

Jørn Vestergaard/01-07-2020 – *Juristen* nr. 3/2020 s. 117-129.

Voldtægtsparagraffen – en salomonisk løsning på valget mellem frivillighed og samtykke?

Af professor i strafferet Jørn Vestergaard, Københavns Universitet

Der forestår en revision af voldtægtsbestemmelsen med det formål at opnå en bedre beskyttelse af retten til seksuel selvbestemmelse og seksuel integritet. En skarp skillelinje i debatten herom er opstået i forbindelse med valget mellem "frivillighed" eller "samtykke" til nøglebegrebet i en nyskrevet paragraf. I denne artikel påvises det, at fronterne mellem de to parter i debatten om ordvalget er trukket unødigt skarpt op. Det er næppe afgørende for den fremtidige retstilstand, om valget falder ud til fordel for det ene eller det andet begreb. Det afgørende er, hvordan bestemmelsens rækkevidde fastlægges i lovbemærkningerne.

1. Betænkningen om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse

Straffelovrådet afleverede for nylig den betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, som den forrige regering tog initiativ til at få udarbejdet.¹ I den langstrakte optakt hertil indgik begrebet *frivillighed* først kun lejlighedsvis i den offentlige debat som mere eller mindre tilfældigt synonym for og supplement til begrebet *samtykke*. Men længe var begrebet *samtykke* det centrale mantra i ønskerne om en lovrevision. Dette ændrede sig i lyset af meldingerne om den i 2018 gennemførte svenske lovreform, der baserer sig på begrebet *frivillighed* og ikke eksplicit gør brug af begrebet *samtykke*, om end de reviderede regler ofte omtales som en *samtykkelov*.²

I Straffelovrådets aktuelle kommissorium var *frivillighed* blevet nøglebegrebet.³ Opgaven for Straffelovrådet blev denne gang at gennemgå straffelovens bestemmelse om voldtægt med fokus på, om denne i tilstrækkelig grad afspejler, at seksuelle handlinger skal være frivillige. I den forbindelse skulle Rådet komme med forslag til, hvordan et krav om gensidig frivillighed kan tydeliggøres med en nyaffattelse. Særligt skulle Rådet overveje, hvordan betingelsen om frivillighed kan defineres, og det skulle eksemplificeres, hvordan anklagemyndigheden konkret kan løfte bevisbyrden for, at der ikke foreligger frivillighed. Bemærkelsesværdigt nok forekommer begrebet *samtykke* overhovedet ikke i opgavebeskrivelsen.⁴

Denne artikels forfatter anbefalede i flere sammenhænge at trække på de svenske erfaringer, bl.a. med en opfordring til at gøre frivillighed til omdrejningspunktet i en *samtykkebaseret*

¹ Straffelovrådets betænkning om en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse, bet. nr. 1574, offentliggjort den 19. februar 2020.

² Om den forudgående debat og om den nye svenske lovgivning på området, se Jørn Vestergaard, "Voldtægtsbestemmelse med frivillighed som omdrejningspunkt", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2019.277-286.

³ Med en i det væsentlige anden personsammensætning afgav Straffelovrådet i 2012 betænkning 1534 om seksualforbrydelser, på grundlag af hvilken straffelovens kapitel 24 med lov nr. 633, 2013 blev undergivet en omfattende revision. Der blev ikke dengang fundet anledning til at indføre en *samtykkebaseret* bestemmelse.

⁴ I en række aviser kunne man den 12. juli 2019 læse, at Socialdemokratiet og De Radikale gav opbakning til "en *samtykkelov* med frivillighed som omdrejningspunkt".

bestemmelse i lyset af, at samtykkebegrebet gav modstandere af en reform anledning til så stærke modforestillinger.⁵

2. Straffelovrådets udgangspunkt – det grundlæggende ønske om reform

I Straffelovrådets betænkning tages der afsæt i en kort gengivelse af den offentlige debat. Tillige er der redegjort for gældende ret, for lovgivningen i 10 andre lande og for de internationale forpligtelser.

Som bilag til betænkningen er der tilføjet sammendrag af 30 udvalgte domme afsagt siden primo 2017. Blandt disse afgørelser har Rådet fremhævet ni frifindende domme, hvis rimelighed vurderet ud fra den seksuelle selvbestemmelsesret ”kan diskuteres”. Fem afgørelser handler om tilfælde, hvor tiltalte muligvis var klar over, at samlejet blev gennemført mod den anden parts vilje, men hvor samlejet ikke forsætligt var tiltvunget ved vold eller en i situationen liggende trussel herom. Fire afgørelser vedrører tilfælde, hvor forurettede ikke vedholdende gennem ord eller handling havde givet udtryk for ikke at ville have samleje med tiltalte, men hvor vedkommende ikke efter gældende ret befandt sig i en tilstand eller situation, hvor hun var ude af stand til at modsætte sig handlingen.⁶

Betænkningens kortfattede sammenfatninger af de fælles træk ved sagerne er ikke særlig præcise. Rådet har ikke nærmere begrundet, hvorfor man har fundet anledning til at betvivle de enkelte afgørelses rimelighed, eller hvordan Rådet forestiller sig, at en anden lovgivning ville kunne have resulteret i et andet udfald. I betragtning af at sagerne gennemgående er afgjort i lyset af parternes indbyrdes modstridende forklaringer og på grundlag af umiddelbar bevisførelse for den dømmende ret, forekommer holdbarheden af Rådets second guessing ikke åbenbar. Desuden må det betragtes som problematisk i forhold til parterne og de øvrige involverede aktører i de forholdsvis nyligt afgjorte sager at fremkomme med et sådant overskøn på et forholdsvis løst grundlag.

I lyset af den undersøgte retspraksis fandt alle medlemmer af Straffelovrådet nu, at den gældende retstilstand ikke i tilstrækkelig grad afspejler, at enhver har en ubetinget ret til seksuel selvbestemmelse og seksuel integritet, og at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede parter.⁷ Efter de gældende regler kan der således forekomme situationer, hvor et samleje har været ufrivilligt, og hvor forurettede har givet udtryk for ufrivilligheden, men hvor samlejet ikke vil kunne straffes, hvis der ikke er anvendt tvangsmidler eller lignende.⁸

I lyset heraf var der enighed blandt Rådets medlemmer om at ændre voldtægtsbestemmelsen.⁹ Betegnelsen ”voldtægt” skal dog fortsat anvendes.¹⁰ Det skal imidlertid ikke længere være afgørende, at tiltalte har anvendt bestemte tvangsmidler, eller at forurettede har været i en

⁵ Således i webcast udgivet på Kvininfo.dk i november 2018 og i oplæg på landsseminar den 20. maj 2019 for Centrene for Voldtægtsofre. Talepapiret fik en ikke ubetydelig udbredelse blandt aktører i debatten. Se også *Politikens kronik* den 10. april 2019 og *Informations kronik* den 5. juli 2019.

⁶ Se eksemplerne i bet. 1574 s. 125 ff.

⁷ Se bet. 1574 s. 125 ff. og s. 175.

⁸ Bet. 1574 s. 12 og s. 128 f.

⁹ Med udtrykket voldtægtsbestemmelsen refereres der her og i det følgende til strl. § 216, stk. 1.

¹⁰ Bet. 1574 s. 17 f. og s. 140 f.

tilstand eller situation, hvor vedkommende ikke har været i stand til at modsætte sig handlingen. I stedet skal der fokuseres på, om begge parter var ”indforstået” med de seksuelle handlinger. Hvis der er anvendt tvangsmidler, skal dette være en skærpende omstændighed af betydning for strafudmålingen. En sådan udvidelse af det strafbare område skal medvirke til at tydeliggøre det strafferetlige værn og at markere samfundets afstandtagen fra seksuelle overgreb.

Spørgsmålet om valg af terminologi gav imidlertid anledning til grundlæggende uenighed. Et flertal på 10 ud af Straffelovrådets 11 medlemmer foreslog at basere en ny voldtægtsbestemmelse på kriteriet *frivillighed*. Et mindretal bestående af et enkelt medlem, professor i strafferet Trine Baumbach, dissenterede imidlertid med en anbefaling om at anvende begrebet *samtykke* i selve lovteksten. Professor i strafferet Thomas Elholm indgik i Straffelovrådets flertal.

Det blev af hele Rådet lagt til grund, at hverken frivillighed eller samtykke har en klar definition eller afgrænsning i en strafferetlig kontekst. Uanset hvilket af begreberne, der konkret anvendes i en ny lovbestemmelse, vil det i lovbemærkningerne være nødvendigt konkret at definere, hvad der skal forstås ved den anvendte terminologi i en seksuel kontekst.¹¹

Der var også enighed i Rådet om, at det ikke vil være forbundet med de samme betæneligheder som i Sverige at anvende begrebet samtykke i en ny voldtægtsbestemmelse.¹² Straffeloven indeholder nemlig ikke på samme måde som svensk lovgivning en generel bestemmelse om samtykke som ansvarsfrihedsgrund. I dansk ret skal betydningen af samtykke altid fortolkes konkret i forhold til de enkelte delikter.

Alle Rådets medlemmer står i øvrigt bag en anbefaling om, at der ikke indføres en uagtsomhedsbestemmelse, sådan som det for nylig skete i svensk lovgivning.¹³ Som følge af udvidelsen af det objektive kriterium for voldtægt foreslår Rådet derimod at afskaffe den eksisterende kriminalisering af uagtsomhed i forhold til, om den anden part var i en tilstand, i hvilken den pågældende var ude af stand til at modsætte sig handlingen.¹⁴ Både en frivillighedsbaseret og en samtykkebaseret ordning vil efter Rådets opfattelse indebære sådanne skærpede krav til, at gerningsmanden må sikre sig, at et samleje er frivilligt, at en forsætsbestemmelse vil dække de situationer, som den nugældende bestemmelse rammer.

Rådet har herudover forudsat, at de gældende strafpositioner fastholdes for forhold, som har været strafbare også efter den hidtidige retstilstand.¹⁵

¹¹ Bet. 1574 s. 135.

¹² Bet. 1574 s. 135 (hele Rådet) og s. 169 (mindretallet).

¹³ Se bet. 1574 s. 18 f., s. 47 ff. (kapitel 3 afsnit 9), s. 126 ff. (kapitel 6, særligt afsnit 6.3), s. 162, s. 185 f. (flertallet) og s. 191 ff. (mindretallet).

¹⁴ Strl. § 228 om uagtsomhed i relation til gerningsmandens ukendskab til forurettedes tilstand (eller alder) vil som hidtil gælde i forhold til de særligt alvorlige seksualforbrydelser.

¹⁵ Se således s. 26 f., s. 183 ff. (flertallet) og s. 191 f. (mindretallet).

3. De to forslag til ny voldtægtsparagraf

Flertallets forslag er udformet med inspiration fra svensk ret og har følgende ordlyd:¹⁶

”§ 216. For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke deltager frivilligt.

Stk. 2. For at en deltagelse skal anses som frivillig, skal valget om at deltage være kommet til udtryk gennem ord eller handling eller fremgå af den konkrete situation og sammenhæng. Der foreligger ikke frivillighed, hvis gerningsmanden har tiltvunget sig samleje ved vold eller trussel om vold. Der foreligger heller ikke frivillighed, hvis gerningsmanden har skaffet sig samleje ved anden ulovlig tvang, jf. § 260, eller med en person, der befinder sig i en tilstand eller situation, i hvilken den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen.”

Psykisk vold vil efter omstændighederne kunne bevirke, at deltagelse i et samleje ikke er frivillig.¹⁷

Flertallet lægger vægt på, at en ny voldtægtsbestemmelse i videst muligt omfang skal indebære en klar og forudsigelig retstilstand, som borgerne kan indrette sig efter. Det er flertallets vurdering, at dette hensyn til retssikkerheden bedst tilgodeses med en paragraf baseret på frivillighed. Flertallet uddyber ikke denne vurdering nærmere og erkender, at en sådan bestemmelse på visse punkter indeholder flere skønsmæssige elementer end den gældende lovgivning, idet den ikke opererer med helt så skarpe kriterier som f.eks. begreberne vold eller trussel om vold.¹⁸

Flertallet ser klare fordele og ingen væsentlige ulemper ved at indføre en voldtægtsbestemmelse baseret på frivillighed med uforandrede tilregnelses-, bevis- og bevisbyrdekrav.

Mindretallets forslag til ny voldtægtsparagraf er formuleret således:¹⁹

”§ 216. For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der gennemfører et samleje med en person, der ikke har samtykket heri. Samtykke skal gives frivilligt og være udtryk for den pågældendes frie vilje, bedømt ud fra omstændighederne ved den konkrete situation. Er forholdet begået ved vold, trussel om vold, psykisk vold, anden ulovlig tvang, jf. § 260, eller med en person, der befinder sig i en tilstand eller situation, i hvilken den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen, anses dette som en særligt skærpende omstændighed.”

Efter mindretallets opfattelse vil en samtykkebaseret bestemmelse sikre en mere klar og forudsigelig retstilstand end en bestemmelse baseret på frivillighed, ligesom den bedre vil sikre begge parter ret til selvbestemmelse og den personlige frihed.²⁰

Mindretallet mener, at den gældende lovgivning allerede bygger på en forudsætning om manglende frivillighed, og at der derfor er behov for at sikre en mere tydelig ændring ved at indføre et krav om samtykke.²¹ Den af flertallet foreslåede ordning vil efter mindretallets

¹⁶ Se bet. 1574 s. 160 og s. 174.

¹⁷ Flertallet har imidlertid ikke fundet anledning til at citere den forholdsvis nye § 243 om psykisk vold § 243 i opregningen i udkastets stk. 2. Bestemmelsen i § 243 forudsætter, at gerningspersonen gentagne gange har forulempet forurettede, hvilket kan vanskeliggøre en vurdering af, om der er den fornødne forbindelse mellem den psykiske vold og samlejet. Se nærmere bet. 1574 s. 161.

¹⁸ Se således bet. 1574 s. 13 og s. 130 f.

¹⁹ Bet. 1574 s. 167 f.

²⁰ Bet. 1574 s. 16 og s. 131. Bestemmelsens andet punktum er identisk med formuleringen i de forklarende bemærkninger til Istanbulkonventionens artikel 36.

²¹ Se herom bet. 1574 s. 16, s. 25, s. 138 f. og s. 172.

opfattelse få karakter af en mere formel ændring, der ikke styrker det strafferetlige værn om voldtægts ofre og ikke sikrer en bedre forebyggelse.

Det er flertallets opfattelse, at mindretallets udlægning af indholdet og rækkevidden af flertallets lovforslag i vidt omfang ikke er dækkende og retvisende. Den gældende lovgivning forudsætter, at gerningsmanden har anvendt nærmere opregnede tvangsmidler, eller at den forurettede har været i en tilstand eller situation, hvor den pågældende har været ude af stand til at modsætte sig handlingerne. Den ordning, der foreslås af flertallet, udvider kriminaliseringen til at omfatte alle ufrivillige seksuelle forhold uden hensyn til, om der er anvendt bestemte tvangsmidler, eller om den forurettede har været i en bestemt tilstand eller situation. Ved gennemførelse af flertallets forslag vil der således ikke være tale om blot en formel ændring.²²

Straffelovrådets betænkning præges af et stort antal mere eller mindre ordrette gentagelser, som stik imod den antagelige hensigt ikke bidrager til at lette overblikket over skillelinjerne i de to parter positioner. Redegørelserne og begrundelserne for de to forskellige forslag til affatning af en ny bestemmelse består i væsentligt omfang af gensidig kritik og forbehold over for den anden parts opfattelse, om end der også fremlægges konkretiseringer af egne forslags rækkevidde.

I betænkningen redegøres der på traditionel vis i flere omgange først for flertallets opfattelse i sin helhed og derefter for mindretallets overvejelser. De gensidige indvendinger optræder således ikke alle i umiddelbar tilknytning til den anden parts synspunkter. I det følgende gøres der et forsøg på at sammenstille de to parter opfattelser og begrundelser på de enkelte punkter i kontroversen.

4. Uddybning af flertallets forslag

Udgangspunktet for flertallet har været, at begrebet frivillighed ”bedst imødekommer intentionen” bag en ny voldtægtsbestemmelse, idet det derved understreges, at ethvert individ har ret til seksuel selvbestemmelse, og at enhver seksuel handling skal basere sig på ”gensidig frivillighed”.²³ Dermed er der ikke givet en egentlig begrundelse for at koncipere paragraffen på en bestemt måde, men blot truffet et valg, som i den givne sammenhæng nærmest må forstås som et fravalg af at anvende begrebet samtykke.

Efter flertallets opfattelse er det umiddelbart forståeligt, at seksuelle forhold skal være frivillige, mens begrebet samtykke leder tanker hen på, at en række formaliserede krav skal være opfyldt. Sædvanlig seksuel aktivitet mellem voksne mennesker er ikke kendetegnet ved, at der indgås egentlige aftaler herom. I lyset heraf ville lovens ordlyd med et krav om samtykke kunne ”antyde” en videregående kriminalisering, end der efter flertallets opfattelse er grundlag for.²⁴ Dette er den væsentligste begrundelse, som flertallet har anført for at foretrække frivillighed frem for samtykke i en ny bestemmelse. Den øvrige argumentation bag flertallets forslag handler i det væsentlige om, hvad flertallet ikke kan tilslutte sig i

²² Se særligt bet. 1574 s. 15, s. 129, s. 137, s. 162 og s. 165.

²³ Bet. 1574 s. 15, s. 18 og s. 137.

²⁴ Bet. 1574 s. 15, s. 137 og s. 178.

mindretallets begrundelse for at foretrække ordet samtykke, ikke om yderligere forbehold over for anvendelsen af ordet samtykke som sådan.

Flertallet henviser i øvrigt til, at der i flere lande, hvis retssystemer minder om Danmarks, herunder særligt Sverige, er indført en voldtægtslovgivning, der i større eller mindre grad er baseret på frivillighed.²⁵ Alt andet lige kan dette selvsagt være en god begrundelse for at vælge en tilsvarende model; men samtykkebaserede modeller findes jo også.

Begrebet frivillighed optræder i begge parters forslag; men forståeligt nok har hverken flertallet eller mindretallet gjort forsøg på at præcisere begrebet ved at opstille en generisk definition. Flertallet konstaterer lidt intetsigende, at et samleje kan anses for frivilligt, hvis personerne deltager ”af deres egen frie vilje”. Det afgørende er, at personerne har haft mulighed for ”frit at tage stilling” til, om de vil deltage i samlejet. Om der i det konkrete tilfælde foreligger frivillighed, skal afgøres efter en samlet og objektiv helhedsbedømmelse af alle sagens omstændigheder, herunder oplysningerne om ”personens ord og handlinger”.²⁶ Nærmere kan man nok heller ikke komme det i almene vendinger.²⁷

Verbal eller fysisk afvisning af en anden persons tilnærmelser skal i hvert fald betyde, at et efterfølgende samleje objektivt set anses for ufrivilligt. Det kræves således ikke, at forurettede har sat sig til modværge ved at yde fysisk modstand.²⁸

Flertallet finder behov for ”i mange situationer” at pålægge den, der tager initiativ til samleje eller andet seksuelt forhold, en forpligtelse til at ”sikre sig, at den anden part er indforstået hermed”. På den anden side ønsker flertallet at tage højde for, at der er situationer, hvor der efter de konkrete omstændigheder er ”en formodning for frivillighed”, og hvor det derfor er rimeligt at forvente, at ”den anden part siger fra, hvis vedkommende ikke er indforstået”. Hvis reglerne ikke udformes med forståelse herfor, vil der ifølge flertallet være risiko for at kriminalisere en seksuel adfærd, som af mange vil blive anset som ”naturlig og sædvanlig” i forbindelse med seksuelt samvær, og som der ”ikke er et klart behov for at kriminalisere”.²⁹ Flertallet anfører dette som en af grundene til, at en ny bestemmelse skal baseres på frivillighed og ikke på samtykke. Denne begrundelse er dog næppe tvingende, da et tilsvarende forbehold godt kunne tænkes indfortolket i en samtykkebaseret bestemmelse.

Efter flertallets opfattelse bør et positivt udtryk for vilje til at deltage i et samleje ikke være en forudsætning for frivillighed.³⁰ Hvis to personer i ”et ligeværdigt samlivsforhold” har samleje ”under sædvanlige omstændigheder”, vil der være en formodning for frivillighed, selv om den ene part er ”passiv og uengageret”.³¹

Betydningen af passivitet må efter flertallets opfattelse afhænge af sagens konkrete omstændigheder, herunder om samlejet er foregået ”under sædvanlige omstændigheder eller under særlige omstændigheder”, forløbet op til samlejet og relationen mellem parterne mv.

²⁵ Bet. 1574 s. 130.

²⁶ Se herom bet. 1574 s. 163, s. 165 og s. 177 (flertallet) og s. 188 (mindretallet).

²⁷ I aftaleretten har det i århundreder været drøftet, hvad der kræves for, at der foreligger en oprigtig vilje.

²⁸ Se nærmere bet. 1574 s. 179.

²⁹ Se således bet. 1574 s. 13 ff., s. 130, s. 136 f. og s. 176.

³⁰ Bet. 1574 s. 179 f.

³¹ Eksemplet er lidt mere udfoldet i bet 1574 s. 180.

Dette favner frivillighedsbegrebet efter flertallets opfattelse bedre end samtykkebegrebet.³² Ud fra en umiddelbar sproglig betragtning har dette synspunkt givetvis noget for sig af de grunde, som flertallet anfører. Men igen må det lægges til grund, at begrundelsen ikke er tvingende, men udtryk for et valg.

Når frivillighed ikke er kommet til udtryk gennem ord eller handling, vil flertallet lade de konkrete omstændigheder have væsentlig betydning for vurderingen af, om personen frivilligt eller ufrivilligt deltager i samlejet. Dette kan navnlig have betydning i tilfælde, hvor den ene person er passiv. Det betyder også, at omstændighederne vil have betydning for, hvor meget der kan kræves af den initiativtagende part med hensyn til at sikre sig, at den passive part er indforstået i samlejet, og hvornår det er rimeligt at forvente, at den passive part siger fra, hvis vedkommende ikke vil deltage i samleje.³³ Det er flertallets opfattelse, at retten ved den konkrete vurdering, der skal foretages i det enkelte tilfælde, vil kunne tage højde for, om f.eks. passivitet er udtryk for manglende evne til at gøre modstand, eller om det seksuelle forhold er frivilligt.³⁴ Denne tilgang forekommer velbegrunderet og er ikke så fjern fra mindretallets opfattelse, som det f.eks. hævdes i den offentlige debat, se herom senere.

Hvis forurettede i en ubevidst frygtbetinget tilstand ”fryser” og derfor er passiv eller ”kører på autopilot”, er der objektivt ikke tale om frivillig deltagelse. Imidlertid kan der i sådanne tilfælde opstå spørgsmål om den anden parts forsæt, og bedømmelsen heraf må nødvendigvis bero på en samlet vurdering af omstændighederne.³⁵

Hvis den anden part er ”meget påvirket af træthed, beruselse mv.”, påhviler det følgelig den initiativtagende part ”en særlig forpligtelse til at sikre sig”, at vedkommende er indforstået med samlejet. Passivitet vil under disse omstændigheder ikke være tilstrækkelig som udtryk for frivillighed.³⁶

Forurettede kan endvidere befinde sig i en situation, hvor vedkommende for så vidt er fysisk i stand til at modsætte sig handlingen, men i den konkrete situation ikke kan nå at reagere, før gerningspersonen har påbegyndt et samleje, eller hvor forurettede bliver skræmt og får svært ved at ”sige fra”. Sådanne overrumplingstilfælde vil f.eks. kunne forekomme i forbindelse med lægeundersøgelse, massage eller lignende, hvor seksuel aktivitet ikke forventes. I sådanne tilfælde påhviler det den initiativtagende part at sikre sig, at den anden person vil deltage i samlejet. Hvis en sådan accept ikke foreligger, vil der være tale om ufrivilligt samleje.³⁷

I forhold til den konkrete vurdering af, om passivitet er udtryk for frivillighed eller ufrivillighed, har flertallet opstillet et eksempel på et tilfælde, hvor to parter efter en bytur går sammen hjem til den ene og frivilligt tager tøjet af og lægger sig i samme seng, hvorefter den

³² Se således de til dels enslydende formuleringer i bet. 1574 s. 13, s. 15, s. 19, s. 22, s. 25, s. 130, s. 137, s. 162, s. 163, s. 165, s. 176 f., s. 179 f., s. 180 og s. 189.

³³ Bet. 1574 s. 180.

³⁴ Bet. 1574 s. 22 og s. 166.

³⁵ Om bedømmelsen af tilstande, der som følge af ubevidst frygt f.eks. giver sig udslag i *dissociation* eller *tonisk immobilitet*, se nærmere bet. 1574 s. 181.

³⁶ Bet 1574 s. 182 f.

³⁷ Om indholdet af flertallets forslag til ny § 216, stk. 2, 3. pkt., se nærmere bet. 1574 s. 182 f. Denne bestemmelse om tilstande eller situationer, i hvilke forurettede er ude af stand til at modsætte sig overgrebet, svarer til hidtidig retstilstand.

ene part indleder samleje, uden at der på noget tidspunkt er foregået noget ubehageligt i relationen mellem parterne.³⁸ Hvis optakten til samlejet ud fra en konkret bedømmelse af parternes kommunikation, berøringer mv. må karakteriseres som seksuelt betonet, og hvis begge parter anses for at have deltaget frivilligt heri, må samlejet ”som udgangspunkt” også anses for frivilligt, selv om den part, som ikke er den initiativtagende, har ”forholdt sig helt passiv” under selve samlejet. Med en frivillighedsbaseret voldtægtsbestemmelse må den passive part i en sådan situation give udtryk for, at vedkommende ikke vil deltage i samleje, hvis samlejet skal anses for ufrivilligt. Det forudsættes herved, at den passive part er i en tilstand og en situation, der gør dette muligt.

Det gengivne eksempel har et stiliseret præg og levner ikke plads til de nuancer, som ville kunne have betydning ved bevisbedømmelsen i en konkret straffesag. Det kan bl.a. give anledning til tvivl og misforståelser, hvad der menes med, at den ene deltager har forholdt sig helt passiv. Til trods for forudsætningen om, at vedkommendes tilstand og situationen gør det muligt at sige fra, har nogle aktører i den offentlige debat opfattet beskrivelsen som eksempel på et tilfælde, hvor dette ikke har været en reel valgmulighed. Eksemplet har næppe været befordrende for forståelsen af den tilsigtede rækkevidde af flertallets forslag. Velviljen er ikke blevet større i lyset af, at beskrivelsen i hovedtræk udviser et vist sammenfald med sagsforløbet i en meget omtalt sag, der involverede medlemmer af partiet Enhedslisten som både forurettet og anklaget. Den tiltalte blev i byretten dømt for voldtægt, men blev frifundet i landsretten, som i lyset af de konkrete bevisligheder fandt, at den forurettede ikke havde været i et tilstand, i hvilken hun var ude af stand til at modsætte sig handlingen.³⁹ I den offentlige debat blev det gjort gældende, at en samtykkelov ville føre til domfældelse i en tilsvarende sag.⁴⁰ Det kan der imidlertid ikke med sikkerhed siges noget om.

Efter mindretallets forslag behøver et samtykke ikke at være udtrykkeligt, men kan også være *stiltiende*, se nærmere nedenfor. Som udgangspunkt vil der følgelig ikke være nogen væsentlig forskel på, om man i en ny voldtægtsbestemmelse anvender terminologien samtykke eller frivillighed. Uanset sprogbrug vil opgaven for anklagemyndigheden være at bevise, at den ene part ikke var ”indforstået” med samlejet.⁴¹

Flertallet fremhæver med rette, at frivillighed og samtykke i vidt omfang er to sider af samme sag, og at begreberne er mere eller mindre sammenfaldende.⁴² Mindretallet anfægter betydningen heraf.⁴³

Flertallet bemærker imidlertid, at der ”i visse tilfælde, herunder særligt i passivitetssituationer, kan opstå visse realitetsforskelle alt efter, hvilket begreb der anvendes”.⁴⁴ Der vil – ”afhængigt af hvordan ordningen med en samtykkebaseret bestemmelse udformes” – kunne påhvile den initiativtagende part ”en videre forpligtelse” til at sikre sig, at den anden part samtykker, end ved en frivillighedsbaseret bestemmelse. Passivitet vil således kunne være udtryk for et manglende samtykke, mens det er ”mere

³⁸ Se bet. 1574 s. 136 og s. 181.

³⁹ Østre Landsrets dom af 19. januar 2020.

⁴⁰ Se således retsordfører for Radikale Venstre, Kristian Hegaard, på Twitter den 13. september 2019.

⁴¹ Både flertal og mindretal anvender i flere passager termen ”indforstået”.

⁴² Bet 1574 s. 14 og s. 135.

⁴³ Bet 1574 s. 16 og s. 139.

⁴⁴ Bet 1574 s. 14 f. og s. 136.

åbent”, om passivitet er udtryk for ufrivillighed eller frivillighed. En nærmere afklaring af, om ordvalget i sig selv indebærer nogen realitetsforskel mellem de to foreslåede ordninger, forudsætter en nærmere læsning af flertallets og mindretallets udredninger.

5. Uddybning af mindretallets forslag

For mindretallet har det været afgørende, at ”afklaringspligten” i visse tilfælde (bl.a. i passivitetstilfælde) ikke ”skal ligge hos offeret alene”, men at den, der tager initiativ til samleje, skal have del i pligten til at afklare, hvorvidt begge parter er indforstået.⁴⁵ Efter mindretallets opfattelse har den, der tager initiativ til et samleje, ”altid et ansvar for at sikre sig, at den anden person ønsker at deltage”. En part skal ikke sige fra for at undgå ”uønskede samlejer”, men skal sige til ”for at opnå dem” (sic!). Følgelig finder mindretallet det nødvendigt at konstituere bestemmelsen omkring samtykke.

Mindretallet gør gældende, at den samtykkebaserede model udvider kriminaliseringen af voldtægt til at omfatte ”lige netop de forhold”, som efter kommissoriet og forståelsespapiret mellem regeringen og dennes støttepartier samt regeringens lovprogram ”klart må anses for strafværdige”.⁴⁶ Derfor er det angiveligt nødvendigt, at loven bliver konstitueret om ”kernen i beskyttelsesinteressen”, dvs. om hvorvidt begge parter samtykker. Dette må nok siges at være en form for retorisk tilsnigelse, da der ikke af de nævnte dokumenter kan udledes noget entydigt om, hvilken terminologi en ny bestemmelse skal benytte sig af. Som nævnt indgår begrebet samtykke slet ikke i Straffelovrådets kommissorium.⁴⁷

En sammenfatning af mindretallets argumentation for at foretrække samtykke som nøglebegreb kan med fordel tage udgangspunkt i indvendingerne mod at anvende frivillighed i bestemmelsen:

Mindretallet gør gældende, at frivillighed peger ”i retning af den enes efterkommelse af den andens ønske”. Det kan således være fraværet af modstand, der gør samlejet frivilligt. Ved alene at ændre voldtægtsparagraffen til en ”manglende frivillighedsbestemmelse” vil der også i fremtiden blive en tendens til at lægge for meget vægt på, om offeret gjorde modstand (verbalt eller fysisk). Fokus vil ofte være på forurettedes evne til aktivt at ”sige fra” og kommunikere dette. Afklaringspligten kommer således i en del tilfælde til at ligge på offeret alene og ikke på den, der ønsker samlejet.⁴⁸ Dette synspunkt er der næppe sprogligt belæg for.

Samtykke henviser efter mindretallets opfattelse til ”en form for enighed” og er dermed ”noget gensidigt”, ”et fælles ønske” om at have samleje. Med en samtykkebaseret bestemmelse bliver det relevante bevisstema forekomsten af et (positivt) samtykke, ikke fraværet af et samtykke. Spørgsmålet om samtykke nødvendiggør, at ”offeret” ved ord eller handling mv. ”siger til”. Den, der tager initiativ til samleje, får derved del i afklaringspligten.

⁴⁵ Se herom bet. 1574 s. 15 f., s. 131, s. 138, s. 140, s. 168 f., s. 172, s. 190 og s. 192.

⁴⁶ Efter folketingsvalget den 5. juni 2019 indgik partierne i rød blok en omfattende politisk aftale i et såkaldt forståelsespapir, der indeholdt en bemærkning om, at den nye socialdemokratiske regering ville tage initiativ til lovgivning om gennemførelse af en samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse ”på baggrund af Straffelovrådets anbefalinger”. Se *Retfærdig retning for Danmark*, Politisk forståelse mellem S, RV, SF og Ø.

⁴⁷ Bet. 1574 s. 16 f., s. 25, s. 139 og s. 168

⁴⁸ Se nærmere bet. 1574 s. 15 f., s. 138 ff., s. 168 f.

En samtykkebaseret bestemmelse vil flytte fokus og dermed bevistemaet til, om ”offeret” samtykkede, og om tiltalte havde grund til at tro, at ”offeret” var med på tiltaltes forehavende.⁴⁹

Mindretallets beskrivelse af meningsindholdet i selve begrebet samtykke er kendetegnet ved en temmelig frimodig omgang med sproget. Betydningen af såvel frivillighed som samtykke vil under alle omstændigheder være afhængig af, hvad lovgivningsmagten i den foreliggende sammenhæng beslutter at lægge i begreberne. I virkelighedens verden kan afgivelsen af et samtykke godt være afgivet for at efterkomme en andens ønske eller ligefrem fremkommet under tvang. Netop derfor er der i mindretallets lovudkast da også indsat en velbegrunnet tilføjelse om, at samtykket skal være ”givet frivilligt og være udtryk for den pågældendes frie vilje, bedømt ud fra omstændighederne ved den konkrete situation”.

Valget mellem at lade frivillighed eller samtykke være bevistema betragtes af mindretallet som ”signifikant”, idet der angiveligt er afgørende forskel på at bevise noget positivt (om der *forelå* et samtykke) og på at bevise noget negativt (om der *ikke forelå* frivillighed).⁵⁰ Forsætsmæssigt er der for mindretallet følgelig forskel på, hvad tiltalte ikke var klar over (at offeret ikke deltog frivilligt), og hvad tiltalte havde grund til at tro (at offeret samtykkede).

Mindretallets udlægning af forskellene i bevistema er ikke i god overensstemmelse med realiteterne. Efter mindretallets opfattelse vil bevistemaet efter flertallets forslag også efter en lovændring være ”fraværet af tvang mv.”. Der menes vel tværtimod, at bevistemaet efter mindretallets opfattelse i så fald vil være ”forekomsten af tvang mv.”, som er det, anklagemyndigheden efter mindretallets opfattelse forsat vil være nødt til at bevise for at opnå en domfældelse. Eller måske menes der ”fraværet af modstand”.

Over for mindretallets betragtninger om forskelle i bevisførelsen har flertallet med rette gjort opmærksom på, at anklagemyndigheden ved både frivillighed og samtykke skal bevise, at der *ikke* forelå frivillighed, henholdsvis *ikke* var samtykket. Der skal i begge tilfælde føres bevis om fraværet af noget, henholdsvis fraværet af frivillighed og fraværet af samtykke. Der vil ikke i forhold til bevisførelsen være forskel på, om der vælges en frivilligheds- eller en samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse.⁵¹ Betegnende nok har mindretallet faktisk også selv gjort gældende, at en samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse ikke vil ændre ved uskyldsformodningen og således ikke vil ændre bevisbyrden eller andre af de retssikkerhedsgarantier, som kommer den tiltalte til gode under en straffesag.⁵²

Straffelovrådet har i øvrigt ikke foretaget en nærmere udredning af, hvad det i praksis vil kunne indebære, at det bevismæssige fokus ikke nødvendigvis skal rettes mod noget, der faktisk kan foreligge (vold, tvang, hjælpeløs tilstand eller særlig situation), men mod noget, der *ikke* foreligger (frivillighed/samtykke).⁵³ Fraværet af frivillighed eller samtykke kan i den konkrete sammenhæng tænkes fastslået som følge af omstændigheder som de nævnte, hvilket imidlertid ikke længere vil være en afgørende forudsætning for strafansvar. I sager med

⁴⁹ Mindretallets anvendelse af terminologien ”offeret” er en anelse suggestiv og foregriber nærmest udfaldet af den konkrete bedømmelse af sagens karakter – var det voldtægt eller ej?

⁵⁰ Bet. 1574 s. 16, s. 139 og s. 168.

⁵¹ Bet. 1574 s. 14 og s. 135.

⁵² Bet. 1574 s. 131.

⁵³ Mindretallet mener som nævnt, at det vil være fraværet af frivillighed, men tilstedeværelsen af samtykke, der skal bevises; men opstilling af en sådan modsætning er der ikke grundlag for.

påstand mod påstand vil bedømmelsen derfor mere end nogensinde kunne komme til at bero på en vurdering af parternes troværdighed.⁵⁴

Som en yderligere indvending mod at anvende terminologien samtykke frem for frivillighed fremhævede flertallet, at det så efter mindretallets forslag yderligere skulle vurderes, om et samtykke var givet frivilligt. Derfor er det efter flertallets opfattelse ikke korrekt, at en samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse vil være mere klar og dermed mere forudsigelig end en frivillighedsbaseret bestemmelse.⁵⁵ Dette synspunkt er imidlertid ikke modsigelsesfrit, for igen vil retstilstanden bero på den nærmere fastlæggelse af begge begreberne. Og det kan efter omstændighederne godt tænkes, at et krav om både samtykke og frivillighed bevirker en mere skarpt afgrænset retstilstand end et krav om frivillighed alene.

Flertallet finder det ikke korrekt, at det af retssikkerhedsmæssige grunde vil være betænkeligt at anvende frivillighed som terminologi frem for samtykke. Et krav om, at seksuelle forhold forudsætter frivillighed, og at frivilligheden er kommet til udtryk, kan efter flertallets vurdering ikke give anledning til tvivl om, hvad der er strafbart, og hvordan en person, der ønsker at have samleje med en anden, eventuelt skal sikre sig, at den anden person deltager frivilligt.⁵⁶ Dette synspunkt står som nævnt i kontrast til flertallets egen tilkendegivelse om, at frivillighed som terminologi indeholder flere skønmæssige elementer end den gældende lovgivning.⁵⁷

6. Betydningen af de sproglige forskelle mellem forslagene fra flertallet og mindretallet

Som omtalt i det foregående kredser både flertallet og mindretallet om rækkevidden af forpligtelsen til at ”sikre sig”, at den anden part i et seksuelt samvær er indforstået med, hvad der foregår. Flertallet mener, at en sådan forpligtelse gælder ”i mange situationer”, men at der er situationer, hvor der efter de konkrete omstændigheder er ”en formodning for frivillighed”, og hvor det derfor er rimeligt at forvente, at den anden part siger fra, hvis vedkommende ikke er indforstået”.

Efter flertallets lovudkast skal valget om at deltage i samleje være ”kommet til udtryk gennem ord eller handling” eller skal ”fremgå af den konkrete situation eller sammenhæng”, for at deltagelsen skal anses som frivillig. Frivillighed i seksuelle situationer kan komme til udtryk på forskellige måder, men der vil sjældent foreligge et egentligt udtalt samtykke, idet parterne snarere vil nærme sig ”en fælles implicit forståelse” af, at de begge er indforstået, f.eks. i kraft af berøringer, kys mv. i løbet af optakten til et samleje.⁵⁸

Efter mindretallets opfattelse har den, der tager initiativ til et samleje, ”altid et ansvar for at sikre sig, at den anden person ønsker at deltage”. Dette skal opnås med et krav om samtykke. Om deltagelse i samleje kan anses for at være sket med samtykke, må imidlertid afhænge af en ”konkret og samlet vurdering”. Den af mindretallet foreslåede ordning forudsætter således ikke, at samtykke skal være ”udtrykt direkte eller i øvrigt på en bestemt måde”, men at dette

⁵⁴ I Advokatrådets høringssvar peges der ligefrem på risikoen for justitsmord som følge af ændringen af bevistemaet.

⁵⁵ Bet. 1574 s. 14 og s. 135 f.

⁵⁶ Bet. 1574 s. 14 og s. 135 f.

⁵⁷ Se således bet. 1574 s. 13 og s. 130 f.

⁵⁸ Se herom bet. 1574 s. 178.

– på samme måde som samtykke i øvrigt vurderes i strafferetten – skal vurderes ”helt uformaliseret”.⁵⁹ I overensstemmelse med sædvanlig strafferetlig doktrin betyder det som nævnt, at et samtykke godt kan være stiltiende. I lyset heraf er det meget vanskeligt at forstå, hvori forskellen mellem de to foreslåede ordninger egentlig kan tænkes at bestå i praksis.

I Straffelovrådets kommissorium er det fremhævet, at en ny bestemmelse om voldtægt skal tydeliggøre, at enhver seksuel handling skal bygge på ”gensidig frivillighed”. Dette har været en rettesnor for flertallet.⁶⁰ Mindretallet vil imidlertid skærpe kriteriet sprogligt med en slags programerklæring om, at fokus bør være på det gensidige ”ønske” om samleje, og anfører i den forbindelse, at samtykke henviser til ”en form for enighed” og dermed noget gensidigt, mens frivillighed peger i retning af den enes efterkommelse af den andens ønske.⁶¹

Mindretallet skriver desuden: ”Gensidighed omkring samleje er naturligvis vigtigt i alle relationer”.⁶² Det beskyttelseshensyn, som mindretallet tilsyneladende vil værne, er dermed langt mere vidtgående end hensynet til at sikre, at seksuelle forhold bygger på ”gensidig frivillighed”. En bogstavelig tolkning af mindretallets bemærkninger ville indebære, at det bliver strafbart at gennemføre et seksuelt samvær med en anden person, som ”inderst inde” ikke har lyst til at deltage. Temmelig selvmodsigende – og helt i overensstemmelse med flertallets opfattelse – bemærker mindretallet dog også, at samtykke skal vurderes objektivt og dermed ”ud fra oplysninger om personens deltagelse og ikke ud fra personens indre ønsker”.⁶³ I mindretallets udkast til lovforslag står der da heller ikke noget om, at samtykket skal være udtryk for et ”ønske”, men derimod, at samtykke skal gives frivilligt og være ”udtryk for den pågældendes frie vilje”. Mindretallet ligger således helt på linje med flertallet ved ikke at ville tillægge det selvstændig betydning for den strafferetlige bedømmelse, at en person efter sin ”indre overbevisning”/”indre ønsker” egentlig ikke ønskede at deltage i et samleje. Mindretallets programerklæring kan med andre ord ikke tillægges nogen retlig betydning. Den kunne dog tænkes at have en retningsgivende betydning ved udmøntningen af en ny lovgivning, idet den danner afsæt for nogle bemærkninger om tilfælde, hvor der ”ikke er reel jævnbyrdighed mellem parterne”, eller hvor ”den ene part er i en udsat position”. Det kan dreje sig om seksuelle overgreb i hjemmet eller i parforhold, i forbindelse med fester eller festivaler eller i tilfælde, hvor den pågældende ”fryser”.⁶⁴ Der er imidlertid ikke påvist noget grundlag for en antagelse om, at sådanne tilfælde vil blive bedømt anderledes efter mindretallets forslag end efter flertallets.

Flertallet udtrykker det på den måde, at der er tale om frivillighed, hvis en person som efter sin indre overbevisning ikke ønsker et samleje, alligevel ”vælger” at gå med til samlejet. Der kan f.eks. være tale om, at den ene part i et ægteskab eller samlivsforhold ikke ønsker et samleje, men ”går med til det for at tækkes den anden”.⁶⁵ Mindretallet anlægger samme linje, men selvsagt i lyset af forudsætningen om samtykke.⁶⁶ Både flertal og mindretal forudsætter naturligvis, at der ikke foreligger vold eller trusler. Begge parter lægger vægt på, at der ved

⁵⁹ Se bet. 1574 s. 17, s. 23, s. 171 og s. 188.

⁶⁰ Se således bet. 1574 s. 10, s. 15 og s. 137.

⁶¹ Se bet. 1574 s. 15 f., s. 139 f., s. 168 f.

⁶² Se bet. 1574 s. 169 og s. 189.

⁶³ Se bet. 1574 s. 188.

⁶⁴ Se bet. 1574 s. 189 ff.

⁶⁵ Se således bet. 1574 s. 163 og s. 177.

⁶⁶ Se således bet. 1574 s. 188.

”ord eller handlinger” er givet udtryk for frivillighed, henholdsvis samtykke. Så det kan være svært at gennemskue, om der i praksis vil være nogen forskel på udmøntningen af de to positioner, som tilsyneladende kun har semantikken til forskel.

I øvrigt bemærker flertallet et sted, at der ikke er tale om frivillighed i tilfælde, hvor en person ”opgiver at gøre yderligere modstand eller opgiver fortsat at give udtryk for ikke at ville have samleje”.⁶⁷ I praksis vil det ikke være ligetil at sondre mellem sådanne tilfælde og straffri tilfælde, hvor en person vælger at give efter for den anden parts vedholdende og pågående plagen.⁶⁸

Med hensyn til betydningen af flirtende adfærd eller det forhold, at den ene part er gået med den anden part hjem, ligger flertallet og mindretallet i det væsentlige på samme linje. Sådanne forhold skal ikke i sig selv kan anses som en seksuelt betonet optakt til samleje. Alligevel anfører begge parter, at den af dem foreslåede ordning bedst vil tage højde for sådanne omstændigheder. Flertallet hævder, at en samtykkebaseret ordning vil kunne gøre det vanskeligere at nå til det resultat, at der ikke er tale om voldtægt i det af flertallet opstillede eksempel om efterspillet til en bytur.⁶⁹ Mindretallet mener omvendt, at et samtykke ”mere entydigt skal relatere sig til selve samlejet”.⁷⁰

Bedømmelsen af forhold gennemført under omstændigheder, der er egnet til at virke intimiderende, f.eks. i en baggård eller på et offentligt toilet, er under begge de foreslåede ordninger afhængig af de nærmere omstændigheder og fører tilsyneladende til samme resultat.⁷¹ Flertallet anfører, at det som udgangspunkt vil påhvile den, der tager initiativ til samlejet, at sikre sig, at den anden part er indforstået. Her er der ”ikke en formodning for frivillighed”. Det samme gælder, hvis der gennemføres samleje med en person, hvor der på den initiativtagende parts side er flere personer til stede, herunder hvis andre tilstedeværende uden forudgående aftale optager billeder eller film af samlejet. I en sådan situation vil den anden parts tavshed eller passivitet ikke være tilstrækkelig som udtryk for frivillighed. Hvis et samleje foregår under omstændigheder, hvor parten kan være eller blive skræmt, kan risikoen for, at en part kommer i en situation, hvor det er vanskeligt at ”sige fra”, i særlig grad kan være til stede. Under disse omstændigheder vil passivitet kunne være udtryk for frygt og ikke for frivillighed. Risikoen for, at sådanne frygttilstande foreligger, forekommer specielt i tilfælde, hvor der ikke tidligere har været en ligeværdig seksuel relation mellem parterne, men risikoen herfor kan også forekomme i situationer, hvor parterne kender hinanden, men hvor f.eks. tilstedeværelsen af en anden/andre – eller hvor omstændighederne pludselig er markant anderledes end i den tidligere kendte relation – kan opfattes som truende/farlig.⁷² På samme linje bemærker mindretallet, at der ved bedømmelse af ”total passivitet” er ”en formodning for, at vedkommende ikke samtykker”.⁷³

⁶⁷ Bet. 1574 s. 179.

⁶⁸ Efter de svenske regler er der ikke tale om voldtægt, hvis en person går med til at have samleje med en anden for at slippe for yderligere overtalelsesforsøg. Om bedømmelsen af såkaldt ”tjatsex”, se min i note 2 nævnte artikel ad dennes note 28.

⁶⁹ Se nærmere bet. 1574 s. 136 f.

⁷⁰ Se bet. 1574 s. 23 og s. 188 f.

⁷¹ Se bet. 1574 s. 180 (flertallet) og s. 189 (mindretallet).

⁷² Bet. 1574 s. 180.

⁷³ Se nærmere bet. 1574 s. 189.

Flertallet og mindretallet har i øvrigt parallelle opfattelser med hensyn til betydningen af, at en part er blevet ”snydt” gennem usande påstande om brug af præventionsmidler eller om den anden parts status, idet sådanne forhold ikke bedømmes som voldtægt.⁷⁴

Såvel flertallets som mindretallets forslag indebærer, at *bevistemaet* ændres i forhold til den hidtidige retstilstand. Med hensyn til spørgsmålet om *bevisbyrden* understreger begge parter, at de af dem foreslåede ordninger ikke vil indebære nogen ændring. Begge parter fremhæver, at de foreslåede ordninger heller ikke vil medføre nogen reel ændring af fokus ved bevisførelsen og bevisbedømmelsen til skade for den forurettede. Mindretallet gør med rette opmærksom på, at da bevisførelsen og bevisbedømmelsen allerede efter den gældende bestemmelse har ”stor fokus på offerets adfærd”, vil det ændrede bevistema endog muligvis medføre en mindre belastende bevisførelse for offeret. Mindretallet fremhæver desuden, at en samtykkebaseret ordning ikke vil ændre nogen af de retsgarantier, som kommer den tiltalte til gode.⁷⁵

Både flertallet og mindretallet forudsætter i øvrigt, at begge parter i et seksuelt forhold skal være indforstået ”under hele samlejet”.⁷⁶

Det ville have været klargørende, hvis parterne mere eksplicit havde draget nytte af og knyttet an til bemærkninger i forarbejder og kommentarer til den svenske lovgivning.⁷⁷ Flertallet lægger sig tydeligvis op ad den svenske regerings vedtagne lovforslag, mens mindretallet snarere har været tiltrukket af det forslag, som tidligere var fremlagt af Sexualbrottskomitéen. I sidstnævnte var en betingelse for straffrihed, at frivilligheden var kommet til udtryk, således at kun et ja kunne betyde ja; men dette forslag blev afvist af regeringen og Rigsdagen. Under den gennemførte lovgivning i svensk ret kan passivitet eller tvetydige signaler godt bedømmes som ensbetydende med et stiltiende eller underforstået samtykke, idet der i sådanne tilfælde dog vil være en formodning for, at deltagelsen ikke er frivillig, og at den anden part derfor har pligt til af afklare, om dette er tilfældet, herunder om dette ud fra en helhedsbedømmelse af situationen kan underbygges af de konkrete omstændigheder.

Flertallet kunne bl.a. have knyttet mere direkte an til den svenske lovkommentars påpegning af, at reglen om, at der på en eller anden måde er givet udtryk for frivillighed, skal udmøntes gennem fortolkningsmæssig restriktivitet, som kan gå i to retninger. Dels skal der udvises tilbageholdenhed med at statuere frivillighed, når der ikke er givet udtryk herfor.⁷⁸ Dels skal der altid udvises tilbageholdenhed med at afvise frivillighed, selv om der er givet udtryk herfor.

⁷⁴ Se således bet. 1574 s. 22, s. 163, s. 177 og s. 188.

⁷⁵ Se bet. 1574 s. 14, s. 22 f., s. 130, s. 166 f. og s. 183 (flertallet) samt s. 16, s. 24, s. 131, s. 171 og s. 191 (mindretallet).

⁷⁶ Se bet. 1574 s. 163, s. 177 og s. 178. Om rækkevidden af frivilligheden i tilfælde hvor en part under det seksuelle samvær ønsker at skifte seksualpraktik, se s. 178 f.

⁷⁷ Se herom min i note 2 nævnte artikel i *Ugeskrift for Retsvæsen* samt bet. 1574, kap. 4, afsnit 10.

⁷⁸ I betænkningens omtale af den svenske højesterets dom af 11. juli 2019 indgår der en bemærkning om, at området, hvor ren passivitet kan bedømmes som udtryk for et valg af at deltage, er begrænset. Se præmis 15.

7. Modtagelsen af Straffelovrådets betænkning

Den offentlige debat, som fulgte offentliggørelsen af Straffelovrådets betænkning, blev præget af betydelig usikkerhed om, hvad hver af de to koncepter egentlig ville indebære i praksis, og i hvilke situationer de ville kunne føre til forskellige resultater. Gengivelser af de to positioner var ikke i alle tilfælde helt retvisende eller præcise.

Debatten fik et temmelig usædvanligt forløb, som formentlig afspejlede, at hovedtrækkene i Rådets forslag på forhånd var blevet lækket og gjort tilgængelige for en række aktører i den retspolitiske og kønspolitiske debat.

Betænkningen blev af Rådets formand officielt overrakt til justitsminister Nick Hækkerup onsdag den 19. februar. Ministeren havde på forhånd indkaldt pressen til doorstep briefing om eftermiddagen. Allerede samme morgen kunne man i et dagblad læse en artikel af Enhedslistens retsordfører, som tilkendegav, at den nye lovgivning bør være baseret på samtykke og ikke frivillighed: ”Med frivillighedsbegrebet risikerer vi at sidde fast i velkendte, men skadelige kønsstereotyper og fordomme om kvindens seksualitet: kvinden som den passive part i en akt, der primært handler om manden og hans tilfredsstillelse.”⁷⁹ I løbet af dagen bølgede det på de sociale medier og internettet frem med tilsvarende budskaber fra Amnesty og en række kvindeorganisationer samt andre aktører, som forbløffende hurtigt kunne reagere på overvejelserne i betænkningen med resolut afstandtagen fra flertallets anbefalinger og støtte til mindretallets forslag.⁸⁰

Ved sin orientering af pressen blev justitsministeren foreholdt uenigheden i Rådet. Han tilkendegav, at det for ham ikke er så afgørende, ”hvad vi kalder det”. Det vigtige er, at vi får kriminaliseret sex, der ikke er frivilligt for begge parter”.⁸¹

I umiddelbar forlængelse af betænkningens offentliggørelse stillede det dissentierende medlem af Straffelovrådet, professor Trine Baumbach, sig velvilligt til rådighed for medierne, mens ingen fra flertallet bidrog til den offentlige debat. Mindretallets synspunkter fik derved en opmærksomhed, som var omvendt proportional med fordelingen blandt medlemmerne, men ligefrem proportional med omfanget af tilslutning blandt tilhængere af en samtykkebaseret lovgivning.

Trine Baumbach gav i medierne udtryk for, at ”både mænd og kvinder, hvis de ønsker at have samleje med en anden, skal være aktive i en eller anden grad”. Der kan aldrig være en formodning om, at en kvindens passivitet er udtryk for, at hun deltager frivilligt. Den, der ønsker samleje med en ung kvinde, ”skal sikre sig, at hun faktisk er med på det”. Mennesker, der ønsker at have et samleje med en anden, ”er ikke totalt passive”.⁸² ”Helt fundamentalt er samtykke noget, man melder ud med ord eller handling – det handler om gensidighed.

⁷⁹ Enhedslistens retsordfører Rosa Lund og ligestillingspolitisk rådgiver Anna Berg, ”Sex kræver klart samtykke”, *Information* den 19. februar 2020. På en liveblog udtalte Rosa Lund: ”Vi skal have en samtykkebaseret lovgivning. Frivillighed er kun et stykke af vejen”, *Berlingske.dk* om eftermiddagen den 19. februar 2020. Hun savnede en sikring af, at der i frivillighedsbegrebet er et ”aktivt samtykke”. Et sådan kan ifølge hende ”være både udtalt og usagt i form af berøring, smil og øjenkontakt”, se interview i *Berlingske* den 20. februar 2020.

⁸⁰ En meget udførlig oversigt på *kvinde.dk* blev dog udsendt så hurtigt, at den indeholdt en påstand om, at ”en forudgående flirt, et venskab eller en bestemt påklædning” efter flertallets forslag ville kunne bedømmes som udtryk for frivillighed. Opslaget blev efterfølgende korrigeret.

⁸¹ Senere oplyste ministeren i et skriftligt svar til pressen, at regeringen ”vil sikre, at vi ikke kriminaliserer handlinger, som vi ikke ønsker at kriminalisere”, se *Berlingske* den 8. marts 2020.

⁸² Interview med Trine Baumbach, *dr.dk* 20. februar 2020. Tilsvarende i *Berlingske* den 8. marts 2020.

Frivillighed har karakter af, at den ene følger den anden. Jeg frygter, at mangel på modstand kan udgøre frivillighed.”⁸³ Trine Baumbach blev i samme forbindelse citeret for tilkendegivelser om, at det skulle være en myte, at kvinder anmelder uskyldige mænd, fordi de fortryder samlejet.⁸⁴

Dækningen i medierne afspejlede betydelig usikkerhed om, hvad forskellen på ordninger baseret på frivillighed eller samtykke egentlig ville være.⁸⁵

Retsordføreren for Radikale Venstre var i flere medier hurtigt ude med krav om en samtykkebaseret bestemmelse. Problemet med en bestemmelse baseret på frivillighed er, at det stadig vil være et krav, ”at kvinden skal sige fra”, mens et krav om samtykke vil sikre, at ”den anden er med på den”.⁸⁶ De fleste andre retsordførere forbeholdt sig deres stilling til efter en høringsrunde.

En klar udmelding kom i Weekendavisens leder: ”Det er positivt, at Straffelovrådet holder sig til nøgleordet frivillighed, selv om venstrefløjen insisterer på begrebet samtykke, som forvirrer debatten om den anklagedes retsstilling.”⁸⁷

I Folketingets spørgetime benyttede statsminister Mette Frederiksen anledningen til at redegøre for regeringens overvejelser:⁸⁸

”For mig er det sådan set ret simpelt. Selv om alt juridisk selvfølgelig er komplekst, er det egentlig ret simpelt. Sex skal altid være hundrede procent frivilligt, ikke hver gang, men hver eneste gang, og er man i tvivl, er der noget galt. Blå mærker og evnen til at gøre modstand skal ikke afgøre, om der er tale om voldtægt, og derfor er det vigtigt, at vi får en lovgivning, som afspejler, at alle seksuelle handlinger kun må foregå og finde sted, hvis man er enig om det. Derfor vil vi som regering gerne fremsætte et lovforslag, der er baseret på samtykke, som det er aftalt i forståelsespapiret, og den nærmere udformning af det lovforslag vil vi selvfølgelig gerne diskutere med partierne, så vi er sikre på, at vi rammer så præcist, som vi kan. Det bliver en milepæl i kampen for et mere ligestillet Danmark...

Det, der ligger til grund for forståelsespapiret – og det er vi i alt loyale over for – er samtykke. Det er det, de fire partier har været enige om. Så har vi nu fået betænkningen fra Straffelovrådet, som jo faktisk lægger mere vægt på frivillighed. Jeg synes selvfølgelig, der er grund til at høre, hvad de siger, og der er også grund til at se på, hvad der kommer ind i høringsfasen. Men jeg synes måske, at det, vi skal koncentrere kræfterne om, når vi går i gang med forhandlingerne om, hvordan lovforslaget så skal se ud, er de erfaringer, de omkringliggende lande har. For nogle arbejder med det dér såkaldte frivillighedsbegreb, og andre med samtykke. Det afgørende for os synes jeg må være at yde den optimale beskyttelse til ofre for voldtægt. Men udgangspunktet er en samtykkelovgivning, nøjagtig som vi har aftalt det tidligere.”

⁸³ Berlingske den 20. februar 2020.

⁸⁴ Et sådant udsagn modsiges dog bl.a. af de oplysninger, som er gengivet i bet. 1574, kap. 3, afsnit 4.

⁸⁵ For en gennemgang af en række ukorrekte gengivelser, se Andreas Østergaard, dr.dk/detektor den 1. marts 2020.

⁸⁶ Se således Kristian Hegaard i opslag på liveblok eftermiddagen den 19. februar 2020, berlingske.dk. Se tilsvarende i interview med Politiken den 23. februar 2020.

⁸⁷ Chefredaktør Martin Krasnik, Weekendavisen den 21. februar 2020. Politiken lagde sig på samme linje i en leder den 2. marts 2020. Heftig og vidtløftig afstandstagen fra at vælge samtykke frem for frivillighed i en ny lovbestemmelse kunne læses i kronikker af lektor Marianne Stidsen, *Politiken* den 29. februar og 10. maj 2020. En klar anbefaling af samtykkemodellen kom fra sognepræst og debattør Katrine Lilleør, *Berlingske* den 1. marts.

⁸⁸ Statsminister Mette Frederiksen i Folketingets spørgetid den 25. februar 2020. Socialdemokratiets retsordfører, Jeppe Bruus, fulgte trop med statsministeren, se interview i Jyllands-Posten den 9. marts 2020.

Statsministerens udmelding kan ikke siges at være udtryk for en krystalklar og endegyldig stillingtagen til valget mellem frivillighed og samtykke som nøglebegreb i en ny voldtægtsbestemmelse. Men den blev udlagt som et løfte om at vælge samtykke frem for frivillighed. Ifølge pressen blev det forud for spørgetimen kommunikeret ud internt, at statsministeren ville meddele, at regeringen ønsker en samtykkebaseret voldtægtslov og ikke kun en frivillighedsbestemmelse.⁸⁹ På den baggrund blev der i flere hørings svar givet udtryk for en vis frustration over, at der tilsyneladende allerede var truffet et politisk valg, før høringsfasen var gennemført.⁹⁰

8. Debatten om forslagene i Straffelovrådets betænkning

Straffelovrådets flertal og det dissentierende medlem har på hver deres måde fulgt anvisningerne i kommissoriet om at komme med forslag til ændring af lovgivningen, så denne bedre afspejler, at enhver har en ubetinget ret til seksuel selvbestemmelse og seksuel integritet, at seksuelle handlinger altid skal være frivillige for de involverede, og at anvendelse af tvangsmidler eller lignende ikke skal være eneafgørende.

I den offentlige debat om en ny voldtægtsbestemmelse var det oprindelige udgangspunkt, at der skulle stilles krav om samtykke til seksuelle handlinger. Da der udviklede sig en bredere politisk forståelse for reformbehovet, fik også begrebet frivillighed efterhånden en vis betydning, til dels under indtryk af ny svensk lovgivning. Dette satte sit præg på formuleringen af Straffelovrådets kommissorium, hvilket dog alene blev retningsgivende for flertallet blandt medlemmerne på dette centrale punkt, idet et enkelt medlem holdt fast i begrebet samtykke som det væsentlige. Såvel i betænkningen som i den efterfølgende offentlige debat er det herefter blevet taget for givet, at der er et grundlæggende behov for et ændret fokus i voldtægtslovgivningen og en udvidelse af kriminaliseringen. Positionerne i debatten adskiller sig nu i det væsentlige ved kravene til rækkevidden af udvidelsen, om end den reelle afstand mellem parterne nok er betydelig mindre, end man umiddelbart kan få indtryk af i den til tider skarpe meningsudveksling om det ene eller det andet ordvalg.

Ligesom den interne diskussion mellem Straffelovrådets medlemmer har den offentlige debat taget afsæt i forestillinger om betydningen af at anvende enten ordet ”frivilligt” eller ordet ”samtykket” i paragraffen. Denne semantisk betonedede tilgang har skabt betydelig forvirring og uklarhed i debatten, hvor der har været udbredt tilbøjelighed til at indfortolke mere eller mindre i hver af de to udtryk, end ordene i sig selv nødvendigvis betyder, og at fremstille forskellene på de to forslag mere drastisk, end der egentlig er grundlag for.

Juridisk set omfatter de to begreber hverken mere eller mindre, end hvad man politisk beslutter at indlægge i dem.⁹¹ Dette var faktisk også det fælles udgangspunkt for alle medlemmer af Straffelovrådet. Det kan således meget vel tænkes, at retstilstanden ville blive den samme med den af flertallet anbefalede ordlyd som den af mindretallet foreslåede, helt afhængigt af hvordan de forklarende bemærkninger var blevet formuleret. Det er ikke forskellen mellem de foreslåede lovtekster, der i praksis kan føre til forskellige resultater,

⁸⁹ Således kommentator Lars Trier Mogensen, ”Samtykkelov udvider strammerlinjen til et progressivt terræn”, *Information* den 29. februar.

⁹⁰ Dette kom bl.a. til udtryk i udtalelser fra Dommerforeningen, Landsforeningen af forsvarsadvokater og Dansk Retspolitisk Forening.

⁹¹ Dette anerkendes bl.a. i hørings svar fra Amnesty.

men de underliggende fortolkningsbidrag. Begge parter har imidlertid lagt til grund, at valget af ordlyd i sig selv har væsentlig betydning for kriminaliseringens rækkevidde, hvilket har været egnet til at afspore debatten.

Det afgørende for afgrænsningen af kriminaliseringen er med andre ord ikke i sig selv, om der kommer til at stå ”frivilligt” eller ”samtykket” i en ny voldtægtsbestemmelse. Men der kan være indholdsmæssige realitetsforskelle mellem den retstilstand, som de to parter hver især ønsker, og der er ingen tvivl om, at mindretallets forslag er tænkt som mere vidtgående end flertallet. Efter flertallets opfattelse kan der som nævnt være tilfælde, hvor der påhviler en person, der ikke ønsker at deltage i en seksuel handling, et ansvar for selv at sige fra, idet den anden part ellers må kunne gå ud fra, at handlingen er lovlig. Efter mindretallets opfattelse påhviler det altid hver af parterne at sikre sig, at den anden person er indforstået. I givet fald vil der hermed foreligge et samtykke, og den seksuelle handling vil følgelig være lovlig. Denne forskel med hensyn til kriminaliseringens rækkevidde er stridens egentlige kerne.⁹²

Det har i den offentlige debat givet anledning til stærke modforestillinger, at flertallet har ønsket at undgå en risiko for at kriminalisere seksuel adfærd, der ”af mange” vil blive anset som ”naturlig og sædvanlig”. En række aktører har på det grundlag taget kategorisk afstand fra at anvende begrebet frivillighed.⁹³ Det er blevet gjort gældende, at det normative grundlag for lovgivningen i stedet bør baseres på en vurdering af, hvorvidt handlingerne er til skade for andre.⁹⁴ Et sådant udgangspunkt er i god overensstemmelse med grundlæggende strafferetlige principper. Seksuallivets mangfoldighed indebærer imidlertid, at der ikke findes et klart og entydigt svar på, hvilke seksuelle handlinger der er til skade for andre. Et sådant beskyttelseshensyn lader sig ikke uden videre operationalisere på en klar og entydig måde i lovgivning. Og princippet står ikke umiddelbart i modsætning til den af flertallet foreslåede ordning, som naturligvis ikke er beregnet på at tillade handlinger, der er til skade for andre.

Forbeholdet er af flertallet formuleret som et udgangspunkt, dvs. som udtryk for en formodningsregel, der f.eks. kan tillægges betydning, hvis to personer i ”et ligeværdigt samlivsforhold” har samleje ”under sædvanlige omstændigheder”, og den ene part er ”passiv og uengageret”. Nogle kritikere har udlagt forbeholdet som et mere absolut udtryk for, at det i nære relationer skal være strafrit at gennemføre seksuelle handlinger med en partner, som ikke er i stand til at sige fra, selv om vedkommendes deltagelse faktisk ikke er frivillig, f.eks. som følge af psykisk vold. En sådan tolkning af flertallets forslag er ikke retvisende. Realiteten er imidlertid, at tilhængere af en samtykkebaseret model helt grundlæggende ikke ønsker et sådant forbehold, men stiller et ufravigeligt krav om samtykke i en eller anden form. Efter mindretallets forslag kan et samtykke dog foreligge stiltiende, hvilket indebærer, at forskellen på de to modeller vil være forholdsvis begrænset i praksis, hvis overhovedet eksisterende. I praksis vil det afgørende for bedømmelsen af skyldsspørgsmålet næppe bero på ordvalget i paragraffen, men snarere på, at det i visse sager kan være vanskeligt at løfte

⁹² I høringsvaret fra Amnesty hedder det således, at der aldrig bør være en formodning for, at en persons passivitet er udtryk for frivillighed, og at vedkommende har ansvaret for at sige fra.

⁹³ Se f.eks. høringsvar fra Amnesty, Lev Uden Vold, Joan-Søstrene samt Everyday Sexism Project Danmark.

⁹⁴ Høringsvar fra Lev Uden Vold.

bevisbyrden med hensyn til et anbringende om, at parterne i et forhold ikke kan anses for ligeværdige med hensyn til udøvelse af selvbestemmelse.⁹⁵

Nogle aktører i debatten lægger ligesom både flertal og mindretal til grund, at der ikke skal stilles krav om et formaliseret samtykke. Udgangspunktet for seksuelt samvær bør således være, at alle parter verbalt eller non-verbalt, direkte eller indirekte giver et ”ja”.⁹⁶ Andre debatdeltagere har nok en mere vidtgående forestilling om, hvad der skal kræves af et samtykke, f.eks. om der skal være tale om ”en positiv tilkendegivelse” af at ville have sex.⁹⁷ Det gøres gældende, at samtykke må bero på ”en vedvarende vurdering af engagement og dermed udtryk for lyst under den seksuelle aktivitet”. Det, der adskiller sex fra et overgreb, er primært ”lysten”, og vurderingen af denne lyst beror på ”en gensidig og kontinuerlig aflæsning heraf – altså om der er samtykke”. Fraværet af ”signaler om lyst, som fx. vedvarende aktivt engagement fra den anden parts side”, bør være en indikator for, at der ikke har været samtykke til den seksuelle aktivitet undervejs.⁹⁸ Sådanne betragtninger har meget for sig i en seksualpolitisk debat, men egner sig mindre godt som grundlag for lovgivning.

Det har vanskeliggjort debatten, at begrebet ”passivitet” knyttes til vidt forskellige situationer, som ikke nødvendigvis skal bedømmes på samme måde. Det fælles træk for disse tilfælde er, at den forurettede ikke ønskede at deltage i den seksuelle handling, men ikke sagde fra hverken fysisk eller verbalt. Det strafferetlige spørgsmål er så dels, om der objektivt bedømt var tale om et overgreb, dels om den anden part havde den fornødne erkendelse heraf. Nogle fortalere for en samtykkebaseret model har med hensyn til betydningen af passivitet udtalt sig i meget brede vendinger, som det kan være svært at bedømme rækkevidden af i forhold til forskellige typer af situationer og handlinger. Andre har imidlertid henvist til bestemte typer af overgreb og særligt beskyttelsesværdige forurettede.

En vigtig gruppe af tilfælde, som med rette har tiltrukket sig særlig opmærksomhed i debatten, er dem, hvor den forurettede er bragt i en ubevidst frygttilstand og derfor ikke siger fra, men instinktivt ”stivner”/”lammer”/”fryser” og forholder sig passiv eller ufrivilligt ”kører på autopilot” (freeze response, dissociation, tonisk immobilitet). Hvis det bevismæssigt kan lægges til grund, at forurettede har været i en sådan tilstand, vil et sådant tilfælde objektivt set være omfattet af såvel den eksisterende bestemmelse som af både flertallets og mindretallets forslag til ny bestemmelse. Begge forslag tillader en kontekstfølsom vurdering af bevismaterialet med anerkendelse af den brede vifte af traumereaktioner, som ofre for seksuelle overgreb kan udvise. Et andet praktisk problem ved bevisbedømmelsen er bedømmelsen af spørgsmålet om gerningspersonens tilregnelighed, hvor der både efter gældende ret og forslagene stilles krav om forsæt. Flertallet mener, at spørgsmålet om forsæt må afgøres efter en samlet vurdering af omstændighederne, herunder om der har været en seksuelt betonet optakt, som forurettede har deltaget frivilligt i.⁹⁹ Mindretallet mener, at en sådan ordning i reglen vil falde ud til frifindelse, mens det med en samtykkebaseret bestemmelse vil være mere klart, at samtykket skal angå selve samlejet.¹⁰⁰ Da mindretallet

⁹⁵ Se herom bl.a. høringsvar fra Amnesty.

⁹⁶ Jf. høringsvar fra Everyday Sexism Project Danmark, ESPD.

⁹⁷ Se således høringsvar fra Det Nationale Voldsobservatorium under Kvinderådet.

⁹⁸ Høringsvar fra foreningen Lev Uden Vold.

⁹⁹ Bet. 1574 s. 181.

¹⁰⁰ Bet. 1574 s. 190.

anerkender, at et samtykke kan være stiltiende, er det imidlertid tvivlsomt, om den konkrete bevisbedømmelse i praksis vil falde anderledes ud end med flertallets model som grundlag.

Særlig opmærksomhed er der grund til at rette mod forholdene for ofre for psykisk vold, herunder ikke mindst i parrelationer med asymmetri i kvinders forhold til mænd med magt og kontrol over deres partnere. Psykisk vold kan bevirke et handlemønster, der kan opfattes som frivillig deltagelse, men ikke er det. I lyset heraf har nogle debattører givet udtryk for den opfattelse, at sådanne krænkelse ikke vil kunne bedømmes som voldtægt på grundlag af en frivillighedsmodel.¹⁰¹ Det er imidlertid ikke passivitet i forhold med psykisk vold, der med en sådan model holdes uden for det straffbare område. Flertallet i Straffelovrådet har udtrykkeligt gjort opmærksom på, at psykisk vold kan bevirke, at deltagelse i et samleje ikke er frivillig.¹⁰² Grundlæggende vil den juridiske bedømmelse af seksuelle overgreb begået under udøvelse af psykisk dominans og styring være den samme, uanset om der i straffeloven står ”frivilligt” eller ”samtykket”. Flertallets udtalelser om betydningen af passivitet tager slet ikke sigte på sådanne tilfælde. Ved bedømmelsen af seksuelle handlinger foretaget i forhold præget af vold og psykisk vold vil der juridisk set være en stærk formodning for, at den svage parts deltagelse hverken var udtryk for frivillighed eller samtykke. En ændring af voldtægtsparagraffen vil både principielt og praktisk kunne forbedre disse kvinders retsstilling uanset valg af lovtekst. Men både retshåndhævelsen og hjælpeindsatsen på dette område vil fortsat være hæmmet af andre faktorer, om end en forbedring af det samlede beredskab må antages at kunne bidrage positivt, herunder ved udmøntning af forslagene fra det af Justitsministeriet nedsatte ekspertpanel.¹⁰³

Flere aktører finder det problematisk, at Straffelovrådets flertal lægger op til, at forløbet op til et samleje på anden måde vil kunne indgå i den samlede vurdering af, om der var tale om frivillighed.¹⁰⁴ Som nævnt er forholdet imidlertid det, at flertallet lige så lidt som mindretallet mener, at flirtende adfærd eller det forhold, at den ene part er gået med den anden part hjem, i sig selv kan anses som en seksuelt betonet optakt til samleje.

Omvendt har visse tilhængere af en frivillighedsbaseret paragraf gjort sig overdrevne forestillinger om en samtykkebaseret bestemmelses rækkevidde og betydning. Denne del af debatten har bl.a. handlet om modstand mod kriminalisering af såkaldt ”pligt- eller hverdagssex” med deltagelse af samlevende par i langvarige forhold, hvor kun den ene part har lyst til sex. En samtykkebaseret bestemmelse vil imidlertid ikke nødvendigvis ramme sådanne tilfælde, men kan meget vel forbeholdes dem, der er præget af misbrug og overgreb. Og selv i disse tilfælde vil bevisvanskelighederne være markante.

Samtykkekonceptet er i øvrigt blevet udlagt som udtryk for et problematisk kvindesyn, idet ”seksualitet bliver noget, som andre har pligt til at beskytte”.¹⁰⁵ En deltager i debatten gav udtryk for, at et retssamfund ikke bør kriminalisere normale handlinger, herunder tilfælde hvor ingen af parterne finder det nødvendigt at sikre sig et samtykke.¹⁰⁶ Samtykkemodellen har efter nogens opfattelse også elementer af patroniserende karakter i sig, der åbner for mistolkninger om, at dokumenterbart eller bevisfast samtykke er nødvendigt, ”da kvinder

¹⁰¹ Se f.eks. høringsvar fra foreningen Lev Uden Vold.

¹⁰² Se nærmere bet. 1574 s. 161.

¹⁰³ Ekspertpanelet er omtalt i bet. 1574 s. 29.

¹⁰⁴ Se f.eks. høringsvar fra Det Nationale Voldsobservatorium under Dansk Kvindesamfund.

¹⁰⁵ Chefredaktør på webmediet Zetland, Lea Korsgaard, den 27. februar 2020.

¹⁰⁶ Deltager i chat på webmediet Zetland den 27. februar 2020.

ikke er til at stole på”...¹⁰⁷ Alt andet lige er der ikke noget juridisk grundlag for sådanne bekymringer; men da samtykkebegrebet som sådant er åbent for fortolkning, er der god plads til sådanne forestillinger i den offentlige diskurs.

Fra det modsatte hold er det blevet gjort gældende, at en voldtægtsbestemmelse baseret på samtykke vil sende et stærkere signal om retten til seksuel selvbestemmelse, seksuel integritet og personlig frihed end et frivillighedsbaseret koncept.¹⁰⁸ Tilhængere af en samtykkemodel gør ligesom mindretallet gældende, at en frivillighedsbestemmelse vil efterlade en uklarhed, der kan bringe både undervisere og unge i tvivl, og som kan føre til uforsætlige overgreb.¹⁰⁹ Sådanne antagelser har næppe nogen klar støtte i hverken teori eller praksis, heller ikke ved en sammenligning med andre lande.

9. Konklusion

Formålet med en revision af voldtægtsbestemmelsen er at værne om retten til seksuel selvbestemmelse og seksuel integritet. I lyset af ovenstående analyse er der grund til at forvente, at en nyskrevet paragraf vil kunne varetage denne grundlæggende beskyttelsesinteresse, uanset om det semantiske omdrejningspunkt bliver ”frivilligt” eller ”samtykket”. Fronterne mellem de to parter i debatten om ordvalget er trukket unødigt skarpt op. Folketinget må træffe et valg mellem de to sprogligt forskellige forslag, og det er næppe afgørende for hverken den fremtidige retstilstand eller for en bred formidlingsindsats, om valget falder ud til fordel for det ene eller det andet. Det afgørende er, hvordan bestemmelsens rækkevidde fastlægges i lovbemærkningerne. Uanset hvilken af modellerne Folketinget vælger, kan man med fordel underbygge den med en kombination af de betragtninger, som de to parter i Straffelovrådet har lagt frem om, hvad der under betegnelsen voldtægt skal bedømmes som alvorlige strafbare seksuelle overgreb.

Det vil være opsigtsvækkende, hvis Folketinget afviser den ordning, som er anbefalet af stort set hele Straffelovrådet, der vel at mærke omfatter chefer fra alle grene af retsvæsenet. Men flertallets anbefalinger står og falder ikke nødvendigvis med, om man foretrækker det ene eller det andet ordvalg i en ny voldtægtsbestemmelse. Så selv om de politiske vinde måtte blæse i retning af at anvende ordet ”samtykket”, vil der kunne hentes megen rimelighed og fornuft i flertallets redegørelser for, hvad kriminaliseringen bør omfatte. Dette kan meget vel ske uden at tilsidesætte mindretallets synspunkter og bekymringer, for i realiteten ligger de to forslag meget tæt op ad hinanden. Uanset ordvalg må bedømmelsen af de særligt beskyttelsesværdige tilfælde i praksis forventes at falde ud på samme måde.

Det er oplagt, at en ny paragraf ikke skal legalisere seksuelle overgreb i nære relationer eller i forbindelse med fester, festivaler el.lign. Det er også oplagt, at hver af parterne i et seksuelt samvær bør have en forpligtelse til at sikre, at den anden part under hele forløbet er indforstået med, hvad der foregår, og at ansvaret herfor ikke mindst omfatter tilfælde, hvor der er grund til tvivl. Flertallet i Straffelovrådet lægger til grund, at frivilligheden kan fremgå af den konkrete situation og sammenhæng og dermed ikke behøver at antage form af en udtrykkelig tilkendegivelse. Tilsvarende antager mindretallet, at et samtykke skal vurderes

¹⁰⁷ Høringssvar fra Dansk Retspolitisk Forening.

¹⁰⁸ Se i den retning høringsudtalelsen fra Institut for Menneskerettigheder.

¹⁰⁹ Se således høringssvar fra Kvinderådet.

Jørn Vestergaard/01-07-2020 – *Juristen* nr. 3/2020 s. 117-129.

helt uformaliseret og dermed godt kan være stiltiende, hvilket i det væsentlige indebærer det samme som den af flertallet anbefalede ordning. Så med en salomonisk løsning som den her foreslåede kan der med fordel vises respekt for begge positioner i debatten vedrørende det bedst mulige værn om den seksuelle selvbestemmelse og integritet.

Jørn Vestergaard/02-06-2020