



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 7. november 2019 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Arne Ringnes
dommer Wenche Elizabeth Arntzen

HR-2019-2048-A, (sak nr. 19-070085STR-HRET)
Anke over Gulating lagmannsretts dom 19. mars 2019

A

(advokat Maria Hessen Jacobsen – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten

(statsadvokat Benedikte Høgseth)

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

(1) Dommer **Arntzen**: Saken gjelder lovanvendelse og straffutmåling for seksuallovbrudd mot barn, begått på såkalte chattesider på internett. Saken reiser spørsmål om medvirkning til sædavgang over et barns nakne rumpe er å anse som «seksuell omgang» etter straffeloven 1902 § 195 første ledd eller som «seksuell handling» etter § 200. Videre er det blant annet spørsmål om det ved straffutmålingen skal gis kompensasjon for faktisk isolasjon under varetektsfengslingen.

(2) A, født 00.00.1963, er satt under tiltale for overtredelse av:

«I
Straffeloven (1902) § 200 annet ledd første punktum
for å ha foretatt seksuell handling med barn under 16 år

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til dette:

a)

I perioden fra midten av 2014 til oktober 2015 i ----- 00 i Bergen, medvirket han til at B ved en eller flere anledninger foretok seksuelle handlinger mot sin datter C, født 00.00.2006, bl. a. ved å gå inn på soverommet hvor hun sov, tok henne på rumpen og/eller tok fingrene sine mot/på hennes underliv og/eller dro trusen hennes til siden og/eller tok bilder av hennes underliv. Ved en anledning dro B ned trusen hennes og onanerte sin penis til sædavgang på hennes rumpe. Natt til 1. august 2015 benyttet B datterens hånd til å masturbere sin penis. Han medvirket til handlingen ved at han i chatt med B oppfordret til og etterspurte slik handling, fortalte B om seksuelle handlinger han selv hadde gjort mot barn, delte overgrepbilder av barn og etterspurte seksualiserte bilder av Bs døtre.

b)

I perioden midten av 2014 til oktober 2015 i ----- 00 i Bergen, medvirket han til at B ved en eller flere anledninger gikk inn på soverommet til sin datter D, født 00.00.2004 som lå og sov, tok henne på rumpen og/eller tok fingrene sine mot/på underlivet hennes, og/eller dro trusen hennes til siden og/eller tok bilde av hennes underliv. Han medvirket til handlingen ved at han i chatt med B oppfordret til og etterspurte slik handling, selv fortalte om seksuelle handlinger han hadde gjort mot barn, delte overgrepbilder av barn og etterspurte seksualiserte bilder av Bs døtre.»

(3) Hovedmannen B ble ved Gulating lagmannsretts dom 11. januar 2018 dømt for de aktuelle overgrepene beskrevet i post I.

(4) Tiltalen mot A omfatter også, i post II, overtredelse av straffeloven 1902 § 204 a første ledd bokstav a og den tilsvarende bestemmelsen i straffeloven 2005 § 311 første ledd for jevnlig å ha gjort seg kjent med fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn, ved å delta i chatter, anskaffe, dele og oppbevare bilder og/eller filmer som viser seksuelle overgrep mot barn og/eller fremstillinger som seksualiserer barn.

(5) Ved Bergen tingretts dom 12. juni 2018 ble A dømt i samsvar med tiltalen til fengsel i fire år og seks måneder. Varetektsfradraget ble fastsatt til 130 dager, innbefattet særskilt fradrag for tiden han satt i fullstendig isolasjon i medhold av rettens kjennelse etter straffeprosessloven § 186 a. Det ble ikke gitt ekstra kompensasjon for den etterfølgende tiden i varetekt der han uten rettslig kjennelse eller administrativ beslutning hadde helt begrenset fellesskap med andre innsatte (faktisk isolasjon). A ble i tillegg dømt til inndragning av datautstyr.

- (6) A anket dommen til Gulating lagmannsrett. Anken gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i tilknytning til tiltalens post I a og b og straffutmålingen, herunder beregningen av varetektsfradraget. Skyldspørsmålet vedrørende tiltalens post II ble ikke anket og var dermed endelig avgjort gjennom tingrettens dom.
- (7) Anken ble henvist til ankebehandling. Under ankeforhandlingen tok lagmannsrettens leder, i medhold av straffeprosessloven § 38 første ledd andre punktum og andre og tredje ledd, opp spørsmålet om noen av handlingene må anses som seksuell omgang etter straffeloven 1902 § 195 i stedet for seksuell handling etter § 200. Det ble videre reist spørsmål om det hadde skjedd gjentatt seksuell omgang med barn under 10 år, jf. § 195 andre ledd bokstav c, jf. første ledd, og om § 200 tredje ledd om særdeles skjerpende omstendigheter får anvendelse.
- (8) Gulating lagmannsrett avsa 19. mars 2019 dom med slik domsslutning vedrørende straffekravet:
- «A, født 00.00.1963, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 195 første ledd og annet ledd bokstav c, straffeloven (1902) § 200 annet ledd første punktum og tredje ledd og det forhold som er avgjort ved tingrettens dom, alt sammenholdt med straffeloven (1902) § 62 første ledd og straffeloven (2005) § 79 bokstav a, til fengsel i 7 – syv – år. Til fradrag i straffen kommer 162 – etthundreogsekstito – dager for utholdt varetekt.»**
- (9) Lagmannsretten endret altså lovanvendelsen i tråd med spørsmålene reist under ankeforhandlingen. Forholdene i tiltalens post I a, beskrevet som å onanere penis til sædavgang på datterens rumpe og å benytte datterens hånd til å masturbere sin penis, ble begge ansett som seksuell omgang. Videre ble varetektsfradraget økt med 32 dager basert på de døgnene A rent faktisk var isolert i 22 timer eller mer per døgn.
- (10) Dommen er avsagt under dissens. Den ene fagdommeren fant at ingen av forholdene var å anse som seksuell omgang, og mente at straffen da skulle settes til fem års fengsel. To av meddommerne mente straffen burde settes til fengsel i åtte år.
- (11) A har anket til Høyesterett for så vidt gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet i tilknytning til det ene tilfellet av seksuell omgang beskrevet i tiltalens post I a, og over straffutmålingen. Det ble også gjort gjeldende at lagmannsretten gikk utenfor tiltalen ved å henføre to av handlingene under det strengere straffebudet i § 195. Denne anførselen gjelder lagmannsrettens saksbehandling. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 11. juni 2019 ble anken over lovanvendelsen og straffutmålingen fremmet til behandling i Høyesterett. Anken over saksbehandlingen ble ikke tillatt fremmet.
- (12) Den Norske Advokatforening har for Høyesterett inngitt skriftlig innlegg etter analogi fra tvisteloven § 15-8 første ledd, jf. Rt-2013-1282 avsnitt 26. Innlegget gjelder «spørsmål om isolasjon av innsatte i varetekt, uten at det foreligger noen formell beslutning om utelukkelse og der den reelle begrunnelsen for isolasjonen er ressursmangel i fengselet, utgjør en krenkelse av retten til privatliv slik denne er sikret gjennom Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17», og i så fall hvordan en slik krenkelse skal repareres, jf. EMK artikkel 13.
- (13) Det er fremlagt et omfattende faktisk og rettslig materiale om faktisk isolasjon. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

- (14) *Mitt syn på saken*
- (15) Tiltalens post I gjelder forhold begått før straffeloven 2005 trådte i kraft 1. oktober 2015. Lagmannsretten har i tråd med tiltalen anvendt straffeloven 1902. Det er ingen uenighet om dette, og det er denne loven jeg viser til i det følgende, med mindre noe annet er sagt.
- (16) Jeg behandler først anken over lovanvendelsen.
- (17) A er dømt for medvirkning til seksuelle overgrep mot døtrene til B. Bakgrunnen for domfellelsen er at han i chatter med B på internett oppfordret B til å begå overgrepene beskrevet i tiltalens post I a og b mot døtrene, som da var ni og elleve år gamle.
- (18) Lovanvendelsesanken retter seg mot at medvirkning til onanering med påfølgende sædavgang over den ene pikens rumpe av lagmannsretten ble bedømt etter den strengere bestemmelsen i § 195 om seksuell omgang, og ikke etter § 200 om seksuell handling.
- (19) Lagmannsretten har gitt følgende beskrivelse av forholdet:
- «Tiltalte har bevisst og over tid tilskyndet B til å sprute sin sæd i rumpesprekken til fornærmede som da var 9 år. ... Noe av det seksuelt opphissende for tiltalte var nettopp at sæden skulle sprute over fornærmedes rumpe og rumpesprekken. At tiltalte var opptatt av nettopp dette er bevist gjennom chattelogger mellom tiltalte og B og avspilling av filmer som ble funnet hos tiltalte. Filmene viser nærfilm av onanerende menn idet de spruter sæd utover barn. Blant annet ble det funnet en film som var satt sammen av flere filmsekvenser med dette innhold. I flere av filmene som ble funnet hos tiltalte var fokus at voksne menn sto over et liggende barn og onanerte og der filmen viser at poenget og hensikten for gjerningspersonen var å få sæden inn i barnets munn. ... »**
- (20) Spørsmålet er om overgrepet som det her tilskyndes til, må anses som «seksuell omgang» etter § 195. Forsvareren har særlig anført at det ikke kan foreligge seksuell omgang i lovens forstand når det ikke har vært direkte kroppskontakt mellom gjerningspersonen og fornærmede.
- (21) Uttrykket «seksuell omgang» er benyttet i flere av bestemmelsene i straffeloven kapittel 19 om seksualforbrytelser, men er ikke nærmere definert. Både den generelle bestemmelsen om seksuell omgang i § 192 og bestemmelsen om seksuell omgang med barn under 14 år i § 195 forutsetter at den seksuelle omgangen kan bestå i noe annet enn samleie. Dette følger av at minstestrafpen i begge tilfeller er tre år «dersom den seksuelle omgang var samleie». Språklig sett er «seksuell omgang» ikke klart avgrenset, men det har en nedre grense mot «seksuell handling» i § 200.
- (22) I HR-2017-968-A ble en far som hadde gnidd «sin erigerte penis mot ryggen og baken» til datteren utenpå hennes nattkjole og truse, dømt for seksuell omgang. Førstvoterende foretar en grundig gjennomgang av forarbeider og rettspraksis om grensedragningen mellom seksuell omgang og seksuell handling, med følgende oppsummering i avsnittene 49 og 50:
- «Når det ikke foreligger rettspraksis som avgjør om en handlemåte skal klassifiseres som seksuell omgang eller seksuell handling, må det foretas en skjønnsmessig 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.**

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.»

(23) Det skal altså foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering der det sentrale vurderingstemaet er om forholdet er «samleielignende, eller kan sies å være et samleiesurrogat».

(24) Uttrykket «samleielignende» ble opprinnelig benyttet av Straffelovkommisjonen av 1885 for å beskrive forslaget til nytt straffebud om «utugtig Omgjængelse». I 2017-dommen avsnitt 25 er følgende gjengitt fra kommisjonens forslag side 175:

«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 Kjønsdrift eller den andens Kjønsdele til Fremkaldelse af kjønslig Vellyst, – hvilke i strafferetlig Henseende gjennemgaaende kan ligestilles med det virkelige Samleie ...»

(25) Uttalelsen om «umiddelbart» misbruk tolker jeg slik at den annens kropp må ha blitt *fysisk* misbrukt for at det skal foreligge «samleielignende Forhold». Noe krav om at det fysiske misbruket må bestå i direkte kontakt mellom overgriperens og fornærmedes kroppsdeler, kan ikke utledes av dette. Også fysisk misbruk i form av spruting av sæd på den annens kropp må etter omstendighetene kunne omfattes.

(26) At det ikke kreves direkte kroppskontakt, er også forutsatt i Ot.prp. nr. 20 (1991–1992), som er forarbeidene til lov 22. mai 1992 nr. 49 om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m. (seksuelle overgrep mot barn). Under omtalen av utuktig omgang etter gjeldende rett på side 14 står det at uttrykket «'samleielignende forhold', som ble brukt i motivene til straffeloven», gir en «viss veiledning». Som eksempel på utuktig omgang nevner departementet blant annet «det å onanere seg selv til sædavgang i den annens ansikt og munn (Rt-1990-760)». Dommen det her vises til, gjaldt straffutmåling der det ene forholdet besto i et slikt overgrep. Overgrepet var i tiltalen beskrevet som at domfelte «førte sin penis mot» guttens ansikt og munn. Noen direkte kroppskontakt er ikke beskrevet. Omtalen av blant annet utuktig omgang i Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) er for øvrig gjengitt som «fortsatt dekkende for gjeldende rett» i Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 19, som er forarbeid til lov 11. august 2000 nr. 76 om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd).

(27) Uttalelsen i forarbeidene om seksuell omgang som består i å onanere seg til sædavgang i en annens ansikt og munn, er etter det jeg kan se, det nærmeste typetilfellet vi kommer saksforholdet i vår sak. Et slikt overgrep vil riktignok kunne oppleves som mer krenkende enn sædavgang over fornærmedes rumpe. Så lenge sædavgangen i sistnevnte tilfelle skjer over en naken intim kroppsdeler, mener jeg likevel at forholdene må likestilles med hensyn til type av seksuelt overgrep. I begge tilfeller er det snakk om grove integritetskrenkelser av åpenbar seksuell karakter. Slike overgrep er dessuten like alvorlige som forholdet i HR-2017-968-A. I den saken fant Høyesterett det «klart» at det å gni en erigert penis mot fornærmedes rygg og rumpe utenpå nattkjole og truse, var å anse som seksuell omgang, jf. avsnitt 51. Etter mitt syn er karakteristikken «samleielignende» eller «samleiesurrogat» dekkende for alle disse tilfellene, også for det å onanere seg til sædavgang over fornærmedes nakne rumpe.

- (28) Jeg kan ikke se at lovskravet er til hinder for å henføre et seksuelt overgrep som det vi her står overfor, under § 195 om seksuell omgang. Som det fremgår av HR-2019-900-A avsnitt 32, er det en del av juridisk metode at innholdet i straffebestemmelser klargjøres fra sak til sak. Ved utmåling av straff vil det naturlig nok tas hensyn til om forholdet ligger i straffebudets øvre eller nedre sjikt.
- (29) Min konklusjon er etter dette at det fysiske misbruket av den yngste pikens kropp må anses som seksuell omgang etter § 195.
- (30) Jeg går så over til å behandle anken over straffutmålingen.
- (31) Det skal for det første utmåles straff for medvirkning til seksuelle overgrep mot to piker på ni og elleve år begått av deres egen far. De alvorligste overgrepene består i to tilfeller av seksuell omgang med piken på ni år, jf. § 195 andre ledd bokstav c, jf. første ledd. Forholdene utgjør «gjentatte overgrep» etter bokstav c selv om handlingene ellers anses som ett sammenhengende straffbart forhold, jf. Rt-2008-1383 avsnitt 14.
- (32) Overgrepene består videre i medvirkning til seksuelle handlinger mot pikene under særdeles skjerpene omstendigheter, jf. straffeloven § 200 andre ledd første punktum, jf. tredje ledd. De seksuelle handlingene overfor begge pikene ble av lagmannsretten beskrevet som at B «tok datteren på rumpen, han befølte henne i underlivet og på kjønnsorganet og dro trusene hennes til siden og tok bilder av hennes underliv». Lagmannsretten la til grunn at en rekke slike handlinger ble begått i perioden fra desember 2014 til oktober 2015.
- (33) Selv om A ikke er dømt for medvirkning til voldtekt, finner jeg en viss veiledning i Rt-2014-637. Saken gjaldt voldtekt til seksuell omgang med en 14 år gammel pike. Overgrepet besto i at domfelte ved én anledning tvang fornærmede til å mastrubere hans erigerte penis til sædavgang. Forholdet ble begått i domfeltes bil på et øde sted, og fornærmede opplevde overgrepet som meget skremmende. Høyesterett sluttet seg til et utgangspunkt før tilståelsesfradrag på tre år og sju måneders fengsel.
- (34) Ved straffutmålingen legger jeg i skjerpene retning vekt på at A i nærmere ett år drev en omfattende og vedvarende påvirkning for å få B til å begå seksuelle overgrep mot sine to mindreårige døtre. Jeg legger også vekt på at han oppfordret – dels også truet – B til å oversende bilder av overgrepene.
- (35) Jeg er etter dette enig med lagmannsretten i at forholdene i tiltalens post I a og b isolert sett tilsier en straff på henholdsvis fire og ett års fengsel.
- (36) Det skal videre utmåles straff for domfellelsen etter tiltalens post II, for å ha gjort seg kjent med fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn ved blant annet å delta i chatter og anskaffe og dele overgrepsmateriale mot barn og seksualiserte fremstillinger av barn. Strafferammen for slike overgrep er tre års fengsel, både etter straffeloven 1902 § 204 a og etter straffeloven 2005 § 311.
- (37) I tilknytning til straffutmålingen gjennomgikk lagmannsretten 38 chatter med rundt 35 personer. Chatten inneholder så vel fiktive skildringer som utveksling av bilder og film med reelle overgrep mot barn. A fortalte om påståtte egne grove seksuelle overgrep og oppfordret chattepartnerne til å begå slike overgrep, også mot egne barn. Han ga seg ut for

å ville kidnappe eller adoptere barn for så å misbruke dem på det groveste. A etterlyste dessuten bilder av reelle overgrep og ba blant annet om film der barn gråter.

- (38) Tiltalen bygger videre på politiets beslag av 330 bildefiler og 31 filmer. Lagmannsretten oppsummerer film- og bildefremstillingene slik:

«Når det gjelder beslaglagte filmer og bilder viser de små barn som blir penetrert av erigert penis, små barn som har erigert penis i munnen, ett bildet av nakent barn som er kneblet og bundet, flere bilder av et nakent barn som er bundet, et lite barn som urinerer et annet barn i munnen, et barn som ser ut til å bli penetrert bakfra samtidig som det må suge en annen persons penis, små jenter som penetreres vaginalt av en gjenstand, små jenter som utfører seksuelle handlinger med hverandre, en liten jente som penetreres analt med en gjenstand samt noe eldre barn som penetreres med gjenstander. Ett bilde viser en liten jente som blir penetrert vaginalt samtidig som barnet skriker. Neste bilde av barnet viser at gjerningspersonen har sprutet sæd ut over barnets ansikt. Det er tale om flere bilder som viser både anale og vaginale samleier med til dels svært små barn. Som det er beskrevet ovenfor i forbindelse med tiltalebeslutningens post I a har lagmannsretten blitt vist filmer som der beskrevet, blant annet én film der et lite barn lå på ryggen med bind for øynene og en mann satt/sto over barnet og onanerte til sædavgang i barnets munn. På deler av bildematerialet er det tydelig at barna gråter eller skriker. Noe av bilde- og filmmaterialet som er vist i lagmannsretten fremstår som tortur av barn.»

- (39) Lagmannsretten la til grunn at forholdene i tiltalens post II fant sted i perioden august 2013 til begynnelsen av februar 2016, det vil si i rundt to og et halvt år.

- (40) HR-2018-2315-A gjelder chatting med fiktive skildringer av overgrep mot og seksualiserte fremstillinger av barn. Chattingen pågikk over en treårsperiode og omfattet 15 ulike personer. Straffen for disse forholdene ble anslått til fire til fem måneders ubetinget fengsel. I avsnitt 29 kommer førstvoterende inn på sondringen mellom fiktive og reelle skildringer av overgrep mot barn:

«Ved den nærmere vurdering bør det legges vekt på skildringenes omfang og grovhet, varigheten av de straffbare handlingene, barnas alder, eventuell spredning av skildringene og om dette i så fall har skjedd mot vederlag, jf. de tilsvarende momentene i Rt-2007-422 avsnitt 12. Beskrivelser som åpenbart fremstår som fri fantasi, bør normalt straffes mildere enn fremstillinger med dokumentarisk preg, for eksempel fordi de omhandler reelle personer eller kan forstås slik. Det er en risiko for at skildringer som fremstår som reelle kan virke mer ansporende på ('trigge') potensielle gjerningspersoner eller redusere terskelen for å begå eller medvirke til overgrep. Videre bør det ses hen til at slike skildringer kan bidra til å alminneliggjøre seksuelle overgrep mot barn.»

- (41) Fremstillinger som fremstår som reelle overgrep mot barn, skal altså straffes strengere enn åpenbart fiktive fremstillinger.

- (42) Jeg viser videre til HR-2016-2357-A, som gjelder befatning med materiale som inneholder reelle seksuelle overgrep mot barn. Straffen ble som et utgangspunkt anslått til to års fengsel. Domfelte hadde i en periode fra 1997 til 2014 lastet ned og oppbevart et omfattende overgrepsmateriale. Han hadde også bidratt til spredning av materialet på nettet. Etter en gjennomgang av Høyesteretts praksis uttaler førstvoterende følgende i avsnitt 24 og 25:

«Internett og datasystemer er blitt viktige verktøy ved befatning med overgrepbilder av barn, jf. Prop. 68 L (2015–2016) side 25. Mens det bare for få år siden tok lang tid å laste ned bilder fra internett, er det nå utviklet en rekke nye funksjoner som har bidratt til økt

spredning av barnpornografisk materiale over nettet. Det er i dag mindre behov for å laste ned bilder, fordi slike bilder til enhver tid er lett tilgjengelige på internett uten lagring på egen maskin.

Den teknologiske utviklingen bør etter mitt syn få betydning for hvilke momenter som skal stå sentralt som målestokk for handlingens grovhet. Utviklingen gir også grunn til å vurdere om allmennpreventive hensyn tilsier at det bør skje en justering av straffnivået ved overtredelse av straffeloven 1902 § 204 a. Jeg tilføyer at straffeloven 2005 § 311 med visse justeringer viderefører § 204 a og har samme øvre strafferamme på tre år.»

- (43) Jeg tolker dette som en erkjennelse av at det ved denne type nettbasert kriminalitet etter omstendighetene vil kunne være behov for en gradvis justering av straffnivået utfra på allmennpreventive hensyn.
- (44) Jeg er enig med lagmannsretten i at lovens strafferamme på tre års fengsel bør utnyttes fullt ut i saken her.
- (45) Chattene inneholder fremstillinger av grove overgrep mot barn som fremstår som reelle. Det dreier seg videre om et omfattende film- og bildemateriale som inneholder groteske reelle overgrep, av lagmannsretten omtalt som «tortur av barn». Etterspørsel etter slikt materiale bidrar direkte til nye, ødeleggende overgrep. Ved denne typen nettkriminalitet mot barn gjør allmennpreventive hensyn seg gjeldende med særlig styrke. Aktor redegjorde i sin prosedyre for at den teknologiske utviklingen gjør det stadig vanskeligere å avdekke nettbasert overgrepskriminalitet.
- (46) Jeg er videre enig med lagmannsretten i at det ikke er grunn til å sette ned straffen under henvisning til lang saksbehandlingstid. Det er ikke påvist liggetid etter at siktelsen ble tatt ut i februar 2016. Saken var ferdig etterforsket i september 2017 og har tatt drøye to år i rettsapparatet.
- (47) Lagmannsretten la ved straffutmålingen «noe vekt på» at A oppga passordet sitt til politiet, slik at tilgangen til det beslaglagte overgrepsmaterialet ble forenklet. Noe tilståelsesfradrag ut over det finner jeg ikke grunnlag for.
- (48) A ble i 2001 dømt for seksuell omgang med to mindreårige piker. Disse forholdene ligger langt tilbake i tid og tillegges derfor bare begrenset vekt.
- (49) Jeg slutter meg etter dette til lagmannsrettens utmåling av straff til sju års fengsel. Straffeloven 1902 § 62 første ledd og straffeloven 2005 § 79 første ledd bokstav a er da gitt anvendelse.
- (50) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om A skal ha kompensasjon for faktisk isolasjon i varetektstiden.
- (51) A ble pågrepet 16. februar 2016 og var varetektsfengslet i Bergen fengsel til og med 8. juni 2016. Frem til 18. mars 2016 var han underlagt isolasjon fastsatt av retten etter straffeprosessloven § 186 a andre ledd. Lagmannsretten ga varetektsfradrag på 130 dager innbefattet tillegg for de dagene A var underlagt fullstendig isolasjon, jf. straffeloven 2005 § 83 første og andre ledd. A ble værende på isolasjonsavdelingen i tre døgn frem til 21. mars 2016, da han ble overført til avdeling A-øst. For denne tiden ga lagmannsretten et ekstra fradrag på to dager. Aktor har for Høyesterett nedlagt påstand i samsvar med dette.

- (52) Spørsmålet er om det i tillegg skal gis kompensasjon for faktisk isolasjon under det etterfølgende varetektsoppholdet på avdeling A-øst. As krav om kompensasjon knytter seg til de dagene hans adgang til fellesskap med medinnsatte var begrenset til to timer eller mindre. For dette ga lagmannsretten et ekstra varetektsfradrag på 30 dager basert på begrenset fellesskap i 60 dager. Uenigheten mellom partene knytter seg først og fremst til om det er grunnlag for et slikt fradrag, og hvor stort fradraget eventuelt bør være.
- (53) Avdeling A-øst ble på det angjeldende tidspunkt definert som «en mottaksavdeling med begrenset fellesskap». I anledning saken her har Bergen fengsel gitt en redegjørelse for fellesskapsrutinene ved avdelingen første halvår 2016. Partene har utarbeidet følgende felles oversikt basert på denne redegjørelsen:

«...»

Innelåsing:

- Innsatte er innelåst på sine celler med mindre de deltar i noen aktiviteter/tilbud, jf. nedenfor.

Lufting: 1 time hver dag. Tilbud om ekstralufting på inntil 1 time ved kapasitet.

Tilbud om fellesskap/aktivitet per uke:

- Hver fløy tilbud om bruk av aktivitetsrom á 1 time 2-3 ganger i uken og 1 gang i løpet av helgen. Helgetilbud for Fløy 2. sør (A) var 1 time søndag. Dette generelle tilbudet ble først iverksatt ved åpning av 'loungemråde' (dvs. aktivitetsrom). Åpningen av loungen skjedde en gang i tidsrommet ultimo april-3. mai 2016.
- Tilbud om å disponere kulturbygget 1 gang á 1 ½ time per uke (fotball, basket, håndball, innebandy eller bruk av styrkerom). Fløy 2. sør (A) sammen med 1. nord, fredag eller søndag.
- ...
- Mulighet for sysselsetting i vaskeri, verksted (inntil 5 personer) eller som 'ganggutt' (3 personer).
- Tilbud om besøk fra Røde Kors visitortjeneste
- Samling/gudstjeneste i kapellet 1 gang per uke

Øvrige generelle tilbud:

- Tilbud om bruk av lokalt bibliotek hver tirsdag á 1 time med mulighet for bestilling via hovedbiblioteket i Bergen. En periode våren 2016 var biblioteket ikke tilgjengelig for de innsatte pga tilsettingsprosess ved Bergen offentlige bibliotek. Periode ikke avklart.
- Tilbud om bruk av kiosk hver tirsdag ettermiddag
- Tilgang til aviser hver dag foruten søndag
- Tilgang til pc for å skrive søknader. Ikke tilgang til internett.»

- (54) Alle innsatte hadde altså tilbud om minst en times lufting hver dag. For øvrig varierte fellesskapstilbudet fra dag til dag.

- (55) Partene er enige om at disse fellesskapsrutinene langt på vei også er dekkende for As situasjon, selv om han enkelte dager hadde mer og andre dager mindre fellesskap enn det rutinene skulle tilsi. Det foreligger ikke journaler eller systematiske nedtegnelser om hvilke fellesskapsaktiviteter A deltok i under oppholdet på avdelingen, noe det den gang heller ikke var regler eller rutiner for. Jeg har ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens bevisvurdering om at A i 60 dager bare hadde tilgang til fellesskap med medinnsatte i to timer eller mindre, hvilket var i samsvar med forsvarers anførsel for lagmannsretten.
- (56) Kriminalomsorgsdirektoratet har til sammenligning opplyst at de som soner ved ordinære fellesskapsavdelinger, vil kunne ha rundt 12–13 timer utenfor cellen på vanlige ukedager, og rundt 8–9 timer i helgene. I rene varetektsavdelinger, der aktivitetstid og fritidsfellesskap må fordeles mellom varetektsinnsatte på grunn av ulike former for restriksjoner, vil fellesskapstiden kunne være halvparten av dette. I uttalelsen, som er avgitt til aktor i anledning saken her, heter det avslutningsvis:
- «Det understrekes at det ovennevnte angir en norm gjeldende for ordinære fellesskapsavdelinger i fengsel med høyt sikkerhetsnivå og for rene varetektsavdelinger. Avvik fra normen forekommer der plasshensyn, uegnet bygningsmasse, redusert ressurstilgang, redusert mulighet for sysselsetting o.a. gjør seg gjeldende og det ikke er mulig å gjennomføre aktiviteter og fritidsfellesskap i samme omfang, ev. kun i begrenset omfang.»**
- (57) Det er enighet om at As utelukkelse fra fellesskapet hadde sin bakgrunn i bygnings- og ressursmessige begrensninger på avdelingen. Det foreligger derfor ingen administrative beslutninger om slik utelukkelse. Dette er bakgrunnen for betegnelsen «faktisk isolasjon».
- (58) Som grunnlag for å kreve ekstra kompensasjon for faktisk isolasjon har forsvarer særlig vist til at As rett til privatliv etter Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 er krenket. Det følger da av EMK artikkel 13 at krenkelsen må repareres.
- (59) Jeg finner det for min del hensiktsmessig å ta utgangspunkt i internrettslige regler om isolasjon.
- (60) Straffeloven 2005 § 83 andre ledd første og andre punktum om varetektsfradrag lyder slik:
- «Det gis 1 dag fradrag for antallet påbegynte døgn frihetsberøvelsen har vart utover 4 timer regnet fra tidspunktet for pågripelsen. Ved frihetsberøvelse i fullstendig isolasjon utover 4 timer skal det gis ytterligere fradrag som svarer til 1 dag for hvert påbegynte tidsrom av 2 døgn som den dømte har vært underlagt fullstendig isolasjon.»**
- (61) Etter ordlyden skal det altså gis ekstra fradrag for de dagene den varetektsfengslede har vært underlagt «fullstendig isolasjon».
- (62) Straffeloven 2005 § 83 andre ledd andre punktum viderefører langt på vei reglene om isolasjonsfradrag fastsatt i straffeloven 1902 § 60 første ledd andre punktum. Denne bestemmelsen ble vedtatt samtidig med at straffeprosessloven fikk en ny hjemmel i § 186 a for at retten ved kjennelse kan beslutte at den varetektsfengslede skal «utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon)» når det er fare for bevisforspillelse, jf. lov 28. juni 2002 nr. 55.

- (63) Som det fremgår av HR-2018-1261-A avsnitt 13, var isolasjonsfradraget primært ment å omfatte isolasjon fastsatt av retten etter straffeprosessloven § 186 a, selv om også isolasjon ved innsettelse i politiarrest skulle være omfattet. I avsnitt 27 åpner Høyesterett for at det dessuten kan gis varetektsfradrag der isolasjon er besluttet i medhold av straffegjennomføringsloven §§ 37 til 40 forutsatt at «den varetektsinnsatte selv er uten skyld i tiltaket». I Høyesteretts praksis er bestemmelsen også gitt anvendelse der den varetektsfengslede på annet grunnlag har vært utelukket fra samvær med andre innsatte (fullstendig isolasjon), jf. eksempelvis Rt-2004-1392, Rt-2006-1469 og HR-2017-290-A. En fellesnevner for slike isolasjonsfradrag er at det er «virkningen for den varetektsfengslede, ikke årsaken til isolasjonen» som er avgjørende, jf. Rt-2006-1469 avsnitt 8 med henvisning til Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) side 56.
- (64) Straffeprosessloven § 186 andre ledd gir retten hjemmel til å utelukke den varetektsfengslede fra «samvær med bestemte andre innsatte (delvis isolasjon)». I forarbeidene til denne bestemmelsen, som ble vedtatt samtidig med isolasjonsbestemmelsene i straffeprosessloven § 186 a og straffeloven 1902 § 60, drøfter departementet om det også skulle innføres en fradragsregel ved delvis isolasjon, jf. Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) side 56, der det heter:
- «Etter departementets syn bør det ikke gis rett til et tilsvarende automatisk fradrag ved delvis isolasjon. Slik isolasjon er ikke så inngripende som fullstendig isolasjon. Det vil variere fra sak til sak hvor omfattende og byrdefull isolasjonen er. Særlig vil det variere hvor mange personer den fengslede får ha samvær med. Et standardfradrag vil derfor ikke være like godt egnet. Selv om det ikke gis noe automatisk rett til fradrag vil retten ved straffutmålingen kunne ta hensyn til at den siktede har vært underlagt delvis isolasjon. Departementet fremmer etter dette ikke noe forslag om en særregel for varetektsfradrag ved delvis isolasjon.»**
- (65) Selv om lovgiver ikke ville gi en særregel om delvis isolasjon, åpnes det for at domstolene ved straffutmålingen skal kunne ta hensyn til at den siktede har vært underlagt delvis isolasjon i varetektstiden.
- (66) Faktisk isolasjon store deler av døgnet må kunne sies å stå i en mellomstilling sammenlignet med fullstendig og delvis isolasjon.
- (67) I underrettspraksis er det eksempler på at det er gitt ekstra varetektsfradrag for dager den fengsledes tilgang til fellesskapet har vært begrenset til to timer eller mindre. Dommene synes å bygge på The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners vedtatt av FNs generalforsamling i desember 2015 – de såkalte Mandelareglene – der det blant annet står følgende om isolasjon:

«Rule 44

For the purpose of these rules, solitary confinement shall refer to the confinement of prisoners for 22 hours or more a day without meaningful human contact. Prolonged solitary confinement shall refer to solitary confinement for a time period in excess of 15 consecutive days.

Rule 45

1. Solitary confinement shall be used only in exceptional cases as a last resort, for as short a time as possible and subject to independent review, and only pursuant to the authorization by a competent authority. ...»

- (68) Innelåsning på cellen i 22 timer eller mer uten tilgang til meningsfull menneskelig kontakt anses her som isolasjon og skal bare benyttes i helt spesielle tilfelle.
- (69) Reglene er ikke juridisk bindende, men et uttrykk for en generell konsensus om «what is generally accepted as being good principles and practice in the treatment of prisoners and prison management», jf. den innledende Preliminary observation 1.
- (70) Som det fremgår av sivilombudsmannsloven § 3 a, er Sivilombudsmannen nasjonal forebyggende mekanisme som beskrevet i artikkel 3 i valgfri protokoll 18. desember 2002 til FNs konvensjon 10. desember 1984 mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Norge sluttet seg i 2013 til protokollen. Sivilombudsmannen avga i juni 2019 en særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler – Dokument 4:3 (2018/19). Meldingen munnet ut i en rekke anbefalinger, blant annet om å endre straffegjennomføringsloven slik at «isolasjon i 22 timer eller mer i døgnet forbys i de tilfeller som angis i Mandelareglene».
- (71) Meldingen er basert på besøk i 19 fengsler med høyt sikkerhetsnivå i tidsrommet 2014 til 2018. Tre dagsmålinger i 2018 viste at det gjennomsnittlig var i overkant av 100 innsatte innelåst på cellen i mer enn 22 timer i døgnet uten at det var fattet vedtak om begrenset fellesskap. Under overskriften «Omfattende isolasjon og manglende fellesskap» behandler Sivilombudsmannen i punkt 6.1 problemene knyttet til faktisk isolasjon, der det blant annet heter:
- «Det finnes ikke nasjonale regler for når og hvor lenge innsatte normalt skal kunne ha sosialt fellesskap. Ifølge Kriminalomsorgsdirektoratet skal det 'på forhånd være fastsatt ved den enkelte avdeling i fengselet når muligheten for fellesskap mellom innsatte skal ta til og når dette skal være avsluttet'. Så lenge dette er fastsatt i et dagsprogram, er det opp til hvert enkelt fengsel og hver avdeling hvor mye sosialt fellesskap de innsatte får ha hver dag.**
- Vi har under våre besøk funnet at fengslene opererer med svært ulike inn- og utlåsningstider, både mellom fengslene og mellom de ulike avdelingene innad i fengslene.**
- I enkelte fengsler har vi funnet avdelinger som omtales som fellesskapsavdeling selv om de innsatte i gjennomsnitt sitter isolert mer enn 22 timer på cella per dag. Bakgrunnen for dette er også at Kriminalomsorgsdirektoratet har fastsatt særlige regler i retningslinjene for såkalte mottaksavdelinger. Retningslinjene åpner for at fengslene kan bruke avdelinger som ikke er tilrettelagt for fellesskap uten at det fattes vedtak.**
- Mangelen på tydelige krav i lov eller forskrift om hvor mye fellesskap innsatte skal ha rett til, skaper uklarhet om når det har skjedd en begrensning i fellesskapet som krever vedtak om utelukkelse fra fellesskapet. Dette er problematisk i lys av legalitetsprinsippet og menneskerettslige krav om klar lovhjemmel for inngripende tiltak. I tillegg til å være inngripende, helseskadelig og uheldig for en god tilbakeføring til samfunnet, svekker dette de innsattes rettssikkerhet, blant annet ved å frata dem mulighet til å klage. Det svekker også overordnet myndighets kunnskap om den reelle graden av isolasjon og utelukkelse.»**
- (72) Sivilombudsmannen viser også til at FNs torturkomité har uttrykt bekymring over faktisk isolasjon i norske fengsler, som i stor grad skyldes bygningsmessige forhold og mangel på personell.

- (73) Europarådets komité for torturforebygging avga 17. januar 2019 «Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)» der det uttales følgende om avdeling A-øst ved Bergen fengsel:

«86. That said, it is matter of serious concern that in Block A-East at Bergen Prison, a number of sentenced prisoners, who were not subjected to any formal restrictions and who, according to the management, did not pose a security risk – were nevertheless locked up in their cells for 22 to 23 hours per day (with only one hour of outdoor exercise). They were not offered any education, work or other purposeful activities, but merely had four to nine hours per week of association with fellow inmates. A few prisoners had been held for several years *de facto* in a solitary-confinement-type regime which was neither a disciplinary nor a security measure and devoid of a legal basis. Some of the prisoners characterised their conditions as ‘human storage’ (*oppbevaring*). Such a state of affairs is not acceptable as prolonged isolation can have very harmful consequences for the persons concerned.»

- (74) Den type faktisk isolasjon som her beskrives, er langt på vei dekkende også for As situasjon.
- (75) Det er på det rene at det er ekstra belastende å være utelukket fra fellesskap med medinnsatte i så mye som 22 timer i døgnet. Slik utelukkelse kan i verste fall føre til psykiske skader, også kalt isolasjonsskader. Dertil kommer at den type faktisk isolasjon som vi her står overfor, ikke er foranlediget av den innsattes eget forhold, men av bygnings- og ressursmessige begrensninger. Utelukkelsen fra fellesskapet er da ikke basert på et forutsigbart regelverk, og det fattes heller ikke begrunnede vedtak med informasjon om klagemuligheter. Vidtrekkende restriksjoner iverksatt under slike omstendigheter øker belastningen for den fengslede. Varetektsfengslede tilhører en ekstra sårbar gruppe, som lever i uvisshet, ikke bare med tanke på den forestående rettssaken, men og med tanke på hva fremtiden vil bringe. De er ikke endelig domfelt, og også uskyldspresumsjonen tilsier at deres deltakelse i sosialt og medmenneskelig fellesskap ikke begrenses mer enn absolutt nødvendig.
- (76) Min konklusjon er etter dette at belastningene ved faktisk isolasjon i 22 timer per døgn har så store likheter med annen isolasjon at den må kompenseres.
- (77) Det kan reises spørsmål om slik kompensasjon bør gis ved selve straffutmålingen eller gjennom et etterfølgende varetektsfradrag. Som det fremgår av straffeloven av 2005 § 31 tredje ledd, skal straff ut over 120 dager fastsettes i måneder. Varetektsfradraget, som beregnes i dager, er mer fleksibelt og av den grunn bedre egnet.
- (78) Når det gjelder fradragets størrelse, mener jeg at straffeloven 2005 § 83 andre ledd om fullstendig isolasjon bør gis analogisk anvendelse. Likhetsbetraktninger taler for dette. Utelukkelsen fra fellesskapet er riktignok ikke like omfattende som ved fullstendig isolasjon. Den faktiske isolasjonen er på den annen side ikke foranlediget av den fengsledes eget forhold, men av bygnings- og ressursmessige begrensninger i fengselet. Dette innebærer igjen at isolasjonen ikke er forankret i et konkret vedtak basert på et forutsigbart regelverk. Bruk av de standardiserte reglene for fradrag vil dessuten sikre at alle som har vært utsatt for denne typen faktisk isolasjon, får det samme fradraget. Jeg bemerker videre at et fradrag på én dag for to døgns faktisk isolasjon må anses å gi tilstrekkelig kompensasjon. Til sammenligning gis det i Danmark én dags fradrag for tre

dagers isolasjon bestemt av retten. Lagmannsrettens varetektsfradrag på totalt 162 dager blir følgelig stadfestet.

- (79) Som nevnt har forsvarer anført at EMK artikkel 8 er krenket, og at A har krav på reparasjon etter artikkel 13. Etter mitt syn er en eventuell krenkelse av As rett til privatliv reparert gjennom det varetektsfradraget han nå innrømmes.
- (80) I EMDs dom 27. januar 2015 *Neshkov mfl. mot Bulgaria* avsnitt 287 uttales det riktignok at soningsforhold i strid med artikkel 3 kan repareres gjennom redusert straff dersom det samtidig erkjennes at det har funnet sted et brudd på vernet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.
- (81) Vårt tilfelle gjelder imidlertid ikke det absolutte vernet mot tortur i artikkel 3, men det relative vernet av privatlivet i artikkel 8. I rettspraksis er det lagt til grunn at det ikke er nødvendig etter EMK artikkel 13 å statuere brudd på artikkel 6 nr. 1 om saksbehandlingstid så lenge det ved straffutmålingen i tilstrekkelig grad er tatt hensyn til «hva som ville følge av kravet til saksbehandlingstid i EMK», jf. HR-2013-399-U med henvisning til Rt-2009-1454. Det samme bør etter min mening gjelde ved eventuelle brudd på EMK artikkel 8, der det etter intern rett allerede er gitt kompensasjon som også tilfredsstillende kravet til reparasjon i artikkel 13.
- (82) Jeg bemerker for øvrig at hovedfokus i saken har vært rettet mot fradragretten som følge av faktisk isolasjon. Jeg kan ikke se at det foreligger EMD-praksis som gjelder vårt typetilfelle. Jeg holder det følgelig åpent om EMK artikkel 8 gir anvisning på en bredere vurdering av fengslede privatliv, der det også tas hensyn til kontakt med andre enn medinnsette, for eksempel familiemedlemmer, fengselsbetjenter og helsepersonell. Hvorvidt den fengslede har enerom med eget bad og fasiliteter som radio og TV, vil i så fall også kunne spille inn. Slike faktiske forhold har i liten grad vært berørt i saken her. Jeg har da ikke grunnlag for å følge anbefalingen i HR-2016-225-S der det i avsnitt 27 uttales at EMK-brudd bør tydeliggjøres i «situasjoner der det klart foreligger konvensjonsbrudd».
- (83) Min konklusjon er på denne bakgrunn at anken forkastes.

- (84) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- | | | |
|------|--|--|
| (85) | Dommer Ringnes: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (86) | Dommer Noer: | Likeså. |
| (87) | Dommer Bull: | Likeså. |
| (88) | Justitiarius Øie: | Likeså. |
| (89) | Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne | |

D O M :

Anken forkastes.