

Seksualforbrytelser mot barn under 14 år

Straffbarhetsvilkår for seksualforbrytelser og utmåling av straff ved voldtekt av barn under 14 år.

Forfatter: Thomas Christoffer Worum

Masteroppgave i JUR-3902 3.mai.2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Temaets aktualitet	1
1.3	Avgrensning	1
1.4	Metode og rettskilder	2
1.5	Formål	2
2	Vilkår for straff ved seksualforbrytelser mot barn under 14 år.....	2
2.1	Innledning.....	2
2.2	Voldtekt av barn under 14 år.....	3
2.2.1	Alternativ a) har seksuell omgang med barn under 14 år	3
2.2.2	Alternativ b) får et barn under 14 år til å utfører handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv	5
2.2.3	Alternativ c) kvalifisert seksuell handling med barn under 14 år	6
2.2.4	Konkurrens	7
2.3	Grov voldtekt.....	8
2.3.1	Alternativ a) begått av flere i felleskap	8
2.3.2	Alternativ b) begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte.....	9
2.3.3	Alternativ c) og d) fornærmedes alder på handlingstidspunktet og om det har skjedd gjentatte overgrep	11
2.3.4	Alternativ e) fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på kropp eller helse	12
2.4	Avtale møte med barn for å begå seksuell handling	15
2.5	Seksuelt krenkende atferd mot barn	18
2.6	Medvirkning	21
2.7	Alder og utvikling	23
2.7.1	Innledning.....	23
2.7.2	Alder.....	24

2.7.3	Utvikling.....	24
2.7.4	Helhetsvurdering	26
3	Straffeutmåling.....	27
3.1	Innledning.....	27
3.2	Overordnede hensyn.....	28
3.3	Handlingens objektive grovhet.....	28
3.3.1	kort om strafferammer.....	29
3.4	Endringer av strafferammer og utviklingen av straffenivået	29
3.4.1	Endringen i 2000	29
3.4.2	Endringen i 2010	30
3.4.3	Retningslinjer i forarbeider til normalstraffenivå.....	31
3.4.4	Betydningen av retningslinjer i forarbeider	32
3.5	Straffeutmålingsmomenter	33
3.6	Straffeutmålingshensyn.....	34
3.6.1	Gjentagelse og hyppige voldtekter.....	34
3.6.2	Aldersforskjell.....	34
3.6.3	Utnyttelsesgraden	35
3.6.4	Domfeltes vanskelige oppvekstsvilkår.....	36
3.6.5	Intelligens og utvikling hos domfelte.....	37
3.6.6	Domfelte under 18 år på handlingstidspunktet	39
3.6.7	Kjæresteforhold.....	41
3.6.8	Benyttelse av rusmidler	42
3.6.9	Bruk av prevensjon.....	43
3.6.10	Uforbeholden tilståelse.....	43
3.7	Avslutning	44
4	Referanseliste	45
4.1	Lov- og forarbeider	45

4.2	Rettspraksis	46
4.3	Bøker	47
4.4	Artikler	48
4.5	Internettider.....	48

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for oppgaven er straffbarhetsvilkårene for bestemmelsene om seksualforbrytelser mot barn under 14 år og straffeutmåling for voldtekt av barn.

En seksuelle krenkelse kan være mange typer handlinger, alt fra ord til seksuelle handlinger som blir påtvunget en person med bruk av tvang eller voldshandlinger. Barn tilhøre en spesielt sårbar gruppe og handlingene representerer en alvorlig form for kriminalitet. Derfor har lovgiver gitt barn et yttligere vern for slike handlinger enn voksne.

1.2 Temaets aktualitet

Barn som utsettes for seksualforbrytelser har fått større oppmerksomhet fra lovgiver og domstolen i de senere år. Dette bygger på mange forhold, men mye av årsaken er en bedre kunnskap om skadepotesialet seksualforbrytelser utgjør for det enkelte barn som utsettes.¹ Lovgivningen som regulerer slike forhold har en sentral plassering innen norsk straffelovgivningen.

Oppmerksomheten rundt seksualforbrytelser er også sentralt i nyhetsbilde. Her er det tidvis store overgrepssaker dekkes bredt. Eksempel i senere tid er barnehagesaken i Tromsø, Tysfjord, og Alvdal-saken.

Ved straffeutmåling når barn har vært utsatt, enten det er en seksuell krenkelse eller et grovt tilfelle av voldtekt. Hersker det en allmenn oppfatning at straffenivået er for lavt. Lovgiver har respondert og strafferammen for de groveste forbrytelser er søkt hevet ved flere anledninger.

1.3 Avgrensning

Oppgaven del om vilkår avgrenses mot seksualforbrytelser som er foretatt mot barn under 14 år, men det vil være nødvendig å redegjøre for lovreglene om ”*avtale om møte for å begå seksuelt overgrep*” og ”*seksuelt krenkende atferd eller uanstendig atferd*” som gjelder barn opp til 16 år. Dette gjøres ettersom begge representerer en mindre alvorlighet, men samtidig grenser de oppad mot handlinger som vil betegnes som voldtekt av barn under 14 år, og er sentrale bestemmelser for forhold også barn under 14 år kan utsettes for.

¹ Magnus Matningsdal. ”Norsk spesiell strafferett”.2. utgave Oslo, 2016. s.222

For oppgavens del om straffeutmåling er det nødvendig å gi en kortere fremstilling generelt om formål og hensyn. Dernest vil endringer av strafferammer og uttalelser fra lovgiver i forarbeider for ett skjerpet straffenivå tas opp, og hvilken betydning det har for utviklingen av domstolens utmålingspraksis ved slike forbrytelser. Til slutt vises det til sentrale straffutmålingshensyn som særskilt gjør seg gjeldene i skjerpende eller formidlende retning ved voldtekt av barn under 14 år.

1.4 Metode og rettskilder

Oppgaven bygger på vanlig juridisk metode, der lovregler, forarbeider, rettspraksis og litteratur vil være relevante kilder for redegjørelsen. Sentrale lover for oppgaver er straffeloven av 2005 (heretter strl. 2005)² og straffeloven av 1902.³ (heretter strl.1902).

1.5 Formål

Oppgavens formål er undersøke gjeldende rett etter strl.2005, ved å undersøke om det forekommer endringer eller om rettstilstanden er uendret ved vilkår og utmåling av straff i forhold til strl.1902.

2 Vilkår for straff ved seksualforbrytelser mot barn under 14 år

2.1 Innledning

Her vil det gis en drøfting av de objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene som følger etter gjeldende rett ved overtredelse av seksualforbrytelser mot barn under 14 år. For redegjørelse og tolkning av gjeldende rett, vil tidligere praksis som fulgte av strl. 1902 bli anvendt for å konkretisere om det forekommer endringer, eller om rettstilstanden er uendret.

Innen strafferetten benyttes fire grunnbegreper for å skille alvorlighetsgraden av den seksuelle handling: samleie, seksuell omgang, seksuelle handlinger og seksuell atferd.⁴

² Lov om straff (straffeloven) av 20.mai 2005 nr. 28

³ Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai1902 nr.10

⁴ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s.212 Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr.28. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

2.2 Voldtekt av barn under 14 år

Før det gis en nærmere fremstilling av de ulike handlingsalternativene som følger av strl. 2005 § 299, er det nødvendig å forklarer valg av ordet ”voldtekt” i overskriften til § 299.

Begrunnelsen for bruk av ordet voldtekt i overskriften bygger på at det skal gi ”en sterkere understrekning av at barn under den seksuelle lavalder ikke kan samtykke i seksuell omgang, og behov for å signalisere alvorlet i seksuelle overgrep mot barn”.⁵ Det følger av de ulike handlingsalternativene at det ikke forekommer noe krav til handling utover at det er gjennomført en handling som er beskrevet i strl. § 299 bokstav a til c, og fornærmedes alder ved handlingstidspunktet er under 14 år.

Det er ulike handlinger som anses som voldtekt, alt fra kvalifisert seksuell handling fremskaffet med eller uten vold, til det mer alvorlige som seksuell omgang. Når handlingen gjennomføres mot barn under 14 år, vil det være uten betydning for idømmelse av straff om barnet deltar frivillig eller det er brukt truende eller voldelig atferd, eller barnet ikke var i stand til å motsette seg handlingen.⁶

2.2.1 Alternativ a) har seksuell omgang med barn under 14 år

Ved tolkningen av strl. 2005 § 299 første ledd bokstav a vil handlingen(s) objektive vilkår være tilsvarende strl. 1902 § 195 første ledd.⁷

Det følger av ordlyden til bokstav a at den som har ”seksuell omgang” med ”barn under 14 år”. Det foreligger to objektive vilkår som må være oppfylt for anvendelse av bokstav a.

Det første objektive vilkåret er seksuell omgang. Hvilke handlinger som er seksuell omgang fremgår av forarbeidene som konkretiserer de ulike handlingsalternativene. Det er først og fremst samleie, men også samleielignende forhold. Eksempel på samleielignende forhold vil være suging, slikking, masturbering og innføring av fingrer i skjede og endetarmsåpning.⁸ Opplistingen er ikke uttømmende. Innføring av penis mellom lår på fornærmede er ansett som samleielignende og det er ikke et krav om at det oppnås sædutløsning.⁹ Det fremgår også at

⁵ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s.244

⁶ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s.438 og Matningsdal 2016 s.222

⁷ Lov 25. juni 2010 nr. 46

⁸ Ot.prp.nr. 22. (2008-2009) s.211-212

⁹ Rt-2002-436

masturbering av seg selv, der gjerningsmannen foretar sædutløsning i fornærmedes ansikt er å betrakte som samleielignende.¹⁰ Dette gjelder også for bevegelser med blottet kjønn mot mage eller seteparti og innføringer av gjenstander i skjede eller endetarmsåpning.¹¹

Når den seksuelle omgangen omfatter samleie eller samleielignende forhold, vil handlingen vurderes som objektivt grovere og strl. 2005 § 300 bokstav a til c kommer til anvendelse.

Det andre objektive vilkåret er ” *barn under 14 år*” og viser til fornærmedes alder ved gjerningstidspunktet. I forarbeidene vises det til at enhver seksuell omgang med barn under 14 år skal forstås som voldtekt.¹²

For at det skal foreligge en overtredelse av strl. 2005 § 299 første ledd bokstav a, må også det subjektive skyldkravet, jf. strl. 2005 § 21 være oppfylt.

2.2.1.1 Subjektive skyldkrav

Det generelle kravet innenfor strafferetten er at: den som skal dømmes for overtredelse av de objektive straffevilkårene, skal også det subjektive skyldkravet for forsett være oppfylt, jf. strl. 2005 § 21.

Skyldkravet som foreligger ved voldtekt av barn følger av strl. 2005 § 307 første setning, ” *uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet*”, dersom det på ” *noe punkt kan klandres for sin uvitenhet*”. Dette er en videreføring av strl. 1902 § 195 tredje ledd, ” *[v]illfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld*”, jf. Rt-2005-883.

Ved tolkningen av skyldkravet ved voldtekt av barn under 14 år, skal det legges til grunn et særskilt strengt aktsomhetskrav. Det er tilstrekkelig at det er utvist ” *den letteste graden av uaktsomhet*” for ansvarliggjøring av den tiltalte.¹³ Aktsomhetskravet bygger på handlingsmønstret til tiltalte, og fremgår av høyesterettspraksis Rt-2005-883 avsnitt 88 som ” *et meget strengt kriterium, hvor siktede må utvise aktivitet for å bevise at han er uskyldig ved å redegjøre for konkrete omstendigheter som kan underbygge at han har vært aktsom i relasjon til fornærmedes alder.*”

¹⁰ Rt. 1990-760 s. 762

¹¹ NOU 1991:13 3.1 seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning

¹² Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 443

¹³ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 446

En frifinnelse på grunnlag av at tiltalte hadde forholdt seg aktsom til barnets alder følger av Høyesterettsdom Rt-1970-784. Det er en relativt gammel dom, men vil likevel kunne belyse endringer og vurderinger som legges til grunn ved aktsomhetsvurdering i dag.

Førsteintrykket som lagmannsretten fikk av jenta var at hun fremsto som ”*særdeles voksen og velutviklet for sin alder*” noe som ble vektlagt til at tiltalte forholdt seg aktsom i forhold til alder. Et annet moment var at tiltalte hadde utvist aktsomhet til at fornærmede var over 16 år grunnet hennes seksuelle erfaring og medvirkning. Det er nærliggende at hennes seksuelle erfaring og medvirkning etter dagens praksis trolig ikke ville ført til at tiltalte hadde overholdt aktsomhetskravet, jf. strl. 2005 § 307, jf. Rt-2005-883 avsnitt 88.

Dette følger av senere avsagt Høyesterettsdom Rt-2013-1746. At når det gjelder utseende vil det være vanskelig å fastslå en bestemt alder på en jente i tenårene. Det vil ikke være uvanlig at noen kan se eldre ut enn sin faktiske alder, og et av formålene med lovreglene er å verne barn mot seksuelle forhold. Spesielt barn i 12-13 års alder som ikke sjeldent kan se eldre ut jf. Rt-2004-28 avsnitt 10.

Et klart eksempel på at tiltalte ikke har utvist tilstrekkelig aktsomhet fremgår av lagmannsrettsdom LG-2016-174897. Her hadde en mann på 44 år gjennomført voldtekt til samleie og seksuell omgang med flere barn under og over 14 år. For aktsomhetsvurderingen om barnets alder, vil det bare redegjøres fornærmede B. Tiltalte erkjente at han visste hvilket skoletrinn B deltok i, men var usikker om hun var 13 eller 14 år. Tiltalte var fullstendig klar over at barnet var under den seksuelle lavalder, uvitenhet om hun enten var 13 eller 14 år redegjøres kort i dommen til ikke å utgjøre tilstrekkelig aktsomhet til barnet alder, jf. strl. 2005 § 307.

2.2.2 Alternativ b) får et barn under 14 år til å utfører handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv

Dette alternativet vil gjelde forhold der gjerningsmannen ikke deltar aktivt selv i handling som ”*svarer til seksuell omgang*” med barnet. Eksempel på handlinger som svarer til seksuell omgang uten at gjerningsmann behøver delta aktivt kan være masturbasjon, innføring av fingrer eller gjenstander i skjede eller endetarmsåpning. Ordlyden følger de samme objektive vilkårene som strl. § 291 bokstav c første komma.

Dette objektive handlingsalternativet fremgår som nytt i forhold til tidligere strl. 1902.

Årsaken til tilføyelsen var frifinnelsen under dissens (3-2) i Høyesterettsdom Rt-1999-1717.

Frifinnelsen bygget på at strl.1902 § 192 ikke inneholdt noe objektive handlingsalternativ for tilfeller der tiltalte tvang fornærmede til handlinger med seg selv. Alternativ c var opprinnelig ikke tatt med i Ot. prp. nr. 22 (1999.2000) til strl. 2005 § 191, men ble på bakgrunn av Høyesterettsdom Rt-1999-1717 tilføyd av justiskomiteen under stortingsbehandlingen. Det vil være nærliggende at denne utvidelsen viser til at seksuelle handlinger ikke vurderes ut i fra motivet gjerningsmannen har for å oppnå personlig seksuell tilfredsstillelse, men ut i fra at det foreligger en selvstendig handling som gjerningspersonen har framtvunget mot fornærmedes vilje.¹⁴

2.2.3 Alternativ c) kvalifisert seksuell handling med barn under 14 år

Med ”kvalifisert seksuell handling” menes de mest alvorlige seksuelle handlinger som grenser oppad mot seksuell omgang.¹⁵ Vurderingen av om overtredelsen enten er seksuell omgang eller seksuell handling må i grensetilfeller avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering av handlingens berøringsintensitet og intimitet.¹⁶

Alternativet seksuell handling fulgte ikke av strl.1902 § 195, men er en videreføring av str.1902 § 200 tredje ledd, handlinger som gjennomføres under ”*særdeles skjerpede omstendigheter*”. Momenter for vurderingen av om handlingen er foretatt under ”*særdeles skjerpede omstendigheter*” følger av § 200 tredje ledd andre punktum, og vektlegger varighet av overgrepet, misbruk av slektskapsforhold, omsorgsforhold, stilling eller annet nært forhold. Det skulle også vurderes om handlingen var begått på en særlig smertefull eller krenkende måte, men disse kriteriene følger av strl. 2005 §301 bokstav b som et eget alternativ. Ved praktisering av strl. 2005 § 299 bokstav c skal disse kriteriene vektlegges som skjerpene omstendigheter og anvendes med lik betydning som etter strl.1902 §200 tredje ledd.¹⁷ Det vil fra lovgivers side være det ønskelige signal at seksuell omgang og kvalifisert

¹⁴ Matningsdal 2016 s.195

¹⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 442

¹⁶ Ot.prp.nr.20 1991-1992 Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)s.15

¹⁷ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 245

seksuelle handling reguleres i samme lovregel § 299 ”voldtekt av barn under 14 år” for å vise en generelle økningen av straffverdigheten ved seksuallovbrudd mot barn.¹⁸

Valget av å ha seksuell omgang og seksuell handling i samme paragraf har gode grunner for seg, spesielt når det kommer til seksualforbrytelser mot små barn. I mange tilfeller vil barn, særskilt på de laveste alderstrinn, ha vanskeligheter for å gi en beskrivelse av de faktiske objektive handlingene de er vært utsatt for på grunn av alder og utvikling. Barn vil også under avhørssituasjoner kunne være motvillige til å beskrive hendelsesforløp i detaljer fordi det føler skam eller skyldfølelse. I slike situasjoner bør ikke barnet utsettes for gjentagende spørsmål eller presses for å gi en mer detaljert beskrivelse av hendelsesforløpet.¹⁹

I lagmannsrettsdom LF-2016-149977 ble en jente på 8 år og 9 måneder befølt på kjønnsorganet innenfor trusen av en mannlig rektor som overnattet hos jentas mor. Seksualforbrytelsen tok sted i sovesituasjon der jenta, barnets mor og tiltalte delte samme seng. Under det tilrettelagte avhøret beskriver hun hendelsesforløpet med ord og kroppsspråk, og setter grenser får hvilken handling som er skjedd med at avhørsleder ikke får lede henne i hennes forklaring. Her er det fornærmede selv som spesifiserer handlingen, slik at det forekommer en avgrensning oppad mot seksuell omgang. Skillet mellom handlingsforskjellene blir mer synligere enn etter strl. 1902 og vil som i denne saken gi en mer konkret vurdering der hendelsesforløpet synliggjøres tydeligere i straffalternativene.

2.2.4 Konkurrens

For tilfeller der barnet under voldtekten utsettes for tvang eller voldsbruk eller av andre omstendigheter ikke kan motsette seg handlingen. Skal ikke strl. 2005 § 299 anvendes i konkurrans med den generelle voldtekstsbestemmelsen i strl. 2005 § 291.²⁰ Begrunnelsen er at strl.2005 § 299 skal dekke alle forhold som gjelder seksualforbrytelser mot barn, uavhengig av hvordan den seksuelle omgangen eller kvalifiserte seksuelle handlingen er oppnådd.²¹ Dette skiller seg fra tidligere praksis som fulgte av strl. 1902 § 195 med at der den seksuelle omgangen inneholdt større innslag av tvang eller vold eller hjelpeløs tilstand hos barnet, kunne § 195 anvendes i konkurrans med strl. 1902. § 192 første ledd andre punktum.

¹⁸ LF-2016-149977

¹⁹ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 244 og Matningsdal s.223

²⁰ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 243 og 438

²¹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 208

Ved at konkurransforholdet mellom strl. 1902 § 195 og § 192 første ledd andre punktum ikke er videreført, mener jeg er feil. Ved at strl. 2005 § 299 ikke skiller mellom voldtekt med tvang og frivillige forhold der barnet samtykker, kan det tenkes at ordvalget ”voldtekt” i overskriften over tid vil kan gi et mindre vern for å beskytte barn enn om man synliggjør tvangselementet ved seksualforbrytelsen. Her tenkes den fremtidig oppfatning generelt av hva en voldtekt er og ikke er, og med et mindre element av tvang eller vold som defineres som voldtekt, kan det tenkes at det allment gis en mindre alvorlige betydning enn hva en voldtekt anses som i dag. Gjeldende rett er at det skal lite til for at en voksen oppfyller voldsvilkåret ved utøvelse av tvang eller vold under en seksualforbrytelse mot barn under 14 år. Det vil være tilstrekkelig om barnet holdes fast eller klemmes inntil den voksne.²² For slike saker vil konkurransforhold med den generelle voldtektsbetemmelsen kan ha mye for seg ved å synliggjøre tvang eller voldselementet som gjør seksualforbrytelsen mer straffverdig.²³ Valget om å ikke viderefører konkurrans mellom strl.2005 § 299 og § 291 kritiseres også i juridisk litteratur. Her argumenteres det for at en ikke videreføring av konkurrans er ”preget av *begrepsjus*” og at konkurrans mellom § 299 og §291 ville markert at fornærmede av under 14 år, som viser til et straffeskjerpene moment.²⁴

2.3 Grov voldtekt

Ved ”*grov voldtekt*” av barn under 14 år kommer strl. 2005 § 301 første ledd første punktum til anvendelse. Ved vurdering av handlingen(s) objektive grovhet, må de ulike handlingsalternativene i andre ledd bokstav a til e ses i sammenheng med lovregelens første ledd første setning. Det er tilstrekkelig med oppfyllelse av et av handlingsalternativene for at voldtekten anses som grov.²⁵

2.3.1 Alternativ a) begått av flere i felleskap

Dette alternativet gjelder det som klassifiseres som gruppevoldtekt. At voldtekten begås i felleskap vil være graverende i seg selv, ved at de skyldige både voldtar og medvirker til hverandres voldtekt. Av Rt-2002-1210 fremgår klassifiseringen av gruppevoldtekt med at

²² Rt-1989-797 og Rt-2004-1035

²³ <http://stinesofiesstiftelse.no/index.php?artID=496> (lest 27.3.17)

²⁴ Magnus, Matningsdal. ”Norsk spesiell strafferett” førsteutgaven” 2010 s.199

²⁵ Matningsdal 2016 s.216

minimum to personer gjennomfører voldtekten. Eksempel til medvirkning kan være at to eller flere personer veksler mellom fastholding og utføringen av voldtekten av fornærmede.

2.3.2 Alternativ b) begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte

Dette handlingsalternativet er en videreføring av strl. 1902 § 195 bokstav b og ble inntatt ved lov av 22 mai 1992. 49. Hva som etter voldtektsbegrepet anses ”særskilt” smertefullt eller krenkende beror på en skjønnsmessig vurdering, blant annet på bakgrunn av fornærmedes alder og utrustning.²⁶

Vurderingen av hva som vil være ”særlig” smertefullt eller krenkende har trolig ikke endret seg over tid. Ved tilføyelsen av dette alternativet til strl. 1902 § 192 tredje ledd bokstav b),²⁷ ble det henvist til NOU 1991:13 s. 35 første avsnitt hvor det var gitt følgende uttalelse om seksuelle handlinger mot barn:

*”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”.*²⁸

Når voldtekten utføres særlig mot små barn som er lite fysisk utviklet, eller barn som er lite utviklet i forhold til alder, er disse mer utsatte for at samleie eller innføring av gjenstander i skjede eller endetarmsåpning oppleves mer smertefullt enn hos eldre mer fysisk utviklede barn. Voldtekt mot små barn er det særlig aktuelt av gjerningsmannen bruker fingrer eller gjenstander da et ordinært samleie vanskelig kan gjennomføres grunnet proporsjonaliteten, størrelsesforskjellen mellom barnet og den voksne.²⁹ Når en voldtekt skal karakteriseres som grov med grunnlag av at den gjennomføres på en særskilt smertefull eller krenkende

²⁶ Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd) s.112

²⁷ Lov av 11. August 2000 nr. 76

²⁸ NOU 1991:13 seksuelle overgrep mot barn- straff erstatning s. 35 og Matningsdal 2010 s.198

²⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s.34

måte, jf. strl. 2005 §301 bokstav b, er det helhetsinntrykket som vektlegges på bakgrunn av alder og utrustning hos barnet sammenholdt med handlingens grovhet generelt.³⁰

Alder og utrustning hos fornærmede er tungtveiende argumenter ved bedømmelsen av handlingens grovhet med at barnet utsettes for fysiske skade under samleie eller om det brukes gjenstander. Eksempel på grove seksuelle handlinger følger av der en mann ble dømt til 17 års forvaring etter strl.1902 for voldtekter mot fem fornærmede. For denne framstilling trekkes bare de særegne trekkene ved voldtektene mot fornærmede B, en 17 års gammel jente.

Fornærmede slet med rusproblemer da hun flyttet inn hos tiltalte. Ved innflytningen begynte tiltalte å ”*sette skudd*” på henne, samtidig som han hadde truende og manipulerende atferd. Hendelsene som trekkes frem som særlig smertefull følger av et videoklipp der fornærmede hadde vært bevistløs og tiltalte gjennomførte et samleie, samt innføring av en Mag-Lite lommelykt i skjede og en dildo i endetarmsåpningen samtidig. Underbyggende for vurderingen av at fornærmede ble påført smerte er at i videoklippet under samleiet utstøtte fornærmede et skrik, sannsynlig ”*utløst av smerte*” men tiltalte fullbyrdet likevel samleiet.

Retten legger til grunn at handlingene utført mot fornærmede hadde fremstått som særdeles sadistiske og innføringen av gjenstander i skjede og endetarmsåpning kun var gjort for å påføre smerte og krenkelse. Med at hun også hadde vært bevistløs under voldtekten og ikke kunne motsette seg handlingen, vil dette være moment som danner et helhetsinntrykk av handlingens krenkelse mot B. Mot små barn som utsettes for voldtekt, er det nærliggende at det i større grad enn hos voksne eller eldre barn ikke er i stand til å motsette seg handlinger som voldtekten utgjør. Selv om det ikke forekommer bruk av rus eller bevisstløshet mot små barn, er de mer eksponert for utnyttelse av tillitsforhold eller bruk av tvang. Ved bruk av tvang, skal et vesentlig mindre tvangselement legges til grunn som tvang enn tilsvarende tvang mot voksne. Således vil elementene i handlingen mot barn, særskilt små barn gjøre at det skal mindre til for at helhetsinntrykket av voldtekten utgjør at handlingen skal anses som grov, jf. strl. 2005 § 301 bokstav b.

Et annet eksempel der et barn utsettes for ”*særskilt*” smerte og krenkelse følger av Rt-2003-1455. Her ble en jente på 15 år mishandlet og voldtatt i over 4 timer av en jentegjeng. Etter innledende mishandlingen av fornærmede, ble hun kommandert til å kle av

³⁰ Ot.prp. nr. 20 (1991-1992) s.67

seg og voldtekten ble utført ved bruk av en trepinne på 2x2 diameter og småsteiner. Det fremgår som klart at den innledende mishandlingen og voldtekten samme kveld må ses i sammenheng utfra en helhetsvurdering. Når fornærmede tillot gjerningspersonene å innføre en trepinne og steiner i skjeden, samt frivillig innføre disse selv, bygger medgjørligheten på at hun ikke turte gjøre motstand på bakgrunn av forutgående mishandling. Dette underbygger at voldsbruken tidligere på kvelden ikke kan ses vekk fra ved vurdering av voldtekten.

Denne saken bygger på flere elementer og isolert sett vil disse elementene bortsett fra strl. 2005 § 301 bokstav a ” *begått av flere i felleskap*” ikke ført til at voldtekten ville vært ansett som særdeles grov, jf. bokstav b. Men når disse er utført samlet slik som voldtekten i Rt-2003-1455 vil handlingene i en helhetsvurdering samlet vurderes som grovere.

2.3.3 Alternativ c) og d) fornærmedes alder på handlingstidspunktet og om det har skjedd gjentatte overgrep

Disse handlingsalternativene følger av strl. 2005 § 301 første ledd bokstav c og d og erstatter strl. 1902 § 195 andre ledd bokstav c. Handlinger som gjorde seg gjeldene etter strl. 1902 § 195 andre ledd bokstav c, var de som var ” *foretatt overfor barn under 10 år*” og det hadde ” *skjedd gjentatte overgrep*”. Vedrørende alder og gjentakelse følger det av Ot. prp. 20 (1991-1992) til strl. §195 siste avsnitt:

” ... har skjedd overfor et barn under 10 år og det har skjedd gjentatte overgrep. Har det skjedd flere overgrep, er det nok at ett av disse har skjedd mens barnet var under 10 år. Med gjentatte overgrep siktes til flere faktiske overgrepssituasjoner; om det i strafferettslig forstand foreligger én (fortsatt) forbrytelse, skal ikke tillegges vekt i denne sammenheng. Vilkåret om at det må ha skjedd gjentatte overgrep knytter seg til samme gjerningsmann, siden bestemmelsen tar sikte på å få fram den økte straffverdighet i at vedkommende forbryter seg på nytt.”³¹

Endringen som fremgår av strl. 2005 § 301 bokstav c og d i forhold strl. 1902 § 195 bokstav c er ment for at man skal kunne vurdere bredere om forholdet skal anses som grovt. Det følger av Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s. 443 at i saker som gjelder forhold som gjelder tilsvarende strl. 1902 § 195 bokstav c, bør forholdet alltid vurderes som grovt. Denne grensen er imidlertid utvidet med endringen slik at dersom en 11 åring blir utsatt eller om det forekommer

³¹ Ot. prp. 20 (1991-1992) s.66 (Til strl. § 195 siste avsnitt)

kun et svært alvorlig overgrep mot et lite barn, kan strl. 2005 § 301 bokstav c eller d benyttes sammen eller enkeltvis for at forholdet vurderes som grovt.

Det følger av Høyesterettsdom Rt-2009-1412 hva som er avgjørende som straffeskjerpene ved gjentatte overtredelsen over tid i ”... *skjerpene retning at det er tale om overgrep ved seks ulike anledninger over en periode på ca. to år.*” Dette bygger på at ved gjentakelse eller vedvarende forhold er straffverdighet ikke bare enkelthandlingenes grovhet, men at det forekommer gjentatte overgrep med varighet over tid, jf. Rt-2004-844 avsnitt 13 som øker straffverdigheten. Sistnevnte dom gjelder vold i nære relasjoner, men vil klart ha likhetstrekk med seksualforbrytelser når det kommer til de psykologiske skadevirkningen som kan påføres fornærmede, jf. Rt-2010-85 avsnitt 15.

2.3.4 Alternativ e) fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på kropp eller helse

Straffbarhetsvilkåret som følger av strl. 2005. § 301 bokstav e samsvarer med bestemmelsen i strl. 2005 § 293 andre ledd bokstav c. Begge alternativene gjelder grov voldtekt der voldtekten er årsaken til alvorlige følger med at fornærmede ”*dør eller betydelig skade på kropp eller helse*”, og etter andre punktum ”*seksuelt overførbar sykdom*” som alltid skal regnes som en betydelig skade. For strl. 2005 § 301 bokstav e skal anvendes er det nødvendig at voldtekten dekkes av forsetteskravet som følger av grov voldtekt i § 301 bokstav a til d, men det er tilstrekkelig for skyld etter bokstav e at det foreligger uforsettlig uaktsomhet som følger av strl. 2005 § 24.³²

For vurdering om det forekommer en uforsettlig følge som er uaktsom, jf. strl. 2005 § 24, må det gjøres en konkret vurderingen. Denne bygger på om gjerningen er grov, og om gjerningsmannen har utvist vanlig uaktsomhet.³³ Den tidligere skyldgraden etter strl. 1902 lett eller simpel uaktsomhet ”*culpa levissima*” er ikke videreført, men uaktsomheten vil være en del av vurderingen dersom handlingen anses grov.³⁴

³² Matningsdal 2016 s. 252

³³ Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 4 utgave, opplag 1, 2015 s.299

³⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s 120

Ved anvendelse av § 301 bokstav e må det forekomme en årsakssammenheng mellom at fornærmede ”*dør eller får betydelig skade på kropp eller helse*” og voldtekten.³⁵ For at det skal forekomme en årsakssammenheng er det nødvendig at gjerningsmannens voldtekt er årsaken til at fornærmede enten døde eller ble påført en skade. For et slikt tilfelle vil den strafferettslige årsakssammenheng bygge på betingelsesteorien, med at skaden ikke kunne oppstått uten at det forekom en voldtekt utført av gjerningsmannen.³⁶

Eksempel i rettspraksis på at fornærmede dør som følge av voldtekten fremgår av Høyesterettsdom Rt-1960-861. Her hadde en 28 gammel mann voldtatt en 14 år gammel jente med døden til følge. Dødsårsaken var enten at hun ble kvelt med bruk av voldshandlinger under basketak med tiltalte eller at han strammet et halstørkle hun hadde rundt halsen ved fullbyrdelse av voldtekten.

Det vil i en slik sak være relativt klart at fornærmede ikke hadde død om ikke den tiltalte hadde handlet slik han gjorde. Således forekommer det en klar årsakssammenheng mellom voldtekten og at fornærmede avgikk ved døden. Voldtekten utgjorde i seg selv en grov handling med at den ble utført mot en ung person og ble gjennomført med bruk av vold. Når handlingen inneholder skjerpene momenter som utgjør at en handling er grov, skal det forholdsvis lite til for at tiltalte har opptrådt uaktsom i forhold til følgen, for dette tilfelle voldtekt med døden til følge.

For at det skal foreligge en betydelig skade på kropp og helse vurderes dette etter kriteriene for betydelige skade som følger av strl. 2005 § 11. Her sondres det mellom fem typer skader og opplistingen av skader, jf. første ledd er uttømmende. Det første vilkåret for at det forekommer en skade av betydning er ”*tap eller vesentlig svekkelse av sans*”, og omfatter syn, hørsel, taleevne, smak og luktesans. Det andre er ”*viktig organ eller en viktig kroppsdel*”, som viser til vanførhet, tap eller svekkelse av forplantningsevner og ervervsudyktighet. Det tredje er ”*vesentlig vansirethe*”. Det fjerde er ”*livsfarlig eller langvarig sykdom*”, og vil gjelder tilsvarende strl. 2005 § 301 bokstav e andre setning om seksuelt overførbare sykdommer. Det femte er ”*alvorlig psykisk skade*”.

³⁵ Matningsdal 2016 s. 217-218

³⁶ Eskeland s.195

Når et barn utsettes for seksualforbrytelser kan det forekomme tilfeller der barnet utsettes for voldshandlinger for å utføre den seksuelle handlingen. For slike tilfeller kan det oppstå fysiske skader ved at barnet blir holdt fast, slått eller sparket til medgjørighet. Slike skader vil som regel ha en relativt kort og lite problematisk skadeforløp og vil som regel leges innen kort tid. Andre fysiske skader barn kan utsettes for ved seksuelt samleie eller seksuell omgang, er at det forekommer skader på underlivet eller endetarmsåpning. Spesielt små barn er utsatt for at inntrenginger påfører skader i underlivet ved at vagina eller endetarmsåpning sprennes eller perforeres. Skader på endetarmsåpning er hyppigere enn skader på vagina, med felles begge typer skader er at de påfører fornærmede store påkjenninger, og det tar som regel flere år før skaden leges. Ved seksuell omgang som oralsex vil skader kunne forekomme ved at tenner skades, men det er noe usikkert om skader på tenner skyldes rent fysiske forhold eller en psykologisk årsak ved endret spisemønster eller spiseforstyrrelse. Når det kommer til ”*alvorlig psykisk skade*”, jf. strl. 2005 § 11 vil det ved voldtekt av barn kunne forekomme mange og kompliserte skade eller sykdomsforløp. Psykosomatiske skader opptrer hyppig blant barn og vil være alt fra søvn og spiseproblemer til stiv nakke, hodepine, ryggsmarter og underlivssmerter. For voldtekt der gjerningsmannen for sædutløsning på barnets kropp, kan det forekomme i ettertid at barnet føler en urenhets som fører til at barnet isolerer seg og overdreven vask. Selvdestruktiv adferd som prostitusjon og rusmisbruk er miljøer som er overrepresentert av personer som har vært utsatt for en seksualforbrytelse som barn. Psykiske skader kan være ”...*depresjon, angst, konsentrasjonsvansker, læreproblemer, skyldfølelse, selvforakt, regresjon, tilbaketrekning, forvirring, psykose, aggresjon, sorg, seksualisert atferd, problemer med kjønnsidentitet, problemer i forhold til andre barn og voksne mv.*” De psykiske skadene kan forekomme lang tid etter at barnet har vært utsatt og kan vise seg som avvikende atferd ved inngåelse av samlivsforhold eller ved omsorg for egne barn.³⁷

For at det skal forekomme en ”*livsfarlig eller langvarig sykdom*”, jf. strl. 2005 § 11 vil det etter en allmenn språklig forståelse tolkes ”*livsfarlig*” med at det er nærliggende at sykdomsforløpet kan få et dødelig utfall. Med ”*langvarig*” tolkes det til at sykdomsforløpet varer over en vesentlig tid, det følger av Rt-1928-631 at fire måneder er tilstrekkelig. Det at det forekommer en ”*sykdom*”, jf. strl. 2005 § 11 vil ikke følge av en allmenn oppfattelse av en sykdom. Det følger av Rt-1971-1194 at ”...*ordet sykdom omfatter enhver patologisk tilstand som gjør legebehandling påkrevd, - ikke bare hva man i vanlig språkbruk vil betegne som*

³⁷ Ot.prp.nr.20 (1991-1992) s.10-12

sykdommer.” For barn som utsettes for voldtekt vil det som nevnt ovenfor kunne forekomme somatiske og psykisk skader som kan oppstå hver for seg eller sameksisterende, og dersom det er nødvendig å oppsøke legebehandling på grunn av tilstanden og tilstanden varer over tid, vil vilkåret om ”*betydelig skade på kropp og helse*”, jf. strl. 2005 § 301 bokstav e være oppfylt.³⁸

Hvis barnet utsettes for ”*seksuelt overførbar sykdom*”, jf. strl. § 301 andre setning skal sykdommen alltid regnes som ”*betydelig skade på kropp og helse*”, jf. første setning. Av rettspraksis fremgår det tilfeller der barn er blitt smittet av sykdom, men som oftest av mindre kompliserte sykdommer som klamydia. I Rt-2004-1902 ble en 15 år gammel jente smittet under voldtekt av tre personer. Her fremgår det i avsnitt 18 som ett skjerpene moment at hun ble smittet av en seksuelt overførbar sykdom, men ved at sykdommen var lett kurerbar utgjorde momentet med smitten en mindre alvorlighetsgrad. Ved en vurdering av alvorlighetsgraden trekkes det frem at de tiltalte ikke viste om at de var smittet, men grunnet sin generelle seksuelle atferd visste at det forelå en mulighet for at det. Et annet tilfelle der det forekom smitte også av klamydia følger av LB-2013-126641 der en mann på 23 år gjennomført samleier og seksuell omgang med en jente på 13 år og 6 måneder. I denne saken ble det holdt ”*overveiende sannsynlig*” at tiltalte visste at han var smittet av klamydia.

Ved smitte av en seksuelt overførbar sykdom er det nærliggende at forholdet som voldtekten utgjør vil være mer belastende på fornærmende enn om det ikke forekom en smitte. Det er nærliggende at det kan oppleves som skamfullt å gjennomføre behandling, men også det følelsesmessige med å vite at noen har påført deg en sykdom. Det vil også ved alvorlige seksuelle overførbare sykdommer kunne føre til fremtidige livsstilsendringer, og påfører den smittede store vansker ved opprettholdelse at et normalt seksualliv i samliv i voksen alder.

2.4 Avtale møte med barn for å begå seksuell handling

Straffeloven 2005 § 306 er en videreføring av strl. 1902. § 201 a. Vilklårene for at det skal kunne ilegges straff er at det forekommer et ”*avtalt møte*” med ”*barn under 16 år*”, der det foreligger ”*forsett om å begå en handling med barnet*”, jf. §§ 299 – 304, § 305 bokstav b eller § 11 første ledd bokstav a. Den voksne må være ”*kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas*”.

Avtalebegrepet skal tolkes vidt og det avgjørende for om det foreligger en avtale er den forventning den voksne gjerningsmannen har til å møte barnet til avtalt tid og sted, og det er ikke avgjørende om stedet for avtalen er på en offentlig plass eller hjemme hos partene. Om avtalen kommer i stand på grunnlag av initiativ fra barnet selv, gjerningsmann eller tredjeperson er uten betydning. Det avgjørende er at det foreligger en avtale til å møtes og partene er innerforstått med avtalen.³⁹

Straffansvaret etter § 306 inntreffer først når gjerningsmannen er kommet frem eller iakttar møtested som er avtalt på forhånd med barnet eller tredjeperson. Avtaler om å møtes for å begå seksuelle handlinger med et barn er ofte inngått via internettkontakt ved bruk av «chat».⁴⁰ Med at også iakttagelse av møtestedet er regulert med et straffeansvar, vil lovregelen være tilpasset at gjerningsmannen kan opptre varsomt eller observerende ved det første personlige møte. Tenkelig eksempel på en situasjon der gjerningsmannen iakttar et møtested der barnet er spesielt utsatt, vil være om møtestedet er hjemme hos barnet. For et slikt tilfelle behøver ikke gjerningsmannen nødvendigvis møte til avtalt sted og tid, men på bakgrunn av iakttagelsen kan vedkommende ved en senere anledning velge å oppsøke barnet. For et slikt tilfelle vil spesielt barn av under 14 år være utsatt for at gjerningsmannen på bakgrunn av fysisk overlegenhet eller manipulerende atferd presser barnet til handlinger regulert i strl.2005 §§ 299 -301, § 305 bokstav b eller § 311 første ledd uten at det opprinnelige forsøket med møte hadde vært straffbart, dersom bare oppmøte på selve møtested var regulert med straffeansvar.

Når det foreligger ”*forsett om å begå handling*” retter dette kravet seg til forsøk på å oppnå seksuell kontakt med barn. Det stilles med andre ord samme forsettkrav som følger av strl. 2005 § 21. Vurdering vil være når den tiltalte har oppfylt forsøkskravet ved å inngå en avtale for å begå en seksualforbrytelsen, og har kommet fram eller observerer møtestedet. Grunnlaget for forsettet bygger på det straffbare forsøk, jf. strl. 2005 § 16 til begå en seksuell handling.

³⁹ Ot.prp.nr.18 (2006- 2007) Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.) s.30

⁴⁰ Andenæs, John. *Spesiell strafferett og formueforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Opplag 3, 2011 Universitetsforlaget. s.165

Ved vurdering om det forekommer overtredelse av § 16 første ledd må to vilkår være oppfylt. Den tiltalt må ha ”forsett om å fullbyrde et lovbrudd” og ”foretar noe som leder direkte mot utføringen”. Utslagsgivende for at det foreligger et forsett, er at gjerningsmannen legger til rette ved forsøk til en fullbyrdelse av å begå en seksuell handling.

Av Rt-2011-1455 fremkommer det eksempler på at forsøkskravet er oppfylt, selv om det i realiteten ikke var mulig at den tiltalte ville oppnå kontakt med barnet, en jente på 15 år. Barnet som tiltalte hadde kontaktet via et nettsted hadde varslet sin mor, som i sin tur valgte å opprettholde kontakten ved å utgi seg som datteren. Det kom i stand en avtale om tid og sted hvor de skulle møtes. Mor kontaktet politiet og opplyste om avtale og møtested. Tiltalte ble observert av politiet i det han iakttok møtested og ble pågrepet. Forsøket som tiltalte gjennomførte var i så måte utjenlig, men med å møte opp så hadde han foretatt en handling for å forsøke å oppnå seksuell kontakt. Dette viser til at det er de subjektive handlingene til tiltalte som vil være avgjørende for om det foreligger et forsøk.

I lagmannsrettsdom LF-2016-106879 ble tiltalte, en mann på 63 år dømt for og inngått en avtale om seksuell omgang med det han trodde var en 14 år gammel jente, men som i realiteten var en mannen bak Facebookgruppen ”*barnas trygghet*”. Dommen viser rekkevidden til strl. 2005 § 306, og vil trolig ikke samsvare med det man til daglig vil anse som et forsøk til en handling. Men som lagmannsretten påpeker er ”*rettsgode*” lovgiver har gitt barn sterkt, at forsøket til tiltalte på grunnlag av allmennpreventivhensyn mot seksualforbrytelser mot barn, var tilstrekkelig grunnlag for idømmelse av straff.

For at det skal foreligge et reelt forsøk på en overtredelse, må gjerningsbeskrivelsen om avtale og fremmøte være oppfylt. Dersom disse to elementene ikke er oppfylt, vil ikke den nedre grense for forsøk være oppfylt, jf. Rt-2015-1241. Her prøvde den tiltalte å få til en avtale om et møte, men ble avist og stanset av fornærmede. Således bygger ikke frifinnelsen på at det ikke forelå et reelt forsøk fra tiltalte på et møte barnet, men at det ikke forelå en avtale om et møte, og uten en avtale kan ikke straffbarhetsvilkåret ved å møte eller iaktta møtested være oppfylt.

Straffbortfall kan forekomme ved at gjerningsmannen, jf. strl. 2005 § 16 andre ledd ”*frivillig avstår å fullbyrde lovbruddet*.” For at det skal forekomme en ”*frivillig*” tilbaketreden fra forsøket, bygger dette på at handling gjerningsmannen har foretatt oppfyller grensen til et forsøk og det er oppstått et straffeansvar, men at dette bortfaller på grunnlag av den frivillige tilbaketreden.

Grunnvilkåret for at det skal forekomme straffrihet er at gjerningsmannen avslutter forsøket frivillig og ikke på grunnlag av subjektive forhold som anger eller redsel for å bli pågrepet. Vilåret vil heller ikke være oppfylt dersom forsøket avsluttes på grunnlag av hindringer, som eksempel at bussen kommer for sent til at gjerningsmannen er tidsnok til avtalen med barnet. For et slikt tilfelle ”avstår” ikke gjerningsmannen ”frivillig” fra at lovovertrædelsen med og ikke møte eller iaktta møtestedet for avtalen med barnet.⁴¹

Det kan forekomme tilfeller der det inngås en avtale mellom partene om å møtes, der de ikke har sett hverandre tidligere, et typisk tilfelle vil være internettkontakt. For et slikt tilfelle kan det være mulig at barnet har oppgitt uriktige opplysninger på egen alder, og det forekommer ingen klare holdepunkter for den voksne at oppgitt alder er uriktig ved inngåelse av et møte ble avtalt. Når så den voksne møter eller iakttagelse møtestedet og blir oppmerksom på at personen som skal møtes kan eller er under 16 år og straks forlater, vil det foreligge et straffriende tilbaketreden av det straffbare forsøket, jf. strl. 2005 § 16 andre ledd.⁴²

2.5 Seksuelt krenkende atferd mot barn

Der atferd krenker barnet seksuelt er disse handlinger regulert i strl. 2005 § 305. Det følger av bokstav a at den krenkende atferden kan utvises enten ved ord eller handlinger i nærvær av barn under 16 år. Dersom den krenkende atferden er utvist med bruk av tvang eller at gjerningsmannen lokker barnet til å utvise ”seksuelt krenkende eller annen uanstendig adferd” kommer rettsregelens bokstav b til anvendelse. Nytt med strl. 2005 er at det samme særskilte aktsomhetskravet som følger av strl.2005 §307, også gjelder tilfeller der barn utsettes for en krenkende eller uanstendig atferd.⁴³

Rettsregelen videreføring av strl. 1902 § 200 andre ledd andre punktum med en utvidelse med strl. 1902 § 201 første ledd bokstav c⁴⁴ og ved tolkningen må strl. 2005 § 305 ses i sammenheng med strl. 2005 § 298.

Hva som ligger i ordlyden ”seksuelt krenkende og uanstendig atferd” følger av samfunnets moraloppfatning av hva som krenker en persons ærbarhet.⁴⁵ Det vil være den generelle

⁴¹ Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s.415

⁴² www.rechtsdata.no, Norsk lovkommentar note 2192 til strl. 2005 § 306 av Magnus matningsdal (01.12.2016) (lest 18.mars 2017)

⁴³ Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s.446

⁴⁴ Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s.446

rettsoppfatningen av hvilke ord og handlinger som det ikke gis aksept til at barn utsettes for. Om barnet oppfattet ord eller handling som seksuelt krenkende har ingen betydning for straffbarheten ved å utvise den seksuelle atferden, men det vil likevel være et minstekrav at ord eller handling forstås av barnet.⁴⁶

Ved ord som krenker barnet seksuelt kan dette være så mangt og må vurderes ut i fra barnet alder og utvikling. Ord kan være rettet direkte mot et enkelt barn eller mot barn som en gruppe. Ord behøver nødvendigvis ikke uttrykkes verbalt for at strl. 2005 § 305 bokstav a skal komme til anvendelse. Det følger av Rt-2013-601 at også andre kommunikasjonsmidler, i dette tilfelle en SMS med innhold "*Ville du eg sko komma og pula dg?*" til en 15 år gammel jente førte til domfellelse etter strl. 1902 § 201 første ledd bokstav c. Ved ord som retter seg mot barn som en gruppe vil eksempel på ord som krenker barn seksuelt være den mye omtalte russesangen til russebusen "*Playboy 2017*".⁴⁷ Her inneholder sangteksten følgende: "*er du 13, er du med. Når du suger, så gå ned*". Her fremstiller sangen en seksualisering av barn på 13 år med at det skal være akseptert at et barn gjennomføre oralsex. Den seksuelt krenkende adferden følger av strl. 2005 § 305 bokstav a, jf. § 311 bokstav a "*fremstilling som seksualiserer barn*".

Der det forekommer en seksuell krenkende atferd på grunnlag av en handling ovenfor barn, vil dette være seksuell omgang mellom andre, blotting eller masturbering, klikking, fotografering og seksualiserte bevegelser. Handling som utføres med lett berøring som ikke oppfyller vilkåret for å være en kvalifisert seksuell handling, jf. strl. 2005 § 299 bokstav c, kan likevel oppfylle vilkåret som seksuelt krenkende, jf. strl. 2005 § 305 bokstav a. Det vil ved en vurdering om berøringen er seksuelt krenkende bygge på om handlingen er foretatt med seksuelt motiv. Underbyggende for at det må foreligge et seksuelt motiv ved handlingen følger av Rt-2003-1461. Her var det en stefar som hadde barbert bort kjønnehårene til en 10 år gammel jente. Bakgrunnen for barberingen var at jenta ønsket dette selv på grunn av tidlig utvikling. Det fremgikk ingen holdepunkter for at stefaren hadde utført handlingen med et seksuelt motiv, og dommen vektlegger at omsorgspersoner gis et "*visst rom for uforsiktig og klønete opptreden innenfor barns intimsfære, uten at det blir tale om straffbar uanstendig*

⁴⁵ Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) s.75

⁴⁶ Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) s.116

⁴⁷ www.nrk.no/sorlandet/takker-nei-til-russelatpenger-1.13424094 (lest 22 mars 2017)

atferd". Det er nærliggende at dette ville stilt seg annerledes dersom det ikke forelå et slik omsorgsforhold, og at handlingen uten omsorgsmomentet ville vært ansett som seksuelt krenkede. Eksempel på at handlingen har vært en krenkelse følger av HR-2016-1476-A. Her hadde en far masturbert seg selv under et pledd med tilstedeværelse av sin 14 år gamle datter ved ti anledninger. Ved et par anledninger hadde fornærmede observert tiltaltes penis med at pleddet ikke dekte tilstrekkelig, og fornærmede hadde bedt tiltalte om å stoppe. Enkelte ganger stoppet han og andre ganger ikke, med den begrunnelse av at det var deilig. Til forskjell fra Rt-2003-1461 er handlingene til den tiltalte her motivert av et seksuelt motiv og fremstår som lite akseptable at barn overværer.

Bestemmelsen i strl. 2005 § 305 er ikke tiltenkt å regulere berøring som skjer ved uhell, men vil regulere forhold der barnet under 16 år ikke eller har samtykket til den krenkende handlingen. Barn som tidligere nevnt kan ikke gi et straffriende samtykke til seksuelle handlinger, og må tolkes likt med krenkelser, med et forbehold at handlingen krenkelsen utgjør er seksuelt motivert.⁴⁸

For handlinger der gjerningsmannen "*tvinger*" eller "*forleder*" et barn til å utvise "*seksuelt krenkende*" eller "*uanstendig atferd*", og handlingen ikke regulert i en strengere bestemmelse, kommer Strl. 2005 § 305 bokstav b til anvendelse.

At noen tvinger barnet til å utføre en handling er nytt i forhold til Strl. 1902 § 200 andre ledd andre punktum. Hva som ligger i at man tvinger noen bygger på de sammen momentene som forekommer generelt ved bruk av trusler. Men for anvendelse av § 305 bokstav b vil det som oppnås med bruk av en trussel være mindre graverende enn de strengere bestemmelser om seksualforbrytelser mot barn.

Ved at noen forleder et barn til en seksuelt krenkende eller uanstendig atferd, vil typisk typetilfeller være at noen manipulerer barnet til utføring av selvkrenkende og uanstendig atferd. Alternativet "*forleder*" kan være at en voksen oppnår kontakt med barnet via internett, og får barnet til å kle av seg eller fremvise seg i en seksualisert karakter via web-kamera.⁴⁹

⁴⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s.116

⁴⁹ Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s.446

Seksualforbrytelser over internett med at gjerningsmannen forleder barnet til å utvise en seksuell krenkende atferd skiller seg fra andre typer overgrep eller voldtekt. Her er det ikke nødvendig med noen fysisk kontakt og gjerningsmannen kan nå barnet i det(s) eget hjemmemiljø. De fleste barn i dag benytter seg av ulike ”chattetjenester” over internett og vil trolig være den type seksualforbrytelser som flest barn er eksponert for å bli utsatt for og derfor være et viktig vern. Underbyggende for påstand bygger på uttales fra førstvoterende i Rt-2009-140 om at forhold over internett ”representerer en alvorlig trussel for mindreårige” og at det derfor er "god grunn til å markere alvorlet og behovet for rettsbeskyttelse gjennom straffenivået.”

2.6 Medvirkning

Hovedregelen for medvirkning følger av strl. 2005 § 15 at ”den som medvirker” til overtredelse av et ”straffebud”, kan dømmes for medvirkning ”når ikke annet er bestemt”. Vilkårene for når medvirkning er straffbart fremgår ikke av § 15, men vil i det vesentlige være tilsvarende tidligere praksis som fulgte av strl.1902.⁵⁰ Overtredelse av et straffebud vil ikke bare omfatte den som begår handlingen etter gjerningsbeskrivelsen, men også den som medvirker til handlingen.⁵¹ Begrepet medvirkning kan bare anvendes på handlinger som skjer forut, eller under selve hovedhandlingen.

Den som medvirker vil kunne straffes, selv om det ikke forekommer noen årsakssammenheng mellom medvirkende handling og gjerningspersonens fullbyrdelse.⁵² Straffeansvaret for medvirkning vurderes selvstendig i forhold til hovedhandlingen, men må ses i sammenheng med hovedhandlingen. Den som medvirker kan straffes dersom han forsto, eller burde forstått at handlingen som gjerningsmannen påbegynte eller gjennomførte var straffbar. Eller av den som medvirker avsto fra å stanse hovedmannen fra den straffbare handling.⁵³

Det følger av Rt-2010-1076 avsnitt 15 at det rettslige utgangspunktet er at passivitet ikke kan straffes som medvirkning. Men der den som har holdt seg passivt ”ved ord eller handling

⁵⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s.21

⁵¹ Eskeland s. 203

⁵² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s.197-198

⁵³ Eskeland s.204

viser tilslutning til lovbruddet på en måte som kan styrke gjerningsmannens forsett” vil det foreligge en psykisk medvirkning. Passivitetskriteriet ved unnlatelse må vurderes på bakgrunn av hvilke straffverdige hensyn unnlatelsen utgjør.⁵⁴ For tilfeller der barn blir utsatt for seksualforbrytelser vil foreldre har en klar plikt til å hindre disse. At en foreldre holder seg passivt eller unnlater å stoppe det seksuelle forholdet barnet utsettes for, vil være et straffverdig hensyn med en klar plikt til å ikke forholde seg passivt, jf. LE- 2011-035643 punkt 4.3.

Det vil forekomme tilfeller der flere deltar aktivt i gjennomføringen av en straffbar handling,⁵⁵ slik som ved ”*grov voldtekt*” av barn, jf. Strl. 2005 § 301 andre ledd bokstav a: ”*begått av flere i fellesskap*”. For slike tilfeller oppfyller samtlige deltakere gjerningsbeskrivelsen og medvirker til hverandre hverandres voldtekt.

I lagmannsrettens dom LE-2011-035643 (alvedal-saken) ble to menn og to kvinner dømt for seksuelle overgrep mot fire barn i alderen 7 til 13 år. For redegjørelse av medvirkning til seksualforbrytelser mot barn, vil bare forholdet til foreldreparet C og D trekkes fram. Verken C eller D ble funnet skyldig i selv å gjennomført seksuelle overgrep mot egne barn. Foreldreparet hadde et rusmisbruk som førte til omsorgssvikt ved den daglige omsorgen for sine egne to barn. Noe som førte til at barna oppsøkte A og B for mat og lignende. Ved at barna oppsøkte A og B, legges det til grunn av de første seksuelle overgrepene ble gjennomført når barna var 11 år og 7 måneder og 8 år og 8 måneder. Forskjellen med barna fra de to familiene var at barna til A og B var «*opplært og tilvendt til seksuell omgang med voksne, slik at det ikke var nødvendig med vold eller trusler*»,⁵⁶ mens barna K og L motsatte seg de seksuelle overgrepene. Det uttales følgene om medvirkningen til foreldreparet C og D:

«Begges medvirkning har skjedd på en særlig krenkende måte ved at det har vært flere til stede. Selv om de ikke har brakt barna til B og A, er det sterkt skjerpende at de lot barna oppholde seg på et sted hvor de visste at det var nærliggende at barna ville bli misbrukt. Barna var da uten vern mot Bs og As tilbøyeligheter. Det er et grovt svik av barn som også ellers var utsatt for en massiv omsorgssvikt.»

⁵⁴ Eskeland s.209

⁵⁵ NOU 1992:23 Ny straffelov - alminnelige bestemmelser
Straffelovkommisjonens delutredning V kap. 3.1.

⁵⁶ LE-2011-035643 kap. 4.1.

Forelder C ble funnet skyldig i medvirkning til voldtekt uten samleie, likestilt seksuell omgang med at det ble gjennomført masturbasjonslignende handlinger og slikking av det ene barnets kjønnsorgan. Medvirkningens karakterer besto i at hun holdt seg passivt til overgrepene mot barna, og verbalt og fysisk hindret barna å forlate. Forelder D medvirket til voldtekt med samleie, noe som vurderes som overgrep som vil være de mest skadelige, jf. Rt-2011-238 avsnitt 13. De voldtektene D medvirket til fremstår som de mest krenkende med at de ble dokumentert med foto og film.

Det at foreldrene passivt iakttar voldtektene underbygger at de gir aksept og tilslutning. Når C verbalt motiverer eller fysisk stopper barna i å forlate, har foreldrene psykisk medvirket, jf. Rt-2010-1076 avsnitt 15 til A(s) gjennomføring. Her hadde begge foreldrene kunnskap om at A utsatte barna for overgrep, men allikevel unnlatt de adekvate tiltak for at handlingene skal opphøre. Ved voldtekt av barn bygger skyldkravet på forsett jf. Strl. 2005 § 21, og med at foreldrene unnlatt å hjelpe barna yter de en forsettlig medvirkning til at A kunne gjennomføre voldtektene.

2.7 Alder og utvikling

2.7.1 Innledning

Det følger av strl. 2005 § 308 at straffebortfall eller straff satt under minstestraft, kan forekomme dersom partene er av ”*jevnbyrdig alder og utvikling*”. Dette er en videreføring av vilkårene som fulgte av strl. 1902 § 195 fjerde ledd, § 196 fjerde ledd, § 200 fjerde ledd, - jf. § 196 fjerde ledd og § 201 a tredje ledd.⁵⁷

Her vil det gjøres en oppdeling. Her i kapittel 2 vil fokuset være vilkårene av strl. 2005 § 308, mens det i kapittel 3 vil ses nærmere på utmåling av straff dersom bare det ene vilkåret er oppfylt.

Vilkårene ”*alder*” og ”*utvikling*” er kumulative, slik at begge må være oppfylt for straffbortfall eller straff under minstestraft idømmes den tiltalte.⁵⁸ Det fremgår ikke av ordlyden til strl. 2005 § 308 nærmere hva som skal til for oppfyllelse, slik at det er nødvendig å se til forarbeider og rettspraksis for en nærmere utfylling. For å forklare vilkårene vil de nærmere behandles først hver for seg, deretter samlet i en helhetsvurdering.

⁵⁷ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 446

⁵⁸ Rt-1964-122, Rt-1965-939, Rt-1974-746, Rt-1994-1000 og Rt-2003-442

2.7.2 Alder

Det rettslige utgangspunktet er at retten kan frikjenne den tiltalte ved forholdsvis ”*små aldersforskjeller*”, jf. Rt-1974-746. Hva som regnes som små forskjeller i alder har imidlertid utviklet seg over tid og vil være en skjønnsmessig vurdering i hver enkelte sak. I Rt-1974-746 ble en aldersforskjell på 3 og 6 måneder med en 13 år gammel jente ansett for stor,- jf. strl. 1902 § 195. Mens det i Rt-2011-1428 aksepteres en aldersforskjell på 3 år og 2 måneder der fornærmede var 13 år og 5 måneder, men dette ”...*ligger i øvre sjikt av hva som kan godtas som jevnbyrdighet i alder*”. Vurderingen av alder mellom partene bygger ikke bare på den faktiske aldersforskjellen mellom dem, men også i forhold til hvilket alderstrinn partene tilhører.⁵⁹ Som det fremgår av Rt-2003-442 skal det ikke praktiseres et klart skille mellom om fornærmede er over eller under 14 år, men kan være ”... *grunn til å akseptere noe større aldersforskjeller når fornærmede er over 14 år, enn når vedkommende er under 14 år.*”⁶⁰

Det er altså ikke bare den faktiske aldersforskjellen mellom partene, men også alderstrinnet de befinner seg på. Eksempel fra rettspraksis på at alderstrinnet til partene gir et ulikt resultat ved vurdering av ”*jevnbyrdig alder*” følger av Rt-2013-734 og Rt-2011-1428. I 2013 saken ble ikke vilkåret om ”*jevnbyrdig alder*” oppfylt med en aldersforskjell på 3 år og 3 måneder, der fornærmede var 12 år og 9 måneder. Mens det i 2011 ble akseptert eller aldersforskjell på 3 år og 2 måneder når fornærmedes alder var 13 år og 5 måneder. Forskjellen i resultatet kan rent alminnelig framstå som urimelig, men sett utfra alderstrinnet for de to fornærmede fremstå som mer rimelig. Det er nærliggende at det kan ha skjedd store forskjeller på et barn i slutten av 12 års alderen og et barn som er nærmere 14 år. Således vil alderstrinnet som partene tilhører være av avgjørende rolle for hvor stor forskjell som aksepteres.

2.7.3 Utvikling

Aldersvurderingen er som nevnt overfor en skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak, og det er ikke usannsynlig at det kan komme tilfeller der det aksepteres en større aldersforskjell. Som det fremgår av Rt-1994-1000 må aldersvurderingen ses i sammenheng ”... *til partens utvikling ved vurdering av hvor stor aldersforskjell som kan godtas*”. Derav vil det ikke være hensiktsmessig å ha et klart skille mellom over og under 14 år, jf. Rt-2003-442 avsnitt 11.

⁵⁹ Rt-2015-1089 avsnitt 22

⁶⁰ Rt-2003-442 avsnitt 11

Med at retten kan forta en selvstendig vurdering av ”*jevnbyrdig alder og utvikling*”, uten å begrense sin vurdering utfra om fornærmede er over eller under 14 år.

Ved vurdering av utvikling hos partene, skal både den fysiske og psykiske utviklingen være avgjørende.⁶¹ Her vil utviklingsnivået både hos fornærmede og tiltalte være avgjørende om de oppfattes som jevnbyrdig utviklet eller ikke. Når det foretas en vurdering av jevnbyrdighet i forhold til utvikling, vil grunnlaget i utviklingsvurderingen være hvor stort avvik i aldersforskjell som aksepteres av retten at det er mellom partene.⁶²

Hva som kan danne grunnlag for utviklingsnivået hos en part kan være forskjellig. For den fysiske utviklingen kan det tenkes generelt, at fremtoning i form av kroppsfasong og holdning eller stadiet i puberteten synliggjør hvor i aldersutviklingen parten er. Den psykiske utviklingen vil trolig ikke være like fremtredende som den fysiske, men kan trolig konstatere mer presist hvilket fase i utviklingsnivå parten befinner seg på i forhold til alder. Psykisk utvikling kan bero på mange faktorer, der avvik fra normal aldersutvikling kan være alt fra lettere til alvorlig psykisk utviklingshemming, psykisk sykdom eller avvik av kognitiv art. Samlet sett kan både fysiske og psykiske utvikling vurderes utfra miljømessige hensyn. Her vil faktorer som felles venner og omgangskrets eller en annen relasjon mellom partene gi holdepunkter om de er på samme utviklingsnivå.⁶³

Eksempel fra rettspraksis på at alderesvilkåret er oppfylt men ikke utviklingsvilkåret følger av LG-2016-84522. Her var fornærmede 13 år og 8 måneder og tiltalte 16 år og 2 måneder. En aldersforskjell på 2 år og 6 måneder, tidligere Høyesterettspraksis har akseptert et større avvik i alder som ”*jevnbyrdig alder*”.⁶⁴ Men spørsmålet i denne saken var om det forelå en ”*aldersadekvat utvikling*”. Bakgrunnen for at dette var et tema i vurderingen var ikke rent fysiske forskjeller mellom dem. Det fremgår at fornærmede var liten og spedbygd, men ikke utfor normalavviket i forhold til alder. Derimot når det gjaldt den psykiske utviklingen viste det seg at fornærmede hadde store utfordringer. I skolesammenheng var hun tildelt en personlig assistent. Bakgrunn til dette var diagnosen ADHD, store lærevansker og ”*alvorlig*

⁶¹ NOU:1997:23 Seksuallovbrudd - Straffelovkommisjonens delutredning VI s.50 og Rt-2003-442 avsnitt 9

⁶² Rt-1994-1000 s.1001

⁶³ Rt-2004-442 avsnitt 12

⁶⁴ Rt-2011-1428

svekket funksjon på flere områder". Ved rettens vurdering av fornærmedes utvikling og modenhet bygger denne til dels på assistentens uttalelser. Her fremgår det at fornærmede har store vansker med å forstå "sosiale koder" og bli akseptert av jevnaldrende. Når det kommer til modenhet i forhold til alder er oppfatningen at fornærmede ligger noen år etter jevnaldrende. Dette underbygges av tiltalte, med at han syntes fornærmede fremsto som barnslig og ikke som alle andre. Forholdet dem i mellom er at tiltalte ikke ønsket kontakt og at det ikke var noe nært forhold. Tiltalte på sin side fremsto som aldersadekvat. Retten kommer fram til at skillet er for markant i den psykiske utviklingen og modenhet, at vilkåret om jevnbyrdig utvikling er oppfylt.

Valget om å gi en mer utfyllende redegjørelse av overnevnte sak, er at den belyser godt de skjønsmessige elementene retten tar til vurdering av om det foreligger en jevnbyrdig utvikling. Det kan tenkes dithen at vurdering av oppfyllelse av utviklingskriteriet ville stilt seg annerledes dersom partene tilhørte samme omgangskrets, slik som i Rt-2004-442. Et annet moment er at tiltalte selv uttrykker at fornærmede fremstår som barnslig. Noe som kan tyde på at han selv anser de å være på et ulikt utviklingsnivå, selv om de aldersmessig er relativt like. Vurderingen retten gjør av utviklingskriteriet bygger på helhetsinntrykket av hvordan partene reelt fremstår i forhold til hverandre. Et viktig moment i en slik vurdering er hvordan en partene fremstår utad. Her vil observasjoner av tredjepersoner, slik som assistenten være en viktig bidragsgiver som danner grunnlaget for rettens vurdering.

2.7.4 Helhetsvurdering

For anvendelse av strl. 2005 § 308 må partene ha gjennomført en seksuell handling som i realiteten er straffbar, men dersom begge vilkårene er oppfylt vil føre til at tiltalte "kan" frifinnes.⁶⁵ Når partene er jevnbyrdige i alder og utvikling har forholdet ingen straffverdighet, ettersom seksuallovgivningen er til for å verne barnet mot utnyttelse fra voksne, ikke at barn og unge utforsker egen seksualitet frivillig.⁶⁶ Selv om "alder og utvikling" er kumulative vilkår, vil vurderingen bygge på hvor stor aldersforskjell som kan aksepteres.

Aldersforskjellen som aksepteres for oppfyllelse av begge vilkårene når fornærmede er tett

⁶⁵ Matningsdal 2010 s. 208

⁶⁶ Ot. prp.nr. 28 (1999- 2000) s.57

inntil 14 år er i dag 3 år og 6 måneder.⁶⁷ Den laveste alderen som ført til fullstendig straffbortfall er i Høyesterett 13 år og 8 måneder når tiltalte var 16 år og 6 måneder.⁶⁸ Hvor lav alder hos fornærmede som blir akseptert som jevnbyrdig i alder og utvikling dersom tiltalte akkurat er fylt 15 år, jf. 2005 § 20 bokstav a kan vanskelig besvares.

Noe veiledning kan dog komme fra Rt-2013-734. Her besto forholdet av for stort preg av utnyttelse når tiltalte var 16 år og de to fornærmede var 12 år og 9 måneder og 13 år og 5 måneder.

Et annet moment av mer prosessuell karakter som jeg mener har stor betydning for riktig anvendelse av strl. 2005 § 308. Er at det benyttes tilrettelagt avhør som vitneuttalelse under hovedforhandlingen. I utgangspunktet er det positivt at barnet under 16 år vernes og ikke møte personlig, men i saker der skyldspørsmålet skal vurderes utfra alder og utvikling kan dette gi et noe uriktig bilde av alder og utviklingsforskjellen mellom partene. Det tilrettelagte avhøret er gjerne tatt relativt kort tid etter det seksuelle forholdet og senest 1 uke etter anmeldelse⁶⁹ Men når retten møter tiltalte under hovedforhandlingen er det gjerne lengere i ettertid. Problemstillingen nevnes av mindretallet i LA-2016-84522 og at dette må tas hensyn til. Men det vil likevel være tilfeller der det kan ha skjedd store forandringer hos tiltalte i eksempel pubertet på veldig kort tid.

3 Straffeutmåling

3.1 Innledning

Ved domfellelse for en forbrytelse skal domstolen avgjøre en passende straff. Avgjørende for den utmålte straffen i den enkelte sak vil bygge på: ”Hvilken strafferammer gjelder, hvilken momenter er relevante ved utmålingen, i hvilken retning trekker det enkelte moment og hvor stor vekt skal momentene tillegges i forhold til hverandre”.⁷⁰ Generelt skal en straff være

⁶⁷ Rt-1994-1000 s.1001, Rt-2015-1089 avsnitt 23, og www.rechtsdata.no, Norsk lovkommentar note 2198 til strl. 2005 § 308 av Magnus matningsdal (01.12.2016) (lest 3. april 2017)

⁶⁸ Rt-2003-442

⁶⁹ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) 05.1981 nr.25, §239,jf. § 239 e første ledd.

⁷⁰ Eskeland s 422.

innenfor den gitte strafferammen, men det kan være ulike hensyn som ved en vurdering avgjør for eller i mot hvor lang straff som idømmes.

Straffens strenghet gjenspeiler gjerne hvor lang tid en straff blir fastsatt til, men også hvilken type straff. Det klart strengeste straffen er forvaring etterfulgt av ubetinget fengsel, samfunnsstraff, ungdomsstraff, betinget fengsel, ubetinget bot, påtaleunntatelse og straffutmålingsutsettelse.⁷¹

3.2 Overordnede hensyn

Når domstolene står ovenfor et valg hvilken straff som skal utmåles i den enkelte sak, vil det være noen grunnleggende verdier domstolen må eller bør ivareta. Det er særlig tre hensyn: individuell- og allmennprevensjon, forutberegnelighet og likebehandlingsprinsippet.⁷² Når domstolen står ovenfor vurderingen og vektleggingen av ulike verdihensyn i straffeutmåling, vil resultatet bygge på ett eller flere av disse grunnleggende hensynene i mer eller mindre grad. Vektleggingen vil variere i hver enkelt sak, med at hensynene vil begrense hverandre. Det kan eksempel være at prevensjon begrenses mot forutberegnelighet eller likhetsprinsippet, at like forhold behandles likt.⁷³

3.3 Handlingens objektive grovhet

Innen straffeutmåling vil handlingens objektive grovhet være av betydning.⁷⁴ Strafferammen ved voldtekt av barn under 14 år er fengsel inntil 10 år, jf. strl. 299 første ledd. For tilfeller der voldtekten er utført med samleie heves straffenivået, jf. strl. § 300 første ledd med en minstestraft på 3 år og øvre strafferamme til 15 år. For ”*grov voldtekt*” heves ytterligere strafferammen til fengsel i 21 år, jf. strl. 301 første ledd.

⁷¹ Eskeland s. 423

⁷² Eskeland s. 426

⁷³ Eskeland s. 429

⁷⁴ Eskeland s. 432

3.3.1 kort om strafferammer

Strafferammen er signal fra lovgiver om forbrytelsens alvorlighetsgrad og hvordan straffenivå gjerningsmannen kan forvente i ytterste konsekvens. Strafferammer er som kjent relativt vide, noe som gir dommerne et stort rom til bruk av dommerskjønn i den enkelte sak.⁷⁵

3.4 Endringer av strafferammer og utviklingen av straffenivået

Ved voldtekt av barn under 14 år der handlingen er gjennomført med samleie, følger det av strl. 2005 § 300 første ledd en minstestraft i 3 år og en skjerping at lengstestrafte til 15 år, der en ”alminnelig” voldtekt av barn under 14 år har en øvre strafferamme på fengsel inntil 10 år, jf. strl. 299 første ledd. Fram til ikraftsettelse av straffeloven av 2005 har lovgiver ved flere tilfeller søkt hevet straffenivået etter dagjeldende strl. 1902 § 195. De to siste endringen som ble foretatt var ved lovendring i 2000 og 2010.⁷⁶

3.4.1 Endringen i 2000

Endringen i strafferammen foretatt i 2000 var at minstestraft ved samleie likestilt seksuell omgang ble økt fra 1 til 2 år ved overtredelse av strl. 1902 § 195 første ledd andre punktum.⁷⁷ Det fremgår i uttalelse fra justiskomiteens følgende om skjerping av straffutmåling:

”... slike lovovertridelser innebærer meget grove krenkninger av barnas fysiske og psykiske integritet, og det er dokumentert at de kan ha svært omfattende, alvorlige og til dels langsiktige skadevirkninger for ofrene. Komiteen har ved flere anledninger uttalt at den ønsker en skjerping av straffutmålingen. Komiteen mener at straffutmålingen i mange tilfeller ikke er i overensstemmelse med den alminnelige rettsoppfatning, og at det er viktig at straffutmålingen skjerpes, slik at den står i forhold til forbrytelsens grovhet. Komiteen forventer at domstolene følger opp komiteens synspunkter.”⁷⁸

Uttalenes til justiskomiteen viser til at skadepotensialet og utmålt straff ved seksualforbrytelser ikke samsvarer med en alminnelig rettsoppfatning av hva en proporsjonal

⁷⁵ Matningsdal, Magnus. ”straffutmåling- politiske direktiver og signaler” Lov og rett 2004 s.324 og Nadim, Morten. ”Rettsulikhhet i straffutmåling.” Tidsskrift for strafferett, 2014 s.26 og

⁷⁶ lov av 11. August 2000 nr. 76 og lov 25. juni 2010 nr. 46

⁷⁷ Innst. O. nr. 92 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd) s.19-22

⁷⁸ Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s.19

straff bør være. Avgjørende for komiteen er at dette må endres ved at domstolene følger dette opp med en skjerpet straffutmålingen. Ved at lovgiver velger her å heve minstestrafen for samleie, jf. strl. 1902 § 195 første ledd andre setning fra 1 til 2 år. Vil økningen være innenfor lovgivers kompetanse for en regulering av straffenivået. Men utover strafferammen bør lovgiver være mer tilbakeholdene med å gi føringer til domstolen til hvilken straff som bør utmåles. Det følger av Rt-1994-1552:

” Det er utvilsomt at ikke bare lovgiveren, men også Høyesterett, har en oppgave når det gjelder å sikre at straffenivåene for forskjellige lovbruddstyper er avpasset til hverandre, og står i et rimelig forhold til blant annet skadevirkningene ved de straffbare handlinger det gjelder.”

Når det gjelder seksuallovbrudd mot barn viser forskjellige forarbeider til dokumenterte alvorlige og langsiktige skadevirkninger.⁷⁹ Dette vil være momenter i seg selv for at proporsjonaliteten ikke er samsvarende med tidligere straffenivå, uten at lovgiver må presiserer en forventning til at domstolene skal foreta en endring av utmålingspraksis. For tilfeller der det forekommer en alminnelig rettsoppfatning og alvorlighetsgraden for konsekvensene blir mer dokumenterte. Er dette et selvstendig grunnlag for at domstolen skjerper praktiseringen med en strengere straffeutmåling, med at ” *straffenivået jevnlig tilpasses samfunnsforholdene til enhver tid.*”⁸⁰

3.4.2 Endringen i 2010

Det foretas en ytterligere økning av minstestrafen fra 2 til 3 år i 2010 for samleie likestilt seksuell omgang, jf. strl. 1902 § 195 første ledd andre punktum.⁸¹ Bakgrunn for økningen er at strl.1902 skal være samsvarende med det høyere straffenivået som vil gjelde ved ikraftsettelsen strl. 2005.⁸²

⁷⁹ NOU 1991: 13 og Innst. O.nr. 92 (1999-2000) s. 20.

⁸⁰ Rt-1994-1552 s.1554

⁸¹ Prop. 97 (2009-2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd) s.25-26 og 41

⁸² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s.248-251

3.4.3 Retningslinjer i forarbeider til normalstraffenivå

For strl. 2005 ”skal det etableres et nytt straffenivå” for ”seksuell omgang” og ”kvalifisert seksuell handling,” jf. strl. 2005 § 299 ”voldtekt av barn under 14 år”. For å danne et nytt straffenivå fremgår det av forarbeidene rettslingslinjer for utmåling av straff for normaltilfeller av voldtekt. Med normalstraffenivå menes straffenivået på utmålt straff der det ikke forekommer skjerpende eller formidlene omstendigheter. Ved mangel av skjerpende omstendigheter uttales følgende:

” Departementet vil bemerke at det at det ikke foreligger skjerpende omstendigheter, ikke kan anses som noen formildende omstendighet som kan gi grunnlag for å fravike normalstraffenivået.”⁸³

For tilfeller som rammes av minstestraft, jf. strl. 2005 § 300, ”bør straffenivået ligge godt over minstestrafteffekten” og det skal sterke formidlene omstendigheter til for utmåle straff under normalstraffenivået på 4 år, med det ”klare utgangspunkt” som ubetinget fengsel.⁸⁴ I saker der det forekommer formildende omstendigheter som gjør at minstestrafteffekten kan oppfattes for streng, skal dette avhjelpes med strl. 2008 §§ 308 og 80, og at deler av straffen kan gjøres betinget.

Justiskomiteen uttaler følgende om skjerping av straffenivået ved bruk av normalstraff:

”Komiteen er tilfreds med at det også tas til orde for en vesentlig skjerping av straffenivået gjennom angivelse av et normalstraffenivå for voldtekt og i saker om seksuelle overgrep mot barn.”⁸⁵

For tilfeller som bærer preg av skjerpende omstendigheter bør normalstraffenivået være noe høyere, og det vises til eksempel som skjerpende med at handlingen er planlagt.⁸⁶

⁸³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s.249

⁸⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s.249

⁸⁵ Innst. O. nr. 73 (2008-2009) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) s.51

⁸⁶ Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s. 249

Vurdering av straffnivået fra lovgivers side er gjennomgående at straffeutmålingen skjerpes til et høyere straffnivå.

3.4.4 Betydningen av retningslinjer i forarbeider

Spørsmålet blir hvordan domstolen skal forholde seg til retningslinjer gitt i forarbeider etter gjeldene rett, og hvordan uttalelser i forarbeidene kan påvirke straffeutmåling for lovovertrедelser der handlingstidpunktet er før eller etter lovvedtaket er vedtatt, eller før ikraftsettelsen.

Ved straffeutmåling uttales følgende om retningslinjer i Rt-2009-1412 avsnitt 22:

”Ved å gå frem på denne måten har lovgiverne gått langt i å gi til dels detaljerte retningslinjer for straffutmålingen i lovforarbeidene. Det er ingen tvil om at når straffeloven av 2005 trer i kraft, så plikter domstolene å legge til grunn et straffnivå slik det er kommet til uttrykk i lovens forarbeider. Straffutmålingen må skje ut fra dette og under hensyn til de særlige omstendigheter i den enkelte sak”

Uttalelsen viser til at domstolene har en lojalitetsplikt til å følge opp signaler gitt av lovgiver i lovregler og forarbeider.⁸⁷ Utgangspunktet er at domstolen tar hensyn til det som fremgår av forarbeidene ved sin praktisering av gjeldene rett. Med de vide strafferammene som gjelder for voldtekt av barn under 14 år, vil ” ... den naturlige konsekvensen at signalene i forarbeidene blir tillagt betydelig vekt ved straffeutmåling.”⁸⁸

Ved utarbeidelsen av Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) viser departementet til de skjerpende straffeutmålingsmomenter for strl. 2005 og at disse ”bør” ha ”betydning for straffnivået” etter strl. 1902.⁸⁹ Det gis også en generell bemerkning for skjerping av straffnivået for kroppskrenkelser, med at:

⁸⁷ Nygaard, Nils. ”Rettsgrunnlag og standpunkt” 2 utgave, opplag 3, 2012 s.61

⁸⁸ Matingsdal, Magnus ”straffeutmåling – politiske direktiver og signaler” Lov og rett, 2014 s.326

⁸⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 250

«Selv om forslaget her knytter seg til straffeloven 2005, gjør departementets oppfatninger om behov for skjerping av straffen seg tilsvarende gjeldende for utmåling av straff innenfor de strafferammer som følger av straffeloven 1902.»⁹⁰

Justiskomiteens standpunkt er at det skjerpende straffenivået ” skal ta å gjelde straks”.⁹¹

I Rt-2015-434 avsnitt 16 vises det til Rt. 2009-1412 og uttales følgende:

”Klare straffskjerpelser som følge av lovvedtak eller forarbeidsuttalelser skal ikke gi virkning til skade for den tiltalte, når den straffbare handlingen skjedde før vedtakelsen av loven, jf. (Rt-2009-1412) avsnitt 33 og 34” og ” (e)r det straffbare forholdet skjedd etter vedtakelsen, men før ikrafttreddelsen av loven, skal straffen utmåles på grunnlag av en forsterket gradvis opptrapping av straffenivået...”

Utviklingen av et strengere straffenivå har gjennomgått en gradvis utvikling. Det er nærliggende at denne utviklingen trolig vil fortsette, uten nevneverdig påvirkning fra lovgiver, men at Høyesterett fortsetter en gradvis oppjustering av straffenivået, slik at nivået oppnår proporsjonalitet utfra den alminnelig rettsoppfatning av straffverdigheten for seksualforbrytelser mot barn under 14 år.

3.5 Straffeutmålingsmomenter

Selv om en sak bygger på de samme objektive handlingskriteriene er overtrådt, vil det være særlige særtrekk ved den enkelte sak som kan være avgjørende for straffenivået som blir idømt domfelte. Ved utmåling av straff er det mange hensyn som generelt kan gjøre seg gjeldene.⁹² Flere av de skjerpende og formidlende momenter fra straffeutmålingspraksis har blitt lovfestet, jf. strl. 2005 §§ 77 og 78. Disse vil ha betydning for straffeutmåling innenfor de ordinære strafferammene. For tilfeller som vil gi straff over lengstestrafen eller minstestrafen er dette regulert i strl. 2005 §§ 79 og 80. Lovfestingen av disse som etter strl. 1902 fulgte av rettspraksis og uskreven rett ”medfører ingen endring i rollen Høyesterett har når det gjelder gradvis å utvikle og normere norsk straffeutmålingspraksis”.⁹³ Men vil trolig gjøre

⁹⁰ Ot.prp. nr.22 (2008-2009) s. 178

⁹¹ Innst. O. 73 (2008-2009) Komiteens merknad for punkt 1.2 og s. 37

⁹² Eskeland s. 425

⁹³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) s.269

utmålingspraksisen mer synlig med hvilke momenter som blir tillagt vekt ved vurderingen av passende straff. For dommere og advokater som godt belært i den juridiske terminologi har lovfestingen trolig lite eller ingen reell betydning. Men sett fra tiltalte eller fornærmedes perspektiv, kan en lovfesting av skjerpene og formidlene momenter ha mye for seg. Med at utmålingsmomenter blir mer synlig og kan bidra med å styrke den enkeltes rettsfølelse ved at straffeutmålingen oppfattes rimelig.

3.6 Straffeutmålingshensyn

Den videre sonndring om straffeutmålingshensyn vil ta for seg de mest gjeldene ved utmåling av straff for voldtekt gjennomført som seksuell omgang, jf. strl. 2005 § 299 bokstav a og samleie, jf. § 300. Listen er ikke uttømmende, men tar for seg momenter som særlig gjør seg gjeldene ved utmåling for slike forbrytelser.

3.6.1 Gjentakelse og hyppige voldtekter

For overtredelse av strl.2005 §§ 299 bokstav a og 300, er det tilstrekkelig at handlingen oppfyller straffbarhetsvilkårene én gang for at det foreligger et straffeansvar. Det følger også av strl.2005 § 301 bokstav d at gjentakelse vil gjøre at handlingen anses som ”*grov voldtekt*”, og tilfeller der det er foretatt gjentatte og hyppige voldtekter over tid, vil dette være et moment som skjerper alvorlighetsgraden betraktelig.⁹⁴

3.6.2 Aldersforskjell

Aldersforskjellen mellom partene vil være av betydning. Med en økende aldersforskjell vil den seksuelle omgangen eller samleie fremstå som mindre naturlig. Dette er en sammenheng med at jo større forskjellen er jo mer forsterkers utnyttelsesgraden.⁹⁵

I Rt-2002-1350 hadde en mann på 25 år hatt samleie med sin kjærest på 13 år og 6 måneder, en aldersforskjell på 11 og 6 måneder. For vurderingen av hvilken betydningen aldersforskjellen skulle ha ved straffeutmålingen viser førstvoterende i sin vurderingen til Rt-2002-785, der aldersforskjellen i en tilsvarende sak var 6 år og 2 måneder og uttaler følgende:

⁹⁴ HR-2017-751-A avsnitt 21, Rt- 2013-1075 avsnitt 9-10, Rt-2011-1289, Rt-2011-238, Rt 2010-85 avsnitt 9 og Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s. 245-246

⁹⁵ Maningsdal 2016 s. 239

”... nevnt aldersforskjellen (er) vesentlig større i vår sak sammenlignet med i Rt. 2002 side 785. I den saken var forskjellen seks år og to måneder, mens den i vår sak er 11 ½ år - med andre ord det dobbelte. I den tidligere saken var det dermed tale om samleie mellom et barn og en ungdom, mens det i vår sak er tale om samleie mellom et barn og en voksen - noe som gjør forholdet atskillig grovere.”

I motsatt tilfelle. Der aldersforskjellen er så liten at den så vidt overskrider hva som kan vurderes som ”jevnbbyrdig i alder og utvikling”. Vil aldersforskjellen trekke i formidlene retning, med at deler av straffen kan idømmes betinget.⁹⁶

3.6.3 Utnyttelsesgraden

I høyesterettspraksis fremgår det i flere avgjørelser at utnyttelsesgraden er relevant for straffeutmåling.⁹⁷ Utnyttelseselementet vil variere og det er mange forhold som kan være relevant for hvor kynisk domfelte har handlet mot fornærmede. Avgjørende er om domfelte har utvist et ”fast forsett” i sin planlegging, og at det forekommer en form for overmaktsforhold der fornærmedes tillit eller opparbeidede avhengighetsforhold benyttes for å oppnå det seksuelle forhold.

Når det forekommer planmessighet, et ”fast forsett” fra domfelte med sin kontakt med fornærmede og denne kontakten kun har vært innledet som en strategi for oppnå seksuelle kontakt og kontakten har foregått over tid. Viser dette til en vilje fra domfelte over tid, med at det opparbeides en tillit for så å utnytte denne for å tilegne seg seksuell omgang eller samleie med fornærmede. Dette vil være et handlingsmønster som vil være klart straffeskjerpene.⁹⁸

Utnyttelseselementet kan også vurderes utfra hvor kynisk domfelte at utnyttet fornærmede. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende ved at domfelte utnytter en vanskelig livssituasjon som fornærmede befinner seg i, eller misbruker et opparbeidet avhengighetsforhold kun med hensikt av oppnå seksuell omgang eller samleie.⁹⁹

Det kan forekomme en utnyttelse, selv om fornærmede har ønsket den seksuelle omgangen. For et slik tilfelle vil vurderingen av utnyttelse bygge på om domfelte har manipulert

⁹⁶ Rt-2005-1274, Rt-2009-148 avsnitt 8 og matningsdal 2016 s.240

⁹⁷ Rt-2013-727 avsnitt 23 og 26, Rt-2013-1075 avsnitt 10, og Rt-2005-559 avsnitt 25

⁹⁸ Rt-2009-140 avsnitt 20 og Rt-2006-40 avsnitt 15

⁹⁹ Rt-2013-1075 avsnitt 9-10

fornærmede. I Rt-2011-1428 var dette tilfellet ved at domfelte hadde gitt uttrykk for at partene var kjærester, og det ble vektlagt som ”... *åpenbart en drivkraft for fornærmede*” for at fornærmede innledet den seksuelle kontakten.

3.6.4 Domfeltes vanskelige oppvekstvilkår

Domfeltes vanskelige oppvekstvilkår kan være et formidlende moment, men har redusert betydning dersom forholdet er en alvorlig forbrytelse.¹⁰⁰ Oppveksten vil likevel kunne gi den domfelte en annen ”*forutsetning for eller tilbøyelighet til å opptre lovlydig*” enn en tenkt ”*gjennomsnittsperson*” og vil derfor kunne ha en betydning.¹⁰¹

I høyesterettspraksis varierer det om forhold med domfeltes oppvekst tas i betraktning som formildende.

Det følger av Rt-2009-324 avsnitt 14, at ”*usedvanlig tragisk bakgrunn*”, og at det blir særlig vektlagt at domfelte ”...*selv har vært utsatt for overgrep*.”, jf. Rt.1992-427 og tillagt vekt. I begge tilfellene er domfelte henholdsvis svært ung og handlingen er utført mot én fornærmede.

I Rt-2009-140 blir domfeltes vanskelige oppvekst ikke tillagt noen vekt i formildende retning.¹⁰² Her var det to fornærmede som en mann i 30 årene hadde gjennomførte samleie og en rekke seksuelle handlinger mot.

Seksuallovbrudd mot barn under 14 år er en alvorlig forbrytelse, vil vanskelige oppvekstvilkår ha begrenset betydning. Men i tilfeller der domfelte er svært ung bør imidlertid oppvekstforhold kunne tillegges større vekt. I Rt-2009-140 var domfelte rundt 30 år, og i Rt-2009-323 og Rt-1992-427 var domfelte i begge sakene under 18 år på handlingstidspunktet. Forståelsen til at oppvekstvilkårene ble tillagt vekt formidlende i sakene der de domfelte var ung, er at en ung person mangler livserfaring utenom oppvekstforhold og vil være mer tilbøyelig til å handle på grunnlag av disse erfaringer, enn en eldre person. Når en person er eldre, vil gjerne personen ha andre erfaringer enn bare oppveksten når den foretar et valg. Derav vil oppvekstvilkårene være et mindre element ved at det begås en seksualforbrytelsen, og vil ikke kunne ses i sammenheng med oppveksten.

¹⁰⁰ Eskeland s. 442-443

¹⁰¹ Eskeland s. 438-439

¹⁰² Rt-2009-140 avsnitt 42

Vurderingen om oppvekstvilkår skal ha betydning, er en selvstendig vurdering i hver enkelt sak. Her kan det tenkes at dokumentasjon av skadevirkninger ved oppveksten til domfelte, kan ha relevans for tillegges vekt formidlende.

3.6.5 Intelligens og utvikling hos domfelte

Intelligens og den mentale utvikling hos den domfelte vil være et forhold som kan vektlegges i formildende retting ved straffeutmålingen.¹⁰³ Dette er intelligens og utviklingstrekk ved domfelte som gir personen en dårligere forutsetning til å enten avstå eller mer tilbøyelig til å utføre den straffbare handlingen. Her kan det være at domfelte ikke skjønnte at handlingen var straffbar eller ikke skjønner konsekvensen av straffverdigheten ved en utføring.

Utvikling i forhold til straffeutmåling vil være relevant, jf. strl. 2005 § 308 for å vurdere om partene er aldersadekvate i forhold til hverandre. For at de skal anses som aldersadekvate i denne sammenheng kan aldersforskjellen mellom partene ikke være alt for stor, og for barn under 14 år kan det neppe aksepteres at gjerningsmannen er over 18 år.¹⁰⁴

Men i de tilfellene der domfelte mangler intelligens til å avstå fra en kriminell handling enn hva som kan forventes hos en gjennomsnittsperson, vil det kunne ha betydning ved straffeutmålingen. Det følger av strl. 2005 § 80 bokstav g, at straff kan settes under minstestraff eller til en mildere art når gjerningsmannen på handlingstidspunktet er ”*psykisk utviklingshemmet i lettere grad*”. For at en person skal være psykisk utviklingshemmet vil intelligensnivået (IQ) ligge mellom 56- 75. For at gjerningspersonen skal anses straffri fra handlingen bør dette kun anvendes når gjerningspersonen tilhører det laveste evnenivå.¹⁰⁵ Strafferedusering på bakgrunn av utviklingstrekk hos tiltalte vil ikke bygge på samme vurdering som følger av strl. 2005 § 308, med at vurderingen av utvikling etter strl. 2005 § 80 bokstav g gjelder vurderingen kun av utviklingen hos domfelte.

Eksempel fra rettspraksis der spørsmålet om jevnbyrdighet i utvikling og at domfelte var lettere psykisk utviklingshemmet følger av Rt-2015-1089. Her var tiltalte ”*så vidt fylt 18 år*”

¹⁰³ Eskeland s.441

¹⁰⁴ Matningsdal s.208

¹⁰⁵ Ot. prp. nr. 90 (2003- 2004) s. 471 og NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Straffelovkommisjonens delutredning IV s.58

og hadde hatt samleie, jf. strl. 1902 § 195 første ledd andre punktum¹⁰⁶ med en gutt like under 14 år. Partene ble ansett som jevnbyrdig utviklet men aldersforskjellen var for stor for anvendelse av ”kan” regelen i § 195 fjerde ledd.¹⁰⁷ Spørsmålet ved straffeutmåling ble de særtrekk som forelå ved domfeltes psykiske utviklingsnivå, jf. strl. 1902 § 56 bokstav c.¹⁰⁸ Det fremgår av i dommen at tiltalte hadde en IQ på 71. Hun hadde bestått ungdomskolen med tilrettelegging, men ikke fullført videregående skole og var ikke i arbeid. I hovedforhandlingen for lagmannsretten uttalte den sakkyndige at det intellektuelle utviklingsnivået tilsvarte en alder på 12-13 år. Normalstraffenivået for en slik overtredelse ville uten noen formidlene omstendigheter ført til en ubetinget fengselsstraff rundt 4 år. Ved at det var uomtvistet at domfelte var i lettere grad psykisk utviklingshemmet noe som førstvoterende uttaler i avsnitt 37: ” *må føre til en vesentlig lavere straff enn i normalsituasjonene*” og ” *atskillig vekt*” ved vurderingen om straffen kunne gis betinget.

Med at partene i denne saken anses jevnbyrdig utviklet, og aldersforskjellen er for stor (litt over 4 år). Kan det stilles spørsmål ved om de burde vært ansett som jevnbyrdige i alder og utvikling i forhold til hverandre jf. strl. 195 fjerde ledd.¹⁰⁹ Her tenkes spesielt på uttalelsen i Rt-1994-1000, at det må ” *ses hen til partenes utvikling ved vurderingen av hvor stor aldersforskjell som kan godtas.*” Selv om uttalelsen retter seg mot når fornærmede er mer utviklet enn hva man kan forventes utfra et ” *normalt variasjonsområde*”. Kan det la seg tenke at det også bør gjelde når tiltalte er mindre utviklet i forhold til et normalt variasjonsområde.

Det vil trolig ikke støte den generelle rettsfølelsen at personer med et lavere evnenivå gis en betydelig redusert straff enn gjennomsnittsperson, eller stride mot de allmennpreventive hensyn når domfelte har vesentlige dårligere forutsetninger for å oppfatte konsekvensen av egne handlinger. Noe som kan vektlegges mot at det bør straffes, dog i mildere form med eksempel fengselsurrogater som samfunnsstraff er det individualpreventivt hensynet.

¹⁰⁶ strl.2005 § 299 bokstav a, jf. § 300 bokstav a

¹⁰⁷ strl. 2005 § 308

¹⁰⁸ strl. 2005 § 80 bokstav g

¹⁰⁹ strl. 2005 § 308

3.6.6 Domfelte under 18 år på handlingstidspunktet

Etter strl. 2005 § 308 kan straff bortfalle helt dersom begge vilkårene, ”*jevnbyrdig alder og utvikling*” er oppfylt.¹¹⁰ Dersom kun ett av vilkårene er oppfylt kan det være grunnlag for at straff ”*settes under minstestraft*”, jf. strl. 2005 § 300, dersom domfelte var under 18 år på handlingstidspunktet, jf. strl. 2005 § 80 bokstav j.

Når domfelte på handlingstidspunktet var under 18 år kan han bare dømmes til ubetinget fengselsstraff når ”*det er særlig påkrevd*”, jf. strl. 2005 § 33. Om vilkåret ”*særlig påkrevd*” er oppfylt vil måtte bero lovovertrædelsens art, men som hovedregel bør midlere straffalternativ forsøkes anvendt.¹¹¹ Mildere straffereksjonsalternativ for den under 18 år, kan være samfunnsstraff, jf. strl. 2005 § 48 andre ledd eller ungdomsstraff, jf. strl. § 52a bokstav a.

3.6.6.1 Samfunnsstraff

Straffereaksjonen samfunnsstraff ”*kan*” i utgangspunktet bare anvendes, jf. strl. § 48 bokstav a ved fengsel inntil 1 år. Unntaket gjelder personer under 18 år, jf. andre ledd andre komma.

Samfunnsstraff ved samleie med barn under 14 år ble dømt i Rt-2013-734. Her vises det til i avsnitt 26 at dersom tiltalte hadde vært over 18 år på handlingstidspunktet, ville det medført en ubetinget fengselsstraff i mer enn 4 år, men i saken var tiltalte 16 år og 1 måned.

Høyesterett vurderte argumenter for og mot bruk av samfunnsstraff. Argumentasjonen som taler mot er allmennpreventive hensyn som ”*slår inn med betydelig styrke, idet det er viktig å markere ovenfor ungdomsmiljøet at slike handlinger ikke tas lett på*” og førstvoterende uttaler at det er ”*lite rom for å legge vekt på personlige forhold i formildende retning.*”¹¹² I motsatt retning var tiltalte svært ung, og det var det som ble det avgjørende for at han ble idømt samfunnsstraff framfor ubetinget fengsel. Straffen ble satt til det øvre sikt på 420 timer og subsidiært til 1 år og 2 måneder fengsel.

3.6.6.2 Ungdomsstraff

Vurderingen om det skal benyttes ubetinget fengselsstraff eller ungdomsstraff bygger på en konkret vurdering av handlingens objektive grovhet. Bruk av ungdomsstraff begrenses ikke mot noen spesielle lovbrudd, men der alvorlighetsgraden av handlingen tilsier lengere bruk av

¹¹⁰ Se oppgave kap. 2.7.3.

¹¹¹ ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435.

¹¹² Rt-2013-734 avsnitt 33-34

fengselsstraff, slik som ”*alvorlige seksuallovbrudd*”, kan det være vanskelig å erstatte straffen med ungdomsstraff.¹¹³

Begrensningen for idømmelse av ungdomsstraff gjelder ”*alvorlige seksuallovbrudd*” mot barn under 14 år. Der handlingens objektive vilkår vil følge av i av strl. 2005 § 301 ”*grov voldtekt*”. Eksempel der ungdomsstraff blir vurdert i forhold til en alvorlig seksualforbrytelse følger av HR-2016-1365-A. Her var tilfelle gjentatte alvorlige seksuelle overgrep mot en jente i 5 til 6 års alderen, jf. strl. 1902 § 195 andre punktum bokstav c¹¹⁴ gjennomført i en periode rundt 1 år av en gutt i 15 til 16 års alderen. Forholdet i denne saken ble ansett for alvorlig til at det ”*kan forsvares å idømme ungdomsstraff*”. Begrunnelsen var at det gjaldt ”*gjentatte grove overgrep*”, og at disse var utført mot et barn 5 til 6 års alderen. Et yttligere moment i avveining for å ikke idømme tiltalte ungdomsstraff var at forholdene hadde skjedd hjemme hos fornærmede. Fengselsstraffen ble satt til 3 år og 6 måneder hvor 2 år og 10 måneder ble gjort betinget.

Tilbakeholdenheten ved bruk av ungdomsstraff ved alvorlige seksualforbrytelser mot barn under 14 år følger også av brev fra Riksadvokaten datert 16. januar 2015 der det uttales følgende:

*"Ubetinget fengsel vil normalt være påkrevet ved overtredelse av strl. § 192 første, annet eller tredje ledd, og strl. § 195 annet ledd, samt strl §§ 229, 3. straffalternativ, 231 og 233. Også i saker om overtredelser av strl. §§ 195 første ledd, 196 annet ledd eller 239 kan forholdene lett ligge slik an at ungdomsstraff ikke bør anvendes".*¹¹⁵

I LE-2015-168289 gjaldt saken om en 19 år gammel mann som på handlingstidspunktet var like under 18 år kunne dømmes til ungdomsstraff for seksuell omgang likestilt med samleie med en 13 år gammel jente. Her vises det til brevet fra Riksadvokaten og at det ”*kan det se ut til at Riksadvokaten mener samleie med barn under 14 år ikke uten videre inngår i*

¹¹³ Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) s. 115

¹¹⁴ Strl. 2005 § 301 bokstav c og d.

¹¹⁵ <http://www.riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2015/RA-Forelpigeretningslinjerungdomsstraff.pdf> (lest 4 april 2017)

kategorien "alvorlige seksuallovbrudd" som bør unntas fra ungdomsstraff." Lagmannsretten kommer i så måte under tvil til at tiltalte dømmes til ungdomsstraff, subsidiært fengsel i 3 år.

3.6.6.3 Samfunnsstraff og ungdomsstraff

Når det kommer til å sette straffen under minstestraft i strl. 2005 § 300. Enten som samfunnsstraff eller ungdomsstraff, vil dette ha gode grunner for seg. Begge straffene gjennomførtes i det fri, men vil samtidig ha en regulerende effekt på personen. Det kan vanskelig tenkes at det normale straffenivået kan oppfattes som rimelig når barn forgriper seg på andre barn. Selvsagt vil det være avvik der barnet utnytter barn i de laveste alderstrinn eller et stort innslag av vold, og fengselsstraff kan vurderes som nødvendig fra et allmennpreventivt syn. Men dersom den domfelte klarer å avstå fra nye handlinger mens straffen gjennomføres i det fri, vil det være store muligheter for at personen klarer å avstå fra nye kriminelle handlinger etter endt straffegjennomføring.¹¹⁶

3.6.7 Kjæresteforhold

Kjærlighetsforhold eller nært forhold som kan likestilles som et kjærlighetsforhold vil være relevant i vurdering av straffbortfall eller straff satt under minstestraft, jf. strl. 2005 § 308. Men når fornærmede er under 14 år, vil i realiteten dette formildende hensyn bare gjelder dersom gjerningspersonen er under 18 år på handlingstidspunktet.¹¹⁷

Når reglene om straffbortfall ikke kommer til anvendelse for gjerningsperson som er over 18 år og den seksuelle handling er samleie. Har kjærlighetslignende forhold blitt tillagt vekt i formildene retning dersom aldersforskjellen ikke er for stor til at forholdet bære preg av utnyttelse.¹¹⁸ I Rt-2005-1274 avsnitt 12 uttaler førstvoterende følgende:

"...hvor aldersforskjellen mellom tiltalte og fornærmede ikke er så stor, og hvor det foreligger et kjæresteforhold mellom dem, vil deldom med en relativt lang betinget del være et aktuelt alternativ..."

Tidligere høyesterettspraksis om kjæresteforhold er noe i kontrast til uttalelsen gitt av departementet i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 250. Her vurderes det dithen, at det *"må utvises forsiktighet med å legge vekt på kjæresteforhold"* når straffbortfall ikke kommer til

¹¹⁶ Eskeland s.393 utdrag fra Bratholm/Matningsdal bind 1 s.102

¹¹⁷ Se punkt 2.7.4. akseptert aldersforskjell

¹¹⁸ Rt-2009-148, Rt-2005-1274 og Rt-2002-755

anvendelse, jf. strl. 2005 §§ 80 og 308. Det vises til at inngåelse av et slik forhold til en person under 14 år, der aldersforskjell er for stor for straffbortfall, vil det være ”kritikkverdig” og ” kan ikke generelt anses som noen formildende omstendighet.” For kjærlighetsforhold der gjerningspersonen er så vidt over 18 år, uttalelser det i lovendringen i strl. 1902 i 2010 Prop. 97 L (2009-2010) s. 26 at. Det kan forekommer tilfeller der minstestraft på 3 år for samleie kan være for strengt og for kjærlighetsforhold der gjerningspersonen er ”så vidt over 18 år” og ”fornærmede er nær 14 år”, vil det være adgang for å gjøre deler av straffen betinget.

Departementets standpunkt i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 250 kritiseres av Matningsdal. Hovedbegrunnelsen er at samleie som er gjennomført mellom to personer som er i ”et nært forhold til hverandre” vil skadepotensialet som samleie kan utgjøre være langt mindre skadelig for fornærmede, enn om det ikke foreligger et slikt nært forhold. Matningsdal mener at uttalelsen i Prop. 97 L (2009-2010) s. 26 bør være avgjørende.¹¹⁹ Han fremhever at det skal være en ”glidende overganger i straffenivået” mellom tilfeller der domfelte så vidt er over 18 år og tett inntil 18 år. Slik at det for tilfeller der domfelte er så vidt over 18 år, bør en betydelig del av straffen idømmes betinget.¹²⁰

3.6.8 Benyttelse av rusmidler

For tilfeller der alkohol eller annet rusmiddel er benyttet for å oppnå seksuell kontakt med fornærmede, er dette et klart forhold som vil virke straffeskjerpene.¹²¹

Dette vil særlig gjøre seg gjeldende dersom domfelte har benyttet alkohol eller rusmiddel med intensjon for å oppnå en slik kontakt, slik som var tilfelle i Rt-2010-669. Her var det en bevisst handling fra domfelte om å gi fornærmede alkohol for å oppnå seksuell omgang når hun i utgangspunktet ikke ville.¹²²

¹¹⁹ Matningsdal 2016 s.246-247

¹²⁰ Matningsdal 2016 s.245-246

¹²¹ Matningsdal 2016 s.241

¹²² Rt-2010-669 avsnitt 13 og 18

Selv om alkohol eller annet rusmiddel er gitt fornærmede uten intensjon om å oppnå seksuell omgang. Vil det at domfelte ikke tar hensyn til at beruselsen reduserer fornærmedes allmenntilstand gi forholdet en mer alvorlig karakter, jf. Rt-2004-755 avsnitt 15.¹²³

3.6.9 Bruk av prevensjon

Bruk av prevensjon vil være et moment i vurderingen av alvorlighetsgraden den seksuelle omgangen eller samleiet har utgjort ovenfor fornærmede.¹²⁴

Ved manglende bruk av prevensjon øker risikoen for at domfelte på handlingstidspunktet kunne påført fornærmede smitte med seksuelt overførbare sykdommer eller uønsket graviditet. Dette trekkes frem i høyesterettspraksis som et forhold som gir handlingen en alvorligere karakter og vektlegges i skjerpene retning. I motsatt tilfelle vil det være formidlende dersom det er benyttet prevensjon, jf. Rt-2009-148 avsnitt 9.

Enten handlingen er utført som seksuell omgang eller samleie, vil trolig ikke bruk av prevensjon utgjøre at fornærmede under den objektive gjennomføringen opplever handlingsforløpet mindre skadelig. Det formildende moment ved at det er benyttet prevensjon gjelder konsekvenser av handlingen i ettertid for fornærmede. Det er på det rene at skadepotensialet rent fysisk er redusert med bruk av prevensjon, men også psykiske påkjenninger blir redusert. Her tenkes det i all hovedsak på at fornærmede slipper en unødvendig bekymring for smitte og graviditet.

3.6.10 Uforbeholden tilståelse

På strafferettens område vil det generelt være en formidlende omstendighet at gjerningspersonen har gitt en uforbeholden tilståelse, jf. strl.2005 § 78 bokstav f. Når det gjelder seksuallovbrudd vil en tilståelse som erkjenner de faktiske forhold ha stor betydning ovenfor fornærmede. Her slipper den fornærmede en ”tung belastning” med frykten for å ikke bli trodd.¹²⁵ Verdien av tilståelsen vil kunne variere i hver enkelt sak. For tilfeller der gjerningspersonen selv har varslet om forholdet vil det være av ekstra stor betydning, jf. Rt-2005-235. Her blir tilståelsen ytligere vektlagt som ”så ekstraordinær at det bør gis en ytterligere strafferabatt” med at gjerningsmannen av egen fri vilje uten påvirkning av ytre

¹²³ Matningsdal 2016 s.241

¹²⁴ Matningsdal 2016 s.240

¹²⁵ Rt-2009-148 avsnitt 8 og Rt-2013-727 avsnitt 29

element varsler om forholdet, jf. avsnitt 17. Når den uforbeholdne tilståelsen gis tidlig, i det her tilfelle det som innleder saksforholdet er det klart at den vil være av en stor betydning og tillegges vesentlig vekt.

For tilfeller der domfelt ikke erkjenner straffeskyld, med henvisning til uvitenhet om barnets alder, jf. strl.2005 § 307, men erkjenner de faktiske forhold. Skal også tilståelsen anses uforbeholden og tillegges vekt formidlende, jf. Rt-2006-809 avsnitt 18-19.

3.7 Avslutning

Ved utmåling av straff vil det ofte være hensyn som trekker både i formildende og skjerpende retning samtidig. Men som det fremgår av Ot.prp. nr. 28 (2008-2009) s. 249 skal vurderingen av formildende hensyn ikke vektlegges dersom det foreligger hensyn som vil virke skjerpende. Helhetsvurderingen av straffeutmåling ved seksualforbrytelser er at lovgiver over tid har søkt heve straffenivået, og at tidligere hensyn så som eksempel kjæresteforhold,¹²⁶ ikke skal virke formildende, dersom ikke straffbortfall, jf. strl.2005 §§ 80 eller 308 er aktuelt. Lovgivers fokus, synes jeg. Kan virke litt populistisk og fokuset virker mer rettet mot å vise handlekraft framfor forebygging, dog er jeg enig i at straffenivået bør heves. Men dersom domfelte er så vidt over 18 år, og fornærmede tett inntil 14 år og den seksuelle omgang eller samleie er frivillig, vil det fremstå som noe urimelig om domfelte behandles likt ved straffeutmåling som en eldre person.

¹²⁶ Oppgaven 3.6.7.

4 Referanseliste

4.1 Lov- og forarbeider

Lover:

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

Lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd) av 25. juni 2010 nr. 46

Lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd) av 11. August 2000 nr. 76

Lovendring av 22. Mai 1992 nr. 49.

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai1902 nr.10.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

Forarbeider:

Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

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

Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr.28. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Innst. O. nr. 73 (2008-2009) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Ot.prp.nr.18 (2006- 2007) Om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

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

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

NOU:1997:23 Seksuallovbrudd - Straffelovkommisjonens delutredning VI

NOU 1992:23 Ny straffelov - alminnelige bestemmelser

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

NOU 1991:13 seksuelle overgrep mot barn- straff erstatning

NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Straffelovkommisjonens delutredning IV s.58

4.2 Rettspraksis

HR-2017-751-A	Rt-2009-140	Rt-1994-1000
HR-2016-1476- A	Rt-2006-809	Rt-1992-427
HR-2016-1365-A	Rt-2006-40	Rt. 1990-760
Rt-2015-1241	Rt-2005-1274	Rt-1974-746
Rt-2015-1089	Rt-2005-883	Rt-1971-1194
Rt-2015-434	Rt-2005-559	Rt-1970-784
Rt-2013-1746	Rt-2004-1902	Rt-1960-861
Rt-2013-1075	Rt-2004-844	Rt-1928-631

Rt-2013-727	Rt-2004-442	LG-2016-174897
Rt-2013-734	Rt-2004-28	LF-2016-149977
Rt-2013-601	Rt-2003-1461	LF-2016-106879
Rt-2011-1455	Rt-2003-1455	LE-2015-168289
Rt-2011-1428	Rt-2003-442	LA-2016-84522
Rt-2011-1289	Rt-2002-1350	LB-2013-126641
Rt-2011-238	Rt-2002-1210	LE-2012-202037
Rt-2010-1076	Rt-2005-235	LE- 2011-035643
Rt-2010-669	Rt-2002-785	
Rt 2010-85	Rt-2004-755	
Rt. 2009-1412	Rt-2002-436	
Rt-2009-323	Rt-1999-1717	
Rt-2009-148	Rt-1994-1552	

4.3 Bøker

Andenæs, John. *Spesiell strafferett og formueforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Opplag 3, 2011 Universitetsforlaget.

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 4 utgave, opplag 1, 2015

Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. 2 utgave, 2016 Fagbokforlaget.

Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. Førsteutgave, 2010 fagbokforlaget

Nygaard, Nils. "Rettsgrunnlag og standpunkt" 2 utgave, opplag 3, 2012

4.4 Artikler

Matningsdal, Magnus. ”straffeutmåling – politiske direktiver og signaler.” Lov og rett, 2004 s.323-339 (www.idunn.no)

Nadim, Morten. ”Rettsulikhhet i straffeutmåling.” Tidsskrift for strafferett, 2014 s. 26-44 (www.idunn.no)

4.5 Internettsider

www.lovdatab.no

www.rettssystem.no

[www.riksadvokaten .no](http://www.riksadvokaten.no)

www.idunn.no

www.nrk.no

<http://stinesofiesstiftelse.no/>

