

UiO • Det juridiske fakultet

Seksualforbrytelser mot barn
- straffbarhetsvilkår, straffeutmåling og utvikling

Kandidatnummer: 234

Leveringsfrist: 01.06.2014

Antall ord: 32 796



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Presentasjon av tema	4
1.1.1	Oppgavens siktemål og avgrensning.....	4
1.1.2	Metode og oppgavens struktur.....	5
2	HISTORISK OVERSIKT OG HOVEDHENSYNENE BAK REGLENE	6
2.1	Historisk oversikt: 1927-1963 – samfunnets kritikk mot domstolene	6
2.1.1	Økt kunnskap om skadevirkningene hos barnet	7
2.2	Seksualforbrytelser mot barn - interessene som vernes	9
2.3	Skadevirkningene	10
2.3.2	Psykosomatiske skader	11
2.3.3	Somatiske skader.....	12
3	GJENNOMGANG AV DE MEST SENTRALE BESTEMMELSENE	12
3.1	§§ 195 og 196 – barnets vern mot seksualforbrytelser.....	12
3.1.1	§ 195 og § 196 – første ledd – ”seksuell omgang”	13
3.1.2	Rettspraksis – skillet mellom seksuelle handlinger og seksuell omgang (med og uten samleie).....	15
3.1.3	Forsøk på seksuell omgang.....	18
3.2	§§ 195 og 196 – annet ledd – særlig krenkende handlinger.....	18
3.2.1	Bokstav a – flere i felleskap.....	19
3.2.2	Bokstav b – særlig smertefull eller krenkende måte	20
3.2.3	§ 195 bokstav c – ”under ti år og det har skjedd gjentatte overgrep”	21
3.2.4	§ 195 annet ledd bokstav c og § 196 annet ledd bokstav d – ”tidligere straffet”	21
3.2.5	§ 195 annet ledd bokstav e og § 196 annet ledd bokstav d – ”fornærmede dør eller får betydelige skader”.....	22
3.2.6	§§ 195 og 196 – tredje ledd – villfarelse om alder.....	23
3.2.7	§§ 195 og 196 – fjerde ledd – ”jevnbrydig i alder og utvikling”	39

4	BEVISKRAV I SEKSUALFORBRYTELSE MOT BARN	44
4.1.1	Kan ”rimelig tvil” verdisettes?.....	44
4.1.2	Min vurdering av beviskrav	45
5	STRAFFERAMMER OG STRAFFUTMÅLING §§ 195 OG 196	46
5.1	Hva er en «strafferamme» - definisjoner.....	46
5.2	Rettens adgang til å fravike ordinære strafferammer.	47
5.2.1	Det rettslige utgangspunktet – strl. § 18 og 55	47
5.2.2	Rettspraksis – Lav alder gir adgang til å fravike strafferammene.	47
5.2.3	Den generelle strafferammen	48
5.2.4	Strafferammene ved seksualforbrytelser - §§ 195 og 196	48
5.2.5	Strafferammer – Gjenspeiles det faktiske straffenivået?	49
5.2.6	Strafferammene ved gjentakelse av seksualforbrytelser mot barn.....	50
5.3	Straffutmåling: Strafferettslige (materielle) og straffeprosessuelle rettsvirkninger.....	52
5.4	Straffutmålingspraksis i forhold til §§ 195 og 196.....	52
5.5	Straffutmålingsfaktorer ved seksualforbrytelser mot barn.	53
5.5.1	Den subjektive skylden hos gjerningspersonen	55
5.5.2	Seksualforbryterens tidligere og etterfølgende opptreden	55
5.5.3	Etterfølgende opptreden som taler i straffeformildende retning.....	56
5.5.4	Etterfølgende opptreden som taler i straffeskjerpene retning	56
5.5.5	Delvurdering av gjerningspersonens etterfølgende opptreden.....	56
5.5.6	Alder – aldersforskjell mellom partene.....	58
5.5.7	Omfanget av seksuell omgang og bruk av prevensjonsmidler.	61
5.5.8	Domfeltes person – personlige forutsetninger som straffutmålingsfaktor	62
5.6	Straffutmålingen – dagens straffenivå i rettspraksis.....	64
5.7	Høyesterettspraksis frem til lovendringen i 2010.....	65
5.7.1	Rt. 2003 s. 841 – overtredelse av § 195	65
5.7.2	Rt. 2004 s. 327 – overtredelse av § 195	67
5.7.3	Rt. 2005 s. 1274 – overtredelse av § 195	69
5.7.4	Rt. 2009 s.1412 – overtredelse av § 195 og § 197	70
5.7.5	Rt. 2009 s. 140 – overtredelse av §§ 195, 200 og 204a	71
5.7.6	Rt. 2005 s. 663 - «Sovevoldtekt».....	73
5.7.7	Vurdering av straffutmålingen før lovendringen i 2010	74

5.8	Rettspraksis etter lovendringen i 2010	75
5.8.1	Rt. 2012 s. 1261 – overtredelse av § 195	75
5.8.2	Rt. 2013 s. 751 – overtredelse av §§ 195 og 197	76
5.8.3	Rt. 2011 s. 1789 – Norges groveste tilfelle av seksuelle overgrep	76
5.9	Vurdering av straffeutmålingen etter lovendringen i 2010	77
6	FORELDELSE – STRL. §66-69	79
6.1	Hvorfor er foreldelsesfristene særlig viktig i seksualforbrytelser mot barn?	79
6.2	Foreldelse – egne frister for seksuelle overgrep mot barn	80
6.2.1	Unntaket i første ledd annet punktum - Utskutt foreldelsesfrist	80
6.2.2	Har utskutt foreldelsesfrist tilbakevirkende kraft?	81
6.2.3	Fortsatt forbrytelse og flere overtredelser	82
6.2.4	Overtredelser avsluttes til forskjellig tid i forhold til de forskjellige straffebud	83
6.2.5	Fristavbrytelse	84
6.3	Vurdering - Bør foreldelsesreglene oppheves for å øke barnets strafferettslige vern? ...	84
7	KONKURRENS	87
7.1	Betydning av konkurrens – strafferettslig (materielt) og straffeprosessuelt	87
7.1.1	Konkurrens – strafferettslig betydning	88
7.2	Konkurrens – straffeprosessuell betydning	90
7.3	Konkurrens – ideal og realkonkurrens	92
7.3.1	Realkonkurrens	92
7.4	Idealkonkurrens	96
7.4.2	Likeartet idealkonkurrens - Samme handling mot flere fornærmede	97
7.5	§ 197 – incest	98
7.5.1	Rettspraksis - §197 anvendes i konkurrens	99
7.5.2	Konkurrens mellom §§ 195/196 og § 192	102
7.6	§192 – Voldtekt av små barn	104
7.7	Oppsummering:	104
7.8	Vurdering	105

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Seksualforbrytelser mot barn er et stort og komplekst del av strafferetten som av naturlige grunner engasjerer mange, og som har vært viet stor oppmerksomhet fra politisk hold.

Ferske målinger fra Statistikkbanken hos SSB viser at det var 270 anmeldte seksualforbrytelser mot barn i 2012, og at tallet har økt fra år til år.¹ Det er imidlertid grunn til å tro at det har vært vesentlig mange flere overgrep mot barn som ikke har blitt anmeldt.

Et stort antall av seksualforbrytelsene mot barn blir henlagt på grunnlag av bevisets stilling. Derfor er utviklingen av det strafferettslige vernet for barnet en stadig pågående debatt. Oppgavens tema er valgt etter aktualitet, da seksualforbrytelser mot barn har fått økt oppmerksomhet de siste tiårene. Massemediene har bidratt til denne utviklingen ved å gi omfattende dekning av grove seksualforbrytelser – som for eksempel i Vågåsaken.

1.1.1 Oppgavens siktemål og avgrensning

Siktemålet med oppgaven har vært å gi en samlet oversikt over straffbarhetsvilkår og straffutmålingspraksis i lys av lovendringer fra 1927 og frem til i dag jf. strl § 195 og 196. I den forbindelse er det gått inn på enkelte særspørsmål, blant annet bruken av objektive straffbarhetsvilkår i strl. § 195 (3) i lys av EMD-avgjørelser.

I tillegg er det gitt egne vurderinger underveis for hvorvidt dagens bestemmelser gir barn et tilstrekkelig strafferettslig vern mot seksualforbrytelser.

Straffebudene i kapittel 19 deles i to hovedkategorier. Ene kategorien av straffebud verner den enkeltes integritet – som seksualforbrytelser mot barn.² Andre delen av straffebudene verner mer alminnelige samfunnsinteresser som forbud mot prostitusjon, hallikvirksomhet og produksjon av pornografi.³ Oppgaven er avgrenset mot den siste delen, som også omfatter barne-

¹ www.ssb.no, søkte etter ”seksualforbrytelser mot barn”. 112 anmeldte forhold hvor fornærmede var mellom

² Ertzeid, Aina Mee, ”Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett” s 337 – 371, punkt 1 og 2 - Jussens Venner nr 06 (2006)

³ Ertzeid, Aina Mee, ”Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett” s 337 – 371, punkt 1 og 2 - Jussens Venner nr 06 (2006)

pornografi. Regelen impliserer overgrep mot barn, men det ble avgrenset mot en nærmere beskrivelse av dette.

1.1.2 Metode og oppgavens struktur

Metoden i oppgaven har bakgrunn i alminnelig juridisk metode hvor de sentrale rettskildene er høyesterettspraksis, straffeloven, straffelovens forarbeider, juridisk litteratur og internasjonal rettspraksis avsagt av EMD.

I oppgaven har gjeldende straffelov⁴ blitt anvendt, men på enkelte områder vil det vises til straffeloven av 2005 for å belyse kommende endringer. Det historiske perspektivet er hentet fra eldre høyesterettsdommer og forarbeidene NOU 1991:13 og NOU 1997:23.

Opgaven har blitt delt opp i følgende deler:

I kapitlene 2 og 3 er det gitt en historisk oversikt over regelendringene. Formålet var å avklare hvilke hensyn som har begrunnet barnets økte strafferettslige vern, og derav en av straffelovens strengeste strafferammer.

I kapitlene 4 og 5 ble det redegjort for de sentrale bestemmelsene for oppgaven – strl § 195 og 196- i tillegg til gjeldende beviskrav. Formålet med denne delen var å gi en oversikt over hvordan bestemmelsene anvendes i rettspraksis i lys av lovendringene. I tillegg ble det gitt en egen avsluttende vurdering om bestemmelsene etter min mening gir et tilstrekkelig strafferettslig vern for barn mot seksualforbrytelser. På enkelte områder – som ved bruk av objektive straffbarhetsvilkår i § 195 (3) – ble gjeldende norsk rett gjennomgått grundig i lys av ny EMD-praksis.

Siste del – kapitlene 6 og 7 – er det beskrevet hvordan seksualforbrytelser mot barn foreldes i tillegg til hvordan sentrale straffebud på området anvendes i konkurrans. Dernest er det gitt en vurdering på om foreldes- og konkurransreglene kan anses som gode regler til å gi barn et tilstrekkelig strafferettslig vern mot seksualforbrytelser.

⁴ Straffeloven av 22.mai 1902 nr. 10

2 Historisk oversikt og hovedhensynene bak reglene

Seksuelle overgrep mot barn er blant de mest alvorlige integritetskrenkelsene, og de vide strafferammene er blant straffelovens strengeste. I dette kapitlet er det redegjort for hvilke hensyn som begrunnet barnas utvidede strafferettslige vern mot seksualforbrytelser.

Straffeloven av 1902 har blitt revidert en rekke ganger i takt med samfunnsutviklingen. I neste avsnitt er det gitt en kort oversikt over endringer som er relevante for denne oppgaven.

Derneft er NOU 1991:13 – "Straff og erstatning" og NOU 1997:23 "Seksuallovbrudd" drøftet i lys av den generelle utviklingen. Utviklingen viser hvordan barn har fått et utvidet strafferettslig vern mot seksuelle overgrep, samtidig som disse forbrytelsene har omfattes av en av straffelovens strengeste strafferammer.

2.1 Historisk oversikt: 1927-1963 – samfunnets kritikk mot domstolene

I 1927 ble det foretatt en omfattende revisjon av sedelighetskapitlene. Bakgrunnen for endringene var flere registrerte seksualforbrytelser og omfattende kritikk mot domstolenes vilkårlige behandling av saker om seksuelle overgrep.⁵

Samfunnet mente at domstolene ikke fulgte det naturlige utgangspunktet om at like saker skal dømmes likt. Kritikerne hevdet at den markante økningen i seksualforbrytelser mot barn var en konsekvens av at tiltalte ble behandlet for forsiktig av domstolene.⁶

Allerede i forarbeidene i 1927⁷ ble det bemerket at straffenivået var for lavt. Minstestrafen ble derfor økt fra 1 til 3 år ved seksualforbrytelser mot barn under 14 år. Samleie med barn under 16 år fikk en minstestraft på 6 måneder.

Bakgrunnen for de nye strafferammene var i hovedsak at samfunnet hadde utviklet og forandret sitt syn om seksuelle overgrep. Lovgiver mente at daværende minimumsstraffer ikke representerte straffverdigheten av seksuelle overgrep på en tilfredsstillende måte. En

⁵ NOU 1997:23, side 8 punkt 1.4

⁶ NOU 1997:23, side 8 punkt 1.4

⁷ Ot. prp. nr. 8 (1927) s. 13 og s. 20

strengere minstestraff skulle altså gi kontroll på det som av lovgiver ble vurdert som en lite konsekvent straffutmålingspraksis ved domstolene.

I forarbeidene ble også villfarelse om fornærmedes alder drøftet.⁸ Villfarelse om alder - som var et subjektivt vilkår i strl. § 42 - ble endret til et objektivt straffbarhetsmoment.⁹ Endringen innebar en absolutt regel om at villfarelse om fornærmedes alder ikke kunne føre til straffritakelse.

Endringene som gjaldt villfarelse om alderen og minstestraffene har blitt kritisert i rettspraksis. Høyesterett uttalte i Rt. 1957 s. 118, Rt. 1957 s. 1973 og Rt. 1957 s. 1158 at straffene hadde blitt lavere uten minstestraffene.¹⁰

Kritikken fra domstolene resulterte i en ny revisjon i 1963. Loven ble endret i samsvar med Straffelovrådets innstilling om å senke minstestrafen. Minstestrafen i § 195 ble satt tilbake til 1 år. Bestemmelsen om villfarelse ble stående som et objektivt vilkår, men innholdet ble noe endret. Det henvises til punkt 3.2.6 for en grundigere gjennomgang av villfarelsesvilkåret i §§ 195 og 196.

2.1.1 Økt kunnskap om skadevirkningene hos barnet

Kritikk i høyesterettspraksis og utviklingen av samfunnets syn på seksualforbrytelser mot barn har ved tidligere revisjoner vært bakgrunnen til regelendringene. Etter en økning av seksualforbrytelser mot barn skjerpet samfunnet sitt syn på disse forbrytelsene. Samfunnet krevde derfor at reaksjonene mot seksualforbrytelsene skulle skjerpes.

I høyesterettspraksis ble det uttalt at utmålt straffenivå hadde vært annerledes om retten ikke hadde vært bundet av minstestrafen.¹¹ I NOU 1991:13 og NOU 1997:23 ble det foreslått endringer i lovverket som ga barn et utvidet strafferettslig vern, strengere bestemmelser og et mer presist språk. Spørsmålet er hvilke hensyn som begrunnet de strenge strafferammene og hvilke interesser som var ment ivaretatt.

⁸ Ot. prp. nr. 8 (1927) s. 13

⁹ NOU 1997 : 23, punkt 1.4, side 8-9

¹⁰ NOU 1997 : 23, punkt 1.4, side 8-9

¹¹ NOU 1997 : 23, punkt 1.4, side 9

Utredningene i 1991 og 1997 ga økt kunnskap rundt omfanget av skadene som blir påført barnet og ga lovgiver bedre forståelse om hvilke konsekvenser seksuelle overgrep kan ha.¹² I undersøkelsene ble det konkludert med at skadevirkningene av seksuelle overgrep mot barn var mer omfattende og alvorligere enn tidligere antatt. Endringene av lovteksten og strafferammene gjenspeiler dette med å gi barn et utvidet strafferettslig vern mot seksuelle overgrep.

Ettersom det tidligere var et sentralt moment å vurdere om de fysiske skadene var langvarige, er den økte kunnskapen om konsekvensene på videre personlighetsutvikling et bærende hensyn i dag. Et seksuelt overgrep som skader barns personlighetsutvikling - og medfører psykisk lidelse - åpner et helt nytt spekter av latente skader siktede kan idømmes straff for.¹³

Den sakkyndige¹⁴ i forarbeidene beskriver skadene på barns utvikling slik:

«Det hevdes at det er fire områder av barns utvikling som rammes gjennom det som blir kalt traumeskapende erfaringer. Først beskrives traumeskapende erfaring slik: en traumeskapende erfaring er erfaringer som ender barnets tenking og følelsesmessige orientering til verden, skaper et traume og fordreier barnets selvbilde, oppfatning av verden eller dets følelsesmessige kapasitet. De fire kategoriene er traumatisk seksualisering, svik, stigmatisering og maktesløshet.»¹⁵

Skadevirkningene som beskrives viser at det er helt sentrale deler av barnets utvikling som påvirkes negativt. Dette virker inn på de aller fleste forhold i et menneskes liv. Problemene som oppstår kan ha svært lang latenstid og vise seg først på et senere tidspunkt. Med hensyn til de omfattende skadevirkningene er det avgjørende at barn og ungdom har et sterkt strafferettslig vern mot seksuelle overgrep.

¹² NOU 1997 : 23 punkt 3.6.2

¹³ Ibid, fjerde avsnitt

¹⁴ Psykolog Paulsson, den sakkyndige i NOU 1991: 13

¹⁵ NOU 1991: 13, vedlegg 2; Sakkyndige utredninger om skadevirkningene av seksuelle overgrep mot barn mm, side 91

2.2 Seksualforbrytelser mot barn - interessene som vernes

Straffelovens kapittel 19 skal beskytte et mangfold av interesser som knytter seg både til individets integritet og samfunnsmessige forhold.¹⁶ Straffebudene i §§ 195 og 196 gir et absolutt forbud mot seksuell omgang med personer under den seksuelle lavalder.

Hensynet bak bestemmelsen er at barn skal beskyttes mot seksuelle overgrep, og det er et generelt utgangspunkt at overgrep vil være mer straffverdig jo yngre barnet er.¹⁷ Den sentrale beskyttede interessen er mindreårigheten som sådan. I forarbeidene uttrykkes det imidlertid at straffverdigheten kan være vesentlig selv om barnet begynner å nærme seg lovens seksuelle lavalder.¹⁸ Straffverdigheten knytter seg da til andre aspekter enn kun alder og utviklingsstadium.

Forskjellen kan forklares med et eksempel: Ved overgrep mot små barn er alderen sentral for straffverdigheten, men omstendigheter som tillits- og avhengighetsforhold kan virke straffeskjerpene.¹⁹

I tilfeller med seksuelle overgrep mot barn nær lovens seksuelle lavalder viser høyesterettspraksis at vurderingen er om gjerningspersonen har brukt tvangselementer som vold eller misbrukt tillitsforhold for å oppnå seksuelle omgang.²⁰ I disse tilfellene er utøvd vold og misbruk av avhengighetsforhold mer sentrale elementer i vurderingen enn alderen som sådan. Derfor verner enkelte av straffebestemmelsene også andre aspekter enn alder.

Overgrep med misbruk av tillits- og avhengighetsforhold er ofte gjennomført av noen i familien eller andre nærstående, og er særlig med på å skade barnets videre personlighetsutvikling. Alder er ikke et eget vilkår i disse bestemmelsene, og straffebudene forankres dermed i andre hensyn enn mindreårigheten som sådan. Formålet med straffebudene er å bevare gunstige familieforhold og arvebiologiske hensyn.²¹

¹⁶ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.2

¹⁷ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.3.2

¹⁸ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.3.2

¹⁹ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.3.2

²⁰ Viser til høyesterettspraksisen som er gjennomgått i kapittel 3.

²¹ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.2

Et sentralt hensyn som taler for et strengt regelverk er å verne barns personlige integritet. Videre følger det av forarbeidene at straffebudene skal *"beskytte også barn og ungdoms særlige sårbarhet på det seksuelle området, og verne mot at de påføres erfaringer som de følelsesmessig ikke kan takle og som kan medføre negative konsekvenser for den videre personlighetsutvikling"*.²²

Et annet hensyn som taler for et utvidet strafferettslig vern omhandler barnets mulighet til å gi samtykke. Regelen er at gjerningspersonen ikke fritas for straff ved at et barn frivillig samtykker til seksuelle handlinger eller seksuell omgang. Fornærmede har altså ikke mulighet til å gi et såkalt informert samtykke.²³ Dette begrunnes med at barn og ungdom ikke har personlige forutsetninger til å ta et slikt valg.²⁴

Straffereglene i kapittel 19 skal av den grunn verne et barns liv fra å bli invadert av en voksen gjennom manipulerende og uforståelige handlinger.

2.3 Skadevirkningene

Skadevirkningene kan deles opp i tre grupper: psykiske og sosiale skader, psykosomatiske skader og somatiske skader.

2.3.1.1 De psykiske og sosiale skadevirkningene

Det interessante og helt sentrale ved utredningene var den nye kunnskapen rundt de psykiske og sosiale skadene. Seksuelle overgrep mot barn kan ha alvorlige og langvarige psykiske og sosiale skadevirkninger. Skadevirkningene rammer hele området av et menneskets sosiale liv, og noen av symptomene som kan nevnes er dyp depresjon, frykt, angst, tilbaketrekning, problemer med egen kjønnsidentitet og utagering i form av kriminalitet.

2.3.1.1.1 Faktorer som har betydning for omfanget av de psykiske og sosiale skadevirkningene

Elementer av betydning for skadevirkningene er barnets alder, og overgriperens forhold til barnet. Om barnet er i en avhengighets- eller tillitsforhold til overgriper kan dette ha store

²² NOU 1997 : 23, punkt 3.6.2 fjerde avsnitt

²³ NOU 1991 : 13 punkt 2.1.1

²⁴ NOU 1997 : 23 punkt 3.6.2 og NOU 1991 : 13 punkt 2.1.1

konsekvenser for barnets utvikling. Karakteren, arten og varigheten av de seksuelle overgrepene spiller også en stor rolle.

Endelig kan barnet ta skade av omgivelsenes reaksjoner på overgrepet. Om familien rundt barnet ignorerer hendelsen, eller skaper en for stor reaksjon, kan barnets utvikling ta skade av dette.²⁵ Et vanlig eksempel er mødre som går i dyp depresjon etter et overgrep. Barnet mangler da en viktig omsorgsperson som skal sørge for trygge omgivelser. Det kan oppstå skader i personlighetsutviklingen i disse tilfellene, da barnet selv fratras muligheten til å reagere på overgrepet.

Utredningen konkluderte med at skadevirkningene av seksuelle overgrep er vanskelig å måle nøyaktig eller vurderes opp mot hverandre.²⁶ Loven skal derfor gjenspeile behovet for et omfattende og strengt strafferettslig vern rundt seksualforbrytelser mot barn.

2.3.2 Psykosomatiske skader

Utredningene ga økt kunnskap også rundt de psykosomatiske skadene. Begrepet psykosomatiske skader er imidlertid vagt definert. Den medisinske definisjonen er at psykosomatiske skader er et samspill mellom det psykiske og kroppslige funksjoner eller symptomer.²⁷

Det ble ved utredningen funnet ut at de psykosomatiske skadene som oppstår ved et seksuelt overgrep kan føre til langvarige problemer hos barnet. En av de alvorligste psykosomatiske skadene er utviklingen av selvdestruktivitet - som i verste fall kan føre til selvmord.

2.3.2.1 De vanligste psykosomatiske skadene

De vanligste psykosomatiske skadene etter et seksuelt overgrep er søvnmangel, hodepine, spiseproblemer, inkontinens og følelsen av urenhets.²⁸ Problemene er veldig vanlige mens overgrepene foregår, men kan også vedvare i flere tiår etter hendelsen.²⁹

²⁵ NOU 1991 : 13, punkt 2.1.4

²⁶ Utledet av NOU 1991:13 kapittel 2

²⁷ www.snl.no/psykosomatisk

²⁸ NOU 1997: 23 : «psykosomatiske skader» punkt 3.6.2 og NOU 1991: 13, punkt 2.1.2

²⁹ NOU 1991: 13, s. 13-14

2.3.3 Somatiske skader

Somatiske skader er de fysiske skadene som er påført kropp og helse via enten kjønnssykdommer eller vold. De fysiske skadene har vært de letteste skadevirkningene å oppdage. Derfor har somatiske skader vært en stor del av begrunnelsen for straffebudenes strafferammer. Omfanget av de somatiske skadene var tidligere av vesentlig betydning for straffverdigheten av det seksuelle overgrep. I dag vektlegges skadevirkningene noe annerledes, men de somatiske skadene er allikevel en viktig del av vurderingen.

I neste kapittel er de mest sentrale bestemmelsene for barnets strafferettslige vern mot seksualforbrytelser gjennomgått i lys av høyesterettspraksis. Bestemmelsene er gjennomgått under ett, da bestemmelsene har veldig lik ordlyd. Hvilket straffebud som blir anvendt beror på fornærmedes alder.

3 Gjennomgang av de mest sentrale bestemmelsene

3.1 §§ 195 og 196 – barnets vern mot seksualforbrytelser

Bestemmelsen i § 195 regulerer tilfellene hvor gjerningspersonen har seksuell omgang med barn under 14 år. Maksimumsstraffen er 10 år. I tilfeller hvor den seksuelle omgangen var samleie har lovgiver fastsatt en minimumsstraff på minst tre år. Bestemmelsen i § 196 på sin side regulerer seksuell omgang med barn under 16 år, med en strafferamme oppad begrenset til seks år.

Strafferammene tilsier at § 195 er den strengeste av lovbestemmelsene som skal verne barn mot seksualforbrytelser.

Den seksuelle lavalderen er etter bestemmelsenes ordlyd 16 år. Det betyr at barn under 16 år ikke kan gi gyldig (informert) samtykke til seksuelle relasjoner med en voksen.³⁰ Seksuallovbruddutvalget foreslo imidlertid at den seksuelle lavalderen skulle senkes til 15 år.³¹

Forslaget ble forkastet av lovgiveren. Lovgiveren begrunnet det med at barn skulle ha et vidt strafferettslig vern av sin seksuelle integritet, da 15-årige normalt manglet både erfaring og modenhet til å foreta et slikt valg.³²

Seksualforbrytelser er i straffeloven fordelt etter handlingens alvorlighetsgrad.³³ Seksuell atferd er den mildeste formen for seksualforbrytelser, og gjelder tilfeller som blotting jf. § 201. Seksuelle handlinger er en noe grovere handling som omhandler blant annet beføling av bryst uten samtykke fra fornærmede jf. § 200.³⁴

I de neste avsnittene er den groveste kategorien av seksualforbrytelser gjennomgått i lys av høyesterettspraksis. I den forbindelse er det gått inn på bruken av objektive straffbarhetsvilkår hvor formålet var å gi en helhetlig oversikt av gjeldende rett på området i lys av både høyesteretts- og EMD-praksis.

3.1.1 § 195 og § 196 – første ledd – ”seksuell omgang”

Bestemmelsene §§ 195 og 196 omhandler begge seksuell³⁵ omgang med barn. Seksuell omgang plasseres i den groveste kategorien av seksualforbrytelser mot barn, da seksuell omgang er den mest intime seksualforbrytelsen som kan utføres av gjerningspersonen jf. §§ 195 og 196.³⁶

I § 195 er det i tillegg gitt et straffeskjerpene alternativ hvis den seksuelle omgangen var

³⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 7.11.1

³¹ NOU 1997 : 23 s. 29

³² Andenæs, Johs - Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene - 3. Opplag (2011) – s. 153

³³ Ot. prp. Nr. 22 (2008 -2009) punkt 7.4 – 7.4.1 – Sentrale begreper – innholdet i begrepene seksuell omgang, seksuell handling og seksuell adferd

³⁴ Ot. prp. Nr. 22 (2008 -2009) punkt 7.4 – 7.4.1 – Sentrale begreper – innholdet i begrepene seksuell omgang, seksuell handling og seksuell adferd

³⁵ Ot. prp. Nr. 22 (2008-2009) punkt 7.4 : Seksuell omgang har vært kalt utuktig omgang inntil 2003. Endringen skal ikke være av betydning for det straffbare meningsinnholdet.

³⁶ Andenæs, Johs – Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene - 3.opplag (2011) - s. 153

samleie. Samleie er den mest kvalifiserte formen av seksuell omgang. Gjerningspersonen kan altså ha oppfylt vilkåret om seksuell omgang med barn under 14 år selv om han ikke hadde samleie med barnet.³⁷

Straffeloven gir lite veiledning for hvor grensene skal trekkes ved de forskjellige handlingene. Rettspraksis gir imidlertid god veiledning for hvor grensen går, som det vil fremgå av dommene nedenfor.

Loven har imidlertid gitt en legaldefinisjon på den mest kvalifiserte formen³⁸ for seksuell omgang – samleie – i § 206:

” Når bestemmelsene i dette kapittel bruker uttrykket samleie, menes vaginalt og analt samleie. Med samleie likestilles innføring av penis i munn og innføring av gjenstand i skjede eller endetarmsåpning. Ved handlinger som nevnt i § 195 likestilles med samleie også innføring av penis inn i og mellom de store og små kjønnslepper. ”

Etter ordlyden i § 206 omfatter begrepet samleie både vaginalt og analt samleie i tillegg til oralsex. Tidligere var det kun vaginalt samleie som oppfylte vilkåret jf. Rt. 1987 s. 948. Det faller også innenfor legaldefinisjonen hvis gjenstander føres opp i skjede eller endetarmsåpning jf. § 206.

I forhold til oppgavens tema er det gitt en særlig viktig presisering i siste punktum. Fullstendig penetrasjon er ikke nødvendig når fornærmede er under 14 år, da lovens ordlyd likestiller innføring av penis mellom de store og små kjønnslepper med samleie. Det skal med andre ord mindre til for å oppfylle vilkåret om samleie ved seksuell omgang med barn under 14 år jf § 195.

Alternativet ble tilføyd ved lovendringen i 2000.³⁹ Lovendringen ble begrunnet ut fra en økende erkjennelse av de skadevirkningene slike overgrep kan medføre. I lovkommentarene

³⁷ Andenæs, Johs - Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene - 3.opplag (2011) - s. 153, fjerde avsnitt

³⁸ NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd - punkt 9.2

³⁹ Innst. O. nr. 92 (1999-2000) kap. 4-4 s. 10-11 og www.rettsdata.no note 1769 til strl. § 206 skrevet av Magnus Matningsdal

er det nevnt at *”barn og unge uten voksen seksuell erfaring og forståelse av egen genital anatomi, oppleves og forstås slike overgrep som samleie”*⁴⁰

En slik lovbestemmelse gir barn et økt strafferettslig vern ved seksualforbrytelser, da det skal fysisk mindre til for å oppfylle vilkåret for den mest kvalifiserte formen for seksuell omgang. Regelen gjelder imidlertid ikke for samleie med barn over 14 år.

Etter rikholdig rettspraksis er det etter gjeldende rett gitt god veiledning på hvor skillet mellom seksuelle handlinger og seksuell omgang går. I de neste avsnitt er noen belysende eksempler av ny høyesterettspraksis gjennomgått. Formålet med gjennomgangen nedenfor er å avklare hvor høyesterettspraksis trekker grensen mellom seksuell handling, seksuell omgang og seksuell omgang med samleie. Avgjørelsene er derfor blitt behandlet med stigende alvorlighetsgrad.

3.1.2 Rettspraksis – skillet mellom seksuelle handlinger og seksuell omgang (med og uten samleie)

Rt. 2008 s. 892 omhandlet en politibetjent som ved flere tilfeller hadde tatt på fornærmedes bryster og ført fingre i skjeden hennes. Beføling av bryster er i utgangspunktet en seksuell handling. Det at fornærmede ble fingret talte i retning av seksuell omgang. Intensiteten av bevegelsen var lav, men fingrene ble beveget frem og tilbake i skjeden. Høyesterett konkluderte med at overgrepet kunne straffes som seksuell omgang. Politibetjenten ble dømt for seksuell omgang med en 11 år gammel jente jf. § 195. Dette er et godt eksempel på annen seksuell omgang med barn enn samleie.

Rt. 2007 s. 504 gjaldt en mann i førtiårene som hadde seksuell omgang med ei jenta under 13 år. Gjerningspersonen førte en finger inn i fornærmedes skjede, og fikk henne til å gni hans penis mot fornærmedes kjønnsorgan. I denne avgjørelsen går altså gjerningspersonen noe lengre i sine handlinger enn i dommen ovenfor.

I dette tilfellet var begge partene nakne, og det var kontakt mellom kjønnsorganene. Bevegelsenes intensitet var lav, og gjerningspersonen førte ikke penis inn i mellom de ytre og indre

⁴⁰ www.rettsdata.no note 1769 til strl. § 206 skrevet av Magnus Matningsdal

kjønnsleppene til fornærmede. Det faktum at fornærmede ikke ble penetrert var trolig avgjørende for at Høyesterett bedømte hendelsen som annen seksuell omgang.

Rt. 2006 s. 809 omhandlet et seksuelt overgrep mot en 13 år gammel gutt. Høyesterett understreket at dette var et alvorlig overgrep, da domfelte tok fornærmedes penis i sin munn mens gjerningsmannen masturberte fornærmede. Høyesterett konkluderte imidlertid med at dette var annen seksuell omgang. I dette tilfellet mente Høyesterett at innføring av fornærmedes penis i overgriperens munn i tillegg til masturbering ikke oppfylte vilkåret om samleie.

Etter min vurdering er det vanskelig å komme til samme resultat, da oralsex skal likestilles med samleie både etter lovens ordlyd og annen høyesterettspraksis.⁴¹ Rt. 2006 s. 809 kan sammenlignes med saksforløpet i Rt. 2003 s. 1561. I sistnevnte avgjørelse kom Høyesterett til motsatt resultat.

I Rt. 2003 s. 1561 var visst nok fornærmede over den seksuelle lavalderen, men etter mitt syn har saken overføringsverdi rundt spørsmålet om oralt samleie. Dette kan begrunnes med at vilkårene for (oralt) samleie er de samme etter både § 192 og § 195. I Rt. 2003 s. 1561 ble gjerningsmannen dømt for voldtekt med samleie, da fornærmede ble tvunget til å suge domfeltes penis.

Forskjellen kan imidlertid ligge i bevegelsenes intensitet, men Høyesterett begrunnet ikke ytterligere hvorfor domfelte kun ble idømt straff for seksuell omgang – og ikke seksuell omgang med samleie. En annen nærliggende forklaring er at Høyesterett så på hvem som utførte oralsex som avgjørende, ettersom vilkåret ble ansett som oppfylt når gjerningsmannen ble sugd av fornærmede. Dette argumentet kan ha mye for seg, da det trolig er mer krenkende for fornærmede å gjennomføre oralsex på gjerningspersonen enn motsatt.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2007 s. 61 kom Høyesterett til samme konklusjon som i Rt. 2003 s. 1561. Avgjørelsen gjaldt en psykisk utviklingshemmet mann som hadde hatt seksuell omgang til samleie med ei jenta under 14 år. Gjerningsmannen førte sin penis i fornærmedes munn - i tillegg til at han slikket hennes kjønnsorgan. I avgjørelsen vurderte Høyesterett den seksuelle omgangen på følgende måte ” *[d]en seksuelle omgangen besto dels i at han førte sin penis inn i hennes munn, som etter straffeloven § 206 er likestilt med samleie[...]* ”.

⁴¹ Rt. 2003 s. 1561

Forskjellen mellom avgjørelsene er følgende: I Rt. 2007 s. 61 førte gjerningsmannen sin egen penis i munnen på fornærmede, i motsetning til avgjørelsen i Rt. 2006 s. 809, hvor gjerningsmannen hadde fornærmedes penis i munnen. Etter min vurdering bør det ikke trekkes et skille etter hvem som utfører det orale samleiet, da handlingene bør anses som like grove.

Rt. 2005 s. 29 omhandlet et klart tilfelle av seksuell omgang med samleie. Gjerningsmannen var under 18 år mens fornærmede var et barn under 14 år. I avsnitt 6 i avgjørelsen beskrev Høyesterett implisitt overgangen fra seksuell omgang til seksuell omgang med samleie:

*” Mens de deretter var på denne hybelen, stakk domfelte hånden under fornærmedes skjørt, trakk trusen til side og stakk en finger inn i skjeden. Like etterpå trakk han av henne trusen og la seg over henne. Han trengte inn i henne med sitt kjønnslem og fikk utløsning.”*⁴²

Om gjerningsmannen hadde stoppet ved å føre fingeren inn i fornærmedes skjede hadde tiltalen kun omhandlet seksuell omgang med barn under 14 år. I det han fortsatte handlingen - og penetrerte hennes vagina og fikk utløsning - var vilkåret for seksuell omgang med samleie oppfylt. Det er imidlertid ikke et vilkår for samleie at gjerningspersonen får utløsning. Sædavgang kan likevel være av straffeskjerpene betydning.⁴³

En gjerningsperson kan normalt ikke vinne frem med å anføre at barnet ønsket å ha samleie, da barn ikke kan gi et informert samtykke til seksuell omgang med en voksen. Dette kan utledes av avgjørelsene Rt. 2004 s. 28 og Rt. 2002 s. 1350 som tilsier at en voksen gjerningsperson skal avstå fra å ha seksuelle relasjoner med et barn – uavhengig om den mindreårige tar initiativet eller ønsker seksuell omgang med samleie.⁴⁴ Det kan derimot være av straffeformildende betydning om partene var i et kjæresteforhold - om partene var omtrent jevnbyrdige i alder mv.⁴⁵

Som en oppsummering kan beføling av kjønnsorganer i teorien havne i en gråsoner mellom seksuell handling og seksuell omgang. Det er imidlertid mulig å utlede av forarbeider og

⁴² Rt. 2005 s. 29, avsnitt 6

⁴³ Rt. 1970 s. 1110

⁴⁴ Rt. 2002 s.1350, på s. 1352 og Rt. 2004 s. 28, avsnitt 11

⁴⁵ Se oppgavens kapittel 5 – strafferammer og straffeutmåling.

overnevnt høyesterettspraksis at det er bevegelsens intensitet som er av avgjørende betydning.

46

3.1.3 Forsøk på seksuell omgang

Forsøk på seksuell omgang med barn er straffbart etter strl. § 49. Det er imidlertid vanskelig å trekke et klart skille mellom det forberedende stadiet, og når handlingen anses påbegynt.⁴⁷ Rt. 2008 s. 867 gjaldt nettopp dette spørsmålet, da en 49 år gammel mann prøvde å gjennomføre seksuell omgang med et barn under den seksuelle lavalderen.

I avgjørelsen hadde partene avtalt et møte hvor formålet var å ha seksuell omgang. Etter en handlerunde sjekket partene inn på et hotell. I lobbyen nektet fornærmede imidlertid å gå videre. Mannen aksepterte dette, og kjørte henne hjem.

I dette tilfellet konkluderte Høyesterett at handlingen var fortsatt på et forberedende stadium. Det var klart at formålet var å ha seksuell omgang med fornærmede, men momentet var ikke av avgjørende betydning. Nektelsen skjedde i lobbyen – som er en åpen sfære i all offentlighet. Om fornærmede hadde nektet i en mer privat sfære – som på hotellrommet med klærne tatt av - ville retten trolig kommet til motsatt resultat. Gjerningsmannen hadde da hatt påbegynt handlingen.

Høyesterett uttalte at gjerningspersonen hadde også gjennomført seksuelle handlinger mot fornærmede tidligere på dagen. Handlingene kunne imidlertid ikke knyttes til nektelsen i lobbyen, da de seksuelle handlingene ikke var i nær nok tilknytning mellom tid, sted og hendelse. Igjen viser Høyesterett at det må foretas en helhetsvurdering – hvor alle de konkrete omstendighetene vurderes før det avsies en dom.

3.2 §§ 195 og 196 – annet ledd – særlig krenkende handlinger

Bestemmelsenes annet ledd forhøyer strafferammene ved visse særlig krenkende handlinger.⁴⁸ Strafferammene har blitt satt til henholdsvis 21 og 15 år – avhengig av hvilket straffalternativ som er overtrådt.

⁴⁶ Ot. prp. Nr. 28 (1999-2000) om lov om endringer i straffeloven mv – Seksuallovbrudd, punkt 4.1 s. 25

⁴⁷ Rt. 2008 s. 867

⁴⁸ NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd – punkt 4.5.2

Annet ledd regulerer tilfellene der handlingen enten er begått av flere i felleskap, foretatt på en særlig smertefull måte, handlingen er foretatt mot barn under 10 år og det har skjedd gjentatte overgrep, domfelte er tidligere straffet etter §§195, 196 eller 192 eller endelig at fornærmede dør eller får store skader i følge av den seksuelle omgangen.⁴⁹

3.2.1 Bokstav a – flere i felleskap

Straffalternativ i annet ledd bokstav a omhandler seksuell omgang gjennomført av flere i felleskap. Ordlyden tilsier at bestemmelsen gjelder for gruppevoldtekter av barn. Det er imidlertid ikke gitt en legaldefinisjon på hva som er et ”felleskap”.⁵⁰ I høyesterettspraksis har det blitt uttalt at to gjerningspersoner er nok til å oppfylle vilkåret om ”felleskap”.⁵¹

Et illustrerende tilfelle er avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 101. Avgjørelsen omhandlet to menn som hadde hatt seksuell omgang til samleie med en fornærmede under 16 år jf. § 196 (2) bokstav a. Gjerningsmennene hadde ikke avtalt om å begå overgrepet i felleskap på forhånd – overgrepene ble karakterisert som spontane, da det var flere som utnyttet seg av hennes tidvis bevisstløse tilstand. Høyesterett uttalte imidlertid at vilkåret om seksuell omgang begått i felleskap var oppfylt ved at de to tiltalte samarbeidet og delvis oppmuntret hverandre til å seksuelt misbruke fornærmede.⁵²

Skyldkravet for alle gjerningspersoner i ”felleskapet” er forsett. Det betyr at samtlige må være bevisst på at de i felleskap har hatt seksuell omgang med samme fornærmede. Skyldkravet skal vurderes konkret for hver enkel gjerningsperson.^{53 54}

Om det blir begått et overgrep av flere i felleskap betyr det at gjerningspersonene kan idømmes en strengere straff jf. straffealternativ a. Straffeskjerpelsen kan begrunnes med alvorlige skadevirkninger. Overgrep av flere gjerningsmenn er dypt krenkende, mer ydmykende og i

⁴⁹ NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd – punkt 4.5.2

⁵⁰ Innst. O. nr. 92 (1999-2000) – punkt 6.3.1 og NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd – punkt 4.5.2 og 4.5.5

⁵¹ Rt. 2002 s. 1210, Selv om avgjørelsen gjaldt voldtekt vil den ha direkte overføringsverdi for tolkningen av §§ 195 og 196, da begrepet ”felleskap” skal tolkes likt i disse bestemmelsene.

⁵² Rt. 2005 s. 101

⁵³ Rt. 2002 s. 1210

⁵⁴ Utleddet av Eskeland, Ståle – Strafferett – 2.utgave (2006) - s. 263

verste fall mer skadelig for barnet.⁵⁵ Det er også større risiko for alvorlige somatiske skader, da overgrep med flere gjerningspersoner kan ofte være mer brutale og vare lenger enn andre seksuelle overgrep.⁵⁶

3.2.2 Bokstav b – særlig smertefull eller krenkende måte

Annet ledd straffalternativ b gjelder for tilfellene hvor den seksuelle gjennomgangen er utført på en særlig smertefull eller krenkende måte. I forarbeidene er det uttalt at seksuell omgang – særlig ved samleie – kan normalt oppleves som både smertefullt og krenkende av fornærmede.⁵⁷

Derfor må forholdene være mer graverende for å oppfylle vilkåret i straffalternativ b. Et tenkt eksempel kan være at gjerningsmannen bruker gjenstander til å gjennomføre et særlig smertefullt samleie.⁵⁸ Et annet tenkt eksempel er at fornærmede blir tvunget til å se sitt eget overgrep på film – det vil etter mitt syn være særlig krenkende. I forarbeidene er det understreket at meget små barn som får skader i kjønnsorganer eller endetarm vil normalt falle innunder dette straffalternativet.⁵⁹

Regelen har bakgrunn i hensynet om økt strafferettslig vern for barn mot seksuelle forbrytelser. Dette kan begrunnes med at det skal mindre til for at gjerningsmannen skaper store skadevirkninger hos små barn enn når fornærmede nærmer seg 16 år.

I NOU 1991 : 13 er det uttalt at oralt samleie med små barn vil være et forhold som må straffes etter straffalternativ b, da dette anses som ”særlig krenkende” jf. §§ 195 og 196 (2) bokstav b.⁶⁰ Retten må foreta en konkret helhetsvurdering for å avgjøre om forholdet er særlig smertefullt. Momenter i vurderingen kan være hvor lenge handlingen pågikk og om den har blitt gjentatt.⁶¹

⁵⁵ Rt. 2005 s. 101

⁵⁶ NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd – s. 63-64

⁵⁷ Ot. prp. Nr 20 (1991-1992) s. 66

⁵⁸ Et eksempel på dette er en avgjørelse fra lagmannsretten - LA - 2000 – 340 - hvor gjerningsmannen hadde utøvd vold i stor grad samt benyttet seg av gjenstander som strikkepinner under samleiene.

⁵⁹ Ot. prp. nr. 20 (1991-1992) s. 66

⁶⁰ NOU 1991 : 13 s. 35

⁶¹ NOU 1991 : 13 s. 35

Endelig er det vilkår at gjerningspersonen har utvist subjektiv skyld også i henhold til at handlingen er ”særlig smertefullt” gjennomført jf. dekningsprinsippet. Gjerningspersonen må med andre ord være klar over at overgrepet oppleves som særlig smertefull eller krenkende av fornærmede.

3.2.3 § 195 bokstav c – ”under ti år og det har skjedd gjentatte overgrep”

I § 195 annet ledd bokstav c regulerer tilfellene hvor fornærmede er under ti år og det har skjedd gjentatte overgrep. Lovgiver ønsker med bokstav c å signalisere det skjerpede synet på straffeverdigheten ved seksuelle overgrep mot små barn, da det i disse tilfellene er mulig å idømme inntil 21 års fengselsstraff. Begrunnelsen for det skjerpede straffenivået er at små barn ved gjentatte overgrep kan få særlig alvorlige skader.

Ordlyden kan indikere at barnet må være under ti år ved samtlige overgrep for at bestemmelsen får anvendelse. En slik tolkning ville minket det strafferettslige vernet og ødelegge for den tilsiktede virkningen av bestemmelsen. Det kommer ikke tilstrekkelig klart frem av ordlyden at de gjentatte overgrep knytter seg til samme gjerningsmann – og ikke alderen til fornærmede.

I Rt. 2001 s. 98 har Høyesterett slått fast at vilkårene i bokstav c er kumulative - barnet må være under ti år og det må ha skjedd gjentatte overgrep. Høyesterett understreker imidlertid at barnet behøver ikke å være under ti år ved alle overgrepene – det er tilstrekkelig at barnet er under ti år ved den første seksuelle omgangen.⁶²

3.2.4 § 195 annet ledd bokstav c og § 196 annet ledd bokstav d – ”tidligere straffet”

Etter § 195 (2) bokstav c og § 196 (2) bokstav d er strafferammen inntil henholdsvis 21 og 15 års fengsel om personen er tidligere straffet etter § 192 eller § 195. Ordlyden tilsier klart at straffelovens strengeste straff kan idømmes om overgriperen har tidligere vært straffet for voldtekt eller seksuelle forbrytelser mot barn under 14 år.

⁶² Rt. 2001 s. 98 og Ot. prp. nr. 20 (1991-1992) s. 66

For at gjentakelse kan anvendes som en straffeskjerpene straffutmålingsfaktor må imidlertid andre vilkår oppfylles. Domfelte må ha vært 18 år ved den første seksualforbrytelsen. I tillegg må domfelte ha påbegynt eller sonet ferdig den tidligere straffen jf. § 61.

Ordlyden i § 61 (2) tilsier endelig at den andre seksualforbrytelsen må ha vært utført innen en viss tid etter det første overgrep. Bestemmelsen angir en tidsramme på seks år, og handlinger etter seks år kan ikke straffes som gjentakelse jf § 61 (2)

Det er ikke avsagt avgjørelser i Høyesterett som har problematisert denne bestemmelsen. I lagmannsretten er det imidlertid flere avgjørelser som har drøftet om handlingen var foretatt overfor barn under 10 år og om det hadde skjedd gjentatte overgrep jf § 195 (2) bokstav c.⁶³

Gjennomgående i lagmannsrettspraksisen har vært at en gjerningsmann – ofte med diagnosen pedofili – har hatt seksuell omgang med et barn under 14 år. Etter soning gjentok domfelte overtredelsen av § 195 ved å ha seksuell omgang med et nytt barn under 14 år. I rettspraksis er det understreket at gjentakelse av samme rettsforhold er særdeles vanlig når overgriperen er pedofil eller hebefil.^{64 65}

3.2.5 § 195 annet ledd bokstav e og § 196 annet ledd bokstav d – "fornærmede dør eller får betydelige skader"

Et annet straffalternativ som kan gi skjerpet straff er § 195 (2) bokstav e og § 196 (2) bokstav d. Om barnet dør eller får betydelige skader som følge av den seksuelle omgangen risikerer gjerningspersonen å bli domfelt for inntil henholdsvis 15 og 21 år. Etter ordlyden skal seksuelt overførbare sykdommer og andre allmennfarlige smittsomme sykdommer anses som betydelig skade på legeme

⁶³ Eksempelvis LB – 2011 – 27982

⁶⁴ Eksempelvis LG – 2008 – 113700

⁶⁵ Pedofili er en diagnose som tilsier at personer tiltrekkes av prepubertale barn. Hebefili er et relativt nytt begrep for å skape et skille til de som er tiltrukket av barn tidlig i pubertetene. Pedofile er oftest seksuelt interessert i barn i alderen 0-10 år, mens hebefile er tiltrukket av barn mellom ca 10 og 15år. Kilde:
<http://www.nyhetsspeilet.no/2014/01/om-pedofili-hebefili-barnepornografi-og-seksuell-lavalder/>

Straffalternativet er ikke betinget av at gjerningspersonen har forsettlig påført de betydelige skadene.⁶⁶ Etter gjeldende rett er det klart at tiltalte må kun ha innsett muligheten for betydelig skade eller smitte av kjønnssykdommer.⁶⁷

Det er i disse tilfellene nok om tiltalte har utvist den svakeste form for uaktsomhet - culpa levissima jf. strl. § 43. Det vil virke straffeskjerpene om de betydelige skadene var påregnelig for gjerningsmannen – uavhengig om han faktisk trodde at det ville være mulig.⁶⁸

3.2.5.1 "Betydelig skade"

Det oppstår normalt flere fysiske skader ved seksuelle overgrep mot barn. Barn vil ofte oppleve at smerte, blødninger og rift i kjønnsorganer. Disse skadene er imidlertid ikke nok til å anses som "betydelig skade". I sjeldne tilfeller har barn opplevd sprengt vagina og perforert endetarm. I disse tilfellene kan straffeskjerpelsen anvendes, da det er klart at en sprengt vagina vil være betydelig skade for barnet.⁶⁹

Bortsett fra kjønnssykdommer, så er det ikke legaldefinert hva som er betydelig skade i henhold til §§ 195 og 196. I bestemmelsene er det imidlertid gitt henvisning til straffelovens § 9. Etter min tolkning er legaldefinisjonen i § 9 til dels lite anvendelig i seksualforbrytelser mot barn, da bestemmelsen nevner skader som å miste syn, hørsel, taleevne m.v. Det som er av sentral praktisk betydning er om fornærmede "*bliver påført alvorlig psykisk skade*" jf. § 9. Vilkåret ble tilføyd i 1992 som et ledd av straffeskjerpelsen av seksualforbrytelser mot barn.⁷⁰

3.2.6 §§ 195 og 196 – tredje ledd – villfarelse om alder

Tredje ledd i bestemmelsene §§ 195 og 196 angir et prinsipielt vilkår om villfarelse om fornærmedes alder. Ordlyden "villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld" tilsier at fornærmedes alder er et objektivt straffbarhetsvilkår. Det betyr i utgangspunktet at retten skal se bort fra subjektiv skyld – det har ingen betydning om gjerningspersonen var i god tro om alderen.

⁶⁶ NOU 1997 : 23, punkt 4.4.2

⁶⁷ Eksempelvis Rt. 2000 s 1753, s 1756 og juridisk litteratur; Andenæs, Johs - Alminnelig Strafferett – 5.utgave (2004) - s. 226

⁶⁸ Rt. 2000 s. 1753, s 1756 og <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2027/2030>

⁶⁹ NOU 1997 : 23, punkt 3.6.2

⁷⁰ 22. mai 1992 nr. 49

Det er imidlertid gitt en aktsomhetsreservasjon i § 196 tredje ledd. Unntaket i tredje ledd tilsier at om gjerningspersonen har i enhver henseende opptrådt aktsomt - med hensyn til at barnet ikke var mindreårig - skal straffeskyld utelukkes.

Opprinnelig hadde ikke bestemmelsene §§ 195 og 196 noen villfarelsesregel. Det var det alminnelige skyldkravet som gjaldt også for villfarelse i forhold til barnets alder. Villfarelsesvilkåret ble tilføyd i begge bestemmelsene ved en lovrevisjon i 1927. Straffelovskomiteén uttalte da at gjerningspersonen som søker seksuell omgang med unge personer bør få fullt straffeansvar til tross for *”den feilslagne beregning”*.⁷¹

I 1960 kritiserte Straffelovsrådet denne endringen, da de mente at den brøt med alminnelige strafferettslige prinsipper.⁷² Under høringen var det imidlertid flere hold som ønsket å beholde reglene som de var. Hensynet til barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep talte for å beholde regelen. Hovedbegrunnelsen var at det ofte er vanskelig å føre bevis for at gjerningspersonen visste alderen til fornærmede.⁷³

Aktsomhetsreservasjonen i § 196 ble dermed tilføyd etter Straffelovrådets forslag ved lovrevisjonen i 1960.⁷⁴ Regelen ble endret til *”med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i denne henseende”* i 1960 – som betyr at aktsomhetsreservasjonen myket opp regelen i forhold til bestemmelsen i 1927.

Den nye bestemmelsen skulle imidlertid bedømmes strengt. Aktsomhetsreservasjonen skulle være en unntaksbestemmelse. Det er kun i de tilfeller hvor ingen uaktsomhet kan legges gjerningspersonen til last, at han bør være uten straffeskyld.⁷⁵

Om gjerningspersonen har utvist den svakeste form for uaktsomhet – culpa levissima – skal det idømmes straff. Det må derfor vesentlig tungtveiende grunner for å frifinne gjerningsmannen ved uaktsomhet i henhold til lovbestemmelsen. Bestemmelsen i § 195 ble imidlertid opprettholdt slik den var.

⁷¹ Uttalelse av straffelovkomiteén, innstilling I av juni 1925 s. 33 og Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 33 - 34)

⁷² Rt. 2005 s. 833 avsnitt 33-37 som henviser til Strafferådets innstilling avgitt 17. mars 1960

⁷³ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 33-37

⁷⁴ www.rettsdata.no, note 1662 til strl. § 196 av Magnus Matningsdal

⁷⁵ Innstilling av mars 1960 fra Straffelovrådet s. 25.

I NOU 1997 : 23 ble § 195 tredje ledd tatt opp til en ny vurdering. Seksuallovbruddutvalget konkluderte med at bestemmelsen bør endres, da retten hindres i å gi frifinnelsesdom i tilfeller hvor gjerningspersoner ikke har utvist subjektiv skyld til fornærmedes alder.⁷⁶ Innsigelsene ble kritisert av departementet som ikke ønsket å endre bestemmelsen.

Det ble understreket at i slike situasjoner er fornærmede særdeles ung. Det er derfor liten risiko for at gjerningspersoner som har utvist tilstrekkelig grad av aktsomhet blir dømt.⁷⁷ Departementets argument betyr med andre ord at gjerningspersonen burde i alle tilfeller vite at fornærmede var veldig ung, og derfor nekte seksuelle relasjoner.

Bestemmelsen forble derfor uendret med hensyn til barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep. Dette viser etter min vurdering en klar og konsistent lovgivervilje til tross for innvendinger mot den objektive reglen. Hovedbegrunnelsen fra Justiskomiteen har vært konsistent - det objektive skyldkravet må bestå for at barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep ikke skal svekkes.

I revisjonene ble ikke forholdet mellom uskyldspresumsjonen i europeiske menneskerettskonvensjonen av 4.november 1950 (EMK) art. 6 nr. 2 og det objektive vilkåret i § 195 (3) drøftet. I høyesterettspraksis har det blitt reist spørsmål om bestemmelsen kan være i strid med uskyldspresumsjonen.⁷⁸

Som rettskilde er EMK av sentral betydning, da konvensjonen er gjort om til norsk rett etter menneskerettslovens § 2 nr. 1. Menneskerettsloven § 3 gir konvensjonens bestemmelser forrang ved motstrid med annen lovgivning. Det følger av høyesterettspraksis at eventuell forrang for EMK og andre konvensjonsbestemmelser beror på en tolkning av de motstridende bestemmelsene – ikke av en generell klarhetsprinsipp som ble uttalt i Bølgepapp-kjennelsen.⁷⁹ Ved harmoniserende tolkning kan motstrid unngås, da bestemmelsene tolkes i en samsvaren-

⁷⁶ NOU 1997 : 23, s. 64

⁷⁷ NOU 1997 : 23, s. 66 og Ot. prp. nr 28 (1999-2000) punkt 6.2.2.4

⁷⁸ Rt. 2004 s. 1275 og plenumsavgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 833

⁷⁹ NOU 2007 : 13, punkt 5.3.3.1 og Rt. 1994 s. 610

de retning. Om bestemmelsene er uforenelige i sine tolkningsresultater vil en rimelig klar EMK-bestemmelse tilsidesette norske bestemmelser og rettspraksis jf. Böhler-dommen.⁸⁰

For å sikre en rettferdig rettergang⁸¹ er det i EMK art. 6 nr. 2 regulert en uskyldspresumsjon som sier at «*Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.*». Et objektivt villfarelsesvilkår vil dermed kunne stride med uskyldspresumsjonen, da konvensjonen forutsetter subjektiv skyld som straffbarhetsvilkår.

Uskyldspresumsjonen i EMK art. 6. nr. 2 oppstiller til dels en bevisregel - samtidig som den fastsetter grenser for utsagn om straffeskyld. § 195 (3) omhandler i det vesentlige utsagnet om straffeskyld.⁸²

I de neste avsnittene er plenumsavgjørelsen - inntatt i Rt. 2005 s. 833 - gjennomgått for å vurdere avgjørelsens betydning for anvendelsen av § 195 (3). I tillegg har avgjørelsen blitt satt opp mot nyere avgjørelser fra europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) med spørsmålene; var Høyesterett for dynamisk i sin vurdering, slik at retten gikk lenger enn det som var nødvendig i forhold til EMK? I tilfellet Høyesterett tolket EMD for dynamisk – hva er gjeldende rett hvis EMD kom til motsatt resultat enn Høyesterett? Problemstillingene er av grunnleggende betydning for anvendelsen av § 195 (3), og derfor også i forhold til barnets straffrettslige vern mot seksualforbrytelser.

3.2.6.1 Avgjørelsen som forandret rettsbildet – Rt. 2005 s. 833

I 2005⁸³ ble det avsagt en dom av Høyesterett i plenum som endret rettsbildet rundt villfarelse om alder. Avgjørelsen omhandlet en gjerningsmann på 20 år som hadde hatt seksuell omgang ved samleie med fornærmede på under 14 år. Faktum i saken var at jenta hadde løyvet om at hun var over den seksuelle lavalderen, og spørsmålet var om villfarelsen om hennes alder kunne utelukke straffeskyld.

Høyesterett reiste derfor et prinsipielt spørsmål rundt uskyldspresumsjonen. Problemstillingen var om EMK art. 6 nr. 2 ga beskyttelse mot objektive straffbarhetsbetingelser, og i tilfelle

⁸⁰ Rt. 2000 s. 996

⁸¹ EMK art. 6 nr. 1

⁸² Rt. 2005 s. 833, avsnitt 44

⁸³ Rt. 2005 s. 833

etter hvilke kriterier. I forhold til oppgavens tema er spørsmålet: Er de objektive vilkårene i straffelovens § i strid med EMK art. 6 nr. 2 – slik at det må tolkes inn en tilsvarende aktsomhetspresumsjon som i § 196?

I utgangspunktet skal retten foreta en selvstendig tolking av konvensjonen – med samme metode som EMD anvender. EMD anvender EMK som et dynamisk instrument som tolkes i lys av dagens omstendigheter.⁸⁴ Dette betyr at Høyesterett må forholde seg til konvensjonsteksten, de alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.⁸⁵

Videre har Høyesterett uttalt at ”dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”⁸⁶ Det vil si at Høyesterett kan påvirke EMDs fremtidige avgjørelser ved å bygge på norske verdiprioriteringer.

Det er imidlertid uttalt av Høyesterett at EMD skal stå for utviklingen av konvensjonen. Det betyr at Høyesterett bør være tilbakeholden med å tolke konvensjonen for dynamisk, da retten risikerer å gå lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK.

Regelen i § 195 (3) bygger på en klar lovgivervilje. Ordlyden levner liten tolkningstvil, og derfor bør retten som utgangspunkt ikke legge inn sikkerhetsmarginer for å sikre seg mot eventuelle konvensjonsbrudd.⁸⁷

Høyesterett antok i Rt. 2005 s. 833 at Norge antagelig var det eneste landet med en slik objektiv regel ved seksualforbrytelser mot barn under 14 år.⁸⁸ Det betød at det ikke fantes EMD-praksis rundt spørsmålet. Det er i disse tilfellene retten risikerer å gå for langt i sin dynamiske tolkning. I denne avgjørelsen måtte Høyesterett selv vurdere andre EMD-avgjørelser som kunne ha overføringsverdi til den aktuelle avgjørelsen.

⁸⁴ Tyrer mot Storbritannia – EMD – 1972 – 5856 ”a living instrument which ... must be interpreted in the light of present day conditions”

⁸⁵ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 45

⁸⁶ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 45

⁸⁷ Utleddet av Rt. 2000 s. 996

⁸⁸ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 47

Norge var imidlertid ikke det eneste landet som hadde et objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuell overgrep mot barn. EMD tolket objektive straffbarhetsvilkår i lys av konvensjonen i G mot Storbritannia-saken, og kom til motsatt konklusjon enn avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 833.⁸⁹

Høyesterett har ved avgjørelse Rt. 2005 s. 833 slått fast at for å domfelle etter § 195 (3) må gjerningspersonen i det minste ha utvist den svakeste form for uaktsomhet. Høyesterett konkluderte altså med at det objektive straffbarhetsvilkåret om alder i § 195 (3) strider mot uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Dette er gjeldende norsk rett.

Finner likevel problemstillingen knyttet til EMK art. 6 nr.2 for så vidt interessant, at jeg i det følgende har sett nærmere på grunnlaget for Høyesteretts avgjørelse på dette punkt, og har i den forbindelse gått inn på enkelte sentrale EMD-avgjørelser.

3.2.6.2 Salabiaku mot Frankrike

I Rt. 2005 s. 833 fremhevet førstvoterende betydningen av EMD-avgjørelsen ”Salabiaku mot Frankrike”.⁹⁰ Avgjørelsen gjaldt innføring av narkotiske stoffer. Spørsmålet som reiste seg var om gjerningsmannen kunne idømmes straff etter et objektivt vilkår, da uskyldspresumsjonen forutsetter subjektiv skyld.

EMD har uttalt i avgjørelsen at konvensjonsstatene står fritt til å kriminalisere handlinger som ikke omhandler borgernes konvensjonsrettigheter. Det gir nasjonale lovgivere adgang til å sette objektive straffbarhetsvilkår under visse betingelser – uavhengig om gjerningspersonen har handlet med forsett eller utvist uaktsomhet.⁹¹ EMD har imidlertid ikke begrunnet hvile forhold anses som ”*certain conditions*”.⁹²

⁸⁹ EMD – 1983 - 10519

⁹⁰ Application no. 10519/83

⁹¹ Salabiaku mot Frankrike, avsnitt 27: «As the Government and the Commission have 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 one of the rights protected under the Convention (Engel and Others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 34, para. 81) and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise 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.”

⁹² Salabiaku mot Frankrike, avsnitt 27

Den franske tolloven er kun betinget av det objektive faktum. Det betød at spørsmålet var om Salabiaku hadde innført ti kg cannabis – uavhengig av subjektiv skyld. Salabiaku anførte i hovedsak at han ikke kjente til innholdet av bagasjen. I tillegg mente han at loven hadde en konkluderende og ugjendrivelig presumsjon som var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.⁹³

I fransk høyesterettspraksis er det imidlertid gitt et unntak. Gjerningspersonen kan frifinnes om det var en absolutt umulighet for ham å vite innholdet av bagasjen – slik at bevisbyrden overføres på ham.⁹⁴ Unntaket er kjent som en fransk variant av *force majeure*.^{95 96}

EMD konkluderte med at den franske presumsjonsregelen ikke var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. EMD uttalte at det avgjørende var at gjerningspersonen fikk mulighet til å føre bevis for sin uskyld, da den franske retten ikke automatisk bygget på presumsjonen i tollbestemmelsen.⁹⁷ Den franske regelen var derfor ikke en absolutt objektiv regel, da *force majeure* kunne tale for hans frifinnelse.

For å avklare spørsmålet om en objektiv straffbarhetsregel kunne stride mot EMK art 6. nr. 2 vurderte Høyesterett to andre EMD-avgjørelser: *Janosevic mot Sverige* og *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige*.⁹⁸

Salabiaku mot Frankrike gjaldt både objektive vilkår og presumsjonsregler.⁹⁹ Høyesterett uttalte at disse to svenske EMD-avgjørelsene var av betydning, da proporsjonalitetsvurderingen gjaldt også ved objektive vilkår. Høyesterett reiste dermed spørsmålet om det var noen forskjell mellom de objektive vilkårene og presumsjonsreglene.

⁹³ EMD – 1983 - 10519– "*irrebutable presumption*", også kjent som "*conclusive presumption*" i angloamerikansk rett.

⁹⁴ EMD – 1983 – 10519 - "*the absolute impossibility ... of knowing the contents of a package*"

⁹⁵ EMD – 1983 – 10519 - "*the absolute impossibility ... of knowing the contents of a package*"

⁹⁶ Gemetchu, Hika – Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkrav i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) – punkt 5, side 517

⁹⁷ Rt. 2005 s. 883, avsnitt 53

⁹⁸ Henholdsvis EMD – 1997 – 34619 og EMD – 1997 – 36985

⁹⁹ EMD – 1983 – 10519 Avsnitt 27 og 28

De svenske EMD-avgjørelsene omhandlet spørsmålet om tilleggsskatt kunne anses som straff etter EMK art 6. Problemstillingene var de objektive vilkårene i svensk skattelovgivning, da det ikke ble krevd forsett eller uaktsomhet.

Svenske Regeringrätten uttalte at for å kunne idømme straffeansvar, måtte retten gi tiltalte mulighet til å forsvare seg med subjektive forhold.¹⁰⁰ Videre uttrykte den svenske retten – i samsvar med Salabiaku-avgjørelsen - at et automatisk straffeansvar på grunnlag av objektive vilkår vil kunne stride mot uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.¹⁰¹

Også her kom EMD frem til at svensk lovgivning ga skatteyteren mulighet til å forsvare seg med subjektive forhold, da tilleggsskatten ikke ble ilagt automatisk ved uriktige ligningsopplysninger.¹⁰² Etter svensk skattelovgivning kan alder, sykdom og andre forhold være unnskyldelig. EMD konkluderte derfor med at svensk skattelov opererte med en presumsjon som ga skatteyteren tilstrekkelig mulighet til å forsvare seg.¹⁰³

EMD uttalte deretter at det var nødvendig å foreta en proporsjonalitetsvurdering ved objektive vilkår. For å kunne anvende presumsjoner i straffelovgivning må konvensjonsstatene vurdere viktigheten av det som står på spill og tiltaltes mulighet til å forsvare seg. Med andre ord må midlene som anvendes være i et rimelig forhold med de lovmessige formål bestemmelsene sikter på å regulere.¹⁰⁴

I en EMD-avvisningsavgjørelse – Hardy Hansen mot Danmark- godtok retten objektive

¹⁰⁰ RÅ 2000 ref. 66 : «*Det får hållas för troligt att domstolen när det gäller tillåtligheten från konventionssynpunkt av ett strikt straffrättsligt ansvar för en handling kommer att uppställa i huvudsak samma krav som den uppställde i Salabiaku-målet för att godta ansvar som grundas på presumtioner. Det innebär att ansvaret inte får utkrävas helt automatiskt när de objektiva rekvisiten är uppfyllda utan att den enskilde måste, för att någon konflikt med oskuldpresumtionen inte skall uppkomma, ha möjlighet till någon form av försvar som grundas på subjektiva förhållanden.*», hentet fra Rt. 2005 s. 833, avsnitt 56

¹⁰¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 56 som siterer Svensk Regeringrätt, 1900-98, RÅ 2000 ref. 66

¹⁰² EMD – 1997 – 34619 avsnitt 100

¹⁰³ EMD – 1997 – 34619 avsnitt 101 med henvisning til avsnitt 28 i Salbiaku-avgjørelsen (Kilde Rt. 2005 s. 833)

¹⁰⁴ Gemetchu, Hika – Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkrav i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) – punkt 5 side 516-518

straffbarhetsvilkår. I Danmark tilsier loven i transportsektorer at arbeidsgivere kan gis straff etter objektive straffbarhetsvilkår om sjåføren bryter med hvilepliktene.¹⁰⁵

I avgjørelsen understreket EMD nok engang at staten har – innenfor visse grenser – adgang til å illegge straff på objektiv straffbarhetsvilkår.¹⁰⁶ Statene selv skal foreta en avveining av kryssende hensyn. Sakens kryssende interesser var EUs regler om trafikksikkerhet på den ene siden, og tiltaltes nektede adgang til å forsvare seg på den andre. Overtredelsen skal imidlertid straffes med bøter, ikke betinget fengsel. EMD mente at uttalelsene i Salabiaku-dommen gjaldt også i denne dommen. Avgjørelsen går altså i samme retning som de tidligere EMD-avgjørelsene som har vært gjennomgått.

I Rt. 2005 s. 833 utledet Høyesterett av EMD-praksisen at objektive straffbarhetsvilkår ikke i seg selv var i strid med uskyldspresumsjonen. Den objektive regelen med hensyn til faktum må også holdes innenfor visse grenser i tråd med de rammene som ble fastsatt i Salabiaku-dommen. Høyesterett foretok – i samsvar med EMD-praksis - en proporsjonalitetsvurdering. I proporsjonalitetsvurdering ble hensyn som bestemmelsen har som formål å ivareta veid opp mot siktedes rettigheter.

Det er imidlertid store forskjeller mellom EMD-avgjørelsene og den norske saken. I de svenske skatteavgjørelsene var det grunnleggende spørsmålet om tilleggsskatt kunne anses å være en straff. Rt. 2005 s. 833 omhandlet imidlertid kjernen av den sentrale strafferett, da domfelte hadde hatt seksuell omgang til samleie med en fornærmede under 14 år.

Videre i sin konklusjon uttalte Høyesterett at det er galt å anvende § 196 som en grundelikt til § 195.¹⁰⁷ Straffelovens § 195 skal anvendes på egne ben, uten at § 196 trekkes inn i vurderingen. Flertallet mener imidlertid at lovens ordlyd tilsier en klar og absolutt objektiv regel. Denne regelen vil være i strid med uskyldspresumsjonen.

Høyesterett konkluderte derfor med at det skal innfortolkes en lignende aktsomhetsreservasjon i § 195 (3) som det var i § 196 (3).¹⁰⁸ Endelig ble det understreket at aktsomhetsreserva-

¹⁰⁵ EMD-1983-10519, avsnitt 27.

¹⁰⁶ EMD-1983-10519, siterte avsnitt 27 fra Salabiaku-avgjørelsen.

¹⁰⁷ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 79-80.

¹⁰⁸ Rt. 2005 s. 833, avsnitt 88

sjonen skal vurderes strengt. Det betyr at ytterligere beviskrav ikke er nødvendig, da tiltalte bærer bevisbyrden for å redegjøre for de subjektive forhold som kan bevise hans aktsomhet.

Av avgjørelsen utledes det at Høyesterett går i mot en veldig klar ordlyd og lovgivervilje. Høyesterett tolker EMK meget dynamisk, og forandrer innholdet av lovbestemmelsen. Lovbestemmelsen i § 195 (3) blir oppmyket slik at den har en tilsvarende aktsomhetsreservasjon som § 196.

3.2.6.3 Rettsbildet etter 2005 - frem og tilbake er like langt?

Høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 833 har mottatt både positiv¹⁰⁹ og negativ¹¹⁰ omtale. På den ene siden menes det at avgjørelsen styrker rettssikkerheten. Kritikerne på sin side mener at man tilsidesetter en klar og sterk norsk lovgivervilje.¹¹¹

Høyesteretts læresetning om en aktsomhetsreservasjon i § 195 må ses i lys av nyere EMD praksis. Av nyere EMD-praksis ser man at Norge ikke var den eneste med et objektivt straffbarhetsvilkår ved seksualforbrytelser mot barn. Et eksempel av dette er den sentrale avgjørelsen, G mot Storbritannia.¹¹²

Saken omhandlet en gutt på 15 år som hadde hatt seksuell omgang til samleie med en fornærmede under 13 år. Den engelske bestemmelsen angir to straffbarhetsvilkår. For det første må gjerningsmannen forsettlig ha penetrert fornærmedes vagina, munn eller endetarm med sin penis. Det andre vilkåret er at fornærmede er under 13 år.¹¹³

Bestemmelsen er altså betinget av gjerningsmannens forsett og et objektivt straffbarhetsvilkår som tilsier at fornærmede må faktisk være under 13 år.¹¹⁴ Det gis ingen aktsomhetsreservasjon. Fra dette kan det utledes at Storbritannia har – tilsvarende norsk lovgiver – satt et formål med å gi barn et vidt strafferettsligvern mot seksualforbrytelser.

¹⁰⁹ Andenæs og Bjørge –Menneskerettene og oss (2012) - s. 108–109

¹¹⁰ Frøberg, Thomas – EMDs praksis som norsk rettskildefaktor – Jussens Venner (2007) s. 182

¹¹¹ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen, s 583

¹¹² Application no. 37334/08 - G mot Storbritannia.

¹¹³ Application no. 37334/08 - G mot Storbritannia – avsnitt 27-29

¹¹⁴ Application no. 37334/08 - G mot Storbritannia – avsnitt 27-29

Det at lovgiver tilsidesetter en aktsomhetsreservasjon er et resultat av en veloverveid avveining av kryssende hensyn. Den engelske lovgiveren bruker to av de samme virkemidlene som den norske: Det ene er at det er irrelevant om barnet er med frivillig eller samtykker til den seksuelle omgangen. Det andre er at retten ikke skal vurdere gjerningspersonen subjektive forhold. Etter ordlyden er vilkåret om alder en absolutt regel.¹¹⁵

Gjerningsmannen ble i dette tilfellet dømt til fengsel, og han klaget avgjørelsen inn til EMD. EMD uttalte at i dette tilfellet måtte overtredelsen bevises utenfor enhver rimelig tvil. EMD kom imidlertid frem til at objektive straffbarhetsvilkår ikke var i strid med EMK art. 6 nr. 1 eller 2, da proporsjonalitetsvurderingen fra Salabiaku-avgjørelsen ikke kunne anvendes ved spørsmål rundt alder som et objektive straffbarhetsvilkår ved seksuallovbrudd mot barn.¹¹⁶ EMD konkluderte altså i motsatt retning av Høyesterett. Det ble understreket at objektive og subjektive straffbarhetsvilkår skal bestemmes av den nasjonale lovgiver.¹¹⁷

Det kan derfor etter mitt syn delkonkluderes med at Høyesterett tolket konvensjonen for dynamisk, og dermed gått lenger enn det som var nødvendig etter EMK. Det skulle aldri ha blitt innfortolket en aktsomhetsvurdering i § 195 i forhold til EMDs vurdering av det objektive straffbarhetsvilkåret.

Spørsmålet som reiser seg er hva som blir gjeldende rett. Utgangspunktet er - som nevnt – at Høyesteretts avgjørelser er gjeldende rett. Problemstillingen er om utgangspunktet gjelder også i tilfeller der hvor Høyesterett har tolket EMK for dynamisk.

3.2.6.4 Betydningen av G mot Storbritannia for norsk rett

Høyesterett skal anvende samme metode som EMD ved tolkning av EMK. EMDs avgjørelser kan avsies på tre forskjellige måter.¹¹⁸ Ene måten er avvisning på åpenbart grunnlag. De andre to er dom i kammer eller storkammer. Avvisning på åpenbart grunnlag skal i utgangspunktet

¹¹⁵ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektive straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen, siste avsnitt på s. 584

¹¹⁶ Application no. 37334/08 - G mot Storbritannia - avsnitt 29

¹¹⁷ Application no. 37334/08 - G mot Storbritannia - avsnitt 29 og 30

¹¹⁸ Ruud, Morten og Ulfstein, Geir : Innføring i folkerett - 4. Utgave (2011) s. 240–242

være mindre tungtveiende som en dom avsagt i kammer eller storkammer. Motstridsspørsmålet har ikke blitt satt på spissen, da EMD ikke har avsagt dom i en tilsvarende sak enda.

G mot Storbritannia ble avsagt med en dissens. Avvisningssaker i EMD må avsies enten av en enstemmig dommerpanel eller av flertallet. I EMDs avvisningsavgjørelser gis det ikke begrunnelser på hvem som har dissentert på hva. Høyesterett har uttalt at det er derfor ikke mulig å legge mindre vekt på avgjørelsen, da man ikke vet hva mindretallet var imot i avgjørelsen.¹¹⁹

Problemstillingen er at på den ene siden har Høyesterett uttalt at det skal innfortolkes en aktsomhetsreservasjon i § 195 (3) for ikke å stride mot EMKs uskyldspresumsjon, mens EMD på sin side har kommet til at det objektive straffbarhetsvilkåret i den engelske bestemmelsen ikke er i strid med uskyldspresumsjonen. Av dette kan det utledes at det norske objektive straffbarhetsvilkåret vil heller ikke stride med EMK art. 6 nr. 2 – selv om alderen i bestemmelsene er henholdsvis 13 år i den engelske og 14 år i den norske.

Videre har lovgiver tatt Rt. 2005 s. 833 i betraktning i utformingen av den nye straffeloven. I straffeloven 2005 reguleres overtredelser av seksuell omgang med barn av § 299.¹²⁰ Den nye bestemmelsen tilsier at seksuell omgang med barn under 14 år er voldtekt. Skyldkravet som kreves er fortsatt forsett. Det er tilføyd en generell bestemmelse i § 307 med tanke på alder. Paragraf 307 tilsier en tilsvarende aktsomhetsreservasjon som i dagens § 196 (3), da ordlyden er at uvitenhet om barnets riktige alder ikke fører til straffritak ”*hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet.*”¹²¹

3.2.6.5 Gjeldende rett

Det har nå gått nærmere ni år siden avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 883. Rettsutvikling er en sakte prosess, og ni år er derfor en for kort periode til å kunne avklare om dommen har påvirket tolkningen av § 195 (3). Spørsmålet som gjenstår er hva som er gjeldende rett akkurat nå.

¹¹⁹ Rt. 2006 s. 1409, avsnitt 53

¹²⁰ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen, punkt 7 – Hva er nå gjeldende rett?

¹²¹ Jf ordlyden i § 307 og Ot. prp. nr. 22 (2008-2009), s. 259

For det første har ikke den nye straffeloven trådt i kraft, og da må gjeldende rett avklares i lys av dagens bestemmelse, høyesterettspraksis og EMDs avgjørelser. Utgangspunktet er, som også nevnes i Rt. 2005 s. 833 og Rt. 2000 s. 996, at det er EMD selv som i første rekke utvikler konvensjonen.

Høyesterett har også tidligere fraveket sine tidligere avgjørelser i tilfeller hvor EMD har konkludert i en annen retning.¹²² Det ville vært meget uheldig om Høyesterett ikke kunne korrigere sin tidligere oppfatning dersom EMDs avgjørelser tilsier at EMK ble tolket unødvendig innskrenkende.^{123 124}

Da det ikke er avklart når den nye straffeloven trår i kraft, må Norge ivareta sine konvensjonsforpliktelser. I tillegg har EMD konkludert med at det engelske objektive straffbarhetsvilkåret ikke er i strid med konvensjon. Det må bety at den norske bestemmelsen heller ikke kan stride med konvensjonen. Endelig kan det argumenteres at med en aktsomhetsreservasjon i § 195 (3) vil Høyesterett gå fra en klar ordlyd – en ordlyd som senest har vært opp til vurdering i 2010.

Dette vil kunne stride med hensynene om forutberegnelighet og rettssikkerhet. Det er derfor vanskelig å se at Rt. 2005 s. 833 gir uttrykk for gjeldende rett. Lovgiver har i lang tid uttrykt en klar og konsekvent vilje for at seksualforbrytelser mot barn skal ha et objektivt straffbarhetsvilkår. Det kan etter min vurdering konkluderes med at Høyesteretts dynamiske tolkning av uskyldspresumsjon i Rt. 2005 s. 833 står på utrygg grunn.¹²⁵

¹²² Eksempelvis Rt. 2003 s. 593 og Rt. 2004 s. 510. Sakene omhandlet saken fotoforbud av siktede. I den første avgjørelsen tillot Høyesterett filming av siktede på grunnlag av ytringsfriheten. I den andre avgjørelsen kom Høyesterett frem til motsatt konklusjon etter å ha vurdert både Rt. 2003 s. 593 og EMD nye avvisningsavgjørelse. Det kan derfor utledes at overnasjonale domstolenes avgjørelser skal gå foran nasjonale rettsavgjørelser, da Høyesterett gikk bort fra sin egen rettslutning.

¹²³ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen, s 590

¹²⁴ Frøberg , Thomas - EMDs praksis som norsk rettskildefaktor -, Jussens Venner(2007) s. 182

¹²⁵ Gemetchu, Hika – Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkrav i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) – punkt 7 – side 583-585.

I juridisk litteratur er det imidlertid reist en interessant problemstilling i forhold til oppgavens tema.¹²⁶ Hvis Høyesterett velger å reversere sin tolkning fra Rt. 2005 s. 883 – er det i strid i henhold til EMK art.7? Regelen etter EMK art. 7 tilsier at en handling må være straffbar i gjerningsøyeblikket. Det vil si at gjerningsmannen bør etter Høyesteretts konklusjon kunne forsvare seg med subjektive forhold. Det er derfor nødvendig å ha stilt denne problemstillingen for å gi et helhetlig bilde av det strafferettslige vernet for barn mot seksualforbrytelser, da det anses som sentralt å avklare gjerningsmannens rettslige stilling hvis Høyesterett velger å reversere tolkningen fra Rt. 2005 s. 883.

I tillegg uttales det i artikkelen – i samsvar med min overnevnte konklusjon – at risikoen for straff må være forutsigbar for gjerningspersonen. Overgriperen må derfor være klar for at handlingen kunne være en overtredelse av § 195. Derfor krever EMK art.7 klart definerte lovbestemmelser som er allment tilgjengelig.¹²⁷

I Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21 blir det i tillegg fremhevet at EMK art. 7 forbyr utvidende eller analogiske tolkninger av straffebestemmelser som kan være til ugunst for siktede. Etter min vurdering bør dette kunne ses i lys av Rt. 2005 s.833 – en aktsomhetsreservasjon vil være gunstig for tiltalte.

Det vil si at Rt. 2005 s. 833 ga tiltalte en adgang til å forsvare seg med subjektive forhold, og dermed en sterkere rettsstilling. Hvis Høyesterett velger å gå tilbake til lovens ordlyd vil det etter min vurdering kunne være til særlig skade for tiltalte, da han kan idømmes straff uavhengig av subjektiv skyld.

Norsk rett har en klar regel i § 195 og avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s.833 er etter all sannsynlighet kun kjent i fagmiljøet. En gjerningsperson som leser loven vil ikke kunne forstå at finnes en aktsomhetsreservasjon. I den juridiske litteraturen er det derfor - etter min mening - riktig anført at gjerningspersonen ikke kan påberope seg uaktsomhet om han har undersøkt høyesterettspraksisen på området.¹²⁸

¹²⁶ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen s 594-596

¹²⁷ Rt. 2009 s. 780, avsnitt 21

¹²⁸ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen s 594-596

Det betyr at hvis gjerningspersonen bruker tid på å undersøke eventuelle smutthull rundt § 195 kan han trolig ikke anvende aktsomhetsreservasjonen om han velger å ha seksuell omgang med barn under 14 år.¹²⁹ En slik opptreden taler for en systematisk og planmessig utnyttelse av barn.¹³⁰

Det kan konkluderes etter min vurdering med at gjerningspersonen ikke behøver beskyttelse mot at Høyesterett går tilbake med å tolke § 195 som en absolutt objektiv regel. Gjerningspersonen har tilgang til den klare ordlyden i bestemmelsen som han kan beregne sin rettsstilling ut i fra. En tilføyning av en eventuell aktsomhetsreservasjon vil tale for hans fordel, og er uproblematisk i henhold til EMK art. 7

3.2.6.5.1 Vurdering om objektive vilkår

Etter min vurdering gir ikke overnevnte proporsjonalitetsvurdering adgang til å ha objektive vilkår ved seksualforbrytelser mot barn- heller ikke under ”*certain conditions*”. Barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep taler sterkt i retning av at objektive straffbarhetsvilkår skal kunne anvendes – men ikke på bekostning av gjerningspersonens mulighet til å forsvare seg med subjektive forhold. Uskyldspresumsjonen har som formål å styrke den tiltaltes rettsstilling gjennom rettferdighetshensyn og rettssikkerhetsgarantier.

I de svenske skattesakene var de objektive reglene ikke i strid med EMK, da tilleggsskatt ikke var en automatisk følge av overtredelsen. Dermed hadde tiltalte mulighet tiltalte å forsvare seg med subjektive forhold. I seksualforbrytelser mot barn vil § 195 vil idømmelse av straff være en automatisk følge av overtredelsen, som etter min mening vil stride med uskyldspresumsjonen.

Som tidligere nevnt har § 195 (3) vært oppe til vurdering ved flere anledning. Departementet opprettholdte det objektive straffbarhetsvilkåret med følgende begrunnelse: ”*En regel som krever at gjerningsmannen må ha utvist uaktsomhet med hensyn til fornærmedes alder, vil*

¹²⁹ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten : Alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen s 595

¹³⁰ Emberland, Marius - Om internasjonale menneskerettigheter – Lovskravet i EMK art 7 – i lys av nyere EMD-praksis, *Tidsskrift for Strafferett*, 2001 s. 55–67, på s. 63.

*etter departementets syn innebære en uønsket svekkelse av det vern mot seksuelle overgrep som straffeloven i dag gir barn under 14 år. Bevisførsel med hensyn til gjerningspersonens skyld på dette punkt vil være en ytterligere belastning for fornærmede, og bør unngås”.*¹³¹

Det er visst nok så at seksualforbrytelser mot barn skal ha et sterkt strafferettslig vern mot seksualforbrytelser, men det skal veies opp mot at gjerningsmannen risikerer å bli idømt en av lovens strengeste straffer. Gjerningsmannen må derfor kunne bli hørt med subjektive forhold. Aktsomhetsreservasjonen vil ikke være med på å svekke barnets strafferettslig vern mot seksualforbrytelser, da overgriperen må redegjøre for de konkrete omstendighetene som taler for at han har ikke har utvist den svakeste form for uaktsomhet.

Aktsomhetsreservasjonen er ment å være et unntaksbestemmelse som vurderes strengt. Det er altså svært vanskelig for gjerningspersonen å bevise at han trodde at fornærmede var over den seksuelle lavalder – det er allikevel ikke umulig. Muligheten gjerningspersonen får til å forsvare seg etter aktsomhetsreservasjonen vil være tilstrekkelig for å unngå strid med EMK art. 6 nr. 2. En slik bevisføring vil imidlertid være en ytterligere påkjenning for fornærmede, da en åpen bevisførsel vil bety flere detaljerte og nærgående spørsmål og lengre saksgang. Følelsen av ikke å bli trodd kan være en tung belastning for fornærmede. Jo tyngre en rettsprosess blir for fornærmede, desto færre saker vil bli anmeldt.¹³²

Ytterligere omhandler EMD-avgjørelsene helt andre rettsområder enn strafferett og seksualforbrytelser mot barn. Uskyldpresumsjonen er et av de grunnleggende prinsippene i strafferetten. Uskyldpresumsjonen må av den grunn stå særlig sterkt ved proporsjonalitetsvurderinger i strafferettslige saker.¹³³ De beste grunner taler for at det ikke vil være naturlig å ha et objektivt straffbarhetsvilkår som en regel som presumerer skyld - uten at det er anledning til å føre motbevis - i seksualforbrytelser mot barn.

Endelig la jeg merke til at Høyesterett mente at skyldpresumsjonsreglene og objektive straffbarhetsvilkår behandles etter de samme kriteriene. I alle de nevnte EMD-avgjørelsene understreket EMD at lovgivningen hadde presumsjonsregler, og at reglene ikke var absolutte objektive straffbarhetsvilkår. Det betyr at EMD faktisk skilte mellom skyldpresumsjonsreglene og

¹³¹ Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 53

¹³² NOU 1997 : 23, punkt 4.5.4.3

¹³³ Rt. 2005 s. 833

objektive straffbarhetsvilkår, og det hadde vært av betydning om avgjørelsene omhandlet rene objektive straffbarhetsregler.

3.2.7 §§ 195 og 196 – fjerde ledd – ”jevnbryrdig i alder og utvikling”

Ordlyden i bestemmelsene er noe forskjellig, da § 195 har en minstestraft ved seksuell omgang til samleie. I rettspraksis er det fastsatt at vilkårene er kumulative slik at det ikke er nok om enten kun aldersforskjellen er liten eller at partene er på samme mentale nivå.¹³⁴

Retten gis adgang i §§ 195 og 196 (4) til å sette ned straffen. I § 195 gir lovgiver retten adgang til å idømme straffe mildere enn minstestraften – i tillegg til at straffen kan bortfalle helt. § 196 (4) tilsier at retten kan sette ned straffen i tilfeller hvor partene er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.

Hovedformålet med bestemmelsene i §§ 195 og 196 er å strafferettslig verne barn mot voksne seksualforbrytere. Det er allikevel slik at loven skal gi rom for barn under 16 år til å utforske sin seksualitet med andre jevnaldrende. Denne typen seksuell omgang er ikke noe som bør reguleres i like stor grad av lovgiver. Derfor har lovgiveren gitt en reservasjon – i samsvar med Europarådskonvensjonens art.18, nr.3 - i de tilfellene hvor partene har kommet like langt i både utvikling og alder.

Unntaket i fjerde ledd er en straffritaksgrunn.¹³⁵ Det vil si at gjerningspersonen er fortsatt skyldig i seksuell omgang med mindreårige. Det har imidlertid avgjørende betydning for straffeutmåling, da straffen kan falle bort i disse tilfellene. Det er viktig å presisere at dette er en ”kan”-regel for retten. Det er ingen plikt til å nedsette eller bortfalle straffen ved jevnbyrdighet. Høyesterett har selv uttalt at *”[s]elv om de angitte vilkår er oppfylt, er det opp til rettens skjønn om den tiltalte skal fritas for straff; vedkommende har ikke noe krav på slikt straffritak.”*¹³⁶ Det er altså en konkret helhetsvurdering av de konkrete omstendighetene som er avgjørende, ikke kun om lovens vilkår er oppfylt.

¹³⁴ Rt. 2003 s. 442

¹³⁵ Andenæs, Johs - Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene - 3.opplag (2011) - s.154

¹³⁶ Rt. 2011 s. 1428, avsnitt 13

Det skal imidlertid særlige forhold til for at straffen ikke skal bortfalle om partene er omtrentlig jevnbyrdig i alder og utvikling.¹³⁷ Særlige forhold som kan tale for idømmelse av straff – på tross av jevnbyrdighet i alder og utvikling – er systematisk utnyttelse av fornærmede.

I det neste avsnittet er nyere høyesterettspraksis gjennomgått for å avklare hvilke konkrete omstendigheter som har blitt vektlagt av Høyesterett.

3.2.7.1 Hvordan vurderer Høyesterett "omtrentlig jevnbyrdighet i alder og utvikling"?

Hva som kreves for å ha omtrentlig jevnbyrdighet i alder og utvikling ble godt illustrert av Rt. 2003 s. 442. Saken omhandlet en gutt på 16 år og seks måneder som hadde hatt samleie med fornærmede på 13 år og åtte måneder. Aldersforskjellen er altså 2 år og ti måneder.

I dommen fremhevet Høyesterett at vilkårene etter bestemmelsen om straffbortfall er kumulative.¹³⁸ Det betyr at partene *må* være jevnbyrdige i både alder og utvikling. Partenes jevnbyrdighet i utvikling beror på en helhetsvurdering av partenes fysiske og mentale utvikling.¹³⁹

I avgjørelsen ble det anført at aldersforskjellen som kan aksepteres må være betraktelig mindre etter § 195 (4) enn § 196 (4). Anførselen ble begrunnet med at straffverdigheten ved seksuell omgang med barn er betraktelig høyere enn seksuell omgang med ungdom. Høyesterett mente imidlertid at det ikke var noen automatikk i dette.

Høyesterett uttalte at utgangspunktet er at "*[d]et kan være grunn til å akseptere noe større aldersforskjeller når fornærmede er over 14 år, enn når vedkommende er under 14 år.*"¹⁴⁰ Førstvoterende uttrykte med andre ord at enhver sak måtte vurderes etter de konkrete omstendighetene i henhold til alder og utvikling for å unngå urimelige domfellelser – det er da ikke gunstig å trekke et distinkt skille mellom §§ 195 og 196.¹⁴¹ Begge bestemmelsene har som formål å verne *barn* mot seksuelle overgrep. Det kan imidlertid argumenteres for at det er

¹³⁷ Rt. 2005 s. 1651 avsnitt 17

¹³⁸ Rt. 2003 s. 442, avsnitt 9

¹³⁹ Rt. 2003 s. 442, avsnitt 9

¹⁴⁰ Rt. 2003 s. 442, avsnitt 11

¹⁴¹ Rt. 2003 s. 442, avsnitt 11

større rom for aldersforskjell etter § 196 (4), da fornærmede har kommet lenger i utviklingen enn barn under 14 år.¹⁴²

I avgjørelsen vurderte førstvoterende vilkårene om alder og utvikling isolert. Først ble det uttalt at aldersforskjellen på 2 år og ti måneder ikke automatisk utelukker straffbortfallelse etter § 195 (4). Det betyr at Høyesterett kan – i dette tilfellet – akseptere en aldersforskjell på litt under tre år.

Deretter vurderte retten partenes mentale og fysiske modenhet. Førstvoterende bemerket at begge partene lå etter i sin utvikling, men var imidlertid på nivå med hverandre. Høyesterett kom derfor frem til at det forelå omtrentlig jevnbyrdighet i både alder og utvikling. Konklusjonen var frifinnelse på alle punkter.

Det kan med dette delkonkluderes med at det kreves omtrentlig jevnbyrdighet i alder og utvikling. I de neste avsnitt er det stilt spørsmål om hvor stor aldersforskjell har Høyesterett tolerert.

3.2.7.1.1 Hvor stor aldersforskjell aksepteres av Høyesterett?

Det er visst nok så at bestemmelsenes ordlyd tilsier at straff kan bortfalle om partene er omtrentlig jevnbyrdige i alder, men det er imidlertid ikke gitt veiledning til hva som er en akseptabel aldersforskjell. Grunnen til dette er at det ikke kan settes en nøyaktig og absolutt grense, da loven må være vag nok til å gi plass til rettens skjønnsmessige vurdering. Det er de konkrete omstendighetene som avgjør hva som er akseptabelt i hvert tilfelle. Av høyesterettspraksis er det imidlertid mulig å utlede på hva som er en akseptabel aldersgrense.

I høyesterettspraksis - inntatt i Rt. 2011 s. 1428 - er det uttalt at en aldersforskjell på 3 år og to måneder ligger i ytterkant av det som kan aksepteres som jevnbyrdighet i alder. Det betyr at en aldersforskjell på 3 år og to måneder kan isolert sett aksepteres. I avgjørelsen var fornærmede 13 år og fem måneder mens gjerningsmannen var 16 år og syv måneder.

Høyesterett vurderte partenes utvikling, og kom frem til at de ikke var omtrent jevnbyrdige. Høyesterett fremhevet gjerningsmannens seksuelle erfaring. I stedet for å utforske sin seksua-

¹⁴² Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) s. 54

litet ville gjerningsmannen – i følge retten - drive ”*forfølgelse av et allerede etablert seksuelt mønster*”.¹⁴³ Med dette mente Høyesterett at han ville utnytte fornærmedes forelskelse til å ha seksuell omgang.

Høyesteretts vurdering viser at partene ikke hadde en felles forståelse over det som foregikk. En felles forståelse hadde vært at begge partene ønsket et kjærestelignende forhold - en slik situasjon kunne ha talt i en straffeformildende retning. I dette tilfellet var det imidlertid slik at fornærmede trodde at tiltalte ønsket et forhold, mens tiltalte visste dette og planmessig utnyttet fornærmedes følelser til å få seksuell omgang.

I tillegg til utnyttelsen understreket Høyesterett betydningen av at han ga henne klamydia.¹⁴⁴ Han var klar over at han var smittet. Det at gjerningsmannen vet eller burde vite om muligheten til å overføre kjønnssykdommer skal tale straffeskjerpene.

Høyesterett konkluderte helhetsvurderingen med at partene ikke var omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Anken ble forkastet, og samfunnsstraffen på 180 timer ble stående.¹⁴⁵

En litt større aldersforskjell ble vurdert av Høyesterett i Rt. 2013 s. 734. Fornærmede var 13 år og fem måneder og gjerningsmannen var 16 år og en måned gammel. Aldersforskjellen her var altså 3 år og fem måneder. I avgjørelsen uttalte Høyesterett at i utgangspunktet var aldersforskjellen for høy, men i dette tilfellet var ikke jevnbyrdighet i alder og utvikling av sentral betydning.¹⁴⁶ Retten drøftet heller den planmessige utnyttelsen i avgjørende og straffeskjerpene retning.

Avgjørelsen illustrerer på en god måte at vilkåret i fjerde ledd er en ”kan”-regel. Høyesterett drøftet vilkåret, men valgte ikke å la den ha avgjørende betydning i helhetsvurderingen. I tillegg fremhevet førstvoterende betydningen av allmennpreventive forhold. Retten ønsket å signalisere hvor viktig det var å bekjempe ungdomskriminalitet, da avgjørelsen omhandlet seksuell omgang til samleie med to piker. Gjerningsmannen ble idømt 420 timer samfunnsstraff og et betydelig oppreisningsansvar.

¹⁴³ Rt. 2011 s. 1428, avsnitt 27.

¹⁴⁴ Rt. 2011 s. 1428, avsnitt 29

¹⁴⁵ Rt. 2011 s. 1428, avsnitt 33

¹⁴⁶ Rt. 2013 s. 734 avsnitt 19 og 20.

Rettspraksis har kun gitt en veiledning til en akseptabel aldersforskjell, men det finnes klare tilfeller hvor aldersforskjellen har vært for stor. I Rt. 2004 s. 1275 var gjerningsmannen 21 år mens fornærmede var under 14 år. Det var altså over syv års aldersforskjell. Høyesterett påpekte her at gjerningsmannen lå betydelig etter i utviklingen slik at han var på samme nivå som fornærmede.¹⁴⁷ Førstvoterende uttrykte imidlertid at en så stor aldersforskjell ikke kan aksepteres under noen omstendigheter – selv om de måtte være på samme nivå i utviklingen.¹⁴⁸ Her stadfestet Høyesterett det rettslige utgangspunktet; Det er ikke nok om partene kun er mentalt og fysisk på samme nivå hvis aldersforskjellen er for stor.

3.2.7.1.2 Oppsummering og vurdering

Det er ofte slik - som i Rt 2013 s. 734 - at selve aldersforskjellen ikke er av avgjørende betydning. Alderen må allikevel ses i sammenheng med partenes alderstrinn i tillegg til den fysiske og mentale utvikling. Av høyesterettspraksisen ovenfor kan det utledes at aldersforskjellen får større betydning desto yngre barnet er.

For å oppsummere høyesterettspraksisen er utgangspunktet partenes alder og deres reelle likeverdigheter i henhold til både fysisk og psykisk utviklingsnivå.¹⁴⁹ Partene bør imidlertid ha en gjensidig forståelse av den faktiske situasjonen. I tilfeller hvor overtredelsen bærer preg av systematisk utnyttelse vil problemstillingen om alder ofte falle bort – slik at jevnbyrdighet i alder og utvikling ikke fører til straffritak. Rettens vurdering består blant annet av en avveining av to kryssende hensyn; hensynet til unge personers seksuell utforskning med hverandre og hensynet av strafferettslig av barn mot seksuelle overgrep.

Etter min vurdering er Høyesterett tilstrekkelig streng i sine vurderinger. Selv om det finnes tilfeller hvor partene er jevnbyrdige i alder og utvikling, kan andre konkrete omstendigheter være avgjørende. Loven bør heller ikke endres slik at det gis en uttømmende oversikt over aksepterte aldersforskjeller, da loven bør gi rom for rettens skjønnsmessige vurderinger av de konkrete omstendighetene.

¹⁴⁷ Rt. 2004 s. 1275, avsnitt 13

¹⁴⁸ Rt. 2004 s. 1275, avsnitt 13 og 14

¹⁴⁹ Rt. 2011 s. 1428, avsnitt 18

Det er viktig at Høyesterett fremhever hvor sentral utnyttelse er i vurderingen – selv om gjerningsmannen er under 18 år. Avgjørelsen kan da fungere allmennpreventivt hvis ungdom får kunnskap om straffverdigheten og ser at andre blir straffet. Det er derfor viktig å kommunisere utviklingen av rettspraksisen med det sosiale landskapet som loven skal regulere.

4 Beviskrav i seksualforbrytelser mot barn

Norsk strafferett bygger på et grunnleggende prinsipp om skyldkrav som tilsier at ingen kan dømmes uten skyld – også kjent som uskyldspresumsjonen.¹⁵⁰ Gjerningsmannen må med andre ord ha handlet med tilstrekkelig subjektiv skyld som kan bevises utenfor enhver rimelig tvil. Dette kan uttrykkes på flere måter, men vanligste er at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Det betyr at de fakta som brukes i siktedes disfavør må anses som sikre av retten.¹⁵¹

Beviskravet er ikke lovfestet i straffeloven, men har blitt stadfestet gjennom sikker sedvanerett.¹⁵² Det er i tillegg regulert av EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14. nr. 2. Konvensjonene er inkorporert i norsk lovgivning, og har forrang ved motstrid med nasjonale bestemmelser jf. menneskerettsloven § 3. Det betyr at siktede ikke kan domfelles uten at retten med sikkerhet kan konkludere at tiltalte har begått overgrepet.¹⁵³

4.1.1 Kan ”rimelig tvil” verdisettes?

Rimelig tvil vilkåret bygger på det angloamerikanske prinsippet om ”reasonable doubt”. I juridisk litteratur er oversettelsen blir kritisert. En oversettelse av ”reasonable” kan også bety ”fornuftig”. Fornuftig og rimelig tvil kan imidlertid gi signaler om forskjellige verdier.¹⁵⁴

I amerikansk rett er det kommet frem til at tvil som kan begrunnes er den eneste rette måten å forstå ”rimelig tvil” på.¹⁵⁵ I norsk høyesterettspraksis er det uttalt at rent teoretisk tvil ikke kan

¹⁵⁰ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2006) s. 509-510

¹⁵¹ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2006) s. 510

¹⁵² Rt. 1998 s. 11, s. 19, Rt. 1992 s. 792, s 796 og Rt. 1978 s. 884 (hentet fra Nygård, Lars – Jonas ”17 dommere om beviskravet i strafferetten”)

¹⁵³ Eskeland, Ståle - Strafferett -2.utgave (2006) s. 510

¹⁵⁴ Nygård, Lars-Jonas - ”17 dommere om beviskravet i strafferetten”, side 1

tale i gunstig retning for siktede.¹⁵⁶ I tilfeller hvor retten kan konkludere med at det praktisk sett ikke er tvilsomt at siktede har utført overgrep, må det avsies en fellende dom.¹⁵⁷

Det vil alltid være mulig å trekke filosofisk tvil om enhver hendelse, da absolutt visshet vil sjelden forekomme i virkeligheten. Retten kommer aldri til å ha helt sikker kunnskap om seksualforbrytelsen. I juridisk litteratur er det uttalt at det ikke kan stilles krav om en absolutt visshet.¹⁵⁸ Retten må imidlertid føle seg trygg på sin avgjørelse. Retten skal være overbevist over at de har avsagt en riktig avgjørelse.

4.1.2 Min vurdering av beviskrav

Etter min vurdering fungerer gjeldende beviskrav tilfredsstillende, da det ikke finnes et adekvat alternativ. Det er fra enkelte hold uttalt at overgriperne slipper for lett unna. Det antydes at beviskravene er for strenge slik at det blir for vanskelige å domfelle gjerningspersonen. Det er imidlertid slik at blant alle rettssikkerhetshensyn er hensynet om at ingen uskyldige skal dømmes den som trolig rangerer høyest – også foran straffverdighet og prevensjon.¹⁵⁹

Et strengt beviskrav er med på å kvalitetssikre rettens avgjørelser. Det er et kjent uttrykk at man skal heller la ti skyldige gå fri enn at en uskyldig person blir dømt. Det er visst nok så at seksualforbrytelser mot barn er alvorlige overtredelser, men ut fra rettsferdighetsbetraktninger bør alle straffebud ha like strenge beviskrav. Det er ikke akseptabelt å ha et mildere beviskrav for seksualforbrytelser mot barn og et strengere på en annen overtredelse.

Andersen har presentert en ide om et forholdsmessig – også kalt glidende - beviskrav.¹⁶⁰ Han mente at beviskravet skulle skjerpes i takt med overtredelsens karakter og art. Han uttalte imidlertid at teorien blir vanskelig å praktisere, da det må kunne kreves høy grad av sikkerhet for å domfelle. Hovedargumentet er at lavere beviskrav vil trolig føre til uriktige domfellelser

¹⁵⁵ Nygård, Lars-Jonas - ”17 dommere om beviskravet i strafferetten”, side 2

¹⁵⁶ Rt. 1978 s. 884

¹⁵⁷ Rt. 1978 s. 884 og Lars-Jonas Nygård - ”17 dommere om beviskravet i strafferetten” - , side 2

¹⁵⁸ Andenæs, John , Norsk straffeprosess I og II - 3.utgave, Oslo 2000 s. 183

¹⁵⁹ Eskeland, Ståle, Strafferett 2. Utgave 2006, Kapittel XXI Rettssikkerhet og Straff s. 509

¹⁶⁰ Andersen, Kjell - Dømt til erstatning, frifunnet for straff (1999) - s. 57-59 - Nytt i strafferetten 2/1999 s. 1–

– selv om en endring i det materielle sannhetsprinsippet vil kunne bidra til en mer tjenlig rettsprosess.

Beviskravet bør heller ikke være for strengt, da det vil føre til at en rekke skyldige går fri. Hov har uttalt at motsatt fall – altså et for mildt beviskrav – vil føre til at rettspleien vil miste sin allmennpreventive effekt.¹⁶¹ Det er heller ikke ønskelig med andre alternativer - som et omvendt eller delt bevisbyrde - da dette hadde vært i motstrid med det grunnleggende prinsippet om at siktede er uskyldig til det motsatte er bevist.

5 Strafferammer og straffutmåling §§ 195 og 196

Straffelovens bestemmelser i kapittel 19 om seksualforbrytelser skiller mellom forskjellige straffbare seksuelle overgrep. Straffebudene skiller mellom handlinger av forskjellig art og alvorlighetsgrad, som igjen har betydning for hvor lang straff overgrepene kan medføre (strafferammen) og hvor lang straff overgriperen faktisk idømmes (straffutmålingen).¹⁶²

Forholdet mellom strafferammen og straffutmålingen er ikke regulert i straffeloven. Lovgiver gir retten et stort spillerom ved straffutmålingen, da det ikke finnes en generell bestemmelse som bestemmer hvilke hensyn som får avgjørende vekt i helhetsvurderingen.¹⁶³

5.1 Hva er en «strafferamme» - definisjoner

Strafferammene er yttergrensene - den nedre og øvre grensen- som retten må holde seg innenfor ved straffutmåling. Strafferammene gir i tillegg uttrykk for lovgivers syn på handlingens grovhet og straffverdighet. Innenfor disse yttergrensene er det rettens oppgave å utmåle en «riktig» og «passende» straff for hvert konkret tilfelle.¹⁶⁴ I straffeloven finnes det kun et straffebud, strl. § 100, som angir en bestemt straff som skal idømmes.

Strafferammene reguleres av det enkelte straffebud og lovens alminnelige regler i strl. § 17. Ved seksualforbrytelser - og samtlige andre straffebud - angir loven vide strafferammer som

¹⁶¹ Hov, Jo – Innføring i prosess 2 (2010) - kapittel 54.6 Bevisbyrde (beviskrav) – side 805

¹⁶² Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 1 s. 404

¹⁶³ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 1 s. 405

¹⁶⁴ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 454.

retten må følge. Straffebud som ikke angir enten nedre eller øvre strafferamme tilsier at lovens alminnelige strafferammer på, henholdsvis 14 dager og 15 år, skal anvendes jf. strl. §17.¹⁶⁵

Straffebudene uttrykker det rettslige utgangspunktet for rettens straffutmålingen, men det finnes unntak hvor domstolene gis enten adgang eller plikt til å fravike straffebudenes angitte strafferammer.

5.2 Rettens adgang til å fravike ordinære strafferammer.

5.2.1 Det rettslige utgangspunktet – strl. § 18 og 55

Det rettslige utgangspunktet er regulert strl. § 18. I henhold til bestemmelsen kan gjerningspersoner under 18 år kun straffes der ubetinget fengselsstraff er særlig påkrevd. Om tiltalte ikke er myndig i gjerningsøyeblikket har retten både adgang til å gå utenfor strafferammene.

Den lave alderen trekker i formildende retning slik at øvre strafferamme aldri anvendes i disse tilfellene, i tillegg til at nedre strafferamme kan fravikes jf. strl. § 55.¹⁶⁶ Bestemmelsene videreføres i straffeloven 2005 § 33.

5.2.2 Rettspraksis – Lav alder gir adgang til å fravike strafferammene.

Det rettslige utgangspunktet blir stadfestet i «Mobbedommen»¹⁶⁷. I avgjørelsen uttalte Høyesterett at domfelte på 15 og et halvt år ikke kunne forventes å ha samme evne som voksne til å bedømme konsekvensene av sine handlinger. Dermed måtte tiltaltes unge alder og mangel på modenhet ha vesentlig betydning for straffutmålingen.

Dette illustreres godt av avgjørelsen inntatt Rt. 2005 s. 29 - som omhandlet seksualforbrytelser mot barn under 14 år jf. strl. § 195. Gjerningspersonen på 17 år og 9 måneder hadde seksuell omgang med en knapt 13 år gammel jente. Domfeltes unge alder talte i en formildende retning slik at straffen lød på fengsel i to år, hvorav ett år betinget.

¹⁶⁵ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 1 s. 404

¹⁶⁶ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 436

¹⁶⁷ Rt. 1996 s.141

Retten bemerket imidlertid at en «fullvoksen mann» ville mest sannsynlig fått to år ubetinget fengsel i samme situasjon.¹⁶⁸ Med «fullvoksen mann» siktes det normalt til menn i tjue-årene jf. Rt. 1996 s. 50.

5.2.3 Den generelle strafferammen

Straffelovens § 17 angir de generelle strafferammene. Hovedregelen er at retten kan idømme en fengselsstraff fra 14 dager og inntil 15 år. I særskilte tilfeller er det imidlertid adgang til å idømme en straff inntil 21 og 30 år.

Oppgaven for lovgiver er å sette strafferammer som rammer hele spekteret av handlingens grovhet, da det ved seksualforbrytelser kan være både skjerpende og formildende omstendigheter. Lovgiver ivaretar dette hensynet med å sette vide strafferammer, slik at retten kan fastsette en «passende» straff til hvert konkret tilfelle.¹⁶⁹

Strafferammene i bestemmelsene øker normalt i takt med handlingens alvorlighetsgrad. Seksualforbrytelser er fordelt etter alvorlighetsgrad i strl. § 201 (seksuelt krenkende atferd), strl. § 200 (seksuelle handlinger) og §§195 og 196 (seksuell omgang).

Paragraf 17 annet ledd er imidlertid ikke aktuell i dag, da det ikke finnes tidsubegrensede fengselsstraffer. Hvorfor lovgiver ikke fjernet annet ledd samtidig som livstidsstraffen ble fjernet er uvisst.¹⁷⁰ På den andre siden kan det argumenteres for at forvaring kan anses som en slags tidsubestemt fengselsstraff.¹⁷¹

5.2.4 Strafferammene ved seksualforbrytelser - §§ 195 og 196

Sedelighetskapitlet ble sist revidert ved lov av 25.juni 2010 nr. 46 hvor hovedformålet var å heve straffenivået. Lovgiver hevet straffenivået ved å høyne minimumsstraffen i § 195, slik at minstestraften ble tre års fengsel for seksuell omgang med barn under 14 år.

Bestemmelsen § 196 - seksuell omgang med barn under 16 år - har imidlertid ingen minstestraft. Øvre strafferammen for seksualforbrytelser varierer generelt fra ett til 21 års

¹⁶⁸ Rt. 2009 s. 29, avsnitt 15.

¹⁶⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) – s. 454 og Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett - 5 utgave (2004) – s. 76

¹⁷⁰ www.lovkommentar.no, kommentar til strl. § 17

¹⁷¹ www.retsdata.no, note 90 til strl. § 17

fengsel, mens den øvre strafferammen for §§ 195 og 196 er henholdsvis 15 og 21 år ved særlige tilfeller.¹⁷²

Seksualbruddlovutvalget har uttalt at straffnivået for grove overgrep mot barn har vært for lavt slik at en heving av strafferammene vil gi et signal om skjerping av straffnivået. Strafferammene for grove seksuelle overgrep er meget vide, og kan skjerpes innenfor rammene av de gjeldende strafferammene. Det vil si at straffeutmålingen kan skjerpes uten at det vil være nødvendig å anvende den øvre strafferammen, og derfor ble det ikke gitt forslag om å heve den øvre grensen.¹⁷³

Strafferammene har blitt forhøyet med sikte på å skjerpe reaksjonsnivået for grove seksuelle overgrep, og utvalget mener at en ytterligere forhøyelse av de alminnelige strafferammene vil ha liten til ingen effekt som straffskjerpingsinstrument.¹⁷⁴

5.2.5 Strafferammer – Gjenspeiles det faktiske straffnivået?

Strafferammene i loven gjenspeiler imidlertid ikke det faktiske straffnivået. Straffene som idømmes ligger i all hovedsak i nedre del av straffebudets strafferamme. Dette er en naturlig konsekvens av vide strafferammer som skal gi rom for rettens skjønn til å gi tilfredsstillende straff i det aktuelle tilfellet som skal pådømmes.

I seksualforbrytelser er det imidlertid vanlig at straffelovens alminnelige bestemmelser om forhøyede straffer brukes. Dette kan begrunnes med konkurrans hvor gjerningspersonens handling rammes av flere straffebud som verner vesensforskjellige interesser eller at tiltalte idømmes straff for flere unike handlinger.

Som gjennomgått kapittel 7 er hovedregelen etter ordlyden i § 62 at lengstestrafen kan overstige den strengeste lengstestrafen med inntil det dobbelte. Gjerningspersonen kan enten ha overtrådt flere forskjellige straffebud som verner ulike interesser eller bli domfelt for en forskjellige rekke handlinger. Ved real- og idealkonkurrens, heves både nedre og øvre strafferamme i henhold til strl. § 62. Hvor mye strafferammene heves beror på hvilke

¹⁷² Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 454

¹⁷³ NOU 1997 : 23, Seksuallovbrudd - punkt 3.4.2

¹⁷⁴ NOU 1997 : 23, Seksuallovbrudd - punkt 3.4.2

straffebestemmelser som brukes.¹⁷⁵

Nedre strafferamme skal være høyere enn den høyeste nedre strafferamme for det enkelte forhold tiltalte blir dømt for. Strl. § 7 angir 14 dagers fengselsstraff som lovens minimum, som betyr at ved konkurrenstilfeller kan det nedre ytterpunktet ikke være mindre enn 15 dagers fengsel.¹⁷⁶

Øvre strafferamme kan være inntil dobbelt så høy som det straffebudet som har den strengeste øvre strafferammen. I juridisk litteratur er det imidlertid uttalt at straffelovens § 62 skal tolkes innskrenkende, da øvre strafferamme ikke skal overstige summen av de øvre strafferammene for handlingen tiltalte dømmes for.¹⁷⁷ Eksempelvis kan to forhold isolert sett ha henholdsvis tre og ti års fengsel, slik at øvre strafferammen blir 13 år, og ikke 15 års fengsel som paragraf 62 tilsier.¹⁷⁸

Maksimum forhøyet strafferamme under alle omstendigheter er 20 år, med mindre minst ett av forholdene kan straffe med 21 års fengsel jf. strl. § 17 litra b.

5.2.6 Strafferammene ved gjentakelse av seksualforbrytelser mot barn

Straffelovens § 61 regulerer strafferammene ved gjentakelse. Gjentakelse av seksualforbrytelser mot barn kan bety at maksimumsstraffen i straffebudet forhøyes til det dobbelte – med mindre annet er bestemt i straffebudet.

I henhold til barnets strafferettslige vern mot seksualforbrytelser er straffelovens § 61 av sentral betydning, da det er individualpreventive hensyn som begrunner straffeskjerpelsen.¹⁷⁹ Derfor er gjerningspersonens subjektive skyld, handlingens objektive grovhet og andre omstendigheter ved gjerningspersonen relevante faktorer i vurderingen om straffen bør skjerpes.¹⁸⁰

¹⁷⁵ jf gjennomgang i kapittel 7 - Konkurrens

¹⁷⁶ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 414, punkt 3.

¹⁷⁷ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 414-415, punkt 3.

¹⁷⁸ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) side 414 som henviser til Andenæs: Alminnelig strafferett - s. 404

¹⁷⁹ Ot. prp. Nr 62 (2002 -2003) s. 94 og Rt. 2005 s. 1186 - avsnitt 17

¹⁸⁰ Ot. prp. Nr 62 (2002 -2003) s. 94 og <http://www.paragrafen.no/?id=187>

Paragraf 61 er en relativt ny bestemmelse som ble endret ved lov av 4. juli 2003.

Lovendringen skulle signalisere at straffeutmålingen ved gjentakelse av straffbare forhold av samme art skulle skjerpes jf. Rt. 1997 s. 1976. Bestemmelsen i § 61 erstattet flere spesialbestemmelser som regulerte skjerpet straff som følge av gjentakelse av straffbare forhold.

Videre ble strl. § 62 - som regulerer konkurrenstilfellene - endret slik at gjentakelse- og realkonkurrenstilfellene samsvarte i henhold til skjerpet straff. Maksimumsstraffen ved realkonkurrens ble som kjent inntil det dobbelte. Formålet med lovendringen, var i følge Rt. 2005 s. 1185 avsnitt 15, å redusere ”kvantumsrabatten” i konkurrenstilfellene.¹⁸¹

Bestemmelsen forutsetter at tiltalte er tidligere domfelt for et forhold av ”samme art”¹⁸² som den handlingen som er til behandling. Retten må foreta en skjønnsmessig vurdering hvorvidt det tidligere forholdet er av ”samme art” som seksualforbrytelsen som er til pådømmelse i saken.¹⁸³

Et annet sentralt moment i vurderingen er om straffebudene verner de samme interessene. I utgangspunktet kan det være en pekepinn at straffebudene befinner seg i det samme kapitlet i straffeloven. Flere av bestemmelsene i sedelighetskapitlet verner imidlertid vesensforskjellige interesser.¹⁸⁴

Ytterligere må seksualforbryteren ha oppfylt tre andre vilkår jf. § 61. Han må for det første være myndig da handlingen ble begått. I tillegg må gjerningspersonen ha påbegynt eller fullbyrdet soningen for den første handlingen før den andre handlingen ble begått. Endelig må det andre overgrepet skje innen en viss tid etter at straffen for den første handlingen er fullbyrdet.

Vilkårene i paragraf 61 har blitt kritisert i juridisk litteratur.¹⁸⁵ Kritikerne har reist spørsmål om hvorfor soningen må være delvis påbegynt/helt fullbyrdet, da det avgjørende bør være om dommen er avsagt eller rettskraftig. Etter min vurdering har kritikken mye for seg, da det

¹⁸¹ <http://www.paragrafen.no/?id=187>

¹⁸² Strl. § 61 - første punktum.

¹⁸³ <http://www.paragrafen.no/?id=187>

¹⁸⁴ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 416, punkt 4.

¹⁸⁵ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 417, punkt 4.

seksuelle overgrep er like straffverdig uavhengig om gjerningsmannen har påbegynt eller fullbyrdet soningen. Det er heller ikke gjort endringer i denne bestemmelsen, da regelen videreføres i all hovedsak i den nye straffelovens § 79.

5.3 Straffutmåling: Strafferettslige (materielle) og straffeprosessuelle rettsvirkninger

Til strafferammene knytter det seg til flere strafferettslig materielle og prosessuelle rettsvirkninger. Strafferettslig kan strafferammen kan være avgjørende for foreldelsesfristen jf. strl. §§ 67 og 68. Straffeprosessuelt vil strafferammene ha betydning for adgangen til varetektsfengsling og tvangsinngrep under etterforskningen, rettens sammensetning og retten til å overprøve en straffedom av en høyere domstol ved anke.¹⁸⁶ Ellers er strafferammene av betydning for hvilken påtalemyndighetsinstans som kan utferdige tiltalen og gi påtaleunntatelse.¹⁸⁷

5.4 Straffutmålingspraksis i forhold til §§ 195 og 196

Særlig ved grove seksualforbrytelser mot barn gir straffeloven – med alminnelige strafferammer, konkurrenstilfellene og bestemmelser om adgang til å fravike de alminnelige strafferammene - retten et stort spillerom for straffutmålingen.¹⁸⁸ Strafferammene er imidlertid kun «spillereglene» som retten må følge.

Spørsmålet som har blitt reist i oppgaven er hvordan Høyesterett vektlegger forskjellige straffutmålingsfaktorer i straffutmålingen. I høyesterettspraksis er det fastsatt visse faktorer som normalt bør vektlegges ved straffutmålingen. Det kan imidlertid ikke gis en uttømmende liste over momenter, da hvert tilfelle må vurderes individuelt.

For å avklare problemstillingen er det i de neste avsnitt gått grundig gjennom nyeste rettspraksis. I de neste avsnittene er det redegjort for både generelle og særlige straffutmålingsfaktorene i seksualforbrytelser mot barn, og dernest er de viktigste avgjørelsene på området blitt behandlet.

¹⁸⁶ NOU 1997: 23 - Seksuallovbrudd – s. 10, punkt 3.4.1

¹⁸⁷ NOU 1997: 23 - Seksuallovbrudd – s. 10, punkt 3.4.1

¹⁸⁸ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - side 421

5.5 Straffutmålingsfaktorer ved seksualforbrytelser mot barn.

Det finnes ingen uttømmende liste for straffutmålingsfaktorer, men det er flere momenter som har gått igjen i høyesterettspraksis ved overtredelse av §§ 195 og 196.¹⁸⁹ Hovedregelen er at hvert tilfelle må gjennom en konkret helhetsvurderingen hvor straffutmålingsfaktorene vurderes samlet. Straffutmåling er – som uttalt av Bratholm - antakelig en vektlegging mellom hundrevis av forskjellige hensyn.¹⁹⁰

De overordene hensynene for straff er prinsippene om likhet, forholdsmessighet og individual- og allmennprevensjon. Det er derfor klart at disse hensynene kan anvendes i straffutmålingen.¹⁹¹ Det kan allikevel oppstå problemstillinger rundt disse hensynene. Individual – og allmennprevensjon er to hensyn som kan trekke i hver sin retning.

Vi har imidlertid for liten kunnskap om hvilken effekt en straff kommer til å ha på overgriperen i hvert konkret tilfelle. Med individualpreventiv effekt kan være snakk om sammenhengen mellom straffenivå og tilbakefall. Vi har lite kunnskap rundt sammenheng av strenge straffer og tilbakefall hos overgriperne.¹⁹²

Det er imidlertid bevist at mange seksualforbrytere får tilbakefall, og gjentar overtredelsene.¹⁹³ Etter en grundig gjennomgang av nyere høyesterettspraksis er det ikke funnet avgjørelser hvor individualpreventive hensyn taler i skjerpende retning. Det finnes imidlertid tilfeller hvor retten anvender individualpreventive hensyn i formildende retning.¹⁹⁴

Straff fungerer allmennpreventivt når domstolenes avgjørelser påvirker samfunnets atferd, og ikke kun de som blir dømt. At en lov fungerer allmennpreventiv – og etter sitt formål – er betinget av at den lander i et riktig sosialt landskap.¹⁹⁵ I tilfeller hvor Høyesterett anvender allmennpreventive hensyn, benytter retten seg ofte av begrep som befolkning, rettsikkerhet, generalprevensjon og alminnelige lovlydighet.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) – side 421

¹⁹⁰ Bratholm, Strafferett og samfunn s. 591

¹⁹¹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 421

¹⁹² Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2 s 424-426

¹⁹³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/19971998/stmeld-nr-27-1998-/5/5.html?id=316281>

¹⁹⁴ Se punkt om etterfølgende opptreden

¹⁹⁵ Mathiesen, Thomas - Retten i samfunnet – innføring i retts sosiologi s. 73 og s. 173.

¹⁹⁶ Eksempel fra Rt. 1970 s. 904: «Ved en forbrytelse av en så graverende art må ... hensynet til befolkningen, til

Forholdsmessighetsprinsippet på sin side går ut på at straffen skal stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet.¹⁹⁷ Det sies gjerne at et sanksjonssystem bør utformes slik at det ikke reageres strengere enn det behovet tilsier, men i seksualforbrytelser mot barn taler den vernede interessen i retning av at overtredelsen skal straffes særdeles strengt.¹⁹⁸ Normalt vil ikke Høyesterett begrunne straffeutmålingen med forholdsmessighetsprinsippet. Høyesterett uttrykker dette implisitt ved å uttale at straffen enten ikke er «tilfredsstillende», «passende» eller «tilstrekkelig».¹⁹⁹

Endelig er likhetsprinsippet et sentralt hensyn ved straffutmålingen, som tilsier at like saker skal resultere i samme straffutmåling. Dette hensynet er imidlertid vanskelig å ivareta i seksualforbrytelser mot barn, da få saker er tilstrekkelig like.

Høyesterett har i noen tilfeller foretatt straffeutmålinger i henhold til likhetsprinsippet som er vanskelige å forstå. I Rt. 1999 s. 362 mente førstvoterende at straffutmålingen i ranssaker kunne ha overføringsverdi til seksualforbrytelser. Annenvoterende kritiserte begrunnelsen til førstvoterende. Kritikken fra annenvoterende har mye for seg, da han bemerket at «sentrale trekk ved forbrytelseskategoriene voldtekt og ran er så pass forskjellige at utmålingspraksis i ranssaker ikke uten videre kan være retningsvisende for voldtektssaker».²⁰⁰

Etter min vurdering bør voldtekt og seksualforbrytelser mot barn anses som grovere overtredelser enn ran. Påstanden er diskutabel, men skadevirkningene etter et grovt seksuelt overgrep mot et lite barn vil normalt være mer alvorlige enn hos fornærmede som blir ranet. Bestemmelsene har i tillegg som formål å verne vesensforskjellige interesser. Avgjørelser som omhandler ran bør etter min mening ikke anvendes som sammenligningsgrunnlag for straffutmåling i seksualforbrytelser mot barn.

Punktene nedenfor er gitt som en samlet oversikt av de mest typiske straffeutmålingsfaktorene som har gått igjen i høyesterettspraksis.

rettssikkerhet og generalprevensjon tillegges den avgjørende vekt.» Sitat hentet fra Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) – s. 427.

¹⁹⁷ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 427

¹⁹⁸ NOU 2013 : 15 – Fra bot til bedring - punkt 10

¹⁹⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) – s. 427

²⁰⁰ Rt. 1999 s. 362

5.5.1 Den subjektive skylden hos gjerningspersonen

Sedelighetskapitlet har ingen særbestemmelse i henhold til den subjektive skylden hos gjerningspersonen. Dette innebærer at straffebudene §§ 195 og 196 forutsetter forsett hos overgriperen jf. strl. § 40. Forsett er som kjent ikke legaldefinert i straffeloven, men det foreligger bred enighet om at forsett foreligger om gjerningspersonen holder det som sikkert eller overveiende sannsynlig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og at et eventuelt straffbart følge vil inntreffe.^{201 202}

Med andre ord må gjerningspersonen forstå at overgrepet var en straffbar handling i gjerningsøyeblikket. Det er ikke et vilkår at gjerningspersonen har sikker kunnskap om følget av handlingen i gjerningsøyeblikket, da det alltid kan skje noe som forandrer hendelsesforløpet i en annen retning enn forutsatt.²⁰³ Normalt vil det allikevel sies at følgen er sikker, og en overveid seksualforbrytelse mot barn vil bedømmes strengere enn spontane handlinger.

Den subjektive skylden må vurderes ut fra gjerningspersonens synspunkt om hvordan gjerningspersonen vurderte situasjonen. Derfor må retten også ta i betraktning tiltaltes personlige forutsetninger som alder, intelligens, oppvekstvilkår og andre eventuelle avvik. Ved seksualforbrytelser mot barn har lovgiver tatt særlig hensyn til alder, da gjerningspersonen kan slippe straff om partene er jevnbyrdige i både alder og modenhet jf. §§ 195 og 196.

5.5.2 Seksualforbryterens tidligere og etterfølgende opptreden

Hvis domfelte er tidligere straffet vil det i de fleste saker være en skjerpene omstendighet. Det vil være en skjerpene omstendighet uavhengig om overtredelsen er en gjentakelse av det samme straffbare forholdet – her seksualforbrytelser mot barn.²⁰⁴ Hendelsene kan tas i

²⁰¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) - punkt 16.2.2 – Forsett er utviklet gjennom rikholdig rettspraksis og forarbeider.

²⁰² Da forsettsbegrepet ikke er legaldefinert har innholdet blitt i all hovedsak utviklet gjennom rettspraksis. I straffeloven 2005 har forsett imidlertid blitt delvis definert i nye strl. § 22.

²⁰³ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 268, punkt 5.2 Den generell forsettslæren

²⁰⁴ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 441, punkt 2.3.9 Tidligere atferd

betraktning selv om de straffbare forhold ikke har ført til straff.²⁰⁵

En annen straffutmålingsfaktor utenfor selve handlingen er hvordan gjerningspersonen opptrer seg etter overgrepet. Etterfølgende opptreden kan vurderes av retten i enten formildende eller skjerpene retning.

5.5.3 Etterfølgende opptreden som taler i straffeformildende retning

I utgangspunktet kan det tale i formildende retning om gjerningspersonen prøver å rette opp det straffbare forholdet han har gjort.²⁰⁶ Gjerningspersonens uforbeholdne tilståelse kan være et forhold hvor gjerningspersonen prøver å rette opp det straffbare forholdet. En slik tilståelse kan virke straffenedsettende jf. straffelovens § 59.²⁰⁷ Før var grunnvilkåret at overgriperen handlet før han hadde kunnskap om å være mistenkt. Regelen ble imidlertid endret til at en uforbeholden tilståelse uansett kunne vurderes som straffenedsettende.²⁰⁸

Det er viktig å bemerke at dette er en «kan»-regel, da retten ikke har noen plikt til å vurdere en uforbeholden tilståelse i straffeformildende retning. Hensynet bak straffenedsettelsen er at offeret slipper å lide seg gjennom en rettssak, hvor hendelsen blir gjennomgått i detalj samt unngå følelsen av ikke å bli trodd.

5.5.4 Etterfølgende opptreden som taler i straffeskjerpene retning

Gjerningspersonens etterfølgende opptreden kan også tale i straffeskjerpene retning. I Rt. 2010 s. 53 hadde fornærmede prøvd å fortsette å ha seksuell omgang med et barn under 14 år etter siktelsen. Retten vektla gjerningspersonens etterfølgende opptreden i straffeskjerpene retning, da han ikke selv tok initiativ til å avslutte den seksuelle relasjonen. Gjerningsmannen hadde i tillegg prøvd å tilby betaling mot seksuell omgang med fornærmede.

5.5.5 Delvurdering av gjerningspersonens etterfølgende opptreden

I Rt. 2002 s. 993 er det uttalt at retten må vurdere hvilken vekt en uforbeholden tilståelse skal

²⁰⁵ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - s. 441, punkt 2.3.9 Tidligere atferd

²⁰⁶ Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett - 5.utgave, s 472

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 44

²⁰⁸ www.lovkommentar.no, kommentarer til andre ledd av strl. § 59

tillegges beror på de konkrete omstendighetene. I avgjørelsene som er behandlet i de neste avsnitt har Høyesterett normalt gitt relativt store strafferabatter ved en uforbeholden tilståelse. Høyesterett uttrykket at hensynet om å en alvorlig sak raskt oppklart er av stor betydning for offeret og pårørende. Dette hensynet er etter min vurdering ikke tungtveiende nok til å virke straffenedsettende.

Etter mitt syn taler de konkrete omstendighetene i seksualforbrytelser mot barn imot at en uforbeholden tilståelse bør anvendes i formildende retning. Det er visst nok så at offeret slipper å bevise at overgrepet skjedde, men det er allikevel slik at retten skal gi en korrekt straff i hvert tilfelle. I mine øyne bør ikke overgriperen belønnes for sin tilståelse, da seksualforbrytelser mot barn er svært alvorlig.

Videre er det i avgjørelsen uttalt av Høyesterett at en uforbeholden tilståelse i saker hvor det er få sikre bevis om overgrepet vil tale sterkt i formildende retning. I dette tilfellet er jeg i det vesentlige enig med gjeldende rett, da det er viktigere å få straffet vedkommende enn at han går fri.

I Rt. 2002 s. 478 taler hensynet om en forenklet hovedforhandling for at en uforbeholden tilståelse skal kunne gi straffenedsettende virkning. I seksualforbrytelser mot barn anser jeg at både offeret og pårørende føler at en korrekt straff er av viktigere betydning enn at rettsprosessen tar tid.

Et annet hensyn som taler imot straffenedsettelse er at siktede kan trekke tilbake sin tilståelse. Dersom tiltalte trekker tilståelsen, taper man de prosessuelle besparelsene, da saken ikke kan avgjøres ved en tilståelsesdom i disse tilfellene. Dette innebærer at bevisførselen under hovedforhandlingen vil bli mer omfattende enn ved uforbeholden tilståelse.²⁰⁹ Ved tilbakekall av tilståelse kan imidlertid retten enda vektlegge tilståelsen til en viss grad.

Regelen om uforbeholden tilståelse blir videreført i den nye straffeloven.²¹⁰ Lovutvalget ønsket imidlertid å ha legaldefinert rabatt for uforbeholden tilståelse i bestemmelsen, men møtte massiv motstand under høring. Jeg er enig med utvalget i at lovteksten bør ha en slik legaldefinisjon, men det bør legges til et unntak om at straffenedsettelse ikke kan anvendes i

²⁰⁹ www.lovkommentar.no kommentarer til andre ledd av straffelovens § 59.

²¹⁰ NOU 2002 : 4

særlige grove overtredelser som drap og seksualforbrytelser mot barn.

5.5.6 Alder – aldersforskjell mellom partene

Partenes alder er en helt sentral straffutmålingsfaktor i seksuelle overgrep mot barn. Offerets alders er av betydning for hvorvidt straff skal i dømmes etter §§ 195 eller 196 – i tillegg til at tiltaltes alder kan tale i enten skjerpene eller formildende retning. Seksuell omgang med barn under 14 år gir i utgangspunktet strengest straffutmåling.

I tilfeller hvor aldersforskjellen mellom partene er liten kan dette som kjent tale i formildende retning, da jevnbyrdighet i alder og utvikling kan virke straffenedsettende eller gi straffefritak jf. §§ 195 og 196.²¹¹ Vilkåret er kumulativt, og jevnbyrdighet i alder vil ikke i seg selv være nok.

I Rt. 2002 s. 1350 og Rt. 2002 s. 785 ga Høyesterett et signal om at aldersforskjell var av vesentlig betydning for straffutmålingen. I Rt. 2002 s 1350 – hvor gjerningsmannen var 25 år og fornærmede var under 14 år - sammenlignet førstvoterende den aktuelle saken mot overgrepene i Rt. 2002 s. 785. I Rt. 2002 s. 785 var tiltalte 20 år mens fornærmede var 13 år og 9 måneder.

Aldersforskjellen var altså litt over seks år, og retten vurderte den seksuelle omgangen som samleie mellom et barn og en ungdom. I Rt. 2002 s. 1350 var aldersforskjellen ca. det dobbelte - og i følge Høyesterett - ikke i nærheten av å kunne begrunne straffefritak.

Etter min vurdering er Høyesterett lite konsekvent med vurdering av alder. Jeg har tidligere nevnt Rt. 1996 s. 50 hvor en «fullvoksen mann» ble – i følge Høyesterett - vurdert å være menn i begynnelsen av tjue-årene. Det kan derfor rettes kritikk mot Høyesteretts vurdering i Rt. 2002 s. 785, da Høyesterett i dette tilfellet mente at gjerningspersonen var en ungdom i en alder av 20 år - og at alderen bør tale i formildende retning. Det er allikevel slik at ingen saker er like, og at Høyesterett har vurdert de konkrete omstendigheter rundt domfeltes person som avgjørende.

²¹¹ Se tidligere gjennomgang av ”jevnbyrdighet i alder og utvikling”

Høyesterett kom til motsatt resultat i Rt. 2006 s. 40 hvor en aldersforskjell på over syv år ble ansett å være for mye til å virke straffenedsettende. Partenes modenhet i forhold til hverandre er normalt en faktor av betydning i tilfeller hvor det er vanskelig å avgjøre om aldersforskjellen er for stor. I tilknytning til aldersvurderingen må retten ofte også vurdere partenes kjæresteforhold. Om partene var kjærester kan retten vurdere forholdet i straffeformildende retning. Dette gjelder kun hvis aldersforskjellen mellom partene ikke er for stor, og at de var på samme nivå i utviklingen.²¹²

I Rt. 2002 s. 785 ble det uttalt at alderen kan tale i formildende retning ved straffutmålingen – også ved tilfeller hvor aldersforskjellen er for stor til å være tilstrekkelig nær i alder og utvikling.²¹³ Vurderingen av hvilken betydning aldersforskjellen har vil være en skjønnsmessig vurdering i en samlet helhetsvurderingen med andre konkrete straffutmålingsfaktorer.²¹⁴

I overnevnt avgjørelse – Rt. 2002 s. 785 - konkluderte Høyesterett at aldersforskjellen mellom en 20 år gammel mann og 13 år og 9 måneder gammel jente ikke var for stor, da partene var i et kjærestelignende forhold. Konklusjonen baserte seg på en konkret helhetsvurdering. Partene hadde vært i et lengre forhold og aldersforskjellen var ikke ”*svært stor*”, og det fortrolige forholdet mellom partene mildnet handlingens grovhet.²¹⁵

Aldersforskjellen i avgjørelsen var imidlertid for stor til å gi straffefritak etter § 195, da partene ikke var jevnbyrdige i alder og utvikling. Førstvoterende brukte allikevel aldersforskjellen i formildende retning i straffutmålingen. Gjerningspersonen ble idømt for ett års fengsel - hvorav 30 dager var betinget. Avgjørelsen signaliserer etter min vurdering at seksuell omgang med barn under 14 år har høy straffverdighet uavhengig av aldersforskjell og kjæresteforhold, da ett års fengsling er en relativt streng straff.

I høyesterettspraksis har det blitt uttalt at det kan være aktuelt med en deldom - med en relativt langt betinget del - i tilfeller hvor aldersforskjellen er akseptabel og partene er kjærester.²¹⁶ Det er imidlertid vanskelig å utlede en konkret grense for en akseptabel

²¹² Se tidligere gjennomgang av ”jevnbyrdighet i alder og utvikling”

²¹³ Rt. 2002 s. 785, på side 787

²¹⁴ Rt. 2002 s. 785, på side 787

²¹⁵ Rt. 2002 s. 785

²¹⁶ Rt. 2005 s. 564

aldersforskjell fra høyesterettspraksis.

Endelig kan også domfeltes alder i seg selv være trekk ved domfelte som taler i formildende retning.²¹⁷ Domfeltes alder skal i utgangspunktet ha liten selvstendig betydning, da barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep har som formål å beskytte barnets mindreårighet som sådan.

I Rt. 1995 s. 1894 hadde tiltalte ikke fylt 17 år i gjerningsøyeblikket, og ble ansett som umoden for alderen. Høyesterett vurderte tilfellet som formildende, da gjerningspersonen ikke hadde evne til å forstå hva den straffbare handlingen innebar.

Om tiltalte er en eldre person²¹⁸ vil retten kunne gi ubetinget fengsel – særlig i tilfeller hvor overgrepet skjedde for lenge siden. For eldre gjerningspersoner vil straff imidlertid være mer belastende enn for andre, og har blitt ansett som en rimelig regel.²¹⁹ Regelen kan imidlertid være gjenstand for kritikk. Om gjerningspersonen er i stand til å begå et seksuelt overgrep mot et barn, er han etter min vurdering også i stand til å sone straffen.

For at regelen skal anses som god, bør den anvendes forholdsmessig i forhold til utmåling av straff og oppreisning. I tilfellene hvor retten mener at gjerningspersonen er for gammel for fengsling, bør fornærmede etter mitt syn få vesentlig større oppreisning.

Det vil trolig ikke være nok for fornærmede at retten anser forholdet som straffverdig, og at den i utgangspunktet bør straffes, om gjerningspersonen i realiteten går fri. Et annet resultat enn økt oppreisning vil etter min vurdering stride med hensynene som taler for det økte strafferettslige vernet barnet skal ha mot seksuelle overgrep.

5.5.6.1 Utnyttelse av tillit, stilling mv.

Et kjent tilfelle fra media i 2013 er «Vågå-saken»²²⁰ hvor en ordfører utnyttet sin stilling og fornærmedes tillit til å gjennomføre seksuell omgang, som illustreres godt i følgende sitat:

²¹⁷ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2.3.8 s. 435

²¹⁸ Fra ca 70 år og oppover.

²¹⁹ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2.3.8 s. 435

²²⁰ Rt. 2013 s. 1211

«Jeg legger betydelig vekt på at A, ved å tilby fornærmede å ta del i spennende og interessante opplevelser knyttet til hans verv som ordfører, har misbrukt sin fremtredende offentlige stilling for å oppnå den seksuelle omgangen med fornærmede. Tillitsbruddet er særlig sterkt overfor fornærmede og hennes foreldre, som hadde grunn til å tro at deres datter var i trygge hender hos A». ²²¹

Av sitatet er det klart at Høyesterett anså tillitsforholdet og utnyttelse av stillingen til å være av vesentlig betydning for straffutmålingen. Også ved tidligere avgjørelser har tiltaltes systematiske utnyttelse vært vurdert som straffeskjerpene, da gjerningspersonen ønsket – og sikte på - å bygge opp fortrolighet og tillit. ²²²

I dette tilfellet vurderte Høyesterett ordførerens adferd som kynisk og planlagt utnyttelse. Høyesterett uthevet at ordføreren hadde manipulert fornærmede til å innlede et seksuelt forhold med en jevnaldrende gutt. Forholdet ble skissert av ordføreren for å unngå mistanke mot seg selv. ²²³ Retten anså manipuleringen som klart straffeskjerpene, da dette underbygde planmessigheten i hans overtredelser og var en grov krenkelse av både offeret og den jevnaldrende gutten.

5.5.7 Omfanget av seksuell omgang og bruk av prevensjonsmidler.

En av straffutmålingsfaktorene som kan tale i straffeskjerpene retning er omfanget av seksuell omgang og om gjerningsmannen brukte kondom. ²²⁴

I Vågå-saken tilsa det store antallet samleier over et lengre tidsrom at overtredelsen ikke var en impulshandling av ordføreren. ²²⁵ Omfanget av samleiene talte tvert imot for at viljen til å gjennomføre seksualforbrytelsene hadde vært ”vedvarende og sterk”. ²²⁶

Videre var det i denne avgjørelsen - og i rikholdig høyesterettspraksis - uttalt at manglende

²²¹ Rt. 2013 s. 1211, avsnitt 27

²²² Rt. 2006 s. 40 og Rt. 2009 s. 140

²²³ Rt. 2013 s. 1211, avsnitt 26-28

²²⁴ Rt. 2013 s. 2011, avsnitt 29

²²⁵ Rt. 2013 s. 2011

²²⁶ Rt. 2013 s. 2011 avsnitt 21

bruk av prevensjon er av betydning.²²⁷ Det at barnet står i fare for å bli smittet av kjønnssykdommer - eller bli gravid - er det straffeskjerpene med kun et samleie uten prevensjon. Det vil tale i ytterligere straffeskjerpene retning om fornærmede utsettes for gjentatte samleie uten prevensjon, da sannsynligheten for graviditet/smitte øker i takt med omfanget.

I disse tilfellene er det av betydning at overføring av kjønnssykdommer og muligheten for graviditet er tilstede. Det er kan tale i ytterligere straffeskjerpene retning om gjerningspersonen visste om egne kjønnssykdommer i gjerningsøyeblikket jf. strl. § 195 (2) litra e.

5.5.8 Domfeltes person – personlige forutsetninger som straffeutmålingsfaktor

Retten har ved flere avgjørelser vurdert personlige forutsetninger som en straffeutmålingsfaktor. Personlige forutsetninger som hudfarge, rase, religiøs tro og seksuell legning vil som hovedregel aldri være av betydning for straffeutmålingen.²²⁸ Det er ikke gitt noen positivt uttømmende liste over hvilke personlige forutsetninger som kan vektlegges, men forhold som (lav) intelligens, sinnssykdom, vanskelige oppvekstvilkår og mangler ved følelseslivet er momenter som går igjen i høyesterettspraksis.²²⁹

I Rt. 1994 s. 900 ble personlige forhold som livssituasjon, sterk grad av umodenhet og problematisk oppvekst ansett som straffeutmålingsfaktorer. I avgjørelsen talte disse forholdene i straffeformildende retning. I juridisk litteratur er det imidlertid kommentert at som hovedregel bør oppvekstvilkår være av liten betydning for straffeutmålingen i alvorlige seksualforbrytelser mot barn.²³⁰

Det bør med andre ord mye til for at retten tar hensyn til oppvekst og andre lignende personlige forhold. Det kan imidlertid være av betydning om domfelte selv har blitt utsatt for en oppvekst med seksualforbrytelser.

²²⁷ Illustrerende eksempel Rt. 2008 s. 890, avsnitt 10

²²⁸ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2.3.8 s. 435 flg.

²²⁹ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2.3.8 s. 435 flg.

²³⁰ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2004) -punkt 2.3.8 s. 438, delpunkt 7

Et slikt tilfelle var oppe i Høyesterett i Rt. 2009 s. 324. Saken gjaldt straffutmåling for flere tilfeller av seksuell omgang med en jente på 10 år jf. strl. § 195 jf. § 206. Gjerningsmannen var en ung somalisk gutt på 16 år. Han hadde blitt sendt til Norge uten familien i en alder av åtte år. I de neste fire årene ble gutten planmessig seksuelt misbrukt av ”onkelen” han bodde hos i Norge.

Høyesterett uttalte at i dette tilfellet måtte den tragiske oppveksten tale i formildende retning. Det er ikke sjeldent at unge barn som har opplevd seksuelle overgrep selv blir selv en seksualforbryter senere - enten som ung eller voksen. I dette tilfellet ble den somaliske gutten introdusert til seksuell omgang i en tidlig alder, og hendelsen kan ha forringet hans evne til å forstå straffverdigheten i hans egne handlinger.

Et noe eldre tilfelle finnes i Rt. 1981 s. 987 som omhandler en tidligere ustraffet 18-årig gjerningsmann som hadde voldtatt sin mindreårige søster. I avgjørelsen anvendes strl. §§ 196 i konkurrans med §§ 192 og 208, da saken gjaldt to tilfeller av voldtekt til samleie og ett tilfelle av voldtekt til seksuell omgang. Handlingene ble gjennomført av den 18-årige gutten og hans venner.

I avgjørelsen ble det lagt vekt på at gjerningsmannen hadde en problematisk oppvekst og alvorlige psykiske problemer. Gjerningsmannens personlige forhold var av formildende betydning i straffutmålingen, og Høyesterett reduserte straffen til ubetinget fengsel i ett år og 10 måneder.

Høyesterett kom til motsatt resultat i Rt. 2012 s. 1592. I avgjørelsen er det stadfestet at terskelen for å anvende personlige forutsetninger som formildende straffutmålingsfaktorer er høy. Høyesterett uttalte her at gjerningsmannens lettere psykiske utviklingshemning ikke var av betydning for straffutmålingen.

Et annet nærstående spørsmål er betydningen av domfeltes intelligens og mentale avvik. I juridisk litteratur uttrykkes det at intelligens bør få liten betydning for straffutmålingen ved alvorlige forbrytelser som seksualforbrytelser mot barn.²³¹ Hovedregelen etter strl. § 44 er at sterkt utviklingshemmede ikke kan straffes. Det sies normalt at grensen går på 55 IQ-poeng.

²³¹ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2004) - punkt 2.3.8 s. 436-437, delpunkt 2 og 4

Et spesielt tilfelle av mentale avvik forelå i Rt. 1983 s. 345, som gjaldt en gjerningsmann som ble dømt for seksuelle handlinger mot unge jenter på 7 og 8 år og seksuelle handlinger mot en sterkt psykisk utviklingshemmet kvinne.

Gjerningsmannen hadde imidlertid en organisk hjernelidelse som forandret hans selvinnsett, ga en markant karakterforandring og svekket bedømmelsen av hans egne handlinger. De sakkyndige konkluderte imidlertid med at *«på vesentlige områder, slik som formell intelligens og hukommelse, fungerer han upåfallende»*.²³²

I avgjørelsen idømte Høyesterett åtte måneders fengsling for de seksuelle handlingene. Det er en relativt streng straff tatt i hensyn at retten vurderte det mentale avviket til å være av vesentlig betydning i straffeutmålingen.

Av avgjørelsene som har blitt gjennomgått har det vist seg at Høyesterettspraksis er tilbakeholden med å legge stor vekt på domfeltes personlige forutsetninger. Det finnes likevel eksempler på at en problematisk barndom har virket straffereducerende. Etter min mening er dagens situasjon akseptabel ettersom strafferabatten som har blitt gitt ikke har vært særlig stor, og dermed svekkes ikke barnets strafferettslig vern mot seksualforbrytelser.

5.6 Straffeutmålingen – dagens straffenivå i rettspraksis.

Strafferammene setter yttergrensene for hvilken straff som kan utmåles, og innenfor disse grensene skal retten idømme en riktig og passende straffe i den konkrete sak. For å finne dagens straffenivå må man studere nyere høyesterettspraksis over tid.

I like saker vil underordnede domstoler i stor grad være bundet av den høyesterettspraksisen som har blitt avsagt. En slik anvendelse av tidligere rettspraksis vil skape forutberegnelighet og rettssikkerhet. Det er ikke mulig å gi en nøyaktig fremstilling av straffenivået, men i de neste avsnitt er det gitt - etter en grundig gjennomgang av nyere høyesterettspraksis i seksualforbrytelser mot barn - et tilfredsstillende bilde av hvor straffenivået befinner seg.

Det som går igjen av lovutvalgenes kommentarer i NOU 1991: 13, NOU 1997:23 og prop. 97

²³² Rt. 1983 s. 1345

L (2009-2010) er at straffnivået for seksualforbrytelser mot barn er for lavt. Straffene er så vidt over minstestrafen i saker hvor gjerningspersonen har hatt samleie med et barn under 14 år. Problemet med straffnivåer er at de utvikler seg relativt sakte, og det vil ta tid før lovendringene i §§ 195 og 196 vil vise seg i høyesterettspraksis. Lovendringene i §§ 195 og 196 har imidlertid ført til noe bedre balanse mellom strengere strafferammer som uttrykker overtredelsens alvorlighet og samfunnets syn på straffverdigheten av seksualforbrytelser mot barn.

Problemstillingen rundt straffnivå er interessant og aktuelt i forhold til oppgavens tema, da de siste lovendringene skjedde i 2000²³³ og 2010²³⁴. I de neste avsnittene er avgjørelser i perioden mellom 2001-2013 gjennomgått for å avklare om straffnivået har blitt hevet i takt med lovendringene.

5.7 Høyesterettspraksis frem til lovendringen i 2010

Formålet med gjennomgangen var å avklare spørsmålet om straffnivået før lovendringen var for lav. I tillegg er momentene Høyesterett vektlegger i de konkrete helhetsvurderingene blitt belyst.

Avgjørelsene som har blitt gjennomgått behandler overtredelser av § 195, da § 196 ikke har en lovbestemt minimumsstraff. Noen av avgjørelsene omhandlet overtredelser av § 195 i konkurrans med andre bestemmelser. Disse avgjørelsene har blitt gjennomgått for å se hvilken betydning konkurrans hadde på straffeutmålingen.

5.7.1 Rt. 2003 s. 841 – overtredelse av § 195

En illustrativ avgjørelse ble inntatt i Rt. 2003 s. 841. Saken omhandlet en 32 år gammel mann som hadde flere tilfeller av samleie uten prevensjon med et barn under 14 år jf. strl. § 195 (2) og § 59 (2). Ved lov av 11.august 2000 nr. 76 ble minimumsstraffen i § 195 (2) hevet fra ett til to år i fengsel.

Straffen som ble idømt var to års betinget fengslet. Det spesielle i dette tilfellet – som

²³³ 11.august 2000 nr. 76

²³⁴ 25.juni 2010 nr. 46

behandlet i avsnitt 11 – var at minstestrafen var ett år ved gjerningsøyeblikket. I en tidligere avgjørelse²³⁵ og Grl. § 97 ble det fastsatt at endringsloven ikke skal tillegges tilbakevirkende kraft til skade for domfelte.

I avgjørelsen ble det uttalt at domstolene må legge vekt på den utbredte rettsoppfatning i samfunnet.²³⁶ Rettsoppfatningen i samfunnet tilsier at det må reageres strengere ved seksuelle overgrep mot barn ut fra en «*økende erkjennelse av de skadevirkningene seksuelle overgrep mot barn kan medføre*»²³⁷

En av de viktigste formildende faktorene i saken var domfeltes person. Han var kognitiv og emosjonelt svakt fungerende, slik at han ikke kunne vurderes som en normal 32-åring. I tillegg til domfeltes person var det av vesentlig betydning at domfelte ga en uforbeholden tilståelse. Dette betød at fornærmede slapp belastningen og uvissheten om ikke å bli trodd jf. strl. § 59.

Videre ble det anført at tidsperioden på fem og et halvt år mellom gjerningsøyeblikket og anmeldelse måtte tale i formildende i retning. Det er visst nok så at generelt i straffesaker er det adgang for retten å vurdere den lange tiden mellom gjerningsøyeblikket og anmeldelsen i formildende retning.²³⁸

Retten uttalte imidlertid at i så alvorlige overtredelser som seksualforbrytelser mot barn, kan ikke tidsperioden tale sterkt i formildende retning. Retten begrunnet uttalelsen med fornærmedes alder. Begrunnelsen viser at Høyesterett følger formålet til § 195, som er å beskytte mindreårigheten som sådan.²³⁹

I Rt. 2009 s. 530 måtte Høyesterett på nytt vurdere et lignende spørsmål angående tiden mellom gjerningsøyeblikket og anmeldelsen – og kom til samme resultat som tidligere. I avgjørelsen var begrunnelsen den samme som nevnt ovenfor - fornærmedes alder.

²³⁵ Rt. 2001 s. 1674, på s. 1677

²³⁶ Rt. 2003 s. 841 - avsnitt 11

²³⁷ Rt. 2003 s. 841 avsnitt 11

²³⁸ Rt. 2003 s. 841 avsnitt 16-17

²³⁹ Rt. 2003 s. 841, avsnitt 16-17

I straffeskjerpende retning talte momenter som flere tilfeller av manglende bruk av prevensjon, omfanget av samleier, planmessigheten av handlingene og de psykiske skadevirkningene fornærmede ble påført. Etter mitt syn viser rettens vurdering at straffeutmålingsfaktorene var av så viktig betydning at de hadde adgang til å heve straffen til å samsvare med minimumsstraffen i dagjeldende § 195 - i stedet for loven som gjaldt ved gjerningsøyeblikket.

Siste spørsmålet gjaldt problemstillingen om straffen skulle idømmes som betinget eller ubetinget. Høyesterett kom her til at det ikke forelå omstendigheter som ga tilstrekkelig tungtveiende grunner til å fravike lovgivers formål om ubetinget fengselsstraff.²⁴⁰ Også her viser retten hvor graverende seksualforbrytelser er, da gjerningsmannen ikke ble gitt betinget straff selv om det forelå momenter som talte i formildende retning.

5.7.2 Rt. 2004 s. 327 – overtredelse av § 195

Saken omhandlet straffutmålingen etter § 195 (1) første straffalternativ. Gjerningsmannen var dette tilfellet en 17 og et halvt år gammel gutt som hadde hatt seksuell omgang med en syv år gammel jente. I dommen ble gjerningsmannen idømt – under tvil - til 240 timer med samfunnsstraff jf. strl. § 55. I saken talte allmennpreventive hensyn – som alminnelige rettsoppfatning – i tillegg til lovgivers skjerpede syn på seksualforbrytelser i avgjørende retning, slik at retten idømte samfunnsstraff.²⁴¹ I tillegg var det av vesentlig betydning at gjerningsmannen ga en uforbeholden tilståelse. Retten delte seg i dissens 3-2.

I grove overtredelser - som seksualforbrytelser mot barn – bør domstolene være særlig tilbakeholdne med å idømme samfunnsstraff.²⁴² I Rt. 2004 s. 327 mente Høyesterett at reaksjonsformen kan kun benyttes overfor unge lovbytere. I utgangspunktet faller seksualforbrytelser mot barn utenfor området for samfunnstjeneste, men samfunnets alminnelige rettsoppfatning og lovgiverens skjerpede strafferammer i §§ 195 og 196 har ført til en strengere straffeutmåling.

²⁴⁰ Rt. 2004 s. 28, avsnitt 10

²⁴¹ Rt. 2004 s. 327, avsnitt 22-25.

²⁴² Rt. 2002 s. 1403

Det rettslige utgangspunktet ble uttalt i avsnitt 12; Samfunnsstraff kan kun idømmes for overtredelser som kan medføre fengslingsstraff i inntil seks år. Det seksuelle overgrepet i saken var seksuell omgang med en syv år gammel jente – en overtredelse som kan gi inntil 10 års straff.

Det var imidlertid av avgjørende betydning at gjerningsmannen var under 18 år, og Høyesterett reduserte derfor straffen til en «mildere straffart» etter strl. § 55. Høyesterett mente dermed at samfunnsstraff er en mildere straffart som kan anvendes i seksualforbrytelser mot barn – i tilfeller der gjerningsmannen er under 18 år.

I begrunnelsen ble det gitt henvisninger til Rt. 2003 s. 1455, hvor venninner på 14 år mishandlet og voldtok en annen jevnaldrende jente. I dette tilfellet var sedelighetsforbrytelsen voldtekt etter § 192, da dette ikke var seksuell omgang mellom barn og voksne. Straffen som ble idømt var 300 timer med samfunnstjeneste som skulle gjennomføres i løpet av ett år og seks uker jf. strl. § 28a jf. § 55.

I dette tilfellet var det avgjørende at domfelte var under den kriminelle lavalder. Strl. § 28a må forstås i lys av § 55 som tilsier at retten kan gi en «mildere straffart».²⁴³ Retten ga allikevel en streng samfunnsstraff for å gi en reaksjon som markerte handlingens graverende karakter.

Etter min vurdering var Rt. 2004 s. 327 av så grov karakter at samfunnsstraff ikke bør anvendes. Gjerningsmannens alder og planmessighet taler sterkt i retning av at samfunnsstraff ikke er en adekvat løsning. Ved en alder av 17 og et halvt år vil fengsling være det eneste riktige alternativet, da en «mildere straffart» bør utnyttes med særlig varsomhet ved grove seksualforbrytelser mot barn.

I Rt. 2004 s. 327 foreligger det ikke etter min vurdering forhold som tilsier at retten bør idømme mildere straffart. Jeg mener videre at Rt. 2003 s. 1455 ikke bør brukes som et sammenligningsgrunnlag for straffeutmålingen, da det er flere gjerningspersoner involvert og samtlige er under den kriminelle straffalderen.

²⁴³ Rt. 2003 s. 1455, avsnitt 18

5.7.3 Rt. 2005 s. 1274 – overtredelse av § 195

I denne saken var gjerningsmannen en 18 år og 10 måneder gammel gutt som hadde samleie med ei jente på 13 år og 8 måneder jf. strl. § 195 (1) andre straffalternativ. Aldersforskjellen var over fem år. Jevnbyrdighet i alder og utvikling ble derfor ikke drøftet i dommen. I avgjørelsen konkluderte retten med to års fengsling hvorav ett år og ti måneder ble gjort betinget. Det var dissens 4-1 i avgjørelsen.

Dommen er et godt eksempel på at straffene som idømmes etter § 195 er lave. Domfelte ble idømt kun 60 dagers ubetinget fengsel selv om minstestrafen er to år. Det rettslige utgangspunktet er imidlertid at deldom kan benyttes om det foreligger straffeutmålingsfaktorer i formildende retning - som uforbeholden tilståelse og kjæresteforhold.²⁴⁴

Retten uttalte at partenes nære og fortrolige forhold måtte få «*nesten samme betydning for straffeutmålingen*» som et kjæresteforhold.²⁴⁵ Det rettslige utgangspunktet er at et kjæresteforhold mellom partene kan tale i formildende retning. I tillegg erkjente domfelte forholdet under første politiavhør. Også her taler en uforbeholden tilståelse i formildende retning, da den forenklet den videre straffesaksbehandlingen og sparte fornærmede for risikoen for ikke å bli trodd.

I dommen ble det uttalt at «*[d]et må bebreides domfelte at han ikke sto i mot fornærmedes initiativ til å ville ligge med ham, særlig når man tar i betraktning at hun hadde gjennomlevd en vanskelig tid.*».²⁴⁶

Domfelte skulle altså ha nektet å ha seksuelle omgang med den mindreårige, da det er en absolutt regel om at fornærmede ikke kan klandres for å ha tatt initiativ. Retten fant imidlertid ikke grunnlag for å karakterisere domfeltes atferd som en utnyttelse av den vanskelige situasjonen hun befant seg i – og det er derfor nærliggende å tro at dette ikke påvirket straffeutmålingen.

²⁴⁴ Rt. 2002 s. 785 og Rt 2002. 1350

²⁴⁵ Rt. 2005 s. 1274, avsnitt 13

²⁴⁶ Rt. 2005 s. 1274, avsnitt 14

5.7.4 Rt. 2009 s.1412 – overtredelse av § 195 og § 197

Saken omhandlet straffutmålingen ved seksuell omgang med egen datter under 14 år jf. strl. §§ 195 og 197. Høyesterett reduserte lagmannsrettens dom på to år til ett år og ni måneder. Videre drøftet Høyesterett i storkammer et interessant og prinsipielt spørsmål, nemlig om uttalelsene om et forhøyet straffenivå i forarbeidene til lov 19. juni 2009 nr. 74 kunne brukes ved seksualforbrytelser mot barn som var begått før loven ble vedtatt. Saken ble avsagt med dissens 10-1

I avsnitt 17 av dommen kommenterte førstvoterende forarbeidenes diffuse formulering:

«I det avsnittet som blant annet omhandler seksuell omgang med barn under 14 år, heter det på side 250: "Etter departementets syn bør betraktningene om straffenivået i punkt 7.11.3.2-7.11.3.4 foran ha betydning også for straffenivået etter straffeloven 1902. Under forutsetning av at Stortinget slutter seg til forslagene i proposisjonen her, vil det også før straffeloven 2005 trer i kraft, være grunnlag for en gradvis heving av straffenivået, blant annet for å fange opp den utviklingen i synet på straffenivå som denne proposisjonen gir uttrykk for."»²⁴⁷

Formuleringen ga uttrykk for at lovgiveruttalelsen skulle få virkning for straffutmålingen ved allerede begåtte straffbare handlinger. Det er særlig formuleringen «*ha betydning også for straffenivået etter straffeloven 1902*» som reiste tvil om tilbakevirkende kraft. De grunnleggende hensyn bak Grl. § 97 – og strafferetten generelt - er forutberegnelighet og rettssikkerhet for borgerne. Det rettslige utgangspunktet etter Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7 tilsier at ingen lov kan gis tilbakevirkende kraft – med mindre det er særlig bestemt.

Det rettslige utgangspunktet er med andre ord at om det seksuelle overgrepet var straffri da den ble begått, kan det heller ikke straffes om lovgiveren senere gjør den straffbar. Videre verner Grl § 97 gjerningspersonen mot at det anvendes strengere straffer enn de som gjaldt i gjerningsøyeblikket.²⁴⁸

²⁴⁷ Rt. 2009 s. 1412, avsnitt 17

²⁴⁸ Rt. 2009 s. 1412, avsnitt 24

5.7.5 Rt. 2009 s. 140 – overtredelse av §§ 195, 200 og 204a

Saken omhandlet en mann i 30-årene som overtrådte §§ 195 (1) andre straffalternativ ved å ha samleie med to jenter under 14 år. I tillegg hadde gjerningsmannen ved en rekke tilfeller utvekslet nakenbilder via webcam og fildelingstjenesten MSN. Videre hadde gjerningsmannen snikfotografert jenter på skolen han jobbet på. Straffen som ble idømt var fengsel i fem år og seks måneder. Overtredelsene i saken var av meget grov karakter og planmessig gjennomført. Domfelte hadde rundt 10 000 bilde- og filmfiler av jenter – samtlige under 14 år.

I denne saken talte det i formildende retning at domfelte ga en uforbeholden tilståelse og slet med psykiske problemer etter en vanskelig oppvekst. Tilståelsen var imidlertid ikke en tungtveiende faktor, da det ved beslag ble funnet nok materiale til å domfelle gjerningsmannen utenfor enhver rimelig tvil.²⁴⁹ Tilståelsen var i realiteten ikke nødvendig, og talte derfor ikke sterkt i straffeformildende retning.

I tillegg oppstod det et spørsmål om det betydelige oppreisningsbeløpet på KR 600 000,- skulle tale for strafferabatt. Retten konkluderte med at oppreisningsbeløpet ikke kunne gi strafferabatt, da det ville være et *«paradoks om man likevel lot rettsvirkningen av disse skjerpene momentene – i form av et høyt oppreisningsansvar – medføre straffereduksjon»*²⁵⁰

Med dette mente førstvoterende at de skjerpene straffeutmålingsfaktorene talte for å idømme et betydelig oppreisningsansvar. Det hadde da vært en rettslig selvmotsigelse om oppreisningsansvaret i dette tilfellet ville resultert i en straffereduksjon.

Domfelte hadde ved en rekke tilfeller samleie med jenter på henholdsvis 11 og 12 år. Noen av samleiene ble filmet og lagret på domfeltes datamaskin. I tillegg hadde domfelte tusenvis av grove bilde- og filmfiler hvor 46 jenter var identifisert med både bilde og ansikt. Retten vurderte hans tilknytning til pedofile nettverk og den planmessige adferd til å være av vesentlig straffeskjerpene betydning.²⁵¹

Et interessante punkt i avgjørelsen ble uttalt i avsnitt 21 - førstvoterende antok at en isolert bedømming av tilfellene ville ført til to år og seks måneders fengslet. Handlingene vurdert

²⁴⁹ Rt. 2009 s. 140, avsnitt 36

²⁵⁰ Rt. 2009 s. 140, avsnitt 39

²⁵¹ Rt. 2009 s. 140, avsnitt 30-32

samlet førte imidlertid til en straff på ca. tre år og seks måneder. Her anvendte førstvoterende konkurransreglene – da den samlede straffen skal ikke overstige det dobbelte av minstestrafen, og heller ei skal de isolerte overtredelsene lagt sammen. Derfor konkluderte Høyesterett med at domfelte ble idømt tre år og seks måneders fengsling.

Videre anvendte Høyesterett overnevnte straffeutmålingen i konkurrans med overtredelsene av §§ 200 og 204a. Det store omfanget av bilder og tilknytning til det pedofile nettverket medførte en særlig risiko for irreversibel spredning av materialet på Internett.²⁵² Det var kun et tilfelle hvor bildene hadde blitt videreformidlet. Domfelte tilsto at hensikten var å få spredt alt av materialet til det pedofile nettverket.

Det var av straffeskjerpene betydning at domfelte hadde instruert de meget unge jentene til å ta nærbilder av kjønnsorganer mens jentene ikke var klar over at bildene ble lagret. Etter min vurdering ville jentene heller ikke ha forstått hvor alvorlig det hadde vært hvis de grove bilder kom på avveie. Etter min syn må det allikevel bemerkes at en 14-åring i dag har relativt høye datakunnskaper. De er – eller burde være – klar over at slik materiale kan lagres. Dette skal imidlertid ikke tale i gjerningsmannens favør.

Endelig var det av særlig betydning at domfelte ble «tipset» om den ene jenta via et pedofilt nettverk.²⁵³ Han var med andre ord klar over at hun stod i fare til å bli misbrukt av flere før han selv hadde samleie med henne. I tillegg snikfotograferte domfelte jenter ved hjelp av sin assistentrolle på en ungdomsskole – som ble ansett som misbruk av sin stilling til å få fortrolighet og tillit hos elevene.

Straffen for overtredelsene av § 200 ville isolert sett vært rundt to år og seks måneder til tre års fengsel. Straffeutmålingene for § 204a isolert sett ville vært rundt ett år.²⁵⁴

I den samlede vurderingen fant Høyesterett at sju år var en passende straff – før det ble gjort fradrag for den uforbeholdne tilståelsen. Førstvoterende bemerket at retten ga strl. § 62 mindre gjennomslag i dette tilfellet enn hva man som har vært det rettslige utgangspunktet. Det begrunnes med at omfanget og helheten i de straffbare overtredelsene signaliserte en egen

²⁵² Rt. 2009 s. 140, avsnitt 21-23

²⁵³ Rt. 2009 s. 140, avsnitt 16

²⁵⁴ Rt. 2009 s. 140, avsnitt 21

straffeskjerpende straffeutmålingsfaktor.²⁵⁵

Høyesterett uttalte at jentenes etterfølgende psykiske problemer - og gjerningsmannens manglende bruk av prevensjon - var av betydning for straffeutmålingen. Det ble allikevel ikke uttalt hvor stor betydning momentene hadde i den samlede utmålingen.

Høyesterett ga imidlertid strafferabatt på ett år og seks måneder grunnet en uforbeholden tilståelse. Førstvoterende uttalte at tilståelsen ikke har hatt avgjørende bevismessig betydning, men domfeltes omfattende forklaringen hadde hjulpet til å opplyse saken. Domfelte hjalp til med å identifisere jentene, og tilståelsen sparte pårørende for flere påkjenninger.

5.7.6 Rt. 2005 s. 663 - «Sovevoldtekt»

I rettspraksis brukes minimumsstraffene og etterfølgende rettspraksis som en del av rettens begrunnelse for straffutmålingen.²⁵⁶ Rt. 2005 s 663 omhandlet hvorvidt gjerningspersonen hadde voldtatt en sovende kvinne i henhold til § 192.

Etter min vurdering har avgjørelsen overføringsverdi til oppgavens tema, da straffnivåene i § 192 og § 195 ble skjerpet samtidig og representerer derfor lovgivers skjerpede syn på straffbarheten av seksualforbrytelser. Derfor er det adekvat å anvende overnevnt dom for å avklare hvordan straffnivået har blitt behandlet i rettspraksis – også i saker som omhandler andre seksualforbrytelser enn seksuelle overgrep mot barn.

Retten uttalte følgende i sin begrunnelse om høyere straffutmåling:

« I lys av det skjerpede synet på straffverdigheten som er kommet til uttrykk gjennom lovendringen i 2000, og som har ført til et nytt og høyere straffnivå i den etterfølgende rettspraksis, finner jeg (...) at det må idømmes en fengselsstraff»²⁵⁷

Her begrunnet retten den høyere utmålte straffen med at lovgiver har gitt et signal om at seksualforbrytelser har fått skjerpet straffverdighet med å høyne minimumsstraffen. I tillegg

²⁵⁵ Rt. 2009 s .140, avsnitt 35

²⁵⁶ Lovendring av 11. august 2000 nr. 76

²⁵⁷ Rt. 2005 s 663, avsnitt 12

fant førstvoterende støtte i etterfølgende rettspraksis. Tidligere har ikke sovevoldtekter ført til fengsling, og avgjørelsen er av prinsipiell betydning.

5.7.7 Vurdering av straffeutmålingen før lovendringen i 2010

Etter min vurdering har Høyesterett konsekvent utmålt straff i nærheten av minstestrafen. Straffene har imidlertid økt i tilfellene etter lovendringen i 2000 – avgjørelsene representerer lovgiverens skjerpede syn på straffeverdigheten av seksualforbrytelser mot barn. Det er imidlertid gitt vesentlige straffereduksjoner for uforbeholden tilståelse. I avgjørelsene ovenfor har straffen blitt halvert, da den uforbeholdne tilståelsen sparte fornærmede for ytterlige påkjennelser.

Formålet med straffereduksjonen ved uforbeholden tilståelse er å effektivisere rettspleien, og tilståelsen må tas i betraktning ved hvert tilfelle uavhengig av hvor grov overtredelsen er.²⁵⁸ Det er allikevel ikke alltid at tilståelsen skal gi straffereduksjon – plikten går kun på å ta tilståelsen i betraktning.²⁵⁹

Seksualforbrytelser mot barn er alvorlige overtredelser, og i de fleste av de gjennomgatte avgjørelsene bør det ikke etter min mening ha vært gitt straffereduksjon i så stor grad. Det er kun i Rt. 2009 s. 140 av de gjennomgatte avgjørelsene hvor uforbeholden tilståelse ikke fikk vesentlig betydning, da retten ga en straffereduksjon på ett år og seks måneder ved en dom på sju år.

Straffereduksjonen i Rt. 2009 s. 140 er derfor mer forholdsmessig og passende enn i de andre avgjørelsene. Det er passende å gi en straffereduksjon på ett år og seks måneder når straffen i utgangspunktet er sju år. Det er imidlertid lite forholdsmessig å gi en straffereduksjon på ett år i saker hvor straffen er utmålt til å være to år. Dette er kun en generell betraktning, da det er de konkrete omstendighetene som avgjør straffenivået i hver sak.

Det kan konkluderes med at straffenivået ble skjerpet betraktelig i rettspraksis etter lovendringen i 2000 og frem til lovendringen i 2010, men at straffene har fremdeles vært lave i lys av hvor graverende og alvorlige overtredelsene har vært.

²⁵⁸ www.lovkommentar.no kommentar til strl. § 59 annet ledd
(http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/straffeloven?id=para_59)

²⁵⁹ Ot. prp. nr. 81 (1999 – 2000) - s. 44 første avsnitt

5.8 Rettspraksis etter lovendringen i 2010

Høyesterett har kun behandlet et fåtall saker som omhandler seksualforbrytelser mot barn etter lovendringen i 2010. I de neste avsnittene har de viktigste avgjørelsene blitt behandlet for å avklare spørsmålet om straffnivået har blitt hevet med bakgrunn i lovendringen.

Det problematiske med å avklare et straffnivå er at overtredelsene i sakene har ofte skjedd flere år tilbake. Overtredelsene som var oppe til behandling for Høyesterett i 2013 hadde ofte skjedd lenge før lovendringen - som i Rt.2013 s. 1075. Hovedregelen er at tiltalte skal bedømmes etter regelen fra gjerningsøyeblikket.²⁶⁰

I avgjørelsen understreket ankeutvalget at straff skal utmåles med bakgrunn i straffnivået på 90-tallet. Straffenivået skal ikke heves til dagens nivå selv om det har vært lovendringer og etterfølgende praksis som har hevet straffnivået betraktelig.²⁶¹ Høyesterett vurderte sakens konkrete omstendigheter, og konkluderte allikevel med at sakens omfang og grovhet talte i retning av at straffen – fire års fengsel - ikke var for streng.²⁶² Dette viser igjen at det er de konkrete omstendighetene som normalt er de mest tungtveiende straffeutmålingsfaktorene i de fleste seksualforbrytelser mot barn

5.8.1 Rt. 2012 s. 1261 – overtredelse av § 195

Saken omhandlet en gjerningsmann på 19 år og 10 måneder som hadde samleie med ei jente på 13 år og 7 måneder jf. strl. § 195 (1) andre straffalternativ. Domfelte ble idømt tre år i fengsel.

Denne avgjørelsen gikk grundig gjennom hvorfor straffnivået i dette tilfellet måtte bli høyere enn tidligere rettspraksis.²⁶³ Høyesterett uttalte at formålet med lovendringen i 2010 var å heve normalstraffnivå - uten at det var nødvendig å vente at den nye straffeloven (straffeloven 2005) trådte i kraft. I denne avgjørelsen ble forholdet ansett som ett sammenhengende straffbart forhold.

²⁶⁰ Rt.2013 s. 1075, avsnitt 11

²⁶¹ Rt.2013 s. 1075, avsnitt 11

²⁶² Rt.2013 s. 1075, avsnitt 11

²⁶³ Rt. 2012 s 1261, avsnitt 12-14

Minstestrafen var hevet fra to til tre år, men førstvoterende uttrykte at i denne saken var en passende straff - i utgangspunktet - rundt fire år.²⁶⁴ Domfelte ga allikevel en uforbeholden tilståelse som talte i formildende retning, og strafferabatten ble ett år. Gjerningsmannen ble idømt for tre års fengsling uten betinget straff.

5.8.2 Rt. 2013 s. 751 – overtredelse av §§ 195 og 197

Saken omhandlet en overtredelse av § 195 (1) første punktum og § 197 som skjedde etter straffeskjerpelsen i 2010. Gjerningsmannen hadde ved et tilfelle utført oralsex på sin fire-årige datter.

I avgjørelsen sammenlignert førstvoterende overtredelsen med hendelsene i Rt. 2013 s. 287 for å avklare spørsmålet om hvilket nivå straffen burde ligge på. Overtredelsen i Rt. 2013 s. 287 skjedde før lovendringen, og domfelte ble idømt en straff på 10 måneder.

Her uttaler Høyesterett eksplisitt at straffenivået må skjerpes i samsvar med lovendringen, da *«[p]å bakgrunn av den generelle, og til dels betydelige, hevingen av straffenivået for alvorlige seksuallovbrudd i forbindelse med lovendringene i 2010, og særlig den sammenhengen med straffenivået for de tilfeller som omfattes av minstestrafen i §195 første ledd andre punktum som jeg nettopp har vært inne på, antar jeg at det i As tilfelle er riktig å ta utgangspunkt i en straff på fengsel opp mot to år og seks måneder»*.²⁶⁵

Det ble uttalt at straffen ville i utgangspunktet ligge på omtrent to år og seks måneder etter straffeskjerpelsen for seksuallovbrudd i 2010.²⁶⁶ I avgjørelsen idømte Høyesterett imidlertid en straff på ett år og åtte måneder. Momenter som en umiddelbar uforbeholden tilståelse og lang behandlingstid hos politiet begrunnet straffereduksjonen.

5.8.3 Rt. 2011 s. 1789 – Norges groveste tilfelle av seksuelle overgrep

Et av de groveste tilfellene i norsk rettshistorie er avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 1789. Saken omhandlet fire personer som ble domfelt for en rekke tilfeller av seksuell omgang ved

²⁶⁴ Rt. 2012 s 1261, avsnitt 12-14

²⁶⁵ Rt. 2013 s.751

²⁶⁶ Rt. 2013 s. 751, avsnitt 14

voldtekt og samleie med en rekke barn i alderen 7 til 13 år. Det var av særlig betydning at to av barna led av alvorlige sykdommer - henholdsvis aspergersyndrom og autisme.

Gjerningspersonene distribuerte også barnepornografisk materiale av samleiene som ble delt med et pedofilt nettverk.

Det interessante med saken var kombinasjonen av overtredelser over en lengre periode. I saken var det flere barn som ble misbrukt seksuelt av et helt nettverk av mennesker. I flere av tilfellene var det også publikum tilstede mens det ble lagd barnepornografiskmateriale.²⁶⁷

Det blir uttalt av Høyesterett at det ikke var mulig å sammenligne saken med tidligere høyesterettspraksis, da det ikke fantes like grove og kompliserte tilfeller i norsk rettshistorie. Derfor måtte straffeutmålingen skje i lys av en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering uten veiledning fra rettspraksis.²⁶⁸

Høyesterett uttrykte at foreldenes overtredelser var ekstremt alvorlige handlinger, og derfor måtte Høyesterett skjerpe straffen fra tidligere rettsinstanser.²⁶⁹ Foreldrene ble idømt en straff på 15 år. Retten uttalte seg ikke om noen formildende straffeutmålingsfaktorer.

Etter min vurdering oppstår det et spørsmål rundt hva som skal til for å få maksimumsstraffen – 21 år - etter § 195. De domfelte har oppfylt flere av vilkårene i § 195 (2) bokstav a-e, da overtredelsene er gjort av flere i felleskap på en særlig smertefull måte mot barn under 10 år. I tillegg har foreldrene produsert barnepornografisk materiale av sine meget psykisk utviklingshemmede barn. Dette er i tillegg det groveste tilfellet Høyesterett har hatt til behandling og vilkårene for å gi straff etter den øvre strafferammen i straffebudene er oppfylt - spørsmålet som gjenstår er hvorfor ikke lovens strengeste straff idømmes.

5.9 Vurdering av straffeutmålingen etter lovendringen i 2010

Det er klart av Høyesterettspraksisen gitt ovenfor at straffenivået er hevet betraktelig. I Rt. 2012 s. 1261 er en relativt vanlig sak hvor det ikke var særlig skjerpende straffeutmålingsmomenter. I avgjørelsen ga Høyesterett allikevel ett år lengre straff enn minimumsstraffen – slik at domfelte ble idømt minimumsstraffen etter straffereduksjonen. I

²⁶⁷ Rt. 2011 s. 1789, avsnitt 79 - 80

²⁶⁸ Rt. 2011 s. 1789, avsnitt 80 - 82

²⁶⁹ Rt. 2011 s. 1789, avsnitt 82

avgjørelsene før lovendringen i 2010 var det vanlig at Høyesterett idømte minimumsstraffen og i tillegg ga en straffereduksjon som normalt betød en halvering av minimumsstraffen.

Høyesterett har i de overnevnte avgjørelsene vist at lojalitet mot både lovgivers og samfunnets skjerpede syn på straffverdigheten rundt seksualforbrytelser mot barn. Etter min vurdering kommer Høyesterett derfor til å være tilbakeholden til å gi strengere straffer enn minimumsstraffen også i fremtidige avgjørelser. For å heve straffenivået ytterligere i fremtiden må lovgiver innta en særlig aktiv rolle, da Høyesterett er lojal mot minstestrafte som reguleres av loven.

Det er allikevel slik at det har vært en skjevhet mellom strafferammene og utmålt straffenivå. De bærende hensyn for strafferammene taler for at rettens spillerom bør være vid. Hensynene bak strafferammene taler for at maksimumsstraffen ved seksualforbrytelser mot barn skal være høyt, da retten må ha adgang til å idømme en særlig streng straff ved de mest graverende tilfellene.²⁷⁰ Et eksempel på en så grov sak var den gjennomgatte avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1789, men Høyesterett var allikevel tilbakeholden med å idømme en maksimumsstraff.

Spørsmålet som reiser seg er følgende; hvis den øvre grensen er for de mest ekstreme tilfellene – bør ikke da minstestrafte være forbeholdt de mildeste seksualforbrytelsene mot barn? Rettspraksis holder seg tett inntil gjeldende minstestraft – også i de mer graverende forholdene hvor det finnes straffeskjerpene forhold.

Om Høyesterett kun idømmer straff rundt minstestrafte vil dette føre til at befolkningens skjerpede syn om straffverdigheten av seksualforbrytelser mot barn ikke representeres av Høyesterett – men at Høyesterett idømmer straff etter dommernes egne verdier.²⁷¹ I juridisk litteratur er dette tatt opp av Andenæs.²⁷² Han konkluderer med at tidligere ustraffede gjerningspersoner vil som regel i dømmes en straff rundt minimumsstraffen.²⁷³

Heving av straffenivå har vært og kommer til å være en treg prosess, men gjennomgangen av overnevnte dommer viste at Høyesterett har skjerpet straffenivået betraktelig siden 2000. For

²⁷⁰ Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett - 5. utgave (2004) - s. 459

²⁷¹ NOU 2002 : 4 - punkt 5.2.1.5.3

²⁷² Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett - 5. utgave (2004) - s. 457-459

²⁷³ Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett - 5. utgave (2004) - s. 457-459

å heve straffnivået ytterligere må lovgiver heve minstestraftene ved nye lovendringer. En økning av maksimumsstraffen vil ikke ha en innvirkning på straffnivået i praksis, da Høyesterett sjeldent har så alvorlige saker til behandling.

Avsnittet ovenfor representerer imidlertid et meget rettsoptimistisk syn. Lovendringer må som nevnt lande i riktig sosialt landskap for å få sine tilsiktete virkninger.²⁷⁴ Selv om lovgiver endrer reguleringen av et rettsforhold, endres nødvendigvis ikke rettstilstanden i samfunnet – også kjent som Eckhoffs ”lysbryterteori”.²⁷⁵

6 Foreldelse – strl. §§66-69

6.1 Hvorfor er foreldelsesfristene særlig viktig i seksualforbrytelser mot barn?

Straffeansvar kan opphøre på grunn av foreldelse. Domstolene må forholde seg til en bestemt tidsperiode for hvor lenge en gjerningsperson kan holdes ansvarlig for overtredelser av §§195 og 196. Derfor er foreldelse en sentral del av det strafferettslige vernet barn har mot seksualforbrytelser jf. strl. §§66-69.

Forarbeidene begrunner foreldelsesreglene generelt med at straffebehovet avtar etter hvert, og at vitneprov og andre eventuelle bevis svekkes med tiden.²⁷⁶ Med tiden øker altså muligheten for at en rettsavgjørelse blir feil. Andenæs har skrevet at «*både styrken av de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn avtar med tiden*». ²⁷⁷

Ved seksuelle overgrep mot barn er det imidlertid noen hensyn som særlig må vektlegges. Et overgrep kan gi alvorlige skadevirkninger som oppstår på et mye senere tidspunkt. Det bør også tas hensyn til at fornærmede kan ha begrenset mulighet til å anmelde forholdet før det har gått lang tid, da særlig i tilfeller med omsorgspersoner som overgripere.

²⁷⁴ Mathiesen, Thomas - Retten i samfunnet – innføring i rettssosiologi s. 73 og s. 173.

²⁷⁵ Mathiesen, Thomas - Retten i samfunnet – innføring i rettssosiologi s. 73 og s. 173. Lybryteorien tilsier at folk flest har overdrevne forestillinger om hva som skjer ved lovendringer. Lovendringen skal angivelig fungere som en lybryter – endring skaper tilsiktet virkning med det samme jf. Eckhoff 1983 s. 35

²⁷⁶ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) - punkt 2.81, s. 380.

²⁷⁷ Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett - 4.utgave (1997) - s. 486, henvisning hentet fra Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) – punkt 28.1

Videre kan de gjeldende foreldelsesreglene begrunnes med at overgrepssaker er vanskelige å oppdage. Selv om samfunnet er blitt mer opplyst om temaet, har det ikke blitt lettere for fornærmede å erkjenne overgrepet. Derfor vil en kort foreldelsesfrist være en ytterligere påkjenning for fornærmede hvis saken ikke kan forfølges fordi forholdet er foreldet.

6.2 Foreldelse – egne frister for seksuelle overgrep mot barn

I henhold til oppgavens tema er den sentrale bestemmelsen om foreldelse gitt i §68 første og annet ledd.

Som det fremgår av §68 begynner fristen i utgangspunktet å løpe når de seksuelle overgrepene opphører - uavhengig av om handlingen er oppdaget eller ikke jf. Rt. 1987 s. 817.²⁷⁸ Det finnes imidlertid et unntak i bestemmelsen, nemlig at fristen først begynner å løpe fra den dag fornærmede fyller 18 år.

Unntaket gir en utvidet foreldelsesfrist ved overtredelser av §§ 195 og 196. Det at gjerningsmannen kan straffeforfølges over et lengre tidsrom - enn det som ellers er vanlig for forbrytelser - er med på å gi barn et utvidet strafferettslig vern.

6.2.1 Unntaket i første ledd annet punktum - Utskutt foreldelsesfrist

En utskutt foreldelsesfrist betyr at fristen begynner å løpe på et senere tidspunkt enn det som er normalt. Foreldelsesfristen for seksuelle overgrep mot mindreårige løper først når fornærmede er myndig. Lengden på foreldelsesfristene for overtredelse av §§195 og 196 er beskrevet slik i forarbeidene.²⁷⁹

«Seksuell omgang med barn under 14 år straffes med fengsel inntil 10 år eller 15 år, eventuelt 21 år ved skjerpene omstendigheter (§ 195). Slike overgrep er foreldet etter henholdsvis 10, 15 og 25 år. Fristen begynner imidlertid ikke å løpe før fornærmede er fylt 18 år, jf. nedenfor. Seksuell omgang med barn under 16 år straffes med fengsel i 5 år (§ 196). Foreligger

²⁷⁸ Matningsdal, Magnus, note 693 til straffeloven, www.reettsdata.no

²⁷⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000), punkt 6.4

skjerpende omstendigheter, heves strafferammen til fengsel inntil 15 år. Foreldelsesfristen for slike overgrep er på henholdsvis 10 og 15 år.»²⁸⁰

I forarbeidene begrunnes den utskutte foreldelsesfristen med at barn ikke selv er klar over at overgrepet er en lovstridig handling.²⁸¹ Overgrepet blir ofte først kjent etter at barnet er blitt voksen. Loven måtte derfor innrettes slik at barnet skulle få et utvidet strafferettslig vern, og det økte vernet gjenspeiles av endringen i § 68 annet punktum.

I innstillingen fra justiskomiteen ble det gjort innvendinger mot at straffbare forhold først foreldes 30-40år etter gjerningstidspunktet.²⁸² I følge komiteen var ikke innvendingen tilstrekkelig begrunnet, og forslaget om lovendring ble vedtatt jf. Innst. O. nr. 38 (1997 - 1998) s. 1-2.

Det kan tenkes at justiskomiteen avveide kryssende hensyn som munnet ut i at det ikke er forsvarlig å kunne straffeforfølge etter nærmere fire tiår. Lovendringen uttrykker derfor hvor sterkt lovgiver mener at barnets strafferettslige vern mot seksuelle overgrep skal være, da gjerningsmannen kan straffes så lang tid etter overgrepens opphør sammenlignet med andre forbrytelser.

6.2.2 Har utskutt foreldelsesfrist tilbakevirkende kraft?

Et spørsmål er om utskutt foreldelsesfrist er gitt tilbakevirkende kraft. Grunnloven § 97 er i utgangspunktet ikke til hinder for å anvende disse endringene på forhold som ble begått før lovens ikrafttredelse. Vilkåret er at straffansvaret ikke er foreldet på dette tidspunktet. Lovendringen²⁸³ fastsatte en utskutt foreldelsesfrist ved overtredelse av §§ 195 og 196. Om ikrafttredelse i lovendringen av 19.juni 2009 nr.78 heter det:

"Lova tek til å gjelda straks. Lova gjeld for alle lovbrott som ikkje er forelda når lova tek til å gjelde".²⁸⁴

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000), punkt 6.4

²⁸¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000), punkt 6.4

²⁸² Innst. O. nr. 38(1997-1998), punkt 1, side 1-2.

²⁸³ Lovendringen av 19.juni 2009 nr.78

²⁸⁴ Lovendringen av 19.juni 2009 nr.78

Etter hovedregelen om lovendringer i strl. § 3 skal loven fra gjerningstidspunktet brukes hvis lovendringen er i siktedes disfavør, med mindre annet er uttrykkelig bestemt i endringsloven. I tilføelsene som trådte i kraft 1.11.1998 og 11.8.2000 er det imidlertid ikke gitt noen uttrykkelige unntak for bruk av andre bestemmelser enn dagjeldende lov. Dette betyr at utskutt frist etter gjeldende rett ikke kan brukes med tilbakevirkende kraft.

I juridisk litteratur er det uttalt følgende om tilbakevirkende kraft ved utskutte foreldelsesfrister:

*"Videre er det klart at bestemmelsen ikke kan gis virkning for forbrytelse mot §§ 195 og 196 dersom de etter de reglene som gjaldt før 1. november 1998 – eventuelt 11. august 2000 – var foreldet 19. juni 2009. Men det kan reises spørsmål om det motsatte gjelder for handlinger som etter de opprinnelige reglene ikke var foreldet på dette tidspunktet – f.eks. en seksuell omgang med et barn på 15 år begått i juli 2000, og som etter § 67 har en foreldelsesfrist på 10 år."*²⁸⁵

Det kan konkluderes med at utskutte frister forutsetter en særskilt hjemmel for at de skal kunne brukes med tilbakevirkende kraft, men at det i noen tilfeller er vanskelig å trekke en klar grense. I seksualforbrytelser mot barn er det etter gjeldende rett ingen særskilte lovvedtak som gir anledning til å bruke utskutt foreldelsesfrist med tilbakevirkende kraft.²⁸⁶

6.2.3 Fortsatt forbrytelse og flere overtredelser

Seksuelle overgrep mot barn kan finne sted over en lengre tidsperiode, og forholdene anses strafferettslige enten som enkelthandlinger eller en fortsatt forbrytelse. Ettersom fristen kan være kortere ved enkelthendelser er dette av sentral betydning for barnets strafferettslige vern.

I rettspraksis er det fastsatt at foreldelsesfristen ved fortsatt forbrytelse løper først når overgrepene opphører.²⁸⁷ For å avklare om hendelsene er en eller flere individuelle overtredelser

²⁸⁵ Matningsdal, Magnus. Note 640 til straffeloven på Gyldendal Rettsdata (lest 18.03.2014)

²⁸⁶ Kapittel 10 i <http://www.regjeringen.no/pages/38226240/Hoeringsnotat.pdf>

²⁸⁷ Rt.1972 s.1326

må det foretas en helhetsvurdering. Momenter i vurderingen kan være tid, sted, felles fortsett for handlingene og antall fornærmede jf. Rt.1994 s.203.²⁸⁸ Skillet mellom fortsatt forbrytelse og enkelthendelser i realkonkurrens forklares nærmere under neste kapittel – kapittel 7 om «Konkurrens».

Høyesterett har uttalt følgende om foreldelsesfristens skjæringstidspunkt når overgrepene er en fortsatt forbrytelse:

«Etter straffeloven § 68 første ledd begynner foreldelsesfristen å løpe først når det straffbare forhold opphører. De tidligere straffbare handlingene vil derfor ikke være foreldet i den utstrekning de handlingene som saken gjelder, anses som et fortsatt straffbart forhold.»²⁸⁹

Høyesterett slår altså fast at flere overgrep kan vurderes som en fortsatt forbrytelse, og at fristen begynner derfor å løpe først når siste overgrep opphører. Problemstillingen er særskilt aktuell ved sedelighetsforbrytelser mot barn som varer over tid, da overgriperen kan ha overtrådt både §§ 195, 196 og 197. I neste avsnitt tar jeg for meg spørsmålet om når foreldelsesfristen begynner å løpe hvis overtredelsene avsluttes til forskjellig tid i forhold til de forskjellige straffebed.

6.2.4 Overtredelser avsluttes til forskjellig tid i forhold til de forskjellige straffebed

Høyesterett drøftet problemstillingen i Rt. 1985 s. 43. I den aktuelle saken hadde faren misbrukt datteren seksuelt i flere år. Overgrepene startet da datteren var under 16 år, og pågikk helt til hun var 23 år - noe som innebærer at faren hadde overtrådt straffebedene i både §§ 196 og 197.

Det oppstår en problemstillingen rundt foreldelsesfristens skjæringstidspunkt, da overtredelsene ble avsluttet til forskjellig tid i forhold til de forskjellige straffebed. Da datteren fylte 16 år var det ikke lengre snakk om overgrep som er omfattet av § 196, som gjelder overgrep mot barn. Derfor er spørsmålet om §196 i dette tilfellet får en egen foreldelsesfrist, eller om det settes en fellesfrist som begynner å løpe når samtlige forhold avsluttes.

²⁸⁸ Rt.1994 s. 203, på side 204

²⁸⁹ Rt. 2002 s. 917, s 922

Høyesterett konkluderte i Rt. 1985 s. 43 med at strl. § 67 fjerde ledd anvendes hvor «*overtredelser avsluttes til forskjellig tid i forhold til de forskjellige straffebud*». Dette innebærer at foreldelsesfristen ikke begynner å løpe før overtredelsene opphører. Dette standpunktet ble stadfestet som gjeldende rett i en rekke dommer.²⁹⁰

Rikholdig rettspraksis gir uttrykk for at ved overtredelse av flere straffebud er det den lengste foreldelsesfristen som gjelder.²⁹¹ Det er altså nok med en enkel overtredelse av § 195 for å sette foreldelsesfristen for samtlige straffebud til 15 år jf. Rt. 1996 s. 60

I situasjoner med overgrep mot flere barn er utgangspunktet at hvert barn vurderes isolert siden det ved sedelighetsforbrytelser foreligger like mange forbrytelser som det er fornærmede personer.²⁹²

6.2.5 Fristavbrytelse

Fristen avbrytes når gjerningspersonen siktes for forholdet jf. strl. §69. Etter gjeldende rett er det ikke mulig å innlede ny etterforskning når foreldelsen er inntrådt, selv om det fremlegges nye bevis om hendelsesforløpet eller gjerningspersonen.²⁹³

6.3 Vurdering - Bør foreldelsesreglene oppheves for å øke barnets strafferettslige vern?

Foreldelsesreglene er en avveining av kryssende hensyn hvor barnets strafferettslige vern taler imot foreldelse og gjerningsmannens stilling som taler for foreldelse. Det overordnede spørsmålet som reiser seg er om foreldelse av seksuelle overgrep bør oppheves.

Spørsmålet er særlig aktuelt i skrivende øyeblikk, da forslag om opphevelse av foreldelse ved seksualforbrytelser mot barn er sendt ut på høring. Forslagene har dels bakgrunn i internasjonale forpliktelser som skal ratifiseres. I høringsnotatet er det lagt inn et forslag om ratifisering av Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt mis-

²⁹⁰ Rt. 1989 s. 517, Rt. 1992 s. 1224, Rt. 1994 s. 786, Rt. 1994 s. 1129, Rt. 1996 s. 60 og Rt. 2002 s. 917 (rettspraksis hentet fra kommentarer til § 68 annet ledd av Magnus Matningsdal)

²⁹¹ Rt. 1994 s. 786, Rt. 1994 s. 1129 og Rt. 1996 s. 60 (rettspraksis hentet fra kommentarer til § 68 annet ledd av Magnus Matningsdal)

²⁹² Matningsdal, Magnus, www.kommentarutgaver.no, kommentarer til § 68 annet ledd.

²⁹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), punkt 28.1

bruk, som hadde resultert i bortfall av foreldelsesreglene.²⁹⁴

Utgangspunktet i dag er at barnets strafferettslige vern allerede er blitt forsterket av egne foreldelsesfrister, som betyr at seksualforbrytelser mot barn foreldes senere enn mange andre kriminelle forhold. Det underordnede spørsmålet er om gjerningsmannen får en vesentlig svekket rettslig stilling ved å oppheve foreldelsesfristene. Det kan videre spørres om den svekkede rettslige stillingen kan rettferdiggjøres med det kryssende hensynet at barnet får et økt strafferettslig vern.

Det kan fra den ene siden argumenteres med at straff vil da ha større individual- og allmennpreventiv effekt når gjerningspersonen er klar over at forholdet alltid kan forfølges. En lovendring kan derfor virke avskrekkende, og da resultere i en nedgang i antall saker. Argumentet kan i grunn anvendes på alle straffbare forhold, men seksuelle overgrep mot barn er såpass alvorlige forbrytelser at en skjerpelse her er særskilt viktig.

På den andre siden er det lite praktisk å tenke seg at det vil være mulig å straffeforfølge etter svært lang tid. Det rettslige utgangspunktet i henhold til beviskrav er at enhver tvil skal komme siktede til gode, men bevisene vil svekkes jo lengre tid som går. Derfor vil også tvilen øke i takt med tiden. Videre er det nok i realiteten få overgrepsmenn som tar seg tid til å vurdere et overgrep mot eventuelle strafferammer og foreldelsesregler.

Et annet argument som taler for opphevelse av foreldelse er at seksuelle overgrep mot barn blir ansett som en svært alvorlig forbrytelse, og det finnes andre alvorlige forbrytelser - som krigsforbrytelser - som ikke foreldes.

Et tredje argument er at en frikjennelse av samtlige forhold vil trolig veie tyngre i samfunnets øyne enn foreldelse. I en foreldet sak kan samfunnet fortsatt ha tvil rundt gjerningsmannens uskyld. Om retten frikjenner siktede, så har dommerne konkludert at han ikke har begått seksuelle forbrytelser mot barn etter å ha vurdert alle sakens sider.

²⁹⁴ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing--endringer-i-straffeloven-1902-og/horingsbrev.html?id=714316>

Videre kan det ut fra et komparativt synspunkt argumenteres for at Norge bør fjerne foreldelse ved alvorlige forbrytelser, da andre nordiske land har vedtatt en slik endringslov.²⁹⁵ Det er all grunn til å tro at samme hensyn er aktuelle for oss, og nordiske land bør etterstrebe lik behandling av seksuelle overgrep mot barn.²⁹⁶

Endelig er det et sentralt argument at behovet for straff avtar med tiden. Motargumentet er at i så alvorlige forbrytelser, som seksuelle overgrep mot barn, avtar aldri behovet for å straffe gjerningspersonen. Et sentralt hensyn som taler for å oppheve foreldelse ved seksuelle overgrep mot barn, er at fornærmede har ofte vanskelig med å følge opp sakene før lang tid etter overgrepene opphør.²⁹⁷ Motargumentet er at det allerede finnes egne foreldelsesfrister som trolig ivaretar dette hensynet.

Dette motargumentet ble drøftet i forarbeidene.²⁹⁸ I forarbeidene har departementet vurdert foreldelsesreglene og konkludert med at det ikke er behov for lengre foreldelsesfrist, da loven allerede har gitt en utskutt foreldelsesfrist.²⁹⁹ Departementet mener at foreldelsesinstituttet som sådan må ivaretas, da hensynet til gjerningspersonen taler sterkt for å ha foreldelsesregler.³⁰⁰

En lovendring kan imidlertid resultere i økt rettssikkerhet for begge parter. Offeret på sin side, vil oppleve å bli hørt med sin sak uavhengig av hvor lang tid som har gått siden overgrepet. Et av hensynene her er at barn trenger ofte tid til å både forstå og jobbe seg gjennom hendelsen helt til de er voksne. I andre situasjoner er de i et forhold eller relasjon med gjerningspersonen som umuliggjør en anmeldelse. Som allerede nevnt ovenfor vil opphevelse av foreldelsesreglene bety at retten har etter en helhetsvurdering konkludert med at han ikke har begått seksuelle forbrytelser mot barn – i motsetning til at saken avvises grunnet foreldelse og levner en viss tvil. Begge momentene kan tale for en fjerning av foreldelsesfristene.

Det gjenstår å se hva resultatet blir etter høringen, og om det blir vedtatt en lovendring i 2014.

²⁹⁵ <http://www.regjeringen.no/pages/38226240/Hoeringsnotat.pdf> punkt 10.1.2

²⁹⁶ <http://www.regjeringen.no/pages/38226240/Hoeringsnotat.pdf> punkt 10.1.2

²⁹⁷ Seksuelle og fysiske overgrep mot barn og unge. Kunnskapsstatus, revidert 2011, side 13 flg

²⁹⁸ Ot.prp. Nr.28 (1999-2000), Om lov om endringer i straffeloven mv (seksuallovbrudd)

²⁹⁹ Ot.prp. Nr.28 (1999-2000) punkt 6.4, Om lov om endringer i straffeloven mv (seksuallovbrudd)

³⁰⁰ Ot.prp. Nr.28 (1999-2000) punkt 6.4, Om lov om endringer i straffeloven mv (seksuallovbrudd)

Min konklusjon er etter en helhetsvurdering at foreldelsesreglene bør oppheves ved seksuelle overgrep mot barn.

I neste avsnitt er det undersøkt om reglene som omfatter seksualforbrytelser mot barn kan anvendes i konkurrans, og hva som har vært virkningen av dette.

7 Konkurrans

Læren om konkurrans er at tiltalte i én og samme sak kan bli dømt for overtredelse av flere forskjellige straffebud eller flere overtredelser av samme straffebud.³⁰¹ For å avklare om straffebudene kan brukes ved siden av hverandre eller om en bestemmelse konsumerer den andre, må bestemmelsene tolkes.³⁰²

Konkurrans er sentralt i henhold til oppgavens tema, da flere straffebud kan være overtrådt ved et og samme seksuelle overgrep. Hvis flere straffebud skal anvendes på én og samme handling i samme sak, anvendes straffebudene i idealkonkurrans. Om det derimot er flere handlinger som følger etter hverandre i tid, såkalt fortsatt forbrytelse, vil straffebudene brukes i realkonkurrans.³⁰³

7.1 Betydning av konkurrans – strafferettslig (materielt) og straffeprosessuelt

Konkurrans er av betydning både strafferettslig (materielt) og straffeprosessuelt i henhold til det strafferettslige vernet barn har mot seksuelle overgrep. Strafferettslig har konkurrans betydning for skyldspørsmålet og ved reaksjonsfastsettelsen. Straffeprosessuelt har det blant annet betydning for utforming av tiltalen.³⁰⁴

³⁰¹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 222-223

³⁰² LH – 2003 – 19791 tiltalens post I punkt b, som også henviser til Andenæs, Joh – Alminnelig strafferett – 4. utgave - s. 336, siste avsnitt.

³⁰³ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 222-223

³⁰⁴ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 223, siste avsnitt

7.1.1 Konkurrence – strafferettslig betydning

7.1.1.1 Foreldelse

Konkurrence er av særlig betydning for foreldesspørsmålet. Foreldelsesfristene kan i flere tilfeller bli lengre ved seksuelle overgrep mot barn, da det er den lengste foreldelsesfristen som skal gjelde ved overtredelser av ulike straffebud jf. §§ 67 (3) og 68 (1).

I utgangspunktet skal foreldelsesfristen begynne å løpe fra overgrepens opphør, men det er gjort unntak for dette ved overtredelser av §§ 195 og 196 jf. strl. § 68 (2). Ved seksuell omgang med barn under 14 år og 16 år vil fristen først løpe fra dagen fornærmede fyller 18 år. Seksuelle overgrep mot barn kan imidlertid også omfattes av andre bestemmelser enn §§ 195 og 196.

Bestemmelser i konkurrence med §§ 195 og 196 kan handlingene bedømmes som to individuelle straffbare forhold. Konkurrence kan da innebære at foreldelse har inntrådt i henhold til kun en av de overtrådte bestemmelsene. Blir de ansett som en fortsatt forbrytelse, vil ikke noen av handlingene være foreldet.³⁰⁵

7.1.1.2 Straffutmåling

Et annet punkt som berøres av konkurrence er straffutmålingen. Konkurrence vil ha betydning for straffutmålingen, da det skal gis en felles straff om straffebudene anvendes side om side jf. strl. § 62. Ordlyden i § 62 regulerer straffutmålingen ved konkurrence:

«§ 62

Har noen i samme eller i forskjellige handlinger forøvet flere forbrytelser eller forseelser som skulle ha medført frihetsstraff, anvendes en felles frihetsstraff. Den felles frihetsstraffen må være strengere enn det høyeste lavmål som er fastsatt for noen enkelt av forbrytelsene eller forseelsene og må ikke overstige det dobbelte av den høyeste straff som for noen av dem er lovbestemt. Den felles frihetsstraffen fastsettes som regel til fengsel, hvis noen enkelt av de straffbare handlinger ville ha medført slik straff.»

³⁰⁵ Øyen, Ørnulf - "Fortsatt forbrytelse" - punkt om "Foreldelse" s. 223-224 – Jussens Venner 04/2005

Utgangspunktet er altså en strengere fellesstraff enn om straffebudet ville vært pådømt alene, selv om fellesstraffen ikke kan overstige det dobbelte av noen av de enkelte straffebud. Retten skal ikke legge sammen det straffen ville blitt dersom straffebudene hadde blitt pådømt individuelt – såkalt kumulasjonsprinsipp.³⁰⁶ Dette gjelder selv om fellesstraffen skal medføre strengere straff enn om domfellelse bare gjelder ett forhold jf. ordlyden i § 62.³⁰⁷ I rettspraksis har det imidlertid vært gitt «rabatter», slik at straffen normalt ble mye lavere enn om straffen for hvert enkelt forhold hadde vært lagt sammen.³⁰⁸

Eskeland har uttalt i juridisk litteratur at:

*«Betydningen av at flere forhold pådømmes i konkurrans, blir mindre jo flere forhold som pådømmes.»*³⁰⁹

Uttalelsen har etter min mening mye for seg. Dette kan belyses med et eksempel hvor en far idømmes straff for seksuell omgang og seksuelle handlinger jf. §§ 195, 196, 197 og 200. Hvis faren dømmes for et alvorlig forhold (seksuell omgang med barn under 14/16 år) og et mindre alvorlig forhold (seksuell handling), vil ikke det minst alvorlige forholdet være av betydning for straffutmålingen. Det heter at den ene bestemmelsen konsumerer den andre, så fremt de verner samme interesser.

Regelen i strl. § 62 er utformet noe annerledes i den nye straffeloven jf. straffeloven 2005 § 29 siste punktum:

«§ 29. Straffene

Når det ved fastsetting av straff er aktuelt å ilegge flere strafferettslige reaksjoner, jf. første ledd og § 30, skal den samlede reaksjonen stå i et rimelig forhold til lovbruddet.»

³⁰⁶ www.rettsdata.no, note 611 ved Magnus Matningsdal til § 62. (lest 10. mai. 2014)

³⁰⁷ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 458, Betydningen av konkurrans

³⁰⁸ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 435, punkt 2.3.7 Konkurrans

³⁰⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 458-459, Betydningen av konkurrans

Etter ordlyden i den nye bestemmelsen skal straffeutmålingen gjøres etter et proporsjonalitetsprinsipp.³¹⁰ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at fellesstraffen skal vurderes forholdsmessig i henhold til lovovertrædelsen. Etter min vurdering vil fellesstraffen etter proporsjonalitetsprinsippet føre til lengre straffer, da konkurrans i grovere tilfeller vil få et hevet straffenivå.

7.2 Konkurrans – straffeprosessuell betydning

Straffeprosessuelt har konkurrans betydning blant annet for utforming av tiltalen og hva retten kan pådømme, da det ved konkurrans kan være en eller flere seksualforbrytelser siktede skal straffes for jf. henholdsvis strpl. § 252 (1) nr. 3 og 4 og strpl. § 38.

Bestemmelsene gjelder altså forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, da retten ikke kan gå utenfor det forhold tiltalen gjelder jf. strpl. § 38. Bare ved særlig grunn kan retten vurdere om det foreligger omstendigheter som kan dømmes etter en strengere straffebestemmelse.³¹¹ Kontradiksjonsprinsippet gjelder i disse tilfellene, da partene skal ha en anledning til å uttale seg om spørsmålet før retten anvender et strengere straffebed jf. strpl. § 38 (2)

Straffeprosessuelt har konkurrans betydning for seksualforbrytelser mot barn, da det er tiltalen som angir rettens behandlingsramme. Domstolene kan i utgangspunktet ikke idømme straff for legemsbeskadigelse om tiltalen gjelder seksuell omgang med barn, med mindre det foreligger særlige grunner. Retten står ellers fritt til å fravike tiltalebeslutningen, så lenge det er snakk om det samme straffbare forhold.³¹²

For å kunne bedømmes som samme forhold, skal det etter rettspraksis kreves samme faktiske og rettslige identitet jf. Rt. 2011 s. 172 og EMD – dommen «Zolotukhin mot Russland».³¹³ I følge flere dommer er vurderingsmomentet om «*et forhold rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen gjelder*».³¹⁴ Rettspraksis viser at det er avgjørende hvilke interesser

³¹⁰ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2088>

³¹¹ Magnus Matningsdal - *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom* - Jussens Venner 2002, s. 89 flg

³¹² Magnus Matningsdal - *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom* - Jussens Venner 2002, s. 89 flg.

³¹³ Application no. 14939/03

³¹⁴ Rt. 1980 s. 360, på s. 363, Rt. 1989 s. 1336, på s. 1337 og Rt. 1994 s. 673 på s. 674. (henvisning hentet fra ”Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom”, fotnote 4)

straffebudene har som formål å verne, og det beror på en konkret helhetsvurdering hvorvidt bestemmelsene verner vesensforskjellige interesser.³¹⁵

Et eksempel på dette finner vi i Rt. 2011 s. 172. Dommen gjaldt spørsmålet om domstolen kunne domfelle for legemsfornærmelse selv om tiltalen gjaldt voldtektsforsøk. Høyesterett konkluderte med at det forelå rettslig identitet mellom straffebudene, da voldtektsbestemmelsen er en blandingsbestemmelse hvor formålet er å verne personer mot både voldtekt og vold. Spørsmålet som reiser seg er om Høyesterett ville kommet til samme konklusjon om det var en seksualforbrytelse mot barn.

Etter min vurdering måtte Høyesterett trolig ha kommet til motsatt konklusjon enn i Rt. 2011 s. 172 om tiltalen hadde vært seksualforbrytelse mot barn under 14 år. I dette eksemplet verner bestemmelsen om legemsbeskadigelse andre interesser enn det strafferettslige vernet § 195 har som formål å beskytte.

Formålet med § 195 er å gi barn et strafferettslig vern mot seksuelle overgrep, mens § 229 skal verne personer mot vold generelt. Etter min vurdering kunne ikke resultatet blitt det samme om spørsmålet gjaldt å domfelle voldtektsforsøk om tiltalen gjaldt legemsfornærmelse, da denne bestemmelsen ikke har som formål å verne mot voldtekt.

I juridisk litteratur er det skrevet at :

*«Dersom retten har pådømt et forhold som ikke omfattes av tiltalebeslutningen, vil det bli rettskraftig avgjort dersom ikke dommen ved anke blir opphevet. Omvendt kan det tenkes at retten har unnlatt å pådømme et forhold som var omfattet av tiltalebeslutningen. I så fall blir det ikke rettskraftig avgjort. Dette skyldes at rettskraftvirkningen følger av domskonklusjonen - ikke av tiltalebeslutningen. Men i dette tilfellet kan det være aktuelt å avsi tilleggsdom med hjemmel i § 48.»*³¹⁶

Sitatet ovenfor beskriver viktigheten av forholdet mellom tiltalebeslutning og domskonklusjonen. I høyesterettspraksis er det derfor fastsatt en absolutt opphevelsesgrunn om retten pådømmer straff etter andre forhold enn det som er nedskrevet

³¹⁵ Rt. 2011 s. 172

³¹⁶ Magnus Matningsdal - *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom* - Jussens Venner 2002, s. 92 flg.

tiltalebeslutningen.³¹⁷

I de neste avsnittene er de ulike delene av konkurrans - som kan være av betydning for oppgavens tema - behandlet.

7.3 Konkurrans – ideal og realkonkurrans

Konkurrans er fordelt i kategoriene like- og ulikeartet real- og idealkonkurrans.

Realkonkurrans og idealkonkurrans betegner to ulike situasjoner der to eller flere forbrytelser kan pådømmes under ett.

Realkonkurrans(suksessivkonkurrans) er situasjonen hvor flere handlinger som følger hverandre i tid skal anses som en fortsatt forbrytelse eller flere forhold til pådømmelse i samme sak.³¹⁸ I idealkonkurrans (simultankonkurrans) har gjerningsmannen overtrådt flere straffebud i samme handling, og disse pådømmes under ett.³¹⁹

7.3.1 Realkonkurrans

Når flere like eller ulike forhold har blitt begått suksessivt oppstår det realkonkurrans mellom de overtrådte straffebudene.³²⁰ Det rettslige utgangspunktet er at gjerningspersonen ikke skal dømmes mer enn én gang for et straffbart forhold. En avgjørelse som idømmer en gjerningsperson for to straffbare forhold signaliserer at straffverdigheten er større enn at det kunne bedømmes som ett forhold.³²¹

Hvis tiltalen omfatter seksuelle overgrep mot et barn under 14 år omtales det som likeartet realkonkurrans. På den andre siden kan tiltalen omfatte forbrytelser av forskjellig art – eksempelvis seksuell omgang mot mindreårige og besittelse av barnepornografi. Da snakker vi om ulikeartet realkonkurrans.

³¹⁷ Magnus Matningsdal - *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom* - Jussens Venner 2002, s. 92 flg.

³¹⁸ [Http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2091](http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2091) og Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), delpunkt 2, side 228

³¹⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), delpunkt 2, side 228

³²⁰ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), side 225 og 227-228

³²¹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), side 225

7.3.1.1 Likeartet realkonkurrens - En fortsatt forbrytelse?

Likeartet realkonkurrens er av sentral betydning for det strafferettslige vernet barnet skal ha mot seksuelle overgrep. Problemstillingen er om flere seksuelle overgrep mot et barn skal bedømmes som ett eller flere forhold.³²²

For å avgjøre problemstillingen har Høyesterett gitt noen viktige momenter for vurderingen:

*«[...] spørsmålet om vi står overfor ett fortsatt straffbart forhold eller enkeltstående lovovertrædelser, beror på en helhetsvurdering, der sammenhengen i tid, tilknytning til samme sted og et eventuelt felles forsett er momenter av betydning».*³²³

Rt. 1962 s. 787 viser et klart tilfelle av ett fortsatt straffbart forhold. Saken gjaldt en 23-årig mann som hadde seksuell omgang med en 15-årig jente. Samleiene skjedde med tre til fem ukers mellomrom. For å avklare spørsmålet om det var en fortsatt forbrytelse, vektla retten at det var samme atferd som ble gjentatt overfor samme fornærmede og at det hadde gått kort tid mellom hver enkelt handling.

Det er imidlertid ikke alltid like klart hvor grensa skal trekkes i forhold til tidsaspektet. Rt. 1989 s. 517 gjaldt en far som hadde hatt seksuell omgang med sønnen og datteren. Den seksuelle omgangen med datteren varte fra hun var 4 til 16 år gammel. I dommen ble et opphold på ca. fire måneder vurdert å være et fortsatt forhold – da overgrepene skjedde relativt hyppig over en tolv års periode.

Det lengste oppholdet som har vært akseptert i høyesterettspraksis er på ni måneder. I Rt. 2002 s. 917 ga Høyesterett en viktig begrunnelse for rettens vurdering:

«Likevel er jeg kommet til at det foreligger et fortsatt straffbart forhold i dette tilfellet. Avbruddets lengde er bare én av de faktorene som skal tas i betraktning. Avbruddet må antas å ha hatt sin vesentlige grunn i at B i denne perioden befant seg i en annen del av landet. Jeg viser her til Rt-1994-786 hvor det i en rettsbelæring var gitt uttrykk for at det ikke i og for seg vil være «avgjørende hvorvidt en økning i geografisk avstand medfører at den seksuelle

³²² Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), delpunkt 2, side 227

³²³ Rt.1994 s. 203

*kontakten - samleie - blir mindre hyppig». Høyesterett fant at dette ga uttrykk for et riktig syn, og henviste til at det var tale om samme fornærmede og samme type straffbare handlinger, og at det derfor forelå et fortsatt forhold».*³²⁴

Læresetningen som kan utledes fra dommen er at det må foretas en helhetsvurdering hvor overgrepens opphør ikke nødvendigvis er en avgjørende faktor. I dette tilfellet var det avgjørende at overgrepene skjedde kontinuerlig både før og etter opphør. Retten la også stor vekt på det "psykologiske grepet" gjerningsmannen hadde på fornærmede, da hun ikke fikk anmeldt forholdet før hun fylte 18 år.³²⁵ Endelig konkluderte retten i dette tilfellet at handlingene hadde felles forsett.

Et annet vanskelig vurderingstema er om fornærmede rammes av handlinger av forskjellig alvorlighetsgrad.³²⁶ Situasjonen kan være at gjerningspersonen utfører seksuelle handlinger mot barnet en dag, og fortsetter med seksuell omgang en annen dag. Første momentet er å se på tidsaspektet; hvor lang tid var det mellom handlingene. Deretter på om det var en naturlig tilknytning mellom overtredelsene, da dette kan tale for en fortsatt forbrytelse.³²⁷

I dette tilfellet kan det argumenteres for at seksuell omgang er en naturlig utvikling fra seksuelle handlinger, og dermed en fortsatt forbrytelse. Det kan være av betydning om hendelsene skjer på samme sted - eksempelvis barnets soverom. For å kunne kalle disse to overtredelsene for en fortsatt forbrytelse sies det gjerne at det mest alvorlige forholdet konsumerer det minst alvorlige.³²⁸

I juridisk litteratur er det imidlertid riktig anført at problemstillingen er lite praktisk siden gjerningspersonen vil ved enhver omstendighet bli dømt for det hele.³²⁹

³²⁴ Rt. 2002 s. 917, på s. 922

³²⁵ Rt. 2002 s. 917, på side 921

³²⁶ Eskeland, Ståle – Strafferett – 2. utgave (2006) – s. 227, delpunkt 2

³²⁷ Eskeland, Ståle – Strafferett – 2. utgave (2006) – s. 228, delpunkt 2

³²⁸ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2. utgave (2006), delpunkt 2, side 228, andre avsnitt

³²⁹ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2. utgave (2006) - s. 458-459

7.3.1.2 Ulikeartet realkonkurrens

Ulikeartet realkonkurrens er at gjerningsmannen begår flere straffbare handlinger av forskjellig art innen en viss tidsperiode som skal pådømmes i samme avgjørelse.³³⁰ Ved ulikeartet realkonkurrens er det ofte rimelig klart at bestemmelsene anvendes side om side.

Et eksempel på ulikeartet realkonkurrens er når gjerningsmannen – i en og samme handling - har overtrådt både straffebudene for ran, innbrudd og seksuell omgang med et barn under 14 år. Handlingene vil ha en viss sammenheng, men ikke nødvendigvis en naturlig tilknytning til hverandre.

I flere tilfeller er det vanskelig eller umulig å spalte handlingsrekken i individuelle handlinger.³³¹ Et eksempel på dette ble uttalt i Rt. 1993 s. 1009:

*”Tiltalen bygger på at det for begge de tiltalte forelå delaktighet i den samlede virksomhet ved enten erverv eller oppbevaring eller medvirkning til dette. Når påtalemyndigheten vurderte det slik, måtte tiltalen bli den samme for begge. Virksomhet hadde vært drevet sammenhengende og i det vesentlige på samme sted. De domfeltes subjektive forhold har vært det samme gjennom hele perioden. Det ville være en praktisk umulighet å behandle hvert enkelt erverv eller hvert enkelt tilfelle av forvaring for seg. Jeg finner at det i denne sak ikke kan reises noen innvending mot at hele virksomheten er ansett som ett sammenhengende forhold”.*³³²

Et tenkt tilfelle hvor hele virksomheten kan anses som ett sammenhengende forhold er tilfellene hvor seksuelle overgrep mot barn begås i felleskap. Særlig om overgrepene foregår over tid vil overgriperne ha forskjellig «roller». Ved overgrepene vil noen av overgriperne gjennomføre samleie mens andre holder vakt eller medvirker på andre måter. I disse tilfellene har gjerningspersonene overtrådt flere forskjellige straffebud, men det er umulig å spalte handlingsrekkene i individuelle handlinger - overtredelsene er et fortsatt forhold.

³³⁰ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006), delpunkt 2, side 229-230

³³¹ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2092>

³³² Rt. 1993 s. 1009, på side 1012, sitatet hentet fra <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2092>

7.4 Idealkonkurrens

7.4.1.1 Ulikeartet idealkonkurrens – et seksuelt overgrep rammes av flere straffebud.

Idealkonkurrens er noe av det mest sentrale i henhold til oppgavens tema. Et enkelt seksuelt overgrep kan rammes av flere straffebud, såkalt ulikeartet idealkonkurrens.³³³ Spørsmålet som reiser seg er om den samme handlingen tilfredsstillende gjerningsinnholdet i samtlige straffebud, slik at gjerningspersonen dømmes for mer enn en overtredelse.³³⁴

Hovedregelen etter EMK Protokoll 7 art. 4 er at gjerningspersonen kun straffes etter ett straffebud. Som rettskilde er EMK et tungtveiende argument, da konvensjonene gjelder som norsk lov og har forrang til annen norsk lovgivning ved motstrid jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.³³⁵ Forbudet mot dobbelstraff taler for at han ikke skal dømmes mer enn en gang for et straffbart forhold.

I høyesterettspraksis er læren om ulikeartet idealkonkurrens oppsummert slik:

*”Konkurrenslæren innebærer at når en straffbar handling omfattes av flere straffebud, anvendes bare ett straffebud dersom det fullt ut dekker samtlige sider av det straffbare forholdet. Flere straffebud anvendes bare når dette er nødvendig for å markere momenter ved den straffbare handling som ikke blir markert om man bare anvender ett straffebud. Når retten er avskåret fra å anvende et straffebud på grunn av konkurransreglene, følger det av rettskraftreglene at det ikke kan reises ny tiltale etter dette straffebudet når det er avsagt dom i saken”.*³³⁶

§§ 195 og 196 kan anvendes i idealkonkurrens med andre bestemmelser i straffelovens kap.19, da bestemmelsene verner til dels om ulike interesser. Et eksempel er en prest som har seksuelt misbrukt en 11 år gammel gutt.

Gjerningsmannen vil da ha overtrådt både §§ 195 og 193, som er bestemmelser som kan anvendes i idealkonkurrens, da § 195 verner om barnets mindreårighet og § 193 verner

³³³ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - s. 229-230, punkt 4.4

³³⁴ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2089>

³³⁵ NOU 2007 : 13, punkt 5.3 - Forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

³³⁶ Rt. 2003 s. 1376

misbruk av tillitsforhold. Den seksuelle omgangen i selv seg er straffverdig, men straffverdigheten øker når offeret er i et tillitsforhold til gjerningspersonen.

I henhold til rettspraksis må straffebudene i dette eksemplet anvendes i idealkonkurrens siden straffebudene indikerer momenter ved den straffbare handling som ikke blir strafferettslig vernet om man bare anvender ett straffebud.³³⁷

Ved gradsforbrytelser vil den strengeste bestemmelsen (seksuell omgang) konsumere en mindre grov bestemmelse (seksuelle handlinger).³³⁸ Dette innebærer at retten bare dømmer etter den strengeste bestemmelsen som kan ramme forholdet. Begrunnelsen er at den vernede interessen er den samme i begge bestemmelsene – begge bestemmelsene gir et strafferettslig vern for barnets personlige integritet og mindreårigheten som sådan. Endelig kan ulikeartet idealkonkurrens også foreligge ved såkalte sammensatte forbrytelser.

7.4.2 Likeartet idealkonkurrens - Samme handling mot flere fornærmede

I tilfeller hvor en gjerningsperson har seksuell omgang med flere fornærmede, vil det være snakk om likeartet idealkonkurrens.³³⁹ Seksualforbrytelser mot barn er grove integritetsforbrytelser, og etter gjeldende rett skal det være like mange forbrytelser som det er fornærmede:

*«I denne sammenheng er det sentralt at ved integritetskrenkelser foreligger det omtrent alltid like mange overtredelser som krenkede personer. Det innebærer at når A forsøkte å drepe B, men i stedet drepte C, står man overfor to fornærmede og dermed to forbrytelser».*³⁴⁰

For å bruke sitatet fra Rt. 2000 s. 970 på oppgavens tema, innebærer det at når A misbruker både barn B og barn C seksuelt, står man overfor to fornærmede og dermed to individuelle forbrytelser. Begrunnelsen er at begge ofrene utsettes for alvorlige personlige integritetskrenkelser, og hver fornærmet har krav på å få en individuell behandling av sine rettigheter.

³³⁷ <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2089>

³³⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2003/nou-2003-18/8/1/6.html?id=371103> - NOU 2003 - 18
– Rikets sikkerhet punkt 7.1.6 Konkurrens

³³⁹ Eskeland, Ståle - Strafferett - 2.utgave (2006) s. 458-459, punkt 4.4

³⁴⁰ Rt. 2000 s. 970. på s. 976

Rettspraksis bryter heller ikke med EMK protokoll 7 art. 4 – forbudet om dobbelstraff, selv om overtredelsene skjer i løpet av en handling. EMD uttalte om dobbeltstraff i Oliveira mot Sveits med at konvensjonen forbyr dobbeltstraff for samme kriminelle handling, men i saker hvor en enkelt handling utgjør flere overtredelser vil dette trolig resultere i flere individuelle forbrytelser.³⁴¹ Med andre ord vil gjerningspersonen ikke få gjennomslag med en påstand om dobbelstraff, da et forhold kan være flere individuelle overtredelser.³⁴²

7.5 § 197 – incest

§ 197 – incestbestemmelsen – rammer gjerningspersonen som har seksuell omgang med sine slektninger i nedstigende linje. Bestemmelsen gjelder både for biologiske og adopterte etterkommere jf. ordlyden i § 197.

Incestbestemmelsen er av sentral betydning for det strafferettslige vernet for barn mot overgrep, da bestemmelsen skal verne andre aspekter enn mindreårigheten som sådan.³⁴³ Seksuell omgang mellom slektninger er uønsket atferd ut fra både samfunnsmessige og arvebiologiske hensyn. Utredningene i 1991 og 1997 har også konkludert med at seksuell omgang med nærstående slektninger kan ha alvorlige skadevirkninger for barnets personlighetsutvikling.³⁴⁴

Tidligere hadde § 197 en forhøyet strafferamme på åtte år ved seksuell omgang, men bestemmelsen ble endret til en strafferamme på fem år ved lovrevisjon i 2000. Endringen var et resultat av en omfattende vurdering av Seksuallovbruddutvalget, som konkluderte med at strafferammen vil være dekkende for straffverdigheten i incestsaker som bestod av seksuell omgang.³⁴⁵

³⁴¹ Oliveira Mot Sveits (sak 25711 / 94, EMD – 1994 – 25711), avsnitt 26: «*since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offence once criminal act constitutes two separate offences*».

³⁴² Oliveira Mot Sveits (sak 25711 / 94, EMD – 1994 - 25711) og Ponsetti og Chesnel mot Frankrike (sakene 36855 /97 og 41631 / 98, EMD – 1997- 36855)

³⁴³ NOU 1997 : 23 , Seksuallovbrudd - 3.6.7 Begreper og grensdragninger

³⁴⁴ Først nevnt i NOU 1991 : 13 – Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning - punkt 2.4.4 – ”Betydningen av at overgriper er omsorgsperson”, som NOU 1997 : 23 deretter bygde seg på.

³⁴⁵ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) punkt, 9.1.2

Seksuallovbruddutvalget bemerket at andre straffebud kan anvendes i konkurrans med § 197 for å gi et tilfredsstillende strafferettslig vern for barn i mer graverende forhold.³⁴⁶ I dagens samfunn fungerer bestemmelsen som et strafferettslig vern mot handlinger, som på grunn av partenes nære relasjon, karakteriseres som alvorlige seksualovergrep.³⁴⁷

7.5.1 Rettspraksis - §197 anvendes i konkurrans

I rettspraksis er det mange eksempler på at gjerningspersonen har seksuell omgang med en fornærmede under 14 år, slik at det oppstår konkurrans mellom overtrådte §§ 195 og 197. To tilfeller hvor §§ 195 og 197 anvendes i konkurrans er Rt. 2007 s. 1190 og Rt. 2013 s. 751.

I de neste avsnittene er det kort gått gjennom hvordan retten har drøftet konkurrans mellom incestbestemmelsen og andre straffebud i kapittel 19.

7.5.1.1 Rt. 2013 s. 751

Rt. 2013 s. 751 gjaldt en far som slikket kjønnsorganet til sin datter på fire år. I avsnitt 13 uttalte førstvoterende om straffutmålingen ved konkurrans mellom §§ 195 og 197.

Straffutmålingen skal knyttes til de konkrete omstendighetene. Det skal imidlertid ikke være *”et markert skille avhengig av om minstestrafen får anvendelse eller ikke.”*³⁴⁸

Av dommen kan det utledes at hensyn som forholdsmessighet, sammenheng og konsekvens tilsier at straffutmålingen må være en avveining mellom handlingens grovhet og gjeldende straffnivå.³⁴⁹

Videre sammenlignet Høyesterett den aktuelle saken med Rt. 2013 s. 287 i lys av straffnivået. Rt. 2013 s. 287 omhandlet en relativt lik sak før straffeskjerpelsen i 2010. Da ble det idømt en straff på ti måneders fengsel. Høyesterett understreker at det har skjedd en utvikling med lovendringen i 2010 som medfører en betraktelig heving av straffnivået ved seksualforbrytelser mot barn.³⁵⁰

³⁴⁶ Ot.prp.nr.28 (1999-2000), punkt 9.1.2

³⁴⁷ NOU 1997: 23 - Seksuallovbrudd punkt 4.6.4

³⁴⁸ Rt. 2013 s. 751, avsnitt 13

³⁴⁹ Rt. 2013 s. 751, avsnitt 13

³⁵⁰ Rt. 2013 s. 751, avsnitt 14

Det skjerpede straffenivået, og faktum at domfelte har hatt seksuell omgang med slektning i nedstigende linje, medførte dermed to år og seks måneders fengsel. Høyesterett uttalte at dette tilfellet ble omfattet av minstestrafen, men tilfellet av incest talte klart i straffeskjerpende retning.³⁵¹

Etter avgjørelsen er det klart at §197 kan anvendes i konkurrens med andre bestemmelser i straffelovens kapittel 19. Det er imidlertid ikke gitt en begrunnelse til hvorfor bestemmelsene kan anvendes i konkurrens, og det spørsmålet er behandlet i de neste avsnittene.

§§ 195 og 196 skal strafferettslig verne barn og ungdom mot overgrep, da den vernede interessen er mindreårigheten som sådan. Enkelte av bestemmelsene i straffelovens kapittel 19 verner imidlertid andre interesser enn kun mindreårigheten.

Paragraf 197 skal på sin side beskytte særlige aspekter ved mindreåriges avhengighetsforhold til barnets nærstående og foresatte.³⁵² Bestemmelsen har som formål å fremme sunne familierelasjoner og arvebiologiske hensyn.³⁵³ Den vernede interessen er dermed ikke mindreårigheten som sådan, og for å markere økt straffverdighet kan § 197 anvendes i konkurrens med §§ 195 og 196.

Videre i forarbeidene er det uttrykt at:

*« Seksuell omgang mellom barn og nærstående voksne eller voksne omsorgspersoner vil som regel være misbruk av tillits – eller avhengighetsforhold, men dette er likevel ikke et vilkår for straff etter disse bestemmelser . Noen av disse straffereglene har egne aldersgrenser, og beskytter ungdom opp til 18 år, jf. straffeloven §§ 197 og 209».*³⁵⁴

Det må tas hensyn til at barn er særlig sårbare i slike personlige relasjoner. Barnets personlighetsutvikling vil kunne få alvorlige skadevirkninger i forhold hvor foreldre har seksuell omgang med sine barn. Derfor har disse straffebudene stor betydning i saker som

³⁵¹ Rt. 2013 s. 751, avsnitt 14

³⁵² NOU 1997:23 – Seksuallovbrudd - punkt 3.6.2.

³⁵³ NOU 1997:23 – Seksuallovbrudd - punkt 3.6.2.

³⁵⁴ NOU 1997:23 – Seksuallovbrudd - punkt 3.6.2.

gjelder seksuelle overgrep mot barn.

7.5.1.2 Rt. 2007 s. 1190

Rt. 2007 s. 1190 omhandlet en far som gjentatte ganger hadde seksuell omgang med sin seks år gamle datter. Før den seksuelle omgangen forelå det en rekke seksuelle handlinger i form av en «badelek». Retten la til grunn at bare ved å bringe alle straffebudene, §§ 195, 197 og 200, til anvendelse vil handlingens samlede straffverdighet komme til uttrykk.^{355 356}

I avsnitt 8 uttrykte førstvoterende det rettslige utgangspunktet - Farens seksuelle omgang med datteren var et meget graverende forhold som i utgangspunktet straffes strengt.

Retten mente imidlertid at hvert tilfelle må vurderes konkret, og at i denne saken hadde lagmannsretten vært for streng i henhold til nyere rettspraksis. Førstvoterende gikk derfor gjennom nyere høyesterettspraksis – Rt. 2004 s. 437 og Rt. 2004 s. 1408 - for å ta utgangspunkt i det nivået som var etablert i praksis.

Etter min vurdering har Rt. 2004 s. 437 begrenset overføringsverdi til denne saken. Saken omhandlet en tidligere dømt mann som fikk en ung jente til å masturbere. I avgjørelsen falt incestbestemmelsen utenfor vurderingen, da gjerningsmannen ikke var en slektning av fornærmede. Førstvoterende bemerket imidlertid at saken var noe mer alvorlig enn Rt. 2007 s. 1190, og brukte straffeutmålingen som et utgangspunkt på hvor streng straffen maksimalt kunne være.³⁵⁷

Den siste dommen - Rt. 2004 s. 1408 -ble brukt som den andre ytterkanten, da saken var et mindre alvorlig tilfelle med kun et overgrep. Rt. 2007 s. 1190 omhandlet gjentatte tilfeller av seksuell omgang, og bør i utgangspunktet idømmes en strengere straff enn i Rt. 2005 s. 1408.

Retten drøftet i avsnitt 14 om hvilke bestemmelser som bør anvendes i konkurrans, og konkluderte med at det ikke var nødvendig å straffe også etter § 200, da § 195 vernet de samme interessene. Etter gjeldende rett skal altså ikke bestemmelsene anvendes i konkurranse hvis de beskytter samme type interesser, men omfatter interessekrenkelser av ulik

³⁵⁵ Eskeland, Ståle – Strafferett - 2.utgave (2006) - punkt 4.4.2, s.230

³⁵⁶ Utleidet av Rt. 2007 s. 1190

³⁵⁷ Rt. 2004 s. 437, avsnitt 13

alvorlighetsgrad. Retten senket straffen med tre måneder.

Av dommen er det imidlertid vanskelig å lese hvordan retten har anvendt § 197 i konkurrans med § 195, da bestemmelsen ikke har blitt nevnt uttrykkelig.

7.5.2 Konkurrans mellom §§ 195/196 og § 192

Bestemmelsene §§ 195 og 196 kan også brukes i konkurrans med § 192. Ordlyden i §§ 195/196 - «[d]en som har seksuell omgang med barn...» - beskytter mindreårigheten som sådan, men dekker ikke volds- og trusselaspektet jf ordlyden i §§ 195 og 196.

Ordlyden i § 192 på sin side - «[d]en som a) skaffer seksuell omgang ved vold eller ved truende atferd» - verner samfunnet generelt mot at gjerningspersoner anvender vold eller trusler til å oppnå seksuell omgang, men barn er ikke nevnt særskilt i bestemmelsen.

Da barn har et stort behov for et tilstrekkelig strafferettslig vern mot seksualforbrytelser, må bestemmelsene anvendes i konkurrans for å dekke hele det strafferettslige spekteret. Det må imidlertid bemerkes at ikke all seksuell omgang er voldtekt, og gjerningspersonen kan ha gjennomført flere seksuelle omganger med et barn, men kun dømmes for en voldtekt.

Et godt eksempel på hvor skillet skal trekkes finnes i rettspraksis.³⁵⁸ Saken gjaldt en mann som gjentatte ganger hadde seksuell omgang med en slektning, hvorav et av tilfellene ble ansett som en voldtekt. I dommen konkluderte Høyesterett med at lagmannsrettens vurdering av voldtekten var riktig;

«Begge var nakne da tiltalte tok rundt fornærmede og la ham oppå seg. Tiltalte holdt fast fornærmede som strittet imot og prøvde å komme løs. Fornærmede ble holdt slik at deres nakne kjønnsorganer rørte mot hverandre mens tiltalte gjorde samleiebevegelser. Tiltalte brukte ikke mer makt enn det som var nødvendig for å gjennomføre den seksuelle omgang.»

³⁵⁹

³⁵⁸ Rt. 2004 s. 1035

³⁵⁹ Rt. 2004 s 1035, avsnitt 8

Fra dommen kan det utledes at det ikke kreves vold av alvorlig grad. Det at gutten strittet imot og ble holdt hardt nok fast til å være med på samleielignende bevegelser tilfredsstilte vilkåret om å «utøve vold» i denne saken.

Videre drøftet førstvoterende om hvilken betydning voldtekten har fått for straffutmålingen, siden bestemmelsene § 192 og § 195 anvendes i konkurrans:

*«I formildende retning har domfelte påberopt seg at overgrepene ikke synes å ha påført fornærmede nevneverdige skadevirkninger. Dette kan det etter min mening ikke legges vekt på. Som Høyesterett har fremhevet i flere saker om voldtekt, skal straffen ta utgangspunkt i skaderisikoen som best avspeiles i overgrepets grovhet.»*³⁶⁰

Førstvoterende knesatt her domfeltes anførsel om at nevøen ikke hadde blitt påført nevneverdige skadevirkninger. Her taler hensynet om latente psykosomatiske og psykososiale skader imot domfelte, da skadevirkningene kan være svært alvorlige og ligge langt frem i tid.

Et annet tilfelle fra høyesterettspraksis var Rt. 2013 s. 287. Saken gjaldt en mann som voldtok sin stedatter i tillegg til flere tilfeller av seksuell omgang med den biologiske datteren. I avsnitt 17 la retten til grunn hvilke straffebud som var overtrådt, mens det i avsnitt 18 ble drøftet hvilken betydning konkurrans ville ha i dette tilfellet.

I avsnitt 17 konkluderte førstvoterende at domfelte hadde gjennomført voldtekt til seksuell omgang, seksuell omgang med barn under 16 år og seksuell omgang med stebarn . Domfelte ble da idømt en straff hvor overtredelsene av straffebudene § 192(1) a, § 196 (1) og § 199 (1) ble anvendt i konkurrans.

Videre uttrykte Høyesterett at i straffutmålingen ble voldtekt til seksuell omgang ansett som det grunnleggende forholdet, mens de øvrige overtredelsene ble ansett å være straffeskjerpene faktorer.³⁶¹ Dette peker dit hen at retten tok utgangspunkt i voldtekten som det grunnleggende forholdet for straffutmålingen, og mindreårigheten som sådan ble et straffeskjerpene moment.

³⁶⁰ Rt. 2004 s. 1035, avsnitt 13

³⁶¹ Rt. 2013 s. 287, avsnitt 18

Motsatt var det i tilfellet med den biologiske datteren; her tok retten utgangspunkt for straffeutmålingen i den seksuelle omgangen etter § 195. Etter min vurdering vil det ikke være av avgjørende betydning hvilket forhold som anses som det grunnleggende forholdet, da gjerningspersonen uansett skal straffes for det hele.³⁶²

7.6 §192 – Voldtekt av små barn

Voldtektsbestemmelsen kan også anvendes i konkurrans med §§ 195 i tilfeller med svært små barn.

I Rt. 1992 s. 1717 hadde en 16 år gammel gjerningsmann tvunget en syv år gammel gutt ned til en kjeller og gjennomført seksuell omgang. Retten var ikke i tvil om at § 192 skulle anvendes i konkurrans med § 195, da gjerningsmann hadde utøvd nødvendig tvang for å få gutten med i kjelleren. Retten la vekt på at gutten var svært redd under hendelsen og opplevde det hele som smertefullt.

Retten drøftet et interessant moment i avgjørelsen om hvorvidt det forelå samleie:

*«Domfelte har fått en sju år gammel gutt med seg ned i en kjeller, der han har brukt den nødvendige makt for å overvinne fornærmedes motstand og fullbyrdet en voldtekt. Han er dømt for voldtekt til utuktig omgang, men jeg nevner at slik forholdet er beskrevet, ligger det nær opp til samleie, jf straffeloven § 213. Fornærmede ble svært redd og opplevde forholdet som smertefullt.»*³⁶³

Høyesterett uttalte her at hendelsen ligger nær opp til samleie jf. strl. § 213. Retten vurderte fornærmedes opplevelse av situasjonen som tungtveiende - i tillegg til tvangsbruken. Førstvoterende foretok altså en konkret helhetsvurdering, og anså straffverdigheten av hendelsen til å være alvorlig nok til å idømme straffe etter både § 192 og § 195.

7.7 Oppsummering:

Det kan konkluderes med at etter gjeldende rett er det riktig å anvende § 192 i konkurrans med både §§ 195 og 196, da bestemmelsene ivaretar vesensforskjellige interesser.

³⁶² Eskeland, Ståle – Strafferett – 2. utgave (2006) – punkt 4.3.1, side 225

³⁶³ Rt. 1992 s. 1717

Seksuallovbruddutvalget reiste allikevel særlige problemstillinger hvorvidt det er adekvat å bruke bestemmelsene i konkurrans. ³⁶⁴

Utvalget påpekte problemet med at vold og trusler betinger voldtektsbestemmelsen, mens alder er avgjørende for §§ 195 og 196. Voldtektsbestemmelsen bygger på en forutsetning om at den andre parten kan samtykke til seksuell omgang, men barn har ikke adgang til å gi et informert samtykke. ³⁶⁵

Tvangsaspektet innebærer at offerets handle- og bevegelsesfrihet innskrenkes, da voldtekt representerer en alvorlig krenkelse av den legemlige integritet. ³⁶⁶ Derfor mente Seksuallovbruddsutvalget at beviset rundt den seksuelle omgangens frivillighet vil være uheldig, da straffeloven §§ 195 og 196 rammer seksuell omgang med mindreårige uavhengig av frivillighet hos barnet. ³⁶⁷

Med andre ord er samtykke irrelevant for straffbarheten, også i tilfeller hvor fornærmede har personlige forutsetninger til å gi et reelt samtykke. Endelig konkluderte utvalget med at de innsigelser som kan reises mot å anvende voldtektsbestemmelsen i konkurrans med §§ 195 og 196 ikke er så tungtveiende at det er grunn til å foreslå lovendring. ³⁶⁸

7.8 Vurdering

Jeg er enig i at voldtektsbestemmelsen skal anvendes i konkurrans med både §§ 195 og 196 – også i tilfeller med svært små barn. Som det fremgår av forarbeidene, innebærer domfellelse for voldtekt en annen straffverdig dimensjon ved overgrepet. ³⁶⁹

Ved voldtekt utøver overgriperen vold, og vold er en særlig aspekt ved overgrepet som ikke tilfredsstillende dekkes av §§ 195 eller 196. For å gi barn et tilstrekkelig strafferettslig vern mot vold, tvang, trusler og seksuell omgang må det derfor være adgang til å anvende bestemmelsene i konkurrans.

³⁶⁴ NOU 1997: 23, s. 46, punkt 4.4.2

³⁶⁵ NOU 1997: 23, s. 46, punkt 4.4.2

³⁶⁶ NOU 1997: 23, s. 46, punkt 4.4.1

³⁶⁷ NOU 1997: 23, s. 46, punkt 4.4.2

³⁶⁸ NOU 1997: 23, s. 54, punkt 4.4.4.2

³⁶⁹ NOU: 1997: 23, s. 54, punkt 4.4.4.2

Det er imidlertid ofte vanskelig å lese av avgjørelsen hvilken betydning bestemmelser - spesielt § 197 - har for straffutmålingen når de anvendes i konkurrans med andre straffebud i straffelovens kap. 19.

Litteraturliste

Bøker

- Andenæs, Johs - Alminnelig strafferett – 5.utgave - (2004) - ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn
- Andenæs, Johs - Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene - (2008) - ved Kjell V. Andorsen
- Andenæs, Mads og Eirik Bjørge - Menneskerettene og oss - (2012)
- Bratholm, Anders - Strafferett og samfunn – (1980)
- Hov, Jo, *Innføring i prosess I og II* – (2010)
- Mathiesen, Thomas - Retten i samfunnet – innføring i retts sosiologi – (2011)
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir - Innføring i folkerett - 4. utgave (2011)

Artikler

- Andenæs, Mads og Eirik Bjørge - Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene, i *Jussens Venner* 2011 - s. 251-286
- Andorsen, Kjell - Dømt til erstatning, frifunnet for straff (1999) - *Nytt i strafferetten* 2/1999 s. 1–95
- Emberland, Marius - Om internasjonale menneskerettigheter – Lovskravet i EMK art 7 – i lys av nyere EMD-praksis - *Tidsskrift for Strafferett* (2001) - s. 55–67
- Ertzeid, Aina Mee, ”Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett” s 337 – *Jussens Venner* nr. 06 (2006)
- Frøberg, Thomas - EMDs praksis som norsk rettskildefaktor - *Jussens Venner* (2007) - s. 176-194
- Hika, Gemetchu - Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) - *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2010) s. 505-547

- Jahre, Hans-Petter og Morten Holmboe - Alderen som objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen? - Lov og Rett nr. 10 (2012) s. 579-597
- Matningsdal, Magnus - Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom - Jussens Venner (2002)
- Nygård, Lars-Jonas - "17 dommere om beviskravet i strafferetten"
- Øyen, Ørnulf - "Fortsatt forbrytelse" – Jussens Venner - (04/2005)

Lover

- Almindelig borgerlig Straffelov – Straffeloven - lov av 22.mai 1902 nr. 10
- Lov om straff – Straffeloven - lov av 20.mai 2005 nr. 28

Forarbeider

NOU

- NOU 1991 : 13 - Seksuelle overgrep mot barn - Straff og erstatning
- NOU 1997 : 23 – Seksuallovbrudd - Straffelovkomisjonens delutredning VI
- NOU 2002 : 4
- NOU 2007 : 13
- NOU 2003 - 18 – Rikets sikkerhet
- NOU 2013 : 15 – Fra bot til bedring

Proposisjoner

- Ot. prp. nr. 8 (1927)
- Ot. prp. Nr 20 (1991-1992)
- Innst. O. nr. 38(1997-1998)
- Ot.prp. nr. 81 (1999-2000)
- Ot.prp.nr 28 (1999-2000) – om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
- Ot. prp. nr 62 (2002 -2003)
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)
- Ot.prp.nr 22 (2008-2009) – om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28
- prop. 97 L (2009-2010)

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. nr. 92 (1999-2000)

Konvensjoner

- Europa menneskerettskonvensjon - 4 november 1950 - om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

Utenlandske lover

- England: Sexual Offences Act 2003

Norske avgjørelser

Høyesterett

- Rt. 2013 s. 727
- Rt. 2008 s. 892
- Rt. 2007 s. 504
- Rt. 2006 s. 809
- Rt. 2003 s. 1561
- Rt. 2007 s. 61
- Rt. 2005 s. 29
- Rt. 2004 s. 28
- Rt. 2002 s. 1350
- Rt. 1970 s. 1110
- Rt. 2008 s. 867
- Rt. 2005 s. 101
- Rt. 2002 s. 1210
- Rt. 1994 s. 610
- Rt. 2001 s. 98
- Rt. 2000 s. 996
- Rt. 2004 s. 1275
- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 2000 s. 1753
- Rt. 2006 s. 1409
- Rt. 2003 s. 593
- Rt. 2004 s. 510

- Rt. 2009 s. 780
- Rt. 2003 s. 442
- Rt. 2011 s. 1428
- Rt. 2005 s. 1651
- Rt. 2013 s. 734
- Rt. 2004 s. 1275
- Rt. 1998 s. 11
- Rt. 1992 s. 792
- Rt. 1978 s. 884
- Rt. 1978 s. 884
- Rt. 1996 s. 141
- Rt. 1996 s. 50
- Rt. 2009 s. 29
- Rt. 2005 s. 1186
- Rt. 1997 s. 1976
- Rt. 1970 s. 904
- Rt. 1999 s. 362
- Rt. 2010 s. 53
- Rt. 2002 s. 993
- Rt. 2002 s. 478
- Rt. 2002 s. 1350
- Rt. 2002 s. 785
- Rt. 2006 s. 40
- Rt. 2005 s. 564
- Rt. 1995 s. 1894
- Rt. 2013 s. 1211
- Rt. 2009 s. 140
- Rt. 1994 s. 900
- Rt. 2008 s. 890
- Rt. 2009 s. 324
- Rt. 1981 s. 987
- Rt. 2012 s. 1592
- Rt. 1983 s. 345
- Rt. 2003 s. 841
- Rt. 2009 s. 530

- Rt. 2001 s. 1674
- Rt. 2004 s. 327
- Rt. 2004 s. 28
- Rt. 2002 s. 1403
- Rt. 2003 s. 1455
- Rt. 2002 s. 785
- Rt 2002. 1350
- Rt. 2005 s. 1274
- Rt. 2009 s. 1412
- Rt. 2009 s. 140
- Rt. 2005 s 663
- Rt.2013 s. 1075
- Rt. 2012 s 1261
- Rt. 2013 s. 287
- Rt. 2011 s. 1789
- Rt.1972 s.1326
- Rt.1994 s.203
- Rt. 1985 s. 43
- Rt. 2002 s. 917
- Rt. 1989 s. 517
- Rt. 1992 s. 1224
- Rt. 1994 s. 786
- Rt. 1994 s. 1129
- Rt. 1996 s. 60
- Rt. 2002 s. 917
- Rt. 1980 s. 360
- Rt. 1989 s. 1336
- Rt. 1994 s. 673
- Rt. 2011 s. 172
- Rt. 1962 s. 787
- Rt. 1989 s. 517
- Rt.1994 s. 203
- Rt. 1993 s. 1009
- Rt. 2003 s. 1376
- Rt. 2000 s. 970

- Rt. 2013 s. 751
- Rt. 2013 s. 287
- Rt. 2007 s. 1190
- Rt. 2004 s. 437
- Rt. 2004 s. 1408
- Rt. 2004 s. 1408
- Rt. 2004 s 1035
- Rt. 2013 s. 287
- Rt. 1992 s. 1717

Lagmannsrett

- LA - 2000 – 340
- LH – 2003 – 19791
- LG – 2008 – 113700
- LB – 2011 – 27982

Internasjonale avgjørelser

Sverige

- RÅ 2000 ref. 66

EMD-dommer

- G mot Storbritannia - application no. 37334/08,
- Hardy Hansen mot Danmark - EMD-1983-10519
- Janosevic mot Sverige - application no. 34619/97
- Oliveira Mot Sveits - EMD – 1994 – 25711),
- Salabiaku mot France - application no. 10519/83
- Tyrer mot Storbritannia – EMD – 1972 – 5856
- Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige - application no. 35985/97

Nettdokumenter

- Matningsdal, Magnus - Kommentar til alminnelig borgerlig straffelov - Norsk lovkommentar - nettversjon. [sist lest 28. mai]

Nettlinker

- www.ssb.no, søkeord "seksualforbrytelser mot barn".
- www.snl.no/psykosomatisk
- www.lovkommentar.no
- www.rechtsdata.no
- www.kommentarutgaver.no
- www.jusinfo.no
- <http://www.paragrafen.no/?id=187>
- www.regjeringen.no
- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing--endringer-i-straffeloven-1902-og/horingsbrev.html?id=714316>