



NORGES HØYESTERETT

Den 25. februar 2004 avsa Høyesterett dom og kjennelse i

HR-2004-00393-A, (sak nr. 2003/1169), straffesak, kjæremål,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Lasse Qvigstad)

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

- (1) Dommer **Coward**: Saken gjelder kjæremål over lagmannsrettens kjennelse om ikke å ta til følge en begjæring om gjenopptakelse. Begjæringen var begrunnet i at den domfelte er straffet etter en bestemmelse i straffeloven § 192 som på tidspunktet for handlingen var vedtatt, men ikke kunngjort i Norsk Lovtidend.
- (2) A ble ved Fredrikstad tingretts dom 18. februar 2002 dømt for overtredelse av straffeloven § 192 første ledd bokstav b, som rammer seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen. Straffen ble satt til fengsel i to år og seks måneder. A anket til Borgarting lagmannsrett, som i dom 3. oktober 2002 opprettholdt domfellelsen, men satte straffen ned til fengsel i to år. Domsslutningens punkt 1 lyder slik:

"A, født 00.00. 1959 dømmes for overtredelse av straffeloven § 192 første ledd bokstav b) til en straff av fengsel i 2 – to – år. Til fradrag i straffen går 1 – en – dag for utholdt varetekt."
- (3) As anke til Høyesterett over straffutmålingen ble forkastet ved Høyesteretts kjennelse 25. april 2003, inntatt i Rt. 2003 side 495.
- (4) A fremsatte 22. august 2003 begjæring overfor Borgarting lagmannsrett om gjenopptakelse av straffedommen etter straffeprosessloven § 392. Grunnlaget for begjæringen var at han var domfelt etter en lovbestemmelse som ikke var kunngjort i Norsk Lovtidend da handlingen fant sted 19. august 2000. Domfellelsen gjaldt straffeloven § 192 første ledd bokstav b slik den lød etter en endring som var foretatt ved lov 11. august 2000 – datoen for sanksjoneringen, men som ble kunngjort i Norsk

Lovtidend først i et nummer utgitt 25. august 2000. Ifølge lovvedtaket skulle endringen tre i kraft “straks”. Spørsmålet om den nye bestemmelsen kunne anvendes overfor A, hadde ikke vært problematisert ved behandlingen i noen instans. – A begjærte også soningsutsettelse.

- (5) Ved kjennelse 15. september 2003 forkastet lagmannsretten begge begjæringene. Rettens begrunnelse for å forkaste gjenopptakelsesbegjæringen var at handlingen var straffbar også før lovendringen. I beslutning samme dag avslo lagmannsretten å oppnevne forsvarer for A etter straffeprosessloven § 100 andre ledd.
- (6) A har påkjært kjennelsen og beslutningen til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet over lagmannsrettens avgjørelse om ikke å ta til følge begjæringen om soningsutsettelse ble forkastet ved kjæremålsutvalgets kjennelse 4. november 2003. Samtidig besluttet kjæremålsutvalget at kjæremålet over lagmannsrettens forkastelse av begjæringen om gjenopptakelse skal avgjøres av Høyesterett etter reglene i lov 25. juni 1926 nr. 2 § 6 andre ledd, og stedfortreder for justitarius besluttet 5. november 2003 at partsforhandling skal finne sted etter reglene for ankesaker.
- (7) A har anført for Høyesterett at anvendelsen av straffeloven § 192 første ledd bokstav b strider mot både Grunnloven § 97 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 7, og at saken derfor må gjenopptas, jf. særlig straffeprosessloven § 392 andre ledd. Han har nedlagt slik påstand:
 - ”1. **Borgarting lagmannsretts dom av 3.10.2002 gjenopptas**
Subsidiært:
Høyesteretts kjennelse av 25.04.2003 gjenopptas
Subsumsjonen endres og straffen nedsettes
 2. **Advokat John Christian Elden oppnevnes som forsvarer for lagmannsretten, jfr strpl § 100, 2. ledd.”**
- (8) Aktor har sagt seg enig i påstanden om forsvareroppnevning, men har ellers påstått kjæremålet forkastet, idet han anfører at verken Grunnloven § 97 eller EMK artikkel 7 er krenket.
- (9) *Jeg er kommet til at kjæremålet fører frem.*
- (10) Jeg nevner innledningsvis at kjæremålet gjelder avgjørelser lagmannsretten traff som første instans, slik at Høyesteretts kompetanse ikke er begrenset etter straffeprosessloven § 388 første ledd.
- (11) Det første spørsmålet saken reiser, er om det var en feil å anvende den nye bestemmelsen i straffeloven § 192 første ledd bokstav b før lovendringen var kunngjort i Norsk Lovtidend.
- (12) Forsvareren har for det første vist til forbudet i Grunnloven § 97 mot tilbakevirkende lover og til uttalelser i eldre juridisk statsrettsteori om at det avgjørende i forhold til Grunnloven § 97 bør være om loven er kunngjort på tidspunktet for handlingen. Som det er redegjort for i Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 9. utgave, 2004 side 402–404, er imidlertid standpunktet i rettspraksis, blant annet i en plenumsdom fra 1945, at Grunnloven § 97 ikke er til hinder for at en lov kan virke allerede fra vedtakelsen. Det

heter i Andenæs' drøftelse av § 97:

”Rettspraksis har tatt det standpunkt at loven kan virke allerede fra vedtakelsen, ikke først fra kunngjøringen (se Rt. 1937 s. 42, 1945 s. 26, 1953 s. 965 og 1386). For forskrifter som er gitt i kraft av delegasjon, har man i forvaltningsloven § 39 regler om at forsømt kunngjøring leder til at forskriften som regel ikke kan påberopes overfor den enkelte, med mindre han likevel har fått kjennskap til forskriften. Noen tilsvarende regel har man ikke for lover, og en slik regel kan ikke innfortolkes i grl. § 97.”

(13) Jeg ser det som klart at det fortsatt må legges til grunn at krav om at loven skal være kunngjort, ikke kan utledes av Grunnloven § 97.

(14) Når det spesielt gjelder straffebestemmelser, er det imidlertid nå et spørsmål om noe annet følger av EMK artikkel 7, som forsvareren også har vist til. Nr. 1 i bestemmelsen lyder slik i norsk oversettelse:

”Ingen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnlattelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått. Heller ikke skal en strengere straff bli idømt enn den som gjaldt på den tid da den straffbare handling ble begått.”

(15) Som det fremgår, sier ikke ordlyden direkte at det gjelder et krav til kunngjøring. Artikkel 7 må imidlertid sees i sammenheng med lovsbegrepet i EMK ellers, der Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har stilt krav om tilgjengelighet og forutsigbarhet, se blant annet dommen 26. april 1979 i saken Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49. Mest relevant for vårt spørsmål er antakelig dommen 25. mars 1983 i saken Silver mfl. mot Storbritannia. I avsnitt 87 i dommen er det fremhevet at en lov må være tilgjengelig (“accessible”), og det er videre uttalt at mens dette kravet klart var oppfylt for deler av det regelsettet saken gjaldt, var andre deler av regelsettet ikke publisert (“not published”). I EMDs dom 26. mars 1987 i saken Leander mot Sverige avsnitt 53 er det uttalt at regler som var kunngjort i Svensk Författningssamling, utvilsomt tilfredsstilte kravet til tilgjengelighet. – I disse uttalelsene må det ligge at EMD ser kravet om tilgjengelighet som ikke å være begrenset til å gjelde *utformingen* av straffebestemmelser – noe aktor har anført for Høyesterett, men at kravet også refererer til kunngjøring.

(16) Med utgangspunkt særlig i Silver-dommen har juridisk teori som omtaler spørsmålet, lagt til grunn at kunngjøring kreves i relasjon til artikkel 7, likevel slik at det gjelder unntak hvis det konkret kan legges til grunn at den private parten kjente eller burde ha kjent straffebestemmelsen på annen måte. Dette siste er ikke anført i vår sak. Jeg viser blant annet til Lorentzen, Rehof og Trier: Den europeiske Menneskerettkonvention, 2. utgave, 2003 side 371, Johs. Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 9. utgave side 403–404, Nicolai V. Skjerdal: Kvalitative hjemmelskrav side 40 flg. og Jørgen Aall: ”Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene”, TfR 1994 side 592–593. Etter min mening kan det også anføres gode reelle grunner for å forstå konvensjonsbestemmelsen i artikkel 7 som å inneholde et krav til kunngjøring – med modifikasjoner som nevnt – og jeg kan ikke se at en slik forståelse innebærer praktiske problemer av betydning for medlemslandene.

(17) Jeg er etter dette kommet til at det må legges til grunn at EMK artikkel 7 inneholder et krav om at nye, strengere strafferegler som utgangspunkt ikke kan anvendes overfor den enkelte før de er kunngjort. Dette må da være løsningen etter norsk rett, jf. §§ 2 og 3 i menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30.

- (18) Aktor har subsidiært anført at kravet til kunngjøring ikke kan innebære at det i vår sak måtte kreves kunngjøring i Norsk Lovtidend; det måtte være tilstrekkelig at lovgivningsprosessen hadde vært offentlig, slik at det var fullt mulig å gjøre seg kjent med den. – Etter mitt syn kan dette ikke føre frem. Det kan nok synes formalistisk å legge avgjørende vekt på kunngjøringen i Norsk Lovtidend – det er for eksempel åpenbart ingen grunn til å tro at A forholdt seg til en slik kunngjøring. Men legger man først til grunn at artikkel 7 stiller et krav om kunngjøring, virker det vanskelig å si at kravet for Norges del skal referere til noe annet enn vår vanlige, offisielle måte for kunngjøring av lover. Dette er likevel selvsagt ikke til hinder for at norske myndigheter kan velge å vedta andre offisielle kunngjøringsmåter. Jeg gjør her oppmerksom på at fra og med år 2001 skjer kunngjøringen i Norsk Lovtidend først elektronisk, med kunngjøringsdato markert for hver kunngjøring. Kunngjøringene blir samlet og publisert i papirutgave senere med angivelse av kunngjøringsdato for den enkelte sak. Det innebærer at det som ligger bak problemet i vår sak – tidsavstanden mellom vedtakelse og kunngjøring – må antas å være lite praktisk i dag. Jeg minner ellers om at tilgjengelighetskravet etter artikkel 7 også kan være oppfylt når den private parten på annen måte enn ved kunngjøringen kjente eller burde ha kjent til straffebestemmelsen.
- (19) I vårt tilfelle var det forholdet A er funnet skyldig i – seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen – straffbart også før lovendringen fra august 2000, men da etter bestemmelsen i straffeloven § 193 første ledd første straffalternativ, slik den lød før endringen. Lovendringen innebar ikke noen utvidelse av området for det straffbare. Domfellelsen av A er da ikke i strid med bestemmelsen i artikkel 7 nr. 1 første punktum, jf. EMDs dom 27. september 1995 i saken G mot Frankrike avsnitt 25.
- (20) Ved lovendringen ble imidlertid handlingen brakt inn under voldtektsbegrepet og flyttet til en annen paragraf, og strafferammen ble hevet fra fem til ti års fengsel. Straffen på to års fengsel som A ble idømt, ligger innenfor strafferammen også i den tidligere § 193. Men det er på det rene at lovendringen var ment å innebære en generell skjerping av straffene for seksuell omgang med bevisstløse mv., og at det også ble fulgt opp i rettspraksis, se blant annet Rt. 2002 side 1288 med videre henvisninger. Dette er klart uttrykt også i Høyesteretts avgjørelse 25. april 2003 av As straffutmålingsanke, der det blant annet er uttalt at lovendringen "... innebar en vesentlig straffeskjerpelse og skulle markere at slike forbrytelser kan være like alvorlige som de overgrep som tradisjonelt har vært bedømt som voldtekt". Avslutningsvis i kjennelsen sies det:
- "Når da handlingen skal bedømmes ut fra den straffeskjerpelsen som lovendringene har medført, kan jeg ikke se at den straffen som lagmannsretten har utmålt, er for streng."**
- (21) Også det å idømme strengere straff enn den som gjaldt på gjerningstidspunktet, rammes av EMK artikkel 7, se andre punktum i nr. 1. I forhold til EMK ligger det problematiske i behandlingen av As sak altså ikke i at han ble funnet skyldig i en straffbar handling, men i straffutmålingen.
- (22) Det neste spørsmålet er hvilken betydning dette får for As begjæring om gjenopptakelse. EMK artikkel 13 stiller krav til nasjonale myndigheter ved brudd på konvensjonen; den krenkede skal ha en "effective remedy". As påstand overfor Høyesterett går prinsipielt ut på gjenopptakelse av lagmannsrettens dom, subsidiært gjenopptakelse av Høyesteretts kjennelse.

(23) Som grunnlag for gjenopptakelse har forsvareren særlig vist til straffeprosessloven § 392 andre ledd, som gir adgang til gjenopptakelse ”når særlige forhold gjør det tvilsomt om dommen er riktig, og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om siktedes skyld blir prøvd på ny”. Det er altså når tungtveiende hensyn tilsier en ny prøving av *skyldspørsmålet* at bestemmelsen gir grunnlag for gjenopptakelse. I vår sak er problemet ikke bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, men lovanvendelsen – altså anvendelsen av den nye § 192 istedenfor den gamle § 193, noe som igjen får betydning for straffutmålingen. Bestemmelsen i § 392 andre ledd er ment som en ytterste sikkerhetsventil, som skal brukes med stor varsomhet, og jeg er ikke kjent med at den har vært anvendt i tilfeller som likner på vårt. Men når vi er i den spesielle situasjonen at den opprinnelige avgjørelsen blir sett som å være i strid med en bestemmelse i EMK, mener jeg det må kunne sies at tungtveiende grunner tilsier en ny prøving, og at gjenopptakelse da bør besluttes. Konvensjonsbruddet kan avbøtes ved at straffen utmåles på nytt, ut fra straffenivået slik det var på tiden like før lovendringen. Samtidig må subsumsjonen av handlingen endres til å gjelde § 193 første ledd første straffalternativ. Både lovanvendelsen under skyldspørsmålet og straffutmålingen er omfattet av Høyesteretts kompetanse ved anke i straffesaker, og jeg mener at det hensiktsmessige i vår sak må være å ta til følge As subsidiære påstand om gjenopptakelse av Høyesteretts kjennelse 25. april 2003. Jeg nevner at muligheten for å avgjøre gjenopptakelsessaken ved dom med utmåling av straff etter den tidligere § 193 ble omtalt i rettens brev til partene om henvisning av saken, og verken forsvareren eller aktor har gått mot en slik fremgangsmåte.

(24) Jeg går da over til å se på hva straffen bør være, bedømt ut fra rettspraksis etter straffeloven § 193 kort før lovendringen fra august 2000 trådte i kraft. Det forholdet A er funnet skyldig i, ble beskrevet slik i Høyesteretts kjennelse 25. april 2003:

”Fornærmede hadde vært på et utested om kvelden, og på vei hjem stoppet hun en bil som hun trodde var en drosje, og bad om å bli kjørt hjem til ---gata. Om hendelsesforløpet videre heter det i lagmannsrettens dom:

”Kort tid etter at fornærmede hadde satt seg inn i bilen, låste tiltalte bildørene og begynte å beføle henne på lårene. Hun protesterte ved å rope ”nei, nei” flere ganger, men var så sterkt rammet av angst at hun ikke maktet å yte fysisk motstand. Tiltalte kjørte bortover ----gata og svingte til venstre i motsatt retning av ----gate og kjørte til området bak X fabrikk. Dette er et meget lite beferdet sted om natten. Der løftet han henne ut av passasjerstet og la henne i baksetet. Han la seg oppå henne, dro ned trusen og dro opp klærne hennes på overkroppen. Han kysset henne på kroppen og brystene og førte fingre inn i hennes skjede.

Ved en kraftanstrengelse klarte fornærmede å komme seg ut av bilen og løp derfra.””

(25) Som veiledende for straffutmålingen i vår sak har forsvareren vist til Rt. 2000 side 800, som er den eneste avgjørelsen fra de senere årene som utelukkende gjaldt § 193, og der straffen for de to gjerningsmennene ble satt til ubetinget fengsel i 120 dager. Det ble presisert i dommen at dette innebar en skjerpelse i forhold til tidligere praksis. Etter min mening gir imidlertid denne dommen begrenset veiledning for vår sak. I saken fra 2000 var det tale om samleie med en kvinne som frivillig hadde blitt med gjerningsmennene hjem og sovnet etter først å ha drukket alkohol og så røkt hasj sammen med dem. Når det gjelder vår sak, viser jeg til det jeg har sitert fra Høyesteretts kjennelse i 2003 om

hendelsesforløpet, og videre til at førstvoterende betegnet handlingen som ”et skremmende og krenkende overgrep overfor fornærmede, ... som ligger svært nær opp til den tradisjonelle voldtektsbeskrivelsen i § 192 første ledd bokstav a”. – En passende straff for dette forholdet ut fra rettsstilstanden sommeren 2000 vil etter min mening være fengsel i 10 måneder.

- (26) Kjæremålet gjelder som nevnt også beslutningen om ikke å oppnevne forsvarer for A ved lagmannsrettens behandling. Jeg mener at kjæremålet må tas til følge også på dette punkt – saken har reist spørsmål som gir særlig grunn til forsvareroppnevning, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd.
- (27) Jeg stemmer for denne

DOM OG KJENNELSE :

1. Høyesteretts kjennelse 25. april 2003 gjenopptas.
2. Lagmannsrettens dom – domsslutningen punkt 1 første punktum – endres til å lyde:

A, født 8. mars 1959, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første straffalternativ til en straff av fengsel i 10 – ti – måneder.
3. Advokat John Christian Elden oppnevnes som forsvarer for lagmannsretten i medhold av straffeprosessloven § 100 andre ledd.

- (28) Dommer **Oftedal Broch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (29) Dommer **Mitsem:** Likeså.
- (30) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (31) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

- (32) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM OG KJENNELSE :

1. Høyesteretts kjennelse 25. april 2003 gjenopptas.
2. Lagmannsrettens dom – domsslutningen punkt 1 første punktum – endres til å lyde:

A, født 8. mars 1959, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første straffalternativ til en straff av fengsel i 10 – ti – måneder.

3. Advokat John Christian Elden oppnevnes som forsvarer for lagmannsretten i medhold av straffeprosessloven § 100 andre ledd.