



NOREGS HØGSTERETT

D O M

sagd 21. november 2023 av Høgsterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommar Kristin Normann
dommar Wenche Elizabeth Arntzen
dommar Are Stenvik
konstituert dommar Magni Elsheim

HR-2023-2193-A, (sak nr. 23-093201STR-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 26. mai 2023

Påtalemakta	(statsadvokat Anne Christine Stoltz Wennersten)
A	(advokat John Christian Elden)
mot	
B	(advokat Frode Sulland)

R Ø Y S T I N G

- (1) Konstituert dommar **Elsheim:**

Spørsmåla i saka og bakgrunnen for henne

- (2) Saka gjeld tolking av alternativet «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» i straffelova § 291 bokstav b om valdtekt.
- (3) Statsadvokatane i Oslo sette 27. april 2022 B, fødd 8. april 1987, under tiltale for brot på straffelova § 291 bokstav b om valdtekt av nokon som er ute av stand til å setja seg imot handlinga. Subsidiært gjaldt tiltalen straffelova § 297 om seksuell handling utan samtykke.
- (4) Grunnlaget for tiltalen var skildra slik:
- «Søndag 3. oktober 2021 ca. kl 02.20 i Storgata 6 i Ullensaker, på utestedet 'Hydranten', førte han en eller flere fingre inn i skjeden til A. A var ute av stand til å gjøre motstand fordi det skjedde så raskt og uventet at hun ikke rakk å reagere.»
- (5) I dom frå Romerike og Glåmdal tingrett 25. november 2022 vart B dømd for valdtekt etter straffelova § 291 bokstav b. Straffa vart sett til fengsel i to år og ti månadar. Det vart gjort frådreg for varetekt med tre dagar. Han vart òg dømd til å betala oppreisingserstatning til den fornærma med 150 000 kroner.
- (6) B anka dommen. Eidsivating lagmannsrett sa 26. mai 2023 dom med slik domsslutning:
- «1. B, født 00.00.1987, dømmes for brudd på straffeloven § 297 til en straff av fengsel i 120 – etthundreogtjue – dager. Varetekt kommer til fradrag med 3 – tre – dager, jf. straffeloven § 83.
2. B dømmes til å betale oppreisningserstatning til A med 80 000 – åttitusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 2 – to – uker fra forkynning av dommen.»
- (7) Ein av meddommarane dissenterte og meinte at B skulle dømmast for valdtekt.
- (8) Påtalemakta har anka dommen. Anken gjeld lovbruken.
- (9) Melding etter straffeprosesslova § 434 vart forkynt for den fornærma. Bistandsadvokaten har på vegner av den fornærma kravd ny handsaming av kravet om oppreisning. Ankeutvalet har samtykt i at kravet vert handsama i straffesaka for Høgsterett.
- (10) *Påtalemakta* har gjort gjeldande at B skal dømmast for valdtekt. Alternativet «av andre grunnar ute av stand til å motsette seg handlingen» i straffelova § 291 bokstav b omfattar tilfelle der den fornærma vert overrumpla. Fleirtalet i lagmannsretten har uriktig tolka straffebodet innskrenkande og ikkje vurdert om den fornærma etter omstenda var ute av stand til å setja seg imot den seksuelle omgangen. Mindretalet si vurdering er uttrykk for rett lovbruk.
- (11) Påtalemakta la ned slik påstand:

«B, født 00.00.87, dømmes for en overtredelse av straffeloven § 291 bokstav b), til fengsel i 2 – to – år og 6 – seks – måneder. Varetekt kommer til fradrag med 3 – tre – dager.»

- (12) *Forsvareren har på vegner av B gjort gjeldande at lagmannsretten sin lovbruk er rett, og at anken skal forkastast. Vilåret «ute av stand» er knytt til den fornærma sine personlege føresetnader. I alle høve må det gjelda når samhandlinga som leia opp til den seksuelle omgangen, var av seksuell karakter.*
- (13) Forsvareren har på vegner av B lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Lagmannsrettens dom om oppreisningserstatning stadfestes.»
- (14) *Bistandsadvokaten har på vegner av den fornærma, A, lagt ned påstand om at B vert dømd til å betala henne oppreisningserstatning etter rettens skjønn.*

Mitt syn på saka

Dei faktiske tilhøva

- (15) Høgsterett skal ikkje prøva bevisa i saka og legg lagmannsretten si bevisvurdering til grunn for dommen:

«Natt til søndag 3. oktober 2021 var tiltalte og fornærmede på utestedet Hydranten på Jessheim. Begge hadde drukket og var beruset. De kjente hverandre ikke, men kom i kontakt med hverandre på dansegulvet. Tiltalte hadde ved tre anledninger tidligere på kvelden forgjeves forsøkt å få fornærmedes oppmerksomhet. På dansegulvet danset de tett med mye kroppskontakt og berøring. Både tiltalte og fornærmede deltok aktivt i dette. Etter at de hadde danset en stund, satte tiltalte seg på en barkrakk rett ved dansegulvet. Fornærmede fulgte etter ham. De pratet sammen og det var en god tone mellom dem, men ingen av dem husket hva som ble sagt. Fornærmede stod etter hvert plassert mellom tiltaltes bein, mens han satt på barkrakken. Tiltalte holdt fornærmede rundt livet og fornærmede holdt på et tidspunkt rundt tiltaltes hals. Det var gjensidig fysisk berøring. ... Tiltalte la høyrearmen sin rundt fornærmede og kysset henne på halsen, mens fornærmede hadde hodet på hans skulder. Kort tid etter tok tiltalte venstrehånda raskt inn under fornærmedes korte skjørt, dro trusa til siden og stakk en eller flere fingre opp i skjeden hennes bakfra. Armene til fornærmede var da langs siden og/eller bak henne. Hendelsen kom overraskende på fornærmede, som brått endret ansiktsuttrykk og tok et skritt tilbake.»

Tolkinga av straffelova § 291 bokstav b

Innleiing

- (16) Straffelova § 291 bokstav b om valdtekt råkar den som

«har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen».

- (17) Som det går fram av tiltalevedtaket, er B tiltalt etter alternativet «av andre grunner» ute av stand til å setja seg imot handlinga. Spørsmålet i saka er om bokstav b omfattar overrumplingstilfelle der den seksuelle omgangen skjedde så raskt og uventa at det reelt ikkje var mogleg for den fornærma å setja seg imot handlinga. I denne samanhengen er det òg eit spørsmål om hendingane som leia opp til den seksuelle omgangen, får innverknad. Slik eg forstår lagmannsretten sin dom, har fleirtalet lagt vekt på det siste. Det kjem eg attende til.

Ordlyden

- (18) Ei reint språkleg forståing av ordlyden i § 291 bokstav b tilseier at straffebodet omfattar alle tilhøve og situasjonar der den fornærma reelt sett er ute av stand til å setja seg imot den utuktige omgangen, anten det knyter seg til den fornærma sin eigen tilstand eller situasjonen vedkomande er i. Det er ikkje haldepunkt i lovteksten for at «andre grunner» må vera av same slag som alternativet «er bevisstløs» og gjelda den fornærma sin eigen tilstand. Det er heller ikkje stilt noko krav til årsaka til at den fornærma er ute av stand til å setja seg imot handlinga. Eg legg difor til grunn at ordlyden dekkjer tilfelle av overrumpling der den seksuelle omgangen skjer så raskt og uventa at den fornærma reelt sett ikkje rekk å setja seg til motverje.

Forhistoria og førearbeida

- (19) Forsvararen har gjort gjeldande at førearbeida til straffelova § 291 bokstav b og lovhistoria tyder på at straffebodet berre er meint for tilfelle der årsaka til at den fornærma er «ute av stand» til å setja seg imot seksuell omgang, er knytt til den fornærma sine personlege føresetnadar, og ikkje til omstende rundt situasjonen. Det er eg ikkje samd i.
- (20) Alternativet i bokstav b stammar frå § 193 første ledd i straffelova frå 1902. Dette var opphavelg eit mildare straffebod, som i 2000 vart overført til straffebodet om valdtekt i § 192. Straffebodet vart deretter vidareført i § 291 bokstav b i straffelova frå 2005 utan endringar.
- (21) Bakgrunnen for at straffebodet i 1902-lova § 193 første ledd i 2000 vart omdefinert til valdtekt, var at lovgjevaren meinte slike lovbrøt kan vera like alvorlege som tradisjonelle valdtekter. Om dette skriv departementet i Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 111:

«Bokstav b rammer den som har seksuell omgang ved å utnytte noens hjelpeløshetstilstand, nærmere bestemt at offeret er bevisstløs eller ute av stand til å motsette seg handlingen. Bestemmelsen viderefører gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 193 første ledd, og innebærer ingen realitetsendringer. Ved å karakterisere denne type overgrep som voldtekt og heve strafferammen slik at den blir lik, markeres at slike forhold kan være like alvorlige som dem som tradisjonelt er bedømt som voldtekt.»

- (22) Opphavelg råka § 193 i 1902-lova berre den som hadde utuktig omgang med utilreknelege fornærma. I Straffelovkomiteen si innstilling frå 1927 vart straffebodet

føreslått utvida til òg å omfatta utnytting av fornærma som av «andre grunner» var ute av stand til å setja seg imot handlinga. Endringa vart i innstillinga omtalt som «vesentlig» og var grunngeven med at òg tilreknelege kvinner trong vern. Som døme på tilfelle som trong vern, nemnde komiteen tilfelle av forbigåande eller varig «fysisk avmakt» som gjer at samleie kan skje utan vald eller truslar. Det gjekk vidare fram at straffebodet burde råka tilfelle der «den psykiske evne til motstand er borte» sjølv om tilstanden «ikke kan betegnes som bevisstløshet». Det vart framheva at sjølv om ei kvinne «ikke er så beruset, at hun helt har tapt selvbevisstheten ... bør der ikke være straffri adgang til å misbruke henne».

- (23) På bakgrunn av førearbeida slo Kjerschow i si kommentarutgåve frå 1930 til lova fast at «søvn, høigradig beruselse (også selvforskyldt), sykdom, hypnose, legmelig eller sjelelig utmattelse» var tilhøve som kunne gjera den fornærma ute av stand til å setja seg imot handlinga, og som var dekte av straffebodet.
- (24) I samband med at lovbrott etter § 193 vart omdefinerte til valdtekt i 2000, nemnde Seksuallovbruddutvalget i sin kommentar til gjeldande rett at straffebodet omfatta tilfelle der den fornærma «fysisk er ute av stand til å motsette seg den seksuelle omgangen, f.eks fordi vedkommende er lam eller bundet». Vidare vart det vist til «den situasjon at den psykiske evne til motstand er borte», jf. NOU 1997: 23 side 44. Som døme på det siste heldt utvalet fram saka i Rt-1993-963, der den tiltalte hadde hatt samleie med ei kvinne som var så «fyllesyk» at ho ikkje orka å koma seg unna eller gjera fysisk motstand. Utvalet trekte fram Høgsterett si påpeiking av at straffebodet ikkje berre råkar tilfelle der den fornærma er fysisk hindra, men òg tilfelle der den psykiske evna til motstand er borte.
- (25) I Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 33 omtalte departementet meir generelt dei aktuelle lovbrota som tilfelle der offeret er «helt ute av stand til å protestere eller sette seg til motverge».
- (26) I samband med vedtakinga av no gjeldande straffelov vart straffebodet vidareført uendra som ein del av straffebodet om valdtekt. I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 210 peikte departementet på at fellestrekket for straffebod som rettar seg mot ufrivillig seksuell kontakt, er at den seksuelle kontakten «oppnås på en måte eller i en situasjon som utelukker et reelt og fritt samtykke». Som døme på situasjonar som er omfatta av § 291 bokstav b, nemnde departementet «søvn», «sterk beruselse, fysiske funksjonsnedsettelser, psykiske forhold eller lignende», jf. side 216. Departementet peikte vidare på at det ikkje er noko krav om årsakssamanheng, og framheva følgjande:

«... Det er tilstrekkelig at tiltalte *har* seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen. Hvis den seksuelle omgangen finner sted under slike forhold, er det altså ikke relevant om fornærmede ville ha samtykket til handlingen under andre omstendigheter.»

- (27) *Oppsummert* kan eg ut frå lovhistoria og førearbeida ikkje sjå at det er grunnlag for å avgrensa § 291 bokstav b til tilfelle der «ute av stand» knyter seg til den fornærma sine personlege føresetnader, slik forsvararen har gjort gjeldande. Sjølv om tilfelle der den fornærma er rusa eller søv, går att som dei mest praktiske tilfella, nemner førearbeida òg tilfelle der «ute av stand» knyter seg til situasjonen den fornærma er i – som at den fornærma er bunden eller på anna vis er i fysisk avmakt. Førearbeida inneheld heller ikkje utsegner som tyder på at lovgjevaren har meint å utelukka overrumplingstilfelle. Sjølv om overrumpling ikkje er direkte nemnt, noko som kan skuldast at lovgjevaren ikkje har hatt den situasjonen i tankane, er det klårt omfatta av dei meir generelle vendingane som er

nytta; til dømes at den fornærma er «helt ute av stand til å protestere eller sette seg til motverge», eller at den seksuelle kontakten «oppnås på en måte eller i en situasjon som utelukker reelt og fritt samtykke».

- (28) For meg tel det i tillegg tungt at føremålet med straffebodet om valdtekt er å verna mot ufrivillig seksuell omgang. Eg viser i den samanhengen til at straffebod med dette føremålet ifølgje departementet er kjenneteikna av at kontakten vert oppnådd på ein måte og i ein situasjon som utelukkar reelt og fritt samtykke. Eg kan ut frå føremålet ikkje sjå at den fornærma skal ha dårlegare vern fordi årsaka til at vedkomande er ute av stand til å utøva sin seksuelle sjølvråderett, knyter seg til situasjonen, og ikkje til den fornærma sin eigen tilstand. Det er til dømes ikkje gode grunnar til at ein fornærma som vert overrumpla på ein måte som gjer at vedkomande reelt ikkje rekk å protestera eller setja seg imot den seksuelle omgangen, skal ha dårlegare vern enn ein fornærma som søv. Eg kan heller ikkje sjå at det er gode grunnar til at det skal vera mindre straffverdig.

Rettspraksis

- (29) Høgsterett har ikkje tidlegare teke uttrykkjeleg stilling til om straffelova § 291 bokstav b råkar overrumplingstilfella.
- (30) Frå lagmannsrettane sin praksis er det fleire ulike dømme på at straffebodet har vore nytta i overrumplingstilfelle. I LG-2011-13876 vart den tiltalte dømd for å ha pressa ein finger inn i skjeden til stedottera medan ho stod på badet og pussa tenner iført berre truse og T-skjorte. I LB-2016-82915 vart ein profesjonell massør dømd for å ha ført ein eller to fingrar inn i skjeden på ei kvinne som låg på magen på ein massasjebenk. Det er dessutan to dømme på tilfelle der dei tiltalte er dømde for å ha stukke fingrane inn i skjeden på tilfeldige kvinner på gata, jf. LB-2019-186741 og LB-2021-155039.
- (31) Ingen av dommane inneheld noka prinsipiell drøfting av kva som ligg i «ute av stand». Dei tre førstnemnde vart anka til Høgsterett. Av desse er éi sak nekta fremja utan at ankeutvalet har prøvd lovbruken. I éi sak har Høgsterett berre prøvd straffutmålinga og sakshandsaminga, og i éi sak er lovbruken prøvd, men utan at vilkåret «ute av stand» vart vurdert. Rettskjeldeverdien er følgjeleg avgrensa. Når eg likevel trekkjer fram desse avgjerdene, er det fordi dei syner at tilfelle av overrumpling med seksuell omgang hender og kan vera like straffverdige handlingar som tilfelle der ein gjerningsperson stikk fingrane inn i skjeden på nokon som søv eller er sterkt rusa.

NOU 2022: 21

- (32) Eg legg til at det er starta opp eit lovarbeid som inneheld forslag til reform av straffelova kapittel 26. Forslaga går fram av Straffelovrådet si utgreiing NOU 2022: 21 *Strafferettslig vern av den seksuelle selvbestemmelsesretten*.
- (33) Straffelovrådet føreset at § 291 bokstav b i no gjeldande lov omfattar dei såkalla overrumplingstilfella. Eg viser til side 181, der rådet i sin gjennomgang av kva som er dekt av alternativet «ute av stand», nyttar som eksempel at ein gjerningsperson overrumplar den fornærma med å «begynne å masturbere fornærmede eller stikke en finger inn i fornærmedes vagina før vedkommende rekker å reagere». Straffelovrådet finn det klårt at

slike handlingar er ei alvorleg krenking av den fornærma sin seksuelle sjølvråderett som òg i framtida bør vera omfatta av den mest alvorlege kategorien seksuallovbrot.

- (34) Det styrkjer mitt syn at rådet så klårt meiner at overrumplingstilfelle fell innanfor dagens lovtekst, og har føreslått å vidareføra dagens straffebod i ein generelt utforma lovtekst der omgrepet «bevisstløs» er utelate frå lovteksten, sjå § 294 bokstav c i Straffelovrådet sitt forslag til nytt kapittel 26 i straffelova.

Samanhengen med andre straffebod

- (35) Eg peikar til slutt på at det går fram av både lovteksten og lovhistoria at bokstav b i § 291 er ei forlenging av bokstav a. Medan bokstav a råkar den som skaffar seg seksuell omgang ved vald eller truande åtferd, råkar bokstav b tilfelle der vald eller truslar ikkje er naudsynt, fordi den fornærma er i ein situasjon eller tilstand der ho eller han er ute av stand til å protestera eller setja seg imot den seksuelle omgangen. Dei to straffeboda utfyllar kvarandre, og lovgjevaren har, som eg tidlegare har gjort greie for, rekna dei som likestilte.
- (36) Dersom bokstav b ikkje skulle råka overrumplingstilfelle, vert konsekvensen at det ikkje kan dømmast for valdtekt, sjølv når det er openbert at den fornærma ville sett seg til motverje dersom ho eller han ikkje vart overrumpla. Eg viser i den samanhengen til dei nemnde døma frå lagmannsrettane sin praksis, der gjerningspersonar har stukke ein eller fleire fingrar inn i skjeden på tilfeldige kvinner, mellom anna på gata. For meg er det klårt at lovgjevaren ikkje har meint at slike tilfelle av seksuell omgang berre skal råkast av straffelova § 297 om seksuell handling utan samtykke, som i så fall vert resultatet. Eg viser til at strafferamma i § 297 er langt lågare enn etter § 291 fordi seksuelle handlingar vert rekna som mindre krenkjande enn seksuell omgang. Slik eg ser det tilseier samanhengen i straffeboda difor at tilfelle der den fornærma vert overrumpla på ein måte som gjer at ho eller han reelt er ute av stand til å setja seg til motverje, vert råka av § 291 når krenkinga er i form av seksuell omgang.

Oppsummering

- (37) Overrumplingstilfelle ligg innanfor ordlyden i straffelova § 291 bokstav b, og både førearbeida og lovhistoria talar for at dei er omfatta. Samanhengen med alternativet i § 291 bokstav a og med § 297 tilseier det same. Døme frå rettspraksis syner at det er behov for eit straffebod som råkar tilfelle der ein gjerningsperson oppnår ufrivillig seksuell omgang gjennom overrumpling. Døma syner òg at slike tilfelle kan vera like straffverdige, og at den fornærma bør ha same vern som ved sovevaldtekter. Det same er oppfatninga til Straffelovrådet, som har foreslått at straffebodet vert vidareført med ein generell ordlyd utan at noko realitetsending er tiltenkt.

Får det innverknad at partane hadde frivillig fysisk kontakt før den seksuelle omgangen?

- (38) Forhistoria kan påverka den konkrete vurderinga av om den fornærma var ute av stand til å setja seg imot den seksuelle omgangen. Spørsmålet her er om det i overrumplingstilfelle er utelukka å domfella etter § 291 bokstav b dersom det har vore gjensidig fysisk kontakt mellom gjerningspersonen og den fornærma før den ufrivillige seksuelle omgangen.

- (39) Slik eg les lagmannsretten sin dom, meiner fleirtalet at bruk av § 291 bokstav b er utelukka i eit slikt høve, og forsvararen har gjort gjeldande at det er rett lovbruk.
- (40) Etter mitt syn må spørsmålet vurderast på same vis som etter straffebodet elles. I saker om sovevaldtekter fritenk det ikkje for straff at den tiltalte og den fornærma til dømes har flørta og hatt frivillig fysisk kontakt medan den fornærma var medviten og vaken. Det er like fullt straffbart etter § 291 bokstav b dersom gjerningspersonen har seksuell omgang med den fornærma etter at ho eller han har sovna. Det same gjeld sjølv om årsaka til at den fornærma var «ute av stand» til å setja seg imot den seksuelle omgangen, er sjølvpåført, til dømes som følgje av rus. Det fritenk heller ikkje for straffansvar etter § 291 bokstav b at den fornærma til dømes legg seg i same seng som den tiltalte før ho eller han sovna. Det avgjerande er òg i desse tilfella om den fornærma var ute av stand til å setja seg imot den seksuelle omgangen.
- (41) I Rt-2003-687 handsama Høgsterett eit tilfelle der ein mann heldt fram med seksuell omgang med ei kvinne etter at ho sovna, og der den seksuelle omgangen før ho sovna, var frivillig. Høgsterett kom på bakgrunn av reelle omsyn til at tilfellet ikkje fall inn under straffebodet om «ute av stand» i § 192 første ledd bokstav b i dågjeldande straffelov. Førstvoterande viste til at det var så stor skilnad i «graden av krenkelse og klanderverdighet sammenliknet med det som typisk rammes som voldtekt etter § 192, at det ville være å gå for langt å la også disse forholdene rammes». Det er etter mitt syn ikkje tilfelle i vår sak. Derimit har førstvoterande i avsnitt 17 i dommen ei presisering som eg meiner er relevant òg for vår sak:
- «Dette må likevel gjelde med visse presiseringer. Dels må straffriheten avhenge av at gjerningspersonen ikke har gått over til mer inngripende handlinger etter at partneren har sovnet. Hadde for eksempel den tiltalte i vår sak gjennomført et samleie med den fornærmede etter hun var sovnet, ville det vært straffbart – og da etter annet ledd bokstav a i § 192.»
- (42) Eg kan ikkje sjå nokon grunn til å vurdere det annleis i overrumplingstilfelle. Frivillig fysisk kontakt mellom to personar opnar ikkje for at den eine kan overrumpla den andre med meir inngripande seksuelle handlingar som ho eller han er ute av stand til å setja seg imot.
- (43) Eg legg til at å ta omsyn til at det har vore frivillig fysisk berøring mellom partane før hendinga, vil stri mot føremålet med straffelova § 291 bokstav b, som er å verna den seksuelle sjølvråderetten.

Lagmannsretten sin lovbruk

- (44) Fleirtalet i lagmannsretten har lagt til grunn at overrumplingstilfelle kan vera omfatta av straffelova § 291 bokstav b, men ser ut til å ha lagt avgjerande vekt på at den tiltalte og den fornærma før den tiltalte si handling hadde «opptrådt på en måte som må anses som gjensidig flørting med tett kroppskontakt». Fleirtalet har vist til at dette skilde saka frå tidlegare saker i lagmannsrettane sin praksis ved at risikoen for seksuell omgang der var lågare og overraskingsmomentet større.

- (45) Fleirtalet byggjer si vurdering på synsmåtar som ikkje er i samsvar med den rettsoppfatninga eg har gjort greie for over.
- (46) Lagmannsretten sin lovbruk er følgeleg ikkje rett.

Kan Høgsterett seia ny dom?

- (47) Påtalemakta har bedt Høgsterett seia ny dom i saka.
- (48) Det følgjer av straffeprosesslova § 345 at Høgsterett i denne saka berre kan avseia ny dom dersom «de nødvendige forutsetninger er til stede». I motsett fall skal dommen opphevast.
- (49) Lagmannsretten har i sin dom, som eg tidlegare har sitert frå, lagt til grunn at den tiltalte kort tid etter at han la høgreamen rundt den fornærma og kyssa henne på halsen, stakk ein finger opp i skjeden hennar bakfrå. Som følge av at fleirtalet i lagmannsretten bygde på ein lovbruk som ikkje er rett, har dei ikkje gjort ei konkret vurdering av om den tiltalte handla så raskt at den fornærma etter dei konkrete omstenda var ute av stand til å setja seg imot handlinga. Det er ikkje mogleg å gjera denne vurderinga basert på den skildringa av faktum som går fram av dommen. Dei naudsynte føresetnadane for å seia ny dom er då ikkje til stades, og dommen må opphevast.
- (50) Med dette resultatet handsamar eg ikkje kravet om oppreising på nytt.

Konklusjon

- (51) Eg har etter dette kome til at lagmannsretten sin dom skal opphevast.
- (52) Om det er naudsynt å gjennomføra ny ankeforhandling heilt eller delvis, overlèt eg til lagmannsretten å vurdere, jf. straffeprosesslova § 347.
- (53) Eg røystar for slik

D O M :

Lagmannsretten sin dom vert oppheva.

- (54) Dommer **Arntzen:**

Dissens

Innledning

- (55) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (56) Etter mitt syn rammes det forholdet som lagmannsretten har funnet bevist, av straffeloven § 297 om seksuell handling uten samtykke, og ikke av § 291 om voldtekt. Begge bestemmelsene beskytter den enkelte mot ufrivillig seksuell kontakt, det vil si at de verner

den seksuelle selvbestemmelsesretten. Det er på det rene at § 297 også kommer til anvendelse på seksuell omgang uten samtykke.

- (57) Jeg er enig med førstvoterende i at overrumplingstilfeller kan rammes av § 291 bokstav b, men mener dette stiller seg annerledes i vår sak, der det var en form for gjensidig seksualisert kontakt mellom tiltalte og fornærmede i umiddelbar tilknytning til overgrep.

Tolkningen av § 291 bokstav b – rettskildene

- (58) For at voldtektsbestemmelsen skal komme til anvendelse, må det foreligge en kvalifiserende omstendighet i tillegg til den ufrivillige seksuelle omgangen. Den kvalifiserende omstendigheten i straffeloven § 291 bokstav b er at fornærmede er «ute av stand» (min utheving) til å motsette seg den seksuelle omgangen. Vedkommende må altså være uten evne til motstand, redusert evne til motstand er ikke tilstrekkelig.
- (59) Lovens forhistorie og forarbeider viser at lovgiver ikke har hatt situasjoner som i vår sak i tankene. For sammenhengens skyld rekapitulerer jeg følgende fra lovhistorikken:
- (60) Straffeloven av 1902 § 193 rammet opprinnelig utuktig omgang med den «der er sindssyg, bevidstløs eller iøvrigt utilregnelig». Ordlyden hadde gjennom denne oppregningen en klar avgrensning av de mentale tilstander som falt inn under bestemmelsen. I 1927 ble «iøvrigt utilregnelig» erstattet med «eller av andre grunner» ute av stand til å motsette seg handlingen. Den nye formuleringen innebar en utvidelse av straffeansvaret til også å omfatte fysisk avmakt og tilfeller hvor den psykiske evnen til motstand er borte, slik førstvoterende redegjør for.
- (61) I NOU 1997: 23 foreslo Seksuallovbruddutvalget å beholde § 193 første ledd i en egen straffebestemmelse, som fortsatt skulle dekke «tilfeller hvor fornærmede fysisk er ute av stand til å motsette seg den seksuelle omgangen, f.eks fordi vedkommende er lam eller bundet» eller den «psykiske evne til motstand er borte, se Rt-1993-963», jf. side 44.
- (62) Departementet mente imidlertid at § 193 første ledd burde innlemmes i voldtektsbestemmelsen gjennom ny bokstav b i § 192 første ledd. Begrunnelsen var at «[u]tnyttelse på denne måten av noens bevisstløshet e.l.» kan være like straffverdig som voldtekt ellers, jf. Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 33, der det også heter:
- «Riktignok er det ikke nødvendig med vold eller trusler for å oppnå den seksuelle omgangen. Men på den annen side er offeret helt ute av stand til å protestere eller sette seg til motverge.»
- (63) Det var altså tilfeller der noen er helt ute av stand til å sette seg til motverge, som i straffverdighet kunne likestilles med vold eller trusler.
- (64) Paragraf 192 første ledd bokstav b ble videreført i någjeldende § 291 bokstav b. Departementet pekte på «sterk beruselse, fysiske funksjonsnedsettelse, psykiske forhold eller lignende» som eksempler på andre grunner til at fornærmede er ute av stand til å motsette seg handlingen, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 216.

- (65) Forarbeidene underbygger at voldtektsbestemmelsen er tiltenkt tilfeller der fornærmede er helt ute av stand – enten fysisk eller psykisk – til å motsette seg handlingen. Så langt er jeg enig med forsvareren i at eksemplene som er benyttet, peker i retning av at det er utnyttelsen av fornærmedes svekkede tilstand eller personlige forutsetninger som rammes.
- (66) Under arbeidet med straffeloven § 291 vurderte lovgiver å innlemme seksuell omgang uten samtykke, altså uavhengig av vold, trusler eller hjelpeløshet, i voldtektsbestemmelsen. Dette nye alternativet skulle ikke endre forståelsen av gjeldende gjerningsbeskrivelser, men «ville kunne fange opp en ‘restkategori’ av ufrivillig seksuell omgang», jf. Ot.prp. 22 (2008–2009) side 221. Departementet valgte likevel ikke å foreslå en slik bestemmelse, med blant annet følgende begrunnelse:
- «Departementet anser det likevel usikkert hvilke tilfeller et slikt alternativ i praksis vil kunne dekke, også sett i lys av at bevissituasjonen i mange tilfeller vil være vanskelig. Departementet har derfor kommet til at voldtektsbestemmelsen ikke bør utvides nå. Det er imidlertid grunn til å understreke at vurderingen av om vilkårene i straffeloven 1902 § 192 og i forslaget til straffeloven 2005 § 291 er oppfylt, er relativ og må trekke inn forholdet mellom de involverte og hele situasjonen som handlingen skjer i, se nedenfor. ... Alternativet om at fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingen kan også dekke mange situasjoner, ikke bare søvntilfellene.»
- (67) Her fremgår det altså at «ute av stand»-kriteriet er relativt i den forstand at forholdet mellom de involverte og hele situasjonen som handlingen skjer i, må trekkes inn i vurderingen. Dette konkretiseres «nedenfor» dithen at faktorer som for eksempel «alder, sårbarhet, omgivelsene og relasjonen mellom de involverte, kan ha betydning». Denne relativiseringen åpner for en mer situasjonsbestemt tolkning av straffebudet, ikke bare med hensyn til hvilke situasjoner som rammes, men også hvilke situasjoner som ikke rammes.
- (68) Så lenge lovgiver valgte å *ikke* innlemme seksuell omgang uten samtykke i voldtektsbestemmelsen, er det § 297 som kommer til anvendelse på slike overgrep, selv om dette er en langt mildere bestemmelse. Derved oppstår også spørsmålet om grensedragningen mellom § 291 bokstav b om voldtekt og § 297 hva gjelder seksuell omgang uten samtykke.
- (69) De såkalte overrumplingstilfellene er ikke omtalt i forarbeidene og heller ikke behandlet i Høyesteretts praksis. Som førstvoterende redegjør for, er det imidlertid flere eksempler fra underrettspraksis på domfellelser for voldtekt etter «ute av stand»-kriteriet der overgriperen overrumpler fornærmede i situasjoner uten noen form for forutgående seksualisert kontakt. Spørsmålet er om det samme må gjelde i situasjoner *med* slik forutgående kontakt.
- (70) Straffelovrådet omtaler overrumplingstilfellene i NOU 2022: 21. Jeg forstår det slik at rådet her sikter til det jeg oppfatter som de *egentlige* overrumplingstilfellene fra underrettspraksis. Omtalen er riktignok generell, men eksempelet som benyttes, er overrumplingstilfellet i ankeutvalgets beslutning Rt-2012-60, jf. henvisningen på side 181 til punkt 7.3. I denne beslutningen ble domfeltes anke over straffutmålingen i LG-2011-13876 ikke tillatt fremmet. Saken gjaldt domfellelse etter dagjeldende § 192 første ledd bokstav b for å ha presset en finger inn i skjeden til en 16 år gammel stedatter mens hun pusset tennene.

- (71) Til sammenligning behandler Straffelovrådet i punkt 27.4.2 saker om ufrivillig seksuell omgang som faller utenfor den någjeldende bestemmelsen om voldtekt. I flere av disse sakene ble forholdet nedsubsumert fra voldtekt til seksuell handling uten samtykke fordi «ute av stand»-kriteriet ikke var oppfylt.
- (72) Det nærmeste vi kommer en omtale av situasjonen i vår sak, er likevel drøftelsene i tilknytning til Straffelovrådets forslag om å innføre en ny bestemmelse i § 294, «Seksuell omgang uten samtykke». Utkastet innebærer at de eksisterende voldtektsalternativene suppleres med det å ha «seksuell omgang med noen som ikke vil det, og som gir uttrykk for dette i ord eller handling». Forslaget er i de spesielle motivene på side 264 i NOU-en omtalt som en «betydelig prinsipiell utvidelse» sammenlignet med gjeldende § 291. Det pekes samtidig på at «[o]m det har vært en opptakt til den seksuelle omgangen, og hvordan denne opptakten i så fall har artet seg kan ha stor betydning». Dette utdypes i punktene 27.5.5 til 27.5.7. Rådet foreslår dessuten at verken minstestraffer eller normalstraffenivåer for voldtekt videreføres.
- (73) Den foreslåtte bestemmelsen har sin parallell i øvre sjikt av någjeldende § 297. Selv om rådets uttalelser om opptaktens betydning gjelder et annet bevistema, mener jeg at opptakten også har betydning ved vurderingen av «ute av stand»-kriteriet i § 291 bokstav b. Jeg minner i denne forbindelse om forarbeidenes uttalelser om at «forholdet mellom de involverte og hele situasjonen som handlingen skjer i» må trekkes inn.
- (74) Etter mitt syn ligger tilfeller med forutgående gjensidig seksualisert kontakt i hvert fall ikke i kjerneområdet til § 291 bokstav b. Også påtalemyndigheten synes å være enig i dette. Rettskildebildet er langt på vei parallelt med Rt-2003-687, der det i avsnitt 14 heter at «[r]eelle hensyn, og hensynet til konsekvenser av lovtolkningen» må få betydning. I den saken tolket Høyesterett dagjeldende § 192 første ledd bokstav b innskrenkende i en situasjon der tiltalte fortsatte den frivillige seksuelle omgangen etter at kvinnen hadde sovnet. Førstvoterende påpeker det klanderverdige i dette, men tilføyer i avsnitt 16:
- «Men på den annen side er det spørsmål om å anvende meget alvorlige lovbestemmelser, rettet mot det lovgiveren betegner som voldtekt. Straffen er fengsel inntil ti år når det som i vår sak er tale om seksuell omgang som ikke er samleie. Er den seksuelle omgangen samleie, gjelder det en minstestraff på fengsel i to år. Situasjonen i vår sak atskiller seg etter min mening klart fra de typetilfellene som voldtektsbestemmelsene særlig skal ramme, og som det også er vanlig å tenke på som voldtekt. Samtidig er situasjonen neppe upraktisk, verken i etablerte parforhold eller i ungdomsmiljøer som i vår sak: et par starter seksuelle handlinger som begge ønsker, men den ene sovner, på grunn av beruselse eller tretthet, uten at det fører til at den andre avbryter disse handlingene.»
- (75) De reelle hensynene Høyesterett her legger avgjørende vekt på, har etter mitt syn overføringsverdi til vår sak.
- (76) Når det gjelder hensynet til konsekvensene av lovtolkningen, vil jeg særlig fremheve følgende om grensdragningen mellom straffeloven § 291 bokstav b om voldtekt og § 297 hva gjelder seksuell omgang uten samtykke:
- (77) Jeg finner det klart at de egentlige overrumplingstilfellene er de mest straffverdige. I disse tilfellene utnytter gjerningspersonen fornærmedes totale mangel på mental beredskap til å

skaffe seg ufrivillig seksuell omgang. I de tilfellene der det allerede er etablert en form for gjensidig seksualisert kontakt mellom gjerningspersonen og fornærmede, er bildet ikke like entydig. Det vil som regel ha skjedd en gradvis utvikling i den fysiske kontakten, og det vil også kunne fremstå som uklart hva den andre parten ønsker. Slik sett er det ikke utnyttelsen av den andres mangel på beredskap som er det mest fremtredende, men snarere krenkelsen av den andres rett til selv å sette grenser for sin seksualitet.

- (78) Videre er selve grenseflaten mellom § 291 bokstav b og § 297 uskarp. Også § 297 inneholder et overrumplingselement i den forstand at fornærmede ikke har rukket å motsette seg den ufrivillige seksuelle omgangen. Overrumplingselementet kan følgelig ikke alltid være tilstrekkelig til å bringe forholdet inn under § 291 bokstav b. I så fall vil skillet mellom bestemmelsene i slike situasjoner viskes ut til fordel for den strenge voldtektsbestemmelsen.
- (79) Jørn Jacobsen påpeker i *Valdtektslovbrotet*, 2019, side 220 at det i overrumplingstilfellene oppstår et avgrensingsproblem knyttet til *hvor* overrasket fornærmede må være for at «ute av stand»-kriteriet kan anses oppfylt. Også Jørn Jacobsen med flere, *Forbrytelser i utvalg*, 2020, side 119 uttaler at det er en «utfordring ... at slike tilstander forekommer i grader», for eksempel at fornærmede er «mer eller mindre overrasket». I forlengelsen av dette heter det at «[e]tter ordlyden må tilsynelatende evnen til å motsette seg handlingen, være helt fraværende og ikke bare svekket. Terskelen vil dermed være relativt høy». Jeg er enig i dette.
- (80) For øvrig bemerker jeg at grensedragningen mellom de to bestemmelsene også vil kunne by på bevismessige utfordringer i tilfeller med forutgående gjensidig seksualisert kontakt. Bevistemaet «ute av stand til å motsette seg handlingen» i § 291 bokstav b vil ofte bero på subtile nyanser som det i praksis vil være vanskelig å forsvare seg mot: Hvor rask var overgangen fra den gjensidige seksualiserte kontakten til den ufrivillige seksuelle omgangen, og hvor lang tid ville fornærmede trengt for å motsette seg den? Også etter § 297 vil overgangen fra frivillig seksualisert kontakt til fullbyrdet seksuell omgang uten samtykke kunne skje raskt og slik sett være både uventet og overraskende.
- (81) Endelig peker jeg på det paradoksale i at den som skaffer seg seksuell omgang til tross for at fornærmede i ord eller handling har gitt uttrykk for et *nei*, sjelden kan dømmes etter § 291 bokstav b. I slike tilfeller vil jo fornærmede normalt ha vært i stand til å motsette seg handlingen. Forholdet fremstår samtidig som mer straffverdig enn der gjerningspersonen skaffer seg seksuell omgang uten samtykke i fravær av et forutgående nei.

Oppsummering

- (82) Dersom det ikke differensieres mellom de ulike overrumplingstilfellene, vil grensedragningen mellom § 291 bokstav b om voldtekt og § 297 hva gjelder seksuell omgang uten samtykke by på systematiske rettslige og bevismessige utfordringer i situasjoner med forutgående gjensidig seksualisert kontakt. I slike situasjoner vil også handlingens straffverdighet normalt være langt mindre enn ved de *egentlige* overrumplingstilfellene.
- (83) Det kan hevdes at overrumpling *prinsipielt* sett står i samme stilling uavhengig av de nærmere omstendighetene. Med en slik tilnærming er det imidlertid en fare for at svært

ulike tilfeller behandles tilnærmet likt. Dette vil harmonere dårlig med forarbeidenes anvisning om at «forholdet mellom de involverte og hele situasjonen som handlingen skjer i», vil kunne ha betydning for hvilke tilfeller som rammes av voldtektsbestemmelsen.

- (84) Voldtekt er blant de mest alvorlige forbrytelsene på integritetskrenkelsesens område, og straffebudet bør etter mitt syn forbeholdes de klare tilfellene. Dette må særlig gjelde i en situasjon der lovens ordlyd er såpass åpen, uten at den er ledsaget av nærmere retningslinjer i lovens forarbeider.

Lagmannsrettens rettsanvendelse

- (85) Lagmannsretten tar riktige rettslige utgangspunkter, og den begrunner lovanvendelsen med at tiltalte og fornærmede hadde «opptrådt på en måte som må anses som gjensidig flørting med tett kroppskontakt før tiltaltes handling». Opptakten til overgrepet er nærmere beskrevet i lagmannsrettens bevisvurdering, som førstvoterende har gjengitt. Overgrepet skjedde i umiddelbar tilknytning til den gjensidige og tette kroppskontakten mellom tiltalte og fornærmede. Det ble avbrutt straks ved at fornærmede tok et skritt tilbake. Lagmannsrettens bevisvurdering bygger blant annet på videoopptak av hendelsen, som også ble vist under ankeforhandlingen for Høyesterett.

- (86) Lagmannsrettens flertall avslutter med å peke på forskjellene fra overrumplingssakene i underrettspraksis:

«Omstendighetene i de tre sakene [LG-2011-13876, LB-2016-82915, LB-2019-186741] tilsa derfor at risikoen for seksuell omgang var lavere, og overraskelsesmomentet større enn i denne saken. Tiltaltes handling er likevel klart grenseoverskridende og uakseptabel og ligger etter flertallets syn tett opp mot grensen til voldtekt til seksuell omgang.»

- (87) Jeg kan ikke se at flertallets lovanvendelse er uriktig.
- (88) Ingen av partene har anket over straffutmålingen, og jeg har da ikke foranledning til å gå inn på denne.
- (89) Tiltalte ble i lagmannsretten idømt 80 000 kroner i oppreisningserstatning, og bistandsadvokaten har anført at denne må settes til minimum 120 000 kroner for det tilfelle at domfellelsen etter § 297 blir stående. Da jeg vet jeg er i mindretall, finner jeg ikke grunn til å gå inn på oppreisningserstatningens størrelse.
- (90) Min konklusjon er etter dette at anken må forkastes.

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (91) | Dommer Normann: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Arntzen. |
| (92) | Dommer Stenvik: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, konstituert dommer Elsheim. |
| (93) | Justitiarius Øie: | Likeså. |

(94) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Lagmannsretten sin dom vert oppheva.