



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 21. desember 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Ingvald Falch
dommer Kine Steinsvik
dommer Knut Erik Sæther

HR-2023-2436-A, (sak nr. 23-147139STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 7. juni 2023

A (advokat John Christian Elden)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Anders Mandal Funnemark)

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

(1) Dommer **Sæther:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

(2) Saken gjelder den nedre grensen for seksuell handling mot spedbarn, jf. straffeloven § 304.

(3) A, født 00.00.1989, ble 13. september 2022 tiltalt for overtredelse av straffeloven § 299 bokstav c om kvalifisert seksuell handling mot barn under 14 år (post I). Grunnlaget for tiltaleposten er at han i januar og februar 2022 kysset og masserte sin datter, født 00.00.2021, i skrittet ved én eller flere anledninger. A ble også tiltalt for overtredelse av straffeloven § 311 om straff for å besitte bilder som viser seksualiserte fremstillinger av barn.

(4) Ved Oslo tingretts dom 24. januar 2023 ble A frifunnet for begge tiltalepostene samt krav om inndragning av mobiltelefon. Tingretten kom til at handlingene i post I var klønete og upassende, men at de verken rammes av straffeloven § 299 eller den mindre strenge bestemmelsen i straffeloven § 304 om seksuell handling med barn under 16 år.

(5) Påtalemyndigheten anket til lagmannsretten over tingrettens bevisvurdering under skyldspørsmålet for begge tiltalepostene. Anken over post I i tiltalen ble fremmet til ankebehandling.

(6) Borgarting lagmannsrett avsa 7. juni 2023 dom med slik domsslutning:

«A, født 00.00.1989, dømmes for overtredelse av straffeloven § 304 til fengsel i 45 – førtifem – dager. Til fradrag kommer utholdt varetekt med 3 – tre – dager. Sakskostnader idømmes ikke.»

(7) Lagmannsretten konkluderte altså med at straffeloven § 304 var overtrådt. Overtredelsen ble bedømt som ett straffbart forhold, men lagmannsretten tok stilling til ulike hendelser enkeltvis. Ved bedømmelsen under skyldspørsmålet delte lagmannsretten seg i ulike fraksjoner. Det var nødvendig flertall for domfellelse etter § 304, basert på minst én overtredelse. Lagmannsretten kom til at tiltalte ikke hadde seksuell motivasjon, men at berøringene av barnet overskred grensen for straffri atferd.

(8) Den tiltalte har anket til Høyesterett over lovanvendelsen. Opprinnelig anket han også over saksbehandlingen og straffutmålingen, men disse delene av anken er trukket.

(9) A har i korthet gjort gjeldende:

(10) Lagmannsretten bygger på feil lovanvendelse. Bare handlinger med et seksuelt preg rammes av straffeloven § 304, og ikke enhver slik handling er over grensen for det straffbare. Høyesterett må foreta en helhetsvurdering og se hen til ikke bare handlingenes ytre trekk, men også relasjonen mellom far og barn. Det må legges stor vekt på at den tiltalte ikke hadde seksuell motivasjon, og det er rom for å være klønete og uforsiktig. Forsettet må omfatte at man foretar en handling med seksuelt preg, og dette kravet er ikke oppfylt.

- (11) A har lagt ned påstand om frifinnelse.
- (12) *Påtalemyndigheten* har i korthet gjort gjeldende:
- (13) Lagmannsrettens lovanvendelse er korrekt. Barn har et sterkt behov for beskyttelse mot overgrep. Berøring av et spedbarns nakne kjønnsorgan er så inngripende at det rammes av straffeloven § 304, med mindre begrunnelsen for straff – å gi barn et sterkt vern mot integritetskrenkelser – ikke slår til. I saken her har berøringene av barnet ikke noe fornuftig formål. Fravær av seksuell motivasjon kan ha noe å si for om en handling rammes av straff, men har mindre betydning jo mer alvorlig integritetskrenkelsen er. Slik denne saken ligger an, har mangel på seksuell motivasjon liten eller ingen betydning. Det er ikke et vilkår for straff at forsettet omfatter den rettslige vurderingen av handlingen.
- (14) Påtalemyndigheten har lagt ned påstand om at anken forkastes.

Mitt syn på saken

Kort om saksforholdet

- (15) A er fra Syria. Han kom til Norge i 2015 og har permanent oppholdstillatelse. I juni 2020 traff han B, som er fra Tyrkia. De ble kjærester og flyttet sammen. I 00.2021 fikk de datteren C.
- (16) Omkring 1. februar 2022 flyttet moren og datteren ut av leiligheten. Den 19. februar anmeldte mor A for seksuelle overgrep mot datteren. På morens telefon fant politiet fem videoer og to stillbilder som viser tiltalte sammen med datteren. Det fremgår av tingrettens dom at videoene og bildene stammer fra januar og februar 2022.
- (17) Videoene og bildene er nærmere beskrevet av lagmannsretten og ble vist under ankeforhandlingen i Høyesterett. Kort sagt viser de tiltalte sammen med barnet i stell- og vaskesituasjoner, der mor er til stede og filmer. Jeg kommer tilbake til detaljene i lagmannsrettens beskrivelse av den videoen og det bildet som ligger til grunn for lagmannsrettens domfellelse for overtredelsen av § 304.

Tolkningen av straffeloven § 304

- (18) Tiltalen gjelder brudd på straffeloven § 299 bokstav c, som rammer kvalifisert seksuell handling med barn under 14 år. Paragrafen tar opp i seg de mest alvorlige overtredelsene av straffeloven 1902 § 200 om seksuell handling, mens andre seksuelle handlinger mot barn rammes av straffeloven § 304, som lagmannsretten dømte etter. Aktor har gjort gjeldende at forholdet i saken her rammes av § 304, ikke av § 299.
- (19) Straffeloven § 304 har overskriften «Seksuell handling med barn under 16 år» og lyder slik:

«Den som foretar seksuell handling med barn under 16 år, straffes med fengsel inntil 3 år, hvis forholdet ikke rammes av § 299.»

- (20) Bestemmelsen viderefører den delen av straffeloven 1902 § 200 andre ledd første punktum som ikke er fanget opp av § 299 bokstav c, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 444. Rettspraksis og andre kilder om § 200 er derfor relevante ved tolkningen av § 304.
- (21) Ordlyden i § 304 legger opp til en objektiv vurdering av om handlingen er seksuell – altså om den knytter seg til kjønnslivet. Ut over det gir ordlyden lite veiledning om hvordan grensen for det straffbare skal trekkes.
- (22) Ifølge forarbeidene til § 304 er «seksuell handling» å forstå som «berøringer med seksuelt tilsnitt», jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 212. Som eksempler er nevnt kyssing og beføling innenfor eller utenpå klærne. Med «seksuell» menes handlinger som er «knyttet til kjønnsorganer og kjønnslig aktivitet», se side 211. Det presiseres at det ikke er noe vilkår for straff at handlingene er seksuelt motivert.
- (23) I rettspraksis er Rt-2006-431 sentral. Spørsmålet var her om en voksen person som befølte flere barn i tenårene, handlet i strid med straffeloven 1902 § 200 andre ledd første punktum.
- (24) Førstvoterende uttaler i avsnitt 10 at enkelte ytre trekk ved handlingen vanligvis vil ha stor betydning når grensen for straffansvar skal trekkes opp. Som eksempler nevnes hvor på kroppen en berøring skjer, og om berøringen skjer på naken hud eller utenpå klærne.
- (25) I avsnitt 11 og 12 legger førstvoterende så til:
- «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’. Det er for eksempel åpenbart at beføling også av kjønnsorganer kan være helt legitimt i forbindelse med medisinsk behandling eller stell av småbarn. Og berøringer i forbindelse med lek og sport mellom noenlunde jevnaldrende kan ha et ganske annet preg enn tilsvarende berøringer i andre situasjoner. Av betydning for vår sak vil jeg fremheve at både barnets eller den unges alder og aldersforskjellen mellom den unge og den som foretar handlingen, kan være viktige momenter i vurderingen av hva slags krenkelse som foreligger.
- Lagmannsretten uttaler at begrepet ‘seksuell handling’ er en ‘rettslig standard hvor den til enhver tid gjeldende moraloppfatning og hva som anses som god sed og skikk, vil være avgjørende for hvilke handlinger som omfattes.’ Langt på vei er jeg enig, men jeg vil understreke at straffebestemmelsen ikke kan oppfattes slik at alle upassende og uønskete berøringer med et visst seksuelt preg er over grensen for det straffbare; straff må generelt anvendes med forsiktighet.»
- (26) Om handlingen har et seksuelt preg, kan altså ikke avgjøres alene ut fra de ytre trekk ved handlingen. I så fall ville straffansvaret favne lenger enn begrunnelsen for straff tilsier. Det må med utgangspunkt i den konkrete situasjonen foretas en helhetsvurdering av om handlingen rammes som seksuell, eller om den har et legitimt formål. Et eksempel på en handling som ikke rammes, er berøring av småbarns kjønnsorgan som ledd i nødvendig stell.
- (27) Det avgjørende ved vurderingen av hvor langt straffansvaret rekker, er om lovgivers begrunnelse for å oppstille et særlig strafferettslig vern for barn slår til. Jeg viser til det som er uttalt om barns sårbare stilling i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 210–211. Allment

aksepterte moralnormer og regler om normal skikk og bruk vil også kunne gi veiledning. Men som det går frem av det jeg har gjengitt, må det tas forbehold om at ikke alle upassende og uønskede berøringer med et *visst* seksuelt preg rammes av § 304. Det innebærer at straff ikke skal anvendes i ethvert tilfelle der handlingen støter an mot moralske normer eller normal skikk og bruk. I dommen fra 2006 konkretiseres den nedre grensen for straff ved at straffeloven 1902 § 200 ikke rammet det å stryke en venninne av tiltaltes datter på låret mens de satt i bil, jf. avsnitt 19, selv om berøringen ble ansett som upassende og hensynsløs.

- (28) Det ligger i det jeg har sagt, at formålet med handlingen vil kunne ha betydning ved vurderingen av hvor langt straffansvaret rekker. Dette går også frem av Rt-2007-1203. Spørsmålet var der om den nedre grensen for seksuell handling i straffeloven 1902 § 200 andre ledd første punktum var overskredet ved at en fem år gammel jente vasket sin stefars penis mens de badet sammen i badekar. Førstvoterende slår i dommen avsnitt 11 fast at seksuell motivasjon ikke er et vilkår etter loven, men at det «kan være et moment ved den samlede vurdering av om en handling er straffbar». Det heter videre at når handlingen «objektivt sett ikke behøver å være av seksuell art, for eksempel i forbindelse med lek eller omsorg, vil motivasjonen kunne ha stor betydning».
- (29) I avsnitt 12 legger hun blant annet til:
- «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 ... »
- (30) Dette innebærer at dersom handlingen inngår i en normalsituasjon der nakenhet og berøring av barnets kjønnsorgan er naturlig og nødvendig, som ved foreldres vask og stell av småbarn, har den foresatte en viss margin før en uforsiktig eller klønete handling bedømmes som seksuell og rammes av straffeloven § 304. Utenfor normale omsorgssituasjoner er det ingen slik margin.
- (31) Paragraf § 304 retter seg mot svært forskjellige situasjoner, og blant annet barnets alder og relasjon til den som foretar handlingen, vil ha stor betydning for hvordan man trekker grensen mot lovlige handlinger. Kjernen i vurderingen er imidlertid den samme og kan sammenfattes slik:
- (32) Ved vurderingen av om en handling som retter seg mot et barn er seksuell, må det tas utgangspunkt i om de ytre trekkene ved handlingen – graden av intimitet og berøringens varighet og intensitet – kan gi den et seksuelt preg. Men handlingen må også bedømmes ut fra en helhetsvurdering av situasjonen, der relasjonen mellom de involverte, deres alder og formålet med berøringen spiller inn. Det har betydning om handlingen er seksuelt motivert. Ikke enhver handling med et visst seksuelt preg er straffbar. I grensetilfeller er det avgjørende hvor sterkt barnets behov for vern av dets seksuelle integritet gjør seg gjeldende.
- (33) I den situasjonen vi står overfor i saken her – en forelders handlinger i tilknytning til stell av et spedbarn, der nakenhet og berøring av barnets kjønnsorgan inngår som en normal og legitim del – er det en viss margin før en upassende, uforsiktig eller klønete berøring utløser straffansvar etter § 304.

- (34) Tiltalte har anført at kravet om forsett må omfatte at man foretar en handling med et seksuelt preg. Det er jeg ikke enig. Forsett foreligger selv om lovbryteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. straffeloven § 22. En annen sak er at fraværet av en seksuell motivasjon som nevnt kan ha betydning ved vurderingen av om handlingen er straffbar. Jeg deler aktors syn om at betydningen er mindre jo mer alvorlig den mulige seksuelle handlingen er.

Den konkrete vurderingen

- (35) Jeg tar kun for meg den videoen og det bildet som viser hendelser som lagmannsretten kom til at er i strid med straffeloven § 304, og som anken retter seg mot.
- (36) Høyesterett er bundet av lagmannsrettens bevisvurdering. Det innebærer at lagmannsrettens beskrivelse av hendelsene legges til grunn, herunder at tiltalte ikke hadde noe seksuelt motiv.
- (37) Handlingen på *videoen* – i lagmannsretten dom omtalt som video nr. 2 – beskrives slik av lagmannsretten:

«C ligger i en badebalje og er naken nedentil. Mens A ler og kosesnakker med C, klyper eller kiler han henne i omkring ti sekunder i skrittet, på begge sider av og tett inntil kjønnsorganet.»

- (38) Det er også innslag av bevisvurdering i lagmannsrettens vurdering av videoen under skyldspørsmålet, og jeg gjengir flertallets vurdering i sin helhet:

«Flertallet, *alle unntatt meddommer Borge*, mener at handlingen utgjør en seksuell handling som rammes av straffeloven § 304. Selv om hendelsen skjer i en stell- og vaskesituasjon, er det ikke tale om berøringer som hadde en naturlig sammenheng med dette. Flertallet kan ikke se noen fornuftig forklaring på hvorfor A skal berøre C i skrittet på den måten han gjør. Berøringen varer i flere sekunder, og går etter flertallets syn utover det slingringsmonnet man har som omsorgspersoner ved stell av små barn. Det var ikke tale om en tilfeldig, kortvarig berøring. Handlingen er objektivt sett av en slik art at det ikke blir avgjørende at A ikke hadde et seksuelt motiv ved handlingen. Hensynet til barns integritet tilsier at straffeloven § 304 bør tolkes slik at den er til hinder for at voksne 'leker' med barns kjønnsorganer. At handlingen ble filmet med en mobiltelefon, med den fare for spredning og mulig misbruk som det kan lede til dersom telefonen kommer bort eller blir stjålet, underbygger behovet for et slikt vern. Handlingen er imidlertid ikke så alvorlig at det er tale om en kvalifisert seksuell handling, omfattet av straffeloven § 299. Flertallet mener at handlingen er et godt stykke unna grensen mot seksuell omgang.»

- (39) Jeg er uenig med lagmannsretten i at hendelsen rammes av § 304.
- (40) Som jeg har gjort rede for, må det tas utgangspunkt i de ytre trekkene ved selve handlingen. Berøringen er riktignok intim med en viss intensitet, ved at A i «klyper eller kiler henne ... i skrittet, på begge sider av og tett inntil kjønnsorganet». Berøringen varte ifølge lagmannsrettens dom «i omkring ti sekunder», men også uttrykket «i noen sekunder» er benyttet. Etter avspillingen i Høyesterett er det enighet om at selve videoen er om lag ti sekunder lang, men at berøringen i skrittet er kortere enn dette.

- (41) Lagmannsrettens bevisvurdering gir ikke holdepunkter for at A berørte selve kjønnsorganet. Uttrykket «'leker' med barns kjønnsorganer» knytter seg etter – hva jeg forstår – til normen i § 304 og gir ikke uttrykk for en bevisvurdering.
- (42) Ved den helhetsvurderingen som så må foretas, har det etter mitt syn betydning at mor, far og datter er sammen på badet. Mor filmer det som skjer. Vi står overfor det lagmannsretten beskriver som en «stell- og vaskesituasjon», der det er naturlig at barnet er avkledd og har fysisk kontakt med sine foreldre.
- (43) Berøringen kan ikke sies å inngå naturlig i selve barnestellet. I motsetning til lagmannsretten har jeg imidlertid kommet til at handlingen ligger innenfor den marginen som en foresatt i denne situasjonen har til å berøre barnet på en upassende, uforsiktig eller klønete måte uten at handlingen rammes av straff. Jeg legger vekt på at tiltalte ikke hadde noen seksuell motivasjon for handlingen, som er relativt kortvarig og ikke særlig integritetskrekkende. Vi står imidlertid overfor et grensetilfelle, og utfallet kunne lett blitt annerledes dersom berøringen hadde vart lenger eller hatt et mer seksuelt tilsnitt.
- (44) I motsetning til lagmannsretten legger jeg liten vekt på at handlingen ble filmet. Den ekstra belastningen dette kan utsette barnet for, har primært betydning ved en eventuell straffutmåling.
- (45) Om handlingen på *bildet* – i lagmannsrettens dom omtalt som bilde nr. 1 – uttaler lagmannsretten:
- «Bildet er tatt av B mot speilet på badet. A holder C i hendene mens han står bøyd over skrittet hennes og kysser henne svært tett opptil Cs kjønnsorgan. Man ser også B som tar bildet og smiler.»
- (46) Lagmannsrettens flertall uttaler videre:
- «Lagmannsrettens flertall, *alle unntatt meddommerne Tidemann og Sandal*, mener det A gjør på bildet utgjør en seksuell handling som rammes av straffeloven § 304. Fokuset i bildet er på Cs nakne underliv, og A kysser henne kloss opp til hennes kjønnsorgan. Dette har ikke noe fornuftig formål og går utover hva foreldre bør kunne utsette sine barn for. Flertallet er ikke i tvil om at bildet er av en slik karakter at det er egnet til å gi seksuelle assosiasjoner. Hensynet til barns integritet tilsier at de bør vernes mot slike handlinger – og især når det tas bilde av det som skjer. Dette skaper som nevnt mulighet for spredning og senere misbruk. Flertallet har derfor kommet til at handlingen rammes av straffeloven § 304.»
- (47) Også her har jeg et annet syn enn lagmannsretten.
- (48) Berøringen består i at A kysser datteren «svært tett opptil» eller «kloss opp til» kjønnsorganet, men altså ikke på selve kjønnsorganet. Det er uvisst hvor varig kontakten er, og jeg legger til grunn at det dreier seg om en kortvarig posering for mor.
- (49) Ved helhetsvurderingen har det betydning at handlingen skjer i en situasjon der mor, far og datter er sammen på badet. Mor tar bildet og smiler. A har ikke noe seksuelt motiv for handlingen. Jeg legger i motsetning til lagmannsretten ikke vekt på at «fokuset i bildet» er på barnets nakne underliv – som nevnt er det mor som tar bildet. Nærheten til kjønnsorganet gjør poseringen upassende, men den rammes etter mitt syn ikke av § 304.

Konklusjon

- (50) Etter dette er jeg kommet til at det forholdet A er tiltalt for, ikke er straffbart. Han må derfor frifinnes.
- (51) Jeg stemmer for denne

D O M :

A, født 00.00.1989, frifinnes.

- (52) Dommer **Steinsvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (53) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (54) Dommer **Falch:** Likeså.
- (55) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (56) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

A, født 00.00.1989, frifinnes.