

Voldtekt

- Bør forbrytelsen lovreguleres med utgangspunkt i fornærmedes manglende samtykke?

Kandidatnummer: 167889

Veileder: Anna Nylund

Til sammen 14109 ord

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
2	Avgrensning, kilder, metode og veien videre	5
3	Historie.....	6
3.1	Innledning	6
3.2	Tidlig lovregulering av voldtekt.....	6
3.3	Lovgivning i nyere tid; Almindelig borgerlig Straffelov av 1902	7
3.4	Revisjon av sedelighetskapittelet i år 2000	8
3.5	Tidligere vurderinger av samtykkeregulering	9
4	En oversikt over gjeldende rett; Straffelovens § 192.....	10
4.1	Innledning	10
4.2	Oppbygning av Strl. §192	11
4.3	Utgangspunktet; Seksuell omgang	11
4.4	Forhold som kvalifiserer seksuell omgang til voldtekt	13
4.4.1	Innledning.....	13
4.4.2	Vold eller truende atferd.....	13
4.4.3	Bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen.....	15
4.4.4	Tvang til seksuell omgang med en annen.....	17
4.5	Minstestraff ved særlige omstendigheter	18
4.5.1	Innledning.....	18
4.5.2	Minstestraff for voldtekt til samleie	18
4.5.3	Minstestraff for voldtekt ved påført hjelpeløshetstilstand.....	19
4.6	Grov voldtekt med økt strafferamme	20
4.6.1	Innledning.....	20
4.6.2	Gruppevoldtekt.....	20
4.6.3	Særlig smertefull og krenkende voldtekt.....	21
4.6.4	Gjentagelse	21
4.6.5	Med døden eller betydelig skade til følge	22
4.7	Skyldkrav ved voldtekt	22
4.7.1	Innledning.....	22
4.7.2	Lovens hovedregel; Forsett	23
4.7.3	Grov uaktsomhet	23
4.7.4	Culpa levissima	25

4.8	Voldtektslovgivning i Straffeloven av 2005	25
4.9	Rettspraksis sitt forhold til samtykke ved voldtekt	26
4.9.1	Innledning.....	26
4.9.2	Analyse av dommer med henblikk på voldtekt og samtykke.....	27
5	Samtykkeregulering – en mulighet?	29
5.1	Innledning	29
5.2	Vurdering av samtykkeregulering i Strl.2005	29
5.3	Bør voldtektsforbrytelsen reguleres ved samtykke?	30
5.3.1	Innledning.....	30
5.3.2	Kjønnsorganene inn i kroppen.....	31
5.3.3	Fokus på offerets handlinger	31
5.3.4	Holdningsskapende samtykkeregulering.....	33
5.4	Utforming av en samtykkeregulering.....	34
6	Konklusjon.....	37
	Litteraturliste	40

1 Innledning

Ifølge Statistisk Sentralbyrå ble det i 2008 anmeldt 3810 seksuallovbrudd, hvorav 944 gjaldt voldtekt.¹ I 2008 førte 96 av de 944 anmeldte voldtektene til domfellelse.² Det antas også å være store mørketall når det gjelder antall voldtekter.³ I NOU 2008:4 framgår det ut fra et konservativt anslag at i Norge blir mellom 8000 og 16000 kvinner voldtatt i året.⁴ Ser man dette tallet i forhold til antall faktiske anmeldelser er differansen meget stor. I tillegg er voldtekt en forbrytelse som av ulike grunner sjelden forfølges. I forhold til antall anmeldelser er det svært få som fører til domfellelse.⁵

Voldtekt er en meget alvorlig forbrytelse. Den krenker ikke bare den fornærmede, men skaper også frykt i hele samfunnet. Seksuelle overgrep krenker den fornærmede fysisk, men slike forbrytelser krenker også den fornærmedes autonomi og seksuelle integritet.⁶

En viktig funksjon for lovgivning generelt og straffelovgivning spesielt er å opprettholde ro og orden i samfunnet. Lover og regler skal bidra til at samfunnet fungerer og at dets borgere er trygge. De skal gi uttrykk for normer og virker vane- og moraldannende.⁷ Straff skal virke individualpreventiv og allmennpreventiv. Den skal ha den effekt at den opprettholder et ordnet samfunn hvor borgerne har vern mot overgrep og dersom de blir utsatt for overgrep skal de ha muligheten for å få rettferdighet.

Det er viktig at voldtektslovgivningen gir uttrykk for holdninger som representerer et moderne samfunn, og som gir tilstrekkelig beskyttelse mot overgrepet. I Norge er det de senere årene blitt et større fokus på at mennesker selv har rett til å bestemme over sin seksuelle integritet, og at seksuell omgang er noe som skjer mellom frivillige parter.⁸

Voldtektslovgivningen bør beskytte mennesker mot seksuelle overgrep bl.a. ved å på en god måte beskrive den kriminelle handlingen. Likevel er ikke den norske voldtektslovgivning bygget på frivillighet eller samtykke. Siden før revisjonen av sedelighetskapittelet i år 2000 har det vært diskutert hvorvidt Norge bør innføre samtykkeregulering av voldtekt.⁹

¹ Statistisk sentralbyrå, nettside: http://www.ssb.no/emner/03/05/a_krim_tab/tab/tab-2009-03-17-04.html.

² Statistisk Sentralbyrå, nettside: http://www.ssb.no/emner/03/05/a_krim_tab/tab/tab-2010-01-12-45.html.

³ NOU 2008: 4 s.12 og 35-36.

⁴ NOU 2008: 4 s. 35-36.

⁵ NOU 2008: 4 s. 12.

⁶ NOU 2008: 4 s. 12.

⁷ Mæland s. 39.

⁸ Dette gjenspeiles bl.a. i NOU 2008:4.

⁹ NOU 1997: 23 pkt. 9.2.

Samtykkeregulering av voldtekt betyr at den seksuelle omgangen vil bli definert som voldtekt ut fra det manglende samtykke fra fornærmede. Det vil si at forholdet vil være å anse som voldtekt dersom det ikke foreligger samtykke fra fornærmede. Samtykkeregulering er også noe som for tiden blir utredet i Sverige.¹⁰ Det vil bli sett nærmere på hvorvidt Norge burde innføre en samtykkeregulering av voldtektsforbrytelsen, og om dette vil være mer hensiktsmessig enn dagens lovgivning.

2 Avgrensning, kilder, metode og veien videre

Denne oppgaven vil kun se på det strafferettslig ved voldtektsproblematikken. Det er klart at også mye kunne gjort på den straffeprosessrettslige siden i forhold til bedre beskyttelsen av offeret etter at en voldtekt har skjedd, men det avgrenses det mot her. Det vil heller ikke i særlig grad brukes komparativ rett. Det avgrenses mot forsøk på voldtekt, og medvirkning til voldtekt vil berøres i liten grad.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er hvorvidt Norge bør innføre samtykkeregulering av voldtektsforbrytelsen. Først vil det kort bli gjort rede for hvordan samtykke er kommet til uttrykk eller hatt betydning for voldtektslovgivning i en historisk sammenheng. Deretter må det utredes hvordan dagens lovgivning fungerer og forholder seg til samtykke ved en voldtektsforbrytelse, og det må også undersøkes om rettspraksis bidrar i noen retning når det gjelder samtykke. Etter å ha sett nærmere på gjeldende rett ved lov og rettspraksis vil drøftes om man faktisk bør innføre en form for samtykkeregulering i Norge. Det vil bli sett på ulike problematikk i forhold til dette, om samtykke bør regulere voldtektsforbrytelsen, hva som bør ligge i et samtykke til seksuell omgang, hvilke lovtekniske og bevistekniske problemer dette byr på og om det vil føre til noen nevneverdig realitetsforskjell fra dagens lovgivning.

Som kilder er det i stor grad benyttet rettspraksis ved Høyesterettsdommer, for å belyse gjeldende rett og får og se nærmere på hvordan rettspraksis forholder seg til samtykke. Det er tatt utgangspunkt i forarbeider fra før revisjonen i år 2000 for å belyse lovgivning, og se hva som tidligere er diskutert om samtykke. Det er sett på Straffeloven av 2005 og hvordan voldtektslovgivningen er utformet i denne, og vurderingen av samtykkeregulering.

¹⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 7.5.1.5.

Litteraturen som er benyttet for å beskrive gjeldende norsk rett er norske kilder, men ved drøftelsene av hvorvidt samtykkeregulering bør innføres er det benyttet noen utenlandske kilder da det er få norske kilder på dette området.

3 Historie

3.1 Innledning

Voldtekt er ikke et nytt fenomen. Trolig har forbrytelsen vært hyppig utbredt til alle tider, selv om det kanskje ikke alltid har vært definert som en forbrytelse. Etter hvert som samfunn har utviklet seg, har den private eiendomsretten blitt ansett for svært viktig, og eiendom har gått i arv fra far til sønn. I den sammenheng har det vært svært viktig at det ikke har vært tvil om en sønns biologiske opphav. For at mannen skulle kunne beskytte sitt biologiske opphav var det viktig at han hadde kontroll over reproduksjon ved å ha eksklusiv seksuell tilgang til sin kone.¹¹ Ekteskapet gav mannen rett til effektivt å kontrollere sine arvinger. Kvinnen og barnene ble ansett for å være en slags privat eiendom som tilhørte mannen.¹² Menn som voldtok ble ansett for å krenke en annen manns eiendom og ikke kvinnens rett til seksuell autonomi og integritet. Voldtekt ble belagt med straff av hensyn til den far eller mann kvinnen tilhørte, ikke av hensyn til kvinnen som var utsatt for overgrepet. Samtykke fra kvinnens side var ikke relevant, å straffe voldtekt handlet ikke om å beskytte henne.

3.2 Tidlig lovregulering av voldtekt

I Norge har vi siden 900-tallet hatt lovgivning som forbød voldtekt. Gulatingsloven i år 900 slo fast at den som fant ” sin hustru, søster, datter, mor, stemor [stedatter], brorhustru eller sønnehustru i samleie utenfor ekteskap, [hadde] rett til å drepe mannen, om han vil”.¹³ Det var uten betydning hvorvidt kvinnen frivillig hadde gått med på samleie, da ektemann eller far uansett var krenket ved handlingen. Retten til å hevne seg slik ble opphevet ved Magnus Lagabøters Landslov. Der kunne imidlertid gjerningsmannen ble dømt fredløs, hvilket innebar at han ikke var beskyttet av samfunnets lover og regler, hvem som helst kunne da drepe vedkommende uten å risikere straff.¹⁴

¹¹ Clark & Lewis s. 112 -114.

¹² Clark & Lewis s. 115.

¹³ Skeie s. 100.

¹⁴ Sødal s. 93.

Ekteskapsordinansen av 1589 bestemte at dersom voldtektsmannen giftet seg med fornærmede var ingen skade ansett for å ha skjedd. Dette kunne likevel bare skje om fornærmede samtykket.¹⁵ Dette var neppe noen reell valgmulighet for fornærmede da hun etter en voldtekt hadde liten verdi på ekteskapsmarkedet. Men det viser at voldtekt ble straffet for å beskytte mennene som eide kvinnen da kvinnen ved å ha liten verdi på ekteskapsmarkedet kunne bli en byrde for sin far.

Dette ble videreført Mannhelgenbolken i Christian IV's Norske Lovbog av 1604. Nå ble det stilt høye krav til kvinnen når det gjaldt å bevise voldtekten, og dersom det ikke forelå to vitner til voldtekten skulle den etterforskes av 12 menn.¹⁶ Skamløse kvinner mistenkt for løse forbindelser hadde mindre troverdighet enn en dannet kvinne.¹⁷ Det kan spekuleres i om dette er en holdning til kvinner man kan finne igjen i dag, og gir uttrykk for at en kvinne som har hatt seksuell omgang med mange, mer tvilsomt sier nei til noen.

I Lov angaaende Forbrydelser, også kjent som Kriminalloven av 1842, var ikke lenger voldtekt straffbart med døden så lenge kvinnen overlevde overgrepet. På dette tidspunkt begynte voldtektslovgivningen å ta den form som den har i dag.

3.3 Lovgivning i nyere tid; Almindelig borgerlig Straffelov av 1902

I 1902 kom Straffeloven slik vi kjenner den i dag. I det nittende kapittelet lå bestemmelsen om voldtekt, § 192;

”Den, som ved Vold eller ved Fremkaldelse af Frygt for nogens Liv eller Helbred tvinger nogen til utugtig Omgjængelse, eller som medvirker hertil, straffes for Voldtægt med Fængsel indtil 10 Aar, men med Fængsel ikke under 1 Aar, saafremt der handles om Samleie.

Hvis den fornærmede paa Grund af Handlingen omkommer eller faar betydelig Skade paa Legeme eller Helbred, eller den skyldige tidligere er straffet efter denne Paragraf eller efter §§ 191,193 eller 19, kan Fængsel indtil paa Livstid idømmes.”

Denne bestemmelsen gjaldt i utgangspunktet når det var tale om seksuell omgang utenfor ekteskapet. Kvinner i ekteskap kunne ikke voldtas, ved å gifte seg hadde de sagt ja til å være tilgjengelig for mannen når han måtte ønske det. Det ble ikke slått fast før i en dom fra 1974 at kvinner kunne voldtas, i lovens forstand, av sine ektemenn. I Rt.1974 s.1121 hadde mannen

¹⁵ Telste s. 66.

¹⁶ Telste s. 66.

¹⁷ Telste s. 132.

blitt dømt i lagmannsretten for å ha voldtatt og grovt mishandlet sin kone over en lengre periode. Han anket straffutmålingen på 5 år og la ned påstand om at dommen måtte oppheves, da § 192 ikke kom til anvendelse når det gjaldt hendelser mellom ektefeller. Høyesterett uttalte da i forhold til § 192 at ” voldtekt kan ikke anses utelukket fordi om partene er gift og lever sammen”. Det ble slått fast at å gifte seg ikke betydde at man oppgav sin seksuelle autonomi til sin ektemann. Dette viser en utvikling i retning av at kvinner hadde mer rett til selv å bestemme over sin egen seksualitet.

3.4 Revisjon av sedelighetskapittelet i år 2000

I 1995 satt Justisdepartementet ned et seksuallovbruddutvalg som fikk i oppgave å se på en mulig revisjon av sedelighetskapittelet i Straffeloven, da den bortsett fra små endringer var relativt uforandret fra 1902.¹⁸ Det fremgikk at sedelighetslovgivningen burde være i bedre samsvar med dagens oppfatning av at seksuelt samvær bygger på frivillighet.¹⁹

Justiskomiteen mente frivillighetsaspektet ved seksuelt samvær burde komme bedre fram og at det burde vurderes om det var hensiktsmessig med kriminalisering av uaktsom voldtekt.²⁰ Det ble vurdert hvorvidt seksuell omgang uten samtykke skulle kriminaliseres. Bakgrunnen var Justiskomiteens uttalelser om at det var behov for større fokus på samtykkekravet som det sentrale aspektet ved voldtektsbestemmelsen.²¹ Seksuallovbruddutvalgets flertall mente at det ikke var nødvendig da det var lite praktisk. Det ble lagt til grunn at det sjelden ville foreligge tilfeller, av seksuell omgang uten samtykke, uten at også noen av de kvalifiserende omstendighetene forelå. Videre ble det fremholdt at en slik regel ville føre til betydelige bevisproblemer og det var ikke realistisk at et slikt straffebed kunne håndheves særlig effektivt. I tillegg ville det også føre til økte krav til fornærmedes atferd i overgrepssituasjonen.²² Departementet sluttet seg til flertallet, selv om en slik kriminalisering ville ”markert samfunnets holdninger om at all seksuell omgang skal være frivillig”.²³

En stor endring som kom ved revisjonen ved kriminaliseringen av grov uaktsom voldtekt. Dette skjedde på tross av at Seksuallovbruddutvalgets flertall ikke gikk inn for å kriminalisere grov uaktsom voldtekt fordi de mente de ikke forelå tilstrekkelige tungtveiende hensyn for dette. Et mindretall ved Lisbeth Bang og Grete Kvalheim gikk inn for at grov uaktsom

¹⁸ NOU 1997: 23 pkt. 1.1.

¹⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 9.

²⁰ NOU 1997: 23 pkt. 1.2.

²¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 46.

²² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 46.

²³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47.

voldtekt burde kriminaliseres da det var klart straffverdig.²⁴ Departementet la vekt på signaleffekten en kriminalisering av grov uaktsom voldtekt ville innebære og uttalte at ”enhver grov uaktsom voldtekt er en voldtekt for mye”.²⁵ Grov uaktsom voldtekt ble kriminalisert i Strl.§ 192 fjerde ledd. Hvilket medførte enda bedre beskyttelse av den enkeltes seksuelle integritet enn tidligere.

3.5 Tidligere vurderinger av samtykkeregulering

Det har lenge vært diskutert om vi, i Norge, burde innføre en samtykkeregulering av voldtekt. Allerede i 1995 da seksuallovbruddutvalget ble satt ned skulle det vurderes om ”kravet til samtykke kommer godt nok fram i voldtektsbestemmelsen”.²⁶ Seksuallovbruddutvalgets flertall mente at dersom samtykkekravet ble fremhevet ytterligere ville dette kunne medføre at det ble stilt høyere krav til fornærmede når det gjaldt å gi klart uttrykk for sin mening ved ufrivillig seksuell omgang, hvilket kunne medføre svekket rettssikkerhet for ofrene.²⁷

Et mindretall av seksuallovbruddutvalget bestående av Lisbeth Bang²⁸ foreslo en ny lovparagraf med innholdet:

”Den som foretar seksuell omgang herunder samleie med noen som ikke har samtykket til det, straffes med fengsel inntil...”²⁹

Bang antydte ingen strafferamme for paragrafen da dette ikke var hennes poeng. Bang mente en slik kriminalisering ville gi ofrene en bedre mulighet for å bli hørt av politi og rettsvesen. Da hun ut fra egen erfaring med voldtektsofre hadde iaktatt at dersom man manglet de fysiske skadene var det vanskeligere å bli trodd ved anmeldelse av en voldtekt. I forhold til den juridiske utfordringen når det gjelder føring av bevis for samtykke mente hun det ikke kunne være noe verre enn ved bevisførsel for samtykke til seksuell handling.³⁰ I Odelstingsproposisjonen kommenterer Departementet i forhold til dette forslaget at det kan fremstå inkonsekvent at seksuell handling er kriminalisert ved manglende samtykke, men seksuell omgang krever kvalifiserende omstendigheter. Det fremgår videre at seksuell handling uten samtykke er antakelig mer praktisk. De faktiske situasjonene, når det gjelder seksuell handling og seksuell omgang, vil være så ulike at det ikke uten videre tilsier at også

²⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 28

²⁵ Ot.prp.nr.28 (1999-2000) s. 31

²⁶ NOU 1997: 23 pkt. 1.1-1.2.

²⁷ NOU 1997: 23 pkt. 3.5.

²⁸ Eneste lege i utvalget

²⁹ NOU 1997: 23 pkt. 9.2.

³⁰ NOU 1997: 23 pkt. 9.2.

seksuell omgang uten samtykke skal kriminaliseres.³¹ Typisk vil seksuell handling uten samtykke være blotting av kjønnsorganer på offentlig sted. Da er bevissspørsmålet om hvorvidt det foreligger samtykke enklere å avgjøre enn dersom noen hadde hatt seksuell omgang med noen innenfor husets fire vegger uten samtykke.

På den andre siden uttaler Departementet at kriminalisering av seksuell omgang uten samtykke vil kunne markere samfunnets holdning om at all seksuell omgang skal være frivillig. Støtteforeningen for seksuelt misbrukte barn mente at formuleringen Bang foreslo i større grad beskriver en slik atferd man ønsket å kriminalisere.³² Videre antok flere av høringsinstansene deriblant Krisesenter og Nødtelefon for kvinner i Bergen og Kvinnegruppen Ottar at Bangs forslag til samtykkekrav til føre til flere domfelleleser for seksuelle overgrep.³³

De høringsinstansene som ikke støttet Bangs forslag pekte blant annet på at en slik kriminalisering ville kunne føre til at man skiftet fokus fra gjerningspersonens handlinger og over på fornærmedes atferd.³⁴ Dette var et av argumentene Departementet pekte på at de valgte ikke å støtte Bangs forslag.³⁵ Det ble også lagt vekt på at ingen av de nordiske landene hadde en slik regulering og at dersom Norge skulle gått inn for det ville det blitt på bekostning av den nordiske rettenhet.³⁶ Kriminalisering av seksuell omgang uten samtykke ble ikke innført.

4 En oversikt over gjeldende rett; Straffelovens § 192

4.1 Innledning

Straffelovens § 192 ligger i Straffelovens kapittel 19 om seksuallovbrudd. Den fastsetter hvilke tilfeller av seksuell omgang som etter norsk lov anses som voldtekt, hvilke forhold som fører til økt minstestraft, hvilke forhold som fører til økt strafferamme og tilfeller hvor gjerningspersonen kan bli dømt selv om det ikke foreligger forsett.

³¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) pkt. 5.4

³² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47 pkt. 5.3

³³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47 pkt. 5.3

³⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47 pkt. 5.3

³⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 48 pkt. 5.4

³⁶ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 48 pkt. 5.4

4.2 Oppbygning av Strl. §192

Straffeloven § 192 er bygget opp i tre deler. Bestemmelsens første del, første ledd, tar for seg hvilke kvalifiserende omstendigheter som må foreligge for at seksuell omgang skal defineres som voldtekt, jfr. første ledd bokstav a-c. Denne første delen er den eneste som tar for seg hva voldtekt er. Og det finnes ingen eksplisitt henvisning til manglende samtykke, men samtlige vilkår som er nevnt er omstendigheter som typisk vil negere samtykke. Strafferammen etter første ledd er 14 dager, jfr. Strl. §17 til 10 år, jfr. §192 første ledd.

Bestemmelsens andre del, andre og tredje ledd, tar for seg straffutmåling. Andre ledd setter opp særlige omstendigheter som fører til at minstestrafen øket fra 14 dager til 2 år. Da minstestrafen øker til 2 år vil også dette bety at maksimumsstraffen går opp til lovens ordinære maksimumstraff, 20 år, jfr. § 17.³⁷ Tredje ledd stiller opp de forhold som fører til at maksimumsstraffen øker til 21 år, da det omhandler så grove tilfeller at lovgiver har sett dette nødvendig. Det er klart at dersom en forbrytelse skal falle inn under andre eller tredje ledd må det først være å anse som voldtekt etter første ledd. Den andre delen tar kun for seg tilfeller hvor voldtekten anses grovere.

Den siste delen av paragrafen fastsetter at det er ikke bare lovens skyldkrav om forsett som gjelder ved voldtekt, jfr. §42, men skyldkravet kan også være grov uaktsomhet. Når det er tale om grov uaktsom voldtekt er strafferammen noe lavere enn ved forsettlig voldtekt.

4.3 Utgangspunktet; Seksuell omgang

Voldtekt defineres, i norsk lov, ut fra begrepet seksuell omgang, jfr. Strl. §192. Første vilkår som må være oppfylt for at det skal bli tale om voldtekt er at det må ha skjedd seksuell omgang, men dette alene er ikke straffbart. Uttrykket er en videreføring av uttrykket ”utuktig omgang” som ble benyttet før revisjonen i år 2000. Endringen var ikke ment å innebære noe endring i meningsinnholdet i begrepet, og rettspraksis fra før revisjonen vil fortsatt være relevant.³⁸ Det at ordet seksuell benyttes betyr ikke at det må foreligge en bestemt motivasjon bak den straffbare handlingen.³⁹

Det fremgår av forarbeidene at seksuell omgang omfatter samleie⁴⁰, men det omfatter også ”samleielignende forhold”.⁴¹ Det omfatter ”samleiebevegelser med blottet kjønnsorgan

³⁷ Andenæs, Spesiell strafferett s. 148.

³⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19.

³⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 20.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19, det fremgår også av Rt. 1950 s. 1089, Rt. 1972 s. 92.

⁴¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19.

mellom en annens lår eller mot vedkommendes mage eller seteparti”⁴² Det omfatter også å beføle noen i skrittet eller føre en eller flere fingre inn i skjeden, jfr. Rt.1989 s.517, og i endetarmsåpning, jfr. Rt.1999 s.1718,s.1722. Slikking og suging av kjønnsorganer er omfattet, også der man onanerer seg til selv å få sædløsning i en annens ansikt, jfr. Rt.1990 s.760. Det er slått fast at i lovens forstand vil det også være tale om seksuell omgang hvor en kvinne slikker en annen kvinnes kjønnsorgan, jfr. Rt.2004 s.1902. Etter revisjonen ble begrepet utvidet til å omfatte også tilfeller hvor man fører gjenstander inn i egen skjede eller endetarmsåpning.⁴³

Seksuell omgang er begrenset nedad mot seksuell handling. Seksuell handling omfatter berøringer av andre mennesker der berøringen strider mot skikk og bruk, jfr. Rt.1933 s.995,blotting og anstøtelig bevegelser og ordbruk.⁴⁴ Det fremgår av Rt.1951 s.726 at det anses som utuktig handling der en gjerningsmann har ”ført sin hånd et par ganger over en gutts blottende kjønnsorgan”. I Rt.1986 s.794 hadde gjerningsmannen ”masturbert henne ved å bevege hånden mange ganger utenpå hennes kjønnsorgan”, dette ble ansett for å være seksuell omgang. Slike tilfeller vil ofte ligge i grenseland mellom seksuell handling og seksuell omgang, da masturbasjon regnes som seksuell omgang. Forskjellen på disse to dommene synes å være antall berøringer. Det avgjørende for om det foreligger masturbasjon eller berøring av kjønnsorganer vil antageligvis være bevegelsens intensitet.⁴⁵ Hvilket betyr at hvis bevegelsen er av en viss intensitet vil det være å anse for seksuell omgang.

Slik seksuell omgang som er beskrevet over er som utgangspunkt straffrie handlinger.

Voksne mennesker kan selv bestemme hvorvidt de ønsker å delta i slike aktiviteter og dersom de frivillig gjør det vil det ikke være noe straffbart ved det. Foreligger det samtykke fra begge parter er det ikke tale om en straffverdig handling.

Det er ikke krav om at partene må være 18 år for å kunne samtykke til seksuell omgang slik hovedregelen er etter norsk rett, jfr. Vergemålsloven § 2,jfr.§ 1. Lovgiver har likevel sett det slik at barn under 16 år er de som trenger særlig beskyttelse mot seksuelle overgrep og det følger derfor av Strl. § 196 at seksuell omgang alene er straffbart når fornærmede er under 16 år. Hvilket betyr at frivillig seksuell omgang mellom to parter over 16 år er som utgangspunkt

⁴² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19, Andenæs, Spesiell strafferett s. 140.

⁴³ Strl.§192 første ledd bokstav c.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 19, Andenæs, Spesiell strafferett s. 140.

lovlig. Dette kan sies å bygge på en nyere tanke om at parter i seksuell aktivitet selv har autonomi til å bestemme hva de ønsker å delta i.

For at seksuell omgang skal kunne defineres som voldtekt må det altså noe mer til, det må foreligge kvalifiserende omstendigheter som fører til at den ellers straffrie seksuelle omgangen blir å anse som voldtekt.

4.4 Forhold som kvalifiserer seksuell omgang til voldtekt

4.4.1 Innledning

Straffelovens § 192 første ledd bokstav a til c oppstiller ulike alternative vilkår som fører til at seksuell omgang blir ansett som voldtekt. Innenfor de ulike bokstavene er det også ulike alternativer og det er tilstrekkelig at et av disse er oppfylt. Det listes opp forhold som fører til at seksuell omgang blir ansett å være skjedd mot en parts vilje, og bygger på hvilke faktorer som vanligvis negerer samtykke.

4.4.2 Vold eller truende atferd

Det første settet av kvalifiserende omstendigheter finner man i Strl. § 192 første ledd bokstav a. Det er straffbar seksuell omgang dersom en ” ved vold eller truende atferd” ”skaffer seg” seksuell omgang.

I revisjonen ble lovteksten endret fra ”tvang” til ” skaffer seg”, dette fordi det ikke var inntatt noe uttrykkelig krav om tvang og fordi det var tilstrekkelig til domfellelse at det forelå årsakssammenheng mellom volden og den seksuelle omgangen.⁴⁶ Da det ikke er noe krav til tvang, men kun årsakssammenheng vil noen flere tilfeller være å anse som voldtekt. Det kan tyde på at listen for hva som anses for voldtekt ble noe lavere ved denne endringen.

Det første alternativet som kvalifiserer seksuell omgang til voldtekt er ”vold”. Den naturlige forståelsen av vold er at det er fysisk berøring som er utført med en slik kraft eller på en slik måte at det fører til fysiske ubehag for den det blir påført. Voldsalternativet favner vidt.⁴⁷ Ifølge Magnus Matningsdal⁴⁸ vil alternativet omfatte ”enhver maktanvendelse mot fornærmedes legeme”. Vanlige voldshandlinger vil være slag, spark eller at man holdes nede ved makt. Det ble presisert i Odelstingsproposisjonen at det ikke er et krav om at fornærmede

⁴⁶ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 32.

⁴⁷ Ertzeid s. 347.

⁴⁸ I Norsk Lovkommentar til §192 note 1538.

setter seg til motverge.⁴⁹ Ved ikke å ha noe krav om motverge favner voldsalternativet svært vidt, og det er ikke noe krav til at kvinnen skal ha uttrykt at hun ikke ønsker den seksuelle omgangen ved å kjempe imot. Dette betyr at slik lovgivningen er i dag skal det være få krav til fornærmedes oppførsel. Det er meget positivt da det ikke er fornærmedes oppførsel som skal stå i sentrum ved slik overgrep. Det er hensiktsmessig at det ikke legges et ansvar på fornærmede for å oppføre seg på en bestemt måte for å vise at man ikke ønsker seksuell omgang.

Det kan stilles spørsmål om hvilket forhold det er mellom voldsalternativet i § 192 og legemsfornærmelse i § 228.⁵⁰ Det er ikke diskutert inngående i teorien om voldsbegrepene i de to paragrafene skal forstås likt, men det er klart at § 192 konsumerer § 228, og at disse ikke kan benyttes i konkurrans.⁵¹ Dette kan tolkes i retning av at voldsbegrepene skal tolkes likt, men det fremgår i forarbeidene at voldsalternativet i §192 er relativt og hvorvidt omstendighetene vil falle inn under alternativet vil være situasjonsbetinget.⁵² Da § 192 konsumerer § 228 vil det være uten praktisk betydning hva forholdet mellom dem er da det etter § 192 ofte vil være en konkret helhetsvurdering av situasjonen. Det går derfor ikke nærmere inn på dette, men det kan konstateres at dersom det er tale om vold etter § 228 vil det også være vold etter § 192.

Det følger av § 192 første ledd siste punkt at ved vurderingen av om det er utøvd vold eller truende atferd skal det vektlegges om fornærmede var under 14 år. Dette betyr at kravet til hva som anses som vold eller truende atferd vil være lavere dersom fornærmede er under 14 år.⁵³ Dette viser også hvor relativt kravet til vold er i § 192.

Det andre alternativet i bokstav a er at den seksuelle omgangen er skaffet ved ”truende atferd”. Den naturlige forståelsen her er at alternativet ikke bare omfatter direkte trusler, men også de tilfeller hvor gjerningsmannen oppfører seg på en slik måte at det fremkaller frykt hos fornærmede. Det omfatter tilfeller der en føler frykt for liv og helse, eller tilfeller der gjerningspersonen fremkaller frykt ved bruk av trusler.⁵⁴ All form for truende atferd skal være dekket av alternativet, det vil også omfatte tilfeller hvor det trues om å foreta en rettsmessig

⁴⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 25.

⁵⁰ Ertzeid s. 348.

⁵¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 25, Ertzeid s.348.

⁵² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

⁵³ Andenæs, Spesiell strafferett s. 142.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

handling, for eksempel å politianmelde noen.^{55 56} Trusselen må ikke være rettet mot fornærmede, det kan også være trussel om å skade noen som står fornærmede nær.⁵⁷

De to alternativene i første ledd vil til dels gå over i hverandre og dekker et stort antall mulige handlinger som vil negere samtykke. Men det er fortsatt et utgangspunkt om at man setter opp tilfeller som negere samtykke og ikke om det faktisk forelå samtykke. Til Strl. § 192 før revisjonen i år 2000 hvor det forelå et krav om tvang uttales det i Odelstingsproposisjonen at dersom det forelå samtykke ville ikke den objektive gjerningsbeskrivelsen være oppfylt.⁵⁸ På tross av at tvangskriteriet er fjernet må det antas at også nå vil samtykke utelukke straffansvar. Dette betyr at samtykke fritar, likevel

er det ikke et krav om samtykke. Dette vil si at de tilfeller som ikke faller inn under § 192, men hvor det heller ikke er samtykke vil ligge i en uregulert gråsoner. Det er samtykke som fritar, men mangle på samtykke betyr ikke nødvendigvis straffansvar.

Det er ikke krav om at gjerningspersonen har utøvd volden eller den truende atferden, det er tilstrekkelig at han er klar over at det foreligger vold eller truende atferd og at det ikke er tale om frivillig samleie.⁵⁹

Overfallsvoldtekter blir pådømt etter første ledd bokstav a. I Rt.2005 s.556 defineres overfallsvoldtekt som de tilfeller der ”uten forutgående kontakt blir fornærmede overmannet av en fremmed gjerningsmann, som tiltvinger seg samleie og deretter forsvinner.” Det er klart at en voldtekt på et offentlig sted og en gjerningsmann man aldri har møtt er sterke indikatorer på at det ikke foreligger samtykke, og bevisspørsmålet er relativt enkelt. Dette kan også være en grunn til at overfallsvoldtekter straffes strengt.⁶⁰ Men når det gjelder samtykke er det ingen grunn til at noen voldtekter skal straffes strengere enn andre, da det i alle tilfeller ikke vil foreligge frivillighet. Det vil uansett kunne være å anse som straffverdig.

4.4.3 Bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen

Strl. § 192 første ledd bokstav b er en videreføring av tidligere § 193 og endringen skal ikke innebære en endring i forståelsen, kun fremheve at slike forhold er å anse som like alvorlig

⁵⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

⁵⁶ Norsk lovkommentar til Strl. § 192 note 1539.

⁵⁷ Ertzeid s. 350.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 25.

⁵⁹ Andenæs, Spesiell strafferett s. 142, Rt.2006 s. 1319.

⁶⁰ Ertzeid s. 365.

som andre voldtekter.⁶¹ Bokstav b omhandler de tilfeller der den seksuelle omgangen er utført med noen som er ”bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen”. Begge alternativene handler om utnyttelse av hjelpeløshetstilstand. Det kan sies som et utgangspunkt at man ikke frivillig kan gå med på noe når man sover. Så ser man det i forhold til samtykke er at man i en slik tilstand vanskelig kan ha samtykket til noe som helst. Det er et forhold som negerer samtykke.

Språklig sett brukes bevisstløshet som regel om tilfeller hvor man er blitt bevisstløs på grunn av ytre omstendigheter eller sykdom, i lovens forstand vil begrepet favner noe videre.

Alternativet vil omfatte tilfeller av søvn og hypnose⁶² og også beruselse.⁶³ Det vil ikke ha noen betydning for straffbarheten dersom bevisstløsheten er selvforskyldt.⁶⁴

Rt.2003 s.687 belyser noe videre hvordan man skal forholde seg til dette alternativet og også hvordan det forholder seg til samtykke. Det var et tilfelle hvor en kvinne i utgangspunktet hadde samtykket til seksuell omgang og deretter sovnet under den seksuelle omgangen, spørsmålet i dommen var om et slikt forhold var dekket av § 192 første ledd bokstav b. I utgangspunktet kunne forholdet falle inn under ordlyden, men Høyesterett kom til at i dette tilfellet falt det utenfor anvendelsesområdet. Dette begrunnet Høyesterett med at det er ” så stor forskjell i graden av krenkelse og klanderverdighet sammenliknet med det som typisk rammes som voldtekt etter § 192, at det vil være å gå for langt å la også disse forholdene rammes.⁶⁵ Det kan også trekkes linjer mot at § 192 stiller opp forhold som negerer samtykke, og det kan vanskelig negere et klart samtykke som allerede er gitt til akkurat den seksuelle omgangen.

Det presiseres videre i dommen at straffriheten avhenger av ” at gjerningspersonen ikke har gått over til mer inngripende handlinger etter at partneren har sovnet”, eller ” for tilfeller der bevisstløsheten inntreer som følge av et epileptisk anfall, en ulykke eller liknende”. Det må være den samme aktivitet som det er samtykket til. Det er også et krav om at begge var bevisst da handlingen ble innledet.⁶⁶ I forhold til denne sak kan det se ut til at man antar at et samtykke til å ha seksuell omgang i bevisst tilstand ikke endrer seg om den ene parten sovner. Det må likevel nevnes at det kan være en forskjell på et samtykke til seksuell omgang i

⁶¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 111.

⁶² Matningsdal Norsk Lovkommentar om § 192 note 1540.

⁶³ Andenæs, Spesiell strafferett s.143,Rt.1993 s. 963.

⁶⁴ NOU 1997: 23 pkt. 4.3.2.1.

⁶⁵ Dommens avsnitt 17.

⁶⁶ Dommens avsnitt 17.

bevisst tilstand, og seksuell omgang i bevisstløs tilstand på tross av at det ikke går over til mer inngripende handlinger. Dersom man ikke oppdager at vedkommende er sovnet vil man ikke ha forsett, men etter min mening må sies å være klanderverdig å fortsette den seksuelle omgangen etter at vedkommende er sovnet, dersom man forstår at vedkommende sover. I forhold til eventuell samtykkeregulering er dette noe som må bli vurdert i forhold til hvordan man forstår samtykke til seksuell omgang og hvor langt det går.

Neste alternativ i bokstav b er at man har seksuell omgang med noen som ” av andre grunner er ute av stand til å motsette seg handlingen”. Høyesterett har uttalt at det må antas å omfatte både tilfeller hvor vedkommende fysisk er forhindret fra å gjøre motstand, men også hvor den psykiske motstandsevne også er borte.⁶⁷ Et forhold som vil rammes av dette er der fornærmede er så lammet av frykt at det ikke er i stand til å motsette seg handlingen, også hvor vedkommende har en sykdom som forhindrer dem i å gjøre motstand.⁶⁸ Det trekkes en grense mot tilfeller hvor fornærmede ikke er i stand til å motsette seg på følelsesmessig grunnlag fordi gjerningspersonen står i et overmaktsforhold eller lignende. Slike forhold bedømmes etter Strl. §193.⁶⁹

4.4.4 Tvang til seksuell omgang med en annen

Første ledd bokstav c omfatter de tilfeller hvor offeret blir presset til å ha seksuell omgang med noen andre enn gjerningsmannen, eller å utføre tilsvarende handlinger på seg selv. Disse tilfellene må på lik linje med bokstav a være oppnådd ved vold eller truende atferd, disse begrepene skal forstås likt som i bokstav a.

Bakgrunnen for at dette alternativet ble tilføyd ved revisjon i år 2000 er en dom fra 1999.⁷⁰ Saken gjaldt hvorvidt en kvinne kunne dømmes for voldtekt når hun hadde, under trussel om fysisk mishandling, fått en kvinne til å føre stearinlys og flaske inn i sin egen skjede. Høyesterett kom til at forholdet ikke var dekket av dagjeldende § 192 da det etter den kun var ansett som voldtekt om gjerningsmannen selv utførte handlingen på fornærmede. Justiskomiteen kom derfor med forslag ved revisjonen om at voldtektsbestemmelsen også skulle få anvendelse på slike tilfeller, og dette ble lovens løsning.

Dersom man hadde hatt en god samtykkeregulering av voldtekt kunne det ført til at man kunne pådømt flere tilfeller. Spesielt kunne det tatt opp de tilfeller hvor man ikke tenker på at

⁶⁷ Rt. 1993 s. 963.

⁶⁸ Rt. 1961 s. 547.

⁶⁹ Ertzeid s. 351.

⁷⁰ Rt. 1999 s. 1718.

slikt kan skje før det kommer opp i praksis, da samtykke vil være det avgjørende og ikke måte det har skjedd på. Dette vil ikke føre til noe minsket rettssikkerhet for gjerningsmannen, som bare må forsikre seg før den seksuelle omgangen om at den annen part deltar frivillig.

Bokstav c dekker også tilfeller hvor man blir tvunget til å ha seksuell omgang med en annen, men da er den en forutsetning at også denne tredje personen er et offer i saken.⁷¹ I Rt.2004 s.252 ble en kvinne tvunget til å foreta en avsugning på en mann som ikke ønsket dette og dette forholdet falt inn under bokstav c. Dersom A tvinger B til å ha sex med C og C er villig med på det hele vil det derimot bli tale om voldtekt fra Cs side og medvirkning til voldtekt fra As side.⁷²

4.5 Minstestraft ved særlige omstendigheter

4.5.1 Innledning

Straffelovens § 192 andre ledd tar for seg de omstendigheter som fører til at minstestrafteffekten for forhold etter første ledd går fra 14 dager, jfr. § 17, til 2 år. Maksimumsstraffen øker til 15 år, jfr. § 17.⁷³ Det er nødvendig for å gradere forbrytelsen at minimumsstraffen varierer ut fra hvor graverende forholdet er. Slik legges det mer bestemte føringer på straffutmåling og domstolene står ikke helt fritt til å vurdere hva som er skjerpene. Det er kun første ledd i § 192 som tar for seg hva som faktisk anses som voldtekt, mens resten tar for seg en gradering av ulike tilfeller voldtekt. Det er nødvendig med gradering av voldtektsforbrytelsen for å gi domstolene en pekepinn på hvilke forhold som skal vektlegges. På denne måten unngår man nok også at fordommer skinner gjennom ved straffutmåling. En form for gradering av voldtektsforbrytelsen er også nødvendig dersom det skal bli tale om samtykkeregulering.

4.5.2 Minstestraft for voldtekt til samleie

Det følger av andre ledd bokstav a at dersom den seksuelle omgangen var "samleie" vil minstestrafteffekten være to år fengsel. Den dagligdagse forståelsen av samleie er at penis penetrer skjede eller endetarmsåpning. I lovens forstand er samleie definert i Strl. § 206 som vaginalt og analt samleie. Det følger av andre punktum at innføring av penis i munn eller at andre gjenstander føres inn i skjede eller endetarmsåpning likestilles med samleie. Det er likevel ikke slik at alle grader av innføring av penis i skjede eller endetarmsåpning er å anse som samleie.

⁷¹ Andenæs, Spesiell strafferett s. 143.

⁷² Andenæs, Spesiell strafferett s. 143.

⁷³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 112.

I Rt.1988 s.1207 var en 43 år gammel mann blitt dømt av lagmannsretten for utuktig omgang med fire jenter under 14 år. Mannen anket med den begrunnelse at det var feil i rettsanvendelsen ved lagmannens rettsbelæring. Lagmannes rettsbelæring lød som følger:

”Hvis penis er helt eller delvis ført inn i kvinnens kjønnsorgan, således innenfor kjønnsleppene, er dette å betrakte som samleie i juridisk forstand.”

Høyesterett kom til at lagmannens rettsbelæring ikke var i tråd med gjeldende rett som kom til uttrykk bl.a. i Rt.1905 s.33 og teori; Samleie i rettslig forstand er forstått som at ”det mannlige kjønnslem helt eller delvis føres inn i den indre del av kvinnens kjønnsorgan – vagina – ikke bare inn i skjedeåpningen - vulva.”⁷⁴ Hvilket betyr at samleie kun omfatter de tilfeller hvor penis er ført inn i vagina.

På tross av at vaginalt og analt samleie er likestilt i § 206 ser det ut til å være en tendens i rettspraksis å tillegge analt samleie vekt i skjerpene retning. I Rt.2002 s.448 tillegges det vekt i skjerpene retning at de anale handlingene må ha vært smertefulle. I Rt.2003 s.1248 uttalte førstvoterende at samme utgangspunkt må gjelde for analt samleie sammenlignet med vaginalt samleie. Det vises imidlertid til at analt samleie lett kan være ”smertefullt og føre til fysiske skader”. På tross av at de to typene samleie er likestilt i § 206, bør det likevel være slik rettspraksis har lagt til grunn, at analt samleie vektlegges i mer skjerpene retning enn vaginalt samleie. Dette samsvarer nok også med den oppfatning folk flest har om at analt samleie er mer krenkende og belastende enn et vanlig vaginalt samleie for fornærmede.

4.5.3 Minstestraft for voldtekt ved påført hjelpeløshetstilstand

Det fremgår av bokstav b at minstestraften også øker til to år hvor den gjerningsmannen har ”fremkalt en tilstand” som bevisstløshet eller av andre grunner fører til at den fornærmede er ute av stand til å motsette seg handlingen. Andre ledd bokstav b blir aktuell dersom man har begått en voldtekt etter første ledd bokstav b. Forståelsen av like uttrykk vil være den samme.

De tilfeller som blir dekket av dette vil være der en gjerningsperson har gjort noe som har ført til en hjelpeløshetstilstand og for så å utnytte denne. Et eksempel som kunne falt under denne bestemmelsen finner man i Rt.2000 s.40. En mann hadde hatt utuktig omgang med kvinner etter å ha gitt dem bedøvende eller berusende midler, slik at de falt i dyp søvn eller ble bevisstløse. Endringen var ikke trådt i kraft da dommen var oppe i Høyesterett så forholdet ble ikke dømt etter denne bestemmelsen.

⁷⁴ Rt. 1988 s. 1207 s. 1209

Dersom en lignende sak kom opp i dag ville det nevnte forholdet alene vært grunnlag for minimum to år fengsel. Typiske tilfeller man kan tenke seg er hvor gjerningsmannen tilsetter et dopingmiddel til fornærmedes drink for så og senere utnytte den hjelpeløshetstilstand hun kommer i på grunn av dopingmiddelet.⁷⁵

4.6 Grov voldtekt med økt strafferamme

4.6.1 Innledning

Paragrafens tredje ledd stiller opp de tilfeller hvor minstestrafen øker fra 15 til 21 år. Disse tilfellene er voldtekter som kan anses som grove voldtekter. Det er kanskje den type voldtekt som objektivt sett anses mest inngripende og krenkende for fornærmede.

4.6.2 Gruppevoldtekt

Alternativ a fastslår at dersom voldtekten er begått av flere i fellesskap kan det idømmes inntil 21 års fengsel. Dette vil ramme såkalte gruppevoldtekter, hvor flere personer går sammen om å voldta en eller flere personer. Det rammer de tilfeller hvor gjerningsmannen veksler mellom å være hovedmann i relasjon til egne overgrep og medvirker i forhold til de andres overgrep.⁷⁶ Straffskjerpelsen skal medvirke til å få fram det graverende ved både å begå en voldtekt selv og også medvirke til at noen andre utfører en voldtekt.⁷⁷

Det er tilstrekkelig for at det faller inn under bestemmelsen at voldtekten er begått av to personer i fellesskap. Dette fremgår av Rt.2002 s.1210 hvor sakens faktum var at to menn hadde møtt en kvinne på vei hjem fra byen, hun hadde fått inntrykk av at de skulle på samme etterpåfest og hadde derfor blitt med de hjem. Deretter hadde mennene blitt svært aggressive og voldtatt henne. Førstvoterende henviser til at maksimumsstraffen ble hevet til 21 år fengsel ved revisjonen i år 2000 og sluttet seg til vurderinger fra seksuallovbruddutvalget om at en felles voldtekt er ekstra straffverdig og det er behov for streng reaksjon. Det uttales i dommen at ”[t]ypetilfellet på slike overgrep vil være at to eller flere veksler på å holde offeret og selv begå voldtektshandlingen”. Begge mennene ble dømt for etter bestemmelsen.

Det er ikke tvilsomt at voldtekter som begås av flere i fellesskap vil oppleves som større overgrep og mer skremmende. Dersom det skulle bli tale om samtykkeregulering i Norge måtte gruppevoldtekt graderes som en av de grovere formene for voldtekt. Slik høyesterett i

⁷⁵ Andenæs, Spesiell strafferett s. 143

⁷⁶ Andenæs, Spesiell strafferett s. 149.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 112.

dommen fra 2002 beskrives gruppevoldtekt er det klart at det svært sjelden kan foreligge et straffriende samtykke.

4.6.3 Særlig smertefull og krenkende voldtekt

Bokstav b oppstiller inntil 21 års fengsel for de tilfellene der voldtekten er begått på en ”særlig smertefull eller særlig krenkende måte”. Det at ordet særlig oppstilles betyr at det er en viss terskel for hva som vil være å anse for smertefullt og krenkende nok til å falle inn under bestemmelsen. Hvilke handlinger som skal anses å falle inn under alternativet beror på skjønn, hvor ”fornærmedes alder og utrustning skal stå sentralt.”⁷⁸

I Rt.2003 s.1455 ble det beskrevet en voldtekt som ble ansett for å være begått på en særlig smertefull og særlig krenkende måte. Voldtekten ble gjennomført, etter vedvarende mishandling, ved at fornærmede hadde blitt presset til å føre pinner og stein inn i sin egen vagina. Ellers er det lite høyesterettspraksis på denne bestemmelsen, men i LB-2008-82288 beskrives et annet tilfelle; en mann voldtok en kvinne ved å utnytte hennes hjelpeløshetstilstand grunnet beruselse ved å presse en hånd inn i hennes endetarm. Overgrepet forårsaket store skade og hun måtte få anlagt kunstig tarmåpning i bukveggen. Lagmannsretten la til grunn at det var klart at de skjerpene omstendighetene etter tredje ledd forelå. Tilfeller som faller inn under dette alternativet er klart svært straffverdig, og en slik gradering bør opprettholdes.

4.6.4 Gjentakelse

Det nest siste alternativet, bokstav c, øker maksimumsstraffen til 21 år hvor den skyldige tidligere har vært straffet etter §§ 192 eller 195. Her er det tale om forhøyet straff ved gjentakelse, og vilkårene i § 61 må derfor være oppfylt, men hevingen til 21 år er en særlig regulering og går foran reglene i § 61 første ledd.⁷⁹

I Rt.2006 s.828 kom Høyesterett til at bokstav c, jfr. § 61 tredje ledd, kunne komme til anvendelse selv om en tidligere var dømt ved en utenlandsk domstol. Høyesterett så nærmere på det forholdet gjerningsmannen var dømt for ved den svenske domstolen, og fant at det forholdet klart ville falt under § 192 og derfor var det ubetenkelig å benytte seg av økt straff ved gjentakelse. Hvilket betyr at når det gjelder voldtektsbestemmelsen, kan gjentakelse også bygges på domfellelse fra utlandet i tillegg til en dom fra en norsk domstol.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 112.

⁷⁹ Ertzeid s. 361.

I Rt.2005 s.556 fikk bokstav c ikke anvendelse da tiltalte var under 18 år da han tidligere hadde begått en slik straffbar handling, jfr. § 61. Høyesterett fant likevel at det er et klart straffskjerpene moment at tiltalte er dømt for voldtekt begått bare to år før voldtektsforsøket han her ble dømt for. Det ville ikke føre til økte maksimumsstraff etter tredje ledd, men det ville ha vekt som et straffutmålingsmoment. At slike tilfeller får vekt som straffutmålingsmoment er meget hensiktsmessig i forhold til den preventive effekten da det er klart at det er så kort mellom hendelsene. Og det at han så kort etter domfellelse for et lignende forhold på nytt begår en slik forbrytelse, tilsier at det bør være straffskjerpene.

4.6.5 Med døden eller betydelig skade til følge

Bokstav d høyner straffen til 21 års fengsel dersom fornærmede ”som følge [av voldtekten] dør eller får betydelig skade på legeme eller helse.” Videre presiseres det at seksuelt overførbare sykdommer og allmennfarliges sykdommer anses som betydelig skade på legeme eller helse etter denne bestemmelsen. Bokstav d tar for seg tilfeller hvor voldtekten har visse bestemte følger for fornærmede.

Det er ikke et krav om at gjerningsmannen må ha hatt forsett om følgene, men det må ha vært forutselig etter § 43, jfr. ”som følge”. Skyldkravet er culpa levissima. Hvilket betyr at det er tilstrekkelig for å påvise skyld at gjerningsmannen ”kunde have indseet Mulighede af en saadan Følge.”⁸⁰ Dette gjøres nærmere rede for i punkt 4.7.4.

Det henvises til smittevernloven § 1-3 nr.3,jfr. nr.1 når det gjelde seksuelt overførbare sykdommer og allmennfarlige smittsomme sykdommer. Det fremgår av nr. 3 at det må være tale om en sykdom som er særlig smittsom, opptrer hyppig, har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader. Videre må det også føre til enten langvarig sykeleie, eller at store utbredelse kan bli en stor belastning for folkehelsen, eller at det utgjør en særlig belastning fordi det ikke finnes forebyggende tiltak eller helbredende behandling. Det er tilstrekkelig at et av hovedkriteriene og et av tilleggskriteriene er oppfylt. Det er klart at HIV smitte vil være omfattet av bestemmelsen.

4.7 Skyldkrav ved voldtekt

4.7.1 Innledning

Utgangspunktet for straffeloven er at det er et krav om at gjerningsmannen må ha utvist forsett for å kunne straffes. Men i § 192 er også grov uaktsomhet kriminalisert, og ved visse

⁸⁰ Strl. § 43.

følger er skyldkravet kun culpa levissima i forhold til disse følgene. Det skal nå ses nærmere på de ulike skyldkravene.

4.7.2 Lovens hovedregel; Forsett

Det følger av Strl.§ 40 at i tillegg til den objektive overtredelsen av en av straffelovens bestemmelser må det også foreligge subjektiv skyld.⁸¹ Det er et krav om forsett hos gjerningsmannen. Forsett foreligger i de tilfeller gjerningsmannen utfører en handling med den bevissthet at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen. I tilfelle ved voldtekt må gjerningsmannen finne det sikkert eller overveiende sannsynlig at den seksuelle omgangen er skaffet for eksempel vold eller truende atferd og at det er årsakssammenheng mellom vold/truende atferd og den seksuelle omgangen.

De vanligste former for forsett er viljesforsett, hvor gjerningsmannen utfører en handling med den hensikt å foreta handlingen, og sannsynlighetsforsett, hvor gjerningsmannen finner det forbryterske resultatet mer sannsynlig enn det motsatte.⁸² Forsett må foreligge i gjerningsøyeblikket.⁸³ Dersom det er krav om årsakssammenheng må det også være forsett om årsakssammenhengen.

I forhold til voldtekt kan forsett være problematisk i de tilfeller hvor gjerningsmannen påstår at han ikke forstod at fornærmede ikke ønsket den seksuelle omgangen. Dette kan føre til at mange tilfeller av forsettlig voldtekt ikke blir pådømt, da det står ord mot ord. I forhold til samtykke vil det også måtte være et krav om at gjerningsmannen finner det sikkert eller overveiende sannsynlig at samtykke ikke foreligger, i noen tilfeller vil dette være problematisk å bevise dersom det kun er ord mot ord. Men der det typisk har skjedd en overfallsvoldtekt, slik de er beskrevet over, vil det være klart at gjerningsmannen ikke kan ha trodd at fornærmede samtykket.

Videre er det et prinsipp i Strl.§ 42 at når det gjelder forsett, skal gjerningsmannen dømmes ut fra sin egen oppfatning av situasjonen. Dette kan bety at dersom han ikke forstod at det var tale om voldtekt kan det heller ikke dømmes som forsettlig voldtekt.

4.7.3 Grov uaktsomhet

I lovrevisjonen i år 2000 ble det inntatt i § 192 et fjerde ledd en kriminalisering av grov uaktsom voldtekt, dog med noe lavere strafferamme enn ved forsettlig voldtekt. I kravet til

⁸¹ Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 208.

⁸² Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 232, 234.

⁸³ Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 210.

aktsomhet ligger der at man må handle slik som en alminnelig og hensynsfull person ville gjort i samme situasjon. Da det kun er den grove uaktsomheten som rammes av voldtektsbestemmelsen må det foreligge ”en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangler på aktsomhet.”⁸⁴ Videre kan det tenkes at det er tale om grov uaktsom voldtekt i tilfeller hvor det er tale om mild voldsanvendelse og/eller truende atferd.⁸⁵

Grovt uaktsom voldtekt vil særlig være aktuelt hvor det er et forhold hvor gjerningsmannen er gjennomgående svært voldelig selv om vedkommende ikke brukte vold ved den spesifikke seksuelle omgangen burde gjerningsmannen forstått at fornærmede var så redd at vedkommende gikk med på samleie på grunn av tidligere voldsutøvelse. I Rt.2004 s.1556 hadde en mann ved en anledning slått samboeren sin og tatt kvelertak på henne, han hadde også holdt henne for munnen slik at hun ikke skal vekke barna. Senere hadde han gjennomført et samleie med henne mens hun forholdt seg passiv i frykt av mer vold og av hensyn til barna. Da samboerparet senere hadde besøkt hennes søster og svoger var det alkohol og vold inne i bildet. Det endte med at hun blødde neseblod og han ba henne gå og vaske seg for så å gjennomføre et samleie med henne mens hun var passiv. Mannen ble dømt for grov uaktsom voldtekt.

Departementet uttalte at ”[g]rovt uaktsom voldtekt bør [...] ha en strafferamme på inntil 5 år. Gjerningspersonen har i et slikt tilfelle handlet sterkt klanderverdig. Atferden gir større grunn til bebreidelse enn ved simpel uaktsomhet, men må samtidig bedømmes mildere enn en forsettlig voldtekt. Departementet mener derfor at en strafferamme på halvparten av den som er satt for forsettlig voldtekt, er passende for grovt uaktsom voldtekt”.⁸⁶ Dette følges opp i Rt.2004 s.1553 ved at det legges til grunn at ”det alminnelige straffenivået for den grovt uaktsomme voldtekt må ligge markant lavere enn ved forsettlig voldtekt”.⁸⁷

Etter min mening er det ikke tilstrekkelig begrunnet at straffen for grovt uaktsom voldtekt skal ligge markant under forsettlig voldtekt. Grovt uaktsom voldtekt stiller visse krav til gjerningspersonen om at den burde oppført seg som en kvalifisert klanderverdig, hvilket tilsier at det er svært straffverdig dersom det er tale om voldtekt. Spesielt da det er så inngripende i en persons personlige autonomi og seksuelle integritet. Det kan også til tider

⁸⁴ Rt. 1983 s. 1222, Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 27.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 112.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 36.

⁸⁷ Rt. 2004 s. 1553 avsnitt 17.

oppleves like traumatisk å bli utsatt for en uaktsom voldtekt som en forsettlig voldtekt. Det er ikke urimelig at forsettlig voldtekt straffes strengere enn grov uaktsom, men det er også dårlig begrunnelse for at grov uaktsom voldtekt skal straffes markant lavere. Dersom grovt uaktsom voldtekt hadde vært straffet noe strengere ville dette hatt en god signaleffekt i forhold til det at det er høye krav til aktsomhet ved seksuell omgang.

4.7.4 Culpa levissima

I straffelovens § 192 tredje ledd bokstav d følger det at maksimumstraff på 21 år kan benyttes der voldtekten får en følge som nevnt. Det er alminnelig å gå ut i fra at der Straffeloven taler om en handling som har en skade ”som følge” er skyldkravet når det gjelder følgen, culpa levissima etter Strl. §43. Selve handlingen må være dekket av forsett eller grov uaktsomhet, mens følgen må være dekket av culpa levissima.

Det avgjørende for straffansvar for følgen blir hvorvidt gjerningsmannen kunne innsett muligheten av at en slik følge kunne inntre. Det at skaden må være en følge av handlingen betyr at det må være årsakssammenheng mellom handlingen og en av følgene loven beskriver.⁸⁸ Dette betyr også at dersom skaden er inntrådt på en helt upåregnelig måte er ansvar utelukket.⁸⁹ Ved vurderingen av om gjerningsmannen kunne innsett følgene tas det hensyn til hans kunnskaper, intelligens og erfaring.⁹⁰ Lovens utgangspunkt må derfor, ifølge Andenæs, være en vurdering av om gjerningsmannen ville ha innsett muligheten for faren dersom han hadde benyttet seg av sine evner og kunnskaper slik loven krever.⁹¹

4.8 Voldtektslovgivning i Straffeloven av 2005

En ny straffelov av 2005 er kunngjort, men den er ikke trådt i kraft. I Strl.2005 er voldtektsbestemmelsen slik den er kjent fra Strl.1902 delt opp i flere paragrafer.

Ny § 291 a til c oppstiller hvilke tilfeller som anses som voldtekt, og den er tilnærmet lik strl.1902 § 192 første ledd. Første ledd annet punkt i Strl.1902 § 192 er ikke videreført da den bare er et uttrykk for et mer generelt prinsipp og har ingen betydning for bedømmelsen.⁹²

Innholdet i Strl.2005 § 291 tilsvarer det som nå er gjeldende rett etter Strl.1902 § 192 første ledd.⁹³ Hvilket betyr at også i den nye Straffeloven av 2005 vil voldtekt defineres ut fra hvilke

⁸⁸ Norsk Lovkommentar ved Magnus Matningsdal om § 192 tredje ledd bokstav d.

⁸⁹ Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 227.

⁹⁰ Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 226-227.

⁹¹ Andenæs, Alminnelig Strafferett s. 227.

⁹² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 16.7 til § 291.

⁹³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 16.7 til § 291.

faktorer som negerer samtykke, i motsetning til en løsning hvor man regulerer voldtekt ut i fra om det foreligger samtykke.

Strl. 2005 § 292 oppstiller de tilfeller hvor minstestrafen øker til 3 år. Denne tilsvarer til en viss grad Strl.1902 § 192 andre ledd bortsatt fra at minstestrafen er økt fra 2 til 3 år. Voldtekt til samleie er dog delt opp slik at de ulike bokstavene a til c definerer samleie, dette erstatter også Strl.1902 § 206. Videre presiseres det at det etter § 292 vil være å anse som samleie dersom penis er ført inn i skjedeåpning.⁹⁴ Dette til motsetning fra gjeldende rett hvor det anses som samleie først når penis er ført inn i vagina.⁹⁵

I Strl.2005 § 293 er det oppstilt hvilke omstendigheter som fører til at voldtekten bli å anse som grov og derfor ha en maksimumstraff på 21 år fengsel. Den har det samme innhold som Strl.1902 § 192 tredje ledd, men henvisningen til Smittevernloven er fjernet, da ”sykdommer av slik og annen art dekkes av definisjonen av betydelig skade på kropp og helse i straffeloven 2005 §11 hvis de er livsfarlig eller langvarig.”⁹⁶

Strl.2005 § 294 inneholder kriminaliseringen av grov uaktsom voldtekt og tilsvarer Strl.1902 § 192 fjerde ledd. Strafferamme er økt fra 5 til 6 år når det er tale om grov uaktsom voldtekt etter Strl.2005 § 291, og fra 8 til 10 år når det er tale om grovt uaktsom grov voldtekt etter Strl.2005 § 293,jfr.§ 291.

Det eneste som i hovedsak er endret i Strl.2005 er at bestemmelsen er delt opp, hvilket medfører at definisjonen for voldtekt får stå som en egen paragraf. Det er ikke tatt inn noe som gjør det tydeligere at seksuell omgang skal bygge på frivillighet.

4.9 Rettspraksis sitt forhold til samtykke ved voldtekt

4.9.1 Innledning

I Norge finnes det et klart skille mellom strafferamme og straffeutmåling. Lovens strafferamme stiller kun opp ytterpunktene for hvilken straff som kan idømmes, og det er ingen mal for hvor lang straff som blir utmålt i de konkrete sakene. Dommerne står noe fritt til å vurdere det konkrete tilfelle og utmåle straff der etter, men de er bundet av retningslinjer som er trukket opp av Høyesterett. Momenter som vektlegges ved utmåling av straff er utviklet i praksis og ved vurdering av reelle hensyn i de konkrete saker.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 16.7 til § 292.

⁹⁵ Se punkt 4.5.2.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 16.7 til § 293.

Straffeloven § 192 stiller opp hva som anses som voldtekt, hvilke forhold som fører til økt minstestraff og hvilke som fører til økt maksimumstraff. Innenfor den rammen loven trekker er det opp til dommerne å vurdere hva som skal vektlegges og hva som er en rimelig straff. Det vil her bli sett nærmere på hvilke holdninger de vektlagt momenter kan gi uttrykk når det gjelder forholdet mellom seksuell omgang og samtykke.

4.9.2 Analyse av dommer med henblikk på voldtekt og samtykke

I Rt.2005 s.663 hadde en kvinne uttrykkelig sagt nei til samleie med domfelte, men før hun hadde sagt nei til dette hadde hun frivillig vært med på andre seksuelle aktiviteter med vedkommende. Da kvinnen hadde sovnet hadde domfelte tatt av henne trusen og utført samleie på henne. Førstvoterende uttalte om forholdet at selv om fornærmede hadde krav på at hennes nei ble respektert måtte det under straffutmålingen tas hensyn til hendelsesforløpet forut for selve voldtekten i formildende henseende. Hvilket på sett og vis betyr at på tross av at hun gav klart uttrykk for at hun ikke ønsket samleie er det formildende for gjerningsmannen at han likevel gjennomfører på fordi de forut for dette har vært intime. Førstvoterendes uttalelser kan oppfattes som om fornærmede selv har lagt opp til at det hele skulle ende med seksuell omgang. Det fremstår som helt urimelig at noe slikt skal tillegges vekt i formildende retning, spesielt da hun gav helt klart beskjed om at hun ikke ønsket seksuell omgang. Det var helt klart at det ikke forelå samtykke, og det visste gjerningsmannen med sikkerhet.

Dissenterende dommer for mindretallet, dommer Tjomsland, uttalte at førstvoterende la for stor vekt på hendelsesforløpet og at fornærmede hadde krav på at hennes nei til samleie ble respektert. Det at domfelte på tross av et uttrykkelig nei likevel valgte å ta seg til rette, innebærer en grov krenkelse og tillitsbrudd overfor fornærmede. Etter min mening gir denne uttalelsen gir best uttrykk for hvordan dagens samfunn bør forholde seg til samtykke og seksuell omgang. Dette er også kommet til uttrykk fra Justisdepartementet;

I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) vises det til saken og uttales:⁹⁷

”Departementet vil understreke det selvsagte i at vernet mot seksuelle overgrep gjelder på ethvert tidspunkt og i enhver sammenheng, også etter forutgående seksuell kontakt. Etter departementets syn bør forutgående seksuell kontakt svært sjelden trekkes inn som noen formidlende omstendighet i straffutmålingen.”

⁹⁷ S. 231 i Odelstingsproposisjonen

I Rt. 2001 s.411 hadde domfelte vist til at voldtektene skjedde under avslutningen av et langvarig samboerforhold. De hadde hatt frivillig seksuell omgang kvelden før det første overgrepet og det ble anført å skulle ha betydning for straffens lengde. Høyesterett visste da til at voldtekten var ”så omfattende og langvarig at det blir uten betydning at domfelte og fornærmede fortsatt bodde sammen.” Dette gir uttrykk for at på tross av at man har samtykket tidligere til å ha seksuell omgang betyr dette ikke at man har samtykket til seksuell omgang med vedkommende senere. På den annen side sies det i dommen at fordi forholdet er så grovt, kan samboerskapet ikke være av betydning, det kan da tenkes at det hadde blitt vektlagt dersom voldtekten ikke hadde vært så grov. Slike forhold bør ikke vektlegges uansett, man bør ikke få mildere straff fordi man voldtok noen man har et forhold til enn om det var en fremmed. I 1974 ble det klart at man kan voldtas av sin ektefelle, og da må det også i dag være klart at dette gjelder for samboere, og samboerskap bør derfor være uten betydning.

En holdning om at forhold kan være av betydning for straff finnes også i Rt.2007 s.347. I dommen viser Høyesterett til at Lagmannsretten har lagt formildende vekt på det faktum at voldtektene skjedde i en ”vanskelig bruddfase i et langvarig seksuelt kjærlighetsforhold.” På tross av at lovforarbeider og rettspraksis slår fast at man generelt skal vise forsiktighet med å tillegge slike forhold vekt, mente lagmannsretten at det på grunn av det samlede saksforhold og de konkrete hendelsene at de to voldtektene kom i det nedre sjikt at hva som er straffbart etter Strl. § 192 første ledd bokstav a. Høyesterett har ikke noe å bemerke på dette.

Hendelsesforløpet som førte til at forholdet ble ansett å ligge i nedre sjikt av bestemmelsen var at fornærmede og domfelte hadde slått opp og han hadde vanskelig for å takle dette, da hun kom hjem til han og de diskuterte på enkeltsengen på hans rom endte det med at han tiltvang seg samleie mot hennes vilje. I et slikt tilfelle er det vanskelig å se at det skal være formildende at de var i en vanskelig bruddfase. Det er et samleie hun klart ikke har samtykket til og de fleste klarer ikke å voldta i en vanskelig bruddfase. Det virker derfor absurd at dette skal trekkes fram som en formildende omstendighet. Neste voldtekt skjedde da han full av anger klarte å overtale henne til å komme dit igjen, hvilket også endte opp med at han tiltvang seg samleie mot hennes vilje. Når vedkommende har to ganger har tvunget seg til samleie mot hennes vilje, taler dette i enda større grad for at det ikke kan vektlegges at de var i bruddfasen av et forhold.

Norsk rettspraksis, når det gjelder straffutmåling for voldtekt, benytter i liten grad noen eksplisitt henvisning til samtykke, på tross av at Justisdepartementet i forarbeidene til

revisjonen i år 2000 uttalte at utgangspunktet er at all seksuell omgang skal være frivillig. Rettspraksis kan se ut til å ha for lite fokus på at kvinnen, bør når som helst ha rett til å si nei til seksuell omgang.

5 Samtykkeregulering – en mulighet?

5.1 Innledning

Gjeldende Strl. § 192 kriminaliserer seksuell omgang der det foreligger særlige omstendigheter som kvalifiserer omgangen til voldtekt. Det tas ikke eksplisitt utgangspunkt i samtykke, men ser ut til å sette opp omstendigheter som kan synes å negere et eventuelt samtykke. Voldtekt er en inngripen i et menneskets personlige autonomi og seksuelle integritet og spørsmålet om samtykke kan av den grunn være av betydning for reguleringen.⁹⁸

5.2 Vurdering av samtykkeregulering i Strl.2005

Hvorvidt samtykkeregulering ville være hensiktsmessig i Norge ble diskutert da det ble gjort endringer i seksuallovbruddkapittelet i forhold til ny Straffeloven av 2005. Bakgrunnen for diskusjonen var at det siden år 2000 var skjedd endringer innenfor feltet.⁹⁹ Et av hovedargumentene for å vurdere samtykkeregulering på nytt var en dom fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen(EMD); MC mot Bulgaria.¹⁰⁰

I dommen uttaler EMD at for å være i samsvar med moderne standarder og trender når det gjelder voldtektslovgivning må medlemsstater på grunn av sine forpliktelser etter den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonens art.3 og art.8 anses å være påkrevd å straffe og effektivt tiltale seksuelle handlinger(”acts”) uten samtykke.¹⁰¹ Dette kan tas til inntekt for at et land som er bundet av konvensjonen bør innføre samtykkeregulering, men standpunktet modifieres senere i dommen. I avsnitt 177 fremgår det at det avgjørende er hvilken mening uttrykk som makt (”force”) og trussel(”threats”) gis som rettslig uttrykk i voldtektslovgivningen. Dersom disse definisjonene er så vide at de fanger opp de fleste tilfeller av seksuell omgang uten samtykke, kan lovgivningen være å anse som i samsvar med

⁹⁸ Asp s. 31 pkt.1.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 219.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 219.

¹⁰¹ Asp s. 223.

EMK art.3 og art.8. I forhold til dommen uttaler Departementet at det neppe kan oppstilles noe krav om en henvisning til manglende samtykke i lovreguleringen.¹⁰²

Videre viser Departementet til at Sverige har satt i gang en utredning av seksuallovbruddreformen av 2005, hvor de skal utrede om det nåværende kravet om ”tvång som grund för straffansvar för våldtäkt bör ersättas med ett krav på bristande samtycke.”¹⁰³ Departementet slutter seg til det grunnleggende utgangspunkt om at all seksuell omgang skal være frivillig og det faktum at de har plikt til å oppstille en effektiv beskyttelse mot seksuelle overgrep.¹⁰⁴ Det henvises til England og Belgia som begge har henvisning til samtykke i sine respektive reguleringer av voldtektsforbrytelsen. I forhold til den engelske reguleringen viser Departementet til at de fleste tilfeller som er nevnt i reguleringen vil være dekket av den gjeldende norske reguleringen av voldtekt.¹⁰⁵ Dette taler ifølge Departementet for at det ikke er behov i Norge for noe markant samtykkehenvvisning i voldtektslovgivningen.¹⁰⁶

De lovtekniske problemene som kan oppstå ved slik regulering er det ifølge Departementet mulig å unngå. De finner likevel at dersom det tas inn et alternativ om at seksuell omgang uten samtykke er voldtekt, vil det være usikkert hvilke tilfeller som vil være dekket av et slikt alternativ og i tillegg vil det være en vanskelig bevisituasjon. Departementet kom derfor til at voldtektsbestemmelsen ”ikke bør utvides nå”.¹⁰⁷

5.3 Bør voldtektsforbrytelsen reguleres ved samtykke?

5.3.1 Innledning

Det klare utgangspunkt i dagens samfunn er at ethvert menneske har rett til selv å bestemme når man ønsker seksuell omgang med andre. Av dette kan det utledes at alltid når det forekommer seksuell omgang mellom to mennesker skal begge delta frivillig i handlingen. Å kunne bestemme selv når man ønsker å delta i slike handlinger handler om ha rett til sin egen autonomi og seksuelle integritet. Det er derfor lite tvilsomt at en form for samtykke danner grunnlaget for all frivillig seksuell omgang. Dette betyr ikke at hver gang man har frivillig seksuell omgang uttrykkelig og klart gir uttrykk for at man samtykker, men det betyr at man har foretatt et indre valg om at den seksuelle omgangen er noe man ønsker. Slik voldtektslovgivningen er i dag, gir den uttrykk for en negativ definisjon av samtykke; den

¹⁰² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt. 7.5.1.3.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt.7.5.1.5.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt.7.5.1.3 s. 219.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt.7.5.1.5. s. 221.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt.7.5.1.5 s. 221.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) pkt.7.5.1.5 s. 221.

stiller opp i hvilke tilfeller samtykke antas ikke å foreligge. Samtykke gis betydning på en rekke rettsområder, og det er således naturlig at det også skal tillegges vekt ved voldtekt da samtykke her er meget sentralt.¹⁰⁸

5.3.2 Kjønnsganene inn i kroppen

Det finnes dog teorier som tilsier at det å innføre samtykkeregulering ved voldtekt ikke er en god løsning. Lewis og Clark mener at voldtektsbestemmelser bør fjernes som eget kapittel i straffelover og heller ses på som en kroppslig skade på lik linje med for eksempel legemsbeskadigelse. Ut fra deres teorier er tanken om at det er mye verre å bli voldtatt enn å skades på andre måter, skapt av menn.¹⁰⁹ Kjønnsganene bør ikke skilles fra resten av kroppen.¹¹⁰ Voldtekt må anses som likt med andre overgrep mot kroppen og straffen bør gis etter faktisk skade på fornærmede.¹¹¹ I en overgangsperiode bør det likevel legges vekt på hvordan overgrepet føles av offeret, men dette kun fordi mange kvinner har tatt til seg det synet på deres seksualitet, som menn har skapt.¹¹² Denne teorien fremstår etter min mening som ganske kontroversiell og det er neppe gjennomførbart så lenge de fleste kvinner føler det som et større overgrep å bli voldtatt enn å bli utsatt for en annen legemsbeskadigelse.

Argumentene for å avskaffe egen voldtektsbestemmelse er dog ikke helt absurd, det er verdt å bemerke at også kjønnsganene er en del av kroppen, men likevel har det ikke falt under kapitlet "Forbrydelser mod Liv, Legeme og Helbred" i den norske straffeloven. Det burde kanskje vært vurdert å overføre seksualforbrytelsene til kapitlet med de andre forbrytelsene mot kroppen, men det vil være søkt å skulle fjerne hele voldtektsbestemmelsen da voldtekt som konsept har blitt sett på som en egen forbrytelse i over 1000 år i Norge.

Et argument for samtykke er det at man i de senere årene har hatt et større fokus på den enkeltes seksuelle integritet. Om man ser på det faktum at alle mennesker skal ha rett til å bestemme over sin egen kropp, bør man regulere voldtektslovgivning med utgangspunkt i samtykke.

5.3.3 Fokus på offerets handlinger

Et argument som ofte er blitt fremført mot samtykkeregulering er tanken om at det vil føre til at man skifter fokus fra hva gjerningsmannen gjør, til hvordan fornærmede oppfører seg og

¹⁰⁸ Dette synspunktet finnes det støtte for hos både Asp og Leijonhufvud.

¹⁰⁹ Clark & Lewis s. 160.

¹¹⁰ Clark & Lewis s. 167.

¹¹¹ Clark & Lewis s. 168.

¹¹² Clark & Lewis s. 169.

gir uttrykk for det manglende samtykke. Dette kan bidra til svekket rettsvern for fornærmede.¹¹³ Det har blitt argumentert for at det å kreve samtykke vil fjerne spenningen fra den erotiske leken, som bygger opp til den seksuelle omgangen.¹¹⁴ I NOU 1997:23 var det et meget sterkt fokus på dette aspektet som et argument mot samtykkeregulering. Det ble fremhevet at samtykkeregulering kunne ha meget negative effekter for fornærmede både i en overgrepssituasjon og en etterforskningsituasjon.¹¹⁵ Også Departementet uttalte at en slik regulering ville ført til sterkt fokus på fornærmedes atferd.¹¹⁶

Før lovendringen i 2005 i Sverige ble hensynet til at samtykkeregulering kunne føre til sterkere press på fornærmede, brukt som et argument mot slik regulering.¹¹⁷ De fryktet at det ville være en risiko for at det i større utstrekning under rettsprosessen skulle fokuseres på hvordan fornærmede hadde gitt uttrykk for at hun ikke var interessert.¹¹⁸ Leijonhufvud mener det allerede er stort fokus på fornærmedes oppførsel i svensk rett, og at dette derfor er et svakt argument.¹¹⁹ Det kan argumenteres for at slik er det også i norsk rett. Eksempler fra dette finnes i rettspraksis. I Rt.1970 s.1110 ble det uttalt angående en voldtektssak, at fornærmede tok en viss risiko ved å haike med ukjente bilister, dog det nevnes at hun ikke har innbudt til seksuell aktivitet. I Rt.2005 s.663 ble det lagt vekt på det forutgående hendelsesforløpet som formildende omstendighet, og på tross av at det ikke ble eksplisitt henvist til fornærmedes atferd, var det en del av det forutgående hendelsesforløpet at hun hadde gått med på seksuell aktivitet. Det er klart at det i Norge arbeides med å gå bort fra tanker om at fornærmede selv har en del av skylden for overgrepet på grunn av hennes egen handlemåte, men dette kan tyde på at det fortsatt er en del av bilde ved voldtektssaker.

Fokus burde ifølge Leijonhufvud ikke være på fornærmedes oppførsel, men på hvordan gjerningsmannen mener han har fått et slikt samtykke.¹²⁰ I forhold til norsk rett kan en løsning være at det ved en samtykkeregulering presiseres at det som tidligere har vært å anse som voldtekt, fortsatt vil være å anse som voldtekt, slik at det fortsatt vil være tilfeller som blir bedømt og vurdert som før.

¹¹³ NOU 1997: 23 pkt.3.5, Ot.prp.nr.28(1999-2000) s. 48.

¹¹⁴ NOU 1997: 23 pkt.3.5.

¹¹⁵ NOU 1997: 23 pkt.3.5

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 48.

¹¹⁷ Leijonhufvud s. 57.

¹¹⁸ Leijonhufvud s. 58.

¹¹⁹ Leijonhufvud s. 58.

¹²⁰ Leijonhufvud s. 58.

Seksuallovbruddutvalget brukte det samme argumentet om at offeret ville få et skjerpet krav om å si klarere ifra, som et argument mot kriminalisering av grov uaktsom voldtekt. Det ble anført å ville føre til en ansvarsforskyvning.¹²¹ Selv om seksuallovbruddutvalget går mot kriminalisering av grov uaktsom voldtekt gikk Departementet inn for en slik kriminalisering.¹²² Departementet viste til at det ikke kunne antas at en slik kriminalisering av uaktsom voldtekt ville føre til et mer skjerpet fokus på fornærmedes atferd enn det man allerede har.¹²³ Det at man likevel mener at samtykkeregulering vil føre til økt fokus på fornærmedes atferd, virker tilfeldig og uten dokumentasjon.

5.3.4 Holdningsskapende samtykkeregulering

En samtykkeregulering kan være holdningsskapende på mange ulike måter.

I Odelstingsproposisjonen til endring i år 2000 ble det uttalt at en kriminalisering av seksuell omgang uten samtykke ville markert ”samfunnets holdning om at all seksuell omgang skal være frivillig.”¹²⁴ Å innføre en voldtektslovgivning som uttrykt henviser til samtykke kan bidra til å understreke at markere samfunnets holdning om frivillighet ved seksuell omgang. Det kan være hensiktsmessig å markere dette standpunkt ikke bare til etniske nordmenn. I et samfunn som blir mer og mer sekularisert og flerkulturelt er det også viktig å markere dette i forhold til mennesker fra andre kulturer, som migrerer til Norge.¹²⁵ En slik effekt kunne lovgivningen fått kun ved å innta en ekstra bokstav i § 192 første ledd, en bokstav d som ville fungert som en restkategori for andre tilfeller av seksuell omgang der det ikke forelå samtykke/frivillighet.¹²⁶

En annen viktig holdningsskapende effekt en slik lovgivning kan ha er at kvinner kun er tilgjengelig for seksuell aktivitet når de selv viser at de ønsker dette. Når lovgivningen kun oppstiller tilfeller som negerer samtykke, gir dette uttrykk for at en kvinne alltid er tilgjengelig når det ikke foreligger forhold som nevnt i lovgivningen, mens en samtykkeregulering vil markere at en kvinne er kun tilgjengelig når hun selv ønsker dette.¹²⁷

¹²¹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 28.

¹²² Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 30-31.

¹²³ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 31.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47.

¹²⁵ Leijonhufvud s. 11.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 221.

¹²⁷ Leijonhufvud s. 63.

Et argument mot vil være at det ikke er nødvendig å presisere noe slikt i dagens moderne samfunn. Men når det anslås at mellom 8000 og 16000 kvinner blir voldtatt i Norge i året er det tydelig at det trengs å presiseres.¹²⁸

Kriminalisering som holdningsskapende ble sett på som et sterkt argument for kriminaliseringen av grov uaktsom voldtekt.¹²⁹ Det ble uttalt at det ville være ” et viktig signal om at samfunnet ikke aksepterer denne type handlinger.”¹³⁰ Det synes rimelig at også kriminalisering av seksuell omgang uten samtykke ville hatt samme signaleffekt, hvilket taler for at det på noe vis burde vært en henvisning til samtykke i den norske voldtektslovgivningen.

5.4 Utforming av en samtykkeregulering

Den enkleste løsningen for å innta samtykke, som en del av voldtektslovgivningen i Norge ville vært å kopiere den engelske modellen, hvor man først henviser til manglende samtykke som grunnlag for hva som anses som voldtekt for deretter å ha en utfyllende oppramsing av hva som anses som seksuell omgang uten samtykke. Et slikt tillegg til § 192 kunne enkelt latt seg gjennomføre og det ville ikke ført til noen realitetsendring i bestemmelsen, men det ville fått fram at samtykke er utgangspunktet for all seksuell omgang. Man hadde da unngått all problematikk om hva som ligger i et samtykke til seksuell omgang.

Departementet kom selv med et annet alternativ og uttalte at det lovtekniske i seg selv ikke ville være et problem da det bare kunne tilføyes en bokstav i den gjeldende reguleringen, av hva som anses som voldtekt, for å fange opp de som eventuell ikke dekkes av bokstav a til c.¹³¹ Med en slik løsning vil man ha noen av de samme problemene som dersom man kun har en generell henvisning til manglende samtykke. Det vil være grensetilfellene som vil være vanskelig å plassere.

Madeleine Leijonhufvud utredet i 2008 etter oppdrag fra miljøpartiet i Sverige, om kravet om tvang og trussel i den svenske brottsbalken burde erstattes av en samtykkemodell.¹³² Hun foreslo en samtykkemodell hvor man anser det straffbart å utføre en seksuell handling på en person som ikke frivillig har deltatt.¹³³ Det går inn for en løsning der man henviser til

¹²⁸ Over i pkt. 1.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 31.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 31.

¹³¹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 221.

¹³² Leijonhufvud s. 5.

¹³³ Leijonhufvud s. 9.

manglende frivillighet og ikke manglende samtykke slik Bang foreslo. Forslaget om å henvide til frivillighet i stedet for samtykke skal markere to ting; for det første at dersom man villeder noen til seksuell omgang ved løfter om ekteskap og kjærlighet, vil det ikke falle inn under bestemmelsen, men dersom det hadde vært snakk om samtykke ville det ikke vært gyldig om det ble inngått under falske forutsetninger. På den andre siden markerer frivillighet at det skal være tale om to handlende parter som har seksuell omgang med hverandre.¹³⁴

Peter Asp på sin side mener at selv om man benytter uttrykket frivillighet, vil de samme problemstillingene gjøre seg gjeldende som ved bruk av uttrykket samtykke. Det viktigste er ikke å diskutere om det bør innføres samtykkeregulering, men hva som eventuelt bør ligge i et samtykke til seksuell omgang.¹³⁵ Metaforisk kan man sammenligne det med å diskutere om man bør eller ikke bør kjøpe en flaske før man kjenner innholdet.¹³⁶

Asp peker her på en meget viktig problemstilling. Det er viktig å definere hva som ligger i et samtykke til seksuell omgang før man avgjør om man kan lovregulere voldtekt ved bruk av samtykke. Videre må samtykke til seksuell omgang etter min mening avvike noe fra samtykke ellers i rettslig forstand. Det vil være urimelig å sette opp et krav om skriftlig samtykke, også muntlig kan til dels bli urimelig. Kommunikasjonen ved seksuell omgang er både delvis indirekte og delvis reaktiv. Det vil typisk være to personer som utfører handlinger på hverandre og suksessivt øker intimitetsgraden og den seksuelle valøren på det de gjør.¹³⁷ Dette tilsier også at seksuell omgang aldri kan reguleres gjennom et samtykke som må være uttrykkelig og uttalt. Likevel bør det være mulig å definere hva et samtykke til seksuell omgang skal gå ut på.

Problemstillingen om hvordan et samtykke til seksuell omgang skal defineres ser ikke ut til å ha blitt diskutert av Departementet da de avfeide samtykkeregulering. I uttalelsene fra høringsinstansene til endringen i år 2000, uttalte riksadvokaten at dersom samtykkeregulering skulle hatt noe effekt måtte det vært et krav om uttrykkelig og uttalt samtykke, hvilket passer dårlig med utførelsen av seksuell aktivitet.¹³⁸

Selv om det ikke kan kreves samtykke som ellers, vil et krav om samtykke ved seksuell omgang innebære at personen må forsikre seg om at den seksuelle omgangen er frivillig.

¹³⁴ Leijonhufvud s. 13.

¹³⁵ Asp s. 206.

¹³⁶ Asp s. 206.

¹³⁷ Asp s. 110-110.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 47.

Dette betyr ikke at begge parter skal underskrive en avtale om at det er frivillig, men at en person alltid tar en risiko dersom man ikke undersøker nøye om det er frivillig seksuell omgang.¹³⁹

Reglene for hvordan samtykke kan og skal avgis varierer mellom ulike rettsområder. I strafferetten har samtykke fått en viss betydning ved at noen kriminelle handlinger anses som rettmessig eller straffri ved samtykke. Dette gjelder dog ikke for alle kriminelle handlinger, og hvorvidt samtykke fører til straffrihet vil avhenge av en vurdering av det enkelte straffebud.¹⁴⁰ Videre vil det være et krav ved seksuell omgang at avgiver av samtykke må være fylt 16 år.¹⁴¹ Et slikt samtykke kan aldri rekke lengre enn til det som det faktisk er samtykket til.¹⁴² Retten til å bestemme over sin egen seksualitet er å anse for et uavhengelig retts gode, og man kan derfor aldri gi bindende avkall på det.¹⁴³ Samtykke til seksuell omgang vil miste sin virkning i det øyeblikk det er trukket tilbake.¹⁴⁴ Dette gir liten pekepinn på hvordan man skal definere et samtykke til seksuell omgang, men det gir visse pekepinner på hvilke regler som må gjelde for det.

Det er også mulig å trekke noen linjer mot avtaleretten, i retning avtale om samtykke. F. eks. når man i avtaleretten skal vurdere om begge parter er gjensidig bundet må det bero på en tolkning av deres utsagn og øvrige atferd.¹⁴⁵ Selv om partene aldri vil være gjensidig bundet ved å avgi et samtykke til seksuell omgang vil det måtte være ut fra tolkning av deres utsagn og øvrige atferd man kan komme fram til om samtykke er avgitt.

Ved samtykke til seksuell omgang bør samtykke ligge i både språket og konteksten. Det kan ikke være et krav om uttalt samtykke, men på en annen side må det være et samtykke som kan defineres på en måte. Dette er et svært vanskelig tema. En mulighet i norsk rett vil være å tilføye en bokstav d med en eksplisitt henvisning til samtykke. For eksempel ”d) som på annen måte har seksuell omgang med noen uten vedkommende samtykke.” Dette kunne vært en restkategori som fanget opp de tilfeller hvor det klart forelå seksuell omgang uten samtykke og det var klart at tilfellet var klart straffverdig. Det kan anføres at dette vil gå utover gjerningsmannens rettssikkerhet, men på den annen side betyr dette bare at

¹³⁹ Leijonhufvud s. 63.

¹⁴⁰ Andenæs Alminnelig strafferett s. 192-193.

¹⁴¹ Andenæs Alminnelig strafferett s. 201, tidligere i pkt.4.3.

¹⁴² Andenæs Alminnelig strafferett s. 202.

¹⁴³ Andenæs Alminnelig strafferett s. 203.

¹⁴⁴ Andenæs Alminnelig strafferett s. 200.

¹⁴⁵ Giertsen s. 49.

initiativtaker til seksuell omgang må være ekstra påpasselig med å undersøke av den annen part er frivillig med. Dessuten må det selv ved samtykkeregulering være et krav om forsett eller grov uaktsomhet. Så dersom det er helt urimelig at initiativtaker burde forstått at vedkommende ikke frivillig var med, vil det heller ikke være aktuelt med straffansvar.

Et poeng i forhold til samtykkeregulering er at vi kanskje burde innført krav om skriftlig avtale på tross over at dette hadde ødelagt en del av den erotiske leken. Dette fordi voldtekt tydelig er et meget alvorlig problem i Norge, og dersom man starter med å innføre krav om skriftlig avtale ville dette vært svært holdningsskapende. Videre ville det bevis tekniske være relativt enkelt å vurdere bevismessig. Det måtte selvsagt vært tilfeller hvor en skriftlig avtale ikke ble ansett gyldig på grunn av f. eks slike forhold som nevnes i § 192 første ledd. Et problem dette kunne medført bortsett fra de åpenbare er at dersom man på et vis fikk underskrevet en avtale om frivillighet og det likevel ikke var frivillig, hvordan ville man da forholde seg til avtalen. Ville man anta at kvinnen hadde ombestemt seg i ettertid eller ville man trodd på at for eksempel kontrakten var inngått under tvang. Uansett ville dette vært en svært firkantet løsning i forhold til seksuell omgang, og lite gjennomførbart.

6 Konklusjon

Det er tydelig at vi i Norge har en voldtektslovgivning som dekker svært mange tilfeller av seksuell omgang ute samtykke. Seksuell omgang er, som slått fast over, en aktivitet personer over 16 år kan bestemme selv om de ønsker å delta i. Utgangspunktet er at all seksuell omgang skal være frivillig. Likevel er ikke den norske voldtektslovgivningen bygget på dette utgangspunktet. Den norske voldtektslovgivningen er bygget på hvilke spesifikke omstendigheter som fører til at seksuell omgang vil være å anse som voldtekt. Dette betyr at med dagens lovgivning kan tilfeller av ufrivillig seksuell omgang falle utenfor dersom det ikke passer noen av vilkårene. Det vil si at det ligger en gråson mellom frivillig seksuell omgang og den seksuelle omgangen som anses som voldtekt. Mange trekk ved dagens voldtektslovgivning er likevel meget positive. Det er klart viktig at voldtektsforbrytelsen er gradert ut fra hva som anses som grovere voldtekter, og da med høyere minimumsstraff og strafferamme. Det er likevel mange hensyn som taler for at samtykke eller frivillighet bør være utgangspunktet for voldtektslovgivningen, først og fremst fordi voldtekt er en forbrytelse mot en persons seksuelle integritet.

Det er ikke tvilsomt at det vil være vanskelig å definere hva et samtykke til seksuell omgang skal innebære, og dette er nok en prosess som vil ta lengre tid. Det kan også være svært komplisert å få til en voldtektslovgivning som kun innebærer en henvisning til manglende samtykke. Derimot vil det være mindre komplisert å innta en henvisning til manglende samtykke i dagens lovgivning. Selv om dette kanskje ikke er den beste løsning, får det bedre fram at seksuell omgang er noe som krever samtykke/frivillighet. Slik voldtektslovgivningen er nå, kan den leses som at dersom det ikke foreligger vold, truende atferd, eller hjelpeløshetstilstand, så er det fritt fram for seksuell omgang. Dette er ikke akseptabelt og lovgivning bør som minimum ha en henvisning til frivillighet eller samtykke. Dette kunne vært etter engelsk modell hvor man først slo fast at seksuell omgang uten samtykke er å anse som voldtekt, for deretter å slå fast hvilke tilfeller som er å anse som seksuell omgang uten samtykke. Dette er en relativt enkel og gjennomførbar måte å få inn en henvisning til samtykke eller frivillighet i voldtektslovgivning, selv om det ikke vil føre til noen realitetsendring i selve bestemmelsen.

En annen mulig løsning kan være å legge til en ny bokstav i første ledd hvor det ble slått fast at annen seksuell omgang uten samtykke vil også være å anse som voldtekt. På denne måten ville den uregulerte sonen mellom frivillig seksuell omgang og dagens definisjon på voldtekt være dekket. Det vil fortsatt være et krav om forsett eller grov uaktsomhet, hvilket ivaretar forutberegnelighet og gjerningsmannens rettssikkerhet. Det ville vært nødvendig å komme med visse retningslinjer for hvordan et slikt samtykke skulle forstås, men klare tilfeller kunne i hvert fall rammes. Det ville også gitt en god signaleffekt, og bidratt til å øke bevisstheten på om partene i seksuell omgang deltar frivillig. Det ville også gjort det klart at de eneste tilfeller man kan ha seksuell omgang med andre er der det er full frivillighet. Man skulle tro dette var klart for alle, men ser man på antatte mørketall for voldtekt synes det tydelig at dette må komme bedre fram.

Etter min mening vil begge disse løsningene være bedre enn ikke å ha noen henvisning til samtykke eller frivillighet. Det er heller ingen empiriske bevis for at noen av løsningene vil føre til et større press på fornærmede i forhold til hvordan vedkommende har oppført seg. For å være sikker på å unngå et problem med for store krav til fornærmedes oppførsel, kunne det vært uttalt i eventuelle forarbeidene at endringen ikke har medført et skjerpet krav til fornærmedes atferd.

Det bør være en form for eksplisitt henvisning til samtykke i den norske voldtektslovgivningen. Det å innføre kun samtykkeregulering vil være veldig komplisert og det vil forutgående være en lang prosess med å definere hva som ligger i et seksuelt samtykke. Det er ikke sikkert det i det hele tatt lar seg gjøre å definere dette. Det bør likevel være en henvisning til samtykke i voldtektslovgivningen for å vise at i Norge er utgangspunktet at en kvinne eller en mann kun er tilgjengelig for seksuelle tilnærmelser om man selv frivillig deltar.

Det er viktig å vise at frivillighet er utgangspunktet for seksuell omgang. Videre vil bruk av samtykke/ frivillighet i voldtektslovgivningen bedre reflektere forbrytelsens karakter. Etter min mening vil den beste løsningen være å innta en bokstav d i § 192; ” d) som på annen måte har seksuell omgang med noen uten vedkommendes samtykke.” Dette kunne vært en bokstav som skulle ramme de tilfeller som er klart straffverdige, men likevel ikke dekkes av de andre bokstavene i første ledd. Videre kunne det vært satt ned et utvalg for å utrede hva som bør ligge i et samtykke til seksuell omgang. Det er klart at voldtektslovgivningen bør tilkjenne at samtykke og frivillighet er avgjørende for straffri seksuell omgang.

Litteraturliste

Bøker

Andenæs, J.:

- *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, Oslo 2008
- *Alminnelig strafferett*, 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Reiber-Mohn, Oslo 2004

Asp, P.:

- *Sex och Samtycke*, Uppsala 2010

Clark, L. & Lewis, D.:

- *Rape: The price of coercive sexuality*, Toronto 1977

Leijonhufvud, M.:

- *Samtyckesutredningen: Lagskydd för den sexuella integritet*, Stockholm 2008

Mæland, H.J.:

- *Innføring i alminnelig strafferett*, 3.utgave, Bergen 2004

Telste, K.:

- *Mellom liv og lov. Kontroll av seksualitet i Ringerike og Hallingdal 1625-1720*, Oslo 1993

Skeie, J.:

- *Den norske strafferetts historie*, Oslo 1937

Sødal, T.:

- *Til Skræk og Exempel, Trolldom, dødsstraff og kriminalitet på Agder ca 1550-1700*, Kristiansand 2008

Artikler

Ertzeid, A.;

- *Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett*, Jussens Venner,

Forarbeider

NOU:

- NOU 1997:23 Seksuallovbrudd
- NOU 2008:4 Fra ord til handling

Odelstingsproposisjoner:

- Ot.prp.nr.28(1999-2000) Seksuallovbrudd
- 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)

Rettspraksis

Høyesterett:

- Rt.1905 s.33
- Rt.1933 s.995
- Rt.1951 s.726
- Rt.1961 s.547
- Rt.1974 s.1121
- Rt.1983 s.1222
- Rt.1986 s.794
- Rt.1988 s.1207
- Rt.1989 s.517
- Rt.1990 s.760
- Rt.1993 s.963
- Rt.1999 s.1718
- Rt.2000 s.40
- Rt.2001 s.411
- Rt.2002 s.1210
- Rt.2003 s.687
- Rt.2003 s.1248

- Rt.2003 s.1455
- Rt.2004 s.252
- Rt.2004 s.1553
- Rt.2004 s.1556
- Rt.2004 s.1902
- Rt.2005 s.556
- Rt.2006 s.828
- Rt.2006 s.1319
- Rt.2007 s.347

Lagmannsrettsdommer

- LB-2008-82288

EMD praksis

- EMDs dom 4.mars 2004 M.C. mot Bulgaria

Annet

Matningsdal,M.;

Kommentarer til Straffeloven, Norsk Lovkommentar (online)