



# NORGES HØYESTERETT

Den 27. august 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2004-01445-A, (sak nr. 2004/534), straffesak, anke,**

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Helge J. Kaasbøll)

mot

A

(advokat Arve Opdahl)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Rieber-Mohn**: Saken gjelder spørsmålet om en jente på 13 år og 7 måneder og en mann på 21 år var "omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling" da den seksuelle omgang fant sted, jf. straffelovens § 195 fjerde ledd. Saken reiser også spørsmålet om den objektive ansvarsregel i § 195 tredje ledd, "Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld", er forenlig med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.
- (2) Ved beslutning av statsadvokatene i Trøndelag 27. mai 2003 ble A, født 18. november 1981, satt under tiltale for overtredelse av:

### **"I.**

**Straffeloven § 195, 1. ledd, 2. straffalternativ,**

**for å ha hatt seksuell omgang, nemlig samleie, med et barn under 14 år.**

**Grunnlaget er følgende forhold:**

#### **a)**

Søndag 5. januar 2003 om ettermiddagen eller kvelden på parkeringsplassen nedenfor aldersheimen i X, masturberte han kjønnsorganet til B, født 16. mai 1989, og/eller førte han en eller to fingre inn i hennes vagina, samt at han førte penis inn i munnen hennes.

#### **b)**

Tirsdag 14. januar 2003 ca. kl. 1900 i --- gt. 19 B i Y, førte han penis inn i vagina til B, født 16. mai 1989.

### **II.**

**Straffeloven § 195, 1. ledd, 1. straffalternativ,**

**for å ha hatt seksuell omgang med et barn under 14 år.**

**Grunnlaget er følgende forhold:**

**Mandag 30. desember 2002 ca. kl. 1700 på parkeringsplassen ved X ungdomsskole, masturberte han kjønnsorganet til B, født 16. mai 1989, og/eller førte han en eller to fingre inn i hennes vagina.”**

- (3) Stjør- og Verdal tingrett avsa 5. september 2003 dom med slik domsslutning:

**”A, født 00.00.1981, dømmes for overtredelse av straffelovens § 195, første ledd annet straffalternativ og straffelovens § 195, første ledd første straffalternativ til fengsel i 1 – ett – år. Fullbyrdelsen av straffen utsettes i medhold av straffeloven §§ 52–54 med en prøvetid på 2 – to – år. Straffeloven § 62 og § 59, annet ledd er anvendt.”**

- (4) Tingretten fant at partene på grunn av den store aldersforskjellen ikke var jevnbyrdige i alder og utvikling, og at § 195 fjerde ledd ikke kom til anvendelse, men straffelovens § 59 annet ledd ga anledning til å gå under minstestrafen på fengsel i 2 år og 1 måned, jf. § 62. Bestemmelsens tredje ledd ble ikke ansett for å være i strid med EMK artikkel 6 nr. 2.

- (5) Etter domfeltes anke avsa Frostating lagmannsrett, satt med lagrette, 26. februar 2004 dom med slik domsslutning:

**”A, født 00.00. november 1981, frifinnes.”**

- (6) Lagretten var forelagt tre hovedspørsmål basert på tiltalen og besvarte disse med ja. Lagretten var dessuten forelagt et tilleggsspørsmål om A og B var omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling og besvarte også dette med ja. Lagmannsretten fant deretter, med hjemmel i straffelovens § 195 fjerde ledd, at straffen burde falle bort og frifant A.
- (7) Påtalemyndigheten har anket frifinnelsen til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet og bygger på lagmannens protokollerte rettsbelæring vedrørende forståelsen og anvendelsen av § 195 fjerde ledd. Under ankeforhandlingen for lagmannsretten hadde forsvareren også begjært protokollert et avsnitt fra lagmannens rettsbelæring om forholdet mellom § 195 tredje ledd og EMK artikkel 6 nr. 2. I brev av 22. mars 2004 til Høyesteretts kjæremålsutvalg ba forsvareren, under forutsetning av at påtalemyndighetens anke ble fremmet, om at ”As anførsler i forhold til Strl. § 195, 3. ledd, blir tillatt fremmet”.
- (8) Ved beslutning i kjæremålsutvalget 27. april 2004 ble anken tillatt fremmet, og det ble videre besluttet at As ”anførsel vedrørende straffeloven § 195 tredje ledd og dets forhold til EMK artikkel 6 nr. 2 kan tas opp under ankeforhandlingen”.
- (9) Aktor har for Høyesterett særlig anført at aldersforskjellen er altfor stor til at § 195 fjerde ledd kommer til anvendelse, og at lagmannens rettsbelæring vedrørende denne bestemmelse er uklar og uriktig. Om § 195 tredje ledd er det vist til at EMK artikkel 6 nr. 2 i utgangspunktet ikke er til hinder for regler om objektivt straffansvar. Lovgiveren har nylig tatt stilling til § 195 tredje ledd og funnet at hensynet til de unge fornærmede er så tungtveiende at det objektive ansvar kan forsvares. Bedømmelsen av eventuell konvensjonsstrid må dessuten skje i tilknytning til den konkrete sak, og her er det holdepunkter for å hevde at A har opptrådt uaktsomt med hensyn til fornærmedes alder.
- (10) Forsvareren har særlig anført at rettsbelæringen og lagmannsrettens anvendelse av § 195 fjerde ledd er riktig. Retten har foretatt en korrekt helhetsbedømmelse av alder og

utvikling. Jo mer jevnbyrdige partene er i utvikling, jo større aldersforskjell må kunne aksepteres. Fornærmede har fremstått som tidlig utviklet og tilnærmet voksen, hun tok selv initiativ til de seksuelle handlingene og hadde tidligere seksuell erfaring. På den annen side var domfelte en noe tilbaketrukket person uten slik erfaring. Aldersforskjellen er nok for høy i forhold til foreliggende rettspraksis, men det bør være rom for en viss utvikling. Det bør tas i betraktning at formålet med bestemmelsen er å unngå urimelige resultater. I denne sak blir domfellelse svært urimelig. Partene var kjærester, og fornærmede og hennes foreldre frarår sterkt at A straffes.

- (11) Det er også grunnlag for frifinnelse fordi § 195 tredje ledd er i strid med EMK artikkel 6 nr. 2, og fordi A trodde og hadde grunn til å tro at fornærmede var godt over 14 år. På dette punkt er rettsbelæringen uriktig.
- (12) Jeg er kommet til at anken må tas til følge, og at lagmannsrettens dom med hovedforhandling må oppheves.
- (13) Straffelovens § 195 fjerde ledd fastsetter to kumulative vilkår for at denne regel om straffnedsettelse og -bortfall skal komme til anvendelse – partene må være omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. I denne sak er det holdepunkter for å anta at partene ikke var så forskjellige i utvikling, selv om det alltid kan stilles spørsmål om det også gjelder den psykiske modning når aldersforskjellen blir så stor som her. Det behøver jeg ikke å ta stilling til, fordi jeg ikke under noen omstendighet kan se at A og fornærmede var omtrent jevnbyrdige i alder da den seksuelle omgang fant sted. Det dreier seg om en aldersforskjell på ca. 7 år og 6 måneder. I rettspraksis er mindre aldersforskjell enn denne karakterisert som ”klart for stor”, jf. for eksempel Rt. 2002 side 730, som gjaldt straffelovens § 196, hvor aldersforskjellen var ca. 5 år og 1 måned, og mindretallets votum i dom av 30. april 2004 (HR-2004-00803-A), som flertallet på dette punkt antas å ha vært enig i. Den sistnevnte sak gjaldt overtredelse av straffelovens § 195, og aldersforskjellen var ca. 6 år og 3 måneder. Og – som førstvoterende uttrykker det i Rt. 2003 side 442 – det kan være grunn til å akseptere noe større aldersforskjeller når fornærmede er over 14 år, enn når vedkommende er under 14 år. Vilkåret om ”omtrent jevnbyrdige” i alder er således relativt, for så vidt det avhenger av hvilket alderstrinn partene befinner seg på. Men på hvert alderstrinn vil det finnes en absolutt grense når det gjelder aldersvilkåret, jf. avsnitt 12 i avgjørelsen i Rt. 2003 side 442.
- (14) Jeg ser ingen grunn til å utdype dette i den foreliggende sak, hvor aldersforskjellen etter min mening er klart for stor til at § 195 fjerde ledd kan komme til anvendelse. Denne prøvning av lagmannsrettens lovanvendelse under skyldspørsmålet kan jeg bygge utelukkende på det tilleggsspørsmål som ble stilt lagretten, sammenholdt med lagrettens svar. Som nevnt foreligger i saken også en protokollert rettsbelæring fra lagmannen vedrørende § 195 fjerde ledd. Jeg anser det ikke nødvendig å gjengi den. Jeg nøyer meg med å bemerke at rettsbelæringen etter mitt syn ikke får tilstrekkelig klart frem at § 195 fjerde ledd opererer med to kumulative, selvstendige vilkår som begge må være oppfylt, og at det gjelder en absolutt grense for aldersvilkåret. Ut fra hva jeg har sagt, er rettsbelæringen også uriktig ved at den konkluderer med at det ut fra en ”samlet vurdering” synes ”forsvarlig for lagretten” å svare ja på tilleggsspørsmålet.
- (15) Lagmannsrettens dom med hovedforhandling må etter dette oppheves. Jeg finner i den forbindelse grunn til å knytte noen bemerkninger til forsvarerens anførsler om forholdet mellom straffelovens § 195 tredje ledd og EMK artikkel 6 nr. 2.

(16) Straffelovens § 195 tredje ledd er langt på vei en regel som statuerer objektivt straffansvar. Bestemmelsen konstitueres av to objektive straffbarhetsvilkår – det må foreligge en seksuell omgang, og den ene av partene må være under 14 år. Uten tredje ledd ville straffelovens § 40, jf. § 42 medføre at gjerningspersonens forsett måtte dekke begge disse elementer i gjerningsbeskrivelsen. Men tredje ledd unntar det ene vilkåret, det som gjør forholdet straffverdig og straffbart, fra forsettskravet og også fra et krav om uaktsomhet. Den som er i aktsom god tro med hensyn til partnerens unge alder, er også straffansvarlig. Her vil det nok i praksis sjelden være tale om aktsom god tro, men det kan tenkes i helt særegne tilfeller. Jeg tilføyer at sakkyndige lovutvalg to ganger har foreslått å innføre en reservasjon i § 195 om at ingen uaktsomhet fra gjerningspersonens side må lede til straffrihet. Første gang var i 1960, se Straffelovrådets innstilling av 17. mars 1960 side 25. Forslaget ble videreført i Ot.prp. nr. 40 1961–62 side 12. Den gang hadde heller ikke § 196 en slik reservasjon, og forslaget gjaldt naturligvis også denne bestemmelsen. Stortinget innførte ved lov 15. februar 1963 nr. 2 den nåværende rettstilstand, hvor muligheten for å gå fri ved aktsom god tro bare gjelder § 196. I Straffelovkommisjonens delutredning om ”Seksuallovbrudd” (NOU 1997: 23) ble på ny foreslått å innføre også i § 195 en slik mulighet for å bli frifunnet på grunn av aktsom god tro. Forslaget fikk ikke tilslutning av Justisdepartementet, se Ot.prp. nr. 28 1999–2000 side 53, og heller ikke av Stortinget.

(17) EMK artikkel 6 nr. 2 lyder:

**”Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”**

(18) Denne bestemmelse inneholder noen grunnleggende prinsipper for bevisbedømmelsen i straffesaker, i første rekke at påtalemyndigheten har bevisbyrden for tiltaltes skyld. EMD har ikke funnet at særlige presumsjonsregler, som for eksempel statuerer omvendt bevisbyrde, eller endog regler om objektivt ansvar, er i strid med artikkel 6 nr. 2 hvis de holdes innen rimelige grenser. Det heter således i avsnitt 28 i dom av 7. oktober 1988 i saken *Salabiaku mot Frankrike*:

**”Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law.**

.....

**Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.”**

(19) I saken ble det funnet forenlig med artikkel 6 nr. 2 at det etter den franske tollovgivning er adgang til å domfelle personer, som ved tollkontroll viser seg å være i besittelse av ulovlig gods, med mindre vedkommende selv beviser at det var uunngåelig (”force majeure”).

(20) En nyere sak som kaster lys over artikkel 6 nr. 2 anvendt på regler om objektivt straffansvar, er *Janosevic mot Sverige*, EMDs dom av 23. juli 2002. Saken gjaldt en

person som etter en administrativ saksbehandling var ilagt tilleggsskatt, som er å anse som straff etter artikkel 6 nr. 1, på grunnlag av regler som ikke krever forsett eller uaktsomhet. Ett av spørsmålene saken reiste var forholdet til uskyldspresumsjonen.

- (21) I avsnitt 101 siterer EMD det avsnitt fra dommen i saken *Salabiaku* mot Frankrike som jeg har gjengitt foran, og uttaler:

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

- (22) EMD fortsetter og konstaterer at de svenske regler ikke etterlot skattyteren i en situasjon ”without any means of defence”, se avsnitt 102. Det uttales blant annet:

**”Thus, he could have claimed, as an alternative line of defence, that, even if he was found to have furnished incorrect information to the Tax Authority, it was excusable in the circumstances or that, in any event, the imposition of surcharges would be manifestly unreasonable.”**

- (23) Når disse muligheter for forsvar ble veiet mot statens interesse i effektive skatteregler, som skal sikre statens hovedinntektskilde, fant EMD at de svenske regler om tilleggsskatt på objektivt grunnlag ”are confined within reasonable limits”, se avsnitt 104.

- (24) Denne korte gjennomgang av straffelovens § 195 tredje ledd og innholdet av EMK artikkel 6 nr. 2, belyst gjennom to sentrale avgjørelser i EMD, viser etter min mening at § 195 tredje ledd kan reise problemer i forhold til uskyldspresumsjonen. Det dreier seg som nevnt om en straffebestemmelse med et objektivt straffansvar som et sentralt element i bestemmelsen. Dessuten har den en minstestraft på to års fengsel hvis den seksuelle omgang var samleie, og gjerningspersonen var fylt 18 år på gjerningstidspunktet, jf. straffelovens § 55. Det står derfor mye på spill for domfelte i denne sak, selv om straffnedsettelse kan være aktuelt på grunn av tilståelsen, jf. straffelovens § 59 annet ledd. I den proporsjonalitetsvurdering som EMD legger opp til i de tidligere nevnte avgjørelser, og som norske domstoler også må foreta, må hensynet til de tiltalte veies mot hensynet til å beskytte unge fornærmede – et hensyn som har veiet tungt for lovgiveren ved tidligere anledninger. Etter min mening vil forholdet mellom straffelovens § 195 tredje ledd og EMK artikkel 6 nr. 2 bare komme på spissen hvis domfelte i vår sak, under en eventuell ny behandling av saken, nektes å føre bevis for at han i enhver henseende var i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder, eller hvis det finnes bevist at han var i aktsom god tro, men at domfellelse likevel skjer etter § 195 tredje ledd. Jeg finner grunn til å tilføye at dersom § 195 tredje ledd hadde hatt en bestemmelse svarende til § 196 tredje ledd, ville forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2 neppe ha vært problematisk.

- (25) Etter dette stemmer jeg for denne

#### K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens dom med hovedforhandling oppheves.

- (26) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (27) Dommar **Utgård:** Det same.
- (28) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.
- (29) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (30) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens dom med hovedforhandling oppheves.