-dommen. Dette underbygger flertallets mening om at også objektive straffbarhetsvilkår kan bli gjenstand for vurdering etter uskyldspresumsjonen. Kritikken mot denne tolkningen er blant annet at begreper som ”rule of law” og ”grunnleggende rettstatsprinsipper” er vage og vide.⁹⁰

Flertallet konkluderte deretter med at det å ta i bruk objektive straffbarhetsvilkår slik som gjort i § 195 tredje ledd ikke i seg selv er konvensjonsstridig. Anvendelsen må imidlertid foregå innen rimelige grenser satt etter en proporsjonalitetsvurdering der formålsbetraktninger står sentralt. Siktedes rett til å forsvare seg er et sentralt element i denne vurderingen.⁹¹ Med dette mener førstvoterende å ta i bruk den samme proporsjonalitetsvurderingen som er gjort i Salabiaku. Flertallet bruker således den samme fremgangsmåten på objektive vilkår som EMD gjør med presumsjonsregler. Det vil si at flertallet legger til grunn at ”certain conditions”, som EMD referer til i Salabiaku-dommen, også knytter seg opp mot objektive straffbarhetsvilkår. Etter min mening er dette en feil tolkning av EMDs avgjørelse da jeg mener at man som sagt har grunn til å skille mellom presumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår, og at man derfor ikke kan bruke samme fremgangsmåte for å vurdere krenkelse av uskyldspresumsjonen.

Mindretallet i 2005-avgjørelsen er uenig i flertallets forståelse av rekkevidden av EMK. Mindretallet mente for det første at EMD-dommene ikke ga grunnlag for at objektive straffbarhetsvilkår skal undergis en proporsjonalitetsvurdering. De mente for det andre at uskyldspresumsjonen og EMD-dommene ikke åpner for en overprøving av straffbestemmelers materielle innhold, med den følge at objektive straffbarhetsbetingelser kan tilsidesettes.⁹² Alt som påtalemyndigheten skal bevisføre, må tiltalte få kunne føre bevis mot. Dette dreier seg om bevisføring som er knyttet til straffbarhetsbetingelsene i straffebudet. Barnets alder ved seksuelle overgrep, er derimot noe som ikke er gjenstand for bevisføring fra påtalemyndighetens side. Det innebærer derfor ikke noe offentlig overgrep mot tiltalte å legge barnets reelle alder til grunn, og heller ikke en krenkelse av hans menneskerettigheter.

⁹⁰ Hellesnes (2009) s. 24.

⁹¹ Avsnitt 74.

⁹² Avsnitt 108.

4.5 De barnerettslige kildene

Før førstvoterende gikk over til den konkrete proporsjonalitetsvurderingen så hun på om artikkel 34 i Barnekonvensjonen og artikkel 8 i EMK skapte en rettighetskollisjon med EMK artikkel 6. Artikkel 34 skal beskytte barn mot alle former for seksuell utnyttning og misbruk. Førstvoterende mente det ikke kunne være tvilsomt at kravene statene pålegges for å beskytte barn mot overgrep kunne anses å være oppfylt selv om det ikke var gjort unntak fra skyldkravet i § 195 og § 196. EMK artikkel 8 skal verne om retten til et privatliv. I dette ligger også seksuallivet. Førstvoterende mente at det ikke forelå noen kollisjon med tiltaltes rett etter EMK artikkel 6 nr. 2 da disse gjelder grunnrettighetene i strafferetten og ikke rettigheter der statene nyter en viss skjønnsmargin som i EMK artikkel 8.⁹³

Førstvoterende avviste kort påtalemyndighetens anførsel om at de hensyn § 195 tredje ledd hviler på, har et menneskerettslig vern etter Barnekonvensjonen artikkel 34 og EMK artikkel 8. Mens flertallet mente at kravene utvilsomt oppfylles også uten et objektivt vilkår, synes det som om The House of Lords i England mente at man bør ha alder som et objektivt vilkår for å være sikker på at man oppfyller konvensjonens krav om barnets beste. Baroness Hale uttalte at England hadde vært åpen for kritikk dersom de ikke hadde gitt barnet adekvat beskyttelse.⁹⁴

Førstvoterende brukte etter min mening liten tid på en vurdering av barnets beste som er nedfelt som et grunnleggende hensyn i Barnekonvensjonen artikkel 3. Hvis man legger til grunn at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering, kan det diskuteres om flertallet tok nok hensyn til barnets beskyttelsesbehov mot seksuelle overgrep. Barnets alder er det eneste som gjør den seksuelle omgangen straffbart. Det at tiltalte skal få forsvare seg i forhold til dette elementet gjør dermed at barnets alder brukes som et argument for å utvide tiltaltes rettigheter.

4.6 Proporsjonalitetsavveiningen

Førstvoterende gikk så over til å foreta en proporsjonalitetsvurdering lik den i Salabiakudommen. Her skulle § 195 tredje ledd og de hensyn den skal ivareta veies opp mot tiltaltes rettigheter.

⁹³ Avsnitt 78.

⁹⁴ G-saken avsnitt 14 (54).

Førstvoterende viste først til den prosessuelle begrunnelsen for § 195 – å verne barnet under rettergangen. Hun bemerket i forhold til dette at avhøret av barnet skal tas opp på video. Etersom barn utvikler seg raskt, vil videoopptaket anses som det sentrale i bevisvurderingen.⁹⁵ Det ser dermed ut til at flertallet mente at den prosessuelle begrunnelsen av bestemmelsen blir ivare tatt gjennom at retten hovedsakelig vurderer barnets utseende og kroppslige utvikling gjennom videoopptak.

Flertallet la vekt på at aldersvilkåret var helt sentralt i straffebudet og at bestemmelsen lå innenfor sentral strafferett. Dette hadde antagelig relevans fordi det er mer stigmatiserende med straff innenfor den sentrale strafferetten. Førstvoterende understreket videre at EMD-avgjørelsene om skyldpresumsjoner hadde dreid seg om bøter og økonomiske reaksjoner, mens en fellende dom etter § 195 kunne få store konsekvenser i form av lang fengselsstraff for tiltalte.⁹⁶

Tiltalte hadde dessuten ingen mulighet til å forsvare seg mot domfellelse på grunnlag av sine subjektive forutsetninger i forhold til straffbarhetsvilkåret om alder. At subjektive forutsetninger kan spille inn ved straffeutmålingen, for eksempel at straffen kan gjøres helt ut betinget, tilla flertallet ingen vekt.⁹⁷ Flertallet synes å legge betydelig vekt på dette momentet, slik også EMD har gjort.

Flertallet konkluderte slik om saken mot A:

”På denne bakgrunn er min konklusjon at bestemmelsen i § 195 tredje ledd ikke kan anvendes etter sin ordlyd som grunnlag for å domfelle A. Det var derfor riktig av lagmannsretten å oppheve tingrettens dom med hovedforhandling”.⁹⁸

I forhold til uskyldspresumsjonen konkluderte flertallet slik:

”Skal man oppnå samsvar med konvensjonen, må det etter min mening i § 195 tredje ledd innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd.”⁹⁹

⁹⁵ Avsnitt 81.

⁹⁶ Avsnitt 84 og 87.

⁹⁷ Avsnitt 85.

⁹⁸ Avsnitt 87.

Mindretallet var enig i førstvoterendes konklusjon selv om de sa seg uenig i synet på rekkevidden av usykdpresumsjonen og hvor langt tiltaltes rettigheter går. Som sagt mente mindretallet at proporsjonalitetsvurderingen bare gjelder ved skyldpresumsjoner, og ikke ved objektive straffbarhetsvilkår. Derimot uttalte annenvoterende at tredje ledd i § 195 kunne anses som en presumsjonsregler. Dette ble grunnet på uttalelser i forarbeidene i 1927 om at det ikke ville skje tiltalte noen urett om han ”tross den feilslagne beregning” ble straffedømt. Mindretallet oppfattet som sagt dette som at lovgiver sier at tiltalte alltid vil være å bebreide og i realiteten bygget på en presumsjon om skyld. Tiltalte må derfor ha muligheter til å forsvare seg da det ikke er noen holdepunkter for at lovgiver ønsket at en helt aktsom person skulle dømmes for en så alvorlig forbrytelse.¹⁰⁰

Dommerne kom altså enstemmig til at det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd var i strid med uskyldpresumsjonen og at en aktosmhetsreservasjon lik den i § 196 tredje ledd måtte innfortolkes.

Høyesteretts vurdering må ses på bakgrunn av at det var tvil om hvordan EMK skulle forsås i tillegg til at bestemmelsen ga uttrykk for en klar lovgivervilje. Spørsmålet var om Høyesterett skulle legge vekt på norske verdier ved tolkningen av EMK. Vurderingen i lovhistorien om å styrke vernet mot overgrep mot barn gjennom objektive vilkår ble derimot ikke sett på som et moment som var relevant ved Høyesteretts tolkning av EMK.¹⁰¹ Dette er kritisert av flere.¹⁰² Andenæs og Kravik er derimot blant dem som mener at Høyesterett umulig kunne kommet til et annet resultat. Norske verdier ble brukt for å støtte uskyldpresumsjonen som et rettssikkerhetshensyn.¹⁰³

⁹⁹ Avsnitt 88

¹⁰⁰ Avsnitt 114-115.

¹⁰¹ Andenæs og Kravik (2010) s. 586-587.

¹⁰² Bl.a. Graver, Frøberg (2007), Backer (2006).

¹⁰³ Andenæs og Kravik (2010) s. 587.

5 Rettskildebildet etter 2005

Avgjørelsen fra 2005 skapte umiddelbart en retts- og påtalepraksis.¹⁰⁴ For eksempel opphevet Borgarting lagmannsrett tingrettens dom i en sak som ble tillatt anket inn dagen etter 2005-avgjørelsen.¹⁰⁵ Begrunnelsen var at tingretten ikke hadde foretatt noen vurdering av om tiltalte hadde vært aktsom med hensyn til at han trodde fornærmede var under 14 år.

Et økt strafferettslig vern for barn mot seksuelle overgrep har, som vist i avhandlingen, hele veien vært et tungt argument ved lovarbeidet for å beholde det objektive straffbarhetsvilkåret om alder. Det er derfor interessant å se om barns rettsstilling ble svekket etter at Høyesterett innfortolket en reservasjon for uaktsomhet. Dersom handlinger som dekker gjerningsinnholdet i § 195 istedenfor blir bedømt etter den mildere § 196, kan dette tilsi at barns rettsstilling reellt sett har blitt svakere.

Aktsomhetsnormen som Høyesterett innfortolket i 2005-avgjørelsen skulle forstås strengt. Siktete må ”utvise aktivitet for å bevise at han er uskyldig ved å redegjøre for konkrete omstendigheter som kan underbygge at han har vært aktsom i relasjon til fornærmedes alder”.¹⁰⁶ En frifinnelse krever tungtveiende grunner. Man kan for eksempel ikke slå seg til ro med hva en annen har opplyst om alderen.¹⁰⁷ Et brudd på § 195 ses som langt mer alvorlig enn brudd på § 196. Dette kommer blant annet til uttrykk i strafferammen. Også Høyesterett uttalte seg om dette i 2005-avgjørelsen.¹⁰⁸ Det er derfor aktuelt å se på om aktsomhetsnormen ble praktisert så strengt som den ble uttalt. Ble den praktisert mindre strengt, kan det tale for at barns rettsstilling etter 2005 ble svekket av plenumsavgjørelsen.

Videre har jeg sett på om barnets utseende og utvikling har blitt vurdert av retten. Dette var et av hovedargumentene mot at det skulle tas inn en aktsomhetsnorm i bestemmelsen under lovarbeidet på 1960-tallet og rundt 2000. Dersom barnets utseende har ført til en mildere behandling av tiltalte, kan det tale for at barnets rettsstilling har blitt svakere.

¹⁰⁴ Se for eksempel Rt. 2006 s. 40, Rt. 2006 s. 809.

¹⁰⁵ LB-2005-84798.

¹⁰⁶ Avsnitt 88.

¹⁰⁷ Innstilling 1960 s. 25. Aktsomhetsvurderingen ift § 196. Samme skal gjelde for § 195.

¹⁰⁸ Avsnitt 79-80.

5.1 Avgjørelser

Det finnes flere eksempler på at tilfeller som dekker gjerningsinnholdet i § 195 blir bedømt etter § 196 fordi retten har lagt til grunn at tiltalte ikke har utvist uaktsomhet med hensyn til at fornærmede var under 14 år, men med hensyn til at han/hun i alle fall var under 16 år. Det vil si at tiltalte får en langt mildere straff for forhold som objektivt sett omfattes av § 195 og som tidligere gikk under dette straffebudet.

I Rt. 2010 s. 36 hadde en mann seksuell omgang med en jente under 14 år. I lagmannsretten ble saken behandlet med lagrette, som mente at tiltalte hadde vært i aktsom god tro med hensyn til at fornærmede var over 14 år, men at det kunne bebreides han at han trodde hun var over 16 år.¹⁰⁹ Lagmannsretten dømte derfor mannen til samfunnsstraff for overtredelse av § 196. I Høyesterett var spørsmålet om det var grunnlag for å idømme samfunnsstraff. Flertallet mente at det ikke var grunnlag for dette på bakgrunn av forholdets karakter og grovhet, fornærmede og tiltaltes alder og øvrige omstendigheter ved handlingen.¹¹⁰ De satte straffen til fengsel i 60 dager.

Jenta var 13 år og 8 måneder. Objektivt sett går dermed forholdet under § 195. Siden mannen hadde hatt seksuell omgang med jenta som likestilles med samleie, ville straffen etter § 195 vært satt med en minstestraft på fengsel i 3 år, jf § 195 første ledd annet punktum.¹¹¹

Eksempler finnes også fra lagmannsrettene. I en sak fra 2006 hadde en mann på 29 år hatt seksuell omgang med en 12 år og 6 måneder gammel jente.¹¹² Tiltalte erkjente ikke straffeskyld, da han hevdet at han ikke visste at jenta var 12 år. Han ble dømt i tingretten, men i lagmannsretten svarte juryen ”nei” på at han var skyldig etter §§ 195 og 196. Lagmannsretten mente derimot han var skyldig etter § 196 og hensviste saken til ny behandling. Spørsmålet for retten var om tiltalte hadde utvist nødvendig aktsomhet med hensyn til fornærmedes alder.

¹⁰⁹ Avsnitt 7.

¹¹⁰ Avsnitt 23.

¹¹¹ Straffen kunne dog vært satt ned under minstestrafteffen på grunn av uforbeholden tilståelse, jf § 59 annet ledd.

¹¹² LA-2006-59553.

Retten uttalte at fornærmede på et fotografi fremsto som et tidlig utviklet barn som var ”noe lubben og med tilsynelatende utviklede bryster”. De anså det også sannsynlig at fornærmede fremsto eldre ved at hun røyket, drakk alkohol og brukte sminke. I legejournalen som ble skrevet 12 timer etter samleiet sto det imidlertid at jentas utseende var ”svarende til alder ca 12 ½ år”. Retten uttalte at selv om jenta fremsto som eldre enn 12 år, var spennet langt til at hun fremsto som over 16 år. Lagmannsretten dømte tiltalte til 21 dagers fengsel etter § 196 første ledd da de fant at han ikke hadde sikret seg nok informasjon om blant annet skolegang, klasstrinn og fritidsaktiviteter.

I en annen sak fra 2009 hadde en mann seksuell omgang med en jente på 13 år etter å ha møttes over et chatteforum på nett.¹¹³ Tiltalte tilso de faktiske forhold, men hevdet at han trodde jenta var 16 år. Han forankret dette i fornærmedes egne opplysninger og det inntrykk han fikk av henne. Han hadde sjekket hennes bankkort da de møttes, men sjekket ikke fødselsdatoen. Det ble bemerket av retten at tiltalte hadde forklart seg mer omfattende om den seksuelle omgangen enn fornærmede selv hadde forklart i dommeravhøret. Lagmannsretten mente at tiltalte hadde vært i aktsom god tro når han trodde jenta var over 14 år. Dermed satt de straffen etter § 196 til 112 timers samfunnsstraff da det kunne bebreides han at han trodde hun var 16 år.

I en sak fra 2011 fant lagmannsretten at tingretten hadde lagt en for mild aktsomhetsnorm til grunn ved vurderingen av tiltaltes aktsomhet og opphevet dommen.¹¹⁴ Saken gjaldt en mann på snart 19 år som hadde hatt seksuell omgang i form av samleie med en jente som manglet 12 dager på 14 år. Lagmannsretten begynte med å gi en grundig beskrivelse av hva som ligger i aktsomhetsnormen fastsatt i Rt. 2005 s. 833. Sentralt i vurderingen av om tiltalte kan bebreides for en uriktig oppfatning av fornærmedes alder, er om det har vært aktivitet fra tiltaltes side for å ta rede på fornærmedes alder.

Tingretten fant at tiltalte ikke kunne bebreides i forhold til at jenta var under 14 år, men at han hadde utvist uaktsomhet i forhold til om hun var over 16 år. Retten bemerket at tiltalte hadde sett fornærmede med jevngamle venner og at fornærmede hadde sagt hun var 13 år i tiltaltes

¹¹³ LA-2009-18397.

¹¹⁴ LA-2011-83604.

nærvær. De synes derimot det var merkelig at hun ikke hadde sagt at hun snart var 14 år i selskapet med eldre. Videre vurderte retten fornærmedes utseende og uttalte at det ikke var åpenbart at hun var under 14 år. Lagmannsretten fant at vurderingen etterlot tvil og uklarhet om tingretten har forstått kravene til aktsomhet riktig, og opphevet altså dommen.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis på at 2005-avgjørelsen ikke har medført noen endringer i subsumsjonen. I en sak for lagmannsretten i 2010 hadde en mann hatt seksuell omgang med en jente på 13 år og 2 måneder.¹¹⁵ Omgangen besto ikke i samleie, men i at hun masturberte tiltale til sædavgang etter å ha møttes i hans bil dagen etter de opprettet kontakt på et nettsted. Fornærmede var 175 cm høy og kraftig bygget. Hun hadde hiphop-klær og benyttet tannregulering utvendig i overmunnen. Retten uttalte at ut fra de omstendigheter de møttes under, og slik hun fremsto da de møttes, herunder at hun hadde tannregulering, hadde tiltalte klar oppfordring til å gjøre undersøkelser knyttet til hennes alder. Dommen poengterer det at tiltaltes egne vurdering av fornærmedes alder ikke er nok til å oppfylle den strenge aktsomhetsplikten som skal innfortolkes i § 195. Retten dømte tiltalte for overtredelse av § 195 første ledd til fengsel i 8 måneder.

Her ser det etter min mening ut til at lagmannsretten la en streng aktsomhetsnorm til grunn. De vurderte riktignok fornærmedes utseende, kroppsbygning og klær, men til hennes fordel. De synes derimot å legge stor vekt på det at fornærmede hadde tannregulering. Spørsmålet er hvordan retten hadde argumentert dersom hun ikke hadde hatt tannregulering. Tannregulering forbindes med barn på rundt 12-14 år. Retten bemerket at fornærmede var stor for alderen; hele 175 cm høy. Hadde hun ikke hatt regulering, kunne man da lettere argumentert for at hun så eldre ut? Avhandlingen går ikke nærmere inn på dette spørsmålet da det er vanskelig å si hvordan retten hadde vurdert i et tenkt tilfelle.

Også i en sak inntatt i Rt. 2013 s. 727 ble tiltalte dømt etter § 195. Den da 18 år gamle mannen hadde hatt samleie med en jente på 13 år og 6 måneder. Tingretten frifant først tiltalte for overtredelse av både § 195 og § 196 fordi de mente at hans individuelle forhold ikke kunne legges ham til last når han tok feil av barnets alder. Lagmannsretten mente derimot at tiltalte

¹¹⁵ LB-2010-1208

var uaktsom i forhold til jentas alder, og dømte han til en straff av fengsel i to år. Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens dom.

Forut for behandlingen i lagmannsretten ble det hentet inn en rettspsykiatrisk erklæring der det ble konkludert at tiltalte ikke var psykotisk i gjerningsøyeblikket. Han hadde altså ikke svekket evne til å vurdere omverdenen realistisk. Lagmannsretten foretok derimot ikke noen mer inngående vurdering av tiltaltes aktsomhet i forhold til fornærmedes alder etter at lagretten hadde svart ja på skyldspørsmålet. Det kan etter mitt syn være vanskelig å si noe om retten la en streng aktsomhet til grunn. Trolig gjorde de det siden de dømte tiltalte selv om han ble frifunnet i tingretten. Dommen er altså et unntak fra de fleste saker som domfeller for overtredelse av § 196 fordi tiltalte i hvert fall burde ha skjønt at barnet var under 16 år selv om han ikke har skjønt at det var under 14 år.

Avgjørelsen illustrerer dilemmaet ved et objektivt straffbarhetsvilkår. Om tingrettens bevisbedømmelse hadde blitt lagt til grunn, ville et objektivt vilkår om alder medført at tiltalte ble straffet selv om han ikke en gang kunne klandres for å trodd at jenta var over 16 år. På den annen side ville en slik løsning gitt et svakere vern mot det seksuelle overgrepet for 13-åringen.¹¹⁶

5.2 Oppsummering

Avgjørelsene viser at opplysninger fra fornærmede selv om hvor gammel hun/han er, ikke er nok til å oppfylle aktsomhetskravet i § 195.¹¹⁷ Både underrettene og Høyesterett viser at de følger Høyesteretts utsagn i Rt. 2005 s. 833 om at tiltalte må ha utvist aktivitet for å kunne frifinnes. Tiltalte må altså aktivt ha gjort noe for å bringe alderen på det rene. Eksempler retten kommer med er å sjekke legitimasjon, finne ut hvilken skole og klasse fornærmede går i og så videre. Retten vurderer ofte utseende til fornærmede når de skal avgjøre hva tiltalte faktisk kan ha trodd om fornærmedes alder. At tiltalte selv vurderer fornærmedes utseende og baserer seg kun på dette, er ikke nok for å oppfylle aktsomhetskravet.

¹¹⁶ Holmboe (2011) merknad til § 195 i Lovdata.

¹¹⁷ Se også Rt. 2008 s. 867 (avsnitt 32).

Ut fra dommene gjengitt ovenfor kan det se ut til at retten flere ganger avgjør skyldspørsmålet ved å vurdere fornærmedes utseende og utvikling. Det kan virke som om de bringer forholdet fra § 195 til § 196 fordi fornærmede ser eldre ut enn 14 år. Slik jeg ser det, skal derimot en tiltalt som ikke har oppfylt aktivitetsplikten dømmes etter § 195 selv om retten finner at fornærmede kroppslig sett ser eldre ut enn 14 år. Retten skiller altså ikke alltid klart mellom utseendevurderinger for å si noe om tiltaltes faktiske tro og tiltaltes aktivitetsplikt utover faktisk tro. Aktivitetsplikten skal slik jeg ser det bygge mer på objektive kilder enn det utseende gjør. Således kan det se ut til å barns rettsstilling har blitt svekket etter 2005.

6 G-saken som skaper debatt

I 2011 kom en sak¹¹⁸ opp for EMD som tok for seg en lignende problemstilling som forelå for Høyesterett i 2005. Denne omhandlet et objektive vilkår, og ikke skyldpresumsjoner slik i de sakene Høyesterett gjennomgikk i plenumsavgjørelsen. G-saken fra EMD bygget på en annen rettsoppfatning av EMK enn det Høyesterett gjorde. Høyesterett mente at det var glidende overganger mellom objektive vilkår og skyldpresumsjoner i de tilfellene som Høyesterett vurderte, og at man også ved objektive vilkår måtte foreta en proporsjonalitetsvurdering. EMD kom derimot til et annet resultat.

6.1 Faktum og bakgrunn for EMD

Saken fra Storbritannia omhandlet en gutt på 15 år som hadde hatt seksuell omgang i form av samleie med en jente på 12 år. Gutten hevdet at fornærmede hadde sagt at hun var 15 år, og at den seksuelle omgangen var frivillig. Det ble imidlertid spilt en videofilm i retten hvor det under en samtale mellom gutten og jenta kom frem at jenta protesterer mot den seksuelle omgangen. Hun hevder således at hun ble voldtatt. Siden loven er klar på at alder er et objektive straffbarhetsvilkår for seksuell omgang med barn under 13 år, tilsto gutten da han fikk beskjed om at han ikke hadde noe å forsvare seg med. Jenta på sin side, var livredd for å vitne om det hun mente var en voldtekt.

Dermed ble tiltalte dømt for voldtekt av barn under 13 år, jf den britiske straffeloven sexual Offences Act 2003 section 5, til ”detention and training order” i ett år. Straffen er typisk for

¹¹⁸ Application no. 37334/08 sak G mot Storbritannia (G-saken).

unge lovbrøtere i England og består av en periode i fengsel før den dømte kommer ut i samfunnet under tilsyn.

Under anken til ankeinstansen Court of Appeal anførte tiltalte at hans rettigheter etter EMK artikkel 6 var blitt krenket. Han anførte også at hans rett til privattliv etter EMK artikkel 8 var krenket fordi det var uforholdsmessig å dømme han for voldtekt etter section 5 når han kunne blitt dømt etter den mindre alvorlige section 13 som retter seg mot seksualforbrytere under 18 år. Straffen i Court of Appeal ble gjort betinget.¹¹⁹

I avgjørelsen i Storbritannias høyeste domstol, daværende The House of Lords, uttalte de enstemmig at EMK artikkel 6 nr 1 og 2 gir tiltalte rett til en rettferdig rettergang og presumsjon for sin uskyld. De mente derimot at bestemmelsene ikke stiller noen krav til statene om innholdet i nasjonal lov. Et objektivt vilkår om alder ble således ikke ansett for å stride mot uskyldspresumsjonen. Flertallet fant heller ikke EMK artikkel 8 krenket fordi straffen ble ansett proporsjonal i forhold til det legitime formål at staten kan beskytte andres helse, rettigheter og frihet.¹²⁰

6.2 EMDs vurdering vedrørende krenkelse av uskyldspresumsjonen

For det første viste EMD til at retten til å anses uskyldig krever at påtalemyndigheten har bevisbyrden i forhold til alle elementer tiltalte er siktet for. Bevisbyrden kan derimot snus til tiltalte for noen elementer. Domstolen mente videre at EMK ikke hindrer statene i å ha regler som inneholder presumsjoner om fakta eller jus. En straffelov kan således fritta påtalemyndighetene fra å bevise hvert element i straffebudet. Slike presumsjoner må likevel holdes innenfor rimelighetens grenser og ta hensyn til hva som står på spill for lovgiver og til tiltaltes muligheter for å forsvare seg.

EMD understreket videre at statene i prinsippet står fri til å anvende straffeloven på en hvilken som helst handling som ikke kommer i konflikt med andre rettigheter etter EMK. EMD

¹¹⁹ Premiss 9 og 10. Videre om artikkel 8 i avhandlingens punkt 6.3.

¹²⁰ Premiss 12-14.

blander seg for eksempel ikke inn i hvilke bestemte forsvarsmuligheter tiltalte skal ha i nasjonal lov. EMD viste her blant annet til Salabiaku-dommen premiss 27.¹²¹

EMD bemerket at den objektive delen av gjerningsbeskrivelsen i den britiske bestemmelsen i section 5 var inntrenging av penis i vagina, munn eller anus til et barn under 13 år, utført av en person over den strafferettslige lavalder. Den subjektive delen av gjerningsbeskrivelsen var at penetreringen var utført med forsett. Tiltaltes kunnskap om barnets alder eller barnets vilje til den seksuelle omgangen var ikke elementer av betydning. Alder og samtykke fra barnet var dermed objektive straffbarhetsvilkår.

Domstolen konkluderte deretter med at den britiske straffebestemmelse ikke var i strid med EMK artikkel 6 nr 2. De uttalte følgende:

”The Court does not consider the Parliament’s decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 Act does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in Salabiaku (cited above) therefore has no application here”.¹²²

Når det gjelder straffebestemmelser om seksualforbrytelser som gjør alder til et objektivt straffbarhetsvilkår, slik som section 5 i den britiske straffeloven og også § 195 tredje ledd, fant altså EMD at proporsjonalitetsvurderinger som anvist i Salabiaku-dommen, og som Høyesterett bygget på i avgjørelsen fra 2005, ikke har noen plass ved slike bestemmelser. Etter mitt syn er begrunnelsen i G-saken kort, og det sies ikke noe nærmere om hvorfor en proporsjonalitetsvurdering ikke kommer til anvendelse.¹²³

Det at barnet har en viss alder er et faktum. At alder ikke er et bevisstema for påtalemyndighetene er derfor ikke et problem i forhold til tiltaltes rettigheter etter EMK. Konvensjonen beskytter tiltalte mot krenkelse fra statens side, ikke mot strenge straffebud i seg selv. EMD har som sagt ingen jurisdiksjon til å bestemme innholdet i interne nasjonale lover, med mindre

¹²¹ Premiss 27.

¹²² Premiss 29.

¹²³ Mer om dette i avhandlingens punkt 8.1.

staten forbyr normal utøvelse av andre menneskerettigheter. Dermed avviste EMD denne delen av Gs klage mot Storbritannia som rettet seg mot uskyldspresumsjonen.

6.3 EMDs vurdering vedrørende krenkelse av EMK artikkel 8

Tiltalte anførte for EMD at forfølgningen mot han, dommen og straffutmålingen, hver for seg eller samlet utgjorde et uforholdsmessig inngrep i hans rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Seksuallivet er en del av privatlivet, og derfor anførte han at artikkel 8 kom til anvendelse. Han anførte også at å dømme en 15-åring for voldtekt er stigmatiserende og unødvendig siden han trodde samleiet var frivillig og at fornærmede var 15 år. Videre mente han at det kunne påvirke i forhold til fremtidige arbeidsgivere, venner og familie og i samfunnet ellers.¹²⁴

EMD vurderte først om artikkel 8 var anvendelig. EMD så det slik at den seksuelle aktiviteten falt innunder ”private life” etter artikkel 8. De konkluderte med at straffeforfølgningen mot tiltalte var en ”interference by a public authority”, men at den var ”in accordance with the law”.¹²⁵

EMD gikk så over til å vurdere om den fortsatte straffeforfølgningen var nødvendig i et demokratisk samfunn etter artikkel 8 andre ledd. EMD gjorde oppmerksom på at statene har en viss skjønnsmargin ved regulering og at denne er forskjellig fra sak til sak. Marginen er normalt ikke så stor dersom det handler om de intime aspekter av privatlivet. Derimot har statene en positiv forpliktelse til å beskytte sårbare individer mot seksuelt misbruk. EMD fant derfor at statene har en vid margin når det gjelder å beskytte individer mot voldtekt, også i denne saken.¹²⁶

EMD uttalte at konsekvensene av et samleie kan være svært skadelige for et barn. EMD anså ikke statene for å overskride skjønnsmarginen de har ved at de innfører et straffebud som kaller seksuell omgang med barn for ”voldtekt” og som ikke tillater bevisføringer rundt barnets samtykke eller tiltaltes tro om barnets alder. Heller ikke mente EMD at statene overgår skjønnsmarginen ved å straffeforfølge tiltalte i slike saker. Særlig fordi den britiske loven

¹²⁴ Premiss 32.

¹²⁵ Premiss 35-36.

¹²⁶ Premiss 37-38.

inneholdt vide muligheter i forhold til straffutmålingen, og at dommen ble gjort betinget av ankeinstansen.¹²⁷ G sin klage etter EMK artikkel 8 ble deretter avvist som åpenbart grunnløs ("manifestly illfounded") etter EMK artikkel 35 §§ 3 og 4.

7 Komparativt perspektiv

For å forstå hva bestemmelsene om villfarelse om alder regulerer i norsk rett, kan det være aktuelt å se på hvilke bestemmelser andre land har. Mindretallet og flertallet i Rt. 2005 s. 833 var uenige om Norge var alene om å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår. Flertallet mente at Norge antagelig var alene om å ha en slik regel.¹²⁸ Derfor mente de at det ikke fantes EMD-avgjørelser som ga svar på spørsmålet, og at man måtte se på praksis fra andre områder for en løsning. Mindretallet hadde merket at objektive straffebestemmelser var utbredt i engelsk rett. I en engelsk artikkel var det uttalt at engelske domstoler ikke hadde ansett dette å stride mot EMK artikkel 6 nr. 2.¹²⁹

Selv om andre land har en tilsvarende regel, betyr ikke dette nødvendigvis at en slik bestemmelse er forenlig med uskyldspresumsjonen. Men dersom andre land skulle ha en lignende regel, kan det være et argument i retning av at en slik regel ikke er i strid med EMK. EMD ser nettopp på hvilke bestemmelser og rettsoppfatninger andre land har fordi det kan vise rettsoppfatningen generelt i statene.

De ulike landene har ulike aldersgrenser for seksuell modenhet på grunn av blant annet at unge ikke blir kjønnsmodne på lik tid i alle land. For eksempel har det blitt lagt til grunn at syderopeere blir tidligere kjønnsmodne enn oss i nord.¹³⁰ Både i Danmark og Sverige er den seksuelle lavalder satt til 15 år. Det har blitt diskutert om Norge bør sette den samme seksuelle lavalderen, men dette har ikke blitt godtatt av Stortinget.

¹²⁷ Premiss 39.

¹²⁸ Avsnitt 82.

¹²⁹ Avsnitt 106.

¹³⁰ Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 30.

7.1 De nordiske landene

I forarbeidene til bestemmelsene i §§ 195 og 196 er særlig dansk og svensk rett gjennomgått. Forholdene i de nordiske landene skiller seg ikke vesentlig fra forholdene i Norge. Disse lands straffelover har regler som skal beskytte barn mot sedelighetsforbrytelser.

Den svenske straffeloven (kalt brottsbalken eller BrB) regulerer seksualbrudd mot barn i kapittel 6 ”om seksualbrott”. Den som gjennomfører seksuell omgang med et barn under 15 år skal straffes. Når det gjelder barnets alder, holder det med uaktsomhet fra tiltaltes side etter BrB 6:13. I forhold til de andre momentene i straffebudet kreves det forsett. Det uttales at man skal dømme selv om gjerningspersonen ikke ”insåg men hade skälig anledning att anta” at fornærmede ikke har nådd lovens aldersgrense.¹³¹ Det vil si at tiltalte ikke går fri dersom han har utvist uaktsomhet med hensyn til om fornærmede var under 15 år. Ifølge forarbeidene skal bestemmelsen forstås restriktiv. Ansvar skal ikke forekomme hvis barnet har en kroppsutvikling som er naturlig for personer som er eldre enn 15 år, og omstendighetene forøvrig ikke gir tiltalte anledning til å være på vakt.

Dersom tiltalte hevder at han har vært uaktsom i forhold til alderen, kan domstolen avgjøre dette ved å vurdere om barnet var mer modent og mer utviklet enn hva som er normalt i den alderen. Regelen ligner altså på 2005-avgjørelsens tolking av § 195. Om tiltalte ikke engang er uaktsom i forhold til alderen for å kunne dømmes for seksuell omgang med barn (BrB 6:4), så kanskje han kan dømmes for andre straffebud, for eksempel voldtekt (BrB 6:1).

I Danmark straffes samleie med barn under 15 år etter dansk straffelov § 222. Subjektivt kreves det at tiltalte har handlet med forsett. Dersom tiltalte har trodd at barnet er eldre enn det er, og dette kan sies å bebreide han, kan ansvar pålegges etter dansk straffelov § 226, jf § 222. Denne bestemmelsen sier at tiltalte kan få en ”forholdsmæssig mindre straf” dersom det foreligger uaktsomhet i forhold til barnets alder.¹³² Også denne regelen ligner dermed på den norske ved at uaktsomhet straffes.

¹³¹ Jareborg og Friberg (2010) s. 113.

¹³² Greve, Jensen, Jensen og Nielsen (2008) s. 310 og 318.

7.2 Andre land

England har en regel med objektivt ansvar for aldersvillfarelse ved enkelte seksuallovbruddsbestemmelser. Som avhandlingen har vist i Sexual Offences Act 2005 section 5 om voldtekt av barn under 13 år, men også i section 9 om seksuell aktivitet med et barn. Begge bestemmelsene har klare likhetstrekk med § 195 tredje ledd.

Bestemmelsen i section 5 krever at det foreligger seksuell omgang og at fornærmede er under 13 år. Norge var altså ikke alene om å ha en regel om aldersvillfarelse slik som flertallet hevdet i 2005-avgjørelsen. Det er likevel ikke selvfølgelig at Høyesterett ville kommet til et annet resultat dersom de hadde visst om den engelske bestemmelsen. Eksistensen av en slik bestemmelse i et annet land er ikke avgjørende for forholdet mellom norske bestemmelser og uskyldspresumsjonen.

8 Hvordan kan rettstilstanden sies å være i dag?

Det kan sies å være uklart hvordan § 195 tredje ledd skal tolkes etter at G-saken ble avgjort i EMD i 2011. Mens noen mener at den ikke medfører noen endringer og at § 195 tredje ledd skal tolkes slik Høyesterett bestemte i Rt. 2005 s. 833,¹³³ mener andre at EMDs avgjørelse gjør at 2005-avgjørelsen ikke kan opprettholdes og at bestemmelsen igjen må tolkes etter sin ordlyd.¹³⁴

Diskusjonen i teorien viser at G-saken åpenbart har fått betydning for rettskildebildet. Spørsmålet er derimot hvilken betydning G-saken kan sies å ha for tolkingen og anvendelsen av § 195 tredje ledd. Hva kan sies å være gjeldende norsk rett i dag?

En dommer som får forelagt seg en sak etter § 195 må bruke alle relevante rettskilder, G-saken inkludert. Sett opp mot 2005-avgjørelsen må det foretas en selvstendig vurdering og vektning av EMDs avgjørelse.

¹³³ Backer (2006) og Frøberg (2007) kan forstås i denne retning selv om artiklene ble publisert før G-saken.

¹³⁴ For eksempel Andenæs og Bjørge (2012) og Jahre og Holmboe (2012). Også Andenæs og Kravik (2010) og Hika (2010) kan forstås i denne retning selv om artiklene ble publisert før G-saken.

Avhandlingen vil i det følgende skille mellom spørsmålet om hva som er gjeldende rett i dag (punkt 8) og spørsmålet om en endring av ordlyden (punkt 9).

8.1 Hvilken vekt skal nasjonale domstoler legge på avgjørelser fra EMD?

For det første melder det seg et spørsmål om hvilken vekt G-saken skal ha for norske domstoler. Som sagt ovenfor, bestemmer menneskerettsloven § 3 at konvensjonen skal gå foran norsk lov dersom det er motstrid. Ved vedtagelsen av menneskerettsloven fremholdt Justiskomiteen at norsk rettspraksis i størst mulig grad skal samsvare med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolkingspraksis.¹³⁵

EMD kan treffe avgjørelser om realiteten blant annet slik at en sak avvises som ”manifestly ill-founded”, altså som åpenbart ugrunnet. G-saken er en slik avvisningsavgjørelse. Ellers kan EMD avsi dommer i kammer, eller i storkammer. Det kan spørres om vekten i slike tilfeller er forskjellig. Førstvoterende og annenvoterende i 2005-avgjørelsen var enige da de fremholdt at avvisningsavgjørelser ikke hadde samme rettskildemessige verdi som dommer.¹³⁶ Det kan imidlertid være unntak fra dette. Eksempelvis dersom en avvisningsavgjørelse er gitt en utførlig begrunnelse, og er avsagt av like mange dommere (syv) som en realitetsavgjørelse.¹³⁷ Spørsmålet er om G-saken ikke kan tillegges nevneverdig vekt av nasjonale domstoler fordi den er en avvisningsavgjørelse.

En avgjørelse avsagt i storkammer har normalt større vekt enn en avvisnings- eller realitetsavgjørelse. Både avvisningsavgjørelser og dommer i kammer er derimot avsagt av syv dommere og begrunnet. Etter min mening vil et spørsmål om vekt først komme til uttrykk der det er motstrid mellom avgjørelser i EMD. En problemstilling lik den i G-saken har før ikke vært avgjort i EMD, og uttalelsene herfra er derfor de eneste vi har ved spørsmålet om alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuell omgang med barn strider mot EMK. Dette kan på den annen side tale for at det er usikkert hvor tungt avgjørelsen kan sies å veie. Hadde det vært flere dommer fra EMD, hadde G-saken veid tyngre.

¹³⁵ Innst. O. nr 51 (1998-1999) s. 6.

¹³⁶ Avsnitt 69 og 104.

¹³⁷ Frøberg (2010) s. 190.

Det har dessuten blitt hevdet at fordi begrunnelsen kun ble gitt i tre setninger, svekker det dens vekt for nasjonale domstoler. Det forklares ikke nærmere hvorfor proporsjonalitetsvurderingen fra Salabiaku-dommen ikke gjelder for den britiske bestemmelsen.¹³⁸

Dissenser i avvisningsavgjørelsen begrunnes ikke. Jahre og Holmboe fremholder at G-saken er truffet ”by a majority”, men dissensen gir ikke grunn til å legge mindre vekt på avgjørelsen.¹³⁹ Jeg slutter meg til det samme. Det gis ikke begrunnelse for dissensen og vi vet derfor ikke hva dissensen gjaldt. Dette kan tale for at dissensen generelt svekker avgjørelsen. Nettopp det at dissenser ikke begrunnes, kan etter mitt syn tilsi at dissensene ikke har betydning.

Etter min mening kan nasjonale domstoler sies å ha grunn til å legge vekt på en avvisningsavgjørelse som G-saken. Nettopp det at den avvises som ”manifestly ill-founded” og at den kun begrunnes kort vil etter mitt syn tilsi at klageren for EMD ikke hadde noen sterk sak. Det er således helt klart hva EMD mener.

Jeg bemerker at det i dag ikke er et spørsmål om å tolke norsk rett i strid med EMK. Etter 2005-avgjørelsen har tiltalte i Norge bedre rett etter norsk rett enn etter EMK. Derfor er det ikke motstrid i seg selv mellom norsk rett og EMK, selv om Høyesterett tok feil av EMK. Dette gjør også tolkingen av § 195 tredje ledd etter G-saken vanskelig.

8.2 Vil det stride mot EMK artikkel 7 om § 195 tredje ledd igjen skal forstås etter sin ordlyd?

Et spørsmål som melder seg er om reversering av rettsstilstanden ved ny tolking kan skje uten å komme i strid med EMK artikkel 7 om at en handling bare kan straffes dersom den var straffbar på gjerningstiden. EMK artikkel 7 angir også et klarhetskrav. Det må ha vært forutsigbart for borgeren at handlingen ble rammet av straffebudet. Et lovbrudd må således være klart definert ved alment tilgjengelige rettsregler.¹⁴⁰

¹³⁸ Andenæs og Bjørge (2012) s. 108.

¹³⁹ Jahre og Holmboe (2012) s. 588.

¹⁴⁰ Dette diskuteres i meknaden til § 195 mellom Holmboe og Elden og i Jahre og Holmboe (2012) punkt 6.

Ordlyden i § 195 er fortsatt ikke endret, og således klar. Spørsmålet er om 2005-avgjørelsen og rettspraksisen oppstått deretter, gjør at det vil være i strid med artikkel 7 om § 195 tredje ledd igjen skal tolkes etter sin ordlyd.

For å oppfylle klarhetskravet i EMK artikkel 7 må loven være klar etter nasjonal rett og samtidig tilfredsstillende minimumskravene etter EMK. Advokat Elden mener at dette klarhetskravet ikke er oppfylt i forhold til nasjonal rett uten at lovens ordlyd endres dersom man igjen vil ha et objektivt ansvar knyttet til barnets alder. Han viser til Rt. 2009 s. 780 der førstvoterende uttaler at for å oppfylle klarhetskravet må det fremgå av ordlyden i bestemmelsen, supplert med presiseringer i rettspraksis hvilke handlinger eller unnlater som rammes. Beskrivelsen av handlingen må være så klar at det ikke er tvil om hva som omfattes av bestemmelsen.¹⁴¹

Holmboe er imidlertid mer i tvil om spørsmålet. Han mener ordlyden i § 195 tredje ledd er utvetydig. En som vil forutberegne sin rettsstilling, ser at ordlyden i loven er klar – til hans ugunst. Hvordan Høyesterett tolket EMK i 2005, samtidig som det er fremholdt at EMD skal utvikle konvensjonen, gir ikke samme grunnlag for forutberegnelighet for borgeren som en lovtekst.¹⁴²

Jeg ser det best i samsvar med EMK artikkel 7 at ordlyden i § 195 tredje ledd endres for at bestemmelsen igjen skal forstås objektivt. Dog kan det synes å være et lovteknisk paradoks å endre en bestemmelse bare for å tydeliggjøre at den skal forstås etter den ordlyden den allerede har. En bestemmelse skal derimot tolkes på bakgrunn av hele rettskildet bildet, tatt i betraktning ordlyden, forarbeider, rettspraksis og så videre. Det fremstår derfor ikke som et paradoks å endre ordlyden.

8.3 Hva kan sies å være gjeldende rett i dag?

Det blir hevdet at dersom avvisningskjennelsen skal medføre at § 195 tredje ledd skal forstås motsatt enn slik Høyesterett i plenum har tolket den, vil det kreve at påtalemyndighetene tar ut tiltale på et bevisgrunnlag hvor det ikke foreligger uaktsomhet, og at juryen ser bort fra

¹⁴¹ Elden (2011) merknad til § 195 i Lovdata.

¹⁴² Holmboe (2011) merknad til § 195 i Lovdata.

Høyesterett i plenum til tiltaltes disfavør.¹⁴³ Det medfører altså prosessrettslige hindre å tolke § 195 tredje ledd etter sin ordlyd uten at ordlyden endres. Prinsippet om at det er EMD som skal utvikle konvensjonen står imidlertid sterkt. Dette kan tale for at Høyesterett, på samme måte som i Rt. 2006 s. 1409¹⁴⁴, reverserer sin oppfatning dersom det skulle komme en egnet sak.

Flere har uttalt seg om at bestemmelsen i § 195 tredje ledd er klar og bygger på et bevisst rettspolitisk standpunkt som Høyesterett satte til side på grunnlag av det flertallet kunne trekke ut fra praksis i EMD som ikke engang var av samme saksforhold.¹⁴⁵ Høyesterett gikk altså langt i å bygge på usikre slutninger fra EMDs praksis, og 2005-avgjørelsen ble hevdet å kne-sette en tolking av uskyldspresumsjonen som savnet støtte i autoritative rettskildefaktorer, og som gikk imot en klar lovgivervilje. Bøhlerdoktrinen ble derfor ikke ansett absolutt etter 2005-avgjørelsen.¹⁴⁶

At utseendevurderinger virker å være et stor tema ved aktsomhetsvurderingen etter § 195 tredje ledd er etter mitt syn bekymringsfullt. I flere av dommene gjengitt i punkt 5.1 i avhandlingen, er fornærmedes utvikling og utseende et tema. Barn på 12-14 år blir omtalt som ”lubben”, ”velutviklet”, ”med utviklende bryster”, ”stor og kraftlig” og så videre. Fordi barnet er godt utviklet og ofte også har klær og sminke som tilsier at hun er eldre, blir tiltalte ofte av den grunn straffet mildere (etter § 196 istedenfor § 195). Selv om barnet er fysisk moden av utseende, gjør derimot ikke dette at barn skal få et svakere vern mot seksuelle overgrep.

Det kan dessuten hevdes at barn i dag ser eldre ut ved 12-13 år enn de gjorde bare for noen år siden. En stor studie utført av forskere ved Rigshospitalet i København viser at jenter kommer tidligere i puberteten enn for 15 år siden. I 1991 var de danske jentene gjennomsnittlig 11 år når brytene begynte å vokse, mens de i 2006 var gjennomsnittlig knapt 10 år. Også kjønnsår og menstruasjon kom på et tidligere tidspunkt.¹⁴⁷ Det ligger etter min mening derfor en fare

¹⁴³ Elden (2011) merknad til § 195 i Lovdata.

¹⁴⁴ Behandlet kort i avhandlingens punkt 4.

¹⁴⁵ Backer (2006) s. 256.

¹⁴⁶ Frøberg (2007) s. 182.

¹⁴⁷ Rigshospitalet i København (2006).

for feilvurderinger av hvordan for eksempel en jente på 12 år forventes å være utviklet. Fornærmede kan fort se eldre ut enn det som forventes av dommerne.

I flere av dommene som er gjennomgått i avhandlingen, var situasjonen ofte slik at fornærmede hadde blitt utsatt for flere overgrep av andre personer. Et særtrekk ved skadevirkningene som er assosiert med seksuelle overgrep mot barn er at barn som har vært utsatt for overgrep en gang, også har større risiko for å bli utsatt for nye overgrep.¹⁴⁸ Et barn som ser eldre ut allerede ved 12-års alderen, vil ikke se mindre eldre ut som årene går. Barnet kan derfor risikere at mer enn en person tror at det er eldre årene frem til det når den seksuelle lavalder. Således kan det hevdes at vernet mot seksuelle overgrep mot barn blir uthulet da barn kan utsettes for gjentatte overgrep uten at den voksne blir klandret.

Et objektivt straffbarhetsvilkår om alder vil også spare både barnet og påtalemyndigheten for bevisføring som omtalt ovenfor. En aktsomhetsregel åpner for bevisføring, og for det første en lang prosess i retten. Dette fører til at barnet går gjennom flere runder med behandling i tingretten, lagmannsretten og eventuelt Høyesterett, noe som tar lang tid, ofte flere år. Barnet useres dermed for unødig belastning. Uten en slik bevisføring, vil det være prosessbesparende og dessuten lette blant annet påtalemyndighetens arbeid. For det andre kan vurdering av barnets utseende og omtaler som blant annet "lubben" være belastende for barnets senere utvikling. For barnet kan det være belastende at utseende og utvikling skal vurderes av voksne menn og kvinner i retten. Hovedregelen er at barnet skal avhøres i dommeravhør i forkant av rettssaken, jf straffeprosessloven § 239. Dersom barnet derimot vitner direkte i retten, kan det være ubehagelig å bli vurdert ut fra utseende og oppførsel i rettssalen. Dette kan følge med fornærmede videre, også lenge etter at saken er avsluttet rettslig sett.

En voksen bør ha foranledning til å forsikre seg om at et barn eller en ungdom er over den seksuelle lavalderen, da en jente eller gutt som er under 16 år i all sannsynlighet fremstår ung. Aktsomhetskravet som 2005-avgjørelsen tolket inn i § 195 skal dog forstås strengt, og en aktivitetsplikt fra tiltaltes side kreves. Det kan likevel være vanskelig å motbevise tiltaltes påstander om at han trodde fornærmede var eldre, noe som kan føre til frifinnelse eller omsubsummering til straff etter § 196. Dette vil etter min mening svekke barnets rettsstilling etter §

¹⁴⁸ NOU 1991:13 s. 95-96 Psykolog Toril Ursin Boe.

195. Den tiltalte bør utvise enda mer aktsomhet enn 2005-avgjørelsen tilsier. Et objektivt straffbarhetsvilkår vil ytterligere understreke den voksnes ansvar og krav til aktsomhet når vedkommende uansett beveger seg i en risikosone og overveier seksuell omgang med en svært ung person som han/hun ikke kan antas å kjenne særlig godt.

Det hevdes at bestemmelsen i § 307 i den nye straffeloven av 2005, som enda ikke har trådt i kraft, kan få betydning for rettspraksis også før den trer i kraft.¹⁴⁹ Stortinget har vedtatt en objektiv bestemmelse i den nye loven, og det kan derfor legges vekt på at de har bestemt at utvitenhet om alder skal føre til straffrihet dersom tiltalte ikke kan klandres.

Et motargument her er at lovgiverne som sagt følte seg tvunget av 2005-avgjørelsen og slik de tolket EMK.¹⁵⁰ Primært uttalte lovgiverne at de ønsket et objektivt straffbarhetsvilkår for alder.¹⁵¹ Dette argumentet må etter min mening veie tungt. Grunnlaget for bestemmelsen kan sies å være forandret, og det er grunn til å se på om ikke det objektive vilkåret gir det beste uttrykket for lovgivernes ønsker. Advokat Elden har derimot uttalt at det kanskje ikke er så god rettskildelære dersom domstolene skal sette tilside Stortingets lovvedtak med klart uttalt skyldkrav under henvisning til at de ikke hadde behøvd å være så ”strenge” da de vedtok loven.¹⁵² Etter mitt syn er derimot en ikke iverksatt bestemmelse som bygger på en foreldet tolking av EMK, av mindre betydning for tolkingen av § 195 tredje ledd.

Høyesterett har flere ganger fraveket sine egne avgjørelser når praksis fra EMD gir grunn til det.¹⁵³ Dessuten er § 195 tredje ledd et resultat av et rettspolitisk valg truffet av lovgiver. Det er i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Når EMD nå viser at lovgivers bevisste valg ikke er i strid med uskyldspresumsjonen, kan ikke 2005-avgjørelsen sies å gi uttrykk for gjeldende rett da det ikke hviler på et sikkert grunnlag lenger.

Flere hensyn taler etter min mening for at rettsanvenderen igjen bør anvende § 195 tredje ledd etter sin ordlyd.

¹⁴⁹ Elden (2011) merknad til § 195 i Lovdata.

¹⁵⁰ Holmboe (2012) merknad til § 195 i Lovdata.

¹⁵¹ Ot.prp.nr 22 (2008-2009) s. 259.

¹⁵² Elden (2012) merknad til § 195 i Lovdata.

¹⁵³ Eks. Rt. 2004 s. 510, Rt. 2004 s. 1789, Rt. 2006 s. 1409 P

9 Endring av ordlyden – en gjeninnføring av det objektive straffbarhetsvilkåret

Etter G-saken er det på det rene at EMK ikke hindrer statene i å ha et objektivt straffbarhetsvilkår om alder ved overgrep mot barn. Selv om Høyesterett tolket EMK annerledes i 2005, kan lovgiver igjen velge å ha alder som et objektivt straffbarhetsvilkår.

Justis- og beredskapsdepartementet sendte ut et høringsbrev datert 8 februar 2013 om å endre deler av straffeloven 1902 og straffeloven 2005. De foreslo at ordlyden i § 195 tredje ledd eventuelt skal lyde: ”Uvitenhet om barnets riktige alder fører ikke til straffrihet”. En tilsvarende endring ble også foreslått i § 307 i straffeloven 2005 slik at barnets alder vil være et objektivt straffbarhetsvilkår etter § 299.¹⁵⁴ Høringsfristen var 01. juni 2013. Saken er per april 2014 fortsatt under behandling. Dersom en slik endring av ordlyden skjer, vil rettstilstanden for både tiltalte og fornærmede være klar.

Justis- og beredskapsdepartementet viste i sitt høringsbrev til ordlyden i § 195 tredje ledd, Rt. 2005 s. 833 og EMDs avgjørelse G mot Storbritannia. Departementet vil ha høringsinstansenes syn på om barnets alder skal gjeninnføres som objektivt straffbarhetsvilkår på bakgrunn av G-saken der EMD kom til motsatt resultat enn hva Høyesterett gjorde.¹⁵⁵

9.1 Høringsinstansenes syn¹⁵⁶

Redd Barna mente at alder bør være et objektivt straffbarhetsvilkår både når det gjelder barn under 14 år og barn mellom 14 og 16 år. De la vekt på barns beskyttelsesbehov mot overgrep og mente at dette blir best ivaretatt gjennom et objektivt straffbarhetsvilkår om alder.¹⁵⁷ Også

¹⁵⁴ Høringsnotat fra departementet s. 55.

¹⁵⁵ Justis- og beredskapsdepartementet (2013) s. 8.

¹⁵⁶ Kun noen av høringsinstansenes syn vil gjennomgå i avhandlingen, da det vil være for omfattende å gjennomgå alle. De som er gjennomgått, er de som har uttalt seg mest omfattende om det objektive straffbarhetsvilkåret.

¹⁵⁷ Høringsuttalelse fra Redd Barna s. 2.

ved forslaget til en lovendring rundt år 2000 ønsket Redd Barna et objektivt straffbarhetsvilkår.¹⁵⁸ Agder lagmannsrett la også vekt på hensynet til barn i deres høringsuttalelse. De uttalte at 2005-avgjørelsen har hatt uheldige virkninger i form av frifinnelser eller subsumsjon til § 196 der hvor straff etter § 195 hadde vært riktig.¹⁵⁹ Agder lagmannsrett gir ingen eksempler fra praksis på negative virkninger, noe som etter mitt syn er uheldig da det er umulig å etterprøve det de hevder. Jeg viser derimot til gjennomgåelsen av dommer i punkt 5.1 i avhandlingen, som bekrefter Agder lagmannsretts påstand.

Kripos støtter også forslaget om en gjeninnføring og legger vekt på besparelsen om belastende bevisførsel om fremtoning og oppførsel for barnet. De ser imidlertid at et rent objektivt vilkår kan gi uheldig utslag der hvor tiltalte møter fornærmede over internett. Tiltalte har bare mulighet til å støtte seg til opplysningene fra fornærmede gjennom nettkommunikasjonen, og Kripos mener at dette i så fall bør få betydning for straffansvaret.¹⁶⁰ Internett har som sagt blitt mer og mer vanlig som kontaktplattform mellom barn og overgripere.

Overgrepsmottaket i Oslo var enige om et objektivt vilkår om alder for alle barn under 16 år. I høringsbrevet gjorde de et poeng av at barn mellom 14 og 16 år bør ha bedre beskyttelse da ufrivillig seksuell aktivitet kan være svært skadelidende for deres utvikling.¹⁶¹

Politihøgskolen viste i sitt brev til departementet at de er for en innføring av det objektive vilkåret for barn under 14 år. På den ene siden nevnte de at det er dramatisk at en gjerningsperson som har vært aktsom, må sone en minstestStraff på tre års fengsel, men på den andre siden skal regelen verne fornærmede mot vanskelig bevisføring om fysisk modenhet under prosedyren.¹⁶² De vektla altså bevismessige hensyn og hensynet til fornærmede.

Advokatforeningen er en av de som ikke ønsker å gjeninnføre alder som objektivt straffbarhetsvilkår. De mener for det første at et objektivt vilkår er et markant brudd med strafferettens grunnprinsipper og fører med seg en risiko for uriktig domfellelse for en som ikke engang er

¹⁵⁸ Ot.prp. 28 (1999-2000).

¹⁵⁹ Høringsuttalelse fra Agder lagmannsrett s. 8.

¹⁶⁰ Høringsuttalelse fra Kripos s. 4.

¹⁶¹ Høringsuttalelse fra Overgrepsmottaket i Oslo s. 4.

¹⁶² Høringsuttalelse fra Politihøgskolen s. 5.

klar over at han/hun har gjort noe galt. Etter deres syn kan ikke en slik bestemmelse forsvares av hensyn til straffebudets effektivitet da det dreier seg om en såpass alvorlig straffereaksjon. Det vil heller ikke fremme de formål straffen skal ivareta og må derfor begrunnes i andre hensyn enn de som straffen normalt ivaretar. Det Advokatforeningen synes å mene her er at straffen ikke vil ha sin preventive virkning fordi det fort kan ramme en gjerningsperson som ikke en gang vet at han utfører et straffbart overgrep. Spørsmålet om skyld står dessuten sentralt i strafferetten, og et objektivt straffbarhetsvilkår vil måtte begrunnes i noe annet enn at tiltalte skal straffes fordi han har utvist skyld med hensyn til elementene i straffebudet. Det kan etter deres syn ikke begrunnes i at en slik objektiv regel ikke vil være i strid med uskyldspresumsjonen. Etter mitt syn har de et poeng her. Jeg mener derimot at hensynene som taler for et objektivt straffbarhetsvilkår er sterkere enn hensynet til subjektiv skyld når det gjelder seksuelle overgrep mot barn under 14 år.

Riksadvokaten kan heller ikke se at det er et sterkt behov for en objektiv regel for alder for barn under 14 år selv om det rettslig sett ikke er noen hindringer for dette etter G-saken. Dette begrunner han med at aktsomhetsnormen som ble presisert i 2005-avgjørelsen ikke har gitt dokumenterte urimeligheter i praksis.¹⁶³ Krav om skyld er et grunnleggende prinsipp som har fått sterkere betydning med årene, og et innhugg i dette krever sterke grunner. Slik grunner finnes etter Riksadvokatens syn ikke.¹⁶⁴ Også da Riksadvokaten uttalte seg under høringen ved endringsforslaget rundt årtusenskiftet viste han til hva som hadde kommet frem i praksis.¹⁶⁵ Han var på den tiden uenig i en oppmyking av det objektive aldersvilkåret, og mente at en vurdering av barnet i retten kunne påvirke det negativt. Riksadvokatens syn har altså snudd. I tiden etter 2005-avgjørelsen har det vist seg at saker som tidligere gikk under det strenge straffebudet i § 195 nå har blitt iretteført etter den litt mildere § 196. Riksadvokaten viste til at disse sakene lett kunne vært karakterisert som urimelige dersom de skulle vært dømt etter § 195 da tiltalte ikke engang kan sies å ha utvist den minste grad av skyld.

¹⁶³ Dette konkluderer Riksadvokaten med etter at han ikke har mottatt tilbakemeldinger fra statsadvokaten etter brev datert 1 november 2011. Han ville ha statsadvokatens erfaringer med hensyn til om det innførte skyldkravet for alder for barn under 14 år har fremstått som urimelig eller rimelig etter 2005-avgjørelsen.

¹⁶⁴ Høringsuttalelse fra Riksadvokaten s. 6.

¹⁶⁵ Ot.prp. 28 (1999-2000).

9.2 Samlede synspunkter

At departementet har sendt ut et høringsbrev om en eventuell gjeninnføring av det objektive straffbarhetsvilkåret om alder, viser at G-saken har fått en viss betydning for norsk rett. Det er som sagt i alle fall på det rene at tiltaltes konvensjonsgitte rettigheter ikke står i veien for at alder skal være et objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuell omgang med barn. Lovgiver kan igjen velge å ha en slik regel.

Høringsinstansene er delt i sitt syn om det objektive straffbarhetsvilkåret, men det ligger likevel en klar overvekt for de som ønsker å gjeninnføre vilkåret. Etter min mening er det viktig at norske myndigheter gjør det de kan for å forhindre overgrep mot barn. Et objektivt straffbarhetsvilkår vil oppfylle dette, da de minste barna kan sies å få sin rettsstilling styrket.¹⁶⁶

Hovedargumentene fra høringsinstansene for et objektivt straffbarhetsvilkår er at barn får et sterkere strafferettslig vern mot seksuelle overgrep. Akkurat det samme hensynet som ble lagt vekt på i forarbeidene.¹⁶⁷ Videre legger instansene stor vekt på at det er belastende for fornærmede om væremåte og utseende blir gjort til bevisstema. Det kan skade barnets senere utvikling og ellers virke negativt i fremtiden hvis barnet skal utsettes for dette.

De som går imot å gjeninnføre vilkåret viser til at det rettslig sett ikke er noen hindringer for å ta vilkåret inn i straffeloven igjen, men mener at det må kunne føres bevis for subjektiv skyld for alle objektive straffbarhetsvilkår. Hensynet til tiltaltes skyld har også vært et gjennomgående tema i forarbeidene. Unntak fra dette prinsippet må ha særskilt begrunnelse mener flere. Det kan være slik at tiltalte ikke kan sies å ha utvist noen form for uaktsomhet i forhold til barnets alder, og det vil dermed være urimelig om han ikke kan frifinnes eller saken henlegges.

I utgangspunktet er lovens ordlyd klar. Det er videre EMD som skal utvikle konvensjonen, og bortfallet av det menneskerettslige hinder for å ha alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuell omgang med barn som Høyesterett konkluderte med i 2005, gjør at en lovendring

¹⁶⁶ Se også argumentene i avhandlingens punkt som kan anføres også for en gjeninnføring av det objektive straffbarhetsvilkåret.

¹⁶⁷ Eks. Ot.prp.nr 28 (1999-2000) punkt 6.2.2.3 og 6.2.2.4,

ikke i utgangspunktet er nødvendig. Derimot mener jeg at en slik endring av norsk rettspraksis som har oppstått i ettertid av 2005, gjør at en lovendring fremstår best for at en borger skal kunne forutberegne sin rettsstilling.

En gjeninnføring av alder som objektivt straffbarhetsvilkår i § 195, og en endring av regelen i § 299 i straffeloven av 2005 som tilsvarer departementets forslag i høringsbrevet, er etter min mening den beste løsningen for Norges strafferettslige beskyttelse av barn mot seksuelle overgrep.

10 Litteraturliste

Bøker

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg, Fagbokforlaget 2007
- Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utg ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn, Oslo 2004
- Andenæs, Johs., *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, Universitetsforlaget 2008
- Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, Universitetsforlaget 2012
- Eckhoff, *Rettskildelære*, 2001
- Greve, Vagn, Asbjørn Jensen, Poul Dahl Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen, *Kommenteret straffelov Spesiell del*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008
- Hov, Jo, *Innføring i prosess 1 og 2*, Papinian AS 2009
- Jareborg, Nils & Sandra Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Uppsala 2010
- Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Cappelen 2004
- Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"*, Fagbokforlaget 2003

Artikler

- Andenæs, Mads og Andreas Motzfeldt Kravik, *Norske verdier og EMK*, i *Lov og Rett* 2010, s. 579-599
- Backer, Inge Lorange, *Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundret*, i *Jussens Venner* 2006, s. 248-266
- Frøberg, Thomas, *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor*, i *Jussens Venner* 2007, s. 176-194
- Henum, Ragnhild, *Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse*, i *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, 2 utg 2012, s. 210-335
- Hika, Gemetchu, *Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)*, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010, s. 505-547
- Jahre, Hans-Petter og Morten Holmboe, *Alderen som objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen?*, i *Lov og Rett* nr. 10, 2012, s. 579-597

Avhandlinger

- Hellesnes, Birgit, *Forholdet mellom uskyldspresumsjonen etter EMK art. 6 (2) og straffebud helt eller delvis uten skyldkrav*, Masteravhandling ved UiT høsten 2009

Lover

- Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) lov-1902-05-22-10
- Lov om straff (Straffeloven) lov-2005-05-20-28

Forarbeider

NOU

- NOU 2013:9 Ett politi – rustet til å møte fremtidens utfordringer. Politianalysen
- NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII
- NOU 1997:23 Seksuallovbrudd. Straffelovkommisjonens delutredning VI
- NOU 1991:13 Seksuelle overgrep mot barn - straff og erstatning

Proposisjoner

- Ot.prp.nr. 40 (1961-1962)
- Ot.prp.nr 28 (1999-2000) – om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
- Ot.prp.nr 22 (2008-2009) – om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28

Innstillinger

- Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen
- Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten
- Innst.O.V. (1962—1963)
- Innst.O.nr.92 (1999-2000) Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd)

Konvensjoner

- Europarådets konvensjon 4 november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)
- FN's konvensjon for barns rettigheter 20 november 1989 (Barnekonvensjonen)

Utenlandske lover

- Canada: Criminal Code 1985
- Danmark: Straffeloven 2006
- England: Sexual Offences Act 2003
- Sverige: Brottsbalken 1962
- Tyskland German Criminal Code 1998

Dommer

Høyesterett

- Rt. 2013 s. 727
- Rt. 2010 s. 36
- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 2000 s. 996

Lagmannsrett

- LA-2011-83604
- LB-2010-1208
- LA-2009-18397
- LA-2006-59553

EMD-dommer

- G mot Storbritannia, application no. 37334/08, datert 30. august 2011
- Janosevic mot Sverige, application no. 34619/97, datert 23. juli 2002
- Salabiaku mot France, application no. 10519/83, datert 7. oktober 1988
- Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige, application no. 35985/97, datert 23. juli 2002

Nettdokumenter

- Advokatforeningen, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 31.05.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/DNA.pdf> [sitert 07.03.14]

- Agder lagmannsrett, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 31.05.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/Agderlagmannsrett.pdf> [sitert 19.03.14]
- Elden, John Christian, *merknad til § 195 i Lovdatas nettutgave*, http://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1902-05-22-10/KAPITTEL_2 [sitert 25.03.2014]
- Holmboe, Morten, *merknad til § 195 i Lovdatas nettutgave*, http://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1902-05-22-10/KAPITTEL_2 [sitert 25.03.2014]
- Justis- og beredskapsdepartementet, *høringsnotat om endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005* (personforfølgelse, voldtekt og andre seksuelle overgrep, formidling av prostitusjon, forberedelse til tvangsekteskap, foreldelsesregler mv.) datert 8. februar 2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226240/Hoeringsnotat.pdf> [sitert 13.03.14]
- Kripos, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 27.05.2014, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/Kripos.pdf> [sitert 19.03.14]
- Matningsdal, Magnus, *Kommentar til alminnelig borgerlig straffelov*, i Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 06.03.14]
- Medietilsynet, *Fakta om barn og unges (9-16 år) bruk og opplevelser av medier 2012*, http://www.medietilsynet.no/PageFiles/11282/barnogmedier_2012_oppdatert_ISBN.pdf [sitert 21.04.14]
- Overgrepsmottaket i Oslo, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 20.06.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/OKH.pdf> [sitert 10.03.14]
- Rigshospitalet i København, <http://pediatrics.aappublications.org/content/123/5/e932.full.pdf+html>, forskning ved Lise Aksglæde, Kaspar Sørensen, Jørgen H. Petersen, Niels E. Skakkenbæk og Andres Juul, 2006, [sitert 09.03.14]
- Politihøgskolen, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 24.05.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/Politihogskolen.pdf> [sitert 10.03.14]
- Redd Barna, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 16.05.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/ReddBarna.pdf> [sitert 06.03.14]
- Riksadvokaten, *høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet* av 23.05.2013, <http://www.regjeringen.no/pages/38226239/RA.pdf> [sitert 10.03.14]

Nyhetsartikler

- Grinde, Eva, Dagens Næringsliv nettutgave,
<http://www.dn.no/forsiden/kommentarer/article2768097.ece> datert 18.02.2014 [sisert
12.03.14]