



NORGES HØYESTERETT

Den 6. september 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-01539-A, (sak nr. 2007/612), straffesak, anke,

A (advokat Gunnar K. Hagen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Jørn S. Maurud)

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

- (1) Dommer **Stabel**: Saken gjelder anke over lovanvendelsen og straffutmålingen ved domfellelse for overtredelse av straffeloven § 200 annet ledd første punktum, og reiser særlig spørsmål om hva som er en ”seksuell handling”.
- (2) A ble 4. november 2005 satt under tiltale for overtredelse av straffeloven § 195 første ledd første straffalternativ, § 199 første ledd og § 200 annet ledd første punktum. For så vidt gjaldt overtredelsen av straffeloven § 200 var grunnlaget beskrevet slik:

”I tidsrommet 5. mars 2003 til 30. desember 2003 i i X fikk han ved gjentatte anledninger B, født 5. januar 1998, til å vaske sin penis mens de badet sammen i badekaret.”
- (3) Ved Fredrikstad tingretts dom 7. april 2006 ble han frifunnet for alle tiltalepunktene.
- (4) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen for så vidt gjaldt frifinnelsen for overtredelse av straffeloven § 200. Borgarting lagmannsrett avsa 2. mars 2007 dom med slik domsslutning:
 - ”1. A, født 12. august 1969, dømmes for overtredelse av straffeloven § 200 annet ledd første punktum til en straff av fengsel i 60 - seksti - dager, hvorav 30 - tretti - dager gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf. straffeloven §§ 52 til 54.
 2. A frifinnes for kravet om erstatning for skade av ikke økonomisk art.”

- (5) A har anket til Høyesterett over lovanvendelsen. Han har gjort gjeldende at domfellelsen er uriktig når den utelukkende retter seg mot en passiv adferd fra hans side. Forholdet ligger dessuten i nedre skikt av hva som er straffbart etter bestemmelsen, og da må det legges vekt på at handlingen ikke var seksuelt motivert. Subsidiært har han hevdet at straffen bør settes noe ned.
- (6) *Jeg er kommet til at anken over lovanvendelsen ikke kan føre frem, men at straffen i sin helhet bør gjøres betinget.*
- (7) Sakens bakgrunn er at A fra våren 2001 til årsskiftet 2003–2004 var samboer med Bs mor. I mars 2002, da B var vel fire år gammel, fikk moren skiftarbeid som innebar arbeid på kveldstid hver fjerde uke. Disse kveldene var det A som hadde ansvaret for barnet. Om det nærmere forholdet heter det i lagmannsrettens dom:

”I forbindelse med kveldsstellet av barnet hendte det at A og B badet sammen i badekaret. A har for lagmannsretten forklart – og lagmannsretten legger til grunn – at B ved tre til fem anledninger i perioden mars 2002 til høsten 2003 vasket ham nedentil mens de var i badekaret. Vaskingen besto ifølge forklaringen av at hun gned en innsåpet svamp eller klut over kroppen hans – herunder hans penis – mens han lå i badekaret. B var samtidig oppe i badekaret. Etterpå skylte B av ham såpen med hånddusjen. Skyllingen av As penis skjedde mens han sto på knærne i badekaret.”

- (8) Slik lagmannsretten har beskrevet det faktiske forholdet, kan det ikke legges til grunn at A oppfordret B til vaskingen – han bare lot det skje. Det kan heller ikke legges til grunn at handlingen var seksuelt motivert. Lagmannsretten fant det ikke bevist at A hadde ereksjon ved noen av tilfellene. Episodene fant sted tre til fem ganger over en periode på halvannet år.
- (ϕ) Spørsmålet er om en slik handling – å la et barn vaske ~~si~~ten voksens kjønnsorgan under felles bading – er en ”seksuell handling” med barn under 16 år som rammes av straffeloven § 200 annet ledd første punktum. Ser man isolert på ordlyden i § 200, leder det tanken mot en aktiv handling fra en gjerningsperson overfor en annen person, enten denne er voksen eller barn. Det følger imidlertid allerede av straffeloven § 4 at ordlyden ikke kan være avgjørende. Spesielt i forhold til barn vil det kunne foreligge en plikt til å avverge seksuelle situasjoner. Spørsmålet er berørt i Høyesteretts dom 23. august 2007 HR-2007-01477-A, (sak nr. 2007/540), i avsnitt 13:

”I Rt. 1927 side 1070 fant Høyesterett at den domfelte hadde foretatt en utuktig handling, ikke utvist utuktig atferd, når han hadde betalt en syv år gammel pike for å ”slikke ham paa munden og ta i hans kjønnsdel”. Det ble pekt på at ”tiltalte selv har bragt sit mandlige lem i berøring med barnets haand”. I vår sak uttaler lagmannsretten at den domfelte ”selv ikke har tatt noe uttrykkelig initiativ til verken seksuell omgang eller handling”. Det er imidlertid et spørsmål om ikke det å kle seg naken og bade med barnet etter at barnet tidligere i samme situasjon har berørt og lekt med hans penis, må anses som tilstrekkelig initiativ fra den voksnes side til at han kan sies å ha foretatt en seksuell handling.”

- (10) I den saken – som gjaldt straffutmåling for krenkelse av straffeloven § 195 ved seksualisert lek mellom far og datter under felles bading i badekar – fant altså Høyesterett det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet. For min del finner jeg det klart at gjerningsbeskrivelsen i § 200 annet ledd første punktum ikke er til hinder for at også passivitet kan rammes. Spesielt i forhold til mindre barn – som ikke selv forstår

implikasjonene av de initiativ de tar – vil det at den voksne ikke avbryter handlingsforløpet og setter grenser, kunne bli å likestille med en aktiv handling fra den voksnes side.

- (11) Jeg må så vurdere betydningen av at handlingen – her unnlatelsen av å handle – ikke var seksuelt motivert. Lagmannsretten har tatt som utgangspunkt at slik motivasjon ikke er noe vilkår etter loven, men at det kan være et moment ved den samlede vurdering av om en handling er straffbar. Dette er et riktig utgangspunkt. Særlig hvor handlingen objektivt sett ikke behøver å være av seksuell art, for eksempel i forbindelse med lek eller omsorg, vil motivasjonen kunne ha stor betydning. Jeg viser eksempelvis til saken i Rt. 2003 side 1461. Om forholdet i denne saken uttaler lagmannsretten innledningsvis:
- ”Lagmannsretten bemerker at det at en omsorgsperson eller annen nærstående til et lite barn på den alder B var – dvs mellom fire og seks år – bader sammen med barnet i seg selv ikke rammes av bestemmelsen. Det forhold at den voksne i slike situasjoner vasker barnets kjønnsorgan vil i normaltilfellene åpenbart ikke rammes av bestemmelsen. Annerledes vil det kunne stille seg dersom den voksne enten får barnet til eller lar barnet vaske den voksnes kjønnsorgan, selv om lagmannsretten ikke ser bort fra at også slike handlinger etter omstendighetene kan falle utenfor det som rammes av bestemmelsen.”**
- (12) Jeg er enig i det lagmannsretten her sier. Men jeg tilføyer at også innenfor det man kan kalle et normalområde, må den voksne ha et særlig aktsomhetsansvar for å unngå seksualiserte situasjoner. Det må legges en viss vekt på hva formålet med handlingen er. Et barns vasking av en voksens kjønnsorgan har i utgangspunktet intet fornuftig formål. Vi er derfor etter mitt syn et godt stykke fra de normalsituasjoner i dagliglivet hvor det er nødvendig med en margin for uforsiktig og klønete opptreden fra en foresatts side, slik det er uttalt i Rt. 2003 side 1461.
- (13) Det kan selvsagt ikke alltid hindres at berøring av kjønnsorgan ved fellesbading skjer spontant eller ved et uhell. Slike situasjoner vil være klart innenfor det straffrie. Gjentatt bading med et barn etter å ha erfart at dette har skjedd – og uten å gjøre noe for å avverge det – blir noe annet. I vår sak har barnets vasking av den voksnes kjønnsorgan fått utvikle seg til et fast mønster. Dette er etter mitt syn over grensen. Hvis det ikke var mulig å bryte mønsteret på andre måter, ville den adekvate handlemåte vært å slutte å bade med barnet.
- (14) Ut fra en totalvurdering er jeg etter dette kommet til at forholdet – i hvert fall samlet sett – må ses som en overtredelse av straffeloven § 200 annet ledd første punktum.
- (15) Ved straffutmålingen må jeg ta i betraktning at forholdet nok ligger i nedre skikt av hva som rammes av bestemmelsen. Handlingen har ikke vært seksuelt motivert, og kan i noen grad forklares ved manglende grensesetting under lek. Som omsorgsperson i stefars posisjon burde A likevel forstått å sette de nødvendige grenser. Det er alvorlig at han har latt en situasjon som i utgangspunktet burde være normal og hyggelig, utvikle seg til noe barnet burde vært spart for.
- (16) Saken er imidlertid blitt gammel. Det er snart fire år siden forholdet ble avsluttet. Forholdet ble anmeldt først våren 2005, og tiltale ble tatt ut i november samme år. Selv om det må aksepteres at saker av denne art ofte tar noen tid før de kommer opp, mener jeg tidsmomentet må tillegges en viss vekt i As favør. Jeg er derfor kommet til at hele den straffen lagmannsretten utmålte bør kunne gjøres betinget.

(17) Jeg stemmer for denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at hele straffen gjøres betinget.

(18) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(19) Dommar **Utgård:** Det same.

(20) Dommer **Endresen:** Likeså.

(21) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(22) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at hele straffen gjøres betinget.

Riktig utskrift bekrefte: