

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

DERES REF.:
VÅR REF.: 327293

MEDLEMSNR.:
SAKSNR.:

DATO: 21.04.2023

Høring av NOU 2022:21 - Særuttalelse fra Advokatforeningens forsvarergruppe

1 Innledning

Forsvarergruppen viser til Advokatforeningens høringssvar til NOU 2022:21, som ble avgitt 13. april 2023. Forsvarergruppen støtter i all hovedsak Advokatforeningens høringssvar, men ønsker å komme med noen utdypende bemerkninger knyttet til lovutkastets § 294 bokstav b. Det skyldes at Advokatforeningen i sitt høringssvar ikke tar standpunkt til hvordan lovutkastets § 294 bokstav b burde utformes.

Forsvarergruppen av 1977 ble i 2012 innlemmet som en egen faggruppe i Advokatforeningen. Som en del av avtalen mellom Advokatforeningen og Forsvarergruppen ble Forsvarergruppen gitt eksplisitt adgang til å avgi særuttalelse hvis det skulle oppstå uenighet knyttet til innholdet i høringsuttalelser fra Advokatforeningen.

Hvordan prinsippet om frivillighet ved seksuell omgang bør nedfelles i straffelovgivningen er et svært viktig og aktuelt spørsmål. Siden Forsvarergruppen ble innlemmet i Advokatforeningen i 2012 har aldri adgangen til å avgi særuttalelse blitt brukt.

Lovutkastets § 294 er ment å erstatte straffeloven § 291 om voldtekt, og rammer de alvorligste krenkelsene av den seksuelle selvbestemmelsesretten. Forsvarergruppen støtter i hovedsak formuleringen i lovutkastets § 294 bokstav b. Forsvarergruppen mener imidlertid det bør klargjøres i gjerningsbeskrivelsen at den uttrykte motstanden mot seksuell omgang må være egnet til å bli forstått.

Forsvarergruppen vil sterkt advare mot et straffalternativ, i alle fall i det mest alvorlige straffebudet, hvor det forutsettes et samtykke for at seksuell omgang ikke skal rammes av bestemmelsen. Vi er også, i likhet med straffelovrådet selv, sterkt kritisk til rådets subsidiære lovforslag i punkt 27.6.4 som rammer den som har «seksuell omgang med noen som ikke i ord eller handling gir uttrykk for å ville det».

2 Nærmere om lovforslaget i § 294 bokstav b

Advokatforeningen har i sitt høringssvar punkt 6.2 fremhevet sentrale argumenter til støtte for Straffelovrådets forslag om ny § 294 bokstav b. Forsvarergruppen tilslutter seg disse synspunktene.

En rekke aktører har fremhevet at ny § 294 bokstav b må være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Det er Forsvarergruppen enig i. Det er imidlertid et behov for å klargjøre hvilke krav som følger av disse forpliktelsene.

Norsk lovgivning må være i overenstemmelse med både konstitusjonelle og folkerettslige krav. På strafferettens område innebærer det at lovgiver må balansere statens plikt til å kriminalisere, med de begrensninger grunnlovsbestemmelsene og EMK setter for hvor langt staten kan gå i å gripe inn i individers personlige integritet gjennom straffelovgivningen.

I 2017 ratifiserte Norge Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbulkonvensjonen). Istanbulkonvensjonens artikkel 36 regulerer seksuell vold, inkludert voldtekt. Det følger av artikkel 36 nr. 1 at medlemsstatene har en positiv plikt til å kriminalisere vaginal, anal eller oral penetrering av seksuell art av en annens kropp uten samtykke. Hva den positive plikten innebærer, er nærmere utdypet i den forklarende rapporten til Istanbulkonvensjonen. Av denne fremgår det uttrykkelig at det er opp til partene å velge ordlyden i straffebestemmelsene som gjennomfører konvensjonens artikkel 36, og at det videre er opp til partene å avgjøre hvilke faktorer som skal anses som samtykkeutelukkende.

Forsvarergruppen viser videre til et brev fra Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) til Straffelovrådet, datert 17.10.22 hvor det kommer frem at:

«Etter NIMs syn kan det [derfor] ikke konkluderes med at menneskerettighetene krever at Norge skal ha en lovgivning hvor manglende samtykke skal være gjerningsbeskrivelsen for voldtekt. Med andre ord betyr dette at forpliktelsene kan oppfylles gjennom en angivelse av situasjoner som utelukker samtykke til seksuell omgang. En slik angivelse må bygge på at samleie bare skal skje frivillig.»

Forsvarergruppen er av den klare oppfatning at lovforslaget § 294 bokstav b vil være i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser, og slutter seg til straffelovrådets grundige avveininger i tilknytning til hvilke konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser som påhviler Norge når det gjelder kriminalisering av seksuelle krenkelser.¹

Grunnloven etablerer, sammen med forpliktelsene etter EMK, et sett med rammer for hvordan straffelovens bestemmelser om seksuallovbrudd kan og må utformes. Det er disse rammene som må være det sentrale utgangspunktet for lovgiver ved vurderingen av hvordan ny voldtektsbestemmelse skal utformes.

Legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen er grunnleggende for borgernes rettssikkerhet, og for at rettstaten skal fungere. Legalitetsprinsippet krever at gjerningsbeskrivelsen i den nye voldtektsbestemmelsen må være så klar og presis at den enkelte kan forutse, med rimelig sikkerhet, at domfellelse og straff kan bli konsekvensen av dens handling. På denne bakgrunn mener Forsvarergruppen at det er særskilt viktig at en ny voldtektsbestemmelse har et kvalifiserende element, herunder at den uttrykte motstanden mot seksuell omgang må være egnet til å bli forstått.

Forsvarergruppen mener videre at straffelovrådets forslag til alternativ ordlyd: «*seksuell omgang med noen som ikke i ord eller handling gir uttrykk for å ville det*», ikke vil oppfylle det klarhetskravet som legalitetsprinsippet oppstiller. Forsvarergruppen viser i denne sammenheng til at forarbeidene til den danske, svenske og den nye finske voldtektsbestemmelsen legger til grunn at taushet eller passivitet innenfor en slik «bare ja betyr ja»-modell, etter omstendighetene kan tolkes som uttrykk for samtykke. En voldtektsbestemmelse som bygger på en slik modell krever at den enkelte må være svært oppmerksom på den andres kroppsspråk, og vil medføre stor usikkerhet.

¹ Se utredningens kapittel 18-20.

Det er grunn til å tro at en slik uklar bestemmelse vil ramme unge mennesker særlig hardt. Det skyldes blant annet at de har lite erfaring, og at det ofte er spesielt vanskelig å både vise og tolke kroppsspråk i ung alder. Forsvarergruppen mener videre at en voldtektsbestemmelse som bygger på en «bare ja er ja»-modell medfører usikkerhet til situasjoner hvor det kan være uklart hvilken seksuell handling partene samtykker til, og situasjoner hvor den ene parten først dagen etter innser og gir uttrykk for at hen egentlig ikke ville ha seksuell omgang. En voldtektsbestemmelse uten et kvalifiserende element innebærer en risiko for at noen kan begå en handling som rent objektivt oppfyller gjerningsbeskrivelsen for voldtekt, men hvor gjerningspersonen ikke har noen foranledning til å forstå at hen gjør noe straffbart.

Et praktisk eksempel er at fornærmede dagen etter blir seg bevisst at hen ikke ville ha seksuell omgang, og samtidig erkjenner at hen ikke på noe vis gav uttrykk overfor den andre parten at hen ikke ville. Den andre parten vil da ikke ha hatt noen mulighet for å forstå at fornærmede inni seg ikke ønsket å ha seksuell omgang. I en slik situasjon vil det bli et spørsmål om skyld, men objektivt sett vil det dreie seg om en voldtekt. Slik kan det ikke være.

Prinsippet om frivillighet innebærer at det må foreligge samtykke til enhver tid. En gjerningsbeskrivelse som bygger på en «bare ja er ja»-modell, hvor det avgjørende er hva partene føler inni seg, løser ikke spørsmålet om hvordan man skal sikre at det foreligger samtykke til enhver tid. Det gjør imidlertid en gjerningsbeskrivelse som bygger på en «nei er nei»-modell, fordi tilstanden da vil være lovlig frem til man møter noen av de kvalifiserte elementene i gjerningsbeskrivelsen, som for eksempel at den ene parten sier nei eller rister på hodet. Et samtykke må være aktivt, og lovutkastets § 294 bokstav b er en aktiv måte å avklare samtykke på. En bestemmelse hvor bevisvurderingen knytter seg til om det ble gitt uttrykk for et «ja» vil by på store praktiske utfordringer for de som skal benytte rettsregelen, og faren for uriktige domfellelser vil øke.

Den norske rettsstatens grunnleggende prinsipp er at én uriktig domfellelse er verre enn ti uriktige frifinnelser. Gjenoptakelsene av tidligere straffesaker de siste årene viser hvor galt det kan gå når grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper ikke følges.

Forsvarergruppen mener etter dette at gjerningsbeskrivelsen til ny voldtektsbestemmelse bør utformes med utgangspunkt i lovutkastets § 294 bokstav b, men at det må presiseres at den uttrykte motstanden mot seksuell omgang må være egnet til å bli forstått.

Vennlig hilsen

Marius O. Dietrichson
Leder av Forsvarergruppen
(Sign).