

Justitsministeriet  
Slotsholmsgade 10  
1216 København K  
E-mail: [jm@jm.dk](mailto:jm@jm.dk) og [chn@jm.dk](mailto:chn@jm.dk)

WILDERS PLADS 8K  
1403 KØBENHAVN K  
TELEFON 3269 8888  
MOBIL 91325719  
MIKL@HUMANRIGHTS.DK  
MENNESKERET.DK

DOK. NR. 20/00647-2

18. MARTS 2020

## **HØRING OVER STRAFFELOVRÅDETS BETÆNKNING NR. 1574/2020 OM EN FRIVILLIGHEDSBASERET VOLDTÆGTSBESTEMMELSE**

Justitsministeriet har ved e-mail af 19. februar 2020 anmodet om Institut for Menneskerettigheders eventuelle bemærkninger til Straffelovrådets betænkning nr. 1574/2020 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse.

Instituttet finder det positivt, at Straffelovrådet på anmodning fra Justitsministeriet har foretaget en nærmere gennemgang af straffelovens § 216 om voldtægt med fokus på, om bestemmelsen i tilstrækkelig grad afspejler, at seksuelle handlinger skal være frivillige.

Instituttet imødeser at modtage Justitsministeriets lovudkast i høring således, at instituttet får lejlighed til at forholde sig til udkastet til lovforslag, inden det fremsættes for Folketinget.

Instituttet har derudover følgende bemærkninger.

### **1. SAMMENFATNING**

I betænkningen fremlægger Straffelovrådet to forskellige bud på en nyaffattelse af straffelovens § 216. Et flertal på 10 medlemmer foreslår en ny voldtægtsbestemmelse baseres på frivillighed, mens et mindretal på ét medlem går ind for, at en ny voldtægtsbestemmelse konstitueres omkring samtykke.

Instituttet vurderer, at både flertallets og mindretallets forslag til udformning af en ny voldtægtsbestemmelse vil være et positivt menneskeretligt skridt. Dette skal bl.a. ses i lyset af anbefalinger fra GREVIO og FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder.

Instituttet kan sammenfatte sine væsentligste anbefalinger som følger:

### Den ene parts passivitet

I flertallets og mindretallets forslag til en ny bestemmelse om voldtægt i straffeloven er der i nogen tilfælde forskel på, hvilken betydning en parts passivitet har, og om der i sådanne tilfælde påhviler den passive part en forpligtelse til at sige fra, eller om den anden part i sådanne tilfælde må gøre noget for at sikre sig, at den passive part samtykker.

Spørgsmålet om passivitet har vist sig at være centralt i bedømmelsen i af voldtægtssager, og det er efter instituttets opfattelse af afgørende betydning, at bemærkningerne i det senere lovudkast indeholder præcise retningslinjer for, hvordan passivitet skal fortolkes.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at bemærkningerne til det senere lovudkast indeholder præcise retningslinjer for, hvordan passivitet fortolkes.

### Fokus på tidspunktet for samlejet

I flertallets og mindretallets forslag til en ny bestemmelse om voldtægt i straffeloven er der forskellige beskrivelser af, hvilken betydning forhold forud for gerningstidspunktet skal tillægges i vurderingen af, om der var tale om henholdsvis frivillighed eller et gyldigt samtykke.

Der har været sager ved de danske domstole efter den gældende voldtægtsbestemmelse, hvor forhold forud for et samleje er blevet tillagt en betydning, som efter instituttets opfattelse ikke stemmer overens med retten til seksuel selvbestemmelse, seksuel integritet og personlig frihed.

En person, der i et forløb har måttet udtrykke lyst til samleje, har til enhver tid ret til at ændre mening, hvorfor det således kun er personens adfærd i tidspunktet for samlejet, som bør tillægges betydning i forhold til, om der er tale om voldtægt.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at det i det senere lovudkast præciseres, at det er parternes adfærd i forbindelse med tidspunktet for samlejet, som er afgørende for vurderingen af, om der er tale om voldtægt.

### Forholdet til straffelovens § 218

Det fremgår af betænkningen, at et enigt Straffelovråd er af den opfattelse, at kriminaliseringen i straffelovens § 218 bør opretholdes.

Det er imidlertid ikke nærmere uddybet i betænkningen, hvad der skal til, for at en person med psykisk eller kognitivt handicap har deltaget frivilligt – eller omvendt, hvor meget der skal til, før man kan sige, at

personen ikke deltog frivilligt. En fastholdelse af kriminaliseringen i straffelovens § 218, uden at man forholder sig nærmere til afgrænsningen af den nye voldtægtsbestemmelse i § 216, vil medføre en risiko for, at voldtægter, hvor der i realiteten ikke forelå et samtykke eller frivillighed, alene bliver dømt efter § 218, fordi det ville være lettere at bevise.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at der i det senere lovudkast foretages en vurdering af fastholdelsen af kriminaliseringen i straffelovens § 218 og en nærmere afgrænsning overfor nyaffattelsen af straffelovens § 216, herunder en præcisering af om der overhovedet kan foreligge et gyldigt samtykke eller frivillighed i situationer, hvor en persons psykiske eller kognitive handicap udnyttes til at skaffe sig samleje med den pågældende.

## **2. BETÆNKNINGENS INDHOLD**

Straffelovrådet består af 11 personer. Straffelovrådet har på anmodning fra Justitsministeriet foretaget en nærmere gennemgang af straffelovens § 216 om voldtægt. Straffelovrådet har i den forbindelse også inddraget erfaringer fra en række andre lande, herunder Sverige.

Straffelovrådet har på baggrund af en gennemgang af alle afsagte domme om voldtægt i perioden 1. juli 2016 til 1. juli 2019 fundet, at den gældende bestemmelse i straffelovens § 216, stk. 1, og den retspraksis, der knytter sig hertil, ikke i tilstrækkelig grad afspejler det forhold, at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede parter.

Et enigt Straffelovråd foreslår, at straffelovens § 216 om voldtægt ændres således, at bestemmelsen dækker enhver form for ufrivillighed. En sådan udvidelse af det strafbare område vil gøre det klart, at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede parter. Det kan samtidig bidrage til en generel forståelse af, hvor grænserne går mellem acceptabel seksuel adfærd og strafbar seksuel adfærd, og vil medvirke til at tydeliggøre det strafferetlige værn, som består i beskyttelsen af den seksuelle selvbestemmelsesret og den seksuelle integritet. Endvidere vil det kunne medvirke til at markere samfundets afstandtagen fra seksuelle handlinger, som ikke er baseret på frivillighed (betænkningens kapitel 6, afsnit 2.3).

Foruden at være enige om, at straffelovens § 216 skal nyaffattes, er Straffelovrådets medlemmer enige om følgende:

- At betegnelsen "voldtægt" fortsat bør anvendes (betænkningens kapitel 6, afsnit 4)
- At kriminaliseringen af en række bestemmelser i straffeloven om meget forskelligartede seksuelle overgreb bør opretholdes (betænkningens kapitel 6, afsnit 5)
- At der ikke er fornødent grundlag for at kriminalisere uagtsom voldtægt (betænkningens kapitel 6, afsnit 6.3)
- At der ikke længere bør straffes for uagtsomhed i forhold til, om den anden person var i en tilstand, hvor den pågældende var ude af stand til at modsætte sig handlingerne (straffelovens § 216, stk. 1, nr. 2, jf. § 228). Det skyldes, at både flertallet og mindretallets forslag til en ny bestemmelse vil dække de situationer, hvor der i dag vil kunne straffes for sådan uagtsomhed (betænkningens kapitel 6, afsnit 6.3.1).

Straffelovrådet er imidlertid også uenige på en række punkter og har delt sig i et flertal på 10 medlemmer og et mindretal på ét medlem. Flertallet går ind for, at en ny voldtægtsbestemmelse baseres på frivillighed, mens mindretallet går ind for, at en ny voldtægtsbestemmelse konstitueres omkring samtykke.

Flertallet og mindretallet er kommet med hver sit bud på en nyaffattelse af straffelovens § 216 om voldtægt med tilhørende bemærkninger (betænkningens kapitel 7).

### **3. MENNESKERETTEN**

#### **3.1. BESKYTTELSE AF VOLDTÆGTSOFRE**

Voldtægt udgør tortur, og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling efter en række menneskerettighedskonventioner.<sup>1</sup> Herudover følger det af FN's Konvention om Afskaffelse af Alle Former for Diskrimination Imod

---

<sup>1</sup> Se eksempelvis Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 3, jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Aydin mod Tyrkiet, sagsnummer 57/1996/676/866, dom af 25. september 1997, præmis 86) og FN's Konvention mod Tortur og Anden Grusom, Umenneskelig eller Nedværdigende Behandling eller Straf, FN's Konvention om Borgerlige og Politiske rettigheder og FN's Konvention om Afskaffelse af Alle Former for Diskrimination imod Kvinder defineres seksuelle voldtægt i visse tilfælde som tortur, se pkt. 16 og fodnote 22 i FN's Komité for Afskaffelse af Alle Former for Diskrimination Imod Kvinder, General Recommendation no. 35 on gender-based violence against women.

Kvinder, at staten har en positiv forpligtelse til at forebygge, efterforske og retsforfølge kønsbaseret vold, herunder seksuelle overgreb.<sup>2</sup>

Særligt følger det af Europarådets Konvention til Forebyggelse og Bekæmpelse af Vold mod Kvinder og Vold i Hjemmet (Istanbulkonventionen), artikel 36, at parternes straffelovgivning skal kriminalisere de i artikel 36, stk. 1, litra a-c, nævnte handlinger, når der ikke er givet frit samtykke.

Det fremgår af den forklarende rapport til Istanbulkonventionen, at det er op til de kontraherende stater at bestemme lovens specifikke ordlyd og hvilke faktorer, der anses for at udelukke et frit samtykke.<sup>3</sup> Deltagerstaterne har derfor en vis skønsmargin i efterlevelsen af Istanbulkonventionens forpligtelse.

Det fremgår endvidere af den forklarende rapport, at staterne "when assessing the constituent element of offences" skal være opmærksom på Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis. Der henvises i rapporten til *M.C. mod Bulgarien*, der gennemgås nedenfor.<sup>4</sup>

Ekspertgruppen under Istanbulkonventionen, GREVIO,<sup>5</sup> kortlagde i november 2017 Danmarks implementering af konventionen.<sup>6</sup> GREVIO anbefaler ("*strongly encourages*"), at Danmark ændrer reglerne om seksualforbrydelser, så reglerne bliver baseret på et krav om et frit givet samtykke. GREVIOs anbefalinger er ikke juridisk bindende.

Ifølge GREVIO vil samtykkebaseret voldtægtslovgivning medføre en kriminalisering af ufrivilligt samleje, hvor gerningsmanden ikke har måtte ty til vold eller trusler. Samtidig vil en lovændring give

---

<sup>2</sup> FN's Komité for Afskaffelse af Alle Former for Diskrimination Imod Kvinder, General Recommendation no. 35 on gender-based violence against women, pkt. 23.

<sup>3</sup> Europarådet, Explanatory Report – CETS 210 – Violence against women and domestic violence, pkt. 193.

<sup>4</sup> Europarådet, Explanatory Report – CETS 210 – Violence against women and domestic violence, pkt. 191.

<sup>5</sup> GREVIO står for Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence. GREVIO er et uafhængigt ekspertorgan, som monitorerer medlemsstaternes implementering af Istanbulkonventionen.

<sup>6</sup> GREVIOs Baseline Evaluation Report – Denmark, 2017. Tilgængelig på: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/denmark>

domstolene mulighed for at fokusere på, om forurettede gav samtykke, og om gerningsmanden forstod, at der ikke forelå samtykke.<sup>7</sup>

Ofre for seksualforbrydelser har ret til en effektiv efterforskning og retsforfølgning. Dette fremgår af dommen *M.C. mod Bulgarien*<sup>8</sup> fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor Domstolen slog fast, at statens forpligtelser efter artikel 3 om forbud mod tortur og artikel 8 om ret til bl.a. respekt for fysisk integritet i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kræver kriminalisering samt effektiv efterforskning og retsforfølgning af enhver seksuel handling uden samtykke – også selvom offeret ikke har gjort fysisk modstand.<sup>9</sup>

Domstolen konkluderede i *M.C. mod Bulgarien*, at staten ikke havde levet op til sine positive forpligtelser efter artikel 3 og 8 på grund af en mangelfuld efterforskning i en voldtægtssag. De bulgarske myndigheder havde opgivet påtale i sagen med den begrundelse, at handlingerne ikke kunne anses for omfattet af den bulgarske straffelov, medmindre ofret var blevet tvunget til samleje ved fysisk vold eller trusler. I sagen var der ingen beviser på, at ofret havde gjort modstand.<sup>10</sup>

Domstolen undersøgte efterforskningen i den konkrete sag og fandt, at anklageren havde afskrevet muligheden for at bevise et manglende samtykke med den begrundelse, at der ikke var bevis for, at ofret havde modsat sig voldtægten. Domstolen udtalte:

” The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of “direct” proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent.”<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> GREVIOs Baseline Evaluation Report – Denmark, 2017, pkt. 177.

<sup>8</sup> Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *M.C. mod Bulgarien*, sagsnummer 39272/98, dom af 4. december 2003.

<sup>9</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 317 og 800 med henvisning til *M.C. mod Bulgarien*.

<sup>10</sup> Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *M.C. mod Bulgarien*, sagsnummer 39272/98, dom af 4. december 2003, præmis 64.

<sup>11</sup> *M.C. mod Bulgarien*, præmis 181.

Domstolen fandt en krænkelse, da myndighederne havde haft et for stort fokus på, om der var et "direkte" bevis på voldtægt ("direct" proof of rape) i form af beviser på fysisk modstand.<sup>12</sup>

FN's Komite for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder anbefalede i november 2019 i sine sammenfattende bemærkninger bl.a., at Danmark indarbejder et samtykke-element i den juridiske definition af voldtægt.<sup>13</sup> Komitéens anbefalinger er ikke juridisk bindende.

### 3.2. BESKYTTELSE AF TILTALTE

I en straffesag antages den tiltalte at være uskyldig, indtil anklageren har løftet bevisbyrden. Dette grundlæggende princip inden for straffeprocessen kaldes uskyldsformodningen. Princippet fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 2. Det følger af uskyldsformodningen, at anklagemyndigheden har bevisbyrden i straffesager, og at enhver rimelig tvivl skal komme tiltalte til gode (*in dubio pro reo*). Det vil dermed udgøre en krænkelse af artikel 6, stk. 2, hvis den tiltalte pålægges bevisbyrden for sin uskyld.<sup>14</sup>

Et andet grundlæggende princip, der beskytter den tiltalte, er, at det kun er loven, der kan definere en forbrydelse og foreskrive straf (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dette legalitetskrav kommer til udtryk i EMRK artikel 7.<sup>15</sup>

Det følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at det efter straffebestemmelsens ordlyd, formål, forarbejder og anvendelse i praksis på gerningstidspunktet skal være forudsigeligt, at

---

<sup>12</sup> M.C. mod Bulgarien, præmis 185; Se også *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, Kjølbro, 4. udgave, 2016, s. 317.

<sup>13</sup> Concluding Observations fra FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder i forbindelse med den sjette periodiske rapportering af Danmark, pkt. 43-44, tilgængelig på: <https://um.dk/~media/UM/Danish-site/Documents/Udenrigspolitik/ICECR%20COBs%20Denmark%20E%20C12%20DNK%20CO%206%20%20ENG%20%20AUV.pdf?la=da>.

<sup>14</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 650 f. med henvisning til Allen mod Storbritannien (præmis 93-94) og Barberà, Messegué og Jabardo mod Spanien (præmis 77).

<sup>15</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 742 ff.

gerningsmanden risikerer domfældelse og straf.<sup>16</sup> Det betyder dog ikke, at straffebestemmelser med vage formuleringer nødvendigvis vil være i strid med artikel 7, hvis personen på baggrund af de førnævnte kilder – og eventuel efter juridisk rådgivning – kan forudsige sin retsstilling.<sup>17</sup>

Kravet om klar og præcis hjemmel bestyrkes, når der er tale om nykriminalisering og overgreb, som er svære at bevise.<sup>18</sup>

#### **4. INSTITUTTETS BEMÆRKNINGER TIL BETÆNKNINGEN**

Instituttet vurderer, at både flertallets og mindretallets forslag til udformning af en ny voldtægtsbestemmelse vil være et positivt menneskeretligt skridt. Dette skal bl.a. ses i lyset af anbefalingen fra GREVIO og FN's Komité for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder.

Det skyldes bl.a., at retten til selvbestemmelse og den seksuelle og personlige integritet kommer i fokus, som både flertallet og mindretallet henviser til, og at fokus for efterforskningen i højere grad bliver, om den seksuelle handling var frivillig, end om offeret gjorde modstand.<sup>19</sup>

Instituttet vil i det følgende på baggrund af de to forslag til en ny bestemmelse komme med anbefalinger til, hvordan en ny bestemmelse kan sikre den fornødne klarhed, og for at sikre, at en ny bestemmelse fører til de tilsigtede ændringer i samfundet.

##### **4.1. FORSKEL PÅ SAMTYKKE OG FRIVILLIGHED**

---

<sup>16</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 744 med henvisning til Sud Fondi Srl m.fl. mod Italien (præmis 111-118).

<sup>17</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 744 med henvisning til Cantoni mod Frankrig (præmis 32), Khodorkovskiy og Lebedev mod Rusland (præmis 791) og Ashlarba mod Georgien (præmis 35-41).

<sup>18</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 4. udgave, 2016, s. 744 med henvisning til retspraksis.

<sup>19</sup> Institut for Menneskerettigheder, Notat om vurderingen af samtykkebaseret voldtægtslovgivning i lyset af Danmarks menneskeretlige forpligtelser, 2. maj 2019, afsnit 2, tilgængelig her, [https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/policy\\_briefs/notat\\_om\\_vurderingen\\_af\\_samtykkebaseret\\_voldtaegtslovgivning.pdf](https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/policy_briefs/notat_om_vurderingen_af_samtykkebaseret_voldtaegtslovgivning.pdf).



Rent sprogligt kan man tale om, at et samtykke handler om at erklære sig enig i noget eller om at give sin tilslutning til noget. Frivillighed er at gøre noget af egen fri vilje; noget som ikke er tvunget.

Det fremgår således også af bemærkningerne til flertallets lovudkast, at begrebet frivillighed er udtryk for, at en person deltager af sin egen frie vilje. Det fremgår endvidere, at frivilligheden skal være kommet til udtryk gennem ord eller handling (betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 177). Herudover fremgår det, at hvis frivilligheden ikke er kommet til udtryk gennem ord eller handling, vil de konkrete omstændigheder have betydning for vurderingen af, om et samleje kan anses for frivilligt eller ufrivilligt (betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 180).

Det fremgår endvidere, at der i nogle tilfælde vil være en "formodning for frivillighed, og det påhviler derfor i stedet normalt den passive at sige fra, for at samlejet skal anses for ufrivilligt", jf. betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 180.

Af bemærkningerne til mindretallets lovudkast fremgår det, at det må afhænge af en konkret og samlet vurdering, om deltagelse i samleje kan anses for at være sket med samtykke, men at der ikke stilles krav om, at samtykket skal være udtrykt direkte eller i øvrigt på en bestemt måde (betænkningens kapitel 7, afsnit 4, side 188).

Det fremgår endvidere af betænkningen, at det er mindretallets opfattelse, at der er forskel på de to udtryk (frivillighed og samtykke), når de skal anvendes i praksis i relation til samleje. "Samtykke henviser til en form for enighed og dermed noget gensidigt, mens frivillighed peger i retning af den enes efterkommelse af den andens ønske. Det kan være fraværet af modstand, der gør samlejet frivilligt, ikke nødvendigvis det fælles ønske om at have samleje", jf. betænkningens kapitel 6, afsnit 3.4, side 139.

Det er instituttets opfattelse, at der med en formodning for frivillighed, hvor det påhviler den passive part at sige fra, kan være risiko for, at det er fraværet af modstand, der gør samlejet frivilligt. Frivilligheden kan i sådanne tilfælde siges at bygge på den opfattelse, at samleje sker som efterkommelse af den andens ønske og dermed ikke et gensidigt ønske fra parterne.

En voldtægtsbestemmelse baseret på samtykke vil således sende et stærkt signal om, at alle mennesker uanset køn og seksualitet har en lige ret til seksuel selvbestemmelse, seksuel integritet og personlig

frihed. Og at begge parter i et samleje har pligt til at sikre sig, at den anden part ønsker samlejet.

#### **4.2. DEN ENE PARTS PASSIVITET**

Det fremgår af bemærkningerne til flertallets lovudkast, at den ene parts passivitet under et samleje i nogle tilfælde kan være udtryk for frivillighed eller et udtryk for ufrivillighed (betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 179 f.).

Endvidere fremgår det, at i nogle tilfælde "vil der være en formodning for frivillighed, og det påhviler derfor i stedet normalt den passive at sige fra, for at samlejet skal anses for ufrivilligt", jf. betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 180.

Det fremgår af bemærkningerne til mindretallets lovudkast, at hvis den ene part er total passiv under et samleje, så er der en formodning for, at den passive part ikke samtykker, hvorved den anden part må gøre noget for at sikre sig, at den passive part samtykker, jf. betænkningens kapitel 7, afsnit 4, side 189.

I præmis 15 i den svenske Højesterets dom af 11. juli 2019, forholdt den svenske Højesteret sig bl.a. til spørgsmålet om passivitet fra forurettedes side<sup>20</sup>:

" Frivillighetsrekvisitet tar sikte på det faktiska handlandet och inte på personens inre inställning, samtidigt som det i förarbetena anges att passivitet kan ge uttryck för samtycke. Det sagda innebär att passivitet kan utgöra ett uttryck för att deltagandet inte är frivilligt men också ett uttryck för ett frivilligt deltagande. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. Den sistnämnda regeln måste anses innebära att utrymmet för att bedöma en ren passivitet som uttryck för ett val att delta i en sexuell handling är begränsat. Bedömningen av om deltagandet har varit frivilligt eller inte ska grundas på situationen i dess helhet."

Det tyder på, at vurderingen af, om der foreligger frivillighed i passivitetstilfælde efter svensk ret, må bero på en konkret vurdering i de enkelte tilfælde. Idet spørgsmålet om passivitet har vist sig at være centralt i bedømmelsen af voldtægter, er det af afgørende betydning,

---

<sup>20</sup> Högsta Domstolens dom af 11. juli 2019, B 1200-19, side 7-8, tilgængelig på, <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstodomstolen/avgoranden/2019/b-1200-19.pdf>.

at bemærkningerne i det senere lovudkast indeholder præcise retningslinjer for, hvordan passivitet skal fortolkes.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at bemærkningerne til det senere lovudkast indeholder præcise retningslinjer for, hvordan passivitet fortolkes.

#### **4.3. FOKUS PÅ TIDSPUNKTET FOR SAMLEJET**

Det fremgår af bemærkningerne til flertallets lovudkast, at forløbet op til et samleje vil kunne indgå i den samlede konkrete vurdering, der skal foretages af, om der var tale om frivillighed.

Endvidere fremgår det, at det bl.a. gælder ”parternes eventuelle forudgående kontakt og handlinger. Det kan f.eks. være relevant for bedømmelsen, om parterne inden samlejet har lagt op til, at der skulle finde samleje sted. Flirtende adfærd på et tidspunkt forud for samlejet eller det forhold, at den ene part går med den anden part hjem, kan ikke i sig selv karakteriseres som en seksuelt betonet optakt til samleje, ligesom det heller ikke i sig selv kan anses som udtryk for, at den pågældende er indforstået med samleje, eller føre til, at et samleje skal anses for frivilligt. Hvis den ene part har lagt et stort pres på den anden part, eller hvis parterne inden samlejet har været i et skænderi eller slagsmål, påhviler der den initiativtagende part en forpligtelse til at sikre, at den anden part er indforstået”, jf. betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 181.

Det fremgår af bemærkningerne til mindretallets lovudkast, at det er gerningstidspunktet, som er afgørende for, om der foreligger et gyldigt samtykke. Det bemærkes endvidere af mindretallets lovudkast, at det ikke skal tillægges betydning, hvad der gik forud for tidspunktet for samlejet, hvis adfærden ikke bekræftes i tidspunktet for samlejet, jf. betænkningens kapitel 7, afsnit 4, side 188.

I Østre Landsret dom af 15. august 2016 (U.2016.3880 Ø)<sup>21</sup> blev en persons adfærd forud for gerningstidspunktet tillagt vægt, idet personen gennem sin tidligere adfærd (”danset frækt i forsamlingshuset”) havde kunnet give indtryk af, at personen havde indvilliget i et senere samleje.

Instituttet bemærker, at en person, der i et forløb har måttet udtrykke lyst til samleje, til enhver tid må have ret til at ændre mening, hvorfor

---

<sup>21</sup> Ø.L.D. 15. august 2016 i anke 11. afd. S-1169-16.

det således kun er personens adfærd i tidspunktet for samlejet, som bør tillægges betydning i forhold til, om der er tale om voldtægt.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at det i det senere lovudkast præciseres, at det er tidspunktet for samlejet, som er afgørende for vurderingen af, om der er tale om voldtægt.

#### **4.4. FORHOLDET TIL STRAFFELOVENS § 218**

Efter den nugældende straffelovs § 218 straffes den, der ved udnyttelse af en anden persons sindssygdom eller mentale retardering skaffer sig samleje med den pågældende, med fængsel indtil 4 år. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse med hensyn til andet seksuelt forhold end samleje, jf. straffelovens § 225.

Efter gældende ret anses udnyttelse af nogens psykiske eller kognitive handicap for at skaffe sig samleje med vedkommende således ikke som voldtægt i modsætning til de forskellige former for ulovlig tvang, jf. straffelovens § 260. Det anses desuden som mindre strafværdigt, jf. strafferammerne på 4 henholdsvis 8 år.

Det fremgår af betænkningen, at der kan forekomme situationer, hvor den sindssyge eller mentalt retarderede frivilligt har samleje med en person og tilkendegiver dette, men hvor der alligevel foreligger en udnyttelse eller et misbrug fra gerningsmandens side. En sådan overtrædelse bør ifølge et enigt Straffelovråd fortsat kunne straffes, og rådet er derfor af den opfattelse, at kriminaliseringen i straffelovens § 218 bør opretholdes, jf. betænkningens kapitel 6, afsnit 5.2, side 143.

Det bemærkes, at det ikke er nærmere uddybet i betænkningen, hvad der skal til, for at en person med psykisk eller kognitivt handicap har deltaget frivilligt – eller omvendt, hvor meget der skal til, før man kan sige, at personen ikke deltog frivilligt. En fastholdelse af kriminaliseringen i straffelovens § 218, uden at man forholder sig nærmere til afgrænsningen af den nye voldtægtsbestemmelse i § 216, vil medføre en risiko for nedsubsumering i retspraksis. Altså en risiko for, at voldtægter, hvor der i realiteten ikke forelå et samtykke eller frivillighed, alene bliver dømt efter § 218, fordi det ville være lettere at bevise.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at der i det senere lovudkast foretages en vurdering af fastholdelsen af kriminaliseringen i straffelovens § 218 og en nærmere afgrænsning overfor nyaffattelsen af straffelovens § 216, herunder en præcisering af om der overhovedet kan foreligge et gyldigt samtykke eller frivillighed i situationer, hvor en persons

psykiske eller kognitive handicap udnyttes til at skaffe sig samleje med den pågældende.

#### **4.5. EFTERFØLGENDE FRIVILLIGHED**

Det fremgår af bemærkningerne til flertallets lovudkast, at det vil være strafbart at indlede et samleje med en person, som ved bl.a. ord eller handling tilkendegiver, at vedkommende ikke vil have samleje. En part vil imidlertid på ethvert tidspunkt kunne ændre mening og i stedet gå med til det igangværende samleje, hvilket i så fald vil betyde, at der fra det tidspunkt ikke vil være tale om voldtægt (betænkningens kapitel 7, afsnit 2, side 179).

Det fremgår imidlertid ikke af betænkningen, hvordan forløbet forud for, at samlejet bliver frivilligt, skal vurderes. Det fremgår således ikke, om det er flertallets opfattelse, at der i sådanne tilfælde vil være tale om voldtægt, eller om der ikke vil være tale om voldtægt.

- Institut for Menneskerettigheder anbefaler, at det i det senere lovudkast tydeliggøres, om der vil være tale om voldtægt frem til det tidspunkt, hvor en part går med til et igangværende samleje.

#### **4.6. FOREBYGGENDE TILTAG**

Et enigt Straffelovråd nævner i betænkningen, at rådet ikke har mulighed for at komme med nærmere forudsigelser, om og i hvilket omfang en ny voldtægtsbestemmelse vil have en generalpræventiv effekt, jf. betænkningens kapitel 6, afsnit 9, side 173.

Instituttet vil gerne fremhæve vigtigheden af, at der i forlængelse af en ny lovgivning om voldtægt tages initiativ til en række forskellige forebyggende tiltag, der har til formål at forebygge seksuelle overgreb og modvirke uhensigtsmæssige normer for køn, sex og grænser blandt især unge. Det vil være vigtigt at sikre oplysningsindsatser og undervisning til børn og unge, samt til undervisere og fagpersoner, der har ansvar for børn og unge.

Der henvises til ministeriets sagsnummer 2020-730-0367.

Med venlig hilsen

Louise Holck  
VICEDIREKTØR