



**Seksuell omgang med mindreårige - en analyse av
straffeloven §§ 195 og 196**

*Av
Camilla Kyllø*

*Veileder
Lagdommer Arne K. Uggerud
Frostating lagmannsrett*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

Forord

Denne masteroppgaven er skrevet som del av masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø. Masteroppgaven er ment å gi studentene trening i fremstilling av større juridiske problemstillinger basert på selvstendig analyse og bearbeidelse av kildemateriale.

I 2006 ble det levert 338 anmeldelser for seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, og 473 for barn under 14 år. 157 av disse dreide seg om barn under 10 år. Det ble idømt henholdsvis 109, 84 og 27 straffereaksjoner på dette området.

Statistikken viser at seksuell omgang med mindreårige er et alvorlig samfunnstema, og er bakgrunnen for at jeg valgte å skrive om dette emnet.

Jeg vil takke min veileder Arne K. Uggerud for gode råd og innspill.

16. desember 2007

Camilla Kyllø

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Innledning | 4 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 4 |
| 1.2 | Ordforklaringer..... | 6 |
| 1.3 | Hensyn..... | 6 |
| 1.4 | Rettskildebildet..... | 7 |
| 1.5 | Historikk..... | 9 |
| 1.5.1 | Tidligere Revisjoner | 9 |
| 1.5.2 | Samfunnsendringer og rettspolitiske føringer | 10 |
| 1.6 | Generelt | 12 |
| 1.7 | Videre fremstilling og avgrensning..... | 12 |
| 2 | Bestemmelsenes første ledd | 13 |
| 2.1 | ”Seksuell omgang” | 13 |
| 2.2 | Ulikheter i bestemmelsenes første ledd..... | 16 |
| 2.2.1 | Alder..... | 16 |
| 2.2.2 | Strafferammene | 17 |
| 3 | Bestemmelsenes annet ledd | 18 |
| 3.1 | ”Handlingen er begått av flere i fellesskap” – litra a | 18 |
| 3.2 | ”Handlingen er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte” – litra b | 18 |
| 3.3 | Paragraf 195 annet ledd litra e og § 196 annet ledd litra d..... | 20 |
| 3.3.1 | ”(…) som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse.” | 20 |
| 3.3.2 | ”Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom (...) regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.” | 21 |
| 3.4 | Ulikheter i bestemmelsenes annet ledd | 23 |
| 3.4.1 | 10-årsgrensen - § 195 annet ledd litra c | 23 |
| 3.4.2 | Gjentakelsestilfelle – § 195 annet ledd litra d og § 196 annet ledd litra c | 24 |
| 3.4.3 | Strafferammen | 25 |
| 4 | Bestemmelsenes tredje ledd | 26 |
| 4.1 | Villfarelse om fornærmedes alder i § 196 tredje ledd..... | 26 |
| 4.2 | Det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd..... | 28 |
| 4.3 | Menneskerettskonvensjonens betydning i norsk rett | 29 |
| 4.3.1 | Uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 | 29 |
| 4.3.2 | Rt. 2004 side 1275..... | 32 |
| 4.3.3 | Rt. 2005 side 833..... | 32 |
| 5 | Bestemmelsenes fjerde ledd | 36 |
| 5.1 | ”Omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling” | 36 |
| 5.2 | ”Kan falle bort” | 38 |
| 5.3 | Ulikheter i bestemmelsenes fjerde ledd | 39 |
| 6 | Konkurrens | 41 |
| 6.1 | Idealkonkurrens | 41 |
| 6.1.1 | Straffutmåling..... | 41 |
| 6.1.2 | Foreldelse | 42 |
| 6.1.3 | Voldtekt - § 192..... | 42 |
| 6.1.4 | Incest - § 197 | 43 |
| 6.2 | Realkonkurrens..... | 44 |
| 6.2.1 | Straffutmåling..... | 45 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 6.2.2 | Foreldelse | 46 |
| 7 | Prosessuelle spørsmål | 47 |
| 7.1 | Påtalekompetansen | 47 |
| 7.2 | Anke | 48 |
| 7.3 | Behandling i lagmannsretten | 49 |
| 8 | Avsluttende bemerkninger | 51 |
| 8.1 | Bestemmelsesenes preventive funksjon | 51 |
| 8.2 | Samfunnsendringer | 52 |
| 8.3 | Lovendring | 52 |
| 9 | Litteraturliste | 54 |
| 9.1 | Bøker | 54 |
| 9.2 | Artikler | 54 |
| 9.3 | Forarbeider | 54 |
| 9.4 | Domsregister | 55 |
| 9.5 | Annet | 56 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er seksuell omgang med mindreårige. De sentrale bestemmelsene som regulerer dette er straffeloven §§ 195 og 196. Disse straffer seksuell omgang med noen under henholdsvis 14 og 16 år. Bestemmelsene er plassert i lovens kapittel 19 som omhandler seksualforbrytelser. Kapittelet inneholder imidlertid flere bestemmelser som beskytter mindreårige. Paragraf 192 omhandler voldtekt og er således en generell bestemmelse som ikke i hovedsak tar sikte på å beskytte mindreårige. I bestemmelsens første ledd siste punktum skal det imidlertid i vurderingen av om det er utøvd vold, legges vekt på om fornærmede var under 14 år. I tillegg settes strafferammen til 21 år dersom gjerningsmannen tidligere har blitt domfelt for seksuell omgang med en person under 14 år, jamfør § 192 tredje ledd litra c.

Flere bestemmelser i kapittelet er etter ordlyden generelt utformet, men vil i praksis ofte innebære en beskyttelse av mindreårige. Paragraf 193 omhandler den som ved blant annet misbruk av stilling skaffer seg selv eller en annen seksuell omgang, mens § 194 rammer den som har seksuell omgang med noen som er plassert i anstalt eller institusjon eller som er under barnevernets omsorg. Paragraf 197 omhandler seksuell omgang med biologiske og adopterte etterkommere, såkalt incest. Straffbarheten gjelder uavhengig av alder, men det har vist seg at bestemmelsen som oftest gjør seg gjeldende i saker som omhandler seksuelle overgrep mot mindreårige.¹ Nært knyttet til § 197 er § 199 som straffer den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller annen person som står under hans oppsikt eller myndighet. Bestemmelsen skiller seg imidlertid fra § 197 ved at den ikke stiller krav til biologisk eller adoptert tilknytning til gjerningsmannen, i tillegg til at den stiller som vilkår at fornærmede er under 18 år.

Paragraf 200 annet ledd beskytter barn under 16 år mot å bli utsatt for seksuelle handlinger og å bli forledet til å utvise seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd, mens § 201 litra c beskytter barn under 16 år mot å bli utsatt for seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd. Paragraf 203 rammer seksuell omgang mot vederlag med en person under 18 år og § 204 første ledd litra c straffer den som overlater pornografisk materiale til en person under 18 år. Paragraf 204 a omhandler barnepornografi og setter forbud mot fremstillinger av seksuelle

¹ Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett*, 3. utgave, Oslo 1996 s. 124

overgrep mot barn og fremstillinger som seksualiserer barn. Med barn i bestemmelsen menes enhver under 18 år.

Denne avhandling har som formål å besvare problemstillingen;

”Seksuell omgang med mindreårige - en analyse av straffeloven §§ 195 og 196”.

Bestemmelsene lyder som følger:

§ 195. *Den som har seksuell omgang med barn under 14 år, straffes med fengsel inntil 10 år. Dersom den seksuelle omgangen var samleie, er straffen fengsel i minst 2 år.*

Fengsel inntil 21 år kan idømmes dersom

- a) handlingen er begått av flere i fellesskap,*
- b) handlingen er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte,*
- c) handlingen er foretatt overfor barn under 10 år og det har skjedd gjentatte overgrep,*
- d) den skyldige tidligere har vært straffet etter denne bestemmelsen eller etter § 192, eller*
- e) fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom, jf. Smittevernloven § 1-3 nr. 3 jf. nr. 1, regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.*

Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld.

Straff etter denne bestemmelsen kan falle bort eller settes under det lavmål som følger av første ledd annet punktum dersom de som har hatt den seksuelle omgangen, er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.

§ 196. *Den som har seksuell omgang med barn under 16 år, straffes med fengsel inntil 5 år.*

Fengsel inntil 15 år kan idømmes dersom

- a) handlingen er begått av flere i fellesskap,*
- b) handlingen er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte,*
- c) den skyldige tidligere har vært straffet etter denne bestemmelsen eller etter § 192 eller § 195, eller*
- d) fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom, jf.*

Smittevernloven § 1-3 nr. 3 jf. nr. 1, regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.

Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.

Straff etter denne bestemmelsen kan falle bort dersom de som har hatt den seksuelle omgangen, er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.

1.2 Ordforklaringer

Med mindreårig i denne oppgave menes barn under 16 år så fremt intet annet er nevnt. I de tilfeller hvor begrepet "seksuelle overgrep" benyttes, siktes det ikke bare til tilfeller hvor det dreier seg om tvang. Begrepet er imidlertid kun benyttet når det anses naturlig med hensyn til sammenheng og kontekst.

1.3 Hensyn

Straffeloven §§ 195 og 196 er begrunnet i barns behov for beskyttelse mot å bli krenket seksuelt. På denne måten verner bestemmelsene også om mindreåriges personlige integritet. Etter bestemmelsene er imidlertid fornærmedes alder avgjørende for straffbarheten, noe som innebærer at det er mindreårigheten som sådan som er den sentrale beskyttede interesse. Sammenholdt med effektivitetshensyn innebærer dette at eventuell frivillighet eller initiativ fra den mindreårige selv ikke hindrer straffansvar.²

Forbudet mot seksuell omgang med barn kan også sies å ha betydning for samfunnets moralnormer.³ At rettssystemet slår ned på denne typen handlinger vil kunne bidra til at seksualmoralen i samfunnet ivaretas. Moralske hemninger på dette området vil altså kunne hindre barn fra å bli utsatt for seksuelle krenkelser.

Straffebudene ilegger straffansvar for handlinger som i utgangspunktet er lovlige når de skjer mellom voksne mennesker.⁴ Barn har imidlertid et særskilt behov for beskyttelse fordi de ikke anses å inneha den psykiske og fysiske modenhet for å forstå hva seksuelle handlinger

² NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd s. 29

³ Harald Kippe og Åsmund Seiersten, *Spesiell strafferett og spesiallover*, 2. utgave Nesbru 2005, s. 151

⁴ Andenæs, *Spesiell strafferett* s. 124

innebærer. Dette medfører at handlinger av seksuell karakter kan virke skremmende og ubegripelige på barnet. Barn og ungdom i pubertetsalder er gjerne svært sårbare og usikre hva angår seksualitet. Reglene har derfor til formål å hindre barn mot å bli trukket inn i seksuelle relasjoner som de ikke forstår rekkevidden av, og som vil kunne påføre barnet store skader på utviklingen av dets personlighet og følelsesliv.⁵

De siste årene har det blitt satt større fokus på de skader som kan forårsakes av seksuelle overgrep mot barn. Dette har vesentlig betydning når det gjelder begrunnelsen for straffeloven §§ 195 og 196. Overgrep kan medføre skadevirkninger av både somatisk, psykosomatisk, psykisk og sosial art.⁶ Det har vist seg at risikoen for skadevirkninger er større når det dreier seg om svært små barn,⁷ noe som peker på viktigheten av forbudet mot seksuell omgang med barn under 14 år.

Også når det dreier seg om seksuelle samhandlinger mellom barn og voksne med familiær tilknytning, vil hensynene nevnt ovenfor gjøre seg gjeldende. Det er imidlertid ikke mindreårigheten i seg selv som begrunner forbudet mot seksuell omgang mellom nærstående, men hensynet til sunne familierelasjoner, arvebiologiske hensyn, samt det moralske aspektet ved denne typen handlinger.⁸

1.4 Rettskildebildet

Den sentrale rettskilden i denne avhandlingen er straffeloven §§ 195 og 196.

Ved tolkningen av bestemmelsene tar jeg utgangspunkt i tradisjonell juridisk metode, herunder en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Legalitetsprinsippet er av stor betydning på strafferettens område, noe som innebærer at straffebud generelt skal tolkes strengt. For å fastlegge det nærmere innholdet i bestemmelsene er det imidlertid nødvendig å studere relevant rettspraksis på området. Som utgangspunkt vil det være Høyesterettsavgjørelser etter 2000 som har størst aktualitet, men også avgjørelser før denne tid vil kunne være av interesse hva angår lovanvendelsesspørsmål. Underrettspraksis har ikke samme rettskildemessig betydning som Høyesterettspraksis, men vil bli vist til i de tilfeller der det ikke foreligger avklarende Høyesterettspraksis om innholdet i vilkårene.

⁵ NOU 1997: 23 side 29

⁶ NOU 1991: 13 Seksuelle overgrep mot barn - straff og erstatning, avsnitt 2.1 - 2.1.3

⁷ *ibid* avsnitt 2.1.4

⁸ Andenæs, *Spesiell strafferett* s. 124

Siden dagens lovtekst er relativt ny vil det være naturlig å se hen til de aktuelle forarbeider. Her vil det bli lagt størst vekt på forarbeidene som ligger til grunn for endringene av straffeloven kapittel 19 i 2000. Dette er NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd, Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) og Innst. O. nr. 92 (1999-2000). Disse inneholder hvilke vurderinger som ligger til grunn for endringene, samt hvordan bestemmelsene er ment å skulle forstås.

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), ble Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon. Dette innebærer at konvensjonens bestemmelser vil måtte tillegges betydelig vekt ved anvendelsen av norske rettsregler. EMKs innhold vil imidlertid fastlegges gjennom avgjørelser i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Dette betyr at også rettspraksis fra EMD vil være en rettskilde av betydning. I denne avhandlingen er det spesielt EMK artikkel 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen som vil være av interesse. Uskyldspresumsjonen er en sentral rettsikkerhetsgaranti for siktede i straffesaker og inneholder et prinsipp om at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. I denne avhandlingen vil jeg diskutere uskyldspresumsjonen i forhold til det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195.

En sentral avgjørelse når det gjelder relasjonen mellom § 195 og uskyldspresumsjonen er Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2005 side 833. En 20 år gammel mann hadde i tingretten blitt dømt for å ha hatt samleie med en pike på 13 år og 3 måneder, jamfør § 195 første ledd annet straffalternativ. Saken i Høyesterett reiste spørsmål om det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd om at villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld, var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Høyesterett kom til at dette var tilfelle. For at norsk rett skulle være i samsvar med EMK uttalte Høyesterett at det i § 195 tredje ledd må innfortolkes den samme reservasjonen som i § 196 tredje ledd.⁹ Avgjørelsen var enstemmig og kan sies å ha avgjørende betydning ved fastleggelsen av innholdet i § 195 tredje ledd.

Foruten de rettskildene som er nevnt ovenfor vil også juridisk litteratur og reelle hensyn ha betydning ved tolkningen av lovbestemmelsene. Omfanget av forskning og litteratur som

⁹ Rt. 2005 side 833, (avsnitt 1 og 2)

omhandler oppgavens problemstilling anser jeg å være begrenset. Litteraturen på området er fortrinnsvis Andenæs' bok i spesiell strafferett. Da denne er fra 1996 er det klart at informasjon må søkes innhentet fra andre rettskilder. Det er imidlertid skrevet flere avhandlinger der §§ 195 og 196 er berørt, men så vidt jeg kan se inneholder disse et større fokus på straffeutmåling og bestemmelsenes betydning i rettspraksis enn det min avhandling gjør.

1.5 Historikk

1.5.1 Tidligere Revisjoner

Straffeloven kapittel 19 har ved flere anledninger vært gjenstand for revisjon. Dette har medført betydelige endringer for bestemmelsene som i dag utgjør §§ 195 og 196.

Med bakgrunn i et økende antall seksuallovbrudd, samt kritikk av rettspraksis for ikke å være streng nok, ble det i 1927 foretatt flere endringer av stor betydning. Minimumsstraffen for seksuell omgang med barn under 14 år ble hevet fra 1 til 3 år. I tillegg ble det også innført en minstestraft på 6 måneder for seksuell omgang med barn under 16 år.¹⁰ En betydelig endring var at alderen i bestemmelsene ble gjort til et rent objektivt straffbarhetsvilkår, noe som innebar et brudd med regelen i straffeloven § 42 som fritar for straff dersom det foreligger villfarelse.¹¹

Endringene som ble gjennomført i 1927 ble etter hvert utsatt for sterk kritikk, og ved lovendring i 1963 ble minstestraften for seksuell omgang med barn under 14 år senket igjen. Årsaken var at det i flere Høyesterettsdommer gikk frem at straffen ville blitt en annen dersom man ikke hadde vært bundet av minimumsstraffene. Også villfarelsesregelen i § 196 tredje ledd ble noe modifisert. Dette ble gjort ved å tilføye en reservasjon om at gjerningsmannen bare kunne dømmes dersom ingen uaktsomhet kunne legges ham til last.¹² I tillegg fikk også både §§ 195 og 196 et fjerde ledd som omhandlet straffbortfall dersom det forelå jevnbyrdighet i alder og utvikling. Tilføyelsen ble foretatt med bakgrunn i at alder måtte anses å være av betydning ved vurderingen av handlingens grovhet og alvorlighetsgrad.¹³

¹⁰ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven m.v (seksuallovbrudd) side 13

¹¹ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 105

¹² *ibid* side 116-117

¹³ Norsk Lovkommentar på nett <http://abo.reettsdata.no/propub/template.htm?view=main> note 1568

I NOU 1991: 13 Seksuelle overgrep mot barn - straff og erstatning, ble det satt et særlig fokus på de skadevirkningene som seksuelle overgrep kunne medføre.¹⁴ Som en oppfølging av denne utredningen ble det i 1992 foretatt endringer i §§ 195 og 196 hva angår straffereaksjonene ved seksuell omgang med barn. Strafferammen i § 195 annet ledd ble økt til 21 års fengsel under visse skjerpene omstendigheter. Også § 196 annet ledd fikk en forhøyet strafferamme på 15 år ved visse bestemte skjerpene omstendigheter.¹⁵ I tillegg ble også strafferammen på 21 år i § 195 annet ledd utvidet til å gjelde ved gjentatte overgrep overfor barn under 10 år. I tillegg til skadevirkningene av seksuelle overgrep, ble det i forarbeidene påpekt at det sentrale ved tilføyelsen var å fremheve den økte straffverdigheten ved at gjerningsmannen forbryter seg på nytt.¹⁶

Ved en lovendring i 2000 ble begrepene ”utuktig omgang” erstattet med ”seksuell omgang” i flere bestemmelser i straffeloven kapittel 19, deriblant §§ 195 og 196. Det ble hevdet at endringen ville medføre at lovteksten bedre samsvarte med dagens språkbruk, samt bedre tilgjengeligheten av den.¹⁷ Ved samme lovendring ble anvendelsesområdet for den forhøyede strafferammen i både § 195 annet ledd og § 196 annet ledd utvidet til også å gjelde når den seksuelle omgangen er foretatt av flere i fellesskap, samt at minstestrafen i § 195 annet ledd ble økt fra 1 til 2 år. I tillegg ble bestemmelsenes annet ledd omredigert for å gjøre dem mer oversiktlig.¹⁸

I 2003 ble § 195 fjerde ledd endret slik at straffen ikke bare kan falle bort ved jevnbyrdighet i alder og utvikling, men at den også kan settes under det lavmål som følger av bestemmelsens første ledd annet punktum. Paragraf 196 fikk ved samme lovendring tilføyd et ”særlig” foran vilkåret ”krenkende måte” i bestemmelsens annet ledd litra b.

1.5.2 Samfunnsendringer og rettspolitiske føringer

Sedelighetskapittelet har blitt revidert flere ganger av ulike grunner. Som nevnt ovenfor er noen av endringene blitt foretatt med bakgrunn i et syn om både for lemfeldig og hard praksis

¹⁴ NOU 1991: 13 avsnitt 2.1

¹⁵ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn) side 66

¹⁶ *ibid*

¹⁷ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 111

¹⁸ *ibid* side 114

på området, et større fokus på skadevirkningene ved seksuelle overgrep, i tillegg til omredigering av lovtekniske årsaker. Det er imidlertid mulig at også samfunnsendringer og endringer i oppfatningen av moral hos den jevne befolkning, har bidratt til at bestemmelsene har fått den utforming de har i dag. Som forarbeidene påpeker ble straffeloven utarbeidet for over 100 år siden,¹⁹ og det er klart at synet på seksualspørsmål har endret seg betraktelig siden den gang. Ved en større grad av åpenhet og frigjorthet rundt seksualitet i samfunnet kan rettssystemet sies å ha et ansvar for å ta dette i betraktning ved lovendringer slik at vernet av den enkelte mindreåriges integritet ivaretas på tilstrekkelig måte.

Som det går frem av straffeloven § 196 er den seksuelle lavalder 16 år. Et rettspolitisk aktuelt tema er hvorvidt denne skal senkes til 15 år. Dette ble også foreslått av Seksuallovbruddsutvalget i forbindelse med revisjonen i 2000. Deler av begrunnelsen for forslaget var nettopp at samfunnet har endret seg drastisk hva angår åpenhet rundt seksualitet, og at dette kan ha bidratt til bedre seksualopplysning, endring av moralnormer og tidligere modenhet blant unge.²⁰ Hensynet til nordisk rettsenhet har også betydning tatt i betraktning at både Sverige og Danmark har satt grensen til 15 år, mens en rekke andre europeiske land har satt grensen til 14 og 15 år.²¹

Samfunnsutviklingen har også betydning når det gjelder strafferammene for seksuell omgang med mindreårige. Når man i løpet av de siste årene har fått økt kunnskap om skadevirkningene av seksuelle overgrep, har dette blant annet bidratt til at strafferammen i § 195 annet ledd har blitt økt i tilfeller hvor det dreier seg om graverende forhold som rammer barn under 14 år. Dette viser at strafferammene er ment å gi uttrykk for det syn lovgiveren har på handlingenes alvorlighet og straffverdighet.²²

Også internasjonale føringer vil ha betydning for synet på seksuelle krenkelser av barn. I denne avhandlingen vil dette i hovedsak være Norges forpliktelser til å vurdere bestemmelsene i EMK ved fastleggelsen av innholdet i straffeloven §§ 195 og 196.

¹⁹ NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd avsnitt 1.2

²⁰ *ibid* avsnitt 3.6.3.2

²¹ *ibid*

²² *Ibid* avsnitt 3.4.1

1.6 Generelt

Etter både §§ 195 og 196 er skyldkravet forsett. Dette følger av straffeloven § 40 første ledd. Dette innebærer at gjerningsmannen må være seg bevisst at han har seksuell omgang med fornærmede.²³ Forsettet må også dekke hele det objektive gjerningsinnhold i §§ 195 og 196. I forbindelse med overtredelse av bestemmelsene vil ingen straffrihetsgrunner komme til anvendelse. Som nevnt innledningsvis vil heller ikke samtykke være straffriende i relasjon til den seksuelle omgangen. Medvirkning straffes etter straffeloven § 205 og forsøk er straffbart etter straffeloven § 49.

1.7 Videre fremstilling og avgrensning

I det følgende vil det bli foretatt en analyse av straffeloven §§ 195 og 196. Både §§ 195 og 196 har lik oppbygging og inneholder til dels like vilkår. Bestemmelsene er imidlertid forskjellige på flere vesentlige punkter. I det følgende vil jeg gjøre rede for likhetene i hvert ledd av bestemmelsene for så å se på ulikhetene og bakgrunnen for disse.

Det vil ved fastleggelsen av det nærmere innhold i bestemmelsene tas utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Til slutt i avhandlingen vil spørsmål vedrørende konkurrens, samt visse prosessuelle regler bli berørt. Straffutmåling faller utenfor oppgavens tema og blir derfor ikke behandlet.

²³ Kippe og Seiersten side 161

2 Bestemmelsenenes første ledd

2.1 "Seksuell omgang"

For overtredelse av både §§ 195 og 196 må det ha funnet sted "seksuell omgang", jamfør begge bestemmelsenenes første ledd. Av hensyn til konsekvens og sammenheng i regelverket kan det anses hensiktsmessig at vilkåret også benyttes i andre bestemmelser som setter straff for seksuell omgang. I tillegg til § 192 som omhandler voldtekt, inneholder også §§ 193, 194, 197 og 199 dette vilkåret og har således den samme betydningen.

Den er "den som" har den seksuelle omgangen som rammes av § 195 første ledd og § 196 første ledd. Bestemmelsene er således kjønnsnøytrale og rammer både heteroseksuelle og homoseksuelle forhold.²⁴

Som nevnt innledningsvis ble begrepet "utuktig omgang" erstattet med "seksuell omgang" ved lovrevisjonen i 2000. Seksuallovbruddsutvalget var av den oppfatning at endringen ikke ville få konsekvenser for meningsinnholdet i begrepet og at rettspraksis før endringen derfor fortsatt ville gjøre seg gjeldende.²⁵

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden er det klart at seksuell omgang omfatter samleie. Definisjonen på samleie ble fastslått i Rt. 1988 side 1207. Saken omhandlet blant annet anke over lagmannsrettens lovanvendelse. Det ble hevdet at den definisjon som lagmannen benyttet i sin rettsbelæring innebar en utvidelse av den tradisjonelle forståelsen av begrepet samleie. Høyesterett sier på side 1209 i dommen at;

*"Med samleie i strafferettslig forstand er ifølge 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"*²⁶.
(Min utheving).

²⁴ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 109

²⁵ NOU 1997: 23 avsnitt 3.3.2

²⁶ Rt. 1988 side 1207 (side 1209)

Det er på det rene at også de kortvarige inntregninger omfattes og at samleiet ikke behøver å innebære sædavgang.²⁷

Straffeloven inneholder også en legaldefinisjon på hva som anses som samleie i § 206. I første punktum sies det at med samleie menes vaginalt og analt samleie. Analt samleie ble ansett som samleie i strafferettslige forstand ved lov 16. juni 1989 nr. 68. Årsaken var at også denne typen handlinger ble ansett å være svært krenkende og således innebære store skadevirkninger.²⁸ Paragraf 206 nevner også handlinger som skal likestilles med samleie. Dette gjelder innføring av penis i munn og innføring av gjenstand i skjede eller endetarmsåpning. I følge Andenæs og Bratholm trenger slike handlinger ikke være seksuelt motivert.²⁹ Siste punktum i § 206 sier at også innføring av penis inn i og mellom de store og små kjønnslepper likestilles med samleie ved handlinger som nevnt i § 195, altså i tilfeller der fornærmede er under 14 år. Loven bryter altså her med definisjonen som ble fastslått i Rt. 1988 side 1207. Til tross for at samleie i henhold til denne definisjonen ikke foreligger vil hensynet til fornærmedes unge alder gjøre at gjerningsmannen likevel rammes av den forhøyede strafferammen i § 195 første ledd. Dette kan anses å reflektere den økte straffverdigheten når denne typen handlinger foretas med svært små barn. Regelen kan etter min mening også være begrunnet i bevistekniske hensyn. Dette fordi små barn kan ha vanskeligheter med å gi konkrete og detaljerte opplysninger om graden av den seksuelle kontakt.

I tillegg til samleie, vil også andre tilfeller medføre at det foreligger seksuell omgang. I motivene til straffeloven ble uttrykket "samleielignende forhold" benyttet.³⁰ En naturlig forståelse av uttrykket peker i retning av at man står overfor handlinger som ligger tett opp til det som representerer et samleie.

Høyesterett har i flere dommer fastslått hva som anses som seksuell omgang når samleie ikke foreligger. Rt. 1970 side 1110 omhandlet voldtekt. De tiltalte hadde utført handlinger hvor deres nakne kjønnsorganer hadde vært i kontakt med fornærmedes blottede underliv og

²⁷ Se blant annet Borgarting lagmannsretts dom av 16.01.2006

²⁸ Ot.prp.nr.79 (1988-1989) Endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.m side 13

²⁹ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 108

³⁰ Lagmand Thinn, "Nogle Ord om Terminologien i den nye Straffelovs Kapitler om Forbrydelser og Forseelser mod Sedeligheden.", publisert i Rt. 1905 side 33 på side 35.

mage.³¹ Det ble altså fastslått at berøring mellom blottede kjønnsdeler er å anse som seksuell omgang. I Rt. 2002 side 436 sto en mann tiltalt for overtredelse av § 195 for seksuell omgang med sin samboers eldste datter. Det ble i dommen lagt til grunn at man sto overfor seksuell omgang når det foretas samleiebevegelser mellom fornærmedes lår og at dette resulterer i sædavgang.³² Når Rt. 1970 side 1110 fastslår berøring som nok til seksuell omgang, er det imidlertid klart at oppnåelse av sædavgang ikke er nødvendig for at forholdet skal falle inn under begrepet.

Forarbeidene nevner også samleiebevegelser mot en persons blottede mage eller seteparti som seksuell omgang, i tillegg til innføring av en eller flere fingre i noens skjede eller endetarmsåpning. Også oral kontakt med nakne kjønnsorganer som suging og slikking omfattes.³³ Her vil det imidlertid kunne oppstå grensetilfeller mot de forhold som likestilles med samleie etter § 206. Grensedragningen vil her etter mitt skjønn kunne by på vanskelige bevisspørsmål. Hvorvidt handlingene anses som samleie eller seksuell omgang vil ha betydning for hvorvidt den høyere strafferammen i § 195 første ledd annet straffalternativ kommer til anvendelse.

Også ensidig og gjensidig masturbasjon innebærer seksuell omgang i strafferettslig forstand. Dette går frem av forarbeidene³⁴, samt rettspraksis, eksempelvis Borgarting lagmannsretts dom 12.02.2007. En far hadde her ved gjentatte ganger hatt seksuell omgang med sin 6 år gamle datter ved at han hadde fått henne til å masturbere seg når datteren skulle bade om kvelden.³⁵ Det dreide seg også om tilfeller som ble henført under straffeloven § 200 om seksuelle handlinger. Seksuell handling må begrenses oppad mot seksuell omgang. Også grensen mellom masturbasjon og seksuelle handlinger som beføling av kjønnsorganer eller bryster vil kunne være vanskelig å trekke. Forarbeidene har imidlertid påpekt at det avgjørende må være bevegelsenes intensitet.³⁶ Hvorvidt forholdet henføres under §§ 195 eller 196, eller om det er § 200 som kommer til anvendelse, vil blant annet ha betydning for straffutmålingen, da sistnevnte bestemmelse har en strafferamme på inntil 3 år for seksuelle handlinger med barn under 16 år.

³¹ Rt. 1970 side 1110 (side 1112)

³² Rt. 2002 side 436 (side 438)

³³ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 25

³⁴ *ibid*

³⁵ LB-2006-106331 Borgarting lagmannsretts dom 12.02.2007

³⁶ NOU 1991: 13 avsnitt 3.1 side 16

2.2 Ulikheter i bestemmelsenes første ledd

2.2.1 Alder

Aldersvilkåret utgjør en sentral forskjell mellom §§ 195 og 196.

I forbindelse med lovrevisjonen foreslo flertallet i Seksuallovbruddsutvalget at det kun skulle være én bestemmelse som omhandlet seksuell omgang med mindreårige og at denne skulle ha en aldersgrense på 15 år. Når det sentrale hensynet bak bestemmelsene er mindreårigheten i seg selv, vil ett straffebud med én aldersgrense gi en betydelig signaleffekt hva angår straffverdigheten ved seksuell omgang med mindreårige.³⁷ Det er imidlertid flere momenter som taler for å skille på de tilfeller hvor fornærmede er under 14 år og 16 år. Forarbeidene til bestemmelsene påpeker at straffverdigheten vil være stor også når det gjelder barn mellom 14 og 16 år, men at det for denne aldersgruppen vil være andre aspekter som gjør handlingene straffverdige. Mens alderen i seg selv er det sentrale hensynet i § 195, vil gjerne seksuelle relasjoner med eldre barn være knyttet til misbruk av tillitsforhold, samt ulike former for tvang.³⁸ I tillegg vil det etter mitt skjønn måtte skilles på de tilfeller hvor man står overfor rene overgrepssituasjoner, og de tilfeller hvor den seksuelle omgangen har skjedd frivillig som ledd i et forhold der det foreligger nærhet i de involvertes alder. Slike tilfeller vil man gjerne stå overfor der den mindreårige nærmer seg den seksuelle lavalder på 16 år. At likeverdighet kvalifiserer til en annen vurdering av de straffbare handlingene, kommer også til uttrykk gjennom § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Risikoen for skadevirkninger vil også være et moment som taler for at straffverdigheten kan anses større når barnet er under 14 år. Som nevnt innledningsvis vil skadevirkningene være større jo mindre barnet er. I tillegg har små barn svært vanskelig for å beskytte seg mot seksuelle tilnærmelser fra voksne, noe som i seg selv gjør det mer straffverdig når barnet er under 14 år. At seksuell omgang med noen under 14 år anses mer graverende enn når det gjelder noen mellom 14 og 16 år vises også ved måten departementet valgte å ordlegge seg i forbindelse med lovrevisjonen. Departementet anså det

*”mer straffverdig å ha seksuell omgang med et barn under 14 år enn med en ungdom mellom 14 og 16 år (...)”*³⁹ (Mine uthevinger)

³⁷ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 55

³⁸ NOU 1991: 13 avsnitt 3.1 side 16

³⁹ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 56

Et annet eksempel på at lovgiveren ser mer alvorlig på overtredelser hvor fornærmede er under 14 år, er straffeloven § 139. Straffebudet lovfester en melde- og informasjonsplikt for den som har fått kunnskap om at en forbrytelse er nært forestående eller allerede gjennomført. Straffebudet inneholder en uttømmende oppregning av hvilke forbrytelser som omfattes, deriblant straffeloven § 195.

2.2.2 Strafferammene

Bestemmelsene inneholder også forskjellige strafferammer. Mens overtredelse av § 195 første ledd medfører fengsel i inntil 10 år, har § 196 første ledd en strafferamme på 5 år. I tillegg har § 195 første ledd i.f en minstestraff på 2 år når den seksuelle omgangen var samleie. Hovedregelen om idømming av fengselsstraff angis av straffeloven § 17 første ledd litra a som sier at fengselsstraff kan idømmes fra 14 dager til 15 år. Når strafferamme er angitt slik som i §§ 195 og 196 vil altså overtredelse kunne medføre fengsel fra henholdsvis 14 dager til 10 år og 14 dager til 5 år. For minstestrafen på 2 år i § 195 første ledd i.f vil straffetrusselen imidlertid være fengsel fra 2 år inntil 15 år. Vide strafferammer innebærer at domstolene tillegges en stor grad av frihet ved straffutmålingen der straffen kan tilpasses den enkelte sak. Et eksempel på dette er straffskjerpingen som forekom i rettspraksis allerede før minstestrafen i § 195 ble økt i 2000.⁴⁰

Som nevnt ovenfor vil alderen ha betydning for synet på straffverdigheten ved handlingen. At barn under 14 år har et særlig beskyttelsesbehov gjenspeiles også i de ulike strafferammene. Dette fordi strafferammene er ment å representere lovgiverens syn på alvorligheten og grovheten ved handlingene.⁴¹ Når § 195 har en høyere strafferamme enn § 196 vil dette altså forklares med bakgrunn i alderen på fornærmede. Således er aldersvilkåret og strafferammen nært knyttet sammen. I motsetning til § 195 har ikke § 196 en minstestraff for samleie. Når § 195 har dette må det kunne forklares ved at alvorligheten av handlingen i kombinasjon med fornærmedes unge alder er så straffverdigg at det må sanksjoneres svært strengt.

⁴⁰ Se blant annet Rt. 1999 side 745

⁴¹ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 24

3 Bestemmelsenes annet ledd

I § 195 annet ledd og § 196 annet ledd forhøyes strafferammen til henholdsvis 21 og 15 år ved særs alvorlige og graverende handlinger. Bestemmelsenes annet ledd inneholder til dels like vilkår men avviker på noen få sentrale punkter.

3.1 "Handlingen er begått av flere i fellesskap" – litra a

Dette alternativet ble tilføyd i forbindelse med lovrevisjonen i 2000. Bakgrunnen for tilføyelsen var synspunktet om at risikoen for skader, samt følelsen av hjelpeløshet og ydmykelse gjerne vil være større hos offeret når det er flere som handler i fellesskap.⁴² Paragraf 192 tredje ledd litra a som omhandler voldtekt inneholder det samme alternativ.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden vil "flere i fellesskap" innebære at det er flere enn én gjerningsmann. I Rt. 2002 side 1210 som omhandlet voldtekt var det to gjerningsmenn og disse ble blant annet domfelt for overtredelse av § 192 tredje ledd litra a for å ha begått voldtekten i fellesskap. Av dommen kan det altså utledes at vilkåret er oppfylt selv om det bare er to gjerningsmenn. Av hensyn til konsekvens og sammenheng i regelverket, samt at vilkåret i både §§ 192, 195 og 196 ble tilføyd ved samme lovrevisjon, vil dommen etter mitt skjønn være av betydning også når man står overfor seksuell omgang med mindreårige.

Som nevnt innledningsvis er skyldkravet etter §§ 195 og 196 forsett. For at alternativet i bestemmelsenes annet ledd litra a skal komme til anvendelse må gjerningsmennene altså være seg bevisst at de er flere som handler i fellesskap.

3.2 "Handlingen er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte" – litra b

Dette alternativet ble tilføyd ved lovendringen i 1992. Meningsinnholdet i ordet "særlig" er vanskelig å fastslå ut i fra ordlyden. Det må imidlertid kunne tolkes dit hen at man står overfor situasjoner som er mer smertefulle eller mer krenkende enn det som antas å følge av seksuell omgang etter § 195 første ledd og § 196 første ledd. Hvorvidt man står overfor et slikt tilfelle vil bero på en helhetsvurdering, men tungtveiende momenter vil være

⁴² NOU 1997: 23 avsnitt 4.5.4.2

fornærmedes alder, samt hvor lenge overgrepet har pågått og om det har blitt benyttet gjenstander.⁴³ I forarbeidene⁴⁴ til litra b er det imidlertid gitt eksempler på hva som kan omfattes. På side 35 i NOU 1991: 13 står det;

”Som eksempel kan nevnes overgrep som innebærer særlig smertefull inntrengning i skjeden eller endetarmsåpningen. Som eksempel på overgrep som er begått på en særlig krenkende måte, kan nevnes oralsexovergrep og overgrep som medfører at det skjer sædutløsning på barnets kropp. Også inntrengning i skjeden eller endetarmsåpningen med gjenstander kan oppleves som særlig krenkende”. (Min utheving)

Når det gjelder det siste eksempelet vil dette også omfattes av samleiedefinisjonen i straffeloven § 206 som sier *”Med samleie likestilles (...) innføring av gjenstand i skjede eller endetarmsåpning”*. Samleie med et barn under 14 år innebærer en minstestraf på 2 år som medfører fengselsstraff på mellom 2 og 15 år, jamfør straffeloven § 17 første ledd litra a. Når det i forarbeidene til § 195 annet ledd litra b pekes på at inntrengning med gjenstand kan henføres inn under vilkåret om *”særlig krenkende”*, kan man stille seg spørsmålet om strafferammen på 21 år kommer til anvendelse i tillegg til minstestrafen etter første ledd, slik at straffetrusselen utgjør fengsel fra 2 til 21 år. Forarbeidene benytter imidlertid ordet *”kan”*, noe som må tolkes slik at det er måten gjenstanden blir brukt på, og ikke det at en gjenstand er brukt i seg selv som er avgjørende for om forholdet også skal falle inn under virkeområdet for § 195 annet ledd litra b. Dette kan altså bety at det er de grovere tilfellene hvor gjenstand er benyttet som kvalifiserer til en strafferamme på 21 år.

Dersom man står overfor seksuell omgang, og denne har vært særlig smertefull eller særlig krenkende for fornærmede vil strafferammen økes fra 10 til 21 år, men minstestrafen vil være 14 dager som nevnt i straffeloven § 17 første ledd litra a.

Det finnes lite rettspraksis som omhandler vilkåret om *”særlig smertefull eller særlig krenkende måte”* i relasjon til §§ 195 og 196. I de avgjørelsene hvor domstolene har gått inn på vilkåret er §§ 195 og 196 ofte benyttet i konkurrans med § 192 som inneholder det samme vilkåret. Vilkaåret synes altså som oftest å være brukt i de situasjoner hvor den seksuelle

⁴³ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) side 66

⁴⁴ NOU 1991: 13 side 35

omgangen blir skaffet ved vold og trusler, altså voldtekt. Som eksempel kan nevnes Agder lagmannsretts dom 23.08.2000. I tillegg til at gjerningsmannen ble dømt for overtredelse av straffeloven § 192, ble han blant annet dømt for overtredelse av § 195 første ledd annet straffalternativ, samt bestemmelsens annet ledd, som også før omredigeringen i 2000 inneholdt vilkåret ”særlig smertefull eller særlig krenkende”. Fordi fornærmede ved flere av tilfellene hadde fylt 15 år, ble gjerningsmannen også dømt for overtredelse av § 196 første og annet ledd, som også inneholdt vilkåret før omredigeringen. Det dreide seg om til sammen åtte tilfeller av seksuell omgang, der to av dem innebar samleie. I syv av tilfellene ble vilkåret ”særlig krenkende” ansett å være oppfylt. I alle disse var det gjenstander og redskaper som ble ført inn i skjede og endetarmsåpning på graverende måter og i seks av tilfellene ble fornærmede utsatt for oralsexovergrep.⁴⁵ Dommen er altså i samsvar med det Arbeidsgruppen uttalte i NOU 1991:13 om hva som kan anses som særlig krenkende.

For anvendelse av det straffskjerpene alternativet i litra b, må gjerningsmannen ha utvist forsett ved å være klar over at handlingen begås på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte.

3.3 Paragraf 195 annet ledd litra e og § 196 annet ledd litra d

3.3.1 ”(...) som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse.”

Det er på det rene at vilkåret er oppfylt dersom fornærmede avgår ved døden som følge av handlingen. Det er hvorvidt man står overfor betydelig skade som utgjør vurderingstemaet i relasjon til dette straffalternativet.

Straffeloven § 9 inneholder en legaldefinisjon om hva som regnes som ”betydelig skade”. Det ligger i ordet betydelig at man må stå overfor en skade som er av en art og et omfang som er av omfattende karakter. Paragraf 9 nevner blant annet at en betydelig skade foreligger dersom man *”falder i livsfarlig eller langvarig Sygdom eller bliver påført alvorlig psykisk skade”*. (Min utheving) Sykdomsbegrepet er vidt og kan vanskelig la seg fastlegge gjennom en ordlydstolkning. Hva som ligger i begrepet ble imidlertid fastslått i Rt. 1971 side 1194 hvor det ble sagt at *”ordet sykdom omfatter enhver patologisk tilstand som gjør legebehandling påkrevd, - ikke bare hva man i vanlig språkbruk vil betegne som sykdommer.”*⁴⁶(Min

⁴⁵ LA-2000-340, Agder lagmannsretts dom 23.08.2000

⁴⁶ Rt. 1971 side 1194 (side 1196)

utheving). Dette innebærer altså at det må foreligge en fysiologisk skade av et visst omfang for at vilkåret skal anses oppfylt. Sykdommen må også være livsfarlig eller langvarig. At den er livsfarlig må tolkes dit hen at den pådratte skaden kan føre til dødsfall. I rettspraksis har en sykdom blitt ansett å være langvarig når den varte i fire måneder.⁴⁷

Det følger av § 9 at alvorlig psykisk skade anses som betydelig skade i straffelovens forstand. I rettspraksis synes det å være de psykiske skadene som er mest utbredt i saker som angår §§ 195 og 196. Før lovrevisjonen i 1992 stilte § 9 krav om at fornærmede som følge av skaden ble ”sindsyg”. Begrepet er snevert og omfatter kun de psykiske lidelser som er av psykotisk karakter.⁴⁸ I forarbeidene fra 1992 ble det pekt på at de fleste psykiske plagene som oppstår som følge av seksuelle overgrep ikke er av psykotisk art, men at det ofte dreier seg om andre alvorlige tilstander som langvarige depresjoner, spiseforstyrrelser, samt tvangs- og angstnevroses.⁴⁹ På bakgrunn av dette ble vilkåret endret til ”alvorlig psykisk skade” som er et videre begrep. Foruten psykoser, omfatter begrepet alle de ovennevnte, samt andre alvorlige og langvarige tilstander. Dette harmonerer altså med vilkåret i § 9 om at skaden må være alvorlig. Lettere depresjoner og angstlidelser, samt konsentrasjonsvansker er således blant de tilstander som ikke skal omfattes av begrepet.⁵⁰ Dette viser at det skal atskillig til for at den forhøyede strafferammen i §§ 195 og 196 kommer til anvendelse.

3.3.2 ”Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom (...) regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.”

Likestilt med de tilstander som etter § 9 regnes som betydelig skade, er også seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom. Både §§ 195 og 196 viser til definisjonen i smittevernloven om hva som anses som allmennfarlig smittsom sykdom. Smittevernloven § 1-3 nr. 3 beskriver denne type sykdom som ”en sykdom som er særlig smittsom, eller som kan opptre hyppig, eller har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader (...)” (Min utheving). I forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer § 1 fremgår det at en rekke kjønnssykdommer, samt hiv-infeksjon omfattes av definisjonen.⁵¹ Med tanke på de alvorlige følgene av denne typen sykdommer må altså allmennfarlig sykdom

⁴⁷ Rt. 1928 side 631 (side 633)

⁴⁸ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) side 22

⁴⁹ *ibid* side 23

⁵⁰ *ibid*

⁵¹ FOR 1995-01-01 nr. 100, Forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer

forstås som sykdommer som utgjør en særlig risiko for folkehelsen.⁵² Det er disse alvorlige følgene som også har medført at lovgiver har valgt å innføre en strafferamme på henholdsvis 15 og 21 år når seksuell omgang med mindreårige har resultert i slike sykdommer.

Det er imidlertid ikke alle kjønnssykdommer som klassifiseres som allmennfarlig sykdom. Disse sykdommene fanges opp av vilkåret ”seksuelt overførbar sykdom” i § 195 annet ledd og § 196 annet ledd. Kjønnssykdommen herpes genitalis går inn under dette vilkåret da det ikke anses å være av allmennfarlig karakter. Som eksempel på en sak hvor gjerningsmannen ble dømt etter dette vilkåret er Rt. 2000 side 1753 hvor en far hadde smittet sin 5 år gamle datter med denne sykdommen som følge av seksuell omgang med henne. Det ble påpekt i dommen at det dreide seg om en sykdom som fornærmede måtte bære med seg gjennom hele livet og som lett kunne smitte andre ved seksuell kontakt, samt at smitte kunne overføres fra mor til barn ved fødsel.⁵³ Det er altså de alvorlige følgene som at fornærmede er smittet av en kronisk kjønnssykdom som medfører at disse tilfellene rammes av en forhøyet strafferamme.

Selv om fornærmede har fått betydelig skade på legeme eller helse følger det av lovteksten at denne må ha inntruffet ”som følge” av handlingen. Etter sikker rett kreves det ikke forsett med hensyn til skadefølgen når loven benytter denne terminologien og skadefølgen medfører en forhøyet strafferamme slik som § 195 annet ledd litra e og § 196 annet ledd litra d gjør.⁵⁴ Det følger imidlertid av straffeloven § 43 at en forhøyet straff ved uforsettlig følger bare kan komme til anvendelse der gjerningsmannen ”kunde have indseet Muligheden af” at følgen kunne inntre. Det følger av ordet ”kunde” at man her står overfor en skyldvurdering. Det kreves imidlertid ikke at gjerningsmannen har utvist uaktsomhet med hensyn til skadefølgen. Etter juridisk teori er det likevel lagt til grunn at gjerningsmannen må ha utvist den laveste form for uaktsomhet - culpa levissima.⁵⁵

Av vilkåret ”som følge av” kan det utledes at det må foreligge årsakssammenheng mellom handlingene som er utført og de følger som har inntruffet for at § 43 skal komme til anvendelse. Dette innebærer at dersom den betydelige skaden ikke kan anses å følge av den seksuelle omgangen, kan den forhøyede strafferammen ikke anvendes. Dette må også kunne begrunnes ut fra rettferdighetshensyn. Det vil bære preg av vilkårlighet dersom man kan

⁵² Norsk Lovkommentar på nett, <http://abo.retsdata.no/propub/template.htm?view=main>, note 7

⁵³ Rt. 2000 side 1753 (side 1754)

⁵⁴ Johs. Andenæs, *Alminnelig Strafferett*, 5. utgave Oslo 2004, side 226

⁵⁵ *ibid*

anvende en høyere strafferamme uten å konstatere at de faktiske handlinger har vært avgjørende for den inntrufne følgen.

3.4 Ulikheter i bestemmelsenenes annet ledd

3.4.1 10-årsgrensen - § 195 annet ledd litra c

Dette alternativet er naturligvis kun inntatt i § 195 annet ledd og ikke i § 196 annet ledd. Alternativet ble tilføyd ved lovrevisjonen i 1992 fordi man ønsket å gi små barn en bedre beskyttelse mot seksuelle overgrep. Det ble av departementet pekt på at straffverdigheten ved overgrep mot mindre barn må anses å være svært klanderverdig.⁵⁶ Erkjennelsen av hvilke skadevirkninger seksuelle overgrep, og spesielt gjentatte overgrep har på små barn er hovedårsaken til at det bare er § 195 annet ledd som innehar dette alternativet. Siden bestemmelsen søker å ivareta hensynet til barn under 14 år, kan man imidlertid spørre seg hvorvidt skadevirkningene vil være større ved gjentatte overgrep mot en 9-åring enn mot en 11-åring. Man vil uansett i § 195-tilfeller, stå overfor situasjoner der fornærmede er svært ung. Dette ble også kommentert i forarbeidene til alternativet. Det ble pekt på at det ikke nødvendigvis er slik at et overgrep er mer straffverdig når fornærmede er under 10 år, men at grensen ble trukket på denne måten fordi fornærmede i mange av de mest graverende tilfellene er under 10 år når de seksuelle overgrepene finner sted.⁵⁷

Skal den øvre strafferammen på 21 år anvendes må fornærmede være under 10 år og det må ha skjedd gjentatte overgrep. Dette er kumulative vilkår, jamfør ordet ”og”. Ut fra en tolkning av ordlyden kan det virke som om den fornærmede må være under 10 år når alle overgrepene finner sted. Det er imidlertid sikker rett at dersom det har skjedd flere overgrep, er det tilstrekkelig at bare ett av overgrepene har skjedd mens fornærmede var under 10 år.⁵⁸ Dette må antas å være begrunnet i det straffverdige ved å i det hele tatt ha seksuell omgang med så små barn. I tillegg har forskning vist at dersom barna er svært små når overgrepene starter vil skadevirkningene ofte være av betydelig størrelse, spesielt når overgrepene omfatter samleie.⁵⁹ At det er nok at ett overgrep har blitt foretatt før fornærmede fylte 10 år ble lagt til grunn i Rt. 2001 side 98. Under behandlingen i lagmannsretten hadde ett av tilleggsspørsmålene til lagretten vært om gjerningsmannen hadde foretatt gjentatte overgrep før

⁵⁶ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) side 34

⁵⁷ *ibid*

⁵⁸ *ibid* side 66

⁵⁹ NOU 1991: 13 Vedlegg 2, Sakkyndige utredninger om skadevirkningene av seksuelle overgrep mot barn m.m, avsnitt 2 nr. 2

fornærmede fylte 10 år. Lagretten svarte nei på spørsmålet, men mente at det hadde skjedd ett overgrep før fylte 10 år. Høyesterett viste til forarbeidene hva angår meningsinnholdet i litra c og mente at spørsmålet var blitt utformet feil.⁶⁰

At man står overfor gjentatte overgrep betyr at man står overfor ”*flere faktiske overgrepssituasjoner (...)*”⁶¹ (Min utheving). Dette innebærer at det er hvorvidt man står overfor flere enkeltstående tilfeller som er av betydning. Det fremgår av motivene at det ikke spiller noen rolle i denne sammenheng om alle tilfellene til sammen utgjør en fortsatt forbrytelse. Det går ikke tydelig frem av loven om vilkåret knytter seg til en eller flere ulike gjerningsmenn. Vilkåret er imidlertid begrunnet i den økte straffverdigheten ved at en og samme person forgriper seg flere ganger.⁶² Dersom man står overfor flere overgrepere som opererer uavhengig av hverandre kommer derfor ikke vilkåret til anvendelse, så fremt ikke gjerningsinnholdet i litra c er oppfylt for hver enkelt av dem.

3.4.2 Gjentakelsestilfelle – § 195 annet ledd litra d og § 196 annet ledd litra c

Begge bestemmelsene innebærer straffskjerpning når gjerningsmannen tidligere har vært straffet etter samme paragraf eller etter § 192. Slik straffskjerpning krever imidlertid at vilkårene for gjentakelsesstraff etter straffeloven § 61 er oppfylt. Dette innebærer blant annet at domfelte må ha vært 18 år da den tidligere forbrytelsen fant sted, at hele eller deler av straffen for den tidligere handlingen må være fullbyrdet, samt at det ikke kan ha gått mer enn 6 år siden straffen for den tidligere handlingen ble fullbyrdet, jamfør § 61 annet ledd.

Bakgrunnen for den forhøyede strafferammen i slike tilfeller er at det har vist seg at seksuell omgang med barn er en forbrytelse som ofte er gjenstand for gjentakelse. I tillegg anses det særdeles straffskjerpene når gjerningsmannen tidligere er domfelt for grove seksuelle overgrep.⁶³ Dette kan også anses å være årsaken til at gjentakelsesstraff ikke bare blir pådømt på grunn av tidligere overtredelser av det samme straffebedet, men også dersom gjerningsmannen tidligere har vært dømt etter voldtektsbestemmelsen i § 192, jamfør § 195 annet ledd litra d og § 196 annet ledd litra c.

⁶⁰ Rt. 2001 side 98 (side 100-101)

⁶¹ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) side 66

⁶² *ibid*

⁶³ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 15

Den eneste ulikheten mellom § 195 annet ledd og § 196 annet ledd hva angår dette gjentakelsesvilkåret er at § 196 annet ledd litra c ikke bare viser til § 192, men også til § 195. Paragraf 195 viser imidlertid kun til § 192. Jeg kan ikke finne noe i motivene til § 196 om årsaken til at overtredelse av § 196 kvalifiserer til gjentakelsesstraff dersom gjerningsmannen tidligere har overtrådt § 195. Straffverdigheten ved seksuell omgang med barn under 14 år er imidlertid større enn når barnet er mellom 14 og 16 år. Dette kan anses å være hovedårsaken til at § 196 viser til § 195 og ikke omvendt. Når en person tidligere er domfelt for seksuell omgang med barn under 14 år kan dette peke i retning av at man her står overfor en person med tilbøyelighet til å på nytt begå seksuelle krenkelser overfor barn. Gjentakelsesfaren kan altså anses større i slike tilfeller enn når det gjelder en tidligere domfellelse for seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. Dersom en person begår en forbrytelse som nevnt i § 196 kan omstendigheter som for eksempel kjærlighetsforhold mellom fornærmede og gjerningsmann bidra til at overtredelsen ikke anses like straffverdig. Slike tilfeller vil sjelden bære preg av grove seksuelle overgrep. Dette medfører, etter min mening at hensynet bak gjentakelsesvilkåret i noe grad svekkes. Dersom man står overfor en person som er tilbøyelig til å gjenta seksuell omgang med mindreårige, vil også individualpreventive hensyn bidra til å forklare hvorfor tidligere overtredelser av § 195 kvalifiserer til gjentakelsesstraff ved brudd på § 196.

3.4.3 Strafferammen

Som nevnt i punkt 2.2.2 kan strafferammene forklares ut fra alderen på fornærmede. At det er mer straffverdig å ha seksuell omgang med noen under 14 år enn med noen mellom 14 og 16 år kommer altså til uttrykk gjennom ulikhetene i strafferammene. Når den økte strafferammen på henholdsvis 15 og 21 år kommer til anvendelse dreier det seg alltid om svært alvorlige forhold. En kan derfor stille spørsmål ved hensiktsmessigheten av å differensiere strafferammen etter fornærmedes alder. Det er vanskelig å se at straffverdigheten ved alvorlige seksuelle overgrep er forskjellig etter som fornærmede er over eller under 14 år. Dette gjør seg imidlertid mest gjeldende der barnet nærmer seg grensen på 14 år. Det må kunne påstås at straffverdigheten må anses betydelig større dersom de straffskjerpene handlingene for eksempel er begått overfor en 6-åring.⁶⁴ Rettstekniske hensyn tilsier imidlertid at en grense må settes, og da har lovgiver etter min mening trukket grensen på en hensiktsmessig måte.

⁶⁴ Se flertallets uttalelser i NOU 1997: 23 avsnitt 4.5.4.2

4 Bestemmelsenes tredje ledd

Ved overtredelse av både §§ 195 og 196 kreves det at gjerningsmannen har handlet forsettlig. Dette følger av straffeloven § 40 første ledd. Som nevnt innledningsvis vil dette innebære at vedkommende må være klar over at han har seksuell omgang med fornærmede. Det tilhører imidlertid sjeldenhetene at gjerningsmannen ikke er klar over dette. Undertiden vil gjerningsmannen hevde at straffeloven §§ 44 eller 45 kommer til anvendelse. Mens § 44 blant annet innebærer straffritak på grunn av bevisstløshet, omhandler § 45 bevisstløshet som følge av selvforskyldt rus. Påberopelse av sistnevnte bestemmelse vil ikke ha betydning, da loven fingerer forsett i slike tilfeller. Paragraf 44 vil innebære frifinnelse dersom tiltaltes påstand underbygges bevismessig. Jeg er imidlertid av den oppfatning at dette er lite praktisk.

Etter norsk rett må forsettet dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i et straffebud. Dette kalles dekningsprinsippet.⁶⁵ Både §§ 195 og 196 inneholder unntak fra dette prinsippet. Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld etter begge bestemmelsenes tredje ledd. Bestemmelsene er imidlertid ulike på et sentralt punkt. Mens § 195 inneholder et objektivt straffbarhetsvilkår, innebærer § 196 frifinnelse dersom tiltalte ikke er noe å bebreide. Dette går frem av bestemmelsenes ordlyd. Paragraf 196 tredje ledd sier at "*Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte*". Paragraf 195 tredje ledd derimot lyder: "*Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld*".

Villfarelsen gjelder de aldersgrensene som betinger straffbarheten i begge bestemmelsene. I tillegg omfattes 10-årsgrensen som forhøyer strafferammen i § 195 annet ledd litra c.

Bestemmelsene innebærer at flere hensyn settes opp mot hverandre. Sentrale hensyn som gjør seg gjeldende er effektivitetshensyn på den ene side og hensynet til å hindre uriktige domfellelser på den annen.

4.1 Villfarelse om fornærmedes alder i § 196 tredje ledd

Selv om § 196 tredje ledd ikke inneholder et objektivt straffbarhetsvilkår, er hovedregelen også her at de tanker gjerningsmannen har hatt om fornærmedes alder er uten betydning for straffbarheten. Gjerningsmannen vil bare være straffri dersom han ikke har handlet uaktsomt.

⁶⁵ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, side 221

Aktsomhetsnormen er imidlertid meget streng. Dette følger av ordlyden ”med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte”. I bestemmelsens forarbeider ble det uttalt;

”... Det er således en meget streng bedømmelse som domstolene skal legge til grunn i denne henseende. Kan man på noen måte si at gjerningsmannen har handlet uaktsomt, vil han måtte straffeltes. Det må foreligge meget tungtveiende grunner, om gjerningsmannen skal frifinnes i henhold til den foreslåtte lovregel, som må oppfattes som en unntaksbestemmelse. Den vil ikke kunne anvendes hvis gjerningsmannen har satt seg utover mulig tvil om hvor gammel den annen er (han har for eksempel slått seg til ro med en annens uttalelse om alderen)”⁶⁶
(Min utheving).

Det er få saker som omhandler § 196 tredje ledd som har vært oppe for Høyesterett. I majoriteten av saker som har vært oppe for lagmannsrettene har tiltalte ikke blitt straffri. I Rt. 1970 side 784 ble imidlertid en tidligere ustraffet lærer frifunnet for å ha hatt samleie med en jente på 15 år og 6 måneder som han hadde truffet i et bryllup. Retten fant at jenta framsto som særdeles voksen og velutviklet i forhold til sin alder.⁶⁷ At den eneste dommen som foreligger om straffritak etter § 196 tredje ledd er tilnærmet 40 år gammel viser at aktsomhetskravet har blitt praktisert svært strengt.

Det går frem av både forarbeidene og rettspraksis at aktsomhetsnormen skal praktiseres meget strengt. Straffebudet beskytter altså ikke den som har handlet uaktsomt. Etter min mening vil dette i noen henseender medføre domfellelser som føles urettferdig, spesielt i tilfeller der gjerningsmannen ved spørsmål og på andre måter har forsøkt å få klarhet i fornærmedes alder. Mindreåriges vern mot seksuelle krenkelser er imidlertid et tungtveiende hensyn og utgjør således en plausibel årsak til den strenge aktsomhetsnormen. Samtidig som bestemmelsen ivaretar rettshåndhevingsaspektet, vil aktsomhetsnormen uansett fange opp de personer som ikke har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder, noe som vil hindre feilaktige domfellelser. I følge forarbeidene vil uriktige vurderinger av fornærmedes alder som oftest gjøre seg gjeldende der den mindreårige nærmer seg den seksuelle lavalder. Når fornærmede er under 14 år vil ikke dette i like stor grad være aktuelt.⁶⁸

⁶⁶ Straffelovrådets innstilling 17. mars 1960 side 25

⁶⁷ Rt. 1970 side 784 (side 784)

⁶⁸ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 53

4.2 Det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd

Etter ordlyden er det på det rene at hvilke tanker gjerningsmannen har hatt om fornærmedes alder er helt uten betydning for straffbarheten. Således vil enhver seksuell omgang med et barn under 14 år innebære domfellelse. Bestemmelsen innebærer på grunn av dette et sterkt vern om barns rettsstilling hva gjelder seksuelle krenkelses. Samtidig representerer paragrafen et markant brudd med norsk retts krav om subjektiv skyld for ileggelse av straff. Ved lovrevisjonen i 1963 ønsket man å fjerne det objektive straffbarhetsvilkåret. Det ble vist til urimeligheten ved at domstolene ikke kan avsi frifinnelsesdom i situasjoner der gjerningsmannen har opptrådt aktsomt.⁶⁹ Det er på det rene at i slike tilfeller vil en domfellelse representere en urimelig hard påkjenning for gjerningsmannen. Etter min mening vil domfellelse i slike situasjoner også stride mot allmennhetens oppfatning av at rettssystemet skal ivareta rettferdighetshensyn.

Et objektive straffbarhetsvilkår innebærer at bestemmelsen er enkel å håndheve. Som Andenæs påpeker vil påstander om villfarelse med hensyn til alderen være vanskelig å motbevise, og ved å kreve forsett for domfellelse ville dette ha medført mange uriktige frifinnelser.⁷⁰ Selv om § 195 tredje ledd kan synes meget streng, vil den muligens rent praktisk ikke være nevneverdig ulik § 196 tredje ledd. Selv om gjerningsmannen ikke er klar over at barnet er under 14 år vil han likevel forstå at vedkommende er svært ung. Dette representerer en oppfordring om å foreta undersøkelser vedrørende barnets alder. Således vil man kunne si at gjerningsmannen, til tross for at han ikke visste, burde ha visst at vedkommende var under 14 år. Andenæs sier at i de fleste slike tilfeller vil altså § 195 tredje ledd ramme de samme situasjoner som uaktsomhetsregelen i § 196 tredje ledd.⁷¹ Dette innebærer en svekkelse av argumentet om at vilkåret medfører urimelige domfellelser. Sammenholdt med straffverdividigheten ved å ha seksuell omgang med barn under 14 år, vil dette medføre at hensynet til barns rettsstilling har avgjørende betydning ved forklaringen bak det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd.

De siste årene har det objektive straffbarhetsvilkåret blitt satt på prøve i forbindelse med saker som har vært oppe for domstolene. Dette har i første rekke vært knyttet til Norges forpliktelser etter EMK og dennes artikkel 6 nr. 2 som omhandler uskyldspresumsjonen.

⁶⁹ Straffelovrådets innstilling, side 25

⁷⁰ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 116

⁷¹ *ibid*

4.3 Menneskerettskonvensjonens betydning i norsk rett

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp, noe som innebærer at norsk rett og folkerett anses som to atskilte rettsystemer. For at folkeretten skal bli en del av norsk rett må det foretas en særskilt gjennomføringsakt. Dette kan blant annet gjøres gjennom å utarbeide en norsk lovregel som uttrykkelig henviser til den folkerettslige regel - inkorporasjon.⁷² Norge inkorporerte EMK ved lov 21. mai 1999 nr. 30. Dette har medført at Norge har en folkerettslig forpliktelse til å overholde bestemmelsene i konvensjonen og at konvensjonens bestemmelser skal tillegges betydelig vekt ved praktiseringen av norske rettsregler.

EMDs avgjørelser er av stor betydning ved fastleggelsen av innholdet i EMKs bestemmelser. En del av den folkerettslige forpliktelsen består derfor i å sørge for at norsk rett samsvarer med det meningsinnhold som EMD har tillagt de enkelte rettighetene.⁷³

4.3.1 Uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2

En sentral rettssikkerhetsgaranti i norsk rett er at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Prinsippet har lange tradisjoner i den vestlige del av verden og kommer blant annet til uttrykk i EMK artikkel 6 nr. 2 om at *"Enhver som blir siktet for en straffbar handling skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven"*. Prinsippet kan anses som et utslag av kravet til "fair trial" i artikkel 6 nr. 1 og stiller prosessuelle krav til bevisbedømmelsen i straffesaker. En viktig side av prinsippet er at det er påtalemyndigheten som har bevisføringsplikten ved at det er den som skal skaffe til veie det grunnlaget som retten bygger sin avgjørelse på. Påtalemyndigheten har også bevisbyrden i straffesaker. Dette innebærer at det må foreligge bevis av en viss styrke for å gi tilstrekkelig grunnlag for domfellelse.⁷⁴ I tillegg betyr det at enhver tvil skal komme tiltalte til gode.

Hovedbegrunnelsen for prinsippet er å hindre at uskyldige personer blir straffet, samt hindre forhåndsdomming.⁷⁵ Det stilles krav om at det skal tas utgangspunkt i prinsippet i forbindelse med vurdering av straffeskyld, men prinsippet representerer ingen garanti mot uriktige

⁷² Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002, side 172

⁷³ Sverre E. Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004, side 66

⁷⁴ *ibid* side 440

⁷⁵ *ibid* side 435-436

domfellelser. Uskyldspresumsjonen er ikke bare et rettspolitisk prinsipp, men innebærer en rettslig forpliktelse til å ta hensyn til det ved avgjørelse av straffesaker.⁷⁶

Det følger av ordene ”inntil skyld er bevist” at det stilles krav om at det må foreligge subjektiv skyld hos gjerningsmannen for at han skal kunne straffes. Allerede på dette punktet vil det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd synes å stride mot uskyldspresumsjonen. EMD har imidlertid i noen avgjørelser diskutert hvorvidt det skal aksepteres nasjonale lovregler som statuerer omvendt bevisbyrde eller objektivt ansvar. I EMDs dom 7. oktober 1988 *Salabiaku mot Frankrike* hadde klageren tatt med seg en koffert til en flyplass. Denne viste seg å inneholde cannabis og klageren hadde blitt dømt til to års fengsel for smugling. Fransk tollovgivning inneholdt en legalpresumsjon om at besitteren måtte anses skyldig i smugling så fremt han ikke beviste sin uskyld.⁷⁷ EMD uttalte;

*“Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law (...) Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence”.*⁷⁸ (Min utheving)

Det går frem av dommen at EMK ikke inneholder et forbud mot legalpresumsjoner, men at uskyldspresumsjonen krever at konvensjonsstatene må holde seg innenfor rimelighetens grenser der det tas hensyn til de involvertes interesser og tiltaltes rett til et effektivt forsvar. Så fremt statene holder seg innenfor visse grenser vil altså ikke slike presumsjoner være i strid med EMK artikkel 6 nr. 2.

EMDs dom 23. juli 2002 *Janosevic mot Sverige* omhandlet ileggelse av tilleggsskatt som var å anse som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1. Tilleggsskatten var imidlertid ilagt på grunnlag av regler som ikke stilte krav om forsett eller uaktsomhet. Saken omhandlet altså objektivt

⁷⁶ *ibid* side 436

⁷⁷ Møse, side 370

⁷⁸ EMD-1983-10519 avsnitt 28

straffansvar. Det ble i saken vist til uttalelsene nevnt ovenfor fra Salabiaku-dommen og deretter sagt at;

*“Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved”.*⁷⁹ (Min utheving)

Det ble altså fremhevet at det må foretas en forholdsmessig interesseavveining mellom hensynet til den tiltaltes mulighet til å forsvare seg og samfunnsmessige hensyn. Her var det effektive skatteregler som måtte veies mot tiltaltes mulighet for forsvar. Domstolen i Strasbourg fant at klageren hadde hatt en reell mulighet til å bevise sin uskyld gjennom å vise til unnskyldelige omstendigheter.⁸⁰

Dommene viser at uskyldspresumsjonen ikke innebærer noe forbud mot objektivt straffansvar eller omvendt bevisbyrde. Dette representerer imidlertid et markant brudd med de beviskrav som EMK artikkel 6 nr. 2 i utgangspunktet oppstiller. Spesielt når det gjelder bevisbyrden og at enhver tvil skal komme tiltalte til gode. Når tiltalte selv må føre bevis for sin uskyld kan det synes som om den rettsikkerhetsgaranti som uskyldspresumsjonen skal representere er blitt betydelig svekket. Således vil dette etter min mening bryte med rettferdighetshensyn. EMDs avgjørelser peker imidlertid på at også andre interesser og hensyn kan være viktig å vektlegge. Dette innebærer altså ikke en automatisk svekkelse av tiltaltes stilling. Ved å veie de ulike interesser opp mot hverandre vil dette medføre at rettferdighetshensynet ivaretas.

Etter dette blir spørsmålet hva slags betydning EMDs avgjørelser har for det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195 tredje ledd. Mindreåriges beskyttelsesbehov er et tungtveiende hensyn som må veies opp mot hva som står på spill for tiltalte. Slik jeg ser det vil muligheten til et effektivt forsvar være svært liten, om enn ikke-eksisterende sett hen til ordlyden i § 195 tredje ledd. Om det objektive straffbarhetsvilkåret er forenlig med EMK artikkel 6 nr. 2 har vært oppe i Høyesterett ved to anledninger.

⁷⁹ EMD-1997-34619 avsnitt 101

⁸⁰ Jebens, side 451

4.3.2 Rt. 2004 side 1275

Rt. 2004 side 1275 dreide seg i hovedsak om § 195 fjerde ledd, og hvorvidt det forelå jevnbyrdighet i alder og utvikling mellom en mann på 21 år og en jente på 13 år og 7 måneder. I tillegg til å ta stilling til dette uttalte Høyesterett seg om forholdet mellom § 195 tredje ledd og uskyldspresumsjonen. Høyesterett mente at det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd kunne reise problemer i forhold til uskyldspresumsjonen. Høyesterett viste til Salabiaku- og Janosevic-dommen og den proporsjonalitetsvurdering som må foretas. Det ble vist til at overtredelse av § 195 medfører strenge sanksjoner, særlig når den seksuelle omgangen var samleie, men at mindreåriges beskyttelsesbehov er et hensyn med betydelig tyngde. Det ble fremholdt at forholdet mellom § 195 tredje ledd og EMK artikkel 6 nr. 2 ville komme på spissen dersom tiltalte ikke får tillatelse til å føre bevis for aktsom god tro eller dersom domfellelse skjer til tross for at aktsomhet er funnet bevist. Endelig ble det uttalt at forholdet til EMK neppe ville være problematisk dersom § 195 tredje ledd hadde inneholdt en tilsvarende reservasjon som § 196 tredje ledd.⁸¹

Dommen viser at Høyesterett ser at forholdet mellom det objektive straffbarhetsvilkåret og uskyldspresumsjonen kan reise problemer i noen henseender, uten at det tas direkte stilling til spørsmålet. Spørsmålet får imidlertid en endelig avklaring i Rt. 2005 side 833.

4.3.3 Rt. 2005 side 833

Saken gjaldt spørsmålet om straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse ikke fritar for straff ved seksuell omgang med barn under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Siden saken innebar en mulighet for at § 195 tredje ledd skulle fravikes med bakgrunn i uskyldspresumsjonen, ble det bestemt at saken skulle avgjøres av en samlet Høyesterett. Saken er således en plenumsavgjørelse.

En 20 år gammel mann ble i tingretten dømt for overtredelse av § 195 første ledd annet straffalternativ for å ha hatt samleie med en jente på 13 år og 3 måneder. Han hadde før samleiet fant sted spurt jenta hvor gammel hun var, og hadde fått til svar at hun snart fylte 16 år. Dagen etter fikk han imidlertid opplyst at hun var under 14 år. Domfellelse skjedde med bakgrunn i det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd. Ved anke til lagmannsretten ble tingrettens dom opphevet. Det ble vist til Rt. 2004 side 1275 og de uttalelser som der ble

⁸¹ Rt. 2004 side 1275 (avsnitt 24)

gjort vedrørende forholdet til uskyldspresumsjonen. Det ble ansett å være en saksbehandlingsfeil at tingretten ikke hadde vurdert om tiltalte hadde vært i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder.⁸²

Førstvoterende viser til uttalelsene i Salabiaku-dommen om at bruken av objektive straffbarhetsvilkår ikke anses å være konvensjonsstridig, men at slike vilkår må benyttes innenfor rimelige grenser. Videre fremholder førstvoterende at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. Dette er i tråd med det som ble uttalt i Janosevic-dommen ovenfor. På den ene side pekes det på at § 195 tredje ledd er en bestemmelse som gir uttrykk for et klart rettspolitisk standpunkt hva angår beskyttelse av barn under 14 år. På den annen side fremheves det at villfarelsesregelen i § 195 tredje ledd ikke tar hensyn til tiltaltes subjektive forhold ved avgjørelsen av straffeskyld, og at dette fjerner tiltaltes mulighet for forsvar.⁸³ Det fremholdes at det er av stor betydning at man her står overfor en overtredelse som kvalifiserer til en minstestraft på 2 år, og at dette således omhandler et alvorligere forhold enn det som var tilfelle i EMD-dommene. På bakgrunn av at subjektiv skyld er et sentralt straffbarhetsvilkår i norsk rett, og at det her dreide seg om risiko for streng fengselsstraff kom førstvoterende til at den sentrale rettssikkerhetsgarantien som ligger i uskyldspresumsjonen måtte være avgjørende. På dette grunnlag konkluderte førstvoterende med at det i § 195 tredje ledd må åpnes for en aktsomhetsvurdering, og at det derfor må innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd om at ingen uaktsomhet må foreligge i så måte.⁸⁴

Høyesterett var enstemmig hva angikk innfortolkningen av en aktsomhetsnorm i § 195 tredje ledd, men et mindretall på 2 dommere bygde sin avgjørelse på et annet grunnlag. Mindretallet viste til forarbeidene og syntes det virket som om § 195 tredje ledd var bygget på en presumsjon om at gjerningsmannen alltid var å bebreide med hensyn til fornærmedes alder. Når et objektivt straffbarhetsvilkår var forankret i en presumsjon om subjektiv skyld, mente mindretallet at dette ville stride mot uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.⁸⁵

Dommen viser at flertallet tar utgangspunkt i de retningslinjer som EMD har trukket opp gjennom blant annet Salabiaku- og Janosevic-dommen. Det synes imidlertid å være

⁸² Rt. 2005 side 833 (avsnitt 3 og 6)

⁸³ *ibid* (avsnitt 82 og 85)

⁸⁴ *ibid* (avsnitt 86-88)

⁸⁵ *ibid* (avsnitt 115-116)

utslagsgivende i førstvoterendes vurdering hva slags saksforhold man sto overfor, samt sanksjonens karakter. Frihetsberøvelse i form av fengselsstraff må anses å være en større inngripen enn idømmelse av tilleggsstraff. At handlingen også medfører at minstestrafpen på 2 år kommer til anvendelse, anser jeg å være et særdeles viktig aspekt. Når det er sagt ble legalpresumsjonen i Salabiaku ikke ansett å være til hinder for idømmelse av to års fengselsstraff. I denne dommen hadde imidlertid klageren mulighet til å føre bevis for sin uskyld. Dette er etter ordlyden i § 195 tredje ledd ikke mulig, og representerer således en fundamental forskjell mellom forholdet i Salabiaku og den norske saken. Ordlyden vil altså ikke være i samsvar med EMK på dette punkt, da det ble fremhevet i EMD at tiltalte må ha en reell mulighet til å ivareta sitt forsvar.

Selv om tilleggsstraff etter EMK ble kvalifisert som straff etter artikkel 6 nr. 1, vil det etter min mening være en vesensforskjell mellom dette og anvendelsesområdet for straffeloven § 195. Som førstvoterende påpeker står uskyldpresumsjonen som en sentral rettssikkerhetsgaranti på strafferettens område. Dersom denne garantien svekkes i straffesaker vil dette også etter min mening kunne medføre større grad av vilkårlighet og urettferdighet i straffeprosessen. Dette vil videre kunne stride mot kravet til "fair trial" i EMK artikkel 6 nr. 1. Sett hen til hvilke straffesanksjoner tiltalte risikerer i § 195-saker vil altså uskyldpresumsjonen ha større betydning på dette området enn når det dreier seg om tilleggsstraff.

Som konkludert av førstvoterende, må det i § 195 tredje ledd innfortolkes en tilsvarende reservasjon hva angår aktsomhet som det § 196 tredje ledd inneholder. Dette er ikke i samsvar med lovgivers standpunkt. Hovedbegrunnelsen for opprettholdelsen av et objektivt straffbarhetsvilkår var mindreåriges beskyttelsesbehov. Når det nå må foretas en aktsomhetsvurdering også i forhold til § 195 tredje ledd, vil dette kunne trekke i retning av at beskyttelsen av mindreårige har blitt svekket. Som nevnt skal imidlertid aktsomhetsnormen i § 196 tredje ledd praktiseres svært strengt. Det stilles krav om at gjerningsmannen må redegjøre for konkrete omstendigheter som kan vise at han har vært tilstrekkelig aktsom med hensyn til fornærmedes alder. Aktor i saken, Hans-Petter Jahre sa imidlertid i etterkant av dommen at;

"offerets rettsvern nok vil bli svekket fordi dette åpner for bevisførsel under skyldspørsmålet om hva tiltalte forstod eller burde ha forstått med hensyn til offerets alder. Jeg er dessuten redd for at barn under 14 år vil få langt mer

nærgående spørsmål i dommeravhør enn det som har vært vanlig".⁸⁶ (Min utheving)

Sistnevnte moment har også blitt fremhevet i forarbeidene til § 195. Dersom fornærmedes modenhet og utseende blir gjenstand for vurdering i retten, hevdes det at dette vil medføre at færre velger å anmelde det de har vært utsatt for.⁸⁷ Ved å se hen til den påkjennning det innebærer å bli straffedømt for handlinger en ikke har utvist skyld i forhold til, vil imidlertid utfallet av Rt. 2005 side 833, etter min mening bidra til å ivareta rettssikkerheten i det norske rettssystemet. Hensynet til tiltalte er derfor etter min mening et plausibelt argument for å vurdere tiltaltes aktsomhet i relasjon til fornærmedes alder.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 side 833 har betydelig rettskildemessig vekt. Grunnen til dette er for det første at avgjørelsen er avgjort av Høyesterett i plenum. At dommen har et mindretall på 2 dommere vil etter min mening ikke svekke den rettskildemessige betydningen i stor grad, da også mindretallet kom til samme resultat som flertallet. Selv om mindretallet bygget sin avgjørelse på et annet grunnlag var også det av den oppfatning at § 195 tredje ledd etter sin ordlyd strider mot uskyldspresumsjonen. Et annet moment som styrker domsvekten er at dommen inneholder prinsipielle betraktninger vedrørende meningsinnholdet i § 195 tredje ledd. Førstvoterende sier klart at § 195 tredje ledd ikke kan benyttes etter sin ordlyd, og at det må innfortolkes en aktsomhetsnorm. Førstvoterendes uttalelser bærer altså ikke preg av forbeholdenhet. Videre bryter dommen med et klart rettspolitisk standpunkt som har vært gjenstand for diskusjon ved en rekke anledninger, men fortsatt er opprettholdt. Når dommen representerer et fundamentalt brudd med en klar lovgivervilje, ivaretar den imidlertid Norges forpliktelser overfor EMK, noe som etter min mening bidrar til å styrke domsvekten. Etter min oppfatning vil det at den samme problemstilling ble bemerket i Rt. 2004 side 1275 trekke i samme retning. Dommen er likevel bare litt over to år gammel, og det kan derfor stilles spørsmål ved om dommen gir uttrykk for en endret rettstilstand. Med tanke på at norsk rett skal være i samsvar med innholdet i EMK vil dette måtte besvares bekreftende. Dommen har også blitt vist til i underrettsavgjørelser avsagt i etterkant av dommen, deriblant Borgarting lagmannsretts kjennelse 01.12.2005⁸⁸ og Nord-Østerdal tingretts dom av 21.03.2006.⁸⁹

⁸⁶ Aftenposten 26. juni 2005

⁸⁷ NOU 1997: 23 avsnitt 4.5.4.3

⁸⁸ LB-2005-84798

⁸⁹ TNOST-2006-17352

5 Bestemmelsenes fjerde ledd

Etter både § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd kan straff falle bort dersom fornærmede og gjerningsmann er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Alternativet ble tilføyd ved lovendringen i 1963. Bestemmelsen er begrunnet i at partenes alder har betydning ved vurderingen av handlingenes grovhet.⁹⁰ Bestemmelsen kommer kun til anvendelse i de tilfeller hvor den seksuelle omgangen var frivillig. Således vil ikke dette alternativet kunne anvendes i de tilfeller der §§ 195 og 196 benyttes i konkurrans med de øvrige bestemmelsene i straffeloven kapittel 19. Siden alternativet omhandler de situasjoner hvor den mindreårige har samtykket til den seksuelle omgangen må det i vurderingen foretas en avveining mellom mindreåriges vern mot seksuell utnyttelse og ungdoms behov for seksuell utforskning. På grunn av det sistnevnte hensyn vil en domfellelse i mange tilfeller virke urimelig og således kunne stride mot den alminnelige rettsoppfatning.⁹¹

5.1 ”Omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling”

For at straff skal kunne falle bort må partene være omtrent jevnbyrdige både i alder og utvikling. Man står altså overfor kumulative vilkår, og begge må være oppfylt. Partene må være ”omtrent” jevnbyrdige. Ordlyden tilsier at det kun er relativt små forskjeller i alder og utvikling som kan tolereres og at bestemmelsen ikke skal omfatte tilfeller der det dreier seg om betydelige forskjeller. Dette går også frem av forarbeidene til lovendringen i 1963.⁹²

I forarbeidene blir det sagt at jevnbyrdighet i utvikling krever at partene er tilnærmet likt utviklet både psykisk og fysisk.⁹³ Dette har også blitt lagt til grunn i rettspraksis. Hvorvidt det foreligger jevnbyrdighet i utvikling beror på en helhetsvurdering. I Rt. 2003 side 442 ble det pekt på at begge parter var normalt fysisk utviklet men at de på det mentale plan lå bak sine jevnaldrende. I tillegg ble det nevnt at de begge tilhørte samme ungdomsmiljø og vennekrets.⁹⁴ I flere dommer har vilkåret vært oppfylt fordi den fornærmede har blitt ansett å ha kommet betydelig lenger i utviklingen enn alderen skulle tilsi.⁹⁵

⁹⁰ Norsk Lovkommentar på nett, <http://abo.retsdata.no/propub/template.htm?view=main>, note 1568

⁹¹ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 57

⁹² Se Høyesteretts uttalelse i Rt. 1977 side 895 (side 897)

⁹³ Straffelovrådets innstilling 17. mars 1960 side 32

⁹⁴ Rt. 2003 side 442 (avsnitt 12)

⁹⁵ Se blant annet Rt. 1994 side 1000 (side 1001)

Ut fra rettspraksis later det til at utviklingsvilkåret som regel er uomtvistet. Det synes som om det er aldersvilkåret som er gjenstand for diskusjon når saker fremmes for Høyesterett. Hva som ligger i vilkåret om jevnbyrdighet i alder er vanskelig å anslå ut fra en ordlydstolkning, men temaet har vært oppe i Høyesterett ved flere anledninger. Det er tydelig at hvilken aldersforskjell som skal godtas beror på en helhetsvurdering. I Rt. 2003 side 442 ble 2 år og 10 måneder omfattet av § 195 fjerde ledd, mens det i Rt. 2004 side 1275 ble uttalt at 7 år var langt over det som kan godtas. Derimot har en aldersforskjell på omtrent 4 år blitt godtatt i flere saker, deriblant Rt. 1994 side 1000 hvor fornærmede var 14 år og 3 måneder og aldersforskjellen utgjorde 3 år og 11 måneder. Høyesterett uttalte også i denne dommen at hvor *”fornærmede er kommet betydelig lenger i sin utvikling enn hva som kan sies å ligge innenfor et normalt variasjonsområde, er det grunn til å legge noe mindre vekt på forskjell i alder”*.⁹⁶ Dette betyr altså at det må ses hen til partenes utvikling ved vurderingen av hvor stor aldersforskjell som kan godtas. Dersom fornærmede ligger foran sine jevnaldrende hva angår utvikling og den annen part anses å ligge litt bak, vil dette altså kunne være av stor betydning i tilfeller hvor det foreligger en noe større aldersforskjell. Dette var også tilfelle i dommen nevnt ovenfor.⁹⁷

Det ble imidlertid i Rt. 2004 side 1275 påpekt at det ikke bare er aldersforskjellen og partenes utvikling som er av betydning, men også hvilket alderstrinn partene befinner seg på.⁹⁸ Dette har også blitt lagt til grunn i tidligere praksis. Slik jeg forstår denne uttalelsen vil dette altså innebære at det særlig er den mindreåriges alder som er av betydning. Jo yngre den mindreårige er, desto mer vil hensynet til mindreåriges vern mot seksuell utnyttelse tale mot straffritak. I Rt. 2003 side 442 ble det imidlertid sagt at det på hvert alderstrinn foreligger en absolutt grense for hva som kan godtas hva angår aldersvilkåret, men at det nok må tolereres større aldersforskjell når den mindreårige er over 14 år enn når vedkommende er under 14 år.⁹⁹ Dette fremholdes også i forarbeidene fra 2000.¹⁰⁰ Dette innebærer at det vil godtas større forskjeller i alder i relasjon til § 196 fjerde ledd enn ved tilfeller som omfattes av § 195 fjerde ledd. Hensynet til ungdoms behov for seksuell utforsking får derfor betydelig større vekt når den mindreårige nærmer seg den seksuelle lavalderen.

⁹⁶ Rt. 1994 side 1000 (side 1001)

⁹⁷ *ibid* (side 1001-1002)

⁹⁸ Rt. 2004 side 1275 (avsnitt 13)

⁹⁹ Rt. 2003 side 442 (avsnitt 11)

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) side 54

Hvorvidt partene skal anses jevnbyrdige i alder og utvikling hører med til skyldspørsmålet.

5.2 "Kan falle bort"

Dersom vilkårene for jevnbyrdighet i alder og utvikling er oppfylt "kan" straffen falle bort. Oppfyllelse av vilkårene innebærer altså ikke automatisk straffritak. Retten får kun en adgang til straffritakelse dersom den mener det er riktig for å hindre urimelige domfellelser. I forbindelse med lovrevisjonen i 2000 ble det fra enkelte høringsinstanser foreslått en absolutt straffritakelse dersom vilkårene var oppfylt. Departementet anså det derimot som best løsning dersom den dømmende rett selv kunne bestemme hva som var riktig i de enkelte tilfeller.¹⁰¹ Adgangen til straffritak er således en del av straffespørsmålet.

Retten synes i utgangspunktet å stå temmelig fritt ved vurderingen. Rettspraksis gir imidlertid eksempler på hva som kan være relevante momenter å ta hensyn til. I Rt. 2005 side 1651 ble det uttalt at selv om tiltalte ikke har krav på straffritak, må det likevel foreligge særlige grunner for at straff skal idømmes der partene har blitt ansett som jevnbyrdige i alder og utvikling. Av saken fremgår det at viktige momenter i vurderingen er partenes aldersforskjell, og hvorvidt den seksuelle omgangen skjer som følge av et kjærlighetsforhold. Retten påpekte spesielt at der handlingene bærer preg av utnyttelse vil dette tale mot straffritak. Saken var gjenstand for dissens i lagmannsretten, og Høyesterett kunne ikke se at lagmannsretten hadde lagt nevneverdig vekt på utnyttelsesaspektet. Tiltalte ble derfor frifunnet under sterk tvil.¹⁰² Det synes som om dommen setter en høy terskel for når straff skal ilegges. Grunnen må etter min mening være et ønske om å hindre urimelige domfellelser. Spesielt må dette gjøre seg gjeldende i de tilfeller der partene har et kjærlighetsforhold og det foreligger nærhet hva gjelder partenes modenhet. Når Høyesterett påpeker at utnyttelse av den mindreårige taler for ileggelse av straff vil dette ha sammenheng med at mindreårige skal vernes mot å bli trukket inn i seksuelle relasjoner med voksne.

Rettspraksis inneholder også eksempler på idømmelse av fengselsstraff når man står overfor grensetilfeller hva gjelder om vilkårene er oppfylt. I Frostating lagmannsretts dom 26.06.2003 var dette tilfelle. Etter rettens synspunkt dreide det seg om et alvorlig tilfelle av samleie med

¹⁰¹ *ibid* side 57

¹⁰² Rt. 2005 side 1651 (avsnitt 12, 13, 17 og 19)

en jente på 13 år og 7 måneder, og at allmennpreventive hensyn derfor tilsa illeggelse av fengselsstraff.¹⁰³

Selv om vilkårene i § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd ikke er oppfylt, har det i rettspraksis blitt sagt at nærhet i alder og utvikling kan ha betydning ved utmålingen av straffen. Dette var tilfelle i Rt. 2002 side 730, hvor aldersforskjellen ble ansett å være klart for stor til at vilkårene for straffritak kunne være oppfylt.¹⁰⁴ At partene har hatt et kjærlighetsforhold og fortsatt har det, er momenter som også synes å ha betydning ved straffutmålingen selv der jevnbyrdighet ikke forligger. Dette gjør seg særlig gjeldende dersom man står overfor et grensetilfelle der aldersforskjellen ikke er særlig stor.¹⁰⁵

Ovenfor har jeg sett på tilfeller der vurderingen om straffritak har blitt overlatt til den dømmende rett. Det er verdt å nevne at også påtalemyndigheten har mulighet til å vurdere om en straffritaksgrunn som den i § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd bør komme til anvendelse. Det dreier seg da om et forhold som i utgangspunktet er belagt med straff men som påtalemyndigheten kan bestemme at skal lates straffritt.¹⁰⁶ Dersom påtalemyndigheten etter en gjennomgang av saken finner at det foreligger jevnbyrdighet i alder og utvikling vil påtalemyndigheten kunne bestemme at saken skal henlegges.

5.3 Ulikheter i bestemmelsenes fjerde ledd

Både § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd sier at straff kan falle bort dersom vilkårene for jevnbyrdighet vurderes oppfylt. Etter § 195 fjerde ledd kan imidlertid retten velge om straffen skal falle helt bort eller om straffen skal ”settes under det lavmål som følger av første ledd annet punktum”. Således hører også dette inn under straffespørsmålet. Alternativet i § 195 fjerde ledd innebærer at jevnbyrdighet mellom partene kan medføre at retten fraviker minstestrafen på 2 år i første ledd. Det følger av ordet ”eller” at det beror på en skjønnsmessig vurdering fra rettens side om det ene eller annet alternativ skal komme til anvendelse. Det synes ikke som om dette i stor grad har vært behandlet i rettspraksis. I Agder lagmannsretts dom 01.10.2001 kom retten til at flere momenter talte mot at straffen skulle falle helt bort. Forholdet ble ansett å være av alvorlig karakter da det dreide seg om samleie

¹⁰³ LA-2003-68 Frostating lagmannsretts dom 26.06.2003 under punktet ”straffutmåling”

¹⁰⁴ Rt. 2002 side 730 (side 732)

¹⁰⁵ Se blant annet RG 2006 side 1299

¹⁰⁶ Jo Hov, ”Henleggelse av straffesaker”, *Festskrift til Per Stavang*, 1998 side 613-629 (Side 620-621)

med en jente på 13 år og 10 måneder. Aldersforskjellen utgjorde 6 år, samt at forskjellen hva angikk partenes psykiske utvikling ble anslått å utgjøre 4-5 år. I tillegg hadde fornærmede mottatt trusler fra gjerningsmannen i ettertid, samt fått betydelige psykiske problemer som følge av handlingene. Straffen ble likevel satt til 1 år, hvorav 9 måneder ble gjort betinget.¹⁰⁷

Det kan synes ut fra dommen at selv store ulikheter i alder og utvikling vil ha betydning i vurderingen av om § 195 fjerde ledd kommer til anvendelse. Det kan imidlertid trekkes den slutning at det skal meget til for at straffen skal falle helt bort. Det kan tenkes at hensynet til mindreåriges vern mot seksuelle krenkelser var førende for utfallet av dommen, spesielt med tanke på fornærmedes alder og skadevirkningene som oppsto i ettertid. Når straffen likevel ble satt under minstestrafen må dette anses å gi uttrykk for et ønske om å hindre en urimelig hard domfellelse. Minstestrafen for samleie i § 195 første ledd annet straffalternativ utgjør en meget streng sanksjon. Når lovgiver har gitt retten mulighet til å velge en mellomløsning som her, vil dette kunne ivareta både hensynet til den mindreårige, samt motvirke urimelige domfellelser.

Når § 196 fjerde ledd ikke inneholder et alternativ om straffnedsettelse har dette i første rekke sammenheng med at bestemmelsen heller ikke innehar en minstestraft for samleie. Som nevnt under punkt 2.2.2 vil ofte straffverdigheten anses større når fornærmede er under 14 år, noe som kvalifiserer til strenge reaksjoner. Når § 196 fjerde ledd ikke inneholder en mulighet for en mellomløsning slik som § 195 fjerde ledd, kan man spørre seg om dette i enkelte tilfeller vil medføre urimelige resultater. Bortfall av straff etter § 196 fjerde ledd vil muligens kunne stride mot den alminnelige rettsoppfatning. Etter min mening vil imidlertid dette ikke by på de store problemer da bestemmelsen har en vid strafferamme. Slik har retten stor frihet til å idømme den straff den mener er riktig ut fra omstendighetene. Dersom § 196 fjerde ledd hadde inneholdt en minstestraft i likhet med § 195 fjerde ledd, ville imidlertid situasjonen etter min mening stilt seg annerledes.

¹⁰⁷ Se LA-2001-719, Agder lagmannsretts dom 05.10.2001

6 Konkurrens

Undertiden kan seksuell omgang med mindreårige innebære brudd på flere straffebud i samme handling, eller sammenstøt av flere straffbare handlinger, henholdsvis idealkonkurrens og realkonkurrens. Som vi skal se vil konkurrens ha betydning for både straffutmåling og spørsmål om foreldelse.

6.1 Idealkonkurrens

Både §§ 195 og 196 kan etter omstendighetene anvendes i konkurrens med andre straffebud. Størst praktisk interesse har anvendelse sammen med andre straffebud i straffeloven kapittel 19. Et tilfelle av seksuell omgang med en mindreårig vil kunne rammes av flere straffebud der dette er nødvendig for å dekke alle sider av det straffbare forhold. Bruken av flere straffebud innebærer da at man fanger opp andre elementer ved den straffbare handling som øker straffverdigheten.¹⁰⁸ Bestemmelsene benyttes da i idealkonkurrens.

Bestemmelser som blir benyttet i idealkonkurrens verner til dels om ulike interesser. Dersom en far har hatt seksuell omgang med sin 15 år gamle datter vil forholdet rammes av § 196 som verner om mindreårighet og § 197 som er begrunnet i familie- og arvebiologiske hensyn. Den som skaffer seg seksuell omgang med et barn på 13 år gjennom for eksempel misbruk av avhengighetsforhold vil settes under tiltale etter både §§ 195 og 193. Selv om den seksuelle omgangen i seg selv anses straffverdig, vil denne øke når fornærmede står i et avhengighetsforhold til gjerningsmannen.

6.1.1 Straffutmåling

Når flere bestemmelser benyttes i idealkonkurrens vil dette ha betydning for straffutmålingen. Straffeloven § 62 innehar regler om hvordan straffen skal utmåles når flere forbrytelser pådømmes samtidig. Etter bestemmelsens første ledd skal straffen være strengere enn den høyeste minstestrafen i de enkelte straffebud. Minstestrafen for samleie med et barn under 14 år er 2 år, jamfør § 195 første ledd annet straffalternativ, mens § 200 annet ledd om seksuell handling med et barn under 16 år har en strafferamme på 3 år. Dersom disse to bestemmelsene anvendes i konkurrens, vil straffen da måtte settes til minst 2 år og 1 måned

¹⁰⁸ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, side 370

fordi § 200 ikke inneholder noen minstestraff og derfor følger reglene i § 17. Etter § 62 første ledd må heller ikke den samlede straff overstige det dobbelte av den høyeste straffen som i hver av bestemmelsene er lovbestemt. Dersom § 196 første ledd som har en strafferamme på 5 år pådømmes sammen med § 200 annet ledd, vil altså ikke strafferammen settes høyere enn 10 år. Dersom den høyeste strafferammen innebærer fengsel i 15 år, vil imidlertid ikke strafferammen økes til det dobbelte. Etter § 17 første ledd litra a vil en dobling av straffen uansett ha et tak på 20 år, såfremt ikke straffebudet særskilt nevner at straff på 21 års fengsel kan idømmes.

6.1.2 Foreldelse

Når flere straffebud er overtrådt ved samme handling vil dette ha betydning for foreldelsesfristen. Straffeloven § 67 sier at det er strafferammens størrelse som bestemmer når foreldelsesfristene skal starte å løpe. Når § 195 første ledd har en strafferamme på 10 år vil foreldelsesfristen være 10 år. Dersom noen av de straffskjerpene følgene i annet ledd foreligger vil strafferammen være 21 år. Dette innebærer at fristen for foreldelse er 25 år, jamfør § 67 første ledd femte alternativ. Ved idealkonkurrens har § 67 fjerde ledd en spesialregel. Denne går ut på at dersom de overtrådte straffebud har ulike frister for foreldelse på grunn av ulike strafferammer, skal den lengste foreldelsesfristen gjelde. Dette må etter min mening være begrunnet i at det skal være mulig å straffeforfølge alle de straffverdige dimensjonene ved en handling.

Paragraf 195 og § 196 kan anvendes i konkurrens med en rekke straffebud. I tillegg til §§ 197 og 193 som nevnt i eksempelet ovenfor, kan bestemmelsene blant annet anvendes sammen med § 192 om voldtekt, § 194 om seksuell omgang med noen som er plassert i institusjon eller § 199 som rammer seksuell omgang med blant annet fosterbarn og stebarn. Det synes imidlertid som om § 192 om voldtekt og § 197 om incest er de straffebudene som oftest anvendes i konkurrens med §§ 195 og 196.

6.1.3 Voldtekt - § 192

Ofte blir den seksuelle omgangen med en mindreårig gjennomført ved bruk av vold eller trusler. For å ivareta volds- og trusselaspektet anvendes derfor §§ 195 og 196 i konkurrens med § 192 om voldtekt. At dette må anses som gjeldende rett er lagt til grunn i flere Høyesterettsdommer hvor bestemmelsene har blitt anvendt ved siden av hverandre. Et

eksempel er Rt. 2004 side 1035 hvor en mann ble dømt for flere tilfeller av seksuell omgang med sin 8-9 år gamle nevø, derav en voldtekt ¹⁰⁹

I forbindelse med lovrevisjonen ville ikke Seksuallovbruddsutvalget endre rettstilstanden, men det ble likevel stilt spørsmål ved hvorvidt det er passende å benytte §§ 195 og 196 i konkurrans med § 192. Mens alder betinger straffbarheten etter §§ 195 og 196, er volds- og trusselaspektet avgjørende i forbindelse med voldtekt. Dette fordi seksuell omgang mellom voksne mennesker i utgangspunktet er lovlig. Hvorvidt den seksuelle omgangen er fremtvunget ved vold eller trusler utgjør da det sentrale bevisetema hva angår voldtekt. Dette skiller seg fundamentalt fra bevisetemaet etter §§ 195 og 196 hvor frivillighet er uten betydning. Seksuallovbruddsutvalget peker på at forholdet undergis en vurdering på bakgrunn av et straffebud som bygger på en forutsetning om at seksuell omgang kan være frivillig mellom voksne mennesker. Når spørsmål om frivillighet og tvang også utgjør bevisetema når fornærmede er mindreårig, vil dette virke uheldig når den mindreårige ikke kan avgi samtykke med straffriende virkning. Bevisvurderingen kan da oppfattes slik at det stilles samme krav til barn og voksne hva angår atferd og utvalget fryktet at dette kan virke støtende.¹¹⁰

Straffeloven inneholder bestemmelser som rammer både tvang, vold og trusler. Ved å benytte disse bestemmelsene i konkurrans med §§ 195 og 196 vil alle de straffverdige elementene ved handlingen omfattes. Etter min mening vil imidlertid voldtektsbestemmelsen ivareta denne dimensjonen på en bedre måte. Mens straffebudene om tvang, vold og trusler er ment å verne om den legemlige integritet, samt den personlige frihet, skal § 192 i hovedsak verne om seksuell integritet og selvrespekt.¹¹¹ Tiltvinging av seksuell omgang ved bruk av vold eller trusler er altså i kjerneområdet av § 192. Jeg ser det derfor som naturlig at § 192 kommer til anvendelse også når den fornærmede er under den seksuelle lavalder.

6.1.4 Incest - § 197

Paragraf 197 omhandler seksuell omgang med slektninger i nedstigende linje. Som oftest vil denne bestemmelsen komme til anvendelse der fornærmede er under den seksuelle lavalder,

¹⁰⁹ Rt. 2004 side 1035 (avsnitt 8)

¹¹⁰ NOU 1997: 23 avsnitt 4.4.4.2

¹¹¹ *ibid* avsnitt 4.4.1

og er således av stor betydning i saker som gjelder seksuell omgang med barn.¹¹² Dette innebærer at § 197 benyttes i konkurrans med §§ 195 eller 196. Dette er for å markere den økte straffverdigheten ved at noen forgriper seg mot nære familiemedlemmer. Slike tilfeller har vært oppe for domstolene utallige ganger, blant annet i Rt. 2007 side 1190 der en far ved gjentatte anledninger hadde hatt seksuell omgang med sin seks år gamle datter. Her ble faren dømt for overtredelse av § 195 første ledd første straffalternativ og annet ledd litra c, samt § 197.¹¹³

Før inneholdt § 197 en forhøyet strafferamme på 8 år dersom den seksuelle omgangen var samleie. Ved lovrevisjonen i 2000 valgte departementet å sløyfe denne strafferammen. Det ble vist til at strafferammen i praksis ofte ville være høyere sett hen til at bestemmelsen ble benyttet i konkurrans med andre straffebud. Straffebudet inneholder nå en strafferamme på 5 år for seksuell omgang. Etter § 62 skal straffen ved konkurrans ikke settes høyere enn det dobbelte av den høyeste strafferamme. Strafferammen vil dermed bli 20 år der en far eller mor har hatt seksuell omgang med sitt barn under 14 år, jamfør § 195 første ledd. Dersom barnet var under 16 år vil strafferammen dobles til 10 år, jamfør § 196 første ledd. Verken §§ 195, 196 eller 197 inneholder en minstestraft ved seksuell omgang. Siden straffen må settes høyere enn minstestraften når flere straffebud anvendes i konkurrans, vil dette medføre en minstestraft på 15 dager, jamfør § 62 første ledd, jamfør § 17 første ledd litra a. Dersom det foreligger samleie med et barn under 14 år vil derimot minstestraften settes til 2 år og 1 måned.

6.2 Realkonkurrens

Man står ofte overfor tilfeller der samme gjerningsmann begår flere seksuelle overgrep mot flere personer eller mot samme person. I slike tilfeller taler en om realkonkurrens. Et eksempel på at en gjerningsmann har hatt seksuell omgang med flere mindreårige er Rt. 2003 side 453 hvor en håndballtrener hadde hatt seksuell omgang med tre av jentene på laget han trente. Jentene var i alderen 14 til 16 år.¹¹⁴

¹¹² *ibid* avsnitt 3.6.2

¹¹³ Rt. 2007 side 1190 (avsnitt 2)

¹¹⁴ Rt. 2003 side 453 (avsnitt 5)

Undertiden vil imidlertid samme gjerningsmann ha seksuell omgang med den samme fornærmede. Dette er gjerne tilfelle i incestuøse relasjoner med mindreårige. I slike situasjoner vil det ofte oppstå spørsmål om man står overfor flere forbrytelser eller en fortsatt forbrytelse. Rt. 1994 side 203 anga en retningslinje for når man står overfor en fortsatt forbrytelse;

*”Spørsmålet om en står overfor ett fortsatt straffbart forhold eller enkeltstående lovovertrædelser, beror på en helhetsvurdering, der sammenheng i tid, tilknytning til samme sted og et eventuelt felles forsett er momenter av betydning.”*¹¹⁵ (Min utheving)

I saker som omhandler årelange seksuelle overgrep mot barn, synes det å være tidsaspektet som har vært gjenstand for størst diskusjon. I Rt. 2002 side 917 hadde en far forgrepet seg seksuelt på sin egen datter fra hun var 10-11 år gammel. Datteren hadde på et tidspunkt flyttet hjemmefra og grunnet flyttingen hadde det gått 8-9 måneder mellom de seksuelle overgrepene hadde funnet sted. Det ble påpekt i dommen at dette var lang tid, men at det var flyttingen som var årsaken til oppholdet, og at fornærmede hadde blitt utsatt for jevnlig overgrep i årene før hun flyttet. Retten anså derfor forholdet som en fortsatt forbrytelse.¹¹⁶

Ofte vil seksuelle overgrep starte når fornærmede er svært ung. Dersom vedkommende var under 14 år når overgrepene startet, men forholdet vedvarer til fornærmede er fylt 14 år, vil forholdet først rammes av § 195 og deretter av § 196. Etter rettspraksis¹¹⁷ vil en slik subsumsjonsendring som følge av omstendigheter som ligger utenfor gjerningsmannens handlemonster, være uten betydning for om et forhold skal anses som en fortsatt forbrytelse.¹¹⁸

6.2.1 Straffutmåling

Om et forhold blir ansett som et fortsatt straffbart forhold, vil ha betydning for straffutmålingen. Dersom flere seksuelle overgrep anses som flere selvstendige forbrytelser vil reglene om straffskjerping i § 62 komme til anvendelse. Således vil det være fordelaktigere

¹¹⁵ Rt. 1994 side 203 (side 204)

¹¹⁶ Rt. 2002 side 917 (side 922)

¹¹⁷ Se blant annet Høyesteretts uttalelser i Rt. 1989 side 517 (side 518)

¹¹⁸ Ørnulf Øyen, ”Fortsatt forbrytelse”, *Jussens Venner*, 2005 side 218 (side 237)

for gjerningsmannen dersom forholdet anses som en fortsatt forbrytelse.¹¹⁹ Dersom flere overtredelser av § 195 første ledd annet straffalternativ anses som flere selvstendige forbrytelser, vil derfor minstestrafen settes til 2 år og 1 måned, mens strafferammen økes til 20 år, jamfør § 62 første ledd, jamfør § 17 første ledd litra a. Dersom forholdet anses som en fortsatt forbrytelse vil imidlertid minstestrafen være 2 år og strafferammen 15 år, jamfør § 195 første ledd annet straffalternativ, jamfør § 17 første ledd litra a.

6.2.2 Foreldelse

Etter straffeloven § 68 første ledd, skal fristen for foreldelse regnes fra den dagen det straffbare forhold er opphørt. Dette innebærer at dersom flere tilfeller av seksuell omgang med mindreårige anses som selvstendige forbrytelser, vil foreldelsesfristen løpe for hver enkelt forbrytelse. Dersom forholdet anses som en fortsatt forbrytelse derimot, vil ikke fristen starte å løpe før hele det forbryterske forhold er opphørt.¹²⁰ At gjentatte seksuelle overgrep anses som selvstendige forbrytelser vil altså være fordelaktig for gjerningsmannen.

For overtredelser av §§ 195 og 196 gjelder det imidlertid særlige regler for hvilket tidspunkt foreldelsesfristen skal regnes fra, og representerer således et unntak fra hovedregelen i § 68 første ledd. Fristen skal regnes fra den dag fornærmede fyller 18 år, jamfør § 68 første ledd annet punktum. Regelen er begrunnet i at det ofte går lang tid, ofte flere år før fornærmede anmelder forholdet. Årsaken er at de seksuelle overgrepene ofte har blitt begått av nære familiemedlemmer. I slike tilfeller står fornærmede i et familie- eller avhengighetsforhold til overgriperen som det er vanskelig å komme ut av. Andre årsaker er at fornærmede føler skyld og skam eller at skadevirkningene viser seg først i voksen alder.¹²¹

¹¹⁹ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, side 366

¹²⁰ *ibid* side 366-367

¹²¹ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 118

7 Prosessuelle spørsmål

Påtalen er ubetinget offentlig ved overtredelser av både §§ 195 og 196, jamfør straffeloven § 77. Dette er begrunnet i det offentligrettslige forfølgingsprinsipp som fastslår at strafforfølgelse er en oppgave som tilligger det offentlige ved påtalemyndigheten.¹²²

Paragraf 195 og § 196 er til dels ulike hva angår en rekke prosessuelle spørsmål. Strafferammene er av avgjørende betydning når det gjelder flere prosessuelle rettsvirkninger, og når §§ 195 og 196 har ulike strafferammer, vil dette følgelig medføre ulikheter av prosessuell karakter. I det følgende vil jeg redegjøre for ulikheter på tre sentrale områder.

7.1 Påtalekompetansen

Kompetansen til å avgjøre spørsmålet om tiltale er forskjellig avhengig av om man står overfor en overtredelse av §§ 195 eller 196. Straffeprosessloven § 65 første ledd nr. 1 angir at riksadvokaten har påtalekompetansen når man står overfor forbrytelser som kan straffes med fengsel inntil 21 år. Sett hen til de straffskjerpene følgene i § 195 annet ledd vil det altså peke i retning av at riksadvokaten har påtalekompetansen ved ethvert brudd på § 195. I juridisk teori er det imidlertid fremholdt at riksadvokaten kun skal reise tiltale i de situasjoner hvor det påstås at en av de straffskjerpene følgene foreligger.¹²³ Dette innebærer at det er statsadvokaten som skal ta ut tiltale i saker etter § 195 første ledd. Også i saker som omhandler § 196 er det statsadvokaten som skal ta ut tiltale, siden bestemmelsen ikke inneholder en strafferamme på 21 år. Slik jeg ser det er ulikhetene begrunnet i hensynet til tiltalte og en rettferdig prosess. 21 års strafferamme representerer en alvorlig sanksjon og stiller derfor krav til høy faglig kompetanse. Etter min mening vil riksadvokatens påtalekompetanse i alvorlige saker også ivareta samfunnsinteresser. Ved å synliggjøre at saker blir underlagt tilstrekkelig kvalitetssikring vil dette ivareta allmennhetens tillit til strafforfølgningen.

¹²² Andenæs, *Alminnelige strafferett*, side 533

¹²³ Johs. Andenæs, *Norsk Straffeprosess bind I*, 3. utgave, Oslo 2000 side 46-47

7.2 Anke

Strafferammene er av avgjørende betydning for overprøving av en straffedom ved anke. Alle saker skal som utgangspunkt gjennom en ankeprøving. Reglene om avsiling av anker følger av straffeprosessloven § 321. I følge bestemmelsens tredje ledd første punktum skal anker ikke nektes fremmet i saker som omhandler forbrytelser som kan medføre fengsel i 6 år. Da straffeloven § 195 har en strafferamme på 10 år for seksuell omgang vil dette bety at anker over dommer etter § 195 alltid skal fremmes når domfelte anker. Dette gjelder uavhengig av om man står overfor en fullstendig eller begrenset anke.¹²⁴ Anker over saker med en strafferamme under 6 år må gjennom en ankeprøving. Dersom retten finner det klart at anken ikke vil føre frem, kan anken nektes fremmet, jmfør § 321 annet ledd første punktum. Når straffeloven § 196 første ledd har en strafferamme på 5 år, innebærer dette at anker over avgjørelser etter denne bestemmelsen ikke automatisk blir fremmet.

Ordet "kan" indikerer imidlertid at retten bare har en adgang til å nekte anken fremmet. I forarbeidene er det dessuten fremholdt at retten bør kunne henvise saken selv om den mener at anken ikke vil føre frem. Dette gjør seg spesielt gjeldende i saker som er av særlig stor betydning eller som er viktig å få avklart i forhold til andre saker.¹²⁵ Anker over dommer etter § 196 vil altså kunne fremmes på grunnlag av dette.

Det følger av § 321 tredje ledd annet punktum at forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse, sammenstøt av forbrytelser eller anvendelse av straffeloven § 232 ikke kommer til anvendelse når det fastslås hvorvidt man står overfor en 6-årssak eller ikke. Dersom man tolker denne bestemmelsen antitetisk, vil dette resultere i at alle andre forhold som medfører strafforhøyelse skal ha betydning i vurderingen. Med utgangspunkt i dette vil anker over avgjørelser etter § 196 annet ledd kunne fremmes også på dette grunnlaget. Etter juridisk teori er det imidlertid subsumsjonen i tiltalebeslutningen som er avgjørende. Dette innebærer at de straffskjerpene følgene i § 196 annet ledd bare vil ha betydning for ankeadgangen i de tilfeller hvor påtalemyndigheten har påstått at en av disse foreligger. Det har altså ingen betydning at tingretten har domfelt for en mindre alvorlig forbrytelse.¹²⁶

¹²⁴ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess bind II*, 3. utgave, Oslo 2000 side 25

¹²⁵ Ot.prp.nr.78 (1992-1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (to-instansbehandling, anke og juryordning) side 27

¹²⁶ Andenæs, *Norsk straffeprosess bind II*, side 24

Hovedforskjellen mellom §§ 195 og 196 hva angår ankeadgangen er altså strafferammene i bestemmelsenes første ledd. Begrunnelsen for en automatisk ankeadgang i saker etter § 195 må slik jeg ser det være begrunnet i hensynet til tiltaltes rettssikkerhet. Høye strafferammer innebærer strengere krav til kvalitetssikring i rettergangen. At tiltalte får mulighet til å prøve saken sin på nytt vil altså måtte anses å være en sentral rettssikkerhetsgaranti.

7.3 Behandling i lagmannsretten

Strafferammene er også av betydning når det gjelder lagmannsrettens sammensetning. Ved behandling i lagmannsretten skal retten enten settes som meddomsrett eller med lagrette, altså jury.

Straffeprosessloven § 352 første ledd angir de situasjoner hvor retten skal settes med jury. Det er ved fullstendig anke, altså anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet at retten skal settes med lagrette. Anken må imidlertid gjelde straff for en forbrytelse som kan medføre fengsel i mer enn 6 år. Den laveste strafferammen etter straffeloven § 195 er 10 år. Dette betyr at retten alltid skal settes med lagrette ved fullstendige anker over dommer etter § 195. Dersom § 195 benyttes i konkurrans med et straffebud som har lavere strafferamme enn 6 år reises det særlige spørsmål. Etter straffeprosessloven § 353 annet ledd nr. 1 går det imidlertid frem at alle forholdene skal behandles med lagrette selv om noen av forholdene i utgangspunktet ikke skulle det. Dersom § 195 benyttes i konkurrans med § 200 annet ledd som har en strafferamme på 3 år, vil altså begge forholdene avgjøres av lagrette så sant det dreier seg om en fullstendig anke.

Straffeloven § 196 første ledd skiller seg fra § 195 på dette punkt. Paragraf 196 første ledd har en strafferamme på 5 år. Dette innebærer at en anke over skyldspørsmålet etter første ledd ikke skal avgjøres av lagrette men av meddomsrett. Retten skal da settes med tre fagdommere og fire meddommere, jamfør straffeprosessloven 332 første ledd, jamfør domstolloven § 12. Dersom noen av de straffskjerpene følger i § 196 annet ledd foreligger økes strafferammen til 15 år. Dette skulle i utgangspunktet tilsi at alle anker etter § 196 skal avgjøres av lagrette. I likhet med det som er nevnt under punkt 7.1 er det imidlertid kun i de tilfeller hvor

påtalemyndigheten påstår at de straffskjerpene omstendighetene foreligger, at retten skal settes med lagrette.¹²⁷

Ved anker som omhandler saksbehandlingen, lovanvendelsen, reaksjonsfastsettelsen eller bevisbedømmelsen utenfor skyldspørsmålet, såkalt begrenset anke, vil lagmannsretten aldri settes med lagrette.¹²⁸

Årsaken til at retten settes med lagrette i de alvorligste sakene er begrunnet i prinsippet om lekfolks deltakelse i domstolene. Det blir hevdet at lekfolks deltakelse i rettsvesenet kvalitetssikrer prosessen og at dette ivaretar hensynet til domstolskontroll og allmennhetens tillit til domstolene.¹²⁹ Grunnen til at lagretten skal avgjøre skyldspørsmålet i anker etter § 195 er fordi utfallet av saken vil ha store konsekvenser for tiltalte. Det stilles derfor større krav til kvalitetssikring ved avgjørelsen av slike saker. Som nevnt ovenfor er det også fire lekdommere når retten settes med meddomsrett. Den høye strafferammen i § 195 krever imidlertid at avgjørelsen blir tilstrekkelig kvalitetssikret, noe som med bakgrunn i hensynene ovenfor best blir gjennomført når hele skyldspørsmålet blir avgjort av lekdommere. Hvorvidt lekdommeres deltakelse i realiteten styrker kvaliteten på den enkelte avgjørelse går jeg ikke inn på.

¹²⁷ *ibid* side 34

¹²⁸ Jo Hov, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*, Oslo 1999 side 421

¹²⁹ NOU 2002: 11 "Dømmes av likemenn" Lekdommere i norske domstoler avsnitt 7.2

8 Avsluttende bemerkninger

I denne avhandlingen har jeg foretatt en analyse av det materielle innholdet i straffeloven §§ 195 og 196. Som vist i analysen er bestemmelsene hovedsakelig begrunnet i mindreåriges vern mot seksuelle krenkelser og overgrep. Paragraf 195 og § 196 favner imidlertid om et vidt spekter av tilfeller. På den ene side er bestemmelsene ment å ramme de notoriske overtredelser der gjerningsmannen har en seksuelt rettet legning mot barn. På den annen side omfatter bestemmelsene de tilfeller der fornærmede nærmer seg den seksuelle lavalderen og den seksuelle omgangen skjer som del av et kjærlighetsforhold. Det er etter min mening et klart skille på straffverdigheten hva angår disse to gruppene. Hensynet bak reglene gjør seg således gjeldende på ulik måte avhengig av hvilken ”gruppe” overtredelser man står overfor. Jeg er av den oppfatning at lovgiver har søkt å sonde mellom disse tilfellene blant annet gjennom vedtakelsen av § 195 fjerde ledd og § 196 fjerde ledd.

8.1 Bestemmelsenes preventive funksjon

At §§ 195 og 196 omfatter flere ulike situasjoner vil også etter min mening ha betydning for bestemmelsenes preventive funksjon. Det har i juridisk teori blitt stilt spørsmål ved hvorvidt denne typen forbrytelser lar seg hindre ved hjelp av strenge straffebud. Som Andenæs påpeker; *”incestforbrytere som forgriper seg på barn, er gjerne personer med et forvridt driftsliv, i tillegg til mangelfull moralsk selvkontroll. Overgriperen regner med at overgrepet skal forbli skjult for omverdenen”*.¹³⁰ Særlig ved seksuelle overgrep innad i familien vil forholdet hemmeligholdes, og bestemmelsene vil således ha liten preventiv effekt på dette området.

En annen gruppe overgripere er eldre menn som grunnet senile karakterforandringer begynner å forgripe seg mot små barn. Når det gjelder disse, samt andre med utilregnelighetstilstander vil §§ 195 og 196 etter mitt syn ikke virke preventivt da straffetrusselen ikke har innvirkning på gjerningsmannens valg om å forbryte seg.

Når det skal fastslås hvorvidt bestemmelsene har en preventiv funksjon må det imidlertid ses hen til hvordan tilstanden på dette området hadde vært dersom man ikke hadde hatt

¹³⁰ Andenæs, *Spesiell strafferett*, side 119

bestemmelser som beskytter barn. Slik jeg ser det vil denne type bestemmelser signalisere at seksuell omgang med barn er en forbrytelse som samfunnet ikke tolererer. Det kan ut fra dette fastslås at bestemmelsene vil ha en normdannende funksjon som hindrer potensielle gjerningsmenn i å begå seksuelle overgrep. Også den moralske fordømmelsen som gjerningsmannen vil oppleve kan etter mitt syn bidra til å hindre at barn blir utsatt for seksuelle krenkelser. Straffebudenes normdannende funksjon vil således innebære at bestemmelsene likevel til en viss grad ivaretar prevensjonshensynet.

8.2 Samfunnsendringer

Jeg er av den oppfatning at samfunnsendringer har betydning for praktiseringen av aktsomhetskravet i § 195 tredje ledd og § 196 tredje ledd. Samfunnsutviklingen har medført en større åpenhet rundt seksualitet, noe som også har ført til tidligere modenhet hos ungdom. Kombinert med dette, vil et stadig mer seksualisert uttrykk gjennom blant annet bekledding, gjøre det vanskeligere å anslå barns alder. Dette vil etter min mening skjerpe kravet til aktsomhet hva angår seksuell omgang. Gjerningsmannen må således tenke seg godt om før vedkommende har seksuell omgang med en ung person. Ut ifra dette kan det sies at aktsomhetskravet gjør seg gjeldende på en annen måte i dag enn det gjorde før.

Som nevnt innledningsvis er samfunnsutviklingen et sentralt argument for å senke den seksuelle lavalderen til 15 år. Et annet sentralt aspekt i denne diskusjonen er at hensynet til mindreåriges beskyttelsesbehov må veies opp mot ungdoms frihet til å gjøre seksuelle erfaringer. Etter min mening må det også i denne diskusjonen være hensiktsmessig å se hen til at den kriminelle lavalder er 15 år. Når en person på 15 år anses moden nok til å foreta overveide beslutninger om å begå kriminelle handlinger, kan det reises spørsmål ved om ikke en person på samme alder kan ta selvstendige avgjørelser vedrørende seksuell aktivitet. I alle henseender vil mindreåriges beskyttelsesbehov etter min mening være av mindre betydning når en nærmer seg den seksuelle lavalder.

8.3 Lovendring

I NOU 2002: 4 Ny straffelov, legger straffelovkommisjonen frem forslag om endringer av straffeloven §§ 195 og 196. Det legges blant annet opp til en omredigering av straffebudene. Dagens ordning med bestemmelsenes første, tredje og fjerde ledd foreslås videreført med små

endringer. I tillegg foreslås det egne straffebud som rammer grov seksuell omgang med henholdsvis barn under 14 og 16 år. Disse straffebudene vil til dels ha det samme innhold som § 195 annet ledd og § 196 annet ledd.¹³¹

Straffelovkommisjonen fremholder at det skal kreves simpel uaktsomhet i forhold til fornærmedes alder når vedkommende er under 16 år. I tillegg foreslås en videreføring av det objektive straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd.¹³² Dette spørsmålet var imidlertid gjenstand for diskusjon flere år før Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 side 833. Slik jeg ser det vil rettssikkerhetshensyn som forutberegnelighet tilsi en ordlydsendring på dette området. En odelstingsproposisjon om blant annet innholdet i §§ 195 og 196 vil bli fremmet høsten 2008 og en mulig ikrafttredelse av ny straffelov vil bli 1. juli 2009.¹³³

¹³¹ NOU 2002: 4 Ny straffelov, avsnitt 9.14.2

¹³² *ibid*

¹³³ Telefonsamtale med Karl Otto Thorheim i Justisdepartementet 12.12.2007

9 Litteraturliste

9.1 Bøker

- Andenæs, Johs., *Spesiell Strafferett*, 3. utgave (Oslo 1996)
- Andenæs, Johs., *Norsk Straffeprosess bind I*, 3 utgave (Oslo 2000)
- Andenæs, Johs., *Norsk Straffeprosess bind II*, 3. utgave (Oslo 2000)
- Andenæs, Johs., *Alminnelig Strafferett*, 5. utgave (Oslo 2004)
- Hov, Jo, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess* (Oslo 1999)
- Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002)
- Jebens, Sverre E, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (Oslo 2004)
- Kippe, Harald og Åsmund Seiersten, *Spesiell strafferett og spesiallover*, 2. utgave (Nesbru 2005)

9.2 Artikler

- Hov, Jo, "Henleggelse av straffesaker" *Festskrift til Per Stavang* (1998) side 613-629.
- Øyen, Ørnulf, "Fortsatt forbrytelse" *Jussens Venner* (2005) side 218-258.
- Thinn, "Nogle Ord om Terminologien i den nye Straffelovs Kapitler om Forbrydelser og Forseelser mod Sedeligheden" publisert i Rt. 2005 side 33.

9.3 Forarbeider

- NOU 1991: 13 Seksuelle overgrep mot barn - straff og erstatning
- NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd
- NOU 2002: 11 Lekdommere i norske domstoler
- NOU 2002: 4 Ny straffelov
- Ot.prp. nr. 79 (1988-1989) Endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.m
- Ot.prp. nr. 20 (1991-1992) Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m
- Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v
- Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven m.v

Straffelovrådets innstilling 1960-Innstilling fra Straffelovrådet om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten.

9.4 Domsregister

Rt. 1928 side 631

Rt. 1970 side 784

Rt. 1970 side 1110

Rt. 1971 side 1194

Rt. 1977 side 895

Rt. 1988 side 1207

Rt. 1989 side 517

Rt. 1994 side 203

Rt. 1994 side 1000

Rt. 1999 side 745

Rt. 2000 side 1753

Rt. 2001 side 98

Rt. 2002 side 436

Rt. 2002 side 730

Rt. 2002 side 917

Rt. 2003 side 442

Rt. 2003 side 453

Rt. 2004 side 1035

Rt. 2004 side 1275

Rt. 2005 side 833

Rt. 2005 side 1651

Rt. 2007 side 1190

RG. 2006 side 1299

LA-2000-340

LA-2001-719

LA-2003-68

LB-2005-84798

LB-2005-139997

LB-2006-106331

TNOST-2006-17352

EMD-1983-10519 *Salabiaku mot Frankrike*

EMD-1997-34619 *Janosevic mot Sverige*

9.5 Annet

FOR 1995-01-01-100 Forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer

Norsk Lovkommentar www.rettsdata.no

Aftenposten 26. juni 2005

Telefonsamtale med Karl Otto Thorheim i Justisdepartementet 12.12.2007