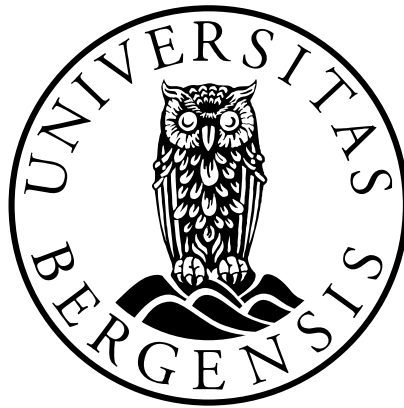


Kan et samtykkekrav i
voldtektsstraffebedet være
grunnlovsstridig?

En rettslig analyse av strafferettens lovskrav

Kandidatnummer: 116

Antall ord: 14 715



**JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet**

UNIVERSITETET I BERGEN

Innleveringsfrist: 10.12.2021

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Tema	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Historisk utvikling	5
1.4 Påvirkning fra internasjonal rett	7
1.5 Avgrensninger og videre fremstilling	9
2. Gjeldende rett	10
2.1 Voldtektsstraffebudet, straffeloven § 291	10
2.1.1 Presentasjon	10
2.1.2 Vilkårene	10
2.1.3 Skyldkrav	12
2.1.4 Strafferamme	13
2.2 Samtykkeelement i någjeldende straffelov	13
3. Lovskravet	15
3.1 Grunnloven § 96	15
3.1.1 Lovskravets innhold og begrunnelse	15
3.1.2 Krav om lovhjemmel	15
3.1.3 Krav til presisjon	16
3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	18
3.3 Oppsummert om lovskravet	20
3.4 Juridisk metode	21
3.4.1 Generelt om bruk av rettskilder	21
3.4.2 Analogisk tolkning	22
3.4.3 Utvidende tolkning	22
3.4.4 Innskrenkende tolkning	23
4. Ordlyden «samtykke» i relasjon til lovskravet	24
4.1 Lovforslag	24
4.2 Hva er et samtykke?	24
4.3 Samtykke i lys av presisjonskravet	26
4.3.1 Illustrasjon gjennom kasus	26
4.3.2 Oppsummert om samtykke i lys av presisjonskravet	32
4.3.3 Bemerkninger til «samtykke» som lovtekst	33
4.3.4 Vedrørende tolkning av ubestemt samtykke	35
5. Bruk av «samtykke» i straffeloven kapittel 26	35
6. Rettstilstanden i andre nordiske land	37
6.1 Generelt	37
6.2 Svensk voldtektsbestemmelse	37

6.3	Dansk voldtektsbestemmelse	38
6.4	Islandsk voldtektsbestemmelse	40
6.5	Oppsummert om samtykkebasert lovgivning i Sverige, Danmark og Island	41
7.	Avsluttende vurdering	43
8.	Kilderegister	44
8.1	Litteratur	44
8.2	Artikler fra nettside	46
8.3	Lover	48
8.3.1	Norske lover	48
8.3.2	Utenlandske lover	48
8.4	Lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner	49
8.4.1	Norske lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner	49
8.4.2	Utenlandske lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner	51
8.5	Rettsavgjørelser	51
8.5.1	Høyesterett	51
8.5.2	Lagmannsretten	52
8.5.3	Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)	52
8.6	Internasjonale konvensjoner og dokument	52

1. Innledning

1.1 Tema

Voldtektsstraffebudet i straffeloven (strl.) § 291 er foreslått endret slik at voldtekt blir definert som seksuell omgang *uten samtykke*.¹ Formålet med en lovendring er å tette gapet mellom hva som forstås som voldtekt generelt i samfunnet og hva som er voldtekt i straffelovens forstand. Særlig interessant er uttalelsen i forarbeidene fra 1999 – 2000 hvor det er uttalt at det å «ha seksuell omgang med en annen uten vedkommendes samtykke [ikke i seg selv] er straffbart».² Det kan diskuteres hvorvidt dette er en riktig lovforståelse, men uttalelsen illustrerer forskjellen mellom loven og den generelle oppfatningen av hva som regnes som voldtekt, nemlig seksuell omgang uten samtykke.

I 2017 fremmet et knippe stortingsrepresentanter fra Sosialistisk Venstreparti (SV) en anmodning til regjeringen om å «komme tilbake til Stortinget med et forslag om hvordan straffeloven kan endres med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke, og i tråd med internasjonale konvensjoner».³ Flertallet i justiskomiteen fant ikke behov for endring.⁴

Komiteens medlem fra SV var en av få som var for samtykkelov. Medlemmet mente at et samtykkekrav vil bidra «til å sikre legalitetsprinsippet i strafferetten», og begrunnet dette med at det vil kunne fjerne usikkerhet knyttet til tolkning av dagens lov.⁵ Motsetningsvis uttalte medlemmene fra Fremskrittspartiet og Høyre at «det ikke er lett å angi innholdet i samtykkebegrepet. I noen tilfeller vil bedømmelsen i grensetilfeller kunne lede til en vurdering av atferden opp mot kulturelle og moralske normer fremfor en faktisk vurdering av straffverdigheten og den onde vilje som er ment å straffes».⁶ Enkelte har også tatt til orde for at et samtykkekrav kan være grunnlovsstridig, eksempelvis Høyres justispolitiske talsperson, Peter Frølich.⁷ Gjennom tiden har det vært flere ulike begrunnelser for å avvise en samtykkelov, men ingen av disse har uttrykkelig knyttet seg til lovskravet.

¹ Se blant annet Dokument 8:96 S (2017–2018).

² Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 46.

³ Dokument 8:96 S (2017–2018).

⁴ Innst. 188 S (2017–2018).

⁵ Innst. 188 S (2017–2018), s. 3.

⁶ Ibid. s. 2.

⁷ Frølich (2021).

Temaet for oppgaven er hvorvidt et samtykkekrav i voldtektsstraffebudet oppfyller de vilkår og rammer som følger av lovskravet på strafferettens område. Det vil si kravet til klar lovhjemmel for at domstolen skal kunne ilegge straff. Formålet med oppgaven er å flytte fokus bort fra debatten om det *bør* innføres samtykkelov, til hvorvidt det *kan* innføres samtykkelov i norsk rett. Jeg ønsker å se nærmere på om lovskravet setter grenser for en samtykkelov, og eventuelt hva disse begrensningene innebærer. Problemstillingen er lite diskutert i juridisk litteratur.

1.2 Aktualitet

Undersøkelser viser at én av ti kvinner opplever å bli utsatt for voldtekt i løpet av livet, og for halvparten av dem skjedde voldtekten før fylte 18 år.⁸ Undersøkelsen viser også at antallet voldtekter ikke har sunket med årene. Dette gjør voldtekt til et utbredt samfunns- og likestillingsproblem.

Det er antatt at det er mellom 8 000 og 16 000 voldtekts ofre hvert år (inkludert forsøk),⁹ mens det i 2019 var 1 991 anmeldelser av voldtekt.¹⁰ Henleggelsesgraden er rundt 80 %.¹¹

Forholdet mellom antall antatte ofre og anmeldelser gir klare indikasjoner på at det er store mørketall. Det er dermed gode grunner for å endre regelverket for seksuallovbrudd.

Spørsmålet er hvordan?

Debatten om en samtykkelov i Norge har engasjert mange, både privatpersoner og organisasjoner. Amnesty har blant annet gjennomført en underskriftskampanje for lovendring i 2020, som endte med 36 776 underskrifter.¹² Forkjemperne for en lovendring mener at dagens lovtekst ikke dekker alle former for voldtekt, og at en lovendring kan bidra til å senke antall voldtekter ved at lovteksten angir et tydeligere skille mellom hva som er lovlig og ulovlig. Motstanderne mener imidlertid at en samtykkelov kan bidra til at lovteksten omfatter mer enn hva som er tiltenkt fra lovgivers side, og at voldtektsstraffebudet – sett i sammenheng med strl. § 297 om seksuell handling uten samtykke – er tilstrekkelig.

Spørsmålet om en samtykkelov ble brakt på banen allerede i 1994, da det i vurderingen av strafferammen i voldtektsbestemmelsen ble fremhevet at rettsoppfatningen om seksuelt

⁸ Thoresen og Hjemdal (2014) s. 106.

⁹ NOU 2008: 04 s. 12.

¹⁰ Politiet v/Kripos (2020).

¹¹ Innst. 188 S (2017–2018) s. 1.

¹² Amnesty (2021).

samvær var mer rettet mot frivillighet enn det var da loven ble vedtatt i 1902.¹³ I 1995 satte Justisdepartementet ned et seksuallovbruddutvalg som fikk i oppgave å vurdere blant annet «om kravet til samtykke kommer godt nok frem i voldtektsbestemmelsen».¹⁴ Utvalgets flertall kunne ikke se at det av hensyn til rettssikkerheten var behov for endring i retning av samtykke.¹⁵ Det ble lagt særlig vekt på at et samtykkekrav i større grad ville rette fokus mot offerets handlemåte, og at dette ville være uheldig. Også i 2008 ble forslaget om en samtykkelov avvist, denne gangen på bakgrunn av usikkerhet knyttet til hvilke tilfeller ordlyden ville omfatte, samt at det ville vanskeliggjøre bevissituasjonen ytterligere.¹⁶

Generelt har høyresiden hatt den praktiske tilnærmingen for øyet, mens venstresiden i større grad har fokusert på symboleffekten en endring kan ha og har derfor vært mer positivt innstilt til endring.¹⁷ Etter stortingsvalget høsten 2021, med et nytt rød/grønt flertall på Stortinget, er det grunn til å forvente en ny vurdering av samtykkelov. Det fremgår av Hurdalsplattformen av 13.10.2021 at Regjeringen vil «[g]reie ut korleis det kan innførast ei endring i straffelova slik at ordlyden speglar at seksuell omgang utan samtykke er forbydd og definert som valdtekt, og leggje fram forslag om det».¹⁸ SV har fremmet forslag om at regjeringen skal fremlegge et forslag til samtykkelov for Stortinget senest innen våren 2022.

Spørsmålet om samtykkelov ble særlig aktuelt etter at både Island, Sverige og Danmark endret til en samtykkebasert lovtekst i henholdsvis 2018, 2018 og 2020. Per nå er det 13 land i Europa som har samtykkebasert voldtektsstraffebud, seneste var Slovenia sommeren 2021.¹⁹

1.3 Historisk utvikling

Holdningen til voldtekt og oppfatningen av hva lovgivningen er ment å verne har endret seg drastisk gjennom de siste to hundre årene. Nedenfor vil det ses nærmere på endringer fra kriminalloven 1842²⁰ til straffeloven 2005. Presentasjonen er kun ment som en oversikt, og vil derfor være noe overflatisk.

¹³ Innst. S. nr. 206 (1994–1995), «Komiteens merknader».

¹⁴ NOU 1997: 23, s. 7.

¹⁵ Ibid. s. 23.

¹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 221.

¹⁷ Jacobsen og Skilbrei (2020) s. 90.

¹⁸ Hurdalsplattformen (2021), s. 66.

¹⁹ Heldahl (2021).

²⁰ Lov 20. august 1842 nr.12 om forbrydelser (Kriminalloven) (*opphevet*)

Seksualforbrytelsene var tidligere preget av tradisjonelle holdninger om forholdet mellom mann og kvinne.²¹ Kvinnens kropp ble regnet som mannens eiendom, og det var først og fremst ektemannens ære som ble krenket dersom kvinnen ble voldtatt. I kriminalloven av 1842 gjaldt straffebudet kun voldtekt av kvinner. Gutter og menn hadde ikke et vern mot voldtekt.²² Dette ble endret i straffeloven av 1902, som opererte med en kjønnsnøytral bestemmelse. Voldtekt i ekteskap ble først straffbart i 1974. Frem til dette var holdningen at det forelå et underliggende samtykke til samleie i kraft av ekteskapet.²³

Lovrevisjonen i 2000 medførte en rekke betydelige endringer i voldtektsstraffebudet. Det var ikke lenger et krav at truslene som overgriperen fremsatte måtte medføre en kvalifisert frykt. Vilkåret om at volden eller truslene måtte ha *tvunget* fornærmede til seksuell omgang ble også fjernet. Formålet med endringene var hovedsakelig å styrke kvinnenens rettsvern, men innebar også en lovteknisk forenkling. I tillegg ble voldtektsstraffebudet utvidet til å gjelde såkalte sovevoldtekter og tilfeller hvor gjerningsmannen ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med seg selv eller en annen, slik vi kjenner det fra strl. § 291 bokstav b og c i dag. Den største endringen var at uaktsom voldtekt ble straffbart. Tidligere var kun forsettlig voldtekt straffbart. Synet etter endringene er at voldtekt er ufrivillig seksuell omgang.²⁴

En betydelig endring i straffeloven av 2005 var innføringen av § 299, om «voldtekt av barn under 14 år». Begrunnelsen for regelen er at et barn i denne alderen ikke har samtykkekompetanse, og at seksuell omgang med barn under 14 år derfor automatisk må anses som voldtekt.²⁵ Det er imidlertid adgang til straffrihet dersom partene er «jevnbryrdige i alder og utvikling», jf. strl. § 308.

Tidligere var lovregulering av seksuallovbrudd i all hovedsak ment å verne samfunnsmoralen. I dag er fokuset heller å verne individets seksuelle autonomi.²⁶ I forarbeidene er det uttalt at voldtektsstraffebudet har en dobbel begrunnelse:

«[v]oldtektsbestemmelsen kan også sies å verne om offentlige interesser, ettersom det er en samfunnsoppgave å gi borgerne trygghet mot overgrep. Dette har voldtektsbestemmelsen til felles med andre straffebud som i første rekke verner

²¹ Jacobsen mfl. (2020) s. 97.

²² Frøberg (2013) s. 34–35.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid. s. 41–45.

²⁵ Ibid. s. 45.

²⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 210.

enkeltpersoner. Voldtektsbestemmelsen er likevel i en særstilling i og med at voldtekt i all hovedsak rammer kvinner. Voldtekt er ikke bare en krenkelse av det enkelte voldtektsoffer, men skaper også frykt hos andre kvinner, slik at deres frihet, bl.a bevegelsesfrihet, blir innskrenket. Voldtektsforbrytelsen er dermed en fredskrenkelse som rammer mange flere enn den voldtatte selv».²⁷

Samtlige endringer som gjelder seksualforbrytelser fra kriminalloven av 1842 til någjeldende straffelov har vært utvidelser av området for det straffbare,²⁸ hvilket sier mye om hvordan holdningen til voldtekt har endret seg gjennom årene.

1.4 Påvirkning fra internasjonal rett

Internasjonal rett har i økende grad fått betydning for norsk lovregulering av seksuallovbruddene. Særlig relevant er Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) av 1950 (i kraft fra 1953) og Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbul-konvensjonen) av 2011 (i kraft fra 2017).

EMK er inkorporert i norsk lov, med forrang over annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.²⁹ Det er uttalt følgende i lovforarbeidene:

«[g]jennom praksis og teori er bestemmelser i EMK blitt tolket slik at medlemsstatene ikke bare er forpliktet til å avstå fra handlinger som kan krenke menneskerettighetene, men i enkelte tilfeller også må iverksette positive tiltak for å sikre individenes rettigheter. For eksempel kan beskyttelse av en persons rett til privatliv (artikkel 8) og vern mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling (artikkel 3) kreve at staten har effektive straffebestemmelser som rammer seksuelle overgrep, jf. blant annet EMDs avgjørelse i saken M.C. mot Bulgaria».³⁰

I M.C mot Bulgaria dømte Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) Bulgaria for å ha brutt den statlige sikringsplikten etter EMK art. 3 og 8 i relasjon til en voldtektssak. EMD uttalte følgende om samtykkekrav:

²⁷ NOU 1997: 23 s. 46.

²⁸ Frøberg (2013) s. 34.

²⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

³⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 208–209.

«In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim».³¹

Uttalelsen forstås som en oppfordring til å innføre samtykkebasert voldtektslovgivning i medlemsstatene for å kriminalisere ufrivillig seksuell omgang, også der det ikke er benyttet vold eller truende atferd.

Istanbul-konvensjonen har også vært sentral i debatten om samtykkekrav. Konvensjonen ble vedtatt i 2011 og ratifisert av Norge i 2017 og ble dermed norsk lov.³² I konvensjonens artikkel 36 om seksuell vold, inkludert voldtekt, oppstilles en liste over momenter som legger føringer for utforming av voldtektsbestemmelsen. Det står som følger:

«1. Partane skal ved lovgiving eller på annan måte treffe dei tiltaka som er nødvendige for å sikre kriminalisering av følgjande forsettlege åtferd:

- a. vaginal, anal eller oral penetrering av seksuell art av ein annan sin kropp utan samtykke, med einkvar kroppsdel eller gjenstand;
- b. andre handlingar av seksuell art mot en person utan samtykke;
- c. å få ein annan person til å utføre handlingar av seksuell art med ein tredjeperson utan samtykke.

2. Eit samtykke må gjevast frivillig, som eit resultat av vedkomande person sin frie vilje, sett i lys av forholda omkring hendinga.

3. Partane skal ved lovgiving eller på annan måte treffe dei tiltaka som er nødvendige for å sikre at føresegnene i nr. 1 også gjeld for handlingar som er utøvd mot den som etter intern rett er tidlegare eller noverande ektefelle eller partner»

Det er ordlyden «utan samtykke» som er trukket frem som problematisk i relasjon til någjeldende voldtektsbestemmelse. Dette til tross for at det i proposisjonen til Stortingets ratifikasjonsvedtak ble konkludert med at Norge oppfyller kravene som følger av konvensjonen.³³

³¹ M.C mot Bulgaria [J] no. 39272/98 avsnitt 166.

³² Prop. 66 S (2016–2017), Innst. 301 S (2016–2017) og vedtak 703 i Stortinget (2017).

³³ Innst. 301 S (2016–2017) s. 2.

Konvensjonen oppstiller ikke et krav om at «utan samtykke» må stå direkte i lovteksten. Det er kriminalisering av ufrivillig seksuell omgang som er hensikten bak artikkelen, jf. «sikre kriminalisering av». Det er klart at strl. § 291 ikke uttrykkelig sier at voldtekt er seksuell omgang uten samtykke, men det betyr ikke at samtykkebetraktninger er uten betydning etter någjeldende rett (se mer om dette i *punkt 2.2* nedenfor). Videre stilles det ikke krav om at Norge inntar ordlyden i voldtektsstraffebudet. Selv om seksuell omgang uten samtykke ikke regnes som «voldtekt» i lovens forstand, vil det kunne rammes av andre straffebud. En nærmere vurdering av om vilkårene fra internasjonal rett er oppfylt tilhører debatten om lovendring *bør* eller *må* skje, og vil derfor ikke vurderes nærmere i denne oppgaven.

1.5 Avgrensninger og videre fremstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er om et samtykkekrav i voldtektsstraffebudet er i strid med lovskravet som følger av Grunnloven § 96 og EMK art.7. Det vies derfor ikke plass til spørsmålet om det *bør* gjøres en endring, ei heller hvorvidt Norge er forpliktet til å endre voldtektsbestemmelsen på grunn av internasjonale forpliktelser. En inngående redegjørelse av forskjellene mellom någjeldende lov og en samtykkebasert lovtekst faller utenfor oppgavens tema.

Det avgrenses videre mot medvirkning (strl. § 15) og forsøk (strl. § 16). Kjernen for oppgaven er forsettlig voldtekt (strl. § 291), men det bemerkes at en lovendring av strl. § 291 naturligvis vil ha direkte betydning for straffebudene om grov voldtekt (strl. § 293) og grovt uaktsom voldtekt (strl. § 294).

Med samtykkelov menes i denne oppgaven lovtekst som benytter ordlyden «samtykke», mens det med samtykkebasert lov menes lovtekst som benytter annen ordlyd som gir uttrykk for samtykke.

I neste del av oppgaven vil jeg redegjøre for gjeldende rett, herunder någjeldende voldtektsstraffebud. Videre vil det gis en presentasjon av lovskravet, både nasjonalt og internasjonalt, og hvilken betydning det har for både lovgiver og borgerne. Hoveddelen vil bestå av en konkret vurdering av om ordlyden «samtykke» tilfredsstiller lovskravet. Deretter vil jeg se hen til dansk, svensk og islandsk rett, og trekke linjer mellom disse og norsk rett. Gjennom en analyse av lovskravet og ordlyden «samtykke» vil jeg gi en avsluttende vurdering.

2. Gjeldende rett

2.1 Voldtektsstraffebudet, straffeloven § 291

2.1.1 Presentasjon

Reglene for hva som regnes som voldtekt etter gjeldende rett følger av § 291 i straffeloven fra 2005, som bygger på den tidligere § 192 i straffeloven fra 1902.³⁴ For voldtekt straffes den som «skaffer seg seksuell omgang ved vold eller truende atferd», «har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» eller «ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv», jf. strl. § 291 bokstav a til c.

2.1.2 Vilkårene

Felles for alle alternativene i strl. § 291 er at det er oppnådd «seksuell omgang». En naturlig språklig forståelse av «seksuell omgang» tilsier vaginalt samleie og andre intime samleielignende handlinger. I rettspraksis er det slått fast at analt og oralt samleie, masturbasjon³⁵ og innføring av én eller flere fingre eller gjenstand i skjede³⁶ eller analåpning³⁷ omfattes av ordlyden. I HR-2017-968-A ble det regnet som seksuell omgang at mannen hadde gnidd sin erigerte penis mot datterens rygg og bakdel utenpå nattkjole og truse. I samme dom uttalte Høyesterett at i vurderingen av om noe skal regnes som seksuell omgang er «det sentrale vurderingstemaet [...] om forholdet er samleielignende, eller kan sies å være et samleiesurrogat».³⁸ At samleielignende tilfeller omfattes begrunnes i hensynet til at dette kan være vel så belastende, krenkende og skadelig som et samleie. Som seksuell omgang regnes også handlinger som ikke er seksuelt motivert.³⁹

Den «seksuelle omgangen» må etter strl. § 291 bokstav a og c være oppnådd ved «vold eller truende atferd». Som «vold» regnes normalt enhver maktanvendelse mot en annens legeme. I forarbeidene er det uttalt at «[v]oldsbegrepet er svært vidt. Det omfatter alle grader av vold fra

³⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) og lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (opphevet).

³⁵ Rt. 1987 s. 981 A.

³⁶ Rt. 1989 s. 517 A.

³⁷ Rt. 1990 s. 319 A.

³⁸ HR-2017-968-A avsnitt 49.

³⁹ Rt. 2012 s. 1103 A avsnitt 16–18.

det å ta tak rundt offeret og holde henne fast, til slag, spark, kvelertak og bruk av våpen».⁴⁰ Etter rettspraksis er terskelen lavere for å regne maktanvendelse som «vold» i relasjon til strl. § 291 enn etter strl. § 271 (kroppskrenkelse). Dommen inntatt i Rt. 1989 s. 979 A illustrerer den lave terskelen. Her slås det fast at «når domfelte tok tak rundt piken og klemte henne [niesen] hardt inntil seg for å utføre den utukt [...], må utukten anses fremtvunget ved vold i lovens forstand».⁴¹ Det kan leses ut fra dette at det ikke er et krav at fornærmede gjør motstand. Voldsbegrepet er relativt, med tanke på offerets alder og situasjon. Det skal mindre til for at noe regnes som «vold» dersom offeret er et barn.⁴² Er barnet under 14 år kreves ikke et voldselement for at seksuell omgang skal regnes som voldtekt, jf. strl. § 299.

Med «truende atferd» menes en mer psykisk tilnærming til fornærmede, en atferd som fremstår som pressende. Dette kan være gjennom språk eller kroppslige bevegelser, som blikk, pek eller lignende. Ordlyden oppstiller ingen krav til hva det trues med, altså er det ikke et krav at det trues med noe straffbart. Om vilkåret står det i forarbeidene at «[j]o mindre alvorlig trusselen er, desto mindre sannsynlig vil det imidlertid være at den har vært årsaken til den seksuelle omgangen».⁴³

Ordlyden «ved» tilsier etter en naturlig språklig forståelse at vold eller truende atferd må være årsaken til den seksuelle omgangen. Normalt knyttes betingelseslæren til årsakskravet i jussen, men i dette henseendet kreves det ikke at tvangsmidlene er en nødvendig betingelse for den seksuelle omgangen.⁴⁴ Det kan forklares med at det blant annet ville vært vanskelig å praktisere betingelseslæren, da det normalt er flere momenter som har betydning for om seksuell omgang oppnås. Vilkåret om at den seksuelle omgangen er oppnådd ved vold eller truende atferd gjør at tilfeller hvor nevnte atferd ikke finner sted, faller utenfor voldtektsbestemmelsen (forutsatt at bokstav b ikke gjør seg gjeldende).

Strl. § 291 bokstav b gjelder hvor fornærmede er «bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen», og tar primært sikte på såkalte sovevoldtekter. Som «bevisstløs» regnes koma, eller om fornærmede sover eller er så ruset at vedkommende ikke har kontakt med seg selv. Samlebetegnelsen «av andre grunner ute av stand» omfatter stort sett alle tilfeller der offeret ikke har en reell sjanse til å samtykke til seksuell omgang,

⁴⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 25.

⁴¹ Rt. 1989 s. 979 A.

⁴² Jacobsen og Skilbrei (2020) s. 84.

⁴³ Ot.prp. nr. 28 (1990–2000) s. 111.

⁴⁴ Jacobsen (2019) s. 124.

eksempelvis at vedkommende er sterkt fysisk handikappet, sterkt psykisk utviklingshemmet, frys-tilstander eller overraskelsestilfellene der overgrepet skjer så fort at offeret ikke har tid til å områ seg. Om bruk av alternativet i forbindelse med rus ble det i Rt. 1993 s. 963 A uttalt at regelen må omfatte tilfeller hvor den «psykiske evne til motstand er borte».⁴⁵ Dommen gjaldt voldtekt til samleie av en kvinne som var så beruset at hun kastet opp i en bøtte mens gjerningsmannen trengte seg inn i henne. Mindretallet mente at det ikke var tale om voldtekt, da kvinnen ikke fysisk var avskåret fra å snu seg eller gå fra sengen. Flertallet mente imidlertid at beruselsen var så kraftig at hun rent faktisk ikke maktet å komme seg unna.

2.1.3 Skyldkrav

For alle alternativene i strl. § 291 er det et grunnvilkår for straff at gjerningspersonen har handlet forsettlig, jf. strl. § 21. Forsettet må dekke alle elementene i gjerningsbeskrivelsen, jf. strl. § 22. Det finnes tre former for forsett i norsk rett; hensiktsforsett, visshets- og sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett (*dolus eventualis*), jf. strl. § 22 bokstav a til c.

I bokstavene a og c i strl. § 291 kreves det at forsettet omfatter den seksuelle omgangen, at det er utøvd vold eller utvist truende atferd og at volden eller den truende adferden har virket med til å oppnå seksuell omgang. Gjerningsbeskrivelsen i bokstav b er uten «konsekvenselement»,⁴⁶ hvilket betyr at gjerningsmannens forsett kun må dekke den seksuelle omgangen og tilstanden fornærmede er i på handlingstidspunktet.

Etter strl. § 294 er også grovt uaktsom voldtekt straffbart, og straffes med fengsel inntil 6 år. Bestemmelsen er et eget straffebud, men bygger på gjerningsbeskrivelsen i strl. § 291. Forskjellen er at det ikke kreves at gjerningsmannen handlet forsettlig. Skyldkravet er grov uaktsomhet, som er definert i strl. § 23 annet ledd som en handling som er «svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse». Nærmere om hva som regnes som klanderverdig (uaktsomhet) følger av strl. § 23 første ledd, ved at en «handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetningen kan bebreides». Hovedfokuset i oppgaven er forsettlig voldtekt, men ettersom grovt uaktsom voldtekt bygger på straffebudet om forsettlig voldtekt vil en lovendring i strl. § 291 ha tilsvarende betydning for strl. § 294.

⁴⁵ Rt. 1993 s. 963 A.

⁴⁶ Gröning mfl. (2016) s. 138.

2.1.4 Strafferamme

Voldtekt straffes med fengsel inntil 10 år, jf. strl. § 291. For voldtekt til samleie er det imidlertid en minstestStraff med fengsel fra 3 inntil 15 år, jf. strl. § 292. MinstestStraff innebærer at straffen ikke kan settes lavere, med unntak av tilfeller hvor strl. § 80 om straff under minstestStraffen kommer til anvendelse. Strafferammen i strl. § 292 gjelder for voldtekt til samleie, herunder innføring av penis eller gjenstand i skjede- eller endetarmsåpning, innføring av penis i fornærmedes munn eller de tilfeller hvor gjerningsmannen har fremkalt en tilstand som gjør fornærmede «bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen», jf. bokstav a til d, jf. strl. § 291. Grov voldtekt kan straffes med fengsel inntil 21 år, jf. strl. § 293.

2.2 Samtykkeelement i någjeldende straffelov

Lovteksten i strl. § 291 angir ikke uttrykkelig at fravær av samtykke er et vilkår. Det betyr imidlertid ikke at fravær av samtykke er uten betydning.⁴⁷ De ulike handlingsalternativene gir klart uttrykk for at vilkårene i gjerningsbeskrivelsen ikke vil være oppfylt dersom det foreligger et gyldig samtykke. Lovteksten legger opp til en forventning om at seksuell omgang skal være frivillig.⁴⁸ Vold og truende atferd er omstendigheter som utelukker at det er gitt et gyldig samtykke.⁴⁹

Spørsmålet om en handling er rettstridig har sammenheng med om vilkårene i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Selv om det anvendes maktbruk, reises spørsmålet om vilkåret «ved vold» er oppfylt om det er samtykket til maktanvendelsen. Dette henger sammen med det som kalles positiv seksuell autonomi, som innebærer at individet selv disponerer over egen kropp og kan samtykke til det man selv ønsker. Et eksempel er dersom partene er enige om å ha hardhendt sex hvor maktanvendelse og smerte er en sentral del av den seksuelle omgangen.⁵⁰ Ved samtykke fra begge parter vil det være straffriende etter strl. § 291. De samme betraktningene følger av strl. § 276 hvor det fremgår at samtykke til strl. §§ 271, 272, 273 og 274 første ledd utelukker straffeansvar for de nevnte bestemmelser. Det stiller seg imidlertid annerledes dersom det er tale om «betydelig skade» jf. strl. § 274 andre ledd, jf. § 276 første ledd. Hensynet bak samtykke som en rettsstridsbegrensning er at et

⁴⁷ Jacobsen og Aasen (2019) s. 96.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 46. Forarbeidet knytter seg til lov 1902, men gjør seg gjeldende også for lov 2005.

⁴⁹ Jacobsen og Aasen (2019) s. 96.

⁵⁰ Jacobsen mfl. (2020) s. 121.

gyldig samtykke fratar handlingens karakter av å være en straffbar krenkelse. For hva som regnes som et gyldig samtykke vises det til *punkt 4.2*.

Hva gjelder strl. § 291 bokstav b, hvor fornærmede er «ute av stand til å motsette seg handlingen», er poenget at fornærmede er i en slik tilstand at vedkommende ikke har hatt en reell mulighet til å gi et virksomt samtykke.

I andre straffebud om seksuelle overgrep er samtykke også av stor betydning. Bestemmelsene om misbruk av overmaktsforhold og lignende (strl. § 295) og seksuell omgang med innsatte mv. i institusjon (strl. § 296) krever ikke at det er utøvd vold eller truende atferd.

Bestemmelsene rammer i all hovedsak situasjoner hvor det ikke er gitt et samtykke eller hvor det er grunn til å betvile at begge parter deltok frivillig. Se *punkt 5* for nærmere redegjørelse av strl. § 297 om seksuell handling uten samtykke og strl. § 298 som seksuelt krenkende atferd offentlig eller uten samtykke.

Etter det ovennevnte synes samtykkebetraktninger å stå sentralt i någjeldende straffebud, og i kapittel 26 om seksuallovbruddene som helhet. Ved avgitt samtykke vil ikke den objektive gjerningsbeskrivelsen være oppfylt, og vilkårene for straffeansvar er ikke oppfylt.

Voldtektsbestemmelsen dekker imidlertid ikke alle tilfeller av seksuell omgang uten samtykke. Dersom offeret sier at hun eller han ikke vil ha seksuell omgang, og har full mulighet til å motsette seg handlingen – men velger å ikke motsette seg – vil det ikke regnes som voldtekt etter strl. § 291.⁵¹ Det er nettopp disse tilfellene som er ment å fanges opp ved en samtykkelov.

Under behandlingen av SVs forslag i justiskomiteen om en samtykkebestemmelse i 2018 uttalte Høyres og Fremskrittspartiets medlemmer at det er adgang til å bruke strl. § 297 om seksuell handling uten samtykke som et alternativ til voldtektsbestemmelsen.⁵² Hvorvidt denne løsningen kan anvendes har vært uklart. Uttalelsen i forarbeidene om at «seksuell omgang med en annen uten vedkommendes samtykke [ikke i seg selv er] straffbart i dag»,⁵³ tilsier at strl. § 297 ikke kan anvendes på tilfeller med «seksuell omgang». En logisk tilnærming til spørsmålet tilsier imidlertid at det er naturlig at «seksuell omgang» omfattes av «seksuell handling»,⁵⁴ på bakgrunn av et «fra det mer til det mindre»-perspektiv. Den logiske

⁵¹ Jacobsen mfl. (2020) s. 96–97.

⁵² Innst. 188 S (2017–2018), s. 1.

⁵³ Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 46.

⁵⁴ Robberstad (2018).

tilnærmingen har støtte fra Matningsdal, som skriver at «[d]ersom det uten samtykke foretas en handling som er «seksuell omgang», men ingen av handlingsalternativene i §§ 291 til 296 er oppfylt, må det være klart at § 297 kan anvendes».⁵⁵ Det samme er lagt til grunn i lagmannsrettspraksis.⁵⁶

3. Lovskravet

3.1 Grunnloven § 96

3.1.1 Lovskravets innhold og begrunnelse

Det heter i Grunnloven (Grl.) § 96 første ledd at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom».⁵⁷ Bestemmelsen gir uttrykk for legalitetsprinsippet på strafferettens område, og innebærer at det må foreligge en lovhjemmel og domsavgjørelse for å idømme straff.

Lovskravet har i oppgave å forhindre maktmisbruk og sikre maktfordelingsprinsippet. Lovskravet bidrar også til å sikre blant annet objektivitet, ved at forhåndsatte regler ikke tar utgangspunkt i den konkrete forbrytelsen eller forbryteren. Dette er avgjørende for å sikre borgernes tillit til domstolen. De forhåndsatte reglene bidrar videre til likhet for loven, i samsvar med Grl. § 98. Jo klarere lovteksten er, desto større er sannsynligheten for at alle behandles likt.

Grunnloven er *lex superior*, hvilket betyr at lover gitt i medhold av Grl. §§ 76 og følgende ikke kan stride med de øvrige reglene i Grunnloven. For vårt tilfelle innebærer dette at voldtektsstraffebudet ikke kan stride med lovskravet i Grl. § 96.

3.1.2 Krav om lovhjemmel

At ingen kan «straffes» uten etter «lov» innebærer at den strafferettslige reaksjonen må ha hjemmel i formell lov.⁵⁸ Med formell lov menes lov som er vedtatt i henhold til Grl. §§ 76 – 97. For å gi borgerne tilstrekkelig oversikt over regelverket kreves det at både straffereaksjonen og handlingsnormen er regulert i formell lov. Dette innebærer at det må

⁵⁵ Matningsdal (2016) s. 277.

⁵⁶ LG-2013-105162 og LF-2018-76465.

⁵⁷ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges lov.

⁵⁸ Kravet til lovhjemmel er også inkludert i strl. § 14.

komme frem av lovtekst at straff kan anvendes, hvilken straff som kan ilegges og rammene for straffen.⁵⁹

Kravet om formell lov utelukker bruk av ulovfestet rett for å ilegge straff, hvilket er avgjørende for å ivareta hensynet til forutberegnelighet. Lovskravet er ment som et vern for borgerne, men er ikke til hinder for å frifinne på annet grunnlag enn formell lov.⁶⁰ Et eksempel på dette kan være samtykke fra fornærmede, i tråd med den generelle rettsstridsreservasjonen.

Kravet om formell lov bidrar til at folket selv får makt over strafferetten, ved at det er folket som utøver den lovgivende makt i tråd med Grl. § 49. På denne måten ivaretas maktfordelingsprinsippet og maktmisbruk forhindres.

Lovskravet bidrar også til å ivareta formålet med strafferetten, ved å kommunisere hvilke forventinger som stilles til borgerne for å opptre lovlydig. Dette forutsetter at loven er tilgjengelig og presis.⁶¹ Kravet om tilgjengelighet innebærer at loven på handlingstidspunktet må være vedtatt, i kraft og kunngjort for å sikre forutberegnelighet.⁶²

3.1.3 Krav til presisjon

Lovskravet oppstiller minstekrav til lovgiver ved utforming av straffebud.⁶³ For at lovskravet skal ivaretas er det avgjørende at lovhjemmelen er tilstrekkelig klar og presis, slik at det er mulig å innrette seg etter loven. Det må komme tydelig frem hvilke handlinger som er straffbare og hvilken straff som er konsekvensen av et lovbrudd. Formålet er at borgerne skal ha en reell mulighet til å forutse følgene av å handle i strid med loven. Lovskravet oppstiller derfor et minstekrav til presisjon ved utforming av straffebud.⁶⁴ Mer nøyaktig hvor den nedre grensen går må vurderes konkret.

En presis lovtekst etterlater lite tvil om hva som er straffbart.⁶⁵ I Settefisk-dommen ble klarhetskravet uttrykt slik at lovbestemmelsen for det første må være tilgjengelig for allmennheten, samt at straffebestemmelsen må «være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil

⁵⁹ Gröning mfl. (2019) s. 63–65.

⁶⁰ Strandbakken (2004) punkt 3.1, med videre henvisning til NOU 1983: 57 s. 116.

⁶¹ Gröning, mfl. (2019) s. 62.

⁶² Aall (2021) s. 108–109.

⁶³ NOU 2020: 4 s. 90.

⁶⁴ Gröning mfl. (2019) s. 66.

⁶⁵ Ibid. s. 66.

være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes». ⁶⁶ Et eksempel på presis lovtekst er at den nedre grensen for å ha skyldene er «15 år» jf. strl. § 20, fremfor om det hadde stått at barn ikke har skyldene. Sistnevnte ville åpnet for et stort tolkningsrom. Et annet eksempel er at det fremgår av lovteksten hvorvidt straffebudet gjelder forsettlig og/eller uaktsom atferd. Strl. § 21 om forsett som skyldkrav dersom ikke annet fremgår i det enkelte straffebudet er derfor viktig i lys av lovskravet. ⁶⁷

Det er imidlertid grenser for hvor strengt kravet til presisjon kan være. Et straffebud skal ramme en form for handling, men det kan ikke forventes at enhver handlingsmåte som er ulovlig er konkret redegjort for. Det må være rom for bruk av samlebetegnelser for handlinger av samme karakter. Det ville vært lite leservennlig om for eksempel enhver måte å fremstille et seksuelt overgrep på skulle vært listet opp i lovteksten i strl. § 311. For en rekke handlinger vil det også sjeldent være behov for en slik oppramsing.

Presisjonskravet må også ta hensyn til at rettsoppfatningen og samfunnet er under stadig endring, slik at eksempelvis teknologiske løsninger i fremtiden kan omfattes av nåtidens lov. ⁶⁸ Det motsatte ville vært lite effektivt og hensiktsmessig. Et eksempel på lovtekst som er vid nok til å omfatte utvikling er strl. § 311 om fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn. I dommen inntatt i HR-2019-1715-A uttalte Høyesterett om ordlyden at:

«[u]trykket «fremstilling» favner etter en alminnelig språkbruk vidt. Det omfatter utvilsomt skapende innsats i form av tekst, bilder og filmer. Videre er det på det rene at en fremstilling kan være flerdimensjonal, for eksempel i form av et hologram eller en gjenstand, slik som en skulptur. Også en forestilling vil kunne falle innunder begrepet». ⁶⁹

Med en slik ordlyd vil også nye teknologiske fremstillinger mest sannsynlig omfattes. Likevel var ordlyden ikke så vid at det etter Høyesteretts mening ikke tilfredsstilte lovskravet.

⁶⁶ HR-2020-955-A avsnitt 22.

⁶⁷ Gröning mfl. (2019) s. 65.

⁶⁸ Ibid. s. 67.

⁶⁹ HR-2019-1715-A avsnitt 19.

For at domstolen skal kunne tilpasse straffen i den enkelte sak er det nødvendig at lovgiver gir rom for skjønn ved straffeutmålingen, men likevel innenfor gitte rammer av hensyn til forutberegnelighet og likebehandling.⁷⁰ Dette er hensyntatt ved at det gjelder et mindre strengt presisjonskrav ved utforming av reaksjonsnormer.⁷¹ I grovhetsalternativene synes det å være lagt opp til bruk av skjønn, se eksempelvis strl. § 322 med «av andre grunner er av særlig farlig eller samfunnsskadelig art». Det samme er imidlertid ikke tilfellet dersom strafferammen øker betraktelig ved bruk av grovhetsalternativet. Et eksempel på dette er strl. § 293 om grov voldtekt hvor strafferammen er fengsel inntil 21 år, en vesentlig høyere strafferamme enn hva vi finner i strl. § 292 om voldtekt med fengsel inntil 10 år. I denne vurderingen har lovgiver på forhånd fastsatt mer presist hvilke momenter som særlig skal vektlegges, i bokstav a til c.

3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

I EMK art. 7, om «ingen straff uten lov», står det i første ledd at «[i]ngen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnløstelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått».

Konvensjonens lovsbegrep er autonomt. Hva som regnes som «lov» er opp til den enkelte stat, da innslaget av uskrevet rett varierer i ulike rettstradisjoner. Under vilkåret om «nasjonal [...] rett» åpnes det for å anvende annet enn formell lov. Eksempelvis er det mye bruk av rettspraksis i engelsk rettstradisjon. Vilkaåret om lovhjemmel er derfor strengere etter Grl. § 96 enn hva det er etter EMK art. 7.⁷² Det avgjørende etter EMK art. 7 er om loven oppfyller de nærmere angitte vilkårene for å anvendes som «lov», herunder kravene til forutberegnelighet og presisjon.⁷³

Lovskravets begrunnelse er, i likhet med Grl. § 96, å sikre maktfordeling og forutberegnelighet.⁷⁴ Hensynet til borgernes innrettelse er spesielt viktig på strafferettens område, da straff er det mest alvorlige inngrepet staten kan foreta. For å ivareta dette hensynet er det en forutsetning at loven er tilgjengelig. Kravet om tilgjengelighet har blant annet en side til forbudet mot tilbakevirkende lovgivning, jf. EMK art. 7 første ledd.

Tilgjengelighetshensynet forutsetter at loven var tilgjengelig før handlingstidspunktet, slik at

⁷⁰ Gröning mfl. (2019) s. 68.

⁷¹ HR-2018-875-A avsnitt 48–51, med videre henvisning til Kafkaris mot Kypros [GC] no.21906/04 avsnitt 140.

⁷² Gröning mfl. (2019) s. 63.

⁷³ Se blant annet Kafkaris mot Kypros avsnitt 140.

⁷⁴ Aall (2018) s. 116.

gjerningspersonen kunne gjøre seg kjent med konsekvensen av regelbrudd før handlingen ble gjennomført.⁷⁵

Den språklige utformingen av loven har også betydning for tilgjengelighetshensynet. Teksten må være så presis at den gir tilstrekkelig veiledning, og domstolene må tolke i samsvar med en naturlig språklig forståelse. EMD-dommen Kafkaris mot Kypros er illustrerende for presisjonskravet på strafferettens område. Klageren ble dømt til fengselsstraff på livstid for overlagt drap i 1989. I relasjon til EMK art. 7 var det springende punktet tolkningen av lovteksten «life imprisonment» i den nasjonale straffelovgivningen. EMD uttalte generelt om presisjonskravet at:

«the term “law” implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability. [...] An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission”.⁷⁶

Den nasjonale domstolen i Kypros mente ordlyden måtte forstås som fengsel på livstid, mens klager var av den oppfatning at det måtte legges avgjørende vekt på fengselsforskriften som sa at «life imprisonment» skulle tolkes som 20 år. I 1992 ble fengselsforskriften som bygde på fengselsdisiplinærloven funnet grunnlovsstridig i en annen sak, og ny lov ble vedtatt i 1996. Flertallet av dommerne i EMD, 15-2, uttalte følgende:

«[i]n particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution”.⁷⁷

Det avgjørende var at klager ikke hadde en reell mulighet til å forutse innholdet i fengselsstraffen på livstid. Det ble derfor konkludert med brudd på EMK art. 7 i dette

⁷⁵ Aall (2018) s. 125.

⁷⁶ Kafkaris mot Kypros avsnitt 140.

⁷⁷ Ibid. avsnitt 150.

henseendet. For norsk lovgivning har uttalelsene i dommen den betydning at lovteksten, her «samtykke», må være så presis at borgerne ved å lese ordlyden kan forutse sin rettsstilling.

I Sunday Times mot Storbritannia uttalte EMD imidlertid at nivået av presisjon “need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances”.⁷⁸ Uttalelsen er fulgt opp i nyere EMD-praksis, og gir uttrykk for at presisjonskravet ikke kan tolkes så strengt at det kreves at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling med absolutt sikkerhet.⁷⁹ Det må foretas en avveining mellom hensynet til forutberegnelighet og hensynet til å kunne ramme straffverdige handlinger.⁸⁰

3.3 Oppsummert om lovskravet

Gjennomgangen viser at kravet om lovhjemmel er strengere etter Grunnloven enn hva som følger av EMK, da kun formell lov kan tjene som rettslig hjemmel for inngrep etter Grunnloven. Det skjerpede lovskravet er et uttrykk for at maktfordelingsprinsippet er like sentralt som hensynet til forutberegnelighet i norsk rett, ved at Stortinget fastsetter betingelsene for inngrep i borgernes sfære og det er domstolens oppgave å vurdere om betingelsene er til stede i det konkrete faktum.⁸¹

Det er slått fast i rettspraksis at presisjonskravet etter Grl. § 96 i dag er like strengt som det som følger av EMK.⁸² Om utviklingen av presisjonskravet er det uttalt at «Grunnloven § 96 har tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt på dette punkt. I nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen».⁸³ Det kreves i det minste at allmennheten, med nødvendig hjelp, kan forutberegne sin rettsstilling for at kravet til presisjon er oppfylt.

Med den begrunnelse at straff er det mest alvorlige inngrepet staten kan foreta, og det derfor kreves klar lovhjemmel, er det naturlig at kravet til presisjon skjerpes i takt med straffeforment/strafferammen.⁸⁴ Konsekvensen er at kravet til presisjon er noe strengere der

⁷⁸ Sunday Times mot Storbritannia [P] no. 6538/74 avsnitt 49.

⁷⁹ Strandbakken (2004) punkt 3.3.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Aall (2018) s. 115.

⁸² Rt. 2014. s. 238 A avsnitt 15–18 med videre henvisning til Rt. 2012 s. 313 A.

⁸³ Rt. 2014 s. 238 A avsnitt 15.

⁸⁴ Aall (2011) s. 109.

det er tale om en minstestraft på 3 år fengsel, sammenlignet med for eksempel et straffebed hvor strafferammen er fengsel inntil 1 år.

3.4 Juridisk metode

3.4.1 Generelt om bruk av rettskilder

Fremstillingen vil i det videre se nærmere på hvilken betydning lovskravet har i praksis og hvordan det påvirker den juridiske metoden.

Metodebruken i strafferetten skiller seg fra annen lovfestet og ulovfestet rett, da lovskravet smitter over på bruken av rettskilder og tolkningen av straffebed. Til forskjell fra eksempelvis erstatningsrett hvor rettspraksis spiller en sentral rolle, kreves det på strafferettens område grunnlag i formell lov for å idømme straff. Dette innebærer at rettskilder som lovforarbeider og sedvanerett får begrenset betydning, og da kun som tolkningsmomenter i lys av lovteksten. Dersom lovforarbeidene gir anvisning på flere tolkningsalternativer skal det alternativet som ligger nærmest lovtekstens ordlyd benyttes, fordi det er nærmest å gi uttrykk for hva lovgiver har ment. I Valdres-dommen fra 2019 uttalte Høyesterett at «[n]år lovens ordlyd ikke entydig peker mot et bestemt tolkningsresultat, må det også ved straffebestemmelser foretas en tolkning bygget på supplerende kilder. En slik tolkningsprosess er ikke i strid med klarhetskravet, forutsatt at bestemmelsens kjerne forblir den samme etter tolkningsprosessen, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas».⁸⁵ Dommen illustrerer at det er rom for tolkning av straffebed, men det er begrenset til å gjelde kjernen av gjerningsbeskrivelsen. Om bruk av rettspraksis som rettskilde på strafferettens område har Høyesterett at dersom «[y]ttergrensen for hva som faller inn under nøkkelord i en straffebestemmelse, må avklares gradvis gjennom rettspraksis, betyr ikke [det] at bestemmelsen er i strid med klarhetskravet».⁸⁶ Selv om det er rom for at nøkkelord i gjerningsbeskrivelsen avklares i rettspraksis, forstås lovskravet slik at det likevel er en grense for hvor avhengig lovtekstens ordlyd kan være av utpensling i rettspraksis. Nærmere hvor denne grensen går må vurderes konkret.

⁸⁵ HR-2019-1675-A avsnitt 29, Jf. HR-2019-1234-A avsnitt 24 med henvisning til HR-2019-900-A avsnitt 31 og 32.

⁸⁶ HR-2021-1780-A avsnitt 24.

3.4.2 Analogisk tolkning

For at lovskravet skal ha en praktisk betydning er det avgjørende at domstolen forholder seg til lovens grenser. Domstolen er derfor avskåret fra å benytte seg av analogiske tolkninger til ugunst for tiltalte. Analogi er å anvende lovteksten på et annet tilfelle (B) enn det som er direkte regulert (A), fordi tilfellet B er så nært og likt lovteksten A at det ut fra sammenhengen i rettssystemet vil danne en god regel å benytte seg av analogi.⁸⁷

I HR-2016-1458-A kom Høyesterett til at det på grunn av lovskravet ikke var rom for å trekke analogi mellom tilbud om transport som «vert retta til ålmenta på offentlig plass» i yrkestransportloven § 4 og tilfellet hvor kontakten mellom sjåfør og passasjer var formidlet gjennom mobilapplikasjonen Haxi. Dommen viser at det ikke er rom for å anvende analogi på strafferettens område selv om sakens faktum ligger nært opp mot gjerningsbeskrivelsen og det ville utgjort en god regel å anvende analogi på faktumet. Forklaringen er at analogi i realiteten innebærer å utvide straffeansvaret.

3.4.3 Utvidende tolkning

Det strenge lovskravet stenger også for en utvidende tolkning av gjerningsbeskrivelsen. En utvidende tolkning innebærer at rettsanvenderen strekker ordlyden lenger enn naturlig ordbruk tilsier.⁸⁸ Å strekke på ordlyden kan være aktuelt dersom formålsbetraktninger og forarbeider trekker i retning av en videre tolkning. Dommen inntatt i Rt. 2009 s. 780 A gjaldt spørsmålet om utvidende tolkning på strafferettens område. Det springende punktet i dommen var om stoffet GBL ble omfattet av straffelovens narkotikabestemmelse. Stoffet var ikke oppført på narkotikalistens som var utarbeidet i medhold av narkotikaforskriften, men påtalemyndigheten mente det var et «derivat» av stoffet GHB, som stod på listen. Høyesterett kom til at en slik forståelse av forskriftens derivatbegrep ville representere «en klart utvidende fortolkning» av bestemmelsen og være i strid med EMK art. 7.⁸⁹ Høyesterett mente at den kjemiske derivatdefinisjonen måtte legges til grunn og at denne tilsa at GBL ikke var et derivat av GHB. Selv om GBL med enkle midler kunne omdannes til GHB var det ikke grunnlag for å tolke derivatbegrepet slik.

⁸⁷ Nygaard (2004), s. 237.

⁸⁸ Ibid. s. 236.

⁸⁹ Rt. 2009 s. 780 A avsnitt 31.

Dommene illustrerer at det ikke er tilstrekkelig å henwise til hva lovgiver har ment med lovteksten. Analogi og utvidende tolkning vil stride med hensynet til borgernes innrettelse, da et slikt tolkningsresultat ikke følger direkte av lovteksten. I praksis vil domstolen da måtte avsi dom i samsvar med en tekstuell tolkning av lovens ordlyd, og det vil være opp til lovgiver å endre loven dersom ordlyden ikke gir uttrykk for lovgivers vilje.⁹⁰

3.4.4 Innskrenkende tolkning

Innskrenkende tolkning innebærer at straffebudet får en snevrere rekkevidde enn hva ordlyden tilsier, eksempelvis ved å innfortolke unntak.⁹¹ Lovskravet stenger ikke for en innskrenkende tolkning til fordel for borgerne, nettopp fordi lovskravet først og fremst representerer et vern mot å bli *dømt* uten lov. Likevel er hovedregelen at domstolene skal forholde seg lojale til lovteksten. Dette for å unngå forskjellsbehandling ved at noen vinner på at lovteksten tolkes innskrenkende. Høyesterett uttalte i Rt. 1972 s. 243 A at «[s]kal [innskrenkende tolkning] kunne skje, må det enten være med holdepunkt i lovens forarbeider e.l. eller ut fra sterke reale hensyn».⁹² Den strenge linjen har senere blitt fulgt opp i nyere rettspraksis. Dommen inntatt i HR-2018-871-A omhandlet bruk av profilbilde på Facebook hvor tiltalte var iført politilue. Selv om enkelte hadde oppfattet bildet som humor, var det etter Høyesteretts mening «uten betydning for straffbarhetsvurderingen. Det avgjørende er [...] at A ved å ha på seg politiluen på profilbildet har skapt inntrykk av at han er politi, og at denne bruken er egnet til å svekke tilliten til politiet».⁹³ Ettersom tilfellet var omfattet av strl. § 165 bokstav a og b, var det uten betydning at det ikke lå i kjernen av gjerningsbeskrivelsen, og vedkommende ble domfelt.

De ovennevnte dommene viser at Høyesterett i lang tid har lagt seg på en streng linje hva gjelder innskrenkende tolkning. Det finnes imidlertid eksempler på at Høyesterett har benyttet seg av innskrenkende tolkning der lovteksten har fremstått som upresis. I Rt. 2005 s. 1628 A tolket Høyesterett ordlyden «støtende» i dagjeldende strl. § 204 om forbud mot pornografi med varsomhet, på bakgrunn av at ordlyden var lite presis. Høyesterett uttalte at man «må ha for øye de grunnleggende prinsipper som Grunnloven § 96 og § 100 bygger på til vern om borgerne og ytringsfriheten».⁹⁴ Dommen kan tas til inntekt for at dersom ordlyden av

⁹⁰ Dette var tilfellet etter telefonsjikane-dommen, Rt. 1952 s. 989 A.

⁹¹ Nygaard (2004) s. 235.

⁹² Rt. 1972 s. 243 A på s. 244.

⁹³ HR-2018-871-A avsnitt 25. Se også Rt. 2001 s. 1379 A.

⁹⁴ Rt. 2005 s. 1628 A avsnitt 16.

samtykke er upresis, er det nærliggende å anta at domstolene i noen tilfeller må tolke innskrenkende.

Kort oppsummert pålegger Grl. § 96 og EMK art. 7 rettsanvenderen strengere rammer for lovtolkning på strafferettens område enn andre rettsområder. Strengt krav til lovtolkningen fungerer som et verktøy for å ivareta hensynet til blant annet forutberegnelighet og likhet for loven.

4. Ordlyden «samtykke» i relasjon til lovskravet

4.1 Lovforslag

I løpet av de siste 20 årene er det fremmet flere ulike forslag til lovendring av voldtektsstraffebudet. Et av forslagene innebærer å inkludere et samtykkekrav i strl. § 291 bokstav a, i tillegg til slik det står nå. Et annet forslag er å tilføye et fjerde alternativ i strl. § 291, bokstav d, om seksuell omgang uten samtykke.⁹⁵ Som et tredje forslag er det foreslått å lage et helt nytt straffebud om seksuell omgang uten samtykke.⁹⁶ Det er også foreslått å anvende ordlyden «uten oppriktig samtykke».⁹⁷ Felles for alle forslagene er at de benytter ordlyden «samtykke». I det videre vil det drøftes om ordlyden «samtykke» tilfredsstillende følger av lovskravet.

4.2 Hva er et samtykke?

Det finnes ingen legaldefinisjon av ordlyden «samtykke» i straffeloven. I jusleksikon er samtykke definert som «en tillatelse fra den en handling rammer».⁹⁸ Definisjonen sier imidlertid ingenting om hvordan et samtykke kan gis eller hva som skal til for at et samtykke er gyldig. For å avgjøre hva som ligger i ordlyden «samtykke» må det foretas en ordlydstolkning. En alminnelig språklig forståelse tilsier en frivillig erklæring om å godta eller avstå fra noe. Dersom samtykket er fremkalt ved vold eller trusler vil det utelukke frivillighet.

⁹⁵ Innst. 188 S (2017–2018) s. 2.

⁹⁶ NOU 1997: 23, s. 23.

⁹⁷ Dokument 8:96 S (2017–2018).

⁹⁸ Gisle (2010) s. 358.

I teorien skilles det mellom faktisk og virksomt samtykke. Et faktisk samtykke kan være ord eller handlinger som gir uttrykk for vilje. Med virksomt samtykke menes et kvalifisert faktisk samtykke, hvor gitte vilkår må være oppfylt for at det skal ha rettslig relevans.⁹⁹

Om samtykke i strafferettslig sammenheng er strl. § 276 relevant, hvor det står at samtykke fra fornærmede i forbindelse med bestemte voldslovbrudd fritar gjerningsmannen for straffeansvar. Om ordlyden er det uttalt i forarbeidene at «[s]amtykke må foreligge i gjerningsøyeblikket, og kan fritt tilbakekalles. Bestemmelsen oppstiller ingen formkrav til samtykket [...] Den som samtykker må forstå rekkevidden av handlingen og kunne vurdere konsekvensene».¹⁰⁰ Beskrivelsen er på mange punkter sammenfallende med de alminnelige vilkårene for et gyldig (virksomt) samtykke. Samtykket må foreligge på handlingstidspunktet og det må omfatte den aktuelle handlingen. Samtykkegiver må ha samtykkekompetanse og være tilstrekkelig informert. Samtykket kan ikke være trukket tilbake, og sentrale forutsetninger for samtykket må ikke ha falt bort.¹⁰¹ Samtlige delkrav må være oppfylt for at samtykket skal ha rettslig relevans. Se nærmere om innholdet i delkravene nedenfor.

Det er ingen formkrav til et samtykke, det kan være skriftlig eller gjennom konkludent atferd.¹⁰² I forbindelse med seksuell aktivitet er det mest relevant med konkludent atferd, ved at parten gjennom kroppslige handlinger gir samtykke. Som Jacobsen skriver kan det store spekteret av måter å gi et samtykke på føre til både faktisk og rettslig tvil, om når det foreligger et relevant samtykke.¹⁰³ Det er særlig problematisk der samtykket ikke er verbalt, og der det er gitt et mer generelt samtykke.

Ved en samtykkelov vil «samtykke» være et selvstendig vilkår i gjerningsbeskrivelsen, slik at gjerningsmannens forsett også må omfatte at fornærmede ikke samtykker til den seksuelle omgangen for å dømmes for voldtekt.¹⁰⁴ I de tilfeller gjerningsmannens forsett ikke dekker manglende samtykke vil strl. § 293 om grovt uaktsom voldtekt kunne vurderes.

⁹⁹ Jacobsen (2019) s. 128.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 432.

¹⁰¹ Alle delkravene er hentet fra Jacobsen (2019) s. 133–134.

¹⁰² Jacobsen (2019) s. 133–134.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

4.3 Samtykke i lys av presisjonskravet

4.3.1 Illustrasjon gjennom kasus

Som nevnt ovenfor i *punkt 3* er lovskravet ment å sikre borgernes rettssikkerhet ved å sørge for forutberegnelighet. For å oppnå dette formålet kreves at lovteksten er tilstrekkelig presis. Den nedre grensen for presisjonskravet er at allmennheten, med nødvendig hjelp, kan forutberegne sin rettsstilling.

I det videre vil det ses nærmere på om ordlyden «samtykke» i voldtektsbestemmelsen er tilstrekkelig presis, i lys av lovskravet etter GrL § 96 og EMK art. 7. Problemstillingen er om borgerne, med ordlyden «samtykke», kan forstå hva som kreves av de for å handle lovlydig. I den forbindelse har jeg kommet opp med ulike kasus hvor spørsmålet om det er gitt et virksomt samtykke kommer på spissen. I noen av tilfellene vil någjeldende lov kunne anvendes, men dette vil ikke vurderes nærmere da drøftelsen knytter seg til løsningen etter en samtykkelov.

Kasus 1 – Samtykke må være avgitt

A og B ligger i sengen, og B begynner å beføle A. Befølingen øker i intensitet, og A forstår at det neste steget er samleie. A sier da til B at hun ikke vil ha samleie med han og vrir seg unna.

I et slikt tilfelle er ordlyden «samtykke» ikke problematisk i relasjon til lovskravet fordi det er helt tydelig at A ikke samtykker, verken verbalt eller gjennom konkludent atferd. Det er derfor ikke nødvendig med noen nærmere tolkning av samtykket. Dersom B ikke hadde gitt seg er det også klart at han hadde hatt forsett om manglende samtykke.

Kasus 2 – Samtykke må foreligge på gjerningstidspunktet

A har lyst på samleie med sin partner, B. B er sur på A etter en krangel dagen før, og sier derfor nei. A lar ikke dette stoppe henne, og tar et hardt grep om B og dytter han ned på sengen. Før den seksuelle aktiviteten er i gang opplever begge to at maktbruken er opphissende, og B ber A fortsette. De gjennomfører samleie, til begges fornøyelse.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Eksempelet er inspirert av Jacobsen (2019) s. 126.

I dette tilfellet er det klart at maktbruken er årsak til samleiet, og at B ikke hadde samtykket før maktanvendelsen. Det er imidlertid avgjørende at det gis et samtykke til å fortsette med maktbruken i forkant av samleiet. Begrunnelsen for at samtykke må foreligge på handlingstidspunktet er at det skal gi uttrykk for partens frie vilje på handlingstidspunktet, uten påvirkning av senere inntrådte forhold.

Angående samtykke til eksempelvis vold skriver den amerikanske rettsteoretikeren Heidi Hurd om det som kalles «the moral magic of consent». Dette innebærer at et samtykke kan endre moral på en annens persons handling. Et samtykke kan gi tillatelse til å la en annen gjøre en ellers rettsstridig handling. Når samtykke fungerer på denne måten, forvandler det ikke en moralsk klanderverdig handling til en rett handling, men det gir en annen rett til å utføre handlingen.¹⁰⁶ Lovens ordlyd må også ta høyde for slike tilfeller. Dersom samtykket først hadde kommet i stand etter samleiet, ville samleiet etter en samtykkelov blitt regnet som voldtekt, nettopp fordi samtykke ikke forelå på handlingstidspunktet. I tilfeller hvor samtykke kommer i stand under samleie vil samtykket kun omfatte etterfølgende handlinger. Med andre ord kan et samtykke ikke gis tilbakevirkende effekt.

Kasus 3 – Samtykket må omfatte den aktuelle handlingen

A og B har vært kjærester i tre år. Seksuell omgang er en sentral del av forholdet deres, og de har sammen utforsket mye. Denne kvelden gjør de som de pleier, men mens B ligger på magen presser A penisen inn i Bs endetarmsåpning. B opplever umiddelbare smerter, og ber A stoppe.

Det tvilsomme er om B har samtykket til analt samleie. Mer presist er spørsmålet hva som er innholdet i samtykket. Det problematiske med å klarlegge samtykkets innhold i relasjon til seksuell aktivitet er at hendelsesforløpet normalt er preget av spontanitet og impuls, og alle «steg» ikke nødvendigvis er kommunisert verbalt. Ideelt sett burde det innhentes samtykke for hvert «steg», men det er ikke alltid like praktisk i en slik setting. Det må nok være rom for en «fra det mer til det mindre» tolkning av samtykket, men ikke motsatt.¹⁰⁷ Virkningen av å overskride et samtykke vil etter en samtykkelov være voldtekt. Å legge til grunn at det er tale om voldtekt dersom det ikke er innhentet samtykke til hvert enkelt «steg» vil derimot være for strengt, da det i for stor grad vil innskrenke individets positive seksuelle autonomi. Det er

¹⁰⁶ Hurd (1996) s. 123.

¹⁰⁷ Jacobsen (2019) s. 137.

rimelig å anta at det må innhentes ytterligere samtykke dersom det er tale om en markant intensivering av situasjonen. Nøyaktig hvor grensen går er vanskelig å si på et generelt grunnlag, men å gå fra vaginalt til analt samleie kan karakteriseres som en betydelig intensivering som det bør innhentes samtykke til.

I relasjon til lovskravet er vanskelighetene rundt samtykkets rekkevidde problematisk fordi det i praksis er samtykkets innhold som er avgjørende for om det er begått et straffbart forhold eller ikke. Dette kan løses ved å spørre parten hva vedkommende mente med samtykket, men den største utfordringen knytter seg til gjerningsmannens forsett og bevis for dette.¹⁰⁸

I forbindelse med eksempelet bemerkes at en oppfatning om at en etablert relasjon gir et slags «frikort» fort kan bli misbrukt,¹⁰⁹ og bør derfor ikke være grunnlag for å konstatere at det foreligger et generelt samtykke til alle former for seksuell omgang. Særlig for tilfellene hvor det utvikler seg til en mer kvalifisert seksuell aktivitet. Likevel er det naturlig at den etablerte relasjonen vurderes ulikt sammenlignet med en ny relasjon.

Kasus 4 – Sentrale forutsetninger for samtykket må ikke ha falt bort

Ungdomskjærestene A og B var alene hjemme den aktuelle kvelden. A spurte om de skulle utføre oralsex på hverandre. B samtykket til dette, men kun under den forutsetning at de avsluttet dersom foreldrene kom hjem.

Delkravet om at sentrale forutsetninger ikke må ha falt bort er i seg selv ikke særlig problematisk i relasjon til lovskravet, fordi grensene for samtykket er klart fastsatt. Samtykket omfatter her oralsex mens de er alene hjemme, og samtykket opphører på et bestemt tidspunkt- når foreldrene kommer hjem.

Dersom A ikke hadde avsluttet den seksuelle omgangen da foreldrene kom hjem ville han overskredet samtykket, og vilkårene i voldtektsstraffebudet hadde vært oppfylt (forutsatt at A hadde forsett). Det er her problemet oppstår: Tilfellet faller utenfor kjerneområdet for hva voldtektsstraffebudet er ment å verne, og handlingen er heller ikke naturlig å regne som voldtekt etter en alminnelig språklig forståelse. En løsning som ikke samsvarer med en alminnelig språklig forståelse, vil igjen ikke være i tråd med forutberegnelighetshensynet.

¹⁰⁸ Jacobsen (2019) s. 135.

¹⁰⁹ Jacobsen og Aasen (2019) s. 108.

Ettersom domstolen skal utvise forsiktighet med å tolke innskrenkende, se *punkt 3.4.4*, vil det i utgangspunktet likevel måtte regnes som voldtekt dersom vilkårene er oppfylt.

Lovskravet har flere formål, blant dem er å straffe de som gjør seg skyldig i å påføre skade eller fare for individuelle eller kollektive rettsgoder. Det er ikke strafferettens oppgave å ramme etisk betenkelige situasjoner, og lovskravet er ment å verne også dette.¹¹⁰ For å ivareta grensene som følger av lovskravet er det behov for at strafferettslig samtykke løsriver fra alminnelig samtykkelære slik at ordlyden ikke omfatter mer enn hva lovgiver har ment, og aller viktigst ikke strekker straffeansvaret lenger enn hva som følger av lovskravet.

Kasus 5 – Samtykkegiver må være tilstrekkelig informert

A og B møttes på et utested en lørdag kveld. B introduserte seg som jusstudent med navn BB. Senere samme kveld dro de to sammen hjem og gjennomførte samleie, til begges fornøyelse. Dagen etterpå fikk A kunnskap om at B hadde sonet for en voldtektsdom og nylig hadde sluppet ut av fengsel. Hun ble sjokkert og tenkte at hun aldri ville gjort som hun gjorde om hun var kjent med dette tidligere.

Kravet om at samtykkegiver må være tilstrekkelig informert innebærer rett til informasjon om relevante forhold. Hva som er relevante forhold, avhenger av saksforholdet. I foreliggende tilfelle er det ikke grunn til å betvile at det forelå et faktisk samtykke fra A på tidspunktet for samleiet. Det kan imidlertid problematiseres om samtykket var virksomt, da B utga seg for å være noe han ikke var. Det kan argumenteres for at det fra A sin side både var bristende forutsetninger (ingen jusstudent) og at hun ikke var tilstrekkelig informert (om voldtektsdommen og feil navn).

Forutsatt at kravet om at samtykkegiver er tilstrekkelig informert ikke er oppfylt, er spørsmålet hvordan dette skal løses i relasjon til forsettskravet.

Selv om A har grunn til å føle seg lurt er ikke hendelsen noe som etter en alminnelig språklig forståelse faller innenfor ordlyden voldtekt. Å straffe på bakgrunn av bristende forutsetninger for et samtykke er derfor svært betenkelig. Resonnementet tilknyttet kasus 4 gjør seg gjeldende også for dette sakstilfellet.

¹¹⁰ Jacobsen og Aasen (2019) s. 105.

Kasus 6 – Samtykket må ikke være trukket tilbake

A og B møttes på byen en lørdag kveld. Etter en lang og fuktig kveld dro de sammen hjem til B. De la seg i sengen, og B spurte om de skulle ha samleie. A svarte «selvfølgelig vil jeg ha samleie med deg». A hadde imidlertid ikke hatt samleie før, og begynte å angre da aktiviteten begynte å ta seg opp. I det han var på vei inn i henne frøs hun til, og klarte ikke si «stopp». Hun klarte etter hvert å samle bena og vri seg litt unna. B fortsatte å presse seg inn i henne, uten noen særlig maktanvendelse.

Seksuell omgang som er gjennomført etter at et samtykke er trukket tilbake, vil være gjennomført uten samtykke, da samtykket anses som opphørt fra tidspunktet det ble trukket tilbake. Kasuset illustrerer en situasjon hvor det rett før samleiet er gitt et uttrykkelig samtykke, men hvor tilfellet er at vedkommende forsøker å trekke tilbake samtykket ved konkludent atferd. I HR-2018-1340-U begynte den fornærmede å gråte og ba gjerningsmannen slutte, og Høyesterett fant at den anale penetreringen som skjedde etter dette måtte regnes som voldtekt.¹¹¹ Foruten klare verbale utsagn er det uklart hva som kreves for å trekke tilbake et samtykke, særlig gjennom konkludent atferd. Er det nok som A gjør, å trekke seg litt unna, men fortsatt bli liggende i senga? Eller kreves det at man med lyd gir uttrykk for ubehag. Spørsmålet som da oppstår er hvilke lyder som i seksuell sammenheng gir uttrykk for ubehag? Svaret er svært subjektivt. Eksempelvis kan stønning i ett tilfelle være uttrykk for ubehag, mens det i et annet tilfelle kan være en form for å uttrykke nytelse. Det kan også være en refleks eller annen form for ubevisst kroppslig reaksjon, som verken gir uttrykk for ubehag eller nytelse. Hvorvidt det kreves klarere atferd for et tilbakekall, når det tidligere er gitt et eksplisitt samtykke, er heller ikke avklart. Dette vil imidlertid ha betydning for forsettskravet. De mange spørsmålene som oppstår taler for seg selv. Vurderingen av et grunnleggende delkrav (samtykket må ikke være trukket tilbake) er så uklart at det vil være vanskelig for borgerne å forutse sin rettsstilling.

Kasus 7 – Generelt samtykke

A kom hjem sliten etter jobb, og ektemannen B tok initiativ til samleie. A svarte da at «hvis jeg kan sove mens du gjør det er det ok». B hadde samleie med A mens hun sov. Også dagen etter

¹¹¹ HR-2018-1340-U avsnitt 36.

kom A hjem fra jobb, sliten, og la seg til å sove. Neste morgen våknet hun av at B hadde samleie med henne, noe hun ikke ønsket denne dagen.

Det sentrale spørsmålet i kasuset er hvor langt frem i tid samtykket rekker; var det et generelt samtykke til samleie mens hun sov, eller gjaldt det kun for den ene gangen? I kraft av individets seksuelle autonomi og selvbestemmelsesrett er det fullt mulig å gi et generelt samtykke til eksempelvis samleie mens en sover. Dersom vedkommende ikke lenger ønsker å opprettholde det generelle samtykket vil det være rimelig å forvente at en gir uttrykk for dette, av hensyn til den som skal bygge sin atferd på samtykket. Et generelt samtykke kan imidlertid skape problemer dersom samtykkets rekkevidde og nærmere innhold ikke er konkretisert.

For å finne svaret på spørsmålet må samtykket tolkes, men dette er ikke alltid så lett. Intuitivt vil man tenke at samtykket gjaldt for den ene gangen, og da vil ektemannen risikere å bli dømt for voldtekt som følge av manglende samtykke. Ved etablerte relasjoner vil det, i noen tilfeller, være rimelig å vurdere situasjonen slik at det har utviklet seg en praksis om aksept av ulike seksuelle tilnærminger mellom dem.¹¹² For å bygge samtykke på en slik praksis må det, etter min mening, være flere tilfeller av frivillig seksuell omgang enn beskrevet i dette kasuset.

Kasus 8 – Passivitet og samtykke

Kvinnene A og B møttes i et bryllup, og fant fort tonen. De ble sittende ved singelbordet og snakke i flere timer, mens de nøy godt av den åpne baren. Den høye alkoholføringen førte til at de begge ble svært beruset. B fulgte etter hvert den sjanglende A inn på rommet. A klarte å kle av seg strømpebuksen og krabbe opp i sengen. De kysset godnatt før A la seg under dyna. B tolket kysset som et initiativ, og fant frem en avlang gjenstand som hun førte inn i As skjede. A ble først skremt, og deretter usikker på det hele. Hun klarte ikke reagere, og forholdt seg passiv under hele «akten». Da jentene våknet dagen etterpå husket A ingenting av hva som hadde skjedd på hotellrommet, men hun følte det var noe veldig galt.

Kasuset reiser spørsmålet om passivitet er å anse som et samtykke. Det legges til grunn at A ikke var så beruset at «ute av stand»- alternativet kommer til anvendelse.

Passivitetssituasjonene er nok de som kan skape mest usikkerhet knyttet til om det er gitt et samtykke eller ikke, men er gjerne de som er ment å skulle omfattes av en samtykkelov.

¹¹² Jacobsen (2019) s. 136.

Vurderingen må blant annet ta hensyn til at ulike individer kan reagere ulikt på det de opplever som voldtekt. Forskning viser at så mange som 48-70 % av de som opplever seksuelle overgrep reagerer med tonisk immobilitet (en form for handlingslammelse).¹¹³ Det bør derfor utvises forsiktighet med å påstå at passivitet, ved at vedkommende ikke sier imot eller gjør motstand, i seg selv er et samtykke. I juridisk teori har det vært hevdet at det ikke er nok at B vil ha sex, det må være uttrykt.¹¹⁴ Ut fra dette kan det leses en presumsjon om at total passivitet er likestilt med manglende samtykke, hvilket er en logisk tankegang. For lovskravet har det den betydning at ordlyden må balansere de ulike gradene av passivitet, som igjen vil kunne i en svært skjønsmessig vurdering. For ordens skyld nevnes det at det ikke er nok at B tror at A ville samtykket.

4.3.2 Oppsummert om samtykke i lys av presisjonskravet

Kasusene i *punkt 4.3.1* viser at et (manglende) samtykke kan komme i ulike former. Vurderingen bygger på subjektive forhold og samtykkevurderingen må gjøres ut fra en skjønsmessig vurdering basert på det konkrete faktum. Relevante momenter i vurderingen er partenes relasjon, maktbalanse, hendelsesforløp, følelsesmessig kontekst og lignende.¹¹⁵ Det kommer klart frem av gjennomgangen at ordlyden ikke har presise grenser for hva som regnes som tilstrekkelig. Det er derfor ikke lett å svare på spørsmålet om det er gitt et samtykke eller ikke. På grunn av lovskravets innvirkning på juridisk metode vil også tilfeller som ikke er naturlig å regne som voldtekt falle innenfor gjerningsbeskrivelsen, noe som er egnet til å utvane voldtektsbegrepet. Forutsatt samtykkelov, er det høyst nødvendig å løsrive det strafferettslige samtykket fra privatrettens alminnelige vilkår for et gyldig samtykke.

Vedrørende forslaget om «uten oppriktig samtykke» er det uklart hva som er ment å omfattes av «oppriktig». En naturlig språklig forståelse av oppriktig tilsier at samtykket skal føles frivillig og reelt for samtykkegiver. For det første er frivillighet allerede et grunnleggende vilkår for at det faktiske samtykket skal regnes som virksomt. Realiteten blir derfor det samme uavhengig av om lovteksten krever «oppriktig samtykke» eller «samtykke». For det andre virker ordlyden av «oppriktig» å referere til en følelse hos fornærmede som ikke manifesteres i ytre forhold. En slik ordlyd vil ikke fungere når reglene skal virke med skyldkravet etter ansvarslæren. Ordlyden «oppriktig» virker også å skjerpe kravet til

¹¹³ Hansen mfl. (2021) s. 121.

¹¹⁴ Husabø (1994) s. 228.

¹¹⁵ Jacobsen og Aasen (2019) s. 108.

Samtykke og avgrensning mot samtykke som eksempelvis er gitt motvillig eller under tvil. Etter gjeldende rett trenger ikke et samtykke å gi uttrykk for glede, og kan være gyldig selv om det er motvillig.¹¹⁶ Dersom formålet med formuleringen er å skjerpe kravene må det presiseres nærmere. Derimot vil ordlyden «virksomt samtykke» kunne tilføye noe, da det understreker skillet mellom faktisk og virksomt samtykke. Et skille som er avgjørende for om samtykket har rettslig relevans.

4.3.3 Bemerkninger til «samtykke» som lovtekst

Med en upresis ordlyd følger flere praktiske utfordringer. Ut fra kasusene er det grunnlag for å hevde at temaet ikke er egnet for bruk av standardiserte «maler» på hva som kan karakteriseres som samtykke og ikke. For eksempel kunne man sagt at lyder som gir uttrykk for ubehag tilsier at det ikke er gitt samtykke til seksuell omgang. Det er imidlertid umulig å fastslå hvilke lyder som gir uttrykk for ubehag. Videre er et uttrykkelig «ja» klart et samtykke, det problematiske er imidlertid at et samtykke alltid kan trekkes tilbake. Derfor er det heller ikke i et slikt tilfelle nødvendigvis lett å konstatere om det foreligger samtykke, hvilket viser samtykkets mange dimensjoner og kompleksitet. Det er derfor vanskelig å angi en tilstrekkelig presis lovtekst som gir borgerne tilstrekkelig forutberegnelighet, i tråd med lovskravet.

Spørsmålet om et samtykke er gitt har også en side til bevissituasjonen. I saker som havner hos domstolen er partene ofte uenige om den seksuelle aktiviteten var frivillig eller ikke. Det lave antallet domfellelser for voldtekt henger ofte sammen med at voldtekt aktualiserer en vanskelig bevissituasjon, og et høyt antall anmeldelser blir henlagt på grunn av bevisets stilling. Seksuell aktivitet foregår vanligvis mellom to personer, uten vitner eller andre bevis som i ettertid kan si noe om hendelsesforløpet. Bevissituasjonen er derfor klassisk «ord mot ord». Det er grunn til å tro at dette særlig vil være tilfellet i vurderingen av om det ble samtykket til den seksuelle omgangen.

Det er i forarbeidene uttalt at det er «ønskelig å unngå bruk av begreper som legger opp til vanskelige og ressurskrevende bevisemaer» for å muliggjøre en effektiv straffeforfølgning.¹¹⁷ I dette ligger blant annet undersøkelse av vanskelig tilgjengelige faktiske forhold. Hvordan skal man bevise at det ikke forelå samtykke, dersom det ikke foreligger ytre forhold som kan

¹¹⁶ Jacobsen og Aasen (2019) s. 104.

¹¹⁷ NOU 2020: 4 s. 92.

bekreftede dette? Det mest effektive ville vært om domstolen og politiet legger til grunn fornærmedes forklaring,¹¹⁸ men denne løsning er uaktuell da det vil være i direkte motstrid med straffeprosessens grunnleggende uskyldspresumsjon i GrL. § 96 andre ledd og EMK art. 6.¹¹⁹ I verste fall kan det føre til at uskyldige blir dømt. Å legge opp til en ordlyd som i større grad enn gjeldende rett utgjør en fare for at uskyldige blir dømt strider med filosofien om at det er bedre at ti skyldige går løs fremfor at én uskyldig blir dømt. Det er uheldig om lovendring kompliserer bevissituasjonen ytterligere, som vil gjøre det vanskelig å få bukt på det virkelige problemet; den store forekomsten av voldtekter.

Det er en grunnlovfestet rett at alle skal dømmes likt etter loven. En upresis lovtekst som legger opp til en svært skjønsmessig og komplisert vurdering, sett i lys av at det ofte er ord mot ord, vil kunne føre til at små nyanser avgjør domfellelse eller frifinnelse. Dette kan utfordre prinsippet om likebehandling. Dette kan avhjelpes noe ved å definere samtykke i lovteksten.

Fra et praktisk perspektiv ønsker jeg også å trekke frem hvordan lovendring kan påvirke meddommere. Dersom det vedtas samtykkelov uten at minstestrafen reduseres vil det kunne bli et praktisk problem at meddommerne vegrer seg for å finne tiltalte skyldig, forutsatt at vilkårene for straffeansvar er oppfylt. Strafferammene skal speile handlingens straffbarhet og klanderverdighet, og flere av tilfellene som skisseres som overtredelse etter en samtykkelov har lavere straffverdighet sammenliknet med hva som omfattes av någjeldende strl. § 291. Av hensyn til prinsippet om likebehandling vil slik påvirkning på meddommerne være uheldig.

Som nevnt må gjerningspersonen etter strl. § 22, jf. § 21, ha forsett om hele gjerningsbeskrivelsen, inkludert at den andre parten ikke samtykket. Skillet mellom faktisk og virksomt samtykke vil derfor ha betydning for forsettsvurderingen. Eksempelvis er forsettsvurderingen i kasus 5, om bristende forutsetninger, utfordrende da gjerningsmannen må ha forsett om at samtykket ikke er virksomt på grunn av tilbakeholdt informasjon. Det kan være svært vanskelig for en dommer å fastslå forsett i et slikt tilfelle, for det er ikke tilstrekkelig å si at gjerningsmannen *burde* skjönt det for å bli dømt for forsettlig voldtekt.

¹¹⁸ Jacobsen og Aasen (2019) s. 118.

¹¹⁹ Ibid.

4.3.4 Vedrørende tolkning av ubestemt samtykke

I juridisk teori er det tatt til orde for at et avgitt samtykke som fremstår som ubestemt må tolkes i lys av hva et samtykke i en lignende situasjon normalt omfatter.¹²⁰ Rt. 1993 s. 117 U gjaldt spørsmål om rekkevidden av et samtykke til en slåsskamp. Her la Høyesterett til grunn at et samtykke til slåsskamp «[n]ormalt [ikke kan] [...] oppfattes som et samtykke til forsettlig tilføyelse av skade som nevnt i § 229 annet straffalternativ».¹²¹ Det er imidlertid grunn til å være kritisk til å tolke et samtykke i lys av hva som er normalt når det kommer til seksuell aktivitet. For det første er det svært individuelt hva hver enkelt ønsker å være med på av seksuell aktivitet, og det er derfor vanskelig å si hva som er normalt innenfor dette temaet. For det andre har det betydning at det er fastsatt en minstestraft på 3 år fengsel for voldtekt til samleie, jf. strl. § 292. Jeg mener minstestrafteffekten gjør at tolkningsrommet må begrenses enda mer enn hva som følger av alminnelige tolkningsprinsipper på strafferettens område. Ved en tolkning basert på hva som er normalt er det fare for at samtykket kan få en annen betydning enn opprinnelig. En slik løsning vil svekke borgernes rettssikkerhet. På bakgrunn av det ovennevnte mener jeg, i de aller fleste tilfeller, at det ikke er en legitim løsning å vurdere et samtykke ut fra hva som er «normalt».

5. Bruk av «samtykke» i straffeloven kapittel 26

I flere straffebed i kapittel 26 om seksuallovbrudd er det gjort bruk av og lagt opp til en samtykkevurdering. Etter strl. § 297 straffes den som «foretar seksuell handling med noen som ikke har samtykket» med bot eller fengsel inntil 1 år. Etter strl. § 298 straffes den som «i ord eller handling utviser seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd» «på offentlig sted» eller «i nærvær av eller overfor noen som ikke har samtykket til det», med bot eller fengsel inntil 1 år. Spørsmålet som reiser seg er hvordan det kan være problematisk med et samtykkebasert voldtektsstraffebed, når straffeloven allerede anvender ordlyden i andre straffebed.

For det første er det i strl. §§ 297 og 298 en vesentlig lavere strafferamme enn i strl. § 291. Etter de to førstnevnte bestemmelsene kan gjerningsmannen dømmes til bot eller fengsel inntil 1 år. Etter voldtektsbestemmelsen i strl. § 291 er strafferammen fastsatt til fengsel inntil 10 år, og 3 til 15 år etter strl. § 292. I forarbeidene har justis- og politidepartementet

¹²⁰ Gröning mfl. (2019) s. 116.

¹²¹ Rt. 1993 s. 117 U, s. 118.

fremhevet at «[s]traffenivået må reflektere at voldtekt er en av de mest alvorlige forbrytelsene mot en persons fysiske, psykiske og seksuelle integritet og som oftest vil ha dyptgripende skadevirkninger og medføre reduksjon i livskvalitet for den som rammes».¹²² En høyere strafferamme representerer et større inngrep i borgerens sfære, og dermed øker også behovet for forutberegnelighet. Det kan på denne bakgrunn argumenteres for at kravet til presisjon er strengere hva gjelder strl. § 291, sammenlignet med strl. §§ 297 og 298.

For det andre gjelder strl. §§ 291, 297 og 298 ulike tilfeller, med ulik karakter og grad av alvorlighet. En naturlig språklig forståelse av «seksuell handling» i strl. § 297 tilsier fysisk kontakt med seksuelt tilsnitt som er lite intensivt, eksempelvis kortvarig berøring av kjønnsorgan. Er det mer inngående og/eller langvarig berøring er det fort tale om «seksuell omgang» etter strl. § 291. Ordlyden «seksuelt krenkende atferd» i strl. § 298 tilsier former for seksualisert opptreden mot en annen som *ikke* innebærer fysisk berøring, eksempelvis kikking, blotting eller seksualiserte meldinger enten i muntlig eller skriftlig form. Særlig for seksuelt krenkende atferd vil faktum ofte være mindre komplisert sammenlignet med seksuell omgang. Som et eksempel har det formodningen mot seg at en kvinne ønsker å se en fremmed mann blotte seg på gaten. Om kvinnen og mannen ikke hatt noen kontakt i forkant av blottingen, vil det heller ikke være mulig at det var gitt et samtykke.

For både seksuell handling og seksuelt krenkende atferd vil faktum og bevisituasjonen ofte være mindre omfattende og komplisert enn tilfeller som gjelder seksuell omgang. Det er større behov for tolkning av atferd og signaler i vurderingen av om det er gitt et samtykke til seksuell omgang.

Forutsatt at det er rom for å bruke strl. § 297 i tilfeller hvor det er *seksuell omgang* uten samtykke, står vi ovenfor problemstillingen om fornærmede samtykket. Dette er en tilsvarende vurdering som er ønsket inntatt i strl. § 291. I LF-2018-76465 ble tiltalte dømt for overtredelse av strl. § 297 ved å ha ført en finger inn i fornærmedes skjede («seksuell omgang») uten hennes samtykke. Til dette bemerkes at i så tilfelle er det ikke like betenkelig med en samtykkevurdering, sammenlignet med en samtykkevurdering tilknyttet strl. § 291, hovedsakelig fordi strafferammen kun er fengsel inntil 1 år.

¹²² Ot.prp. nr.22 (2008–2009) kap.7.5.3.2 s. 226.

På bakgrunn av det ovennevnte er det ikke et argument at ordlyden «samtykke» oppfyller lovskravet fordi andre straffebud anvender samme term. Tvert imot viser det ovennevnte at hva som regnes som tilstrekkelig presist må vurderes konkret for hvert enkelt straffebud.

6. Rettstilstanden i andre nordiske land

6.1 Generelt

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor det i oppgaven uttrykkes skepsis til forslaget om samtykkelov, når det i nyere tid er gjort liknende endringer i Sverige, Danmark og Island. Ettersom alle fire land er bundet av EMK, herunder lovskravet i art. 7, er det mulig å gjøre en sammenligning mellom dem. Det bemerkes imidlertid at det ovenfor er fastslått at norsk nasjonalt lovskrav er noe strengere enn hva som følger av EMK, slik at det i det videre er naturlig å ta utgangspunkt i lovskravet slik det følger av EMK. Det er i det følgende ikke tatt hensyn til eller vurdert hva som følger av nasjonale lovskrav i Sverige, Danmark og Island.

6.2 Svensk voldtektsbestemmelse

Den svenske voldtektsbestemmelsen i Brottsbalken kapittel 6, 1 §, ble endret den 01.07.2018, med ordlyden «inte deltar frivilligt»¹²³. Ordlyden er et resultat av en grundig vurdering og et bevisst valg, men det var ikke gitt at dette skulle bli resultatet. Blant endringsforslagene var «samtykke», «tillåtelse» og «inte frivilligt deltar».¹²⁴ Om ordlyden samtykke ble det i forarbeidene uttalt at fordelene var at det allerede fantes generelle krav til hva som kreves for et gyldig samtykke. Derimot kom de frem til at:

«[s]åvitt avser dessa ”krav” är det vår bedömning att inte samtliga passar in på den beskrivning vi tänker oss av ett giltigt samtycke till sexualhandlingar. Hur tillämpas t.ex. kravet på att en person ska vara kapabel att förstå innebörden av samtycket när det gäller en sexualhandling? Här kan man förstå sig en situation där en person fått bristfällig sexualundervisning, kanske i annat land, och inte vet något närmare om vad hon eller han samtycker till».¹²⁵

Hovedargumentet mot bruken av samtykke var i hovedsak at ordlyden var uklar, og dermed ikke passende i en slik sammenheng.

¹²³ Brottsbalken SFS (1962: 700) 21.december 1962, 6. kapittel, 1 §.

¹²⁴ SOU 2016: 60, s. 194.

¹²⁵ SOU 2010: 71, s. 249 flg.

Forslaget i 2016 var derfor frivillighet. For å gjøre lovtteksten mest mulig klar ble det ansett som nødvendig at «det av lagen bör framgå de närmare kraven för att ett deltagande ska anses frivilligt».¹²⁶ Det er derfor inntatt en setning i lovtteksten om innholdet av ordlyden; «[v]id bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt».¹²⁷ Det er i tillegg listet opp en rekke tilfeller hvor en person aldri vil anses å delta frivillig. Dersom den seksuelle aktiviteten er en følge av mishandling, vold eller trusler, gjerningsmannen utnytter at den andre parten er i en tilstand hvor en ikke kan motsette seg handling, eller dersom gjerningsmannen får den andre til å delta gjennom at den står i et avhengighetsforhold til vedkommende, vil deltakelsen ikke anses som frivillig, se nr. 1-3 i bestemmelsen.

I forarbeidene står det at vurderingen av om deltakelsen var frivillig eller ikke må baseres på en helhetlig vurdering av situasjonen.¹²⁸ Om straffeansvaret står det at det «strækker sig inte så långt att en persons inre önskan att inte delta i den sexuella handlingen är tillräcklig för straffansvar, om personen ändå de facto går med på den».¹²⁹ Uttalelsen kan tas til inntekt for at den ufrivillige parten på noe vis må gi uttrykk for at den seksuelle omgangen er ufrivillig. Sagt med andre ord er total passivitet ikke tilstrekkelig for å legge til grunn ufrivillighet, en «nei er nei»-tilnærming. Denne løsningen er nok av hensyn til forsettsvurderingen.

6.3 Dansk voldtektsbestemmelse

Det danske parlamentet, Folketinget, har siden 2016 fremlagt tre forslag til en samtykkebasert voldtektsbestemmelse.¹³⁰ I 2019 ble det nedsatt et utvalg, Straffelovrådet, som fikk i oppgave å legge frem et nytt forslag til lovendring. Flertallet og mindretallet var enige om at det var behov for lovendring, men det store spørsmålet var om ordlyden «samtykke» eller «frivillighet» skulle anvendes.

Flertallet var for frivillighet som ordlyd. Argumentene for dette var at ordlyden samtykke ga uttrykk for krav om en viss formalitet, noe de ikke anså som passende i en setting som seksuell aktivitet. I tillegg var det av betydning at Sverige brukte «frivillighet». Flertallet var

¹²⁶ SOU 2016: 60, s. 195.

¹²⁷ Brottbalken 6. kapittel, 1 § andre setning.

¹²⁸ Prop. 2017/18:177 s. 78.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Vestergaard (2020) s. 10.

av den oppfatning at en lovtekst med samtykkekrav utgjorde en fare for at straffebudet ville rekke videre enn hva som var tiltenkt.¹³¹

Mindretallet mente imidlertid at ordlyden samtykke var mer passende. De mente blant annet at frivillighet peker i retning av å tilfredsstille en annens ønske, hvilket de mente ikke var treffende. I tillegg var mindretallet opptatt av at valg av uttrykk ville ha stor betydning for bevissituasjonen. Det var forskjell på å bevise hva en gjerningsmann ikke forstod (at fornærmede ikke deltok frivillig) og hva gjerningsmannen hadde grunn til å tro (at fornærmede samtykket), hvor de mente det var bedre å bevise noe positivt (som sistnevnte) enn noe negativt (førstnevnte).¹³² Oppfatningen var at parten alltid har ansvar for å forsikre seg om at den andre parten ønsker å delta i den seksuelle aktiviteten. Av den grunn mente mindretallet at fremfor å kreve at parten sa nei for å unngå uønsket seksuell aktivitet, var det bedre om parten måtte si ja til seksuell aktivitet.¹³³ Dersom den ene parten var totalt passiv var det en presumsjon for at det ikke var gitt samtykke («ja er ja»-tilnærming).¹³⁴

Justisministeriet valgte imidlertid å gå for mindretallets forslag, og den 01.01.2021 trådte den nye voldtektsbestemmelsen i kraft; «For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri».¹³⁵

Justisministeriet var av den oppfatning at der ordlyden frivillighet og samtykke kan føre til ulikt resultat er i situasjoner hvor fornærmede forholder seg passiv. De mente at «med en samtykkebaseret bestemmelse, i passivitetssituationer [vil det] kunne påhvile den initiativtagende part en videre forpligtelse til at sikre, at den anden part samtykker, hvis vedkommende forholder sig passiv, end ved en frivillighedsbaseret bestemmelse».¹³⁶ Dette var etter deres mening den beste løsningen, særlig fordi voldtekt ikke handler om en plikt til å si i fra, men heller at den initiativtakende part har et ansvar for å sørge for at den andre parten samtykker til seksuell omgang.¹³⁷

¹³¹ Vestergaard (2020) s. 17.

¹³² Ibid. s. 21.

¹³³ Ibid. s. 20.

¹³⁴ Ibid. s. 23.

¹³⁵ LBKG 2021-09-20 nr. 1851 Straffelov, 24. kapittel § 216 stk1.

¹³⁶ L 85, pkt. 2.1.3.1.

¹³⁷ Ibid.

I tillegg var oppfatningen at bevissituasjonen ville være lik ved begge ordlyder, da det i begge tilfeller vil bli påtalemyndighetens oppgave å bevise fraværet av noe, enten samtykke eller frivillighet.¹³⁸

6.4 Islandsk voldtektsbestemmelse

Spørsmålet om en samtykkelov på Island ble behandlet av Alþingi (Alltinget, det islandske parlamentet) allerede i 2007. Alltinget avviste samtykkelov da de mente at ordlyden var uklar og det var behov for en nærmere redegjørelse av ordlydens innhold.¹³⁹ Da det i 2018 ble foreslått å redegjøre for ordlydens innhold direkte i lovteksten, var Alltingets oppfatningen at ordlyden var tilstrekkelig presis.¹⁴⁰

Den 13.04.2018 trådte samtykkelov i kraft på Island,¹⁴¹ med følgende ordlyd (engelsk oversettelse¹⁴²):

«Any person who has sexual intercourse or other sexual relations with a person without his or her consent shall be guilty of rape and shall be imprisoned for a minimum of 1 year and a maximum of 16 years. Consent is considered to have been given if violence, threats, or other forms of unlawful coercion are employed. Violence here includes deprivation of freedom of action by means of confinement, drugs, or other comparable means»¹⁴³

Av voldtektsbestemmelsens andre ledd fremgår det at seksuell omgang som er oppnådd ved bruk av bedrag, utnyttelse av den andre parts misoppfatning av situasjonen eller psykiske lidelse, parten ikke evnet å motsette seg handlingen eller forstå betydningen, straffes med fengsel fra 1 til 16 år.

Fremfor å ha ulike strafferammer for grovhetsalternativer opereres det med en felles strafferamme for alle typer voldtekt. For å bruke øverste del av strafferammen forstås det slik at det må foreligge skjerpede omstendigheter som omtalt i art. 195 i islandsk straffelov.

¹³⁸ L 85, pkt. 2.1.3.1.

¹³⁹ Bragadóttir (2020) s. 61.

¹⁴⁰ Ibid. s. 71.

¹⁴¹ Þingskjal 638, 148 [Stortingsdokument 638, 148] og Lög um breytingu á almennum hegningarlögum nr. 19/1940 [lov om endring av den alminnelige straffelov].

¹⁴² Engelsk oversettelse hentet fra det islandske justisdepartementets nettside

¹⁴³ Almenn hegningarlög nr.19/1940 artikkel 194, første ledd [alminnelig straffelov], jf. lov no. 16/2018.

6.5 Oppsummert om samtykkebasert lovgivning i Sverige, Danmark og Island

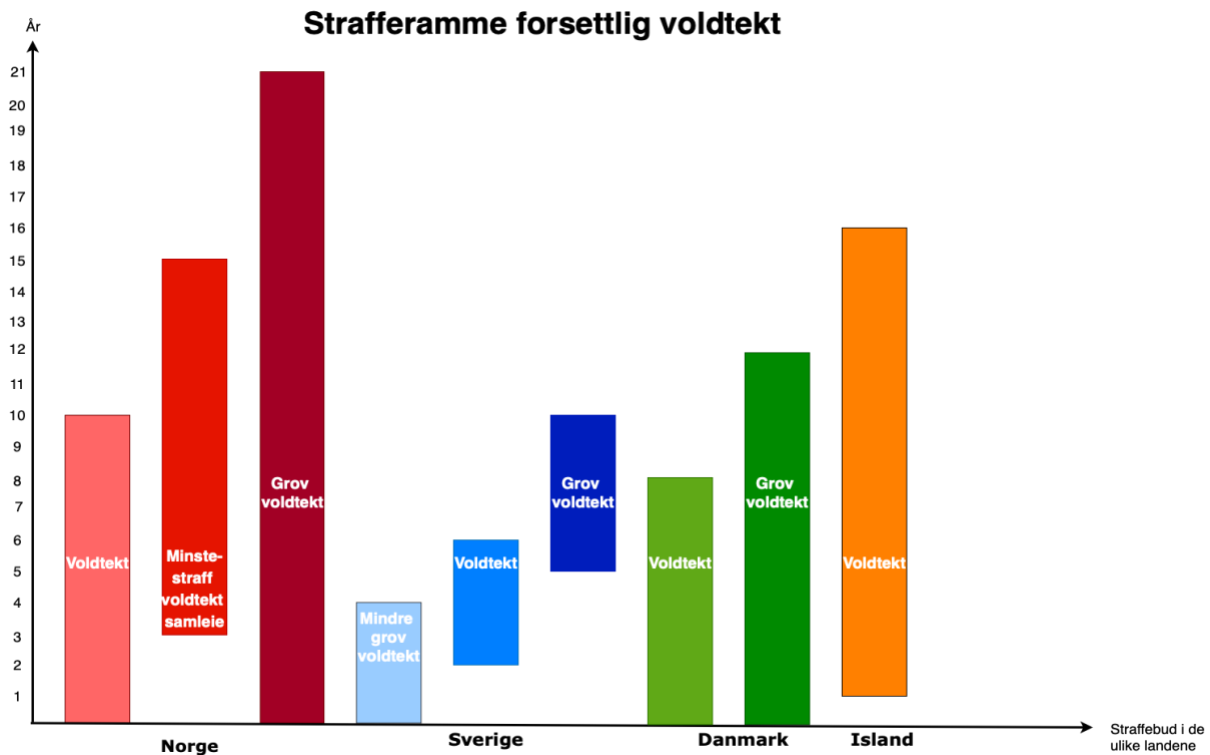
Spørsmålet som ble stilt innledningsvis i kapittelet var hvorfor det uttrykkes skepsis til samtykkelov i norsk rett, når tre av våre naboland er bundet av det samme internasjonale lovskravet (EMK) og kan endre loven i denne retning. Spørsmålet er stort og komplekst, men for å forsøke å svare på dette ønsker jeg å trekke frem særlig to momenter: ordlyd og strafferamme.

Hva gjelder Sverige benytter de en annen ordlyd enn hva som er foreslått i norsk rett, nemlig frivillighet. Forslaget hvor ordlyden var samtykke ble nedstemt. Uten at det her vil gis en nærmere redegjørelse av forskjellen mellom frivillighet og samtykke, er ulik ordlyd i seg selv en grunn til at det i norsk rett må gjøres en grundig og konkret vurdering av ordlyden i lys av nasjonalt lovskrav. Det er ingen automatikk i at all samtykkebasert lovgivning, selv med lignende ordlyd, oppfyller de strenge vilkårene som følger av EMK og Grunnloven. I tillegg er det inntatt en setning i lovteksten om hvordan ordlyden skal tolkes, noe som i forarbeidene ble uttalt å være avgjørende for bruk av ordlyd som i seg selv kan fremstå uklar.¹⁴⁴

I tillegg har den fastsatte strafferammen betydning for hvor presis lovteksten må være. Særlig interessant er det å se hen til dansk rett, som har ordlyd tilsvarende forslaget i Norge.

Danmark har ingen minstestraft for voldtekt, noe som tilsier at kravet til presisjon er et annet enn i norsk rett hvor minstestraft gjør seg gjeldende. For å illustrere forskjellene mellom de ulike strafferammene har jeg laget et diagram:

¹⁴⁴ SOU 2016: 60, s. 195.



Diagrammet viser at Norge klart skiller seg fra Sverige og Danmark hva gjelder nivået på strafferammene. Selv om normalstraffen for voldtekt til samleie i norsk rett er 4 år og for grov voldtekt til samleie 5 år,¹⁴⁵ risikerer tiltalte for voldtekt/grov voldtekt en vesentlig høyere straff enn i de andre landene. På bakgrunn av tankegangen om at strengere strafferamme krever mer presis gjerningsbeskrivelse er det problematisk å direkte sammenligne Norge med Sverige og Danmark, fordi det er grunn til å hevde at den nedre grensen for presisjonskravet ikke er sammenfallende mellom landene.

I utgangspunktet er det noe større rom for å sammenligne norsk og islandsk voldtektbestemmelse. Begge landene opererer med minstestraft og en forholdvis høy øvre strafferamme for voldtekt. Island benytter tilsvarende ordlyd som er foreslått i Norge som grunnvilkår, men Alltinget mente at ordlyden «samtykke» ikke er klar nok isolert sett, og at bruk av ordlyden i lovtekst forutsetter en nærmere redegjørelse av dens innhold. Dette kan tilsi at det også i norsk rett kreves at ordlyden defineres i lovteksten for å tilfredsstille presisjonskravet.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 229.

Oppsummert er det nødvendig å gå grundig til verks for å kunne sammenligne lovgivningen i de fire landene og trekke slutningen at deres lovgivning er et argument for å innføre samtykkelov i norsk rett.

7. Avsluttende vurdering

Gjennom oppgaven kommer det klart frem at ordlyden «samtykke» er vid, og at grensen for hva som regnes som tilstrekkelig for et virksomt samtykke er uklar.

For å tilfredsstille lovskravet er det, etter min mening, avgjørende at en samtykkelov består av mer enn bare å tilføye ordlyden «samtykke» i voldtektsstraffebudet. Det er nødvendig at ordlydens innhold presiseres nærmere i lovteksten, slik som i svensk og islandsk rett. En nærmere redegjørelse av kravene for strafferettslig samtykke er nødvendig for å unngå at loven rekker videre enn hva lovgiver har ment. Av samme grunn må kravene til et virksomt samtykke løsriveres fra privatrettens krav til samtykke, da flere av delkravene ikke er egnet i vurderingen av om et faktisk samtykke til seksuell omgang er virksomt. På denne måten unngås blant annet at samtykke basert på løgnaktige forhold skal regnes som voldtekt som følge av at det ikke forelå virksomt samtykke, som vist i kasus 5. Dette er særlig viktig fordi det ikke er ønskelig å legge opp til en lovtekst hvor det stadig er behov for innskrenkede tolkning av straffebudet.

Det kan også være behov for å vurdere om minstestrafen bør nedjusteres. I så fall vil presisjonskravet kunne justeres tilsvarende.

Under den forutsetning at de ovennevnte omstendigheter ikke hensyntas, er min oppfatning at en samtykkelov kan være grunnlovsstridig. Jeg mener det vil være problematisk for borgerne, med ordlyden «samtykke», å forstå hva som kreves av de for å handle lovlydig. Den største utfordringen knytter seg til den faktiske og rettslige tvilen en samtykkevurdering medfører, herunder ordlydens uklare grenser som skissert i kasusene i *punkt 4.3.1*. På grunn av det særlig strenge presisjonskravet som gjør seg gjeldende for straffebud med minstestraft på 3 år mener jeg at ordlyden «samtykke» isolert, uten nærmere redegjørelse, er så upresis at den faller under den nedre grensen til presisjonskravet.

8. Kilderegister

8.1 Litteratur

- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3.utg. 2011, 2.opplag 2013, Fagbokforlaget
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5.utg., Fagbokforlaget 2018
- Aall (2021) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Fagbokforlaget 2021
- Bragadóttir (2020) Bragadóttir, Ragnheidur, *Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law*, i *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol 8 No 2, 2020, s. 54–77
- Frøberg (2013) Frøberg, Thomas, «Til det rettslige voldtektsbegrepets genealogi», i *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland*, Alf Petter Høgberg, Trond Eirik Schea, og Runar Torgersen (red.) Cappelen Akademisk forlag 2013, s. 31–56
- Gisle (2010) Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utg., Kunnskapsforlaget 2010
- Gröning mfl. (2016) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Fagbokforlaget 2016
- Gröning mfl. (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En*

systematisk fremstilling av norsk strafferett, 2.utg.,
Fagbokforlaget 2019

Hansen mfl. (2021)

Hansen, Maja og Maria Hardeberg Bach og Nina Beck Hansen, *Psykiske og fysiske reaksjoner under og etter et seksuelt overgrep*, i *Voldtægtssagen – rettssystemets akilleshæl: Teori og praksis*, Tine Sjøberg, Trine Baumbach, Linda Kjær Minke (red.), Djøf forlag 2021

Hurd (1996)

Hurd, Heidi, *The moral magic of consent*, i *Legal Theory 2*, Cambridge University press 1996, s.121–146

Husabø (1994)

Husabø, Erling Johannes, *Rett til sjølvvalt livsavslutning?*, Ad Notam Gyldendal 1994

Jacobsen (2019)

Jacobsen, Jørn, *Valdtektsstraffebudet: Gjeldande rett og spørsmålet om reform*, Fagbokforlaget 2019

Jacobsen og Aasen (2019)

Jacobsen, Jørn og Henriette Sinding Aasen, *Når mangler et «samtykke»? : utfordringer knyttet til et samtykkebasert voldtektsstraffebud*, i *Integritet og ære: Festskrift til Henry John Mæland*, Magnus Matningsdag og Asbjørn Strandbakken (red.) Gyldendal 2019, s. 94–119

Jacobsen mfl. (2020)

Jacobsen, Jørn, Erling Johannes Husabø, Linda Gröning, og Asbjørn Strandbakken, *Forbrytelser i utvalg: Straffelovens regler om voldsforbrytelser, seksualforbrytelser, formuesforbrytelser og narkotikaforbrytelser*, Fagbokforlaget 2020

Jacobsen, Skilbrei (2020)

Jacobsen, Jørn og May-Len Skilbrei, *Reforming the rape offence in Norwegian criminal law*, i *Bergen*

- Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol 8
No 2, 2020, s. 78–94
- Matningsdal (2016) Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*,
2.utg., Fagbokforlaget 2016
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg.,
Universitetsforlaget 2004
- Strandbakken (2004) Strandbakken, Asbjørn, *Grunnloven § 96*, i *Jussens
venner*, 2004 s. 166–215
- Thoresen og Hjemdal (2014) Thoresen, Siri og Ole Kristian Hjemdal (red.), *Vold
og voldtekt i Norge: En nasjonal forekomststudie av
vold i et livsløpsperspektiv*, Rapport 1/2014 (2014)
- Vestergaard (2020) Vestergaard, Jørn, *The rape law revision in
Denmark: Consent or voluntariness as the key
criterion?*, i *Bergen Journal of Criminal Law and
Criminal Justice*, Vol 8 No 2, 2020, s. 5–32

8.2 Artikler fra nettside

- Amnesty (2021) Amnesty, «Elsa ble voldtatt – men overgrepet kunne
ikke etterforskes», *amnesty.no*, publisert 13.08.2020,
<https://amnesty.no/aksjon/elsa-samtykkelov>, (sist lest
07.12.2021)

- Frølich (2021) Frølich, Peter, “Samtykkeloven er feil og farlig”, TV2, publisert 07.06.2021 [kronikk], <https://www.tv2.no/a/14042376/>, (sist lest 07.12.2021)
- Heldahl (2021) Heldahl, Henrik «Høyre og SP-topper knallhardt ut mot Amnesty: - Helt på bærtur om samtykkelov», *Nettavisen*, publisert 08.06.2021, <https://www.nettavisen.no/nyheter/hoyre-og-sp-topper-knallhardt-ut-mot-amnesty-helt-pa-bartur-om-samtykkelov/s/12-95-3424138178>, (sist lest 07.12.2021)
- Hurdalsplattformen (2021) Arbeiderpartiet og Senterpartiet, «Hurdalsplattformen: For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet: 2021-2025» *arbeiderpartiet.no*, publisert 13.10.2021, https://res.cloudinary.com/arbeiderpartiet/image/upload/v1/ievv_filestore/43b0da86f86a4e4bb1a8619f13de9da9afe348b29bf24fc8a319ed9b02dd284e, (sist lest 07.12.2021)
- Islandsk justisdepartement Islandsk justisdepartement, «The General Penal Code 1940 no. 90 (12. February)», *government.is*, udatert, <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=dd8240cc-c8d5-11e9-9449-005056bc530c> (sist lest 07.12.2021)

Politiet v/Kripos (2020)

Politiet v/Kripos, «Rapporter om voldtekt og seksuelle overgrep», *politiet.no*, datert 20.10.2020, <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/tall-og-fakta/voldtekt-og-seksuelle-overgrep--statistikk/>, (sist lest 07.12.2021)

Robberstad (2018)

Robberstad, Anne, *Voldtekt uten vold?*, i *Aftenposten*, 19.–20. mai 2018 [kronikk], <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/6n049e/voldtekt-uten-vold-anne-robberstad>, (sist lest 07.12.2021)

8.3 Lover

8.3.1 Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges lov (Grunnloven)

Lov 20. august 1842 nr.12 om forbrydelser (Kriminalloven) (*opphevet*)

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (*opphevet*)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

8.3.2 Utenlandske lover

Lovbekendtgørelse 2021-09-20 nr. 1851 Straffeloven [Danmark]

Almenn hegningarlög nr.19/1940 [Alminnelig straffelov] [Island]

Lög um breytingu á almennum hegningarlögum, nr.19/1940 með síðari breytingum (Samningur Evrópuráðsins um forvarnir og baráttu gegn ofbeldi gegn konum og heimilisofbeldi) [Lov om endring av alminnelig straffelov, nr. 19/1940 med senere endringer]

(Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i hjemmet)] [Island]

Brottsbalken SFS (1962:700) 21.desember 1962 [Sverige]

8.4 Lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner

8.4.1 Norske lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner

NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming: Straffelovkommisjonens delutredning I
Innst. S. nr. 206 (1994–1995)	Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentant Jan Simonsen om økte straffer for voldtektsforbrytelser
NOU 1997: 23	Seksuallovbrudd: Straffelovkommisjonens delutredning VI
Ot.prp. nr. 28 (1999–2000)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)
NOU 2008: 04	Fra ord til handling – Bekjempelse av voldtekt krever handling
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Prop. 66 S (2016–2017)	Samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 11. mai 2011 om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner

Innst. 301 S (2016–2017)	Innstilling fra justiskomiteen om Samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 11. mai 2011 om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner
Vedtak 703 i Stortinget (2017)	Stortinget samtykker i ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 11. mai 2011 om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner
Dokument 8:96 S (2017–2018)	Representantforslag om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke
Innst. 188 S (2017–2018)	Innstilling fra justiskomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Petter Eide, Kari Elisabeth Kaski, Nicholas Wilkinson og Karin Andersen om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke
NOU 2020: 4	Straffelovrådets utredning nr. 1: Kriminalisering av deltakelse i og rekruttering til kriminelle grupper
Handlingsplan mot voldtekt (2019–2022)	Justis- og beredskapsdepartementet, Handlingsplan

8.4.2 Utenlandske lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner

SOU 2010: 71	Sexualbrottslagstiftningen – utvärderingen och reformförslag [Sverige]
SOU 2016: 60	Ett starkare skydd för den sexuella integriteten [Sverige]
Prop. 2017/18: 177	En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet [Sverige]
Þingskjal 638, 148 [Stortingsdokument 638, 148]	Löggjafarþing 10. mál: almenn hegningarlög (kynferðisbrot) Lög nr. 16 5. apríl 2018 [lovgivende forsamling utgave 10: Generell straffelov (seksuelle lovbrudd)]
L 85	Lovforslag af 11. november 2020 til lov om ændring af straffeloven (Samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse) [Danmark]

8.5 Rettsavgjørelser

8.5.1 Høyesterett

Rt. 1952 s. 989 A	Rt. 2012 s. 1103 A
Rt. 1972 s. 243 A	Rt. 2014 s. 238 A
Rt. 1987 s. 981 A	HR-2016-1458-A
Rt. 1989 s. 517 A	HR-2017-968-A
Rt. 1989 s. 979 A	HR-2018-871-A
Rt. 1990 s. 319 A	HR-2018-875-A
Rt. 1993 s. 117 U	HR-2018-1340-U
Rt. 1993 s. 963 A	HR-2019-900-A

Rt. 2001 s. 1379 A	HR-2019-1234-A
Rt. 2005 s. 1628 A	HR-2019-1675-A
Rt. 2009 s. 780 A	HR-2020-955-A
Rt. 2012 s. 313 A	HR-2021-1780-A

8.5.2 Lagmannsretten

LG-2013-105162 Gulating lagmannsrett

LF-2018-76465 Frostating lagmannsrett

8.5.3 Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Kafkaris mot Kypros [GC], dom av 12. desember 2008, no. 21906/04

M.C mot Bulgaria [J], dom av 04. desember 2003, no. 39272/98

Sunday Times mot Storbritannia [P], dom av 06. november 1980, no. 6538/74

8.6 Internasjonale konvensjoner og dokument

EMK	Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter
Istanbul-konvensjonen	Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (CETS 210), 11. mai 2011