

# HØJESTERETS DOM

## afsagt onsdag den 2. maj 2018

### Sag 1/2018

(2. afdeling)

Anklagemyndigheden

mod

T1

(advokat Anders Skaaning Mathiesen, beskikket)

og

T2

(advokat Bjørn Elmquist, beskikket)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Kolding den 10. april 2017 og af Vestre Landsrets 6. afdeling den 18. oktober 2017.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Jon Stokholm, Jens Peter Christensen, Jan Schans Christensen og Lars Apostoli.

Procesbevillingsnævnet har den 27. december 2017 meddelt begrænset tilladelse til anke til Højesteret, således at tilladelsen alene omfatter spørgsmålet om sanktionsfastsættelsen.

### Påstande

Dommen er anket af T1 og T2 med påstand om formildelse, herunder at straffen gøres helt eller delvis betinget. T2 har endvidere påstået frifindelse for påstanden om udvisning.

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om skærpende, samt om ubetinget udvisning af T2.

## **Anbringender**

T1 og T2 har til støtte for påstanden om formildelse anført navnlig, at omskæringen af F1 og F2 er foretaget på en sådan måde, at speciallæger har været i tvivl om, hvorvidt pigerne overhovedet er blevet omskåret. Fraværet af arvæv og tegn på komplikationer efter indgrebet indikerer, at indgrebet er foretaget på et sygehus og af en professionel. Der er ved personundersøgelserne af pigerne ikke fundet tegn på indgreb i de store skamlæber eller tegn på sammensyning, endsige infibulation (kategori III-omskæring).

Omskæringen er – som overlæge Karin Lassen har forklaret til politiet – i den lave ende af en kategori II-omskæring. Indgrebet har derfor ikke i sig selv været farligt, rådt eller brutalt, som omhandlet i straffelovens § 245, stk. 1. Omskæringen kan således ikke kvalificeres som grov vold.

Antagelsen om, at de to piger er blevet omskåret i Afrika, er ikke understøttet af de senere afhøringer af dem, og der er ikke foretaget efterforskning eller lignende i Afrika eller Danmark, som underbygger, at omskæringen fandt sted i Afrika, eller under hvilke omstændigheder omskæringen fandt sted.

Forklaringen fra de tiltalte kan ikke anvendes som eneste bevis for de tiltaltes skyld, jf. princippet i retsplejelovens § 831, stk. 1, nr. 1. Da deres forklaringer er eneste og afgørende bevis for deres påståede medvirken til overtrædelse af straffelovens § 245 a, vil en domfældelse af dem indebære en tilsidesættelse af uskyldsformodningen og en overtrædelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 og 13.

Det forhold, at prøvelsen i denne sag i henhold til Procesbevillingsnævnets anketilladelse er begrænset til sanktionsfastsættelsen, forhindrer ikke Højesteret i selvstændigt at bedømme de faktiske forhold, som ifølge landsretten begrundes, at T1 og T2 har medvirket til overtrædelse af straffelovens § 245 a. Højesteret er heller ikke afskåret fra selvstændigt at vurdere sagens grovhed mv., jf. straffelovens § 80, eller om der foreligger strafforhøjende eller strafnedsættende forhold, jf. straffelovens §§ 81-83.

En selvstændig bedømmelse af, om T1 og T2 har medvirket til overtrædelse af straffelovens § 245 a, må føre til, at der ikke er bevismæssigt grundlag for en konklusion herom. Det må

derimod lægges til grund, at T1 og T2 under opholdet Afrika, hvor omskæringen efter landsrettens bevisbedømmelse fandt sted, har ladet det skorte på tilsyn med døtrene, jf. forældreansvarslovens § 2, stk. 2. Højesteret må derfor ved sanktionsfastsættelsen – uanset om citeringen af straffelovens § 245 a bibeholdes – tage udgangspunkt i praksis for overtrædelse af straffelovens § 213 om vanrøgt.

Når det af forarbejderne til straffelovens § 245 a følger, at der ved strafudmålingen skal tages i udgangspunkt i retspraksis vedrørende straffelovens § 245, må dette forstås som en henvisning til bestemmelsens stk. 2. Da der imidlertid ikke foreligger retspraksis vedrørende denne bestemmelse, skal strafniveauet fastsættes efter den tidligere bestemmelse i straffelovens § 244, stk. 3.

Ved strafudmålingen bør der tages udgangspunkt i, at T1 og T2 ikke kan antages at have haft et direkte forsæt til nogen skade eller social infami, idet omskæringen tværtimod må antages at være kulturelt bestemt af hensyn til ægteskabsmuligheder mv.

Uanset at lovgivningsmagten i forarbejderne til straffelovens § 245 a moralsk har taget afstand fra kvindelig omskæring, bør straffen fastsættes væsentlig under fængsel i 6 måneder. Under hensyn til den mindre alvorlige karakter af omskæringen, at det ikke er dokumenteret, at omskæringen vil få konsekvenser for pigernes fremtidige seksualliv, til det tætte og i øvrigt gode familieforhold mellem de tiltalte og deres syv børn, samt til T1 og T2s gode personlige og sociale forhold i øvrigt, bør en frihedsstraf gøres betinget, alternativt fastsættes som en kombinationsstraf. Det støttes også af, at der er gået 2½ år, siden omskæringen fandt sted, og 2 år siden sagen blev indledt.

T2 har for så vidt angår spørgsmålet om udvisning anført navnlig, at der ikke er hjemmel til udvisning af hende efter udlændingelovens § 24 b, jf. § 22, hvis frihedsstraffen gøres betinget. Hun har en stærk tilknytning til Danmark, hvor hun har boet siden 1999 med sin ægtefælle og deres syv børn, der alle er født og opvokset i Danmark. Udvisning af hende vil betyde en adskillelse af familien i strid med Danmarks internationale forpligtelser, herunder retten til familieliv og hensynet til børnenes tarv.

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at det følger af forarbejderne til straffelovens § 245 a, at det så klart som muligt skal markeres, at kvindelig omskæring er helt uforenelig med normerne i det danske samfund, at straffen i alle tilfælde er fængsel, og at kvindelig omskæring normalt indebærer en forsætlig legemsbeskadigelse, jf. straffelovens § 245, hvorfor den konkrete strafudmåling skal ske i overensstemmelse med retspraksis efter denne bestemmelse. Ved strafudmålingen skal der tages hensyn til indgrebets omfang og nærmere karakter, herunder hvilken type omskæring der er tale om. Forarbejderne til straffelovens § 245 a kan ikke forstås således, at alene retspraksis efter straffelovens § 245, stk. 2, er relevant ved strafudmålingen. Der foreligger i øvrigt ingen retspraksis, som udelukkende vedrører straffelovens § 245, stk. 2.

Da strafudmålingen skal tage udgangspunkt i retspraksis vedrørende overtrædelse af straffelovens § 245, stk. 1, skal de strafskærpelser, som denne bestemmelse har været undergivet, herunder ved lov nr. 380 af 6. juni 2002, tages i betragtning ved overtrædelse af straffelovens § 245 a.

Ved straffastsættelsen skal det tillægges betydning, at der er tale om kategori II-omskæring, der i forarbejderne til straffelovens § 245 a betegnes som "excitation". Efter sagens oplysninger kan det ikke med sikkerhed fastslås, under hvilke nærmere omstændigheder omskæringen er foregået. Retslægerådet har imidlertid i forhold til begge forurettede konstateret, at der ikke er synlige arvæv, og Retsmedicinsk Institut har udtalt, at "Fraværet af arvæv og tegn på komplikationer efter indgrebet kan meget vel indikere, at indgrebet er foretaget på sygehus og af en professionel". Straffen bør ikke – som anført af landsretten – udmåles forsigtigt under henvisning til, at der ikke er tilvejebragt nærmere oplysninger "om den konkrete betydning indgrebet må antages at få for pigerne, herunder for deres fremtidige seksualliv".

Ved strafudmålingen skal der, udover at forholdet er begået af flere i forening, som skærpende omstændigheder lægges vægt på, at det er tale om omskæring af to børn, at pigerne var mindreårige og særdeles værgeløse, og at indgrebet blev foretaget i et for dem fremmed land. Hertil kommer, at omskæringen må antages at være planlagt, samt at T1 og T2 var klar over, at de ved omskæringen kunne påføre deres døtre alvorlige fysiske og psykiske skader. Ved at lade deres døtre omskære har de tiltalte tilsidesat deres omsorgspligt over for dem. Straffen bør fastsættes til ikke under 2 års ubetinget fængsel. Der er i lyset af forholdets karakter ikke

grundlag for at gøre straffen helt eller delvis betinget, heller ikke med vilkår om samfundstjeneste.

For så vidt angår påstanden om udvisning af T2 har anklagemyndigheden anført, at betingelserne for udvisning efter udlændingelovens § 22, stk. 1, nr. 6, er opfyldt, hvis hun idømmes en ubetinget frihedsstraf.

Efter dagældende § 26, stk. 2, i udlændingeloven skal en udlænding udvises, hvis betingelserne herfor er opfyldt, medmindre dette vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser.

T2 er gift med T1, og de har syv fælles børn, hvoraf seks er mindreårige. En udvisning af hende vil derfor udgøre et indgreb i hendes familieliv efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 1. Afgørende er derfor, om en udvisning kan anses for retfærdiggjort efter konventionens artikel 8, stk. 2.

Den proportionalitetsafvejning, der skal foretages i den forbindelse, skal ske med udgangspunkt i omfanget og karakteren af den kriminalitet, der er begået, tilknytningen til Danmark og tilknytningen til oprindelseslandet Somalia.

Det erkendes, at flere forhold kan tale for, at T2 ikke skal udvises, herunder bl.a. at hun har opholdt sig i Danmark siden 1999, at hun er tidligere ustraffet, at hun har syv børn, hvoraf seks er mindreårige, i Danmark, og at hun er gift med den herboende T1. Heroverfor står imidlertid en række forhold, der taler for, at T2 skal udvises, herunder bl.a. at hendes tilknytning til Somalia er betydeligt større end hendes tilknytning til Danmark, bl.a. fordi hendes ægtefælle ligeledes er fra Somalia. Der er derfor ikke noget til hinder for, at familielivet kan udøves i Somalia, jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 5. oktober 2000, *Katanic mod Schweiz*.

Hvis udvisning af T2 vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser, skal hun udvises betinget, jf. udlændingelovens § 24 b.

## Supplerende sagsfremstilling

Retslægerådet afgav den 23. april 2018 følgende supplerende udtalelse til Rigsadvokaten:

”Med sagens tilbagesendelse skal Retslægerådet på baggrund af Rigsadvokatens fornyede forelæggelse med anmodning om en udtalelse vedrørende den konkrete betydning af den foretagne indgreb for begge piger, herunder i forhold til deres fremtidige seksualliv, besvar forelæggelsen således:

Der er for begge pigers vedkommende foretaget et indgreb klassificeret som type IIb.

Der er sket en pæn opheling uden synligt arvæv og vævet virker bedømt ved den kolposkopiske undersøgelse elastisk og ikke præget af dybereliggende arvæv. Der er lille substanstab svarende til de små kønslæber. Der er ikke nogen ændring af skedeindgangens omfang eller skeden. Den yderste del af klitoris mangler.

På basis heraf er der ikke umiddelbart nogen fysisk konkret betydning svarende til forventede gener eller smerter ved seksuallivet. Det, at den yderste del af klitoris og en lille del af de små skamlæber mangler, kan medføre nedsat lystfølelse eller nedsat nydelse eller tilfredsstillelse ved samleje. Det kan ikke afvises, at der kan opstå gener ved eventuel fødsel afhængigt af eventuelle dybereliggende arvæv, selv om arvæv ikke kan konstateres p.t.

Der kan komme psykiske følgetilstande i form af angst, genoplevelse af indgrebet eller depression.

Der kan potentielt komme psykiske/socialt vanskelige forhold afhængigt af kvindens fremtidige partners kulturelle tilhørsforhold og dermed forståelse for/accept af det foretagne indgreb.”

## Supplerende retsgrundlag

Straffelovens § 245 a blev indsat ved lov nr. 386 af 28. maj 2003 om ændring af straffeloven og udlændingeloven på baggrund af lovforslag nr. 183 af 12. marts 2003. Udover det, som er gengivet i landsrettens dom, fremgår bl.a. af lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 1, 3 og 4, jf. Folketingstidende 2002-2003, tillæg A, lovforslag nr. L 183, s. 5522-5527:

### ”1. Indledning

...

Kvindelig omskæring er i dag strafbart efter straffelovens almindelige voldsbestemmelser, men det foreslås at indsætte en ny, særlig straffelovsbestemmelse om kvindelig omskæring for stærkere at markere samfundets afstandtagen fra disse lemlæstende og rent traditionsbestemte indgreb og for i loven at fastslå, at der ikke under nogen omstændigheder kan gives samtykke til kvindelig omskæring – hverken af pigen selv eller af for-

ældrene – med den virkning, at indgrebet bliver straffrit. Den foreslåede bestemmelse omfatter enhver form for kvindelig omskæring.

...

Hovedindsatsen over for omskæring af piger og unge kvinder må fortsat bygge på holdningspåvirkning og oplysning over for flygtninge- og indvandregrupper, der kommer fra lande, hvor kvindelig omskæring er integreret i den lokale kulturtradition, og hvor det derfor er udbredt, at kvinder er omskåret. I Danmark drejer det sig på nuværende tidspunkt især om flygtninge mv. fra Somalia.

Efter regeringens opfattelse vil et mere effektivt strafferetligt værn imidlertid kunne understøtte den forebyggende indsats, idet det herved så tydeligt som muligt markeres, at kvindelig omskæring er en skik, som er helt uforenelig med normerne i det danske samfund.

...

### *3. Baggrunden for lovforslaget*

...

3.3. FN's konvention af 20. november 1989 om børns rettigheder (Børnekonventionen) er ratificeret eller tiltrådt af næsten alle FN's medlemslande. Efter konventionens artikel 24, stk. 3, skal deltagerlandene tage alle effektive og passende foranstaltninger for at afskaffe traditionsbundne ritualer, som er skadelige for børns sundhed. Efter Justitsministeriets opfattelse omfatter konventionens bestemmelse om "traditionsbundne ritualer, som er skadelige for børns sundhed" bl.a. omskæring af piger, idet kvindelig omskæring har lemlæstende karakter og ikke i noget tilfælde kan være lægeligt begrundet.

...

### *4. Lovforslagets udformning*

...

Kvindelig omskæring er en alvorlig forbrydelse mod piger og unge kvinder, og på grund af indgrebets karakter og den sociale sammenhæng, hvori det typisk foretages, er der - sammenholdt med den generelt øgede rejseaktivitet over landegrænserne - en særlig risiko for, at forbudet mod omskæring bliver omgået ved, at indgrebet med forældres eller andre herboende personers medvirken foretages under kortvarige ophold hos familie mv. i et land, hvor omskæring ikke er strafbart. Det må endvidere antages, at den forebyggende oplysningsindsats over for de berørte befolkningsgrupper her i landet vil kunne understøttes væsentligt, såfremt det i lovgivningen klart markeres, at forbudet mod kvindelig omskæring ikke kan omgås ved at sende pigen eller den unge kvinde til udlandet for at få indgrebet foretaget dér."

## **Højesterets begrundelse og resultat**

Procesbevillingsnævnets anketilladelse af 27. december 2017 er begrænset til alene at omfatte sanktionsfastsættelsen. En selvstændig prøvelse af de faktiske forhold, som ifølge landsretten begrundes, at de tiltalte har medvirket til overtrædelse af straffelovens § 245 a, vil indebære Højesterets stillingtagen til spørgsmål, der ikke er omfattet af bevillingen, og som falder uden for Højesterets kompetence, jf. retsplejelovens § 933, stk. 2.

For Højesteret angår sagen herefter alene sanktionsfastsættelsen, herunder om T2 skal udvises.

### *Straffastsættelse*

T1 og T2 er dømt for medvirken til overtrædelse af straffelovens § 245 a, jf. § 23, stk. 1, ved på et tidspunkt i perioden mellem den 14. juni og den 15. september 2015 på et ikke nærmere identificeret sted i Afrika at lade deres døtre, F1, født den ... 2000, og F2, født den ... 2007, omskære, således at de begge fik bortskåret den yderste del af klitoris samt dele af de små skamlæber, kategoriseret som en kategori II-omskæring.

Straffelovens § 245 a blev indsat ved lov nr. 386 af 28. maj 2003 om ændring af straffeloven og udlændingeloven. Bestemmelsen blev indsat, uanset at kvindelig omskæring allerede var strafbar efter straffelovens almindelige voldsbestemmelser, idet lovgivningsmagten ønskede en stærkere markering af samfundets afstandtagen fra kvindelig omskæring, jf. Folketingstidende 2002-2003, tillæg A, lovforslag nr. L 183, s. 5522. Det fremgår af forarbejderne, at straffen for kvindelig omskæring i alle tilfælde er fængsel, at kvindelig omskæring i praksis normalt indebærer forsætlig legemsbeskadigelse, jf. straffelovens § 245, hvorfor den konkrete strafudmåling typisk vil kunne ske i overensstemmelse med retspraksis efter denne bestemmelse, samt at der skal tages hensyn til indgrebets omfang og nærmere karakter, herunder hvilken kategori af kvindelig omskæring, der er tale om, jf. Folketingstidende 2002-2003, tillæg A, lovforslag nr. L 183, s. 5534.

Højesteret tiltræder, at der ved straffastsættelsen skal lægges vægt på de forhold, der er anført af byretten. Som formildende omstændigheder må der imidlertid lægges vægt på, at indgrebene formentlig er blevet foretaget på et sygehus og på en måde, som ifølge Retslægerådet betyder, at der er sket en pæn opheling uden synligt arvæv, og at der ikke umiddelbart kan forventes gener eller smerter ved seksuallivet.

Fire dommere – Jon Stokholm, Jens Peter Christensen, Jan Schans Christensen og Lars Apostoli – finder på den anførte baggrund, at straffen skal fastsættes til fængsel i 1 år og 6 måneder.

Dommer Lene Pagter Kristensen finder, at straffen skal fastsættes til fængsel i 1 år.



Afgørelsen vedrørende straffens længde træffes efter stemmeflertallet.

Samtlige dommere tiltræder, at der af de grunde, der er anført af landsretten, ikke er grundlag for at gøre nogen del af straffen betinget, heller ikke med vilkår om samfundstjeneste.

### *Udvisning*

Af de grunde, der er anført af landsretten, og da det hensyn til forebyggelse af forbrydelse, som efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 2, kan begrunde udvisning, ikke – efter forbrydelsens karakter – har særlig vægt i det foreliggende tilfælde, tiltræder Højesteret, at T2 er udvist betinget, jf. udlændingelovens § 24 b, stk. 1. Det bemærkes herved, at hun ud over de to piger, som sagen angår, har en datter, som nu er 3 år gammel, og som ikke kan forventes at opnå bedre beskyttelse mod omskæring, hvis moderen udvises.

Prøvetiden udløber 2 år efter løsladelse fra afsoning af fængselsstraffen ifølge denne dom, jf. udlændingelovens § 24 b, stk. 2.

### **Thi kendes for ret:**

T1 straffes med fængsel i 1 år og 6 måneder.

T2 straffes med fængsel i 1 år og 6 måneder.

T2 udvises af Danmark betinget på vilkår, at hun i prøvetiden, der udløber 2 år efter løsladelse, ikke begår strafbart forhold, som kan give anledning til udvisning efter udlændingelovens §§ 22-24.

T1 og T2 skal betale sagens omkostninger for byret, landsret og Højesteret.