



NOREGS HØGSTERETT

Den 26. juni 2017 gav Høgsterett dom i

HR-2017-1246-A, (sak nr. 2017/511), straffesak, anke over dom,

A (advokat Halvard Helle)

mot

Den offentlege påtalemakta (statsadvokat Per Eirik Vigmostad-Olsen)

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

- (1) Dommar **Høgetveit Berg**: Saka gjeld i første rekke lagmannsrettens sakshandsaming – mangelfulle domsgrunnar – ved domfelling i sak der tingretten hadde frifunne tiltalte.
- (2) A vart ved tiltalevedtak utferda av statsadvokatane i Trøndelag 23. november 2015 sett under tiltale for eitt tilfelle av seksuell omgang med barn under 16 år, jf. straffelova 1902 § 196 første ledd, eitt tilfelle av seksuell handling med barn under 16 år, jf. § 200 tredje ledd, jf. andre ledd, og for å ha hatt seksuell omgang med slektning i nedstigande line, jf. § 197.
- (3) Grunnlaget for tiltalen var at han i desember 2014 førte "en eller flere fingre inn i vagina og/eller analåpningen" til sitt barnebarn B, som då var 14 år og fire månader gamal, "og/eller masturberte hennes kjønnsorgan", og at han "befølte" henne "på baken og på brystene".
- (4) Bakgrunnen for saka var at B skulle overnatte hjå besteforeldra sine, slik ho ofte har gjort gjennom oppveksten. Ho skulle sove saman med bestemora i besteforeldras seng. Etter at B hadde lagt seg, kom bestefaren inn i soverommet og la seg ved sida av henne for å massere henne på ryggen og i nakken. Dette var eit normalt handlingsmønster mellom dei. Tiltalen er knytt til det som deretter hende.
- (5) Sør-Trøndelag tingrett oppnemnte lege, spesialist i psykiatri, dr.med. Solveig Klæbo Reitan og spesialist i klinisk psykologi Jan Erik Grinde som sakkunnige for å vurdere om tiltalte var medvitslaus på gjerningstidspunktet eller om han handla under ei sterk medvitsforstyrning.

- (6) Sør-Trøndelag tingrett frifann tiltalte i dom 14. juni 2016. Retten fann at tiltalte hadde gjort handlingane i tiltalen, men kom med tilvising til straffelova 1902 § 44 første ledd til at det var rimeleg tvil om han sov på gjerningstidspunktet.
- (7) Påtalemakta anka frifinninga til lagmannsretten. For lagmannsretten vart professor, dr.psychol. Ståle Pallesen oppnemnt som sakkunnig for å vurdere om tiltalte var medvitslaus på gjerningstidspunktet eller om han handla under ei sterk medvitsforstyrring.
- (8) Frostating lagmannsrett gav dom 8. februar 2017 med slik slutning:

"A, født 00.00.1957, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 196 første ledd, straffeloven (1902) § 200 tredje ledd, jf. annet ledd, og straffeloven (1902) § 197, sammenholdt med straffeloven (1902) § 62 første ledd, til fengsel i 8 – åtte – måneder. Han tilkommer fradrag for 2 – to – dager utholdt i varetekt."

- (9) A har anka rettsbruken, sakshandsaminga og straffutmålinga til Høgsterett. Med omsyn til sakshandsaminga er det vist til at lagmannsrettens dom er mangelfullt grunngeve kva gjeld straffleggingsvilkåret i straffelova 1902 § 44 første ledd om at den som er medvitslaus på handlingstida, ikkje kan straffast. Det er lagt ned påstand om at lagmannsrettens dom med ankeforhandling blir oppheva. Påtalemakta har i hovudsak slutta seg til anken over sakshandsaminga og har lagt ned samanfallande påstand.
- (10) *Eg er komen til at anken over lagmannsrettens sakshandsaming må føre fram.*
- (11) I saker som er handsama med meddomsrett, følgjer det av straffeprosesslova § 40 femte ledd at domsgrunnane skal vise hovudpunkta i rettens provvurdering. Kva som nærare ligg i dette, er samanfatta i Rt-2011-172 avsnitt 29:

"Hvilke beviser domfellelsen bygger på, vil ofte fremgå av sammenhengen, men ikke alltid. For saker som har vært behandlet for ordinær meddomsrett, bestemmer straffeprosessloven § 40 femte ledd at domsgrunnene ikke bare skal inneholde en beskrivelse av hva som er funnet bevist, men at dommen også skal 'angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering', dvs. hvorfor et bestemt bevisresultat legges til grunn. Det som først og fremst kreves, er at det blir redegjort for de springende - dvs. sentrale - punkter ved bevisvurderingen, og kort angitt hva som har vært avgjørende, se Rt-2009-750 avsnitt 75 og Høyesteretts dom 6. januar 2011 (HR-2011-31-A) avsnitt 11. Høyesterett har i Rt-2009-750 avsnitt 76 uttalt at § 40 femte ledd 'bør anvendes analogisk for lagmannsrettens bevisvurdering under reaksjonsspørsmålet'. Samtidig er det imidlertid presisert at den omstendighet at det ikke er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for bevisvurderingen, sjelden vil være opphevelsesgrunn. For at en mangelfull begrunnelse av bevisvurderingen skal føre til opphevelse, må sentrale punkter i denne bli stående uforklart, se Rt-2009-1439 avsnitt 27 og Rt-2009-1526 avsnitt 35-37."

- (12) Det springande punktet i saka er om tiltalte utførte dei seksuelle handlingane i søvne. Eg nemner at dei ulike sakkunnige er samde om at seksuelle handlingar kan gjerast i søvne – såkalla sexsomni.
- (13) Tingretten fann at det var ein reell moglegheit for at tiltalte hadde utført handlingane i søvne, og frifann tiltalte. Tingretten peika særleg på tre forhold: For det første hadde den fornærma fleire gonger i dommaravhøyret forklart at det verka som om bestefaren sov. For det andre vart det vist til at slike handlingar faktisk kan skje i søvne. Tingretten peika for det tredje på at tiltalte hadde ein historikk med handlingar i søvne, og at risikoen for

sexsomni aukar når ein har hatt lite søvn, slik tingretten la til grunn at den tiltalte hadde hatt.

- (14) Lagmannsretten konkluderte derimot med at den tiltalte ikkje sov og difor var medviten på handlingstidspunktet. Lagmannsrettens provvurdering er i hovudsak kome til uttrykk gjennom attgjeving av delar av erklæringa frå den for lagmannsrettens oppnemnte sakkunnige, som lagmannsretten slutta seg til. Lagmannsrettens provvurdering er i heilskap uttrykt slik i dommen:

"Lagmannsretten legger til grunn den sakkyndiges vurdering og er enig i hans konklusjon. Lagmannsretten legger som den sakkyndige især vekt på at handlingen skjedde som en fortsettelse av masseringen uten noe tidsopphold av betydning."

- (15) Etter mitt syn vil ei slik indirekte grunngeving etter omstenda kunne vera tilstrekkeleg, avhengig av kva slags sak og provtema det er tale om, den konkrete provsituasjonen og mandatet for, innhaldet i og utforminga av det dokumentet det blir vist til. Det vil vidare kunne ha tyding om ei sakkunnig erklæring er basert på ei fagleg vurdering som retten i praksis vanskeleg kan overprøve, eller om ho heilt eller delvis byggjer på ei allmenn provvurdering som i utgangspunktet er opp til retten å gjera sjølv.
- (16) Spørsmålet er om lagmannsrettens tilvising til den sakkunnige erklæringa er ei tilstrekkeleg grunngeving i denne saka.
- (17) Lagmannsrettens attgjev følgjande sitat frå den avsluttande delen av den skriftlege erklæringa:

"Samlet er det i forhold til de konstitusjonelle faktorene lite som tyder på reell tilstedeværelse av søvngjengeri/sexsomni. Hverken familiehistorikk, medisinske journalopplysninger eller uttalelser fra komparenter (ektefelle) indikerer slik tilstedeværelse. Selv om noen situasjonelle faktorer som kan utløse søvngjengeri/sexsomni (som søvnunderskudd) har vært tilstede her tilsier særlig: a) det korte tidsforløpet handlingene har funnet sted under (15-20 minutter fra observanden i våken tilstand går inn i rommet til fornærmede forlater dette), b) forklaringene fra fornærmede i dommeravhøret (som tilsier at handlingen var kontinuerlig) og c) forklaringen i politiavhør med observanden fra 4. mai 2015 (om at han ikke sov) samlet at det ikke har vært mulig at observanden startet med massering i våken tilstand, sovnet og fra dyp søvn gjenopptok massasje/atferden, men da i form av seksuelle handlinger.

Ut fra dette konkluderes med at observanden ikke var bevisstløs på tiden for de påklagede handlinger (straffeloven (1902) § 44."

- (18) Konklusjonen til den sakkunnige byggjer på hans eiga vurdering av prova.
- (19) Den sakkunnige framhevar i bokstav a eit estimat om at det tok "15–20 minutter fra observanden i våken tilstand går inn i rommet til fornærmede forlater dette". Estimatet stemmer dårleg med lagmannsrettens domsgrunnar knytt til dei objektive straffleggingsvilkåra. Om dette uttalar retten:

"Rundt midnatt gikk B for å legge seg på besteforeldrenes soverom. Etter at hun hadde lagt seg, kom først farmoren inn til henne og sa god natt før hun gikk på kjøkkenet og vasket kopper. Deretter kom tiltalte inn på soverommet. Han la seg ved siden av B i sengen."

- (20) Lagmannsretten uttaler vidare at dei påtalte handlingane – som ifølge retten varte i nokre minutt – vart avbrotne ved at den fornærma gjekk ut av soverommet og inn på badet og kontakta ei venninne ved å sende henne ei melding klokka 01.02. Ut frå dette kan det sjå ut til at lagmannsretten ved handsaminga av dei objektive straffleggingsvilkåra meiner at den relevante tidsperioden kan ha vore opptil omlag ein time. Det er då uforklart kvifor lagmannsretten ved vurderinga av spørsmålet om den tiltalte sov, kan slutte seg til den sakkunnige sin konklusjon som byggjer på at det gjekk 15–20 minutt frå den tiltalte gjekk inn i soverommet til den fornærma forlét rommet. Lagmannsretten hadde her uansett ei særskilt oppmoding til å gjera sjølvstendig greie for si vurdering av tida, då dette står sentralt ved vurderinga av om det ligg føre sexsomni. Den sakkunnige for lagmannsretten la til grunn at såkalla NREM-søvn parasomnier – som sexsomnia er ein variant av – i dei fleste tilfelle, når dei oppstår, vil "manifestere seg mellom 0,5–2 timer etter innsovning".
- (21) Den sakkunnige framhevar i bokstav b tydinga av forklaringa frå den fornærma i dommaravhøyret, og at dette "tilsier at handlingen var kontinuerlig". Lagmannsretten har ikkje omtalt eller attgjeve dommaravhøyret. Det er uomstridd at den tiltalte, då han kom inn til barnebarnet, tok til å massere henne på ryggen og i nakken. Av tingrettens dom går det fram at den fornærma, i dommaravhøyret straks etter hendinga, forklarte "at hun etter hvert må ha sovnet, i alle fall befunnet seg i halvsøvne, da hun våknet til på grunn av tiltaltes handlinger", og at det "må ha tatt mellom to til tre minutter fra hun våknet til hun forlot rommet og gikk inn på badet". Dette kan tyde på at tingretten meinte at handlingane ikkje var kontinuerlege. Lagmannsretten hadde då ei særskilt oppmoding til å grunngje kvifor den slutta seg til den sakkunnige, som la vekt på dommaravhøyret i motsett retning.
- (22) Den sakkunnige viser i bokstav c til politiforklaringa frå den tiltalte 4. mai 2015 om "at han ikke sov". Lagmannsretten nemner ikkje at den fornærma i dommaravhøyret forklarte at ho trudde at tiltalte sov. Som det går fram av tingrettens dom, forklarte den fornærma i dommaravhøyret, straks etter hendingane, ei rekkje gonger at det virka som om bestefaren sov. Ho skildra mellom anna "sovepusting" og at ho meinte at bestefaren snakka i søvne. Ho forklarte også at ho sjølv vakna til av handlingane og etter kvart strekte seg etter mobiltelefonen sin som låg på golvet, utan at den tiltalte reagerte på dette. I det same dommaravhøyret forklarte ho også at bestefaren spurte "hvor er farmor?" då den fornærma var på veg ut av rommet. Tingretten la som nemnd vekt på denne forklaringa. I lys av at lagmannsretten la til grunn at den fornærma si forklaring for retten var "svært troverdig", framstår den innbyrdes motstriden mellom tingrettens og lagmannsrettens handsaming av dommaravhøyret som uforklart.
- (23) Det vart under ankeforhandlingane ført prov som den sakkunnige ikkje hadde tilgang til ved utarbeidinga av erklæringa. Dette gjeld mellom anna dei rettslege forklaringane frå tiltalte og hans ektefelle, samt eit journalnotat om tidlegare søvngjengeri. Dette var prov som var sentrale i tingrettens dom. Det går fram av rettsboka at den sakkunnige var til stades under ankeforhandlinga og held fast ved si vurdering. Dersom lagmannsretten ikkje fann grunn til å feste lit til forklaringane eller vektlegge journalnotatet, burde dette uansett ha kome til uttrykk i domsgrunnane.
- (24) Samla meiner eg at det ikkje var tilstrekkeleg av lagmannsretten å vise til provvurderinga frå den sakkunnige, og at provvurderinga på fleire sentrale punkt blir "stående uforklart", jf. Rt-2011-172 avsnitt 29. Når dei sentrale punkta er handsama uttrykkeleg av tingretten

i ein frifinnande dom, må lagmannsretten ved domfelling ha plikt til å gjere nærare greie for si provvurdering på desse punkta, jf. også Rt-2009-1439 avsnitt 34.

- (25) Eg finn etter dette at lagmannsrettens domsgrunnar knytt til straffleggingsvilkåret i straffelova 1902 § 44 er så mangelfulle at dommen må opphevast, jf. straffeprosesslova § 343 andre ledd nr. 8. Ankeforhandlinga blir ikkje oppheva, jf. straffeprosesslova § 347 første ledd. Lagmannsretten må sjølv avgjera om det trengs ny ankeforhandling eller om ny avgjerd kan treffast på grunnlag av den tidlegare ankeforhandlinga.
- (26) Eg røystar for slik

D O M :

Frostating lagmannsretts dom av 8. februar 2017 blir oppheva.

- (27) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (28) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (29) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (30) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (31) Etter stemmegjevinga gav Høgsterett slik

D O M :

Frostating lagmannsretts dom av 8. februar 2017 blir oppheva.

Riktig utskrift blir stadfesta: