



Seksuel vold i dansk ret

Af Lisa Dalgas

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	4
1.1. Problemformulering	5
1.2. Emneafgrænsning og opbygning	6
1.3. Metode.....	6
1.4. Terminologi	8
2. Istanbulkonventionens artikel 36.....	9
2.1. Konventionens tilblivelse	10
2.2. Møderapporterne fra CAHVIO's arbejde.....	11
2.3. Gennemgang af artikel 36 – Seksuel vold, herunder voldtægt.....	12
2.3.1. Stk. 1	13
2.3.2. Stk. 2.....	14
2.3.3. Stk. 3.....	14
2.4. Sammenfatning - anvendelsesområdet af artikel 36	15
3. Den danske straffelov	17
3.1. Straffelovens § 216 (voldtægt)	17
3.1.1. Bestemmelsens historiske udvikling	18
3.1.2. Gerningsindholdet	20
3.1.3. Sammenfatning.....	24
3.2. Straffelovens § 218 (udnyttelse af forurettedes tilstand).....	25
3.3. Straffelovens § 220 (groft misbrug af afhængighed).....	26
3.4. Straffelovens § 221 (svig).....	26
3.5. Straffelovens § 225 (andet seksuelt forhold end samleje)	26
3.6. Straffelovens § 228 (uagtsomhed med hensyn til forurettedes tilstand eller alder).....	27
3.7. Straffelovens § 232 (blufærdighedskrænkelser)	28
3.8. Sammenfatning.....	29
4. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i sagen M.C. mod Bulgarien	32
4.1. Sagens faktum	32
4.1.1. Sagens videre forløb	33
4.1.2. Sagen ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	34
4.2. Afgørelsens rækkevidde	36
4.3. Sammenfatning.....	38
5. Retspraksis – med fokus på offerets modstand og forsætsvurderingen.....	39

5.1. Fældende afgørelser.....	40
5.1.1. Afgørelsernes betydning.....	42
5.2. Frifindende afgørelser	44
5.2.1. Afgørelsernes betydning.....	47
5.3. Sammenfatning.....	49
6. Den danske retstilstand og Istanbulkonventionens artikel 36.....	54
6.1. GREVIO's evalueringsrapport fra 2017.....	54
6.2. Delkonklusion.....	55
6.3. Seksuel vold som juridisk begreb.....	59
7. Straffelovrådets kommissorium af 25. april 2019 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse.....	62
7.1. Andre EU-landes voldtægtsbestemmelser.....	65
7.1.1. Norge.....	65
7.1.2. Sverige.....	66
7.1.3. Tyskland	67
7.2. Sammenfatning.....	68
7.3. Hensigtsmæssigheden af en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse	71
8. Konklusion	74
9. Abstract.....	77
10. Litteraturliste	79

1. Indledning

Den 25. april 2019 blev et beslutningsforslag om at ændre den gældende voldtægtsbestemmelse i straffeloven forkastet.¹ Formålet med beslutningsforslaget var – med afsæt i Istanbulkonventionens² anbefalinger – at indføre en ny voldtægtsbestemmelse baseret på samtykke. Beslutningsforslaget var en genfremsættelse af et tidligere beslutningsforslag, B 12, som var en let revideret genfremsættelse af et tidligere beslutningsforslag, B 40.³ Til trods for at alle beslutningsforslagene er blevet forkastet, udtrykte regeringen og Dansk Folkeparti for første gang, at de var positivt stemt over for en ændring af voldtægtsbestemmelsen. De var dog ikke enige med oppositionen i, at det var realistisk at nå en sådan ændring inden for den indeværende samling, hvorfor de stemte imod. Regeringen påpegede samtidig, at de havde bedt det nyligt gennedsatte Straffelovråd⁴ om at foretage en grundig gennemgang af straffelovens voldtægtsbestemmelse samt fremkomme med konkrete forslag til en voldtægtsbestemmelse, der er baseret på frivillighed og således ikke på samtykke.⁵

Regeringen har siden år 2002 udarbejdet fire nationale handlingsplaner til bekæmpelse af vold mod kvinder og børn og sidenhen en til bekæmpelse af vold i nære relationer.⁶ Herudover fremlagde daværende justitsminister, Søren Pind, i 2016 udspillet *”Respekt for voldtægtsofre”*, der skulle sætte klare rammer for politiets arbejde med voldtægtssager og sikre, at ofre for voldtægt mødes på en værdig og ordentlig måde.⁷ Udspillet kom efter, at straffen for voldtægt netop var blevet skærpet.⁸

Samtidig med ovenstående har et enstemmigt Folketing den 26. marts 2019 vedtaget at kriminalisere psykisk vold.⁹ Med det vedtagne lovforslag er der blevet indsat en bestemmelse i straffelovens § 243, som fastslår, at den, som tilhører eller er nært knyttet til en andens husstand

¹ FT 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 146.

² Europarådets konvention til forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet (herfra ”Istanbulkonventionen”).

³ FT 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 12 og FT 2016-17, Beslutningsforslag nr. B 40.

⁴ <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2019/nye-medlemmer-til-straffelovraadet-er-udpeget> [besøgt 25. april 2019].

⁵ FT 2018-19, Tillæg F, 88. møde, torsdag den 25. april 2019, kl. 10.00, side 9, pkt. 19, 1. (eneste) behandling af beslutningsforslag nr. B 146.

⁶ Alle handlingsplaner kan tilgås på følgende side: <http://um.dk/da/ligestilling/vold-i-familien/handlingsplaner/> [besøgt 21. februar 2019].

⁷ <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2016/nyt-udspil-fra-justitsministeren-respekt-voldtægtsofre> [besøgt 21. februar 2019].

⁸ Lov nr. 635 af 8. juni 2016 om ændring af straffeloven (Skærpelse af straffen for voldtægt og for samleje med et barn under 15 år ved udnyttelse af fysisk og psykisk overlegenhed).

⁹ Lov nr. 139 af 26. marts 2019 om ændring af straffeloven og forskellige andre love (Selvstændig bestemmelse om psykisk vold).

eller tidligere har haft en sådan tilknytning til husstanden, og som gentagne gange over en periode udsætter den anden for groft nedværdigende, forulempende eller krænkende adfærd, der er egnet til utilbørligt at styre den anden, straffes for psykisk vold. Det fremgår af Justitsministeriets pressemeddelelse af 9. januar 2019, at en bred kreds af aktører har været inddraget i arbejdet med bestemmelsen.¹⁰

Ovenstående eksempler viser en tendens inden for de seneste år i strafferetten og den politiske debat, der omgiver den; der er kommet et stigende fokus på ofres stilling, vold – i flere afskygninger – og særligt voldtægtsområdet. Denne udvikling har bl.a., som nævnt, medført indsættelse af en selvstændig bestemmelse om psykisk vold i straffeloven og har i forhold til voldtægt affødt, at Straffelovrådet er blevet bedt om at fremkomme med konkrete forslag til en voldtægtsbestemmelse baseret på frivillighed.¹¹

Denne udvikling og den aktuelle debat i relation til disse emner i strafferetten skaber grobund for at undersøge dels det område, som Straffelovrådet aktuelt arbejder med – voldtægt – men også det, der kan siges at være beslægtet med voldtægt og som lægger i tråd med det stigende fokus på voldsområdet; seksuel vold.

Flere aktører på området¹² har påberåbt, at den nugældende voldtægtsbestemmelse i den danske straffelovs § 216, ikke er i overensstemmelse med de krav, som Istanbulkonventionens artikel 36 om seksuel vold, herunder voldtægt, stiller. På samme måde henvises der i de ovenstående beslutningsforslag til artikel 36, hvorfor udgangspunktet for dette speciale vil være denne bestemmelse.

1.1. Problemformulering

Er artikel 36 om seksuel vold, herunder voldtægt, i Europarådets konvention til forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet, korrekt implementeret i dansk ret?

For at besvare denne problemformulering foretages en analyse af dansk straffelovgivning og retspraksis, ligesom andre EU-landes lovgivning samt erfaringer herom inddrages.

¹⁰ <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2019/nyt-lovforslag-ligestiller-psykisk-og-fysisk-vold>. [besøgt 21. februar 2019].

¹¹ Straffelovrådets kommissorium om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse af 25. april 2019, Ligestillingsudvalget 2018-19, LIU Alm. del – endelig svar på spørgsmål 25 (herfra ”Straffelovrådets kommissorium”).

¹² Følgende aktører kan bl.a. nævnes: KVINFO, https://kvinfo.dk/voldtaegt-og-samtykke-i-international-ret/?fbclid=IwAR2Spkw_UpKteGWDJxR4oY3CqRDcDeMila-HWdh9no8ARQriTqgye8Sf-n8 [besøgt 7. maj 2019] og Amnesty, Amnesty International, ””Giv os respekt og retfærdighed!” Adgang til retfærdighed for kvindelige voldtægtsoverlever i Danmark”, 2019, side 18.

1.2. Emneafgrænsning og opbygning

Formålet med nærværende speciale er, at undersøge om Istanbulkonventionens artikel 36 er korrekt implementeret i dansk ret. Bestemmelsen forudsætter kun, at den forsætlige udøvelse af en række nærmere oplistede handlinger kriminaliseres. Af hensyn til specialets omfangsmæssige rammer vil tilregnelseskravet "uagtsomhed" i relation til de enkelte handlinger, således som udgangspunkt lægge uden for det, der undersøges i specialet.

Specialet vil have et særligt fokus på voldtægtsområdet, hvilket også afspejles i opbygningen; I specialets afsnit 2 vil Istanbulkonventionens artikel 36 blive gennemgået, herunder dens tilblivelse, hvorefter udvalgte bestemmelser i den danske straffelov vil blive gennemgået i afsnit 3, herunder med et særligt fokus på voldtægtsbestemmelsen udvikling. Dernæst vil specialet i afsnit 4 vurdere rækkevidden af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter EMD) afgørelse i sagen M.C. mod Bulgarien, hvorefter specialet i afsnit 5 vil undersøge en række danske frifindende og fældende afgørelser i voldtægtssager. Dette efterfølges af en vurdering i afsnit 6 af, om Istanbulkonventionens artikel 36 kan siges at være implementeret korrekt i dansk ret, herunder med inddragelse af GREVIO's evalueringsrapport om Danmark fra 2017, ligesom det vil blive vurderet, om seksuel vold er et hensigtsmæssigt begreb at benytte inden for strafferetten. Afslutningsvist vil dette speciale i afsnit 7 undersøge Straffelovrådets kommissorium om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse set i lyset af bl.a. erfaringer fra andre europæiske lande, der allerede har netop sådanne voldtægtsbestemmelser.

1.3. Metode

Dette speciale søger at afdække, hvorvidt Istanbulkonventionens artikel 36 er korrekt implementeret i dansk ret. Til dette formål anvendes den retsdogmatiske metode, hvor det ved at kigge på lovgivning, retspraksis, forarbejder og juridisk litteratur forsøges at udlede, hvorvidt dansk ret er i overensstemmelse med Istanbulkonventionens artikel 36.

Nærværende speciale indeholder således indledningsvist en gennemgang af Istanbulkonventionens artikel 36. Konventionen er udarbejdet i regi af Europarådet, og den er derfor kun forpligtende for de medlemsstater, der har valgt at tiltræde den. I forbindelse med gennemgangen af konventionen vil møderapporterne fra arbejdet med konventionen blive inddraget i det omfang, de er relevante for dette speciale. Møderapporterne kan ikke tillægges selvstændig retskildemæssige værdi, men de kan bidrage til en forståelse af, hvorfor artikel 36 er udformet på den pågældende måde. Der er herudover udarbejdet en forklarende rapport til Istanbulkonventionen som også inddrages i relevant

omfang. Denne kan tilsvarende ikke anses for at have selvstændig retskildemæssig værdi, men kan bidrage til en forståelse af bestemmelsen. Begge anvendes således som fortolkningsbidrag, idet der ikke findes egentlige forarbejder til en konvention.

Istanbulkonventionen er i dansk ret implementeret ved en konstatering af normharmoni. Normharmoni konstateres ved, at en konventions materielle regler sammenholdes med den gældende nationale retstilstand.¹³ Dansk ret blev således anset for at være i overensstemmelse med Istanbulkonventionen eller i øvrigt at indeholde tilstrækkelig mulighed for, at myndighederne i praksis kunne opfylde konventionens forpligtelser. Da Danmark har ratificeret konventionen, er den danske stat forpligtet til at sikre, at national praksis lever op til konventionens krav. De danske borgere kan imidlertid ikke støtte direkte ret på konventionen, da den ikke er inkorporeret i dansk ret. Det strafferetlige legalitetsprincip medfører, at det alene er straffeloven, der er den egentlige retskilde for så vidt angår det materielle gerningsindhold og hjemlen til at pålægge straf.¹⁴ Istanbulkonventionen har dog betydning for fortolkningen og udfyldningen af den materielle ret, men i den situation, hvor der ikke kan findes overensstemmelse mellem Istanbulkonventionen og dansk ret, vil domstolene skulle følge dansk ret, uanset at den danske stat derved bryder sine folkeretlige forpligtelser.

Der vil i specialet blive inddraget én afgørelse fra EMD med det formål, at denne kan medvirke til undersøgelsen af, om Danmark opfylder de forpligtelser, der følger af Istanbulkonventionen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herfra EMRK) er, modsat Istanbulkonventionen, inkorporeret i dansk ret og kan derfor påberåbes af borgerne i Danmark. På grund af inkorporeringen af EMRK er Danmark retligt forpligtet af domme afsagt af EMD i sager, hvor Danmark er part – domme afsagt af EMD over for andre medlemsstater, der også har inkorporeret EMRK forpligter omvendt ikke den danske stat. De sidstnævnte domme har dog stor retskildemæssig værdi for Danmark, idet de danske domstole heraf kan udlede retlige principper og dermed undgå, at Danmark senere dømmes i lignende sager.¹⁵

Som led i anvendelsen af den retsdogmatiske metode inddrages der i dette speciale særligt en del retspraksis om voldtægt. Der har kun været adgang til trykt retspraksis og praksis fra

¹³ Betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, Afgivet af Udvalget om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, side 43

¹⁴ Baumbach, Trine, ”Strafferet og menneskeret”, Karnov Group, 2014, side 21-22 (herfra ”Strafferet og menneskeret”).

¹⁵ Blume, Peter, ”Retssystemet og juridisk metode”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1, udgave, 3. oplag, 2011, side 49 og 244-245.

Anklagemyndighedens offentlige Vidensbase. Gældende ret bliver således afdækket med den begrænsning, at der ikke har været adgang til alt retspraksis, ligesom der ikke har været adgang til sager, hvori der ikke er rejst tiltale.

Derudover anvendes den komparative analytiske metode til at vurdere, hvorvidt der i udvalgte udenlandske jurisdiktioner er en lovgivningstilgang, der kan anvendes til at belyse erfaringerne med en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, idet man ved sammenligning kan udlede viden om det sammenlignede.¹⁶

Herudover anvendes sociologien i forbindelse med, at definitioner fra netop sociologien på områderne seksuel og seksualiseret vold inddrages i specialet. Det sociologiske materiale der anvendes kredser om emner af betydning for forståelsen af voldtægt og seksuel vold, hvilket er en forudsætning for forståelsen af, hvordan disse begreber skabes og påvirker samfundsudviklingen, og dermed et fortolkningsbidrag til forståelsen af, hvordan retlige institutioner omformer moralske normer, politiske værdier og tekniske standarder til retlige normer og får dem til at virke i praksis. Det vil sige, at sociologien de facto anvendes retssociologisk.¹⁷ De, i det sociologiske materiale fremfundne definitioner, kan således medvirke til en forståelse af, hvordan det juridiske begreb seksuel vold kan virke i praksis.

Ved at anvendelse af førnævnte metoder søges det at skabe et fundament på hvilket, der endeligt i specialet ved brug af retspolitiske overvejelser kan udledes dels en fagligt funderet konklusion på, hvorvidt seksuel vold som juridisk begreb er hensigtsmæssigt og dels om en ændring af straffelovens § 216 om voldtægt, til at blive baseret på frivillighed, vil være hensigtsmæssigt på nuværende tidspunkt.

1.4. Terminologi

Når dette speciale benytter begrebet "*seksuel vold*" tages der udgangspunkt i den eneste retskilde i dansk ret, som indeholder en tilnærmelsesvis definition på begrebet: Istanbulkonventionen.

Konventionens artikel 36 indeholder en bestemmelse om seksuel vold, herunder voldtægt, som lyder således:

¹⁶ Riis, Thomas m.fl., "*Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*", Ex Tuto Publishing, 1. udgave, 2013, s. 69.

¹⁷ Hammerslev, Ole m.fl., "*Introduktion – Retssociologi – klassiske og moderne perspektiver*", Hans Reitzels forlag, 1. udgave, 2013, side 13.

”1. Parterne træffer de lovgivningsmæssige eller andre foranstaltninger der er nødvendige for at sikre, at den forsætlige udøvelse af følgende handlinger er strafbar:

a) uden den pågældendes samtykke at foretage vaginal, anal eller oral penetrering af seksuel karakter af en anden persons krop ved hjælp af en kropsdel eller en genstand,

b) uden den pågældendes samtykke at udøve handlinger af seksuel karakter med en anden person,

c) uden den pågældendes samtykke at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjemand.

2. Samtykke skal gives frivilligt og være udtryk for den pågældendes fri vilje, bedømt ud fra omstændighederne ved den konkrete situation.

3. Parterne træffer de lovgivningsmæssige eller andre foranstaltninger der er nødvendige for at sikre, at bestemmelserne i stk. 1 også gælder for handlinger begået mod personer som i henhold til national lovgivning anerkendes som tidligere eller nuværende ægtefæller eller partnere.”

Specialet vil i afsnit 6.3. indeholde en nærmere diskussion af seksuel volds anvendelighed som juridisk begreb, herunder med inddragelse af en række definitioner fra bl.a. sociologiske studier.

2. Istanbulkonventionens artikel 36

Da nærværende speciale tager sit afsæt i Istanbulkonventionens artikel 36, vil dette afsnit undersøge konventionens tilblivelse for at afdække, hvilken anvendelse bestemmelsen har og er tænkt til at skulle have. I det efterfølgende afsnit vil udvalgte bestemmelser i den danske straffelov blive gennemgået for at sammenholde dem med Istanbulkonventionens artikel 36 for at afdække, hvorvidt der er normharmonie mellem artikel 36 og den danske straffelov.

2.1. Konventionens tilblivelse

I 2008 nedsatte Europarådet komiteen "*The Ad Hoc Committee for preventing and combating violence against women and domestic violence*" (herfra CAHVIO).¹⁸ Den 7. april 2011 vedtog Ministerkomitéen konventionsteksten, som ad hoc komiteen havde udarbejdet, og der blev åbnet for undertegnelse den 11. maj 2011.

Konventionen trådte i kraft den 1. august 2014, idet kravet i konventionens artikel 75, stk. 3, om at ti undertegnende parter, herunder mindst otte af Europarådets medlemsstater, skulle ratificere konventionen, før den trådte i kraft, blev opfyldt. Danmark underskrev konventionen den 11. oktober 2013, og ratificerede konventionen den 23. april 2014 – Danmark er således forpligtet af konventionen.¹⁹

Istanbulkonventionen har bl.a. til formål at beskytte kvinder mod alle former for vold, at forebygge, retsforfølge og udrydde vold mod kvinder og vold i hjemmet og til at bidrage til udryddelsen af alle former for diskrimination af kvinder og at fremme reel ligestilling mellem kvinder og mænd, jf. konventionens artikel 1, stk. 1, litra a og b.

Konventionen er ledsaget af en forklarende rapport: "*Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*" (herfra Den Forklarende Rapport).

Herudover har Justitsministeriet i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en ratificering af konventionen krævede lovændringer, udarbejdet et notat om de lovgivningsmæssige konsekvenser af en ratifikation af Istanbulkonventionen.²⁰

Nedenfor vil møderapporterne fra CAHVIO's arbejde gennemgås, hvorefter anvendelsesområdet for artikel 36 vil undersøges i lyset af disse møderapporter, Den Forklarende Rapport og Justitsministeriets notat.

¹⁸ <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio> [besøgt 21. marts 2019].

¹⁹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [besøgt 31. maj 2019].

Pr. 31. maj 2019 har i alt 34 lande ratificeret Istanbulkonventionen, idet den for Irland dog først træder i kraft den 1. juli 2019.

²⁰ Retsudvalget 2012-13, REU Alm:del Bilag 340, Justitsministeriets notat om lovgivningsmæssige konsekvenser af Europarådets konvention til forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet af 24. juni 2013 (herfra "Justitsministeriets notat af 24. juni 2013").

2.2. Møderapporterne fra CAHVIO's arbejde

CAHVIO afholdte ni møder, før de havde udarbejdet en færdig konventionstekst. Der er for alle ni møder udarbejdet møderapporter, som viser, hvad der er drøftet, herunder hvilke uenigheder der har været undervejs.²¹ I det følgende vil dele af disse rapporter undersøges ud fra en betragtning om, at de kan medvirke til at afdække hvilke overvejelser, der ligger til grund for den endelige ordlyd af artikel 36.

Den første møderapport indeholder en gennemgang i kapitel III af forskellige former for vold. Det fremgår af rapportens pkt. 33, at kapitlets formål er at give en grundig, men ikke nødvendigvis udtømmende liste, af former for vold som falder inden for den ramme, som komiteen skulle arbejde med; forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet. Af kapitlets afsnit I med overskriften: *"Sexual violence (sexual assault and rape)"*, fremgår følgende:

"Acts of a sexual nature without the consent of the victim or the attempt thereof involving the use of force, coercion or deception (sexual intercourse, inappropriate touching, sexual molestation, voyeurism, exhibitionism, forced viewing of pornography etc.)

- *Perpetrated by men and women as private individuals or state officials*
- *Perpetrated against men and women in private life or while in institutional care or custody".²²*

På første møde dækkede seksuel vold således bl.a. over voldtægt, upassende berøring, seksuelt overgreb, beluring, ekshibitionisme og at tvinge folk til at se pornografi – vel at mærke når de pågældende handlinger blev foretaget uden samtykke fra offeret eller forsøg herpå med brug af vold, overtalelse eller ved udnyttelse af en vildledelse.

Det fremgår af den anden møderapport, pkt. 13, at der var en klar konsensus på første møde om, at konventionen skulle dække: *"sexual violence, including sexual assault, rape and sexual harassment"*.²³

²¹ Mødereferaterne kan alle tilgås på: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio> [besøgt 3. april 2019].

²² CAHVIO, Report of the 1st meeting, Strasbourg 6-8 April 2009, side 34.

²³ CAHVIO, Report of the 2nd meeting, Strasbourg 25-27 May 2009, side 7.

Af den tredje møderapport pkt. 14, fremgår det, at der på det andet møde var udarbejdet et forslag til en bestemmelse om seksuel vold og voldtægt baseret på kravene til reguleringen af voldtægt som fastsat i praksis fra EMD (M.C. mod Bulgarien). Det fremgår videre, at ikke alle delegationer var enige om, at voldtægt alene skulle baseres på et krav om manglende samtykke, men fremhævede at der skal indgå et tvangsmæssigt element, før der kan være tale om seksuel vold, herunder voldtægt.

Der fremgår intet om seksuel vold af hverken tredje, fjerde eller femte møderapport. Af den sjette møderapport fremgår, at der var enighed om at rykke mange pointer og detaljer over i Den Forklarende Rapport – særligt problematikken vedrørende kravet om manglende samtykke i relation til seksuel vold.²⁴

Hverken den syvende, ottende eller niende rapport indeholder yderligere, der kan belyse overvejelserne bag den endelige ordlyd af artikel 36.

2.3. Gennemgang af artikel 36 – Seksuel vold, herunder voldtægt

Indledningsvist skal det påpeges, at artikel 36 i de officielle tekstudgaver af konventionen – den engelske og den franske – indeholder ord, der direkte oversat svarer til den danske overskrift til artikel 36, henholdsvis "*Sexual violence, including rape*" og "*Violence sexuelle, y compris le viol*".

Herudover fremgår det af Den Forklarende Rapport pkt. 154, at Istanbulkonventionen ikke har til hensigt at omfatte adfærd, som allerede er behandlet i andre Europarådskonventioner – særligt fremhæves Europarådets konvention om beskyttelse af børn mod seksuel udnyttelse og seksuelt misbrug af 25. oktober 2007 (herfra Lanzarotekonventionen). Danmark har ratificeret Lanzarotekonventionen i 2009, hvorfor Danmark også er forpligtet af denne. Lanzarotekonventionen forpligter de kontraherende parter til bl.a. at kriminalisere seksuelle aktiviteter med børn under den seksuelle lavalder som fastsat i national ret, jf. artikel 18, stk. 1, litra a, seksuelle aktiviteter med børn (herunder børn over den seksuelle lavalder), hvor der er gjort brug af tvang, magt eller trusler, hvor gerningsmanden har misbrugt sin særlige stilling, myndighed eller indflydelse over for barnet, herunder inden for familien, eller hvor gerningsmanden har misbrugt barnets særligt sårbare situation, jf. artikel 18, stk. 1, litra b. Det fremgår af Lanzarotekonventionens artikel 3, stk. 1, litra a, at børn, i konventionens forstand, er personer under 18 år.

²⁴ CAHVIO, Report of the 6th meeting, Strasbourg 27-30 September 2010, side 2, pkt. 6.

På den baggrund har Justitsministeriet vurderet, at Istanbulkonventionens artikel 36 reelt kun har selvstændig betydning for seksuel vold begået mod personer over 18 år.²⁵

Endelig skal det indledningsvist bemærkes, at såvel forsøg på overtrædelse af artikel 36 som medvirken skal være strafbart, jf. Istanbulkonventionens artikel 41.

Nedenfor vil bestemmelsens enkelte dele gennemgås, ligesom Den Forklarende Rapport vil indgå i det omfang, den uddyber bestemmelsen med henblik på at afdække artikel 36's anvendelsesområde. Efterfølgende vil denne gennemgang sammenholdes med ovenstående overvejelser fra CAHVIO's arbejde.

2.3.1. Stk. 1

Efter stk. 1 skal parterne træffe de lovgivningsmæssige eller andre foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at den forsætlige udøvelse af de i litra a-c nævnte handlinger er strafbar.

Det er op til national ret at fortolke ordet "*intentionally*" (forsæt), men der er krav om, at den forsætlige adfærd skal være opfyldt i forhold til alle elementer af overtrædelsen, jf. pkt. 189 i Den Forklarende Rapport.

Litra a

Efter litra a skal følgende handling være strafbar: uden den pågældendes samtykke at foretage vaginal, anal eller oral penetrering af seksuel karakter af en anden persons krop ved hjælp af en kropsdel eller en genstand.

Det fremgår af Den Forklarende Rapport pkt. 190, at ved at fremhæve at penetrationen skal være af seksuel karakter, er det forsøgt at understrege begrænsningen af bestemmelsen, ligesom det har været for at undgå fortolkningsproblemer. Det fremgår videre, at begrebet seksuel karakter beskriver en handling, der "*has a sexual connotation*", og at bestemmelsen ikke finder anvendelse på handlinger, som mangler denne konnotation eller undertone.

Litra b

Efter litra b skal følgende handling være strafbar: uden den pågældendes samtykke at udøve handlinger af seksuel karakter med en anden person.

²⁵ Justitsministeriets notat af 24. juni 2013, side 45.

Det er uddybet i Den Forklarende Rapport pkt. 190, at litra b dækker: *"all acts of sexual nature without the freely given consent of one of the parties involved which fall short of penetration"*.

Litra c

Efter litra c skal følgende handling være strafbar: uden den pågældendes samtykke at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjemand.

Det fremgår af Den Forklarende Rapport pkt. 190, at formålet med litra c er at dække situationer, hvor gerningsmanden ikke er personen, der foretager den seksuelle handling, men er den, der forårsager at offeret udøver handlinger af seksuel karakter med en tredje person, forudsat at denne adfærd har en form for sammenhæng med den forsætlige udøvelse af en af de handlinger, der forudsættes kriminaliseret efter artikel 36.

2.3.2. Stk. 2

Stk. 2 fastslår, at samtykket skal gives frivilligt og være udtryk for den pågældendes fri vilje, bedømt ud fra omstændighederne ved den konkrete situation.

Det fremgår af Den Forklarende rapport pkt. 193, at de forpligtede parter ved implementering af bestemmelsen *"are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts [...]"*.

Det påpeges endvidere i Den Forklarende Rapport, at det er op til de enkelte parter til konventionen at beslutte den specifikke ordlyd i den nationale lovgivning samt hvilke faktorer, der skal udelukke *"freely given consent"*.

Endelig fremgår det, at stk. 2 kun specificerer, at samtykket skal være givet frivilligt som et resultat af personen frie vilje, bedømt ud fra omstændighederne af den konkrete situation.

2.3.3. Stk. 3

Efter stk. 3 skal parterne træffe de lovgivningsmæssige eller andre foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at bestemmelserne i stk. 1 også gælder handlinger begået mod personer som i henhold til national lovgivning anerkendes som tidligere eller nuværende ægtefæller eller partnere.

2.4. Sammenfatning - anvendelsesområdet af artikel 36

Det ses af møderapporterne, at der har været uenighed om, hvorvidt et manglende samtykke er nok til at statuere, at der er begået seksuel vold, herunder voldtægt (såfremt kravet om forsæt er opfyldt). Der blev opnået enighed om, at dette skulle uddybes i Den Forklarende Rapport.

Det er imidlertid ikke som sådan eksplicit fastsat i Den Forklarende Rapport, hvorvidt et manglende samtykke i sig selv kan medføre, at der er tale om seksuel vold – eller hvorvidt der samtidig skal indgå et tvangselement. Det påpeges, at det konkrete ordvalg af en bestemmelse samt hvilke faktorer der skal indgå, er op til det enkelte land at beslutte – samtykket skal dog gives frivilligt, som et resultat af den pågældendes frie vilje, bedømt ud fra omstændighederne ved den konkrete situation, jf. ordlyden af artikel 36, stk. 2.

Herudover henvises der i Den Forklarende Rapport til praksis fra EMD – særligt afgørelsen M.C. mod Bulgarien, som også bliver nævnt i den tredje møderapport. Af Den Forklarende Rapport fremgår nærmere bestemt, at: *”when assessing the constituent elements of offences, the Parties should have regard to the case-law of the European Court of Human Rights.”*²⁶ I forhold til den konkrete afgørelse, M.C. mod Bulgarien, påpeges det i Den Forklarende Rapport, at en række præmisser i afgørelsen kan fortolkes på flere måde. Den Forklarende Rapport uddyber dog ikke hvilken fortolkning, de har tillagt præmisserne.

M.C. mod Bulgarien omhandlede hvorvidt Bulgarien i forbindelse med lukningen af en efterforskning af en voldtægtssag, hvor offeret var en knap 15-årig pige, havde tilsidesat bl.a. EMRK artikel 3 og artikel 8. Afgørelsens rækkevidde er bredt diskuteret, herunder om der kan udledes en egentlig forpligtelse af nogle af præmisserne i afgørelsen til, at de forpligtede stater til EMRK skal udforme deres voldtægtsbestemmelser på en bestemt måde – særligt er det blevet diskuteret, om det skal ske med udgangspunkt i samtykke.

Afgørelsen vil blive nærmere undersøgt, herunder dens rækkevidde, i specialets afsnit 4.

Derudover er der forskel på den endelige ordlyd af artikel 36 sammenholdt med formuleringen af seksuel vold fra den første møderapport. I den første møderapport er der oplistet konkrete eksempler på, hvad der er *”sexual violence (sexual assault and rape)*; voldtægt, upassende berøring, seksuelt overgreb, beluring, ekshibitionisme og at tvinge folk til at se pornografi.

²⁶ Den Forklarende Rapport, pkt. 191.

Der kan ikke være tvivl om, at artikel 36, stk. 1, litra a, dækker over voldtægt og til dels seksuelt overgreb – henset til penetrationselementet. Det er derimod lidt mere uklart, hvad litra b dækker over. Af Den Forklarende Rapport fremgår, at litra b dækker alle handlinger af seksuel karakter, hvor der ikke er givet et frivilligt samtykke fra en af de involverede parter, men hvor der ikke er sket penetration (hvorved forholdet i stedet omfattes af litra a), jf. pkt. 190. Litra b er således meget bred i sin anvendelse, hvorved man kan argumentere for, at de resterende eksempler fra den første møderapport de facto er omfattet.

Herudover forudsættes det efter litra c kriminaliseret, når en person får et offer til at udøve seksuelle handlinger, der er omfattet af artikel 36, med en tredje person, jf. Den Forklarende Rapport, pkt. 190.

Det må således konstateres, at anvendelsesområdet for artikel 36 er meget bredt – handlingen skal have seksuel karakter, og de resterende krav om manglende samtykke og forsæt, skal være opfyldt. Det fremstår dog lidt uklart hvilke konkrete handlinger, der skal kriminaliseres i de enkelte lande. Det er tydeligt, at penetration uden samtykke (forudsat gerningspersonen har forsæt), skal være kriminaliseret. Herudover skal, rent ordlydsmæssigt, alle handlinger af seksuel karakter, der udøves uden samtykke fra den pågældende person og med forsæt kriminaliseres, jf. litra b.

Særligt litra b medfører således, at artikel 36 får et meget bredt anvendelsesområde.

Det er dog en forudsætning, at den nationale strafferetlige lovgivning omfatter begrebet "*frivilligt samtykke*" i forhold til handlingerne i litra a-c. Det er imidlertid overladt til parterne selv at fastlægge straffelovgivningens specifikke ordlyd, jf. pkt. 193 i Den Forklarende Rapport – så længe begrebet er omfattet.

Justitsministeriet har i deres notat af 24. juni 2013 konstateret, at følgende bestemmelser kriminaliserer de handlinger, der er nævnt i artikel 36: straffelovens §§ 216, 218, 220 og 221, § 225, jf. §§ 226, 218, 220 og 221, og § 232.²⁷ På den baggrund konstaterede Justitsministeriet, at der er normharmonie mellem artikel 36 og den danske straffelov. Det bemærkes hertil, at Justitsministeriet så sent som den 3. april 2019 – ved besvarelsen af et udvalgsspørgsmål – igen har henvist til, at de pågældende bestemmelser kriminaliserer de handlinger, der er omfattet af artikel 36.²⁸

²⁷ Justitsministeriets notat af 24. juni 2013, side 45-46.

²⁸ Retsudvalget 2018-19, B 146 endeligt svar på spørgsmål 4.

I det følgende vil disse bestemmelser i den danske straffelov gennemgås for at vurdere, hvorvidt der de facto er normharmoni henset til dels det meget brede område af artikel 36 – særligt stk. 1, litra b – og henset til forudsætningen om, at den nationale strafferetlige lovgivning skal omfatte begrebet ”frivilligt samtykke”.

3. Den danske straffelov

Samtlige af de bestemmelser som Justitsministeriet henviser til, som værende dem, der kriminaliserer de handlinger, der er nævnt i artikel 36, er placeret i straffelovens kapitel 24 om seksualforbrydelser. Tidligere var overskriften til kapitlet ”*Forbrydelser mod kønssædeligheden*”, hvilket blev ændret ved lov nr. 633 af 12. juni 2013.²⁹ Denne lovændring medførte en grundlæggende revision af hele kapitlet. Revisionen blev foretaget på baggrund af Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012 om seksualforbrydelser.³⁰

I det følgende vil de enkelte bestemmelser, som Justitsministeriet henviser til som grundlag for at konstatere normharmoni, gennemgås. Det bemærkes, at behandlingen af straffelovens § 216 om voldtægt vil være en del mere omfattende end de resterende bestemmelser, da det særligt er denne, som nævnt i indledningen, at forskellige aktører mv., har påstået ikke er i overensstemmelse med Istanbulkonventionens artikel 36, henset til, at den ikke bygger på samtykke, men ordlydsmæssigt indeholder et krav om anvendelse af vold eller trussel om vold.

3.1. Straffelovens § 216 (voldtægt)

Voldtægt inddeles typisk i tre forskellige kategorier; overfaldsvoldtægt, kontaktvoldtægt og parvoldtægt. Overfaldsvoldtægt foreligger, når gerningspersonen og offeret ikke kender hinanden på forhånd, kontaktvoldtægt, når parterne kender hinanden, men ikke har haft en seksuel relation – de kan have mødt hinanden på nettet, til en fest, være kolleger venner eller lignende. Den sidste type, parvoldtægt, foreligger, når parterne har haft eller har en seksuel relation.³¹

I de fleste tilfælde af voldtægt – omkring 84 % - er offeret en kvinde.³² I 38 % af de tilfælde, hvor en kvinde er blevet udsat for tvangssamleje eller forsøg på det enten ved vold eller trusler om vold,

²⁹ Lov nr. 633 af 12. juni 2013 om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om tilhold, opholdsforbud og bortvisning og lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v. (Seksualforbrydelser).

³⁰ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012 om seksualforbrydelser (herfra ”Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012”).

³¹ <https://www.dkr.dk/vold-og-voldtaegt/voldtaegt/> [besøgt 10. april 2019]

³² <https://www.dkr.dk/vold-og-voldtaegt/fakta-om-voldtaegt/> [besøgt 21. maj 2019].

er gerningspersonen en nuværende eller tidligere partner – dvs. den mest forekommende voldtægtsform er parvoldtægt.

I 30 % af tilfældene er gerningspersonen en, som kvinden ikke har mødt før, dvs. overfaldsvoldtægt. I 23 % af tilfældene er gerningspersonen en ven/kammeret, en bekendt i mere end 24 timer eller en som offeret lige har mødt på f.eks. nettet eller et værtshus – dvs. kontaktvoldtægt. I 7 % af tilfældene er gerningspersonen én uden for disse kategorier og i 1 % et andet familiemedlem.³³

Det skal dog hertil påpeges, at voldtægtsområdet er et område, hvor det er svært at udarbejde statistik, da flere undersøgelser har afdækket, at størstedelen af voldtægtstilfælde ikke fører til en politianmeldelse. I de årlige Offerundersøgelser³⁴ estimeres det, at ca. 5.400 kvinder årligt udsættes for tvangssamleje eller forsøg derpå, mens politiet i 2017 kun modtog 1.456 anmeldelser om voldtægt eller voldtægtsforsøg.³⁵

Den nuværende affattelse af straffelovens § 216 er baseret på Straffelovrådets betænkning fra 2012. Gerningsindholdet af bestemmelsen vil blive gennemgået nedenfor i afsnit 3.1.2. Først vil den historiske udvikling af voldtægtsbestemmelsen dog blive beskrevet for at afdække hvilke ændringer, der har været i takt med samfundsudviklingen, herunder i forhold til skiftende normer.

3.1.1. Bestemmelsens historiske udvikling

Inden lovændringen i 2013 havde opnåelse af samleje ved tvang siden straffeloven af 1866 været fordelt på to eller flere paragraffer, hvis affattelse har varieret noget.³⁶ Ved lovændringen i 2013 ophævede man straffelovens § 217 og videreførte den i straffelovens § 216, stk. 1, nr. 2, 1. led, om at skaffe sig samleje ved ulovlig tvang, således opnåelse af samleje ved tvang blev samlet i én bestemmelse.

³³ *Ibid.* Det bemærkes, at de gennemgåede procenttal sammenlagt kun giver 99 % - det vides ikke, hvad den sidste procent dækker over, herunder om det er tale om en fejlmargen.

³⁴ Siden år 2005 er der årligt gennemført landsdækkende, repræsentative undersøgelser af 16-74-åriges udsathed for tyveri, hærværk, vold og trusler om vold. Fra 2008 blev disse offerundersøgelser suppleret med spørgsmål om udsathed for tvangssamleje, jf. Pedersen, Anne-Julie Boesen m.fl., *"Udsathed for vold og andre former for kriminalitet, Offerundersøgelserne 2005-2017"*, Justitsministeriet, Københavns Universitet, Det Kriminalpræventive Råd, Rigspolitiet, december 2018, side 4.

³⁵ Straffelovrådets kommissorium, side 2.

³⁶ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 145.

Straffeloven af 1866³⁷ benyttede ikke betegnelsen ”voldtægt”, men indeholdt reelt to bestemmelser herom – § 168 og § 169.³⁸ § 168 kriminaliserede den, som ved vold eller trusler om øjeblikkelig livsfarlig vold tiltvang sig samleje med en kvinde. Strafferammen var forskellig for angreb på ”uberygtet” og ”berygtet” kvinde. Efter § 169 var det strafbart for nogen at *”Forskaffe sig Samleie med en Kvinde ved Trusler, der uden at kunne henføres de i § 168 ommeldte dog med Føie kunde antages at medføre Fare for hendes eget eller hendes Nærmestes Liv, Helbred, eller Velfærd”*.

Ved borgerlig straffelov af 1930³⁹ blev § 216 om voldtægt affattet så den omfattede tiltvingelse af samleje med en kvinde *”ved Vold, Frihedsberøvelse eller Fremkaldelse af Frygt for hendes eller hendes nærmeste Liv, Helbred eller Velfærd”*. Efter straffelovens § 218 blev der givet en subsidiær bestemmelse – lignende den tidligere gældende § 169 fra 1866-straffeloven – hvorefter det blev kriminaliseret, udenfor de i § 216 nævnte tilfælde, at skaffe sig samleje med en kvinde *”ved Trussel om Vold, om Frihedsberøvelse eller om Sigtelse for strafbart eller ærerørigt Forhold”*. I tilfælde, der grænsede op til voldtægt, havde det været almindeligt at dømme for blufærdighedskrænkelser og ulovlig tvang (straffeloven af 1866 § 185 og § 210).⁴⁰

I lyset af en del offentlig debat om voldtægtsbestemmelsen⁴¹, herunder om bevisproblemerne ved anvendelsen af bestemmelsen i praksis, blev bestemmelsen ændret ved lov nr. 248 af 9. juni 1967. I forbindelse med lovændringen overvejede man at opdele bestemmelsen, så der blev fastsat to forskellige strafferammer for henholdsvis voldtægt af særlig grov karakter og voldtægt, hvor der navnlig på grund af et forudgående selskabeligt samvær, eventuelt i forbindelse med en vis letsindighed fra kvindens side, forelå formildende omstændigheder.⁴² Det fremgår af lovforslaget, at det byggede på en udtalelse af 26. januar 1966 fra Straffelovrådet. I udtalelsen bemærkes det, at et moment i forhold til overvejelserne om at opdele bestemmelsen på ovenstående måde er, at en bestemmelse, der særligt fremhæver kvindens forhold, kan fremme en uheldig tendens til under bevisførelsen og proceduren at fremkomme med ufordelagtige oplysninger og udtalelser om kvinden.⁴³ Man valgte ikke at opdele bestemmelsen på den foreslåede måde – i stedet ændrede man strafferammen og lod tvangsmidlet *”frihedsberøvelse”* udgå af opregningen af tvangsmidler i § 216, idet det blev anført, at medtagelsen af dette tvangsmiddel ikke kunne antages at have nogen

³⁷ Almindelig borgerlig Straffelov af 10. februar 1866.

³⁸ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 145.

³⁹ Lov nr. 126 af 15. april 1930 Borgerlig Straffelov.

⁴⁰ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 146.

⁴¹ *Ibid.*, side 147.

⁴² *Ibid.*, side 148.

⁴³ FT 1966-67 (2. samling), tillæg A, spalte 2465-66.

selvstændig betydning ved siden af paragraffens øvrige indhold og bestemmelsen i straffelovens § 217.⁴⁴

I 1981 ændrede man igen § 216, hvorved den fik ordlyden, der var gældende indtil ændringen i 2013⁴⁵ – med undtagelse af en strafskærpelse i 2002 og endnu en i 2006.⁴⁶ Lovændringen i 1981 byggede på en betænkning fra Straffelovrådet – betænkning nr. 914/1980 om voldtægt, røveri og brandstiftelse. Lovændringen indebar, at tilfælde, hvor samleje tiltvinges ved vold eller trussel om vold, altid skulle bedømmes efter § 216 om voldtægt og ikke ville kunne henføres under § 217 om opnåelse af samleje ved ulovlig tvang. Strafferammen blev også opdelt i henholdsvis en normalstraf på 6 år og 10 år for grove tilfælde af voldtægt.⁴⁷

Nedenfor vil gerningsindholdet af den nugældende § 216 gennemgås, ligesom der vil komme et underafsnit om tilregnelseskravet henset til, at tilregnelseskravet er særligt vanskeligt i relation til behandlingen af voldtægtssager i praksis – hvilket også var en af begrundelserne for ændringen i 1967.

3.1.2. Gerningsindholdet

Fuldbyrdelse af gerningsindholdet i § 216 forudsætter, at nogen har opnået ”samleje”. Samleje foreligger, når det mandlige lem er indført helt eller delvis i vagina eller anus.⁴⁸ For den strafferetlige bedømmelse vil det i den forbindelse normalt være uden betydning, om der er foretaget samlejebevægelser, eller om gerningsmanden har fået udløsning.⁴⁹

Straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1, omfatter den der tiltvinger sig samleje ved vold eller trussel om vold. Volden kan i denne sammenhæng udøves enten som led i kompulsiv tvang (hvor slag eller anden magtanvendelse bevirker, at offeret opgiver videre modstand) eller som middel til mekanisk tvang (hvor gerningsmanden i kraft af større fysisk styrke gennemtvanger samleje, eller hvor en eller flere holder offeret, mens en anden gennemfører samleje).

⁴⁴ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 149.

⁴⁵ Som omtalt indledningsvist i dette afsnit.

⁴⁶ Lov nr. 380 af 6. juni 2002. Lovændringen tilsigtede en generel forhøjelse af den udmålte straf for voldtægt i størrelsesordenen 1 år i forhold til det hidtidige niveau, jf. FT 2001-02 LF 118, afsnit 1.2. Ved lov nr. 635 af 8. juni 2016 blev der ligeledes foretaget en strafskærpelse, som det er også nævnt i indledningen til dette speciale.

⁴⁷ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 149.

⁴⁸ Vestergaard, Jørn m.fl., ”Forbrydelser og andre strafbare forhold”, Gjellerup, 3. udgave, 1. oplag 2018, side 103 (herfra ”Forbrydelser og andre strafbare forhold”).

Ved lovrevisionen i 2013 blev definitionen af ”samleje” udvidet fra alene at omfatte vaginalt samleje til også at omfatte analt samleje (såvel mellem to mænd som mellem personer af forskellige køn). Andet seksuelt forhold end samleje er derefter omfattet af § 225, jf. FT 2012-13 LF 131, De specielle bemærkninger til § 1, nr. 8.

⁴⁹ Forbrydelser og andre strafbare forhold, side 103.

Det følger af, at samlejet skal være tiltvunget, at der skal være årsagssammenhæng mellem voldsudøvelsen og samlejet. Dette krav indebærer, at samlejet er gennemført mod den forurettedes vilje, men ikke at denne skal fortsætte med at gøre modstand efter den første voldsudøvelse.⁵⁰

En trussel om vold kan komme til udtryk såvel verbalt som på anden måde, f.eks. ved truende adfærd, der i den foreliggende situation er egnet til at blive opfattet som en tilkendegivelse om, at der vil blive anvendt vold, hvis ikke adressaten følger sig.⁵¹

Bestemmelsens stk. 1, nr. 2, 1. led omfatter situationen, hvor en person skaffer sig samleje ved anden ulovlig tvang. Dette var tidligere særskilt kriminaliseret i § 217.

Efter stk. 1, nr. 2, 2. led er det strafbart for en person at skaffe sig samleje med en person, der befinder sig i en tilstand eller situation, i hvilken den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen. Der kan være tale om f.eks. en kraftig rus, tung søvn eller bedøvet tilstand.⁵² Bestemmelsen omfatter således både, når personen befinder sig i en tilstand eller en situation – ved at medtage situationer retter bestemmelsen sig mod tilfælde, hvor forurettede for så vidt er i stand til at modsætte sig handlingen, men i den konkrete fysiske situation ikke kan nå at reagere, før gerningsmanden har påbegyndt et seksuelt forhold ved at overrumple offeret.⁵³

Ved fastsættelse af straffen skal der lægges vægt på den særlige krænkelse, der er forbundet med lovovertrædelsen, jf. § 216, stk. 4.

3.1.2.1. Tilregnelleskravet

Indledningsvist skal det generelt nævnes om tilregnelse, at dets objekt er alle de objektive elementer, der hører til en forbrydelse.⁵⁴ Tilregnelleskravet i relation til § 216 er forsæt. For at kunne straffe for fuldbyrdet voldtægt forudsættes det således, at gerningspersonen har haft forsæt i relation til alle de objektive elementer af straffelovens § 216.

Om begrebet forsæt skal det ligeledes påpeges, at straffeloven ikke indeholder bestemmelser, hvor det er defineret, hvad der skal forstås herved. I Torps straffelovsudkast af 1917⁵⁵ indgik en

⁵⁰ Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012, side 144.

⁵¹ Forbrydelser og andre strafbare forhold, side 105.

⁵² *Ibid.*, side 109.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Langsted, Lars Bo, *”Waaben, Strafferettens almindelige del, Ansvarslæren”*, Karnov Group, 6. udgave 2015, side 165 (herfra ”Waaben”).

⁵⁵ Carl Torps Betænkning angaaende de af den under 11. August 1905 nedsatte Straffelovskommission udarbejdede Forslag, indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver, København 1917.

definition på forsæt i udkastets § 20 – definitionen blev i det væsentligste optaget i det forslag til straffelov, som regeringen fremlagde i 1924.⁵⁶ Bestemmelsen blev taget ud af lovforslaget, da den blev anset for overflødig, hvorfor den heller ikke heller ikke er med i straffeloven af 1930.⁵⁷ Det er dog lovforslaget fra 1924, der bliver taget udgangspunkt i, når forsæt generelt defineres – forsæt antages således at kunne forelægges i tre former; direkte forsæt, sandsynlighedsforsæt og dolus eventualis.⁵⁸ En generel og kort betegnelse for forsæt er, at handle ”*med viden og vilje*”.⁵⁹

Spørgsmål om gerningsmandens forsæt vil, som nævnt ovenfor, ofte give anledning til betydelige bevisvanskeligheder. Gorm Toftegaard Nielsen m.fl. påpeger dog, at forsætsproblemet næppe er så fremtrædende i dag som i ældre retspraksis.⁶⁰ Dette vil dog blive undersøgt ved en gennemgang af retspraksis i specialets afsnit 5.

Forsætsproblemet kan bl.a. opstå i tilfælde, hvor gerningsmanden erkender, at den anden part indledningsvis var modvillig, men hævder at have gennemført sit forehavende i tillid til, at vedkommende opgav sin modstand, fordi vedkommende på det tidspunkt alligevel gerne ville indlede sig seksuelt.⁶¹ Omvendt kan det også være i tilfælde, hvor parterne har kysset mv. og har lagt op til et frivilligt samleje, men hvor den ene part fortryder og mister lysten til et samleje – har den anden part dermed udøvet voldtægt – og haft forsæt dertil – og kan det bevises?

Det kan også særligt være i relation til parter, der har mødtes i byen (såkaldte kontaktvoldtægter) og er taget hjem sammen med den fælles forståelse om, at de skulle have sex, men hvor den ene ikke ønsker dette alligevel – hvis parterne alligevel har samleje – er der så tale om voldtægt, og har der været det fornødne forsæt dertil – og kan det bevises? I disse situationer vil der oftest foreligge tekniske beviser, der klarlægger, at parterne har haft samleje – men bevisvanskeligheder opstår ved, at anklagemyndigheden skal bevise, at det ikke har været frivilligt – hvilket kan være svært, når begge parter forinden har haft den fælles forståelse om, at de skulle have frivilligt samleje. I disse sager vil det således ofte være påstand mod påstand, hvorved dommerne dels vil skulle foretage en vurdering af de to parters troværdighed i forbindelse med deres afgivelse af forklaring og særligt vil skulle vurdere, om den ene part har haft det krævede forsæt.

⁵⁶ Rigsdagstidende 1924-25, tillæg A, spalte 3153.

⁵⁷ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 201.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Waaben, side 171.

⁶⁰ Nielsen, Gorm Toftegaard, Elholm, Thomas, Jakobsen, Morten Niels, ”*Kommenteret straffelov*”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 11. omarbejdede udgave, 2017, side 367 (herfra ”Kommenteret straffelov”).

⁶¹ *Ibid.*, side 106.

Forsætvurderingen vil særligt være vanskelig, når der rejses tiltale efter § 216, stk. 1, nr. 1. Når offeret har befundet sig i en tilstand omfattet af § 216, stk. 2, nr. 2, 2. led, vil det ikke have været i stand til at modsætte sig handlingen – som det fremgår ovenfor om gerningsindholdet.

Det fremgår af Straffelovrådets betænkning fra 2012, at af særlig betydning i forhold til gerningsmandens forsæt er, at forsæt til at tvinge sig samleje mangler, hvis gerningsmanden ikke har opfattet offerets modstand som alvorligt ment.⁶² Hvis denne tilgang anlægges, forudsættes det således, at offeret de facto har gjort modstand, hvorved man kan rejse spørgsmålet om, hvorvidt dette er i overensstemmelse Istanbulkonventionens artikel 36's krav om, at den nationale strafferetlige lovgivning skal omfatte begrebet "*frivilligt samtykke*". Samme problematik kan anføres i forhold til Gorm Toftegaard Nielsen, idet han anfører, at det følger af, at samlejet skal være tiltvunget, at der skal være kausalitet mellem voldsudøvelsen og samlejet⁶³ – og hermed implicit, at det er en forudsætning, at der har været en voldsudøvelse.

Trine Baumbach har i relation til den tidligere omtalte afgørelse, M.C. mod Bulgarien, konstateret, at det ikke må være et objektivt gerningsmoment – hverken i selve bestemmelsen eller i den praksis, der udvikler sig på baggrund af bestemmelsen – at offeret skal have gjort modstand.⁶⁴

Da det dog ikke er et krav efter Istanbulkonventionen, at de nationale voldtægtsbestemmelser ordlyd er baseret på et manglende frivilligt samtykke, men at begrebet er omfattet af den strafferetlige lovgivning, er det nødvendigt at gennemgå dansk retspraksis om voldtægt for at vurdere, hvorvidt dette er tilfældet, og således om der kan siges at være normharmon i relation til artikel 36, stk. 1, litra a. For nuværende er det dog påfaldende, at Straffelovrådet konstaterer, at gerningsmandens forsæt til at tvinge sig samleje mangler, hvis gerningsmanden ikke har opfattet modstanden som alvorligt ment – jf. dog omvendt Trine Baumbach, der argumenterer for, at modstand ikke må være et objektivt gerningsmoment.

3.1.2.2. Forsøg og medvirken

Dette afsnit vil indeholde nogle korte bemærkninger om forsøg og medvirken, da Istanbulkonventionen stiller krav om at såvel forsøg som medvirken til overtrædelse af artikel 36 skal være strafbart, jf. artikel 41.

⁶² Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 144.

⁶³ Kommenteret straffelov, side. 361.

⁶⁴ Strafferet og menneskeret, side 367.

Forsøg karakteriseres i straffelovens § 21, stk. 1 som handlinger, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse. Med andre ord er et forsøg en handling, som hverken udgør eller forårsager en forbrydelse, men er foretaget med forsæt til en fuldbyrdet forbrydelse.⁶⁵ I relation til voldtægt, vil der f.eks. kunne straffes for forsøg, hvis det mandlige lem ikke – f.eks. på grund af kvindens modstand – bliver indført helt eller delvis i vagina, under forudsætning af, at manden havde fortsat hertil.

Medvirken er kriminaliseret i straffelovens § 23, stk. 1, 1. pkt., hvorefter den for en lovovertrædelse givne straffebestemmelse omfatter alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen. Bestemmelsen nævner således tre former for medvirken eller deltagelse: tilskyndelse, råd og dåd. Tilskyndelse består i at nogen i ord eller gerning opmuntrer, frister, narrer, beordrer eller truer en anden til et strafbart forhold, råd er vejledning og vink og dåd betyder handling eller gerning og omfatter al deltagelse, der består i at foretage forberedende eller iværksættende handlinger, herunder hjælp ved transport, udlån af redskaber, fysisk magtanvendelse osv.⁶⁶ Endelig kan en undladelse være strafbar medvirken.

Der findes flere eksempler i retspraksis på domfældelse for såvel forsøg på voldtægt som medvirken til voldtægt, heriblandt U.2016.3888 (forsøg) og TfK2017.1284 (medvirken).

3.1.3. Sammenfatning

Det kan på ovenstående baggrund konstateres, at straffelovens § 216 hverken historisk set eller på nuværende tidspunkt indeholder samtykke som et element i gerningsindholdet. Der er således nærliggende at rejse spørgsmålet om, hvorvidt dette er i overensstemmelse med Istanbulkonventionens artikel 36.

Såvel forsøg på som medvirken til voldtægt er dog kriminaliseret i dansk ret, hvorfor der kan konstateres normharmonie i relation til konventionens artikel 41 – for så vidt angår artikel 36, stk. 1, litra a – forudsat begrebet ”frivilligt samtykke” er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra a.

I forhold til samtykkeproblematikken er det nødvendigt at undersøge dansk retspraksis for at afdække, hvorvidt retspraksis kan siges at omfatte begrebet ”frivilligt samtykke”, herunder også om det i dansk ret er et krav, at offeret har gjort modstand. Dette vil blive gjort nedenfor i afsnit 5.

⁶⁵ Waaben, side 214.

⁶⁶ *Ibid.*, side 242.

Nedenfor vil de resterende bestemmelser, som Justitsministeriet har henvist til i deres notat, som grundlag for, at der er normharmonisk mellem den danske straffelov og artikel 36 vil kort blive gennemgået for at vurdere, hvorvidt den resterende del af artikel 36 kan siges at være implementeret korrekt.

3.2. Straffelovens § 218 (udnyttelse af forurettedes tilstand)

Efter straffelovens § 218 straffes den, der ved udnyttelse af en persons sindssygdom eller mentale retardering skaffer sig samleje med den pågældende.

Begrebet samleje anvendes på samme måde som efter § 216. Inden revisionen i 2013 indeholdt stk. 1 en begrænsning, hvorved bestemmelsen kun fandt anvendelse for den der skaffede sig samleje uden for ægteskab – denne begrænsning blev afskaffet i 2013. Såfremt begrænsningen ikke var blevet ophævet, havde det været i strid med Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 3.

Bestemmelsen forudsætter en konkret vurdering af den anden parts evne til at træffe selvstændige beslutninger og af, om gerningsmandens adfærd har karakter af misbrug.⁶⁷ Domstolene står forholdsvis frit i denne vurdering og stiller ikke krav om, at misbruget er groft – trykt praksis tyder på, at det straffri område er forholdsvis begrænset, og at der – hvis gerningsmanden er bekendt med forurettedes tilstand – næsten altid vil blive statueret misbrug.⁶⁸

Tilregnelseskravet er det samme som efter § 216, dvs. forsæt, herunder med hensyn til forurettedes sindssygdom eller mentale retardering. Ansvar forudsætter ikke, at gerningspersonen selv mener, at der foreligger udnyttelse, idet bedømmelsen heraf er af retlig beskaffenhed.⁶⁹

Straffelovens § 218 kriminaliserer således, ligesom § 216, den handling, der forudsættes kriminaliseret efter artikel 36, stk. 1, litra a Ved overtrædelse af § 218 vil offeret imidlertid ikke have været i stand til at give et frivilligt samtykke, hvorfor samtykkeproblematikken ikke har praktisk relevans hertil.

⁶⁷ Forbrydelser og andre strafbare forhold, side 110.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, side 111. Det anføres samme sted, at strafansvar i princippet også ifaldes, hvis gerningsmanden har handlet i uagtsomhed i relation til sin opfattelse af *"den krænkede persons åndelige ... tilstand"*, jf. § 228.

3.3. Straffelovens § 220 (groft misbrug af afhængighed)

Efter straffelovens § 220 straffes den, som ved groft misbrug af en persons arbejdsmæssige, økonomiske eller behandlings- eller plejemæssige afhængighed skaffer sig samleje med den pågældende.

Bestemmelsen overlader et meget frit skøn til domstolene over, hvad der kan betegnes som ”*groft misbrug*” – bestemmelsen vil kunne anvendes, hvis en au pair-pige misbruges til samleje af sin husvært, ligesom den kan anvendes, når en person skaffer sig samleje med sin ægtefælle ved groft misbrug.⁷⁰

§ 220 falder ligeledes ind under de handlinger, der nævnes i artikel 36, stk. 1, litra a. Imidlertid er samtykkediskussionen heller ikke relevant i forhold til § 220, da det konstituerende herefter er, om der er sket groft misbrug af en persons arbejdsmæssige mv. afhængighed.

3.4. Straffelovens § 221 (svig)

Straffelovens § 221 omfatter den, der tilsniger sig samleje med en person, der forveksler gerningsmanden med en anden.

Bestemmelsen omfatter den situation, hvor forurettede forveksler gerningsmanden med en anden, f.eks. på grund af blindhed, mørke eller beruselse.⁷¹ Tilregnelseskravet er forsæt til at udnytte den bestemmende vildfarelse. Det afgørende er således alene, om der foreligger en identitetsforveksling.⁷²

Handlingen falder ligeledes ind under artikel 36, stk. 1, litra a, idet samtykkeproblematikken dog heller ikke har relevans hertil, da det er identitetsforvekslingen, der er det centrale.

3.5. Straffelovens § 225 (andet seksuelt forhold end samleje)

De ovenstående gennemgåede bestemmelser finder tilsvarende anvendelse med hensyn til andet seksuelt forhold end samleje, jf. straffelovens § 225.

Oralt samleje er et eksempel på andet seksuelt forhold end samleje.⁷³ Straffelovens § 225 er også anvendelig, når der indføres en genstand (i stedet for en penis) helt eller delvist i vagina eller anus –

⁷⁰ *Ibid.*, side 113.

⁷¹ *Ibid.*, side 114.

⁷² Kommenteret straffelov, side 374.

⁷³ *Ibid.*, side 386.

såkaldt genstandssamleje – ligesom bestemmelsen kan anvendes, når der indføres en anden kropsdel end en penis.

Bestemmelsen kriminaliserer således dels de handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra a, med hensyn til penetration af seksuel karakter af en anden persons krop ved hjælp af en genstand (genstandssamleje) og med hensyn til penetration ved hjælp af en kropsdel, der ikke er en penis (f.eks. ved brug af fingre) og endelig i forhold til oral penetration. Herudover kriminaliserer bestemmelsen også nogle af de handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra b. Da bestemmelsen anvendes i sammenhæng med en af de ovenstående, har den dog ikke selvstændig betydning for samtykkeproblematikken.

3.6. Straffelovens § 228 (uagtsomhed med hensyn til forurettedes tilstand eller alder)

Indledningsvist skal det bemærkes, at Justitsministeriet i deres notat har henvist til § 226 om optagelse af børnepornografi, hvilket må anses som en fejl bl.a. på grund af, at de lige over henvisningen konstaterer, at Istanbulkonventionens artikel 36 reelt kun har selvstændig betydning for seksuel vold begået mod personer over 18 år. Det lægges derfor til grund, at henvisningen rettelig skulle være til § 228 om uagtsomhed med hensyn til forurettedes tilstand eller alder, som blev flyttet fra § 226 til § 228 ved ændringen i 2013.⁷⁴

Straffelovens § 228 fastslår, at overtrædelse af § 216, stk. 1, nr. 2, §§ 218 eller 222-224, § 225, jf. § 216, stk. 1, nr. 2, §§ 218 eller 222-224, § 226 eller § 227, stk. 1, der som følge af gerningsmandens ukendskab til forurettedes tilstand eller alder ikke kan tilregnes gerningsmanden som forsætlig, straffes med en forholdsvis mindre straf, hvis gerningsmanden dog har handlet uagtsomt.

§ 228 supplerer de nævnte bestemmelser ved at kriminalisere uagtsomhed i relation til de i bestemmelsen nævnte momenter i de foregående bestemmelers gerningsindhold.⁷⁵ Det er en følge af § 21, hvorefter der, som gennemgået ovenfor, kun er hjemmel til at straffe forsætlige forsøgshandlinger, at strafansvar i medfør af § 228 kun kan pålægges for fuldbyrdet overtrædelse af de foregående bestemmelser.

⁷⁴ Det skal bemærkes, at Justitsministeriet i deres notat henviser til bestemmelserne, som affattet netop ved ændringen i 2013, hvorfor det ikke er derfor, der er henvist til § 226 i stedet for § 228. Det kan dog tænkes, at dette har haft en stor indvirkning på fejlen.

⁷⁵ Kommenteret straffelov, side 393.

Bestemmelsen er ikke af relevans for samtykkediskussionen, da det centrale er ukendskab til offerets tilstand og alder, hvorved personen ikke har været i stand til at samtykke, ligesom et samtykke ikke ville diskulpere.

3.7. Straffelovens § 232 (blufærdighedskrænkelse)

Efter straffelovens § 232 straffes den, som ved uanstændigt forhold krænker blufærdigheden. Ved fastsættelsen af straffen, skal der – ligesom ved overtrædelsen af § 216 – lægges vægt på den særlige krænkelse, der er forbundet med lovovertrædelsen, jf. § 232, stk. 2.⁷⁶

Ved lovrevisionen i 2013 blev bestemmelsen moderniseret og forenklet – ”*uterligt forhold*” blev ændret til ”*uanstændigt forhold*” og angivelsen af ”*eller giver offentlig forargelse*” udgik. Der var dog ikke tiltænkt nogen ændring i bestemmelsens gerningsindhold.⁷⁷ Det fremgår af forarbejderne, at forslaget om at udvide bestemmelsen i § 216, stk. 1, nr. 2 – om at skaffe sig samleje med en person, der befinder sig i en tilstand, hvor den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen, til også at omfatte en person, der befinder sig i en *situation*, hvor den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen – indebærer, at sådanne forhold ikke længere er omfattet af § 232.⁷⁸

I kravet om at handlingen skal være blufærdighedskrænkende, ligger alene en angivelse, dels af at den pågældende adfærd skal være foretaget over for en eller flere personer, hvis interesse man ved at pålægge strafansvar søger at beskytte, og dels at et (gyldigt) samtykke fra den eller dem, over for hvem handlingen er foretaget, udelukker ansvar.⁷⁹

I forhold til diskulperende samtykke knytter der sig nogen tvivl i teorien til spørgsmålet om, i hvilket omfang et sådant samtykke kan anses for gyldigt navnlig for så vidt angår habilitetsbetingelserne. Med udgangspunkt i § 222 (som fastsætter den seksuelle lavalder til 15 år) er det i teorien – til dels med støtte i retspraksis – antaget, at samtykke er uden betydning, når det gives af en person under 15 år.⁸⁰

⁷⁶ Indsat ved lov nr. 257 af 10. april 2018 om ændring af straffeloven (Skærpelse af straffen for blufærdighedskrænkelse og digitale sexkrænkelser).

⁷⁷ FT 2012-13 LF 141, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 22.

⁷⁸ *Ibid.* Det bemærkes, at der af de specielle bemærkninger henvises til § 218, stk. 2, der blev ophævet med loven. Henvisningen må med rette derfor være til § 216, stk. 1, nr. 2, hvor der netop skete den omtalte udvidelse.

⁷⁹ Kommenteret straffelov, side 397.

⁸⁰ *Ibid.*

Som det fremgår ovenfor af afsnit 3.1.1., var det før borgerlig straffelov af 1930 almindeligt at dømme for bl.a. blufærdighedskrænkelser i tilfælde, der grænsede op til voldtægt. I dag angår § 232 de mindst grove sager af seksuelle overgreb – afgrænsningen mellem § 232 og de øvrige bestemmelser om seksualforbrydelser er dog ikke altid særlig klar.⁸¹ Tilregnelsskravet er forsæt, og strafansvar forudsætter, at forholdet er resultatet af en villet handling, at gerningsmanden har forstået handlingens seksuelle karakter, og at vedkommende har forstået, at der ikke forelå samtykke.⁸²

Bestemmelsen fungerer i realiteten som en generalklausul, der kan bringes i anvendelse på enhver seksuel handling af en vis grovere karakter, som ikke er omfattet af de øvrige bestemmelser i kapitlet, men som dog findes at burde straffes.⁸³

§ 232 er i praksis bl.a. blevet anvendt ved: Befølinger og lignende, ekshibitionistiske handlinger, samleje i andres overværelse uden ekshibitionistisk præg, verbal uterlighed, mænds beluring af kvinder under afklædning eller nøgne og beluring af andres seksuelle forhold (vindueskigge), forevisning og optagelse af utugtige billeder og forevisning af utugtige tekster, samleje eller anden kønslig omgængelse end samleje (eller forsøg herpå), som ikke er fundet omfattet af andre bestemmelser i kapitel 24 og ved krænkelser på internettet.⁸⁴

3.8. Sammenfatning

Det kan indledningsvist konstateres, at straffelovens §§ 216, 218, 220, 221 og 225 kriminaliserer de handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra a. Det kan dog også konstateres, at ordet samtykke ikke fremgår af nogen af de nævnte bestemmelsers ordlyd, ligesom det ikke fremgår af den juridiske litteratur, hvorvidt det er et element, der tillægges betydning eller er konstituerende i praksis. Som nævnt er det derfor nødvendigt at gennemgå retspraksis for at afdække, hvorvidt begrebet frivilligt samtykke i praksis indfortolkes, hvorfor det ikke for nuværende kan konkluderes, hvorvidt der reelt er normharmonisk. Som det er gennemgået ovenfor, er det i praksis i forhold til § 216, at samtykkeproblematikken er relevant, hvorfor gennemgangen af retspraksis er afgrænset hertil.

⁸¹ Forbrydelser og andre strafbare forhold, side 120.

⁸² *Ibid.*, side 121.

⁸³ Kommenteret straffelov, side 395.

⁸⁴ *Ibid.*, side 397-400.

Som nævnt ovenfor i afsnit 2, indeholder Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 1, litra b, et meget bredt anvendelsesområde – alle handlinger af seksuel karakter der udøves uden samtykke og med fortsæt skal være strafbare. Der er næppe tvivl om, at straffelovens § 232 dækker en lang række af disse handlinger. Bestemmelsen er også i praksis blevet anvendt på nogle af de eksempler på seksuel vold, som er oplistet i CAHVIO's første møderapport; ekshibitionistiske handlinger og forevisning af pornografi.

Imidlertid er der en vis begrænsning i § 232, idet udtrykket uanstændigt forhold angiver, at kun handlinger, som har relation til seksuelle forhold og *er af en vis grovhed*, kan begrunde straf⁸⁵. Artikel 36, stk. 1, litra b, forudsætter ikke, at handlingen skal have nogen bestemt grovhed – den forudsætter blot, at der er tale om en handling af seksuel karakter, der udøves uden samtykke og med forsæt – eller som det er udtrykt i Den Forklarende Rapport – litra b dækker alle handlinger af seksuel karakter som udøves uden samtykke fra en af parterne – uden der er tale om penetration.

Det kan således ikke afvises, at der er nogle handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra b, som ikke er strafbare efter den danske straffelov. Omvendt anvendes straffelovens § 232, som nævnt, som en generalklausul, som kan anvendes på handlinger, som har en vis grovhed, og som findes at burde straffes. Som det også er gennemgået ovenfor, er bestemmelsen fundet anvendelig i praksis på en lang række forskellige handlinger og situationer. Det kan således argumenteres for, at problemet måske nærmere er af teoretisk end praktisk karakter, henset til dels det meget uklare område for artikel 36, stk. 1, litra b og henset til, at såfremt der i praksis eksisterede en række uønskede seksuelle handlinger, der ikke blev opfanget af generalklausulen i § 232, må det formodes, at sådanne handlinger var blevet kriminaliseret andetsteds. Endelig kan det konstateres i relation til § 232, at såfremt habilitetsbetingelserne er opfyldt, antages det generelt, at samtykke udelukker strafansvar – et frivilligt samtykke indfortolkes således i bestemmelsen.

Det vurderes på den baggrund, at der er normharmoni mellem artikel 36, stk. 1, litra b og dansk ret.

I relation til artikel 36, stk. 1, litra c, som fastslår, at det skal være strafbart uden den pågældendes samtykke at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjeperson, findes der ikke som sådan bestemmelser i den danske straffelov, der kriminaliserer dette. Det må antages, at der oftest vil kunne straffes for medvirken til den konkrete handling – værende voldtægt, genstandsvoldtægt eller lignende. Som det er gennemgået ovenfor i afsnit 3.1.2.2., findes der tre

⁸⁵ *Ibid.*, side 396.

medvirkensformer; tilskyndelse, råd eller dåd. Det kan særligt tænkes at være medvirken ved tilskyndelse eller dåd, der vil være handlinger omfattet af artikel 36, stk. 1, litra c. Omvendt kan det argumenteres for, at artikel 36, stk. 1, litra c, er tiltænkt at skulle dække noget mere end medvirken, henset til at dette også forudsættes kriminaliseret særskilt efter artikel 41.

Det vurderes, at særligt straffelovens § 260 om ulovlig tvang i praksis vil omfatte de handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra c. Bestemmelsen forudsætter ikke, at handlingen har et seksuelt islæt, men dette udelukker ikke dens anvendelse.

Den Forklarende Rapport nævner som eksempel på anvendelsesområdet for artikel 36, stk. 1, litra c, at i voldelige forhold, vil offeret ofte blive tvunget til at foretage seksuelle handlinger med en person, der er valgt af gerningsmanden.⁸⁶ Denne situation vil – afhængig af de konkrete omstændigheder – være omfattet af straffelovens § 260, stk. 1, nr. 1 om ulovlig tvang, hvorved den, som ved vold eller trussel om vold, om frihedsberøvelse eller om at fremsætte usand sigtelse for strafbart eller ærerørigt forhold eller at åbenbare privatlivet tilhørende forhold tvinger nogen til at gøre, tåle eller undlade noget.

På den baggrund er det svært at forestille sig, at der er nogen handlinger, der skulle være omfattet af litra c, som ikke er kriminaliseret i den danske straffelov. Det er dog påfaldende, at Justitsministeriet ikke nævner straffelovens § 260 i deres notat. Samtidig skal det dog påpeges, at den danske straffelov ikke har en bestemmelse der direkte ligner litra c, men dette vurderes ikke at være et praktisk problem. På baggrund af særligt straffelovens § 260 vurderes det således, at der er normharmoni mellem dansk ret og artikel 36, stk. 1, litra c.

De ovenstående gennemgåede bestemmelser i straffeloven er ikke længere begrænset i deres anvendelse, når handlingen begås mod personer som i henhold til dansk lovgivning anerkendes som tidligere eller nuværende ægtefæller eller partnere. Det kan således også konstateres, at der er overensstemmelse mellem artikel 36, stk. 3, og den danske straffelov.

Det skal samtidig påpeges, at såvel forsøg som medvirken i relation til de gennemgåede bestemmelser er strafbart.

⁸⁶ Den Forklarende Rapport, pkt. 190.

Herfra er spørgsmålet således begrænset til, hvorvidt der er overensstemmelse mellem artikel 36, stk. 1, litra a, og dansk ret – særligt i forhold til om straffelovens § 216 i praksis omfatter begrebet *”frivilligt samtykke”*.

For at besvare dette spørgsmål vil EMD’s førnævnte afgørelse i sagen M.C. mod Bulgarien først blive gennemgået med fokus på dens rækkevidde. Derefter vil dansk retspraksis i relation til straffelovens § 216 blive gennemgået bl.a. med fokus på forsætsvurderingen og krav til offerets modstand.

4. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i sagen M.C. mod Bulgarien

Den Forklarende Rapport til Istanbulkonventionen indeholder, som nævnt, en henvisning EMD’s praksis, nærmere bestemt til afgørelsen i sagen M.C. mod Bulgarien fra 2003.⁸⁷ Ud over henvisningen i Den Forklarende Rapport er afgørelsen blevet diskuteret i såvel Straffelovrådets betænkning fra 2012 som i den juridiske litteratur.⁸⁸ Diskussionen har særligt omhandlet afgørelsens rækkevidde, herunder om man kan udlede en egentlig forpligtelse af afgørelsen til, at de forpligtede stater til EMRK, skal udforme deres voldtægtsbestemmelse på en bestemt måde – særligt er det blevet diskuteret, om det skal ske med udgangspunkt i samtykke.

Det skal indledningsvist påpeges, at Danmark i kraft af sin tiltrædelse af EMRK er forpligtet til – ud over selve konventionsteksten – at følge afgørelser fra EMD.⁸⁹

Nedenfor vil sagen blive gennemgået, hvorefter dens rækkevidde vil blive vurderet for at afdække, dels hvilken betydning den har for den danske retstilstand og dels dens betydning for Istanbulkonventionens artikel 36.

4.1. Sagens faktum

Sagen omhandlede en pige, P, på 14 år og 10 måneder, som efter sin egen forklaring var blevet voldtaget af to mænd, som hun kendte i forvejen (dvs. tilfælde af kontaktvoldtægt). Voldtægterne skulle være foregået efter en bytur.

⁸⁷ Case of M.C. v. Bulgaria, (app.no.39272/98), dom af 4. december 2003 (herfra M.C. mod Bulgarien).

⁸⁸ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 119.

⁸⁹ Som det også påpeges i Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 115.

P havde forklaret, at hun efter en bytur tog forbi et vandreservoir med tre mænd – mod hendes protester. P forklarede, at hun blev i bilen, mens de andre svømmede, men at en af mændene, A kom tilbage og var begyndt at kysse hende og presse sin krop mod hendes. P havde nægtet, bedt ham gå og forsøgt at skubbe ham væk. A var fortsat med sit forehavende og havde samleje med P. A forklarede til politiet, at de havde sex, men at det var med P's samtykke, og at hun selv havde taget sit tøj af i forbindelse med samlejet. P forklarede, at det var hendes første gang, at det gjorde ondt, at hun følte sig syg og ville kaste op og var begyndt at græde.⁹⁰

Senere på natten, da A i mellemtiden var taget hjem, tog P med de to resterende mænd til et hus. P forklarede, at hun følte sig sikker, idet en af mændene, B, var en af hendes klassekammeraters storebror. I huset satte B sig dog ved siden af hende i en seng, skubbede hende ned, tog hendes tøj af og tvang hende til at have samleje med sig. B forklarede til politiet, at de havde haft sex med P's fulde samtykke. P forklarede, at hun ikke havde styrke til at gøre voldelig modstand, men at hun havde tigget ham om at stoppe.⁹¹

4.1.1. Sagens videre forløb

P indgav en politianmeldelse mod A og B 10 dage senere – A og B afgav forklaring om, at de havde samleje med P, og at det var med hendes egen frie vilje. Efterfølgende blev sagen overdraget til en anklager, som åbnede en efterforskning om voldtægt og videregav sagen til en efterforsker. Efterfølgende gik der et år uden sagsbehandling. Efterforskeren indstillede, at sagen blev lukket på grund af, at *"there was no evidence that [A] and [B] had used threats or violence, [...]"*.⁹²

Anklageren beordrede efterfølgende, at der blev foretaget en yderligere efterforskning, idet den indledende efterforskning ikke havde været objektiv, grundig eller fuldstændig. Efterforskeren bad efterfølgende en psykiater og psykolog om at svare på adskillige spørgsmål. Psykiateren og psykologen påpegede bl.a., at P's unge alder kunne have betydning for hendes manglende reaktion i løbet af aftenen. Efterforskeren fandt ikke, at svarene på disse spørgsmål ændrede på, at sagen skulle lukkes. Anklageren lukkede efterfølgende efterforskningen, idet: *"He found, inter alia, that the use of force or threats had not been established beyond reasonable doubt. In particular, no resistance on the applicant's part or attempts to seek help from others had been established"*.⁹³

⁹⁰ M.C. mod Bulgarien pr. 11-21.

⁹¹ *Ibid.*, pr. 22-31.

⁹² *Ibid.*, pr. 55.

⁹³ *Ibid.*, pr. 61.

P påklagede denne afgørelse. Klagen blev afvist bl.a. på grund af følgende: *"There can be no criminal act under [...], unless the applicant was coerced into having sexual intercourse by means of physical force or threats. This presupposes resistance, but there is no evidence of resistance in this particular case. [A] and [B] could be held criminally responsible only if they understood that they were having sexual intercourse without the applicant's consent and if they used force or made threats precisely with the aim of having sexual intercourse against the applicant's will. There is no insufficient evidence to establish that the applicant demonstrated unwillingness to have sexual intercourse and that [A] and [B] used threats or force".*⁹⁴ [min fremhævelse].

4.1.2. Sagen ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Sagen ved EMD omhandlede, hvorvidt der var sket en krænkelse af EMRK artikel 3 om forbud mod tortur og umenneskelig eller vanærende behandling, artikel 8 om ret til respekt for privatliv og familieliv, artikel 13 om ret til adgang til effektive retsmidler og artikel 14 om forbud mod diskrimination.

EMD fandt, at det primært var artikel 3 og 8 af konventionen, der skulle undersøges.⁹⁵

I sagen anfører EMD, at artikel 3 og 8 skaber en positiv forpligtelse for de kontraherende stater til at gennemføre de strafferetlige regler, der sikrer, at voldtægtsforbrydelser straffes effektivt, og til at anvende disse regler i praksis gennem effektiv efterforskning og retsforfølgning. Samtidig anfører Domstolen, at medlemsstaterne har en vid skønsmargin ved fastlæggelsen af, hvilke forholdsregler der skal sikre den fornødne beskyttelse mod voldtægt, bl.a. henset til forskellige kulturelle og lokale forhold.⁹⁶

Herudover henviser EMD til lovgivningen i de øvrige europæiske lande, der tidligere i sagen var blevet gennemgået, herunder Danmarks. I den forbindelse anførte Danmark om de dagældende voldtægtsbestemmelser (§§ 216-217) anvendelse, at: *"Coercion is nowadays understood broadly and is not limited to threats or serious violence. Evidence of lack of consent is particularly important in cases where the accused and the victim knew each other. While the act of saying "no"*

⁹⁴ *Ibid.*, pr. 64.

⁹⁵ *Ibid.*, pr. 148.

⁹⁶ *Ibid.*, pr. 153-154.

would be a sufficient expression of lack of consent, providing it was said and understood as being meant seriously could be difficult."⁹⁷.

Samlet anførte EMD, at lovgivningen i de fleste europæiske lande indeholdt et krav om anvendelse af vold eller trusler om vold hos gerningsmanden, men i retspraksis og den juridiske litteratur, var det manglen på samtykke eller frivillighed og ikke magtanvendelse, der blev anset som det afgørende element i voldtægtsforbrydelsen.⁹⁸

EMD konkluderede bl.a. på baggrund af ovenstående, at

*"[...] the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and this jeopardizing the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, **the member States' positive obligation under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalization and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim**".*⁹⁹ [min fremhævelse]

Om den bulgarske voldtægtsbestemmelse fandt EMD, at den ikke indeholdt et krav om, at der skulle være ydet fysisk modstand fra offeret. Spørgsmålet var dernæst, hvordan den bulgarske bestemmelse blev fortolket i praksis. I sagen fandt EMD, at klagerens påstand om, at der var en meget restriktiv praksis hos den bulgarske anklagemyndighed i forhold til tiltalerejsning for voldtægt ikke kunne afvises – EMD anførte bl.a. at den bulgarske retspraksis mv., der var henvist til under sagen, kunne siges at indikere, at hovedparten af de voldtægtssager, hvor der ikke var tegn på vold eller fysisk modstand, ikke blev retsforfulgt i Bulgarien.¹⁰⁰

EMD anførte yderligere, at selvom det i praksis kan være svært at bevise manglen på samtykke, hvis der ikke foreligger direkte beviser for voldtægt, er det et krav, at myndighederne undersøger alle omstændigheder i en sag, og at sagens efterforskning koncentrerer sig om spørgsmålet om samtykke – disse krav var ikke opfyldt i den konkrete sag. EMD fandt yderligere, at

⁹⁷ *Ibid.*, pr. 135-136.

⁹⁸ *Ibid.*, pr. 159.

⁹⁹ *Ibid.*, pr. 166.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pr. 173-175.

myndighedernes mangelfulde efterforskning skyldtes, at der var lagt for stor vægt på, om der forelå direkte bevis for voldtægt.¹⁰¹

Endelig konkluderede EMD, at der var sket en krænkelse af artikel 3 og 8 ved, at de bulgarske myndigheder havde opgivet påtale i voldtægtssagerne med den begrundelse, at det ikke kunne bevises, at klageren, P, var blevet tvunget til samleje gennem vold eller trusler om vold, da der ikke var tegn på fysisk vold eller på, at P havde ydet mostand.

4.2. Afgørelsens rækkevidde

Som nævnt indledningsvist til dette afsnit, har afgørelsen rejst en del debat om, hvorvidt der kan udledes en egentlig forpligtelse for medlemsstaterne til at udforme bestemmelser om voldtægt på en bestemt måde, herunder med udgangspunkt i et krav om manglende samtykke.

Straffelovrådet mener, at det centrale i afgørelsen synes at være, at seksuelle overgreb uden samtykke skal straffes, men ikke, at bestemmelser om voldtægt skal udformes på en bestemt måde, eller at alle seksuelle overgreb uden samtykke skal defineres som voldtægt.¹⁰² Straffelovrådet mener ikke, at der kan udledes en forpligtelse til at udforme voldtægtsbestemmelsen på en bestemt måde, herunder en forpligtelse til at udforme bestemmelsen ud fra et krav om manglende samtykke. Som begrundelse herfor henviser Straffelovrådet bl.a. til, at det i dommen primært er manglerne ved de bulgarske myndigheders efterforskning af den konkrete sag – og ikke den bulgarske lovgivning – der er fremhævet som årsagen til, at artikel 3 og 8 fandtes at være blevet krænket.¹⁰³

Endelig påpeger Straffelovrådet, at dansk ret må antages at være i overensstemmelse med de krav, som kan udledes af EMD's afgørelse, idet et fællestræk for de danske bestemmelser er, at de er udformet med udgangspunkt i et krav om udøvet tvang, udnyttelse eller misbrug, og det er således et fællestræk for disse bestemmelser, at det seksuelle forhold skal være opnået på en sådan måde eller under sådanne omstændigheder, at der ikke foreligger et reelt eller gyldigt frivilligt samtykke fra offerets side.¹⁰⁴

Trine Baumbach udlægger, som nævnt tidligere, bl.a. afgørelsens betydning til, at det ikke må være et objektivi t gerningsmoment – hverken i selve bestemmelsen eller i den praksis, der udvikler sig på baggrund af bestemmelsen – at offeret skal have gjort modstand. Hovedomdrejningspunktet i

¹⁰¹ *Ibid.*, pr. 181-182.

¹⁰² Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 120.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, side 121.

kriminaliseringen skal, ifølge Baumbach, være spørgsmålet om offerets samtykke – har offeret ikke samtykket, har gerningspersonen objektivt ”*tiltvunget*” sig samleje, da en eventuel underkastelse ikke kan sidestilles med samtykke.¹⁰⁵ Baumbach påpeger dog også, at EMD i sagen ikke udtalte sig nærmere om kravene til offerets samtykke, men ifølge Baumbach, synes det forudsat, at der ikke stilles krav om eksplicit samtykke.¹⁰⁶

I relation til straffelovens § 216 påpeger Trine Baumbach, at det ikke er et krav, at offeret har gjort modstand, men at den juridiske doktrin og dele af retspraksis (vedrørende den gamle § 216) ikke synes at dele denne opfattelse. Baumbach henviser som begrundelse herfor bl.a. til Waaben og Gorm Toftegaard Nielsen¹⁰⁷, og påpeger, at hvis deres bemærkninger skal forstås som en påstand om, at det er et krav efter § 216, stk. 1, at offeret skal have gjort modstand, er disse bemærkninger i strid med Danmarks legislative positive forpligtelser efter EMRK (og dermed også M.C. mod Bulgarien-afgørelsen).¹⁰⁸ Baumbach mener, at det udtrykkeligt bør fremgå af ordlyden af § 216, at det er det manglende samtykke, der konstituerer voldtægt.¹⁰⁹

Gorm Toftegaard Nielsen påpeger, at det kan diskuteres, om dommen kræver en lovgivning, der udtrykkeligt kriminaliserer ethvert samleje, der gennemføres uden den andens samtykke – ifølge Toftegaard Nielsen, opstiller dommen næppe et sådant krav.¹¹⁰ Toftegaard Nielsen konstaterer, at det centrale i sagen er bebrejdelsen af, at den ikke er blevet efterforsket i lyset af det bredere voldtægtsbegreb, som angiveligt findes i moderne komparativ og international lov – underforstået at det afgørende ikke er, at samlejet er gennemtvunget, men er sket uden samtykke.¹¹¹ I relation hertil kritiserer Toftegaard Nielsen, at borgeren nu ikke blot skal læse national straffelov, men fortolke den klart udvidende, hvis det følger af moderne standarder i komparativ og international lov. I forlængelse af dette påpeger han, at man med rette kunne have bebrejdet politiet og anklageren, hvis de havde fulgt dommens krav om at efterforske sagen og afgøre tiltalespørgsmålet ikke ud fra den gældende lov, men en sådan fortolkning.¹¹²

¹⁰⁵ Strafferet og menneskeret, side 367.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, side 369.

¹⁰⁸ *Ibid.*, side 370.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Nielsen, Gorm Toftegaard, ”*Er den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en trussel for fundamentale strafferetlige principper?*”, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, Årgang 97, nr. 3 (2010), side 373.

¹¹¹ *Ibid.*, side 374.

¹¹² *Ibid.*

4.3. Sammenfatning

Som det fremgår ovenfor, fortolker hverken Straffelovrådet, Trine Baumbach eller Gorm Toftegaard Nielsen afgørelsen som, at der kan udledes en egentlig forpligtelse for medlemsstaterne til at udforme bestemmelser om voldtægt på en bestemt måde – nærmere bestemt med udgangspunkt i et krav om manglende samtykke.

Straffelovrådet mener også, at dansk ret er i overensstemmelse med de krav, der kan udledes af EMD's afgørelse, hvorom Trine Baumbach er lidt mere tilbageholdende, idet hun mener, at der er uenighed om, hvorvidt det er et krav efter dansk ret, at offeret har gjort modstand. Trine Baumbach anbefaler under alle omstændigheder, at straffelovens § 216 ændres, da dette vil være i bedre overensstemmelse med de værdier, som det danske samfund bygger på.

Gorm Toftegaard Nielsen argumenterer for, at hvis det afgørende for domstolen er, at samlejet er sket uden samtykke, bør dette fremgå af den nationale straffelov, så det konkret ulovlige forhold er tilgængeligt for borgeren. Omvendt virker det til, at han er kritisk over for, at retstilstanden de facto skulle være sådan, henset til, at han mener, at det kunne bebrejdes politiet og anklageren, hvis de havde fulgt dommens forudsatte krav om at efterforske sagen og afgøre tiltalespørgsmål *"ikke ud fra den gældende lov"*, men en *"sådan fortolkning"* af det væsentlige gerningsindhold.

Gorm Toftegaard Nielsen har andetsteds, som det fremgår ovenfor af afsnit 3.1.2.1., påpeget, at der skal være kausalitet mellem voldsudøvelsen og samlejet – og dermed implicit, at der skal være et voldselement.

Det kan i overensstemmelse med det gennemgåede konkluderes, at der ikke kan udledes en egentlig forpligtelse til at udforme voldtægtsbestemmelsen med udgangspunkt i et krav om manglende samtykke, da der i det konkrete findes accept af en gennem praksis skabt samtykkevurdering. Afgørelsen kritiserer primært – som det er anført af Straffelovrådet – de bulgarske myndigheders efterforskning af den konkrete sag og ikke den bulgarske lovgivning, som årsag til, at artikel 3 og 8 var krænket. I sagen gennemgås den restriktive praksis hos den bulgarske anklagemyndighed, hvorved det konstateres, at hovedparten af de voldtægtssager, hvor der ikke var tegn på vold eller fysisk modstand, ikke bliver retsforfulgt i Bulgarien. Det er dermed et centralt spørgsmål i sagen, hvordan den bulgarske bestemmelse bliver fortolket i praksis – artikel 3 og 8 var næppe krænket, hvis den bulgarske praksis viste, at det ikke var afgørende for domfældelse og tiltalerejsning, at der var tegn på vold eller fysisk modstand.

I forhold til afgørelsens indflydelse på Istanbulkonventionen, kan det konstateres, at den primære årsag til at afgørelsen direkte nævnes i Den Forklarende Rapport højst sandsynligt er, at dens rækkevidde har været så omdiskuteret. Det påpeges netop i Den Forklarende Rapport, at en række præmisser i afgørelsen kan fortolkes på flere måder – det konstateres dog ikke, hvilken fortolkning de i deres arbejde med konventionen har tillagt præmisserne. Det fremgår direkte af den tredje møderapport, at ikke alle delegationer var enige om, at voldtægt alene skulle baseres på et krav om manglende samtykke – idet nogle fremhævede, at der skal indgå et tvangsmæssigt element, før der kan være tale om seksuel vold, herunder voldtægt. Det er således næppe tvivl om, at afgørelsen har været et centralt element i udarbejdelsen af artikel 36 – men idet der ikke blev opnået enighed om, hvordan afgørelsens præmisser skulle fortolkes, fremstår det uklart hvilken konkret værdi de enkelte parter til konventionen skal tillægge afgørelsen – ud over at den skal indgå, når national lovgivning udarbejdes, og når det i den forbindelse skal vurderes, hvilke elementer der skal være konstituerende i forhold til seksuel vold, herunder voldtægt.

I forhold til den danske retstilstand virker det, som nævnt, til, at der er uenighed om, hvorvidt det er et krav, at offeret har gjort modstand, og om der skal indgå et voldselement. Dansk retspraksis vil nedenfor blive gennemgået for at afdække, dels hvad der i praksis er det konstituerende element i voldtægtssager, og dels for om retspraksis omfatter begrebet "*frivilligt samtykke*".

Efterfølgende vil det blive vurderet, om dansk ret er i overensstemmelse med de krav, som Istanbulkonventionens artikel 36 stiller, og dermed om bestemmelsen er implementeret korrekt.

5. Retspraksis – med fokus på offerets modstand og forsætsvurderingen

Indledningsvist skal det påpeges, at et grundlæggende princip i straffeprocessen er, at efterforskningen af en straffesag skal være objektiv (objektivitetsprincippet). Dette udtrykkes i retsplejelovens § 96, stk. 2, hvoraf det fremgår, at de offentlige anklagere ikke blot skal skaffe grundlag for at skyldige drages til ansvar, men også at uskyldige ikke forfølges. Herudover gælder den materielle sandheds princip – en dom skal så vidt muligt afspejle, hvad der rent faktisk er foregået i forbindelse med det forhold, som anklagemyndigheden har rejst tiltale for.¹¹³ Endelig skal det påpeges, at bevisbyrden for, at tiltalte er skyldig i et strafbart forhold, ligger hos anklageren.

¹¹³ Vestergaard, Jørn, "*Straffeprocessen – grundtræk i dansk strafferetspleje*", Gjellerup, 2. udgave 2018, side 23.

Enhver berettiget tvivl om skyldsspørgsmålet skal komme tiltalte til gode, hvilket også kan udtrykkes på den måde, at der principielt gælder en grundlæggende uskyldsformodning.¹¹⁴

Nedenfor vil henholdsvis en række udvalgte fældende afgørelser i voldtægtssager og en række udvalgte frifindende afgørelser gennemgås. Fokus er særligt lagt på sager, hvor der ikke har været – eller kun er minimale – tegn på fysisk vold.

Det vil ses, at den udvalgte retspraksis hovedsagelig er af meget nyere dato, hvilket dels er tilfældigt, da gennemgangen af retspraksis viste, at det netop var de nyere afgørelser, som i deres præmisser og faktum var mest relevante for dette speciale og dels ud fra en antagelse om, at praksis særligt på dette område har udviklet sig i takt med samfundet.¹¹⁵

Det bemærkes, at der generelt vil blive benyttet forkortelserne T for tiltalte og F for forurettede. I tilfælde hvor der er flere forurettede i sagerne, vil der benyttes tal – henholdsvis F1, F2 mv.

5.1. Fældende afgørelser

I sagen AM2018.11.22Ø var der rejst tiltale for to forhold af voldtægt efter § 216, stk. 1, nr. 2. T var i forhold 1 tiltalt for at have skaffet sig samleje med F1, der på grund af træthed og spiritusindtagelse befandt sig i en tilstand, hvor hun var ude af stand til at modsætte sig handlingen, idet T trak bukser og trusser ned på F1, der lå i sengen og sov, hvorpå han indførte sit lem og foretog samlejebevægelser. F1 var taget med T hjem i den fælles forståelse, at de blot skulle sove, og for at hun ikke skulle være alene, da hun havde det psykisk dårligt. Der havde ikke været nogen kys eller kærtegn mellem F1 og T den aften eller tidligere. F1 lagde sig til at sove fuldt påklædt, men vågnede ved, at T's penis var oppe i hende og konstaterede, at hendes bukser var trukket ned til knæene. Landsretten tilsidesatte T's forklaring om, at F1 inden samlejet havde kærtegnede T og presset sig ind til ham. Det fremgår af F1's forklaring til landsretten, at hun ikke sagde verbalt fra, da hun mærkede, at T var oppe i hende, måske fordi hun var bange.

Landsretten lagde ved forsætsvurderingen særlig vægt på, at det efter bevisførelsen kunne lægges til grund, at F1 ikke, inden tiltalte trængte ind i hende, havde afgivet nogen form for seksuel respons i forhold til tiltalte.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Samme betragtning gjorde anklagemyndigheden i forbindelse med Straffelovrådets betænkning i 2012 – at der er på området er sket en vis udvikling i retspraksis, jf. Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 163. Det lægges til grund, at denne udvikling er fortsat efter 2012.

I forhold 2 var F2 taget hjem til T med henblik på at dyrke sex. F2 havde insisteret på, at de brugte beskyttelse, og de forsøgte at dyrke sex med kondom, hvilket dog mislykkedes på grund af T's svigtende erektion. T havde herefter påbegyndt oralsex på F2, som bad ham om at stoppe, da hun ikke havde lyst, hvorefter hun sagde, at de bare skulle sove. F2 faldt i søvn, men vågnede i alt to gange ved, at T først havde indført sin penis uden kondom i hendes skede og i det andet tilfælde forsøgt at skaffe sig ubeskyttet samleje med hende – hun skubbede ham væk og faldt atter i søvn.

Landsretten lagde ved forsætsvurderingen særlig vægt på, at det efter bevisførelsen kunne lægges til grund, at F2 ikke efter det mislykkedes samleje med kondom, havde givet tiltalte nogen indikation af, at hun nu var accepterende i forhold til samleje uden kondom, ligesom T ikke umiddelbart inden, at han to gange forsøgte at trænge ind i hende havde modtaget nogen seksuel respons fra F2.

I sagen AM2018.10.31Ø blev T dømt for overtrædelse af straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1, og til dels for forsøg derpå. T og F var mødtes til en fest. De havde kysset frivilligt forud for voldtægten. T afgav forklaring om, at den hårde sex, som de havde til festen, havde været frivillig, hvorimod F sagde, hun gjorde modstand, herunder at hun sagde verbalt fra flere gange. Flertallet i Landsretten (5) fandt det bevist, at T ved sin fysiske overmagt og den i situationen liggende trussel om vold og det nedværdigende og grove sprogbrug, han anvendte over for F, var skyldig. Flertallet lagde også vægt på, at F's forklaring blev støttet op af de retsmedicinske undersøgelser og hendes efterfølgende reaktion. Mindretallet (1) fandt, at T skulle frifindes på grund af de modstridende forklaringer om forløbet (herunder fra de andre fstdeltagere).

Herudover skal der henvises til afgørelsen TfK2019.240/2, som belyser overgangen fra et frivilligt samleje til et ikke frivilligt. T var bl.a. tiltalt for at have revet F i håret, givet hende flere lussinger, slået hende flere gange med et sjippetorv på kroppen, imens han tiltvang sig samleje med hende, stak sit lem i munden på hende, stak tre fingre op i hendes skede, uagtet F gentagne gange sagde stop til tiltalte og forsøgte at kravle væk.

Landsretten fandt T skyldig, idet: *"at T – efter det, der som anført må lægges til grund om, at F under forløbet **adskillige gange har sagt nej og bedt tiltalte om at stoppe** og flere gange forsøgt at kravle væk – har været klar over, at der for F ikke længere var tale om frivillig sex."* [min fremhævelse].

Endelig skal der henvises til en utrykt afgørelse afsagt af Østre Landsret den 5. juli 2018.¹¹⁶ I sagen gav T, der var 45 år og idrætstræner, efter træning, den 15-årige F, der var afklædt, massage, hvorefter han stak sin finger op i hendes skede, rørte ved hendes bryster og gennemførte samleje med hende. Senere på T's bopæl gennemførte han under fastholdelse igen samleje med F. Landsretten fandt, at T under en del af samlejet havde holdt F forholdsvis hårdt nede, og at han i løbet af samlejet var blevet klar over, at hun ikke ønskede samlejet, hvorfor han blev kendt skyldig. Dette uanset, at F reagerede ret passivt under den i situationen indirekte trussel om yderligere vold, såfremt hun forsøgte at modsætte sig samlejet.

5.1.1. Afgørelsernes betydning

I den første gennemgåede afgørelse blev der ved forsætsvurderingen – i relation til begge forhold – særlig lagt vægt på, at F1 og F2 ikke havde afgivet noget form for seksuel respons i forhold til T. Det fremgår også, af F1's forklaring, at da hun vågnede, gjorde hun ikke modstand, ligesom hun ikke *"sagde verbalt fra"*.

I begge forhold konstaterede landsretten, at de var ude af stand til at modsætte sig handlingen, da de sov, hvorfor gerningsindholdet i § 216, stk. 1, nr. 2, var opfyldt. Det afgørende i denne sag, var således ikke, hvorvidt der var gjort modstand – men at de forurettede ikke havde afgivet seksuel respons, der kunne foranledige T til at få en indikation af, at de var accepterende i forhold til at have samleje. Det skal dog påpeges, at det havde været påfaldende, hvis der i denne sag var blevet lagt vægt på, om der var gjort modstand, henset til, at der netop var rejst tiltale efter § 216, stk. 1, nr. 2, 2. led, hvor gerningsindholdet er, at pågældende er i en tilstand eller situation, hvor personen er ude af stand til at modsætte sig handlingen. Afgørelsen findes dog stadig relevant, idet F1 heller ikke gjorde modstand eller sagde fra, da hun vågnede, ligesom det er interessant, at der i begge forhold ved forsætsvurderingen bliver lagt vægt på, om de forurettede havde afgivet seksuel respons.

I den anden afgørelse lagde landsretten i relation til forsætsvurderingen vægt på, at T ved sin fysiske overmagt og den i situationen liggende trussel om vold og det nedværdigende og grove sprogbrug, han anvendte over for F, tvang hende til samleje, og at T gennemførte samlejet, uanset F's verbale og fysiske modstand, hvorfor han havde det fornødne forsæt.

I denne sag blev der således lagt vægt på, at F gjorde modstand – fysisk som verbalt.

¹¹⁶ Afgørelsen er omtalt i forbindelse med besvarelsen af et udvalgs spørgsmål under behandlingen af B 146, der er omtalt i indledningen til dette speciale; Retsudvalget 2018-19, B 146 endeligt svar på spørgsmål 1.

I den nyeste afgørelse blev det lagt til grund, at F og T indledningsvist havde frivilligt samleje, men at det – efter det blev hårdere og grovere end F ønskede – overgik til at være ikke frivilligt. Det blev lagt til grund, at F adskillige gange sagde nej og bad T om at stoppe, ligesom hun forsøgte at kravle væk, hvorved T måtte have været klar over, at der ikke længere var tale om frivillig sex.

Selvom der ikke benyttes ordet "*modstand*" i landsrettens præmisser, er det de facto det, som F gjorde ved at sige verbalt fra og kravle væk.

I den sidste utrykte afgørelse fremgår det, at F reagerede ret passivt under den i situationen liggende indirekte trussel om yderligere vold. Der fremgår ikke meget nærmere om, hvorledes T forinden havde udøvet vold andet end, at han havde holdt F forholdsvis hårdt nede under en del af samlejet, hvortil han blev klar over, at hun ikke ønskede samleje.

Da det ikke har været muligt at fremskaffe den utrykte dom, fremstår faktum lidt uklart, herunder hvordan T blev klar over, at F ikke ønskede samlejet henset til, at det fremgår, at F forholdt sig ret passivt, ligesom det fremgår, at de tidligere på dagen havde haft samleje efter træning. Herudover er det svært konkret at udlede, hvor passivt F har forholdt sig – andet end at det var "*ret*" passivt.

Det skal samtidig bemærkes i relation til denne afgørelse, at Istanbulkonventionens artikel 36 kun har selvstændig betydning for seksuel vold begået mod personer over 18 år – F var i denne sag 15 år. Afgørelsen har dog betydning i forhold til at belyse den danske retspraksis, idet § 216 ikke skelner på denne vis – hvis der bortses fra stk. 2, om samleje med et barn under 12 år.

Hvis det kendte faktum lægges til grund, er afgørelsen ganske interessant, da det således er det eneste eksempel på en fældende afgørelse – hvor der ikke er rejst tiltale for § 216, stk. 1, nr. 2, 2. led – hvor det ikke har været et element, om den forurettede har gjort modstand. Der fandtes således ingen fældende afgørelser ved gennemgangen af den trykte retspraksis og Anklagemyndighedens Vidensbase, hvor den forurettede ikke var ude af stand til at modsætte sig handlingen, og alligevel forholdt sig passivt. Det skal dog igen understreges, at det er vanskeligt at vurdere, hvad der ligger i "*ret*" passivt.

Herfra er det centrale således, bl.a. at undersøge hvorvidt der er sket frifindelser med begrundelsen, at den forurettede ikke gjorde modstand, eller at den tiltalte ikke kunne vide, at den forurettede ikke samtykkede.

5.2. Frifindende afgørelser

I sagen AM2017.09.04Ø2 blev T kendt skyldig i byretten (2-1), men frikendt i landsretten. T var tiltalt for at have tiltvunget sig samleje med F, idet han – efter de indledningsvist havde kysset, og efter hun frivilligt havde givet ham oralsex – tog fat i hende, vendte hende rundt og holdt hende fast, selvom hun flere gange sagde fra. De havde mødtes på et diskotek, hvor de kyssede og var gået ud på toilettet, hvor episoden udspillede sig.

For landsretten havde F forklaret, at T havde drejet hende rundt efter, at hun havde udført den nævnte oralsex, ved at have taget fat i hende, men hun kunne ikke huske, hvordan han tog fat i hende, eller om det var med én eller to hænder – det var dog ikke voldeligt. På den baggrund fandt landsretten, at der ikke var ført det fornødne bevis for, at tiltalte havde tiltvunget sig samleje ved vold eller trussel om vold.

Herudover anførte landsretten, at det forhold, at forurettede under det kortvarige samleje verbalt gav udtryk for, at hun ikke ønskede at fortsætte, ikke under de ovenstående omstændigheder, kunne føre til andet resultat.

I afgørelsen AM2017.03.08Ø var T tiltalt for at have tiltvunget sig samleje med F, idet han fastholdt hende, herunder i den ene arm, og på trods af hendes forsøg på at skubbe ham væk, og selv om hun flere gange sagde ”stop” gennemførte samleje med hende. T afviste, at der overhovedet havde fundet samleje sted. I byretten lagde to af dommerne særlig vægt på, at F’s søster og svoger sov på gulvet ved siden af sengen uden at bemærke overgrebet.

Det fremgår af den retsmedicinske erklæring i sagen, at materiale indsamlet fra F’s vaginalvæg talte for at stamme fra T frem for en tilfældig mand – nærmere bestemt, at det var 365 gange mere sandsynligt, hvis det undersøgte mandlige dna stammede fra T, end hvis det stammede fra en tilfældig mand, som ikke er beslægtet med T på fædrenes side. T afviste, at de overhovedet havde haft samleje.

Landsretten lagde i sagen vægt på, at: *”F råbte ikke op og søgte heller ikke på anden måde at påkalde sig hjælp fra søsteren og dennes kæreste med henblik på at søge at hindre den voldtægt, hun har forklaret om, og som efter hendes egen forklaring havde et vist tidsmæssigt forløb. Hun har desuden forklaret, at hun ikke gjorde modstand, men stivnede, og derfor ikke prøvede at komme ud af sengen. Hun har samtidig forklaret, at hun flere gange sagde nej. F havde ikke skader eller mærker efter fastholdelse eller lignende. Efter forklaringerne var ingen af de tilstedeværende*

påvirkede af alkohol eller lignende. Landsretten finder, at det under disse omstændigheder ikke er bevist, at F sagde fra over for eventuelle seksuelle handlinger på en sådan måde, at tiltalte havde grund til at antage, at hun ikke var indstillet på sådanne.” [min fremhævelse].

Herudover fremgår det af sagen, at F's søster forklarede i både landsretten og byretten, at F i pressede situationer reagerer ved at stivne, hvilket hænger sammen med, at søsteren har oplevet, at F flere gange har stivnet, når hun har mødt en tidligere kammerat, der har forgrebet sig på F.

I den nyligt afsagte sag, TfK2019.338, var T tiltalt for dels blufærdighedskrænkelser, ved at have taget fat i F's arme og skubbet hende op mod en dør, hvorefter han tungekyssede hende på munden og dels for forsøg på voldtægt efter § 216, stk. 1, nr. 1, jf. § 21, ved umiddelbart efter, at have forsøgt at tiltvinge sig samleje med F, idet han tog fat i hendes arme og skubbede hende op mod et affaldsskur og holdt hende hårdt fast, imens han trak hendes kjole op til maven og hendes trusser ned om lårene og begyndte at beføle hendes kønsdele og udtalte: *"How big are you used to get it?"*, eller lignende, samt at han kunne gøre det bedre, end hun er vant til, eller lignende, hvorunder det lykkedes F at komme fri ved at sparke ham over skinnebenet og løbe fra stedet, hvorved hans forehavende mislykkedes.

I byretten blev T frifundet for blufærdighedskrænkelser, men kendt skyldig i forsøg på voldtægt, idet flertallet lagde vægt på, at T havde til hensigt at skaffe sig samleje med F, hvilket alene mislykkedes, fordi F gjorde modstand bl.a. ved at sparke ham.

I landsretten blev F's forklaring lagt til grund, herunder at T ikke brugte vold, før de stod i passagen mellem skurene, hvor det efter F's opfattelse var T's hensigt at have samleje med hende. Landsretten anfører herefter, at det afgørende er, om T havde forsæt til at begå voldtægt, da han skubbede F op mod væggen af affaldsskuret og holdt hende fast, mens han befølte hende i skridtet og uden på trusserne. Landsretten anfører, at T's udtalelse om, at han var bange for, at folk ville kigge ud af vinduerne og se dem, ikke beviser, at T havde til hensigt at begå voldtægt, men var begrundet i hans ønske om at have samleje med F.

På den baggrund konstaterer landsretten, at: *"Anklagemyndigheden har således ikke løftet sin bevisbyrde for, at T havde forsæt til at opnå samlejet med vold.*” [min fremhævelse], hvorfor T blev frifundet for forsøg på voldtægt.

Landsretten fandt T skyldig i blufærdighedskrænkelser, vold efter straffelovens § 244, stk. 1, og ulovlig tvang efter § 260, stk. 1, nr. 1, i forhold til, at han havde befølt F uden på trusserne, trukket hendes kjole op og trusser ned, mens han holdt hende hårdt fast og fremkom med grove seksuelle udtalelser.

Herudover skal en utrykt afgørelse afsagt af Østre Landsret den 28. juni 1982 omtales.¹¹⁷ I sagen blev en mand frifundet for at have voldtaget en 16-årig pige på grund af utilstrækkeligt bevis for forsæt. Manden havde givet den 16-årige pige et lift, og de havde haft samleje i varerummet til hans bil. I bilen, inden samlejet, havde T talt om sine seksuelle problemer og sine seksuelle behov. Da F lod T tale om disse emner, havde han forstået det som en accept af, at situationen udviklede sig mod intim kontakt. Pigen var bange for, at T ville blive voldelig, hvis hun ikke lod ham tale. Det seksuelle samvær fandt sted på T's initiativ, idet pigen forholdt sig passiv. Forud for hver af T's seksuelle handlinger, spurgte han pigen, om hun var bange eller indforstået – pigen forklarede, at hun simpelthen var gået i baglås og tænkte på faren ved at skrigе op. Byretten fandt T skyldig i voldtægt, idet F ikke havde samtykket, og at T kun ville have grund til at stille de pågældende spørgsmål, hvis han havde været i tvivl om, hvorvidt hun var indforstået med at have samleje. Landsretten frifandt T, idet den *”finder dog ikke med den sikkerhed, der er nødvendig for domfældelse [...] at kunne tilsidesætte tiltaltes forklaring, hvorefter han opfattede vidnets holdning som en accept af samleje eller andet kønsligt forhold med ham”*.¹¹⁸

Endelig skal en utrykt dom afsagt af Østre Landsret den 7. marts 2018 omtales.¹¹⁹ I sagen havde F og T mødt hinanden på et datingsite. Under deres første møde endte de hjemme hos T, hvor de havde samleje. I sagen blev det lagt til grund, at F opfattede samlejet som et overgreb. F havde forklaret, at hun ikke gjorde modstand, idet hun var *”frosset”*, og at hun ikke huskede, om hun på et tidspunkt skubbede til tiltalte. Da det fremstod noget usikkert, om F havde sagt fra på en sådan måde, at T havde indset, at hun ikke ønskede at have samleje med ham, fandt landsretten det ikke bevist, at T havde haft forsæt til voldtægt.

¹¹⁷ Afgørelsen er omtalt af Greve, Vagn, *”Festskrift til Hans Thornstedt”*, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1983, side 233-234 (herfra ”Vagn Greve”), i Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 340 og i afgørelsen M. C. mod Bulgarien, pr. 137.

¹¹⁸ Vagn Greve, side 234.

¹¹⁹ Afgørelsen er omtalt i Retsudvalget 2018-19, B 146 endeligt svar på spørgsmål 1.

5.2.1. Afgørelsernes betydning

I den første afgørelse havde F og T – ligesom i en række af de gennemgåede fældende afgørelser – indledningsvist haft frivillig intim kontakt. Landsretten fandt imidlertid ikke her, at der var ført det fornødne bevis for, at T havde tiltvunget sig samlejet ved vold eller trussel om vold.

Landsretten anførte at det ikke – på grund af, at T ikke havde benyttet vold eller trussel om vold, da han vendte hende om – kunne føre til andet resultat, at T under det kortvarige samleje gav verbalt udtryk for, at hun ikke ønskede at fortsætte.

Det virker således til, at frifindelsen sker på grund af, at T ikke havde benyttet vold eller truet F, hvorfor det heller ikke kan føre til en domfældelse, at F under samlejet siger fra. Det kan dog ikke afvises, at det har haft en vis betydning, at F skiftede forklaring i forhold til, hvordan T havde vendt hende, ved afgivelse af forklaring i landsretten – både i byretten og landsretten påpegede F dog, at ”vendingen” ikke havde været voldeligt. Det virker ikke til, at der blev taget stilling til, hvorvidt der i situationen havde været en underliggende trussel om vold i forhold til vendingen sammenholdt med den verbale modstand.

I den anden afgørelse blev der bl.a. lagt vægt på, at F ikke havde skader eller mærker efter fastholdelse eller lignende. F havde forklaret, at hun ikke havde gjort modstand, men var stivnet, ligesom hun forklarede, at hun flere gange sagde nej. Hertil skal det anføres, at det ville være påfaldende, hvis F havde fået skader, når hun ikke gjorde fysisk modstand.

Landsretten lagde også vægt på, at F ikke havde råbt op eller søgt at påkalde sig hjælp fra søsteren eller svogeren. Samlet fandt landsretten, at det ikke var bevist, at F sagde fra over for eventuelle seksuelle handlinger på en sådan måde, at T havde grund til at antage, at hun ikke var indstillet på sådanne.

I den første fældende afgørelse, blev det tillagt betydning, at de forurettede ikke havde afgivet seksuel respons, der kunne foranledige den tiltalte til at tro, at de var accepterende i forhold til at have samleje.

I denne sag kan det anføres, at der benyttes den omvendte argumentation – F sagde ikke fra, hvorfor T ikke havde grund til at antage, at hun *ikke* var indstillet på at have samleje. Det tillægges således ikke betydning, om F havde afgivet seksuel respons – men at hun ikke sagde fra.

Det skal dog for god ordens skyld bemærkes, at der i den fældende afgørelse var rejst tiltale for § 216, stk. 1, nr. 2, 2. led – og der i den frifindende var rejst tiltale for § 216, stk. 1, nr. 1, hvorfor gerningsindholdet også er anderledes.

Samlet virker det dog påfaldende, at det tillægges så stor betydning, at F ikke gjorde modstand, henset til, at forskning har vist, at mange voldtægts ofre slet ikke gør modstand, når de er udsat for et seksuelt overgreb.¹²⁰ Det kan således argumenteres for, at det er uhensigtsmæssigt at tillægge dette så stor betydning.

I den tredje afgørelse blev T frifundet, da anklagemyndigheden ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at T havde forsæt til at opnå samleje med vold. Samtidig finder de dog T skyldig i vold, ulovlig tvang og blufærdighedskrænkelser, idet han under forløbet befølte F uden på trusserne og havde trukket hendes kjole op og trusser ned, mens han holdt hende hårdt fast og fremkom med grove seksuelle udtalelser. Landsretten mente dog ikke, at T havde til hensigt at begå voldtægt, men blot ønskede at have samleje med F.

Det virker forunderligt, at T straffes for vold og ulovlig tvang – mens det samtidig anføres, at T ikke havde til hensigt at begå voldtægt, men ønskede at have samleje med F. Det er påfaldende, at landsretten slet ikke tager stilling til, om T havde forsæt til at opnå samleje ved trussel om vold, eventuelt blot ved en underliggende trussel om vold – det konstateres blot, at anklagemyndigheden ikke har løftet bevisbyrden for, at T havde forsæt til at opnå samleje ”*med vold*”.

I den utrykte afgørelse fra 1982 kunne T's forklaring om, at han havde forstået F's passivitet som en accept af, at de havde samleje, ikke tilsidesættes. I denne sag gjorde F således heller ikke modstand – hverken verbalt eller fysisk. Afgørelsen er – til trods for dens ældre dato – bl.a. inddraget, da Straffelovrådet har brugt den til at anføre, at situationen, hvor den forurettede forholder sig fuldstændigt passivt, teoretisk kan adskille sig fra tilfælde, hvor offeret forholder sig passivt på grund af en underforstået trussel om vold. Spørgsmålet er i relation hertil, om man i praksis seriøst ville overveje at henføre sådanne tilfælde af ren passivitet under blufærdighedskrænkelser. Straffelovrådet anfører, at det formentlig er mere realistisk at forestille sig, at en domstol, der i en sådan situation anser det for bevist, at gerningsmanden havde forsæt til, at forurettede ikke var indforstået med samleje mv., dømmer for voldtægt (ud fra en betragtning om, at gerningsmanden i

¹²⁰ Baumbach, Trine, ”Om voldtægt og Straffelovrådets betænkning om seksualforbrydelser”, Juristen, nr. 1, 2013, side 5 (herfra ”Om voldtægt og Straffelovrådets betænkning om seksualforbrydelser”). Dette omtaler en række eksperter i M. C. mod Bulgarien-sagen som ”*frozen-fright pattern*”, jf. M. C. mod Bulgarien, pr. 70-71.

så fald også havde forsæt til, at forurettede forstod situationen sådan, at der var en underforstået trussel om vold) – og i mangel af bevis for sådant forsæt frifinder. Mellemløsningen – domfældelse for blufærdighedskrænkelser – vil, ifølge Straffelovrådet, næppe realistisk kunne forekomme i en sådan situation.¹²¹ Efter Straffelovrådets opfattelse er det spørgsmål, som tilfælde med fuldstændig passivitet rejser, således ikke, om der bør indføres en ny opsamlende samtykkebaseret bestemmelse, men derimod, om uagtsomhed eventuelt bør kriminaliseres.¹²² Ifølge Vagn Greve ville den tiltalte i 1982-afgørelsen efter al sandsynlighed være blevet dømt med en uagtsomhedsbestemmelse.¹²³ Det lægger dog, som tidligere påpeget, uden for dette speciale at diskutere uagtsomhed.

I relation til den sidste afgørelse forholder det sig på samme måde i forhold til uklarheder om faktum, som ved den utrykte fældende afgørelse fra 2018. Det fremgår, at F opfattede samlejet som et overgreb, at F ikke gjorde modstand, da hun var *”frosset”*, og hun kunne ikke huske om hun på et tidspunkt havde skubbet til T. Det kunne derfor ikke lægges til grund, at T havde indset, at F ikke ønskede at have samleje med ham, hvorfor han ikke havde haft forsæt til voldtægt.

Dette er i overensstemmelse med det, som Straffelovrådet har anført ovenfor; enten dømmes for voldtægt ud fra en betragtning om at gerningsmanden havde forsæt til, at forurettede forstod situationen sådan, at der var en underforstået trussel om vold – og når et sådant forsæt ikke kan bevises, frifinder man, som det er sket i afgørelsen.

5.3. Sammenfatning

Som det er anført flere steder i dette speciale, er det særligt bevisvanskeligheder, der i praksis er svære at løse i voldtægtssager. Dette er ikke et nyt problem; i Danske Lov¹²⁴ forsøgte man at imødegå problematikken ved at stille krav om, at kvinden skulle have gjort offentligt anskrig: *”Hvo som noget Qvindfolk vil med Vold tage, og hendis Raab og Skrig om Hielp hørís, synís blaat Kiød, eller revne Klæder”*, jf. DL 6-13-18. I den juridiske litteratur er det anført, at bestemmelsen kan forekomme gammeldags, men også nu om dage har tidspunktet og omstændighederne omkring anmeldelsen stor bevismæssig betydning.¹²⁵

¹²¹ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 339.

¹²² *Ibid.*, side 340.

¹²³ Vagn Greve, side 234.

¹²⁴ Kong Christian den Femtis Danske Lov af 15. april 1683.

¹²⁵ Forbrydelser og andre strafbare forhold, side 107.

I forbindelse med Straffelovrådets arbejde i 2012 afgav Rigsadvokaten en udtalelse om bevisvurderingen i voldtægtssager.¹²⁶ Af denne fremgår bl.a., at det er anklagemyndighedens generelle indtryk – baseret på erfaringerne i praksis med behandlingen af sager om voldtægt efter straffelovens (dagældende) § 216 – at der i retspraksis sker domfældelse også i voldtægtssager, hvor der ikke er anvendt omfattende vold eller trusler, når der f.eks. foreligger en sikker og troværdig forklaring fra den forurettede om hændelsesforløbet. Det anføres videre, at det samme gælder i tilfælde, hvor der eksempelvis kun i begrænset omfang er fremsat udtrykkelige trusler, men hvor samlejet ud fra en samlet vurdering af begivenhedsforløbet og omstændighederne omkring samlejet, herunder gerningsmandens truende adfærd og /eller de mere eller mindre stiltiende trusler, som ligger i situationen, anses for opnået ved trusler om vold, og dette må have stået gerningsmanden klart. I vurderingen heraf vil bl.a. indgå gerningsmandens og forurettedes adfærd i øvrigt samt stedet og tidspunktet for samlejet. Endelig anføres det, at det er anklagemyndighedens vurdering, at der er sket en udvikling i retspraksis – i retning af i højere grad end for år tilbage at dømme for (forsætlig) voldtægt i sådanne sager – når det gælder domstolenes vurdering af beviset for, at der er tale om forsætlig voldtægt, selv om gerningsmanden ikke har anvendt omfattende vold eller trusler.

Denne udtalelse fra Rigsadvokaten tyder på, at anklagemyndigheden er opmærksom på, at en samlet vurdering af alle sagens omstændigheder kan føre til domfældelse, selvom der ikke er konkrete beviser for tvang eller vold.¹²⁷

Det skal herudover bemærkes, at justitsministeren i slutningen af marts i år blev bedt om at oplyse om gældende retspraksis i relation til et udsagn om, at kvinden skal have ”sagt fra” for, at der kan blive dømt for voldtægt i dag, og om sex uden samtykke allerede i dag (efter gældende landsrets- og højesteretspraksis) af domstolene er rubriceret som voldtægt.¹²⁸ Justitsministeriet indhentede en udtalelse fra Rigsadvokaten, der kun inddrog de to utrykte afgørelser fra 2018, som er gennemgået ovenfor. Justitsministeriet forholdt sig ikke på baggrund af Rigsadvokatens bidrag til spørgsmålet om, hvorvidt sex uden samtykke allerede i dag rubriceres som voldtægt.

¹²⁶ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 163.

¹²⁷ Som det også anføres af Institut for Menneskerettigheder i deres notat af 2. maj 2019, ”*Notat om vurderingen af samtykkebaseret voldtægtslovgivning i lyset af Danmarks menneskeretlige forpligtelser*”, side 9. (herfra ”Institut for Menneskerettigheder”).

¹²⁸ Retsudvalget 2018-19, B 146, spørgsmål nr. 1.

Den gennemgåede retspraksis efterlader ikke et enstemmigt svar på, om begrebet ”frivilligt samtykke” kan siges generelt og altid at blive indfortolket i praksis, da bevistemaet bl.a. ses at være meget forskelligt.

Der ses et eksempel på en fældende afgørelser efter § 216, stk. 1, nr. 2, 2. led, hvor det ikke blev tillagt betydning, at den forurettede heller ikke gjorde modstand eller sagde verbalt fra, da hun vågnede – og dermed blev i stand til at modsætte sig handlingen. Der ses også et eksempel, hvortil den forurettede reagerede ”ret” passivt under den i situationen liggende indirekte trussel om yderligere vold. Med udgangspunkt i denne afgørelse, kan der argumenteres for, at det hverken er et krav, at den forurettede har gjort modstand, eller at den tiltalte ved voldtægten benyttede vold eller direkte trusler, hvorved man kan argumentere for, at kravene efter Istanbulkonventionens artikel 36 er opfyldt.

På den anden side er der et eksempel, hvor der er sket frifindelse med begrundelsen, at den forurettede ikke sagde fra, hvorved den tiltalte ikke kunne vide, at hun ikke var indstillet på at have samleje. Tilsvarende er der et eksempel, hvor der sker frifindelse på grund af, at bevisbyrden for at den tiltalte havde forsæt til at opnå samleje med vold ikke var løftet. Med udgangspunkt i særligt denne afgørelse kan man således omvendt argumentere for, at det er et krav, at den tiltalte benytter vold, før der kan blive tale om at domfælde for voldtægt. Dette fremstår som værende i modstrid med det, der er gennemgået under afsnit 3.1.2. i forhold til gerningsindholdet af straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1, hvortil en trussel om vold kan komme til udtryk såvel verbalt som på anden måde, f.eks. ved truende adfærd, der i den foreliggende situation er egnet til at blive opfattet som en tilkendegivelse om, at der vil blive anvendt vold, hvis ikke adressaten følger sig.

Herudover kan det – til trods for at faktum er lidt uklart og ukendt – i forhold til den utrykte frifindende afgørelse fra 2018 konstateres, at den tiltalte ikke havde forsæt til voldtægt, idet det ikke kunne lægges til grund, at han havde indset, at den forurettede ikke ønskede at have samleje med ham – idet hun ikke gjorde modstand i forbindelse med samlejet.

Bevistemaet ses således at være meget forskelligt, ligesom det fremstår uklart, om kravene efter Istanbulkonventionens artikel 36 følges i alle sager i praksis. Samtidig skal det dog påpeges, at faktum i sagerne er forskelligt, ligesom det er forskelligt, hvorvidt der er nogle – og i så fald hvor mange – objektive beviser. Det ville være virkelighedsfjernt at antage, at der ikke var en form for

forskellighed i sagerne, herunder hvad der blev lagt vægt på. Bevistemaet vil selvfølgelig altid være afhængigt af, hvilke beviser der er i den enkelte sag.

Der skal i den forbindelse henvises til en afgørelse afsagt af Retten i Svendborg den 14. november 2018.¹²⁹ Dommen er anket, hvorfor den ikke er endelig, hvilket er en af årsagerne til, at den ikke er inddraget under de foregående afsnit. I sagen var T tiltalt i 31 forhold, bl.a. 5 forhold for voldtægt eller forsøg derpå, andet seksuelt forhold end samleje eller blufærdighedskrænkelse over for kvinder, han havde mødt på sociale medier. I byretten blev T fundet skyldig i bl.a. tre voldtægter mod to forurettede og et forhold vedrørende andet seksuelt forhold end samleje mod en tredje. Samtlige forhold blev begået over en periode på 2 år mod kvinder, som han havde haft en kortere- eller længerevarende forudgående kontakt til – dvs. at der var tale om kontaktvoldtægter.¹³⁰

I et af forholdene, som T blev dømt for, lagde retten vægt på, at T opnåede samlejet med F ”ved anvendelse af en i situationen etableret tvangs- og underliggende trusselsituation”, hvorefter det forhold, at F efterfølgende mødtes flere gange med T og ved én lejlighed havde frivilligt samkvem med ham, ikke kunne føre til et andet bevisresultat.¹³¹

Herudover kom Retten i Svendborg med nogle, for dette speciale interessante, generelle betragtninger om kravene til trusler i straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1: ”*Det er ikke en betingelse for strafansvar for voldtægt efter straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1, ved anvendelse af tvangsmidlet trussel om vold, at der trues med øjeblikkelig voldsudøvelse. Truslen kan være rettet mod den tvungne person eller andre (f.eks. nærtstående), og truslen behøver ikke være udtrykkelig, men kan fremgå af situationen. Truslen skal være egnet til at bevirke, at samlejet tiltvinges.*”.¹³² [min fremhævelse].

I voldtægtssager vil det typisk kun være henholdsvis den forurettede og den tiltalte, der ved, hvad der er foregået – og kan forklare hvordan de har opfattet situationen. I særligt kontaktvoldtægtsager, hvor den forurettede ikke verbalt eller fysisk har udtrykt, at personen ikke ønskede samleje, vil det være meget vanskeligt for anklagemyndigheden, at bevise, at den tiltalte er skyldig i voldtægt, da –

¹²⁹ Dom afsagt den 14. november 2018 af Retten i Svendborg, sagsnummer: R3-1927/2019. Domsresuméet kan tilgås her: <http://www.domstol.dk/Svendborg/nyheder/domsresumeer/Pages/35-%C3%A5rigmandstraffetmedf%C3%A6ngsli5%C3%A5rog6m%C3%A5nederforbl3kontaktvoldt%C3%A6gtermod2kvinderogetan-detseksueltforholdmedentredjekvinde.aspx> [besøgt 16. maj 2019], og Rettens begrundelse kan tilgås her: <http://www.domstol.dk/Svendborg/nyheder/domsresumeer/Documents/pr%C3%A6miser-kamari.pdf> [besøgt 16. maj 2019] (herfra ”Retten i Svendborgs begrundelse”).

¹³⁰ Retten i Svendborgs begrundelse, side 16, fjerde afsnit.

¹³¹ *Ibid.*, forhold 5, side 5, tredje afsnit.

¹³² *Ibid.*, forhold 21, side 8, andet afsnit.

som det er påpeget i indledningen til dette afsnit – enhver berettiget tvivl om skyldsspørgsmålet skal komme den tiltalte til gode. Hvis der således er berettiget tvivl om, hvorvidt den tiltalte har haft forsæt til voldtægt – skal det komme den pågældende til gode. Såfremt den forurettede ikke har efterladt et indtryk hos den tiltalte om, at pågældende ikke ønskede at have samleje, vil det derfor være nærliggende og i overensstemmelse med grundlæggende straffeprocessretlige principper at frifinde den tiltalte ud fra en betragtning om manglende forsæt. Dette ses også i den utrykte afgørelse fra 2018, ligesom det er i overensstemmelse med det af Straffelovrådet anførte i 2012.

Det kan således i relation til retspraksis konkluderes, at der er fældende afgørelser, hvor den forurettede ikke har gjort modstand, f.eks. den utrykte afgørelse fra 2018, hvor den forurettede var *”ret”* passiv. Omvendt haves dog bl.a. den frifindende utrykte afgørelse, hvor den forurettede var *”frosset”* og ikke gjorde modstand, og afgørelsen, hvor begrundelsen for at frifinde er, at anklagemyndigheden ikke har løftet bevisbyrden for, at den tiltalte havde forsæt til at opnå samlejet ved vold.

Det ses generelt, at samtykke ikke er et begreb, der benyttes i begrundelsen for hverken de frifindende eller de fældende afgørelser.

I den juridiske teori er det generelt antaget, at straffelovens § 216, stk. 1, nr. 1, også omfatter en underliggende trussel om vold. Dette er også i overensstemmelse med det, der anføres af Rigsadvokaten i udtalelsen til Straffelovrådet. Det er endvidere samme fortolkning, som Retten i Svendborg tillægger bestemmelsen.

I det kommende afsnit vil der samlet blive konkluderet på den danske retstilstand og Istanbulkonventionens artikel 36, herunder om dansk ret kan siges at være i overensstemmelse med kravene i Istanbulkonventionens artikel 36, hvorved bestemmelsen er korrekt implementeret.

Efter behandlingen af det seneste beslutningsforslag, B 146 om nyaffattelse af voldtægtsbestemmelsen, står det klart, at gældende ret snart vil blive ændret – henset til at alle partier udtrykte sig positivt om en ændring under behandlingen; der var blot ikke enighed om måden og tidsfristen for en sådan. Ændringen vil øjensynligt komme, når Straffelovrådet har færdiggjort deres arbejde. Ud fra denne betragtning findes det relevant at undersøge Straffelovrådets kommissorium af 25. april 2019 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse. I den forbindelse vil der blive inddraget erfaringer fra europæiske lande, der allerede har baseret deres voldtægtsbestemmelser på enten manglende samtykke eller frivillighed. Forinden vil der dog,

som nævnt, blive konkluderet på den danske retstilstand og normharmonien med Istanbulkonventionens artikel 36 om seksuel vold, herunder voldtægt.

6. Den danske retstilstand og Istanbulkonventionens artikel 36

Det fremgår af Istanbulkonventionens artikel 66, stk. 1, at en ekspertgruppe – benævnt GREVIO – overvåger parternes implementering af konventionen. I den forbindelse skal parterne bl.a. udfærdige en rapport om lovgivningsmæssige og andre foranstaltninger til implementering af Istanbulkonventionens bestemmelser, ligesom GREVIO udarbejder en rapport indeholdende en analyse af implementeringen af de bestemmelser, som evalueringen bygger på og forslag til hvordan den pågældende part kan løse de problemer, der er blevet konstateret, jf. proceduren i artikel 68.

GREVIO udfærdigede en sådan rapport om Danmark i 2017, som indeholdt en række anbefalinger, herunder i relation til artikel 36.¹³³ Inden det vurderes, om dansk ret er i overensstemmelse med artikel 36, vil relevante dele af denne rapport gennemgås.

6.1. GREVIO's evalueringsrapport fra 2017

Rapportens pkt. 174-175 omhandler de danske bestemmelser, der kriminaliserer seksuelle forbrydelser, heriblandt dem, der er gennemgået i specialets afsnit 3. GREVIO konstaterer på baggrund af en overfladisk gennemgang af ordlyden af nogle af bestemmelserne, at der er problemer herved. Problemet med den danske tilgang og ordlyd af bestemmelserne er, ifølge GREVIO, at sager, hvor omstændighederne ikke passer til nogen af de eksisterende bestemmelser, ikke omfattes. Det anføres videre, at i stedet for at fastlægge at seksuel vold er en krænkelse af kvindens ret til kropsintegritet og seksuel autonomi, og at samtykke skal gives frivilligt som et resultat af kvindens frie vilje bedømt ud fra omstændighederne i situationen, kriminaliserer dansk ret kun de handlinger af seksuel karakter, hvor omstændighederne af sagen og kendetegnene derved medfører en ubalance i magten for de involverede parter, hvorved et samtykke alligevel ville være virkningsløst, jf. pkt. 176.

¹³³ Grevio's (Baseline) Evaluation on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) - Denmark, published on 24 November 2017, pkt. 177.

På den baggrund anbefaler GREVIO på det kraftigste, at *"the Danish authorities move away from the current sexual violence legislation and **base it on the notion of freely given consent as required by Article 36, paragraph 1 of the Istanbul Convention.**"* [min fremhævelse].

Endelig konstaterer GREVIO at for at bringe den danske lovgivning i fuld overensstemmelse med kravene, der følger af artikel 36, bør de danske myndigheder indføre strafferetlig lovgivning, som dækker den forsætlige udøvelse af handlingen i artikel 36, stk. 1, litra c.¹³⁴

Ifølge GREVIO er den danske strafferetlige lovgivning således ikke i overensstemmelse med artikel 36, dels fordi den ikke er baseret på det manglende frivillige samtykke, som er påkrævet efter bestemmelsens stk. 1, og dels fordi, at dansk ret ikke kriminaliserer handlingen i stk. 1, litra c.

6.2. Delkonklusion

Som det fremgår ovenfor, tager GREVIO i deres evalueringsrapport kun udgangspunkt i ordlyden af de danske bestemmelser i straffeloven. Det vurderes ikke, hvordan bestemmelserne fortolkes i retspraksis eller litteraturen.

GREVIO'S udlægning er ikke i overensstemmelse med den udlægning, som fremgår af Den Forklarende Rapport i forhold til, hvordan de enkelte parter til konventionen skal udforme deres lovgivning. Som det fremgår af afsnit 2.2. ovenfor, fremgår det blot af Den Forklarende Rapport, at de forpligtede parter ved implementering af bestemmelsen er påkrævet at sørge for strafferetlig lovgivning, der omfatter: *"the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts"*. Herudover er det også påpeget i Den Forklarende Rapport, at det er op til de enkelte parter til konventionen at beslutte den specifikke ordlyd i den nationale lovgivning, herunder hvilke faktorer der skal udelukke et frivilligt samtykke.

Det afgørende er således ikke ordlyden af bestemmelserne, men at lovgivningen omfatter og kriminaliserer, når handlingerne defineret i artikel 36 udøves forsætligt og uden et frivilligt givet samtykke. Det virker således påfaldende, at GREVIO mener, at de danske bestemmelser skal skrives om, så de baseres på manglende samtykke, som det, ifølge dem, er påkrævet efter artikel 36, stk. 1. Dette kan ikke anses som værende korrekt, henset til hvad der står herom i Den Forklarende Rapport.

¹³⁴ *Ibid.*

I forhold til artikel 36, stk. 1, litra b, hvor det skal være strafbart uden den pågældendes samtykke at udøve handlinger af seksuel karakter med en anden person, har bestemmelsen et meget bredt anvendelsesområde, hvilket også ses i Den Forklarende Rapport, hvor det er uddybet at bestemmelsen dækker *alle* handlinger af seksuel karakter, uden der dog er tale om penetration.

I den danske straffelov findes der ikke en tilsvarende bestemmelse. Det tætteste man kommer på en lignende bestemmelse er straffelovens § 232 om blufærdighedskrænkelse. Som det er påpeget under afsnit 3.8., kan det ikke afvises, at der er nogle handlinger, der er omfattet af artikel 36, stk. 1, litra b, som ikke er strafbare efter den danske straffelov. Straffelovens § 232 anvendes imidlertid i praksis som en generalklausul, hvorved handlinger, som har en vis grovhed, og som findes at burde straffes, kan omfattes. GREVIO nævner ikke i deres rapport, at dansk ret ikke skulle være i overensstemmelse med artikel 36, stk. 1, litra b.

I litteraturen er det anført i relation til straffelovens § 232, at såfremt habilitetsbetingelserne er opfyldt, antages det generelt, at samtykke udelukker strafansvar. Herfra kan omvendt sluttes, at hvis der ikke er givet et (frivilligt og gyldigt) samtykke til en handling, der har seksuel karakter, omfattet af straffelovens § 232, kan der straffes. Dette er i fuld overensstemmelse med artikel 36, stk. 1, litra b, hvorfor der – som tidligere konstateret – er normharmoni.

I relation til artikel 36, stk. 1, litra c, hvor det skal være strafbart uden den pågældendes samtykke at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjemand, vurderes det, at der i praksis er normharmoni i forhold til den danske straffelov – til trods for at en lignende bestemmelse ikke findes i straffeloven. Det vurderes, at straffelovens § 23 om medvirken – særligt i forhold til medvirken ved tilskyndelse og dåd – kan være anvendelig i praksis. Herudover vil det særligt være straffelovens § 260, stk. 1, nr. 1, om ulovlig tvang, der kan tænkes anvendt. Bestemmelsen vil i hvert fald – afhængig af sagens konkrete omstændigheder – kunne anvendes på det eksempel, der nævnes i Den Forklarende Rapport, hvor den ene part i et voldeligt forhold, tvinger den anden part til at foretage seksuelle handlinger med en tredje person, som er valgt af den første part.

Det vurderes således – modsat GREVIO – at den forsætlige udøvelse af handlingen i artikel 36, stk. 1, litra c, er dækket af den danske straffelov, særligt ved straffelovens § 260 om ulovlig tvang.

I forhold til artikel 36, stk. 3, hvortil det skal sikres, at bestemmelserne i stk. 1 også gælder handlinger begået mod personer som i henhold til national lovgivning anerkendes som tidligere

eller nuværende ægtefæller eller partnere, kan der ligeledes konstateres normharmoni, da ingen af bestemmelserne i straffeloven længere er begrænset i deres anvendelighed i forhold til de involverede parter civilstatus.

Det er, som nævnt i indledningen til dette speciale, særligt straffelovens § 216 om voldtægt, som en række aktører har påberåbt som værende i strid med artikel 36. Efter artikel 36, stk. 1, litra a, skal det være strafbart uden den pågældendes samtykke at foretage vaginal, anal eller oral penetrering af seksuel karakter af en anden persons krop ved hjælp af en kropsdel eller en genstand.

Straffelovens § 216 omfatter selvstændigt kun vaginal og anal penetration med en penis. Straffelovens § 225 medfører dog, at oral penetration og penetration ved hjælp af en anden kropsdel eller en genstand, også omfattes af bl.a. § 216.

Det har ikke udelukkende ud fra gennemgangen af bestemmelserne §§ 216, 218, 220 og 221, herunder litteratur, kunne konstateres, hvorvidt der er normharmoni, idet ingen af bestemmelsesernes ordlyd er baseret på (manglende) samtykke – som det også er påpeget af GREVIO.

Ved gennemgangen af retspraksis blev det konstateret, at bevistemaet i sagerne var ganske forskelligt, herunder afvejningen der foretages, når der ikke er objektive beviser. Det skal dog samtidig påpeges, at det fremgår af Den Forklarende Rapport, pkt. 192, at: *”Prosecution of this offence [rape] will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognize the wide range of behavioral responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behavior in such situations.”*.

Efter Den Forklarende Rapport er det således ikke en forudsætning, at der lægges vægt på det samme ved bevisvurderingen i sagerne – det forudsættes, at beviserne vurderes fra sag til sag, herunder deres kontekst og omstændigheder. Dette er i fuld tråd med generelle og grundlæggende straffeprocessretlige principper.

De to utrykte afgørelser fra 2018 belyser, hvordan denne afvejning fører til et forskelligt udfald af sagerne; I den fældende afgørelse reagerede den forurettede ”ret” passivt under den i situationen liggende indirekte trussel om vold. I den frifindende afgørelse gjorde den forurettede ikke

modstand, da hun var ”frosset” – den tiltalte kunne derfor ikke have indset, at hun ikke ønskede at have samleje med ham, hvorfor han ikke havde haft forsæt til voldtægt.

Omstændighederne i sagerne var ret forskellige – i den fældende var der en aldersforskel på 30 år og det foregik mellem en idrætstræner og en pige fra hans træning, hvorimod parterne i den frifindende havde mødt hinanden på et datingsite og var sammen taget hjem til den tiltalte.

Generelt viser afgørelserne, at forsætsvurderingen – og dermed udfaldet af sagen – er meget afhængig af omstændighederne. Andet ville dog også være overraskende og kritisabelt. Der foretages således en ret intensiv vurdering af omstændighederne i sagen, herunder parternes adfærd og opførsel.

Det kan argumenteres for, at begrebet ”frivilligt samleje” omfattes af praksis dels fordi, det ikke i alle sager er udslagsgivende, om den forurettede har gjort modstand, eller hvorvidt der er benyttet fysisk vold eller direkte trusler. Hvis omstændighederne i sagen peger i retning af, at samlejet ikke har været frivilligt, skal det vurderes om tilregnelseskravet er opfyldt. Den fældende afgørelse fra 2018 er et eksempel, hvor det er den indirekte trussel om vold, der tillægges vægt.

Dette er også i overensstemmelse med det, som Rigsadvokaten har anført i forbindelse med Straffelovrådets arbejde i 2012; i voldtægtssager, hvor der kun i begrænset omfang er fremsat udtrykkelige trusler, men hvor samlejet ud fra en samlet vurdering af begivenhedsforløbet og omstændighederne omkring samlejet, herunder gerningsmandens truende adfærd og /eller de mere eller mindre stiltiende trusler, som ligger i situationen, anses for opnået ved trusler om vold, som måtte have stået gerningsmanden klart. Sidstnævnte medfører, at tilregnelseskravet opfyldes.

Der er blandt praktikere og de fleste teoretikere således ikke tvivl om, at straffelovens § 216 omfatter indirekte trusler. Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 1, forudsætter strafferetlig lovgivning, der omfatter ”*the notion of lack of freely given consent*”. En skillelinje mellem dette og en i situationen liggende indirekte trussel om vold er vanskelig at trække.

Der kan omvendt i denne sammenhæng henvises til Straffelovrådets argumentation i forhold til, at situationen, hvor den forurettede forholder sig fuldstændigt passivt, teoretisk kan adskilles fra tilfælde, hvor offeret forholder sig passivt på grund af en underforstået (indirekte trussel om vold). Straffelovrådet anfører hertil, som nævnt ovenfor, at det formentligt er mest realistisk at forestille sig, at en domstol, der i en sådan situation anser det for bevist, at gerningsmanden havde forsæt til,

at forurettede ikke var indforstået med samleje mv., dømmer for voldtægt (ud fra en betragtning om, at gerningsmanden i så fald også havde forsæt til, at forurettede forstod situationen sådan, at der var en underforstået trussel om vold) – og i mangel af bevis for forsæt frifinder.

Det virker oplagt at overføre denne argumentation til situationen, hvor den forurettede ikke har givet et gyldigt samtykke og under samlejet forholder sig fuldstændigt passivt. Der vil således i denne situation kunne dømmes for voldtægt, hvis det anses for bevist, at gerningsmanden havde forsæt til at gennemføre sit samleje på trods af, at forurettede ikke var indforstået hermed. Det afgørende vil således under alle omstændigheder være forsætsvurderingen.

På den baggrund vurderes det, at straffelovens § 216 opfylder de krav, som Istanbulkonventionens artikel 36 stiller, da der heller ikke er fundet afgørelser, der direkte strider herimod. En absolut og sikker konklusion ville imidlertid forudsætte en gennemgang af alle voldtægtssager, herunder sagerne der hverken er trykte eller findes i Anklagemyndighedens Vidensbase, og sagerne hvor der ikke rejses tiltale mv.

På ovenstående baggrund vurderes det således samlet, at Istanbulkonventionens artikel 36 er implementeret korrekt, da der kan konstateres normharmoni mellem de krav, som konventionen stiller og dansk ret. Dog med det forbehold, at det fremstår lidt tvivlsomt, om begrebet ”frivilligt samtykke” altid inddrages i praksis – dette er dog ikke ensbetydende med, at bestemmelsen ikke er korrekt implementeret, men blot at kravene herefter ikke konsekvent følges i praksis.

Det skal hertil påpeges, som det også er nævnt ovenfor, at straffelovens § 216 forventeligt vil ændres, når Straffelovrådet afslutter deres arbejde, hvilket forventes at være i slutningen af i år. Det vurderes derfor, at være af relevans for dette speciale at undersøge Straffelovrådets kommissorium, herunder at inddrage erfaringer fra andre lande, der allerede har en lignende bestemmelse. Forinden vil der dog foretages nogle generelle betragtninger om begrebet, der er centralt for dette speciale; seksuel vold.

6.3. Seksuel vold som juridisk begreb

Som det fremgår af terminologafsnittet til dette speciale, er Istanbulkonventionens artikel 36 det nærmeste, som man kommer på en retskilde i dansk ret, der tilnærmelsesvist definerer seksuel vold. Når det ikke skrives, at Istanbulkonventionen de facto definerer seksuel vold – men tilnærmelsesvist – er det fordi, at der ikke er tale om en eksplicit definition – der er nærmere tale om en implicit

definition. Der opstilles en række handlinger i artikel 36, stk. 1, litra a-c, der alle under overskriften *"seksuel vold"*, enkeltvist ville kunne være en definition.

Heroverfor står sociologien, hvor seksuel vold ikke er et fremmed eller ubrugt begreb. Danske sociologer er dog ikke enige om en definition – ligesom der ikke eksisterer en ensartet praksis i forhold til, om man betegner det *"seksuel vold"* eller *"seksualiseret vold"*.

Der bliver dog ofte henvist til den norske psykolog Per Isdals definition, som er: *"Seksuell vold er alle handlinger rettet inn mot en annen persons seksualitet, som gjennom at de smerter, skader, skremmer eller krenker, får denne personen til å gjøre noe mot sin vilje eller slutte å gjøre noe den vil"*.¹³⁵

Definitionen – eller en variation heraf – benyttes f.eks. ofte i landsdækkende undersøgelser. Katrine Bindsbøl Holm Johansen læner sig op af definition i sin rapport fra 2016, hvori hun definerer seksuel vold som: *"alle former for handlinger, der er rettet mod en anden persons seksualitet uden samtykke fra denne person og som intimiderer, skader, skræmmer eller krænker denne person"*.¹³⁶

Et andet eksempel er en landsdækkende undersøgelse fra 2008, hvor seksuel vold dækker over: *"en række forskellige former for seksuelle overgreb fra at blive seksuelt krænket, få lagt intime billeder på nettet eller at blive tvunget til sex med eller uden brug af vold, og omfatter således alt fra seksuel chikane til forsøg på og gennemført voldtægt"*.¹³⁷

Herudover fremgår et afsnit med overskriften *"seksualiseret vold"* i en rapport fra 2006 om vold og overgreb mod kvinder fra Justitsministeriets Forskningsenhed.¹³⁸ Rapporten definerer imidlertid ikke, hvad der er *"seksualiseret vold"*, ligesom rapporten også anvender begrebet seksuel vold uden at definere dette nærmere.

Endelig kan der henvises til en artikel, som fremgår af en rapport fra Nordisk Samarbejdsråd for Kriminologi fra 1994, hvor Ståle Eskeland, som på daværende tidspunkt var professor i strafferet ved Universitetet i Oslo, skriver at: *"med "straffesakter om seksualisert vold" sikter [...] jeg til*

¹³⁵ Isdal, Per, *"Meningen med volden"*, Kommuneforlaget, Oslo, 2000, side 45.

¹³⁶ Johansen, Katrine Bindsbøl Holm, *"Seksuel vold. Opfattelser og holdninger til strafbarhed og anmeldelse blandt unge"*, Statens Institut for Folkesundhed, Syddansk Universitet, 2. udgave 2016, side 6.

¹³⁷ Schütt, Nina Maria m.fl., *"Unge og Kærestevold i Danmark. En landsdækkende undersøgelse af omfang, karakter og følger af vold blandt 16-24-årige med fokus på vold i kæresteforhold"*, Statens Institut for Folkesundhed, Syddansk Universitet, Udarbejdet for Ligestillingsafdelingen, Minister for Ligestilling, 2008, side 19.

¹³⁸ Balvig, Flemming og Kyvsgaard, Britta, *"Vold og overgreb mod kvinder. Dansk rapport vedrørende deltagelse i International Violence Against Women Survey (IVAWS)"*, Københavns Universitet/Justitsministeriets Forskningsenhed, februar 2006, side 27.

saker der tiltalen gjelder overtredelser av straffelovens sedelighetskapittel – oftest tiltale for voldtekt (strl. § 192), seksuell omgang med nære slektninger eller noen som er under vedkommendes omsorg (strl. §§ 207-209) eller seksuell omgang med noen under 16 år (strl. §§ 195 og § 196.”¹³⁹

Som det ses er seksuel vold – eller seksualiseret vold – ikke et ubehandlet begreb. Et nærliggende spørgsmål er dog, hvorvidt det er egnet som juridisk begreb, idet det anvendes som begreb til at dække over en lang række mere eller mindre definerede handlinger. Der rejser sig hertil en række problemer, hvis det skal anvendes som et juridisk begreb.

Først og fremmest er det misvisende, hvis det skal have en så bred anvendelse som det dels efter Istanbulkonventionens artikel 36 har og dels efter de ovenstående definitioner. Det er ikke så meget det første ord af begrebet, der skaber problemer, men nærmere ”vold”-delen. Når man taler om vold i en strafferetlig kontekst, tænkes der umiddelbart på straffelovens bestemmelser herom - §§ 244-245. Hvis det anvendes som en samlebetegnelse for alle de handlinger, der er nævnt i Istanbulkonventionen, som i en dansk kontekst bl.a. omfatter blufærdighedskrænkelse, kan det være ret uhensigtsmæssigt. Blufærdighedskrænkelse forudsætter i straffelovens forstand ikke, at der er et voldselement.

Hvis man derimod ville gå i retning mod at kriminalisere seksuel vold i én bestemmelse i straffeloven har det ligeledes afgrænsningsmæssige problemer.

Hertil kan drages en parallel til den nyligt indførte bestemmelse om psykisk vold, hvortil det er blevet kritiseret, at det er uklart, hvilke handlinger og adfærd der er blevet kriminaliseret. Det er nærliggende at samme problematik ville opstå, skulle man kriminalisere seksuel vold. En bestemmelse, særligt i straffeloven, skal være meget klar og tydelig – dels i dens ordlyd og dels i dens forarbejder. Det forudsætter således, at det er klart for den enkelte borger, hvilken adfærd og hvilke handlinger der er strafbare, herunder at kendskab til retten forudsætter tilgængelighed af de væsentligste elementer af samme.

Bestemmelsen om psykisk vold er, som nævnt i indledningen, udarbejdet i samarbejde med en række aktører på området. Dette kan der være en række fordele i, herunder at de har en praktisk indsigt i området, som kan være nyttigt at kende ved udarbejdelsen af bestemmelser i straffeloven,

¹³⁹ Ekselund, Ståle, ”Rettsikkerhet i straffesaker om seksualisert vold”, Rapport fra kontaktseminar om seksualisert vold og straffeskjerpelse, Nordisk Samarbeidsråd for Kriminologi, 1994, side 66.

hvorved bestemmelsen kan tilpasses problemerne, der faktisk er i praksis – der er ingen grund til at kriminalisere en adfærd eller en handling, der ikke i praksis er et problem. Imidlertid forudsætter nykriminaliseringer i straffeloven en meget skarp juridisk pen, hvorfor det kan være uhensigtsmæssigt at søge inspiration i begreber fra f.eks. sociologien.

Hvis man f.eks. skulle søge inspiration til en bestemmelse om seksuel vold i de ovenstående definitioner på seksuel vold, ville man sandsynligt ende ud med en bestemmelse, der var alt for bred og uklar – og hvor en række af handlinger allerede var kriminaliseret andetsteds i straffeloven.

Justitsministeriet har tidligere afvist at kriminalisere psykisk vold ved en selvstændig bestemmelse, idet man mente, at det allerede var dækket af eksisterende bestemmelser om vold efter straffelovens § 245, stk. 2, og ulovlig tvang efter straffelovens § 260.¹⁴⁰

Det vurderes tilsvarende, at seksuel vold allerede er kriminaliseret i straffeloven – i hvert fald hvis man tager udgangspunkt i den tilnærmelsesvis juridiske definition, der eksisterer, værende Istanbulkonventionens. Det vurderes derfor også, at det kan være uhensigtsmæssigt overhovedet at tale om seksuel vold som juridisk begreb, da det på nuværende tidspunkt er så bredt, hvorfor det også er nærliggende at forestille sig, at det vil blive misforstået og misfortolket, hvad der i en juridisk kontekst er seksuel vold.

Da voldtægt er en implicit del af den tilnærmelsesvis definition på seksuel vold, som anvendes i dette speciale, jf. artikel 36, er det nærliggende at undersøge Straffelovrådets kommissorium om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, da dette binder flere af ovenstående elementer sammen, herunder i forhold til samtykke og vold.

7. Straffelovrådets kommissorium af 25. april 2019 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse

Det fastslås indledningsvist i kommissoriet, at straffelovens kapitel 24 om seksualforbrydelser har til formål dels at beskytte den enkeltes ret til seksuel selvbestemmelse og seksuel integritet, og dels at beskytte børn og unge og visse særligt udsatte personer mod seksuelle overgreb, hvorefter den nugældende voldtægtslovgivning kort gennemgås.

¹⁴⁰ Justitsministeriets notat af 24. juni 2013, side 42-43.

Herefter peges der på, at det fremgår af de årlige Offerundersøgelser, som det tidligere er beskrevet i dette speciale, at antallet af kvinder der udsættes for tvangssamleje eller forsøg derpå ikke svarer til det antal anmeldelser, som politiet modtager, ligesom kun en mindre del af sigtelserne fører til tiltale og efterfølgende domfældelse. Herefter peges der på, at nogle af de forhold, der kan afholde ofre fra at anmelde en voldtægt, er selvbefejdelse, frygt for sociale repressalier, usikkerhed om hændelsesforløbet, at ofre ikke opfatter handlingen som strafbar, og manglende tillid til at politiet og/eller retssystemet kan hjælpe dem, herunder hvis der er få beviser.¹⁴¹

Herudover fastslås det, at straffelovens § 216 om voldtægt bør afspejle det samfund, som vi lever i, hvorfor den skal sikre, at der ikke er tvivl om, at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede parter, og bidrage til en generel forståelse af, hvor grænserne går mellem acceptabel seksuel adfærd og strafbar seksuel adfærd.

På den baggrund anmodes Straffelovrådet i kommissoriets pkt. 4, om at foretage en gennemgang af straffelovens § 216 om voldtægt med fokus på, om bestemmelsen i tilstrækkelig tydelig grad afspejler, at seksuelle handlinger skal være frivillige.

Straffelovrådet bliver også anmodet om at komme med konkrete forslag til en nyaffattelse under hensyntagen til det grundlæggende princip om, at enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans eller hendes skyld er bevist i overensstemmelse med loven.

Straffelovrådet bedes særligt overveje, hvordan betingelsen om frivillighed nærmere kan defineres, hvordan bestemmelsen afgrænses i forhold til de øvrige bestemmelser i kapitel 24, hvilke konsekvenser de konkrete forslag til en nyaffattelse vil få i forhold til bevisførelse og bevisvurdering i sager om voldtægt, og hvilken betydning nyaffattelsen skønnes at kunne få for udviklingen i anmeldelser, sigtelser, tiltaler og domfældelser for voldtægt. Endelig forudsættes det, at Straffelovrådet inddrager regler og erfaringer fra andre lande, der har en frivillighedsbaseret eller lignende bestemmelse om voldtægt.

Straffelovrådet er således ikke blevet bedt om at udarbejde forslag til en samtykkebaseret bestemmelse, som det er blevet udlagt som i en række nyhedsmedier, men derimod en frivillighedsbaseret. Hertil skal det kort anføres, at en frivillighedsbaseret bestemmelse vurderes at være mere hensigtsmæssigt end en samtykkebaseret, henset til at samtykke dækker over noget andet

¹⁴¹ Straffelovrådets kommissorium, pkt. 3, side 2-3.

i strafferetten end i f.eks. aftale- og erstatningsretten, da det i strafferetten inden for visse grænser skal have status som en almindelig objektiv straffrihedsgrund.¹⁴²

Som det fremgår under afsnit 3.1.1. om den historiske udvikling af straffelovens § 216, blev bestemmelsen ændret i 1967 i lyset af en del offentlig debat, herunder om bevisproblemerne ved anvendelsen af bestemmelsen i praksis.

Begrundelsen for ændringen af bestemmelsen i 1967 og begrundelsen i dag for, at Straffelovrådet skal komme med en nyaffattelse er således meget ens. Der er næppe tvivl om, at en af grundene til at Straffelovrådet er blevet bedt om dette er på grund af dels et politisk pres fra oppositionen og dels som et udslag af den offentlige debat.

Uanset udfaldet af det nuværende folketingsvalg vil det være forventeligt, at straffelovens § 216 bliver ændret, når Straffelovrådet har afsluttet deres arbejde henset til de generelt positive tilkendegivelser fra alle partier, der på det tidspunkt sad i Folketinget, under behandlingen af B 146. Det bliver således interessant at se, hvilke konsekvenser og ændringer den kommende voldtægtsbestemmelse vil have i praksis.

En række lande i EU har dog allerede voldtægtsbestemmelser, der er baseret på frivillighed, hvorfor det er nærliggende at inddrage deres erfaringer hermed.

Justitsministeriet har i en notits af 30. april 2019¹⁴³ samlet de øvrige EU-landes voldtægtsbestemmelser – med undtagelse af Cypern, Malta og Luxembourg. Ud over at samle de fleste EU-landes voldtægtsbestemmelser i notitsen, indeholder den af særlig interesse, resultatet af en mere detaljeret høring af England, Island, Norge, Sverige og Tyskland, som har lovgivning, der allerede er baseret på frivillighed eller på anden vis adskiller sig fra den danske.¹⁴⁴

Nedenfor vil henholdsvis Norge, Sverige og Tysklands erfaringer derfor blive gennemgået for derefter at vurdere, om det kan anses som værende et hensigtsmæssigt skridt i forhold til at løse de problemer der, ifølge kommissoriet, i praksis er med den nuværende bestemmelse.

¹⁴² Waaben, side 154.

¹⁴³ Retsudvalget 2018-19, REU Alm.del, bilag 300 (herfra ”Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer”).

¹⁴⁴ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 2.

7.1. Andre EU-landes voldtægtsbestemmelser

Nedenstående gennemgang er begrænset til Norge, Sverige og Tyskland, da disse er lande, vi typisk sammenligner os med, ligesom deres retssystemer ligner det danske. Det bemærkes, at både Norge, Sverige og Tyskland har ratificeret Istanbulkonventionen.¹⁴⁵

7.1.1. Norge

Norges voldtægtsbestemmelse fremgår af den norske straffelovs § 291, hvortil den, som 1) skaffer sig seksuel omgang ved vold eller truende adfærd, 2) har seksuel omgang med nogen, som er bevidstløs, eller af andre grunde er ude af stand til at modsætte sig handlingen, eller 3) ved vold eller truende adfærd får nogen til at have seksuel omgang med en anden, eller til at udføre handlinger, som svarer til seksuel omgang med sig selv.

Herudover har grov uagtsom voldtægt siden år 2000 været kriminaliseret efter den norske straffelovs § 294.¹⁴⁶ Denne lovændring medførte også, at der blev indsat en bestemmelse i § 297, hvorefter den, som foretager en seksuel handling med nogen, som ikke har samtykket deri, straffes med bøde eller fængsel indtil 1 år. § 297 er dog subsidær til voldtægtsbestemmelsen og er rettet mod handlinger som f.eks. uønsket beføling af bryster (blufærdighedskrænkelse).¹⁴⁷

Lovændringen i år 2000 byggede på en betænkning fra den Norske Straffelovkommission, som blev nedsat i 1995 – flertallet i dette udvalg var imod denne kriminalisering, mens et mindretal ønskede at kriminalisere henholdsvis groft og simpelt uagtsom voldtægt.¹⁴⁸ Flertallet henviste bl.a. til, at det ikke var tilstrækkeligt at begrunde en kriminalisering af uagtsom voldtægt med, at man derved kunne gøre det lettere at føre bevis for voldtægter, som i realiteten var forsætlige, ligesom de ikke mente, at et modificeret skyldkrav i særlig grad ville afhjælpe bevisproblemer.¹⁴⁹

Til trods for flertallets modstand mod en kriminalisering af uagtsom voldtægt, valgte Justitsdepartementet at kriminalisere det, da de bl.a. lagde stor vægt på, at en række repræsentanter for ofre – som havde en særlig indsigt i ofrenes situationer – ønskede en kriminalisering af uagtsom voldtægt.¹⁵⁰

¹⁴⁵ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [besøgt 13. maj 2019]

¹⁴⁶ Besl. O. nr. 104 (1999-2000).

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000), side 64.

¹⁴⁸ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 5.

¹⁴⁹ *Ibid.*, side 6.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000), side 37-38.

I forhold til erfaringerne med lovændringen fremgår det af en artikel fra 2010¹⁵¹, at ved en statistisk gennemgang af materiale fra 1997 til 2007, ses der ikke sket nogen stigning i antallet af domfældelser i forhold til antallet af anmeldelser. Det konkluderes endvidere i artiklen, at de statistiske oplysninger indikerer, at en nedsubsummering i form af, at egentlige forsætlige voldtægter i stedet er blevet klassificeret som groft uagtsomme, finder sted.¹⁵²

Det fremgår endvidere af Justitsministeriets notits, at det norske justitsdepartement senest i 2013 vurderede om manglende samtykke burde have en mere central plads i bestemmelsen om voldtægt. Departementet var dog bl.a. skeptiske overfor at gøre manglende frivillighed eller samtykket til den centrale betingelse for strafansvar, idet en samtykkebaseret lovgivning vil kunne føre til øget fokus på og bevisførelse om forurettedes optræden, som vil kunne svække værnet mod voldtægt eller gøre processen mere belastende for den forurettede.¹⁵³

7.1.2. Sverige

Efter den svenske straffelovs kapitel 6, § 1 straffes for voldtægt den, som gennemfører et samleje eller en tilsvarende seksuel handling med en person, som ikke deltager frivilligt – frivilligheden kan komme til udtryk gennem ord, handling eller på anden vis. Efter § 1 a straffes endvidere den, som begår en handling efter § 1, og som handler groft uagtsom i relation til, om den anden person deltager frivilligt. Det fremgår af forarbejderne, at § 1 a, f.eks. kan finde anvendelse i situationer, hvor gerningspersonen kunne have gjort noget for at sikre sig, at den anden person deltog frivilligt, og hvor vedkommende burde have gjort dette.¹⁵⁴ Både § 1 og § 1 a er først trådt i kraft den 1. juli 2018. Tidligere var bestemmelsen formuleret ud fra et krav om, at samlejet skulle være begået ved vold, trusler eller udnyttelse¹⁵⁵ – samme krav som efter den nugældende danske § 216.

En af årsagerne til at man ønskede at reformere den svenske voldtægtslovgivning var ud fra en forventning om, at det med den nye voldtægtslovgivning ville blive lettere at fælde dom i sager, hvor der ikke var anvendt trusler eller vold.¹⁵⁶

Lagrådet, der består af svenske højesteretsdommere, og som gransker nye lovforslag, kritiserede i januar 2018 lovforslaget for ikke at leve op til kravet om forudsigelighed, da der blev indført en helt

¹⁵¹ Høgberg, Benedikte Moltumyr og Salomonsen, Torunn, ”Voldtektslovgivning på ville veier? – straffelovens § 192”, Tidsskrift for strafferett, nr. 03/2010 (volum 10).

¹⁵² *Ibid.*, afsnit 4.3.

¹⁵³ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 8-9.

¹⁵⁴ Proposition 2017/18:177, side 47-48.

¹⁵⁵ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 11.

¹⁵⁶ *Ibid.*

ny kriminel handling med et ubestemt indhold, og at det ikke var til at forudse i lovteksten, hvilke handlinger som fremover ville være strafbare, hvis de ikke var omfattet af de opregnede tilfælde (vold, tvang mv.), ligesom de ikke fandt, at der var et rettelig behov for ændringen, da de fleste ufrivillige handlinger allerede var strafbare efter den daværende bestemmelse.¹⁵⁷

I forhold til erfaringerne med gældende ret, oplyste de svenske myndigheder til det danske Justitsministerium, at det er for tidligt at konkludere på den nye voldtægtslovgivning.¹⁵⁸ Sveriges Radio gennemgik imidlertid sidste år i november 20 voldtægtsager, som var begået efter den 1. juli 2018 (og dermed behandlet efter de nye voldtægtsregler). Gennemgangen viste, at der i de fleste domfældelser også ville være blevet dømt for voldtægt efter den gamle lovgivning, men at den nye lovgivning har haft en afgørende indflydelse på dommen i fire sager; en af sagerne vedrørte en mand, som blev idømt et års fængsel for groft uagtsom voldtægt. I de øvrige sager blev mænd idømt to års fængsel for voldtægt, da de ikke havde forsikret sig om kvindens samtykke – mindst en af de fire domme er dog anket.¹⁵⁹

7.1.3. Tyskland

Efter den tyske straffelovs § 177, afsnit 1, straffes den, som imod en andens tydelige vilje foretager en seksuel handling med denne person, eller får denne person til at indgå i en seksuel handling, eller fremkalder, at denne person indgår i en seksuel handling med en tredje person. Bestemmelsen blev ændret i 2016 i forbindelse med den 50. ændring af straffelovgivningen. Ændringen trådte i kraft den 10. november 2016.¹⁶⁰

De tyske myndigheder har til det danske Justitsministerium oplyst, at det er strafbart, hvis en seksuel handling foretages imod en anden persons tydelige vilje. Den anden person skal således udtrykkeligt have gjort klart, at vedkommende afviser den seksuelle handling. Afvisningen kan enten udtrykkes ved erklæring ("nej") eller opstå ud fra omstændighederne (f.eks. ved gråd eller skrig).¹⁶¹

Det blev endvidere oplyst fra de tyske myndigheder, at den ændrede bestemmelse skulle forbedre beskyttelsen af den seksuelle selvbestemmelse, hvorfor offerets vilje skulle stå i centrum for den

¹⁵⁷ Lagrådet, Uddrag af protokol fra den 23. januar 2018, *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet*, side 5.

¹⁵⁸ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 13.

¹⁵⁹ *Ibid.*, side 13-14 og <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> [besøgt 13. maj 2019].

¹⁶⁰ Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer, side 14. Det bemærkes, at Justitsministeriet i notitsen skriver "§ 277, afsnit 1", men at dette retteligt må være "§ 177, afsnit 1".

¹⁶¹ *Ibid.*, side 14.

strafferetlige beskyttelse frem for, at strafbarheden skulle være nødvendiggjort af, at gerningspersonen overvandt offerets modsatrettede vilje gennem tvang (vold eller trusler om vold). Det skulle allerede være tilstrækkeligt, at den skyldige sætter sig ud over offerets tydelige modsatrettede vilje. Når gerningspersonen ved den seksuelle handling sætter sig ud over offerets tydelige modsatrettede vilje, overtræder den skyldige allerede her offerets ret til seksuel selvbestemmelse, hvilket er helt uafhængigt af, om offeret forsvare sig eller ej.¹⁶²

Endelig er det anført, at ændringen også havde til formål at implementere artikel 26 i Istanbulkonventionen¹⁶³. Artikel 26 omhandler imidlertid beskyttelse af og støtte til børn, der har været vidner til alle former for vold. Det må den baggrund antages, at det rettelig er artikel 36 om seksuel vold, herunder voldtægt, som ændringen havde til formål at implementere.

De tyske myndigheder havde, ligesom de svenske, ikke mulighed for at komme med oplysninger om erfaringerne med lovgivningen i praksis, da den er så ny, hvorfor der ikke foreligger oplysninger om, hvorvidt bestemmelsen har medført en ændring i praksis, eller om der er udfordringer forbundet med anvendelsen af bestemmelsen. Det oplyses imidlertid, at de første erfaringer viser, at praksis i forbindelse med de nye bestemmelser fungerer godt, og at der ikke er kendskab til større udfordringer.¹⁶⁴ Det bliver ikke uddybet, hvad der menes med ”*større udfordringer*”.

7.2. Sammenfatning

Erfaringerne fra de gennemgåede lande er således ikke så store, særligt fordi den nye affattelse af voldtægtsbestemmelsen for såvel Sverige som for Tyskland først er trådt i kraft inden for de seneste par år.

Hverken Sverige, Norge eller Tyskland har baseret deres voldtægtsbestemmelser ordlyd på manglende samtykke.

Norges voldtægtsbestemmelse ligner den nugældende danske, bortset fra nr. 3, hvortil den som ved vold eller truende adfærd får nogen til at have seksuel omgang med en anden straffes – hvorved handlingen i artikel 36, stk. 1, litra c, omfattes. Norge har dog herudover kriminaliseret grov

¹⁶² *Ibid.*, side 15.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

uagtsom voldtægt, og de har en bestemmelse, hvortil den, som foretager en seksuel handling med nogen, som ikke har samtykket, straffes.

Sverige har, ligesom Norge, kriminaliseret groft uagtsomt voldtægt. Sveriges voldtægtsbestemmelse er baseret på frivillighed. Bestemmelsen opregner en række tilfælde, hvor en person aldrig kan anses for at have deltaget frivilligt, og fastslår at frivillighed kan komme til udtryk gennem ord, handling eller på anden vis.

Tyskland har modsat Norge og Sverige ikke kriminaliseret groft uagtsom voldtægt, og voldtægtsbestemmelsens ordlyd er baseret på *"imod en andens tydelige vilje"*, hvilket adskiller sig fra såvel Norges som Sveriges.

Det er betænkeligt hvis undersøgelsen fra Norge om, at der er en tendens til nedsubsummering i form af, at egentlige forsætlige voldtægter i stedet er blevet klassificeret som groft uagtsomme, finder sted, idet strafferammen for groft uagtsom voldtægt er meget lavere end for forsætlig voldtægt. Det nuværende Straffelovråd er imidlertid ikke blevet bedt om at overveje uagtsomhed i relation til deres arbejde, idet intet herom fremgår af kommissoriet.

I forbindelse med, daværende, Straffelovråds reformarbejde i 2012 blev det overvejet, hvorvidt man skulle gøre samtykke til en del af kriminaliseringen i straffelovens kapitel 24.¹⁶⁵ Det daværende Straffelovråd mente ikke, at der var væsentlige fordele ved en sådan lovgivning.

Det nuværende Straffelovråd er, som nævnt, ikke blevet bedt om at tage stilling til en samtykkebaseret lovgivning, men en frivillighedsbaseret. Det vurderes dog, at såvel en frivillighedsbaseret som en samtykkebaseret lovgivning kan rejse de samme spørgsmål, da frivillighed under alle omstændigheder må vurderes ud fra tilstedeværelsen af et udtalt eller implicit samtykke – der kan ikke føres bevis for reel mental frivillighed – det hører alene forurettedes sind til, hvorfor det er af relevans at inddrage de tidligere argumenter mod en sådan lovgivning.

Hertil skal det dog anføres, at ingen af personerne, der var medlem af Straffelovrådet i 2012, er medlem af rådet i dag.¹⁶⁶

Straffelovrådet anførte i 2012 bl.a. til støtte for en samtykkebaseret kriminalisering, at dette ville understøtte det grundlæggende udgangspunkt om, at alle seksuelle handlinger skal bygge på

¹⁶⁵ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 127-133.

¹⁶⁶ *Ibid.*, side 27 og <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2019/nye-medlemmer-til-straffelovraadet-er-udpeget> [besøgt 14. maj 2019].

frivillighed.¹⁶⁷ Dette svarer til det, der fastslås i kommissoriet; at straffelovens § 216 skal sikre, at der ikke er tvivl om, at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede parter.

Kommissoriet fastslår også, at bestemmelsen skal bidrage til en generel forståelse af, hvor grænserne går mellem acceptabel seksuel adfærd og strafbar seksuel adfærd. Hertil skal det anføres, at Straffelovrådet i 2012 anførte, at afgrænsningen mellem, hvad der anses som en seksualforbrydelse, og hvad der må anses som en accepteret form for seksuel adfærd, ikke bliver givet med en samtykkebaseret regulering, og at det ved en sådan regulering kan være særdeles vanskeligt at afgrænse, hvad der udgør en ufrivillig seksuel handling, herunder hvilke seksuelle handlinger, det er normalt at samtykke til.¹⁶⁸ Det samme kan anføres – afhængig af hvordan bestemmelsen udformes – om en frivillighedsbaseret bestemmelse. Hertil kan det være hensigtsmæssigt at søge inspiration i den svenske voldtægtsbestemmelse, hvortil der er opregnet en række tilfælde, hvor en person aldrig kan anses for at have deltaget frivilligt. Uden for disse tilfælde er afgrænsningen dog lige så svær som ved en samtykkebaseret bestemmelse.

Herudover anførte Straffelovrådet en længere række argumenter mod en samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse, bl.a. at der i større omfang vil være fokus på forurettedes adfærd.¹⁶⁹ Dette kan tilsvarende tænkes problematisk ved en frivillighedsbaseret bestemmelse, hvilket kan vise sig uhensigtsmæssigt i forhold til, at en af årsagerne, ifølge kommissoriet, til at ofre ikke anmelder en voldtægt, er manglende tillid til at politiet og/eller retssystemet kan hjælpe dem, herunder hvis der er få beviser. Det kan derfor være uhensigtsmæssigt, hvis der kommer mere fokus på offerets adfærd – herunder ved afhøringer ved politiet. Der skal samtidig anføres det åbenlyse om, at en ændring af lovgivningen ikke medfører, at der kommer flere beviser i sagerne – forholdene, der lægges vægt på ved bevisvurderingen kan tænkes at blive anderledes.

Herudover anførte Straffelovrådet i 2012 som argument mod en samtykkebaseret bestemmelse, at den daværende bestemmelse, der ligesom den nugældende, tager udgangspunkt i beskrivelsen af gerningsmandens forhold ikke har givet anledning til vanskeligheder i retspraksis.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012., side 129.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, side 131.

¹⁷⁰ *Ibid.*, side 132.

7.3. Hensigtsmæssigheden af en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse

Da der ikke på nuværende tidspunkt er så store erfaringer i Norge, Sverige og Tyskland med deres bestemmelser, er det vanskeligt at vurdere, hvorvidt en tilsvarende kriminalisering i Danmark vil medføre en stigning i antallet af politianmeldelser, som må siges at være et af de primære argumenter for en nyaffattelse, jf. kommissoriets pkt. 3 og 4.

Der er ikke planer om at kriminalisere groft uagtsom voldtægt, hvorfor der ikke er en risiko for nedsubsumering, som der er indikationer på, at der er sket i Norge.

Et nærliggende spørgsmål er, om den forventelige ændring af voldtægtsbestemmelsen overhovedet kommer til at ændre noget ved retstilstanden. I Norge ses der ikke nogen stigning i antallet af domfældelser i forhold til antallet af anmeldelser. Straffelovrådets kommissorium kan læses som, at en de primære argumenter bag en ændring er – ud over den lave anmeldelsesprocent – at kun en mindre del af sigtelserne fører til tiltale og efterfølgende domfældelse ved domstolene.¹⁷¹ Hvis den norske undersøgelse kan overføres til dansk ret, er det således usandsynligt, at en ændring vil føre til flere tiltaler og domfældelser i forhold til antallet af anmeldelser. Hertil skal det dog erindres, at den norske voldtægtsbestemmelse er baseret på vold eller truende adfærd mv., og ikke på (manglende) frivillighed, ligesom grov uagtsom voldtægt er kriminaliseret.

Institut for Menneskerettigheder mener, at en bestemmelse baseret på samtykke er positivt i et menneskeretligt perspektiv, hvis den bliver udformet på en tilstrækkelig klar måde. Herudover finder de, at en sådan bestemmelse vil have følgende væsentlige fordele; retten til selvbestemmelse og den seksuelle personlige integritet vil komme i fokus, fokus for efterforskningen og straffesagen vil i højere grad blive om den seksuelle handling var frivillig end om offeret gjorde modstand, og at en samtykkebaseret lovgivning kan få flere ofre til at anmelde voldtægter eller voldtægtsforsøg og dermed reducere de mørketal, der findes i dag.¹⁷²

Straffelovrådet skal også tage stilling til, hvad de konkrete forslag til en nyaffattelse vil få i forhold til bevisførelsen og bevisvurderingen i sager om voldtægt. Justitsministeriet har i forbindelse med behandlingen af B 146 vurderet hvilke ændringer vedrørende bl.a. bevisførelsen en bestemmelse baseret på samtykke vil have.¹⁷³ Af besvarelsen fremgår bl.a., at det er Justitsministeriets umiddelbare vurdering, at bevisførelsen i sager efter en frivilligheds-/samtykkebaseret

¹⁷¹ Straffelovrådets Kommissorium, side 2.

¹⁷² Institut for Menneskerettigheder, side 1-2.

¹⁷³ Retsudvalget 2018-19, B 146, endeligt svar på spørgsmål 5.

voldtægtsbestemmelse også fremadrettet som udgangspunkt vil fokusere på, om der foreligger objektive omstændigheder, f.eks. som følge af vold eller lignende, som kan understøtte påstanden om, at et samleje er gennemført uden forurettedes samtykke. Det anføres herudover, at i situationer, hvor der ikke foreligger sådanne objektive omstændigheder, kan det ikke afvises, at en frivilligheds-/samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse vil kunne føre til en ændring i bevisførelsen, i form af et øget fokus på den forurettedes og gerningspersonens adfærd.

Det er vanskeligt, at vurdere om en ændring vil have nogen betydning for bevisvurderingen i praksis. Det kan dog ikke afvises, at udfaldet i nogle af de frifindende afgørelser gennemgået ovenfor i afsnit 5.2. havde været anderledes med en frivillighedsbaseret bestemmelse. Her tænkes særligt på den nyligt afsagte afgørelse i sagen TfK2019.338, hvor den tiltalte blev frifundet for forsøg på voldtægt, men dømt for blufærdighedskrænkelse, ulovlig tvang og vold. Frifindelsen sker, som nævnt, med begrundelsen, at anklagemyndigheden ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at den tiltalte havde forsæt til at opnå samleje med vold. Ved en frivillighedsbaseret bestemmelse kan det tænkes, at man havde haft et øget fokus på parternes adfærd, der måske havde ændret udfaldet af afgørelsen. Omvendt kan det anføres, at det allerede med den nugældende bestemmelse burde være blevet overvejet i sagen, om den tiltalte havde forsæt til at opnå samleje med en indirekte og/eller underliggende trussel om vold. Det kan selvfølgelig ikke udelukkes, at dette har været overvejet, og at det blot ikke fremgår af den trykte afgørelse.

Det skal også erindres, at nærværende speciale kun har haft adgang til trykt retspraksis, og at et fuldt overblik over området også ville forudsætte adgang og kendskab til sagerne, hvor der enten ikke sigtes eller rejses tiltale, herunder begrundelsen for dette.

Det skal på den baggrund anføres, at det langt fra er sikkert, at den forventelige kommende ændring af voldtægtsbestemmelsen vil løse problemerne. Som det er anført tidligere i dette speciale er bevisproblemer i voldtægtssager ikke et nyt eller ukendt problem.

Et nærliggende spørgsmål er derfor også, om der er andre tiltag, der ville være mere hensigtsmæssige i forhold til særligt at løse problemet ved det lave antal anmeldelser mv., som må anses som værende et af de primære problemer på voldtægtsområdet.

Lovgivning er ikke løsningen på alle problemer i samfundet, hvorfor andre tiltag kan være mere hensigtsmæssige. Den daværende justitsminister, Søren Pape Poulsen, nedsatte i efteråret 2018 et

ekspertpanel, der skulle se nærmere på, hvordan indsatsen mod voldtægt kan styrkes.¹⁷⁴ Panelet afleverede i januar 2019 de første tre anbefalinger, hvori de har peget på tre initiativer, der kan styrke indsatsen mod voldtægt. Disse initiativer er: udbredelse af myndighedernes kendskab til ofres traumereaktioner, fastlæggelse af obligatoriske minimumssagsbehandlingsskridt i politiet og indførelse af mulighed for videoafhøring.¹⁷⁵

På den baggrund kan det anføres, at det kan være hensigtsmæssigt, hvis den forventelige lovændring af straffelovens § 216 udskydes til, at disse initiativer er implementeret og evalueret. Hvis disse initiativer kan løse problemet med den lave anmeldelsesprocent mv., kan man stille spørgsmålet om, hvorvidt en lovændring reelt er nødvendig. Hertil skal det igen anføres, at den forventelige lovændring ikke kan tænkes at lette den komplekse bevisvurdering i voldtægtssager, som det også er anført af Institut for Menneskerettigheder.¹⁷⁶ Instituttet anfører også, at bevisvurderingen er særdeles svær i voldtægtssager, og at beviskravet efter gældende ret ikke afskærer domfældelser for voldtægt i sager, hvor truslen ikke har været eksplicit.¹⁷⁷

Endelig skal det anføres, at man i forbindelse med den forventelige lovændring bør overveje, om det vil være hensigtsmæssigt at udforme en bestemmelse – eller medtage i en allerede eksisterende bestemmelse – handlingen, der er omfattet af Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 1, litra c, om at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjemand. Af den norske straffelovs § 291, stk. 1, nr. 3 er det kriminaliseret ved vold eller truende adfærd at få nogen til at have seksuel omgang med en anden og efter den tyske straffelovs § 177, afsnit 1, 3. led, at fremkalde at en person indgår i en seksuel handling med en tredje person. Som det er anført tidligere i dette speciale, er handlingen kriminaliseret i den danske straffelov efter § 260 om ulovlig tvang, men det kan være fordelagtigt at placere en bestemmelse herom i kapitlet om seksualforbrydelse, da det derved tydeliggøres, at pågældende handling er strafbar, da det, som tidligere påpeget, må forudsættes hensigtsmæssigt, at den ret borgeren skal overholde er tilgængelig for netop borgeren.

¹⁷⁴ <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2018/justitsministeren-nedsaetter-ekspertpanel-om-voldtægt-og-vil> [besøgt 15. maj 2019].

¹⁷⁵ Retsudvalget 2018-19, REU Alm.del – endeligt svar på spørgsmål 448.

¹⁷⁶ Institut for Menneskerettigheder, side 2.

¹⁷⁷ *Ibid.*

8. Konklusion

Det kunne ved gennemgangen af Istanbulkonventionens artikel 36 konstateres, at det er overladt til de enkelte parter til konventionen at fastlægge den specifikke ordlyd af bestemmelserne i den nationale lovgivning. Konventionen stiller dog krav om, at den nationale strafferetlige lovgivning skal omfatte begrebet "*frivilligt samtykke*" i forhold til handlingerne i bestemmelsens litra a-c.

Efter Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 1, litra a, skal det være strafbart, uden den pågældendes samtykke at foretage vaginal, anal eller oral penetrering af seksuel karakter af en anden persons krop ved hjælp af en kropsdel eller en genstand. Straffelovens §§ 216, 218, 220, 221 og 225 kriminaliserer de handlinger, der er omfattet af litra a. Det er særligt § 216 og § 216, jf. § 225, som er væsentlige i forhold til, om artikel 36, stk. 1, litra a, er implementeret korrekt, da det konstituerende element i de resterende bestemmelser udelukker, at der kan gives et frivilligt samtykke.

Begrebet "*frivilligt samtykke*" fremgår ikke af straffelovens § 216 om voldtægt, hvorfor der blev foretaget en gennemgang af retspraksis. Det kunne ved gennemgangen af retspraksis konstateres, at det ikke i alle sager var afgørende, om den forurettede havde gjort modstand, eller hvorvidt der var benyttet fysisk vold eller eksplicite trusler. Der var bl.a. et eksempel, hvor der skete domfældelse på grund af den i situationen liggende indirekte trussel om vold. Det blev samlet konstateret, at der kan domfældes i situationen, hvor den forurettede ikke har givet et gyldigt samtykke og under samlejet forholder sig fuldstændigt passivt, hvis det anses for bevist, at gerningsmanden havde forsæt til, at forurettede ikke var indforstået med samlejet.

Det blev således konstateret, at der er normharmoni mellem Istanbulkonventionens artikel 36, stk. 1, litra a, idet der dog var visse afgørelser, der medførte en vis usikkerhed til, om praksis konsekvent opfylder Istanbulkonventionens krav i relation til at omfatte begrebet "*frivilligt samtykke*". I den frifindende afgørelse TfK2019.338, blev der f.eks. kun taget stilling til, at anklagemyndigheden ikke havde løftet bevisbyrden for, at den tiltalte ønskede at have samleje "*ved vold*", og ikke om han ønskede det ved en i situationen liggende indirekte trussel om vold eller lignende. Hertil blev det dog konkluderet, at dette ikke medfører, at bestemmelsen ikke er implementeret korrekt, men blot at kravene ikke nødvendigvis konsekvent følges i praksis.

I forhold til artikel 36, stk. 1, litra b, hvor det skal være strafbart uden den pågældendes samtykke at udøve handlinger af seksuel karakter med en anden person, blev det konstateret, at straffelovens §

232 om blufærdighedskrænkelser omfatter pågældende handling. Straffelovens § 232 anvendes i praksis som en generalklausul, hvorved handlinger, som har en vis grovhed, og som findes at burde straffes, kan omfattes. Det blev endvidere konstateret, at såfremt habilitetsbetingelserne er opfyldt, antages det generelt, at samtykke udelukker strafansvar, hvorved det omvendt kan sluttes, at hvis der ikke er givet et frivilligt samtykke til en handling, der har seksuel karakter, kan der straffes. På den baggrund blev det konstateret, at der også er normharmonisk i relation til denne del af artikel 36.

Herudover kunne det konstateres, at efter artikel 36, stk. 1, litra c, skal det være strafbart uden den pågældendes samtykke at få en anden person til at udøve handlinger af seksuel karakter med en tredjemand. Den danske straffelov indeholder ikke en bestemmelse, der ordlydsmæssigt svarer hertil, men det blev konstateret, at straffelovens § 260 om ulovlig tvang, generelt kan anvendes. Der blev således tilsvarende konstateret normharmonisk hertil.

Endelig kunne det om Istanbulkonventionen konstateres, at artikel 36, stk. 3, stiller krav om, at bestemmelserne i stk. 1 også gælder handlinger begået mod personer som i henhold til national lovgivning anerkendes som tidligere eller nuværende ægtefæller eller partnere. Ingen af bestemmelserne i den danske straffelov er længere begrænset i deres anvendelighed i forhold til de involverede parter civilstatus, hvorfor der tilsvarende kunne konstateres normharmonisk.

Samlet set er der således konstateret normharmonisk mellem artikel 36 og den danske strafferetlige lovgivning, hvorfor det kan konkluderes, at bestemmelsen er korrekt implementeret i dansk ret.

Det blev herudover vurderet, at seksuel vold kan være et misvisende begreb i juraen, hvis det skal have en så bred anvendelse, som det har efter Istanbulkonventionen. Det blev samtidig konstateret, at begrebet hverken er ubenyttet som "*seksuel vold*" eller som "*seksualiseret vold*" i sociologien. Det blev i den forbindelse vurderet, at det ikke vil være hensigtsmæssigt at kriminalisere seksuel vold i én samlet bestemmelse i straffeloven, som man f.eks. for nyligt har gjort med psykisk vold, da det dels vil have afgrænsningsmæssige problemer, og dels fordi seksuel vold i Istanbulkonventionens forstand allerede er kriminaliseret.

Afslutningsvist kunne det konstateres, at straffelovens § 216 forventeligt vil blive ændret, når Straffelovrådet afslutter deres igangværende arbejde med en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, da alle (daværende) partier i Folketinget udtrykte sig positivt om en samtykkebaseret bestemmelse under behandlingen af et beslutningsforslag i marts 2019. Udfaldet af

det igangværende folketingsvalg kan således ikke tænkes at have indflydelse på, om en sådan ændring foretages.

Det kunne imidlertid konstateres, at hverken Norge, Sverige eller Tyskland endnu har så store erfaringer med deres voldtægtsbestemmelser som er baseret på frivillighed eller lignende. I Norge er der dog indikationer på, at der ikke ses nogen stigning i antallet af domfældelser i forhold til antallet af anmeldelser – hvilket er en af begrundelserne for, at det danske Straffelovråd skal komme med forslag til en nyaffattelse af den danske voldtægtsbestemmelse. Det blev samtidig konstateret, at en af de primære motivationer for at ændre den danske bestemmelse er problemet med den lave anmeldelsesprocent.

Samtidig med Straffelovrådets arbejde er der nedsat et ekspertpanel, der allerede er kommet med en række initiativer, der skal styrke indsatsen mod voldtægt. Det blev således afslutningsvist vurderet, at det kan være hensigtsmæssigt, at afvente den forventelige lovændring til disse initiativer er implementeret og evalueret, da det samtidig ikke kan antages, at den forventelige lovændring kan lette den komplekse bevisvurdering, der er i voldtægtssager.

9. Abstract

This thesis aims to determine whether article 36 about sexual violence, including rape, in the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against woman and domestic violence, is implemented correctly in the Danish legal system. Through an analysis of the article it was concluded that it is the remit of the Parties to the Convention to decide on the specific wording of the legislation. It is however a requirement that the Parties enact legislation to the effect that the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in article 36, litra a to litra c are encompassed.

It was concluded that the Danish Criminal Code contains legislation which criminalizes the intentional conduct listed in the article. It was however debatable in relation to litra a where engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object, whether this was correctly implemented - hence the wording of the Danish legislation does not directly include the notion of lack of freely given consent. Through an analysis of Danish case law it was however concluded that the notion is interpreted to be in effect in practice. On that basis, it was overall concluded that article 36 is implemented correctly in Danish law.

The thesis also discussed whether sexual violence as a legal term is advisable. It was concluded that sexual violence can be a misleading term to use, if it has such a broad application as provided for in the Convention. It was also concluded that it would not be commendable to criminalize sexual violence in a specific section of the Danish Criminal Code, partly because it is already criminalized in the sense of the Convention and partly because it would be difficult to delimit it.

Finally it was discussed through a comparative analysis of the legislation of other European countries on rape whether the anticipated change of the Danish rape legislation is desirable at the present time. The change is to be anticipated based on the political consensus about a rape legislation based on voluntariness which was expressed under a discussion of a parliamentary motion in March this year. The change will probably take place when the Danish Standing Committee on Criminal Matters¹⁷⁸ has finished their work, which is expected to be by the end of this year. It was concluded that neither Norway, Sweden nor Germany has had the opportunity to get a full assessment as to the effect of their legislation yet. It was concluded that the anticipated

¹⁷⁸ Straffelovrådet.

change is not desirable at the present time and that it would be advisable to await implementation and evaluation of some initiatives from a Danish expert group on rape established by the former Danish Minister of Justice.

10. Litteraturliste

Bøger

- Baumbach, Trine, *"Strafferet og menneskeret"*, Karnov Group, 2014.
- Blume, Peter, *"Retssystemet og juridisk metode"*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 3. oplag, 2011.
- Greve Vagn, *"Festskrift til Hans Thornstedt"*, P A Norstedt og Söners Förlag, Stockholm, 1983.
- Hammerslev, Ole m.fl., *"Introduktion – Retssociologi – klassiske og moderne perspektiver"*, Hans Reitzels forlag, 1. udgave, 2013,
- Isdal, Per, *"Meningen med volden"*, Kommuneforlaget, Oslo, 2000.
- Langsted, Lars Bo, *"Waaben Strafferettens almindelige del, Ansvarslæren"*, Karnov Group, 6. udgave 2015.
- Nielsen, Gorm Toftegaard, Elholm, Thomas og Jakobsen, Morten Niels, *"Kommenteret straffelov"*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 11. omarbejdede udgave, 2017.
- Riis, Thomas, m.fl., *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave 2013.
- Vestergaard, Jørn m.fl., *"Forbrydelser og andre strafbare forhold"*, Gjellerup, 3. udgave 2018.

Artikler og rapporter m.v.

- Amnesty International, *"Giv os respekt og retfærdighed!" Adgang til retfærdighed for kvindelige voldtægtsoverlever i Danmark"*, 2019.
- Balvig, Flemming og Kyvsgaard, Britta, *"Vold og overgreb mod kvinder. Dansk rapport vedrørende deltagelse i International Violence Against Women Survey (IVAWS)"*, Københavns Universitet/Justitsministeriets Forskningsenhed, 2006.
- Baumbach, Trine, *"Om Voldtægt og Straffelovrådets betænkning om seksualforbrydelser"*, Juristen, nr. 1, 2013.
- Eskeland, Ståle, *"Rettsikkerhet i straffesaker om seksualisert vold"*, Rapport fra kontaktseminar om seksualisert vold og straffeskjerpelse, Nordisk Samarbeidsråd for Kriminologi, side 66-74, 1994.
- GREVIO, *Grevio's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) - Denmark*, publisert den 24. november 2017.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr og Salomonsen, Torunn, *"Voldtektslovgivning på alle veier – straffelovens § 192"*, Tidsskrift for strafferett, nr. 03/2010 (volum 10).

- Institut for Menneskerettigheder, *"Notat om vurderingen af en samtykkebaseret voldtægtslovgivning i lyset af Danmarks menneskeretlige forpligtelser"*, 2. maj 2019.
- Johansen, Katrine Bindesbøl, Holm, *"seksuel vold. Opfattelser og holdninger til strafbarhed og anmeldelse blandt unge"*, Statens Institut for Folkesundhed, Syddansk Universitet, 2. udgave 2016.
- Nielsen, Gorm Toftegaard, *"Er den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en trussel for fundamentale strafferetlige principper?"*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, Årgang 97, nr. 3 (2010), side 363-378.
- Pedersen, Anne-Julie Boesen m.fl., *"Udsathed for vold og andre former for kriminalitet, Offerundersøgelserne 2005-2017"*, Justitsministeriet, Københavns Universitet, Det Kriminalpræventive Råd, Rigspolitiet, december 2018.
- Schütt, Nina Maria, Frederiksen, Marie Louise, Helweg-Larsen, Karin, *"Unge og kærestevold i Danmark. En landsdækkende undersøgelse af omfang, karakter og følger af vold blandt 16-24-årige med fokus på vold i kæresteforhold"*, Statens Institut for Folkesundhed, Syddansk Universitet, Udarbejdet for Ligestillingsafdelingen, Minister for Ligestilling, 2008.

Danske love

- Almindelig borgerlig Straffelov af 10. februar 1866.
- Kong Christian den Femtis Danske Lov af 15. april 1683 (siette Bog Om Misgerninger).
- Lovbekendtgørelse nr. 1156 af 20. august 2018 (Straffeloven).
- Lovbekendtgørelse nr. 1284 af 14. november 2018 (Retsplejeloven).
- Lov nr. 126 af 15. april 1930 Borgerlig Straffelov.
- Lov nr. 139 af 26. marts 2019 om ændring af straffeloven og forskellige andre love (selvstændig bestemmelse om psykisk vold).
- Lov nr. 257 af 10. april 2018 om ændring af straffeloven (Skærpelse af straffen for blufærdighedskrænkelser og digitale sexkrænkelser).
- Lov nr. 319 af 28. april 2009 om ændring af straffeloven og retsplejeloven (Gennemførelse af Europarådets konvention om beskyttelse af børn mod seksuel udnyttelse og seksuelt misbrug m.v.).
- Lov nr. 633 af 12. juni 2013 om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om tilhold, opholdsforbud og bortvisning og lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v. (Seksualforbrydelser).
- Lov nr. 635 af 8. juni 2016 om ændring af straffeloven (Skærpelse af straffen for voldtægt og for samleje med et barn under 15 år ved udnyttelse af fysisk og psykisk overlegenhed).

Danske lovforslag mv.

- FT 1966-67 (2. samling), tillæg A, spalte 2465-66.
- FT 2012-13 LF 141 Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven, lov om tilhold, opholdsforbud og bortvisning og lov om restaurationsvirksomhed og alkoholbevilling m.v. (Seksualforbrydelser).
- FT 2016-17, Beslutningsforslag nr. B 40.
- FT 2018-19, LF 139 Forslag til lov om ændring af straffeloven og forskellige andre love. (Selvstændig bestemmelse om psykisk vold).
- FT 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 12.
- FT 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 146
- FT 2018-19, Tillæg F, 88. møde, torsdag den 25. april 2019, kl. 10.00, pkt. 19, 1. (eneste) behandling af beslutningsforslag nr. B 146.
- Ligestillingsudvalget 2018-19, LIU Alm. del – endelig svar på spørgsmål 25, Straffelovrådets kommissorium af 25. april 2019 om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse.
- Retsudvalget 2012-13, REU Alm:del Bilag 340, Justitsministeriets notat om lovgivningsmæssige konsekvenser af Europarådets konvention til forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet af 24. juni 2013.
- Retsudvalget 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 146, endeligt svar på spørgsmål 1.
- Retsudvalget 2018-19, Beslutningsforslag nr. B 146, endeligt svar på spørgsmål 4.
- Retsudvalget 2018-19, REU Alm. del – Bilag 300 – Justitsministeriets notits om udenlandske erfaringer.
- Rigsdagstidende, 1924-25, tillæg A, spalte 3153.

Betænkninger mv.

- Betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, afgivet af Udvalget om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet.
- Straffelovrådets betænkning nr. 914/1980 om voldtægt, røveri og brandstiftelse.
- Straffelovrådets betænkning nr. 1543/2012 om seksualforbrydelser.
- Torp, Carl, Betænkning angaaende de af den under 11. August 1905 nedsatte Straffelovskommission udarbejdede Forslag, indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver, København 1917.

Norske love, lovforslag og forarbejder mv.

- Besl. O. nr. 104 (1999-2000).
- Lov nr. 28 af 20. maj 2005 Lov om straff (straffeloven).

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

Svenske love, lovforslag og forarbejder mv.

- Brottsbalk (1962:700) (straffeloven).
- Lagrådet, Uddrag af protokol fra den 23. januar 2018, *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet*.
- Proposition 2017/18:177 – en ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

EU-retsakter mv.

- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.
- Europarådets konvention til forebyggelse og bekæmpelse af vold mod kvinder og vold i hjemmet af 11. maj 2011.
- Europarådets konvention om beskyttelse af børn mod seksuel udnyttelse og seksuelt misbrug af 25. oktober 2007.
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

EMD domme

- Case of M.C. v. Bulgaria, (app.no.39272/98), dom af 4. december 2003.

Danske domme

- Utrykt afgørelse afsagt af Østre Landsret den 28. juni 1982.
 - o Omtalt: Straffelovrådets betænkning nr. 1534/2012, side 240, afgørelsen M.C. mod Bulgarien pr. 137 og af Vagn Greve i *"Festskrift til Hans Thornstødt"*, side 233-234.
- Utrykt afgørelse afsagt af Østre Landsret den 7. marts 2018.
 - o Omtalt: Retsudvalget 2018-19, B 146, endeligt svar på spørgsmål 1.
- Utrykt afgørelse afsagt af Østre Landsret den 5. juli 2018.
 - o Omtalt: Retsudvalget 2018-19, B 146 endeligt svar på spørgsmål 1.
- Retten i Svendborgs afgørelse af 14. november 2018, sagsnummer: R3-1927/2018.
 - o Domsresuméet kan tilgås her:
<http://www.domstol.dk/Svendborg/nyheder/domsresumeer/Pages/35-%C3%A5rigmandstraffetmedf%C3%A6ngseli5%C3%A5rog6m%C3%A5nederforbl>

[a3kontaktvoldt%C3%A6gtermod2kvinderogetan-](#)

[detseksueltforholdmedentredjekvinde.aspx](#) [besøgt 16. maj 2019]

- Rettens begrundelse kan tilgås her:

<http://www.domstol.dk/Svendborg/nyheder/domsresumeer/Documents/pr%C3%A6misser-kamari.pdf> [besøgt 16. maj 2019].

- U.2016.3888
- AM2017.03.08Ø
- AM2017.09.04Ø2
- TfK2017.1284
- AM2018.10.31Ø
- AM2018.11.22Ø
- TfK2019.240/2
- TfK2019.338

Hjemmesider og internetkilder

- CAHVIO, The Negotiations, "Meeting reports 1-9", <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio> [besøgt 21. marts 2019].
- Council of Europe Portal, "Chart of signatures and ratifications of treaty", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> [besøgt 31. maj 2019].
- Det Kriminalpræventive Råd, voldtægt, <https://www.dkr.dk/vold-og-voldtaegt/voldtaegt/> [besøgt 10. april 2019].
- Det Kriminalpræventive Råd, Fakta om voldtægt, <https://www.dkr.dk/vold-og-voldtaegt/fakta-om-voldtaegt/> [besøgt 10. april 2019]
- Justitsministeriet, pressemeddelelse af 4. oktober 2018, "Justitsministeren nedsætter ekspertpanel om voldtægt og vil skærpe lovgivning", <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2018/justitsministeren-nedsaetter-ekspertpanel-om-voldtaegt-og-vil> [besøgt 15. maj 2019].
- Justitsministeriet, pressemeddelelse af 25. april 2019, "Nye medlemmer til Straffelovrådet er udpeget", <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2019/nye-medlemmer-til-straffelovraadet-er-udpeget> [besøgt 25. april 2019].
- Justitsministeriet, pressemeddelelse af 28. april 2019, "Nyt lovforslag ligestiller psykisk og fysisk vold", <http://www.justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2019/nyt-lovforslag-ligestiller-psykisk-og-fysisk-vold>, [besøgt 21. februar 2019].
- KVINFO, "Ny voldtægtslov, Voldtægt og samtykke i international ret", af Sofie Rosenkrantz, opdateret 29. januar 2019, <https://kvinfo.dk/voldtaegt-og-samtykke-i->

[international-ret/?fbclid=IwAR2Spkw_UpKteGWDJxR4oY3CqRDcDeMiIa-HWdh9no8ARQriTqqyc8Sf-n8](#) [besøgt 7. maj 2019].

- Sveriges Radio, "*Samtyckeslag har haft effekt*",
<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> [besøgt 13. maj 2019].
- Udenrigsministeriet, Oversigt over handlingsplaner til bekæmpelse af vold i nære relationer,
<http://um.dk/da/ligestilling/vold-i-familien/handlingsplaner/>, [besøgt 21. februar 2019].