



# BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 2

Justis- og beredskapsdepartementet  
Lovavdelingen  
Postboks 8005, Dep  
0030 Oslo

Deres referanse  
12/3307 ES FBF/AHI/mk

Vår referanse  
13-025824ADM-BORG/BORG

Dato  
30.05.2013

## HØRING – ENDRINGER I STRAFFELOVEN 1902 OG STRAFFELOVEN 2005

Det vises til departementets høringsbrev 3. februar 2013 og høringsnotat datert februar 2013. Borgarting lagmannsrett vil nøye seg med å gi uttalelse om to av temaene i høringsnotatet:

### 1. Straffeloven 1902 § 195 – seksuell omgang med barn under 14 år – høringsnotatet punkt 8.

#### Konkurrens

I punkt 8.1 i høringsnotatet foreslår departementet å endre straffeloven 1902 § 195 i samsvar med straffeloven 2005 § 299 slik at all seksuell omgang med barn under 14 år blir betegnet som voldtekt også etter gjeldende straffelov. Det fremgår på side 48 i høringsnotatet at denne karakteristikken ikke har betydning for innholdet av bestemmelsen. Poenget er å understreke at barn under 14 år ikke kan samtykke til seksuell omgang.

I forarbeidene til den spesielle del i straffeloven 2005 (Ot.prp nr 22 (2008-2009) side 243) trekker man den konsekvens av synspunktet at § 299 ikke skal anvendes i konkurrens med den alminnelige voldtektsbestemmelsen i § 291 (tilsvarende § 192 i straffeloven 1902) og heller ikke med de andre bestemmelsene i straffeloven 2005 som retter seg mot seksuell omgang uten samtykke. I høringsnotatet uttaler departementet så på side 50:

Når all seksuell omgang med barn under 14 år etter forslaget til endring i straffeloven 1902 § 195 skal anses som voldtekt av barn, fastholder departementet vurderingen av at det er best i samsvar med begrunnelsen for forslaget at bestemmelsen ikke anvendes i konkurrens med straffeloven 1902 § 192 om voldtekt. Derimot vil bestemmelsen kunne anvendes i konkurrens med voldsbestemmelsene.

**Postadresse**  
Postboks 8017 Dep, 0030 Oslo

**Sentralbord**  
21 55 80 00

**Saksbehandler**  
Marianne Bakkeløkken

**Bankgiro**

**Organisasjonsnummer**

**Kontoradresse**  
Keysers gate 13, 0165 Oslo

**Telefaks**  
21 55 80 38

**Telefon**  
21 55 80 01

**Ekspedisjonstid**  
0800-1545 (1500)

**Internett/E-post**  
<http://domstol.no/borgarting>  
[borgadm@domstol.no](mailto:borgadm@domstol.no)

Borgarting lagmannsrett er uenig i dette. Lagmannsretten viser til at det alminnelige prinsipp i strafferetten er at flere bestemmelser anvendes i idealkonkurrens når man ved å anvende begge (alle) bestemmelsene får frem forskjellige sider ved det straffbare forhold. Både § 192 og § 195 i straffeloven 1902 retter seg mot det å skaffe seg seksuell omgang. Ved § 195 får man frem i tillegg den siden ved forholdet at fornærmede er under 14 år, og ved å anvende § 192 i konkurrens med § 195 markeres at den seksuelle omgang er oppnådd ved bruk av vold eller tvang. Departementets begrunnelse for å gi § 195 betegnelsen voldtekt av barn (at barnet ikke kan samtykke) er således ikke treffende som begrunnelse for departementets standpunkt i konkurrenstilfellene. Det er etter Borgarting lagmannsretts syn ikke tilstrekkelig at § 195 kan benyttes i konkurrens med bestemmelsene om vold eller tvang. Ved slik konkurrens får man frem at gjerningspersonen har benyttet vold eller tvang overfor fornærmede, men ikke at dette var et *middel* for å oppnå seksuell omgang. Dette aspektet blir bare markert når § 195 anvendes i konkurrens med § 192. Etter lagmannsrettens syn må bestemmelsenes gjerningsbeskrivelse være avgjørende ved konkurrensvurderingen, ikke at begge bestemmelser kalles voldtekt.

For ordens skyld nevnes at dette gjelder selv om voldtektsbestemmelsen endres ved at det tilføyes ny bokstav d, slik departementet overveier i høringsnotatet punkt 4.6. Nåværende bokstav a, som inneholder alternativet "ved vold eller truende adferd", blir uansett stående, og det er ved dette alternativet konkurrensspørsmålet oppstår.

#### Barnets alder som objektivt straffbarhetsvilkår

I punkt 8.1.4 foreslår departementet å gjeninnføre barnets alder som objektivt straffbarhetsvilkår i straffeloven 1902 § 195 og å gjøre en tilsvarende endring i straffeloven 2005.

Borgarting lagmannsrett er enig i dette. Både materielt og prosessuelt gir det barnet bedre vern at alderen er et objektivt straffbarhetsvilkår enn at skyldkravet er uaktsomhet. En slik regel har dessuten vært lovgiverens foretrukne valg, se senest forarbeidene til revisjonen av kapitlet om seksuallovbrudd i straffeloven 1902 som skjedde ved lov 11. august 2000 nr 76. Ved vedtakelsen av spesiell del i straffeloven 2005 ønsket man prinsipielt å opprettholde alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår, men følte seg tvunget av Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt 2005 side 833 til å lovfeste en aktsomhetsregel. Høyesterett fant i plenumsavgjørelsen at det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven 1902 § 195 krenket uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr 2.

Etter EMDs avgjørelse 30. august 2011 i saken G mot Storbritannia må det nå legges til grunn at EMK artikkel 6 nr 2 ikke er slik å forstå som Høyesterett kom til, og at EMK ikke er hinder for at barnets alder er et objektivt straffbarhetsvilkår.

Etter Borgarting lagmannsretts syn bør man derfor nå gå tilbake til den ordning som lovgiveren hele tiden har ønsket for å gi barnet den beste beskyttelsen. For straffeloven 2005 krever dette lovendring. For straffeloven av 1902 er det snakk om å anvende § 195 i samsvar

med ordlyden i tredje ledd ved at man nå kan se bort fra den innskrenkende fortolkning som følger av Høyesteretts plenumsavgjørelse. Det kan da argumenteres for at bortfallet av det menneskerettslige hinder medfører at bestemmelsen igjen må forstås som før plenumsavgjørelsen i 2005, slik at lovendring ikke er nødvendig, se Jahre/Holmboes artikkel om dette i LoR 2012 side 579. For å være på den sikre siden anbefaler Borgarting lagmannsrett likevel at reverseringen av rettstilstanden gjennomføres ved at straffeloven § 195 endres. Riktignok synes det å være et lovteknisk paradoks å skulle endre en lovbestemmelse for å tydeliggjøre at den skal forstås i samsvar med den ordlyd den allerede har. Den omskrivning som ligger i departementets forslag på side 55 i høringsnotatet, er imidlertid uproblematisk.

## **2. Minstetid og tidsramme ved dom på forvaring for forbrytelse med strafferamme på fengsel i inntil 30 år – høringsnotatet punkt 12**

Det vises til punkt 12 i høringsnotatet.

Etter gjeldende rett skal tidsrammen for forvaring vanligvis ikke overstige 15 år, og den kan ikke overstige 21 år, jf straffeloven § 39e første ledd. Minstetiden kan ikke overstige 10 år, jf straffeloven § 39e annet ledd.

I den enkelte sak vil tidsrammen som regel tilsvare lengden på den alternative tidsbestemte fengselsstraff, og minstetiden fastsettes normalt med utgangspunkt i et anslag over når det ville vært aktuelt med prøveløslatelse dersom den forvaringsdømte i stedet hadde blitt idømt tidsbestemt straff.

Dette medfører at for de straffbare handlinger som har strafferamme på fengsel inntil 30 år, kan ikke domstolene fastsette en tidsramme som tilsvare den alternative fengselsstraff, dersom denne ville være høyere enn fengsel i 21 år.

Videre kan domstolene ikke fastsette minstetid tilsvarende 2/3 av full tid (som er det normale tidspunkt for vurdering av prøveløslatelse), dersom den alternative fengselsstraffen overstiger 15 år.

Denne konsekvens for minstetiden er aktuell for de forbrytelser både der strafferammen er fengsel inntil 21 år eller inntil 30 år, samt i de tilfeller det i medhold av bestemmelsene i straffeloven § 60a, 61 eller § 62 ville være aktuelt med en fengselsstraff mellom 15 og 20 år, jf straffeloven § 17 første ledd bokstav a.

Borgarting lagmannsrett slutter seg til departementets forslag til endringer i forvaringsbestemmelsene i høringsnotatet punkt 12.3. Både symbolske/psykologiske hensyn og hensynet til sammenheng i rettssystemet tilsier at straffeloven generelt bør være slik at domstolene unngår å måtte sette tidsrammen for forvaring lavere enn den fengselsstraffen gjerningspersonen alternativt ville fått, og unngår å måtte sette minstetiden lavere enn 2/3 av den alternative fengselsstraffen. Borgarting lagmannsrett viser for så vidt til sin tidligere

uttalelse til departementet 31. mars 2009 i tilknytning rapporten om etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring (departementets sak 2008007883 ES MVO/HAJ/bj).

Med hilsen



Ola Dahl  
Førstelagmann



Erik Melander  
Lagmann



Hans-Petter Jahre  
Lagdommer