

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

DERES REF.: 23/259

VÅR REF.: 326900

DATO: 13. april 2023

Høring av NOU 2022: 21 - Strafferettslig vern av den seksuelle selvbestemmelsesretten

1 Innledning

Vi viser til høringen til Justis- og beredskapsdepartementet publisert den 13. januar 2023, med høringsfrist den 13. april 2023.

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 Overordnede merknader

Advokatforeningen mener Straffelovrådets utredning gjennomgående bærer preg av grundige, gode og prinsipielle drøftelser. Advokatforeningen er enig med rådet i at kapittelet om seksuallovbrudd må ta utgangspunkt i den seksuelle selvbestemmelsesretten, og er positive til at rådet gjennomgår hele kapittelet om seksuallovbrudd slik at helheten og sammenhengen mellom de ulike bestemmelsene tydeliggjøres.

Advokatforeningen vil knytte noen kommentarer til rådets forslag om å fravike dagens ordning med minstestraffer og normalstraffenivå, samt rådets forslag om å senke den seksuelle lavalderen til 15 år. Advokatforeningen har videre valgt å kommentere særskilt straffelovrådets forslag til § 293 om seksuell utnyttelse og § 294 om seksuell omgang uten samtykke som vi oppfatter utgjør de største endringene fra dagens straffebud.

Advokatforeningen har i tilknytning til Straffelovrådets forslag om ny § 294, om seksuell omgang uten samtykke, valgt å redegjøre for ulike faglige oppfatninger som er utbredt blant medlemmene våre. Advokatforeningen vil derfor i punkt. 6 redegjøre for ulike synspunkter knyttet til utformingen av ordlyden i lovutkastets § 294 bokstav b. Foreningen tar ikke stilling til hvordan straffebudet bør utformes, men ønsker med dette å gi lovgiver innsikt i fagmiljøenes ulike syn for å kunne fatte en avgjørelse på riktigst grunnlag. Det understrekes for øvrig at Advokatforeningen mener at ny § 294 skal ramme all seksuell omgang som ikke er frivillig.

3 Om normalstraff og minstestraft

Advokatforeningen støtter Straffelovrådets forslag om å ikke videreføre en særskilt minstestraft for visse overtredelser av strl. § 294, samt at straffenivå signaliseres på en annen måte enn fastsettelse av minstestraffer.

Bruk av særskilte minstestraffer øker risikoen for at en konkret saks behandling i straffesakskjeden enten ender med en urimelig streng straffeutmåling eller at bevisvurdering og subsumsjon trekkes for langt for å unngå konkret urimelighet. I den generelle analysen av bruk av minstestraffer i Ot.Prp.nr. 90 (2003-2004) punkt 11.5.3 kommenterer departementet svakhetene ved bruk av minstestraft på følgende måte:

Ved en generell lovgivningsprosess er det umulig å overskue alle de handlinger som vil rammes av handlingsnormen. En særskilt minstestraft er gjerne fastsatt ut fra de ordinære overtredelser av straffebudet. Utenfor dette normalområdet er det en risiko for at minstestrafte blir for streng, jf til illustrasjon avgjørelsene i Rt-2002-1288 og 1295, som omtales nedenfor i punkt 11.5.5. Særlig gjelder det for handlinger i ytterkant av straffebudets anvendelsesområde og for mer perifere medvirkere. Et særskilt minimum representerer derfor en risiko for at retten tvinges til å avsi en straff som er strengere enn straffverdigheten av den konkrete handlingen tilsier. Påtalemyndigheten og domstolene vil imidlertid forsøke å unngå en slik konkret urettferdighet. Dette kan lede til dårlig begrunnede henleggelse eller frifinnelse, eller at handlingen henføres under et mindre treffende straffebud som ikke har noen bestemmelse om særskilt minstestraft.

Advokatforeningen er enig i disse betraktningene og kan ikke se at de samme svakhetene ikke gjør seg gjeldende for bruk av minstestraft ved seksuallovbrudd. Tvert imot vil bevissituasjonen i slike saker ofte være sårbar for at aktørens forsøk på å oppnå et rimelig resultat medfører at saker subsumeres uriktig.

Etter Advokatforeningens syn kan den nåværende bruken av minstestraft for seksuallovbrudd ikke forstås uten å se hen til den konstitusjonelle maktkampen mellom Stortinget og Høyesterett i årene frem mot 2010 og som kulminerte i Prop. 97 L (2009-2010), som redegjort for av Straffelovrådet i punkt 28.3.2.

De særegne hensynene som gjorde seg gjeldene i denne perioden, er etter Advokatforeningens syn ikke lenger til stede. Etter foreningens syn er det generelle straffenivået for seksuallovbrudd nå i tråd med lovgivers føringer uten at det foreligger et særlig behov for å beholde minstestrafte for å opprettholde straffenivået. Dette gjøres best ved generelle føringer i forarbeidene av hvor lovgiver ser for seg at straffenivået skal ligge.

Etter Advokatforeningens syn er det derfor i dag ingen særlige grunner for å opprettholde en minstestraft for voldtekt til samleie. Samtidig er Advokatforeningen enig med Straffelovrådet i at selv om alle overtredelser av strl. § 294 er alvorlige, foreligger det et stort spenn i straffverdigheten. Å vurdere den konkrete straffverdigheten i en overtredelse er domstolene betydelig bedre egnet til enn generell lovgiving ved bruk av minstestraft.

Advokatforeningen støtter følgelig Straffelovrådets anbefaling om å fjerne den særskilte minstestraff ved voldtekt til samleie.

Advokatforeningen er videre enig med Straffelovrådet i at lovgiver ved bruk av normalstraffer i for stor grad har gjort straffeutmålingen i saker om seksuallovbrudd for skjematisk og at den i for liten grad gir domstolen frihet til å fastsette den straff som er passende i den individuelle sak. Eksempelene fra artiklene til Matningsdal og Skoghøy er beskrivende for hvorfor normalstraff og straffeutmåling som i for stor grad kun baserer seg på subsumsjonen, er problematisk.

Advokatforeningen er enig med Straffelovrådet i at Grl. § 94 innebærer at også straffeutmålingen, og dermed den etterfølgende frihetsberøvelsen, i den enkelte sak må være forholdsmessig. Slik konkret forholdsmessighet vurderes best av domstolen i den enkelte sak uten en for sterk detaljregulering fra lovgiver – særlig ikke reguleringer som baserer seg på subsumsjonen av handlingen uten at man i særlig stor grad åpner for individuelle vurderinger.

Advokatforeningen er derfor enig med Straffelovrådet i at departementet ved revideringen av strl. kap. 26 går bort fra å indikere straffenivået ved normalstraff og heller indikerer hva lovgiver mener er riktig straffenivå ved generelle henvisninger til retningen på straffenivået.

4 Om seksuell lavalder

Advokatforeningen støtter rådets forslag om å senke den seksuelle lavalderen til 15 år, og kan slutte seg til de vurderinger Straffelovrådet gjør.

Spørsmålet om eksakt når, i hvilken alder, unge mennesker har nådd det nivå av modenhet hvor det er riktig at de selv bærer ansvar for egne seksuelle handlinger, vil det ikke være mulig å gi ett svar på. Individuelle forskjeller gjør at den alder som er gjeldende seksuell lavalder ikke vil være treffende for alle. Noen vil være tilstrekkelig modnet, andre ikke.

Imidlertid må den seksuelle lavalder gis et aldersnivå, og det argument Advokatforeningen finner avgjørende for å støtte Straffelovrådets forslag, er at forslaget innebærer at den kriminelle og den seksuelle lavalder blir den samme. Dette mener Advokatforeningen er positivt da det er utfordrende å følge begrunnelsen for dagens rettstilstand som innebærer at en siktet 15 åring på den ene siden ikke har nok erfaring og modenhet til å ta ansvar for egen seksualitet, men samtidig har skyldene, og kan dømmes til straff for lovbrudd innenfor seksuallovgivningen. For eksempel vil en 15 åring som etter dagens rettstilstand gjennomfører sexkjøp, hvor den prostituerte er utenfor grensen for likhet i alder og utvikling, være gjerningsmann og fornærmet samtidig med grunnlag i samme handling.

Følgelig mener Advokatforeningen at en samordning mellom den kriminelle og seksuelle lavalder vil medføre økt sammenheng mellom to sentrale bestemmelser som omhandler unge personers evne til å bære ansvar for egne valg.

Advokatforeningen finner også grunn til å påpeke at man deler Straffelovrådets vurdering av at nedsettelse av den seksuelle lavalder ikke vil medføre at 15 åringene står beskyttelsesløse. Det vises her til at disse har et sterkt vern mot utnyttelse gjennom at regelverket for seksuallovbrudd mot mindreårige gradvis har blitt utviklet. Dette særlig hvis den foreslåtte utvidelse av dagens § 295 vedtas, forslaget § 307.

Advokatforeningen er således enig i Straffelovrådets forslag til lovendringen i § 307 reduserer de bærende innvendinger mot at den seksuelle lavalderen settes ned med ett år.

5 Om seksuell utnyttelse i lovutkastets § 293

5.1 Innledning

Advokatforeningen støtter formuleringen i lovutkastets § 293 første ledd og slutter seg til rådets drøftelser rundt formuleringen «*den som skaffer seg seksuell omgang ved å utnytte noen som har vesentlig nedsatte forutsetninger for å motsette seg handlingen (...)*». Det vises til punkt 26.5.2 i utredningen.

Det er heller ikke innvendinger til rådets forslag til videreføring i bokstav a og c, herunder å endre ordlyden fra «stilling» til «overmaktforhold». Advokatforeningen er enig i at «overmaktforhold» tydeligere enn «stilling» viser hva slags utnyttelse man ønsker å ramme med straffebudet.

Videre støtter Advokatforeningen forslaget om å flytte dagens § 295 første ledd bokstav c, om særlig sårbare barn under 18 år, til bestemmelsene som omhandler seksuelle krenkelser mot barn.

Advokatforeningen støtter ikke rådets forslag om å utvide straffeansvar til å gjelde utnyttelse av personer som er ruspåvirkede i lovutkastets § 293 første ledd bokstav c.

5.2 Om utnyttelse av ruspåvirkning

Advokatforeningen har, ut ifra rådets argumentasjon, vanskelig for å se hvilke situasjoner man ønsker å ramme med forslaget til straffealternativ i lovutkastets § 293 første ledd bokstav c og ikke minst hvordan det skal skilles mellom «regulære» utnyttelsessituasjoner og utnyttelse som skal rammes av bestemmelsen.

Advokatforeningen synes det er vanskelig å se for seg i hvilke tilfeller en slik bestemmelse skal anvendes, særlig sett opp mot rådets forslag i § 294 bokstav c som viderefører dagens bestemmelse om seksuell omgang der fornærmede er ute av stand til å motsette seg.

Straffelovrådet ser for seg å straffe seksuell omgang med personer *som er i stand* til å motsette seg seksuell omgang, som *ikke uttrykker motvilje* til seksuell omgang, men som likevel er vesentlig svekket av ruspåvirkning. Advokatforeningen mener at når fornærmede både er i stand til å motsette seg seksuell omgang, og ikke gir uttrykk for motvilje, bør ikke den seksuelle omgangen belegges med straff (med mindre andre vilkår i lovutkastet er til stede).

I punkt 26.5.6 skriver Straffelovrådet «*At personer har seksuell omgang i situasjoner hvor det er rusmidler involvert, også i store mengder, er vanlig*». Videre sier rådet «*At noen har seksuell omgang med en veldig beruset person, uten at det foreligger noe i tillegg som tilsier at gjerningspersonen er vesentlig å bebreide for sin fremgangsmåte og at forholdet har karakter av utnyttelse, rammes ikke*».

Advokatforeningen vil legge til at seksuell omgang med en svært ruspåvirket person vil, nærmest alltid, kunne anses som en utnyttelse av situasjonen. Særlig i tilfeller gjerningspersonen ikke er ruspåvirket eller mindre ruspåvirket enn fornærmede. Det er for eksempel godt mulig at en gjerningsperson ikke hadde fått hatt seksuell omgang med den andre, hadde det ikke vært for at hen var svært beruset. Slik Advokatforeningen leser rådet, vil ikke et slikt «regulært» tilfelle rammes av bestemmelsen.

Å avgjøre hva som er «*hensynsløs misbruk av situasjonen*», jf. utredningens punkt 26.5.6, og hva som er en «ordinær» utnyttelse av en ruspåvirket person, vil etter Advokatforeningens syn ikke la seg gjøre i praksis. Advokatforeningen vil peke på at også ruspåvirkede personer har sin seksuelle selvbestemmelsesrett i behold, og må kunne innlate seg på en seksuell aktivitet som hen ellers ikke ville gjort, uten at den andre kan straffes

for dette. Som rådet selv skriver i punkt 27.4.2 er svekket dømmekraft og mangel på selvkontroll for mange også en ønsket virkning av alkohol og andre rusmidler.

Det er lett å tenke seg at en slik straffebestemmelse vil kunne påberopes «dagen derpå» av en fornærmet som i ettertid ikke er i stand til å forstå hvorfor hen innlot seg i en slik seksuell situasjon kvelden i forveien, selv om det da endog kan ha vært ønsket av fornærmede. I noen tilfeller kan man også tenke seg at en anmeldelse vil kunne forventes og fremtvinges av omgivelsene, for eksempel foreldre og venner.

Advokatforeningen mener det er viktig å være tydelig i lovgivningen på at frivillig seksuell omgang, også med noen som er svært ruspåvirket, ikke er straffbart. For en potensielt fornærmet vil det være uheldig dersom hen forventer en straffereaksjon for at noen har utnyttet en situasjon hvor hen var ruspåvirket. Det må legges til grunn at slike situasjoner oppstår svært ofte. Etter Advokatforeningens syn utgjør dette lovforslaget et brudd med de ellers veloverveide og godt reflekterte standpunkter straffelovrådet gjennomgående har hatt om hvilke tilfeller som bør belegges med straff og hvilke som ikke bør det.

Advokatforeningen mener det viktig å holde et klart skille i kapittelet om seksuallovbrudd om de tilfeller som utgjør et alvorlig inngrep i den seksuelle selvbestemmelsesretten og tilfeller der fornærmede både er stand til å gjøre motstand og ikke uttrykker motvilje. Etter Advokatforeningens oppfatning opprettholdes ikke dette skillet i lovforslagets § 293 første ledd bokstav c.

6 Om seksuell omgang uten samtykke

6.1 Innledning

Advokatforeningen er på overordnet nivå positiv til at (fravær av) frivillighet gjøres til det sentrale i en ny voldtektsbestemmelse. Som Straffelovrådet påpeker, går ikke dagens voldtektsbestemmelse langt nok i å verne retten til seksuell selvbestemmelse. Det grunnleggende spørsmålet er hvordan utgangspunktet om at seksuell samhandling skal være frivillig, kan uttrykkes på en hensiktsmessig måte i straffeloven.

Straffelovrådet beskriver et skille mellom to ulike modeller i diskusjonen omkring hvordan prinsippet om frivillighet kan nedfelles i lovgivningen, for å verne om den seksuelle selvbestemmelsesretten. Den ene omtales som en «bare ja betyr ja»-modell, og går i hovedsak ut på at straffelovgivningen bør ramme seksuelle aktiviteter med noen som ikke har uttrykt et ønske om dette. Den andre modellen omtales som en «nei betyr nei»-modell, og vektlegger at loven må basere seg på en uttrykt motvilje fra den som ikke vil delta.

Straffelovrådet har i sin utredning foreslått hvordan ny § 294 kan utformes både ut fra en «nei betyr nei»-modell, og en «bare ja betyr ja»-modell. Straffelovrådets anbefalte forslag bygger på en «nei er nei»-modell. Advokatforeningen mener at det er vektige argumenter som taler for begge disse alternativene. Foreningen har derfor valgt å redegjøre for de ulike synspunktene i fagmiljøene. Advokatforeningen mener at det er viktig at lovgiver har et godt informasjonsgrunnlag ved vurderingen av hvilken utforming ny § 294 skal ha. Det redegjøres for de ulike synspunktene i henholdsvis punkt 6.2 og 6.3.

Advokatforeningen mener videre at det er grunnlag for at rådets forslag til straffealternativer i § 294 differensieres med ulike strafferammer for å markere ulik straffverdighet. Straffenivået for det nye forslaget i § 294 bokstav b bør ligge over det som er praksis etter tilfeller av seksuell omgang som rammes av § 297 i dag, men under straffenivået for voldtekt i § 291.

6.2 Synspunkter til støtte for Straffelovrådets forslag til ny § 294 b

6.2.1 Innledning

På et overordnet nivå er Straffelovrådets forslag om bestemmelsen som har fått overskriften «Seksuell omgang uten samtykke» et godt forslag, begrunnet med veloverveide drøftelser og konklusjoner. Det er likevel behov for enkelte bemerkninger.

Selv om formuleringen i lovutkastets § 294 bokstav b i hovedsak er god, bør det klargjøres i gjerningsbeskrivelsen at den uttrykte motstanden mot seksuell omgang må være egnet til å bli forstått.

Det finnes klare betenkeligheter ved et straffalternativ, i alle fall i det mest alvorlige straffebudet, hvor det forutsettes et uttrykt samtykke for at seksuell omgang ikke skal rammes av bestemmelsen. Det er derfor grunn til å være kritisk til Straffelovrådets subsidiære lovforslag i punkt 27.6.4 som rammer den som har «*seksuell omgang med noen som ikke i ord eller handling gir uttrykk for å ville det*».

6.2.2 Nærmere om lovforslaget i § 294 bokstav b

Dersom lovgiver vedtar Straffelovrådets forslag, bør overskriften i straffebudet gjenspeile innholdet i bestemmelsen. Overskriften gir uttrykk for at bestemmelsen rammer seksuell omgang med noen som ikke har samtykket. Dette er av pedagogiske hensyn uheldig. Det foreslås at overskriften i så fall endres til «Seksuell omgang mot noens vilje» eller lignende.

Det er forslaget § 294 bokstav b som medfører den mest betydelige endringen fra dagens voldtektsbestemmelse. Det grunnleggende prinsippet bak formuleringen av straffebestemmelsen er viktig, og oppbyggingen av lovforslaget er god og pedagogisk.

Det bør imidlertid knyttes noen kommentarer til formuleringen «*og som gir uttrykk for dette i ord eller handling*». I særlig punkt 23.3.2 og 27.5.5 argumenterer rådet for at det ikke skal være vilkår om at den som ikke ønsker den seksuelle omgangen gir uttrykk for det på en utvetydig måte. Rådet mener det bør være tilstrekkelig at ønsket om ikke å involvere seg seksuelt «*kommer til uttrykk på en måte som gitt omstendighetene i situasjonen er mulig å forstå for den eller de andre*», jf. punkt 27.5.5. Men rådet bruker også andre formuleringer som illustrerer at det i praksis vil kunne være vanskelig å vite hvor lovgiver har ment at grensen skal trekkes. Det vises her bl.a. til at det i pkt. 23.3.2 sies at det må være tilstrekkelig «*at en av partene på en rimelig forståelig måte signaliserer at vedkommende ikke ønske å delta*». Et annet sted under samme punkt sies det så at «*det avgjørende er at det har blitt formidlet et «nei» eller en motvilje som er egnet å bli forstått i den aktuelle situasjonen.*»

En så uklar avgrensning av det objektive straffbarhetsvilkår vil være problematisk – både målt opp mot de grunnleggende prinsipper for kriminalisering; se utredningens kap. 20, og opp mot klarhetskravet i strafferetten. Det må derfor fremgå et vilkår om at motstanden som uttrykkes objektivt sett er egnet til å bli forstått i lovtekten. Dynamikken i en seksuell situasjon vil variere betydelig. Den enkelte parts holdning til seksuell aktivitet vil dessuten kunne endre seg underveis. Ofte er også partene ruspåvirket. Det er videre en alminnelig kjensgjerning at vi alle oppfatter signaler ulikt, kanskje særlig i en seksuell situasjon. Det kan derfor ikke være tilstrekkelig, i den objektive bedømmelsen, at motstanden er «*mulig å forstå*». Motstanden må ikke være til å misforstå.

Det vises dessuten til at forsettet skal dekke den objektive gjerningsbeskrivelsen. For at en gjerningsperson anses å ha handlet forsettlig, må det klart fremgå av selve straffebudet at den uttrykte motstanden også objektivt sett er egnet til å bli forstått. Dette vil være utgangspunkt for vurderingen av subjektiv skyld.

En mulig formulering kan være: «*og som gir uttrykk for dette i ord eller handling som er egnet til å bli forstått*», eventuelt «*og som på en forståelig måte gir uttrykk for dette i ord eller handling*». En slik formulering i den objektive beskrivelsen vil kunne avhjelpe det som trolig vil være en særlig utfordrende bevisvurdering. Dette vil definitivt gjelde utvetydige verbale avvísninger som «*nei*», men også nonverbale uttrykksformer som gråt. De mer passive signalene, som objektivt sett gir rom for tolkning, vil imidlertid regelmessig kunne falle utenfor straffealternativets anvendelsesområde. For øvrig kan det vises til Straffelovrådet uttalelse om at hva som rammes av straffebudet vil måtte avgjøres i en totalvurdering av de nærmere omstendighetene.

6.2.3 Forsettskravet – særlig om fingering av forsett.

Forsettskravet i utkastet til ny § 294 er omtalt i utredningens pkt. 27.7, og pkt. 27.7. 3 har overskriften «Særlig om faktisk villfarelse i tilfeller der gjerningspersonen er beruset på gjerningstidspunktet.» Under dette punktet omtaler rådet situasjoner hvor de involverte er berusede, noe som ofte vil kunne være tilfellet. I slike situasjoner skal gjerningspersonen bedømmes som om denne hadde vært edru, mens det samme ikke gjelder fornærmede. Denne ulikheten i bedømmelsen av to ellers likeverdige aktører kan i seg selv være vanskelig å forstå.

Rådet fremholder også under dette punktet at «*fingeringsreglene i noen tilfelle kan få urimelige utslag*». Det siktes her bl.a. til situasjoner hvor to legger seg beruset og den ene innleder seksuell omgang uten å forstå den andres signaler om at dette ikke er ønskelig. Rådet velger likevel å ikke foreslå noen endringer i fingeringsreglene. Det anbefales i stedet at «*forholdet til fingeringsreglene vurderes nærmere i oppfølgingen av rådets forslag*.»

Rådet reiser her svært viktige spørsmål. Det er derfor beklagelig at Straffelovrådet har valgt å ikke gå videre med dette temaet. Det er særlig viktig at tilstedeværelse av rus ikke kan medføre at skyld konstateres uten en nærmere vurdering av forsettet. Det forutsettes derfor at fingeringsreglene blir nærmere vurdert i det videre arbeidet med lovforslaget. Et alternativ i denne forbindelse kan være at Straffelovrådet blir bedt om å avgi en tilleggsutredning om dette viktige spørsmålet.

6.2.4 Særlig om Straffelovrådets subsidiære forslag

Som Straffelovrådet flere ganger nevner har en samtykkebasert voldtektsbestemmelse flere ganger tidligere blitt vurdert. I NOU 1997:23 2 er det blant annet pekt på at det er grunn til å anta at et straffebud om seksuell omgang hvor straffbarheten kun er knyttet til manglende frivillighet, vil medføre betydelige bevisproblemer i praksis. Videre ble det pekt på at det var lite realistisk at et slikt straffebud ville kunne håndheves særlig effektivt. Det ble også pekt på risikoen for skjerpede krav til offerets adferd i overgrepssituasjonen. Det vises for øvrig til rådets gjengivelse i punkt 27.2.

Disse innvendingene har fremdeles gyldighet. I tillegg til dette bør et sentralt aspekt ved Straffelovrådets utredning fremheves: Hvis den passive parten av en eller annen grunn velger å opptre passivt, foreligger det ikke en markant krenkelse av den seksuelle selvbestemmelsesretten, og det vil derfor være uforholdsmessig strengt å straffe den aktive etter det strengeste straffebudet.

Det kan videre vises til Straffelovrådets grundige drøftelser av dette temaet, særlig i punkt 23.3.2. Et straffealternativ i den foreslåtte § 294 som krever et samtykke for at seksuell omgang ikke skal rammes av straffebestemmelsen vil være svært problematisk. Det kan særlig fremheves følgende:

- En slik bestemmelse tar ikke høyde for at frivillighet kan komme til uttrykk på mange ulike måter, og på forskjellige stadier under den seksuelle aktiviteten.
- Et krav om samtykke for straffrihet vil kunne føre til støtende resultater der en av partene i etterkant angir at hen har hatt seksuell kontakt med den andre.

- Et krav om samtykke vil kunne svekke fornærmedes rettsvern ved at det stilles krav til opptreden ved seksuell omgang.
- En slik bestemmelse vil gripe inn i den enkeltes seksuelle selvbestemmelsesrett. Hver og en må selv kunne bestemme om og hvordan man ønsker å uttrykke seg i en seksuell situasjon.
- En slik bestemmelse vil hindre en ansvarliggjøring av begge parter for å forebygge uønsket seksuell kontakt.
- Et samtykke på et gitt tidspunkt kan av gjerningspersonen oppfattes å være gyldig uavhengig hva som skjer videre. Et samtykke som virker bindende fremover i tid vil kunne motvirke det grunnleggende prinsippet om at frivillighet må foreligge på et hvert tidspunkt under den seksuelle aktiviteten.

De samme innvendingene gjør seg gjeldende til det subsidiære lovforslaget i punkt 27.6.4 om å ha «*seksuell omgang med noen som ikke i ord eller handling gir uttrykk for å ville det*». Dette vil i realiteten være en samtykkebasert bestemmelse.

6.3 Synspunkter til støtte for Straffelovrådets alternative forslag til ny § 294 b

6.3.1 Innledning

Norge er gjennom ulike internasjonale konvensjoner forpliktet til å iverksette positive tiltak for å sikre at borgerne ikke blir utsatt for krenkelser fra andre, for eksempel gjennom strafferettslig vern. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbul-konvensjonen) og FNs kvinnediskrimineringskonvensjon kan her særlig trekkes frem. Videre må det bemerkes at norsk straffelovgivning for seksuallovbrudd tidligere har vært gjenstand for sterk kritikk. Ved vurderingen av hvordan ny § 294 b skal utformes er det viktig at lovgiver grundig vurderer hvordan lovgivningen på best mulig måte kan ivareta Norges folkerettslige forpliktelser.

FNs kvinnekomite, FNs torturkomite, FNs barnerettskomite, FNs menneskerettighetskomite med flere har kritisert Norge og uttalt at landets voldtektsbestemmelse må endres slik at mangel på samtykke blir det definerende elementet. Europarådet har videre opprettet et eget uavhengig overvåkingsorgan for å overvåke de enkelte lands gjennomføring av Istanbul-konvensjonen, kalt GREVIO (Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence). GREVIO uttalte senest høsten 2022 at den norske straffelovgivningen må endres på en måte som sikrer at voldtektsbestemmelsen er solid forankret i mangelen på fritt samtykke, som kreves av Istanbul-konvensjonen artikkel 36. nr. 1.

Straffelovrådets forslag om ny § 294 b vil styrke vernet om den seksuelle selvbestemmelse, og er slik sett et stort steg i riktig retning. Straffelovrådets alternative forslag går lenger i den retningen. Ved revideringen av voldtektsbestemmelsen må lovgiver selvstendig velge en løsning som tilfredsstiller Norges konvensjonsforpliktelser.

6.3.2 Nærmere om ordlyden i ny § 294 bokstav b

Som nevnt, skisserer Straffelovrådet i sin utredning to alternative utforminger av ny § 294. Rådets forslag om ny § 294 bokstav b bygger på en «nei er nei»-modell, men det redegjøres også for en alternativ utforming av straffebudet som bygger på en «bare ja er ja»-modell.

Alle nordiske land som har endret sin voldtektslovgivning de senere årene (Island, Sverige, Danmark og Finland) har lagt til grunn en «bare ja er ja»-modell. Denne modellen bygger på en forståelse av retten til seksuell selvbestemmelse som tilsier at en person er seksuelt utilgjengelig inntil det er kommunisert en bekreftelse på frivillig deltagelse. Voldtekt defineres dermed som seksuell omgang der en av partene ikke har bekreftet frivillig deltagelse.

Med utgangspunkt i en «bare ja er ja»-modell, defineres altså voldtekt som seksuell omgang der en av partene ikke har gitt samtykke. Det er i de nordiske land enighet om at et samtykke kan komme til uttrykk på ulike vis gjennom ord, handlinger eller berøring. I forarbeidene til den danske voldtektsbestemmelsen fremkommer konkrete eksempler på handlinger som kan være uttrykk for samtykke til samleie slik som kyss, berøring, nytende lyder, at man vender seg mot den andre, selv tar av sitt undertøy eller utfører samleiebevegelser. Det er også på det rene at total passivitet i noen situasjoner kan anses som samtykke i den danske lovgivningen. I de danske forarbeider heter det:

«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».

Slik Straffelovrådet påpeker vil det ved passivitet ikke nødvendigvis bli noen forskjell mellom den danske voldtektsbestemmelsen og en «nei betyr nei»-modell. Videre vil ikke bevissituasjonen i voldtektssaker bli enklere ved å velge en «bare ja er ja»-modell. Vurderingen av om gjerningsbeskrivelsen i straffebudet er innfridd og gjerningspersonens skyld, vil fortsatt bero på en helhetlig vurdering av alle bevismoment i saken.

Det som imidlertid vil oppnås ved innføring av en «bare ja er ja»-basert modell er å:

- tydelig reflektere samfunnets holdning om at all seksuell omgang skal være frivillig
- i større grad enn ved innføring av en «nei er nei»-basert lovtekst ivareta fornærmede i overrumpling og frysliknende-situasjoner, som igjen vil hindre at det i praksis oppstår et skjerpet krav til fornærmedes adferd i overgrepssituasjonen.

Straffelovrådets forslag til ny § 294 b bygger på en «nei er nei»-modell ved at straffebudet bare gjelder dersom fornærmede har gitt uttrykk for sin motvilje i ord eller handling.

Ved vurderingen av hvordan ny voldtektsbestemmelse skal utformes er det relevant å se til den tyske lovgivningen som også legger opp til en «nei er nei»-modell hvor voldtekt i utgangspunktet defineres som seksuell omgang mot en persons uttrykte vilje. Utgangspunktet i den tyske lovgivningen er således at manglende samtykke alene, ikke er tilstrekkelig for domfellelse. Straffelovrådets forslag til ny voldtektsbestemmelse ligger tett opp til den tyske voldtektsbestemmelsen.

Selv om Straffelovrådet mener at straffansvar etter den foreslåtte bestemmelse ikke forutsetter at fornærmede må yte fysisk motstand, kan det ikke utelukkes at en motsatt dreining i rettspraksis likevel vil skje. Den foreslåtte ordlyden vil særlig være problematisk i situasjoner med overrumpling (uten vold og trusler eller fysisk misforhold) og hvor gjerningspersonen kommer så brått på at fornærmede ikke rekker å reagere. Det samme vil gjelde for fryssituasjoner som ligger opp mot - men ikke innenfor ute av stand-alternativet i den foreslåtte §294 c. På denne bakgrunn vil Straffelovrådets forslag, i praksis innebære en risiko for et skjerpet krav til fornærmedes adferd i overgrepssituasjonen, når det dreier seg om situasjoner med overrumpling eller der hvor fornærmede har frysliknende reaksjoner.

Det understrekes videre at Europarådets ekspertorgan, GREVIO, har gitt tydelig uttrykk for at voldtektsbestemmelsen i tysk straffelov ikke er fullt ut i overensstemmelse med den standarden som Istanbulkonvensjonen setter. Dette bør særlig tillegges vekt når det foreslåtte straffebudet ligger såpass tett opp mot den tyske lovgivningen, selv om man legger til grunn at begge av Straffelovrådets alternativer vurderes å ligge innenfor Norges konvensjonsforpliktelser.

Selv om det er vanskelig å si noe sikkert om hvordan disse to modellene vil slå ut i praksis, kan det trekkes frem at ordlyden i straffebudet ikke bare skal tilfredsstille våre folkerettslige forpliktelser. Det vil også være viktig at ordlyden i straffebudet på en tydelig måte reflekterer samfunnets holdning om at all seksuell omgang skal være frivillig, herunder hvordan de aller fleste unge definerer voldtekt (sex uten samtykke). En

voldtektsbestemmelse som tydelig reflekterer at «bare ja betyr ja», vil sende et slikt signal. Straffelovrådets alternative utforming med et straffalternativ som rammer den som «har seksuell omgang med noen som ikke i ord eller handling gir uttrykk for å ville det», vil i større grad tilfredsstille et slikt hensyn.

6.4 Om differensiering av straffverdighet

Straffelovrådet har foreslått å fjerne dagens straffelov § 297 om seksuell handling uten samtykke og at denne erstattes med bestemmelsen «Seksuelt krenkende berøring». Paragraf 297 benyttes i dag også for seksuell omgang uten samtykke, og etter omstendighetene kan retten ha plikt til å vurdere hvorvidt en handling som ikke faller inn under dagens voldtektsbestemmelse rammes av § 297, jf. HR-2022-1577-U. Det vises videre til lovkommentaren Juridika punkt 2.2:

Dersom det uten samtykke foretas en handling som er «seksuell omgang», men ingen av handlingsalternativene i § 291 til § 296 er oppfylt, må det være klart at § 297 kan anvendes (...) Løsningen er opplagt, idet vilkåret for straff etter § 297 er overoppfyllt i et slikt tilfellet.

Det er ikke tvilsomt at de tilfeller Straffelovrådet foreslår skal rammes av § 294 bokstav b, i den mest alvorlige bestemmelsen for seksuallovbrudd, i dag rammes av § 297. Etter dagens rettspraksis ligger straff for handlinger som faller inn under § 297, men i grenseområdet til voldtekt, i området 120 dagers fengsel til 6 måneder, jf. for eksempel. LA-2021-91046 og LA-2022-58120. Se også rådets redegjørelse i punkt 27.4.2.

Advokatforeningen er enig i at spriket i straffutmåling ikke gjenspeiler spriket i straffverdighet. Samtidig mener Advokatforeningen at alternativene i rådets forslag til § 294 generelt har ulik straffverdighet. Faren ved at alternativene faller inn under samme straffebud er at straffenivået blir tilnærmet likt for tilfeller der straffverdigheten er ulik.

Etter Advokatforeningens syn vil det å oppnå seksuell omgang ved vold eller trusler regelmessig være å betrakte som en større krenkelse enn det å ha seksuell omgang med en som ikke vil. Likeledes det å ha seksuell omgang med en som er ute av stand til å motsette seg. Med lovgivers svært klare signaler er rettstilstanden i dag at straffeloven § 291 bokstav a--om seksuell omgang ved vold eller trusler- regelmessig straffes tilsvarende som overtredelse av § 291 bokstav b- seksuell omgang med en som er ute av stand til å motsette seg.

Eksempel 1: A dyttet B ned på en seng, dro av henne shorts og truse, og holdt henne fast mens han slikket hennes kjønnsorgan og gjennomført samleie med henne, alt mens hun gjentatte ganger sa «nei» og prøvde å dytte han bort. Straffens utgangspunkt var fengsel i fire år, jf. LA-2019-139919.

Eksempel 2: A la seg i samme seng som fornærmede B og gjennomførte samleie med henne. De var begge beruset. B var- på grunn av en kombinasjon av beruselse, at hun var kvalm og redd for å kaste opp, sinnsbevegelse og at hun nettopp hadde sovet- ute av stand til å motsette seg samleie med A. Straffen ble satt til fengsel i fire år, jf. LF-2021-114536.

Disse sakene tjener som en representativ illustrasjon på virkningen av normalstraffenivået. Selv om begge tilfeller utgjør alvorlige seksuelle krenkelser bør det etter Advokatforeningens syn være en markant forskjell i straff i de to eksemplene, og fengsel i fire år i eksempel 2 er vesentlig for høyt.

Advokatforeningen nevner også at Høyesterett i HR-2023-535-A satte utgangspunktet for straffen i en sak om voldtekt uten samleie til fengsel i 1 år og 6 måneder. Høyesterett uttaler i avsnitt 24 at «*et lavere utgangspunkt enn fengsel i 1 år og 6 måneder lar seg likevel vanskelig forene med uttalelsene i forarbeidene, selv om straffverdighetsbetraktninger kan tale for å gå ytterligere ned*».

Høyesteretts uttalelse illustrerer med all tydelighet at lovgiver i for stor grad har bundet domstolene i å gjøre selvstendige vurderinger av straffutmåling ut ifra straffverdighet i det enkelte tilfellet, der forholdet rammes av voldtektsbestemmelsen. Ved innføringen av § 294 bør denne utviklingen stanses.

Advokatforeningen har merket seg at Straffelovrådet vil gå bort fra minstestraffer og normalstraffenivå for seksualforbrytelser, og slutter seg til de drøftelser rådet gjør i denne forbindelse. Likevel er Advokatforeningen bekymret for at en lignende «skjematisk» straffutmåling som i dag også vil praktiseres ved rådets forslag, dersom det ikke gis noen retningslinjer i lovteksten utover å angi en felles strafferamme. Dette vil særlig gjelde for det tilfellet at lovgiver følger rådets anbefaling om § 294, men ikke slutter seg til rådets anbefalinger å gå bort fra normalstraffenivå og minstestraff.

Et alternativ kan være å inndelegge den foreslåtte § 294 med ulike strafferammer, hvor seksuell omgang ved vold eller trusler beholder 10 års strafferamme, men hvor de øvrige alternativene har en lavere strafferamme.

7 Sammenfattende

Advokatforeningen mener Straffelovrådets utredning gjennomgående bærer preg av grundige, gode og prinsipielle drøftelser. Advokatforeningen er enig med rådet i at kapittelet om seksuallovbrudd må ta utgangspunkt i den seksuelle selvbestemmelsesretten, og er positive til at rådet gjennomgår hele kapittelet om seksuallovbrudd slik at helheten og sammenhengen mellom de ulike bestemmelsene tydeliggjøres.

Advokatforeningen støtter Straffelovrådets forslag om å ikke videreføre en særskilt minstestraff for visse overtredelser av strl. § 294, samt at straffenivå signaliseres på en annen måte enn fastsettelse av minstestraffer.

Advokatforeningen støtter rådets forslag om å senke den seksuelle lavalderen til 15 år, og kan slutte seg til de vurderinger Straffelovrådet gjør.

Advokatforeningen støtter i all hovedsak Straffelovrådets formuleringer og vurderinger til lovutkastets § 293. Advokatforeningen støtter imidlertid ikke rådets forslag om å utvide straffeansvar til å gjelde utnyttelse av personer som er ruspåvirkede i lovutkastets § 293 første ledd bokstav c.

Advokatforeningen tar ikke stilling til hvordan lovutkastets § 294 bokstav b bør utformes, men påpeker ulike argumenter som taler henholdsvis for og mot hver av Straffelovrådets skisserte alternativer.



Jon Wessel-Aas
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær