



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Samtykkets moralske kraft**

Moralfilosofiens betydning i rettsanvendelsen ved en lovendring i strl. § 291

JUR-3902

Alida Kvammen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, mai 2022

## Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Problemstilling .....	2
1.4	Metodiske forhold .....	3
2	Det rettsvitenskapelige samtykket.....	5
2.1	Historikk og utvikling .....	5
2.2	Samtykket i straffeloven § 291.....	11
2.2.1	Forholdet mellom samtykket og forsettet.....	15
2.3	Kravet til samtykke i strafferettslig teori.....	16
2.4	Rettspolitisk vurdering av innføring av samtykkekrav .....	20
2.5	Forholdet mellom reelle hensyn og lovtekst i rettspraksis.....	21
2.6	Samtykke- og frivillighetsbegrepet i svensk og dansk rett .....	23
3	Det moralfilosofiske samtykket .....	26
3.1	Innledning.....	26
3.2	Det moralfilosofiske innholdet til samtykkebegrepet .....	26
3.2.1	Heidi Hurd og Larry Alexander .....	27
3.2.2	Vera Bergelson.....	30
3.2.3	Franklin Miller og Alan Wertheimer .....	31
3.2.4	Alan Wertheimer .....	33
4	Harmonisering av det juridiske og filosofiske samtykket.....	40
4.1	Skjønn og reelle hensyn .....	40
4.2	Moralfilosofiens betydning i rettsanvendelsen .....	42
4.3	Hva betyr ja? .....	45
4.4	Filosofiske betraktninger om samtykke- og frivillighetsbegrepet.....	48
5	Avslutning .....	53

Referanseliste .....	55
Bøker .....	55
Artikler og nettsider .....	55
Norske lover, forarbeider og andre offentlige publikasjoner .....	57
Utenlandsk rett .....	58
Rettsavgjørelser .....	59

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Gjennom rettsliggjøring skapes allmenn aksept for normenes legitimitet. Mens rettsreglene er et resultat av formelle beslutningsprosesser, er moralske regler uskrevne og gjerne dannet av samfunnet. En av sammenhengene mellom de juridiske og moralske normene er at de moralske kan ligge til grunn for de juridiske, og dermed også lovgivningen.

Hovedfunksjonen med straffeloven er å tydeliggjøre hva som er ulovlig og straffbart, og advare mot slike handlinger.<sup>1</sup> Et formål med loven er å verne den enkelte mot krenkelse av sin integritet. Straffeloven § 291 retter seg mot svært alvorlige krenkelser av den enkeltes fysiske integritet og mest intime sfære, og verner også den enkeltes psykiske integritet.<sup>2</sup> Den enkeltes rett til seksuell frihet, integritet og selvbestemmelse kan også sees som et moralsk ideal, som er gitt rettslig beskyttelse gjennom straffelovens kapittel 26 og særlig § 291. I et slikt perspektiv kan det sies å ligge verdier bak lovgivningen.

Når verdier blir gjenstand for lovgivning, blir det som var et verdispørsmål et juridisk spørsmål. Juridiske spørsmål løses etter juridisk metode, men forbindelsen til verdiene som lå bak blir ikke av den grunn brutt. Et viktig spørsmål er på hvilke måter verdiene og verdibetraktningene som ligger bak reglene, kan og bør forme rettsanvendelsen. Ikke minst gjelder dette når lovens ord og uttrykk gir rom for skjønn.

Med en mulig innføring av en samtykkeregulering i voldtektsbestemmelsen kan dette spørsmålet settes på spissen. Samfunnsoppfatningen synes å være at en endring i favør samtykke- eller frivillighetsbaserte formuleringer vil gjøre voldtektsbestemmelsen mer konkret, og at man slik vil oppnå en ønsket endring i rettspraksis. Med ønsket endring menes blant annet et ønske om å gi voldtekts ofre bedre beskyttelse og rettssikkerhet.

Fra rettsvitenskapens ståsted kan det imidlertid spørres om en lovendring vil tilføre bestemmelsen vaghet dersom man benytter seg av ord som samtykke eller frivillighet. Vage ord og uttrykk i jussen skaper uforutsigbarhet og rom for diskusjon. Dette kan igjen medføre en utilsiktet endring i praktiseringen av bestemmelsen. Med «utilsiktet endring» siktes det til at lovbestemmelsen får et annet innhold i praksis enn hva lovgiver hadde ment. I dette tilfellet

---

<sup>1</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven), i det videre referert til som straffeloven eller strl., samt Husabø, Erling Johannes, «Karnov lovkommentar til straffeloven», i *Lovdata Pro* (2022) note 12.

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28, s. 227.

kunne utslaget eksempelvis vært at det kan bli dømt flere tilfeller av seksuell omgang enn det ordlyden er ment å ramme. Utslaget kunne også blitt det motsatte, slik at færre faktiske voldtekter blir pådømt. Vagheten kan føre til at det går begge veier. Man kan dermed spørre seg hva som vil være den tilsiktede og utilsiktede virkningen av en lovendring.

Således danner samfunnet og jussen to ytterpunkter for hvordan voldtektslovgivningen er og bør være. Likevel er det enighet mellom de to polene. Både innenfor rettssystemet, politikken og samfunnsdebatten er det enighet om at seksuallovbrudd er et betydelig samfunnsproblem og at straffesystemet i dag ikke gir voldtekts ofre tilstrekkelig beskyttelse. Meningene er derimot delte om en reform av straffebudet kan være riktig løsning.<sup>3</sup>

## 1.2 Aktualitet

Det pågår et lovarbeid i Norge, og Straffelovrådet gjennomgår nå straffelovens kapittel 26 om seksuallovbrudd. De skal avgi sin utredning til Justis- og beredskapsdepartementet innen 15. desember 2022.<sup>4</sup> Siden det er foreslått å innføre en samtykke- eller frivillighetsregel i § 291, aktualiserer oppgavens tema seg.

Meningen med avhandlingen er å vise hvorvidt og på hvilke måter verdivurderinger i form av filosofi kan utfylle ordlyden og delta i avveiningsprosessen dersom man går over til en eksplisitt samtykke- eller frivillighetsbasert lovgivning.

## 1.3 Problemstilling

I denne avhandlingen vil jeg undersøke nærmere hvilken betydning moralfilosofi kan få i rettsanvendelsen dersom man innfører en samtykkeregulering i strl. § 291. Drøftelsen retter seg mot hvilken virkning en lovendring kan få for rettsanvendelsen, herunder om det vil åpnes opp et rom for verdivurderinger utenfor straffeloven og øvrige autoritative og tekstbaserte rettskildefaktorer. Slike vurderinger faller inn under den rettskildefaktoren som omtales som reelle hensyn. Oppgaven handler om hvordan man rettslig sett kan bedømme voldtekt i lys samtykke- eller frivillighetsbasert begrepsbruk.

For å besvare problemstillingen vil først jeg ta for meg den gjeldende lovbestemmelsen for å se hva som per i dag defineres som voldtekt. Jeg vier kapittel 2 til den rent juridiske siden.

---

<sup>3</sup> Jacobsen, Jørn og Skilbrei, May-Len, "Reforming the rape offence in Norwegian criminal law", I *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 79.

<sup>4</sup> <https://nettsteder.regjeringen.no/straffelovradet/mandat/>

Her foretas en tolkning av samtykket i bestemmelsen slik den står i dag. Jeg vil også søke etter hvilke muligheter og behov det er for verdivurderinger i andre autoritative rettskilder.

Det tredje kapitlet vil inneholde en redegjørelse for den moralfilosofiske siden av samtykkebegrepet. Her rettes oppmerksomheten mot hva som ligger i samtykke og selvbestemmelse i henhold til moralfilosofi. I det fjerde kapitlet ønsker jeg å diskutere forholdet mellom det juridiske og det moralske. Kapitlet vil søke å ta for seg hvordan dette skjønnsrommet kan bli større eller mindre ved en lovendring. For å vise konkret hvordan en eksplisitt samtykke- eller frivillighetsbasert voldtektsbestemmelse kan tolkes, vil det ses til hvordan man på ulikt vis har reformert samme straffebed i dansk og svensk rett.

Seksjon for seksuallovbrudd ved Kripos har utarbeidet en rapport om Voldtektssituasjonen i Norge i 2019.<sup>5</sup> Rapporten viser at de anmeldte for seksuallovbrudd i all hovedsak er menn og gutter.<sup>6</sup> I lys av dette finner jeg det mest nærliggende at avhandlingen tar utgangspunkt i den seksuelle relasjonen mellom fornærmede A som kvinne, og gjerningspersonen B som mann.

Jeg begrenser oppgaven til å omhandle voldtektsbegrepet slik det er beskrevet i strl. § 291. Det ville blitt en for omfattende undersøkelse om oppgaven også tok for seg andre bestemmelser i sedelighetskapitlet. Der andre bestemmelser nevnes, er det for å få fram et poeng som er av betydning for drøftelsen. Avhandlingen avgrenser seg videre mot bevisproblematikken i voldtektssaker av hensyn til oppgavens omfang. Videre avgrenses det mot en utredelse av de internasjonale forpliktelser som tilfaller Norge på dette området, fordi det faller utenfor oppgavens tema. Disse nevnes kun ved behov. Forholdet til medvirkning, forsøk og spørsmål rundt strafferammen faller også utenfor tema for oppgaven. I kapittel 3 avgrenser teoriene seg mot den klassiske overfallsvoldtekten, og fokuset rettes mot relasjonsvoldtektene.

## 1.4 Metodiske forhold

Avhandlingen benytter seg av en særskilt metode med tanke på at den søker å samordne rettsfilosofi med strafferett. En argumentasjon som aspirerer til anvendelse av moralfilosofi på et rettsområde som er strengt lovregulert, krever en metodisk forklaring.

---

<sup>5</sup> Kripos (2020) <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/voldtekt-og-seksuallovbrudd/voldtektssituasjonen-i-norge-2019.pdf>

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

Når man tolker ordlyden i en straffebestemmelse, er det viktig å ha med seg at man befinner seg på legalitetsprinsippet område. På strafferettens område er legalitetsprinsippet uttrykkelig fastsatt i Grunnloven § 96 og EMK art. 7.<sup>7</sup> Angivelsen av legalitetsprinsippets innhold tar utgangspunkt i at myndighetenes inngrep i borgernes rettigheter må ha hjemmel i formell lov. Dette betyr at all strafferettslig maktutøvelse må kunne hjemles og forsvares i et straffebud. Prinsippet setter slik en skranke for lovreglene. I tillegg pålegges lovgiver å lage bestemmelser som er så klare i sin ordlyd, og samtidig forutberegnelig for borgerne, at man kan ilegge noen straff ved brudd på dem.

Legalitetsprinsippet utgjør dermed en mekanisme som regulerer straffansvar gjennom klarhet i ordlyden i straffebestemmelser. I lys av dette vil drøftelsen om moralfilosofiens betydning for straffansvar måtte holde seg innenfor rammen av ordlyden i strl. § 291 ved tolkning av bestemmelsen.

Det moralfilosofiske innholdet til samtykke- og frivillighetsbegrepet er omtalt av flere med juridisk bakgrunn. De juridiske forfattere som det vises til her, har sin bakgrunn som advokater, professorer, og rettsteoretikere.<sup>8</sup> Derfor anses de å ha god innsikt på dette området. Deres oppfatninger om hva innholdet kan og bør være, vil benyttes som et argument for at man kan trekke opp linjer fra moralen til retten. Selv om noen av kildene som brukes er av eldre årgang, anses de likevel å være relevante for gjeldende rett.

---

<sup>7</sup> Lov 17. mai 1814, heretter Grunnloven eller Grl., og Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, heretter EMK.

<sup>8</sup> Herunder Heidi Hurd, Larry Alexander, Vera Bergelson, Franklin Miller og Alan Wertheimer.

## 2 Det rettsvitenskapelige samtykket

Straffeloven § 291 lyder:

Med fengsel inntil 10 år straffes den som

- a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller annen truende atferd,
- b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, eller
- c) ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv.

Dette kapitlet tar for seg samtykket i den gjeldende straffeloven § 291. Formålet med kapitlet er å gi et rettslig perspektiv på den virkning et samtykke- eller frivillighetsbegrep kan gi rettsanvenderen i tolkningsprosessen, hvor hensikten er å avklare samtykkets plass i de autoritative rettskildene. Siden det ikke finnes et eksplisitt samtykkebegrep i gjeldende rett, belyses spørsmålet om en overgang til begrepsbruken kan medføre et juridisk problem i form av større rom for skjønn i rettsanvendelsen.

### 2.1 Historikk og utvikling

Ved tidligere revisjoner av kapitlet om seksualforbrytelser har lovgiver vurdert om man burde innføre et krav om samtykke i voldtektsbestemmelsen. De revideringer som i det følgende trekkes frem anses å være relevante fordi de synliggjør den tidligere vurdering av et samtykkebegrep. Likeså vil et tilbakeblikk på den historiske utviklingen kunne gi bedre forståelse for utformingen av gjeldende rett.

I desember 1995 nedsatte Justisdepartementet Seksuallovbruddsutvalget som skulle gjennomgå og legge frem eventuelle forslag til endringer i straffelovens sedelighetskapitler.<sup>9</sup> Utvalget foretok en separat endring av sedelighetskapitlet i straffeloven 1902 da man mente den rettslige reguleringen av denne typen lovbrudd hadde så stor verdi for retten og samfunnet at man ikke kunne vente på en revisjon av hele straffeloven. Her var det altså verdihensyn som tilsa hurtig behandling av voldtektsbestemmelsen. Sedelighetskapitlet i straffeloven ble derfor revidert ved lov 11. august 2000 nr. 76.

---

<sup>9</sup> NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd: Straffelovkomisjonens delutredning VI, s. 7-8.



I den forbindelse vurderte man om det skulle inkorporeres et krav om manglende samtykke i daværende voldtektsbestemmelse i strl. 1902 § 192. Konklusjonen på spørsmålet var delt. Mindretallet fremmet forslag om et eget straffebud som rammet den som har seksuell omgang med noen som ikke har samtykket.<sup>10</sup> Flertallet la avgjørende vekt på at frivillighetsaspektet kom tilstrekkelig klart frem i ordlyden slik bestemmelsen lød.<sup>11</sup> De påpekte at en tilføyelse av manglende samtykke ikke ville tilføre gjerningsbeskrivelsen noe mer, og mente derfor at frivillighetsaspektet ikke ville bli tydeligere ved å fremheve samtykkekravet.<sup>12</sup> Det er flertallets begrunnelse knyttet til uklarheter ved samtykkekravet som skal undersøkes nærmere.<sup>13</sup>

Uttalelsen representerer essensen av avhandlingen. Et utydelig begrep kan åpne opp for ulike tolkninger. Likeså kan den tilsiktede virkningen med et samtykkebegrep tilsløres dersom man ikke klarer å presisere dets innhold på en tilstrekkelig klar måte.

I utvalgets arbeid tok de blant annet stilling til om en grunnbestemmelse om samtykke burde innføres, men konkluderte med at «Det oppstod også formuleringstekniske problemer som ikke sto i forhold til det en ønsket å oppnå».<sup>14</sup> Man kan påstå at utvalget foretok en konsekvensbetraktning som de la stor, om ikke avgjørende, vekt på. En konsekvensbetraktning er et reelt hensyn som sikter til hvilket innhold en regel bør ha slik at den oppnår sitt tilsiktede formål og at uønskete virkninger unngås.<sup>15</sup> Uttalelsen fra utvalget tyder på at den utilsiktede virkningen ville overskygge den ønskete virkningen med lovendringen, som kunne få negative konsekvenser ved tolkning.

Utredningen fra Seksuallovbruddsutvalget ble fulgt opp av en proposisjon fra Justis- og politidepartementet i januar 2000.<sup>16</sup> Departementet vurderte om voldtektsbestemmelsen burde endres slik at samtykket eller frivilligheten nå fremgikk eksplisitt av bestemmelsen. Som utvalget la man vekt på at en slik omformulering ikke ville tilføre bestemmelsen noe nytt, og at det ville ha uønskede og negative konsekvenser.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid. s. 99-100.

<sup>11</sup> Ibid. s. 22.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid. s. 23.

<sup>15</sup> Skoghøy, Jens Edvin A., *Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018, s. 43.

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd).

<sup>17</sup> Ibid. s. 32.

I lys av dette legges det til grunn at man allerede etter straffeloven 1902 § 192 hadde rettslig grunnlag i loven, og støtte i forarbeidene, for å benytte seg av verdibetraktninger ved tolkning av bestemmelsen. Uttalelsene i forarbeidene taler for at man kan komme med en påstand om at et forslag om lovendring i favør samtykke kunne medført et større tolkningsrom og derav også muligheter for reelle hensyn i form av bruk av moral i rettsanvendelsen.

Ved utarbeidelsen av straffeloven 2005 vurderte man på ny om man skulle innta en frase om samtykke.

I vurderingen tok departementet stilling til om voldtektsbestemmelsen burde utformes slik at manglende samtykke burde bli utskilt som et selvstendig element i gjerningsbeskrivelsen. Siden forrige reform i 2000 hadde EMD kommet med en avgjørelse i *M.C. mot Bulgaria* som skulle vise seg å bli gjenstand for diskusjon.<sup>18</sup> EMD la til grunn at medlemsstatene var forpliktet til å ha en lovgivning som kriminaliserer voldtekt og at straffeforfølgelse for all voldtekt måtte skje effektivt for å håndheve denne forpliktelsen.<sup>19</sup> På bakgrunn av dommen ble det vurdert om man var forpliktet til å innføre en samtykkebasert voldtektslovgivning i lys av EMK artikkel 3 og artikkel 8. Ut fra denne uttalelsen tolket Departementet at det sentrale ved dommen var at seksuell omgang uten samtykke skulle straffes.<sup>20</sup> Dommen ga derimot ikke grunnlag for å oppstille et krav til medlemslandene om å definere voldtekt som seksuell omgang uten samtykke.<sup>21</sup>

Som ved forrige utredelse av temaet kom man frem til at man ikke hadde behov for en selvstendig bestemmelse om manglende samtykke, og man behøvde heller ikke innta uttrykket i selve voldtektsbestemmelsen.<sup>22</sup> Begrunnelsen besto i en skepsis til hvilke tilfeller et slikt alternativ om manglende samtykke i § 291 i praksis ville dekke.<sup>23</sup> Lovendringen fra straffeloven 1902 til straffeloven 2005 resulterte likevel i en utvidelse av området for den straffbare seksuelle omgangen, men uten et selvstendig samtykkeelement i gjerningsbeskrivelsen.

I vurderingen av en eventuell samtykkeregulering pekte man på at den seksuelle kontakten mellom mennesker skal være basert på frivillighet og at straffelovgivningen må gi effektiv

---

<sup>18</sup> *M.C. v. Bulgaria*, 4. desember 2003, nr. 39272/98.

<sup>19</sup> *Ibid* avsn. 150 og 153.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 218.

<sup>21</sup> *Ibid*.

<sup>22</sup> *Ibid*. s. 217-222.

<sup>23</sup> *Ibid*. s. 221.

beskyttelse mot seksuelle overgrep. Likevel er ikke dette ensbetydende med at alle tilfeller av seksuell omgang uten reelt samtykke må defineres som voldtekt.<sup>24</sup>

Bedømmelsen av om det er utøvd vold, truende atferd eller om fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingen, må tolkes ut fra flere faktorer som alder, sårbarhet, omgivelsene og relasjonen mellom partene.<sup>25</sup> Siden vurderingen blir kontekstuell og voldtektsbegrepet derav relativt, landet man på å ikke utvide bestemmelsen ytterligere, i fare for å ramme alle tilfeller av seksuell omgang.<sup>26</sup> Dersom bestemmelsen hadde blitt gitt et større anvendelsesområde, er det naturlig å stille spørsmål ved om dette ville kommet i kollisjon med legalitetsprinsippets skranker for retten.

Med hensyn til legalitetsprinsippets stilling på strafferettens område, må straffebudene oppfylle kravene til presisjon som følger av Grl. § 96 og EMK art. 7. Likevel utgjør dette såkalte minstekrav, fordi man ikke kan forvente at en straffebestemmelse helt presist angir alle straffbare tilfeller. Derfor er det i praksis snakk om grader av vaghet i lovspråket.<sup>27</sup> Et spørsmål blir da hvor stor grad av skjønn lovgiver kan overlate til domstolene.<sup>28</sup>

Domstolen kan blant annet avhjelpe et skjønnspreget straffebud ved å tolke det i lys av den gjeldende moraloppfatning.<sup>29</sup> Her kan man se for seg at et større nedslagsfelt i § 291 ville gitt domstolene et større rom for skjønn i sin vurdering av voldtektssakene. Selv om domstolen skal forholde seg lovlydig, kunne en slik endring likevel gitt dem mulighet for på selvstendig grunnlag å trekke inn verdivurderinger utenfor straffeloven og øvrige autoritative og tekstbaserte rettskildefaktorer.

For øvrig var spørsmålet om endring av voldtektsbestemmelsen på høring hos justiskomiteen i 2018.<sup>30</sup> Blant komiteens medlemmer var det generell enighet om at det etter gjeldende rett foreligger et forbud mot seksuell omgang uten samtykke. Flertallets medlemmer mente at en løsning på problematikken ikke lå i en ordlydsendring. De fremholdt at det ikke var lett å angi

---

<sup>24</sup> Ibid. s. 219.

<sup>25</sup> Ibid. s. 222.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Gröning, Linda; Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019, s. 66.

<sup>28</sup> Ibid. s. 66.

<sup>29</sup> Rt. 2010 s. 466 avsn. 12-13.

<sup>30</sup> Dokument 8: 96 S (2017–2018) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Petter Eide, Kari Elisabeth Kaski, Nicholas Wilkinson og Karin Andersen om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke.

innholdet i samtykkebegrepet, og at en endring i favør av begrepet ville kunne lede til utilsiktede konsekvenser og uforutsette og uheldige utslag ved tolkning.<sup>31</sup> På bakgrunn av dette vedtok man ikke forslaget om lovendring.

Dette synet sammenfaller med den tidligere redegjørelse for hvordan man har sett på samtykkeproblematikken i voldtektsbegrepet. Det ser ut til å foreligge en vedvarende usikkerhet rundt innholdet i samtykket, og virkningen en slik endring kan komme til å ha i praksis. Lovgiver ønsker heller ikke å favne rundt tilfeller av seksuell omgang som ikke er straffverdig. I tillegg ønsker man at den enkelte skal ha mulighet til å utøve sin seksuelle selvbestemmelsesrett. Det fremstår dermed som at lovgiver står overfor en kontinuerlig drakamp mellom å beskytte den enkeltes integritet mot krenkelser, samtidig som man ikke ønsker å gripe inn i feilvurderinger som gjøres i relasjon mellom enkeltpersoner.

Det bemerkes også at formuleringen i forslaget til justiskomiteen var at man ønsket en ordlydsendring som sikret at voldtekt var seksuell omgang uten oppriktig samtykke.<sup>32</sup> Ordet «oppriktig» er et begrep som har flere aspekter, som igjen kan bidra til ytterligere tolkningstvil. Oppriktighet blir i synonymordboka beskrevet som ekte, inderlig, redelig, sannferdig og bonafide (i god tro).<sup>33</sup> Alle disse ordene kan forstås som en representasjon av en indre tilstand. Den som fremsatte forslaget henviste kanskje ikke til synonymordboken, men viste heller ikke til de mer vanlige adjektivene som anvendes i samhold med samtykkebegrepet, herunder ord som faktisk, gyldig og virksomt. Disse begrepene har mer karakter av ytre omstendigheter i form av kriterier som ikke retter seg mot en persons indre. Snarere kan man si at de handler om en persons evne til å avgi samtykket, enn ønsket om å avgi samtykket. At forslaget ikke ble formulert med slike adjektiver kunne vært gjenstand for diskusjon, men den foretas ikke her.

Gjennomgangen av voldtektsbestemmelsens historie og utvikling siden 1990-tallet viser hvorfor en samtykke- og frivillighetsrelatert formulering har blitt holdt utenfor lovens ordlyd. De hensyn som talte mot slik endring må kunne sies å basere seg på en bekymring for å bevege seg på kant med legalitetsprinsippet dersom man utvidet anvendelsesområdet

---

<sup>31</sup> Innst. 188 S (2017-2018) Innstilling fra justiskomiteen om representantforslag om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten samtykke, s. 2 (Fremskrittspartiet og Høyre) og s. 3 (Senterpartiet).

<sup>32</sup> Ibid. s. 1.

<sup>33</sup> *Synonymer*, Kunnskapsforlaget H. Aschehoug & Co. (W.Nygaard) A/s og Gyldendal ASA, Oslo, 1. utgave 2003, s. 167.

ytterligere. Noe av begrunnelsen for å endre loven har også sammenheng med den enkeltes seksuelle valgfrihet. Dette bærer preg av moralitet.

De revideringer som er blitt foretatt er ment å favne rundt tilfeller av ufrivillig seksuell omgang. Ved ytterligere å utvide anvendelsesområdet til bestemmelsen ville man risikere større grad av uklarhet og vaghet. Slik jeg ser det kan en endring innebære at man i større grad kan benytte seg av utenomrettslige hensyn ved tolkningen. Ved å oppstille ytterligere vilkår for når seksuell omgang er lovlig, nemlig at det må foreligge samtykke, vil straffebudet omfatte mer. På den måten blir anvendelsesområdet til straffebudet utvidet. Uklare begreper kan også resultere i ulik tolkning, som igjen kan medføre problemer med å oppnå rettsenhet for hvilke tilfeller av seksuell omgang som omfattes av bestemmelsen.

Ved tolkning av straffebud er utgangspunktet at bestemmelsen har den rekkevidde som følger av alminnelig språkbruk.<sup>34</sup> Når forståelsen av et spesifikt ord i gjerningsbeskrivelsen ikke rommer det faktiske forhold i saken, kan ikke en kontekstuell tolkning kompensere for dette.<sup>35</sup> Med andre ord er domstolene og den enkelte rettsanvenderen begrenset til kun å trekke inn utenomrettslige hensyn dersom det faktiske forhold faller inn under forståelsen av begrepet samtykke.

Det har vært vanskelig for lovgiver å forholde seg til samtykkebegrepet. Begrepet bærer preg av å være uklart og vagt, som har bydd på problemer med å definere dets innhold og avgrensinger. Gjennom vage formuleringer legger lovgiver en grad av skjønn over på domstolene.<sup>36</sup> Skjønnsutøvelsen kan resultere i bruk av formålsbetraktninger eller reelle hensyn. Om tolkningen som foretas faller inn under hva man naturlig legger i ordlyden, er tolkningen i overensstemmelse med lovkravet.

Hva som er et samtykke, kan også variere med samfunnsutviklingen. Den rettslige utvidelsen som er lagt til bestemmelsen kan naturlig ses i sammenheng med endringer i verdiene som den skal beskyttes: rett til seksuell selvbestemmelse, integritet og autonomi. Det gjennomgående spørsmålet er og har vært hvordan man skal verne rundt disse verdiene på en mest mulig effektiv måte.

---

<sup>34</sup> Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 122.

<sup>35</sup> Ibid. s. 123.

<sup>36</sup> Ibid. s. 66.

## 2.2 Samtykket i straffeloven § 291

Voldtektsbestemmelsen er plassert fremst i seksuallovbruddskapitlet fordi lovgiver har ment at karakteren som krenkelsen utgjør er svært alvorlig og seksuelt inngripende.<sup>37</sup> Voldtekt anses dermed å være den mest alvorlige seksualforbrytelsen vi har. Straffeloven § 291 er ment å verne individets seksuelle selvbestemmelsesrett, seksuelle frihet og autonomi. I rettsanvendelsen blir rollen til disse verdiene at de gjør et manglende samtykke sentralt for voldtektsvurderingen, fordi manglende samtykke på den måten krenker de vernede rettsgodene.

Ordet voldtekt er sammensatt og består av ordet «vold» etterfulgt av sammensetningsleddet «tekt». Ordet «vold» er i § 291 benyttet om nærmest all fysisk håndtering av fornærmede.<sup>38</sup> «Tekt» brukes bare som sisteledd i sammensetninger, og beskrives som «det å ta(s)».<sup>39</sup> Selve begrepet voldtekt kan dermed forstås som «tatt ved vold». Selv om uttrykket kanskje rent språklig retter seg mot maktmisbruk, skal det likevel tolkes dit hen at det omfatter et bredt spekter av krenkelser av en annens seksuelle integritet og selvbestemmelsesrett.<sup>40</sup>

Fra et noe mer folkelig perspektiv kan man tenke seg at begrepet «voldtekt» er sammensatt av to ord; vold og selvtekt. Ved utøvelse av en type vold, om det er fysisk, psykisk eller trusler om liknende atferd, oppnår gjerningspersonen seksuell omgang gjennom en form for selvtekt. Det er følgelig ikke snakk om selvtekt i strafferettslig forstand slik begrepet er definert i strl. § 19, men selvtekt i folkelig forstand; i dagligtalen brukes ofte begrepet selvtekt om en handling man foretar fordi man mener det er ens rett. I ordboken benyttes ordet selvtekt om det å ta seg til rette eller håndhevelse av egen rett.<sup>41</sup> En generell karakteristikk ved seksualforbrytelsene er at de har trekk av at gjerningspersonen utnytter noen til egen seksuell nytelse.<sup>42</sup> Her er det likevel viktig å skille mellom den rettslige bruken av ordet, og det folkelige.

Både «tekt» og «(selv)tekt» er begreper man kan ilegge moralsk innhold. De retter seg mot inngrep i og krenkelse av et annet menneskes integritet.

---

<sup>37</sup> Jacobsen, Jørn, «Karnov lovkommentar til straffeloven» i *Lovdata Pro* (2022), note 1.

<sup>38</sup> NOU 1997: 23 s. 47.

<sup>39</sup> <https://naob.no/ordbok/-tekt>, hentet 05. mars 2022.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 226-227.

<sup>41</sup> <https://naob.no/ordbok/selvtekt>, hentet 05. mars 2022.

<sup>42</sup> Jacobsen (2022) note til kapittel 26 i straffeloven, note 1.

Straffebudet inneholder den objektive gjerningsbeskrivelsen for voldtekt og gir uttrykk for hva som anses og skal straffes som voldtekt.<sup>43</sup> Bestemmelsen gir gjennom formuleringen «vold» eksplisitt uttrykk for de tilfeller av seksuell omgang som rettslig sett anses som voldtekt, og implisitt at handlingene skjer i fravær av samtykke og frivillighet ved formuleringen «tekt». Således gir den uttrykk for samtykkeutelukkende omstendigheter.

Strl. § 291 rammer «den som» skaffer seg «seksuell omgang» på en måte som nevnt i bokstav a-c. Det går ikke nærmere inn på hva som regnes som seksuell omgang fordi fokus rettes mot hvordan seksuell omgang er oppnådd, men det vises til at grensen trekkes nedad mot det som regnes som seksuelle handlinger etter strl. § 297.<sup>44</sup> Straffebudet retter seg altså mot enhver, som kan være en person alene eller flere gjerningspersoner sammen.<sup>45</sup>

Slik alternativene i bestemmelsen er formulert, er en gjennomgående forutsetning for at voldtekt har funnet sted at gjerningspersonen oppnår seksuell omgang på en slik måte at vedkommende ikke respekterer den annens seksuelle autonomi.<sup>46</sup>

Alternativ a anses som hovedregelen for voldtekt og kjernen i voldtektsbestemmelsen. Her må gjerningspersonen ha oppnådd seksuell omgang ved «vold» eller «truende atferd» for å kunne straffes for voldtekt.<sup>47</sup> I alminnelighet kan begrepet «vold» forstås som fysisk maktanvendelse i form av eksempelvis slag eller spark, som medfører at B får fysisk kontroll over A. I HR-2018-1340-U hadde gjerningspersonen benyttet sin kroppsvekt til å forhindre A i å motsette seg den seksuelle omgangen, og utvalget mente denne kroppsbruken falt inn under begrepet «vold».<sup>48</sup> Tolkningen var i tråd med det som følger av forarbeidene om at terskelen for vold er lav og at voldsbegrepet skal tolkes svært vidt.<sup>49</sup> Dermed kan volden omfatte nærmest all fysisk håndtering av offeret.<sup>50</sup>

For å forstå hvordan et så vidt begrep som vold henger sammen med et samtykke, kan det ses på hvor man trekker grensen for voldsutøvelsen. I den forbindelse ses det hen til strl. § 276 om at strl. §§ 271-274 ikke kommer til anvendelse dersom fornærmede har samtykket til

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 438-439.

<sup>44</sup> Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, 2. opplag, Fagbokforlaget 2017, s. 196.

<sup>45</sup> Se blant annet Rt. 2006 s. 1319 avsn. 13.

<sup>46</sup> Jacobsen, Jørn, *Valdtektsstraffebudet: gjeldande rett og spørsmålet om reform*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2019, s. 73.

<sup>47</sup> *Ibid.* s. 89.

<sup>48</sup> HR-2018-1340-U avsn. 36-37.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 29.

<sup>50</sup> NOU 1997: 23 s. 47.

volden. I juridisk litteratur har man tatt til orde for at voldsbegrepet alene ikke kan forstås ut fra graden av fysisk maktbruk; man må se på «meningen» med benyttelsen av fysisk makt.<sup>51</sup> Utgangspunktet er at gjerningspersonen utfører volden selv, men Høyesterett har lagt til grunn at volden også kan bli utført av andre.<sup>52</sup> Den nedre grense for voldsbruk etter § 291 kan dermed defineres av hvorvidt volden er samtykket til eller ikke, og grensen retter seg derfor til maktbruk i fravær av samtykke.<sup>53</sup>

Det andre alternativet for voldtekt etter bokstav a er «truende atferd». Hva som menes med «truende atferd» er ikke nærmere definert verken i selve voldtektsbestemmelsen eller i andre bestemmelser i straffeloven, og begrepet fremstår som noe uklart. En alminnelig forståelse tilsier den truende atferden må være fremsatt muntlig eller gjennom handling av gjerningspersonen, med det formål å oppnå psykisk og fysisk kontroll over fornærmende. Trusselen kan også rette seg mot tredjeperson.<sup>54</sup>

I forarbeidene uttales det at det ikke er et krav om at trusselen må gjelde straffbare forhold.<sup>55</sup> Ut fra dette kan man tenke seg at terskelen for truende atferd etter § 291 er videre enn hva man anser som trusler etter strl. § 263. Da blir virkeområdet for alternativet rimelig vidt, og det antas å være tilstrekkelig for idømmelse av straff at gjerningspersonen utsetter fornærmede for et slikt press at vedkommende ikke fritt kan ta stilling til den seksuelle omgangen.<sup>56</sup>

Et tilleggsvilkår i alternativ a er at gjerningspersonen har «skaffet» seg seksuell omgang «ved» vold eller truende atferd. I formuleringen ligger et krav om årsakssammenheng mellom volden eller den truende atferden og den seksuelle omgangen.<sup>57</sup> Utgangspunktet for vurderingen er derfor at den seksuelle omgangen må være en følge av Bs utøvelse av vold eller truende atferd. En forutsetning for at det foreligger årsakssammenheng blir da at A aldri samtykket til handlingen. Det er således en nær sammenheng mellom manglende samtykke og den seksuelle omgangen.

---

<sup>51</sup> Jacobsen (2019) s. 93 (forfatterens egen utheving).

<sup>52</sup> Se blant annet Rt. 2006 s. 1319 avsn. 13.

<sup>53</sup> Jacobsen (2019) s. 93.

<sup>54</sup> Rt. 2002 s. 889 s. 891.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 211.

<sup>56</sup> Jacobsen (2022) § 291 note 3.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 216.



Etter bokstav b straffes for voldtekt den som har seksuell omgang med noen som er «bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen». Dersom gjerningspersonen «har» seksuell omgang med noen som ikke har mulighet til å motsette seg den handlingen, gjelder det ikke noe krav om årsakssammenheng slik det gjør etter bokstav a.<sup>58</sup>

Hovedalternativet etter bokstav b er at fornærmede er i en tilstand som kan karakteriseres som «bevisstløs». I alminnelighet må bevisstløs forstås som at fornærmede ikke er bevisst. Forarbeidene nevner at bevisstløsheten omfatter søvn, og dermed er såkalte sovevoldtekter straffbar i medhold av bestemmelsen.<sup>59</sup> Hvordan den bevisstløse tilstanden har tilkommet går ikke videre inn på her.

Det andre alternativet viser til at fornærmede «av andre grunner er ute av stand til å motsette seg handlingen». Hva som ligger i begrepet «andre grunner» er mer relativt. Uttrykket avgrenses først og fremst mot den bevisstløse tilstanden, og retter seg således mot tilstander hvor fornærmede er ved bevissthet, men ikke kan øve motstand. I forarbeidene har man vurdert at «andre grunner» omfatter tilfeller hvor offeret blir overrasket, og hvor offeret er under sterk beruselse, fysiske funksjonsnedsettelse, psykiske forhold eller lignende.<sup>60</sup> De såkalte «frysetilfellene» vil dermed omfattes av dette alternativet.

De to alternativene er i lovteksten bundet sammen av ordet «eller», som tyder på at det avgjørende elementet i gjerningsbeskrivelsen er om fornærmede var «ute av stand til å motsette seg handlingen». Utgangspunktet for alternativ b kan derfor sies å være de tilfeller hvor fornærmede er i en tilstand hvor vedkommende ikke makter å sette seg til motverge. Formuleringen «ute av stand til å motsette seg handlingen» må dermed tolkes relativt og ut fra kontekst. Ut fra ordlyden anses dette å være det mest uklare alternativet i voldtektsbestemmelsen.

Alternativ c er utformet noe annerledes enn de andre alternativene. Bestemmelsen henviser til de tilfeller hvor gjerningspersonen ved vold eller truende atferd oppnår at offeret har seksuell omgang med seg selv eller andre. Tvangsbegrepet er det samme som i alternativ a, men objektet for det seksuelle er forskjellig. Målet er ikke at gjerningspersonen skal oppnå

---

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

seksuell omgang for seg selv, men at fornærmede skal det. Av formuleringen «ved vold eller ved truende atferd» følger et likt årsakskrav som etter bokstav a.<sup>61</sup>

Tolkningen av alternativ a viser til kjernen av de verdier som voldtektsbestemmelsen skal verne om. Hvert enkelt individ skal ha mulighet til å fritt bestemme over sin seksuelle integritet og ivareta sin selvbestemmelsesrett. Om man ikke får en reell mulighet til å selv foreta en slik vurdering, kan det heller ikke foreligge samtykke. Synspunktet støttes av uttalelser i forarbeidet om at samtykket er et uttrykk for den enkeltes frivillighet.<sup>62</sup> Ut fra innholdet i gjerningsbeskrivelsen i alternativ a kan man konkludere med at et samtykke allerede er en del av den bestemmelsen.

De tilstander hos fornærmede som alternativ b retter seg mot, innebærer at fornærmede ufrivillig har vært deltaker i den seksuelle omgangen. Bestemmelsens alternativ tilsier fornærmede aldri har hatt verken faktisk eller reell mulighet til å kunne samtykke til den seksuelle omgangen. Man kan stille spørsmål ved om et samtykke vil ha en virksom plass i vurderingen av dette alternativet.

Som i alternativ a innebærer gjerningsbeskrivelsen at fornærmede ufrivillig blir tvunget til å delta i den seksuelle omgangen. Vilkåret kan dermed ikke være oppfylt uten fravær av samtykke og frivillighet.

### **2.2.1 Forholdet mellom samtykket og forsettet**

Når vilkårene i § 291 foreligger kan man konkludere med at handlingen bryter loven. Deretter må det ikke foreligge straffrihetsgrunner, gjerningspersonen må være tilregnelig, samt ha utvist tilstrekkelig grad av skyld.<sup>63</sup>

Vilkåret om at gjerningspersonen har utvist skyld er særlig relevant når man står overfor en § 291-situasjon. Skyldkravet innebærer at gjerningspersonen bare kan holdes ansvarlig dersom vedkommende hadde kunnskap om eller burde ha forstått at den seksuelle omgangen var et resultat av maktbruk. Spørsmålet om kunnskap handler om hvorledes gjerningspersonen hadde mulighet til å handle annerledes; dersom man ikke har kunnskap om

---

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> NOU 1997: 23 s. 47.

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) om lov om straff (straffeloven) s. 194.

de foreliggende omstendigheter er det heller ikke rimelig å regne med at gjerningspersonen hadde handlet på en annen måte.

Det følger av strl. § 21 at gjerningspersonen må ha handlet med forsett for å kunne ilegges straff etter strl. § 291. Med utgangspunkt i forsettskravet i strl. § 22 innebærer dette at gjerningspersonen etter bokstav a) handlet med hensikt og dermed formål om å voldta offeret, til tross for at gjerningspersonen visste det manglet samtykke. Etter bokstav b) må gjerningspersonen med bevissthet ha vurdert det som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen innebar en form for voldtekt, altså at fornærmede ikke hadde samtykket til denne seksuelle omgangen. Etter bokstav c) holdt gjerningspersonen det for mulig at den seksuelle omgangen var omfattet av voldtektsbestemmelsen, fordi den ikke var samtykket til, men valgte likevel å gjennomføre den.<sup>64</sup>

Dersom det foreligger samtykke fra den som handlingen retter seg mot, kan dette medføre at det ikke foreligger regelbrudd fra gjerningspersonens side.<sup>65</sup> En handling man i utgangspunktet kan kategorisere som straffbar vil dermed anses lovlig når det ikke er grunn til å bebreide gjerningspersonen.<sup>66</sup> Virkningen av samtykket blir dermed straffrihet.

I tillegg er det gjerningspersonens subjektive oppfatning av om det foreligger gyldig samtykke som er avgjørende for straffbarheten.<sup>67</sup> Da faktisk uvitenhet om et forhold kan tale for at gjerningspersonen ikke har handlet med den klanderer som tilsier straffansvar, vil dette være et relevant moment i forholdet mellom samtykket og forsettet.

### **2.3 Kravet til samtykke i strafferettslig teori**

Formålet med dette delkapitlet er å vurdere hvordan kravet til samtykke i strafferettslig teori er å gjenfinne i voldtektsbestemmelsen. Samtidig skal det påpekes hvordan samtykkebegrepet, selv om det vurderes i kontekst av voldtektsbestemmelsen, fortsatt medfører en del uklarheter.

Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen har i juridisk teori fremholdt at et samtykke i strafferetten prinsipielt blir behandlet som en «straffrihetsgrunn».<sup>68</sup> Siden

---

<sup>64</sup> Jacobsen (2019) s. 116.

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 107.

<sup>66</sup> Eskeland, Ståle og Høgberg, Alf Petter, *Strafferett: basert på straffeloven 2005*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018 s. 276.

<sup>67</sup> Straffeloven § 25.

<sup>68</sup> Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 207.

samtykket ofte vil ta bort karakteren av en krenkelse, bør det derfor behandles i forbindelse med den kriminaliserte gjerningen.<sup>69</sup> En slik innfallsvinkel åpner for en mer fleksibel tenkemåte, og dermed et større rom for skjønn.<sup>70</sup> En slik tilnærming fremhever at samtykkets betydning står i nær sammenheng med, og bør vurderes ut fra, den aktuelle kontekst. På denne måten vil samtykket være et sentralt og ofte utslagsgivende element i rettsstridsvurderingen.

Denne betraktningen sammenfaller med hvordan Ståle Eskeland forklarer samtykkets plass og formål i den strafferettslige rettsanvendelsen. I § 291 er det ikke tvang dersom det foreligger samtykke, og dermed blir et manglende samtykke det sentrale elementet i straffebudets gjerningsbeskrivelse.<sup>71</sup> Det er altså fraværet av samtykket som gjør handlingen straffbar.

Straffebestemmelsene som regulerer seksuallovbruddene, har både eksplisitt og implisitt omtalt relevansen av samtykket. I strl. § 297 om seksuell handling følger samtykkets betydning eksplisitt av ordlyden, mens dette følger implisitt av voldtektsbestemmelsen i § 291. En slik organisering betyr ikke at relevansen av samtykket for de ulike handlingene er ulike; tvert imot. Slik det fremgår av drøftelsen ovenfor vil man etter en tolkning av gjerningsbeskrivelsen i § 291 likevel komme frem til at man ikke kan samtykke til den aktuelle handlingen.

Jørn Jacobsen har delt samtykkebegrepet inn i faktisk og gyldig eller virksomt samtykke.<sup>72</sup> Den enkleste formen for samtykke må sies å være det faktiske. Det faktiske omfatter alle former for kommunikasjon som uttrykker aksept for handlingen, herunder utsagn som «ja» eller konkludent atferd. Et gyldig eller virksomt samtykke er derimot mer komplisert. Her stiller man kvalifiserende krav til innholdet i samtykket slik at man kan tillegge det rettslig relevans.<sup>73</sup> Jacobsen mener at det gyldige eller virksomme samtykket er det som kan forvandle en handling fra å være straffbar til å være legitim. Det problematiske med denne formen for samtykke er likevel at det kan resultere i en uklarhet om hvor langt aksepten til den ene parten strekker seg.

---

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Eskeland (2018) s. 278.

<sup>72</sup> Jacobsen (2019) s. 128.

<sup>73</sup> Ibid.

Eskeland har også tatt for seg ulike krav man kan stille til det implisitte samtykket. Som minimumsvilkår for straffrihet må samtykket gjøre handlingen mindre straffverdig enn den ellers ville vært.<sup>74</sup> Bestemmelsen i § 291 verner private interesser, all den tid den beskytter den enkelte mot krenkelse av sin egen seksuelle integritet og selvbestemmelse. Dersom det foreligger samtykke fra den som bestemmelsen skal verne, taler verken hensynet til straffverdighet eller hensynet til prevensjon for å straffe gjerningspersonen.<sup>75</sup>

Dette bringer oss videre inn på hva som skal til for at samtykket skal være straffriende. Eskeland, som Jacobsen, Gröning og Husabø, taler om at samtykket til syvende og sist må være gyldig for at det kan tillegges rettsvirkning. Et gyldig samtykke må være avgitt av noen med evne til å avgi forpliktende utsagn, som har tilstrekkelig informasjon til å vite hva det samtykkes til, og samtykket kan ikke lide av tilblivelsesmangler.<sup>76</sup> Alle kriteriene må være oppfylt for at samtykket kan anses å være avgitt frivillig. I tillegg må samtykket foreligge på handlingstidspunktet, det må dekke den seksuelle omgangen og det kan til enhver tid trekkes tilbake. At samtykket kan trekkes tilbake anses å være et direkte utslag av retten til seksuell selvbestemmelse.

De krav som nå er nevnt innebærer man må foreta en bred vurdering bestående av noenlunde uklare og vage retningslinjer. Formuleringen «evne til å avgi forpliktende utsagn» kan rette seg mot den enkeltes samtykkekompetanse. Dette er en vurdering som ikke bare består av flere momenter, men som også består av stor grad av skjønn. Begrunnelsen for at formuleringen legger opp til en skjønnsmessig vurdering, kan ses på som todelt. Vurderingen av samtykkekompetansen er helhetlig og består av flere ulike kriterier. Videre må man vurdere situasjonen som utløste samtykket og hvilke konsekvenser den har for den samtykkende. Det går ikke nærmere inn på vilkårene for samtykkekompetanse, men det nevnes at den samtykkende part fra et strafferettslig ståsted blant annet må være over den seksuelle lavalder på 16 år for at samtykket skal være straffriende.<sup>77</sup>

I tillegg kan formuleringen rette seg direkte mot hvilken tilstand den ene parten befinner seg i. Dersom vi knytter kravet opp mot voldtektsbestemmelsen, ser vi at avgiveren aldri kan ha «evne til å avgi et forpliktende utsagn» dersom man er bevisstløs.<sup>78</sup> Om avgiveren er «ute av

---

<sup>74</sup> Eskeland (2018) s. 278.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid s. 280.

<sup>77</sup> Straffeloven § 302.

<sup>78</sup> Straffeloven § 291 første ledd bokstav b.

stand til å motsette seg handlingen», eksempelvis på grunn av beruselse eller utviklingshemming, innebærer det at det må foretas en mer inngående vurdering av forholdene. Poenget er at graden av fornærmedes mulighet til å gi samtykket, i stor grad vil være avhengig av hvordan «bevissthet» eller «ute av stand»-vilkåret i § 291 bokstav b er formulert. Dermed vil ukklarheten knyttet til disse vilkårene kunne smitte over på et eventuelt samtykkevilkår. Dersom det utøves bruk av makt eller press mot fornærmede, kan man også stille spørsmål ved om vedkommende heller ikke i slike tilfeller har reell evne til å avgi et forpliktende utsagn.<sup>79</sup>

Det neste vurderingsmomentet omhandler at man må ha fått «tilstrekkelig informasjon» til å vite hva det samtykkes til. Også her støter vi på et uttrykk med uklart innhold. Hva som er tilstrekkelig, kan ut fra en språklig forståelse være informasjon som er nødvendig for at man skal kunne ta en overveid avgjørelse. Straffeloven skal som nevnt verne den enkelte mot krenkelser av sin identitet, og seksuallovgivningen skal beskytte individets seksuelle autonomi og selvbestemmelsesrett. For å sikre at man får utøvd sine rettigheter fullt ut burde man gi hverandre tilgang på all informasjon om innholdet i den seksuelle aktiviteten slik at man vet hva man samtykker til. Dermed bør «tilstrekkelig informasjon» knytte seg til den seksuelle omgangen som skal gjennomføres. Dersom det foretas en seksuell handling som er av et annet omfang eller annen grad enn det som fornærmede ble gitt informasjon om, så vil ikke det eventuelle samtykket som foreligger dekke handlingen. Kun slik kan man avgi et informert samtykke til den seksuelle omgangen.<sup>80</sup>

Dette fører oss videre inn på kravet om at samtykket «ikke kan lide av tilblivelsesmangler». Uttrykket leder oss særlig mot et annet rettsområde som vi kan trekke opp noen tråder fra. Det kan tenkes at formuleringen retter seg mot avtalerettens regler om tilblivelsesmangler, eksempelvis reglene om at erklæringen kan kjennes ugyldig dersom avgiveren er utsatt for tvang.<sup>81</sup> Dersom vi forholder oss til selve ordlyden i strl. § 291, ser vi at erklæringen alltid vil være beheftet med en tilblivelsesmangel dersom bokstav a eller c kommer til anvendelse. Etter avtalelovens regler vil bruk av vold, tvang eller trusler mot fornærmede fremtvinge en ugyldig viljeserklæring, og etter straffelovens regler vil slik bruk resultere i straffansvar. Den lovtekniske løsningen med å basere voldtektsbestemmelsen på bruk av makt kan på sett og vis

---

<sup>79</sup> Straffeloven § 291 første ledd bokstav a og c.

<sup>80</sup> Eskeland (2018) s. 280.

<sup>81</sup> Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) §§ 28-30.

ses på som en strafferettslig forlengelse av avtalerettens ugyldighetsgrunner. Med dette menes at ugyldighetsgrunnene gjenspeiler seg i ordlyden til strl. § 291 ved at handlingen blir straffbar idet bruk av makt inntreffer.

Gjennomgangen viser hvordan gjeldende rett forholder seg til samtykket og vurderingsmomentene som ligger i det. En interessant observasjon er at strafferetten som rettsområde ikke stiller formkrav til samtykket.

## 2.4 Rettspolitisk vurdering av innføring av samtykkekrav

Til sammenlikning vises det til innføringen av et samtykkekrav på helserettens område.<sup>82</sup>

Formålet med reformeringen var å gi den enkelte pasienten rettslig vern om sin rett til autonomi og selvbestemmelse. Innenfor dette rettsområdet må samtykket være «informert» for at det skal være gyldig.<sup>83</sup>

Formålsbestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven gir uttrykk for at loven skal bidra til å ivareta den enkeltes liv, integritet og menneskeverd.<sup>84</sup> Loven er altså tuftet på et verdigrunnlag og må tolkes ut fra dette.<sup>85</sup> Også strafferetten og særlig seksuallovgivningen skal verne om de samme hensyn. Resultatet av endringen på helserettens område var positiv og besto i at pasienten nå har rett til å delta i avgjørelser som gjelder egen helsetilstand.<sup>86</sup>

Endringen i helselovgivningen kom blant annet på bakgrunn av uenighet mellom hva legestanden mente var rett og hva man anså som moralsk riktig ut fra pasientenes autonomi. Det var snakk om en konflikt mellom retten og moralen, lik den vi ser ved samtykkebasert voldtektslovgivning.

I forbindelse med utredningen om et helserettlig samtykkekrav ble det påpekt at dette ville være vanskelig å etterleve, at det var feil måte å sikre god pasientbehandling på og at det ikke var nødvendig.<sup>87</sup> Her kan man se likheter med noen av problemene som løftes fram ved en lovendring av seksuallovbruddene.<sup>88</sup> Blant annet om det er nødvendig å innføre et samtykke-

---

<sup>82</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven), i det videre pbrl., kapittel 4.

<sup>83</sup> IS-2015-8 Rundskriv fra helsedirektoratet, kapittel 4, Helsedirektoratets kommentar til § 4-1.

<sup>84</sup> Pbrl. § 1-1 annet ledd.

<sup>85</sup> Duvaland, Lars, «Karnov lovkommentar til pasient- og brukerrettighetsloven», i *Lovdata Pro* (2022), stjernernote, avsnitt 8.

<sup>86</sup> Se særlig pbrl. §§ 4-1 – 4-3.

<sup>87</sup> Pérez, Esmeralda Cecilie, «En medisinstudents tanker om samtykke», i: *Tidsskrift den norske legeforening*, 8. mars 2021, <https://tidsskriftet.no/2021/03/debatt/en-medisinstudents-tanker-om-samtykke>, hentet 17. mars 2022.

<sup>88</sup> Jacobsen, Skilbrei (2020) s. 78-94.

eller frivillighetskrav og hvordan man rettslig sett kan regulere innholdet i kravet. Likevel kan man tenke seg det er forskjeller mellom den samtykkebaserte retten til helsehjelp og en eventuell samtykkebasert voldtektslovgivning.

Slik jeg ser det ligger en av ulikhetene i hvem endringene retter seg mot. Vernet om pasientens selvbestemmelsesrett og autonomi har naturligvis grunnlag i menneskerettighetene, og en endring var nødvendig for at den enkeltes vern om egen helse skulle kunne rettslig ivaretas.<sup>89</sup> Innenfor helseretten virket samtykket normerende på de som praktiserer helsehjelp. På den ene siden var det en hel profesjon som måtte innrette seg etter lovgivningen for å kunne utøve sitt yrke overfor pasientene på en så forsvarlig måte som mulig. På den annen side gav endringen den enkelte pasient mulighet til å verne seg mot inngrep i egen integritet fra helseutøvere.

Selv om en lovendring av seksuallovbruddene også vil ivareta den enkeltes menneskerettigheter, kan det med det samme virke som en endring i favør samtykke i voldtektsbestemmelsen skiller seg fra endringen i helseretten. Et samtykkebegrep i strl. § 291 skal også sikre den enkeltes vern om egen seksuell integritet mot enhver, men når det kommer til en lovendring på voldtektsområdet vil denne rette seg mot og virke normerende overfor alle samfunnsdeltakere, ikke en enkelt profesjon. Jo større nedslagsfelt en bestemmelse får, desto flere problemer kan lovgiver møte på ved utarbeidelse av bestemmelsen. Virkeområdet for en lovreform skiller seg dermed noe fra den på helserettens område.

## **2.5 Forholdet mellom reelle hensyn og lovtekst i rettspraksis**

Som nevnt i 2.1 har straffeloven § 291 vært gjennom flere endringer. Kort fortalt har endringene resultert i et utvidet anvendelsesområde og bredere nedslagsfelt for hva man tenker er voldtekt. Både personkretsen og området for hva som regnes å være straffbare handlinger er utvidet.

Statistikk viser at både frifinnelses- og henleggelsesprosenten på dette rettsområdet er relativt høy.<sup>90</sup> Dette kan ses i sammenheng med at det er vanskelig å føre et sterkt og tydelig bevisbilde for hva som har skjedd. Når man da skal ta stilling til om den faktiske hendelsen er å regne som voldtekt, er det ikke unaturlig å se hen til hvilke verdimeslige oppfatninger som kan gjøre seg gjeldende. Endringer i strafferettens innhold markerer ofte et omslag i

---

<sup>89</sup> Duvaland (2022) stjernenote avsnitt 8.

<sup>90</sup> NOU 2008: 4 Fra ord til handling – bekjempelse av voldtekt krever handling, s. 12.



verdihensyn, og de verdihensyn det her er tale om, behøver ikke være de samme som ligger til grunn for lovgivningen.<sup>91</sup>

Oppgaven blir å finne grunnlag for om man kan benytte seg av verdihensyn utenfor loven i rettsanvendelsesprosessen ved tolkning av § 291.

Det kan være ulike problemer som knytter seg til hvilket innhold et samtykke- eller frivillighetsbegrep skal ha. Når det blir problemer med å klargjøre en usikker rettsstilling, blir oppgaven å søke i autoritative rettskilder etter svar. I det følgende skal det ses på hvordan Høyesterett har forholdt seg til problematikken.

Saken for Høyesterett i Rt. 2003 s. 687 var å vurdere om man kunne ilegge en mann straffansvar for det forhold at han hadde fortsatt med seksuell omgang med en samtykkende kvinne også etter hun hadde sovnet. Således var det rekkevidden av straffeloven 1902 § 192 første ledd bokstav b som var oppe til vurdering.<sup>92</sup> Ifølge Høyesterett kunne man benytte seg av reelle hensyn for å utfylle ordlyden.<sup>93</sup>

I rettsanvendelsen endte Høyesterett opp med en avveining mellom hensynet til graden av krenkelsen og klanderverdigheten for handlingen. Man kan si de vektet den seksuelle selvbestemmelsesretten til fornærmede mot typetilfellet av seksuell omgang som fant sted. Det faktum at saksforholdet ble ansett å ligge i grenseland av lovens ordlyd var også av betydning resultatet. Selv om Høyesterett kom frem til at tilfellet falt inn under ordlyden, mente de likevel at situasjonen ikke var et tilfelle som voldtektsbestemmelsen var særlig ment å ramme.<sup>94</sup> De la avgjørende vekt på at man her stod overfor et tilfelle hvor tiltalte hadde forholdt seg innenfor rammene av det forut avgitte samtykket. Ut fra tiltaltes subjektive synspunkter var ikke handlingen foretatt med hensikt om å krenke fornærmede. I lys av dette talte verdihensyn for at man ikke kunne klassifisere handlingen som det man i alminnelighet tenkte på som voldtekt.<sup>95</sup>

Dommens premisser kan forsvarliggjøre påstanden om at samtykkevurderingen er sammensatt og lite konkret.

---

<sup>91</sup> Frøberg, Thomas, «Til det rettslige voldtektsbegrepets genealogi», i: *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland*, Alf Petter Høgberg, Trond Eirik Schea og Runar Torgersen (red.), 2013, s. 31 og 33.

<sup>92</sup> Almindelig borgerlig Straffelov, 22. mai 1902 nr. 10 (opphevet).

<sup>93</sup> Rt. 2003 s. 687 avsn. 14.

<sup>94</sup> Ibid. avsn. 16-17.

<sup>95</sup> Ibid. avsn. 16.

Avveiningsfasen viser hvordan Høyesterett tok moralske hensyn både overfor tiltalte og fornærmede. Uansett hvilket utfall dommen fikk, ville resultatet, om enn i ulik grad, komme på kant med moralen. Denne betraktningen trakk Høyesterett frem i uttalelsen «hvis forholdet ikke rammes, innebærer det ... at den fornærmede ikke får strafferettslig vern for på ethvert tidspunkt å kunne velge bevisst å delta eller ikke delta i seksuelle handlinger».<sup>96</sup> Uttalelsen bærer preg av moralitet, men hensynet var ikke sterkt nok til at man kunne tillegge det avgjørende vekt. Resultatet kan tolkes slik at vernet om den seksuelle integritet og selvbestemmelse førte til at sakens tilfelle ikke ble ansett straffverdig etter bestemmelses ordlyd.

I denne saken la Høyesterett vekt på verdibetraktninger utenfor loven. De så hen til hva man regnet som voldtekt fra et annet perspektiv enn det rettslige og lot dette få avgjørende betydning for om handlingen var straffbar eller ikke. Dommen kan således benyttes som argument for at man kan utfylle ordlyden i voldtektsbestemmelsen med verdibetraktninger, også i form av reelle hensyn.

På bakgrunn av dommen er det grunnlag for å si at verdivurderinger har en plass ved tolkning av voldtektsbestemmelsen, både slik den tidligere var utformet og etter gjeldende rett. Derav kan man slutte at slike vurderinger også vil kunne gjøres gjeldende ved en eventuell lovendring i favør et samtykke- eller frivillighetsbegrep.

## **2.6 Samtykke- og frivillighetsbegrepet i svensk og dansk rett**

I dette delkapitlet gis en introduksjon til hvordan man har reformert voldtektslovgivningen i dansk og svensk rett. Siden Sverige og Danmark alt har vedtatt ny voldtektslovgivning kan deres vurderinger illustrere problematikken rundt et samtykke- og frivillighetsbegrep. Jeg kommer nærmere tilbake til dansk og svensk rett i diskusjonene i kapittel 4.

Både Sverige og Danmark har i løpet av de siste årene revidert sin seksuallovgivning. Begge land har gjennomført et skifte fra maktbruk til samtykke- og frivillighetsbasert lovgivning.<sup>97</sup> Hovedintensjonen med endringen har vært å konstruere et straffebud som gir fornærmede rettslig beskyttelse for sin seksuelle integritet og selvbestemmelsesrett.

---

<sup>96</sup> Ibid. avsn. 15.

<sup>97</sup> Bladini, Moa og Andersson, Wanna Svedberg, «Swedish rape legislation from use of force to voluntariness – critical reflections from an everyday life perspective», i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 2.

Den svenske voldtektsbestemmelsen finner vi i 1 § kapittel 6 om sexualbrotten i brottsbalk (1962:700).<sup>98</sup> Før lovendringen i juli 2018 bygde den svenske voldtektsbestemmelsen på maktbruk som det avgjørende vilkåret for voldtekt. Den gamle bestemmelsens første ledd første setning lød «Den som genom *misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar* en person...» (egen utheving).<sup>99</sup>

Før utvalget kom frem til en konklusjon, så de på de ulemper og fordeler som tidligere utvalg hadde tatt stilling til. Blant disse trekkes frem synspunktet om at det ville være et åpent spørsmål om hva frivillighet innebærer, og at en lov basert på manglende samtykke ville føre til en uklar bestemmelse, med dårligere rettssikkerhet og beskyttelse av retten til seksuell integritet og selvbestemmelse som resultat.<sup>100</sup>

Utvalget klargjorde at samtykket, det vil si valget om frivillig deltakelse, måtte fysisk komme til uttrykk enten gjennom ord eller handling.<sup>101</sup> Forskjellen fra tidligere utredninger var dermed at ren passivitet ikke lengre kunne utgjøre et samtykke, og at stille eller interne samtykker ikke ble akseptert. Ved å innføre et lovverk utformet rundt et krav om at valget om å delta frivillig skal komme til uttrykk, flyttet man spørsmålet om hva fornærmede gjorde for å vise at deltakelsen i den seksuelle omgangen ikke var frivillig, over på tiltalte.

Revisjonen av loven i 2018 endret formuleringen til å bli frivillighetsbasert.<sup>102</sup> Den nye BrB 6:1 § første ledd første setning lyder nå «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.» (egen utheving).

Hensikten med å revidere ordlyden var å fremheve at all seksuell omgang og aktivitet skal basere seg på frivillighet mellom de involverte partene. Bakgrunnen for dette var et ønske om å verne om den enkeltes rett til seksuell selvbestemmelse, samt å styrke den personlige og seksuelle integritet.<sup>103</sup> Det overordnede synspunktet synes å være at man med å flytte fokuset fra maktbruk til frivillighet mer tydelig fikk presisert relevansen disse verdiene har i seksuelle relasjoner.

---

<sup>98</sup> Brottsbalk (1962:700) 21. December 1962, heretter BrB, 1 §.

<sup>99</sup> SFS 2005:90 Lag om ändring i brottsbalken.

<sup>100</sup> SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, s. 180.

<sup>101</sup> Ibid. s. 182.

<sup>102</sup> Prop. (2017/18:177) En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, s. 30

<sup>103</sup> Ibid. s. 21.

I dansk rett finner vi den nåværende voldtektsbestemmelsen i den danske straffeloven 24. kapittel § 216 stykk 1.<sup>104</sup> Som i Sverige bygde den foregående bestemmelsen på maktbruk. Etter den tidligere rettsstilstanden stod det skrevet at den som «tiltvinger sig samleje ved vold eller trussel om vold», straffes for voldtekt.<sup>105</sup>

For å besvare spørsmålet om den gjeldende § 216 i tilstrekkelig grad gjenspeilet den seksuelle selvbestemmelsesretten foretok det danske Straffelovrådet en gjennomgang av rettspraksis. Etter gjennomgangen kom man til at den gjeldende lovgivningen ikke dekket alle tilfeller av ufrivillig seksuell omgang.<sup>106</sup> Straffelovrådets oppfatning var at bestemmelsen heller ikke var tydelig nok på at seksuelle handlinger alltid skal være frivillig, og at seksuell integritet og selvbestemmelse er en ubetinget rett.<sup>107</sup>

Resultatet ved revisjonen i Danmark var at man nå gikk over til en samtykkebasert voldtektsbestemmelse. Den nye § 216 stykk 1 lyder nå «For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der *ikke har samtykket heri*» (egen kursivering).

Den danske regjeringen fremhevet at endring i favør samtykke ville ha en større virkning enn for den positive retten alene.<sup>108</sup> Den ville også bidra til en generell holdningsendring i samfunnet, økt fokus på respekt for andre menneskers grenser og frihet, samt retten til å bestemme over egen kropp.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Bekendførelse af straffeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1851 af 20. september 2021.

<sup>105</sup> Bekendgørelse af straffeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 909 af 27. september 2005.

<sup>106</sup> Straffelovrådets betænkning nr. 1574/2020 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, s. 12.

<sup>107</sup> Ibid. s. 12.

<sup>108</sup> Altså utover hvordan voldtektssaker vurderes og håndteres av politiet, påtalemyndigheten og domstolene.

<sup>109</sup> Jf. resyméet i lovforslag L 85 av 11. november 2020 til lov om ændring af straffeloven (Samtykkebasert voldtægtsbestemmelse) <https://www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/185/index.htm>

## **3 Det moralfilosofiske samtykket**

### **3.1 Innledning**

I forrige kapittel ble det redegjort for samtykkets plass i den materielle strafferetten. Hensikten var å illustrere hvordan det implisitte samtykket vurderes fra et rent juridisk perspektiv. Et eventuelt eksplisitt samtykkebegrep må, på samme måte som det implisitte samtykket i gjeldende strl. § 291, fungere som rettslig beskytter av den enkeltes verdigrunnlag. Gjennomgangen i det foregående kapitlet har belyst at innholdet til et slikt begrep ikke nødvendigvis er entydig. Selv om verneverdigheten i et eksplisitt og implisitt samtykkebegrep kanskje er det samme, behøver ikke det være ensbetydende med at innholdet i uttrykket er likt.

I dette kapitlet skal jeg ta for meg samtykkets moralfilosofiske innhold. Hensikten er å vise det filosofiske aspektet samtykket har. Kapitlet skal gjennomgå forskjellige tilnærminger i filosofisk teori, for å synliggjøre at det kan være hensiktsmessig å koble moralfilosofien opp mot rettsvitenskapen. Oppmerksomheten rettes mot hva som ligger i samtykket og selvbestemmelse i henhold til filosofisk etikk.

### **3.2 Det moralfilosofiske innholdet til samtykkebegrepet**

Det er flere spørsmål som kan melde sin ankomst når man skal vurdere hvilket innhold samtykket kan gis. Som utgangspunkt må det legges til grunn en felles oppfatning og et grunnleggende krav om at samtykket må være avgitt frivillig. Videre kan det diskuteres hvor frivillig et samtykke må være for at det kan gis normativ kraft, altså tillegges rettsvirkninger og påvirke retten.

Redegjørelsen i det forrige kapitlet antyder at det ikke vil være av betydning for rettsanvendelsen om det forelå samtykke for det tilfelle man står overfor den såkalte klassiske overfallsvoldtekt. Derfor rettes dette kapitlet mot de typetilfeller av voldtekt som topper statistikken, herunder festrelatert voldtekt, bekjentskapsvoldtekt og relasjonsvoldtekt.<sup>110</sup> Denne kategorien voldtekter har til felles at det gjerne foreligger en relasjon mellom partene, og dette er også et fellestrekk ved de teorier som nå løftes fram.

---

<sup>110</sup> Kripos (2020) figur 5 s. 13.

### 3.2.1 Heidi Hurd og Larry Alexander

Den amerikanske rettsteoretikeren og advokaten Heidi M. Hurd har diskutert samtykkets moralske kraft.<sup>111</sup> Hurd bruker uttrykket «samtykke» som en betegnelse på hvordan man kan gjøre en ellers umoralsk og ulovlig handling moralsk og rett. For å forstå uttrykkets innhold, forklarer hun hvordan et avgitt samtykke skaper forpliktelser for den ene, og rettigheter hos den andre. Samtykket får slik sin normative kraft i form av at det kan endre forpliktelsene til A, og bestemme retten til Bs handling. Siden forpliktelsene og rettighetene som påvirkes av samtykket slik definerer grensene for hva som er en tillat handling, kan utøvelsen av samtykket, redefinere situasjonen fra noe ulovlig til noe lovlig.<sup>112</sup> Sammenfattet er Hurds oppfatning at å samtykke er å intendere en annens handling, og dermed krysse det som ved mangel av samtykke er en moralsk grense.<sup>113</sup>

Hurd har utledet to identitetsteorier som sammen utgjør utgangspunktet for hennes argumentasjon. Innenfor filosofien er identitetsteorien karakterisert som en gruppe teorier omfattende av forholdet mellom kroppen, hjernen og det mentale. Teoriene innebærer at mentale tilstander eller hendelser er identiske med fysiske tilstander eller hendelser.<sup>114</sup>

Den første teorien tar for seg samtykket som en subjektiv mental tilstand. Teorien går ut på at dersom autonomi ligger i viljen til å endre moralske rettigheter og plikter, og om samtykket er normativt signifikant fordi det er et uttrykk for autonomi, må det være slik at å samtykke er å utøve viljen.<sup>115</sup> Hurd utleder et krav om at As mentale sinnstilstand må være identisk med Bs mentale sinnstilstand for at samtykket skal være moralsk omdannende for situasjonen.

I den andre teorien spesifiserer Hurd at de øvrige ansvarsvilkårene må foreligge for å sikre at fornærmede utøver den autonomien som gjør samtykket moralsk «magisk».<sup>116</sup> Ifølge denne teorien er forholdene eller betingelsene som fornærmede A utøver sin vilje etter, moralitetsendrende for gjerningsperson Bs handlinger, og dermed identiske med de tilfeller der B er fullt ansvarlig for sine handlinger.<sup>117</sup> Ut fra dette synspunktet vil A bli like ansvarlig for sitt samtykke, som B ville blitt ansvarlig for handlingen, dersom samtykket ikke forelå.

---

<sup>111</sup> Hurd, Heidi, "The Moral Magic of Consent", i: *Legal Theory*, 2 (1996) s. 121-146.

<sup>112</sup> Ibid. s. 121.

<sup>113</sup> Ibid. s. 129-131.

<sup>114</sup> Hansen, Mette Kristine, "Identitetsteori", i: *Store Norske Leksikon*, 31. juli 2021, <https://snl.no/identitetsteori>, hentet 01. april 2022.

<sup>115</sup> Hurd. (1996) s. 124-125.

<sup>116</sup> Ibid. s. 139-140.

<sup>117</sup> Ibid. s. 140.

På bakgrunn av disse teoriene hevder Hurd at betingelsene for samtykket i det vesentlige er identiske med ansvarsvilkåret. Under den forutsetning at A har til hensikt det samme som B, vil As handlemåte kunne medføre at B ikke kan tiltales for forholdet. Samtykket gjør dermed straffri en handling som i fravær av samtykket ville være straffbar.<sup>118</sup> Min oppfatning av teoriene er at de innebærer en analyse av den mentale tilstanden bak samtykket, og ikke om samtykket som en handling i form av ytre observerbar atferd.<sup>119</sup>

I lys av dette kan man anta at Hurd legger inn en forutsetning om likestilling mellom partene når man i rettsanvendelsen vurderer om det foreligger samtykke. Denne tilnærmingen taler for at man kan stille samme krav til fornærmede som gjerningspersonen når man vurderer hvorledes deltakerne har opptrådt, eller hvilken hensikt og intensjon deltakerne har hatt. I utgangspunktet skiller dette synspunktet seg fra hva man i svensk og dansk rett har vurdert som hensiktsmessig i vurderingen av voldtektssaker; her har formålet med lovendring i favør samtykke og frivillighet vært å flytte fokuset over på gjerningspersonen og bort fra fornærmede, som nevnt i punkt 2.5. Ifølge teoriene til Hurd fungerer samtykket som en toveisgate, som kan se ut til å stride mot det nå nye skandinaviske utgangspunktet for en samtykkevurdering.

Den amerikanske advokaten og professoren Larry Alexander forsket samtidig, og sammen med Heidi Hurd, på samtykkets moralske kraft.<sup>120</sup> Alexander og Hurd var i all hovedsak enige om at samtykket er moralsk omdannende ved at det endrer forpliktelsene og rettighetene til andres handlinger, og at samtykket må knyttes til autonomien. De var også enige om at samtykket er et uttrykk for en subjektiv mental tilstand og utøvelse av vilje.<sup>121</sup>

Selv om deres oppfatninger om innholdet i samtykket var samstemte, oppstod det uenighet rundt hvorledes den mentale tilstanden kan representere et samtykke. Alexander mener at å samtykke til en handling ikke er det samme som å intendere handlingen.<sup>122</sup> Etter hans syn er det å samtykke til en handling som går over den moralske grensen, et personlig valg hvor man frasier seg den moralske innvendingen man hadde mot overskridelsen. Ved at A samtykker til seksuell omgang med B, gir A slipp på sitt strafferettslige vern om krenkelse av sin seksuelle

---

<sup>118</sup> Ibid. s. 145.

<sup>119</sup> Ibid. s. 135-138.

<sup>120</sup> Ibid. s. 121.

<sup>121</sup> Alexander, Larry, "The Moral Magic of Consent (II)", i: *Legal Theory*, 2 (1996) s. 165.

<sup>122</sup> Ibid. s. 166.

integritet. Samtidig fritar A B fra sin forpliktelse til å ikke krenke As seksuelle integritet. Samtykket fungerer dermed som et avkall på As moralske innvending mot Bs handling.<sup>123</sup>

Her tar Alexanders argumentasjon en vending bort fra Hurd og hennes syn om viljen som redskap for å moralsk endre en situasjon. Alexanders syn retter seg snarere mot hvilke krav som kan stilles til den enkeltes evne til å samtykke, og når samtykket ut fra disse evnene ikke er gyldig.<sup>124</sup> I hans teori overføres fokuset fra hvem som kan være autonome, til vilkårene for utøvelse av ens autonomi.<sup>125</sup>

Det oppfattes som at Hurd legger seg på en forutsetning om at samtykket bør basere seg på det indre i individet, på denne subjektive sinnstilstanden. Alexanders synspunkt fremstår som noe mindre restriktiv enn Hurds.<sup>126</sup> Det at A samtykker til Bs handling, dreier seg snarere om at A frafaller å komme med en innvending mot at handlingen finner sted, enn at A har handlingen til hensikt. Spørsmålet om hvilke ytre omstendigheter som foreligger på tidspunktet for handlingen, oppfattes ikke relevant for vurderingen. Forfatterens felles forståelse om at man i en samtykkevurdering også må vurdere As subjektive mentale sinnstilstand, kan benyttes som et moment som bidrar til om Bs handling skal kategoriseres som frivillig eller ufrivillig seksuell omgang.

De to forfatterne kommer her med interessante teorier om hva samtykket kan bestå av. Deres felles oppfatning innebærer at A ikke behøver å uttrykke samtykket overfor B gjennom verbal kommunikasjon eller fysisk handling. Samtykket er likevel normativt i form av at det er rettleidende for B, selv om det baserer seg på indre tanker og ikke ytre tillatelser.

Ser man denne filosofiske tankerekken sammen med ordlyden i gjeldene § 291, kan ikke maktbruk alene, i form av trusler, tvang og vold som resulterer i at fornærmede A deltar i handlingen eller tillater at den finner sted, tas som et samtykke til Bs opptreden. Fornærmede As atferd gir snarere uttrykk for den mentale tilstanden som A er i, og bør tas med i vurderingen av samtykket. Uten dette subjektive mentale momentet vil man ifølge Hurd kunne komme frem til moralsk uakseptable resultater.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Ibid. s. 166.

<sup>124</sup> Ibid. s. 166-167.

<sup>125</sup> Ibid. s. 167.

<sup>126</sup> Bergelson, Vera, "The Meaning of Consent", i: *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol 12:171 (2014-2015) s. 172.

<sup>127</sup> Hurd (1996) s. 166.



Man kan si at den subjektive mentale sinnstilstanden både beskytter og omfavner de verdier som strl. § 291 skal verne. De resonnementer som Hurd og Alexander gir uttrykk for, kan være egnet til å fungere som filosofiske moralitetsbetraktninger som rettsanvenderen kan benytte seg av når man skal utfylle det skjønnsrommet som følger av samtykkebegrepet. Således kan man si at moralitet og filosofiske betraktninger kan fungere som elementer i form av verdibetraktninger i rettsanvendelsesprosessen.

En forskjell på teoriene som Hurd og Alexander fremhever og den som ligger til grunn for § 291, er hvilken deltaker man retter fokus mot. Hurd og Alexander retter fokus på fornærmede A og hvordan As interesser blir frivillig tilsidesatt gjennom utøvelse av sin vilje og godkjenning i form av samtykke.<sup>128</sup> Straffelovgivningen retter seg mot gjerningspersonen B. Fra et strafferettslig ståsted er samtykket et element som endrer gjerningspersonens begrunnelse for handlingen, og det bygger da på ytre ekspressive omstendigheter i form av ord og handling. Gjerningspersonen B kan etter den autoritative retten anses som subjektivt skyldig uavhengig av den mentale tilstand som fornærmede A måtte inneha.

Betraktningen om en indre subjektiv tilstand kan likevel være vanskelig å forholde seg til. En forutsetning for at samtykket skal virke moralsk omdannende er at både A og Bs mentale tilstand er på samme bølgelengde. Hvordan man kan avklare dette i forkant, underveis, og etterkant av den seksuelle omgangen kan by på problemer.

### **3.2.2 Vera Bergelson**

Vera Bergelson har tatt til orde for at man bør benytte seg av både Hurds og Alexanders modeller nettopp fordi de omhandler forskjellige omstendigheter og tilfeller av seksuell omgang.<sup>129</sup> Bergelson understreker at begge teoriene retter seg mot ulike moralske situasjoner, og foreslår at man bør etablere en regel som benytter de ulike tilnærmingene for samtykket avhengig av hvilket typetilfelle man står overfor. Standpunktet tyder på at man må anerkjenne at samtykket bør behandles ulikt og tilpasses den enkelte situasjon.

En slik situasjonsbetinget tilnærming kan være med på å skape uforutsigbarhet, for både samfunnet og ut fra et rettslig perspektiv. Den videre diskusjonen rundt dette blir ikke videre

---

<sup>128</sup> Bergelson (2014-2015) s. 176.

<sup>129</sup> Ibid.

behandlet av hensyn til oppgavens avgrensing. Uansett utgjør de filosofiske teoriene et interessant resonnement for hvordan man kan forholde seg til samtykkevurderingen.

I lys av redegjørelsene for Hurds og Alexanders teorier, kan man påstå å ha funnet grunnlag for å si at de hensyn som her er trukket frem fra et moralfilosofisk ståsted, kan benyttes i rettsanvendelsen. Begrensningen kan ligge i hvilke tilfeller av voldtekt og seksuell omgang teoriene får anvendelse på. I det videre blir oppgaven å forsøke å få et bredere grunnlag for påstanden om at moralfilosofi kan benyttes i rettsanvendelsen.

### 3.2.3 Franklin Miller og Alan Wertheimer

Franklin Miller og Alan Wertheimer er sentrale rettsteoretikere på dette rettsfilosofiske området. Fra et teoretisk perspektiv har de fremstilt samtykkebegrepet og det moralske og juridiske virkemidlet det utgjør.<sup>130</sup> Sammen har de argumentert for at det grunnleggende spørsmålet i mange sammenhenger ikke handler om gyldigheten av samtykket, men om overføringen av samtykket er moralsk omdannende.<sup>131</sup> Deres drøftelse undersøker hvorvidt samtykket fra A kan endre rettighetene til B på en måte som ikke ville vært mulig uten at samtykket forelå. Her kan vi se en parallell til teoriene utarbeidet av Hurd og Alexander.

Et sentralt spørsmål hos Miller og Wertheimer er om samtykketransaksjonen er moralsk omdannende og spesielt om denne gjør det tillat for B å fortsette handlingen. De hevder at en teori om samtykkeoverføringen må hensynta både de tilfeller hvor A samtykker til at B utfører en handling, og de tilfeller hvor det er rimelig og rettferdig for B å tro at A har gitt uttrykk for et samtykke, til tross for at A faktisk ikke har avgitt det.<sup>132</sup> Denne teorien kaller de «fair transaction».<sup>133</sup>

Teorien om rettferdige transaksjoner innebærer at en samtykkeoverføring mellom A og B er moralsk omdannende dersom A samtykker under forhold der B har opptrådt rettferdig mot A, eller, i tilfelle det foreligger en mangelfull eller mislykket samtykkeoverføring, at B har tillatelse til å fortsette handlingen i fraværet av As samtykke dersom dette er rettferdig overfor B.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> Miller, Franklin, Wertheimer, Alan, *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, New York, Oxford University Press, 2009a.

<sup>131</sup> Miller, Franklin og Wertheimer, Alan, "Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent", i: *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, 2009b s. 79.

<sup>132</sup> Ibid. s. 79-80.

<sup>133</sup> I det videre kalles dette for teorien om rettferdige transaksjoner og rettferdighetsteorien.

<sup>134</sup> Miller, Wertheimer (2009b) s. 94.

Samtykkets moralske kraft er dermed en funksjon av de overførbare omstendighetene som A velger, istedenfor de spesifikke mentale tilstandene som karakteriserer eller motiverer As valg.<sup>135</sup> Man kan se at teorien har likhetstrekk med Alexanders konsept i den grad man gjennom samtykket opphever den moralske resistansen man i utgangspunktet har mot handlingen.

Utgangspunktet for teorien er hvorvidt det i en spesifikk kontekst er rettferdig å se på en persons samtykke som moralsk omdannende. Dette medfører at samtykkekravene kan variere ut fra kontekst. Miller og Wertheimer viser betydningen av konteksten med et eksempel.<sup>136</sup> Fordi A tror B er en rockestjerne, samtykker hun til seksuell omgang med ham. B har på sin side ikke gitt uttrykk for at han er en rockestjerne, og har selv ingen grunn til å tro at dette er bakgrunnen som motiverer samtykket. Under den forutsetning at B slik har handlet i god tro om forholdet, ville det være urettferdig mot B å nekte å behandle As samtykke som moralsk transformerende. Dersom B derimot er i den tro at A samtykker fordi han forveksles med en rockestjerne, er ikke B lenger i god tro og han handler dermed urettferdig overfor A. På bakgrunn av dette har B ingen moralsk tillatelse til å fortsette handlingen.

Eksemplet tydeliggjør hvordan konteksten rundt samtykket kan være bestemmende for dets gyldighet. Med det samme kan det se ut som rettferdighetsteorien har likhetstrekk med straffelovens bestemmelse om faktisk uvitenhet.<sup>137</sup> Bestemmelsen i strl. § 25 gir uttrykk for at gjerningspersonen skal bedømmes ut fra sin egen subjektive oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet, og bestemmelsen kan forstås som en presisering av kunnskapssiden i skyldkravet.<sup>138</sup> Den filosofiske tilnærmingen til Miller og Wertheimer retter slik også søkelyset mot gjerningspersonens rettigheter i rettergangen. For de tilfeller B er i god tro om samtykkets forutsetninger, kan rettferdighetsteorien fungere som en forlengelse av skyldvurderingen. For å ta stilling til Bs kunnskap og oppfatning av situasjonen, bør man også se videre til fornærmede A for en nærmere avklaring av forholdene. Man kan si at rettferdighetsteorien får en utfyllende rolle ved at den retter seg mot skyldkravet, samtidig som den kan belyse det faktiske forhold mellom partene.

---

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid. s. 96.

<sup>137</sup> Straffeloven § 25.

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 428.

### 3.2.4 Alan Wertheimer

Wertheimer har sett nærmere på samtykkets moralske kraft i seksuelle relasjoner.<sup>139</sup> Han skiller mellom kriterier som er nødvendige for å oppnå moralsk endring i lov, og moralsk endring i etikk.<sup>140</sup> Wertheimer understreker viktigheten av å erkjenne at juridiske begrensninger for beslutningstaking først og fremst begrenser den enkeltes positive autonomi, i form av retten til å ta egne valg.<sup>141</sup> Begge forståelsene av samtykkets omdannelsesevne er moralske kriterier, men kriteriene som indikerer når samtykket bør anses som juridisk tillatt, er ikke identiske med kriteriene som indikerer når en persons samtykke gjør en annens handling moralsk tillatt.<sup>142</sup> Hovedformålet med hans drøftelse er dermed å utvikle en redegjørelse for kravene til samtykkets moralske kraft, sett i lys av både lovkrav og moralske retningslinjer.

Wertheimer argumenterer for at teorien om samtykkets moralske kraft kan generaliseres til enhver kontekst hvor spørsmål omkring samtykket oppstår, med én begrensning; teorien vil medføre betydelige variasjoner når den brukes i ulike kontekster.<sup>143</sup> Dermed vil den være situasjonsbetinget. Han eksemplifiserer med at dette medfører at man må fraskrive en antakelse om at informasjonskravet til samtykket innen helselovgivningen er identiske med informasjonskravene til samtykket til seksuelle relasjoner. Begrepet «samtykke» er dermed ikke et ensartet begrep som er direkte overførbart mellom rettsområder.

Som tidligere nevnt har blant annet helsepersonell vært deltakende i debatten omkring en overgang til samtykkebasert voldtektslovgivning. Argumentasjonen har tidvis knyttet seg til at man burde innføre liknende krav til samtykket i voldtektslovgivningen som det man benytter seg av når man samtykker til å motta helsehjelp. Med utgangspunkt i uttalelsen til Wertheimer vil ikke dette være mulig. Selv om den moralitetsendrende teorien forblir relativt konstant på et abstrakt nivå på tvers av kontekster, gir den likevel for store innholdsmessige variasjoner til å gi grunnlag for å dra paralleller på tvers av disse.<sup>144</sup>

Et utgangspunkt for drøftelsen hans tas i det faktum hvor A uttrykkelig bekrefter samtykket overfor B, men hvor det kan hevdes at samtykket ikke er moralsk omdannende på grunn av

---

<sup>139</sup> Wertheimer, Alan, "Consent to Sexual Relations", *The ethics of Consent: Theory and Practice* (2009), s. 195.

<sup>140</sup> Ibid s. 195-196, samt Berg, Jessica, "Review of *The Ethics of Consent*, eds. Frankling G. Miller and Alan Wertheimer", i: *The American Journal of Bioethics* (2010) s. 71.

<sup>141</sup> Berg (2010) s. 71.

<sup>142</sup> Wertheimer (2009) s. 196.

<sup>143</sup> Ibid. s. 197.

<sup>144</sup> Ibid.

tvang, bedrag, inkompetanse eller beruselse.<sup>145</sup> Disse kategoriene har likheter med de som er sett på tidligere fra handlingsalternativene i strl. § 291 og ugyldighetsgrunnene i avtaleloven. Et gjennomgående spørsmål i drøftelsen er om A gir et moralsk transformerende samtykke til seksuell omgang og ikke om A er voldtatt.<sup>146</sup> På bakgrunn av det ovenstående foretas nå en noe mer inngående undersøkelse av disse kategoriene.

I den første kategorien undersøker Wertheimer om det finnes omstendigheter hvor B tvinger A med den konsekvens at As samtykke ikke er transformativt. Dersom forslaget fra B ikke er tvangsmessig, vil moralteorien generelt anse As samtykkeerklæring som moralsk transformerende, selv om det kan være rimelig at A bukker under for Bs forslag i stedet for å lide for konsekvensene.<sup>147</sup>

For å vurdere hva som gjør at forslaget fra B er tvangsmessig, tas det utgangspunkt i to muligheter. Mulighet nummer en omhandler tilfeller hvor B foreslår å gjøre A dårligere stilt enn As status quo, dersom A nekter å samtykke til tilbudet. Den andre muligheten omhandler de tilfeller hvor B foreslår å gjøre A dårligere stilt sammenliknet med hvor A har rett til å være i forhold til B, det han kaller i forhold til As moraliserte grunnstilling.<sup>148</sup> Ifølge Wertheimer er disse mulighetene et viktig element som kan avgjøre om et tvangsforslag opphever samtykkets moralske kraft.

Hvis forslaget fremsatt av B i alminnelighet er et tilbud, mener Wertheimer at forslaget ikke er tvangsmessig.<sup>149</sup> Slik han ser det vil et tilbud tvert om utvide mulighetene for A. Et lite attraktivt tilbud kan medføre at A foretrekker å opprettholde sin status quo. Poenget er at genuine tilbud som ikke innebærer en krenkelse av As rett og posisjon, ikke kan være tvangsmessige.<sup>150</sup> For det tilfelle tilbudet skulle innebære en krenkelse overfor A, stiller situasjonen seg noe annerledes.

Et forførende tilbud kan virke kompromitterende på samtykkets transformative kraft.<sup>151</sup> Dersom tilbudet er så forlokkende for A at A ikke har noe rimelig alternativ enn å samtykke til det, kan man tenke seg at tilbudet må anses å være tvangsmessig. Likevel er ikke denne

---

<sup>145</sup> Ibid. s. 198.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid. s. 199.

<sup>149</sup> Ibid. s. 200.

<sup>150</sup> Ibid. s. 201.

<sup>151</sup> Ibid.

tvangsformen tilstrekkelig til å undergrave samtykkets moralske kraft, da tilbudet ikke truer med å krenke As rettigheter. Det faktum at A ikke har et fornuftig alternativ, er ikke ensbetydende med at samtykket er ugyldig på grunn av tvang.<sup>152</sup>

Det er også interessant å se nærmere på tilfeller som omhandler presumtiv seksuell tvang. La oss ta for oss Wertheimers eksempel hvor A sitter i fengsel. B er fengselsbetjent og tilbyr seg å hjelpe A med å rømme dersom A innleder et seksuelt forhold med B. Ser man bort fra det faktum at fengselsbetjenten bryter sine arbeidsrettslige forpliktelser med å hjelpe en fange å rømme mot seksuell omgang, står man igjen med spørsmålet om denne bestikkelsen innehar et element av tvang. Wertheimer heller til den oppfatning at dersom forslaget fra fengselsbetjenten er ærlig og troverdig og oppfattes slik av A, bør man ikke behandle As samtykke som ikke transformerende på grunn av tvang.<sup>153</sup> Med utgangspunkt i de to mulighetene han har stilt opp for sin drøftelse, kan man i dette tilfellet ikke anta at rømningsforslaget fra B krenker As rettigheter dersom A avviser tilbudet.

I den andre kategorien undersøker Wertheimer om et bedrageri fra B kan undergrave As evne til å handle autonomt. Wertheimer henviser til hvordan man har regulert seksuelle bedrag etter amerikansk rett. I deres lovgivning skiller man mellom «svindel i fakta» og «svindel i motivasjonen».<sup>154</sup>

Faktasvindel blir sett på som den mest alvorlige formen for svindel, og begrepet retter seg mot de tilfeller hvor Bs svindel medfører at A blir lurt med hensyn til hva som er gjort.<sup>155</sup> Han eksemplifiserer med at dersom A samtykker til at B som gynekolog innfører et instrument i As skjede i forbindelse med en undersøkelse, og B innfører sin penis, så kan ikke As samtykke virke moralsk omdannende på situasjonen fordi As samtykke aldri rettet seg mot seksuell omgang. I dette tilfellet ble A bedratt av B.

Motivasjonssvindel handler på sin side om når A samtykker til det A mener er samleie, men samtykket tas på uriktig grunnlag. Når man skal vurdere om man står overfor et tilfelle av «svindel i motivasjon», må man avgjøre om Bs handling er feil, for eksempel fordi handlingen er et brudd på As autonomi eller As rett til å selv bestemme på hvilke vilkår A

---

<sup>152</sup> Ibid. s. 202.

<sup>153</sup> Ibid. s. 203.

<sup>154</sup> Ibid. s. 206.

<sup>155</sup> Ibid.

ønsker seksuell omgang.<sup>156</sup> En slik vurdering kan være vanskelig, blant annet fordi denne typen bedrag ofte er en vanlig del av og normal foranledning til seksuelle relasjoner.<sup>157</sup> I så måte kan bedrageriet bli en del av forførelsen mellom A og B, og således noe som ofte utøves av begge parter. At man ønsker å stille seg i et godt lys overfor den andre, kan dermed påvirke partenes motivasjon for handlingen.

Et problem som melder seg her, er hvor man kan trekke grensen for hvilke bedrag som anses som moralsk og juridisk tillat, og hvordan man skiller mellom kategoriene. Man kan se for seg at det kan by på vanskeligheter å fastslå hva B sa og om B hadde til hensikt å lure A med sine uttalelser, både i tilfeller hvor det foreligger faktasvindel og motivasjonssvindel.<sup>158</sup> Hvis man ikke kan skille det alvorlige fra det trivielle med tilstrekkelig klarhet eller fastslå hvem som sa hva, mener Wertheimer man enten må tillate noen bedragerier som i utgangspunktet ikke er tillatte, eller forby noen som er tillatte. Her trekker han også opp en parallell til hvordan situasjonen er under forhandlinger, og særlig det faktum at man i slike tilfeller i utgangspunktet ikke forventer at motparten snakker sannferdig. Denne analogien kunne vært gjenstand for en interessant diskusjon og kunne gjerne vært debattert i norsk rett.

Det fremstår som at rettsanvenderen ved tolkning kan stå i fare for å trekke linjene ulikt og praktisere skillet mellom kategoriene forskjellig. Selv hevder Wertheimer at mange tilfeller av bedrageri kan gjøre nettopp dette: kompromittere vilkårene for samtykkets moralske kraft.<sup>159</sup> Selv om loven ikke skulle anse Bs oppførsel som straffbar, kan man anføre at B ikke er moralsk berettiget til å gå videre med handlingen og at det således er snakk om et brudd på As seksuelle autonomi. Denne kategorien kan se ut til å ha visse likhetstrekk med de avtalerettslige ugyldighetsreglene, som igjen kan utgjøre et interessant resonnement i forbindelse med hvordan man skal tolke et samtykke.

I den tredje kategorien undersøkes det hvorvidt A innehar nødvendige emosjonelle og kognitive kapasiteter til å avgi et kompetent moralsk transformativt samtykke. I denne drøftelsen tar Wertheimer utgangspunkt i alder og funksjonsnivå hos A. Ser man bort fra at den seksuelle lavalder er lovregulert, er spørsmålet når og hvorfor man anser et samtykke fra en ung person som ugyldig.

---

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid. s. 207.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> Ibid.

I Norge har man satt den seksuelle lavalder til 16 år.<sup>160</sup> Bakgrunnen for dette er blant annet en formening om at barn under 16 år ikke forventes å ha nok modenhet til selv å kunne forhindre eller unngå uønsket seksuell oppmerksomhet, og at lavalderen vil styrke barnets rettsstilling.<sup>161</sup> Synspunkt er noenlunde i overensstemmelse med Wertheimers uttalelse om at den typen psykologiske kapasiteter som kreves for kompetent samtykke, er en funksjon av subjektet for samtykket.<sup>162</sup> Når subjektet er et barn, kan man spørre seg hvorvidt man bør gi barnet anledning til å ta denne typen avgjørelser på egen hånd. Her leder Wertheimer oss over til det faktum at vi likevel lar barn ta selvstendige avgjørelser på flere ulike områder fordi vi mener den positive eller negative virkningen av avgjørelsene ikke er skadelige for barnet.<sup>163</sup> Hans betenkninger rundt den seksuelle lavalder tilsier man bør stille spørsmål ved om denne regelen bør fungere som en «lysbryter-teori», i form av at man på en gitt dato plutselig skal være i stand til å ta selvstendige valg av denne art.

Om barnet selv ønsker seksuell omgang, la oss si med noen på sin egen alder, bør dets samtykke da få være moralsk transformerende på handlingen? Når det kommer til funksjonsnivå hos A blir diskusjonen noe annerledes. Kan mennesker med utviklingshemming avgi moralitetsendrende samtykker til seksuell omgang?

På dette området er det et naturlig å tenke at man ønsker å skjerme den utviklingshemmede A mot overgripere. Samtidig kan man argumentere for at man bør legge til rette for As positive, om enn begrensede, autonomi. Under den forutsetning at A forstår seksuelle forhold, liker samhandlingen og ikke kjenner på anger i etterkant, mener Wertheimer man kan anse As samtykke som moralsk transformerende.<sup>164</sup>

Dersom vi nå sammenlikner med situasjonen med den mindreårige, vil det å nekte den mindreårige å ha seksuell omgang før fylte 16 år, være et kortvarig forbehold.<sup>165</sup> Om man nekter en utviklingshemmet å ha seksuell omgang fordi man mener det kognitive aspektet tilsier man ikke kan avgi transformativt samtykke, stiller man den utviklingshemmede i en posisjon hvor man nekter vedkommende sine seksuelle verdier. Den seksuelle integritet og selvbestemmelsesrett blir dermed tatt fra dem. Et slikt synspunkt strider mot selve

---

<sup>160</sup> Straffeloven § 302.

<sup>161</sup> Innst. O. Nr. 92 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v., s. 17-18.

<sup>162</sup> Wertheimer (2009) s. 209.

<sup>163</sup> Ibid. s. 209.

<sup>164</sup> Ibid. s. 210-211.

<sup>165</sup> Ibid. s. 211.



bakgrunnen for § 291, som er at bestemmelsen omfatter og verner enhver rett til sine seksuelle verdier.

Vurderingen av om den enkelte har evne til å avgi kompetent transformativt samtykke kan, på et overordnet plan, være en likestilt vurdering, uavhengig av funksjonsnivå. Man må ha forståelse for at alle mennesker har seksuelle behov, om enn i ulik grad. Når det kommer til mennesker med nedsatt funksjon, bør man være forsiktig med hvordan man vurderer kriteriene for samtykket. Som Wertheimer peker på, ønsker man ikke si at utviklingshemmede kun har lov til å ha seksuelle forhold til andre utviklingshemmede eller, i motsetning til funksjonsfriske, at utviklingshemmede kun har lov til å ha seksuelle forhold i forbindelse med et varig forhold.<sup>166</sup> Å sette skranker for andres rett til seksuell selvbestemmelse og integritet vil vel strengt tatt stride mot akkurat verneverdigheten av verdiene som strl. § 291 representerer.

I den fjerde og siste kategorien plasserer Wertheimer de tilfeller hvor A på grunn av frivillig beruselse gir et utvetydig verbalt eller atferdsmessig samtykke til B. Spørsmålet er hvorvidt det under slike omstendigheter er tillatt for B å ha seksuell omgang med A, og om samtykket i så måte må regnes for å være moralsk transformerende.

Den moralske problemstillingen som gir grunnlag for denne siste kategorien, er om det bør anses som moralsk eller juridisk tillatt å inngå seksuell aktivitet med A dersom A samtykker under beruselse.<sup>167</sup> Gjennom eksempler viser Wertheimer at tilfeller av beruset samtykke kommer i ulike grader av frivillighet eller selvpåførelse, jamfør uttrykket «self-inducement».<sup>168</sup> Med dette i mente, følger han opp med et spørsmål om hvorvidt As samtykke skal behandles som moralsk transformerende dersom beruselsen er frivillig.<sup>169</sup>

Han foreslår en løsning hvor man ansvarliggjør A for den påførte beruselsen, og ikke for resultatet beruselsen måtte bringe med seg. Selv om A holdes ansvarlig for den selvpåførte rusen, er ikke det ensbetydende med at A på denne måten tillater B å utnytte denne selvpåførte tilstanden. Spørsmålet om man skal betrakte et beruset samtykke som

---

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid. s. 212.

<sup>168</sup> Ibid. s. 213.

<sup>169</sup> Ibid. s. 214.

moralitetsendrende kan ifølge Wertheimer ikke løses på bakgrunn av påstander om rus eller ansvarliggjøring for denne.

I all hovedsak oppsummerer han sin teoretiske gjennomgang med en åpen konklusjon.<sup>170</sup> Han løser ikke spørsmålet om når samtykket til seksuelle relasjoner skal anses som moralsk transformerende på handlingen. Dette var ei heller formålet med teorien. Wertheimer ønsket å utvikle en redegjørelse for kravene til samtykkets moralske kraft, i lys av lovkrav og moralske retningslinjer. Selv med en åpen konklusjon, viser redegjørelsen at man bør avgjøre spørsmålet på bakgrunn av moralske resonnementer som er lydhøre for mangfoldet av situasjoner som oppstår mellom mennesker, og som er informert av empirisk undersøkelse i form av kunnskap innhentet ved hjelp av systematiske observasjoner og undersøkelser.<sup>171</sup>

I dette kapitlet har det blitt gjennomgått flere moralfilosofiske teorier. Teoriene har blitt vurdert opp mot fiktive scenarier, samt mot det gjeldende lovverket. Fra et overordnet perspektiv vil rettsanvenderen, uavhengig av om verdiene i lovgivningen viser til moralitetsbetraktninger, være forpliktet til å forholde seg lovlydig. Som nevnt i innledningen var hensikten med dette kapitlet å vise det filosofiske aspektet som samtykket har, og benytte dette som begrunnelse for at det kan være hensiktsmessig å koble moralfilosofien opp mot rettsvitenskapen. Drøftelsen har vist at moralfilosofi benytter seg av den seksuelle integritet, selvbestemmelsesrett og autonomi på en både presiserende og utvidende måte ved fastlegging av samtykkets innhold. I lys av observasjonene ovenfor, er det holdbart med en bekreftende påstand om dette.

---

<sup>170</sup> Ibid. s. 217-218.

<sup>171</sup> Ibid. s. 218.

## 4 Harmonisering av det juridiske og filosofiske samtykket

Som vist i forrige kapittel er samtykke også et begrep i moralfilosofien. Dette kapitlet skal vise det mulige samspillet mellom voldtektsbestemmelsen og de moralfilosofiske teoriene presentert i kapittel 3. Målet er å legge opp til diskusjonen av hvorvidt og i hvilken utstrekning det moralfilosofiske begrepet kan spille en rolle ved tolkningen av et eventuelt eksplisitt samtykkebegrep i § 291. Kapitlet vil søke å ta for seg hvordan dette skjønnsrommet kan bli større eller mindre ved en lovendring.

Kapitlet består av flere deler. Først ses det hen til rettskildelæren og dens tanker om å anvende verdibetraktninger ved rom for skjønn. Formålet med dette er å begrunne hvorfor de nå gjennomgåtte moralfilosofiene kan plasseres i en rettslig kontekst. Dernest testes moralteoriene på rettspraksis for å se hvilken rolle de kan få i rettsanvendelsen. I tillegg vurderes samtykkets moralske kraft opp mot uttrykket «nei betyr nei», som kanskje er hovedformålet med at samfunnet ønsker en lovendring.<sup>172</sup> Avslutningsvis foretas en drøftelse av om samtykkebegrepets filosofiske innhold konkret kan anvendes i forbindelse med en samtykke- eller frivillighetsregel. I så måte ses det hen til de allerede reformerte voldtektsbestemmelsene i svensk og dansk rett.

### 4.1 Skjønn og reelle hensyn

Hans Petter Graver har belyst temaet om juristers forhold til retten og moralen.<sup>173</sup> Han har blant annet gitt uttrykk for at jurister har et selvstendig ansvar for å gjøre retten til det beste for rettsstaten som et hele. For å oppnå dette formålet har Graver forsøkt å kombinere jus med dydsetikk, som jo også er en moralfilosofi.<sup>174</sup> Begrunnelsen for dette synes å være et ønske om å appellere til moraliteten i rettsanvenderen, for slik å knytte nærmere bånd mellom retten og etikk i rettsanvendelsen.

For å få en nærmere forståelse for hvorfor man kan kombinere den skriftlige retten og normative tanker og ideer, må man se hen til den juridiske metode. Utgangspunktet tas i den Eckhoffske rettskildelære, som må kunne beskrives som deskriptiv. Graver har, fra et

---

<sup>172</sup> Herlofson, Grete mfl., "Samtykke er en essensiell del av sex", i: *Oslodebatten*, 08. mars 2022, <https://www.oslodebatten.no/samtykke-er-en-essensiell-del-av-sex/o/5-131-5809>, hentet 11. april 2022.

<sup>173</sup> Graver, Hans Petter, *hva er RETT*, Universitetsforlaget 2011, s. 125.

<sup>174</sup> *Ibid.* s. 126 og s. 130-131.

rettsteoretisk ståsted, kritisert Eckhoff og stilt spørsmål med om man ikke må anerkjenne at rettskildelæren også har normative formål og virkninger.<sup>175</sup>

Torstein Eckhoff har karakterisert de vurderinger rettsanvenderen foretar, og som er ubundet av de hensyn som følger av autoritative rettskilder, som reelle hensyn.<sup>176</sup> Han betrakter begrepet som en formell kategori og rettskilde som gir uttrykk for rettsanvenderens egne vurderinger. Budskapet til Eckhoff blir dermed at man må kartlegge grensene for den vurderingsfriheten rettsanvenderen har, og ikke forklare hvilke resultater som er gode.<sup>177</sup> Dette budskapet har Graver tydeliggjort ved å presisere at hovedpoenget til Eckhoff er at det må være betydelig rom for det subjektive skjønn i rettsanvendelsen.<sup>178</sup>

I Nils Nygaards fremstilling av rettskildelæren kan begrepet «skjønn» anvendes når det rettslige spørsmålet er avhengig av en samlet vurdering av faktiske og normative momenter i den enkelte sak.<sup>179</sup> Selv om straffebestemmelser må være rimelig klare for å være i tråd med legalitetsprinsippet, betyr ikke dette at lovkravet er til hinder for skjønnsbruk. Virkningen som legalitetsprinsippet får for lovtolkning, er at rammen for bruk av formålsbetraktninger og reelle hensyn blir snevrere enn på rettsområder utenfor legalitetsprinsippet rekkevidde.<sup>180</sup> Gröning, Husabø og Jacobsen har fremholdt at hovedregelen ved tolkning av straffebud er at de ikke skal tolkes innskrenkende alene ut fra vurderinger over den aktuelle handlingens klanderverdighet. For innskrenkende tolkning skal det «sterke reale hensyn» til før det dette blir aktuelt.<sup>181</sup> Synspunktet sammenfaller med Jens Edvin A. Skoghøys formening om at man på rettsområder hvor det gjelder lovkrav ikke kan benytte reelle hensyn til annet enn presiserende eller innskrenkende tolkninger.<sup>182</sup>

Med presiserende tolkning menes at innholdet for regelen klargjøres innenfor rammen av ordlyden.<sup>183</sup> At rettsanvenderen søker til begrunnelsen for de verdiene som regelen skal ivareta for slik å fastlegge regelens innhold, må anses å falle innenfor det presiserende tolkningsbegrepet. For det tilfelle en lovbestemmelse fremstår som bestemt og uttømmende

---

<sup>175</sup> Graver, Hans Petter, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», i: *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000, s. 429-430.

<sup>176</sup> *Ibid.* s. 447.

<sup>177</sup> *Ibid.* s. 448.

<sup>178</sup> *Ibid.* s. 449.

<sup>179</sup> Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 4. opplag, Universitetsforlaget 2015, s. 156.

<sup>180</sup> Skoghøy (2018) s. 53 og 165 flg.

<sup>181</sup> Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 192.

<sup>182</sup> Skoghøy (2018) s. 165.

<sup>183</sup> *Ibid.* s. 23.

regulert, vil det ifølge Skoghøy være vanskelig å supplere den med reelle hensyn.<sup>184</sup> Om rettsanvenderen derimot oppdager «hull» i en slik regel ved tolkning, må man likevel kunne vurdere de reelle hensyn som gjør seg gjeldende på området.<sup>185</sup>

Man kan dermed si at verdivurderinger kan være reelle hensyn. Verdivurderinger finnes både i moralfilosofi om samtykkebegrepet og dets diskusjon av det, og i jussen i form av reelle hensyn. Derimot behøver det ikke være slik at enhver verdivurdering fra filosofien har noe å gjøre i jussen som reelle hensyn. Selv om det er snakk om samme type argumenter, vil relevansen av moralfilosofi for jussen være et spørsmål som må besvares ut fra det totale rettskildet bildet. På bakgrunn av dette vil anvendelse av verdibetraktninger ved tolkning av straffebud kunne fungere dersom kilden benyttes til å fastlegge gjeldende rett. Siden en slik anvendelse er i tråd med de strafferettslige tolkningsprinsipper, kan det argumenteres for at man kan anvende moralfilosofi ved tolkning av § 291.

Straffeloven fungerer som et redskap som brukes til å regulere flertallets moral. Likevel er det ikke en oppgave for lovgiver å forby alt som et flertall i samfunnet mener er umoralsk eller ufornuftig.<sup>186</sup> Ifølge Graver innebærer dette at retten alene ikke er nok til å skape det gode i samfunnet.<sup>187</sup> Med utgangspunkt i Gravers teori, vil jeg selv undersøke om moralfilosofi kan anvendes i de tilfeller loven legger til rette for skjønn.

## **4.2 Moralfilosofiens betydning i rettsanvendelsen**

I Rt. 2005 s. 833 behandlet Høyesterett spørsmålet om anvendelse av strl. 1902 § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Saken for Høyesterett var å vurdere om uskyldspresumsjonen var til hinder for å ilegge straff når gjerningspersonen var i villfarelse om barnets alder. Det opplyses i faktum om at gjerningspersonen på 20 år var noe umoden og ble smigret i møtet med et modent pikebarn på rett under 14 år, og at saken bar lite preg av utnyttning og misbruk av barnet.<sup>188</sup>

I dommen peker førstvoterende på at Seksuallovbruddsutvalget foreslo endret bestemmelsen i favør de tilfeller hvor gjerningspersonen ikke har utvist skyld med hensyn til barnets alder.<sup>189</sup> Selv om avgjørelsen ikke omhandler samtykket i sin eksplisitte forstand, kan den likevel

---

<sup>184</sup> Ibid. s. 166.

<sup>185</sup> Ibid. s. 43.

<sup>186</sup> Graver (2011) s. 15.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Rt. 2005 s. 833 avsn. 3.

<sup>189</sup> Ibid. avsn. 37.

benyttes som illustrasjon for den type betraktninger som fremgår i kapittel 3. I lys av betraktningen om samtykket som subjektiv mental sinnstilstand, kan man gjøre seg opp noen tanker om hvordan saksforholdet i dommen kunne vært vurdert ut fra dette moralfilosofiske perspektivet. Det presiseres at fornærmede i dommen var under den seksuelle lavalder, og dermed utenfor rekkevidden av et eventuelt samtykke. Uavhengig av aldersaspektet har Høyesteretts tilnærming til argumentasjonen relevans for oppgaven.

Ser man på den subjektive mentale tilstanden til gjerningspersonen og fornærmede i saken, kan disse fremstå som noenlunde lik. Man må kunne si at deltakerne hadde til hensikt å oppnå seksuell omgang med den andre. Om man hadde konstruert et samtykke i denne situasjonen, må det anses å være belegg for å si at det samtykket som fornærmede A avga til gjerningspersonen B, endret retten til Bs handling. As utøvelse av samtykke, og Bs aksept av dette, redefinerte situasjonen fra noe ulovlig til noe lovlig; mannen på 20 år og piken på under 14 utøvde sin respektive seksuelle selvbestemmelsesrett, og virkningen av denne autonomien var samtykket. Ifølge Hurds teori kan man si at samtykket fra A intenderte handlingen til B. Ingen moralsk grense ble overtrådt, idet den subjektive mentale sinnstilstand tilsa deltakerne hadde samme hensikt. Ifølge teorien til Alexander kan man si at samtykket innebar at A sa fra seg den moralske innvending hun hadde mot at handlingen skulle skje.

Resonnementet leder oss videre inn på konklusjonen fra førstvoterende. Gjerningspersonen hadde i møte med strl. 1902 § 195 ikke mulighet til å forsvare seg.<sup>190</sup> Uavhengig av det forhold at dette kunne stride mot uskyldspresumsjonen, ville det ut fra den moralfilosofi som Hurd og Alexander legger til grunn, uansett ikke være mulig å foreta en vurdering av hendelsen uten å se på hensikten til begge partene, og særlig deres indre hensikt. De refleksjoner som moralteoriene utleder av dommens premisser, viser hvordan man ved hjelp av filosofi kan få bredere innsikt i tvister om seksuell omgang.

Man kan også stille spørsmål ved om man kunne anvendt rettferdighetsteorien på saksforholdet i Rt. 2005 s. 833. Miller og Wertheimer har tatt til orde for at deres rettferdighetsbaserte samtykketeori kan utfylle tomrommet som kan oppstå når man skal ta stilling til og vurdere et samtykke.<sup>191</sup> På bakgrunn av de verdier som samtykket representerer og beskytter, hevder de det er urettferdig overfor både mottaker og avgiver å kreve at samtykket må være gyldig for at det skal virke moralsk omdannende på situasjonen. I lys av

---

<sup>190</sup> Ibid. avsn. 87-88.

<sup>191</sup> Miller, Wertheimer (2009b) s. 105.

dette kan man resonnerer at gjerningspersonen handlet i god tro om både jentas alder og omstendighetene for øvrig, og det ville være urimelig overfor B om man ikke anså As samtykke som moralsk transformerende.

Resultatet av rettferdighetsteorien er at man i rettsanvendelsen får fremhevet den gjensidige karakteren av samtykkeoverføringen, samt at den anerkjenner individenes seksuelle integritet og selvbestemmelse.

Det bemerkes at også denne teorien retter seg mot både den samtykkende og mottakende part. Det virker som om en overhengende betraktning om rettssikkerhet begrunner hvorfor det er nødvendig å ha et slikt fokus. Rettssikkerhetsbegrepet viser i sin enkleste form til at avgjørelser må være i samsvar med gjeldende rett og at det må eksistere virkemidler i form av rettssikkerhetsgarantier for å sikre dette.<sup>192</sup> Det er også vanlig å plassere verdier som forutberegnelighet, vern av handlefriheten og likebehandling under begrepet.<sup>193</sup> Den seksuelle selvbestemmelsesrett og integritet må sies å falle inn under vern om handlefriheten, og hensynet til likebehandling kan forstås slik at man bør fokusere på alle involverte parter i handlingen. Uansett hva man legger i rettssikkerhetsbegrepet, er hovedsaken at rettsanvenderen alltid må forholde seg til det i rettsanvendelsesfasen. På samme måte må man i rettsanvendelsen forholde seg til at verdier danner bakteppet for lovgivningen. Ut fra dette kan man si at rettferdighetsteorien kan fungere som støttemoment som ivaretar de verdier som både voldtektsbestemmelsen og de rettslige prinsipper skal verne.

Siden en sentral funksjon med samtykket er å styrke den enkeltes selvbestemmelsesrett, virker det som at man ved tolkning av et samtykke ikke kan utelukke den parten som faktisk utøver selvbestemmelsesretten. For å sikre rettssikkerheten til alle involverte parter, kan rettssikkerhetshensyn antyde man rundt avklaring av samtykket må utvide perspektivet til å omfatte flere enn gjerningspersonen.

Innholdet i moralfilosofiene gir dermed en ny dimensjon til samtykket. Dette tyder på at de må kunne anvendes i tillegg til de samtykketkriterier som retter seg mot ytre omstendigheter i form av at man må være kompetent, at samtykket må avgis frivillig, og man må ha utvekslet tilstrekkelig og nødvendig informasjon. Teorienes utfyllende rolle kan også tenkes å

---

<sup>192</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten, s. 304.

<sup>193</sup> Ibid.

tydeliggjøre faktum og bidra til å få fram fakta mellom partene. I tillegg kan teoriene gi et bredere bevisbilde rundt situasjonen, og på denne måten kan moralen være til nytte som en supplerende funksjon i rettsanvendelsen.

### 4.3 Hva betyr ja?

Hittil har dette kapitlet sett på hvordan og hvorfor moralteoriene kunne blitt anvendt på saksforhold fra rettspraksis og i rettsanvendelsen generelt. En underliggende forutsetning for det ovenstående har vært en tolkning av relasjonen mellom partene og deres forhold til samtykket. For at samtykket skal kunne vektlegges dit hen at det får moralsk kraft, må man også se på hvilken betydning et «nei» og et «ja» har. I svensk rett har lovgiver fremholdt at den nye lovendringen innebærer en klargjøring av at en (kvinnelig) kropp er utilgjengelig før man sier «ja».<sup>194</sup> For å forsøke å besvare denne ytringen, er oppgaven i det videre å anvende Wertheimers teori om kravene til samtykkets moralske kraft på disse samtykkende eller avvisende ordene. Det tas utgangspunkt i at disse kommer til uttrykk verbalt.

En hensikt som ligger bak ønsket om lovendring er blant annet at «nei betyr nei».<sup>195</sup> Det kan virke som Wertheimers fire kategorier kan anvendes som både mot- og støtteargument for dette velkjente uttrykket. I seksuelle relasjoner kan man se tilfeller av at den ene parten sier «nei», men at ordet i den aktuelle sammenhengen ikke er ment i sin faktiske betydning. Det kan snarere forstås som en forlokkelse. Dermed betyr ikke lengre «nei» nei, da betyr «nei» ja. På denne måten åpnes opp for en diskusjon omkring betydning av å avgi et samtykke.

Ut fra Wertheimers fire kategorier, kan man vende på uttrykket og spørre seg om «ja betyr ja».

Spørsmålet om B utsetter A for tvang med sitt tilbud om seksuell omgang tilhører Wertheimers første kategori.<sup>196</sup> Teorien hans leder inn i en diskusjon hvor man vurderer om tilbudet endrer As grunnstilling. Dersom denne endres, kan man si det foreligger tvang. Foreligger det tvang, bør ikke samtykket fra A kunne omgjøre handlingen til noe lovlig. Om det derimot foreligger et tilbud som i alminnelighet resulterer i at As grunnstilling forblir uendret, vil det være urimelig overfor B om man skulle betrakte situasjonen som tvangsmessig. I tilfellet hvor det foreligger tvang, vil «nei betyr nei». Samtidig kan også

---

<sup>194</sup> Bladini, Andersson (2020) s. 97.

<sup>195</sup> Herlofson mfl. (2022).

<sup>196</sup> Wertheimer (2009) s. 198-294.



situasjonen hvor «ja bety nei» aktualisere seg her. Det blir igjen en vurdering av tvangens innvirkning på As mulighet til å utøve sin autonomi og selvbestemmelsesrett. For det tilfelle det foreligger et rent tilbud som ikke endrer As grunnstilling, vil man kunne si at «ja betyr ja» og «nei betyr nei», uten at det har videre konsekvenser for noen av partene.

I den andre kategorien rettes fokuset mot om B bedrar A slik at A blir forhindret fra å utøve sin autonomi.<sup>197</sup> Underkategoriene om «svindel i fakta» og «svindel i motivasjon» kan også gi forløp til debatt. Ut fra en alminnelig tolkning vil faktasvindel utgjøre bedrageri mot A, som igjen resulterer i at samtykket ikke kan virke omdannende på situasjonen. Handlingen forblir ulovlig, og da vil «ja bety nei».

Underkategorien om «svindel i motivasjon» representerer den enkeltes rett til seksuell selvbestemmelse. Det kan antydes at gjensidigheten i kommunikasjon mellom partene kan føre til ugyldighet ved samtykket allerede i opptakten til den seksuelle omgangen. Om dette har noen faktisk betydning for samtykket, kan det stilles spørsmål ved. Ser man denne underkategorien i lys av Alexanders teori, har A ved «svindel i motivasjon» gitt avkall på sin moralske innvending mot Bs handling. Overføringen av samtykket fra A til B kan slik utgjøre et juridisk paradoks ved at samtykkets moralske kraft omgjør den seksuelle omgangen fra ufrivillig til frivillig, nettopp ved at det foreligger skrømt. I slike tilfeller vil «ja bety ja».

Problematiseringen kan tas ett steg videre ved å trekke inn rettferdighetsteorien til Miller og Wertheimer. Dersom skrømtet fra et rent juridisk perspektiv ville medføre at samtykket ikke var gyldig, kunne den mislykkete samtykkeoverføringen i lys av deres teori likevel gjøre den seksuelle omgangen straffri for det tilfelle B var i god tro.

For de tilfeller A og B utøver sin rett til å ta selvstendige valg og bruker denne verdien til å forlede hverandre gjennom «svindel i motivasjon», kan det være rimelig at samtykkets moralske kraft får anvendelse på forholdet. Motivasjonssvindel kan for øvrig også ses på som en forlengelse av eller fordypning i Hurds første identitetsteori om at A og Bs mentale sinnstilstand må være identiske for at samtykket skal virke omdannende for handlingen. I så måte vil «ja bety ja».

---

<sup>197</sup> Ibid. s. 204-207.

I den tredje kategorien kan man ut fra betraktninger om selvbestemmelse og autonomi argumentere for at begge deler er mulig: «nei» kan bety nei og ja, og omvendt.<sup>198</sup>

Lovfestingen av den seksuelle lavalder setter først og fremst en skranke for om retten anser en eller flere av de deltakende partene som kompetente til å avgi et samtykke. Samtidig kan nettopp selvbestemmelsesretten og autonomihensyn tilsi at det foreligger nødvendige emosjonelle og kognitive kapasiteter hos den mindreårige til i et gitt tilfelle å samtykke til den seksuelle omgangen. Spørsmålet blir da om samtykket bør virke transformerende for disse tilfellene, og dermed om «ja betyr ja».

De samme betraktninger gjøres gjeldende for det tilfelle en eller flere av partene skulle ha nedsatte kognitive kapasiteter. Slike forhold bør ikke være ensbetydende med at man fra et rettslig ståsted ikke er kompetent til å utøve sin seksualitet. Er det rimelig at en part som innehar denne kognitive og emosjonelle egenskapen, om en begrenset, ikke har adgang til å si ja på lik linje med en annen? Vil det for slike tilfeller være slik at «ja betyr nei»? Hvor grensen for samtykkets moralske kraft skal settes, vil ut fra egen mening i slike tilfeller måtte være skjønnsbasert. Dette er refleksjoner som kan være momenter i en samtykkevurdering.

Den fjerde kategorien om beruselse kan antyde at «ja betyr nei», med tanke på Wertheimers uttalelse om at A er ansvarlig for sin selv påførte tilstand og ikke konsekvensen denne måtte ha.<sup>199</sup> Ut fra en tolkning kan man antyde at samtykket ikke fungerer som moralitetsendrende på handlingen. Det ulovlige er enda ulovlig.

Delkapitlet har vist at et generelt utgangspunkt alltid bør være at «nei betyr nei». Likevel viser det seg at dette ikke alltid er tilfellet. Her er også vist at «ja» ikke alltid behøver å bety ja. Spørsmålet er hvordan man skal tolke et «nei» eller et «ja» dersom svarene ikke blir gitt uttrykk for gjennom ord. Derfor skal det neste delkapitlet ta for seg om de filosofiske teoriene kan anvendes på det allerede vedtatte frivillighetsbegrepet i svensk rett og samtykkebegrepet i dansk rett.

---

<sup>198</sup> Ibid. s. 207-211.

<sup>199</sup> Ibid. s. 211-217.

#### 4.4 Filosofiske betraktninger om samtykke- og frivillighetsbegrepet

Spørsmålet om voldtektslovgivningen i Sverige gav tilstrekkelig strafferettslig vern ble tatt til behandling av Seksuallovbruddsutvalget 2014. Utvalgets rapport var ferdig i 2016, og denne lå til grunn for den påfølgende lovendringen i 2018.

I rapporten viste utvalget til hvordan man tidligere hadde vurdert spørsmålet om å gå bort fra en lovgivning basert på maktbruk. Etter en gjennomgang kom de frem til at spørsmålet kunne ivaretas på to måter.<sup>200</sup> Enten kunne lovverket suppleres eller presiseres på nytt. Alternativet var å endre lovverket slik at det i stedet la til grunn at det ville være straffbart å utføre en seksuell handling med noen som ikke deltar frivillig.

Det var utvalgets syn at ulempene som ble lagt avgjørende vekt på i tidligere utredninger kunne motvirkes dersom man klart kunne angi under hvilke forutsetninger deltakelsen skulle anses som frivillig.<sup>201</sup> Utvalget mente at en klar fordel med lovendring var at loven ga et tydelig normativt budskap om at seksuell omgang uten samtykke ikke er tillatt. Loven ville dermed respondere på samfunnets oppfatning av hvordan seksuell omgang praktiseres. Samfunnssynet var at lovgivningen basert på maktbruk var avskjærende for de tilfeller hvor fornærmede ikke hadde blitt utsatt for vold eller trusler. Denne oppfatningen var, etter tidligere rett, ikke i overenstemmelse med slik lovgivningen var ment å forstås. Utvalget mente man kunne lukke gapet mellom lovens utforming og samfunnets oppfatning av denne ved å innføre en samtykkebasert voldtektsbestemmelse. Fordelene med en lovendring ble av Seksuallovbruddsutvalget 2016 vurdert å være større enn ulempene.<sup>202</sup>

Konklusjonen ble at lovverket burde endres slik at straffansvar inntre for den som begår en seksuell handling med noen som ikke deltar frivillig.<sup>203</sup> Utvalget antok at lovendringen ikke ville medføre en økning i antall domfellelser, da de anså at bevisvanskene ville være de samme som etter den tidligere rettstilstand. Man så for seg at domfellelsesprosenten ville minke på grunn av at antall anmeldte saker ville øke, og at domsprosenten ville ligge på det samme som i dag. Siden oppgaven avgrenser seg mot bevisproblematikken i voldtektsaker er det ikke grunnlag for å komme med presumsjoner omkring dette forhold. Derimot retter drøftelsen seg mot hvilken virkning en lovendring kan få for rettsanvendelsen, og i den

---

<sup>200</sup> SOU 2016:60 s. 180.

<sup>201</sup> Ibid. s. 185.

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> Ibid.

forbindelse bemerkes likevel at for det tilfelle man ønsker at en lovendring i norsk rett skal øke antall domfellelser og domfellelsesprosenten, kan uttalelsen fra det svenske utvalget gi betenknninger omkring dette forhold.

Regjeringen var enig med utvalget om at man burde gå over til en rettslig konstruksjon basert på samtykke og frivillighet.<sup>204</sup> De var også enig med utvalget om at et lovverk basert på frivillig deltakelse, ville sende et normativt budskap om at ufrivillig seksuell omgang er ulovlig. Lovendringen innebar dermed et ønske om å påvirke menneskers verdier og slik få en holdningsendring i samfunnet, som ville bidra til et syn på seksuell aktivitet som et forhold basert på gjensidighet.<sup>205</sup>

Her viser den svenske retten direkte til verdigrunnlaget som bestemmelsen bygger på. Kommentaren om at seksuelle relasjoner skal være basert på gjensidighet, kan forstås som en henvisning til problematikken tilknyttet relasjonsvoldtektene. De moralteorier som er gjennomgått har vist hvordan en filosofisk tilnærming vil kunne gi bredere forståelse for relasjonen mellom partene og gjensidigheten dem imellom. For å oppnå formålet om å påvirke samfunnet og fremme gjensidighet i seksuelle relasjoner, kan verdibetraktninger utenfor loven fungere som veiledning for hva som ligger i denne gjensidigheten.

Flere rettslige instanser i Sverige belyste ulike problemer i forbindelse med reformen, herunder hvordan man skulle definere seksuell handling og om frivillighet måtte gis på nytt dersom den seksuelle handlingen fører over til en annen seksuell handling.<sup>206</sup>

Regjeringen besvarte problemene med at utgangspunktet burde være om deltakelsen i den aktuelle handlingen har vært frivillig eller ikke.<sup>207</sup> Deres formening var at begrepet «inte deltar frivilligt» gjenspeilet den enkeltes rett til seksuell selvbestemmelse, og la til grunn at den nedre grense for deltakelsen rent språklig sett innebar man var til stede når handlingen finner sted.<sup>208</sup> Ut over dette var mente de at loven ikke burde stille krav til hvordan man skal gi uttrykk for sin frivillige deltakelse i seksuelle handlinger for at det skal regnes som et gyldig samtykke.<sup>209</sup>

---

<sup>204</sup> Prop. (2017/18:177) s. 20.

<sup>205</sup> Ibid. s. 22.

<sup>206</sup> Ibid. s. 29 flg.

<sup>207</sup> Ibid. s. 30.

<sup>208</sup> Ibid. s. 31.

<sup>209</sup> Ibid. s. 32-33.

Uttalelsen byr opp til et spørsmål om moralteoriene kan innlemmes i lovgivers synspunkt. Lovgiver har ment at begrepet «inte deltar frivilligt» gjenspeiler verdien som selvbestemmelsesretten representerer. Teoriene til Hurd og Alexander handler om at samtykket må knyttes til autonomien, som er evnen til å ta egne valg. Ut fra begge forfatternes filosofiske ståsted, er gyldigheten av samtykket knyttet opp mot den enkeltes utøvelse av viljen. Selvbestemmelsesrett og autonomi er en utøvelse av viljen. Når den svenske lovgiver har ment at det ikke bør stilles rettslige krav til hvordan den enkelte gir uttrykk for sin frivillige deltakelse, kan dette tale for at man kan benytte seg av moralfilosofi ved tolkning av frivilligheten i samtykket.

Ved den nyeste gjennomgang av voldtektsbestemmelsen i dansk rett, var hovedoppgaven å vurdere om et krav om gjensidig frivillighet kunne tydeliggjøres ved å endre ordlyden.<sup>210</sup> Det overordnede fokuset lå i utgangspunktet på frivillighet, og ikke samtykke.

Utvalget la til grunn at handlinger uten gyldig samtykke allerede var omfattet av ordlyden i daværende § 216. Likevel mente de at rettspraksis dokumenterte at det kunne være tilfeller hvor fornærmede har sagt nei, men hvor situasjonen ikke har falt inn under de andre alternativene i loven fordi det ikke forelå maktbruk.<sup>211</sup> Ut fra dette mente utvalget at situasjoner hvor det ikke foreligger frivillighet, var av en slik art og alvor, at de bør kunne straffes som voldtekt. Begrunnelsen speilet den alvorlige krenkelsen på integriteten og selvbestemmelsesretten som alltid vil foreligge i situasjoner der det ikke foreligger frivillighet.<sup>212</sup> Dette resulterte i et forslag om at voldtektsbestemmelsen burde endres.<sup>213</sup>

Det neste spørsmålet var da om man skulle gå for en samtykkebasert eller frivillighetsbasert bestemmelse. Her ble det dissens i utvalget. Flertallet på ti medlemmer mente man burde basere bestemmelsen på frivillighet, mens mindretallet på ett medlem mente man måtte gå for en samtykkebasert løsning.

Flertallet fremholdt at fokuset i bestemmelsen burde endres til om den seksuelle handlingen var frivillig og at maktbruk burde regnes som en skjerpene omstendighet med betydning for straffeutmålingen.<sup>214</sup> En slik endring ville medføre en utvidelse av bestemmelsens

---

<sup>210</sup> Betænkning nr. 1574/2020 s. 10.

<sup>211</sup> Ibid. s. 125, samt side 128-129.

<sup>212</sup> Ibid. s. 12.

<sup>213</sup> Ibid. s. 13.

<sup>214</sup> Ibid. s. 129-130.

virkeområde. Et hensyn bak utvidelsen var at man håpte den ville bidra til en generell forståelse i samfunnet om hvor grensen mellom akseptabel og uakseptabel seksuell atferd skal gå, samt et bedre strafferettslig vern om verdiene bestemmelsen skal ivareta.

Her kan vi se en parallell til hensynet bak Sveriges reformering av voldtektsstraffebudet. Lovgiverne har på tvers av landene et ønske om å påvirke samfunnets holdninger til seksualitet og den enkeltes rett til å verne om sine seksuelle verdier. Uttalelsen fra den danske lovgiver kan også tolkes som en henvisning til problematikken tilknyttet relasjonsvoldtektene. I lys av dette antas at også moralteoriene kunne vært med på å nærmere fastlegge grensen mellom akseptabel og uakseptabel seksuell atferd. Filosofiske verdibetraktninger kan belyse hvor en slik grense kan trekkes, og fungere som et presiserende tolkningsmoment i rettsanvendelsen.

Flertallet tok også til orde for at det ikke ville utgjøre noen vesensforskjell om man gikk for en ordlyd basert på samtykke eller frivillighet. De foretrakk likevel et frivillighetsbegrep da de mente ordet samtykke uansett innebar at man måtte vurdere om det ble avgitt frivillig.<sup>215</sup> Mindretallet påpekte at frivillighet og samtykke ikke var ensbetydende med hverandre, og mente at samtykket henviste til et gjensidig forhold, mens frivillighet viste til at en part har gitt etter for den andres ønske.<sup>216</sup>

Mindretallet fremholdt at en frivillighetsbasert bestemmelse ikke i tilstrekkelig grad sikret hensynene bak bestemmelsen slik en samtykkebasert regel ville gjøre.<sup>217</sup> Det ville dermed bli en bedre lovteknisk løsning om bestemmelsen baserte seg på et samtykke. På denne måten ville det være den som tar initiativ til den seksuelle omgangen som skal være den som har plikt til å avklare om alle involverte parter ønsker å delta i handlingen. En samtykkebasert regel utvidet slik det straffbare området til bestemmelsen, og kunne fange opp tilfeller som etter den daværende rett ikke kunne straffe som voldtekt.

Mellom flertallet og mindretallet var det enighet om at verken «frivillighet» eller «samtykke» har en klar definisjon eller veletablert avgrensning i strafferettslig sammenheng.<sup>218</sup> I lys av

---

<sup>215</sup> Ibid. s. 14.

<sup>216</sup> Ibid. s. 16.

<sup>217</sup> Ibid. s. 131.

<sup>218</sup> Vestergaard, Jørn, "The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?", i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 14.

dette må man vurdere relevansen av samtykket i hver enkelt sak, og søke veiledning i forarbeidene for å se hvilket meningsinnhold begrepene har.

Både den svenske og den danske lovgiver har fremholdt at uttrykkene frivillighet og samtykke vil utvide voldtektsbestemmelsene til å omfatte flere ulovlige handlinger. Selv om de har valgt å gå for ulike lovtekniske løsninger, er formålet bak lovendringene det samme: et ønske om å styrke den enkeltes vern om sine verdier.

Hvilken forskjell som ligger i formuleringene «samtykke» og «inte deltar frivilligt», er altså ikke tydelig. Lovgiverne har selv vært tilbakeholdne med å prøve og gi begrepene klare innhold, fordi det er snakk om vage uttrykk. Den veiledningen som finnes i forarbeidene, kan på sin side være med på å avklare innholdet i begrepene. Om denne veiledningen er tilstrekkelig, er noe denne oppgaven ikke skal svare på. Fra et overordnet perspektiv taler likevel et samlet svensk og dansk rettskildetilbud for at rettsanvenderen står overfor en skjønsmessig vurdering i møte med samtykke- og frivillighetsbegrepet.

I dette delkapitlet har formålet vært å belyse svensk og dansk rett med filosofiens moralteorier. Ved tolkning av den svenske og danske voldtektsbestemmelsen møter man på et skjønnsrom som anses å være større enn etter gjeldende norsk rett, all den tid vår gjeldende strl. § 291 inneholder et implisitt samtykkebegrep. Gjennomgangen tyder på at moralfilosofi kan være med på ytterligere å styrke den enkeltes vern om sine verdier i møtet med et slikt samtykke- eller frivillighetsbegrep, siden teoriene speiler de verdiene som lovgivningen er ment å beskytte.

Det er tidligere i avhandlingen vist til at samtykkebegrepet er vagt, men at det er mulig å redegjøre for dets innhold ved å se hen til de bakenforliggende verdier, gjennom moralfilosofi. Redegjørelsen i dette kapitlet har vist at dersom det vedtas et samtykkebegrep i dagens strl. § 291, vil det åpnes opp et rom for skjønn som kan fylles med de nevnte moralteorier.

## 5 Avslutning

Problemstillingen for avhandlingen var hvilken betydning moralfilosofi kan få i rettsanvendelsen dersom man innfører en samtykkeregulering i strl. § 291. Målet med drøftelsen rettet seg mot hvilken virkning en lovendring kan få for rettsanvendelsen, herunder om det vil åpnes opp et rom for verdivurderinger utenfor straffeloven og øvrige autoritative og tekstbaserte rettskildefaktorer.

Gjennomgangen av de autoritative rettskildene viser at det har vært utfordrende for lovgiver å forholde seg til samtykkebegrepet, samt om samtykket skal komme eksplisitt eller implisitt til uttrykk i lovteksten. I mangel av entydige holdepunkter for begrepets innhold, anses det å være belegg for å si at det åpnes opp et rom for skjønn i rettsanvendelsen ved en lovendring til samtykkebegrep i strl. § 291. Fremstillingen av det moralfilosofiske samtykket og den svenske og danske retten, viser hvordan skjønnsrommet kan bli større ved en lovendring i favør samtykke- og frivillighetsbasert ordbruk.

De krenkelser som straffeloven er ment å ramme, viser hvilke verdier som skal forsvares.<sup>219</sup> Når lovgiver legger føringer for hva man anser som straffbar overtredelse av voldtektsstraffebudet, er det den begrensningen overtredelsen utgjør på den andres rettigheter som håndheves.<sup>220</sup> En fordel med moralteoriene er at de kan ta straffebudet ett steg videre med å fungere som et nyanserende og utfyllende element som anerkjenner at disse rettighetene må tolkes ut fra en større kontekst. Man kan si at hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett, får en utvidet relevans ved tolkning av samtykkebegrepet. Loven fremmer verdiene om seksuell integritet, selvbestemmelse og autonomi, og i tvilstilfeller kan man ved tolkning se hen til de moralske hensynene bak disse, fordi filosofisk teori fremmer verdiene på en måte som ikke følger uttrykkelig av loven. Slik kan bruk av filosofiske tilnærminger være til fordel for tolkningen av lovregelen.

En ulempe som gjennomgangen av moralfilosofien har vist, er at slike betraktninger kan tydeliggjøre hvor problematisk det faktisk er å avgrense innholdet i samtykkebegrepet. Samtidig viser filosofien at slik tenkning kan yte begrepet rettferdighet med å bringe inn nye måter å avklare innholdet på. Man kan påstå at filosofien kan tilføre samtykkebegrepet noe

---

<sup>219</sup> Opsahl, Torkel, «Strafferetten og menneskerettighetene», i: ... *den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Nils Christie, Asbjørn Kjønstad, Peter Lødrup (red), Universitetsforlaget 1990, s. 99.

<sup>220</sup> Ibid. s. 104.



mer utover det rettslige samtykkebegrepet ved tolkning. Med dette menes at de filosofiske betraktningene om samtykkets moralske kraft kan være med på å tilføre rettsanvendelsen argumenter som innehar en annen forståelse for partenes atferd og oppfatninger av situasjonen og ansvar rundt denne. Denne påstanden har vel og merke en begrensning, da oppgaven har fokusert på seksuell omgang hvor det foreligger relasjon mellom partene. Slik jeg ser det må man holde de klare overfallsvoldtekter utenfor den moralfilosofien som her er gjennomgått. Moralteoriene synes å støtte dette synspunktet ved at de henviser til at diskusjonen rundt samtykkebegrepets innhold aktualiseres for de nevnte relasjonstilfellene av seksuell omgang.

Drøftelsen av det moralfilosofiske samtykket viser det kan være visse fordeler ved å se hen til filosofisk etikk, men også visse ulemper. På generelt grunnlag må en fordel med filosofien være at den tilfører rettsanvendelsen en bredere forståelse av samtykkets innhold for de nevnte tilfeller de kan gjøres gjeldende. En annen ulempe med filosofiske betraktninger kan være at de ikke har tydelige grunnlag i autoritative rettskilder. Likevel er de anvendte moralteoriene i denne oppgaven utarbeidet av forfattere med særlig juridisk bakgrunn innenfor strafferetten og om samtykkebegrepet, som tyder på at de kan tillegges vekt i rettsanvendelsen. Redegjørelsen viser dermed at det er grunnlag i moralfilosofisk teori for å benytte seg av slike hensyn ved tolkning.

Avhandlingen har vist hvor komplekst og sammensatt et samtykke faktisk er. En samtykkebasert lovgivning er ikke en lettvinnt løsning på voldtektsproblematikken. Drøftelsen har forsøkt å vise en side av samtykkebegrepet som kan benyttes som element i vurderingen av om handlingen som har funnet sted skal kategoriseres som straffbar eller ikke. Slik jeg ser det kan denne filosofien støtte opp om lovgivers mening om at ikke enhver handling bør belegges med straff. Uansett hva man ender opp med, kan det påstås at argumentasjonsrekken i denne avhandlingen kan gi et litt større perspektiv rundt tematikken.

# Referanseliste

## Bøker

*Synonymer*, Kunnskapsforlaget H. Aschehoug & Co. (W.Nygaard) A/S og Gyldendal ASA, Oslo, 1. utgave 2003.

Miller, Franklin og Wertheimer, Alan, *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford University Press, New York 2009a.

Graver, Hans Petter, *hva er RETT*, Universitetsforlaget 2011.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 4. opplag, Universitetsforlaget 2015.

Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, 2. opplag, Fagbokforlaget 2017.

Eskeland, Ståle og Høgberg, Alf Petter, *Strafferett: basert på straffeloven 2005*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Gröning, Linda; Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019.

Jacobsen, Jørn, *Valdtektsstraffebudet: gjeldande rett og spørsmålet om reform*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2019.

Jacobsen, Jørn, «Karnov lovkommentar til straffeloven», i *Lovdata Pro* (2022) hentet 01.04.2022.

Duvaland, Lars, «Karnov lovkommentar til pasient- og brukerrettighetsloven», i *Lovdata Pro* (2022) hentet 13. april 2022.

Husabø, Erling Johannes, «Karnov lovkommentar til straffeloven», i *Lovdata Pro* (2022), hentet 16. april 2022.

## Artikler og nettsider

Opsahl, Torkel, «Strafferetten og menneskerettighetene», i: ... *den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Nils Christie, Asbjørn Kjørstad, Peter Lødrup (red), Universitetsforlaget 1990, s. 99-106.

Alexander, Larry, "The Moral Magic of Consent (II)", i: *Legal Theory*, 2 (1996), s. 165-174.

Hurd, Heidi, "The Moral Magic of Consent", i: *Legal Theory*, 2 (1996), s. 121-146.

Graver, Hans Petter, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», i: *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000, s. 429-476.

Miller, Franklin og Wertheimer, Alan, "Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent", i: *The Ethics of Consent: Theory and Practice* (2009b), s. 79-105.

Wertheimer, Alan, "Consent to Sexual Relations", i: *The ethics of Consent: Theory and Practice* (2009) s. 195-218.

Berg, Jessica, "Review of The Ethics of Consent, eds. Frankling G. Miller and Alan Wertheimer", i: *The American Journal of Bioethics* (2010) s. 71-72.

Frøberg, Thomas, "Til det rettslige voldtektsbegrepets genealogi», i: *Rettsikker radikaler: Festskrift til Ståle Eskeland*, Alf Petter Høgberg, Trond Eirik Schea og Runar Torgersen (red.), 2013, s. 31-56.

Bergelson, Vera, "The Meaning of Consent", i: *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol 12:171 (2014-2015), s. 171-180.

Bladini, Moa og Andersson, Wanna Svedberg, «Swedish rape legislation from use of force to voluntarines – critical reflections from an everyday life perspective», i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 95-125.

Jacobsen, Jørn og Skilbrei, May-Len, "Reforming the rape offence in Norwegian criminal law", i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 78-94.

Moa Bladini og Jacobsen, Jørn, "Introduction", i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 1-4.

Kripos, Voldtektssituasjonen i Norge 2019, Etterforskningsavdelingen, Seksjon for seksuallovbrudd, oktober 2020, s. 1-23, <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/voldtekt-og-seksuallovbrudd/voldtektssituasjonen-i-norge-2019.pdf>

Vestergaard, Jørn, “The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?”, i: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 5-32.

Hansen, Mette Kristine, “Identitetsteori”, i: *Store Norske Leksikon*, 31. juli 2021, <https://snl.no/identitetsteori>, hentet 01. april 2022.

Pèrez, Esmeralda Cecilie, “En medisinstudents tanker om samtykke”, i: *Tidsskrift den norske legeforening*, 8. mars 2021, <https://tidsskriftet.no/2021/03/debatt/en-medisinstudents-tanker-om-samtykke>, hentet 17. mars 2022.

Herlofson, Grete mfl., “Samtykke er en essensiell del av sex”, i: *Oslodebatten*, 08. mars 2022, <https://www.oslodebatten.no/samtykke-er-en-essensiell-del-av-sex/o/5-131-5809>, hentet 11. april 2022.

<https://naob.no/ordbok/-tekt>, hentet 05. mars 2022.

<https://naob.no/ordbok/selvtekt>, hentet 05. mars 2022.

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

## **Norske lover, forarbeider og andre offentlige publikasjoner**

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

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

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

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

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

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

NOU 1997: 23 Seksuallovbrudd: Straffelovkommisjonens delutredning VI

NOU 2008: 4 Fra ord til handling - bekjempelse av voldtekt krever handling

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

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

Dokument 8:96 S (2017–2018) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Petter Eide, Kari Elisabeth Kaski, Nicholas Wilkinson og Karin Andersen om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten oppriktig samtykke

Innst. 188 S (2017-2018) Innstilling fra justiskomiteen om representantforslag om endringer i straffeloven med sikte på at voldtekt blir definert som seksuell omgang uten samtykke

IS-2015-8 Rundskriv fra Helsedirektoratet til pasient- og brukerrettighetsloven

## **Utenlandsk rett**

Brottsbalk (1962:700) 21. december 1962

SFS 2005:90 Lag om ändring i brottsbalken

SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten

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

Bekendgørelse af straffeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 909 af 27. september 2005

Resumeet i lovforslag L 85 av 11. november 2020 til lov om ændring af straffeloven (Samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse)

<https://www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/l85/index.htm>

Bekendgørelse af straffeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1851 af 20. september 2021

Straffelovrådets betænkning nr. 1574/2020 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse

Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

## **Rettsavgjørelser**

Rt. 2002 s. 889

Rt. 2003 s. 687

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 1319

Rt. 2010 s. 466

HR-2018-1340-U

*M.C. v. Bulgaria*, 4. desember 2003, nr. 39272/98.

