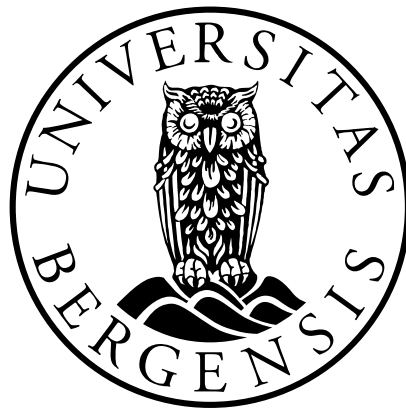


# Straffeloven § 291

*Bør fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang klassifiseres som voldtekt?*

Kandidatnummer: 64

Antall ord: 14 951



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Aktualitet – hvorfor undersøke voldtekt og samtykke i voldtektslovgivningen? .....	4
1.3 Metode.....	5
1.4 Fremstillingen videre.....	7
2 Samtykkebegrepet .....	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Nærmere om samtykke i straffeloven kapittel 26 .....	8
2.3 Rammer straffeloven § 297 seksuell omgang? .....	10
2.4 Tilbakesyn: Lovgivers tidligere vurderinger av samtykkeregulering .....	12
2.5 Utsyn: Samtykkebasert lovregulering av voldtekt .....	13
2.5.1 Lovregulering av voldtekt i Sverige.....	13
2.5.2 Lovregulering av voldtekt i Danmark .....	14
2.5.3 Europakommisjonens forslag til direktiv «on combating violence against women and domestic violence» .....	15
2.6 Hvordan bør temaet frivillighet reguleres i straffeloven § 291? .....	17
3 Folkerettslige forpliktelser .....	21
3.1 Innledning.....	21
3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen.....	21
3.3 Kvinnekonvensjonen.....	23
3.4 Istanbul-konvensjonen .....	25
4 Hvilke handlinger rammes ikke av straffeloven § 291?.....	27
4.1 Innledning.....	27
4.2 Vold eller truende atferd .....	27
4.3 Bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen .....	32
4.4 Seksuell omgang med en annen eller seg selv .....	36
5 Bør fravær av samtykke fra fornærmede klassifiseres som voldtekt? .....	37
5.1 Innledning.....	37
5.2 Rettsutviklingen – mot en europeisk rettsenhet?.....	37
5.3 Seksuell omgang uten samtykke – et eget straffebed?.....	38
5.4 Det strafferettslige legalitetsprinsippet.....	40

5.5	Bevistema .....	41
5.5.1	Innledning.....	41
5.5.2	Økt rettsbeskyttelse for fornærmede? .....	42
5.5.3	Åpner fravær av samtykke for at uskyldige anmeldes, etterforskes og straffefølges? .....	43
5.6	Språklige assosiasjoner av voldtekt.....	45
5.7	Straffenivå .....	46
5.8	Oppsummering .....	48
	Litteraturliste .....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede temaet for oppgaven er gjerningsbeskrivelsen i straffeloven (strl.) § 291 og om gjerningsbeskrivelsen bør endres slik at seksuell omgang uten samtykke fra fornærmede klassifiseres som voldtekt. Straffebudet mot voldtekt er sammensatt av flere bestemmelser i tillegg til § 291, hvor § 292 regulerer minstestStraff ved visse typer voldtekter og § 293 regulerer grov voldtekt.

Voldtekt anses som det mest alvorlige lovbruddet i straffeloven kapittel 26 om seksuallovbrudd. Dette understrekes ved at bestemmelsen er plassert først i kapitlet og har høyest strafferamme. Videre er alvorlige seksuallovbrudd, en straffbar handling som kan medføre fengsel i mer enn 6 år, en straffesakstype som er prioritert av riksadvokaten.<sup>1</sup> Hensynet bak voldtektsstraffebudet er vern om den enkeltes seksuelle integritet, og til dels fysiske og psykiske integritet.<sup>2</sup>

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt. Er vilkår om fravær av samtykke fra fornærmede en nødvendig forutsetning for å sikre et effektivt rettsvern ved voldtekt, og kan en slik endring av gjerningsbeskrivelsen ha uheldige virkninger når det gjelder straffenivå, stigmatisering eller åpne for flere domfellelser av uskyldige? Med fravær av samtykke siktes det til at fornærmede ikke har gitt bekreftelse på at det er tatt et aktivt og frivillig valg om seksuell omgang. Samtykke fra fornærmede er etter seksuallovbruddkapitlet gjennomgående et tema i flere straffebud. Samtykkebetraktninger gjør seg gjeldende i straffebudene i form av en allmenn samtykkeregulering, fravær av samtykkekompetanse hos visse personer eller i visse situasjoner og fravær av muligheten til å gi et reelt samtykke.<sup>3</sup>

Hovedproblemstillingen kan ses i lys av strafferettslige parametere, herunder kriminalisering, strafferamme, straffenivå og strafferettslig klassifisering. Med kriminalisering siktes det til hvilke handlinger som skal forbys og ilegges straff.<sup>4</sup> Strafferammen angir den nedre og øvre

---

<sup>1</sup> RA-2022-1 punkt V.

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 226.

<sup>3</sup> Se punkt 2.2.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 21.

grensen for straff ved lovbrudd.<sup>5</sup> Strafferettslig klassifisering angir hvilket straffebud en straffbar handling skal subsumeres under.

## 1.2 Aktualitet – hvorfor undersøke voldtekt og samtykke i voldtektslovgivningen?

I 2020 ble totalt 2063 saker om voldtekt etterforsket.<sup>6</sup> Av disse sakene, ble 679 lovbrudd oppklart, hvor tiltalte ble tatt ut i 460 saker. Imidlertid ble 1384 av sakene uoppklarte lovbrudd, herunder som følge av manglende bevis og opplysninger om gjerningspersonen. I flesteparten av voldtektssakene er menn anmeldt og kvinnen offer.<sup>7</sup> Voldtekt og andre seksuallovbrudd er også et kriminalitetsområde hvor det er antatt å foreligge høye mørketall, hvor kun et fåtall av overgrep blir anmeldt.<sup>8</sup>

Antallet anmeldelser viser at voldtekt er et eksisterende samfunnsproblem. Lovreguleringen har ikke løst disse utfordringene. Et annet bevistema som fravær av samtykke, kan medføre at terskelen for å anmelde voldtekter blir lavere, slik at mørketallene reduseres. Ett nytt bevistema kan også bidra til at det blir enklere for påtalemyndigheten å føre bevis for voldtekt, slik at antallet domfellelser øker.<sup>9</sup>

Den norske definisjonen av voldtekt er omdiskutert. Utgangspunktet syntes det å være enighet om, seksuell omgang skal være frivillig. Etter seksuallovbruddkapitlet er det et grunnleggende utgangspunkt at all seksuell kontakt skal være basert på frivillighet.<sup>10</sup> Unigheten i debatten er hvordan frivillighet skal reguleres i voldtektsstraffebudet. I andre land har voldtektsstraffebudet blitt reformert, hvor samtykke har blitt sentralt gjerningselementet.<sup>11</sup>

I regjeringens handlingsplan mot voldtekt for 2019-2022 fremgår det at regjeringen skal «...vurdere behovet for en samlet gjennomgang av den strafferettslige reguleringen av

---

<sup>5</sup> Ibid. s. 23.

<sup>6</sup> <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/kriminalitet-og-rettsvesen/statistikk/etterforskede-lovbrudd> (30.04.2022).

<sup>7</sup> <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/voldtekt-og-seksuallovbrudd/voldtektssituasjonen-i-norge-2019.pdf> s. 5 (07.05.2022.)

<sup>8</sup> Ibid. s. 7.

<sup>9</sup> Se punkt 5.5.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 220.

<sup>11</sup> Se punkt 2.5.

seksuallovbruddene...».<sup>12</sup> Straffelovrådet fikk i mars 2021, et mandat til og arbeider for tiden med gjennomgang av straffeloven kapittel 26.<sup>13</sup> I oppdraget er det fremhevet at Straffelovrådet skal se hen til utviklingen internasjonalt, inkludert Norden, i retning av å tillegge samtykke større vekt ved definisjonen av voldtekt.<sup>14</sup> Straffelovrådet skal også vurdere alternativer til samtykkebasert voldtektsdefinisjon. Etter regjeringsskifte høsten 2021, fremgår det også av Hurdalsplattformen (2021-2025) at regjeringen skal utrede om straffeloven bør endres, slik at seksuell omgang uten samtykke er forbudt og definert som voldtekt. Videre skal det fremsettes lovforslag om dette.<sup>15</sup>

Det har pågått en hoveddebatt om voldtektsstraffebudet i flere år og i ulike fora. Om samtykkekrav skulle tilføyes voldtektsstraffebudet ble allerede vurdert i 1997.<sup>16</sup> På Rett24.no har det nylig vært flere innlegg om temaet. Hellesten og Rød hevder i ett innlegg at seksuell omgang uten samtykke ikke er straffbart etter dagens lovgivning.<sup>17</sup> Eide problematiserer hva samtykke er.<sup>18</sup> I motsvar til Hellesten og Rød, skriver Aasen at seksuell omgang uten samtykke er straffbart.<sup>19</sup>

På årets kvinnedag publiserte Europakommisjonen i Den europeiske union (EU) et forslag til direktiv, hvor formålet er å effektivt bekjempe vold mot kvinner og vold i hjemmet.<sup>20</sup> Direktivet stiller krav til kriminalisering og sanksjoner for lovbrudd. Artikkel 5 i forslaget regulerer voldtekt, og det sentrale gjerningselementet er «non-consensual».

### 1.3 Metode

I oppgaven benyttes nasjonal lovgivning for å klargjøre hva som er klassifisert som voldtekt etter § 291. En metodisk utfordring ved oppgaven er å klarlegge hvilke tilfeller av ufrivillig seksuell omgang som ikke rammes av § 291. Ved tolkningen av § 291 benyttes rettsdogmatisk metode og det forutsettes at denne metoden er kjent.

---

<sup>12</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/1469f9bedad1476aad0369ee899ab65/handlingsplan-mot-voldtekt-20192022.pdf> s. 50 (30.04.2022).

<sup>13</sup> <https://nettsteder.regjeringen.no/straffelovradet/mandat/> (21.03.2022).

<sup>14</sup> Straffelovrådet skal avgi sin utredning innen 15.12.2022.

<sup>15</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hurdalsplattformen/id2877252/> (04.02.2022).

<sup>16</sup> Se punkt 2.4.

<sup>17</sup> <https://rett24.no/articles/vi-onsker-a-legge-frem-fulgende-praktikumsoppgave-til-statsrad-mehl> (21.03.2022).

<sup>18</sup> <https://rett24.no/articles/seksuell-omgang-hva-er-egentlig-et-samtykke> (21.03.2022).

<sup>19</sup> <https://rett24.no/articles/seksuell-omgang-uten-samtykke-er-straffbart> (21.03.2022).

<sup>20</sup> Europakommisjonen (2022), direktivet er tilgjengelig på: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_1533](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1533) (27.04.2022)

Konvensjoner benyttes for å klargjøre Norges folkerettslige forpliktelser ved voldtekt. Ved tolkningen av konvensjoner tas det utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31, som anses som folkerettslig sedvanerett.<sup>21</sup> Etter artikkel 31 nr. 1 skal det ved tolkningen av konvensjoner tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden, dens formål og kontekst. Det brukes også forklarende tekster, internasjonale dommer og avgjørelser i tolkningen av konvensjonene. Utover dette forutsettes det at den folkerettslige metoden er kjent.

En metodisk utfordring i oppgaven er hvordan samtykkekrav bør utformes i § 291. Ved redegjørelsen av samtykkekravet ses det hen til ulike alternativer for samtykkeregulering, Europakommisjonens forslag til direktiv, svensk og dansk rett. Ved tolkningen av forslaget til direktiv, tas det utgangspunkt i ordlyden og fortalen til direktivet. Ved tolkningen av svensk og dansk rett tas det utgangspunkt i lovteksten og tilhørende forarbeider.

Hovedvinklingen i oppgaven er i stor grad rettspolitisk. Jeg vil dermed kort redegjøre for utgangspunktene ved rettspolitisk metode. Selv om oppgaven er rettspolitisk, er gjeldende rett utgangspunktet for den rettspolitiske drøftelsen. Gjeldende rett setter dermed rammene for den rettspolitiske drøftelsen. Oppgavens adressat er lovgiver, med spørsmålet om loven bør endres.<sup>22</sup> En utfordring ved rettspolitisk metode er at rettspolitikk ikke er et entydig begrep.<sup>23</sup> Thomas Horn mener at rettspolitisk metode bør baseres på en «...diskursiv forståelse der det sentrale blir å analysere og bringe til torgs argumenter og perspektiver som kan berike diskursen, som kan legge til rette for at lovgiver skal treffe mer reflekterte valg.»<sup>24</sup>

Det er ikke gitt at resultatet av drøftelsen er at loven bør endres. Argumenter som benyttes i oppgaven må være tilstrekkelig underbygget for at de skal kunne berike drøftelsen.<sup>25</sup> Rettspolitikk fordrer drøftelse av alle relevante perspektiver og argumenter som kan belyse flere sider av saken.

---

<sup>21</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

<sup>22</sup> Horn (2017) s. 74.

<sup>23</sup> Ibid. s. 77.

<sup>24</sup> Ibid. s. 75.

<sup>25</sup> Ibid. s. 75.

## **1.4 Fremstillingen videre**

Fremstillingen videre starter med en redegjørelse av samtykkebegrepet i punkt 2. Deretter undersøkes det i punkt 3 om folkerettslige forpliktelser stiller krav til utformingen av voldtektsstraffebudet. I punkt 2 undersøkes det om det foreligger tilfeller av ufrivillig seksuell omgang som ikke rammes av § 291. Til slutt foretas det en rettspolitisk drøftelse om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt.



## 2 Samtykkebegrepet

### 2.1 Innledning

Det overordnede formålet med punkt 2 er å klarlegge hvordan temaet frivillighet bør reguleres i § 291 og hvilke samtykkekriterier som bør gjelde. Dette redegjøres først for i punkt 2.6. Før klarleggingen av samtykkekriteriene, undersøkes ulike alternativer for samtykkeregulering.

Det redegjøres i punkt 2.2 for hvordan samtykke er regulert straffeloven kapittel 26. Deretter i punkt 2.4 foretas det et tilbakesyn av lovgivers tidligere vurderinger av samtykkeregulering. I punkt 2.5 foretas det utsyn til hvordan samtykkekrav er regulert i Sverige, Danmark og Europakommisjonens forslag til direktiv. Hvilke samtykkekriterier som skal gjelde, er også relevant for punkt 4 om hvilke handlinger som ikke rammes av § 291. Redegjørelsen i punkt 2 vil bidra til å klarlegge hvilke handlinger som faller utenfor voldtektsstraffebudet, men i tilfelle rammes av en samtykkebestemmelse. Samtykkekriteriene er også aktuell for den rettspolitiske drøftelsen i punkt 5 om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt.

### 2.2 Nærmere om samtykke i straffeloven kapittel 26

Gjennomgående bygger reguleringen i straffeloven kapittel 26 på samtykkeelementer. I forarbeidene fremgår det at straffebudene i seksuallovbruddkapittelet verner ulike hensyn, det kan skilles mellom vern overfor den enkelte mot seksuelle overgrep og vern av samfunnsinteresser.<sup>26</sup> Straffebud som er begrunnet i vern mot seksuelle overgrep har i utgangspunktet til felles at fravær av samtykke gjør handlingene straffverdige.<sup>27</sup> Samtykkeelementene i seksuallovbruddkapittelet vil i det følgende bli redegjort for.

Straffeloven §§ 299 og 302 regulerer allment fravær av samtykkekompetanse hos en gruppe personer. Straffeloven § 299 regulerer voldtekt av barn under 14 år. Det eneste vilkåret etter bokstav a er «seksuell omgang». I likhet med § 299, rammer § 302 den som har «seksuell omgang» med barn «mellom 14 og 16 år», uten ytterligere kvalifiserte vilkår. Straffeloven § 302 klassifiserer ikke handlingen som voldtekt.

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 211.

<sup>27</sup> Fredriksen (2021) s. 278.

Begrunnelsen for at «seksuell omgang» er eneste vilkår etter §§ 299 og 302 er at den seksuelle lavalder er 16 år.<sup>28</sup> Regelen bygger på en forutsetning om at barn under en viss alder ikke har tilstrekkelig bevissthet til sin seksualitet.<sup>29</sup> Den seksuelle lavalder er ment å beskytte barn mot seksuallovbrudd, slik at det er uten betydning om barnet har tatt initiativ.<sup>30</sup> Barn under 16 år kan ikke gi straffriende samtykke til seksuell omgang og har allment fravær av samtykkekompetanse.

Videre bygger straffeloven §§ 295 og 296 på en forutsetning at personer av ulike grunner kan være i posisjoner hvor de ikke anses samtykkekompetente. I denne kategorien er det tale om situasjonsbestemt fravær av samtykkekompetanse, som er av allmenn karakter.

Straffeloven § 295 rammer seksuell omgang fremskaffet ved misbruk av overmaktforhold og lignende. I forarbeidene fremheves det at den seksuelle omgangen er oppnådd på en måte som utelukker reell frivillighet.<sup>31</sup>

Straffeloven § 296 regulerer ulike tilfeller av seksuell omgang med innsatte i institusjon. Enhver seksuell omgang omfattes, men det må foreligge en myndighetssituasjon.<sup>32</sup> Straffebudet bygger på at fornærmede er i en slik situasjon at vedkommende enklere kan utnyttes, og anses ikke samtykkekompetent til seksuell omgang.

Verken strl. §§ 295 og 296 krever kvalifiserte omstendigheter. Straffebudene rammer situasjoner hvor det ikke kan antas å foreligge gyldig samtykke, eller det kan reises tvil om frivilligheten fra partneren.<sup>33</sup> Fellestrekket ved bestemmelsene er at personene som omfattes har behov for et særskilt vern mot seksuell omgang.<sup>34</sup> Straffebudene i denne kategorien klassifiserer ikke handlingene som voldtekt.

Etter straffeloven § 291 bokstav a-c er det angitt handlingsalternativer som klassifiseres som voldtekt. Samtykke er ikke eksplisitt regulert i voldtektsstraffebudet, men samtykkebetraktninger er likevel relevant. For det første vil det ikke anses som voldtekt, om det blir samtykket til seksuell omgang med omstendigheter som rammes av straffebudet.<sup>35</sup> For

---

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 242.

<sup>29</sup> Ibid. s. 242.

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 50.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 236.

<sup>32</sup> Ibid. s. 240.

<sup>33</sup> Jacobsen og Sinding Aasen (2019) s. 97.

<sup>34</sup> Fredriksen (2021) s. 305.

<sup>35</sup> NOU 1997:23 s. 46-47.

det andre angir handlingsalternativene presiseringer på tilfeller hvor samtykke ikke anses å foreligge, såkalte samtykkeutelukkende omstendigheter.<sup>36</sup> Dette kan indikere at samtykke foreligger i alle tilfeller, med unntak av de tilfellene som rammes av handlingsalternativene. Straffeloven § 291 skiller seg fra §§ 295 og 296 ved at straffebudet rammer fravær av samtykkemulighet eller samtykkekompetanse i den konkrete situasjonen og at handlingen klassifiseres som voldtekt.

I straffeloven § 297 er det gitt en allmenn samtykkeregulering. Etter straffebudet straffes den som foretar «seksuell handling» med noen som ikke har «samtykket» i det. Det gis en nærmere omtale av hvilke samtykkereguleringer som gjelder etter straffebudet. Samtykkereguleringene kan være egnet til å danne mønster for hvilke samtykkereguleringer som bør gjelde etter § 291.

Problemstillingen blir hva «samtykke» etter § 297 innebærer. Ordlyden av «samtykke» tilsier at fornærmede har gitt tillatelse. Etter ordlyden kan det ikke utledes formkrav til samtykket. I forarbeidene er det lagt til grunn at samtykket kan gis ved konkludent atferd.<sup>37</sup> Videre blir det i forarbeidene fremhevet at i situasjoner hvor fornærmede er truet eller har blitt tvunget til noe, taler dette mot at samtykke er gitt.<sup>38</sup> Det gjelder dermed krav om reelt samtykke og forutsetning om at fornærmede er i stand til å gi samtykket. Videre gir forarbeidene anvisning på at det skal foretas en helhetsvurdering av situasjonen for å avgjøre om samtykke foreligger.<sup>39</sup>

## **2.3 Rammer straffeloven § 297 seksuell omgang?**

Problemstillingen er om krenkelser som objektivt sett er seksuell omgang og klassifisert som voldtekt etter § 291, også rammes av § 297. Problemstillingen er aktuell fordi den gjelder spørsmålet om seksuell omgang uten samtykke er kriminalisert. Dersom seksuell omgang uten samtykke er kriminalisert, er temaet for denne oppgaven strafferamme, straffnivå og strafferettslig klassifisering.

En naturlig språklig forståelse av «seksuell handling» tilsier at enhver fysisk kjønnslig tilnærmelse omfattes. Ordlyden gir ingen anvisning på at visse seksuelle krenkelser skal falle

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 221.

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 240 med henvisning til Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s.115-116.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 116.

<sup>39</sup> Ibid. s. 116.

utenfor. Forarbeidene betegner seksuell handling som «...berøringer med seksuelt tilsnitt.»<sup>40</sup> Kyssing og beføling er ifølge forarbeidene eksempler på seksuelle handlinger.<sup>41</sup> En naturlig språklig forståelse av «seksuell omgang» tilsier at det foreligger en kjønnslig forbindelse. Etter rettspraksis er samleie og samleielignende forhold som bedømmes som samleiesurrogat ment å anse som seksuell omgang.<sup>42</sup> Samleie og samleielignende forhold innebærer at det foreligger fysisk tilnærmelser og berøringer, slik at dette etter en ordlydstolkning omfattes av «seksuell handling».

I forarbeidene tilkjennegir departementet, i forbindelse ved vurderingen av samtykkeregulering, at dersom seksuell omgang uten samtykke finner sted, men handlingsalternativene etter § 291 eller andre straffebud mot seksuell omgang ikke er anvendelig, kan det vurderes om § 297 «...kan anvendes for å dekke i hvert fall visse sider av handlingen.»<sup>43</sup> Departementet foretar ikke en konkret vurdering av om seksuell omgang omfattes av seksuell handling. Forarbeidene gir anvisning på at § 297 kan dekke «visse sider av handlingen». Det er nærliggende å anta at «visse sider av handlingen» gjelder den seksuelle krenkelsen og ikke andre sider ved forholdet. Paragraf 297 inneholder ikke kvalifiserende omstendigheter, slik at straffebudet ikke vil ramme andre sider av handlingen enn den seksuelle krenkelsen.

Hensynet til systematikk trekker også i retning av at handlinger som objektivt sett er seksuell omgang anses som seksuelle handlinger. Seksuell omgang og seksuell handling er begreper i seksuallovbruddkapitelet som blir brukt for å skille mellom krenkelser av ulik alvorlighetsgrad. Straffebudene gir dermed anvisning på ulike grader av alvorlighet ved seksuelle krenkelser. Dette tilsier at et mer alvorlig forhold, også omfattes av et straffebud som forbyr et mindre alvorlig forhold.

I juridisk teori har Matningsdal ved den aktuelle problemstillingen uttalt at «[l]øsningen er opplagt, idet vilkåret for straff etter § 297 er overoppfyllt i et slikt tilfelle.»<sup>44</sup> Jacobsen har også uttalt at «Paragraf 297 er [...] eit av dei sentrale alternativa for tilfelle som ikkje omfattast av valdtektsstraffebudet».<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 241.

<sup>41</sup> Ibid. s. 241.

<sup>42</sup> HR-2017-968-A avsnitt 49.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 221-222.

<sup>44</sup> Matningsdal (2016) s. 278.

<sup>45</sup> Jacobsen (2019) s. 88.

I underrettspraksis har forhold hvor det foreligger seksuell omgang uten at handlingsalternativene etter § 291 er oppfylt, blitt subsumert under § 297. Dette illustreres av LA-2021-91046, hvor tiltalte ble domfelt etter § 297 for handlinger som objektivt sett var seksuell omgang. Fornærmede våknet av at domfelte hadde sin penis i hennes vagina og fornærmede forsøkte å dytte domfelte bort, uten at handlingen opphørte. Fornærmede hadde grått, og domfelte spurte hvorfor. Fornærmede svarte at hun ikke ønsket seksuell omgang. Det var ikke aktuelt å dømme etter straffeloven § 291, fordi vilkåret om «vold eller truende atferd» ikke var oppfylt. Det kunne ikke utelukkes at fornærmede var delvis våken, og dermed ikke «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» etter § 291 bokstav b. Lagmannsretten var ikke i tvil om at fornærmede ikke ønsket å ha seksuell omgang og at hun ikke hadde samtykket.

Konklusjonen er at forhold som objektivt sett er seksuell omgang også omfattes av seksuell handling. Seksuell omgang uten samtykke er kriminalisert etter straffeloven § 297. Temaet for oppgaven er dermed strafferamme, straffenivå og strafferettslig klassifisering.

## **2.4 Tilbakesyn: Lovgivers tidligere vurderinger av samtykkeregulering**

Det har tidligere blitt vurdert av lovgiver om samtykkekrav bør lovfestes i voldtektsstraffebudet. I 1995 fikk seksuallovbruddutvalget til oppdrag å vurdere «om kravet til samtykke kommer godt nok frem i voldtektsbestemmelsen».<sup>46</sup> Seksuallovbruddutvalgets flertall mente at det ikke bør foreslås et straffebud som kun retter seg mot seksuell omgang uten samtykke.<sup>47</sup> Det ble ansett lite praktisk at seksuell omgang mot noens vilje forekommer uten at det foreligger kvalifiserende omstendigheter eller som blir regulert av andre bestemmelser i seksuallovbruddkapittelet.<sup>48</sup> Et mindretall i seksuallovbruddutvalget går imidlertid inn for et straffebud som rammer seksuell omgang uten samtykke.<sup>49</sup> Departementet er enig med seksuallovbruddutvalgets flertall i at det ikke bør innføres en ny straffebestemmelse om seksuell omgang uten samtykke.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> NOU 1997:23 s. 7.

<sup>47</sup> Ibid. s. 23.

<sup>48</sup> Ibid. s. 22-23.

<sup>49</sup> Ibid. s. 100.

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 48.

Ved slutføringen av den spesielle delen av straffeloven 2005, ble det igjen vurdert om voldtektsbestemmelsen bør utformes slik at manglende samtykke blir et element i gjerningsbeskrivelsen.<sup>51</sup> Departementet anser det usikkert hvilke tilfeller seksuell omgang uten samtykke vil omfatte. Konklusjonen ble at voldtektsbestemmelsen ikke bør utvides.

I 2013 sendte Justis- og beredskapsdepartementet på høring om voldtektsstraffebudet burde utvides, slik at seksuell omgang uten samtykke ble omfattet.<sup>52</sup> Forslaget reiste prinsipielle spørsmålet som departementet ønsket å komme tilbake til ved en senere anledning.<sup>53</sup> Jeg kan imidlertid ikke se at forslaget senere har blitt fulgt opp.

Det har også blitt fremmet representantforslag i Stortinget om at straffeloven bør endres, slik at voldtekt er definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke.<sup>54</sup> Forslaget ble drøftet av justiskomiteen, men ikke vedtatt.<sup>55</sup>

## **2.5 Utsyn: Samtykkebasert lovregulering av voldtekt**

### **2.5.1 Lovregulering av voldtekt i Sverige**

I Sverige har det over lengre tid pågått en debatt om lovreguleringen av voldtekt.<sup>56</sup> I 2018 ble 6 kap. Om seksualbrott i brottsbalken reformert.<sup>57</sup> Voldtekt er etter svensk rett definert som når «en person inte deltar frivilligt» ved «genomför [av] ett samlag eller annan sexuell handling», jf. 6 kap. 1 § brottsbalken. Den nærmere forståelsen av «frivilligt» er presisert i lovteksten, hvor det skal «särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt». Videre gis det i lovteksten uttømmende presiseringer av tilfeller hvor en person «aldrig [kan] anses delta frivilligt».<sup>58</sup>

Det ble ikke ansett hensiktsmessig å vedta en legaldefinisjon av «frivilligt».<sup>59</sup> Den nærmere forståelsen av «frivilligt» ble overlatt til domstolene, hvor det må foretas en vurdering i hver

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 219.

<sup>52</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-straffeloven-1902-og/id714312/?expand=horingsbrev&lastvisited=undefined> (22.02.2022).

<sup>53</sup> Prop. 42 L (2015-2016) s. 8.

<sup>54</sup> Dok.nr. 8:96 S (2017-2018).

<sup>55</sup> Innst. 188 S (2017-2018) s. 4.

<sup>56</sup> Asp (2010) s. 216.

<sup>57</sup> Prop. 2017/18:177.

<sup>58</sup> Ibid. s. 33.

<sup>59</sup> Ibid. s. 33.

enkelt sak. I forarbeidene fremgår det at fornærmede ikke behøver å motsette seg handlingen uttrykkelig.<sup>60</sup> Dersom en partner forholder seg passivt eller gir tvetydige signaler har den initiativtagende part ansvaret for å kontrollere at partneren deltar «frivilligt».<sup>61</sup>

Ved reformen av voldtektsstraffebudet ble det vurdert om samtykke skulle være sentralt gjerningselement. Frivillighet ble ansett best egnet til å uttrykke seksuell selvbestemmelsesrett.<sup>62</sup> Det ble påpekt at samtykke rammer vidt, slik at det kunne ramme tilfeller som ikke burde være straffbare.<sup>63</sup> Det ble også påpekt at samtykke er regulert i andre bestemmelser i brottsbalken, slik at det var en risiko for samtykke ble praktisert ulikt i brottsbalken.<sup>64</sup>

## 2.5.2 Lovregulering av voldtekt i Danmark

I Danmark har også voldtektsstraffebudet blitt debattert. I januar 2021 trådte det nye danske voldtektsstraffebudet i kraft.<sup>65</sup> Etter dansk straffelov er voldtekt definert som «den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri», jf. Straffeloven § 216, stk. 1.

Lovendringen gikk imot Straffelovrådets flertalls forslag om frivillighetsbestemmelse, og har annen ordlyd enn mindretallets utkast.<sup>66</sup>

Justitsministeriet sin oppfattelse var at samtykke og frivillighet kunne føre til forskjellig resultat ved passivitetssituasjoner.<sup>67</sup> Samtykke var etter ministeries oppfatning best egnet til å uttrykke at den initiativtagende part har ansvaret for å undersøke at samtykke foreligger.

Frivillighet ble tolket i retning av å etterkomme en annens ønske.<sup>68</sup> Fokuset ved utformingen av voldtektsstraffebudet var å sikre seksuell selvbestemmelsesrett og samtykke ble også ansett best egnet til dette.<sup>69</sup>

Lovteksten inneholder ikke nærmere presiseringer for når det foreligger samtykke, eller tilfeller hvor det ikke foreligger et reelt samtykke. Det er overlatt til domstolen å avgjøre om

---

<sup>60</sup> Ibid. s. 32.

<sup>61</sup> Ibid. s. 43.

<sup>62</sup> Ibid. s. 30.

<sup>63</sup> Ibid. s. 33.

<sup>64</sup> SOU 2016:60 s. 200.

<sup>65</sup> LFF-2020-11-11 nr. 85 s. 1.

<sup>66</sup> Ibid s. 3-4.

<sup>67</sup> Ibid. s. 6.

<sup>68</sup> Ibid. s. 3.

<sup>69</sup> Ibid. s. 6.

samtykke foreligger i det konkrete tilfellet.<sup>70</sup> Lovforslaget inneholder imidlertid en detaljert redegjørelse for når samtykke skal anses å foreligge.<sup>71</sup> Samtykke skal være frivillig og uttrykk for individets frie vilje. Samtykke kan gis verbalt eller uttrykkes gjennom handlinger, som «kys, berøringer, nydende lyder eller relevante bevægelser».<sup>72</sup> Samtykket skal foreligge under hele samleiet og kan trekkes tilbake. Det må foretas en objektiv vurdering av personens ord og handlinger for å avgjøre om det foreligger samtykke. Det kan ikke ut fra offerets indre overbevisning avgjøres om det ble gitt samtykke eller ikke.<sup>73</sup>

### **2.5.3 Europakommisjonens forslag til direktiv «on combating violence against women and domestic violence»**

Europakommisjonens forslag til direktiv «on combating violence against woman and domestic violence» (heretter direktivet) artikkel 5 regulerer voldtekt og det sentrale gjerningselementet er «non-consensual». Bakgrunnen for vilkår om «non-consensual» er at flere medlemsland i EU har voldtektslovgivning som krever makt eller trusler.<sup>74</sup> Det er forventet at direktivet skal iverksettes i perioden fra 2025/26 til 2027.<sup>75</sup> Etter at direktivet har trådt i kraft, er medlemslandene i EU forpliktet til å implementere direktivet innen to år.<sup>76</sup>

Dersom forslaget er EØS-relevant, vil direktivet være en potensiell folkerettslig forpliktelse, og høre til under oppgavens punkt 3 om folkerettslige forpliktelser. Med EØS-relevant siktes det til hvilke deler av EU-retten som faller innenfor EØS-avtalens virkeområde.<sup>77</sup> EØS-avtalen gjelder regler om det indre marked, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2. EFTA-landenes synspunkt har lenge vært at strafferett faller utenfor EØS-avtalens virkeområde og i enkelte tilfeller har dette blitt akseptert av EU.<sup>78</sup> I norske forarbeider er det uttalt at EU ikke har generell myndighet til å vedta regler på strafferettens område i Norge.<sup>79</sup> Dette tilsier at det må inngås særskilt folkerettslig avtale om direktivet for at det skal ha bindende virkning i norsk rett. Direktivet omtales derfor nærmere under dette punktet, med formål om å klargjøre samtykketkriterier.

---

<sup>70</sup> Ibid. s. 6.

<sup>71</sup> Ibid. s. 9.

<sup>72</sup> Ibid. s. 6.

<sup>73</sup> Ibid. s. 6.

<sup>74</sup> Europakommisjonen (2022) s. 22

<sup>75</sup> Ibid. s. 63.

<sup>76</sup> Ibid. s. 17.

<sup>77</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 218.

<sup>78</sup> Ibid. s. 219.

<sup>79</sup> NOU 2012:2 s. 644.



Det følger av direktivet artikkel 1 bokstav a minimumsregler angående «the definition of criminal offences and penalties in the areas of sexual exploitation of women and children». Kravet til «penalties» ved voldtekt fremgår av artikkel 12.

Den vernede kretsen etter artikkel 5 er «woman». I fortalen fremheves det at direktivet er spesifikt utformet for å møte kvinners og jenters behov, ved at de uforholdsmessig i forhold til menn blir utsatt for vold og vold i hjemmet.<sup>80</sup> Det anerkjennes at andre enn «woman» kan falle inn under virkeområdet til artiklene, og dette løses ved at «victim» skal referere til alle personer uavhengig av kjønn. Artikkel 5 bruker ikke termen «victim». Forslaget er gitt med hjemmel i TFEU artikkel 82 nr. 2 og 83 nr. 1, som gir Europakommisjonen hjemmel til å vedta direktiver for blant annet seksuell utnyttning av kvinner og barn.<sup>81</sup> Dette er årsaken til at bestemmelsen kun verner «woman» og ikke alle personer uavhengig av kjønn. Barns rettigheter ved seksuelle overgrep er regulert i eget direktiv, som også foreslås endret for å være i samsvar med artikkel 5.<sup>82</sup>

Etter artikkel 5 nr. 1 bokstav a og b, jf. artikkel 1 bokstav a er det angitt hvilke straffbare handlinger som skal defineres som voldtekt. «[E]ngaging with a woman in any non-consensual act of vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature, with any bodily part or object» er angitt som straffbare handlinger etter bokstav a. Etter bokstav b er det er straffbart å få en kvinne til å gjøre handlingene som fremgår av bokstav a «with a another person in any non-consensual act».

Etter artikkel 5 nr. 2 skal «non-consensual act» forstås som en handling som er utøvet uten kvinnens «consent given voluntarily or where the woman is unable to form a free will due to her physical or mental condition, thereby exploiting her incapacity to form a free will, such as in a state of unconsciousness, intoxication, sleep, illness, bodily injury or disability.»

Bestemmelsen angir altså tilstander hvor kvinnen ikke anses samtykkekompetent.

Samtykke kan trekkes tilbake, jf. artikkel 5 nr. 3. I fortalen er seksuell autonomi begrunnelsen for at samtykke kan trekkes tilbake.<sup>83</sup> Videre fremheves det at et samtykke ikke automatisk innebærer samtykke til fremtidige handlinger.<sup>84</sup> Samtykkekrav gjelder også i ekteskap og

---

<sup>80</sup> Europakommisjonen (2022) s. 21.

<sup>81</sup> Ibid. s. 8.

<sup>82</sup> Ibid. s. 54.

<sup>83</sup> Ibid. s. 4.

<sup>84</sup> Ibid. s. 21.

partnerskap.<sup>85</sup> Videre følger det av artikkel 5 nr. 3 at fravær av samtykke «cannot be refuted exclusively by the womans` s silence, verbal or physical non-resistance or past sexual conduct.» Momentene er omstendigheter som ikke alene kan medføre at det foreligger samtykke. Dette tilsier at gjerningspersonen får en handleplikt til å undersøke om samtykke foreligger dersom omstendighetene gjør seg gjeldende. I fortalen er det angitt at det ikke er lov til å fremlegge bevis for kvinnens «past sexual conduct», årsaken er at dette kan forsterke videreføringen av voldtektstereotyper og utfordre kvinnens troverdighet.<sup>86</sup> Hvordan formuleringene i artikkel 5 nr. 3 nærmere skal forstås er ikke ytterligere utdypet i fortalen.

## **2.6 Hvordan bør temaet frivillighet reguleres i straffeloven § 291?**

Det overordnede utgangspunktet er at all seksuell omgang skal være frivillig, altså at personer har seksuell selvbestemmelsesrett. Redegjørelsen overfor viser at samtykkekrav kan utformes ulikt i voldtektsstraffebudet. Straffeloven § 291 kan tilføyes en ny bokstav d, hvor seksuell omgang uten samtykke reguleres.<sup>87</sup> Samtykkekrav kan også lovfestes som eneste vilkår for voldtekt.<sup>88</sup> Videre kan samtykke reguleres som overordnet vilkår, samtidig som lovteksten angir tilfeller hvor et reelt samtykke ikke kan anses å foreligge. En slik løsning minner om lovgivningsteknikken i Sverige og reguleringen i § 291 med samtykkelutelukkende omstendigheter.

Det er ikke gitt at samtykke er best egnet til å uttrykke at seksuell omgang skal være frivillig. Alternativt kan frivillighet være det sentrale gjerningselementet i voldtektsstraffebudet. En naturlig språklig forståelse av frivillig tilsier at vedkommende foretar seg noe av egen fri vilje. Ved lovendringene i Sverige og Danmark ble frivillighet og samtykke ansett å ha ulik virkning.<sup>89</sup> Det er imidlertid vanskelig å vurdere om Danmark eller Sverige har valgt den mest hensiktsmessige reguleringen, ved at begge lovene er relativt nye.

Ordlyden av frivillighet åpner etter min vurdering for motstridende tolkninger. Seksuell omgang kan anses som frivillig, selv om handlingen ikke er ønsket, dersom partneren ikke protesterer eller motsetter seg. Videre kan vedkommendes vilje komme til uttrykk ved indre

---

<sup>85</sup> Ibid. s. 21.

<sup>86</sup> Ibid. s. 27.

<sup>87</sup> Se slik NOU 1997:23 s. 23.

<sup>88</sup> Se slik Ot.prp. nr.22 (2008-2009) s. 219-222.

<sup>89</sup> Se punkt 2.5.

overbevisning. Etter den indre overbevisning kan det være klart at offeret ikke ønsker seksuell omgang, men dette kommer ikke til uttrykk utad. Det aktuelle tilfellet med seksuell omgang kan anses frivillig, ved at offeret ikke motsetter seg handlingen, samtidig som den seksuelle omgangen kan oppleves ufrivillig ut fra den indre overbevisning. Dette tilsier dermed at frivillighet ikke er egnet for lovregulering i voldtektsstraffebudet. Det foretas ikke en ytterligere vurdering om frivillighet er bedre egnet for lovregulering enn samtykkekrav. Det foretas derimot i det følgende en nærmere redegjørelse av hvilke samtykkekriterier som bør gjelde ved voldtektsstraffebudet.

I likhet med § 297, bør det ikke utledes formkrav til samtykke eller krav om at samtykket skal være gitt uttrykkelig ved seksuell omgang. Dette er som følge av at seksuell omgang er et livsområde som er svært intimt og forutsetter fysisk nærhet, slik at det gir rom for at partene kan kommunisere indirekte.<sup>90</sup> Samtykke kan dermed kommuniseres ved konkludent atferd, som berøringer, blikk, bevegelser eller lyder.

Samtykket må foreligge på gjerningstidspunktet, slik at etterfølgende samtykke ikke er tilstrekkelig. I likhet med direktivet artikkel 5 nr. 3, må det legges grunn at samtykket er midlertidig. Midlertidig samtykke medfører at samtykke til seksuell omgang gitt ved en tidligere anledning ikke er relevant. Det gjelder dermed krav om årsakssammenheng mellom samtykket og seksuell omgang. Ved at samtykke er midlertidig, kan det også fritt tilbaketrekkes under seksuell omgang. Dette gir partene mulighet til å ombestemme seg, og er viktig av hensyn til seksuell selvbestemmelsesrett.<sup>91</sup> En særskilt problemstilling er hvordan samtykket skal trekkes tilbake. Partneren må få indikasjoner om samtykket er tilbaketrukket, slik at vedkommende har mulighet til å innrette seg. Dette taler dermed for at parten som ønsker å avslutte seksuell omgang viser dette utad.

Det må klarlegges hvem som er avsender og mottaker av samtykket. Hovedregelen bør være at alle involverte i den seksuelle omgangen samtykker. Etter svensk og dansk rett har den initiativtagende part ansvaret for at samtykke til seksuell omgang foreligger.<sup>92</sup> Etter min mening er ikke dette et godt utgangspunkt. Dette vil pålegge den initiativtagende part økt ansvar, som vil skape ubalanse mellom partene. Den initiativtagende part kan også

---

<sup>90</sup> Asp (2010) s. 111.

<sup>91</sup> Gröning mfl. (2019) s. 218.

<sup>92</sup> Se punkt 2.5.

ombestemme seg, slik at samtykket blir tilbakekalt. Begge parter bør ha ansvaret for at samtykke foreligger ved seksuell omgang.

En konsekvens av at samtykke må gis til partneren, medfører at personforvekslingssituasjoner rammes av samtykkekrav.<sup>93</sup> Med personforveksling siktes det til at en person utgir seg for å være en annen for å oppnå seksuell omgang. Den seksuelle omgangen blir gjennomført på grunnlag av feil forutsetninger, men avgjørelsen om å ha seksuell omgang er frivillig. En slik situasjon krenker ikke den seksuelle autonomien.<sup>94</sup> Ved personforvekslingssituasjoner har også partneren anledning til å foreta nærmere undersøkelser. Det må dermed foretas en avgrensning mot at personforvekslingssituasjoner omfattes av samtykkekravet.

Dersom partneren indikerer at vedkommende ikke ønsker seksuell omgang overfor partneren, foreligger ikke samtykke. Om partneren vrir seg unna, gråter, verbalt motsetter seg eller fysisk avviser seksuelle tilnærmelser er dette indikasjoner på at vedkommende ikke ønsker seksuell omgang. En særlig problemstilling oppstår i de tilfeller hvor partneren forholder seg passiv til seksuell omgang, skal passivitet betraktes som et samtykke?

En passiv person forholder seg uvirksom, vedkommende responderer ikke på tilnærmelser fra den aktive part. Passivitet vil dermed ikke ved konkludent atferd eller på annen måte indikere at vedkommende ønsker seksuell omgang. Det kan være ulike årsaker til at offeret reagerer med passivitet, vedkommende kan være redd for å bli utsatt for vold eller det anses nytteløst å bekjempe gjerningspersonen. Den aktive parten får dermed ikke bekreftelse om at seksuell omgang er ønsket. Dette tilsier at den passive parten ikke har samtykket til seksuell omgang. En slik forståelse av passivitet er i samsvar med svensk og dansk rett.

I noen tilfeller kan en person være i en tilstand som gjør at vedkommende ikke er samtykkekompetent. Dersom vedkommende ikke er i stand til å forstå hva som skjer, og dermed ikke i stand til å ta et reelt valg om seksuell omgang, tilsier dette at vedkommende ikke er samtykkekompetent. Personen som gir samtykke til seksuell omgang må følgelig være i stand til å forstå rekkevidden og konsekvensen av samtykket.

Videre kan det foreligge klanderverdige omstendigheter bak samtykket. Dersom gjerningspersonen i forkant av den seksuelle omgangen har slått eller truet vedkommende, tilsier dette at samtykket ikke er reelt. Om partneren har opptrådt på en klanderverdig måte

---

<sup>93</sup> Personforvekslingssituasjoner er straffbart etter dansk rett, jf. straffeloven § 221.

<sup>94</sup> Se Jacobsen (2019) s. 223-226, Høgberg og Salmonsens (2010) s. 241 og motsatt Frøberg (2013) s. 55.

forut for samtykke, tilsier dette at samtykke ikke er gyldig. Det må foretas en nærmere vurdering av om det foreligger samtykkeutelukkende omstendigheter.

Gjennomgangen viser at samtykkekrav signaliserer at samtykke er nødvendig før seksuell omgang. Videre er det krav om et aktivt samtykke, altså at partnerne bekrefter at seksuell omgang er ønsket. Samtykke har en klar kjerne, i de tilfeller hvor det er gitt verbal bekreftelse eller tydelig uttrykt ved kroppsspråk. For de tilfeller av samtykke som befinner seg i randsonen, er det mer uklart om samtykke foreligger. Det må foretas en vurdering av om det foreligger klanderverdige omstendigheter som utelukker at samtykket er frivillig og om offeret befinner seg i tilstand hvor vedkommende ikke er i stand til å gi et reelt samtykke. Samtykkekriteriene viser at samtykkekrav bør reguleres i § 291 som overordnet vilkår, men med presiseringer i lovteksten for når et gyldig samtykke ikke kan anses å foreligge, altså samtykkeutelukkende omstendigheter.

# 3 Folkerettslige forpliktelser

## 3.1 Innledning

Innenfor rettsområde for seksuallovbrudd er det flere konvensjoner av betydning. I dette kapitlet skal det undersøkes om Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), Kvinnekonvensjonen og Istanbul-konvensjonen stiller krav til voldtektsstraffebudet. Etter min tolkning i punkt 2.3 er seksuell omgang uten samtykke kriminalisert etter § 297, slik at det aktuelle er om folkerettslige forpliktelser stiller krav til strafferamme, straffenivå og/eller strafferettslig klassifisering.

Det nasjonale rettssystemet og folkeretten er adskilte rettssystemer. Det norske rettssystemet bygger på at folkeretten må gjennomføres særskilt for å få samme rettslige status som nasjonal lovgivning, det dualistiske prinsipp.<sup>95</sup> EMK og kvinnekonvensjonen er inkorporert som norsk lov ved menneskerettsloven § 2. Etter menneskerettsloven § 3 skal konvensjonene «ved motstrid» gå foran andre bestemmelser i lovgivningen. Istanbul-konvensjonen ble ratifisert av Norge i 2017, men er ikke inkorporert ved lovgivning.<sup>96</sup>

## 3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Det er ingen artikkel i EMK som eksplisitt regulerer voldtekt. EMD har imidlertid i saker om voldtekt konstatert krenkelse av artikkel 3 som verner retten til å ikke bli utsatt for «torture or to inhuman or degrading treatment or punishment» og artikkel 8 om «respect for his private [...] life».<sup>97</sup>

Av artikkel 1 fremgår det at medlemslandene skal «secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms» som følger av EMK del 1. Ordlyden «secure» gir anvisning på positive og negative forpliktelser for statene. Negative forpliktelser innebærer at medlemslandene ikke skal gjøre inngrep i menneskerettighetene etter EMK.<sup>98</sup> De positive forpliktelsene innebærer at statene er forpliktet til å sikre menneskerettighetene, ved å ta

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 11.4.2.

<sup>96</sup> Prop. 66 S (2016-2017) s. 1.

<sup>97</sup> Se blant annet E.B. v Romania (2019) og X and others v. Bulgaria (2021).

<sup>98</sup> Strand og Larsen (2017) s. 29.

aktive grep for å sikre at rettighetene blir gjennomført.<sup>99</sup> I denne oppgaven er det statens positive forpliktelser som er aktuelt ved undersøkelse av forpliktelser ved voldtekt.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i oppsummeringen av rettstilstanden ved positive forpliktelser uttalt i storkammersaken *X and others v. Bulgaria* at artikkel 3 sammenholdt med artikkel 1, innebærer å «...put in place a legislative and regulatory framework...».<sup>100</sup> Videre har Høyesterett i dommen Rt-2013-588 uttalt at artikkel 1 pålegger statene «...en plikt til, etter forholdene, å ta aktive skritt for å hindre at private krenker hverandre...».<sup>101</sup> Statens positive forpliktelser gjelder også mellom privatpersoner og har dermed horisontal virkning. I utgangspunktet er det innenfor statens skjønnsmargin å beskytte privatpersoner mot krenkelser fra andre privatpersoner.<sup>102</sup>

I komiteavgjørelsen *E.B. v. Romania* siterer EMD den tidligere kammersaken *M.C. v. Bulgaria*, hvor det i forbindelse med statens positive forpliktelser uttales at det «...must [...] requiring the penalization and effective persecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.»<sup>103</sup> Ordlyden tilsier at statene er forpliktet til å ha lovgivning som kriminaliserer seksuell handling uten samtykke, som i norsk rett er kriminalisert etter straffeloven § 297. I forarbeidene reiser departement tvil om hvorvidt uttalelsen medfører plikter til utformingen av voldtektsstraffebudet i norsk rett.<sup>104</sup> Konklusjonen er at uttalelsen ikke medfører krav, og det sentrale må være at seksuell omgang uten samtykke straffes.

Det blir videre uttalt i *E.B. v. Romania* at alvorlige handlinger som voldtekt, hvor fundamentale verdier og aspekter ved privatlivet blir krenket, krever «...efficient criminal-law provisions.»<sup>105</sup> Uttalelsen blir fulgt opp av EMD i *X and others v. Bulgaria*.<sup>106</sup> Videre fremgår det av *E.B. v. Romania* at staten har «...failed to meet their positive obligations to apply effectively criminal-law system punishing all forms of rape...».<sup>107</sup> Uttalelsen gir anvisning på

---

<sup>99</sup> Ibid. s. 29.

<sup>100</sup> *X and others v. Bulgaria* (2021) avsnitt 178.

<sup>101</sup> Rt-2013-588 avsnitt 41.

<sup>102</sup> *E.B. v. Romania* (2019) avsnitt 55, med henvisning til *M.C. v. Bulgaria* (2003) avsnitt 150.

<sup>103</sup> Ibid. avsnitt 56, med henvisning til *M.C. v. Bulgaria* avsnitt 166.

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 7.5.1.3.

<sup>105</sup> *E.B. v. Romania* avsnitt 55.

<sup>106</sup> *X and others v. Bulgaria* avsnitt 179.

<sup>107</sup> *E.B. v. Romania* avsnitt 68.

at «all forms» av voldtekt skal være kriminalisert, men stiller ikke ytterligere krav til kriminaliseringen.

Etter EMDs avgjørelser kan det utledes krav til effektiv kriminalisering av alle former for voldtekt. EMD har imidlertid ikke oppstilt konkrete krav om strafferamme, straffnivå eller klassifisering av voldtekt.

### 3.3 Kvinnekonvensjonen

I 1979 ble kvinnekonvensjonen vedtatt av FNs generalforsamling og i 1981 ble konvensjonen ratifisert av Norge. Ved ratifiseringen ble det lagt til grunn at nasjonal rett var i samsvar med konvensjonen.<sup>108</sup> Formålet med kvinnekonvensjonen er å oppnå faktisk likestilling mellom kvinner og menn.<sup>109</sup>

I likhet med EMK er ikke voldtekt eksplisitt regulert i kvinnekonvensjonen. Det følger imidlertid av artikkel 2 at kvinnekonvensjonen skal «condemn discrimination against women in all its forms». Siden det er flest kvinner som utsettes for voldtekt betraktes dette som kjønnsbasert diskriminering.<sup>110</sup> At voldtekt er relevant etter kvinnekonvensjonen illustreres også ved at komiteen for avskaffelse av diskriminering mot kvinner (CEDAW-komiteen) har behandlet individklager om voldtekt.<sup>111</sup> CEDAW-komiteen er tilsynsorganet for håndhevelsen av kvinnekonvensjonen. Tilsynsorganet gir generelle anbefalinger og avsluttende kommentar ved behandlingen av rapporter fra konvensjonspartene, jf. artikkel 21.

Kvinnekonvensjonen stiller verken krav til kriminalisering, strafferamme, straffnivå eller klassifisering av voldtekt, som følge av at voldtekt ikke er regulert i selve konvensjonen. Dermed kan det ikke utledes folkerettslige forpliktelser etter kvinnekonvensjonen om voldtekt. CEDAW-komiteen har likevel valgt å kritisere det norske voldtektsstraffebudet. I norske forarbeider fremgår det at uttalelser og avgjørelser fra CEDAW-komiteen har stor moralsk og politisk kraft, men statene er ikke rettslig forpliktet til å handle i overensstemmelse med komiteens synspunkter.<sup>112</sup> Det foretas en nærmere redegjørelse av

---

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 68.

<sup>109</sup> Ibid. s. 69.

<sup>110</sup> CEDAW/C/GC/35 (2017) s. 5.

<sup>111</sup> *Vertido v. the Philippines* (2008) og *V.P.P v. Bulgaria* (2011).

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 69.



CEDAW-komiteens kritikk av det norske voldtektsstraffebudet, som følge av at kritikken har rettspolitisk betydning.

CEDAW-komiteen har i generelle anbefalinger rettet mot alle konvensjonspartene, uttalt hvordan voldtekt bør defineres i nasjonal rett. I generell anbefaling nr. 35 fremgår det at konvensjonspartene må sikre at definisjonen av seksualforbrytelser, inkludert voldtekt, er «...based on the lack of freely given consent and takes into account coercive circumstances...». <sup>113</sup>

I CEDAW-komiteens avsluttende kommentar ved behandlingen av den niende rapporten til Norge, blir det påpekt at voldtektsstraffebudet ikke har samtykke som sentralt gjerningselementet. Dette til tross for generell anbefaling nr. 35 og tidligere anbefalinger rettet mot Norge. <sup>114</sup> CEDAW-komiteen anbefaler at samtykke blir det sentrale gjerningselementet i voldtektsstraffebudet, som vil være i tråd med individklagen, *Vertido v. The Philippines*, og Istanbul-konvensjonen. <sup>115</sup>

Individklagen *Vertido v. The Philippines* omhandlet en kvinne som hevdet å ha blitt voldtatt av sin overordnede på jobb. Tiltalte ble frikjent etter at saken hadde versert i det filippinske rettsapparatet fra 1997 til 2005. Frifinnelsen var begrunnet i kvinnens manglende troverdighet og vanskeligheten av å bevise voldtektsanklager. CEDAW-komiteen konstaterte krenkelse av artikkel 2 og 5 a, jf. artikkel 1. <sup>116</sup> Filippinske myndigheter ble kritisert for å ha hatt stereotypiske holdninger til voldtekt og at den filippinske straffeloven ble praktisert slik at det var krav om at offeret hadde gjort fysisk motstand. <sup>117</sup>

Selve definisjonen av voldtekt i den filippinske straffeloven ble også kritisert. <sup>118</sup> Vilkårene for voldtekt i den filippinske straffeloven artikkel 335 var «force or intimidation» eller «deprived of reason or otherwise unconscious». CEDAW-komiteen påpeker at samtykke ikke er sentralt gjerningselement. Anbefalingen var å revurdere definisjon av voldtekt, slik at samtykke blir sentralt. <sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> CEDAW/C/GC/35 (2017) s. 11.

<sup>114</sup> CEDAW/C/NOR/CO/9 (2017) s. 7.

<sup>115</sup> Se punkt 3.4.

<sup>116</sup> *Vertido v. The Philippines* (2008) avsnitt 8.9.

<sup>117</sup> *Ibid.* avsnitt 8.5.

<sup>118</sup> *Ibid.* avsnitt 8.6.

<sup>119</sup> *Ibid.* avsnitt 8.9.

I forbindelse med at Norge skal avlegge den tiende rapporten til CEDAW-komiteen, har CEDAW-komiteen gitt spørsmål til Norge. Norge har blitt bedt om å gi en oppdatering av voldtektsstraffebudet.<sup>120</sup> Norge opplyser at Straffelovrådet har til oppdrag om å gjennomgå seksuallovbruddkapittelet.<sup>121</sup> Det fremheves at fornærmelser mot seksuell autonomi er vidt regulert og at den norske definisjonen av voldtekt er vid. Det fremholdes at andre straffebud er anvendelig, dersom vilkårene etter § 291 om voldtekt ikke er oppfylt. Norges opplysninger om gjennomgangen av seksuallovbruddkapittelet kan betraktes som motsvar på kritikken fra CEDAW-komiteen.

CEDAW-komiteen har gitt både generell anbefaling og avsluttende kommentarer rettet mot Norge om voldtektsstraffebudet, men uttalelsene er ikke folkerettslig bindende.<sup>122</sup>

Departementet har fremhevet at det skal legges stor vekt på anbefalingene gitt av CEDAW-komiteen ved behandlingen av rapporter.<sup>123</sup> Uttalelsene fra CEDAW-komiteen er imidlertid basert på en begrenset forståelse av hvordan det norske voldtektsstraffebudet fungerer, og anbefalingen tar ikke utgangspunkt i konkrete saker.<sup>124</sup> Kritikken fra CEDAW bør dermed tillegges begrenset rettspolitisk vekt.

### 3.4 Istanbul-konvensjonen

Formålet med Istanbul-konvensjonen er å verne kvinner mot alle former for vold og forebygge diskriminering av kvinner, jf. artikkel 1 bokstav a. Konvensjonen anses som en nyvinning sammenlignet med andre konvensjoner ved at den stiller krav til kriminalisering.<sup>125</sup> Ved ratifiseringen av Istanbul-konvensjonen ble nasjonal lovgivning ansett å være i samsvar med konvensjonen.<sup>126</sup> Likevel har det blitt hevdet at det norske voldtektsstraffebudet er i strid med Istanbul-konvensjonen.<sup>127</sup>

Etter Istanbul-konvensjonen artikkel 36 nr. 1 bokstav a fremgår det at konvensjonspartene skal sikre at «engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object» er «criminalised». Av bokstav b

---

<sup>120</sup> CEDAW/C/NOR/QPR/10 (2020) s. 3.

<sup>121</sup> CEDAW/C/NOR/10 (2021).

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) s. 69.

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) s. 32.

<sup>124</sup> Ibid. s. 32.

<sup>125</sup> Prop. 66 S (2016-2017) s. 24.

<sup>126</sup> Ibid. s. 1

<sup>127</sup> <https://amnesty.no/hvorfor-trenger-vi-en-samtykkelov> (02.05.2022).

fremgår det at «engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person» skal være «criminalised». I bokstav c angis det at «causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person» skal være «criminalised».

Hovedelementet i gjerningsbeskrivelsen etter artikkel 36 er «non-consensual». «Consent» presiseres i nr. 2 som «must be given voluntarily as the person`s free will assed in the context of the surrounding circumstances». Språklig sett gir artikkelen føringer om krav til manglende samtykke ved kriminaliseringen av voldtekt.

Ordlyden «are criminalised» i artikkel 36 nr. 1 tilsier at det stilles krav til straffelovgivningen og ikke selve voldtektsstraffebudet. I tillegg er overskriften til artikkel 36 «sexual violence, including rape», som tilsier at artikkelen ikke kun regulerer voldtekt. Etter den forklarende teksten til konvensjonen, er det overlatt til konvensjonspartene å foreta den konkrete utformingen av ordlyden i nasjonal rett.<sup>128</sup> Det er også tillagt statens skjønnsmargin å angi hvilke forhold som utelukker et gyldig samtykke.<sup>129</sup>

Etter den forklarende teksten må konvensjonspartene også ved vurderingen av elementene i seksuallovbrudd hensynta praksis fra EMD.<sup>130</sup> I denne anledning er det særskilt henvist til *M.C. v. Bulgaria*.<sup>131</sup> Det blir spesifikt poengtert at EMD i saken fremhever at tilnærmingen til seksuallovbrudd ikke skal være for streng, og at det kreves straff for enhver seksuell handling uten samtykke.

Istanbul-konvensjonen stiller krav til kriminaliseringen av visse handlinger etter artikkel 36, som etter norsk rett enten omfattes av straffeloven §§ 291 eller 297. Etter konvensjonen kan det ikke utledes krav til at handlingene i artikkel 36 skal klassifiseres som voldtekt eller at handlingene skal ha en viss strafferamme. Istanbul-konvensjonen gir anvisning på samtykke som en ønsket standard, men dette er ikke avgjørende for ordlyden i nasjonal straffelovgivning. Dette styrkes ytterligere ved at konvensjonspartene står fritt til å utforme ordlyden i straffebudet. Det er naturlig at konvensjonspartene står fritt til å tilpasse ordlyden i de enkelte straffebudene på grunn av juridisk metode, rettstradisjon og lovtekniske hensyn.

---

<sup>128</sup> CETS 210 (2011) avsnitt 193.

<sup>129</sup> Ibid. avsnitt 193.

<sup>130</sup> Ibid. avsnitt 193.

<sup>131</sup> Se punkt 3.2.

# 4 Hvilke handlinger rammes ikke av straffeloven § 291?

## 4.1 Innledning

Straffeloven § 291 bokstav a-c angir tre alternative former for voldtekt. Felles for handlingsalternativene er at det må foreligge «seksuell omgang». Etter § 291 bokstav a anses det som voldtekt dersom det er brukt «vold eller truende atferd» for å oppnå seksuell omgang. Videre er voldtekt definert som seksuell omgang med noen som er «bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» etter § 291 bokstav b. Etter § 291 bokstav c er voldtekt definert som tilfeller hvor det er benyttet «vold eller truende atferd» for å få noen til å ha seksuell omgang «med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell med seg selv».

Det overordnede formålet med dette punktet er fastlegge om det foreligger tilfeller av ufrivillig seksuell omgang som ikke rammes av § 291, men i tilfelle rammes av en samtykkebestemmelse. Det redegjøres i det følgende for handlingsalternativene etter § 291 bokstav a-c.

## 4.2 Vold eller truende atferd

Etter straffeloven § 291 bokstav a klassifiseres det som voldtekt dersom gjerningspersonen «skaffer seg» seksuell omgang «ved vold eller truende atferd». Seksuell omgang oppnådd ved bruk av «vold eller truende atferd» er normalt omstendigheter som tilsier at fornærmede ikke reelt har samtykket til seksuell omgang.<sup>132</sup> Krav om «vold eller truende atferd» er språklig sett strengere enn krav om samtykke. Terskelen for at et forhold skal kvalifisere som «vold eller truende atferd» er imidlertid lav.

Det første pressmiddelet etter § 291 bokstav a er «vold». Ordlyden av «vold» tilsier at det foreligger en fysisk maktanstrengelse. I forarbeidene uttales det at voldsbegrepet skal forstås vidt og omfatter alle former fra å ta tak i fornærmede og holde vedkommende fast til slag, spark, kvelertak og bruk av våpen.<sup>133</sup> Forarbeidene fremhever at vurderingen av om det

---

<sup>132</sup> Se slik også Jacobsen og Sinding Aasen (2019) s. 96-97.

<sup>133</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 216 med henvisning til Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 25.

foreligger «vold» er relativ.<sup>134</sup> At terskelen for «vold» er lav, illustreres ved at det i rettspraksis har blitt ansett tilstrekkelig at gjerningspersonen har brukt egen kroppsvekt for å holde offeret nede.<sup>135</sup>

Selv om terskelen for «vold» er lav, må det trekkes en nedre grense for hvilke tilfeller som omfattes. I juridisk teori har Jacobsen lagt til grunn at det nedre grensen for «vold» bør være hensikten med volden og ikke selve graden av maktbruk.<sup>136</sup> Utenfor voldsbegrepet faller tilfeller hvor offeret har forholdt seg passivt ved seksuell omgang, slik at det ikke er nødvendig for gjerningspersonen å benytte «vold». Videre faller det utenfor voldsbegrepet om gjerningspersonen stryker offeret kjærlig på kroppen for å oppnå seksuell omgang. Hensikten bak en slik handling vil normalt ikke være å oppnå seksuell omgang ved bruk av makt. Dersom offeret forholder seg passivt eller ikke bekrefter tilnærmelsene vil dette i tilfelle rammes av en samtykkebestemmelse.

Det andre pressmiddelet etter bokstav a er «truende atferd». Ordlyden «truende atferd» tilsier at gjerningspersonen har opptrådt på en måte som er egnet til å skape frykt overfor fornærmede. I forarbeidene er trusler om avsløringer og rykter eksempler på «truende atferd».<sup>137</sup> Trusselen må dermed ikke inneholde straffbare handlinger. Videre angir forarbeidene at «truende atferd» kan komme til uttrykk verbalt eller på annen måte.<sup>138</sup>

Det må trekkes en nedre grense for hvilke handlinger som kvalifiserer til «truende atferd». Forarbeidene fremhever at ved mindre alvorlige trusler, har det formodningen mot seg at truslene var årsak seksuell omgang.<sup>139</sup> Det må foretas en avgrensning mot tilfeller hvor truslene inneholder så små konsekvenser at det ikke er styrende for offeret.<sup>140</sup> Dette illustreres ved et eksempel; A henvender seg til B, og sier følgende: «Ha sex med meg eller så tegner jeg i skriveboken din». I dette eksempelet blir det ikke truet med alvorlige konsekvenser, og det vil ikke betraktes som tyngende for B å nekte. Ved en samtykkebestemmelse vil et slikt tilfelle heller ikke rammes, trusselen er ikke kvalifisert og anses ikke som en samtykkeutelukkende omstendighet.

---

<sup>134</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 438.

<sup>135</sup> HR-2018-1340-U avsnitt 37.

<sup>136</sup> Se slik også Jacobsen (2019) s. 93.

<sup>137</sup> Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 216.

<sup>138</sup> Ibid. s. 216.

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

<sup>140</sup> Jacobsen (2019) s. 100-101.

Det må også trekkes en nedre grense mot de tilfeller hvor gjerningspersonen gir offeret et reelt valg.<sup>141</sup> Dette kan også illustreres ved et eksempel; A henvender seg til B og sier følgende «Ha sex med meg, så skal du få kr 10 000». Selv om denne situasjonen kan oppfattes ubehagelig, er henvendelsen et tilbud, og det er et valg om tilbudet skal aksepteres. Dersom offeret blir gitt et reelt valg, vil dette heller ikke fanges opp av en samtykkebestemmelse. B har tatt et reelt valg, og henvendelsen kan ikke betraktes som en samtykkeutelukkende omstendighet.

Kjennelsen Rt-1993-1302 illustrerer også den nedre grensedragningen ved «vold eller truende atferd». Saken omhandler varetektsfengsling ved siktelse for voldtekt etter straffeloven 1902 § 192. Høyesteretts kjæremålsutvalg legger til grunn at selv om «...fornærmede verbalt har gitt uttrykk for at seksuelt samvær ikke ønskes, er [dette] ikke tilstrekkelig dersom det ikke i situasjonen foreslå slik kvalifisert tvang...». Kjennelsen er avsagt før lovrevisjonen i 2000, hvor pressmiddelet ble senket fra «fremkalle frykt for noens liv eller helse» til «truende atferd». Poenget om verbal motsetning står, det må foreligge et minimum av «vold eller truende atferd» for at det skal omfattes av handlingsalternativet. Dersom offeret verbalt motsetter seg seksuell omgang vil dette fanges opp av en samtykkebestemmelse. Ved verbal motsettelse får gjerningspersonen en klar indikasjon på at offeret ikke samtykker til seksuell omgang og at seksuell omgang ikke oppnås frivillig. Seksuell omgang ved verbal motsettelse krenker den seksuelle autonomien.

Dommen HR-2019-992-U omhandler også den nedre grensen for «vold eller truende atferd». Ankeutvalget opphevet lagmannsrettens dom, hvor tiltalte ble dømt etter § 291 bokstav a for å ha tatt fornærmede i nakken og ført ansiktet ned mot sin penis og inn i hans munn.<sup>142</sup> Fornærmede hadde tidligere vært tydelig på at han ikke ønsket fysisk kontakt med tiltalte, ved å ha avvist fysiske tilnærmelser fra tiltalte. Høyesterett uttaler at lagmannsrettens beskrivelse av faktum var uklar.<sup>143</sup> Det var ikke beskrevet hvordan tiltaltes penis hadde blitt innført i fornærmedes munn, det var usikkert om det var brukt vold eller truende atferd for å oppnå dette. Dette skapte tvil om grunnlaget for domfellelsen. Etter min mening var nakketaket og føringen av ansiktet tilstrekkelig til å klassifisere som vold, slik at det er uten betydning

---

<sup>141</sup> Ibid. s. 100.

<sup>142</sup> LB-2018-165627.

<sup>143</sup> HR-2019-992-U avsnitt 19.

hvorfor fornærmede åpnet munnen.<sup>144</sup> At fornærmede åpnet munnen er etter min mening et resultat av gjerningspersonens handlinger.

Et slikt tilfelle som HR-2019-992-U vil mest sannsynlig bli rammet av en samtykkebestemmelse. Fornærmede hadde tidligere verbalt uttrykt at han ikke ønsket fysisk kontakt med tiltalte, som taler for at det ikke foreligger samtykke. Fornærmede åpnet munnen, etter å ha blitt ført ned mot tiltaltes penis, dette kan imidlertid trekke i retning av at fornærmede samtykker til seksuell omgang ved konkludent atferd. Imidlertid må hele situasjonen tas i betraktning, tiltalte hadde anvendt maktbruk mot fornærmede, som tilsier at det foreligger en samtykkeutelukkende omstendighet. Fornærmedes samtykke i form av konkludent atferd til seksuell omgang var ikke reelt og vil dermed mest sannsynlig rammes av en samtykkebestemmelse.

En ytterligere problemstilling er om offeret må rammes av «vold eller truende atferd» eller om handlingene kan rettes mot andre. Ordlyden «skaffer seg seksuell omgang ved vold eller truende atferd» er ikke begrenset til at handlingen må rettes mot offeret. Bruken av ordet «ved» indikerer imidlertid at offeret må være fysisk tilknyttet handlingen.

Dersom gjerningspersonen utsetter andre enn fornærmede for vold med hensikt om å oppnå seksuell omgang med fornærmede, kan et slikt tilfelle anses som «truende atferd». Hensikten bak volden er å skape frykt hos fornærmede for å oppnå seksuell omgang, slik at det er nærliggende å anse dette som en trussel. I forarbeidene blir definisjonen av vold til Bratholm og Matningsdal sitert. Bratholm og Matningsdal legger til grunn at vold er «...enhver maktanvendelse mot fornærmedes legeme...».<sup>145</sup> Departementet utdyper ikke ytterligere om volden kan ramme andre enn fornærmede. I juridisk litteratur er synspunktene for hvem volden må ramme delt.<sup>146</sup> Bruken av ordet «ved», konteksten og sitatet i forarbeidene trekker i retning av at volden må være rettet mot fornærmede. Dersom volden er rettet mot andre enn fornærmede anses dette som «truende atferd».<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Se slik også Matningsdal (2022).

<sup>145</sup> Ot.prp.nr. 22 (2008-2008) s. 216 med henvisning til Ot.prp.nr. 28 (1999-2000) s. 26.

<sup>146</sup> Se Høgberg og Salmonsens (2010) s. 221 som mener at volden ikke må ramme den som blir tvunget til seksuell omgang. Motsatt Matningsdal (2016) s. 190 og Jacobsen (2019) s.94-95.

<sup>147</sup> Se slik også Jacobsen (2019) s. 94-95.

Dersom volden er rettet mot andre enn fornærmede vil dette også rammes av en samtykkebestemmelse. Den aktuelle maktanvendelsen vil anses som en trussel, og dermed være en samtykkeutelukkende omstendighet, som tilsier at samtykket ikke er reelt.

Ved «truende atferd» må det oppstilles et forbehold. Truslene må i likhet med vold fremsettes overfor fornærmede, men ordlyden «truende atferd» gir ingen begrensinger for innholdet av truslene. Truslene kan dermed inneholde handlinger som ikke direkte angår fornærmede. I forarbeidene er det lagt til grunn at truslenes innhold kan gå ut på å skade offerets nærmeste eller å begå selvmord.<sup>148</sup>

Videre oppstår det en problemstilling om gjerningspersonen selv må skaffe seg «seksuell omgang ved vold eller truende atferd» eller om pressmidlene kan utøves av en tredjeperson. Ordlyden «skaffer seg seksuell omgang ved vold eller truende atferd» er ikke begrenset til at gjerningspersonen selv må benytte pressmidlene. Dersom gjerningspersonen oppnår seksuell omgang som følge av en tredjepersons handlinger, tilsier dette at «vold eller truende atferd» var årsak til seksuell omgang. En slik tolkning er forenlig med Høyesteretts kjennelse i Rt-2006-1319, hvor tiltalte ble domfelt for voldtekt etter strl. 1902 § 192 bokstav a, selv om vedkommende ikke «utøvet vold» og heller «ikke selv fremsatt trusler».<sup>149</sup> Domfelte hadde forsettlig «utnyttet det tvangsregime som kvinnene befant seg i».<sup>150</sup> Konklusjonen er at andre enn gjerningspersonen kan utøve «vold eller truende atferd».

Etter straffeloven § 291 bokstav a er det krav om at gjerningspersonen «skaffer seg» seksuell omgang «ved» vold eller truende atferd. Ordlyden «skaffer seg [...] ved» oppstiller årsakskrav mellom pressmiddelet og seksuell omgang. En naturlig språklig forståelse av «skaffer seg [...] ved» tilsier krav om sterk tilknytning mellom pressmiddelet og seksuell omgang. I forarbeidene uttales det at årsakskravet inneholder elementer av tvang.<sup>151</sup> Ved lovrevisjonen i 2000 ble ordlyden i årsakskravet endret fra «tvinger» til «skaffer seg [...] ved», uten nærmere redegjørelse for hvordan årsakskravet skal praktiseres.<sup>152</sup> Årsakskravet etter § 291 må imidlertid forstås ut fra det allmenne årsakskravet i strafferetten. Jacobsen legger til grunn at årsakskravet etter § 291 kan forklares «...som eit krav om at noko (til dømes volden) *har verka* med til ein bestemt (negativ) konsekvens».<sup>153</sup> Etter Jacobsens forståelse av årsakskravet

---

<sup>148</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 26.

<sup>149</sup> Rt-2006-1319 avsnitt 13.

<sup>150</sup> Ibid. avsnitt 13.

<sup>151</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

<sup>152</sup> Ibid. s. 32.

<sup>153</sup> Jacobsen (2019) s. 124.



er det altså ikke krav om at «vold» eller «truende atferd» har vært nødvendig premiss for at seksuell omgang fant sted.

Utenfor årsakskravet faller lugging eller kvelertak som forekommer under seksuell omgang, og partneren avviser dette, men fortsetter seksuell omgang.<sup>154</sup> Ved en samtykkeregulering kan slike tilfeller rammes. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering av hva samtykket innebærer, herunder om det er samtykket til seksuell omgang med kvalifiserende omstendigheter. Årsakskravet er imidlertid oppfylt i de situasjoner hvor gjerningspersonen forsetter med voldelige handlinger eller truende atferd, til tross for at offeret ikke ønsker dette. I dette tilfellet er det årsakssammenheng mellom pressmiddelet og den fortsatte seksuelle omgangen. Samtykke har en viktig side mot årsakskravet. Dersom det er enighet mellom partene om at den seksuelle omgangen for eksempel skal preget av omfattende voldsbruk, vil det ikke være årsakssammenheng mellom vold og seksuell omgang.<sup>155</sup>

### **4.3 Bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen**

Etter strl. § 291 bokstav b klassifiseres det som voldtekt å ha seksuell omgang med noen på grunn av ulike tilstander av hjelpeløshet ikke kan motsette seg seksuell omgang. Tilstandene som er vernet av handlingsalternativer er «bevisstløs» eller «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Ved lovrevisjonen i 2000 ble handlingsalternativet innlemmet i voldtektsstraffebudet og dermed klassifisert som voldtekt, med tilhørende strafferamme og straffenivå. Begrunnelsen for innlemmelsen var å «understreke alvorret og straffverdigheten i disse tilfellene».<sup>156</sup>

Den vernende kretsen etter § 291 bokstav b er «noen som er». Ordlyden «noen som er» tilsier at det ikke kan utledes krav til hvordan den aktuelle tilstanden er oppstått. Etter rettspraksis er både tilstander som er selvforskyldt og tilstander fremkalt av andre vernet.<sup>157</sup> Det er i forarbeidene fremhevet at dersom gjerningspersonen har fremkalt tilstanden med hensikt om å

---

<sup>154</sup> Ibid. s. 130-132.

<sup>155</sup> Ibid. s. 126.

<sup>156</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 216.

<sup>157</sup> Se Rt-2009-321 om selvforskyldt rus og HR-2018-675-A hvor fornærmede ble lurt til å ta Rivotril.

senere utnytte denne, er dette «[s]ærlig straffverdig...».<sup>158</sup> Dette utløser også minstestraft etter § 292 bokstav d.

Den første problemstillingen er hva som kvalifiserer til «bevisstløs». Ordlyden av «bevisstløs» tilsier at vedkommende ikke kan reagere på ytre påvirkninger. I forarbeidene er søvn og hypnose eksempler på tilstander som omfattes av «bevisstløs».<sup>159</sup> En person som er «bevisstløs» kan ikke samtykke til seksuell omgang.

Dersom en av partene sovner under seksuell omgang, har vedkommende ikke lenger mulighet til å ta stilling til den seksuelle omgangen. Vedkommende har ikke lenger kontroll over ytre påvirkninger og er «bevisstløs». Dersom seksuell omgang ikke opphører når en part har sovnet, tilsier dette at den våkne parten har seksuell omgang med «noen som er bevisstløs». Dommen Rt-2003-687 omhandler et slikt tilfelle, hvor partene opprinnelig hadde frivillig seksuell omgang. Kvinnen sovnet, men den seksuelle omgangen opphørte ikke. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om straffeloven 1902 § 192 første ledd bokstav b rammet et slikt tilfelle. Høyesterett legger til grunn at tilfellet i utgangspunktet kan rammes av bestemmelsen. Det aktuelle tilfellet var verken vurdert i forarbeider eller juridisk teori, og vurderingen måtte bero på reelle hensyn og konsekvenshensyn.

Høyesterett fremhevet at den aktuelle situasjonen kan oppleves krenkende for fornærmede og gjerningspersonen har ofte handlet klanderverdig.<sup>160</sup> Avgjørende er at det gjelder spørsmålet om å anvende en alvorlig lovbestemmelse med høy strafferamme og minstestraft. Videre skiller situasjonen seg fra de typetilfellene som klassifiseres som voldtekt. Straffebudet ble som følge av disse hensyn tolket innskrenkende og rammet ikke det aktuelle tilfellet. Utgangspunktet var ikke uten forbehold. Straffriheten gjelder ikke om gjerningspersonen går over til mer inngripende handlinger etter at partneren har sovnet eller om tilstanden skyldes «epileptisk anfall, ulykke eller lignende».<sup>161</sup>

En samtykkebestemmelse vil trolig ramme forholdet i Rt-2003-687. Rekkevidden av samtykket må imidlertid tolkes. Dersom samtykket også gjelder seksuell omgang etter at vedkommende har sovnet, vil det ikke rammes av en samtykkebestemmelse. Det må foreligge klare holdepunkter for at det er samtykket til seksuell omgang etter at søvn er inntrådt.

---

<sup>158</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 41.

<sup>159</sup> NOU 1997:23 s. 44.

<sup>160</sup> Rt-2003-687 avsnitt 15.

<sup>161</sup> Ibid. avsnitt 17.

Den andre tilstanden som omfattes etter § 291 bokstav b er «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Ordlyden «av andre grunner» er vid. I forarbeidene er sterk beruselse, fysiske funksjonsnedsettelse og psykiske forhold eksempler på tilstander som omfattes vilkåret.<sup>162</sup> I tillegg har redsel og angst etter rettspraksis blitt omfattet.<sup>163</sup> En utfordring med disse tilstandene er at de forekommer i ulike grader.<sup>164</sup>

Ordlyden «ute av stand til å motsette seg handlingen» er tvetydig. For det første kan «ute av stand til å motsette seg handlingen» tolkes slik at offeret ikke kan ytre sin vilje, verbalt eller ved konkludent atferd.<sup>165</sup> En slik tolkning medfører høy terskel til offerets tilstand, ved at det skal mye til før denne egenskapen mangler. For det andre kan «ute av stand til å motsette seg handlingen» tolkes slik at offeret skal forhindre handlingen. Fokuset blir styrkeforholdet mellom partene.<sup>166</sup> I forarbeidene uttales det at «...offeret [er] helt ute av stand til å protestere eller sette seg til motverge» ved hjelpeløshetstilstander.<sup>167</sup> Uttalelsen indikerer høy terskel til offerets tilstand og førstnevnte tolkning av ordlyden er best i samsvar med denne. Offerets evne til å kunne motsette seg handlingen må dermed være helt fraværende.<sup>168</sup>

Ved at terskelen for å omfattes «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» er høy, vil en del tilstander hos offeret etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden ikke rammes av handlingsalternativet. Dersom offeret vrir seg bort, verbalt motsetter seg, gråter, er redd, velger å forholde seg passiv eller blir overrasket er dette tilstander hos offeret hvor vedkommende fortsatt har mulighet til å motsette seg handlingen, og dermed ikke «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Slike tilstander hos offeret indikerer at vedkommende ikke ønsker seksuell omgang, men muligheten til å motsette seg handlingen er ikke helt fraværende. Imidlertid indikerer offerets tilstand at vedkommende ikke samtykker til seksuell omgang, og rammes i tilfelle av en samtykkebestemmelse.

I avsnittet over er det lagt til grunn at overraskelse hos offeret er en tilstand som ikke etter ordlyden omfattes av «andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Overraskelse er en tilstand hos offeret, som gjør at en ofte blir forvirret, men normalt ikke mister muligheten til å yte mostand. I beslutningen Rt-2012-60 førte domfelte «...en finger inn i

---

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 216.

<sup>163</sup> Henholdsvis Rt-2004-32 og Rt-2004-357.

<sup>164</sup> Se slik også Jacobsen mfl. (2020) s. 119.

<sup>165</sup> Se slik Jacobsen (2019) s. 177.

<sup>166</sup> Ibid. s. 177-179.

<sup>167</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 33.

<sup>168</sup> Jacobsen mfl. (2020) s. 119.

fornærmedes vagina uten at hun rakk å avverge handlingen.»<sup>169</sup> Dette ble omfattet av «andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Høyesterett omtaler ikke problematikken nærmere. I lagmannsrettens avgjørelse fremgår det at «[u]nder enhver omstendighet kom han [domfelte] så brått på henne at hun ikke fikk sanset faren før overgrepet hadde funnet sted.»<sup>170</sup> For å være vernet at handlingsalternativet indikeres det at den seksuelle tilnærmelsen skjer plutselig og fornærmede er uten foranledning til å stanse handlingen. Dersom gjerningspersonen i forkant av hendelsen gjør offeret oppmerksom på den aktuelle seksuelle tilnærmelsen, og dermed forbereder offeret, taler dette for at offeret ikke i tilstrekkelig grad blir overrasket og dermed ikke kvalifiserer til «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Et slikt tilfelle vil også rammes av en samtykkebestemmelse, før seksuell omgang har ikke gjerningspersonen fått bekreftelse fra offeret om at tilnærmelsen er ønsket, og dermed foreligger ikke samtykke til seksuell omgang.

Siden tilstandens grad er avgjørende for «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen», er en aktuell problemstilling om flere tilstander hos offeret kan kumuleres. Ordlyden «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» åpner for at det kan være flere «grunner», til at offeret er «ute av stand».

Kjennelsen Rt-2004-32 omhandler den aktuelle problemstillingen. Fornærmende var «svært redd» ved et seksuelt overgrep, og «var ute av stand til å motsette seg handlingen».<sup>171</sup> Domfelte hadde to ganger tatt en finger inn og ut av fornærmedes skjede. Etter min mening var det flere tilstander hos offeret som medførte at hun ble ansett «ute av stand til å motsette seg handlingen». I tillegg til at fornærmede var redd, hadde hun nettopp våknet før overgrepet, var sterkt ruset og domfelte hadde utgitt seg for å være hjelpsom. Disse forholdene i kombinasjon må være årsaken til at fornærmede ble ansett «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen».<sup>172</sup> Dette tilsier at det er adgang til å kumulere tilstander hos offeret, som hver for seg ikke er tilstrekkelig til å kvalifisere til «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen».

Handlingsalternativet etter § 291 bokstav b er uklart, ved at rekkevidden «av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen» er upresis. Bestemmelsen har en kjerne av

---

<sup>169</sup> Rt-2012-60 avsnitt 13.

<sup>170</sup> LG-2011-13876.

<sup>171</sup> Rt-2004-32 avsnitt 23.

<sup>172</sup> Se slik Jacobsen mfl. (2020) s. 119-120.

tilstander som omfattes, men randsonen til handlingsalternativet er ikke fastlagt. Rekkevidden har betydning for hvilke tilstander som ikke rammes av § 291.

## 4.4 Seksuell omgang med en annen eller seg selv

Etter strl. § 291 bokstav c straffes den som «ved vold eller truende atferd» får noen til ha seksuell omgang «med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv». Bestemmelsen ble tilføyd som en del av lovendringene i 2000.<sup>173</sup> Bakgrunnen for handlingsalternativet er kjennelsen avsagt av Høyesterett i Rt-1999-1718, hvor de tiltalte ble frifunnet for voldtekt. Etter straffeloven 1902 § 192 var det ikke kriminalisert å tvinge fornærmede til selv å føre gjenstander inn i skjeden.

Bokstav c utvider virkeområdet for hva som klassifiseres som voldtekt, men angir ikke selvstendige måter å begå den seksuelle omgangen på. Handlingsalternativet skiller seg fra bokstav a ved at det ikke kreves at gjerningspersonen er fysisk involvert i handlingen.<sup>174</sup> Utvidelsen av hva som er voldtekt etter bokstav c er ikke sentralt for oppgavens tema og omtales ikke nærmere. For nærmere redegjørelse av «vold», «truende atferd» og årsakssammenheng vises det til redegjørelsen overfor.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s. 9.

<sup>174</sup> Se for eksempel HR-2019-721-A, hvor domfelte hadde begått seksuelle overgrep mot 49 mindreårige jenter over internett.

<sup>175</sup> Se punkt 4.2.

# 5 Bør fravær av samtykke fra fornærmede klassifiseres som voldtekt?

## 5.1 Innledning

Det overordnede formålet med punkt 5 er å foreta en rettspolitisk drøftelse om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt. Redegjørelsen i punkt 4 viser at § 291 bokstav a-c dekker svært mange tilfeller av ufrivillig seksuell omgang, men ikke alle former for ufrivillig seksuell omgang. En samtykkebestemmelse rammer flere tilfeller av ufrivillig seksuell omgang og kan medføre flere domfellelser i voldtektssaker.

Ved den rettspolitiske drøftelsen blir det først i punkt 5.2, drøftet om rettsutviklingen i Europa taler for innføring av samtykkekrav. Deretter drøftes det i punkt 5.3 om det er hensiktsmessig å regulere seksuell omgang uten samtykke i eget straffebed. I punkt 5.4 drøftes det om samtykkekrav gir tilstrekkelig forutberegnelighet etter det strafferettslige legalitetsprinsippet. Videre blir det i punkt 5.5 drøftet om endret bevistema kan medføre flere domfellelser eller ha uheldige virkninger. I punkt 5.6 redegjøres det for språklige assosiasjoner av voldtekt og i punkt 5.7 for ubalanse i straffenivået ved voldtektssaker. Til slutt gis det i punkt 5.8 en oppsummering og konklusjon av den rettspolitiske drøftelsen.

## 5.2 Rettsutviklingen – mot en europeisk rettsenhet?

I forarbeidene har nordisk rettsenhet vært et argument mot å innføre samtykkeregulering ved voldtekt.<sup>176</sup> Rettstilstanden i Sverige og Danmark er endret, slik at rettsenhet nå har blitt et argument for å innføre samtykke i voldtektsstraffebedet. Hensynet til nordisk rettsenhet har imidlertid begrenset rettspolitisk vekt på strafferettsområdet. Ved utforming av straffebed har det ikke vært tradisjon for nordisk samarbeid. De nordiske landene har også hatt ulik historisk utvikling ved seksuallovbrudd, noe som blir gjenspeilet i straffenivå og lovgivningen.<sup>177</sup>

Europakommisjonens forslag til direktiv inneholder også «non-consensual» som sentralt gjerningselement ved voldtekt. Dersom forslaget blir vedtatt, har medlemslandene i EU som mål og betingelse å utforme lovtekst, hvor samtykke er sentralt gjerningselement. Den

---

<sup>176</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 219 med henvisning til Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 49.

<sup>177</sup> Se slik også Jacobsen og Skilbrei (2020) s. 78.

europiske rettsutviklingen ser ut til å gå i retning av samtykke som sentralt gjerningselement ved voldtekt.

Hensynet til europeisk rettsenhet kan ikke uten videre tillegges stor rettspolitisk vekt. Sverige, Danmark og direktivet har ulike varianter av samtykkelov. Straffeloven § 291 er også en form for samtykkelov, ved at handlingsalternativene angir samtykkeutelukkende omstendigheter.

Strafferammene ved voldtekt er også forskjellige. Strafferammen i Norge er «fengsel inntil 10 år», jf. strl. § 291. I Sverige er strafferammen «fängelse i lägst två år och högst sex år», jf. 6 kap. 1 § brottsbalken og i Danmark «fængsel indtil 8 år», jf. straffelov § 216, stk 1. Etter direktivet artikkel 12 nr. 2 skal den øvre strafferammen være minst 8 års fengsel. Den norske strafferammen er dermed høyere enn de øvrige bestemmelsene.

Videre er det ikke gitt at Europakommisjonens forslag til direktiv har stor rettspolitisk vekt. Direktivet verner kun «woman», og forståelsen av formuleringene i artikkel 5 er ikke særlig godt utdypet i fortalen. Direktivet er også kun et forslag, det kan gå tid før direktivet blir vedtatt og iverksatt.

Europeisk rettsenhet har ikke stor rettspolitisk vekt for hvordan voldtektsstraffebudet bør utformes i norsk rett.

### **5.3 Seksuell omgang uten samtykke – et eget straffebud?**

Dersom et forhold anses som seksuell omgang, men ingen av handlingsalternativene etter § 291 bokstav a-c er oppfylt, kan det være aktuelt å subsumere forholdet under § 297 om seksuell handling.<sup>178</sup>

Det er ikke helt uproblematisk at forhold som objektivt sett er seksuell omgang, subsumeres under § 297. For det første er § 297 ment å ramme mindre inngripende handlinger enn seksuell omgang. Straffebudene om seksuell omgang og seksuell handling inngår i en større rettslig sammenheng, og er ment å avspeile ulik grad av klander hos gjerningspersonen. Ved at forhold som objektivt sett er seksuell omgang, subsumeres under seksuell handling tilsier dette at alvorligheten og klanderverdigheten ikke i tilstrekkelig grad blir reflektert.

---

<sup>178</sup> Se punkt 2.3

For det andre er strafferammen og straffenivået etter §§ 291 og 297 forskjellig.

Strafferammen ved voldtekt er «fengsel inntil 10 år», jf. § 291. Videre har straffebedet mot voldtekt minstestraft etter § 292 og normalstraffenivå på fire år.<sup>179</sup> Strafferammen skjerpes dersom voldtekten anses grov, jf. § 293. Strafferammen etter § 297 er «bot eller fengsel inntil 1 år». Straffebedet mot seksuelle handlinger har ikke tilsvarende straffeskjerpelser og grov seksuell handling er ikke kriminalisert. Differansen i strafferammen er stor, og forholdene som blir nedsubsumert er i randsonen under § 291. For de handlinger som objektivt sett er seksuell omgang, men handlingsalternativene etter § 291 ikke er anvendelig, kan det virke betenkelig at strafferammen ikke reflekterer klanderverdigheten i handlingen. Forholdet ligger nært voldtekt, men dette reflekteres ikke av straffenivået.

Det er viktig at seksuelle overgrep får riktig strafferettslig klassifisering, slik at nedsubsumering av seksuell omgang til seksuell handling virker upassende.<sup>180</sup>

Problematikken med riktig strafferettslig klassifisering og strafferamme, kan løses på andre måter enn å innføre vilkår om samtykke i voldtektsstraffebedet. Det største utfordringen ved nedsubsumeringen til § 297 er etter min mening strafferammen. Dette kan løses ved at § 297 tilføyes et nytt ledd som rammer seksuell omgang uten samtykke og har skjerpet strafferamme. En slik løsning ble kommentert i forarbeidene til slutføringen av straffeloven 2005.<sup>181</sup> Departementet reiser spørsmål om en slik løsning er praktisk og at det åpner risiko for at visse tilfeller blir nedsubsumert. Standpunktet må ses i sammenheng med hevingen av straffenivået for voldtekt og risiko for at nedsubsumsjon vil svekke den hevingen av straffenivået som departementet ønsket.<sup>182</sup>

Etter min mening kan en slik løsning, ved at § 297 tilføyes et ytterligere ledd, være hensiktsmessig. Det potensiale fraværet av et alternativt straffebed ved seksuell omgang uten samtykke avhjelpes ved en slik regulering. Forhold som objektivt sett er seksuell omgang, men uten kvalifiserende omstendigheter får riktig strafferettslig klassifikasjon og en høyere strafferamme som reflekterer graden av klander. Ved en slik regulering, blir det også trukket et skille mellom tilfeller hvor det foreligger seksuell omgang uten samtykke og seksuell omgang med kvalifiserende omstendigheter. Videre kan ikke departementets argumentet om

---

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 439.

<sup>180</sup> Jacobsen (2019) s. 320-321.

<sup>181</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 222.

<sup>182</sup> Ibid. s. 222.



risiko for nedsubsumering tillegges stor vekt, underrettspraksis viser at forhold som er seksuell omgang uten kvalifiserende omstendigheter allerede subsumeres under § 297.

## 5.4 Det strafferettslige legalitetsprinsippet

Det strafferettslige legalitetsprinsippet følger av grunnloven (grl.) § 96 første ledd, hvor det fremgår at «[i]ngen kan dømmes uten lov». Det kan kun straffes med hjemmel i lov vedtatt av Stortinget, altså formell lov eller provisorisk anordning.<sup>183</sup> I tillegg fremgår det av strl. § 14 at strafferettslige reaksjoner «bare ilegges med hjemmel i lov».

Sentrale hensyn bak det strafferettslige legalitetsprinsippet er å motvirke vilkårlighet, fremme forutberegnelighet og maktfordelingsprinsippet.<sup>184</sup> Det strafferettslige legalitetsprinsippet innebærer også krav til lovgiver, straffelovgivningen må være tilstrekkelig presis og klar.<sup>185</sup> Høyesterett har lagt til grunn at legalitetsprinsippet innebærer at straffebestemmelsen må «...være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes.»<sup>186</sup> I forarbeidene fremgår det at straffebudene ikke kan utformes for skjønnsmessig eller generelt, men det kan angis vage eller skjønnsmessige uttrykk i lovteksten.<sup>187</sup>

Gjennomgangen overfor viser at samtykke kan uttrykkes på forskjellige måter.<sup>188</sup> En konsekvens er at dette kan skape uklare grenser for hva som er straffbar seksuell opptreden.<sup>189</sup> For å avgjøre om samtykke foreligger, må hele hendelsesforløpet vurderes for å avgjøre om samtykke er reelt. Det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak om samtykke foreligger. Dette gir liten grad av forutberegnelighet.

En ytterligere konsekvens av at samtykke kan uttrykkes ulikt, er at det medfører usikkerhet om hvordan innrettelsen etter straffebudet skal være. Uklare regler kan påvirke enkeltpersoners handlinger i større grad og på andre måter enn hva som er hensikten. Det er ikke gitt at enkeltpersoner gjør seg kjent med den konkrete ordlyden i straffebudene. Denne innvendingen er ikke særlig betydningsfull. Straffebudene anvendes av påtalemyndigheten,

---

<sup>183</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s.126.

<sup>184</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 194.

<sup>185</sup> Ibid. s. 195.

<sup>186</sup> HR-2020-955-A avsnitt 22 med henvisning til høyesterettspraksis.

<sup>187</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 195.

<sup>188</sup> Se punkt 2.6

<sup>189</sup> Jacobsen (2019) s. 321-322.

domstolene og andre rettsanvendere, og dette tilsier at loven må være tilstrekkelig klart utformet.

En legaldefinisjon av samtykke kan ivareta hensynet til forutberegnelighet. En utfordring er å angi hva samtykke er på en kortfattet og hensiktsmessig måte. Samtykke er også regulert i andre bestemmelser i straffeloven, slik at det blir en risiko for at legaldefinisjonen praktiseres annerledes enn ellers i straffeloven. I forarbeidene har det også blitt lagt til grunn at samtykke som generelt begrep er lite egnet for lovregulering.<sup>190</sup>

En annen løsning er å overlate til domstolen å foreta den nærmere presiseringen av samtykke.<sup>191</sup> En konsekvens blir at et stort antall saker må avgjøres, før rettspraksis danner tilstrekkelig grunnlag for å klarlegge innholdet av samtykke. Dette gir liten grad av forutberegnelighet inntil samtykke er nærmere presisert av domstolen. I tillegg er det betenkelig at rettspraksis må undersøkes for å klarlegge hva som er lov.

Som omtalt overfor er samtykke regulert i flere bestemmelser i straffeloven, inkludert i straffebudet mot seksuell handling etter strl. § 297. Dette trekker i retning av at samtykke er egnet for lovregulering. Etter min mening er dette argumentet av begrenset vekt siden strafferammene i bestemmelsene er forskjellig. Den høye strafferammen ved voldtektsstraffebudet tilsier at bestemmelsen bør være klart og presist utformet.<sup>192</sup>

Samtykkekrav etter § 291 medfører også en risiko for at det praktiseres annerledes enn i § 297, noe som er uheldig.

## 5.5 Bevistema

### 5.5.1 Innledning

Med bevistema siktes det til hva som skal bevises i en sak.<sup>193</sup> Påtalemyndigheten må føre bevis for at de objektive og subjektive vilkårene for straff er oppfylt. I voldtektssaker er bevissituasjonen ofte en utfordring.<sup>194</sup> I forarbeidene har det blitt fremhevet at også vilkår om samtykke vil «...medføre betydelige bevisproblemer i praksis.»<sup>195</sup> I en rekke saker er tiltaltes

---

<sup>190</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 107.

<sup>191</sup> Se slik også Jacobsen og Sinding Aasen (2019) s. 117.

<sup>192</sup> Ibid. s. 118.

<sup>193</sup> Jerkø (2017) s. 46.

<sup>194</sup> Se blant annet Høgberg og Salmonsens (2010) s. 242 og Jacobsen og Sinding Aasen (2019) s. 118.

<sup>195</sup> NOU 1997:23 s. 23.

og fornærmedes motstridende forklaringer ofte eneste bevis.<sup>196</sup> Andre aktuelle bevis kan være rettsmedisinsk undersøkelse av offeret, elektroniske spor og avhør.<sup>197</sup>

Etter § 291 er bevistema hva gjerningspersonen har foretatt seg eller utnyttelsen av tilstanden offeret er i. Bevistemaet endres dersom fravær av samtykke fra fornærmede blir gjerningsbeskrivelsen i § 291. Bevistemaet blir om tiltalte har gjennomført seksuell omgang uten samtykke fra fornærmede og forstod dette. På den ene siden kan bevistema bidra til at det er enklere å føre bevis for voldtekt, slik at antallet domfellelser øker. På den andre siden kan nytt bevistema også ha uønskede virkninger. Rettsbeskyttelsen for fornærmede og risiko for at uskyldige anmeldes, etterforskes og straffeforfølges vil i det følgende blir redegjort for.

### **5.5.2 Økt rettsbeskyttelse for fornærmede?**

Endret bevistema som gjør det enklere å domfelle skyldige for voldtekt vil øke fornærmedes rettsbeskyttelse. I straffesaker er det påtalemyndigheten som har bevisbyrden.

Problemstillingen blir om fravær av samtykke er enklere for påtalemyndigheten å bevise enn bevistemaet etter § 291.

Dersom det ikke foreligger andre bevis enn tiltaltes og fornærmedes forklaringer, blir det ord mot ord, om samtykke er gitt eller ikke. I voldtektssaker er det ofte enighet om at seksuell omgang har funnet sted, uenigheten er om den var frivillig. Selv om samtykke innføres som vilkår, vil antageligvis tvistepunktet fortsatt være om den seksuelle omgangen har vært frivillig. Det er trolig få bevis som kan indikere fravær av samtykke, sammenlignet med tilfeller hvor det foreligger samtykkeutelukkende omstendigheter etter § 291.

Samtykkeutelukkende omstendigheter er også typiske omstendigheter som tilkjenner at det ikke er gitt et reelt samtykke

Bevisføringen kan endres ved fravær av samtykke, om det foreligger flere bevis. Dersom det foreligger en video av den aktuelle situasjonen, kan videoen være egnet til å gi holdepunkter for om det foreligger samtykke til seksuell omgang. Helt overordnet er det ikke gitt at et samtykkekrav uten videre gir enklere bevistema for de situasjoner som i dag ikke rammes av § 291.

---

<sup>196</sup> Riksadvokaten (2020) s. 177.

<sup>197</sup> Øyen (2019) s. 20-26.

Nytt bevistema kan også endre kravene som blir stilt til fornærmede. I forarbeidene er det lagt til grunn at samtykkekrav kan resultere i strengere krav til offeret.<sup>198</sup> Samtykkekrav kan etter forarbeidene stille krav om at fornærmede på en eller annen måte må si ifra om at man ikke har lyst.<sup>199</sup> Bevistemaet åpner også for at gjerningspersonen må begrunne hvorfor han antok at offeret samtykket til seksuell omgang, slik at fokuset alene ikke er rettet mot fornærmedes handlinger. Det kan ikke på generelt grunnlag hevdes at samtykkekrav medfører strengere krav til offeret.

Samtykkekrav åpner imidlertid for økt fokus på fornærmedes handlinger og oppførsel. For å klargjøre om det ble gitt samtykke til seksuell omgang er det aktuelt å undersøke hva fornærmede har sagt eller gjort.<sup>200</sup> Dette kan medføre en vurdering av om fornærmede har opptrådt i tråd med hva som er forventet i en slik situasjon. En slik praktisering gir risiko for vektlegging av voldtektsmyter.

### **5.5.3 Åpner fravær av samtykke for at uskyldige anmeldes, etterforskes og straffefølges?**

Endring av gjerningsbeskrivelsen etter § 291 kan ha uheldige virkninger for mistenkte, siktede eller tiltalte. Det som poengteres under dette punktet er også aktuelt i tilknytning om seksuell omgang uten samtykke bør tilføyes som nytt ledd i § 297 med en høyere strafferamme.

Innføring av samtykkebestemmelse kan medføre lavere terskel for å anmelde voldtekt. Økende antall anmeldelser medfører at flere potensielle voldtekter etterforskes av politiet. Etter straffeprosessloven § 224 første ledd kan etterforskning iverksettes av politiet når det er «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold». Samtykkekrav antas å ha lavere terskel for å konstatere overtredelse enn handlingsalternativene etter § 291, slik at terskelen «rimelig grunn» reduseres tilsvarende for å etterforske voldtekt.

Politiet har ulike etterforskingsskritt som benyttes avhengig av sakstype og alvorlighetsgrad.<sup>201</sup> Avhør av fornærmede, mistenkte og vitner vil som regel være sentrale etterforskingsskritt. Mistenkte har ikke plikt til å forklare seg verken for retten eller politiet,

---

<sup>198</sup> NOU 1997:23 s. 22.

<sup>199</sup> Ibid. s. 22.

<sup>200</sup> Ibid. s. 23.

<sup>201</sup> Ertzeid (2018) s. 36.

jf. straffeprosessloven §§ 90 og 232. Selv om mistenkte ikke har forklaringsplikt overfor politiet, er det å bli innkalt til avhør en påkjenning også for mistenkte. Det foreligger som regel ikke andre bevis enn partenes forklaringer, slik at hendelsesforløpet ofte er uklart. Personene som anmeldes for voldtekt er som regel gutter mellom 15 og 25 år på gjerningstidspunktet, og innkalling til avhør ved voldtekt kan medføre stigma og avsmak fra andre. Alvoret i situasjonen understrekes ved at mistenkte har rett til å la seg bistå av forsvarer, jf. straffeprosessloven § 232 første ledd.

Ved forklaringen av hendelsesforløpet er det ikke gitt at mistenkte og fornærmede forklarer seg feil, selv om forklaringene er motstridende. Mistenkte kan ha oppfattet situasjonen annerledes enn fornærmede, slik at mistenkte trodde den seksuelle omgangen var frivillig. For både mistenkte og fornærmede er det belastende å være del av en slik prosess. Personene er ofte unge, og prosessen kan være skadelig for den videre utviklingen. Loven må også sikre rettssikkerhet for mistenkte, slik at vedkommende ikke blir underlagt etterforskning og rettergang unødig.

Endret bevistema kan medføre risiko for at uskyldige domfelles for voldtekt.

Samtykkebestemmelse åpner for ulike forklaringer av hendelsesforløpet i ettertid. Ved at samtykke kan gis ved konkludent atferd gir dette også rom for misforståelser mellom partene. Under etterforskningen eller straffesaken er det aktuelt å undersøke hvorfor tiltalte oppfattet situasjonen slik at fornærmede samtykket. Tiltalte kan for eksempel oppfattet lyder og bevegelser fra fornærmede som samtykke, mens dette egentlig var uttrykk for at fornærmede ikke samtykket.

Videre kan en av partene i ettertid angre eller ønske å skade vedkommende og hevder at samtykke ikke forelå under seksuell omgang. Det påståtte offeret og tiltalte forklarer seg ulikt, og det foreligger ikke andre bevis. Det er dermed ord mot ord, slik at det blir en troverdighetsvurdering. Selv om det påståtte offeret forklarer seg feil, kan vedkommende ha høyere troverdighet enn tiltalte. Dette åpner for at uskyldige kan domfelles for voldtekt ved samtykkekrav

Samtykke kan tilbakekalles under seksuell omgang. Det kan være vanskelig for en partner å oppfatte at samtykket blir tilbakekalt, med mindre dette blir gjort tydelig. Dersom samtykket blir tilbakekalt implisitt, som for eksempel ved passivitet eller blikk, kan det være vanskelig å oppfatte dette. Dette åpner for en rettstilstand hvor partnerne under seksuell omgang må

kontrollere om det foreligger samtykke. Det er uheldig at partnerne må sikre at samtykke foreligger for å unngå å bli dømt for voldtekt.

Domfellelse av uskyldige strider også med prinsippet om at ingen uskyldige skal straffes, som er grunnleggende i en rettsstat.<sup>202</sup> Dersom det vedtas lovgivning som åpner for at uskyldige straffes, medfører dette store konsekvenser for rettsstaten. Samfunnet vil miste tilliten til at domstolen avsier riktige dommer. Videre vil en rettstilstand hvor domstolene straffer uskyldige skape frykt og angst.<sup>203</sup> Dette er ikke en rettstilstand som er ønsket, og tilsier dermed at samtykke ikke bør lovfestes.

## 5.6 Språklige assosiasjoner av voldtekt

Overskriften til gjerningsbeskrivelsen i strl. § 291 er «voldtekt». Rent språklig gir «voldtekt» assosiasjoner til at det foreligger vold. Redegjørelsen overfor viser at voldtektsstraffebudet rammer flere handlinger enn seksuell omgang skaffet ved vold.<sup>204</sup> Voldtektsstraffebudet er mer vidtrekkende enn hva overskriften indikerer. Etter forarbeidene kan voldtektsbegrepet forstås etter ordlyden, altså seksuell omgang ved vold eller som en betegnelse på de mest alvorlige seksuelle overgrepene, altså handlingsalternativene etter § 291.<sup>205</sup>

Dersom fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang tilføyes i voldtektsstraffebudet, vil bestemmelsen få et vidt anvendelsesområde. I forarbeidene har det blitt lagt til grunn at voldtekt forutsetter en kvalifisert aggressiv atferd, enten i ord eller handling.<sup>206</sup> Dette må imidlertid ses i sammenheng med at voldtekt før innlemmelsen av de øvrige handlingsalternativene var klassifisert ved «vold eller ved å fremkalle frykt for noens liv eller helse». Dette tilsier dermed at «vold eller truende atferd» etter bokstav a anses som kjernen i begrepet «voldtekt».<sup>207</sup>

En tilføyelse av vilkår om fravær av samtykke fra fornærmede vil føre til at ytterligere forhold som ikke er i kjernen av voldtekt inkluderes i voldtektsstraffebudet. Gjennomgangen viser at samtykkebestemmelse favner vidt og rammer en rekke tilfeller.<sup>208</sup> Tilfeller ved seksuell

---

<sup>202</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 130.

<sup>203</sup> Ibid. s. 130.

<sup>204</sup> Se punkt 4.2-4.4.

<sup>205</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 244.

<sup>206</sup> NOU 1997:23 s. 53.

<sup>207</sup> Jacobsen (2019) s. 89.

<sup>208</sup> Se punkt 2.6.

omgang hvor den seksuelle autonomien ikke er krenket bør ikke klassifiseres som voldtekt, som personforvekslingstilfellet.<sup>209</sup>

Voldtekt er også et belastende ord. Det er stigmatiserende å bli dømt for voldtekt. Det å bli utsatt for seksuell omgang som følge av vold er noe annet enn seksuell omgang uten samtykke. Hjelpeløstilstandene etter bokstav b rammer også tilfeller med svært ulik alvorlighetsgrad.<sup>210</sup> Lovbruddene er av samme karakter ved at det gjelder seksuell omgang, men har ulik alvorlighetsgrad som følge av forøvelsesmåtene. Dersom alle tilfeller av ufrivillig seksuell omgang subsumeres under voldtektsstraffebudet blir tilfellene likestilt i henhold til klanderverdighet og klassifisering. Etter min mening tilsier dette at voldtektsstraffebudet bør reserveres for seksuell omgang oppnådd med «vold eller truende atferd» etter bokstav a.

## 5.7 Straffenivå

Strafferammen for voldtekt er «fengsel inntil 10 år», jf. strl. § 291. Formålet med strafferammen er å avspeile den alvorlighet voldtekt er forbundet med, sett fra lovgivers perspektiv.<sup>211</sup> Strafferammen er også ment å gi domstolen anledning til å hensynte at lovbrudd er av forskjellig karakter og har ulik alvorlighet ved straffutmålingen.<sup>212</sup> I dommen HR-2021-2145-A hadde tiltalte som var 22 år hatt gjentatte samleier med kjæresten som var under den seksuelle lavalder. Høyesterett uttaler at «[s]traffen må fastsettes slik at det blir forholdsmessighet mellom handling og straff.»<sup>213</sup>

Ved visse typer voldtekt etter § 291 utløses en minstestraft etter § 292, hvor strafferammen er «fengsel fra 3 inntil 15 år». Domstolen er forpliktet til å idømme en straff som er minst like streng som minstestrafteffekten, med mindre annet fremgår. I forarbeidene fremgår det at tilfeller som rammes av § 292 skal ha et normalstraffenivå på 4 års fengsel.<sup>214</sup> Høyesterett i storkammer uttalte i Rt-2009-1412 at domstolene plikter «...å legge til grunn et straffenivå

---

<sup>209</sup> Se punkt 2.6

<sup>210</sup> Rt-2005-663 avsnitt 9.

<sup>211</sup> Gröning mfl. (2019) s. 665.

<sup>212</sup> Ibid. s. 665.

<sup>213</sup> HR-2021-2145-A avsnitt 29.

<sup>214</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 229.

slik det er kommet til uttrykk i lovens forarbeider.»<sup>215</sup> For normalstraffenivået er det uten betydning hvilket handlingsalternativ etter § 291 voldtekten rammes av.<sup>216</sup>

Handlingsalternativene etter § 291 bokstav a-c viser at det er alternative måter å begå en voldtekt på. I kjernen av voldtektsbegrepet er seksuell omgang ved vold, hvor straffenivået virker passende.<sup>217</sup> Videre rammer handlingsalternativet i bokstav b voldtekter som varierer i alvorlighetsgrad.<sup>218</sup> Handlingsalternativet rammer alt fra situasjoner, hvor begge partene er sterkt beruset ved seksuell omgang til situasjoner hvor en edru gjerningsperson utnytter fornærmedes tilstand.<sup>219</sup> Overtredelsene straffes normalt likt. Det foreligger dermed allerede etter § 291 en ubalanse i straffenivået i henhold til overtredelsenes alvorlighetsgrad.

Dersom samtykke innlemmes i voldtektsstraffebudet omfattes ytterligere et handlingsalternativ som rent språklig adskiller seg fra overskriften, «voldtekt». Tilfeller med seksuell omgang uten samtykke ligger i randsonen av voldtekt og minstestrafen og normalstraffen virker høy. Praktiseringen med minstestraft og normalstraffenivå kan medføre at tilfeller av voldtekt som ligger i kjernen av begrepet straffes for mildt, mens samme straff for tilfeller som ligger i randsonen straffes for strengt.<sup>220</sup>

Et høyt straffenivå ved voldtekt kan også ha flere uheldige virkninger. En konsekvens kan være at voldtekter ikke blir anmeldt, slik at mørketallene øker.<sup>221</sup> Fornærmede kan være av den oppfatning av at straffen er lang og anmelder ikke voldtekten. Gjerningspersonen og fornærmede er ofte bekjente i voldtektssaker, slik at fornærmede ikke ønsker at gjerningspersonen skal få en for streng straff.<sup>222</sup>

Videre er ofte det eneste beviset i voldtektssaker fornærmedes og tiltaltes forklaringer, slik at det er nødvendig med en tilståelse for å oppfylle det strafferettslige beviskravet. Det høye straffenivået kan medføre at gjerningspersonen ikke ønsker å tilstå, selv med tilståelsesrabatt.<sup>223</sup> Dersom straffenivået senkes kan en virkning være at flere skyldige tilstår,

---

<sup>215</sup> Rt-2009-1412 avsnitt 22.

<sup>216</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 229.

<sup>217</sup> Se punkt 5.6.

<sup>218</sup> Matningsdal (2021) s. 519.

<sup>219</sup> Ibid. s. 519.

<sup>220</sup> Hansen (2022) s. 59.

<sup>221</sup> Hansen (2013) s. 700.

<sup>222</sup> Ibid. s. 700.

<sup>223</sup> Ibid. s. 700.



ved at det anses mer hensiktsmessig å tilstå enn å ta sjansen på å bli frifunnet i retten. Dette kan øke antallet domfellelser.

Dersom seksuell omgang uten samtykke innlemmes i voldtektsstraffebudet tilsier dette at minstestrafen og normalstraffen må differensieres i forhold til de ulike overtredelsene. Ubalansen i straffenivået blir forsterket om det innføres samtykkekrav. Det må være forholdsmessighet mellom straffen og den straffbare handlingen. Seksuell omgang uten samtykke er i den nedre grensen av voldtekt, og dersom dette innlemmes i voldtektsstraffebudet tilsier dette at straffenivået bør justeres.

## 5.8 Oppsummering

Som overordnet utgangspunkt fremholdes det at seksuell omgang uten samtykke etter min tolkning, er kriminalisert etter straffeloven § 297.

Rettsutviklingen i Europa går mot samtykke som sentralt gjerningselement i voldtektsstraffebudet. Samtykkekrav ved voldtekt, er et relativt nytt gjerningselement, slik at det er vanskelig å konkludere hvilken virkning gjerningselementet har hatt.

Samtykkekrav er skjønnsmessig og kan uttrykkes ulikt, slik at samtykkekrav kan gi liten grad av forutberegnelighet. Ved vurderingen av om samtykkekrav står i spenningsforhold til det strafferettslige legalitetsprinsippet er flere hensyn av betydning. Siden det ikke er foretatt en utdypende redegjørelse av alle relevante hensyn ved det strafferettslige legalitetsprinsippet, er det vanskelig å avgjøre om det strafferettslige legalitetsprinsippet taler for eller mot om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt.

Rent språklig synes seksuell omgang uten samtykke å falle utenfor overskriften «*voldtekt*» i § 291. Imidlertid kan voldtektsbegrepet brukes som betegnelse for handlingsalternativet etter § 291. I potensielle saker hvor tiltalte blir domfelt for voldtekt, ved fravær av samtykke fra fornærmede, medfører dette at domfelte kan gis et unødvendig stigma, som ikke reflekterer klanderverdigheten av den straffbare handlingen. Straffenivået etter § 291 virker høyt for tilfeller som ligger i den nedre grense av voldtekt. Dette trekker i retning av at det foreligger fravær av et alternativt straffebud ved seksuell omgang uten samtykke.

En aktuell løsning er å regulere seksuell omgang uten samtykke i et nytt ledd etter § 297. Seksuell omgang uten samtykke får dermed riktig strafferettslig klassifisering og straffenivået

kan tilpasses. Utfordringene påpekt ved drøftelsen av bevisetema gjør seg også gjeldende her. Tvistepunktet vil mest sannsynlig fortsatt være om den seksuelle omgangen var frivillig. I sakene hvor det er ord mot ord, har det lite å si hvordan ordlyden i straffebudet er utformet. Videre åpner samtykkekrav for at uskyldige unødige utsettes for etterforskning og straffeforfølgning. Dette taler sterkt imot for at det innføres samtykkekrav.

Gjennomgangen viser at det er mange hensyn som må tas i betraktning ved drøftelsen av om fravær av samtykke fra fornærmede ved seksuell omgang bør klassifiseres som voldtekt. Selv om de samme bevisutfordringene gjør seg gjeldende ved regulering i eget straffebud, mener jeg det vil være mest hensiktsmessig å regulere seksuell omgang uten samtykke i eget straffebud. Ved en slik løsning får tilfellene riktig strafferettslig klassifikasjon og mulighet til å justere strafferammen til et passende straffenivå.

# Litteraturliste

## Lov

Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)

Lov 22. mai 1902 Almindelig Borgerlig Straffelov (straffeloven – strl.) (opphevet)

Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven – strpl.)

Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 21. mai 1999 om styrkning av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven – strl.)

## Lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner

NOU 1997:23 Seksuallovbrudd. Straffelovkommisjonens delutredning VI

Innst. O. nr. 92 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (seksuallovbrudd)

Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)

Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)

Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

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)

Ot.prp. nr. 93 (2008-2009)	Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)
Dok.nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2012:2	Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.
Prop. 42 L (2015-2016)	Endringer i straffeloven og straffeprosessloven (personforfølgelse, forberedelse til tvangsekteskap mv.)
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.
Dok. nr. 8:96 S (2018-2018)	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.
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 bli definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke.
RA-2022-1	Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2022
Riksadvokaten (2020)	Statsadvokatens kvalitetsundersøkelse 2020: Prioriterte voldtektssaker, 2020

## **Rettspraksis**

### **Høyesterettspraksis**

Rt-1993-1302 Rt-1999-1718 Rt-2003-687 Rt-2004-32 Rt-2004-357 Rt-2005-663

Rt-2006-1319 Rt-2009-321 Rt-2009-1412 Rt-2012-60 Rt-2013-588

HR-2017-968-A HR-2018-1340-U HR-2018-675-A HR-2019-922-U HR-2019-721-A

HR-2020-955-A HR-2021-2145-A

### **Lagmannsrettspraksis**

LG-2011-13876 LB-2018-165627 LA-2021-91046

### **Internasjonale konvensjoner**

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)
Europakommisjonen (2022)	Proposal for a directive of the European parliament and of the council on combating violence against women and domestic violence, EU, Strasbourg, 8 mars 2022, Tilgjengelig på: <a href="https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1533">https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1533</a> (Direktivet har ikke trådt i kraft)
Istanbul-konvensjonen	Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11. mai 2011 (Istanbul-konvensjonen)
Kvinnekonvensjonen	Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination against woman, New York, 18. December 1979
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union, Roma, 25 mars 1957
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of the Treaties, Vienna, 23 mai 1969

### **Internasjonale forarbeider og dokumenter**

CEDAW/C/GC/35 (2017)	General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19 (2017)
----------------------	---

CEDAW/C/NOR/CO/9 Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women, Concluding observations on the ninth periodic report of Norway (2017)

CEDAW/C/NOR/QPR/10 (2020) List of issues and questions prior to the submission of the seventh periodic report of Norway, Tilgjengelig på:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/195/76/PDF/N2019576.pdf?OpenElement>

CEDAW/C/NOR/10 (2021) Tenth periodic report submitted by Norway under article of the Convention, due in 2021, Tilgjengelig på:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/2572a8d1ac20498f8383578c11386f9e/norway-cedaw-10-report-english-28062021-x.pdf>

CETS 210 (2011) Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (11 may 2011)

## **Internasjonale dommer og avgjørelser**

### **Den europeiske menneskerettsdomstol**

M.C. v. Bulgaria (2003) application no. 39272/98

E.B v. Romania (2019) Application no. 49089/10

X and others v. Bulgaria (2021) Application no. 22457/16

### **CEDAW-komiteen**

Vertido v. Philippines (2008) CEDAW/C/46/D/18/2008

V.P.P v. Bulgaria (2011) CEDAW/C/53/P/31/2011

## **Svensk lov og forarbeider**

Brottsbalk (1962:700), 21 desember 1962

SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten

Prop. 2017/18:177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet

## Dansk lov og forarbeider

LBKG 2021-09-20 nr. 1851 Straffeloven

LFF-2020-11-11 nr. 85 Ændring af straffeloven (samtykkebasert voldtægtsbestemmelse)

## Litteratur

### **Bøker**

- Asp (2010) Asp, Petter, *Sex & samtykke*, Iustus 2010
- Ertzeid (2018) Ertzeid, Aina Mee, *Straffeprosess før eksamen*, Fagbokforlaget 2018
- Fredriksen (2021) Fredriksen, Steinar, *Norm, skyldkrav og straffetrussel – utvalgte emner fra spesiell strafferett*, 2 utg. Gyldendal 2021
- Fredriksen og Mathisen (2022) Fredriksen, Haukeland Halvard og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 4. utg. Fagbokforlaget 2022
- Gröning mfl. (2019) Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg Fagbokforlaget 2019
- Horn (2017) Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforlaget 2017
- Jacobsen (2019) Jacobsen, Jørn, *Valdtektsstraffebodet : gjeldande rett og spørsmålet om reform*, Fagbokforlaget 2019
- Jacobsen mfl. (2020) Jacobsen, Jørn, Husabø, Erling Johannes, Linda, Gröning og Strandbakken, Asbjørn, *Forbrytelser i utvalg*, Fagbokforlaget 2020

- Jerkø (2017) Jerkø, Markus, *Bevisvurderingens rettslige rammer: bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Universitetsforlaget 2017
- Matningsdal (2016) Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, fagbokforlaget 2016
- Strand og Larsen (2017) Strand, Vibeke Blaker Strand og Larsen, Kjetil Mujezinovic, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Gyldendal 2017
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2 utg. Fagbokforlaget 2019

## Artikler

- Frøberg (2013) Frøberg, Thomas, *Til det rettslige voldtektsbegrepets genealogi*, i *Rettsikker radikaler*, Festskrift til Ståle Eskeland 70 år, Alf Petter Høgberg, Trond Eirik Schea og Runar Torgersen (red.), Cappelen Damm akademisk 2013 s.31-56
- Hansen (2013) Hansen, Rune Bård, *Fra utuktig omgang til sovevoldtekt – straffutmåling på ville veier*, Lov og rett, Vol 52 (10) 2013, s. 688-701
- Hansen (2022) Hansen, Rune Bård, *Straff som fortjent for seksuallovbrudd? – en kommentar til Magnus Matningsdal*, Lov og Rett, Vol 61 (1) 2022, s. 59-62
- Høgberg og Salmonsens (2010) Høgberg, Benedikte Moltumyr og Salmonsens, Torunn, *Voldtektslovgivningen på ville veier? – Straffeloven § 192*, Tidsskrift for strafferett, 2010-09-27, Vol. 10 (3) s. 211-253
- Jacobsen og Sinding Aasen (2019) Jacobsen, Jørn og Aasen, Henriette Sinding, *Når mangler et «samtykke»? i integritet og ære*. Festskrift til



John Henry Mæland, Magnus Matningsdal og Asbjørn strandbakken (red), Gyldendal 2019 s. 95-120

Jacobsen og Skilbrei (2020)

Jacobsen, Jørn og Skilbrei, May-len, *Reforming the rape offence in Norwegian criminal law*, Norwegian criminal law 2020

Matningsdal (2021)

Matningsdal, Magnus, *Ubalanse i straffnivå ved seksuallovbrudd*, Lov og Rett, Vol. 60, 2021, s. 519-520

### **Annet**

Matningsdal (2022)

Matningsdal, Magnus, *Norsk lovkommentar: straffeloven, note 1853*, Rettsdata.no. Hovedrevidert 01.01.2022

### **Nettsider og andre dokumenter**

Aasen, Hans Petter, Rett24.no (2022)

<https://rett24.no/articles/seksuell-omgang-uten-samtykke-er-straffbart>

(Lest 21.03.2022)

Amnesty (2021)

<https://amnesty.no/hvorfor-trenger-vi-en-samtykkelov>

(Lest 02.05.2022)

Eide, Marianne, Rett24.no (2022)

<https://rett24.no/articles/seksuell-omgang-hva-er-egentlig-et-samtykke>

(Lest 21.03.2022)

Hellesen og Rød, Rett24.no (2022)

<https://rett24.no/articles/vi-onsker-a-legge-frem-folgende-praktikumsoppgave-til-statsrad-mehl>

(Lest 21.03.2022)

Hurdalsplattformen, regjeringen.no (2021)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hurdalsplattformen/id2877252/> (Lest 04.02.2022)

Høringsnotat, Justis- og beredskapsdepartementet (2013)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endringer-i-straffeloven-1902-og/id714312/?expand=horingsbrev&lastvisited=undefined>

(Lest 22.02.2022)

Regjeringens handlingsplan for voldtekt 2019-2022

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1469f9bedad1476aad0369ee899ab65/handlingsplan-mot-voldtekt-20192022.pdf>

(Lest 30.04.2022)

Statistisk sentralbyrå om lovbrudd (2021)

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/kriminalitet-og-rettsvesen/statistikk/etterforskede-lovbrudd>

(Lest 30.04.2022)

Straffelovrådet, regjeringen.no (2022)

<https://nettsteder.regjeringen.no/straffelovradet/mandat/>

(Lest 21.03.2022)

Voldtektssituasjonen i Norge 2019, rapport utgitt av KRIPOS (2020)

<https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/voldtekt-og-seksuallovbrudd/voldtektssituasjonen-i-norge-2019.pdf>

(Lest 07.05.2022)