



NORGES HØYESTERETT

Den 2. november 2005 avsa Høyesterett dom i

HR-2005-01718-A, (sak nr. 2005/1275), straffesak, anke,

Den offentlige påtalemyndighet

(kst. førstestatsadvokat Morten Holmboe)

mot

A

B

(advokat Mette Yvonne Larsen)

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

- (1) Dommer **Oftedal Broch**: Saken gjelder omsubsumering av seksualforbrytelse fra straffeloven § 192 til den tidligere § 193 og straffutmåling. Paragraf 192 slik den lyder etter lov 76/2000 var anvendt på handling begått før lovendringen var kunngjort. Saken reiser også spørsmål om påtalemyndighetens anke til gunst for domfelte kan behandles etter at gjenopptakelsesbegjæring er tatt til følge.
- (2) Etter anke over Oslo byretts dom av 13. november 2001 avsa Borgarting lagmannsrett dom 28. august 2002 med slik domsslutning:
 - ”1. **A, født 10.10.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven § 192 første og annet ledd, samt for de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001, sammenholdt med straffeloven §§ 62 første ledd og 63 annet ledd, til en straff av fengsel i 3 – tre – år og 6 – seks – måneder. Til fradrag i straffen går 690 – sekshundreognitti – dager for utholdt varetekt.**
 2. **B, født 07.07.1978, dømmes for overtredelse av straffeloven § 192 første og annet ledd, samt for det forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til**

en straff av fengsel i 3 – tre – år og 3 – tre – måneder. Straffen anses avsonet ved utholdt 748 – sjuhundreogførtiåtte – dager i varetekt.

3. A og B dømmes hver til å betale til C 75 000 – syttifemtusen – kroner i oppreisning. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.
4. A og B dømmes hver til å betale til C – 3 731,50 – tretusensjuhundreogtrettien 50/100 – kroner i erstatning for økonomisk tap. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen.”

(3) De rettskraftige avgjørelsene fra Oslo byrett gjaldt for domfelte nr. 1 A utuktig omgang med en pike under 16 år samt kjøring uten førerkort, og for domfelte nr. 2 B overtredelse av utlendingsloven.

(4) Domfellelsen i lagmannsretten gjaldt for begge de domfelte voldtekt etter straffeloven § 192, slik bestemmelsen lød etter lovendring 11. august 2000, som trådte i kraft straks. Hovedspørsmålet til lagretten lød slik for begge to:

”Er tiltalte ... skyldig i å ha skaffet seg seksuell omgang ved vold eller truende adferd eller med noen som var bevisstløs eller av andre grunner var ute av stand til å motsette seg handlingen?

Grunnlag er følgende forhold:

Lørdag den 12. august 2000 i tidsrommet ca. 0400 til 1300 i en leilighet i -----veien 21 i Oslo, holdt han C fast og/eller utnyttet at hun sov eller at hun av andre grunner var ute av stand til å motsette seg handlingen og gjennomførte seksuell omgang med henne.”

(5) A begjærte 7. juni 2004 gjenopptakelse av lagmannsrettens dom. Som grunn ble angitt at det var feil å anvende loven slik den lød etter endringen 11. august 2000, idet den straffbare handlingen ble begått 12. august 2000 og før lovendringen var kunngjort, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 side 357. Etter skriftveksel med Gjenopptakelseskommisjonen presiserte As advokat i brev 6. september 2004 at gjenopptakelsesbegjæringen gjaldt så vel skyldspørsmålet som straffespørsmålet.

(6) Den 27. oktober 2004 påanket påtalemyndigheten lagmannsrettens dom til fordel for begge de domfelte. I anken het det:

”Etter de retningslinjer som ble trukket opp i Høyesteretts kjennelse av 25. februar 2004 (Rt 2004 side 357), synes det klart at den lovanvendelse som lå til grunn for spørsmålene til lagretten var feil. Lagmannsretten skulle eventuelt stilt to alternative hovedspørsmål etter straffeloven § 192 slik den lød før lovendringen og straffeloven § 193.

Påtalemyndigheten ble oppmerksom på saken ved at den ene av de domfelte har begjært gjenopptakelse av saken 7. juni 2004. Gjenopptakelsesbegjæringen er utelukkende begrunnet i den lovanvendelsesfeil som må legges til grunn etter avgjørelsen i Rt 2004 side 357. Da det ikke påberopes bevisfeil, antar påtalemyndigheten at den korrekte fremgangsmåte må være at saken fremmes ved anke til gunst for domfelte.

Påtalemyndigheten antar at den feil som foreligger, ikke bør føre til en ny bevisprøving av skyldspørsmålet, men at dommen endres slik at den korrekte lovanvendelse legges til grunn. Slik spørsmålet til lagretten var formulert må det i dag forutsettes det gunstigste svaralternativ for de tiltalte. Dette medfører at lagrettens ja-svar kun kan føre til domfellelse etter dagjeldende § 193 i straffeloven.”

- (7) I brev til påtalemyndigheten 5. november 2004 opplyste Bs forsvarer at hun i en tid hadde arbeidet med en gjenopptakelsesbegjæring på vegne av sin klient. Under henvisning til påtalemyndighetens anke til fordel for de domfelte meddelte hun at B godtok anke basert på skylderkjennelse etter straffeloven § 193, og at han på denne bakgrunn ikke ville begjære sin sak gjenopptatt.
- (8) A opprettholdt sin begjæring om gjenopptakelse, noe som førte til at påtalemyndighetens anke ble trukket tilbake. Gjenopptakelseskommisjonen besluttet 15. desember 2004 at lagmannsrettens dom mot A skulle gjenopptas.
- (9) B anmodet om at påtalemyndighetens anke måtte bli opprettholdt i forhold til ham. Etter fornyet overveielse fant også A at han ønsket en ankebehandling basert på skylderkjennelse etter straffeloven § 193.
- (10) Etter å ha mottatt de varslede skylderkjøringene fremmet påtalemyndigheten på ny anken over Borgarting lagmannsretts dom. Det ble nedlagt slik påstand:
- ”1. **A, f. 10.10.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første straffalternativ, samt for det forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsarrest.**
2. **B, f. 7.7.1978, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første straffalternativ, samt for det forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsarrest.”**
- (11) Det første spørsmål som oppstår i saken, er om Gjenopptakelseskommisjonens vedtak om å gjenoppta lagmannsrettens dom i forhold til A stenger for å behandle den etterfølgende anke fra påtalemyndigheten.
- (12) Spørsmålet er ikke løst i straffeprosessloven. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at en innvilget gjenopptakelse skal stenge for å behandle en anke til fordel for domfelte i dette tilfellet. Så vel påtalemyndigheten som domfelte ønsker anken behandlet. Hensynet til partene tilsier da at gjenopptakelsen stilles i bero. Dersom utfallet av behandlingen blir at Høyesterett avsier ny dom eller opphever lagmannsrettens dom, vil gjenstanden for gjenopptakelse bortfalle, og Høyesterett har vurdert den påberopte feil. Motstridende hensyn er det da neppe. At anken ikke fører frem, er formentlig ganske teoretisk.
- (13) Jeg går etter dette over til ankens realitet. I avgjørelsen i Rt. 2004 side 357 er det slått fast at artikkel 7 i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er til hinder for at en lovendring som skjerper straffen, får anvendelse på handlinger begått før loven var kunngjort. For å tilfredsstille artikkel 7 må en lov være tilgjengelig – ”accessible”, og det er lagt til grunn at det innebærer et krav om kunngjøring av loven, som hos oss skjer i Norsk Lovtidend. Dette gjelder likevel ikke dersom gjerningspersonen på annen måte kjente eller burde ha kjent straffebestemmelsen. Det er ikke påstått i vår sak.
- (14) Da den aktuelle lovendringen ikke var kunngjort i Norsk Lovtidend på gjerningstidspunktet 12. august 2000, medfører dette at loven slik den lød tidligere skulle vært anvendt. Som jeg allerede har referert, anfører påtalemyndigheten i anken at denne

feilen ikke bør føre til opphevelse og ny prøving av skyldspørsmålet, men at lagrettens ja-svar kun kan føre til domfellelse etter straffeloven § 193 før lovendringen. Hensett til utviklingen i denne sak og til tidsforløpet er jeg enig i at de domfelte nå bør dømmes etter den tidligere § 193, og at det foretas ny straffutmåling.

- (15) Straffeloven § 193 første ledd første punktum lød før 11. august 2000:

”Den som har eller medvirker til at en annen har utuktig omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner er ute av stand til å motsette seg handlingen, straffes med fengsel inntil 5 år.”

- (16) Ut fra mitt syn på saken, legges til grunn at de domfelte

”utnyttet at hun sov eller at hun av andre grunner var ute av stand til å motsette seg handlingen og gjennomførte seksuell omgang med henne”,

jf. lagrettens svar og de domfeltes skylder kjennelser. Ut over hovedspørsmålet besvarte lagretten to tilleggsspørsmål. Den svarte ja på om den seksuelle omgang var samleie og nei på om handlingen var utført av flere i fellesskap.

- (17) På denne bakgrunn går jeg over til straffutmålingen. Lagmannsretten beskriver handlingene slik:

”Senere på natten gikk fornærmede og A til en leilighet i -----veien 21, hvor D bodde. Både A, B og E bodde også på denne tiden hos D. Denne natta overnattet dessuten F i samme leilighet. Leiligheten besto av ett rom, med tillegg av et bad/toalett. Da A og C ankom leiligheten, la de seg på en madrass som B hadde sovet på. Sistnevnte flyttet seg da og la seg på golvet i nærheten.

Det var således i alt 5 personer til stede i rommet, i tillegg til fornærmede. Hun var fortsatt sterkt beruset, og sovnet straks.

I løpet av natten våknet C i forbindelse med at A dro av henne buksa. Hun ble sint og sa klart fra at han ikke skulle gjøre det, og tiltalte nr 1 forsto at hun ikke ønsket tilnærmelser. Noe senere våknet C av at A hadde vaginalt samleie med henne. Buksa hennes var fjernet, og han holdt henne nede. C begynte å gråte og protesterte mot handlingen. Hun følte seg imidlertid utmattet, og klarte ikke å sette seg fysisk til motverge. Tiltalte nr 1 fortsatte voldtektshandlingen, og fikk utløsning. I løpet av natten gjennomførte A flere samleier av lignende art med fornærmede.

Senere samme natt voldtok også B C. Han gjennomførte et vaginalt samleie med henne. Også under dette samleiet våknet fornærmede og gråt og forsøkte å sette seg til motverge. Hennes motstand var imidlertid ikke vanskelig å overvinne for tiltalte nr 2, idet han holdt henne nede. Hennes tilstand medførte at hun ikke greidde å yte nevneverdig fysisk motstand.

I løpet av samme natt utførte også en av de andre tilstedeværende et seksuelt overgrep mot C. Det vises til byrettens dom, hvor E ble dømt for å ha befølt henne mens hun lå uten bukser.”

- (18) Vi står her for så vidt gjelder de to domfelte overfor handlinger som sett isolert er grove overtredelser av straffeloven § 193. Til dette kommer at selv om det skal legges til grunn at handlingene ikke ble begått av flere i fellesskap, er det skjerpene at det var flere personer til stede i leiligheten, og at tre personer forgrep seg på fornærmede i løpet av natten. Handlingene pågikk over atskillig tid. I sum var de svært krenkende for fornærmede.

- (19) I formildende retning må det legges vekt på at forholdene er blitt gamle – det er nå over 5 år siden de ble begått – uten at dette kan bebreides de domfelte. Videre har de domfelte hatt en meget langvarig varetekt på henholdsvis 690 dager for A og 748 dager for B. Forholdene i varetektsperioden har også vært ekstra tunge. De to snakker ikke norsk, og de ble utsatt for overgrep i fengselet fra innsatte.
- (20) Ved straffutmålingen finner jeg et utgangspunkt i Rt. 2004 side 357, som også gjaldt nedsubsumering fra § 192 til § 193 for handling begått etter vedtakelsen av lovendringen 11. august 2000, men før kunngjøringen. Her ble straffen endret fra fengsel i 2 år til fengsel i 10 måneder. I vår sak er handlingene klart grovere og tilsier en fengselstraff på noe over ett år. Det må også tas hensyn til de rettskraftige forholdene fra Oslo byretts dom av 13. november 2001. De er imidlertid omkring 6 år gamle og kan bare tillegges begrenset betydning. På den annen side skal de formildende momenter jeg har nevnt – lang og tung varetekt og sakens alder – tillegges vekt. Jeg finner det nå ikke naturlig å skille i straffutmålingen mellom de to domfelte, og mener at en fengselsstraff på 1 år er passende, slik påtalemyndigheten har påstått.
- (21) For begge de domfelte er straffen utsonet ved varetektsfengsel.
- (22) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. A, f. 10.10.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første punktum (slik det lød før lovendringen av 11. august 2000), samt for de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsfengsel.
 2. B, f. 7.7.1978, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første punktum (slik det lød før lovendringen av 11. august 2000), samt for det forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsfengsel.
- (23) Dommer **Flock:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (24) Kst. dommer **Kaasen:** Likeså.
- (25) Dommer **Støle:** Likeså.
- (26) Dommer **Gussgard:** Likeså.

(27) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. A, f. 10.10.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første punktum (slik det lød før lovendringen av 11. august 2000), samt for de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsfengsel.
2. B, f. 7.7.1978, dømmes for overtredelse av straffeloven § 193 første ledd første punktum (slik det lød før lovendringen av 11. august 2000), samt for det forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo byretts dom av 13. november 2001 sammenholdt med straffeloven § 62 til en straff av fengsel i 1 – ett – år. Straffen anses sonet ved utholdt varetektsfengsel.

Riktig utskrift bekreftes: