



Straffelovrådet

Deres referanse: 21/2151  
Vår referanse: 2022/154  
Dato: 17.10.2022

## Innspill til Straffelovrådets arbeid med å gjennomgå straffelovens kapittel om seksuallovbrudd

### 1. Innledning

Vi viser til invitasjonen fra Straffelovrådet om å komme med innspill til problemstillinger som det er ønskelig at rådet utreder i arbeidet sitt med å gjennomgå straffelovens kapittel om seksuallovbrudd. Vi viser til etterfølgende kontakt om at Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) kan komme med innspill, selv om den opprinnelige fristen er utløpt. Vi beklager at innspillet kommer såpass sent, men håper det likevel kan komme til nytte.

NIM har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. NIM-loven § 1 annet ledd. Som ledd i dette har NIM som oppgave å gi råd til Stortinget, regjeringen og andre offentlige organer og private aktører i spørsmål om menneskerettigheter, jf. § 3 første ledd bokstav b

Mandatet til Straffelovrådet er vidt og har sider til en rekke problemstillinger som berører Norges menneskerettslige plikter. Et spørsmål, som har vært mye offentlig debattert, er spørsmålet om i hvilken grad menneskerettighetene forplikter Norge til å definere seksuell omgang uten samtykke som voldtekt i straffelovgivningen.<sup>1</sup> I Hurdalsplattformen heter det at regjeringen vil «[g]reie ut korleis det kan innførast ei endring i straffelova slik at ordlyden speglar at seksuell omgang utan samtykke er forbydd og definert som valdtekt, og leggje fram forslag om det.»<sup>2</sup> Vårt innspill dreier seg i hovedsak om menneskerettslige sider ved dette spørsmålet.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Norge har ved flere anledninger fått kritikk fra FN-organer for å ikke definere voldtekt som seksuell omgang uten samtykke. På denne bakgrunn har bl.a. Amnesty hevdet at bestemmelsene om voldtekt i straffeloven ikke er i overensstemmelse med menneskerettighetene, jf. Amnesty, «Hvorfor trenger vi en samtykkelov?», 23. feb 2021 her: <https://amnesty.no/hvorfor-trenger-vi-en-samtykkelov>.

<sup>2</sup> Hurdalsplattformen på s. 65.

<sup>3</sup> I «Barns rett til beskyttelse mot vold, overgrep og omsorgssvikt», 5. april 2022, drøfter NIM flere problemstillinger som kan være relevant for Straffelovrådets mandat mer generelt, tilgjengelig her: [https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2022/04/Barns-rett-til-beskyttelse-mot-vold-overgrep-og-omsorgssvikt\\_NIM.pdf](https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2022/04/Barns-rett-til-beskyttelse-mot-vold-overgrep-og-omsorgssvikt_NIM.pdf). Se også NIMs rapport «Vold og overgrep i samiske samfunn», 26. juni 2018, tilgjengelig her: [https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2018/06/NNIM\\_temrapport\\_web.pdf](https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2018/06/NNIM_temrapport_web.pdf).

I punkt 3 drøfter vi menneskerettslige forpliktelser til kriminalisering av seksuallovbrudd. I punkt 4 drøfter vi lovkravets rammer for utforming av straffelovgivning. I punkt 5 gir NIM innspill med ønske om å gi lovgiver et best mulig grunnlag for å utforme en voldtektslovgivning som styrker vernet om den seksuelle selvbestemmelsesrett, samtidig som rettsikkerheten ivaretas på en betryggende måte.

Våre innspill er ikke uttømmende.

## **2. Oppsummering av NIMs synspunkter**

Kjernen av det menneskerettslige vernet er at individets fysiske og psykiske integritet må sikres ved at ufrivillig seksuell omgang er kriminalisert i nasjonal lovgivning. Hvorvidt den seksuelle omgangen var frivillig, må vurderes i lys av de konkrete omstendigheter. Det er også klart, etter menneskerettighetene, at det ikke kan kreves fysisk motstand for at noe skal anses som voldtekt.

Samtidig har myndighetene en betydelig skjønnsmargin etter EMK og Istanbulkonvensjonen med hensyn til hvordan lovteksten utformes for å ivareta disse menneskerettslige kravene. Etter NIMs syn kan det derfor ikke konkluderes med at menneskerettighetene krever at Norge skal ha en lovgivning hvor manglende samtykke skal være gjerningsbeskrivelsen for voldtekt. Med andre ord betyr dette at forpliktelsene kan oppfylles gjennom en angivelse av situasjoner som utelukker samtykke til seksuell omgang. En slik angivelse må bygge på at samleie bare skal skje frivillig. Et ufravikelig krav er at straffebud må utformes i tråd med lovkravets krav til presisjon og forutberegnelighet.

NIM mener menneskerettighetene tilsier at det er behov for at straffelovens bestemmelser om seksuallovbrudd endres slik at de i større grad fanger opp ufrivillig seksuell omgang. Dette vil styrke vernet om den seksuelle integritet. Situasjoner der en person verbalt eller gjennom annen kommunikasjon har avvist den seksuelle omgangen, er slik NIM ser det ikke tilstrekkelig dekket i dagens straffelovgivning.

Det synes også å være behov for å presisere straffelovens dekningsområde i noen situasjoner der en person ikke er i stand til å uttrykke at han eller hun ikke vil delta på grunn av en sterk rustilstand, at personen mangler den psykiske evnen til å forstå (konseptualisere) handlingene som gjøres mot vedkommende.

En lovgivning som omfatter slike tilfeller kan antas å sikre den seksuelle autonomien bedre enn det som er tilfellet i dag. En tydeliggjøring av situasjoner der personen ikke deltar frivillig vil kunne hindre at domstolene stilles overfor vanskelige grensedragninger og vurderinger av om et samtykke foreligger, herunder om passivitet gir uttrykk for frivillighet eller ikke. Erfaringer fra den svenske lovgivningen viser at en uklar regulering av grensetilfeller skyver vanskelige vurderinger over til domstolene. Svenske domstoler

synes i noen saker, uten annen veiledning, å ha dømt i tråd med sine subjektive oppfatninger av hva som signaliserer eller ikke signaliserer seksuell interesse.

NIM vil understreke at en endring av straffelovgivningen for å bekjempe seksuallovbrudd bør ledsages av andre tiltak, som for eksempel mer ressurser til forebygging ved å spre kunnskap om at samtykke må sikres før seksuell omgang og til effektiv etterforskning av seksuallovbrudd. I praksis antar NIM at dette er svært viktig for å sikre en praktisk og effektiv beskyttelse av den seksuelle autonomien.

### **3. Menneskerettslige forpliktelser til kriminalisering av seksuallovbrudd**

#### *3.1. Innledning*

Enhver har rett til respekt for sin fysiske og psykiske autonomi. Dette innebærer en plikt for stater til å kriminalisere tilfeller der en privatperson krenker en annens autonomi, f.eks. ved seksuelle overgrep. Denne plikten følger av retten til liv og privatliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 2 og 8, Istanbulkonvensjonen, FN-konvensjoner og Lanzarotekonvensjonen når det gjelder barn.

Selv om dette utgangspunktet er klart, er det et annet spørsmål om menneskerettighetene stiller konkrete krav til *hvordan* straffelovgivningen om seksuallovbrudd skal utformes. I en norsk sammenheng har det blitt hevdet at bestemmelsene om voldtekt i straffeloven ikke er i overensstemmelse med menneskerettighetene fordi Norge ikke har en såkalt samtykkelov.<sup>4</sup>

Med uttrykket «samtykkelov» siktes det til en straffelovgivning hvor seksuell omgang uten samtykke (eller lignede uttrykk som frivillighet) utgjør, som Justisdepartementet uttrykte det i forarbeidene til straffeloven, «et selvstendig konstituerende element i gjerningsbeskrivelsen – altså at det vil være tilstrekkelig for domfellelse for voldtekt at det kan bevises at tiltalte har hatt seksuell omgang med en person som ikke samtykket i dette.»<sup>5</sup> I praksis betyr dette at man ser for seg en lovtekst hvor man sikrer straff for ufrivillig seksuell omgang gjennom at det angis et vilkår som gjenspeiler dette, for eksempel ved å bruke uttrykket «samtykke» i lovteksten.

Uttrykk som «samtykkelov» kan imidlertid bære med seg forskjellige konnotasjoner. I dette notatet omtaler vi det som typisk kalles «samtykkelov» som en regulering der seksuell omgang uten samtykke (eller manglende frivillighet), oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen for voldtekt. Dette i motsetning til en lovregulering hvor man uttømmende nevner tilfeller der situasjonen er slik at samtykke *ikke* anses å foreligge,

---

<sup>4</sup> Amnesty, «Hvorfor trenger vi en samtykkelov?», 23. feb 2021 her: <https://amnesty.no/hvorfor-trenger-vi-en-samtykkelov>.

<sup>5</sup> Jf. Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 7.5.1.5 på s. 219.

slik som i gjeldende straffelov § 291. Vi legger for ordens skyld til at skyldkravet også må være oppfylt.

Spørsmålet, som drøftes her i punkt 3, blir dermed om menneskerettighetene forplikter til å ha en straffebestemmelse der seksuell omgang uten samtykke (eller lignende uttrykk for frivillighet) er et selvstendig konstituerende element i gjerningsbeskrivelsen for voldtekt.

### 3.2. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjelder som norsk lov, og har forrang foran andre lover, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. EMK har ingen eksplisitte bestemmelser om seksuell vold og samtykke. Likevel er en av hovedforpliktelsene statene har etter EMK artikkel 2 og 8, slik den er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD),<sup>6</sup> å kriminalisere handlinger som krenker individers rett til fysisk og psykisk integritet.<sup>7</sup> Dette dekker plikt til å straffe voldtekt.<sup>8</sup>

Saken *M.C. mot Bulgaria* gjaldt en jente på 14 år som hevdet hun var blitt voldtatt to ganger av eldre menn.<sup>9</sup> I den første situasjonen hadde hun forsøkt å dytte mannen bort, men så blitt redd og skamfull slik at hun ikke hadde krefter til å gjøre motstand mot samleiet eller skrike. I den andre situasjonen var også jenta redd og uten krefter til å gjøre motstand, men hadde grått og bedt mannen slutte. Myndighetenes etterforskning ble avsluttet med konklusjonen om at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at jenta var blitt «compelled» (tvunget) til å ha samleie, eller gjort motstand. Saken for EMD gjaldt om myndighetenes etterforskning og påtalemessige vurderinger oppfylte statens positive plikter etter EMK artikkel 3 og 8.

EMD tok utgangspunkt i at statene har en vid skjønnsmargin til å sikre en adekvat beskyttelse mot voldtekt, der «perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches are to be taken into account.»<sup>10</sup> Samtidig er denne skjønnsmarginen begrenset av menneskerettslige forpliktelser, som kan endre seg i takt med samfunnsutviklingen og utviklingen av nye rettslige standarder.<sup>11</sup> I saken gjennomgikk EMD utviklingen av synet på og definisjonen av voldtekt, og kom frem til at fokuset må være på om offeret har samtykket eller ikke, og ikke på krav til bevis for bruk av fysisk makt:

---

<sup>6</sup> EMD tolker EMK i tråd med Wienkonvensjonen om traktatolking av 23. mai 1969 (Wienkonvensjonen) art. 31, og vektlegger at konvensjonen må tolkes på en måte som sikrer at menneskerettighetene forblir praktisk og effektive, jfr. bl.a. storkammersaken *Demir og Baykara mot Tyrkia [GC]*, (34503/97) avsn. 65-66.

<sup>7</sup> Se f.eks. storkammersaken *X og andre mot Bulgaria* (22457/16), avsn. 179 og *E.B. mot. Romania* (49089/10) avsn. 54.

<sup>8</sup> *M.C. v. Bulgaria*, 4. desember 2003 (39272/98) avsn. 150 og 153.

<sup>9</sup> En utførlig drøftelse av dommen finnes i SOU 2010: 71 s. 131-136.

<sup>10</sup> *M.C. mot Bulgaria* (39272/98), avsn. 154.

<sup>11</sup> *Ibid* avsn. 156.

The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area [...]

[A]ny rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.<sup>12</sup> (Vår uthevning).

Etter EMK er det altså et krav om at ikke-samtykkebasert seksuell omgang må være straffbart og må etterforskes, også i tilfeller hvor det ikke ytes fysisk motstand. Klageren i denne saken hadde forklart at hun i det første samleiet verbalt hadde nektet samleie og prøvd å dytte gjerningspersonen bort.<sup>13</sup> Om det andre samleiet forklarte hun at gjerningspersonen hadde dyttet henne og at hun gjennom gråt og uttalelser hadde motsatt seg samleie.<sup>14</sup>

EMD kom til at det forelå brudd på myndighetenes positive plikter etter EMK artikkel 3 og 8, særlig fordi etterforskningen ikke var grundig og dekkende nok. EMD fremholdt at etterforskerne og påtalemyndigheten ikke søkte å kartlegge bevis for manglende samtykke, og dermed voldtekt, utover vold eller rop om hjelp.<sup>15</sup> I fravær av bevis for motstand, bygget påtalemyndigheten på at man ikke kunne konkludere med at mennene hadde forstått at jenta ikke samtykket.<sup>16</sup> Påtalemyndigheten hadde ikke vurdert betydningen av at gjerningspersonene hadde villedet personen til et øde sted, og slik skapt et «environment of coercion».<sup>17</sup> Videre var det mangler knyttet til vurderingen av troverdigheten til de tre gjerningspersonene og vitnene.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> *M.C. mot Bulgaria* (39272/98), avsn. 156 og 166. Dommen er fra 2003. Se også bl.a. *E.B. v. Romania* avsn. 56 (49089/10), *I.C. mot Romania* (36934/08), og *M.G.C. mot Romania* (61495/11) avsn. 57 og 59.

<sup>13</sup> *Ibid.* avsn. 17.

<sup>14</sup> *Ibid.* avsn. 30.

<sup>15</sup> *Ibid.* avsn. 179.

<sup>16</sup> *Ibid.* avsn. 180.

<sup>17</sup> *Ibid.* avsn. 180.

<sup>18</sup> *Ibid.* avsn. 180.

Etterforskningen var dermed ikke sentrert rundt spørsmålet om manglende samtykke.<sup>19</sup>  
EMD uttalte:

The Court finds that the failure of the authorities in the applicant's case to investigate sufficiently the surrounding circumstances was the result of their putting undue emphasis on “direct” proof of rape. Their approach in the particular case was restrictive, practically elevating “resistance” to the status of defining element of the offence.<sup>20</sup>

EMD har i senere praksis bygget på rettssetningene fra *M.C. mot Bulgaria* om plikt til kriminalisering av «non-consensual sexual acts».<sup>21</sup> Det synes ikke klart hva som nærmere ligger i kravene til samtykke etter EMDs-praksis, men manglende samtykke kan ikke utelukkende utledes av utvist fysisk motstand fra offeret. Et vanskelig punkt synes å være når truende kontekster som faller utenfor konkret «truende atferd», jf. straffeloven § 291 bokstav a, utelukker et samtykke til seksuell omgang. Truende kontekster omtales nedenfor i punkt 5.5. EMD vis som nevnt i *M.C. mot Bulgaria* til at påtalemyndigheten burde ha vurdert den truende konteksten kvinnen ble utsatt for gjennom å bli lurt.

EMD-praksis viser altså at «non-consensual sexual acts», også der gjerningspersonen ikke bruker fysisk makt, må være *kriminalisert*. Samtidig stilles det ikke konkrete rettslige krav til *hvordan* handlingene skal være kriminaliserte, herunder hvordan straffebudet konkret skal utformes.

I *M.C. mot Bulgaria* uttalte domstolen blant annet, med henvisning til praksis fra Det internasjonale krigsforbryttribunalet for det tidligere Jugoslavia, at det var en universell trend at spørsmålet om det foreligger «rape and sexual abuse» avhenger av samtykke gis:

...voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.<sup>22</sup>

Vi forstår dommen slik at EMD ikke krever at den nasjonale lovgivningen skal verne mot seksuell omgang som ikke er frivillig. Samtidig må ikke voldtekt nødvendigvis være kriminalisert gjennom at manglende samtykke utgjør gjerningsbeskrivelsen av voldtekt. Det avgjørende er at straffelovgivningen samlet sett kriminaliserer seksuell omgang uten samtykke.

---

<sup>19</sup> Ibid. avsn. 181 til avsn. 185.

<sup>20</sup> Ibid. avsn. 182.

<sup>21</sup> M.G.C mot Romania, 25. mars 2016 (61495/11) avsn. 59 og 73; I.C. mot Romania, 24. mai 2016 (36934/08) avsn. 52 og 58.

<sup>22</sup> M.C. mot Bulgaria (39272/98), avsn. 163.

### 3.3. Istanbulkonvensjonen

Europakonvensjonen om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (heretter Istanbulkonvensjonen), er en internasjonal konvensjon for å forebygge og bekjempe vold mot kvinner og vold i nære relasjoner.<sup>23</sup>

Istanbulkonvensjonen er ikke inkorporert i norsk lov, men Norge er bundet av konvensjonen. Norsk rett skal, etter presumsjonsprinsippet, så langt det er mulig, tolkes i samsvar med kravene etter Istanbulkonvensjonen.<sup>24</sup>

Det er særlig artikkel 36 om seksuell vold, inkludert voldtekt, som er relevant for spørsmålet om konvensjonens forpliktelser til kriminalisering av seksuallovbrudd. I vurderingen av norsk rett bør bestemmelsen sees i sammenheng med artikkel 45. Denne slår fast at handlinger som skal være straffbare etter konvensjonen skal kunne straffes med effektive, forholdsmessige og avskrekkende straffereaksjoner, sett i lys av handlingens alvorlighetsgrad.

Kravet om kriminalisering av seksuell omgang uten samtykke fremmes ofte med henvisning til Istanbulkonvensjonen artikkel 36, som lyder:

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- a. 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;
- b. engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c. causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

2. Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

3. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law. (Våre uthevninger).

Etter ordlyden skal de ikke-frivillige («non-consensual») handlingene som er beskrevet være *kriminaliserte* i nasjonal rett, der et samtykke må anses som et resultat av personens frie vilje, vurdert i lys av konteksten. Det innebærer at straffelovgivningen må kriminalisere «non-consensual acts of a sexual nature». Hvordan dette skal ivaretas i straffelovgivningen, sier ordlyden ikke noe om.

---

<sup>23</sup> Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner CETS 210.

<sup>24</sup> I samsvar med presumsjonsprinsippet, jf. HR-2016-2591-A avsn. 48; Rt-2010-1445 avsn. 133 (plenumssak); Rt-2007 s. 234 avsnitt 54; Rt. 2000 s. 1811 (plenumssak) (Finanger I) romertall III nr. 5 s. 1826-1830.

Denne forståelsen støttes av merknadene i den forklarende rapporten til Istanbulkonvensjonen.<sup>25</sup> Rapporten henviser til EMDs praksis, herunder saken *M.C. v. Bulgaria*, og uttaler at konvensjonen krever at straffelovgivningen må omfatte «the notion of lack of freely given consent». Samtidig legges det i rapporten til grunn at

It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.<sup>26</sup> (Vår utheving).

Rapporten understøtter dermed at det er opp til statene selv å utforme ordlyden i straffebudet og faktorene som avgjør om det foreligger samtykke.

For tolkningen av konvensjonen kan også uttalelser fra Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) om ivaretagelse av konvensjonsforpliktelsene i forbindelse med statsrapportering ha en viss rettskildemessig vekt.<sup>27</sup>

GREVIO er i ferd med å evaluere Norge, men har ennå ikke kommet med sine konklusjoner.<sup>28</sup> Det finnes dermed ingen evaluering fra GREVIO av Norges regulering av seksuallovbrudd. GREVIO har derimot kommet med uttalelser i forbindelse med evaluering av andre stater. Noen direkte paralleller er utfordrende å trekke siden norsk lovgivning ikke er sammenfallende med andre lands lovgivning. Samtidig kan GREVIOs vurderinger, særlig av dansk og svensk lovgivning, gi visse indikasjoner på hvordan overvåkningsorganet vurderer artikkel 36.

*Sverige* endret sin voldtektslovgivning til en bestemmelse som straffer for voldtekt den som «genomför ett samlag eller en annan sexuell handling» med en «person som inte

---

<sup>25</sup> For noen traktater utarbeider partene forklarende rapporter som skal veilede forståelsen av traktaten. Dörr legger til grunn at det er vanlig traktatpraksis at forklarende rapporter er en slik avtale som utgjør en kontekst avtalen skal tolkes i, jf. Dörr, Oliver and Kirsten Schmalenbach. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. 2. ed. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin / Heidelberg, 2018 s. 591. Se også EMDs praksis: Se for eksempel *Vo mot. Frankrike* (53924/00) og *Talpis mot Italia* (41237/14).

<sup>26</sup> Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 11.V.2011, Council of Europe Treaty Series - No. 210 avsn. 191 og 193 (heretter forklarende rapport til Istanbulkonvensjonen).

<sup>27</sup> Både EMD og den mellomstatlige domstolen i Haag (International Court of Justice – ICJ) har anvendt generelle kommentarer fra noen av FNs menneskerettskomiteer og konkluderende merknader («concluding observations») ved behandlingen av menneskerettighets spørsmål, og vist til at disse uttalelsene er en del av konteksten konvensjonen skal tolkes i. Se for eksempel *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment 30.11.2010, avsn. 66, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory*, ICJ, Advisory opinion, 9. juli 2004, para. 110 og 112, og Arnfinn Bårdson, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 02-03/2017 s. 160–187, i pkt. 2.3 med videre henvisninger. På samme måte kan uttalelser fra organer opprettet med grunnlag i traktaten utgjøre en «kontekst» som traktaten må tolkes i, slik som Istanbulkonvensjonens overvåkningskomité, GREVIO.

<sup>28</sup> Norge leverte sin statsrapport til GREVIO 16.09.2020, tilgjengelig [her](#).



deltar frivilligt» i 2018.<sup>29</sup> GREVIO vurderte denne ordningen opp mot Istanbulkonvensjonen i januar 2019, da ordningen var svært ny. GREVIO uttalte da at endringen «is a departure from the previous offence of rape and sexual abuse which required the use of force, threats or the taking advantage of the vulnerable situation of the victim, and brings the Swedish Criminal Code in line with the requirement of Article 36, paragraphs 1 and 2 of the Istanbul Convention.»<sup>30</sup>

*Danmark* ble vurdert av GREVIO i 2017.<sup>31</sup> På dette tidspunktet hadde de en voldtektslovgivning som liknet på den norske § 291. Danmark hadde derimot ikke en paragraf tilsvarende den norske § 297 (straff for seksuell handling uten samtykke). Om den danske voldtektslovgivningen sammenholdt med Istanbulkonvensjonen artikkel 36, uttalte komiteen følgende:

There is no criminal offence of rape or sexual assault that is based exclusively on the lack of consent, which is the central element in the way the Istanbul Convention frames sexual violence. The approach which the Danish legislation on sexual violence follows is that of enumerating constituent elements of the crime and/or characteristics of the victim which preclude consent and thus make the act punishable. [...]

The problem with this approach is that it does not capture cases in which the circumstances do not fit any of the existing provisions. Instead of introducing the notion that sexual violence is a violation of a woman's right to bodily integrity and sexual autonomy and that consent must be given voluntarily as the result of the woman's free will and assessed in the context of the surrounding circumstances, it criminalises only those acts of a sexual nature in which the circumstances of the case or the characteristics of those involved already lead to an imbalance of power and necessarily negate consent.

GREVIO strongly encourages the Danish authorities to move away from the current sexual violence legislation and base it on the notion of freely given consent as required by Article 36, paragraph 1 of the Istanbul Convention. The absence of this is an important step towards holding perpetrators of rape accountable, notwithstanding that, for any number of reasons they did not have to resort to violence, threat of violence or duress. It would also allow the judiciary to focus, in the context of the surrounding circumstances of the case, on the assessment of the woman's free will and the ability of the perpetrator to take

---

<sup>29</sup> Brottsbalken kapittel 6 § 1.

<sup>30</sup> GREVIO, (Baseline) Evaluation Report Sweden, 21.01.2019 avsn. 181, tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2018-15-eng-final/168091e686>.

<sup>31</sup> GREVIO, Baseline Evaluation Report Danmark, 24.11.2017 avsn. 177, tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/grevio-first-baseline-report-on-denmark/16807688ae>.

notice of the woman's will, instead of evidence of other constituent elements of fact. (Vår utheving).

I en dansk lovendring fra 2020 ble straffeloven endret til at «For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri», jfr. den danske straffeloven § 216. Forarbeidene gir noe nærmere veiledning for hvordan vurderingen av samtykke skal foretas.<sup>32</sup>

GREVIOs uttalelser kan her tyde på at de vurderer artikkel 36 slik at lovgivningen om seksuallovbrudd i tilstrekkelig grad må være samtykkebasert. Dersom lovgivningen i for stor grad baserer seg på negative angivelser av samtykke, og ikke spørsmålet om den seksuelle omgangen var frivillig, kan det antas at GREVIO vil mene at lovgivningen er problematisk ut fra artikkel 36.

Ut fra denne gjennomgangen, legger NIM til grunn at Istanbulkonvensjonen forplikter Norge til å ha en straffelovgivning som baserer seg på at ufrivillig seksuell omgang er kriminalisert. Samtidig gis statene en skjønnsmargin til å utforme den konkrete lovbestemmelsen. Etter NIMs syn er det dermed ikke et krav etter Istanbulkonvensjonens artikkel 36 at straffelovgivningen utformes slik at seksuell omgang uten samtykke utgjør det selvstendig konstituerende vilkåret i gjerningsbeskrivelsen for å bli straffet for voldtekt.<sup>33</sup>

### 3.4. FN-konvensjoner

#### (i) Innledning

FNs menneskerettighetskomité, FNs barnekomité, FNs torturkomité og FNs kvinnekongresskomité har uttalt seg om spørsmålet om plikt til å kriminalisere seksuallovbrudd, herunder voldtekt, i avsluttende merknader til Norge.<sup>34</sup> NIM har ut fra dette gjort søk i FN-databaser for å undersøke om disse komiteene har utgitt generelle kommentarer eller avgjort individklagesaker av relevans for denne problemstillingen. Vi har bare funnet relevante saker fra FNs kvinnekongress, og vil derfor bare diskutere denne nærmere.

#### (ii) FNs kvinnekongress

---

<sup>32</sup> Forslag til Lov om ændring af straffeloven (Samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse), 2020/1 LSF 85 (Gældende), Fremsat den 11. november 2020 af justitsministeren (Nick Hækkerup), særlig punkt 2.1.3.2.

<sup>33</sup> Denne konklusjonen har også støtte i litteraturen, se Jørn Jacobsen og Henriette Sinding Aasen, «Når mangler et «samtykke»? Utfordringer knyttet til et samtykkebasert voldtektsstraffebud» i *Integritet og ære Festskrift til Henry John Mæland*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2019 s. 100.

<sup>34</sup> Menneskerettskomiteen (CCPR/C/NOR/CO/7, 25.04.2018 avsn. 15b), Barnekomiteen (CRC/C/NOR/CO/5-6, 04.07.2018, avsn. 18 c, Torturkomiteen (CAT/C/NOR/CO/8, 05.06.2018 avsn. 24a) para 18 c), kvinnekongresskomiteen (CEDAW/C/NOR/CO/9, 22.11.2017 avsn. 25f).

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnekonvensjonen) er gjort til norsk lov med forrang over andre lover, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Konvensjonen inneholder ingen bestemmelse som eksplisitt forplikter staten til å hindre eller bekjempe vold. Gjennom artikkel 2 (f) påtok partene seg mer generelt å «take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women». FNs kvinne-diskrimineringskomité (CEDAW) har uttalt i generell kommentar nr. 35 om vold mot kvinner at kjønnsbasert vold er å regne som en form for diskriminering etter konvensjonen artikkel 1 og derfor relevant for alle bestemmelser i konvensjonen.<sup>35</sup>

I individklagesaken *Karen Tayag Vertido mot Filippinene* uttalte CEDAW at «that there should be no assumption in law or in practice that a woman gives her consent because she has not physically resisted the unwanted sexual conduct, regardless of whether the perpetrator threatened to use or used physical violence.»<sup>36</sup> I den saken hadde filippinske myndigheter krenket kvinnekonvensjonen artikkel 2 ved å stille urimelige krav til kvinnens motstand for å bevise påstand om voldtekt.<sup>37</sup> Det samme var tilfellet i en liknende sak; *R.P.B. v. mot Filippinene*.<sup>38</sup> På denne bakgrunn antar NIM at det er uforenelig med konvensjonen å stille krav om fysisk motstand fra offeret for at seksuell omgang skal defineres som en voldtekt, uavhengig av om gjerningsmannen truet med å være eller var voldelig.

I generell kommentar nr. 35 gir CEDAW flere anbefalinger til partene for å styrke sitt arbeid mot vold og overgrep mot kvinner bl.a. gjennom lovgivning. Relevant for vårt formål er følgende anbefaling, basert på de to refererte sakene:

Ensure that sexual assault, including rape is characterised as a crime against women's right to personal security and their physical, sexual and psychological integrity. Ensure that the definition of sexual crimes, including marital and acquaintance/date rape is based on lack of freely given consent, and takes account of coercive circumstances. Any time limitations, where they exist, should prioritise the interests of the victims/survivors and give consideration to circumstances hindering their capacity to report the violence suffered to competent services/authorities.<sup>39</sup> (Vår utheving).

---

<sup>35</sup> CEDAW/C/GC/35, 14.07.2017, avsn. 21. Den generelle kommentaren oppdaterer general recommendation No. 19, der ca. samme avsnitt var inntatt i avsn. 29.

<sup>36</sup> CEDAW/C/46/D/18/2008 avsn. 8.5.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> CEDAW/C/57/D/34/2011 avsn. 8.10. Denne saken reiste også spørsmål om særlige fordommer og behandling av klager, en døv kvinne, som ikke fikk tilstrekkelig oppfølging i forbindelse med rettssaken.

<sup>39</sup> CEDAW/C/GC/35, 14.07.2017 avsn. 33.

Slik NIM forstår formuleringen, legger CEDAW til grunn at samtykke eller frivillighet bør være en del av straffebudet.

(iii) FN-komiteenes konkrete anbefalinger til Norge

Flere FN-komiteer har kommet med anbefalinger til Norge om voldtektslovgivningen.<sup>40</sup> De fleste er varianter av følgende *anbefaling* fra FNs torturkomité:

Amend section 291 of the Penal Code in order to ensure that the lack of free consent is at the centre of the definition of rape, in compliance with international standards and its obligations under the Istanbul Convention, so that rape cases falling outside of the current narrow definition are not treated as a minor sexual offence and closed as “no criminal act proven”.<sup>41</sup> (Vår utheving)

NIM forstår dette slik at FN-komiteene anbefaler at Norge endrer straffelovens voldtektsbestemmelser i retning av en mer samtykkebasert bestemmelse. Det er sentralt at bestemmelsene ikke bør inneholde begrensninger som for eksempel krav om vold eller trusler, men kan etter NIMs syn ikke oppfattes å gi detaljerte anvisninger om hvordan krav til frivillighet eller samtykke bør utformes.

I forbindelse med eksaminasjonen av Norge ved den 10ende statsrapporteringen under kvinnekonsensjonen har norske myndigheter uttalt at den norske straffelovgivningen er «broad-ranging» når det gjelder selve voldtektslovgivningen, og at dersom en handling ikke er omfattet av straffebudet om voldtekt finnes det andre straffebestemmelser som vil være relevante for handlingen. Samtidig anerkjente norske myndigheter visse problematiske sider av voldtektslovgivningen, som taler for en generell gjennomgang av seksuallovgivningen:

First, there are a few types of sexual offence that currently fall outside the range of the provision regarding rape, but which are close to those that are affected in terms of punishability. Second, there is some ambiguity about what is covered by the different provisions. One example is the alternative ‘incapable of resisting the act’ in section 295 regarding rape, and the wording ‘sexual act with a person who has not consented thereto’ in section 297. A third objection is that the different provisions are not fully nuanced and reconciled with each other.<sup>42</sup>

NIM er enig i flere av disse bemerkningene, og kommer tilbake til disse i punkt 5.

### 3.5. Oppsummering av menneskerettslige krav og anbefalinger

---

<sup>40</sup> Barnekomiteen (CRC/C/NOR/CO/5-6, 04.07.2018, para 18 c), Kvinnekomiteen (CEDAW/C/NOR/CO/9 22.11.2017 avsn. 25f) og Menneskerettskomiteen (CCPR/C/NOR/CO/7 25.04.2018 avsn. 15b).

<sup>41</sup> Torturkomiteen (CAT/C/NOR/CO/8, 05.06.2018 avsn. 24a).

<sup>42</sup> CEDAW Tenth periodic report submitted by Norway under article 18 of the Convention (2021) CEDAW/C/NOR/10 paras 75–76.

Gjennomgangen viser at kjernen av det menneskerettslige vernet er at individets fysiske og psykiske integritet *må* sikres ved at ufrivillig seksuell omgang er kriminalisert i nasjonal lovgivning. Hvorvidt den seksuelle omgangen var frivillig, må vurderes i lys av de konkrete omstendigheter. Det er også helt klart, basert på rettspraksis fra EMD samt Istanbulkonvensjonens bestemmelser, at det ikke kan kreves fysisk motstand for at noe skal anses som voldtekt. Dette synet deles av flere FN-komiteer.

Norske myndigheter har imidlertid en vid skjønnsmargin etter EMK, Istanbulkonvensjonen og FN-konvensjonene med hensyn til hvordan lovteksten spesifikt utformes for å ivareta disse menneskerettslige kravene. Etter NIMs syn krever ikke menneskerettighetene at Norge har en lovgivning hvor lovteksten eksplisitt viser til samtykke eller frivillighet eller at seksuell omgang uten samtykke må straffebelegges som voldtekt. Det holder at seksuell omgang uten samtykke er straffebelagt.

#### **4. Menneskerettslige rammer for kriminalisering – særlig om lovkravet**

Ved spørsmålet om å straffebelegge seksuell omgang uten samtykke som voldtekt, kommer også andre menneskerettigheter i spill. Utgangspunktet er at lovgiver står fritt til å kriminalisere en rekke handlinger som voldtekt. Dette må skje innenfor rammen av lovkravet.

På strafferettens område følger kravet om lovhjemmel av Grunnloven § 96, EMK artikkel 7 og SP artikkel 14.<sup>43</sup> Lovkravet har to sentrale elementer. For det første må straffansvaret ligge innenfor lovens ordlyd. Dette er et krav om språklig klarhet. For det andre er det et krav om at straffebudet er tilstrekkelig presist og gir den nødvendige veiledning – uttrykt annerledes slik at straffansvaret må være tilstrekkelig tilgjengelig. Formålet med lovkravet har EMD uttrykt slik: «to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment».<sup>44</sup> Dette innebærer blant annet at man bør søke å unngå vanskelige grensedragninger i domstolene, og sikre klarhet allerede på påtalestadiet.

Adgangen til å presisere straffebud gjennom tolkning har vært omhandlet i en rekke avgjørelser fra EMD.<sup>45</sup> Etter å ha klargjort at lovkravet i EMK artikkel 7 oppstiller kvalitative krav, herunder krav til tilgjengelighet og forutsigbarhet, og at disse kravene gjelder både definisjonen av den straffbare handlingen og hvilken straff en overtredelse medfører, uttaler EMDs storkammer for eksempel i storkammersaken *Kafkaris v. Kypros*:

An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it what acts and

---

<sup>43</sup> Vi bygger i det videre også i stor grad på Høyesteretts gjennomgang av lovkravet i HR-2020-2019-A avsn. 14-22 med videre henvisninger.

<sup>44</sup> *S.W. mot. the United Kingdom* (20166/92) avs. 34 og 44.

<sup>45</sup> Se f.eks. EMDs storkammerdom 20. oktober 2015 *Vasiliauskas mot Litauen* (35343/05) avsnitt 154-155.

omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission [...].<sup>46</sup>

Videre heter det:

The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...] The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain [...] Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, 'provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen [...].<sup>47</sup>

Kravet til klarhet og forutberegnelighet i en konkret sak vil for øvrig avhenge av innholdet i den relevante straffebestemmelsen, det aktuelle rettsområdet og antallet og karakteren av adressater.<sup>48</sup>

Essensen ved tolkning av straffebudet er altså om tolkningsresultatet er i tråd med kjernen av straffebudet og at det med rimelighet kunne ha blitt forutsett.<sup>49</sup> Selv om det å straffebelegge seksuell omgang uten samtykke som voldtekt i stor grad vil oppfylle lovkravet, vil det kunne oppstå spørsmål om lovkravet er oppfylt ved den nærmere grensedragningen av straffebudet.

Det er grunn til å utdype lovkravets funksjon når det gjelder utformingen av straffebudet for voldtekt med henblikk på at samtykke/frivillighet skal utgjøre et såkalt «selvstendig konstituerende element» i gjerningsbeskrivelsen. Kriterier som «samtykke» har en vid betydning og ordlyden gir i en rekke grensetilfeller liten veiledning for domstolens vurdering av om et tilfelle dekkes. Så langt det ikke avhjelpest gjennom klargjøring i forarbeider, vil det medføre at det gamle Straffelovrådet omtalte som «en sosialetisk vurdering» overlates til påtalemyndighet og domstoler. Vi viser til denne uttalelsen fra

---

<sup>46</sup> Storkammersak *Kafkaris mot Kypros* [21906/04] avsn. 140.

<sup>47</sup> *Ibid.* avsn. 141.

<sup>48</sup> jf. EMDs dom 11. november 1996 *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 35 og *Kjølbros*, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 5. utgave 2020, side 825.

<sup>49</sup> HR-2020-2019-A avs. 14 til 17 med videre henvisninger.

det gamle Straffelovrådets utredning generelt i tilknytning til bruk av vurderingsbestemte og vage begreper i straffebud:

Det er etter Straffelovkommisjonens mening ikke praktisk mulig å unngå å bruke skjønnsmessige begreper, og det vil heller ikke alltid være ønskelig. Men kommisjonen tar sikte på å bruke slike ord og uttrykk med varsomhet. Det gjelder i særlig grad ord som gir direkte anvisning på en sosialetisk vurdering. Slike vurderingsbestemte begreper bør bare brukes når det er vanskelig å gi en mer presis gjerningsbeskrivelse. På områder hvor folks verdioppfatninger er sterkt ulike, kan skjønnsmessige begreper gjøre det særlig vanskelig for den enkelte å forutberegne sin rettsstilling. Samtidig vil domstolenes avgjørelser kunne bli oppfattet som politiske. På lengre sikt vil det kunne føre til at folks tillit til domstolene som nøytralt avgjørelsesapparat blir svekket.<sup>50</sup>

Vi legger til at det er særlig grunn til å vise varsomhet ved utformingen av straffebud som retter seg mot allmenheten, slik som i utpreget grad er tilfellet for seksualforbrytelser. Det er vesentlig større rom for bruk av rettslige standarder ved regelverk som retter seg mot bestemte profesjonelle aktører eller mot aktører som driver en særskilt aktivitet. Det er heller ingen særlig tradisjon for noen rettsstridsreversjon i voldtektstraffebudet, slik det er ved en rekke andre straffebud. Definisjonen av voldtekt er, som den altoverveiende hovedregel, avgjørende for om et tilfelle er straffbart som voldtekt. Skal det fortsatt være slik, må definisjonen utformes slik at den tydelig ikke rammer andre tilfeller enn det lovgiver mener å ramme.

Utformingen av straffelovgivningen bør også ta hensyn til at bevissspørsmål bør være håndterbare. Det tilsier noenlunde presise bevistemaer bør kunne utledes av straffebudet. Hvis det er uklart hva som skal bevises, er det gjerne også uklart hvordan det skal bevises og motbevises. Det kan skape bevisproblemer i praksis og dermed gå utover rettssikkerhetshensyn. Særlig vanskelige bevistema kan oppstå knyttet til en samtykkeregulering. Det gjelder særlig hvor langt passivitet i en gitt situasjon skal kunne forstås som at samleie var frivillig.

## **5. Utforming av voldtektslovgivning basert på samtykke**

### *5.1. Innledning*

NIM ønsker å bidra til å gi Straffelovrådet et best mulig grunnlag for å utforme en lovgivning som styrker det menneskerettslige vernet om den seksuelle selvbestemmelsen i norsk rett, samtidig som rettssikkerheten ivaretas på en betryggende måte, herunder kravet til at straffebudet er tilstrekkelig presist utformet. Som gjennomgangen vil vise reiser det å straffebelegge seksuell omgang uten samtykke

---

<sup>50</sup> NOU 1983: 57 punkt 14.4 s. 121.

som voldtekt, spørsmål knyttet til lovkravet, som må løses av lovgiver. I dette punktet gjennomgås ulike momenter og hensyn som NIM mener er sentrale ved denne vurderingen og det skisseres også mulige løsninger som Straffelovrådet kan vurdere.

I det følgende gis først et kort overblikk over gjeldende rett (punkt 5.2.). Dette gjøres for å kunne gå nærmere inn på noen av de typetilfellene NIM mener Straffelovrådet bør vurdere for å bedre ivareta vernet av den seksuelle selvbestemmelsesrett.

Et slikt typetilfelle er der en person verbalt eller gjennom annen kommunikasjon har gitt uttrykk for at vedkommende ikke ønsker å delta i den seksuelle omgangen (punkt 5.3.). Det andre typetilfellet er der en person ikke er i stand til å danne en oppfatning eller uttrykke at han eller hun ikke vil delta, samtidig som situasjonen ikke oppfyller ute av stand-vilkåret (punkt 5.4.). Det tredje typetilfellet er passivitetstilfellene der personen er i stand til å samtykke (punkt 5.5.). Tilsvarende lovgivningsarbeid i Danmark, Sverige og Tyskland kan gi veiledning, noe som kort gås gjennom i sammenheng med vurderingen av de rene passivitetstilfellene. For øvrig nevnes at det er primært de objektive straffbarhetsvilkårene som behandles i disse kapitlene. Samtidig må utformingen av de objektive straffbarhetsvilkårene alltid vurderes i sammenheng med det skyldkravet som skal gjelde.

I siste punkt pekes det på et ikke uttømmende utvalg spørsmål som Straffelovrådet i tillegg til de ovennevnte punktene bør ta stilling til, herunder skyldkravet og straffeutmålingsspørsmål (punkt 5.6.).

I fremstillingen trekker vi på en rekke punkter inn drøftelser i professor Jørn Jacobsens bok «Valdtektsstraffebudet Gjeldende rett og spørsmålet om reform» (Fagbokforlaget Bergen 2019).<sup>51</sup>

## 5.2. *Gjeldende rett*

### 5.2.1. *Straffeloven § 291*

Straffeloven § 291 – med tittelen «voldtekt» – nevner straffbare typetilfeller der en person kan straffes for å ha utført «seksuell omgang» med en annen.<sup>52</sup> Ingen av disse er orientert rundt en vurdering av positivt samtykke, men nevner tilfeller der fornærmede per definisjon ikke kan ha samtykket.

§ 291 bokstav a rammer den som skaffer seg seksuell omgang ved «vold» eller «truende atferd». Alternativet «ved vold» rammer enhver maktanvendelse mot fornærmedes

---

<sup>51</sup> Boken refererer vi til bare med «Jacobsen» i det følgende.

<sup>52</sup> Med «seksuell omgang» etter straffeloven §§ 291 omfatter samleie. Det omfatter også en del andre tilfeller. Stikkordsmessig er det sentrale om handlemåten er samleielignende eller om det kan sies å være et samleiesurrogat. En rekke typetilfeller er avklart i rettspraksis, se nærmere Høyesteretts dom i HR-2017-968-A. Seksuell omgang avgrenses nedad mot «seksuell handling» etter straffeloven §§ 297 og 304.



legeme som foretas med forsett om å skaffe gjerningspersonen seksuell omgang.<sup>53</sup> Det heter følgende om innholdet av «truende atferd» i Ot.prp. nr. 28 (1999-2000):

Truende atferd kan innebære frykt for liv og helse, men omfatter også andre trusler. Det er heller ikke noe ubetinget krav om at trusler må gjelde forhold som er straffbare. Også trusler om å sette ut rykter om fornærmede, eller anmelde vedkommendes kriminelle handlinger til politiet, kan etter omstendighetene omfattes av dette straffbarhetskravet. Jo mindre alvorlig trusselen er, desto mindre sannsynlig vil det imidlertid være at den har vært årsaken til den seksuelle omgangen.<sup>54</sup>

Vilkåret om «truende atferd» krever noe klanderverdig knyttet til den konkrete måten gjerningspersonen opptrer på.<sup>55</sup> Jacobsen uttaler at det avgjørende «må til sist vere om dei handlingane gjerningspersonen sin handlemåte skapar frykt for, er så alvorlege at offeret sitt handlingsval *rimelegvis* vert påverka, og slik sett utgjer eit angrep på offeret sin seksuelle autonomi».<sup>56</sup> Vurderingen av om det foreligger «vold» og «truende atferd» må også bero på offerets alder og forutsetninger.<sup>57</sup>

§ 291 bokstav b rammer den som har seksuell omgang med «noen som er bevisstløs» eller «av andre grunner [er] ute av stand til å motsette seg handlingen». Alternativet «bevisstløs» omfatter søvn, hypnose, og tilfeller der sykdom medfører tap av bevissthet. Alternativet «av andre grunner [er] ute av stand til å motsette seg handlingen» omfatter fysiske og psykiske grunner som gjør at man er ute av stand til å motsette seg handlingen. Det omfatter blant annet tilfeller der fornærmede er fysisk hindret fra å utøve motstand på grunn av lammelse eller utmattelse. Det omfatter også tilfeller det hvor den psykiske evnen til motstand er borte, jf. særlig Rt. 1993 s. 963. Det omfatter blant annet tilfeller hvor fornærmede er så lammet av angst, såkalt frystilstand, at det ikke er nødvendig for gjerningspersonen å utøve vold eller opptre truende, se til illustrasjon saksforholdene i Rt. 2003 s. 495.

Minstestrafen for de fleste handlinger som dekkes av § 291 (voldtekt til samleie) er 3 år, jf. § 292. Videre økes strafferammen til 15 år ved omstendigheter som nevnt straffeloven § 292 bokstav a til d. Grov voldtekt straffes med fengsel i inntil 21 år, jf. straffeloven § 293.

---

<sup>53</sup> HR-2019-2169-U avsn. 48.

<sup>54</sup> Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) punkt 16.1 på s. 111.

<sup>55</sup> Jacobsen punkt 3.6.3 på s. 100. Se til illustrasjon saksforholdet i LB-2009-131786.

<sup>56</sup> Jacobsen s. 100.

<sup>57</sup> Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) punkt 4.3.4.1 på s. 32.

Grov uaktsom voldtekt er straffbart med fengsel inntil 6 år, jf. straffeloven § 294 første punktum. Foreligger omstendigheter som nevnt i § 293, er straffen fengsel inntil 10 år, jf. straffeloven § 294 andre punktum.

Straffeloven § 295 om rammer med fengsel inntil 6 år det å skaffe seg eller en annen seksuell omgang, eller får noen til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv ved

- «a. misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold, eller
- b. å utnytte noens psykiske lidelse eller psykiske utviklingshemming dersom forholdet ikke rammes av § 291, eller
- c. å utnytte en person under 18 år i en særlig sårbar livssituasjon.»

Straffeloven § 296 straffer med fengsel inntil 6 år den som:

- «a. har seksuell omgang med noen som er innsatt eller plassert i anstalt eller institusjon under kriminalomsorgen eller politiet eller i institusjon under barnevernet, og som der står under vedkommendes myndighet eller oppsikt,
- b. får noen som han står i et forhold til som nevnt i bokstav a til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv eller til å ha seksuell omgang med hverandre, eller
- c. skaffer en annen seksuell omgang med noen som han står i et forhold til som nevnt i bokstav a.»

### 5.2.2. *Straffeloven § 297*

§ 297 kriminaliserer det å foreta en «seksuell handling»<sup>58</sup> mot noen uten at denne har «samtykket i det». Dersom en person uten samtykke foretar en handling som utgjør «seksuell handling», men ingen av alternativene i §§ 291 til § 296 er oppfylt, kan personen straffedømmes etter straffeloven § 297. Strafferammen er bot eller fengsel inntil 1 år og det er ingen minstestraft. Foreldelsesfristen er 2 år, jf. straffeloven § 86 første ledd.

I forarbeidene til straffebudet bygger departementet på at hva som kreves for at man skal kunne si at samtykke foreligger, beror på en helhetsvurdering av situasjonen.<sup>59</sup> Uttrykkelig samtykke kreves ikke. I forarbeidene uttales også følgende:

Befant vedkommende seg i en truende eller tvingende situasjon, kan det være et moment som taler mot at samtykke forelå. En forutsetning for å anerkjenne

---

<sup>58</sup> «Seksuell handling» avgrenses oppad mot «seksuell omgang», jf. straffeloven §§ 297 og 304.

<sup>59</sup> Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 7.8.3 sammenholdt med Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) på s. 115-116.

et samtykke, er at fornærmede var i en slik posisjon at vedkommende var i stand til å gi det.<sup>60</sup>

Det nærmere innholdet i vilkåret om manglende samtykke etter straffeloven § 297 synes lite utpenslet i praksis og teori. Med henblikk på forskjellen i utformingen av voldtektstraffebudet og seksuell handling fremholdt Justisdepartementet i Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) punkt 5.4 at:

....[d]en praktiske situasjonen i et tilfelle av atferd eller handling er imidlertid typisk så forskjellig fra et tilfelle av omgang at en ikke uten videre kan slutte «fra det mer til det mindre». Et typisk eksempel på seksuell handling uten samtykke er beføling av brystene til medpassasjerer på en overfylt buss. Blotting av kjønnsorganer vil være et eksempel på seksuell atferd uten samtykke.

Vi er ikke kjent med i hvilken utstrekning straffeloven § 297 har vært anvendt av påtalemyndigheten og domstolene i saker om seksuell omgang uten samtykke.<sup>61</sup>

### *5.3. Situasjoner der personen verbalt eller gjennom annen kommunikasjon har gitt uttrykk for at personen ikke ønsker å delta*

Det kan i praksis oppstå situasjoner der det ikke foreligger et element av vold eller truende atferd, og det samtidig er vanskelig å komme til at personen var ute av stand til å motsette seg den seksuelle omgangen. Samtidig har fornærmede verbalt eller på annen måte gitt uttrykk for at han eller hun ikke ønsker å delta.

Et eksempel kan være der kvinnen B ligger inne på sitt rom i kollektivet.<sup>62</sup> Hun er naken, og ligger under dyna på senga. Den vesentlig fysisk større og mer kraftigere A tar seg inn i rommet og sier at han vil ha samleie med henne. De har tidligere hatt samleie, men B hadde ingen god opplevelse den gang. B avviser ham og ber han om å gå ut. A bryr seg ikke og gjentar viljen sin. B opplever situasjonen sterkt ubehagelig, men går ikke inn i en såkalt frystilstand. Hun begynner å gråte, og hun gjentar bare «nei, nei, gå vekk». B legger seg så i sengen og gjennomfører samleie. Kvinnen gråter under samleiet, men gjør ikke fysisk motstand.

I disse tilfellene vil antageligvis ikke de objektive straffbarhetsvilkårene etter § 291 være oppfylt. Terskelen for «ute av stand»-vilkåret er såpass høy at den normalt neppe omfatter slike tilfeller. Kvinnen er ikke i en frystilstand eller annet som kan oppfylle vilkåret «ute av stand til» å motsette seg handlingen i § 291 bokstav b.<sup>63</sup> Hun er heller ikke utsatt for vold eller truende atferd slik vilkåret er i § 291 bokstav a. Siden det ikke

---

<sup>60</sup> Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) på s. 115-116.

<sup>61</sup> Se også kommentar fra professor Jørn Jacobsen ved Universitetet i Bergen om at § 297 «synes ofte oversett», se [Høyesterett opphevet voldtektsfrifinnelse - mener Frostating burde vurdert samtykkeparagrafen - Rett24](#)

<sup>62</sup> Eksempelet bygger på et eksempel Jacobsen gir i punkt 11.3 på s. 327 til 328.

<sup>63</sup> Se Jacobsen punkt 11.3 på s. 328 med henvisning til punkt 5.3.5.10.

foreligger elementer av vold eller truende atferd, kan heller ikke gjerningspersonen domfelles for grov uaktsom voldtekt etter straffeloven § 294. På den annen side, kan han antageligvis dømmes for overtredelse av straffeloven § 297 om seksuell handling uten samtykke. Samtidig kan slike situasjoner i alvorlighetsgrad og grad av krenkelse ligge såpass tett opp mot voldtekt at straff etter § 297 kan være utilstrekkelig.

Det finnes også saker fra Høyesterett, som har vurdert en tilsvarende typesituasjon knyttet til verbal motstand, men da etter nåværende § 295 første ledd bokstav b (tidligere § 193 annet ledd). Et eksempel er Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2006 s. 1392, som gjaldt straffeutmåling for overtredelse av tidligere straffeloven § 193 annet ledd for å ha skaffe seg seksuell omgang ved å «utnytte noens [...] psykiske utviklingshemming». Fornærmede var lettere psykisk utviklingshemmet. Hun gav verbalt uttrykk for at hun ikke ønsket sex fordi hun hadde kjæreste. Hun kjeftet også på tiltalte og spyttet han i ansiktet. Domfelte gjennomførte likevel samleie. Vi antar at heller ikke her når situasjonen opp til terskelen etter ute av stand-vilkåret, eller at situasjonen oppfyller vilkåret «truende atferd».<sup>64</sup> Det å gjennomføre samleie til tross for den tydelig verbale motstanden som forelå i denne saken, omfattes dermed ikke av straffeloven § 291.

NIMs syn er at en bør vurdere å utvide voldtektsstraffebudet til å dekke situasjoner der noen har seksuell omgang med en person som har avvist (se om innholdet i dette kriteriet nedenfor) den seksuelle omgangen. Det gjelder uavhengig av om det forelå utnyttelse av noens psykiske lidelser eller utviklingshemming. En slik utvidelse kan avhjelpe det at en person, som i ord eller handling har avvist den seksuelle omgangen, må utsettes for vold eller truende atferd, eller må tvinge frem et volds- eller trusselement, for at den seksuelle omgangen skal regnes som voldtekt etter straffeloven § 291.

Dette vil også bedre ivareta det faktum at det kan være mange grunner til at fornærmede ikke gjør motstand. Fornærmede kan være i en svært krevende psykologisk situasjon eller ha havnet i en redsel som er så sterk at fornærmede kommer i en frystilstand.<sup>65</sup> Fornærmede kan også oppleve situasjonen slik at motstand vil innebære risiko for vold fra den andre, også uten at det er grunnlag for dette. Selv om begge typetilfeller etter omstendighetene kan rammes av straffeloven § 291 bokstav b, kan grensedragningen for når en person er «ute av stand» til å motsette seg handlingen, være svært vanskelig.

På denne bakgrunn legger NIM til grunn at en utvidelse til tilfeller der personen har avvist den seksuelle omgangen bedre kan sikre et mer samtykkebasert regime som ivaretar en persons vern om sin seksuelle integritet. Et straffebud som straffelegger slik

---

<sup>64</sup> Se også Rt-2015-810 avsnitt 27 for et tilsvarende typetilfelle.

<sup>65</sup> Jakobsen viser på s. 217 til en studie som viser at 7 av 10 rapporterte ekstrem immobilitet, og 8/10 rapporterte signifikant frykt, under et seksuelt overgrep. Samtidig viser han til behovet for mer kunnskap om dette.

handlinger er er valgt i tysk rett, men da ikke generelt definert som «voldtekt».<sup>66</sup> Spørsmålet er hvordan en skal vurdere om den seksuelle omgangen ble avvist, og hvordan dette skal komme til uttrykk i straffebudet og forarbeidene.

Jacobsen har fremholdt at et straffebud for «seksuelle overgrep» bør dekke tilfeller der vedkommende klart har avvist den seksuelle omgangen. Jacobsen har fremholdt at for å unngå at straffebudet rammer urimelig vidt, bør det være avgrenset til tilfeller der der «vedkommende *utvetydig motset seg den seksuelle omgangen*».<sup>67</sup> Han fremholder videre at straffebudet bør presiseres nærmere i forarbeidene, ut fra hva som skal regnes som en viljesmarkering med denne karakteren.<sup>68</sup>

Så langt NIM kan bedømme, risikerer man da å ikke fange opp tilfeller der fornærmede avviste den seksuelle omgangen, men avvisningen ikke oppfyller det noe kvalifiserte vilkår om tydelighet (eller andre uttrykk som *utvetydig avviser e.l.*). Spørsmålet er hvorvidt disse situasjonene kan fanges opp uten at det går på bekostning av hensynene bak lovskravet. Man kan tenke seg å bruke andre ord, som at avvisningen er «merkbar» eller at den er «observerbar». Begge disse alternativene vil antagelig kunne fange opp en del straffverdige tilfeller der personen ikke samtykker til å ha seksuell omgang. Det kan styrke vernet av den seksuelle autonomien. Samtidig er det nødvendig at straffebud utformes slik at det er noenlunde presise bevistemaer som utledes av straffebudet. Dette kan være mer problematisk ved bruken av disse to vilkårene enn ved bruken av «tydelig» e.l. som vilkår. Hvis det er uklart hva som skal bevises, er det gjerne også uklart hvordan det skal bevises og motbevises. Hvordan en person gir uttrykk for sin vilje og hvordan denne oppfattes hos en gjerningsperson kan være et svært krevende bevistema. NIM har ut fra våre forutsetninger ikke grunnlag for å vurdere om vilkår som «merkbar» eller «observerbar» vil være betryggende ut fra hensynet bak lovkravet og behovet for et håndterbart bevistema.

Uansett løsning er det nødvendig at det beskrives rimelig presist i forarbeidene hvilken type avvisning som omfattes og hvor kvalifisert den må være. En må søke å unngå betydelig skjønnsmessige elementer i denne vurderingen. En kan blant annet anvende den praksisen som er gjennomgått ovenfor for å angi når grensen er overtrådt. En bør også nevne eksempler der seksuell omgang ikke anses å være skjedd mot personenes merkbare vilje/eller at personen ikke har tydelig avvist denne.

#### *5.4. Situasjoner der personen ikke er i stand til å danne en oppfatning eller uttrykke at han eller hun ikke vil delta*

---

<sup>66</sup> Se gjennomgang av tysk rett i punkt 5.5.

<sup>67</sup> Jacobsen s. 334.

<sup>68</sup> Ibid. s. 334-335.

Etter NIMs syn bør Straffelovrådet se på ute av stand-vilkåret og vurdere en viss utvidelse for de tilfeller der en person ikke bør kunne anses å ha samtykket. Formålet med en slik presisering og mulig utvidelse er å fange opp de situasjonene der en person ikke har hatt evne til å tydelig gi uttrykk for at vedkommende ikke ønsker å delta, men der fornærmedes atferd/situasjon ikke når opp til terskelen for hva som omfattes av ute av stand-vilkåret. Her gjennomgås tre typetilfeller. Så langt vi kan bedømme er ikke disse typetilfellene særlig utviklet i praksis og teori. Det synes ganske uklart hvor grensedragningen går, og det er behov for presiseringer.

For det første kan rus svekke evnen til å signalisere et manglende samtykke til seksuell omgang selv om man ikke er «ute av stand» til å motsette seg handlingen i straffeloven § 291 sin forstand. Jacobsen fremholder at en tilnærming til når en rustilstand skal medføre ute av stand at tilstanden er den er så «inngripande at vedkomande enten ikkje i det heile har vore i stand til å konseptualisere det som faktisk vert gjort med vedkomande, å ha adekvate grunnar til å respondere eller hatt fysisk kapasitet til å motsette seg handlingen».<sup>69</sup> Det synes å være en treffende inngang til problemstillingen.

For det andre, for noen med en psykisk lidelse eller psykisk utviklingshemming vil graden av evne til å motsette seg den seksuelle omgangen kunne være så fraværende at man bør vurdere om ute av stand-vilkåret bør komme til anvendelse i flere saker. Det gjelder i hvert fall i lignende tilfeller som ved faktum i sakene i Rt. 1985 s. 629 og Rt. 1989 s. 1376 fra Høyesterett. I saken Rt. 1989 s. 1376 hadde en drosjesjåfør hatt samleie med en sterk psykisk utviklingshemmet 17 år gammel jente, der en sakkyndig hadde uttalt at hun psykoseksuelt befant seg på et modenhetsnivå tilsvarende 6-7 års alderen. I saksforholdet i Rt. 1985 s. 629 var offeret en 26 år gammel psykisk utviklingshemmet kvinne. Hun var normalt utrustet fysisk, men beskrevet av sakkyndige som klart avvikende intellektuelt og psykisk/personlighetsmessig. Hun fungerte på småbarnsstadiet og var avhengig av daglig pleie, blant annet når det gjaldt personlig hygiene.

Jacobsen tilrår at vurderingen av hvilke tilfeller som skal dekkes av straffeloven § 291 bokstav b knyttet til psykisk utviklingshemming bør skje ut fra om knyttes til om:

[d]et heilt ligg føre mangel på ein av dei naudsynte allmenne krava til å kunne motsette seg handlinga som vi har vore inne på, i form av svikt i konseptualisering, resonnering eller fysisk agering. Det krev i så fall ei nærmere vurdering av det aktuelle offeret i den aktuelle situasjonen, men er samstundes ei så presis avgrensing av straffebodet som vi kan få, om det samstundes skal nokolunde adekvat fordele tilfella § 291 og § 295 seg imellom. Terskelen i rettspraksis ligg samstundes noko lågt ut fra dei aktuelle avgjerdene å dømme, slik

---

<sup>69</sup> Jacobsen s. 205.

at det kan være grunn til å justere rettstilstanden slik at § 291 alternativ b omfatter noko fleire tilfelle.»<sup>70</sup>

Vi slutter oss til dette.

En tredje typesituasjon er der en person blir overrasket eller overrumplet av en situasjon som fører til seksuell omgang, og derfor ikke rekker å reagere, eller blir redd og forholder seg passiv. Et eksempel kan være at en lege under en gynekologisk undersøkelse begynner å beføle en kvinnes underliv.<sup>71</sup> Et annet eksempel er der en nudist ligger på stranda med et teppe over hodet som vern mot sola, med beina sprett. Gjerningspersonen sniker seg frem og fører en finger inn i kvinnens vagina.<sup>72</sup> Jacobsen diskuterer om slike tilfeller fanges opp av «ute av stand»-vilkåret, men kommer til at etter dette vilkåret kan overraskende situasjoner reise vanskelige avgrensings spørsmål.<sup>73</sup> En tilnærming er her å kriminalisere slike handlinger eksplisitt i et straffebud om voldtekt. Slik vi kommer tilbake til, er dette gjort i tysk rett.<sup>74</sup>

## 5.5. *Passivitetstilfeller der personen er i stand til å avvise den seksuelle omgangen*

### 5.5.1. *Innledning*

I noen tilfeller kan fornærmede være passiv mens den uønskede seksuelle omgangen pågår, men samtidig være fullt ut i stand til å gjøre motstand. Med passivitet siktes det til der en person ikke foretar seg noen form for handling som kan indikere samtykke eller manglende samtykke til samleie. Sagt på en annen måte gir ikke fornærmede hverken en verbal, ikke-verbal (som gråt eller lyder) eller fysisk respons i situasjonen. Her kan i hvert fall nevnes to typetilfeller:

Jacobsen beskriver en rekke eksempler der det foreligger det han benevner som truende kontekster, uten at kravet til «truende atferd» er oppfylt. Truende kontekster beskriver han som «tilfelle der det ikkje er sett frem konkrete trugslar, men der det i bakgrunnen ligg ein særleg risiko for at situasjonen tek ei negativ vending.»<sup>75</sup> Et eksempel som han beskriver er der en kvinne som arbeider på en pub går hjem etter stengetid, og en mann følger etter henne.<sup>76</sup> Mannen er ruset, kraftig bygd og vesentlig større og sterkere enn kvinnen. Han sier «Jeg har sett på deg hele kvelden og vil ha deg». Kvinnen er passiv når mannen tar av henne klærne og gjennomfører samleie. I dette eksempelet foreligger

---

<sup>70</sup> Jacobsen punkt 5.3.5.2 på s. 193.

<sup>71</sup> Se til sammenlikning Prop. 2017/18: 177 s. 78.

<sup>72</sup> Jacobsen s. 219.

<sup>73</sup> Jacobsen s. 219 – 222.

<sup>74</sup> German Criminal Code Section 177 nr. 2(3).

<sup>75</sup> Jacobsen 3.6.3 på s. 102.

<sup>76</sup> Jacobsen beskriver eksemplet i sin drøftelse av rekkevidden av «Truende atferd» i punkt 3.6.3 på s. 103.

verken «vold» eller «truende atferd». Situasjonen for kvinnen kan likevel oppleves svært skremmende. Samtidig blir gresedragning for et alternativ om at kvinnen ut fra frykt er «ute av stand» til å motsette seg verbalt vanskelig, og tilfellet oppfyller neppe vilkårene i § 291.

I tillegg kan det være situasjoner der det ikke foreligger en truende kontekst, men der fornærmede like fullt forholder seg passiv til den seksuelle omgangen selv om han eller hun ikke vil delta. Et eksempel kan være der en kvinne vekkes av en mann og deretter bare ligger der mens mannen har samleie med henne, selv om hun ikke vil delta. Svensk praksis gir noen eksempler, se nedenfor. Tilfellet oppfyller neppe vilkårene i § 291.

En samtykkeregulering vil inneholde flere skjønnsmessige elementer enn gjeldende lovgivning. Det stiller krav til utformingen av lov og forarbeider for å sikre en rimelig presis angivelse av det straffbare. Spørsmålet om når passivitet kan danne grunnlag for samtykke må angis rimelig presist i lov eller i forarbeider. Vi redegjør i det følgende for den svenske, danske og den tyske løsningen, da disse bygger på ulike modeller.

#### *5.5.2. Den svenske løsningen*

Etter den svenske straffeloven straffes en person for voldtekt som gjennomfører et samleie eller en tilsvarende seksuell handling med en person som ikke deltar frivillig.

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.<sup>77</sup>

Grov uaktsomhet knyttet til om deltakelsen var frivillig er også straffbart, jf. loven § 1 a.

Domstolene tar først stilling til, ut fra en konkret vurdering, om samleie var frivillig. Dernest tar domstolen stilling til om gjerningspersonen hadde utvist skyld knyttet til om

---

<sup>77</sup> Brottsbalk (1962:700) 6. kap 1 §.



deltakelsen var ufrivillig.<sup>78</sup> Om stilltiende samtykke heter det følgende i forarbeidene til straffebudet:

Utgangspunktet er at den som deltar frivillig i en sexuell handling ger uttrykk for sin vilja att delta på något sätt och att avsaknaden av sådana uttryck normalt får forstås som att deltagandet inte är frivillig. I undantagsfall kan emellertid ett tyst samtycke till sexuell samvaro vara tillräckligt. Ett tyst samtycke kan alltså innebära att deltagandet är frivillig men om saken kommer under rättslig prövning och frivilligheten förnekas av målsäganden, får dock krävas att det finns något som tyder på att samtycke förelegat.<sup>79</sup>

Samtykke kan imidlertid gis gjennom passivitet:

En passivitet som ger uttrykk for samtycke, t.ex. där personen inte lämnar samtycke till fortsatt deltagande i sexuella handlingar på annat sätt än genom att vara passiv, kan vara svår att skilja från en passivitet som ger uttrykk for ofrivillighet.<sup>80</sup>

Det uttales videre i forarbeidene at hvis en person ønsker å ha samleie med en annen, må utgangspunktet være at denne har et ansvar for å forvise seg om at den annen part ønsker å delta. Hvis en person er passiv eller gir motstridende signaler, må vedkommende avklare om den annen part ønsker å delta i den seksuelle handlingen.<sup>81</sup>

I saker som reiser spørsmål om total passivitet synes svensk praksis å være at gjerningspersonen dømmes for forsettlig voldtekt der offeret ikke på noen måte har gitt uttrykk for at hun er interessert i å ha samleie.<sup>82</sup> Et tilfelle der utfallet ble domfellelse for uaktsom voldtekt viser imidlertid at grensdragningen er svært vanskelig:

Paret hadde møttes før og hatt sex. Før nåværende møte hadde fornærmede gjort det klart at hun ikke ønsket samleie fordi hun nylig hadde hatt en medisinsk gynekologisk prosedyre, og at hun ønsket at de bare skulle være venner. I løpet av kvelden hadde de imidlertid noe form for frivillig, ikke-penetrerende sex før de sovnet nakne sammen. Ifølge hennes historie, som retten fant bevist, våknet hun av at tiltalte begynte å ta på henne. Hun holdt seg passiv gjennom gjentatte penetrasjoner i løpet av natten og lot som hun sov. Personen som gjennomførte samleie sa at han la merke til at hun var våken og tolket det som et tegn på at hun var med på det som skjedde. Han ble ikke

---

<sup>78</sup> Se premiss 17 i "Övernattningen" [NJA 2019 s. 668](#). Se også "Övernattningen II" [NJA 2022 s. 237](#).

<sup>79</sup> Prop. 2017/18:177, side 80.

<sup>80</sup> Prop. 2017/18:177, side 34.

<sup>81</sup> Prop. 2017/18:177, side 34.

<sup>82</sup> Brå rapport 2020/6 på s. 47-48.

dømt for voldtekt, men for uaktsom voldtekt, med den begrunnelse at han må ha innsett at det var en risiko for at hun ikke ville delta.<sup>83</sup>

I evalueringen av den svenske loven uttaler det Brottsförebyggande rådet at retten stilles overfor hårfine grensdragninger knyttet til om gjerningspersonen hadde skyld knyttet til om passivitet er et uttrykk for frivillighet eller ikke.<sup>84</sup>

I evalueringen av den svenske loven fra det Brottsförebyggande rådet trekkes det for eksempel frem to dommer der det Brottsförebyggande rådet mener at illustrerer at dommernes personlige oppfatninger av hva som signaliserer seksuell interesse preger utfallet av sakene.<sup>85</sup> Begge sakene anskueliggjør etter vårt syn hvor vanskelig samtykke gjennom passivitet er å regulere. Dersom straffebudet blir for lite presist blir det også vilkårlig hvilke hensyn og momenter som er avgjørende i vurderingen.

Her viser vi også til at en gjerningsbeskrivelse som den svenske, vil innebære svært skjønnsmessige vurderinger ved straff for grov uaktsom voldtekt etter straffeloven § 294. Det henger sammen med at det inngår som en del av uaktsomhetsvurderingen hva som er forsvarlig opptreden på et område, jf. straffeloven § 23 første ledd.

På denne bakgrunn kan det å bygge på den svenske modellen vanskelig gi noen tilstrekkelig klar regulering for hvordan passivitetstilfeller skal bedømmes som er betryggende ut fra hensynet til forutberegnelighet. Det er svært vanskelig å fange inn i et straffebud når den innledende kontakten eller forholdet mellom partene skal medføre at passivitet skal kunne utgjøre et samtykke. Det gjelder blant annet i tilfeller der partene har hatt en form for samliv eller seksuell kontakt, men også der personen overfor gjerningspersonen har gitt uttrykk for å ikke ønske seksuell omgang, eventuelt kombinert med tvetydige signaler.

### *5.5.3. Den danske løsningen*

Den danske straffeloven § 216 første ledd lyder:

For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri.

Det heter i lovforslaget fra den danske regjeringen som ligger til grunn for straffebestemmelsen at samtykke kan komme til uttrykk gjennom ord eller handling.<sup>86</sup> Det stilles ikke krav om at samtykke skal være uttrykt direkte eller for øvrig på noen bestemt måte. Samtykke skal vurderes uformalisert og ut fra en konkret og samlet

---

<sup>83</sup> Vi bemerker at i evaluering behandles saken under spørsmålet om hva som skal anses som uttrykk for frivillighet, jf. Brå rapport 2020/6 på s. 46-47, og ikke der det behandles om hvordan passivitet skal bedømmes på s. 47-49.

<sup>84</sup> Ibid på s. 49.

<sup>85</sup> Brå rapport 2020/6 på s. 46.

<sup>86</sup> 2020/1 LSF 85 (Gældende) - forslag til Lov om ændring af straffeloven (Samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse) 2.1.2.2.

vurdering. Et samtykke må, ut fra rettssikkerhetsmessige hensyn – vurderes objektivt ut fra opplysningene om personenes deltakelse i samleie, herunder personers ord og handlinger, og ikke ut fra personenes indre overbevisning.

I det danske straffelovrådets lovarbeid omtales også den situasjonen der passiviteten ikke skal anses å være uttrykk for frivillighet fordi samlivet er preget av fysisk eller psykisk vold, eller det skjer på måter som er egnet til å virke intimiderende.<sup>87</sup>

Om hvordan samtykke kan komme til uttrykk heter det i forarbeidene knyttet til regjeringens lovforslag:

Samtykke i seksuelle relasjoner kan komme til uttrykk på forskjellige måter og i forskjellige former.

Der må som utgangspunkt være en formodning for, at en person, der samtykker i et samleie, ikke blot forholder sig helt passivt, men deltager i et eller annet omfang.

Handlinger, der kan være uttrykk for et samtykke til samleie, vil f.eks. kunne være kys, berøringer, nydende lyde eller relevante bevægelser, f.eks. at man vender sig mod den anden person, selv hjelper til med at tage sit undertøj af, udfører samleiebevægelser eller lignende.<sup>88</sup>

Om hvordan passivitetstilfellene skal bedømmes, heter det om frystilfellene:

Det forekommer, at en person, der udsættes for f.eks. et seksuelt overgreb, agerer ud fra en ubevidst frygtbetinget tilstand, hvor vedkommende ikke gør modstand ("fryser"). Dette kan give sig udslag i f.eks. dissociation eller tonisk immobilitet, hvor vedkommende ikke vil kunne tale eller bevæge sig, men der ses også eksempler på, at forurettedes krop er i en sådan frygttilstand (kører på "autopilot"), så vedkommende fysisk kan fungere (f.eks. vende sig om eller foretage seksuelle handlinger, hvis forurettede bliver bedt om det), uden at dette er udtryk for forurettedes frie vilje. Dette vil både kunne forekomme før og under et samleie. I en sådan tilstand er passivitet fra den forurettedes side således ikke et udtryk for samtykke eller for en bevidst strategi eller handling fra forurettedes side, men et udtryk for frygt. I sådanne tilfælde foreligger der aldrig samtykke.<sup>89</sup>

Totalpassivitet som ikke dekkes av «frystilfellene» behandles som en egen kategori. Totalpassivitet beskrives som tilfeller der en person ikke foretar seg noen form for

---

<sup>87</sup> Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574). København 2020 punkt kapittel 7 på s. 181.

<sup>88</sup> 2020/1 LSF 85 (Gældende) forslag til Lov om ændring af straffeloven (Samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse) på s. 13-14.

<sup>89</sup> Ibid. s. 14.

handling som kan indikere samtykke eller manglende samtykke til samleie. Det heter om disse situasjonene:

I de situationer, hvor der er udvist total passivitet fra den ene persons side, er der en formodning for, at vedkommende ikke samtykker, og derfor må den person, der ønsker samleje gennemført, gøre noget for at sikre sig, at vedkommende samtykker. Også ved total passivitet må det dog afhænge af en konkret og samlet vurdering, om deltagelse i samlejet kan anses for at være sket med samtykke.

Der vil – også ved total passivitet – efter en konkret og samlet vurdering kunne foreligge samtykke. Her vil det naturligt kunne indgå i vurderingen, om parterne tidligere har haft samleje gennemført med samtykke, der er foregået på samme måde, uden at der har været tale om indirekte trusler eller psykisk vold mv., eller om parterne ikke tidligere har haft nogen seksuel relation.

Der må som udgangspunkt være en formodning for, at en person, der samtykker i et samleje, ikke blot forholder sig helt passivt, men deltager i et eller andet omfang. [...]

Det skal i den forbindelse understreges, at det er personens adfærd umiddelbart i sammenhæng med og på tidspunktet for samlejet, som er afgørende for vurderingen af, om der foreligger samtykke. Flirtende adfærd, kys tidligere på aftenen, eller det forhold, at en person er gået med en anden person hjem, kan ikke i sig selv anses som samtykke til et samleje.<sup>90</sup>

Momentene i helhetsvurderingen knyttet til hvorvidt partene tidligere har gjennomført samtykke på samme måte eller om partene ikke har hatt noen seksuell relasjon, er klart nok relevant og løser en rekke tilfeller. Det hjelper imidlertid ganske lite for de vanskelige grensetilfeller, som svensk rettspraksis anskueliggjør og overlater utpregede skjønnsmessige vurderinger til den enkelte dommer.

Et eksempel fra den danske straffelovutredningen på at passivitet gir uttrykk for frivillighet, er at to personer etter en bytur går hjem til den ene og frivillig tar av seg klærne og legger seg i samme seng, hvoretter den ene parten innleder samleie, uten at det er skjedd noe ubehagelig mellom partene.<sup>91</sup>

I den danske straffelovutredningen trekkes det frem relasjoner som er preget av implisitt eller latent trussel om vold.<sup>92</sup> Der samlivsforholdet eller ekteskapet er preget av

---

<sup>90</sup> Ibid. s. 14-15.

<sup>91</sup> Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574). København 2020 kapittel 7 på s. 181.

<sup>92</sup> Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574). København 2020 punkt kapittel 7 på s. 179-183.

fysisk eller psykisk vold og verken frivillighet eller ufrivillighet er kommet til uttrykk, er det ikke en presumsjon for frivillighet.<sup>93</sup> Så langt vi kan se, trekkes ikke grensedragningen nærmere opp i disse forarbeidene. Et problem med grensedragningen i disse situasjonene etter vårt syn, er at også personer som befinner seg i en særlig utsatt posisjon kan ønske å ha samleie med vedkommende gjerningsperson, selv om personen er passiv.<sup>94</sup>

#### 5.5.4. Den tyske løsningen

Vi har allerede nevnt den tyske løsningen. I tysk rett har man en generell regulering av ulike former for seksuelle overgrep ut fra alvorlighetsgrad.<sup>95</sup> Den relevante delen av reguleringen lyder slik i engelsk oversettelse:

Whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.<sup>96</sup>

En seksuell handling er altså straffbart hvis den foretas mot en annen persons «discernible» vilje. Begrepet «discernible» kan oversettes, så langt vi forstår, med «merkbar», men kan også bety «tydelig». I utredningen til det danske straffelovrådet er begrepet oversatt til «tydelig». Det heter der om innholdet i vilkåret:

De tyske myndigheter har opplyst, at det er straffbart, hvis en seksuell handling foretages imod en andens tydelige vilje ("nej-betyder-nej-løsning"). Den anden person skal således udtrykkeligt have gjort det klart, at vedkommende afviser den seksuelle handling. Afvisningen kan enten udtrykkes ved erklæring ("nej") eller opstå ud fra omstændighederne (f.eks. ved gråd eller skrig).<sup>97</sup>

Lovgivningen kriminaliserer også tilfeller der en person begår seksuelle handlinger med en person som ikke er i stand til eller er vesentlig begrenset i muligheten til å danne eller utrykke sin egen vilje. Det er et krav om at det er en viss kvalifisert form for begrensnig. I engelsk oversettelse kriminaliserer bestemmelsen blant annet at

---

<sup>93</sup> Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574). København 2020 punkt kapittel 7 på s. 180.

<sup>94</sup> Se Jacobsen punkt 3.6.3 på s. 103.

<sup>95</sup> Vi bygger her på gjengivelsen av tysk rett i de danske forarbeidene i Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574). København 2020 punkt 11 på s. 108 til 11.

<sup>96</sup> German Criminal Code Section 177 nr. 1, tilgjengelig her: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1659](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1659)

<sup>97</sup> i Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse (Betænkning nr. 1574) punkt 11.11 s. 108.

- the offender exploits the fact that the person is not able to form or express an opposing will
- the offender exploits the fact that the person is significantly impaired in his ability to form or express a will due to a physical or mental condition, unless the offender has assured himself of the consent of this person
- the offender exploits an element of surprise.<sup>98</sup>

Ut over disse situasjonene forstår NIM det slik at etter tysk rett er seksuell omgang med en person som forholder seg passiv, men som samtidig er i stand til å motsette seg handlingen, ikke er straffbart.

### 5.6. *Oppsummering av NIMs synspunkter*

Å straffebelegge seksuell omgang uten samtykke som voldtekt vil inneholde flere skjønsmessige elementer enn gjeldende lovgivning. Det stiller krav til at det i lov og forarbeider angis rimelig presist når manglende samtykke eller frivillighet medfører voldtekt.

Gjennomgangen viser at det er vanskelig å vurdere når passivitet gir uttrykk for samtykke. Selv om vi ikke har tilstrekkelig grunnlag for å konkludere på dette punktet, er vårt inntrykk at verken svensk eller dansk rett gir en tilstrekkelig klar regulering for hvordan passivitetstilfeller skal bedømmes.

NIM anser det lite tilfredsstillende at slike vanskelige vurderinger overlates til påtalemyndigheten og domstolene. En uklar regulering av hvordan passivitet skal bedømmes innebærer risiko for at vanskelige vurderinger skyves over på domstolene, som da blir overlatt til å dømme i samsvar med sine verdioppfatninger.<sup>99</sup> Dette kan føre til vilkårlige avgjørelser. Man risikerer å få både en lite treffsikker og en lite forutberegnelig løsning. Etter NIMs syn bør derfor lovgiver forsøke å beskrive så detaljert som mulig hvilke situasjoner som kan gi grunnlag for straff.

Slik NIM ser det, kan en løsning som den tyske rimelig godt angi tilfeller der den seksuelle integriteten krenkes. Uten at vi har inngående kjennskap til tysk rett, synes det å kunne hentes en del veiledning til en mer detaljert og positivt angitt regulering av hvilke seksuelle handlinger som er straffbare. Denne vil dekke situasjonene beskrevet i punkt 5.3 om der situasjoner der personen verbalt eller gjennom annen kommunikasjon har gitt uttrykk for at personen ikke ønsker å delta, og 5.4 om situasjoner der personen ikke er i stand til å danne en oppfatning eller uttrykke at han eller hun ikke vil delta. Samtidig vil den tyske løsningen, så langt vi kan bedømme, neppe dekke tilfellene som er beskrevet under punkt 5.5 som omfatter tilfeller der personen er i stand til å avvise

---

<sup>98</sup> Ibid Section 177 nr. 2.(1), (2) og (3).

<sup>99</sup> Svensk utredning s. 46.

den seksuelle omgangen, herunder tilfellene der det foreligger en truende kontekst men altså ikke en «truende atferd».

## 5.7. *Andre spørsmål som må vurderes ved å straffebelegge seksuell omgang uten samtykke som voldtekt*

### 5.7.1. *Skyldkravet*

Grov uaktsom voldtekt er straffbart, jf. straffeloven § 294. Etter straffeloven er den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, uaktsom, jf. § 23 første ledd. Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse, jf. straffeloven § 23 annet ledd.

En utvidelse av straffebudet gjennom lovgivning der manglende samtykke eller frivillighet utgjør gjerningsbeskrivelsen for voldtekt, vil medføre at det foreligger voldtekt også der gjerningspersonen ikke har anvendt vold eller trusler, eller den annen part befant seg i en situasjon der denne var i stand til å motsette seg handlingen, såfremt det ikke forelå samtykke. Kravet til forsett vil knytte seg til om det forelå manglende samtykke eller frivillighet. F.eks. vil forsettkravet være oppfylt dersom gjerningspersonen blir klar over at den andre avviser den seksuelle omgangen, eller passiviteten er slik at den ikke kan anses som et stilltiende samtykke. En konsekvens av en slik lovgivning vil antagelig være at en del tilfeller som i praksis i dag bedømmes som grov uaktsom voldtekt etter straffeloven § 294 domfelles som forsettlig voldtekt.

En vurdering av grov uaktsomhet vil, i henhold til straffelovens § 23 innebære en vurdering av kravet til forsvarlig opptreden i situasjon. Nærmere bestemt hva gjerningspersonen ville forstått om denne ikke var grovt uaktsom. Her knytter denne vurderingen seg til gjerningspersonens forståelse av om seksuell omgang bygger på samtykke eller er frivillig. Det er ikke til å komme bort fra at betydelig skjønnsmessige verdivurderinger etter forholdene vil komme inn i disse vurderingene, selv om det kan avhjelpest en del gjennom avklaringer i forarbeider. Det reiser vesentlige betenkeligheter ut fra hensynet til forutberegnelighet og tilgjengeligheten av straffebudet. Hvor vesentlige betenkelighetene er beror på den nærmere utformingen av en samtykkeregulering.

### 5.7.2. *Minstestraff*

Endringene bør også sees i sammenheng med minstestraff for voldtekt til samleie etter § 292. Det kan diskuteres om de foreslåtte endringene nødvendiggjør en større fleksibilitet for domstolen til å utmåle straff ut fra de konkrete omstendighetene, uten

et krav om minstestraff på tre år.<sup>100</sup> Videre er det et spørsmål, som bør utredes eller forskes nærmere på, om en minstestraff på tre år for voldtekt til samleie kan føre til færre domfellelser enn dersom domstolen hadde hatt større frihet til å fastsette straff basert på de konkrete omstendighetene og hva dommer og meddommere i den konkrete sak anså som et rimelig resultat.

### 5.7.3. Straffeloven § 297 som et alternativ til straffeloven § 291

Dersom § 297 fortsatt skal tjene som et alternativ til § 291, er det grunn til å vurdere om det bør gjøres endringer i bestemmelsen.

I dag er strafferammen etter § 297 om seksuell handling uten samtykke bot eller fengsel i inntil 1 år. Det medfører en foreldelsesfrist på 2 år, jf. straffeloven § 86 første ledd bokstav b. Den alminnelige strafferammen for voldtekt er fengsel inntil 10 år, jf. straffeloven § 291. Foreldelsesfristen er da 10 år, jf. straffeloven § 86 første ledd bokstav c. Ved en rekke voldtektstilfeller er straffen fengsel fra 3 år til inntil 15 år, jf. straffeloven § 292.

Det er grunn til å nevne at Istanbulkonvensjonen artikkel 45 jf. artikkel 36, bestemmer at handlinger av seksuell art uten samtykke skal straffes med «effektive, forholdsmessige og avskrekkende» reaksjoner, der det skal tas hensyn til handlingens grad av alvorlighet. Dersom man kommer til at denne bestemmelsen, og ikke voldtektsbestemmelsen, skal omfatte flere tilfeller hvor fornærmede eksempelvis på grunn av psykisk utviklingshemming eller beruselse ikke har kunnet samtykke, bør det vurderes å høyne strafferammen. Noen slike tilfeller ligger uansett valg av bestemmelse tett opp til en tradisjonell forståelse av voldtekt.<sup>101</sup> NIM har tidligere, i en skyggerapport til torturkomiteen i 2018, påpekt at gapet mellom strafferammene i §§ 291 og 297 er stort. Den gangen forslø derfor NIM at komiteen kunne uttale følgende:

The state should undertake legislative measures to grade the criminal sanctions for non-consensual sexual activity under section 297 to reflect that the severity of such acts, based on the specific circumstances in each case, may equate to the severity of non-consensual sexual activity covered by the definition of rape in section 291.<sup>102</sup>

Videre er det grunn til å vurdere om en foreldelsesfrist på to år er for kort.

---

<sup>100</sup> Se Advokatforeningen, Innspill til Straffelovrådets helhetlige gjennomgang av straffelovens kapittel om seksuallovbrudd, 01.06.2021, s. 5-8 om dette spørsmålet.

<sup>101</sup> Se også Jacobsen s. 328.

<sup>102</sup> NIM, *Supplementary information from the Norwegian National Human Rights Institution to the UN Committee on Torture in relation to the hearing of the 8th periodic report of Norway on 24 – 25 April 2018*, 20.03.2018 s. 7, tilgjengelig her: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/NOR/INT\\_CAT\\_CSS\\_NOR\\_30710\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/NOR/INT_CAT_CSS_NOR_30710_E.pdf).



NIM stiller seg til disposisjon for videre samtaler dersom det er ønskelig.

Vennlig hilsen  
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Direktør

Thomas Malmer Berge

Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.