



NORGES HØYESTERETT

Den 21. desember 2021 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Normann, Ringnes og Bergh i

HR-2021-2546-U, (sak nr. 21-139297STR-HRET), straffesak, anke over dom:

A (advokat Finn Ove Smith)

mot

Påtalemyndigheten

avsagt slik

DOM OG BESLUTNING :

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder anke over lagmannsrettens dom i sak om blant annet grov voldtekt til samleie med barn mellom 14 og 16 år.
- (2) Ved tiltalebeslutning 11. mars 2020 ble A og B tiltalt for flere forhold. Tiltalen post I og II lyder slik:

«I Straffeloven § 293 første ledd første punktum og annet ledd bokstav a, jf. § 291 bokstav b og § 292 bokstav a

for å ha hatt seksuell omgang med noen som var bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, og omgangen omfattet innføring av penis i skjedeåpningen. Voldtekten anses som grov i det det særlig legges vekt på at den er begått i fellesskap.

Grunnlag - gjelder begge:

Tirsdag 26. mars 2019 på dagen i ...gaten 00 i X, hadde de etter tur, samleie med C, ved å innføre sin penis i skjeden eller skjedeåpningen hennes, til tross for at hun var ute av stand til å motsette seg handlingen på grunn av søvn eller beruselse.

Subsidiært

Straffeloven § 295, 1. ledd bokstav c

for å ha hatt seksuell omgang med noen ved å utnytte en person under 18 år i en særlig sårbar livssituasjon

Grunnlag - gjelder begge:

Tirsdag 26. mars 2019 på dagen i ...gaten 00 i X, hadde de etter tur, samleie med C, ved å innføre sin penis i skjeden eller skjedeåpningen hennes, til tross for at hun var ute av stand til å motsette seg handlingen på grunn av søvn eller beruselse.

II Straffeloven § 302, jfr § 303 a

for å ha hatt seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. *Overtredelsen er grov fordi den er begått i felleskap.*

Grunnlag - gjelder begge:

Til tid og på sted som beskrevet i post I, forholdt han seg som der beskrevet mot C, født 00.00.2003.»

- (3) Det som her er anmerket i kursiv, er endringer som møtende aktor foretok under behandlingen i tingretten.
- (4) A var også tiltalt for flere andre forhold.
- (5) Salten og Lofoten tingrett avsa 28. oktober 2020 dom der begge de tiltalte ble frifunnet for tiltalen post I, også det subsidiære grunnlaget. Begge ble domfelt for overtredelse av straffeloven § 302, jf. tiltalen post II. Tingretten anvendte ikke straffeloven § 303 om grov seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. A ble også dømt etter de øvrige postene i tiltalen.
- (6) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen og lovanvendelsen under skyldspørsmålet for tiltalepost I og II, samt straffutmålingen. Anken ble henvist til ankeforhandling.
- (7) Hålogaland lagmannsrett avsa 6. juli 2021 dom der de tiltalte ble dømt i samsvar med det prinsipale grunnlaget under tiltalen post I. De ble også dømt etter tiltalen post II. Lagmannsretten kom til at denne overtredelsen var grov fordi den var begått av flere i felleskap, jf. straffeloven § 303 andre ledd bokstav a. Lagmannsrettens domsslutning lød slik:
- «1. B, født 00.00.1987, dømmes for overtredelse av straffeloven § 293 første ledd første punktum jf. andre ledd bokstav a, jf. § 291 bokstav b og § 292 bokstav a, samt overtredelse av straffeloven § 302, jf. § 303 første, jf. andre ledd bokstav a, sammenholdt med straffeloven § 79 første ledd bokstav a, til fengsel i 4 – fire – år og 6 – seks – måneder.
- Til fradrag i straffen kommer 5 – fem – dager for utholdt frihetsberøvelse.
2. A, født 00.00.2000, dømmes for overtredelse av straffeloven § 293 første ledd første punktum jf. andre ledd bokstav a, jf. § 291 bokstav b og § 292 bokstav a, overtredelse av straffeloven § 302, jf. § 303 første, jf. andre ledd bokstav a, og de forhold som er avgjort ved Salten tingretts dom 28. oktober 2020, sammenholdt med straffeloven § 79 første ledd bokstav a, til fengsel i 5 – fem – år og 6 – seks – måneder.
- Til fradrag i straffen kommer 9 – ni – dager for utholdt frihetsberøvelse.»

- (8) A har anket til Høyesterett. I forsvarers støtteskriv angis det at anken gjelder saksbehandlingen og subsidiært straffutmålingen. Det gjøres gjeldende at lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil ved å domfelle A etter tiltalens prinsipale grunnlag for post I, når dette ikke var gjenstand for anke. Videre gjøres det gjeldende at straffen må settes ned etter straffeloven § 79 bokstav d og § 80 bokstav f, fordi A må anses å være lettere psykisk utviklingshemmet.
- (9) *Påtalemyndigheten* bestrider at det foreligger feil ved saksbehandlingen eller straffutmålingen. Det vises til at det prinsipale tiltalegrunnlaget for post I ikke på noe tidspunkt ble frafalt. Spørsmålet om A er lettere psykisk utviklingshemmet, har vært utførlig behandlet i retten, og de sakkyndige var ikke i tvil.
- (10) Under ankeutvalgets behandling av saken ble utvalget oppmerksom på at det kunne foreligge en feil ved at A i lagmannsretten ble domfelt for overtredelse av straffeloven § 303 første ledd, jf. andre ledd bokstav a, i konkurrans med straffeloven § 293 første ledd første punktum, jf. andre ledd bokstav a. Partene ble bedt om å uttale seg om dette og om betydningen av en eventuell feil for den samlede straffutmålingen. Også forsvareren til B ble bedt om å uttale seg.
- (11) Påtalemyndigheten har gitt uttrykk for at det foreligger en feil ved lagmannsrettens anvendelse av straffeloven § 303. Videre gis det uttrykk for at lagmannsrettens straffutmåling neppe er blitt vesentlig påvirket av feilen. Etter påtalemyndighetens syn kan det, også hensett til samlet saksbehandlingstid, likevel være naturlig med en mindre reduksjon i straffen, eksempelvis to måneders reduksjon for begge domfelte.
- (12) *Forsvarerne* gir uttrykk for at dersom straffeloven § 303 ikke kan anvendes, må det føre til en reduksjon av straffen.

Ankeutvalgets syn på saken

Utvalgets kompetanse

- (13) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at A har ankerett til Høyesterett ettersom anken gjelder forhold han ble frifunnet for i tingretten, men domfelt for i lagmannsretten.
- (14) Når det foreligger ankerett, følger ankeutvalgets kompetanse av straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum, jf. andre ledd fjerde punktum. Denne bestemmelsen fastsetter at anken bare kan nektes fremmet dersom utvalget enstemmig finner det klart at anken ikke vil føre frem. Nektelsesbeslutningen må i tilfelle begrunnes, jf. § 323 andre ledd andre punktum.

Post I – anken over saksbehandlingen

- (15) Utvalget behandler først spørsmålet om lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil ved å domfelle A etter tiltalens prinsipale grunnlag i post I.
- (16) I følge straffeprosessloven § 331 første ledd skal det ved ankeforhandling som omfatter bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, «foretas en fullstendig ny behandling av saken så langt den er henvist». Dette gjelder de tiltalepostene som er besluttet fremmet etter straffeprosessloven § 325, jf. § 321 andre ledd – i den foreliggende saken post I og post II.

Utvalget bemerker at når påtalemyndigheten ikke hadde frafalt det prinsipale grunnlaget i post I, har lagmannsretten ikke gått utenfor tiltalen i strid med straffeprosessloven § 38.

- (17) I støtteskrivet gjøres det gjeldende at A ikke fikk anledning til å kommentere tiltalens prinsipale grunnlag underveis i ankeforhandlingen.
- (18) Det fremgår av rettsboken at rettens leder under ankeforhandlingen stilte spørsmål til aktor og forsvarerne knyttet til endringene i tiltalebeslutningen som ble gjort av møtende aktor i tingretten. Aktor og forsvarerne ga uttrykk for at post I – lovbestemmelsene som er angitt i det prinsipale grunnlaget – ikke var frafalt, og at det var post I som sådan som var ankegenstand og som var henvist til ankeforhandling. Rettens leder opplyste deretter at lagmannsretten vurderte å anvende det prinsipale grunnlaget for post I for begge de tiltalte. Det er videre protokollert at verken de tiltalte eller forsvarerne ønsket å utsette saken. A fikk anledning til å uttale seg om det prinsipale grunnlaget for tiltalen post I, men det fremgår at han ikke ønsket å gi tilleggsforklaring. Lagmannsretten har dermed oppfylt kravene til kontradiksjon.
- (19) Utvalget finner det etter dette klart at anken over saksbehandlingen ikke kan føre frem.

Post I og II – anken over straffutmålingen

- (20) I anken over straffutmålingen er det gjort gjeldende at straffen skulle vært nedsatt etter straffeloven § 79 bokstav d og § 80 bokstav f, fordi A må anses å være lettere psykisk utviklingshemmet. Det er fremlagt en ny sakkyndig vurdering datert 30. august 2021 som er basert på en ny WAIS-IV evnetest. Testresultatene viser at A befinner seg «helt i nedre området til moderat psykisk utviklingshemming». Psykologspesialisten hadde «ingen tilstrekkelig forklaring på dagens resultater og hvorfor disse står i sterk kontrast til hans forrige utredning». Han anbefalte en grundigere nevropsykologisk utredning.
- (21) Lagmannsretten fant det bevist «utover enhver rimelig tvil» at A ikke var lettere utviklingshemmet på handlingstidspunktet. Konklusjonen var blant annet basert på en rettspsykiatrisk erklæring 23. mars 2020 fra to sakkyndige som ble fremlagt for tingretten, der det riktignok ble uttrykt enn viss tvil om konklusjonen.
- (22) I dommen på side 21 heter det:

«Det fremkommer i den rettspsykiatriske erklæringen at A fremstår som en person med aldersnormale, kognitive ressurser og at han hadde gjennomsnittlige karakterer da han gikk ut av 10. klasse. Videre fremgår det at han har fullført grunnskolen med vanlig klasseundervisning, uten spesielt tilrettelagt undervisning, og at A under samtale med de sakkyndige fremstår med et evnenivå/kognitive ressurser innen normalområdet klinisk bedømt.

Den nevropsykologiske undersøkelsen fra 2018 med Wais-IV viser at tiltaltes fullskala IQ er 77, og det ble i forbindelse med undersøkelsen gitt diagnosen F81.3 Blandet utviklingsforstyrrelser i skoleferdigheter. Grensen for medisinsk lettere psykisk utviklingshemming er 70 og i strafferettslig forstand er grensen satt til 75.

De sakkyndige konkluderer med at:

‘Det vurderes derfor sannsynlig at As faktiske evnenivå er høyere enn det som fremkommer av resultatene på WAIS-IV, men at han ikke evner å nyttiggjøre seg av iboende ressurser pga. sammensatte vansker.’»

- (23) I dommen fremkommer det videre at begge de sakkyndige i lagmannsretten var av den oppfatning at deres konklusjon ikke hadde endret seg. De ga uttrykk for at etter en helhetsvurdering, som var basert på As opptreden under ankeforhandlingen, var den tvilen de uttrykte i sin skriftlige rapport, blitt vesentlig mindre eller borte. Hans opptreden i retten var «overbevisende uforenlig med lett psykisk utviklingshemming». De sakkyndige mente at dette også gjaldt As fungering på handlingstidpunktet.
- (24) Utvalget viser også til at vitnet psykologspesialist Harnang uttrykte at A ikke kvalifiserer for lettere psykisk utviklingshemming.
- (25) Utvalget er på denne bakgrunn kommet til at heller ikke den siste vurderingen datert 30. august 2021 er egnet til å så tvil om lagmannsrettens konklusjon, og finner det klart at straffen ikke skal settes ned etter straffeloven § 79 bokstav d og § 80 bokstav f.

Post II – lovanvendelsen

Foreligger det en feil ved lovanvendelsen?

- (26) I støtteskrivet er det ikke angitt at anken også gjelder lovanvendelsen. Ankeutvalget har likevel funnet grunn til å behandle lagmannsrettens lovanvendelse for så vidt gjelder anvendelsen av straffeloven § 303 om grov seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år i konkurrans med § 293 om grov voldtekt. Det følger av straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 1 at ankeinstansen uansett ankegrunn kan prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt.
- (27) Tiltalen inneholdt opprinnelig ingen henvisning til straffeloven § 303, men bestemmelsen ble tilføyd i post II av aktor under hovedforhandlingen for tingretten. Det vises til tiltalebeslutningen som er gjengitt innledningsvis, der samtlige tilføyelser er kursivert.
- (28) Utvalget bemerker at tilføyelsen av straffeloven § 303 i post II må sees i sammenheng med at aktor tilføyde et subsidiært grunnlag i post I. Det prinsipale grunnlaget under post I bygde på at det forelå en grov voldtekt fordi den var begått av flere i fellesskap, jf. § 293 andre ledd bokstav a. Ved eventuell domfellelse etter det subsidiære grunnlaget, ville imidlertid dette momentet ikke inngå i grunnlaget for domfellelsen. Ut fra dette var det naturlig å endre post II til å gjelde § 303. Etter § 303 andre ledd bokstav a skal det legges vekt på om handlingen er begått av flere i fellesskap.
- (29) Når lagmannsretten – i motsetning til tingretten – kom til at A skulle domfelles etter tiltalens prinsipale grunnlag i post I, finner ankeutvalget det klart at lagmannsrettens domsslutning punkt 2 bygger på feil lovanvendelse når det er domfelt for overtredelse av straffeloven § 303. Utvalget viser til at de omstendighetene som er nevnt i § 303 andre ledd som grunnlag for vurderingen av om overtredelsen er grov, er de samme som følger av straffeloven § 293 andre ledd. At voldtekten anses grov fordi den ble begått av flere i fellesskap, dekkes av § 293 andre ledd bokstav a. Dette innebærer at § 303 ikke kan benyttes i konkurrans med § 293.
- (30) Etter straffeprosessloven § 323 tredje ledd kan anke over dom av lagmannsretten avgjøres uten ankeforhandling når ankeutvalget finner det klart at dommen helt eller delvis bør oppheves, eller at siktede må frifinnes fordi den påtalte handlingen ikke er straffbar eller straffansvaret er falt bort. Det følger av ankeutvalgets praksis at bestemmelsen også kan anvendes til å henføre den pådømte handlingen under et mildere straffebed,

jf. HR-2019-632-U og HR-2020-374-U. Ankeutvalget er kommet til at dette bør gjøres, idet dommen etter ankeutvalgets vurdering inneholder tilstrekkelige opplysninger til å avgjøre saken uten opphevelse.

- (31) Medtiltalte B, som ikke har anket til Høyesterett, er uriktig dømt for overtredelse av straffeloven § 303. Feilen kan rettes opp også for ham, jf. straffeprosessloven § 342 tredje ledd. Utvalget finner det klart at det er begått lovanvendelsesfeil også overfor B.

Har lovanvendelsesfeilen betydning for straffutmålingen?

- (32) Spørsmålet er videre om det får betydning for straffutmålingen at de tiltalte ikke kan domfelles for overtredelse av straffeloven § 303.
- (33) Lagmannsretten har med henvisning til lovforarbeidene vist til at straffen for grov voldtekt etter straffeloven § 293 som omfatter samleie, ikke bør være under fem års fengsel. Et slikt utgangspunkt er i alle fall ikke for høyt i denne saken. Ankeutvalget viser til at straffen for voldtekt etter § 292 der det foreligger skjerpene omstendigheter, ikke skal være under fengsel i seks år, se HR-2020-739-A avsnitt 13.
- (34) Når lagmannsretten la til grunn at normalstraffenivået for handlinger som angitt i post I og II er fengsel i om lag seks år, er det dermed etter ankeutvalgets syn heller ikke for strengt selv om domfellelsen ikke omfatter straffeloven § 303.
- (35) Etter dette er det utvalgets oppfatning at den konkret utmålte straffen ikke er blitt for streng for noen av de tiltalte, også når saksbehandlingstiden tas i betraktning. Det gjøres etter dette ingen endringer i straffutmålingen.

Ankeutvalgets konklusjoner

- (36) Ankeutvalget finner etter dette at anken over saksbehandlingen og straffutmålingen klart ikke vil føre frem, jf. straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum. Anken gjelder på disse punkter ikke spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, og det er heller ikke av andre grunner særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett, jf. § 323 første ledd andre punktum. Anken over saksbehandlingen og straffutmålingen tillates derfor ikke fremmet for Høyesterett.
- (37) Ankeutvalget er videre kommet til at domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 303 første, jf. andre ledd bokstav a er uriktig. I lagmannsrettens domsslutning punkt 2 gjøres derfor den endring at henvisningen til straffeloven § 303 første, jf. andre ledd bokstav a utgår. Straffutmålingen endres ikke.
- (38) Medtiltalte B har ikke anket lagmannsrettens dom. Den uriktige subsumsjonen rettes likevel også for ham, jf. straffeprosessloven § 342 tredje ledd. Straffutmålingen endres ikke.
- (39) Beslutningen og dommen er enstemmig.

S L U T N I N G

1. As anke over saksbehandlingen og straffutmålingen nektes fremmet.
2. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, gjøres den endring at henvisningen til straffeloven § 303 første, jf. andre ledd bokstav a, utgår.
3. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2, gjøres den endring at henvisningen til straffeloven § 303 første, jf. andre ledd bokstav a, utgår.

Arne Ringnes
(sign.)

Kristin Normann
(sign.)

Espen Bergh
(sign.)