

UiO : **Det juridiske fakultet**

Incest - Strl. §§ 197 – 199

Kandidatnummer: 672

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 902



Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING</u>	1
1.1 HISTORIKK	2
1.1.1 INNLEDNING	2
1.1.2 INCEST I MIDDELALDEREN	3
1.1.3 BEGRUNNELSEN FOR INCESTLOVGIVNINGEN I MIDDELALDEREN	7
1.1.4 INCESTBESTEMMELSENE I STRAFFELOVEN AV 1902	9
1.2 RETTSKILDER	14
1.3 AKTUELT	16
1.4 DEN VIDERE FREMSTILLING	16
1.5 HVA ER INCEST ?	17
<u>2 SAMLEIE, SEKSUELL OMGANG, SEKSUELL HANDLING, SEKSUELL ATFERD OG STRAFFBARHETSVILKÅRENE FOR STRL. §§ 197 - 199</u>	18
2.1 SKILLET MELLOM SAMLEIE OG SEKSUELL OMGANG	18
2.2 SAMLEIE	19
2.3 SKILLET MELLOM SEKSUELL OMGANG OG SEKSUELL HANDLING	21
2.4 SEKSUELL OMGANG	23
2.5 SEKSUELL HANDLING	24
2.6 SEKSUELL ATFERD	24
2.7 STRAFFBARHETSVILKÅRENE FOR STRL. §§ 197 – 199	25
2.7.1 STRAFFELOVEN §§ 197 – 199	25
2.8 SKYLDSPØRSMÅLET	31
<u>3 BEGRUNNELSEN FOR STRAFFEBUDENE I STRL. §§ 197 - 199</u>	34
3.1 INNLEDNING	34
3.1.1 INCEST OG TABU	35
3.1.2 BEGRUNNELSEN FOR STRL. §§ 197-199	36
3.1.3 SKADEVIRKNINGENE	46
<u>4 RETTSPOLITISK VURDERING</u>	50
4.1 INNLEDNING	50
4.2 INCESTBESTEMMELSENE I ET POLITISK PERSPEKTIV	51

4.3	INCESTLOVGIVNINGEN DE LEGE FERENDA	52
4.4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	55
	LITTERATURLISTE	57

1. Innledning

Straffebudene i straffelovens kapittel 19 om seksualforbrytelser verner ulike interesser.¹ Beskyttelse mot seksuelle overgrep er den sentrale vernede interesse i de fleste av bestemmelsene i kapittel 19.² I følge Andenæs kan seksuallovbruddene systematisk inndeles i to grupper.³ For det første gjelder det forbrytelser som krenker den ene.⁴ Typiske tilfeller er voldtekt og de bestemmelsene som rammer dem som skaffer seg seksuell omgang ved trusler eller ved misbruk av stilling eller utnyttelse av avhengighetsforhold, tillitsforhold eller hjelpeløshetstilstand.⁵ Det samme gjelder for forbudene mot seksuell omgang og / eller seksuell handling med barn og unge under den seksuelle lavalder, hvor mindreårigheten som sådan er den sentrale vernede interesse ved siden av overgrepsaspektet.⁶ Den andre kategori er de som representerer en krenkelse av allmenne interesser, for eksempel biologisk incest etter strl. §§ 197 og 198, og det som karakteriseres som sosial incest etter strl. § 199.⁷ Formålet med strl. §§ 197 og 198 er arvebiologiske hensyn, hensynet til sunne familierelasjoner og hensynet til allmennhetens oppfatninger.⁸ Etter strl. § 199 er det ikke tale om arvebiologiske hensyn, men forøvrig vil de samme hensyn ligge til grunn for denne bestemmelsen som for forbudet mot biologisk incest,⁹ ved at straffebudet har til hensikt å beskytte mindreårige mot seksualovergrep fra andre nærstående. Strl. § 199 er ment å beskytte barn mot at familiemedlemmer i autoritets eller omsorgsposisjon bruker sin stilling til å innlede et seksuelt forhold,¹⁰ såkalt sosial incest. Noe av årsakene til at handlinger som omfattes av strl. §§ 197-199 fortsatt er straffbare, er at det ofte vil være tale om incestovergrep, hvor det i de aller fleste av tilfellene vil være tale om brudd på tillits – og / eller avhengighetsforhold, særlig i §§ 197 og 199 tilfellene. Men det trenger ikke å være selvsagt. Noen ganger er det tale om full frivillighet fra begge parter, endog med informert samtykke. Formålet med denne

¹ NOU 1997 : 23 s. 34

² NOU 1997 : 23 s. 34

³ Andenæs (2008) s. 136

⁴ Andenæs (2008) s. 136

⁵ NOU 1997 : 23 s. 34

⁶ NOU 1997 : 23 s. 34

⁷ Andenæs (2008) s. 136

⁸ NOU 1997 : 23 s. 66

⁹ NOU 1997 : 23 s. 67

¹⁰ Ot. prp. nr. 22 (2008 – 2009) s. 210

avhandlingen vil i særlig stor grad være å belyse begrunnelsen og formålet med incestlovgivningen.

1.1 Historikk

1.1.1 Innledning

Formålet med historikken vil være å belyse for hva som ble ansett for å være incestuøst og hvordan lovene om incest ble praktisert i middelalderen, og innholdet i straffebudene til straffeloven av 1902. Incest ble tidligere kalt for << blodskam >>, som hadde sin opprinnelse i gamle forestillinger om << skjending >>, << besmittelse >>, og << forurensning >>.¹¹ Begrepet er utdatert og brukes ikke i våre dager. I straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 ble det fremhevet at begrepet << blodskam >> syntes ikke å være dekkende og burde heller ikke brukes i et moderne lovspråk. Lover som har forbudt seksuell omgang mellom nær beslektede, har Norge hatt lenge før middelalderen og reformasjonen. Etter reformasjonen ble dødsstraffen innført for hor, incest, gjentatte krenkelser av såkalte uberyktede kvinner og voldtekt, samt bestialitet og homoseksualitet.¹² Historikken til incestlovgivningen er lang, detaljert og omfattende. Det er også viktig å understreke at noen av de eldre kildene finnes ikke lenger og noen av dem er uklare, noe som innebærer at en ikke kan forvente å få svar på alle spørsmål. På grunn av avhandlingens omfang kommer jeg til å begrense historikken til det jeg mener er av betydning for mitt tema.

¹¹ Store Norske leksikon (2013)

¹² Anne Irene Riisøy (2006) s. 67

1.1.2 Incest i middelalderen

Fra ca. 1300 - tallet og frem til 1537, var det 96 saker om seksuallovbrudd i Norge.¹³ Av de 96 sakene var det 19 incestsaker.¹⁴ I perioden 1537 – 1600 var det en økning, i alt 768 saker om seksuallovbrudd.¹⁵ Av de 768 var det 43 incestsaker.¹⁶

Når det gjelder middelalderens lover, var seksualitet regulert i kristenrettene.¹⁷ Kristenrettene definerte blant annet befolkningens forhold til kristendom og kirke, de inneholdt regler for kirkens organisasjon og de ga ledetråd for korrekt fremtreden i et kristent samfunn.¹⁸ Det var viktig at landets lover var i overensstemmelse med Bibelens ord.¹⁹ Handlinger som ble regulert av de ti bud og mosebøkene, var en spesielt opptatt av å få kriminalisert.²⁰

Kristenretten hadde en spesiell betydning i norsk historie. En talte om <<... *Kristning ovenfra gjennom lovgivning, og kongelig maktutøvelse.*>>²¹

I følge Anne Irene Riisøy 2006 (*Sex, rett og reformasjon*) s. 15 var det tale om fire kronologiske stadier av de norske kristenrettene. Den eldste gruppen var Olavsteksten i Eldre Gulatings Kristenrett og kristenrettene for Eidsivating og Borgating som trolig ble kodifisert i første halvdel av 1000-tallet.²² Den neste gruppen fra 1160/1170 - tallet var Magnus – teksten (navngitt etter kong Magnus Erlingsson) av Eldre Gulatings Kristenrett og Frostatingslovens Kristenrett som ble grundig revidert under erkebiskop Øyestein episkopat.²³ Den tredje var Gulating og Borgating som ble kodifisert under Håkon Håkonssons regjeringstid, cirka år

¹³ Anne Irene Riisøy (2006) s. 25

¹⁴ Anne Irene Riisøy (2006) s. 40

¹⁵ Anne Irene Riisøy (2006) s. 25

¹⁶ Anne Irene Riisøy (2006) s. 25

¹⁷ Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

¹⁸ Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

¹⁹ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 30

²⁰ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 30

²¹ Dag Roar Fosnes, UiB, (2005)

²² Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

²³ Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

1250²⁴, og den siste var det Gulating som ble revidert i 1267 og kristenrettene for Borgating og Eidsivating som ble revidert i 1268.²⁵

Samarbeidet mellom kongedømmet og kirken medførte at kriminelle handlinger, herunder incest, ble definert som synd.²⁶ Synd var i kristenretten det som skilte mennesket fra Gud.²⁷ Etter reformasjonen ble handlinger som stred mot Bibelens lære definert som syndige, og følgelig kriminalisert.²⁸ Om synden fikk passere ustraffet, kunne nemlig Guds straff hjemseke hele samfunnet.²⁹ Hvilke seksuelle handlinger som var kriminalisert, hadde blant annet sitt utgangspunkt i Mosebøkene.³⁰ I Mosebøkene var det foreskrevet hvilke straffeformer ulike handlinger skulle medføre, hvor tallionprinsippet var rådende.³¹ Dette prinsippet var ofte skrevet i Mosebøkene som lød: <<... Øye for øye, tann for tann.>>³² I denne straffeteorien var gjengjeldelse overfor den kriminelle sentralt.³³ Når den kriminelle handlingen var utført, var det viktig at straffen den dømte fikk, stod i samsvar med ugjerningen.³⁴ Forsoning med Gud var sentral for gjeldende rett på 1600-tallet.³⁵ Den dømte skulle ved hjelp av straffen rette opp ugjerningen og forholdet til Gud.³⁶

Bygdetinget var en institusjon i middelalderen, og ble i 1590 ordinær førsteinstans i rettshierarkiet.³⁷ Både straffesaker og sivile saker skulle derfor dømmes på bygdetinget, før de eventuelt ble anket innenfor lagmannen.³⁸

²⁴ Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

²⁵ Anne Irene Riisøy (2006) s. 15

²⁶ Anne Irene Riisøy (2006) s. 23

²⁷ Anne Irene Riisøy (2006) s. 23

²⁸ Anne Irene Riisøy (2006) s. 23

²⁹ Anne Irene Riisøy (2006) s. 23

³⁰ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 21

³¹ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 21

³² Harriet Marie Terjesen (1994) s. 21

³³ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 21

³⁴ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 22

³⁵ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 22

³⁶ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 22

³⁷ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 20

³⁸ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 20

Det såkalte verdslige slektskapet, som bestod mellom personer som var biologisk i slekt med hverandre og personer som var inngiftet i samme slekt, gjaldt fortsatt.³⁹ Definisjonen på incest etter ordinansen var imidlertid som i kristenrettene (og i kanonisk rett), der omfanget av forbudet var oppgitt i << slektsledd >>, og ikke som i Bibelens ulogiske opplisting av spesifikke personer.⁴⁰ Også etter reformasjonen ble bibelske prinsipper forbedret betraktelig. I kirkeordinansene av 1537 og 1539 ble imidlertid definisjonen av incest innsnevret til tredje slektsledd, mot fire slektsledd før reformasjonen.⁴¹

Hva som ble kalt for ”nært slekt”, var litt uklart og gav ulike tolkninger.⁴² I et brev fra regjeringen til lensherren på Akershus, Axel Gyldenstjerne i 1592, angående ”adskillige grove Blodsager” i lenet, fortelles det om en ung mann som hadde ligget med brorens enke, altså per definisjon begått incest i første slektsledd.⁴³ Annet og tredje slektsledd gjaldt søskenbarn og tremenninger.⁴⁴

På 1600 – tallet var det ulovlig for personer som var beslektet i 3. ledd eller nærmere, å ha seksuelt samkvem eller inngå ekteskap.⁴⁵ Blodskam omfattet slektsrelasjoner som for eksempel søsken, foreldre – barn, tante – nevø.⁴⁶ Innenfor gjeldende rett var det imidlertid et skille mellom blodskam og leiermål i forbudne ledd, avhengig av hvor nært beslektet personene var.⁴⁷ << Leiermål i forbudne ledd >> ble reservert for fjernere slektskapsforbindelser, enn de helt nær som falt innunder blodskam, med dog ikke fjernere enn 3. ledd – som var det samme som tremenninger.⁴⁸

I 3. Mos. 18,6 slo Guds lov fast at en ikke skulle ha seksuelt samkvem med en av nær slekt:⁴⁹

³⁹ Anne Irene Riisøy (2006) s. 39

⁴⁰ Anne Irene Riisøy (2006) s. 39

⁴¹ Anne Irene Riisøy (2006) s. 39

⁴² Anne Irene Riisøy (2006) s. 73

⁴³ Anne Irene Riisøy (2006) s. 73

⁴⁴ Anne Irene Riisøy (2006) s. 73

⁴⁵ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

⁴⁶ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

⁴⁷ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

⁴⁸ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

⁴⁹ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

<<... *Ingen må røre ved en kvinne som han er i nær slekt med, og ha samleie med henne. Jeg er Herren.*>>⁵⁰

Hva Guds lov foreskrev som straff for blodskam, fant en for eksempel i 3. Mos. 20,11:⁵¹

<<...*Den som har samleie med sin fars kone, vanærer sin far. De skal begge dø; det hviler blodskyld over dem.*>>⁵²

Det verdslige lovverket foreskrev også dødsstraff for de personer som ble dømt for blodskam.⁵³ Halshugging var som hovedregel den straff som var fastsatt av lovgivende myndigheter.⁵⁴ I følge forordningen av 1637 skulle en person som hadde begått denne forbrytelse med både mor og datter, brennes etter henrettelsen.⁵⁵ Denne bestemmelsen hadde sitt hjemmelsgrunnlag i Bibelen, i 3. Mos. 20,14 med følgende ordlyd:

<<...*Når en mann tar en kvinne og hennes mor til kone, er det skamløs ferd. Både han og kvinnene skal brennes. Slik skjensel må ikke finnes blant dere.*>>⁵⁶

For å unngå dødsstraff for de incestuøse tilfellene, fikk en mulighet til å betale bot. Bøtene kunne en betale ved jord, naturalia eller penger.⁵⁷ Og selv om bøtene bestod som regel i penger, var det ikke uvanlig at andre betalingsmidler ble brukt.⁵⁸ Men halvparten av sakene oppgir ikke om bøtene var betalt for forholdet.⁵⁹ Det kan skyldes at forholdene ble straffet på andre måter eller at sakene enda ikke var kommet til det stadiet der bøtene var aktuelle.⁶⁰ For å nevne en og litt spesiell sak fra 1514, hvor <<...*Torsteinsdatter hadde ligget med Jens*

⁵⁰ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 92

⁵¹ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵² Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵³ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵⁴ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵⁵ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵⁶ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 97

⁵⁷ Øyonn Steen (2007) s. 98

⁵⁸ Øyonn Steen (2007) s. 98

⁵⁹ Øyonn Steen (2007) s. 99

⁶⁰ Øyonn Steen (2007) s. 99, DN XXII, 109 (rettspraksis)

Kolbjørnsson, som både var hennes fadder og slektning. I brevet står det at Gudrid har "sett og sonedt", altså betalt bøter og gjort pøniten. >>⁶¹

Av de 43 sakene om incest som er omtalt ovenfor i punkt 1.1.2, var det 17 saker om incest i første slektsledd.⁶² Ved tre av disse sakene ble det idømt dødsstraff, herav en bålstraff, en halshugging og en sak der avrettingen er ukjent.⁶³ Dødsstraff for incest i første slektsledd var imidlertid ikke et konsekvent gjennomført prinsipp.⁶⁴ For eksempel fikk en tiltalt som hadde ligget med to søstre beholde livet mot å betale 29,5 daler og 1 lodd sølt i 1560.⁶⁵

1.1.3 Begrunnelsen for incestlovgivningen i middelalderen

Et spørsmål som bør stilles, er hva som var bakgrunnen for incestlovgivningen i middelalderen. Var det fordi kirken og staten mente at det kunne føre til moralsk og religiøs urenheter eller var det andre grunner, som for eksempel for at incestlovgivningen skulle brukes i strategisk øyemed?

I følge Harriet Marie Terjesen 1994 *"Blodskam og leiermål i forbudne ledd"* s. 152 var det tale om isolerte bygder. Dette medførte at det var vanligere å finne en partner som en var beslektet med, enn i områder hvor det var større grad av samferdsel.⁶⁶ Fra maktsenteret Stavanger by var det langt til Dalene, både i geografisk lengde og på grunn av samferdselsforholdene.⁶⁷ I den forbindelse kan trolig den høye andelen av saker vedrørende seksuelt samkvem mellom slektninger i Dalene, sees i sammenheng med områdets grad av isolasjon.⁶⁸

⁶¹ Øyonn Steen (2007) s. 99, DN XXII, 109 (rettspraksis)

⁶² Anne Irene Riisøy (2006) s. 74

⁶³ Anne Irene Riisøy (2006) s. 75

⁶⁴ Anne Irene Riisøy (2006) s. 75

⁶⁵ Anne Irene Riisøy (2006) s. 75

⁶⁶ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 152

⁶⁷ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 163

⁶⁸ Harriet Marie Terjesen (1994) s. 163

En annen teori som har vært fremhevet, er politikk, økonomi og bestikkelser, som kan forklares på tre forskjellige strategiske måter.⁶⁹ Det ene er fra kirkens ståsted. Dets mål var å bryte samholdet internt i adelsfamiliene, og heller få dem til å knytte seg til hverandre, og på den måten forsøke å skape et fredelig samfunn.⁷⁰ Den andre strategiske tanken ved incestlovgivningen, var at en kunne bruke dette som argument for å oppløse eller ugyldiggjøre et allerede eksisterende ekteskap hvis det skulle være ønskelig.⁷¹ Et gift par kunne plutselig bli oppdaget at ekteskapet mellom dem var incestuøst.⁷² Hvem som oppdaget dette, får vi ingen svar på. For det tredje var det snakk om økonomi og bestikkelser fra kirken sin side, noe som en antar at det var det som var hovedmotivet med incestlovgivningen i middelalderen.⁷³ Det krevdes god økonomi for å kunne søke om dispensasjon etter at et ekteskap mellom nære slektninger ble oppdaget.⁷⁴ Myndighetene fortsatte på sin side å innvilge søknadene når det var snakk om politisk og økonomisk gevinst.⁷⁵ Det betyr at en fikk lov til å fortsette ekteskapet i strid med incestlovgivningen bare en søkte og betalte godt for det.⁷⁶ Det måtte i tillegg også betales en egen avgift for søknaden.⁷⁷ Videre måtte søkeren bestikke en rekke personer for å få en positiv avgjørelse.⁷⁸

⁶⁹ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁰ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷¹ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷² Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷³ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁴ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁵ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁶ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁷ Stephanie Coontz (2007) s. 125

⁷⁸ Stephanie Coontz (2007) s. 125

1.1.4 Incestbestemmelsene i straffeloven av 1902

I motsetning til hvordan incestlovgivningen ble praktisert i middelalderen, er det en klar utvikling og forbedring av straffebudene om incest på 1900-tallet. Reglene om incest og seksualforbrytelser ble inntatt i straffelovens kapittel 19, ”Forbrydelser mod Sædeligheden”.⁷⁹

I følge Oth. Prp. No 24 (1898/99) s. 91 var den almindelig borgelig straffelov 1902 §§ 207 og 208 som rammet tilfellene om biologisk incest, søskenincest og incest i ”uegentlig forstand”, dvs. mellom besvogrede. Straffebudet om sosial incest fremgikk av strl. § 199 no.3.

Strl. § 207: <<...For blodskam straffes den, som har Samleie med Slægtning i nedstigende Linie, med Fængsel fra 1 til 8 Aar, og den, der har Samleie med Slægtning i oppstigende Linie, eller med Broder eller Søster, med Fængsel indtil 2 Aar. Dog er Personer under 16 Aar og i nedstigende Linie Beslægtede under 18 Aar straffri. Det samme gjælder personer under 21 Aar, naar de er forførte af nogen i opstigende Linie Beslægtet. Medvirker noen til, at saadant Samleie finder Sted, straffes han med Fængsel indtil 8 Aar.>>⁸⁰

Strl. § 207 var rettet mot samleie mellom slektninger i opp - og nedstigende linje og mellom bror og søster. Andre former for seksuelle handlinger var ikke straffbart. Både ascendenten og descendenten kunne straffes hvis de hadde samleie med hverandre.⁸¹ Retten måtte komme til overbevisning om at slektskapet bestod. Om slektskapet var legitimt eller ikke, var uten betydning, likeså om samleie fant sted i ekteskap eller ikke.⁸² Inngåelse av ekteskap mellom nære slektninger var ikke nok til å kunne straffes etter strl. § 207.⁸³ Straff kom heller ikke til anvendelse på personer under 16 år, hvilket gjaldt også i forholdet mellom bror og søster. Heller ikke slektning i nedstigende linje under 18 år, der den hadde samleie med slektning i oppstigende linje, eller personer under 21 år, kunne straffes når de var forført av noen i oppstigende linje. Forbrytelsen måtte være forsettlig for å rammes av bestemmelsen.⁸⁴

⁷⁹ Straffelovrådets innstilling 1960 s. 7

⁸⁰ Oth. Prp. No 24 (1898/99) s. 91

⁸¹ Andreas Urbye (1909) s. 274-275

⁸² Andreas Urbye (1909) s. 274-275

⁸³ Andreas Urbye (1909) s. 274-275

⁸⁴ Andreas Urbye (1909) s. 274-275

Straffen for personer var, som hadde samleie med slektning i nedstigende linje, fengsel fra 1 til 8 år og for personer, som hadde samleie med slektninger i oppstigende linje og for søskenparet, fengsel inntil 2 år.⁸⁵

I Straffelovrådets innstilling 17. mars fra 1960 ble det foretatt enkelte endringer for strl.§§ 207 og 208. I Straffelovrådets innstilling fra 1960 ble det fremhevet at descendenten ikke skulle straffes etter strl. § 207 og heller ikke forhold mellom voksne, tilregnelige personer som stod i et slikt slektskapsforhold til hverandre som omtalt i den daværende § 208, skulle straffesanksjoneres.⁸⁶

Begrunnelsen for hvorfor det ikke lenger var ønskelig å straffe descendenten for disse incestuøse seksuelle handlingene vedkommende ble utsatt for, ble følgende fremhevet i Straffelovrådets innstilling fra 1960 s.38:

<<... Personer som er i opp- eller nedstigende linje, vil i det langt overveiende antall tilfelle finne sted mellom en far og en datter, og vil som oftest være påbegynt mens datteren enda er mindreårig. Det må anses som lite rimelig å anvende straff overfor en slektning i nedstigende linje, selv om vedkommende er kommet over de aldersgrenser som her er nevnt. Også i andre tilfelle vil en oppklaring av et incest-forhold i seg selv innebære en så sterk belastning for den yngre parten at straff ikke bør komme til anvendelse. Det skulle for den alminnelig lovlighet og for samfunnets berettigede interesse i at det opprettholdes en moralsk orden på området, være nok at man eventuelt aksjonerer den eldre, (ascendenten).>>⁸⁷

Bestemmelsen i strl. § 207 fikk følgende ordlyd etter endringene: *<<...Den som har utuktig omgang med slektning i nedstigende linje, straffes med fengsel inntil 5 år, men med fengsel inntil 8 år, dersom det gjelder samleie.>>⁸⁸*

Inntil lovendringen i 2000 (Ot.prp.nr.28 1999-2000 s.78) rammet § 207 ikke, som også er fremhevet i Straffeloven kommentarutgave s. 468, de tilfellene dersom ascendenten skulle

⁸⁵ Andreas Urbye (1909) s. 274-275

⁸⁶ Straffelovrådets innstilling 1960 s. 38

⁸⁷ Straffelovrådets innstilling 1960 s. 38

⁸⁸ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del. forbrytelser s. 467

hatt seksuell omgang med sitt bortadopterte barn.⁸⁹ Begrunnelsen for det var at etter at barnet var bortadoptert, forelå det ikke lenger noe slektskapsforhold mellom biologisk ascendent og den bortadopterte, jf. adopsjonsloven § 13.⁹⁰ Men raskt etter at mangelen i vedkommende straffebud var avdekket, tok det ikke langt tid før endringene fant sted. I NOU 1997 : 23 s. 67 ble det uttalt: <<... I forslaget er avkom tatt inn i bestemmelsen for å ramme det tilfellet at en biologisk ascendent har seksuell omgang med en bortadoptert.>>

Seksuallovbruddsutvalget mente at det ikke lenger var behov for en forhøyet strafferamme ved samleie.⁹¹ En strafferamme med fengsel inntil 5 år var etter seksuallovbruddsutvalgets syn tilstrekkelig til å fange opp straffverdigheten.⁹² Det ble fremhevet at dersom det skulle være tale om mer graverende forhold, for eksempel seksuell omgang med mindreårige eller bruk av tvang, vil andre straffebud med høyere strafferamme bli anvendt i konkurrans med incestbestemmelsene.⁹³

Strl. § 208: <<...Har personer, der ved et bestaaende Ægteskab er besvogrede i op- og nedstigende Linie, Samleie med hinanden, straffes de med Fængsel indtil 6 Maaneder. § 207, 2det Led finder tilsvarende Anvendelse. Med Fængsel indtil 1 Aar straffes den, som medvirker til, at saadant Samleie finder Sted.>>⁹⁴

Det ble anvendt straff for blodskam i ”uegentlig forstand”, dvs. mellom besvogrede, personer som hadde fått slektsmessig felleskap gjennom slektingers giftemål, men uten egentlig blodsband seg imellom.⁹⁵ Slik det følger av bestemmelsen, var straffetrusselen rettet mot svogerne i opp- og nedstigende linje. Men det var et vilkår for at svogerne kunne straffes.

⁸⁹ NOU 1997 : 23 s. 66

⁹⁰ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del. forbrytelser s. 468

⁹¹ NOU 1997 : 23 s. 67

⁹² NOU 1997 : 23 s. 67

⁹³ NOU 1997 : 23 s. 67

⁹⁴ Oth. Prp. No 24 (1898/99) s. 91

⁹⁵ Andreas Urbye (1909) s. 276

Ekteskapet måtte være gyldig, ellers kom straffebestemmelsen ikke til anvendelse.⁹⁶ Det samme gjaldt der ektefellene levde separert. Skyldkravet var forsett. Straffen var fengsel inntil 6 måneder. For medvirkning var straff med fengsel inntil 1 år.⁹⁷

I straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 ble det ansett som unødvendig å ha strl. § 208 som satte straff for hvor den ene er gift med den andres slektning i rett opp - og nedstigende linje. Det ble fremhevet at etter § 208 foreligger det ingen utilbørlig påvirkning eller utnyttelse, og det er heller ikke tale om seksuell omgang med noen mindreårige som står under gjerningsmannens myndighet eller oppsikt.⁹⁸ I slike tilfeller foreligger det heller ingen blodsband. Straffebudet i § 208 ble da opphevet i 1960.

I forhold til søskenincest, ble det vedtatt en egen bestemmelse i straffelovens kapittel 19 i 1960. I straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 39 ble det uttalt:

<<... En antar at det vil være hensiktsmessig i en særskilt paragraf å ta med straffebestemmelse om samleie mellom søsken. Etter den nåværende lov er dette behandlet sammen med samleie mellom slektninger i rett opp- og nedstigende linje. Bestemmelsen retter seg på samme måte som den nåværende regel, bare mot samleie mellom søsken. Etter den nåværende bestemmelse er det fastsatt straffrihet for personer under 16 år. Man antar at denne aldersgrense bør settes opp til 18 år.>>⁹⁹

Bestemmelsen om søskenincest ble plassert i strl. § 208 som lød:

<<...Den som har samleie med bror eller søster, eller som medvirker til at slikt samleie finner sted, straffes med fengsel inntil 2 år.>>¹⁰⁰

Straffebudet har samme innhold i dag som fra 1960, med noen få unntak. De endringene som ble foretatt i NOU 1997 : 23 s. 67, var at strafferammen ble nedjustert med fengsel inntil 1 år.

⁹⁶ Andreas Urbye (1909) s. 276

⁹⁷ Andreas Urbye (1909) s. 276

⁹⁸ Straffelovrådets innstilling 1960 s. 38

⁹⁹ Straffelovrådets Innstilling 1960 s. 39

¹⁰⁰ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del. forbrytelser s. 471

Seksuallovbruddsutvalget mente at fengsel inntil 1 år var tilstrekkelig til å fange opp straffverdigheten av de handlinger som rammes av bestemmelsen.¹⁰¹ Medvirkning ble fjernet fra straffebudet siden det rammes av den generelle medvirkningsbestemmelsen i § 205.

Inntil endringene i 1960, var det strl. § 199 no. 3 som rammet de tilfellene som nå rammes av strl. § 199, såkalt sosial incest.

Strl. § 199 no.3: <<... *Utugtig omgjængelse med mandlig eller kvindelig slegtning i nedstigende linje eller med mandligt eller kvindeligt stedbar, pleiebarn, fosterbarn, myndling eller elev, som staar under den skyldiges myndighed eller opsig.*>>¹⁰²

Strl. § 199 no. 3 forlanget ikke at den skyldige misbrukte myndighets eller oppsiktsforhold.¹⁰³ Straffebudet rammet også de som hadde seksuell omgang av samme kjønn.¹⁰⁴ Begrepene stebarn, pleiebarn, fosterbarn, myndling eller elev ble tolket litt annerledes da enn nåtidens bestemmelse i strl. § 199. For under begrepene << stebarn, pleiebarn, fosterbarn m.v. >> gikk ikke de som ble ansett for å være << blot personer >> (betegnelse på offer, offerhandling som tenkes å ha innvirkning på gudene).¹⁰⁵ Seksuell omgang med andre stebarn ble rammet av bestemmelsen, uavhengig av alder. Det samme gjaldt for << elever >>, bare at i dette tilfellet var tale om skolebarn, i motsetning til stebarn.¹⁰⁶ Med begrepet << myndling >>, slik det fremgår av straffebudet, gjaldt det kun personer under 18 år.¹⁰⁷

Straffeloven § 199 no. 3 ble opphevet og erstattet med strl. § 209.¹⁰⁸ Det ble ikke foretatt noen endringer, med unntak av << elev >>. I følge Straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 ble det ikke ansett som nødvendig å videreføre << elev >> i den ny bestemmelsen. Strl. § 209 lød:

¹⁰¹ NOU 1997 : 23 s. 67

¹⁰² Andreas Urbye (1909) s. 262

¹⁰³ Andreas Urbye (1909) s. 262 - 263

¹⁰⁴ Andreas Urbye (1909) s. 262 - 263

¹⁰⁵ Store norske leksikon (2009)

¹⁰⁶ Anders Urbye (1909) s. 263

¹⁰⁷ Andreas Urbye (1909) s. 263

¹⁰⁸ Straffelovrådets innstilling 1960 s. 39

<<...Med fengsel inntil 5 år straffes den som har eller medvirker til at en annen har utuktig omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen under 18 år, som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt. På samme måte straffes den som fremmer en annens utuktige omgang med noen som han står i et slikt forhold til som foran nevnt.>>¹⁰⁹

I forhold til dagens bestemmelse i § 199, ble det i følge seksuallovbruddsutvalget ikke foreslått endringer i oppregningen om hvem som skulle være beskyttet av bestemmelsen.¹¹⁰ Medvirkning ble fjernet fra straffebudet siden det rammes av den generelle medvirkningsbestemmelsen i § 205.

1.2 Rettskilder

Almindelig borgelig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 er sentral i denne oppgaven. Når spørsmålet om hva som rammes av straffeloven §§ 197-199 skal besvares, vil lovens ordlyd være avgjørende. Ordlyden i disse straffebudene skal forstås ut fra en alminnelig språklig forståelse. Spørsmålet om klarhetskrav og forutberegnelighet er sentral i norsk strafferett. Både EMK art. 7 og legalitetsprinsippet i GrL. § 96 inneholder et krav om at straffebestemmelser må beskrive det straffbare forholdet med en presisjon som i rimelig grad gjør det mulig å forutse hvilken atferd som er straffbar. Spørsmålet om klarhetskrav er blant annet blitt behandlet i Rt. 2012 s. 313. Førstvoterende uttalte i avsnitt 29: *<<...Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven*". >>

Rettspraksis er en viktig rettskildefaktor i vårt rettssystem. Selv om det ikke fantes noen rettskildeprinsipp som tilsa det, ville domstolene sannsynligvis ha holdt fast ved sin praksis i saker som kom opp. Dette skyldes at mennesker ikke så lett skifter standpunkt og at dommere i høyest mulig grad velger å opptre konsekvent.¹¹¹ Å holde fast ved prejudikater er et argument for at det virker prosessbesparende for domstolene og at befolkningen ikke regner

¹⁰⁹ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del. forbrytelser s. 472

¹¹⁰ NOU 1997 : 23 s. 67

¹¹¹ Eckhoff (2001) s. 155

med at Høyesterett vil dømme annerledes i en ny sak enn den tidligere har gjort.¹¹² I samme retning peker hensynet til likhet og forutberegnelighet. Den som taper en sak til tross for at andre i samme situasjon tidligere har fått medhold, vil føle seg urettferdig behandlet.¹¹³ De fleste av høyesterettsavgjørelsene til strl. §§ 197-199 anvendes i konkurrans med andre straffebud. Jeg kommer til å henvise til de rettsavgjørelser jeg mener har størst relevans for mitt tema.

Det vil bli henvist til lovens forarbeider fra Ot.prp.nr.28 (1999-2000) , Ot.prp.nr.22 (2008-2009), Ot.prp.nr.20 (1991-1992), Ot.prp.nr.70 (1988-1989) og Prop. 97 L (2009-2010). I denne avhandlingen vil også straffeloven kommentarutgave anden del. forbrytelser 19.2 1995, NOU 1997 : 23, NOU 1991 : 13 og NOU 2002 : 4 være av betydning.

Andre rettskilder enn de ovennevnte som kommer til anvendelse er Andenæs 5 og 3 utgave om ” alminnelig strafferett ” og Andenæs 1 utgave om ” spesiell strafferett og formuesforbrytelsene ” og Anders Bratholm ” Strafferett og samfunn” fra 1980.

Reelle hensyn, eller det Eckhoff kaller ” *resultatets godhet*,”¹¹⁴ er også en faktor som kan kaste lys over hvordan lovteksten skal forstås. Reelle hensyn kan best forstås som avveininger av praktisk, verdimessig eller prinsipiell art, som er relevante for den konkrete problemstillingen. Ikke minst kan reelle hensyn, i forhold til straffebudene om incest etter §§ 197 – 199, være av betydning i en drøftelse for straffansvaret. Reelle hensyn vil samtidig være av betydning i den rettspolitiske drøftelsen som skal foretas i kapittel fire.

¹¹² Eckhoff (2001) s. 182 - 183

¹¹³ Eckhoff (2001) s. 155 og 183

¹¹⁴ Eckhoff (2001) s. 371

1.3 Aktuelt

I følge statistisk sentralbyrå var det i 2013 4725 anmeldte seksuallovbrudd og 4108 etterforskede seksuallovbrudd.¹¹⁵ Av de 4725 anmeldte seksuallovbrudd var det 99 incestanmeldelser, noe som tilsvarer 2.1%.¹¹⁶ Når det er tale om etterforskning, var det 83 incesttilfeller av de 4108 som ble etterforsket, noe som tilsvarer 2%.¹¹⁷ Spørsmålet som kan stilles, er de såkalte mørketallene, altså de tilfellene som ikke anmeldes. Mørketallene antydes å være store, uten at det med sikkerhet kan sies bestemt hvor mange incestovergrep som finner sted i Norge. Bakgrunnen for mørketallene kan sies å være ukjent, men det antas at det kan skyldes manglende tillit til rettssystemets behandling av seksuelle overgrep.¹¹⁸ Det gjelder behandling fra politi, påtalemyndighetene og helt frem til domstolene.¹¹⁹

1.4 Den videre fremstilling

I innledningen presenterte jeg temaet jeg skal skrive om i denne avhandlingen. Etter innledningen foretok jeg en redegjørelse av historikken, rettskildene som kommer til å bli brukt og litt aktuelt om antall anmeldte og etterforskede incestsaker fra 2013. Før jeg i kapittel 2 foretar en redegjørelse for begrepene << samleie >>, << seksuell omgang >>, << seksuell handling >> og << seksuell atferd >>, skal jeg si litt generelt om incest. Deretter vil det i kapittel 2 bli gitt en redegjørelse for de objektive og subjektive straffbarhetsvilkår som må være oppfylt i gjerningsøyeblikket for å kunne straffes etter strl. §§ 197 - 199. I kapittel 3 skal det foretas en drøftelse for begrunnelsen for straffebedene i strl. §§ 197 - 199 og i kapittel 4 vil det bli foretatt en rettspolitisk drøftelse av incestlovgivningen.

¹¹⁵ SSB (2013)

¹¹⁶ SSB (2013)

¹¹⁷ SSB (2013)

¹¹⁸ SSB (2001)

¹¹⁹ SSB (2001)

1.5 Hva er incest ?

Ordet incest er latinsk og betyr ukysk.¹²⁰ Med incest forstås vi samleie eller seksuell omgang mellom nært beslektede personer ved at ekteskap mellom dem er forbudt etter norsk lov.¹²¹ I første rekke dreier det seg om samleie mellom bror og søster eller seksuell omgang mellom far og datter. Incest gjelder også mellom nært beslektede personer av samme kjønn, slik som for eksempel far og sønn, brødre, søstre eller mor og datter.¹²² Straffelovens kapittel 19 har også straffebudet som rammer såkalt sosial incest. I følge strl. § 199 er det straffbart å ha seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt. I slike tilfeller er ikke meningen å ta hensyn til det biologiske slektskapsforholdet. Det legges vekt på det nære sosiale forholdet mellom barnet og den voksne.¹²³ Det er straffbart selv om begge parter er voksne og ved at det foreligger et kvalifisert samtykke om den seksuelle omgang.

Nyere undersøkelser tyder på at incest forekommer oftere enn man tidligere regnet med.¹²⁴ Emnet er tabubelagt. I alle kulturer eksisterer det normer og tabuer. Det samme gjelder for incest. Normer og tabuer er øyensynlig viktige ingredienser i det mellommenneskelige sosiale samvær. Uten normer blir det lett kaos og anarki, og det går som regel ut over de svakeste.¹²⁵ En snakker nødig om det fordi det er pinefullt og angstskapende. Av den grunn kan incest være vanskelig å avdekke. Det skjules bak ”hjemmets fasade”.¹²⁶ Krav om privatlivets fred gjør det vanskelig å gripe inn før en er hundre prosent sikker. Med det menes at offeret overlates mer eller mindre til sin egen skjebne. Ved incest er det ikke uvanlig at forholdet gjerne har pågått i lang tid, ofte gjennom mange år. Med dette vil det medføre at det vil ta lang tid før det blir reagert overfor det seksuelle overgrepet.

¹²⁰ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s.7

¹²¹ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 7

¹²² Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 7

¹²³ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 7-8

¹²⁴ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 5

¹²⁵ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 5

¹²⁶ Berthold Grünfeld og Peter Beck (1985) s. 5

2 Samleie, seksuell omgang, seksuell handling, seksuell atferd og straffbarhetsvilkårene for strl. §§ 197 - 199

I straffelovens kapittel 19 skilles det mellom fire forskjellige kategorier av seksuelle overgrep. Samleie, seksuell omgang, seksuell handling og seksuell atferd. Hvilken av disse betegnelse et overgrep gis, er avgjørende for hvilke straffebestemmelser (eventuelt hvilket straffalternativ i en bestemmelse) som kommer til anvendelse.¹²⁷ Skillet vil ha betydning for strafferammen, for foreldelse etter strl. §§ 66-69, adgangen til å kreve oppreisning uten hensyn til om personskaade er voldt og for retten til bistandsadvokat.¹²⁸ Det som er viktig å understreke i forhold til strl. §§ 197-199, er at disse straffebudene ikke rammer de tilfellene hvor det er tale om seksuell handling eller seksuell atferd. Etter strl. §§ 197 og 199 må handlingene svare til seksuell omgang, mens etter strl. § 198 må den seksuelle omgang være samleie for å rammes av vedkommende straffebud.

2.1 Skillet mellom samleie og seksuell omgang

Ved spørsmålet om skillet mellom samleie og seksuell omgang skulle oppheves, uttalte arbeidsgruppen i NOU 1991 : 13 s. 20 at det var ønskelig at de mest skadelige eller krenkende former for utuktig omgang defineres som samleie eller likestilles med samleie. Samleie anses for å være en kvalifisert form for seksuell omgang. I ot.prp.nr.20 (1991-1992) s.17 ble det uttalt:

<<...Grensen mellom samleie og annen utuktig omgang kan volde særlige bevisproblemer ved overgrep mot barn. Som det fremgår av Rt.1988 s.1207 foreligger det først samleie i strafferettslig forstand når det mannlige kjønnslem helt eller delvis føres inn i den indre del av kvinnens kjønnsorgan - vagina. Det er ikke nok at kjønnsorganet er ført inn i skjedeåpningen – vulva.>>

¹²⁷ NOU 1997 : 23 s. 13

¹²⁸ NOU 1991 : 13 s. 19

I det store flertall av saker vil samleie være mer smertefullt og oppleves som mer krenkende enn handlinger der det ikke finner sted inntrengning i kroppens hullrom.¹²⁹

2.2 Samleie

Strl. § 206 lyder:

<<... 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. >>

Rt. 1988 s. 1207 er også av betydning ved spørsmålet om hva som skal anses som samleie i rettslig forstand. Her var det en 41-årig ustraffet mann blitt idømt fire år ubetinget fengsel for utuktig omgang med piker under 14 år, deriblant tre av hans egne døtre. Førstvoterende uttalte:

<<...Med samleie i strafferettslig forstand er i følge festnet teori og rettspraksis forstått at det mannlige kjønnslem helt eller delvis føres inn i den indre del av kvinnens kjønnsorgan – vagina – og ikke bare inn i skjedeåpningen – vulva.>>

I NOU 1991 : 13 s. 20 ga Riksadvokaten uttrykk for at reelle hensyn taler for å likestille samleie og kvalifiserte former for utuktig omgang. I Rt. 1987 s. 948 kom retten frem til at innføring av penis i endetarmsåpningen ikke kunne anses for å være samleie i rettslig forstand. Det medførte at straffeloven § 213 (16. juni. 1989) ble utvidet til også å omfatte analt samleie.¹³⁰

¹²⁹ NOU 1991 : 13 s. 20

¹³⁰ NOU 1991 : 13 s. 20

I motsetning til vaginalt samleie som bare kan utføres overfor kvinner, kan analt samleie utføres overfor begge kjønn. I tillegg kan analt samleie være like krenkende og medføre til like store skadevirkninger som vanlig samleie.¹³¹

Før lovendringen i 1992, ble oral sex (innføring av penis i munnhulen), ikke ansett som samleie i rettslig forstand. Begrunnelsen for det var at den type seksuell omgang virket unaturlig å regne som samleie.¹³² Men i 1992 ble det vedtatt et nytt annet punktum i strl. § 213¹³³ som lød:

*<<...Når bestemmelsene i dette kapittel bruker uttrykket samleie, menes vaginalt, oralt og analt samleie. Med samleie likestilles innføring av gjenstander i vagina eller endetarmsåpningen.>>*¹³⁴

I følge psykolog Anne Poulssons og overlege Helge Michal anføres det at orale samleier synes å være minst like skadelig som vaginale og anale samleier.¹³⁵ Barn som har vært utsatt for oralsex kan utvikle spesielle skader, blant annet spiseproblemer og tannskader.¹³⁶

Innføring av penis i munn gjelder kun når gjerningsmannen fører sin egen penis inn i fornærmedes munn, og ikke når gjerningspersonen fører fornærmedes penis inn i sin munn.¹³⁷ I Rt. 2004 s. 252 gikk saken ut på der en 24 år gammel mann som gjentatte ganger hadde voldtatt en tidligere kjæreste samt tvunget henne til å utføre seksuelle handlinger overfor en tredje person. Høyesterett uttalte :

<<...Forarbeidene viser at tilføyelsen tok sikte på å ramme menns seksuelle overgrep mot barn i form av innføring av penis i barnets munn, jf. særlig NOU 1991 : 13 side 20. Og da § 213 ved lov av 11. august 2000 nr. 76 ble flyttet til § 206, ble det uttrykkelig presisert at alternativet ikke skulle omfatte tilfeller hvor gjerningspersonen fører fornærmedes penis i sin

¹³¹ Ot.prp.nr. 70 (1988-1989) s. 45 og Andenæs (2008) s. 139

¹³² Andenæs (2008) s. 139

¹³³ NOU 1991 : 13 s. 21

¹³⁴ NOU 1991 : 13 s. 21

¹³⁵ NOU 1991 : 20 s. 20

¹³⁶ NOU 1991 : 13 s. 20

¹³⁷ Andenæs (2008) s. 139 - 140

mun, jf. Ot. Prp. Nr. 28 (1999 – 2000) side 34-35 og 119. Departementet viste til at « [e] n slik situasjon er som regel ikke så alvorlig og virker ikke like truende som når en gjerningsmann fører sin penis inn i fornærmedes munn». >>

Ved revisjonen i 2000 ble samleiebegrepet i strl. § 206 utvidet ved at den fikk et nytt tredje punktum som lyder:

<<...Ved handlinger som nevnt i § 195 likestilles med samleie også innføring av penis inn i og mellom de store og små kjønnslepper>>

I følge Innst.O.nr. 92 (1999-2000) s. 10-11 var begrunnelsen for et nytt tredje punktum de tilfellene hvor særlig små barn er ofre for seksualovergrep. Samleiedefinisjonen i § 206 første punktum passer ikke så godt fordi innføring av penis eller gjenstand i skjeden eller endetarmsåpningen kan være anatomisk / fysiologisk umulig eller svært vanskelig for gjerningsmannen å gjennomføre.¹³⁸

2.3 Skillet mellom seksuell omgang og seksuell handling

Grensedragningen mellom seksuell omgang og seksuell handling kan være vanskelig å trekke. Fra lovgivers side er det ment å reflektere grovheten av et seksuelt overgrep.¹³⁹ De overgrepene som er å anse som seksuell handling, er gitt en strengere behandling hvis de foretas med noen under 16 år.¹⁴⁰ De enda grovere forholdene behandles etter reglene om seksuell omgang, og blant disse er samleie i visse tilfeller skilt ut og gitt en strengere behandling.¹⁴¹ Det følger av teori og praksis at seksuell handling må avgrenses oppad mot seksuell omgang og nedad mot seksuelt krenkende atferd.¹⁴² I NOU 1991 : 13 s. 19 fremgår det at grensedragningen mellom seksuell omgang og seksuell handling er av stor betydning. Arbeidsgruppen i NOU 1991 : 13 s. 19 fremhever at det ved manuell berøring av

¹³⁸ Andenæs (2008) s. 139

¹³⁹ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁴⁰ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁴¹ Ot. prp. nr.20 (1991-1992) s. 14

¹⁴² Andenæs (2008) s. 140

kjønnsorganene kan være vanskelig å avgjøre om handlingene skal karakteriseres som seksuell omgang eller seksuell handling.

Det må trekkes et skille mellom handlinger som karakteriseres som masturbasjon, som er å anse som seksuell omgang, og beføling, som er å anse som seksuell handling.¹⁴³ Seksuell handling vil kun omfatte beføling av kjønnsorganer eller bryster.¹⁴⁴ Denne avgrensningen kan noen ganger være vanskelig å trekke. I Straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 9 brukes uttrykket gnidende bevegelse.¹⁴⁵

I Rt. 1986 s. 794 ble det ansett som seksuell omgang ved at domfelte masturberte henne ved å bevege hånden mange ganger utenpå hennes kjønnsorgan. I Rt. 1951 s. 726 hadde domfelte ført sin hånd et par ganger over fornærmedes blottede kjønnslem. Dette ble ansett for å være seksuell handling. Det samme gjaldt for hendelsen i Rt. 1947 s. 394 hvor en domfelles beføling med hånden av en 12 års gammel pikes kjønnsdeler ikke kunne regnes som seksuell omgang, men som seksuell handling, se også Rt. 1976 s. 907 hvor det var tale om beføling av fornærmedes bryster og underliv.¹⁴⁶

I praksis vil det i de fleste av tilfellene være vanskelig å få klare svar ved eksaminasjon av barn og ungdommer omkring slike forhold.¹⁴⁷ Det barnet vil klare å huske, er ofte at berøringen har vært opplevd som ekkel eller ubehagelig. Barnet kan være ute av stand til å svare på om, og i tilfelle hvordan, gjerningsmannen beveget hånden.¹⁴⁸ Det er også på det rene at det er stor forskjell på straffverdigheten mellom seksuell handling og seksuell omgang, for eksempel berøring av bryster m.v. og ordinære tilfeller av seksuell omgang, for eksempel masturbasjon med inntregning av fingre i skjeden.¹⁴⁹

¹⁴³ Straffelovrådets Innstilling 1960 s. 9

¹⁴⁴ NOU 1991 : 13 s. 16

¹⁴⁵ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁴⁶ Andenæs (2008) s. 140

¹⁴⁷ NOU 1991 : 13 s. 19

¹⁴⁸ NOU 1991 : 13 s. 19

¹⁴⁹ NOU 1991 : 13 s. 19

2.4 Seksuell omgang

Seksuell omgang omfatter samleie, men går videre. En viss veiledning kan man få av uttrykket << samleielignende forhold >>, som også ble brukt i motivene til straffeloven.¹⁵⁰

Når begrepet omtales som << seksuell >> i rettslig forstand, fremgår det av rettspraksis at det ikke trenger å foreligge noen motivasjon bak handlingen, jf. Rt. 2012 s. 1103. Domfelte hadde i denne saken truet fornærmede til å kle av seg og hadde stukket en eller flere fingre opp i hennes skjede for å lete etter noe han mente hun hadde tatt fra ham. Dette medførte at handlingen ble rammet av strl. § 192 første ledd bokstav a. Manglende seksuell motivasjon var heller ingen formildende omstendighet i følge retten.

Deretter har vi samleiebevegelser med blottet kjønnsorgan mellom en annens lår eller mot vedkommendes mage eller seteparti, og det å føre en eller flere fingrer i den annens skjede, jf. Rt. 1989 s. 517 der det var tale om en ustraffet mann som hadde seksuell omgang med datter og sønn under 14 år. Førstvoterende uttalte:

<<...Domfelte er funnet skyldig i at han "ved en rekke anledninger befølte sin datter, B, født 0.0.1964, i skrittet og stakk en eller flere fingre inn i hennes skjede." Jeg finner det ikke tvilsomt at disse handlingene - å stikke en eller flere fingre inn i skjeden - går inn under "utuktig omgang" i straffeloven § 195 og § 196. >>

I Rt. 1990 s. 319 var det tale om en 29 år gammel mann som fikk ubetinget fengsel for seksuell omgang med en fem år gammel pike. Spørsmålet i denne saken var om det var saksbehandlingsfeil hvor lagmannsretten hadde unnlatt å utsette saken slik at det ble foretatt et nytt dommeravhør av piken, jf. straffeprosessloven § 293 og § 294. Det ble ansett som seksuell omgang hvor overgriperen hadde ført en finger i pikens rektum. Førstvoterende uttalte:

<<...Det dreier seg om en seksuell handling av like alvorlig karakter som etter sikker rettspraksis regnes som utuktig omgang etter strl. § 195 første ledd første alternativ.>>

¹⁵⁰ NOU 1997 : 23 s. 13

Innføring av gjenstander i skjede eller endetarmsåpning anses også for å være seksuell omgang.¹⁵¹ Suging og slikking av kjønnsorganer omfattes også.¹⁵² Likeså det å onanere seg selv til sædavgang i den annens ansikt og / eller munn.¹⁵³ Det samme vil gjelde dersom en masturberer den annen.¹⁵⁴

2.5 Seksuell handling

Seksuell handling omfatter beføling av kjønnsorganer eller bryster.¹⁵⁵ Avgjørende for om det foreligger masturbasjon eller beføling av kjønnsorganene, er antakelig om bevegelsene er av en viss intensitet.¹⁵⁶ I følge Straffelovrådets innstilling 17. mars 1960 s. 9 brukes uttrykket ”gnidende bevegelse”.

2.6 Seksuell atferd

Mens både seksuell omgang og seksuell handling alltid skjer med en annen, er det tilstrekkelig at krenkelsen skjer overfor eller i nærvær av den annen for å omfattes av uttrykket seksuell atferd, jf. strl. § 201 bokstav a-c.¹⁵⁷ Typiske eksempler på handlinger som vil rammes av bestemmelser om seksuell atferd, er blotting og anstøtelige bevegelser eller ordbruk.¹⁵⁸ Vi har et eksempel i Rt. 1984 s. 22 der en lege som med seksuell motivasjon hadde foretatt en medisinsk ubegrunnet underlivsundersøkelse av en pasient, var dømt for utuktig atferd overfor pasienten.¹⁵⁹

¹⁵¹ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵² NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵³ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵⁴ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵⁵ NOU 1991 : 13 s. 16

¹⁵⁶ NOU 1991 : 13 s. 16

¹⁵⁷ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵⁸ NOU 1997 : 23 s. 13

¹⁵⁹ Ot.prp.nr.28 (1999 – 2000) s. 19

2.7 Straffbarhetsvilkårene for strl. §§ 197 – 199

For å kunne straffes må fire straffbarhetsvilkår være oppfylt. For det første må det foreligge en lovhjemmel, jf. Grl. § 96. Deretter må gjerningspersonen ha utvist nødvendig skyld, som hovedregel forsett, jf. strl. § 40. Det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn, nødrett eller nødverge etter strl. §§ 47 og 48. Gjerningspersonen må ha skyldene, dvs. ikke være utilregnelig etter strl. §§ 44 og 45. I denne oppgaven vil spørsmålet om tilregnelighet etter strl. §§ 44 og 45 og straffrihetsgrunnene etter strl. §§ 47 og 48 ikke bli behandlet siden det ikke er en oppgave om alminnelig strafferett. Jeg kommer til å se nærmere på kravet om lovhjemmel og kravet om skyld som må foreligge i gjerningsøyeblikket for å kunne medføre straffansvar.

2.7.1 Straffeloven §§ 197 – 199

Lex scripta er det latinske ordet for ”hjemmel” og betyr at det må foreligge skriftlig hjemmel i lov.¹⁶⁰ Legalitetsprinsippet er lovfestet i Grunnloven § 96 og EMK art. 7. Legalitetsprinsippet tilsier at hjemmel i lov er nødvendig for å kunne gjøre inngrep i den enkeltes private sfære. Dette prinsippet er særlig sterkt i strafferetten, jf. Grl. § 96 og EMK art. 7, jf. menneskerettsloven § 3. Etter en tolking av EMK art. 7 har EMD lagt til grunn at et straffebud må ha et presisjonsnivå som gir forutberegnelighet. EMK art. 7 impliserer kvalitative krav til straffehjemmelens tilgjengelighet og forutberegnelighet. Det er en klar side til vår legalitetsprinsipp og til klar lovhjemmel. Det er en folkerettslig forpliktelse Norge har påtatt seg som stat.

I følge Grunnloven § 96 fremgår det at <<...*Ingen kan dømmes uden efter Lov.*>> Med begrepet << dømmes >> mener Grunnloven straffedømmes.

Hensynet bak regelen er først og fremst at domstolene må holde seg innenfor rammene av straffelovgivningen,¹⁶¹ da det er de folkevalgtes privilegium å gi strafferettslig bindende

¹⁶⁰ Black's Law Dictionary (2004), s. 931: <<Law authorized or created by statute rather than custom or usage; WRITEN LAW>>

¹⁶¹ NOU 2002 : 4 s. 93

rettsregler.¹⁶² Det er også et bud til lovgiver om å være så presise som mulig, slik at den enkelte borger kan forutberegne sin egen rettsstilling. Dette er ikke minst viktig når konsekvensene av å bli strafferettslig forfulgt kan være store for den enkelte: Blir man dømt, kan man risikere å bli fratatt friheten. Dette strenge syn er begrunnet både i hensynet til at den enkelte skal kunne kjenne den straff som truer ham, slik at han kan innrette seg, og hensynet til å hindre myndighetsmisbruk og vilkårlighet som ville kunne følge dersom en allerede utført handling kunne belegges med straff etter myndighetens frie skjønn.¹⁶³

Spørsmålet er imidlertid hva det innebærer i praksis å kunne forutberegne sin rettsstilling, og hvilken grad av klarhet og presisjon i lovteksten en bør kunne vente.

Dette er drøftet og presisert i en rekke norske avgjørelser, deriblant i Rt. 2009 s. 780, som omhandlet fem personer som på ulike måter hadde bidratt til import, tilvirkning og salg av ulovlige narkotiske stoffer. Høyesterett kom til at en ikke kunne foreta en utvidende fortolkning av lovgivningen på feltet, da dette ville være i strid med EMK art. 7. I denne dommen presiseres vilkårene som kan utledes av art. 7, nemlig at *”lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten”* samt at straffebestemmelser ikke kan bli *”tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte”*. Dette betyr at straffebestemmelsens ordlyd må være klar, men at dette kan suppleres *”med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis”*.¹⁶⁴

Bestemmelsene om incest er inntatt i straffeloven §§ 197 – 199.

I følge strl. § 197 straffes den som har seksuell omgang med slektning i nedstigende linje med fengsel inntil 5 år. Som slektning i nedstigende linje regnes biologiske og adopterte etterkommere.

Den som har samleie med bror eller søster, straffes med fengsel inntil 1 år. Straff kommer ikke til anvendelse på personer under 18 år, jf. strl.§ 198.

¹⁶² Andenæs (2005) s. 105

¹⁶³ Aall (2011) s. 113

¹⁶⁴ Rt. 2009 s. 780

Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år. På samme måte straffes den som skaffer en annen seksuell omgang med noen som han selv står i et slikt forhold til, jf. strl. § 199.

2.7.1.1 Straffeloven § 197

Strl. § 197 lyder: <<...Den som har seksuell omgang med slektning i nedstigende linje, straffes med fengsel inntil 5 år. Som slektning i nedstigende linje regnes biologiske og adopterte etterkommere.>>

Slik det følger av bestemmelsen rammes den som har seksuell omgang med slektning i nedstigende linje. Før bestemmelsen ble endret i 1963 kunne under gitte omstendigheter begge parter straffes for handlingen, i oppstigende og nedstigende linje.¹⁶⁵ Etter lovrevisjonen er det nå kun den som har seksuell omgang med slektning i nedstigende linje som straffes. Straffebudet rammer kun seksuell omgang. Seksuelle handlinger av mindre vidtgående karakter rammes ikke av bestemmelsen. En rettskraftig dom om farskapsspørsmålet må legges til grunn uprøvd i en senere straffesak for incest, jf. bl. § 8 og 74/1283.¹⁶⁶ I oppstigende linje er det ingen grense for kretsen av ansvarlige. Foreldre, besteforeldre og oldeforeldre rammes på lik linje.¹⁶⁷ Incest kan også forekomme mellom personer av samme kjønn. Det er heller ikke nødvendig at slektskapet bygger på ekteskap. Etter adl. § 13 vil den adopterte få samme rettsstilling i forhold til adoptanten og hans slekt som når slektskapet er av biologisk art.¹⁶⁸ Etter § 197 annet punktum straffes også den som har seksuell omgang med biologiske og adopterte etterkommere.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 467

¹⁶⁶ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 467

¹⁶⁷ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 468

¹⁶⁸ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 468

¹⁶⁹ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 467

2.7.1.2 Straffeloven § 198

Strl. § 198 lyder: <<...Den som har samleie med bror eller søster, straffes med fengsel inntil 1 år. Straff kommer ikke til anvendelse på personer under 18 år. >>

Straffeloven § 198 rammer den som har samleie med bror eller søster, såkalt søskenincest. Det er likegyldig om de er født i eller utenfor ekteskap. I likhet med § 197 omfatter § 198 også de tilfeller hvor forholdet beror på søskenadopsjon. Andre sammenbrakte barn, for eksempel to fosterbarn i samme familie, faller derimot utenfor.¹⁷⁰ På samme måte som i § 197 må også etter strl. § 198 en rettskraftig dom om farskapsspørsmålet legges uprøvd til grunn i en straffesak. I motsetning til strl. § 197 og de fleste andre bestemmelser i kapitlet, forutsetter § 198 at den seksuelle omgang er samleie. Seksuell omgang av mindre vidtgående karakter rammes ikke. Straff etter bestemmelsen kommer ikke til anvendelse på personer under 18 år. Begge kan straffes dersom de er over 18 år. Det er ingen vilkår for straff at samleiet var ufrivillig fra noen av partenes side. Bestemmelsen rammer således også frivillig seksuell omgang i form av samleie mellom søskenpar. Som søsken regnes også halvsøsken og søskenforhold som bygger på adopsjon.¹⁷¹

2.7.1.3 Straffeloven § 199

Strl. § 199 lyder: <<...Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år.

På samme måte straffes den som skaffer en annen seksuell omgang med noen som han selv står i et slikt forhold til.>>

I strl. § 199 er det ikke tale om blodsband eller andre arvebiologiske hensyn som begrunner vedkommende staffebud, slik det er tilfellet med de to andre bestemmelsene. Men lovgrunnene for bestemmelsen er likevel langt på vei de samme som for biologisk og søsken

¹⁷⁰ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 471

¹⁷¹ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 471

incest.¹⁷² Straffebudet retter seg mot såkalt sosial incest. Barn skal beskyttes mot at familiemedlemmer i autoritets - eller omsorgsposisjon bruker sin stilling til å innlede et seksuelt forhold.¹⁷³ Mindreårige som står i et slikt forhold til noen som strl. § 199 beskriver, er her gitt et særskilt strafferettslig vern mot å bli utsatt for seksualovergrep.

Det er ikke noe vilkår at gjerningspersonen misbruker myndighets – og / eller oppsiktsforholdet. Det vil imidlertid være en presumsjon for at det foreligger misbruk eller utnyttelse dersom seksuell omgang finner sted mellom personer i de relasjoner som straffebudet beskriver.¹⁷⁴ Straffebudet rammer kun dersom handlingene svarer til seksuell omgang. Seksuelle handlinger av annen karakter rammes ikke av straffebudet. For eksempel vil ikke tukling med kjønnsorganer eller beføling av bryster være incest i strafferettslig forstand.¹⁷⁵ Seksuell handling vil kunne rammes av de andre generelle bestemmelsene i § 201 om seksuelt krenkende atferd og § 200 annet ledd om seksuell handling.¹⁷⁶

Bestemmelsen straffer for det første den som har seksuell omgang med fosterbarn eller pleiebarn. Disse alternativene omfatter barn som er plassert i hjem som nevnt i bvl. § 4-22 første ledd litra a.¹⁷⁷ Tilsvarende gjelder når foreldrene plasserer barna i hjem som nevnt i samme paragraf litra b. Er barnet derimot plassert i institusjon, vil overgrepene rammes av strl. § 194. Stebarn er likestilt med fosterbarn og pleiebarn. Som stebarn regnes den som er biologisk barn til en ektefelle eller registrert partner. Dette alternativet må, i tillegg til ekteskap, også omfatte registrert partnerskap, jf. partnerskapsl. § 3.¹⁷⁸

Ved lov av 22. mai 1992 nr. 49 fikk bestemmelsen § 199 alternativet << ...noen annen person under 18 år, som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt >>.¹⁷⁹ Formålet med alternativet var å ramme de tilfellene hvor gjerningsmannen sosialt sett fungerer som fornærmedes far eller på annen måte deltar i omsorgen for fornærmede.¹⁸⁰ Som et eksempel

¹⁷² NOU 1997 : 23 s. 67

¹⁷³ Andenæs (2008) s. 171

¹⁷⁴ NOU 1997 : 23 s. 65-66

¹⁷⁵ Andenæs (2008) s. 171

¹⁷⁶ Andenæs (2008) s. 171

¹⁷⁷ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁷⁸ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁷⁹ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁸⁰ NOU 1991 : 13 s. 21

kan nevnes overgrep mot samboerens barn eller barnebarn i tilfeller hvor besteforeldre faktisk har omsorg for barnet.¹⁸¹

Med begrepet << omsorg >> siktes det til faktisk omsorg som går ut på at gjerningsmannen sosialt har fungert i foreldres sted.¹⁸² Det kan være enten ved at barnet bor sammen med den daglig, helgebeseøk eller ferier i forbindelse med utøvelse av samværsrett hos biologiske foreldre.¹⁸³ Begrepet er ikke ment å omfatte den som ligger i mer sporadisk barnevaktvirksomhet.¹⁸⁴ Alternativet omfatter også personer som med hjemmel i vgml. § 3 annet ledd er oppnevnt som verge for en mindreårig.¹⁸⁵

Høyesterett har også i Rt.2013 s.513 gitt en klar og entydig definisjon for hva som skal anses som << omsorg >> i rettslig forstand. Førstvoterende uttalte:

<<...Med begrepet 'omsorg' menes faktisk omsorg som går ut på at gjerningsmannen sosialt fungerer i foreldres sted, enten ved at barnet bor sammen med gjerningsmannen til vanlig, eller ved helgebeseøk eller i ferier i forbindelse med utøvelse av samværsrett hos biologiske foreldre. Begrepet er ikke ment bare å omfatte situasjonen hvor den ene av to samboere forgriper seg på den annens 'særkullsbarn'. Det kan også tenkes situasjoner hvor barn utsettes for overgrep fra andre omsorgspersoner, som f.eks samboer av bestemor eller bestefar, stemor eller stefar m.v, og hvor barnet står under sistnevntes omsorg. Det må kreves at omsorgen utøves på en regelmessig og noenlunde fast basis som er egnet til å skape et nært forhold mellom overgriperen og den fornærmede. Uttrykket er ikke ment å omfatte den omsorg som ligger i sporadisk barnevaktvirksomhet og andre sosiale relasjoner som ikke er egnet til å skape et så nært forhold som det her siktes til.>>

I strl. § 199 er det ikke oppstilt noen aldersgrense for fosterbarn, pleiebarn eller stebarn.¹⁸⁶

Forholdet vil dermed være straffbart selv om fornærmede er over 18 år. Men for straffbarhet

¹⁸¹ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁸² Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁸³ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 473

¹⁸⁴ NOU 1991 : 13 s. 21

¹⁸⁵ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 474

¹⁸⁶ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 474

kreves det at barnet står under vedkommendes << omsorg, myndighet eller oppsikt >>.¹⁸⁷ Det avgjørende vil være om det faktiske forholdet kan karakteriseres som omsorg, myndighet eller oppsikt i rettslig forstand. Straffbarheten er heller ikke betinget at den utuktige omgang er oppnådd ved misbruk av avhengighetsforholdet. Det er også likegyldig om gjerningspersonen er mann eller kvinne, eller om partene er av samme kjønn.¹⁸⁸

I følge strl. § 199 annet ledd straffes den som skaffer en annen seksuell omgang med noen som han selv står i et slikt forhold til. For eksempel rammes en fostermor som fremmer seksuell omgang mellom fosterdatteren på 17 år og en utenforstående.¹⁸⁹ Alternativet har fått kritikk for å være underlig og lite gjennomtenkt, blant annet av Magnus Matningsdal, medforfatter av Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser. Hans kommentar lyder:

<<... Mens moren ikke kan straffes etter strl. § 207 for å ha fremmet utuktig omgang mellom hennes datter på 17 år og en utenforstående, kan derimot hennes mann – stefaren – straffes etter § 209 dersom han begår den samme handling >> .¹⁹⁰

2.8 Skyldspørsmålet

Det foreligger ingen legaldefinisjon av begrepet forsett.¹⁹¹ Hovedregelen i straffeloven er at straffebudene må ha blitt brutt med forsett, slik det kommer antitetisk til uttrykk i strl. § 40:

<< ...Paa den, der ei har handlet med Forsæt, kommer ikke denne Lovs Straffebestemmelser til Anvendelse, medmindre det udtrykkelig er bestemt eller utvetydig forudsat, at ogsaa den uagtsomme Handling er strafbar. >>

¹⁸⁷ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 474

¹⁸⁸ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 474

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.28 (1999 – 2000) s. 80

¹⁹⁰ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del forbrytelser s. 474

¹⁹¹ Dette har endret seg med straffeloven av 2005, jf. § 22. Denne paragrafen er bygget over straffelovkomisjonens forslag.

De to hovedformer for skyld er forsett og uaktsomhet. Det er viktig å understreke at begrepet << skyld >> er et juridisk og ikke et moralsk begrep.¹⁹² Særlig kvalifiserte former innenfor forsettet er hensikt og overlegg. Skyld må foreligge i det øyeblikk den ansvarsbetingende handling blir foretatt.

I følge strl. §§ 197 – 199 er skyldkravet forsett, som også fremgår av forarbeidene¹⁹³ og i NOU 1997 : 23 s.65 - 67. Det er fremhevet i forarbeidene til strl. §§ 197 - 199 at dersom gjerningspersonen ikke er klar over de faktiske forhold , kan vedkommende heller ikke straffes,jf. strl. § 42.¹⁹⁴

Når skyldgraden er forsett, må forsettet omfatte alle de momenter som gjør handlingen til en forbrytelse (forseelse). Forsettet må dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i vedkommende straffebud, såkalt dekningsprinsippet. Det er et vilkår at alt som står i straffebudet må dekkes av handlingen. Det er først da handlingen rammes av straffebudet.

Dekningsprinsippet kommer blant annet til uttrykk i strl. § 42, som legger til grunn at gjerningspersonen som hovedregel må være klar over de faktiske forhold som gjør handlingen straffbar etter vedkommende straffebud. Straffeloven § 42 første ledd lyder:

<<...Har nogen ved Foretagelsen af en Handling befundet sig i Uvidenhed angaaende Omstændigheder ved denne, der betinger Strafbarheden eller forhøier Strafskylden, bliver disse Omstændigheder ikke at tilregne ham.>>

For at gjerningspersonen skal kunne straffes etter strl. §§ 197 og 198, må vedkommende være klar over det slektskapsforholdet slik det er beskrevet i vedkommende straffebud. I følge strl. §§ 197 og 198 er det et vilkår for straff at gjerningspersonen bevisst er klar over at den seksuelle omgang og / eller samleie har funnet sted med en biologisk slektning (slektning i nedstigende linje og / eller søsken). Etter strl. § 199 må gjerningspersonen være klar over at den seksuelle omgang skjer med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under

¹⁹² Andenæs (2004) s. 208

¹⁹³ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) s. 77 - 80

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) s. 78 - 79

18 år som står under vedkommendes omsorg, myndighet eller oppsikt slik det fremgår av vedkommende straffebud.

Den etablerte juridiske forståelse er at det finnes tre typetilfeller av forsett. Det skilles mellom hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett og eventualitetsforsett.

Ved hensiktsforsett forutsettes det at overtredelsen er skjedd med bevissthet om et helt klart siktemål. Det er en smalere forsettform enn alminnelig forsett, og altså en høyere skyldterskel, og klart en del av kjernen i det alminnelige forsettet.¹⁹⁵

Ved sannsynlighetsforsett foreligger det en oppfatning om at det er konsekvenser som med overveiende sannsynlighet kan inntreffe, uten at de nødvendigvis er ønskelige eller påført med hensikt. Terskelen for sannsynlighet er ved når noe er ”sikkert eller overveiende sannsynlig”¹⁹⁶, altså sannsynlighetsovervekt, det vil si mer enn 50 prosent.

Dolus eventualis foreligger når følgen verken har vært gjerningspersonens hensikt, eller noe som vedkommende har holdt overveiende sannsynlig – men derimot noe vedkommende har vurdert som mulig. Hensynet bak forsettformen dolus eventualis er at det kan anses som en straffverdig handling å ta den villende risiko for å påføre konsekvensene som forsettet er knyttet til. Dolus eventualis – vurderingen er todelt: Det ene leddet er kunnskapsbasert og det andre er viljesbasert.¹⁹⁷ Altså: En grad av visshet om mulig utfall, og en beslutning om å likevel gjøre det. Dette kalles også den positive innvilgelsesteori, og er stadfestet i flere høyesterettsdommere.¹⁹⁸ Dette i motsetning til den hypotetiske innvilgelsesteori, som altså er å anta hva gjerningspersonen ville gjort, hvis vedkommende hadde ansett følgen som sikker. Sistnevnte teori er avvist i norsk rett.¹⁹⁹

Hvilke forsettstype som er anvendelig i praksis i forhold til strl. §§ 197-199, og da særlig i §§ 197 og 199 tilfellene, reiser ingen vanskeligheter. I følge de høyesterettsavgjørelsene som

¹⁹⁵ Andenæs (2005) s. 221

¹⁹⁶ Andenæs (2005) s. 233

¹⁹⁷ Jfr. Jo Stigen (2010) s.576. Merk at Stigen skriver om straffeloven av 2005. Det spiller imidlertid liten praktisk rolle – forståelsen av dolus eventualis er den samme.

¹⁹⁸ Andenæs (2005) s. 236

¹⁹⁹ Rt.1991 s. 600

kommer til å bli omtalt nedenfor, ser en tydelig at gjerningsmannen bevisst er klar over den seksuelle omgang og /eller samleie fornærmede utsettes for. I de aller fleste av tilfellene anvendes incestbestemmelsene i konkurrans med andre straffebud i sedelighetskapitlet, som for eksempel i konkurrans med §§ 195 og / eller 196, hvor tyngden i disse straffebudene er å beskytte mindreårige mot seksualovergrep fra foreldre eller andre nærstående. I samtlige av sakene er gjerningspersonen klar over det vedkommende gjør, noe som innebærer at hensiktsforsett er aktuell. I Rt. 2013 s. 751 hadde gjerningsmannen slikket sin 4-årige datters kjønnsorgan. I avsnitt 7 uttalte førstvoterende:

<<...Tiltalte har forklart at han var klar over hva han gjorde, og retten legger derfor til grunn at han handlet forsettlig.>>

3 Begrunnelsen for straffebudene i strl. §§ 197 - 199

3.1 Innledning

I innledningen nevnte jeg at formålet med oppgaven er å belyse begrunnelsen og formålet for straffebudene om incest. I kapittel tre vil jeg drøfte de forskjellige hensyn og momenter som ligger til grunn for incestlovgivningen. Dette vil skje på bakgrunn av de rettskildene som er nevnt i pkt. 1.2 ovenfor. Formålet med incestlovgivningen er arvebiologiske hensyn, hensynet til sunne familierelasjoner og hensynet til allmennhetens oppfatninger.²⁰⁰ I følge Andenæs representerer incest en krenkelse av allmenne interesser.²⁰¹ Tanken på incest vekker samtidig sterke følelser hos de fleste. Det er et tabubelagt tema. Det blir sett på som feil og unormalt. Jeg vil først si litt om forholdet mellom incest og tabu. Deretter vil jeg foreta en drøftelse av formålet og begrunnelsen for biologisk og søskenincest etter strl. §§ 197 og 198, for så å drøfte strl. § 199 som omhandler sosial incest. Grunnen til at den sistnevnte bestemmelsen drøftes særskilt, er fordi vedkommende straffebud etter NOU 1997 : 23 s. 67 ikke er ment å

²⁰⁰ NOU 1997 : 23 s. 66

²⁰¹ Andenæs (2008) s. 136

verne arvebiologiske hensyn slik som de to første. Men det ligger de samme hensyn til grunn for denne bestemmelsen som for forbudet mot biologisk og søsken incest.²⁰²

3.1.1 Incest og tabu

Allmennhetens oppfatninger vil karakteriseres som en offentlig interesse på samme måte som arvebiologiske hensyn, som også er blitt anført som begrunnelse for å opprettholde forbudet mot incest.²⁰³ Fra Andenæs siteres: <<... *Til fordel for kriminaliseringen kan det anføres at det av hensyn til et sunt familieliv er en samfunnsinteresse å opprettholde visse tabuforestillinger på dette område, og at en straffetrussel bidrar til å opprettholde disse tabuforestillingene.* >>²⁰⁴ Et viktig moment er at selve temaet om incest er svært tabubelagt. Ofte når vi snakker om incest, tenker vi på at handlingene er tabubelagte, særlig i §§ 197 og 198 tilfellene. I følge Andenæs vil det også være en alvorlig belastning for barnet å ha en slik bakgrunn.²⁰⁵

<<...*Tabu er et kraftig forbud mot en bestemt handling bygd på troen eller forestillingen om at en slik oppførsel enten er hellig eller forbannet for vanlige mennesker eller enkeltindivider, under trusselen om en overnaturlig guddommelig straff.* >>²⁰⁶ I vanlig språkbruk brukes tabu om forbudt som har sin rot i konvensjoner eller moral snarere enn i lovverket.²⁰⁷

Den offentlige samtalen om incest i de senere år har bølget frem og tilbake mellom tvil og tro på fenomenets eksistens og på omfanget av det. Det kan virke som det føres mange forskjellige og til dels uforenlige samtaler om temaet incest på den offentlige arena akkurat nå. Incest er utvilsomt blitt mer offentliggjort og det er skapt mer åpenhet rundt temaet på den offentlige arenaen nå enn før.

²⁰² NOU 1997 : 23 s. 67

²⁰³ NOU 1997 : 23 s. 66

²⁰⁴ Andenæs (2008) s. 176

²⁰⁵ Andenæs (2008) s. 170

²⁰⁶ Wikipedia (2013)

²⁰⁷ Store norske leksikon (2009)

3.1.2 Begrunnelsen for strl. §§ 197-199

I følge Straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 er det lite tvilsomt at straffeloven bør gi uttrykk for misbilligelse av kjønnsforbindelsene mellom nær beslektede. I innstillingen heter det:

<<... Seksuelle forbindelser mellom nære slektninger utgjør som regel en alvorlig hindring for et sunt og naturlig samliv mellom familiemedlemene og innen kretsen av nærbeslektede. Da de som gjør seg skyldig i kjønnslig omgang med nærbeslektede, ofte er personer med mentale defekter, innebærer slike forbindelser også en viss risiko for dårlige arveanlegg hos barn som måtte bli til gjennom slike forbindelser. Almenheten vil også oppfatte kjønnsforholdet mellom nærbeslektede som støtende. Straffelovrådet antar derfor at loven bør opprettholde straffebud angående kjønnsforbindelse mellom personer som står i meget nært slektskapsforhold til hverandre.>>²⁰⁸

I Rt. 1986 s. 1205 var det tale om samleie mellom voksne personer. Den tiltalte hadde flere samleier med en datter på 21 år og ett samleie med utenomekteskapelig datter på 17 år. Døtrene medvirket frivillig. Førstvoterende uttalte:

<<... Ved revisjonen i 1963 av straffeloven kapittel om sedelighetforbrytelser fant Stortinget at man ville opprettholde kriminalisering av utuktig omgang med slektninger i nedstigende linje.>>

Som nevnt i innledningen i kapittel 1, er ønsket om å hindre seksuelle overgrep mot barn og unge under den seksuelle lavalder et tungtveiende hensyn bak bestemmelsene i strl. §§ 197-199, og da særlig §§ 197 og 199. Men noen ganger kan det være tale om full frivillighet til seksuell omgang eller samleie fra begge parter, endog med informert samtykke, og fortsatt være en straffbar handling. Allmennheten oppfatter det seksuelle forholdet mellom nær beslektede som støtende. Det antas at det store argumentet for en videreføring av incestlovgivningen er å hindre innavl i nære familierelasjoner. Det vil på ingen måte være heldig med hensyn til dårlig arveanlegg hos barn.

²⁰⁸ Straffelovrådets Innstilling 17. mars 1960 s. 38

Søskenincest etter strl. § 198 er i hovedtrekk begrunnet i de samme hensyn som forbudet mot seksuell omgang i nedstigende linje. Seksuallovbruddsutvalget vurderte i NOU 1997 : 23 s. 67 å oppheve bestemmelsen som følge ved at samleie mellom søskene kan være frivillig, selv om det sjelden forekommer i praksis. Men ut fra de samme hensyn som tilsier videreføring av straffeloven § 197, kom utvalget frem til at strl. § 198 burde opprettholdes.²⁰⁹

I NOU 1997 : 23 s. 66-67 er det de samme hensyn som begrunner forslaget om videreføring av incestbestemmelsene som i Straffelovrådets innstilling fra 1960. Det fremheves i NOU 1997 : 23 s. 66 på samme måte som i Straffelovrådets innstilling fra 1960 at seksuell omgang mellom nært beslektede vil være støtende for allmennheten. Allmennhetens oppfatninger kan karakteriseres som en offentlig interesse på samme måte som arvebiologiske hensyn, som også er blitt anført som begrunnelse for å opprettholde forbudet.²¹⁰

At << allmennhetens oppfatning >> vil karakteriseres som en offentlig interesse på samme måte som arvebiologiske hensyn,²¹¹ noe som innebærer at incestuøse tilfeller vil anses som umoralske, kan møtes med noen innvendinger. I NOU 2002 : 4 s. 80 fremheves at det på mange områder er det en liten grad av enhet i det moralske synet. En annen innvending er at det kan være usikkert om forekomsten av incesttilfellene som oppfattes som umoralske av et flertall, virkelig utgjør noen trussel mot samfunnet. Disse to innvendingene fremmes særlig på bakgrunn at det til dels er delte og uavklarte meninger i befolkningen for kriminaliseringen av strl. §§ 198 og 199, selv om det etter § 198 er tilfeller som neppe forekommer særlig ofte i praksis.

En annen innvending som kan fremmes mot å straffesanksjonere på bakgrunn av << allmennhetens oppfatning >>, som trolig ikke har noen påviselige skadevirkninger utover en mulig svekkelse av samfunnets felles moral, er at straff kan ha liten påvirkningskraft på det gjeldende moralsynet på mange livsområder og hvor den allmennpreventive effekt kan være nokså liten.²¹² I forhold til incestbestemmelsene har vi et godt eksempel hvor Andenæs påpeker at <<...den allmennpreventive betydning av straffebestemmelsene er nokså liten. Den

²⁰⁹ NOU 1997 : 23 s. 67

²¹⁰ NOU 1997 : 23 s. 66

²¹¹ NOU 1997 : 23 s. 66

²¹² NOU 2002 : 4 s. 80

eller de skyldige vil som regel regne med at forholdet skal forbli skjult, og de moralske hemninger på dette område er neppe i særlig grad avhengig av at forholdet er kriminalisert.>>²¹³

Det påpekes i Straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 at seksuelle forbindelser mellom nære slektninger som regel utgjør en alvorlig hindring for et sunt og naturlig samliv mellom familiemedlemmene. Et motargument, i forhold til incestbestemmelsene, kan sies å være ekteskapsloven av 4 juli 1991 nr. 47 § 3 første ledd første punktum som setter forbud mot å la nært beslektede inngå ekteskap med slektninger i rett opp- eller nedstigende linje eller mellom søsken. Men det er ingen vilkår i bestemmelsen som tilsier at søskenbarn ikke skal kunne inngå ekteskap med hverandre.

Her er det viktig å understreke at meningen, på bakgrunn av disse innvendingene, ikke er å gjøre inngåelse av ekteskap etter strl. §§ 197 – 199 lovlig. Det store spørsmålet som kan reises, er om den lovgivende makt feilaktig har gått i retning for kriminalisering av seksuell omgang og / eller samleie mellom voksne samtykkende mennesker etter straffebudene om incest, hvor da §§ 198 og 199 vil være av betydning. For hvis søskenbarn lovlig skal kunne inngå ekteskap, ha samleie og / eller seksuell omgang m.v. med hverandre uten at loven setter begrensninger for det, kan en spørre hvorfor da ikke la strl. §§ 198 og 199 gå i samme retning som el. § 3 ved å tillate seksuell omgang og / eller samleie også i disse tilfellene?

I følge NOU 1986 : 2 s. 36 siteres: <<...*Begrunnelsen for at for nært beslektede ikke skal ha adgang til å inngå ekteskap, er dels arvebiologiske hensyn - den større fare for overføring av sykdomsanlegg eller defekt når begge foreldrene kan være bærere av den uheldige arveegenskap. Dels er begrunnelsen av etisk art – en følelsmessig uvilje mot ekteskap innenfor den nærmeste slekt med de komplikasjoner det vil kunne skape familiemedlemmene imellom.>>²¹⁴*

²¹³ Andenæs (2008) s. 170

²¹⁴ NOU 1986 : 2 s. 36

I følge helsedirektoratet anføres det at hvis foreldrene er i slekt, for eksempel søskenbarn, er risikoen for å få barn med sykdom og medfødte misdannelser dobbel så høy som når foreldrene ikke er i slekt.²¹⁵

Et annet spørsmål som da kan reises er om det vil være et motstrid mellom formålet og de hensyn som incestlovgivningen er ment å verne, blant annet arvebiologiske hensyn, og de hensyn som begrunner el. § 3.

Ekteskapsloven § 3 kan også tale i mot det ekteskapslovutvalget har fremhevet i sin utredning i NOU 1986 : 2 s. 36 som er sitert ovenfor, hvor blant annet arvebiologiske hensyn er et tungtveiende hensyn for begrunnelsen mot å la nært beslektede inngå ekteskap. For enkelte vil det også kunne virke støtende, på lik linje som incest, hvor søskenbarn er gift og / eller har et seksuelt forhold til hverandre, selv om dette har vært akseptert i flere tiår.

Hvis den lovgivende makt mener at el. § 3 skal videreføres og at arvebiologiske hensyn og andre etiske grunner ikke er til hinder for det, kan en da spørre hvorfor ikke tillate for eksempel en stedatter på 20 år ha seksuell omgang med sin stefar? I slike tilfeller vil det verken være tale om arvebiologiske grunner, misbruk av tillits, myndighets – og / eller oppsiktsforhold. Som en kuriositet kan nevnes at før ekteskapsloven av 1918 kunne en tante ikke gifte seg med sin nevø, mens det ikke var noe til hinder for ekteskap mellom onkel og niese.²¹⁶

Forholdet mellom stefar og stedatter er også nevnt i straffelovkomisjonens delutredning til den nye straffelov, hvor det ble uttalt:

<<...Seksuell omgang mellom en mors ektefelle og hennes 20-årige hjemmeboende datter kan riktignok framstå som støtende, men bør likevel ikke være straffbart så lenge forholdet er frivillig og heller ikke innebærer misbruk som nevnt i utk § 28-3 foran. >>²¹⁷

²¹⁵ Helsedirektoratet (2010)

²¹⁶ NOU 1986 : 2 s. 35

²¹⁷ NOU 2002 : 4 s. 363

Momentene som jeg har redegjort for foran, taler etter min oppfatning med tyngde for ikke å avkriminalisere incest. Hovedårsaken til det er at incest i mange tilfeller også utgjør et overgrep i vid forstand mot andre, uavhengig av om det er benyttet makt, trusler eller andre rettsstridige virkemidler for å oppnå den seksuelle omgang. Særlig viktig, er det overmaktsforhold den ene part vil stå i, i forhold til den andre og at incest ofte representerer et alvorlig brudd på tillitsforholdet mellom nærstående. Jeg nevner også den særlige risiko for skadevirkninger som også seksuell omgang mellom nærstående er forbundet med, noe som jeg kommer til å si litt om nedenfor.

I følge straffelovrådets innstilling fra 1960 s. 38 ønsker samfunnet å opprettholde et sunt og naturlig familieliv. Seksuell omgang mellom nær beslektede er derfor ansett uønsket. Med hensyn til arvebiologiske grunner er ikke svangerskap på bakgrunn av incest heldig. I NOU 1997 : 23 s. 66 reises det spørsmål om arvebiologiske hensyn i dag er et tilstrekkelig tungtveiende hensyn til å straffsanksjonere frivillig seksuell omgang mellom voksne slektninger. Det sies at <<...det er grunn til å anta at det er andre normer enn de strafferettslige som avholder voksne mennesker fra incestuøse seksuelle forhold.>>²¹⁸ Selv i et samfunn med de mest moderne prevensjonsmidler, vil det alltid være en risiko for svangerskap. Også i følge Andenæs er det fremhevet at <<...som følge av arvebiologiske grunner, bør ikke de som er nær beslektede få barn med hverandre.>>²¹⁹

I følge helsedirektoratet blir de aller fleste barn i Norge født friske.²²⁰ Men vi vet også at hvert år fødes barn med alvorlige sykdommer eller misdannelser. Risikoen er høyere jo nærmere slektskapet er. Hvis foreldrene er i slekt, for eksempel søskenbarn, er risikoen for å få barn med sykdom og medfødte misdannelser dobbel så høy som når foreldrene ikke er i slekt.²²¹ Risikoen er også høyere dersom det er mange ekteskap mellom slektninger i familien.²²² Både mor og far kan ha et eller flere gener som kan føre til sykdom, uten at de selv er syke, eller at noen av barna deres er syke.²²³ Hvis barna skal få sykdommen må de arve en feil i det samme genet fra både mor og far. Risikoen for at mor og far har samme genfeil som kan gi sykdom er

²¹⁸ NOU 1997 : 23 s. 66

²¹⁹ Andenæs (2008) s. 170

²²⁰ Helsedirektoratet (2010)

²²¹ Helsedirektoratet (2010)

²²² Helsedirektoratet (2010)

²²³ Helsedirektoratet (2010)

vanligvis liten, men øker når de er i slekt. Det er fordi begge kan ha arvet denne genfeilen fra sine felles forfedre. De tilstander som arves på grunn av slektskap, er ofte alvorlige. Det kan for eksempel være stoffskiftesykdommer, hudsykdommer og blodsykdommer, fysiske og mentale utviklingsproblemer, hørsels – og/eller synsskader.²²⁴ Ofte har disse tilstandene høy gjentakelsesrisiko.²²⁵ Når mor og far har en feil i det samme genet, er det 25 prosent risiko for at barnet som fødes får den spesielle sykdommen eller misdannelsen.²²⁶ Risikoen er den samme ved hvert svangerskap. Enkelte av tilstandene kan medføre til dødfødsel, spedbarnsdød eller forkortet levealder.²²⁷ Når foreldre er i slekt øker også risikoen for andre misdannelser, uten at årsaken er kjent.²²⁸ Det er likevel viktig å huske på at risikoen for å få barn med alvorlige medfødte tilstander totalt sett er liten.²²⁹

I tillegg til arvebiologiske hensyn, vil en også kunne tale om samfunnsmessige hensyn. Samfunnet har sterk interesse i at risikoen som følger med incest etter §§ 197 og 198 ikke blir realisert. For i stor utstrekning er det samfunnet som til syvende og sist som må bære tapet når barn fødes med fysiske og / eller psykiske skader. Disse skadene vil føre til store utgifter for folketrygden i form av sykehusopphold, attføring, uførepensjon, etterlattepensjon m.v.²³⁰

De som har blitt utsatt for incest vil ofte oppleve det som belastende og skamfullt. Det som skiller incest fra de andre sedelighetsforbrytelsene er det alvorlige bruddet av tillit det forventes at spesielt barn skal kunne ha til sine foreldre, besteforeldre m.v. Familien er det stedet man skal kunne føle seg trygg, dit man drar for å søke trøst når noe har skjedd. En skal ikke risikere å bli utsatt for seksuelle overgrep ved at en person i familien slår bena bort under denne tryggheten. Spesielt viktig er det å beskytte de små barna som ikke kan forsvare seg selv. Også eldre barn og voksne kan bli skadet av tillitsbruddet og krenkelsen når den utsettes for seksuelle overgrep. Derfor er det viktig å signalisere at de blir tatt på alvor ved å ha bestemmelser mot incest i straffelovgivningen.

²²⁴ Helsedirektoratet (2010)

²²⁵ Helsedirektoratet (2010)

²²⁶ Helsedirektoratet (2010)

²²⁷ Helsedirektoratet (2010)

²²⁸ Helsedirektoratet (2010)

²²⁹ Helsedirektoratet (2010)

²³⁰ Anders Bratholm (1980) s. 44

De aller fleste rettsavgjørelser om incest etter strl. § 197 vil omhandle seksualovergrep, enten ved at vedkommende straffebud anvendes i konkurrans med strl. § 192 og / eller med strl. §§ 195 og 196. Bakgrunnen for disse incestovergrepene etter § 197 skyldes i hovedsak et alvorlig brudd på tillitsforhold og misbruk av avhengighets – og /eller overmaktsforhold, som i de fleste situasjoner vil være mellom fornærmede og overgriper. Ofte vil disse seksualovergrepene finne sted da fornærmede er under den seksuelle lavalder og i en svekket posisjon, og selv om maktanvendelse, trusler eller andre rettsstridige virkemidler ikke er benyttet, selv om det vil være en risiko for det.

I Rt. 2009 s. 1412 gjaldt saken straffeutmåling for overtredelse av straffeloven § 195 første straffealternativ og § 197, seksuell omgang med egen datter under 14 år. I forhold til det tillitsbrudd til sin egen datter uttalte Høyesterett i avsnitt 42:

<<... Som fremhevet av lagmannsretten, representerte overgrepene grove tillitsbrudd, og de skjedde i situasjoner hvor datteren var hjelpeløs, overlatt til faren. Det hun ble utsatt for, skaper risiko for omfattende og langvarige psykiske problemer.>>

I Rt. 2008 s. 917 var en far dømt for å ha utvist seksuelt krenkende atferd overfor og hatt seksuell omgang med sin tenåringsdatter. Høyesterett uttalte:

<<...For det første er det tale om et grovt overgrep. Dette forsterkes av at overgriperen er fornærmedes far. Foreldre forventes å beskytte og verne sine barn, ikke forgå seg mot dem. Videre kommer at overgrepet er skjedd i farens bolig, som må anses som fornærmedes hjem i de periodene annenhver uke hun hadde samvær med faren der. Som tingretten fremhever, utgjør overgrepet et grovt tillitsbrudd fordi det skjedde på et sted hvor fornærmede skulle kunne føle seg trygg på at noe slikt ikke kunne skje, og fordi det ble foretatt av en person som hun burde kunne stole på.>>

I Rt. 2004 s. 24 hadde en 50 år gammel lege forgrepet seg seksuelt på sin 12 år gamle datter og saken gjaldt straffutmåling for overtredelsen av strl. §§ 195 og 197. Førstvoterende uttalte:

<<...Det som etter mitt syn er særlig graverende ved hans overgrep, er det overlagte tillitsbrudd som han begår overfor en datter som han praktisk talt ikke kjente. Piken må ha følt seg maktesløs alene med en fremmed far som forgriper seg på henne om natten i en ukjent

by, hvor hun ikke kjente noen og hadde små muligheter for å tilkalle hjelp. En tolvåring er i en slik situasjon nærmest prisgitt overgriperen.>>

Straffebudet i strl. § 199 er begrunnet nokså annerledes enn strl. §§ 197 og 198, selv om de samme hensyn ligger bak for vedkommende straffebud som for §§ 197 og 198. Som også tidligere påpekt, vil det i disse tilfellene ikke være tale om seksuell omgang mellom nær beslektede. I forarbeidene til lovrevisjonen i 2000 er det fremhevet at selv om arvebiologiske hensyn ikke taler for å straffebelegge handlinger som rammes av § 199, er det ellers de samme hensyn som ligger bak denne bestemmelsen og incestbestemmelsene i §§ 197 og 198.²³¹ Bestemmelsens formål er at mindreårige under den seksuelle lavalder skal beskyttes mot at familiemedlemmer i autoritets eller omsorgsposisjon bruker sin stilling til å innlede et seksuelt forhold.²³² I følge NOU 1997 : 23 s. 67 retter bestemmelsen seg mot situasjoner hvor barn og unge har behov for et særlig vern.

Bestemmelsen retter seg mot såkalt << sosial incest >>. Selv om det etter strl. § 199 som oftest er tale om seksualovergrep mot barn og unge under den seksuelle lavalder på grunn av misbruk av myndighets, oppsikts – og / eller tillitsforhold, er det som også nevnt i innledningen og pkt. 2.7.1.3, at straffbarheten ikke er betinget at den seksuelle omgang er oppnådd ved misbruk av avhengighetsforhold. Også voksne personer, med informert samtykke om den seksuelle omgang, rammes av strl. § 199.

I følge strl. § 199 gjelder det ingen aldersgrense for seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn eller stebarn. Dette ble fastslått i Rt. 2012 s. 387. I denne saken hadde en mann hatt seksuell omgang med sin stedatter som på gjerningstidspunktet var 18 ½ år gammel.

Høyesterett uttalte i avsnitt 16:

<<... Både lovhistorien og forarbeidene taler altså for at straffeloven § 199 tolkes slik at det ikke gjelder noen attenårsgrense for å kunne straffe seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn og stebarn.>>

²³¹ Ot.prp.nr.28 (1999 – 2000) s. 79 – 80

²³² Andenæs (2008) s. 171

Før utredningen i NOU 1991 : 13 s. 21, var det ingen bestemmelse i sedelighetskapitlet som uttrykkelig rammet det forhold at gjerningsmannen var omsorgsperson for fornærmede. Som eksempler nevnte arbeidsgruppen seksualovergrep mot <<...samboers barn, samboers barnebarn i tilfelle der besteforeldre har faktisk omsorg for barnet.>>²³³ Det er ikke uvanlig at gjerningsmannen sosialt sett har fungert som fornærmedes far eller på annen måte har deltatt i omsorgen for fornærmede. Da er det viktig med straffebud som uttrykkelig rammer disse tilfellene. Dette ble gjort på bakgrunn for å oppnå økt straffverdighet som følge av at overgrep er begått av en omsorgsperson for barnet.²³⁴

Gjerningspersonen er for eksempel gift med eller bor sammen med den fornærmedes mor. I våre dager er det ikke helt uvanlig at mindreårige har flere fars – og / eller morsfigurer å forholde seg til. Men det trenger ikke å være tale om kun steforeldre. Det kan også være tale om seksualovergrep fra stebesteforeldre. Da er det viktig at barnet har et vern i strl. § 199 mot den type seksualovergrep. Ofte vil det være et tillitsforhold og avhengighetsforhold mellom fornærmede og overgriper. I de fleste av sakene ser vi at det er tale om seksualovergrep mot fosterbarn eller stebarn, hvor fornærmede ved samtlige av tilfellene er den svake part som utsettes for disse seksualovergrepene.

De fleste av høyesterettsavgjørelsene etter strl. § 199, som jeg kommer til å si litt om nedenfor, vil på samme måte som avgjørelsene for § 197, omfatte et misbruk av tillits - og / eller overmaktsforhold mellom fornærmede og overgriper. Det vil særlig gjelde det overmaktsforholdet som den ene part ofte har i forhold til den andre, hvor dette representerer et alvorlig brudd på tillitsforholdet mellom overgriper og den fornærmede.

I Rt. 2013 s. 513 var det tale om seksuelle overgrep begått av stebestefaren mot stebarnet. Spørsmålet i saken var om fornærmede stod under domfeltes omsorg på det tidspunktet da domfelte hadde seksuell omgang med fornærmede. I dette tilfellet hadde fornærmede fått et veldig nært forhold til stebestefaren ved at han fungerte som en ”reservebestefar”. Fornærmede hadde også opplevd trygghet i hans nærvær. Hun hadde i løpet av denne perioden hatt jevnlig kontakt med sin stebestefar.

²³³ NOU 1991 : 13 s. 21

²³⁴ NOU 1991 : 13 s. 21

Førstvoterende uttalte: <<...personer som sosialt sett har fungert som fornærmedes far eller på annen måte deltatt i omsorgen for fornærmede.>>

Rt. 2011 s. 364 omhandler et annet eksempel på seksualovergrep mot mindreårige under den seksuelle lavalder etter strl. § 199. I denne saken hadde den domfelte seksuell omgang med et fosterbarn. Fornærmede hadde selv valgt å bli plassert i fosterhjem på grunn av vanskeligheter i sitt eget hjem. Fornærmede hadde i dette tilfellet søkt trøst hos den domfelte. Domfelte hadde i denne perioden misbrukt fornærmedes sterke avhengighetsforhold til han, utviklet i tiden da han var fosterfar, til å skaffe seksuell omgang med henne.

En likartet sak er inntatt i Rt. 2010 s. 85 hvor det ble uttalt :

<<...Så vidt jeg kan se er saken et eksempel på et nokså klassisk typetilfelle, hvor en nær omsorgsperson ved misbruk av fortrolighet og tillit, lojalitet eller avhengighetsforhold etablerer et rutinemessig mønster av seksuelle overgrep fra barnet er i tidlig skolepliktig alder og inn i puberteten. Det er etter hvert et omfattende belegg for å fastslå at skadepotensialet ved seksuelle overgrep mot barn er massivt og uoversiktlig.>>

De høyesterettsavgjørelser jeg har omtalt viser at § 199 er begrunnet i et ønske om å verne mindreårige mot seksualovergrep. I de fleste av tilfellene vil det omhandle et alvorlig brudd på tillits – og / eller avhengighetsforhold mellom den fornærmede og overgriper. Særlig viktig, er å hindre utnyttelse av det overmaktsforholdet som den ene part ofte har overfor den andre. Det vil samtidig i stor grad være et sammenfall med de sentrale hensyn bak strl. §§ 197 og 198, selv om arvebiologiske hensyn etter § 199 ikke gjør seg gjeldende. Det er et klart behov for strl. § 199 for å beskytte barn og unge under den seksuelle lavalder det gjelder fra uønsket seksuelle erfaringer, som ofte representerer et misbruk, selv om dette ikke er et vilkår i lovteksten. Den som har omsorg i rettslig forstand for den som bestemmelsen er ment å gjelde for, fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen andre under 18 år som står under hans omsorg, skal ikke utnytte det avhengighets - og / eller tillitsforholdet i den tro at det ikke er straffbart.

3.1.3 Skadevirkningene

Det er kjent at seksuelle overgrep, herunder incest, kan medføre fysiske og psykiske skadevirkninger. De psykiske skadene vil spesielt være store som følge av det nære slektskapsforholdet og /eller tillitsforholdet mellom fornærmede og overgriper. Selv om formålet og begrunnelsen for incest er det som er behandlet ovenfor, som i stor grad begrunner incest best, er det slik at skadevirkningene kan være vesentlig større når overgriper har et nært forhold til fornærmede. Det vil særlig gjelde i forhold til strl. §§ 197 og 199. Risikoen for de skadefølger jeg kommer til å si litt om nedenfor, er et tungtveiende hensyn som taler for en videreføring av incestbestemmelsene. Det vil også kunne være et argument som kan begrunne formålet for straffebudene om incest.

3.1.3.1 Psykiske og sosiale skader

Det er blitt forsket av blant annet Psykolog Anne Poulsson som fremhever i sin utredning at jo nærmere forholdet er mellom overgriper og barnet, særlig i §§ 197 og 199 tilfellene, jo mer skadelige er de seksuelle overgrepene.²³⁵ Det siktes ikke bare til far og datter / sønnsforhold. Også stefedres overgrep beskrives som like skadelig når stefedrene har fungert som fedre, noe som vil kunne rammes av nåværende strl. § 199 første ledd.²³⁶ Både nært slektskapsforhold, et sterkt tillitsforhold og sterkt avhengighetsforhold mellom overgriper og barn kan gi store skader.

De psykiske skadevirkningene særpreges ved at barna rammes på områder som er sentrale for deres utvikling.²³⁷ Det gjelder særlig følelsen av mestring og barnets syn på seg selv, sine medmennesker og synet på tilværelsen.²³⁸ Barna går glipp av en normal barndom og av en naturlig personlighetsutvikling. Skadevirkninger i form av angst, depresjoner, lav selvtillit, selvbeskadigelse og suicidalitet, rusproblemer, konsentrasjonsvansker, læreproblemer, søvnforstyrrelser, dårlig selvbilde, selvforakt og vanskelig forhold til det annet kjønn, er

²³⁵ NOU 1991 : 13 s. 21

²³⁶ NOU 1991 : 13 s. 21

²³⁷ NOU 1997 : 23 s. 25

²³⁸ NOU 1991 : 13 s. 32

alminnelig.²³⁹ I forhold til jevnaldrende medfører overgrepene ofte en følelse av å være voksen, og av ensomhet og isolasjon.²⁴⁰ Ofrene føler seg urene og smittet, og opplever vemmelse over egen kropp.²⁴¹ I voksen alder sees et festnet symptomønster i form av lav selvtillit, depresjoner, angst og aggresjon.²⁴² De psykiske problemene påvirker i negativ retning ofrenes muligheter for sosial tilpasning i arbeidsliv og familie i voksen alder.²⁴³ Med det omfang seksuelle overgrep mot barn har, representerer de i tillegg til de lidelser ofrene blir påført, et alvorlig samfunnsproblem ved de helseskader og den sosiale mistilpasningen ofrene påføres.²⁴⁴

Vi har et eksempel i Rt. 2005 s. 1766. Her ble tiltalte dømt for seksuelle overgrep og voldsbruk mot sine to døtre. I en uttalelse fra Barne - og ungdomspsykiatrisk poliklinikk, med hensyn til skadevirkningene den fornærmede kan utsettes for, ble følgende uttalt:

<<...Overgrepene er utført av en av de omsorgspersoner hun har vært mest avhengig av, hennes egen far, uten at noen har hindret dette. Dette har medført en grunnleggende mistillit til andre mennesker, ut fra hennes erfaringer der hun ikke kan stole på noen. Hun har gjennom hele sin barnealder regelmessig flere ganger pr. uke vært tvunget til å delta i en voksens seksuelle aktiviteter, ut fra et barns forståelse og forutsetninger for dette. Årelang hemmeligholdelse har etter hvert som hun er blitt eldre skapt sterk skyld- og skamfølelse. Hun har et negativt kroppsbilde, der hun opplever kroppen som uren og mindreverdige. Dette, sammen med overgrepene art og omfang, har fått følger for hennes eget seksualliv, der hun opplever følelsemessige reaksjoner og utbrudd hun ikke kan forklare. B har gode ressursmessige forutsetninger. De tre siste årene har hun ikke vært i stand til å fungere i skolemessig sammenheng. B har fortsatt behov for terapeutisk bearbeiding av sin traumatiske barndom og hjelp i forhold til selvoppfatning og følelsesliv i dag.>>

²³⁹ NOU 1991 : 13 s. 32

²⁴⁰ NOU 1991 : 13 s. 32

²⁴¹ NOU 1991 : 13 s. 32

²⁴² NOU 1991 : 13 s. 14

²⁴³ NOU 1991 : 13 s. 32

²⁴⁴ NOU 1991 : 13 s. 32

I Rt. 1996 s. 60 var det tale om seksuell omgang og samleie med to døtre. Retten viser hvor domfelte hadde misbrukt et tillitsforhold og hadde frarøvet døtrene den sikkerhet barn skal ha i hjemmet. Retten uttalte også når det gjelder skadevirkningene, at begge døtrene var utsatt for store skadevirkninger, med store følger i ettertid. Overgrepene har gått ut over skolegang og har medført psykiske og følelsmessig problemer.

Et annet eksempel er inntatt i Rt. 1996 s. 366. Her var det tale om samleie med sin 15 årige stedatter. Om skadevirkningene ble det uttalt : <<...*hun er "selvdestruktiv, lider av kontaktvansker, plages av søvnløshet og mareritt, føler seg verdiløs, og har forakt for egen kropp"* - noe som i all hovedsak relateres til det seksuelle overgrep som hun har vært utsatt for. >>

En likartet sak i forhold til skadevirkningene er også inntatt i Rt. 1993 s. 1157 hvor datteren opplevde seksuelle overgrep fra da hun var 9 år frem til en alder av 16 år av sin egen far. Når det gjelder skadevirkningene, fremheves det av retten at fornærmede lider av <<...*fortrengning, dissasosiasjonstendenser, suicidale tanker, depresjoner, skyldfølelse, konsentrasjons- og innlæringsvansker, seksuelle dysfunksjoner, negativt selvbilde og dårlig forhold til egen kropp.*>> Hennes skoleprestasjoner er blitt dårlige på grunn av disse forhold, langt dårligere enn hennes evner skulle tilsi. Lagmannsretten uttalte på sin side at fornærmede har fått sin barndom og ungdomstid ødelagt på grunn av tiltaltes handlinger.

Som følge av det som er omtalt, kan skadevirkningene være store i de tilfellene hvor fornærmede er i slekt eller har et nært forhold til overgriper. Skadene ville uansett ha vært store selv om det ikke var tale om et slikt forhold som er beskrevet i strl. §§ 197 – 199. Men skadevirkningene vil kunne være større når det er tale om seksualovergrep som rammes av straffebudene om incest, særlig i §§ 197 og 199 tilfellene. At vi har incestlovgivningen å vise til ved den type overgrep, vil være et viktig moment for å markere at dette er noe samfunnet ikke ønsker å ha. Små barn vil vanskelig kunne ha noen muligheter å motsette seg seksuelle tilnærmelser fra eldre og voksne personer. Situasjonen vil også være en annen når straffebud som verner ulike interesser anvendes i konkurrens, for eksempel incestparagrafene sammen med strl. §§ 195 og 196, som er tilfellet i de fleste av sakene som er omtalt ovenfor.

Overgrepets straffverdighet vil i slike saker være forankret både i mindreårigheten og de hensyn som beskyttes gjennom incestlovgivningen.²⁴⁵

3.1.3.2 Somatiske skader

I følge de høyesterettsavgjørelsene som er omtalt, er fornærmede i de fleste av tilfellene mindreårig under den seksuelle lavalder. At det vil være en risiko for somatiske skader ved seksuell omgang og / eller samleie mellom en mindreårig og overgriper, i tillegg til de psykiske og sosiale skadene, er åpenbart. De fysiske skadene av en inntrenging i skjede / endetarm, vil kunne medføre langvarige problemer.²⁴⁶ Hos meget små barn er det imidlertid sett at vaginaen er sprenget eller at endetarmen er perforert.²⁴⁷ Hos små barn som er utsatt for oral seksuell aktivitet, finner en iblant tannskader.²⁴⁸ Dette er tilfeller som er vanlige særlig i §§ 197 og 199 tilfellene. Ofte starter det seksuelle forholdet fra datteren / sønnen er barn, noe som er meget vanlig ved incest.²⁴⁹ Hos gutter som er utsatt for seksualovergrep mot egen penis opptrer ikke helt skjelden skader av forhuden som medfører arrdannelse og som i sin tur kan nødvendiggjøre at gutten gjennomgår en omskjæring.²⁵⁰

²⁴⁵ NOU 1997 : 23 s. 27

²⁴⁶ NOU 1997 : 23 s. 25

²⁴⁷ NOU 1991 : 13 s. 14

²⁴⁸ NOU 1991 : 13 s. 14

²⁴⁹ NOU 1991 : 13 s. 14

²⁵⁰ NOU 1991 : 13 s. 87

4 Rettspolitisk vurdering

4.1 Innledning

I kapittel fire skal jeg foreta en rettspolitisk vurdering av incestlovgivningen de lege ferenda. Sedelighetskapittelet har vært revidert flere ganger siden gjeldende straffelov ble vedtatt og trådte i kraft. Det store spørsmålet er behovet for incestlovgivningen i en demokratisk stat som Norge og eventuelle endringer ved den de lege ferenda. Spørsmålet stilles for det første på bakgrunn av at det ikke uten videre er gitt at samtykkende voksne mennesker ikke skal kunne ha seksuell omgang eller samleie med hverandre. I straffelovkommisjonens delutredning VII til den nye straffelov er det uttalt at *<<...det på ingen måte er gitt at alle handlingstyper som det er nødvendig å underlegge en viss rettslig regulering, behøver å straffesanksjoneres.>>*²⁵¹ Det påpekes samtidig at det bør vises tilbakeholdenhet med bruk av straff.²⁵² Det er først og fremst handlinger som på en eller annen måte medfører skade eller fare for skade, bør straffesanksjoneres.²⁵³ I følge strl. §§ 197-199 anvendes straff selv om det foreligger et kvalifisert samtykke fra begge parter om seksuelle handlinger som svarer til seksuell omgang eller samleie. Holdningen i samfunnet til hva som bør være straffbart, endrer seg over tid.²⁵⁴

²⁵¹ NOU 2002 : 4 s. 78

²⁵² NOU 2002 : 4 s. 79

²⁵³ NOU 2002 : 4 s. 79

²⁵⁴ NOU 2002 : 4 s. 78

4.2 Incestbestemmelsene i et politisk perspektiv

Bør bestemmelsen om søskenincest gå i samme retning som den tyske og andre europeiske land?

Det tyske etikkrådet ved den tyske regjeringen, som bestod av vitenskapelige, medisinske, teologiske, etiske, sosiale, økonomiske og juridisk ekspertise, la den 24. sept. 2014 frem et forslag i en ny rapport hvor de anbefaler avkriminalisering av seksuelle forhold mellom voksne søsken.²⁵⁵ Etikkrådet argumenterer med at straffeloven ikke har som oppgave å håndheve moralske standarder eller grenser for samleie mellom voksne innbyggere. Flertallet i det tyske etikkrådet synes at det ikke er hensiktsmessig å kriminalisere noe bare fordi det er et ”sosialt tabu”. Flertallet konkluderer også med at konsekvensene for familien eller ettervirkningene av et incest-forhold ikke kan rettferdiggjøre å straffe slike handlinger. Hensynet til voksne søskens selvbestemmelse bør veie tyngre enn familiens beste. Straffriheten mellom to voksne samtykkende søsken gjelder også i Frankrike, Belgia, Nederland, Luxemburg og Spania.²⁵⁶

Spørsmålet om avkriminalisering av incestbestemmelsene ble blant annet reist av Anders Bratholm i ”strafferett og samfunn ” s. 67 hvor han fremhevet at en ned - eller avkriminalisering av incest bør overveies.²⁵⁷ I NOU 1997 : 23 s. 67 vurderte seksuallovbruddsutvalget å oppheve strl. § 198 som følge av at samleie mellom søsken kan være frivillig. En ting som ikke ble nevnt, var at seksuell omgang i §§ 197 og 199 tilfellene også kan være frivillig mellom partene og fortsatt være en straffbar handling.

Det er viktig å understreke at det nesten ikke er noen rettsavgjørelser om søskenincest i Norge. Spørsmålet er da hvorfor ha et straffebud i straffeloven 1902 som ikke anvendes i praksis? I straffelovkomisjonens delutredning VII 2002 : 4 s. 83 er det uttalt at <<... *dersom et straffebud aldri er i bruk, til tross for at det konstateres en rekke overtredelser som ville være praktisk mulig å straffeforfølge, er det grunn til å vurdere behovet for det aktuelle*

²⁵⁵ NBC NEWS. (2014)

²⁵⁶ NBC NEWS. (2014)

²⁵⁷ Anders Bratholm (1980) s. 67

straffebudet.>> ²⁵⁸ Det kan virke som en fremmed tanke for den lovgivende makt når det reises spørsmål om opphevelse av straffebud som ikke er anvendelige i praksis.

4.3 Incestlovgivningen de lege ferenda

Det er et omstridt og vanskelig spørsmål hvor langt man skal gå i retning for kriminalisering av incest.²⁵⁹ Selv om barn skal ha et vern mot seksualovergrep fra foreldre eller andre nærstående, og at det er særlig disse situasjonene en har tenkt på da bestemmelsene ble vedtatt, fremgår det blant annet i NOU 1997 : 23 s. 66 at den frivillige seksuelle omgang mellom voksne slektninger tilhører den private sfære. Andenæs anfører at: <<... *menneskers seksuelliv bør være en privatsak så lenge de ikke skader andre, og at straffebudet mot incest derfor bør gå samme vei som det tidligere straffebudet mot homoseksuell omgang.* >> ²⁶⁰ Forholdet bør av den grunn heller ikke være straffbart. At straffeloven skal legge ned forbud mot frivillige forhold mellom voksne og tilregnelige personer, kan ikke anses som en selvfølge.²⁶¹

I følge Andenæs vil den allmennpreventive betydning av incestbestemmelsene være nokså liten siden den eller de skyldige som regel vil regne med at forholdet vil forbli skjult, og kriminalisering av incest vil dermed ha liten betydning.²⁶² Denne innvendingen kan sies å ha begrenset vekt. De aller fleste straffebestemmelser kan overtres med meget liten risiko for oppdagelse og straff, for eksempel trafikkregler. Kriminalisering er et klart signal om hvordan samfunnet ser på bestemte handlinger, og at dette vil få mange til å følge straffebudet, selv om oppdagelsesrisikoen kan være liten. I tillegg kan kriminalisering være et viktig middel til holdningsendring, særlig dersom de fleste er enig i loven.²⁶³

I forhold til incestbestemmelsene kan det imidlertid virke som om lovgiver i mange sammenhenger har hatt en for optimistisk tro på hva som kan oppnås ved å straffesanksjonere

²⁵⁸ NOU 2002 : 4 s. 83

²⁵⁹ Andenæs og Bratholm (2003) s. 124

²⁶⁰ Andenæs (2008) s. 170

²⁶¹ Andenæs og Bratholm (2003) s. 124

²⁶² Andenæs (2008) s. 170

²⁶³ Anders Bratholm (1980) s. 42

de tilfellene som rammes av strl. §§ 197-199. I mange tilfeller kan det se ut til at det har vært en kort vei fra en handlingstype har vært mislikt, til den har blitt belagt med straff.²⁶⁴

Kriminalisering bør unngås dersom det ikke er mulig å håndheve et straffebud uten å krenke viktigere interesser enn de interessene straffebudet er satt til å verne. Eksempler på interesser som kan komme i konflikt med kriminalisering, er blant annet hensynet til privatlivets fred.

Den någjeldende straffelov 1902 §§ 197-199 setter straff kun i de tilfellene der handlinger som svarer til seksuell omgang eller samleie, er foretatt sammen med den annen part. Men dersom den ene part får den andre til å foreta handlinger som svarer til samleie eller seksuell omgang med seg selv, vil det ikke kunne rammes av strl. §§ 197-199. Dette er handlinger som vil virke støtende for allmennheten. Disse tilfellene er inntatt i den nye straffelov 2005.

For det andre synes det også å være en svakhet i incestlovgivningen med hensyn til søskenincest etter strl. § 198. Den nåværende strl. § 198 rammer kun hvis den seksuelle omgang er samleie. Handlinger som svarer til seksuell omgang, rammes ikke av vedkommende straffebud. Det vil unektelig anses som støtende for allmennheten i tilsvarende grad som samleie, noe som også vil kunne være i strid med selve formålet med incestlovgivningen. Neste svakhet er at straff heller ikke kommer til anvendelse på personer under 18 år. I ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 268 antar departementet at det mest praktiske er at seksuell omgang med søsken finner sted før fylte 18 år, hvor det ble uttalt at *<<...en 15 åring som har seksuell omgang med bror eller søster på 10 år bør etter departementets syn kunne rammes av bestemmelsen for å fange opp det ekstra straffverdige i at den seksuelle omgangen er foretatt av en nærstående til fornærmede.>>* Disse endringene er inntatt i den nye straffelov 2005 § 313.

En tredje svakhet er hvor incestlovgivningen knytter seg til strl. § 199, (sosial incest). For det første bør bestemmelsen begrenses slik straffelovkommisjonen foreslår i sin delutredning i NOU 2002 : 4 s. 363 til de tilfeller hvor den fornærmede er under 18 år. *<<...Seksuell omgang mellom en mors ektefelle og hennes 20-årige hjemmeboende datter kan riktignok framstå som støtende, men bør likevel ikke være straffbart så lenge forholdet er frivillig og heller ikke innbærer misbruk som nevnt i utk. § 28-3.>>*²⁶⁵ I slike tilfeller vil det ikke være tale om

²⁶⁴ NOU 2002 : 4 s. 84

²⁶⁵ NOU 2002 : 4 s. 363

utilbørlig påvirkning eller utnyttelse, og det vil heller ikke være tale om seksuell omgang med mindreårige som står under gjerningsmannens myndighet eller oppsikt. Strl. § 199 annet ledd har fått en del kritikk og bør enten endres eller oppheves. Kritikken har blant annet kommet til uttrykk i Straffelovens kommentarutgave anden del forbrytelser 19.2 s. 474 der det sies:

*<<...Denne straffetrusselen er underlig og synes ikke helt gjennomtenkt: Mens moren ikke kan straffes etter § 207 for å ha fremmet utuktig omgang mellom hennes datter på 17 år og en utenforestående, kan derimot hennes mann –stefaren- straffes etter § 209 dersom han begår den samme handlingen.>>*²⁶⁶ Strl. § 199 annet ledd er ikke videreført i straffeloven 2005 § 314.

Som også påpekt tidligere i avhandlingen, er det viktig å fremholde som et prinsipielt utgangspunkt at individene har en alminnelig handlefrihet som det kreves en særlig begrunnelse for å gjøre inngrep i. En entydig og ikke tvilsom begrunnelse for hvorfor incestbestemmelsene har den utformingen den har i dag, har vi dessverre ikke.

I utredningen i NOU 1997 : 23 ser en klart at skadefølgeprinsippet ikke blir nevnt i motsetning til NOU 2002 : 4 s. 79. Begrepet ”skadefølgeprinsipp” innebærer at straff bare bør brukes som reaksjon på handlinger som medfører, eller kan medføre, at noen påføres skade.²⁶⁷ *<<...Prinsippet bygger på at individet i størst mulig grad bør kunne handle fritt, og at straff bare bør kunne anvendes når tungtveiende grunner taler for det. Slike tungtveiende grunner vil stort sett bare foreligge når en handlingstype kan medføre skadevirkninger. >>*²⁶⁸ I dette ligger at en type atferd ikke bør være straffbar bare fordi et flertall misliker den.

Selv for handlinger som medfører skade eller fare for skade, legger straffelovkommisjonen til grunn at kriminalisering ikke bør skje dersom bruk av straff enten er uberettiget eller uhensiktsmessig.²⁶⁹ I forhold til straffebudene om incest vil det neppe være tale om en type atferd som rent faktisk har noen påviselige skadevirkninger, utenom i de tilfellene hvor det er tale om seksualovergrep. Og en vil aldri kunne tale om seksualovergrep hvor to voksne personer gir et informert samtykke om det seksuelle forhold. Men i praksis vil det være

²⁶⁶ Straffeloven kommentarutgave 19.2 anden del. forbrytelser s. 474

²⁶⁷ NOU 2002 : 4 s. 79

²⁶⁸ NOU 2002 : 4 s. 79

²⁶⁹ NOU 2002 : 4 s. 81-82

vanskelig å bevise om det rent faktisk foreligger samtykke om det seksuelle forhold mellom to voksne personer etter strl. §§ 197 – 199. For i de aller fleste av tilfellene, og da særlig i forhold til §§ 197 og 199, vil være en risiko for seksualovergrep i form av utnyttelse av avhengighets – og / eller overmaktsforhold, noe som taler for å opprettholde straffebudene om incest.

4.4 Avsluttende bemerkninger

I følge det som er nevnt ovenfor, reises til dels meget vanskelige spørsmål om straff er det rette alternativet for å sette grenser for voksne menneskers seksualliv.²⁷⁰ I en demokratisk stat er handlefrihet et tungveiende argument, og det bør foreligge gode grunner for å gripe inn i den. Skal alle handlinger møtes med straff bare fordi det vil virke støtende for allmennheten, som er et av argumentene for incestlovgivningen, vil respekten for lov og rett synke med tiden fremover.

For at straff skal være tilstrekkelig begrunnet, må de hensyn som taler for bruk av straff, veie tyngre enn de som taler mot.²⁷¹ Anvendelsen av incestlovgivningen i konkurrans med andre straffebud i sedelighetskapittelet, spesielt sammen med strl. §§ 195 eller 196, taler med tyngde for en videreføring av incestbestemmelsene. For i dagens samfunn fungerer incestbestemmelsene imidlertid som et vern mot handlinger som (pga.relasjonene mellom gjerningspersonen og fornærmede) har karakter av alvorlige seksualovergrep.²⁷² Incestovergrepene vil i særlig stor grad være aktuell i §§ 197 og 199 tilfellene. En videreføring av incestbestemmelsene vil derfor være berettiget og hensiktsmessig i en demokratisk stat som Norge, spesielt ved at den verner andre hensyn i motsetning til de andre straffebudene i sedelighetskapittelet. Incestlovgivningen vil også kunne ha allmennpreventiv effekt ved at disse straffebudene får folk til å avholde seg fra å begå straffbare handlinger som svarer til strl. §§ 197-199.

²⁷⁰ Andenæs og Bratholm (2003) s. 124

²⁷¹ NOU 2002 : 4 s. 82

²⁷² NOU 1997 : 23 s. 66

Selv om det er grunn til å anta at allmennheten fortsatt oppfatter slike forhold som støtende,²⁷³ noe som innebærer at incestlovgivningen må respekteres og videreføres da det er de folkevalgtes privilegium å gi strafferettslig bindende rettsregler, kan en stille spørsmål om straff er det rette alternativet for å begrense voksne menneskers seksualliv etter strl. §§ 197-199. Selv om en lovregulering er nødvendig, er det ikke sikkert at en straffetrussel er det.²⁷⁴ Meget kan tale for at interessen hittil i for stor grad har vært rettet mot straff istedenfor mot andre virkemidler. Straff er på en måte så ”lettfattelig og konkret”, og ofte har straffen den tilleggsfunksjon å tjene som avreagering for oss, slik at det er nærliggende først å fremst å satse på den.²⁷⁵

Iblant kan det være tilstrekkelig å reagere på en lovovertrjedelse med en sivilrettslig reaksjon, for eksempel et erstatningskrav eller forvaltningsreaksjon.²⁷⁶ Dette er en vurdering som ikke har vært et tema av den lovgivende makt om en sivilrettslig reaksjon kan være bedre egnet for å hindre seksuelle forhold etter strl. §§ 197-199 enn det straff er. Sivilrettslig reaksjoner kan i enkelte tilfelle ramme hardere enn straff. Straffeloven kan altså ikke ha som oppgave å håndheve moralske standarder eller grenser for seksuelle forhold mellom voksne innbyggere. Om spørsmålet for en sivilrettslig reaksjon i forhold til incest en gang i fremtiden vil havne på det politiske dagsorden, beror til syvende og sist på et vanskelig politisk spørsmål, selv om det er bestemt å videreføre incestlovgivningen i den nye straffelov 2005 som enda ikke har trådt i kraft.

²⁷³ NOU 1997 : 23 s. 66

²⁷⁴ Anders Bratholm (1980) s. 40

²⁷⁵ Anders Bratholm (1980) s. 73

²⁷⁶ Anders Bratholm (1980) s. 40

Litteraturliste

Lovregister:

1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvold (Grunnloven), av 17. mai 1814

1902 Lov om straff (Straffeloven) av 22. mai nr. 10

2005 Lov om straff (Straffeloven) av 20. mai nr. 28

1991 Lov om ekteskap (Ekteskapsloven) av 4 juli. nr. 47

Forarbeider:

NOU 1997:23 Seksuallovbrudd: Straffelovkommisjonens delutredning VI

NOU 1991:13 Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning

NOU 1986 : 2 Innstilling til ny ekteskapslov – del I

NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII

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

Ot. prp. nr. 22 (2008-20009) Om lov om endring i straffeloven 20.mai 2005 nr.28
(sedelproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Ot. Prp. Nr.20 (1991-1992) Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)

Ot.Prp.Nr.40 (1984 – 1985) Om lov om adopsjon

Ot. Prp. Nr. 70 (1988 – 1989) Om lov om oppheving av lov av 15. mai 1964 nr. 2 om fagskulane i landbruket og endringer i lov av 14. juni 1985 nr. 73 om tilskot til private grunnskular og private skular som gjev videregående opplæring (privatskulelova)

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

Innst O.nr. 92 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd)

Straffelovrådets innstilling 1960 Revisjon av straffelovens bestemmelser og forbrytelser mot sedelighet, avgitt til justisdepartementet 17. mars 1960

(Kfr. Ot. prp. nr. 24 for 1898/1899) Angaaende udfærdigelse af en almindelig borgerlig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden, samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887.

Domsregister:

Rt. 2013 s. 751

Rt. 2013 s. 513

Rt. 2012 s. 1103

Rt. 2012 s. 387

Rt. 2012 s. 313

Rt. 2011 s. 364

Rt. 2010 s. 85

Rt. 2009 s. 780

Rt. 2009 s. 1412

Rt. 2008 s. 917

Rt. 2005 s. 1766

Rt. 2004 s. 252

Rt. 2004 s. 24

Rt. 1996 s. 60

Rt. 1996 s. 366

Rt. 1993 s. 1157

Rt. 1991 s. 600

Rt. 1990 s. 319

Rt. 1989 s. 517

Rt. 1988 s. 1207

Rt. 1987 s. 948

Rt. 1986 s. 794

Rt. 1986 s. 1205

Rt. 1984 s. 22

Rt. 1976 s. 907

Rt. 1951 s. 726

Rt. 1947 s. 394

Bøker:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. Ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. Ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2005.

Andenæs, Johs. Og Kjell V. Andorsen, 1 utg. *Spesiell strafferett og formuesorbrytelsene*. Oslo, 2008.

Andenæs, Johs. og Anders Bratholm, 3.utg. *Spesiell strafferett*. Oslo, 1996.

Eckhoff, Torstein, 5 utg. *Rettskildelære*. Ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Jørgen Aall, 3 utg. *Rettstat og Menneskerettigheter*. Oslo, 2011.

Straffeloven kommentarutgave, ved Anders Bratholm og Magnus Matningsdal, *Anden del. Forbrytelser 19.2*. Oslo, 1995.

Andreas Urbye, *Norsk Strafferett, "Straffbare handlinger mod liv, legeme og helbred. Ærekrenkelses. Frihedskrænkelser. Strafbare handlinger mod sedeligheden"*. Oslo, 1909.

Anders Bratholm, *Strafferett og Samfunn, Alminnelig del*. Oslo, 1980.

Black's Law Dictionary (2004).

Harriet Marie Terjesen, *Blodskam og Leiermål i forbudne ledd*. Oslo, 1994.

Berthold Grünfeld og Peter Beck, *Hva vi vet om incest*. Oslo, 1985.

Stephanie Coontz, *I gode og onde dager*, 2007.

Jens Arup Seip, *Sæthergjerden i Tunsberg og Kirkens Jurisdiksjon*, 1942.

Anne Irene Riisøy, *Sex, rett og reformasjon*. Oslo, 2006.

Svein Mossige, *Har barnet mitt vært utsatt for seksuelle overgrep?* Oslo, 1998.

Øyonn Steen, *Synet på seksualitet og ekteskap blant geistlige og lekfolk, 1250-1536*, 2007.

Nettressurser:

<http://www.lovdata.no> [4. september 2008]

Wikipedia, *Tabu*, (2013) 18.10.2013 http://no.wikipedia.org/wiki/Tabu#cite_note-ordbok-3
[sitert 05.09.2014]

Wikipedia , *Incest*, (2014) 17.01.2010
<http://no.wikipedia.org/wiki/Incest> [sitert 04.09.2014]

Store norske leksikon, *Tabu*, (2009) 14.02.2009 <https://snl.no/tabu> [sitert 10. 09. 2014]

Store Norske leksikon , *Incest*, (2013) 17.10. 2013
<http://snl.no/incest#menuitem0> [sitert 15.09.2014]

Kirstenretten i norsk middelalder, en oversikt av Dag Roar Fosnes, (2005) 10.10.2006
<http://www.ub.uib.no/fag/rettsvit/kristenretten.htm> [sitert 13.11.2014]

Store norske leksikon, ”Blot”, (2009) 14.02.2009
<https://snl.no/blot> [sitert 14.11.2014]

Statistisk sentralbyrå , *Anmeldte lovbrudd* (2013) 21.05.2014 <http://ssb.no/sok?sok=incest>
[sitert 28.08.2014]

Statistisk sentralbyrå , *Seksualforbrytelser – skjebner i rettssystemet* (2001) 19.06.2001
<http://ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/seksualforbrytelser-skjebner-i-rettssystemet> [sitert 28.08.2014]

Helsedirektoratet ” Å få barn når foreldrene er i slekt” (2010) 07.12.2011
<http://www.helsedirektoratet.no/publikasjoner/a-fa-barn-nar-foreldrene-er-i-slekt/Sider/default.aspx> [sitert 02.09.2014]

NBC NEWS. ” Incest is taboo, but shouldn’t be illegal, German experts say (2014)

24.09.2014

<http://www.nbcnews.com/news/world/incest-taboo-shouldnt-be-illegal-german-experts-say-n211391>

<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-inzestverbot.pdf> [sitert 25.09.2014]

