



NORGES HØYESTERETT

Den 16. mai 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-968-A, (sak nr. 2017/406), straffesak, anke over dom,

A (advokat Nils Christian Nordhus – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Aina M. Ertzeid)

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

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder forståelsen av uttrykket "seksuell omgang", blant annet i § 195 i straffeloven 1902. Spørsmålet er om det faller inn under uttrykket at tiltalte "gned sin erigerte penis mot ryggen og baken" til datteren som hadde på seg truse og nattkjole, eller om dette skal bedømmes som en seksuell handling som rammes av straffeloven 1902 § 200.
- (2) A er far til fornærmede B, som er født 00.00.2000. Hun bodde de første leveårene hos sin mor og hadde ingen kontakt med A før i 2007/2008 da hun fikk vite at han var hennes far. Fra 2008 fikk A samvær med datteren. I 2011 ble det inngått rettsforlik om at datteren skulle bo fast hos A. Hun bodde hos ham annenhver uke inntil barneverntjenesten 4. april 2013 fattet akuttvedtak om plassering i beredskapshjem. Bakgrunnen for vedtaket var at hun i dommeravhør samme dag hadde fortalt om seksuelle overgrep fra faren.
- (3) A ble 29. september 2015 tiltalt for blant annet seksuell omgang med barn under 14 år, jf. straffeloven 1902 § 195 første ledd første straffalternativ, tiltalens post I.
- (4) Grunnlaget var angitt slik:

**"Ved flere anledninger, i perioden fra og med 2012 til og med 4. april 2013, på bopel i ---
---- 00 i X og på et hotell i Y, førte han en eller flere fingre inn i skjeden til B, født
00.00.2000, og gned sin erigerte penis mot ryggen og baken hennes."**
- (5) Dette forholdet ble i tiltalens post II også subsumert som voldtekt, jf. straffeloven 1902

§ 192 første ledd bokstav a, og i post III som seksuell omgang med datter, jf. straffeloven 1902 § 197.

- (6) Tiltalen omfattet også seksuelle handlinger mot datteren, jf. straffeloven 1902 § 200 tredje ledd. Grunnlaget var i post IV angitt slik:

"Ved flere anledninger i perioden fra sommeren 2011 til og med 4. april 2013, på bopel i ----- 00 i X og på et hotell i Y, kløp han brystene, herunder brystvortene og kjønnsleppene, og bet brystene til sin datter B, født 00.00.2000."

- (7) Post V i tiltalen gjaldt seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd overfor datteren, jf. straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c. Her var grunnlaget beskrevet slik:

"Ved minst to anledninger i perioden fra slutten av 2011 til og med 4. april 2013, på bopel i ----- 00 i X og på et hotell i Y, masturberte han seg selv mens hans datter B, født 00.00.2000, var tilstede."

- (8) Endelig omfattet tiltalen i post VI overtredelse av straffeloven 1902 § 219 første ledd. Også disse forholdene var begått overfor datteren.

- (9) Drammen tingrett avsa 16. mars 2016 dom med slik domsslutning:

- "1. A, født 00.00.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 195 første ledd første straffalternativ, straffeloven (1902) § 192 første ledd bokstav a, straffeloven (1902) § 197, straffeloven (1902) § 200 tredje ledd, straffeloven (1902) § 201 første ledd bokstav c, straffeloven (1902) § 219 første ledd, jf. straffeloven (1902) § 62 første ledd, til fengsel i 5 – fem – år.**
- 2. A, født 00.00.1981, dømmes til å betale 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner i oppreisningserstatning til B innen 2 – to – uker etter at dommen er forkynt."**

- (10) A innga fullstendig anke til Borgarting lagmannsrett. Anken ble henvist for så vidt gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalens post I-V. Lagmannsretten avsa dom 18. januar 2017 med slik domsslutning:

- "1. A, født 00.00.1981, dømmes for overtredelse av straffeloven 1902 § 195, første ledd første straffalternativ, straffeloven 1902 § 192 første ledd bokstav a, straffeloven 1902 § 197, straffeloven 1902 § 200 tredje ledd, straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c samt det forhold som er rettskraftig avgjort ved Drammen tingretts dom av 16. mars 2016 – alt sammenholdt med straffeloven 1902 § 62 første ledd – til en straff av fengsel i 5 – fem – år.**
- 2. A dømmes til å betale oppreisningserstatning til B med 225 000 – tohundreogtjuefemtitusen – kroner innen to uker etter dommens forkynnelse. "**

- (11) Saken ble behandlet med lagrette. Lagretten svarte ja på alle spørsmål. Spørsmålene var utformet i tråd med tiltalebeslutningen, men med noen endringer. Av særlig betydning for lovanvendelsesspørsmålet er at i spørsmål 1, som gjaldt seksuell omgang med barn under 14 år, var handlingene knyttet sammen med "og/eller". I prinsippet kan det dermed tenkes at lagretten bare fant det bevist at "tiltalte gned sin erigerte penis mot ryggen og baken hennes", ikke at han også begikk de andre handlingene som er nevnt i spørsmålet. Det fremgår av lagmannsrettens dom at fornærmede hadde på seg nattkjole og truse da tiltalte gned penis mot henne. I de påfølgende spørsmål 2 og 3 – som korresponderer med post II

og III i tiltalen – er det vist til forholdet i spørsmål 1. Lovanvendelsesspørsmålet gjelder derfor alle disse tre postene.

- (12) A har anket til Høyesterett for så vidt gjelder domfellelsen etter tiltalens post I, II og III. Anken gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet og krav om ny behandling av oppreisningskravet.
- (13) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 23. mars 2017 å tillate anken over straffekravet fremmet. Det ble ikke gitt samtykke til ny behandling av det sivile kravet.
- (14) A anfører at å gni erigert penis mot ryggen og baken til datteren ikke kan anses som seksuell omgang fordi hun var påkledd. Når det ikke er kontakt mellom tiltaltes blottede kjønnsorgan og fornærmedes nakne hud, må forholdet subsumeres som seksuell handling, hevdes det. Lagmannsrettens dom må derfor oppheves for så vidt gjelder tiltalens post I, II og III.
- (15) Påtalemyndigheten har tatt til motmæle og anfører at tiltaltes handlemåte etter en helhetsvurdering faller inn under uttrykket seksuell omgang. Lovanvendelsesanken må derfor forkastes.
- (16) Kort tid før ankeforhandlingen i Høyesterett tok aktor opp at forholdet i tiltalens post V trolig er foreldet som overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c.
- (17) *Jeg er kommet til at anken over lovanvendelsen ikke fører frem, men at domfellelsen for overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c må oppheves.*
- (18) Uttrykket "seksuell omgang" er benyttet i en rekke bestemmelser i straffeloven 1902 kapittel 19 om seksualforbrytelser og er videreført i kapittel 26 om seksuallovbrudd i straffeloven 2005. Av særlig betydning for saken her er straffeloven 1902 § 195 som setter straff for "seksuell omgang med barn under 14 år". Seksuell "omgang" har en nedre grense mot seksuell "handling", som benyttes i straffeloven 1902 § 200. Også dette uttrykket er videreført i straffeloven 2005.
- (19) Om et forhold regnes som seksuell omgang eller seksuell handling, har stor betydning for strafferammene og straffenivået. Sondringen har også betydning for foreldelse, oppreisningserstatning og ankerett.
- (20) *Ordlyden* – "seksuell omgang" og "seksuell handling" – sier i seg selv lite om hvordan grensen skal trekkes.
- (21) Jeg nevner for ordens skyld at det er på det rene at de språklige endringer som tidligere har vært foretatt i ordlyden – "utuktig" er erstattet med "seksuell" og "omgjengelse" med "omgang" – ikke er ment å ha realitetsbetydning.
- (22) Straffelovrådet vurderte i sin innstilling 17. mars 1960 om det burde innføres en definisjon av begrepet, men kom til at dette ikke var hensiktsmessig. Rådet uttalte i den forbindelse på side 21 første spalte:

"Man antar at en legaldefinisjon enten må gjøres så generell i sin formulering at den ikke vil være til synderlig veiledning for domstolene eller at den må gjøres så detaljert –

med en uttømmende oppregning av de ulike handlingsmåter – at det av den grunn må anses å være en lite hensiktsmessig ordning."

- (23) Heller ikke i den nye straffeloven er det innført noen legaldefinisjon, se nærmere Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 212 andre spalte.
- (24) *Forarbeidene* gir derimot atskillig veiledning, og jeg ser kort på noen hovedpunkter.
- (25) Uttrykket "utugtig omgjængelse" kom inn i 1902-loven etter forslag fra Straffelovkommisjonen av 1885, se SKM side 175. Kommisjonen innledet sin drøftelse på dette punkt med at det var en "lakune" i den daværende lov fordi den bare rammet "virkelig legemlig Omgjængelse eller Samleie". Andre "utugtige" handlinger foretatt med noen "i det Øiemed at tilfredsstille Kjønndriften ..." var enten straffrie eller måtte henføres under mindre treffende bestemmelser. Om løsningen av dette uttaler kommisjonen samme sted:

"Efter vor Mening gives der ved Siden av det virkelige Samleie en Række mere eller mindre samleielignende Forhold, - det vil navnlig sige Forhold, i hvilke den ene umiddelbart misbruger den andens Legeme til Tilfredstillelse af egen Kjønndrift eller den andens Kjønndele til Fremkaldelse af kjønslyst, - hvilke i strafferetlig Henseende gjennemgaaende kan ligestilles med det virkelige Samleie ..."

- (26) For handlinger utover "det virkelige samleie" angis altså som det sentrale vurderingstema om forholdet er "samleielignende".
- (27) I Straffelovrådets innstilling fra 1960 finnes en grundig gjennomgang av de tidligere forarbeidene og rettspraksis. I oppsummeringen på side 9 andre spalte heter det:

"Som en sammenfatning av rettspraksis på dette område kan man si at 'utuktig omgjængelse' er blitt oppfattet slik at det omfatter det naturlige samleie, og gnidende bevegelser mellom en blottet kjønnsdel og en – i regelen blottet – del av den annens legeme."

- (28) I NOU 1991: 13 "Seksuelle overgrep mot barn – straff og erstatning" heter det på side 16 at "utuktig omgang" går videre enn til samleie, og at man kan få en viss veiledning av uttrykket "samleielignende forhold" som ble brukt i motivene til straffeloven. Det heter så:

"Således omfattes samleiebevegelser med blottet kjønnsorgan mellom en annens lår eller mot vedkommendes mage eller seteparti ..."

- (29) I NOU 1997: 23 "Seksuallovbrudd" er det på side 13 vist til fremstillingen i NOU 1991: 13 og uttalt at denne fortsatt er dekkende som beskrivelse av gjeldende rett, jf. også Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 19 og side 25 første spalte.
- (30) I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), som er et forarbeid til straffeloven 2005, heter det på side 211 første spalte at seksuell omgang "betegner de mest intime handlingene". I tillegg til samleie nevnes også her "samleielignende forhold" og det gis eksempler på dette. Om grensen mellom seksuell omgang og seksuell handling uttales blant annet at denne "trekkes skjønnsmessig etter berøringens intensitet". Fornærmedes alder er nevnt som et tolkningsmoment "som gjør at bestemmelser som er generelt utformet, vil kunne anvendes forskjellig etter hvorvidt fornærmede er mindreårig eller voksen".

- (31) Sammenfatningsvis kan det utledes av forarbeidene at det sentrale er om handlemåten er "samleielignende". "Gnidende bevegelser" mot en annens lår, mage eller seteparti med blottet penis er et eksempel på dette. Jeg kommer tilbake til spørsmålet om det har betydning om det er direkte hudkontakt mellom siktede og fornærmede.
- (32) I den omfattende *rettspraksis* som foreligger omtales ofte, uten særlig begrunnelse, et nærmere beskrevet tilfelle som "seksuell omgang" eller "seksuell handling". Ulike former for gnidning av penis mot fornærmedes kropp – subsumert som seksuell omgang – har inngått i en rekke avgjørelser fra Høyesterett. En del av avgjørelsene gjelder imidlertid straffutmålingen. Og også ellers gis det gjerne lite veiledning når det gjelder hvilke momenter som skal trekkes inn ved subsumsjonsvurderingen.
- (33) I Rt-2002-436 tok imidlertid Høyesterett stilling til lovanvendelsen for et forhold som har likhetspunkter med saken her. Det fremgår av dommen på side 438 at domfelte blant annet:
- "... hadde sin penis mellom [fornærmedes] lår og mot hennes kjønnsorgan, men antagelig utenfor trusen, og foretok samleielignende bevegelser til sædavgang".**
- (34) Høyesterett konstaterte, blant annet under henvisning til Straffelovrådets innstilling og Rt-1938-614, at dette forholdet med rette var ansett som utuktig omgang.
- (35) Partene har ulikt syn på forståelsen av denne dommen. Jeg har for min del vanskelig for å trekke mer ut av avgjørelsen enn at den bekrefter at bevegelse av penis mellom fornærmedes lår i utgangspunktet må anses som seksuell omgang. As handlemåte ligger nær opp til dette. Men dommen avklarer ikke om det har betydning at fornærmedes klær hindrer direkte hudkontakt. Avgjørelsen står for øvrig i et visst spenn til beskrivelsen av det straffbare forholdet i Rt-1989-1096 hvor forhørsretten bedømte gnidning av erigert penis mot lår og underliv utenpå trusen som seksuell handling. Men avgjørelsen gjaldt en anke over straffutmålingen slik at lovanvendelsen ikke var til prøvelse.
- (36) En del dommer gir mer generell anvisning på hvilke momenter det bør legges vekt på ved den nærmere grensedragningen.
- (37) Det er for det første på det rene at det i rettspraksis legges vekt på hvor alvorlig det aktuelle forholdet er sammenlignet med atferd som klart regnes som seksuell omgang. I Rt-1990-319 ble det således ved avgjørelsen av en anke over lovanvendelsen vist til at forholdet var "av like alvorlig karakter som de handlinger som etter sikker rettspraksis regnes som utuktig omgang".
- (38) Det er dernest klart at det ved vurderingen av forholdets alvor må foretas et skjønn hvor en rekke momenter kan inngå. I Rt-1991-554 hadde Høyesterett ikke innvendinger mot en rettsbelæring hvor lagmannen blant annet hadde gitt uttrykk for at det ikke var så lett å si akkurat hvor grensen går, men at "[e]t ledende synspunkt" burde være "om tiltaltes opptreden kan anses som et surrogat for samleie", se side 555. Det heter videre på side 556 at "[d]et må nødvendigvis bli noe skjønnsmessig hvor grensen skal trekkes mellom utuktig omgang og utuktig handling".

- (39) I Rt-2012-1103 nevnes i avsnitt 16 at bestemmelsen om seksuell omgang, noe forenklet fremstilt, "innebærer befatning med kjønnsorganer". I avsnitt 17 legges det vekt på integritetskrenkelsen overfor fornærmede.
- (40) To dommer som gjelder grensen mellom seksuell handling og det straffrie er også egnet til å kaste lys over den skjønsmessige vurdering som må foretas.
- (41) I Rt-2006-431 avsnitt 10 fremholdes at ønsket om en klar rettsituasjon kunne tale for at grensen ble trukket ut fra rent ytre trekk ved handlingen. Vanligvis, heter det videre, "... vil også enkelte ytre trekk [ved handlingen] ha stor betydning – som hvor på kroppen en berøring skjer, og om berøringen skjer på naken hud eller utenpå klærne". I avsnitt 11 uttales det imidlertid:
- "Etter min mening er det likevel ikke til å komme forbi at det må skje en helhetsbedømmelse av situasjonen for å avgjøre om det foreligger en straffbar 'seksuell handling'."**
- (42) Som ett av momentene som inngår i helhetsvurderingen, nevnes i samme avsnitt fornærmedes alder og aldersforskjellen mellom fornærmede og tiltalte. Det fremgår også at forhistorien før den aktuelle handlingen og sammenhengen med andre straffbare forhold kan ha betydning, se avsnitt 14 og 16.
- (43) Også i Rt-2011-833 avsnitt 15 gis det anvisning på en helhetsbedømmelse. I avsnitt 17 nevnes at det må klarlegges om det er omstendigheter rundt handlingene som kan bidra til å belyse om de hadde seksuell karakter.
- (44) Den helhetsvurdering som det gis anvisning på i disse dommene, og de momentene som der er trukket frem, gir også veiledning når grensen skal trekkes mellom seksuell omgang og seksuell handling.
- (45) Forsvareren har som nevnt anført som avgjørende for saken her at *fornærmede hadde på seg nattkjole og truse*. For at det skal foreligge seksuell omgang, må det være direkte hudkontakt, hevdes det. Jeg er ikke enig i dette.
- (46) Et slikt absolutt skille er ikke angitt i forarbeidene. Det nærmeste man kommer er antakelig den siterte uttalelsen fra Straffelovrådet i 1960 om "gnidende bevegelser mellom en blottet kjønnsdel og en – i regelen blottet – del av den annens legeme." Som det fremgår, oppstilles imidlertid ikke kontakt med fornærmedes nakne hud som noe absolutt vilkår for å rubrisere et forhold som seksuell omgang.
- (47) Jeg kan heller ikke se at det foreligger rettspraksis hvor klær tillegges avgjørende vekt ved lovanvendelsen. Som påpekt i Rt-2006-431 avsnitt 10 vil ytre trekk ved handlingen – som påkledning – kunne ha atskillig vekt. Men mer enn et moment i en helhetsvurdering er det ikke.
- (48) *Grensedragningen mellom seksuell omgang og seksuell handling* kan etter dette oppsummeres slik:
- (49) Når det ikke foreligger rettspraksis som avgjør om en handlemåte skal klassifiseres som seksuell omgang eller som seksuell handling, må det foretas en skjønsmessig vurdering hvor det sentrale vurderingstemaet er om forholdet er samleielignende, eller kan sies å

være et samleiesurrogat. Sammenligningen må skje mot handlinger som etter lov og praksis i dag skal regnes som samleie. Det vil ofte være naturlig å vurdere det aktuelle forholdets alvor opp mot handlemåter som allerede er bedømt i rettspraksis.

- (50) I vurderingen kan inngå en rekke momenter avhengig av de nærmere forhold i saken. Blant de momenter som kan være relevante nevner jeg: Graden av intimitet (hvor på kroppen og om det er kontakt med naken hud), intensitet, varighet, sammenheng, alder og aldersforskjell.
- (51) Ut fra det vurderingstema og de momenter jeg nå har angitt, er det klart at *lagmannsrettens rettsanvendelse* er korrekt.
- (52) Tiltalen gjelder overgrep ved flere anledninger. Og i spørsmålene til lagretten er det benyttet "og/eller" både med hensyn til sted og handlingsalternativer. Men det fremgår av lagmannsrettens dom at forholdet som er til vurdering i saken her – gnidning av penis mot datterens sete og rygg – fant sted ved en enkelt anledning på et hotell i Y. Tiltalens post I, II, III, IV og V – og de korresponderende spørsmålene til lagretten – omfatter således den samme anledningen. Handlemåten beskrevet i spørsmålene til lagretten, sammenholdt med lagmannsrettens straffutmålingspremisser, viser at det er tale om et samleielignende forhold som pågår over noe tid, og som ut fra sammenhengen har vært et samleiesurrogat for A. Forholdet er begått på en måte som førte til domfellelse for voldtekt av den 11 år gamle datteren og også for seksuelle handlinger mot henne i form av klyping i brystet og skrittet. Krenkelsen var svært alvorlig. At 11-åringen hadde på seg nattkjole og truse, har her knapt noen vekt i helhetsvurderingen.
- (53) Jeg er etter dette kommet til at anken over lovanvendelsen må forkastes.
- (54) Aktor har som nevnt tatt opp at forholdet nevnt i tiltalens post V – at A "masturberte ... seg selv mens hans datter ... var tilstede" – trolig er foreldet som overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c.
- (55) Ut fra de sparsomme opplysninger som er lagt frem for Høyesterett, er jeg enig i at forholdet må anses foreldet, bedømt som overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c.
- (56) Aktor har imidlertid anført at det ene av de forholdene som er omhandlet i tiltalens post V, er slik beskrevet i lagmannsrettens straffutmålingspremisser at det kan inngå i den sammenhengende overtredelsen av straffeloven 1902 § 200, som er omhandlet i tiltalens post IV. Hun viser til at lagmannsretten uttaler at tiltalte ved en av de anledninger som er subsumert under § 201, "... la seg ved siden av [fornærmede], kløp henne i brystene og brystvortene og masturberte seg selv mens han holdt henne fast med den ene armen".
- (57) Det er ikke tvilsomt at den beskrivelsen lagmannsretten her gir, faller inn under straffeloven § 200. Men jeg viker likevel tilbake for å endre subsumsjonen. Høyesterett kan ikke prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og må helt ut holde seg til lagmannsrettens bevisbedømmelse. Tiltalen A måtte forholde seg til ved forberedelsen av sitt forsvar på dette punktet, sier intet om de elementer som gjør at forholdet kan falle inn under et strengere straffebud. Det kompliserer en eventuell subsumsjonsendring ytterligere at spørsmålet til lagretten også for denne tiltaletaleposten er formulert med

bruk av "og/eller". Grunnlaget for å endre subsumsjonen er under disse omstendighetene for usikkert.

- (58) Jeg er kommet til at det riktige må være å oppheve lagmannsrettens domfellelse for overtredelse av straffeloven § 201 første ledd bokstav c. Aktor har opplyst at det ikke er aktuelt å reise ny sak mot A for dette forholdet.
- (59) Selv om domfellelsen for en av tiltalepostene oppheves, er det i dette tilfellet etter mitt skjønn ikke grunn til å endre lagmannsrettens straffutmåling, slik straffeprosessloven § 348 andre ledd i utgangspunktet gir anvisning på. Isolert sett ville de forhold som nå faller bort, tilsagt en ikke ubetydelig straff. Men sett i sammenheng med de omfattende og alvorlige overgrep A for øvrig domfelles for, er forholdene opphevelsen gjelder av marginal betydning ved den samlede straffastsettelsen. Det er liten grunn til å tro at det ville blitt utmålt en straff av eksempelvis fire år og ti eller elleve måneder om tiltaleposten vedrørende overtredelse av § 201 ikke hadde blitt pådømt i lagmannsretten. Det har i denne sammenheng også en viss betydning at i alle fall forholdet begått på hotellet i Y, inngår som et element i andre alvorlige overgrep. Om også det andre forholdet henført under § 201 inngår som del av mer omfattende forgåelser er usikkert, men også dette synes å føye seg inn i rekken av overgrep fra A.
- (60) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c.

- (61) Dommer **Endresen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (62) Dommer **Bull:** Likeså.
- (63) Dommer: **Ringnes:** Likeså.
- (64) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (65) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav c.

Riktig utskrift bekreftes: