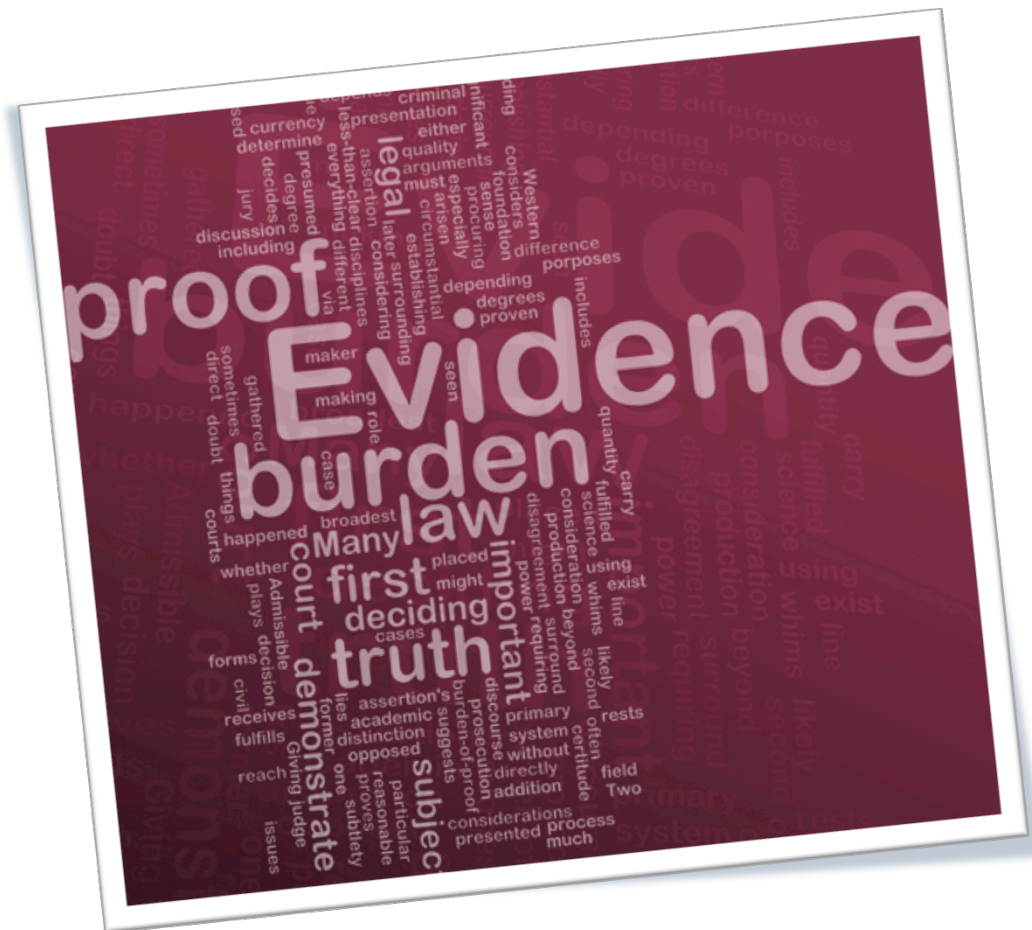


Studienr.: 20103400

Indholdsfortegnelse

Titelblad	4
1.1 Indledning.....	5
2.1 Problembeskrivelse	6
3.1 Afgrænsning	7
4.1 Problemformulering	8
5.1 Metode	8
6.1 Redegørelser for begreber.....	9
6.2 Former for samtykke	9
6.3 Beskyttelsesinteresse.....	11
6.4 Forsæt	14
7.1 Krav til et gyldigt samtykke.....	15
7.2 Formkrav	15
7.3 Frivillighed	15
7.4 Ægthed	17
7.5 Habilitet.....	17
8.1 Habilitet.....	17
8.2 Børn	18
8.3 Psykisk syge	21
9.1 Tidspunkt for samtykket	23
10.1 Samtykkets rækkevidde.....	28
11.1 Samtykkets betydning i konkrete bestemmelser.....	29
11.2 forbrydelser mod livet.....	29
11.2.1 Drab efter begæring, jf. § 239	29
11.2.2 Hjælp til selvmord, jf. § 240.....	31
11.2.3 Uagtsomt manddrab, jf. § 241.....	32
11.3 Forbrydelser mod legemet.....	34
11.3.1 Mild vold, jf. § 244.....	34
11.3.2 Grov vold, jf. § 245	35
11.3.3 Omskæring af kvinder, jf. § 245a.....	38
12.1 Diskussion af lovgivning	39
13.1 Konklusion	43

13.2 Gyldigt samtykke	43
13.3 Kriterier for samtykkets grænser	44
14.1 Abstract	47
15.1 Litteraturliste	48
16.1 Domsregister	50

Titelblad

Studie: Jura
Retsområde: Strafferet
Vejleder: Helena Lybæk

Titel: Grænser for det strafferetlige samtykke.

Engelsk titel: Limits of the consent in criminal law.

Antal tegn: 100.514

Afleveringsdato: 12. Maj 2015

1.1 Indledning

En kvinde har igennem tyve år, flere gange været indlagt med en meget fremadskridende og smertefuld ledsygdom. Hun ligger konstant i sengen, og ønsker blot at dø. Hun spørger flere gange om hjælp til at dø, og tager til sidst sagen i egen hånd. Hun spiser en overdosis sovepiller, hvorefter hun tager afsked med familien. Hun bliver hurtigt indlagt på sygehuset, og overlægen vurderer efter nogle dage, at hun næppe overlever endnu et døgn. Halvandet døgn senere har kvindens tre voksne børn fået nok af, at se moderen lide. De kvæler hende derefter med et lagen¹.

En anden tid et andet sted, foreslår A, at ham og B skal lege russisk roulette. A finder derefter en revolver frem, lader den med én enkelt patron og rækker revolveren frem med ordene: "Skal du eller jeg?" B tager derefter revolveren, sætter den mod tindingen og trykker på aftrækkeren, hvorved han dør².

Omdrejningspunktet for dette speciale, er grænserne for det strafferetlige samtykke. Et samtykke forstås her, som en forudgående indvilligelse i, at en bestemt handling foretages, og denne indvilligelse kan under visse omstændigheder, gøre den ellers strafbare handling straffri. Det er disse muligheder, der vil blive undersøgt og behandlet igennem specialet. Her vil de ovennævnte domme blandt andre indgå i analysen af, hvor grænsen går for det diskulperende samtykke. Dette vil blive gjort med afsæt i forbrydelser mod liv og legeme i straffelovens kapitel 25, og her vil spørgsmål om medlidenhedsdrab og hjælp til selvmord, bl.a. blive behandlet. I forhold til samtykke står individets selvbestemmelsesret, overfor statens interesse i, at regulere borgernes adfærd. Selvom den enkelte kan opgive sin ret til beskyttelse, består der i visse situationer stadig et hensyn til staten, og det vil derfor langt fra altid være muligt at give et diskulperende samtykke. Disse modstående hensyn indgår som en del af analysen. Der vil i specialet desuden blive redegjort for kravene til et gyldigt samtykke, og afslutningsvis vil den sparsomme lovgivning på området blive diskuteret.

¹ Beskrivelsen er hentet fra Roskilde byrets dom af 20.12.1971

² Beskrivelsen er hentet fra U 1998.427 H

2.1 Problembeskrivelse

Straffeloven indeholder ikke nogle almindelige bestemmelser om samtykke. Det har dog været lovgivers intention, at samtykke inden for visse grænser, skal behandles som en almindelig objektiv straffefrihedsgrund³. Der er således ikke på forhånd givet nogle overordnede retningslinjer for, hvornår samtykke skal have diskulperende virkning, og hvornår dette ikke er tilfældet. Man er derfor nødt til at se på gerningsindholdet i de enkelte af straffelovens bestemmelser, og fortolke hvorvidt et samtykke skal have diskulperende virkning⁴. I nogle af straffelovens bestemmelser er samtykke direkte nævnt. Dette gælder eksempelvis § 239, der angiver, at samtykke ikke kan medføre straffrihed for drab. Eller § 245a, der kriminalisere omskæring af kvinder, med eller uden samtykke. Det hører dog til sjældenhederne, at samtykke direkte er nævnt i bestemmelsen, og benævnelsen kan somme tider virke tilfældig⁵. Dette kan lede til en diskussion af, hvorfor straffeloven er opbygget således, og om det gør en forskel for retstilstanden, at samtykke direkte er nævnt.

Udstrækningen af samtykkets virkeområde bygger på en afvejning af samfundets interesser contra individets egen selvbestemmelsesret⁶, og det er interessant at undersøge, hvor meget man kan samtykke til. Hvilke legemskrænkelser, kan man eventuelt samtykke til, og hvilke hensyn bliver der lagt vægt på, i disse beslutninger? I forlængelse heraf, kan der opstå problemer i forhold til habilitet, for hvilke krav kan der stilles til den samtykkendes habilitet? Kan børn eksempelvis samtykke til at blive slået, eller til at bortgive deres ting? Her er der også hjælp at hente i visse bestemmelser. Eksempelvis kriminalisere §222 samleje med børn under 15 år. Dette er en fast grænse, og et samtykke fra barnet, har ikke diskulperende virkning. Nogen generel regel om habilitet, er der dog ikke, og må tilsyneladende udledes ved fortolkning af de enkelte bestemmelser.

³ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 148

⁴ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 148

⁵ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 134

⁶ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 11

Yderligere kan der være problemer i forhold til at afgrænse samtykke, overfor handlinger der er straffri grundet materiel atypicitet. En handling er materiel atypisk, hvis handlingen er omfattet af bestemmelsens ordlyd, men ligger ud over, hvad bestemmelsen søger at værne. Det har eksempelvis været diskuteret, hvorvidt kirurgers indgreb skal være straffri, fordi de er materielt atypiske, eller fordi der er givet samtykke til indgrebet⁷. Benyttes samtykkekonstruktionen leder det til et par problemer. For det første vil der være patienter der ankommer bevidstløse, og derfor ikke har mulighed for at samtykke, og for det andet vil nogle kirurgiske indgreb være så voldsomme, at man ikke almindeligvis vil kunne give diskulperende samtykke til sådanne handlinger⁸. Der er dog også betænkeligheder ved at benytte materiel atypicitet som forklaringsgrundlag, da man således holder en enkelt profession fri af strafansvar⁹. Blandt nyere teoretikere er der dog bred enighed om, at læger er straffri pga. materiel atypicitet, og Gorm Toftegaard skriver, at det hverken ud fra en teoretisk eller praktisk synsvinkel giver mening, at betragte kirurger som professionelle voldsmand, der er straffri grundet samtykke¹⁰. Samme problemstilling gør sig gældende indenfor sportens verden, hvor den vold der evt. bliver udført på banen, kan være svær at placere. Der kan desuden være afgrænsningsproblemer overfor negotiorum gestio.

3.1 Afgrænsning

Som beskrevet ovenfor er der flere forskellige problemstillinger og vinkler, man kan bearbejde emnet ud fra. Det vil dog være for omfattende at fordybe sig i det hele, og jeg vil derfor foretage en begrundet afgrænsning.

Jeg har valgt at arbejde videre med samtykkets grænser, hvor jeg vil undersøge, hvor meget man kan samtykke til. Her vil det være interessant, at se på hvilke handlinger, der kan gives diskulperende samtykke til, og hvorfor det i andre tilfælde ikke er muligt. Som tidligere nævnt, vil dette kræve en gennemgang af gerningsindholdet i de enkelte bestemmelser, og det vil derfor være for omfattende at gennemarbejde hele straffelovens specielle del. Jeg har

⁷ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 59 & Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 139

⁸ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 59

⁹ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 59

¹⁰ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 139

derfor valgt at fokusere på forbrydelser mod liv og legeme, som findes i straffelovens kap. 25. Jeg finder dette område interessant, og jeg kan se mange problemstillinger i den forbindelse. Dette er et område, hvor der samtidig er mange politiske og etiske dilemmaer. Disse vil jeg dog ikke fordybe mig i, og jeg vil holde mig til den juridiske vinkel.

Jeg vil yderligere se på, hvordan en persons habilitet spiller ind i forhold til samtykke. Her vil jeg eksempelvis undersøge, om man kan samtykke til handlinger, selvom man er psykisk syg eller påvirket af alkohol og stoffer. Jeg vil desuden undersøge, om et samtykke fra et barn er gyldigt. Derudover vil jeg undersøge de tidsmæssige grænser for et samtykke. Hvor lang tid gælder et samtykke, hvornår kan det trækkes tilbage, og kan et samtykke gives efterfølgende? Jeg vil derudover redegøre for de generelle krav for, at der foreligger et gyldigt samtykke. Jeg vil ikke gå ind i den ydre afgrænsning mellem samtykke og andre retstilstande, som materiel atypicitet og negotiorum gestio, men jeg vil holde mig til den indre afgrænsning, hvor jeg vil afgrænse det gyldige samtykke overfor situationer, hvor der ikke kan gives gyldigt samtykke.

4.1 Problemformulering

Ud fra ovenstående problembeskrivelse, samt afgrænsning, vil jeg arbejde videre ud fra følgende problemformulering.

Med udgangspunkt i kap. 25 i straffeloven, ønskes en undersøgelse af, hvilke grænser der er for det strafferetlige samtykkes diskulperende virkning.

5.1 Metode

Jeg vil anvende den retsdogmatiske metode, da jeg ønsker en undersøgelse af retstilstanden. Dette betyder, at jeg i høj grad vil anvende retspraksis til at analysere gældende ret. Fokusset vil hovedsageligt være på bestemmelserne i kap. 25, men da retspraksis er sparsom, vil der i den redegørende del, samt i forhold til habilitet og de tidsmæssige grænser, blive anvendt retspraksis der rækker ud over dette område. Dette vil samtidig give et mere nuanceret billede af retstilstanden. Udover retspraksis, vil jeg anvende forarbejder til loven. Disse beskriver ikke gældende ret, men kan bruges som vejledning til, at forstå retstilstanden, og til at forstå lovgivers intentioner bag en lov.

Derudover vil jeg anvende litteratur fra forskellige teoretikere. Mange teoretikere har kort belyst emnet, men jeg vil hovedsagligt anvende Knud Waaben, Gorm Toftegaard Nielsen og Vagn Greve. Dette skyldes, at deres litteratur er nyere end eksempelvis Oluf Krabbe, Carl Torp og Stephan Hurwitz. Da straffeloven indtil 1989 indeholdt en bestemmelse i § 248 om at samtykke til mild vold (daværende § 244, stk. 1) var diskulperende, vil jeg dog sammenholde nye såvel som gamle teoretikere, og undersøge hvad betydning en generel bestemmelse om samtykke har. Derudover vil jeg anvende Malene Bechmann Christensens Ph.d.-afhandling om det strafferetlige samtykke.

Jeg vil gribe opgaven an således, at jeg først redegør for de generelle krav til et gyldigt samtykke. Dernæst vil jeg undersøge, hvilken betydning habilitet har i forhold til at give et diskulperende samtykke, samt undersøge de tidsmæssige grænse for at give et samtykke. Efterfølgende vil jeg analysere konkrete bestemmelser i kapitel 25 og undersøge, hvad der kan gives samtykke til, samt begrundelsen for denne retstilstand. Jeg vil ikke behandle alle bestemmelser i dette kapitel, men vil fokusere på bestemmelser vedrørende drab og legemsangreb. Afslutningsvis vil jeg diskutere lovgivningen på området.

6.1 Redegørelser for begreber

I dette afsnit vil jeg redegøre for nogle af de begreber, som jeg kommer til at anvende igennem specialet.

6.2 Former for samtykke

Et samtykke kan gives på forskellige måder. For det første kan der være tale om et udtrykkeligt samtykke. Dette samtykke indeholder en positiv indstilling fra den samtykkende, og dette kommunikeres videre til den anden part¹¹. Et udtrykkeligt samtykke kan både tilkendes i ord og i handling, f.eks. et nik. Det kan også foreligge skriftligt, og det væsentlige er blot, at der ikke er nogen tvivl for den handlende om, at den anden part har samtykket.

¹¹ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 84

Derudover kan der foreligge et stiltiende samtykke. Dette vil sige, at den samtykkende har besluttet sig i sit indre, men at dette ikke er tilkendegivet udadtil¹². Den samtykkendes handling, eller mangel på samme, tyder dog på et samtykke. Det stiltiende samtykke kan eksempelvis foreligge i den situation, hvor A fortæller, at han skal ud at handle, hvorefter han tager B's bilnøgler, der ligger på bordet. B ser dette, men siger ikke noget til det. Her kan samtykket udledes af B's passivitet, da det må formodes, at B har samtykke i sit indre, eftersom han ikke sagde fra.

Endvidere kan man tale om et hypotetisk samtykke. I litteraturen er der enighed om, at både det udtrykkelige og stiltiende samtykke opfylder samtykkekravet, men det forholder sig anderledes i forhold til det hypotetiske samtykke. Det hypotetiske samtykke betyder, at den handlende antager, at den anden ville have samtykket, hvis han var blevet spurgt¹³. I det stiltiende samtykke har forurettede samtykket i det indre, men i det hypotetiske samtykke har han slet ikke forestillet sig handlingen. Gorm Toftegaard Nielsen nævner eksemplet, at en mand tager en kvinde på brysterne, hvilket kan være blufærdighedskrænkelse efter § 232. Dette er det naturligvis ikke, hvis hun samtykker, men i virkelighedens verden vil der nok sjældent foreligge et udtrykkeligt samtykke. Gorm siger, at manden ofte vil handle ud fra troen på, hvad kvinden vil acceptere, altså et hypotetisk samtykke¹⁴. Synspunktet bakkes op af Malene Bechmann Christensen, der i sin Ph.d. argumenterer for det hypotetiske samtykke¹⁵. Hun anvender bl.a. dommen U 1965.620 H, og siger, at T's frikendelse bygger på en accept af et hypotetisk samtykke. I sagen havde T tidligere fået frakendt sit kørekort, og havde efterfølgende fået en parkeringsbøde. For at undgå at T blev straffet for at køre i frakendelsesperioden, påtog et nært familiemedlem (A) sig skylden. Da T senere blev stoppet af politiet for, at have kørt for hurtigt, udgav T sig for at være A. A havde ikke samtykket hertil, og da T fortalte om episoden, nægtede A at medvirke. Sagen kom til at dreje sig om, hvorvidt T kunne straffes for at have anmeldt en uskyldig med henblik på strafferetlig forfølgning, jf. § 164. Retten frikendte T, med begrundelsen at T var gået ud fra, at A ville samtykke.

¹² Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 207

¹³ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 143

¹⁴ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 143

¹⁵ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 91-97

Retten nævner ikke hypotetisk samtykke, og rækkevidden af dommen er tvivlsom. Knud Waaben og Vagn Greve tillægger ikke det hypotetiske samtykke betydning, og siger, at en antagelse ikke er tilstrækkeligt til at medføre straffrihed¹⁶. Hvorvidt et hypotetisk samtykke kan tillægges betydning, er derfor tvivlsom.

6.3 Beskyttelsesinteresse

Knud Waaben anfører at de vigtigste retningslinjer for afgrænsningen af samtykkets virkeområde, knytter sig til forbrydelsens beskyttelsesinteresse¹⁷. Med dette tænkes på, hvilken interesse gerningstypen søger at værne. For at samtykket skal kunne have diskulperende virkning, siger Waaben, at bestemmelsen må beskytte individuelle interesser, som den samtykkende alene er indehaver af. Begrebet er ikke direkte anvendt i retspraksis, og der må derfor udledes en teoretisk forståelse af begrebet, som kan anvendes som hjælpemiddel til løsning af konkrete sager¹⁸.

Waaben definerer beskyttelsesinteressen som summen af de interesser, der får lovgiver til at kriminalisere en gerningstype¹⁹. Noget tilsvarende definerer Hurwitz beskyttelsesinteressen som summen af de interesser, af hensyn til hvilke, en vis adfærd søges modvirket²⁰. Noget mere simpelt definerer Gorm Toftegaard Nielsen begrebet som, hvem og hvad straffebestemmelsen vil beskytte. Ordene og formuleringerne varierer ganske vidst, men der synes alligevel at være enighed omkring, hvad begrebet dækker, nemlig hvad har lovgiver ønsket at beskytte. Problemet er således ikke at definere begrebet, men snarere at fastslå, hvem og hvad straffebestemmelsen søger at beskytte, og hvor mange af disse interesse, der skal tages hensyn til i forhold til et samtykke.

¹⁶ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 145 & Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 148

¹⁷ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 148

¹⁸ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 136

¹⁹ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 50

²⁰ Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 209

De beskyttede interesser kan eksempelvis være personer, genstande, tilstande, rettigheder og lignende. Disse interesser vil ikke fremgå direkte af bestemmelsen, men må udledes af de bagvedliggende forklaringer på, hvorfor lovgiver har valgt at kriminalisere en bestemt handling. Der kan være mange forskellige interesser, på mange forskellige niveauer, og udfordringen bliver her, at fastslå hvad der skal være omfattet af beskyttelsesinteressen. Som eksempel kan nævnes vold efter § 244. Her vil der være forskellige interesser i at undgå vold. Først og fremmest har forurettede en interesse i, at undgå de fysiske og psykiske skadevirkninger vold kan medføre. Derudover kan et forsikringsselskab have et interesse i at undgå en erstatningssag, samfundet kan have en interesse i at have et fredeligt samfund, hvor folk kan færdes uden vold, og staten kan have en interesse i, at undgå de omkostninger en straffesag kan medføre²¹. Dette er blot nogle af de interesser, der kan tænkes at være, og man kan forestille sig flere fjernere interesser. Der kan eksempelvis være religiøse eller moralske interesser, men disse er uden strafferetlig beskyttelse, og kan umiddelbart sorteres fra²². Spørgsmålet er igen, hvor mange niveauer skal medtages under begrebet.

Inden jeg dykker nærmere ned i dette spørgsmål, vil jeg for klarhedens skyld igen pointere, hvad grundlaget er for, at undersøge hvad begrebet dækker. I forhold til samtykke er det relevant, at undersøge hvilke beskyttelsesinteresser der skal henregnes under en bestemmelse, da der kun kan samtykkes til bestemmelser, der alene beskytter individuelle interesser. Disse må således afgrænses i forhold til bestemmelser, der beskytter offentlige og almene interesser. Ofte vil der både være individuelle og almene interesser, og det må derfor undersøges, hvad der er straffebestemmelsens nærmeste formål at beskytte. Altså hvad der er den mest centrale interesse i hver enkelt bestemmelse.

I de bestemmelser hvor det nærmeste formål er, at beskytte individuelle interesser, vil beskyttelsesinteressen være sammenfaldende med angrebsobjektet. Ved legemskrænkelser er det kroppen, der er angrebsobjektet, og samtidig den der er beskyttelsesinteressen. Ved formuekrænkelser er det ejerens dispositionsret, der bliver angrebet, og samtidig denne der søges beskyttet. For at et samtykke skal have diskulperende virkning, er det ikke tilstrækkeligt, at bestemmelsens nærmeste formål er at beskytte individuelle interesser.

²¹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 139

²² Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 141

Forurettede skal samtidig være den eneste, der råder over interessen. Dette kan eksempelvis være relevant i forhold til tyveri, jf. § 276, hvor både ejer og panthaver kan råde over interessen²³. Det kan også dreje sig om situationen, hvor A siger, at B gerne må smadre hans bil. Her bliver B som udgangspunkt straffri for handlingen, da A frit kan råde over sine ejendele. Hvis C derimod har pant i bilen, bliver der pludselig en anden part at tage hensyn til. Hvis handlingen derudover foretages for at besvige et forsikringsselskab, udvides interesseområdet yderligere, og der kan evt. straffes for bedrageri, jf. § 279. Eksemplerne er givet for at illustrere, at afvejningen må bero på en konkret vurdering af bestemmelsen, samt de omstændigheder handlingen er foretaget under.

Hvis en bestemmelse beskytter offentlige eller almene interesser, kan samtykket ikke gives diskulperende virkning. Der kan eksempelvis være tale om en bestemmelse, der beskytter en mere ukendt og ubestemt gruppe af mennesker. Her kan det ikke vides konkret, hvem der rammes, og bestemmelsen beskytter således almenheden som sådan. Et eksempel på dette er spirituskørsel, hvor hverken ejeren af bilen, eller eventuelle passagerer, kan give samtykke til at bilens fører, kører bilen i beruset tilstand. Hvis der således sker en ulykke, kan der evt. straffes efter § 249 uagtet, at den tilskadekomne har samtykket til kørslen. Offentlige interesser kan eksempelvis være offentlig orden eller landets sikkerhed. Generelt kan det siges, at de almene og offentlige interesser er udtryk for forhold, som alle ideelt set har en interesse i at beskytte²⁴. Derfor kan der ikke gives diskulperende samtykke til handlinger af denne type.

Beskyttelsesinteressen må altså udledes gennem en fortolkning af hver bestemmelse for at undersøge, hvad der er bestemmelsens nærmeste formål at beskytte. For at samtykket skal have diskulperende virkning må bestemmelsens nærmeste formål være at beskytte individuelle interesser. Samtidig er det dog et krav, at den samtykkende er den eneste, der råder over interessen.

²³ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 142

²⁴ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 144

6.4 Forsæt

For at en person kan ifalde strafansvar, skal der være forsæt til alle gerningsmomenter, også til at der foreligger samtykke²⁵. Dette skaber problemer i to sammenhænge. For det første er der de situationer, hvor gerningspersonen urigtigt tror, at der foreligger et samtykke, og for det andet er der situationer, hvor forurettede har givet samtykke til handlingen, men hvor gerningspersonen ikke ved det.

I den første situation tror gerningspersonen, at der foreligger et samtykke, hvilket kan skyldes forskellige ting. Det kan eksempelvis bygge på en misforståelse af situationen eller offerets handlinger. Ifølge straffelovens § 19 er det en forudsætning for at straffe, at der foreligger forsæt fra den handlende, medmindre uagtsomhed er tilstrækkeligt i medfør af den konkrete bestemmelse. Hvis den handlende således urigtigt tror, at der foreligger et samtykke, har han ikke forsæt til den strafbare handling, og må frikendes. Dette kræver dog, at den handlende har noget at bygge denne antagelse på. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis den pågældende handling tidligere har været accepteret, eller hvis situationen har indikeret, at der forelå et samtykke²⁶. Dette var eksempelvis tilfældet i U 1963.1031/2 V. Her var T tiltalt for brugstyveri, jf. § 293, ved at have brugt hans brors motorcykel. T blev frikendt, og retten lagde vægt på, at de to brødre sædvanligvis lånte hinandens ting, uden først at spørge om tilladelse. Her var der således ikke forsæt til handlingen, og da det manglende forsæt var velbegrundet, blev T frikendt.

I den anden problemstilling foreligger der et samtykke, men den handlende er ikke klar over dette. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvor en person "stjæler" en genstand uvidende om, at forurettede allerede har foræret genstanden til den handlende. Her kan der straffes for forsøg, da den handlende netop har forsæt til at stjæle²⁷.

²⁵ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 104

²⁶ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 106

²⁷ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 107

7.1 Krav til et gyldigt samtykke

I dette afsnit vil jeg redegøre for, hvilke krav der generelt kan stilles, før et samtykke er gyldigt.

7.2 Formkrav

Der er som udgangspunkt ikke nogen formkrav, knyttet til det strafferetlige samtykke. Som tidligere nævnt er der forskellige former for samtykke, og jo mere indgribende en handling er, desto kraftigere bevis skal der være for, at der foreligger et samtykke. Eksempelvis angiver § 239, at et samtykke til drab skal være udtrykt som en begæring, før det er omfattet af nedsættelsesreglen. En sådan begæring kan ikke gives stiltiende gennem passivitet²⁸.

Derimod kan passivitet uproblematisk ligges til grund i forbindelse med andre bestemmelser, hvilket blev illustreret i afsnit 6.2, hvor der gennem passivitet blev samtykke til udlån af bil. Der kan således hverken stilles krav om skriftlighed, mundtlighed eller lignende, men det må afgøres i den konkrete situation, om der er tilstrækkeligt grundlag for at lægge samtykke til grund.

7.3 Frivillighed

For at et samtykke er gyldigt, skal det være frivilligt, hvilket som udgangspunkt vil sige, at det ikke må være opnået ved tvang, trusler eller svig²⁹.

Tvang kan forekomme i forskellige grader. For det første kan der være tale om mekanisk tvang, hvor en person fysisk tvinges til en handling. Det kan eksempelvis dreje sig om voldtægt, jf. § 216 eller røveri, jf. § 288. I disse situationer tvinges personen, og der kan hverken siges at foreligge frivillighed eller samtykke. Dette gælder også, selvom offeret eksempelvis opgiver kampen mod voldtægtsmanden, hvilket ikke kan sidestilles med at samtykke til handlingen³⁰. Tvangen kan også forekomme mere indirekte. I TFK 2005.614/2 V, blev en arbejdsgiver, T, dømt for blufærdighedskrænkelse, jf. § 232 samt ulovlig tvang, jf. § 260 overfor A, der var ansat på T's hotel. A havde lavet en falsk kvittering, og T sagde, at han ville undlade politianmeldelse, såfremt han måtte give A en endefuld. T gav derfor A 2-3 slag

²⁸ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 127

²⁹ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

³⁰ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

på hver nøgen balle, hvilket gav ham en seksuel tilfredsstillelse. Samtykket til handlingen fra A's side var ikke frivilligt, da det var begrundet i truslen om politianmeldelse, og havde derfor ikke diskulperende virkning overfor T.

Sådan en form for indirekte tvang er dog ikke nødvendigvis altid ulovlig, og må afgøres i den konkrete situation. Der må bl.a. ses på, om der er sammenhæng mellem det der trues med, og det der ønskes opnået, samt om der er en beskyttelsesværdig interesse. Hvis eksempelvis en arbejdsgiver truer med at fyre en ansat, hvis hun ikke har sex med ham, vil samtykket ikke kunne siges at være frivilligt, hvorimod en mand der truer med at gå til en prostitueret, hvis ikke hustruen har sex med ham, formegentlig ikke er ulovlig tvang³¹.

Et område hvor der ofte kan opstå tvivlsspørgsmål omkring frivillighed contra tvang, er i forhold til voldtægt, jf. § 216. Her må der foretages en konkret vurdering af sagen, hvilket illustreres meget godt i dommen U 2003.2265 Ø. I denne dom kunne der ikke føres bevis for, at T1-T5 havde tvunget A til sex, men disse blev alligevel dømt for voldtægt. Situationen forekom under en julefrokost, og dommerne lagde vægt på forskellige konkrete kendsgerninger. Selvom kvinden ikke havde modsat sig samlejerne, burde de fem mænd have indset, at kvinden ikke frivilligt havde lyst til at have sex med fem fremmede mænd et øde sted i frostgrader, og de burde derfor have vidst, at hun handlede under indflydelse af tvang. Når det er ord mod ord, må der lægges vægt på de konkrete omstændigheder, forholdet er sket under. Spørgsmålet bliver derfor ikke så meget, om der rent faktisk er afgivet et samtykke, men nærmere om parterne bør stilles, som om et samtykke er afgivet.

Uden for situationerne med tvang, kan der siges at mangle frivillighed i de situationer, hvor samtykket er opnået ved svig. Her bliver svigen en del af forbrydelsen, og situationen skal eventuelt henføres under en anden paragraf. F.eks. er tyveri udelukket, hvis tingen er givet frivilligt, men hvis dette er grundet i svig, kan der evt. straffes for bedrageri, jf. § 279. Ligeledes kan der ikke straffes for voldtægt, hvis samlejet har været frivilligt, men der kan evt. straffes for tilsnigelse af samleje, jf. § 221. Sprogligt vil der foreligge frivillighed, men dette

³¹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 117

bygger på en falsk forudsætning, og diskulperer derfor ikke³². I forlængelse heraf kan der desuden siges at mangle frivillighed, hvis samtykket er opnået grundet et personligt afhængighedsforhold, eller er grundet i en persons betydelige økonomiske eller personlige vanskeligheder, jf. § 282.

Kravet om frivillighed er således komplekst. Det kan konstateres, at der ikke må foreligge ulovlig tvang eller svig, men en vis form for pres kan være lovlig. Der må foretages en konkret vurdering, og i tvivlstilfælde mellem lovlig og ulovlig tvang, kan der evt. ses på sammenhængen mellem hvad der tvinges med, og hvad der tvinges til.

7.4 Ægthed

At samtykket skal være ægte, betyder at et samtykke givet i sjov, ikke kan gøres gældende. Har den handlende opfattet samtykket som reelt, kan dette derimod udelukke forsæt til gerningsindholdet. Malene Bechmann Christensen giver tillige det eksempel at et samtykke givet under optagelse til en film ikke er ægte. Hvis en skuespiller, i en replik, eksempelvis samtykker i at blive slået, har dette ikke diskulperende virkning, hvis ham replikken er rettet imod, rent faktisk slår ham³³. Det samme vil gælde for samtykke givet under leg, spil eller lignende.

7.5 Habilitet

Et gyldigt samtykke, kan derudover alene gives af en habil person. Hvornår en person kan siges at være habil, vil blive analyseret og drøftet umiddelbart nedenfor i afsnit 8.1.

8.1 Habilitet

I dette afsnit vil jeg undersøge, hvilke krav der kan stilles til en persons habilitet, førend vedkommende kan give et diskulperende samtykke. Jeg vil både undersøge retstilstanden i forhold til børn, samt i forhold til psykisk syge og påvirkede personer.

³² Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

³³ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 115

8.2 Børn

Straffeloven indeholder ikke nogen generel regel, om en persons aldersgrænse, i forhold til at kunne give et diskulperende samtykke. I teorien er der da også enighed om, at en sådan generel regel ikke er mulig at fastsætte, og der må foretages et konkret skøn i situationen³⁴. Eksempelvis skriver Waaben, at forholdene variere så meget fra det ene område til det andet, at det må overlades til domstolenes afgørelse³⁵

I nogle tilfælde er der dog fastsat en aldersgrænse direkte i loven. Dette er gjort på områder, hvor der er en formodning for, at børn ikke vil være i stand til at overskue konsekvenserne af deres samtykke³⁶. Et eksempel på dette er straffelovens § 222, der kriminalisere samleje med børn under 15 år. Beskyttelsesinteressen ligger her i, at værne barnet mod handlinger vedkommende ikke selv kan overskue konsekvenserne af, og der kan derfor ikke gives et diskulperende samtykke. Andre steder er grænsen fastsat til 18 år, hvilket eksempelvis gælder § 223, der omhandler samleje med f.eks. adoptivbørn eller børn i pleje.

I langt de fleste bestemmelser er der dog ikke fastsat nogen aldersgrænse, og der må foretages en konkret vurdering. Vagn Greve skriver i den forbindelse:

*"Afgørende er som udgangspunkt, om den pågældende person må formodes at have en tilstrækkelig modenhed og indsigt til at kunne træffe en fornuftig og rimelig afgørelse"*³⁷

Lignende formuleringer findes hos flere andre teoretikere³⁸, og dette fordrer imidlertid en helt konkret vurdering. Samtidig må der stilles forskellige krav til habiliteten, alt efter hvor

³⁴ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 144 & Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 152 & Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 214 & Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

³⁵ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 152

³⁶ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 147

³⁷ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 147

³⁸ Se eksempelvis Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 152

indgribende handlingen er for den pågældende³⁹. Det må således formodes, at et barn kan samtykke til at overdrage en genstand til en anden, når blot han er gammel nok til at forstå, at tingen bortgives. Dette kan være tilfældet allerede i en tidlig barnealder⁴⁰. Derimod må der stilles store krav til et barns modenhed, førend dette kan samtykke i at blive dræbt. Dette var fremme i U 1965.165 V, hvor en far havde indgået en fælles aftale med hans tre børn, om at de skulle dræbes med sovepiller. Landsretten tog slet ikke stilling til samtykket fra børnene, hvilket må formodes at skyldes, at et sådant samtykke ligger langt ud over grænserne for, hvad der kan gives gyldigt samtykke til. Faderen blev derfor dømt for manddrab, jf. § 237 samt forsøg på manddrab, jf. § 237, jf. § 21, stk. 1. Om et barn kan samtykke i at blive dræbt, således at forholdet er omfattet af nedsættelsesbestemmelsen i §239, må afgøres konkret. Der må foretages en individuel modenhedsvurdering i forhold til handlingens art⁴¹.

I En norsk dom, Rt.2004.849, skulle der tages stilling til, om en 15-årig kunne samtykke til at blive injiceret med amfetamin. Et sådant forhold dømmes i Norge som en legemsfornærmelse efter § 228, hvortil der kan gives diskulperende samtykke efter § 235. Spørgsmålet var derfor, om den 15-årige kunne siges at være habil til at træffe sådan en beslutning. Den norske højesteret lagde vægt på, at den 15-årige havde erfaring og kendskab med brug af amfetamin, og derfor vidste hvad hun samtykkede i. Selvom dette er en norsk dom, er betragtningen god og brugbar i dansk sammenhæng. Vagn Greve skriver netop, at der i habilitetsvurderingen bl.a. bør lægges vægt på indsigt, hvilket der blev gjort i dommen.

Gorm Toftegaard Nielsen fremfører et andet synspunkt, der kan have betydning for habilitetsbedømmelsen. Han fremfører at kravene til den mindreårige alder

"...Afhænger i høj grad af en bredere vurdering af indgrebenes betydning for den mindreårige og af samfundsmæssige hensyn om det ønskelige i at muliggøre de pågældende indgreb⁴²"

³⁹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 120

⁴⁰ Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 214

⁴¹ Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 214 & Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 349

⁴² Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansaret*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 145

En sådan hensynsafvejning var fremme i U 1999.1154/2 Ø, hvor et barn og dets far havde samtykket til, at barnet skulle deltage i et tv-program. Moderen der var forældremyndighedsindehaver, havde dog ikke samtykket. Programmet omhandlede fædres mulighed for samvær, og viste barnet i dagligdagssituationer, dog således at barnet ikke kunne identificeres. Landsretten fremhævede at samfundets interesse i, at få belyst de forhold optagelserne vedrørte, ikke vejede tungere end hensynet til barnet. Også uden for straffeloven ses sådan en hensynsafvejning, idet man som 15-årig kan samtykke til lægelige indgreb, jf. Sundhedslovens § 17, og i visse tilfælde organdonation, jf. Sundhedsloven § 52, stk. 2. Derimod er det først lovligt at få en tatovering som 18-årig, jf. Lov om tatovering § 1, stk. 1, og samtykke før denne alder diskulperer ikke⁴³. Der kan således i den konkrete situation blive lagt vægt på, om samfundet har en interesse i, at forholdet muliggøres.

I nogle tilfælde accepteres det, at forældre/værger samtykker på barnets vegne. Her må der igen foretages en vurdering af hensynet til barnet contra handlingens formål⁴⁴. Hvis der, ud fra et samfundsmæssigt syn, kan siges at foreligge et ønskværdigt formål med handlingen, er der bredere muligheder for at samtykke på barnets vegne. Dette gælder eksempelvis lægelige indgreb, hvor forældre kan samtykke på barnets vegne.

I vurderingen af, hvorvidt forældre kan samtykke på barnets vegne, kan den almindelige praksis også have en vis betydning, altså hvad der almindeligt på området. Dette gælder eksempelvis omskæring af drenge, der ikke entydigt kan siges at være til gavn for barnet. Trods dette er der ikke noget forbud mod handlingen, hvilket kan hænge sammen med, at handlingen længe har været kendt, og er almindelig i jødiske kulturer samt i USA⁴⁵. Omskæring af piger er derimod ikke lovlig, hvilket hænger sammen med indgrebets grovere karakter, jf. nedenfor i afsnit 11.3.3.

Det sidste jeg vil fremhæve, som kan have betydning for habilitetsbedømmelsen, er den indbyrdes aldersforskel mellem den samtykkende og den handlende. Eksempelvis er det efter

⁴³ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 145

⁴⁴ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 145

⁴⁵ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 125

straffelovens § 222 ikke muligt at give gyldigt samtykke til sex med børn under 15 år. I praksis rejses der dog ikke tiltale, hvis de to er jævnaldrende⁴⁶.

8.3 Psykisk syge

I dette afsnit vil jeg behandle psykisk syges muligheder for at give et diskulperende samtykke. I forlængelse heraf vil jeg desuden undersøge retstilstanden for berusede og påvirkede personer.

Som tilfældet er med børn, er det tilsvarende ikke muligt at opsætte en generel bestemmelse for psykisk syges habilitet, i forhold til at give diskulperende samtykke. Knud Waaben skriver at:

"Det vil være særlig nærliggende at frakende et samtykke betydning, når det er afgivet af en sindssyg, åndsvag eller stærk beruset person, men ingen af disse kriterier kan bruges til at sætte absolutte grænser⁴⁷"

En psykisk syg kan meget vel være habil i en række tilfælde, hvilket må afgøres gennem en konkret vurdering.

I U 1989.726 H vurderedes 2 psykiatriske patienter ikke at være i stand til, at give samtykke til, at medvirke i en reportage fra en psykiatrisk afdeling, der bl.a. viste billeder af dem, mens de blev bæltefikseret. Forholdet var omfattet af § 264 d, der anfører at meddelelser og billeder, vedrørende en andens private forhold, ikke uberettiget må videregives. Højesteret lagde vægt på patienternes diagnoser, hvoraf den ene var manisk, og lagde desuden vægt på billedernes private karakter. At moderen til den ene havde samtykke på hendes vegne, gjorde ikke nogen forskel dertil. Fogedforbuddet mod at vise reportagen blev dog ophævet, grundet den nyheds- og informationsværdi der lå i optagelserne.

⁴⁶ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 107

⁴⁷ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 152

Jeg vil fremhæve to ting fra denne dom. For det første viser dommen et eksempel, hvor psykisk syge blev vurderet som inhabile. Vurderingen blev foretaget konkret på baggrund af de samtykkendes diagnoser. For det andet viser dommen, at der i gyldighedsvurderingen af samtykket ikke blot skal ses på hensynet til den psykisk syge, men også på det samfundsmæssige hensyn.

I U 1975.1008/2 Ø faldt hensynsafvejningen ud til den anden side. Her havde en narkoman samtykket i at blive filmet op til sin død, og i at billederne efterfølgende måtte offentliggøres. Ekshustruen begærede, som værge for børnene, imidlertid at der blev nedlagt fogedforbud mod offentliggørelsen af filmen, hvilket blev givet. Landsretten lagde vægt på, at hensynet til de efterladte børn var højere end hensynet til offentliggørelsen af billederne, særligt da der var tvivl om den afdødes habilitet.

Et andet problem gælder personer, der kan siges at være midlertidige inhabile. Her tænkes på personer der er berusede, påvirkede af stoffer eller lignende. Også sådanne personers inhabilitet må vurderes konkret. Her må der, foruden personens klarhed, også lægges vægt på, hvad der samtykkes til. Malene Bechmann Christensen giver eksemplet, at en beruset person godt kan give en drink til en anden, men ikke sit hus⁴⁸. Jo alvorlige forhold der samtykkes til, desto mere må der kræves af personens klarhed. Samtidig spiller styrkeforholdet mellem den handlende og den samtykkende også en rolle. Hvis man forestiller sig at to berusede beslutter sig for at gøre et mellemværende op i en slåskamp, vil det ikke være betænkeligt at lade samtykket være diskulperende. Hvis beslutningen derimod træffes af en ædru person, over for en person der er stærkt beruset, vil det være mere betænkeligt at tillægge samtykket betydning⁴⁹.

Afslutningsvis om habilitet skal det blot bemærkes, at der næppe kan stilles krav om en persons habilitet, ved tilbagekaldelse af et samtykke. Hvis en person eksempelvis har samtykket i at blive slået, piercet eller lignende, men først vil drikke sig beruset, kan han frit kalde sit samtykke tilbage, uanset hvor beruset han er blevet⁵⁰.

⁴⁸ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 126

⁴⁹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 126

⁵⁰ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 126

Sammenfattende må det konkluderes, at en persons habilitet må afgøres ud fra en konkret vurdering. Her må der lægges vægt på personen modenhed og indsigt contra, hvor indgribende forholdet er. Det kan i denne hensynsafvejning også tillægges vægt, om der er en samfundsmæssig interesse i det pågældende forhold, samt om det pågældende forhold er alment accepteret. Styrkeforholdet mellem den handlende og den samtykkende må også tillægges vægt.

9.1 Tidspunkt for samtykket

I dette afsnit vil jeg undersøge, hvilke tidsmæssige begrænsninger der er i forhold til et gyldigt samtykke. Jeg vil belyse, hvornår et samtykke senest skal foreligge, hvornår det kan kaldes tilbage, samt muligheden for at give et efterfølgende samtykke.

Greve anfører, at et samtykke skal foreligge senest på tidspunktet for lovovertrædelsens fuldbyrdelse⁵¹. Hurwitz skriver tilsvarende, at et samtykke må være en forudgående eller samtidig tilladelse⁵². Han tager dog ikke stilling til, om samtykket skal ligge senest samtidig med den strafbare handling eller fuldbyrdelsen, og disse to tidspunkter behøver ikke nødvendigvis at være samtidige. Malene Bechmann Christensen går dybere ind i problemstillingen, og angiver, at et samtykke må foreligge senest samtidig med den strafbare handling. Hun angiver som eksempel, at A giver B en langsomvirkende gift, der med sikkerhed er dødelig. Her vil fuldbyrdelsen ligge senere end selve handlingen, men for at B's samtykke skal have strafnedsættende virkning efter § 239, må samtykket foreligge som en begæring, senest umiddelbart før giften gives⁵³. Dette skyldes, som beskrevet i afsnit 6.4, at der skal der være forsæt til alle gerningsmomenter, også til at der foreligger samtykke. Ved handlinger hvor det strafbare er, at forårsage en vis følge, skal forsættet allerede være til stede, når den afgørende handling foretages⁵⁴. I den omtalte situation, vil den afgørende handling være når giften gives, og samtykket og forsættet skal derfor være tilstede på dette tidspunkt. Samtykket skal altså foreligge senest samtidig med udførelsen af den strafbare handling, for at samtykket

⁵¹ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

⁵² Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 207.

⁵³ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 99

⁵⁴ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansaret*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 84-85

har virkning for den handlende. Som oftest vil handlingen og fuldbyrdelsen dog være samtidige, og her skal samtykket blot foreligge senest samtidig med dette tidspunkt.

Hvis den strafbare handling og fuldbyrdelsen er forskudt, som i eksemplet med giften ovenfor, må samtykket, som udgangspunkt, fastholdes i hele denne mellemliggende periode, før den diskulperende virkning indtræder. Hvad der ligger i denne fastholdelse, vil blive uddybet umiddelbart nedenfor. Her skal det blot konstateres, at hvis den samtykkende trækker samtykket tilbage, må den handlende forhindre fuldbyrdelsen, hvis dette er fysisk muligt, for at undgå straf⁵⁵.

I forhold til fastholdelse, bliver udfordringen, at fastlægge det tidligste tidspunkt et samtykke kan foreligge på. Spørgsmålet er om det er muligt at samtykke for fremtiden, eller om et samtykke der ikke positivt fornyes bortfalder af sig selv? Dette er kun meget lidt belyst i litteraturen, og vi skal tilbage til Carl Torp, for at finde en holdning til problemstillingen. Torp mener ikke, at det er muligt at samtykke for fremtiden, og siger, at et samtykke skal gives i handlingens øjeblik⁵⁶. Torp siger, at et samtykke givet for fremtiden må fastholdes for at være gyldigt. Han uddyber ikke nærmere, hvad han ligger i fastholdelsen. Det kan dog ikke uden videre udelukkes, at et samtykke givet for fremtiden kan tillægges diskulperende virkning. I dommen U 1975.1008/2 Ø havde en narkoman samtykket til, at optagelser omkring hans liv, blev offentliggjort efter hans død. Her er der utvivlsomt tale om et samtykke givet for fremtiden, da det vil være umuligt for narkomanen at samtykke i handlingens øjeblik, eftersom han er død.

At et samtykke skal fastholdes betyder altså ikke nødvendigvis at det positivt skal fornyes, men nærmere, at det til hver en tid frit kan tilbagekaldes. Det var muligvis det, Carl Torp mente da han skrev at det ikke er muligt at samtykke for fremtiden. Altså at det ikke muligt at samtykke for fremtiden, og samtidig fraskrive sig selv retten til frit at tilbagekalde samtykket. Malene Bechmann Christensen understreger også, at et samtykke der ikke fastholdes, mister sin diskulperende virkning. Hun giver eksemplet, at en narkoman vil lave en kold tyrker, og siger til hans familie, at de skal låse ham inde, og ikke lukke ham ud, uanset hvor meget han

⁵⁵ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 100

⁵⁶ Torp, C.: *Den danske strafferets almindelige del*. G.E.C Gads Forlag, 1905. S. 234

tigger og beder om det⁵⁷. Her bliver samtykket altså ikke fastholdt, men derimod tilbagekaldt, og samtykket vil i denne situation ikke kunne tillægges diskulperende virkning.

Denne tilbagekaldelse behøver ikke at foreligge i ord, men kan også udledes af den samtykkendes adfærd⁵⁸. Hvis en kvinde eksempelvis har samtykket i samleje med en mand, men begynder at kæmpe imod, må denne adfærd betragtes som en tilbagekaldelse af samtykket, uagtet at det ikke foreligger i ord. Manden kan herefter ikke blot fastholde hende, uden dermed at blive straffet for voldtægt efter § 216. For at straffe den handlende er det dog et krav, at han ved eller burde vide, at samtykket er trukket tilbage. Hvis han fejlagtigt antager, at der foreligger et samtykke, har han ikke forsæt til den strafbare handling, og kan ikke straffes. Da der i sådanne situationer, hurtigt vil opstå bevisproblemer kræves der dog, at den handlende har noget at underbygge denne antagelse med. I en sag fra 1994 var denne problemstilling fremme. Forurettede (A) var masochist og Tiltalte (T) var sadomasochist. I starten havde A leget med, men på et tidspunkt fortrød hun dog, og havde desuden under forløbet ringet til alarmcentralen. T havde, ifølge hans egen forklaring, opfattet dette som en del og legen, og havde ikke opfattet modstanden som alvorlig ment. Dette begrundede han desuden med, at A ikke havde benyttet sig af et, blandt sadomasochister, kendt kodeord for "stop". T blev frikendt pga. bevisvanskeligheder⁵⁹.

Udgangspunktet er, at et samtykke til hver en tid frit kan tilbagekaldes. I litteraturen er der dog enighed om, at et samtykke givet til en gyldig formueretlig disposition, kan have virkning ud i fremtiden, uagtet at det er tilbagekaldt⁶⁰. Hvis A eksempelvis samtykker i at låne sin bil til B i en uge, eller overdrage denne til B, kan dette ikke trækkes tilbage. Dette begrundes med, at det er nødvendigt at kunne lave aftaler, der også gælder for fremtiden. Her er der tale om situationer, hvor det ikke alene er muligt at samtykke for fremtiden, men tillige at fraskrive sin ret til fri tilbagekaldelse.

⁵⁷ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 100

⁵⁸ Andenæs, J.: *Almindelig strafferett*, 5. Udgave. Universitetsforlaget, 2004. S. 203

⁵⁹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 101

⁶⁰ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 152 & Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 145 & Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

I øvrige situationer må det bero på et konkret skøn, om samtykket bortfalder af sig selv efter noget tid, eller om det skal tilbagekaldes for at bortfalde. Her må der foretages en hensynsafvejning mellem konsekvenserne for den samtykkende, og om den handlende med rette har kunne indstille sig på, at samtykket gjaldt for fremtiden⁶¹. Som eksempler kan nævnes, at et samtykke givet til at udlåne en ting, ikke bortfalder før det kaldes tilbage. Derimod vil et samtykke eller begæring til at blive dræbt, bortfalde noget tid efter den er fremsat⁶². Hvor lang tid der vil gå, inden begæringen kan siges at være bortfalder af sig selv, må bero på en konkret vurdering af omstændighederne. Hurwitz angiver, at det vil være efter et længere tidsforløb⁶³.

Ligeledes må der stilles forskellige krav til, hvornår et samtykke kan anses for tilbagekaldt, alt efter hvilken situation der er tale om. I 1994-dommen, som blev omtalt ovenfor, var modvillighed en del af legen, og derfor kunne der stilles store krav for, at anse samtykket for tilbagekaldt. I andre situationer vil et samtykke kunne anses for at være tilbagekaldt på langt mindre grundlag. Dette gælder eksempelvis begæring til drab efter § 239. Her må det være tilstrækkeligt for tilbagekaldelse, at den samtykkende udtrykker tvivl⁶⁴. Denne tvivl kan eventuelt udledes af den samtykkendes adfærd, og behøver altså ikke være udtrykt i ord. Hvis der eksempelvis skal gives en dødelig indsprøjtning, må det formegentlig være tilstrækkeligt, at den samtykkende trækker armen til sig, for at anse samtykket for tilbagekaldt. Her må den handlende sikre sig, at der stadig foreligger en begæring, for at undgå straf efter § 237.

Som ovenfor fastslået, skal et samtykke foreligge senest samtidig med, at den ellers strafbare handling foretages. Dette betyder modsætningsvis, at et efterfølgende samtykke, ikke kan tillægges betydning⁶⁵. Ved strafudmålingen kan der dog imidlertid blive taget hensyn til offerets efterfølgende accept. Et eksempel på dette er straffelovens § 227, der lyder således:

⁶¹ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

⁶² Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 349

⁶³ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 349

⁶⁴ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 101

⁶⁵ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146,

"Straf efter §§216-226 kan nedsættes eller bortfalde, når de personer, mellem hvilke kønslig omgængelse har fundet sted, er indtrådt i ægteskab med hinanden, eller har ladet deres partnerskab registrere"

§ 227 omfatter ifølge ordlyden tilfælde, hvor ægteskabet eller det registrerede partnerskab er indgået efter lovovertrædelsen⁶⁶. Ræsonnementet er, at hvis forurettede efterfølgende indgår ægteskab med gerningsmanden, formodes det, at hun ikke ønsker ham straffet. Malene Bechmann Christensen påpeger, at der bør udvises forsigtighed med denne bestemmelse, da der kan være andre grunde til, at indgå ægteskab med gerningspersonen, end tilgivelse. I nogle kulturer er voldtægt meget stigmatiserende, og ægteskab kan eksempelvis være et resultat af tvang, for at bevare familiens ære⁶⁷.

Ud over dette lovfæstede eksempel, kan reglerne om betinget offentlig påtale og privat påtale, siges at være en form for efterfølgende samtykke, idet forurettede har rådigheden over påtalen. Handlingen bliver ikke straffri, da et efterfølgende samtykke som sagt ikke kan tillægges betydning. Den efterfølgende accept kan dog have den betydning, at forurettede ikke ønsker at rejse tiltale mod den handlende. Disse påtaleformer gælder dog kun ganske få bestemmelser af begrænset grovhed. Derudover kan en efterfølgende accept af handlingen have den betydning, at forurettede ikke ønsker at medvirke ved sagens opklaring. Et område hvor dette rejser problemer i praksis, er eksempelvis ved hustruvold. Her hænder det, at kvinden nogle dage efter politianmeldelsen, trækker anmeldelsen tilbage. Trods dette rejser anklagemyndigheden alligevel tiltale. Dette skyldes en formodning om, at hendes handling muligvis skyldes andet end en accept af volden. Eksempelvis kan det skyldes trusler, eller frygt for yderligere vold⁶⁸. I TFK 2003.766 V blev T dømt for vold, jf. § 244, jf. § 247, stk. 1. Det blev her anført, at selvom forurettede havde været udsat for vold adskillige gange, og alligevel ikke havde afbrudt forholdet, kunne dette ikke anses som en accept eller et samtykke til volden. Der kunne derfor ikke ske en nedsættelse af straffen.

⁶⁶ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 319

⁶⁷ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 103

⁶⁸ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

Opsummerende kan det konkluderes, at et samtykke må foreligge senest samtidig med at den strafbare handling udføres. Hvorvidt der kan samtykkes for fremtiden, er vanskeligere at fastslå og må bero på en konkret vurdering. Dette vil dog være muligt i nogle tilfælde, mens samtykket i andre tilfælde vil bortfalde automatisk efter noget tid. Dette gælder eksempelvis begæring til drab. Et samtykke kan frit tilbagekaldes, og denne tilbagekaldelse kan både udtrykkes i ord, men kan også udledes af den samtykkendes adfærd. Et samtykke til en formueretlig disposition, vil dog som hovedregel ikke kunne tilbagekaldes. Et efterfølgende samtykke kan ikke tillægges diskulperende virkning, men ved strafudmålingen kan denne efterfølgende accept tillægges betydning.

10.1 Samtykkets rækkevidde

For at samtykket kan have diskulperende virkning, er det en forudsætning, at den handling der gives samtykke til, også reelt set er den handling der bliver udført⁶⁹. Hvis A eksempelvis giver B samtykke til, at låne hans bil ned at handle, dækker samtykket ikke andre ærinder end dette. I mange tilfælde vil samtykket være specifikt og konkret, og her vil det ikke være noget problem, at skelne hvad samtykket dækker og hvad det ikke dækker. Et eksempel på dette ses i dommen TFK 2006.70 V, hvor T havde indgået to aftaler med en bilforhandler, om prøvekørsel i et par biler. Aftalen indebar i begge tilfælde, at turen højst måtte vare en time. T beholdt dog bilerne i længere tid, og måtte i det ene tilfælde stoppes af politiet. T vidste godt at han overskred grænsen, men regnede ikke med, at der skete noget. T blev dømt for overtrædelse af § 293a.

I andre situationer vil det være sværere, at fastslå præcis hvad samtykket dækker. Dette kan eksempelvis skyldes, at aftalen ikke har været klar og tydelig. Hvis B blot spørger A, om han må låne bilen, og A samtykker heri, kan det være svært at fastslå rækkevidden af dette samtykke. Der må udøves et konkret skøn, og de omstændigheder samtykket er givet under, må tillægges betydning⁷⁰.

⁶⁹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 128

⁷⁰ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 128

Et gyldigt samtykke, kan også afhænge af, at visse betingelser bliver overholdt. Der kan eksempelvis være givet samtykke til at medvirke i et TV program, betinget af at ansigtet sløres. såfremt dette ikke overholdes, er samtykket ikke gyldigt, og i den omtalte situation vil der muligvis kunne straffes efter § 264 a⁷¹.

11.1 Samtykkets betydning i konkrete bestemmelser.

I dette afsnit vil jeg analysere samtykkets betydning i forskellige bestemmelser i straffelovens kap. 25. Jeg vil fokusere på forbrydelser mod liv og legeme.

11.2 forbrydelser mod livet

Livet har en særstatus i dansk ret, og har en høj beskyttelsesværdi. Nogle teoretikere anfører ligefrem, at livet er den vigtigste beskyttelsesinteresse, for uden dette er andre interesser ikke relevante⁷². Debatten om aktiv dødshjælp er ofte fremme, og vil altid være relevant. På den ene side står hensynet til livet som retsgode, og på den anden side hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesret. Jeg vil dog hverken gå ind i den politiske eller etiske debat, men holde mit fokus på det strafferetlige aspekt og samtykkets betydning.

I 1912 udtalte straffelovskommissionen: *“Ligesaa lidt som Samfundet anerkender nogen som Herre over sit Liv saaledes, at han kan give andre Ret til at berøve ham det (se Stl.s § 196), ligesaa lidt kan det erkendes, at en Person kan give en anden Ret til at angribe ham paa en Maade, der er farlig for Liv eller Helbred.”*⁷³

Udgangspunktet er således, at samtykke til at blive dræbt ikke har diskulperende virkning, jf. § 239. Det samme gælder hjælp til selvmord, hvilket er udtrykt i § 240. Dette, samt andre forhold vil blive uddybet nedenfor.

11.2.1 Drab efter begæring, jf. § 239

Straffelovens § 239 har følgende ordlyd

⁷¹ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 146

⁷² Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 207

⁷³ Straffelovskommissionens betænkning af 1912, § 243 stk. 3

"Den som dræber en anden efter dennes bestemte begæring, straffes med fængsel indtil 3 år"

En begæring rummer mere end et samtykke. En begæring vil således altid indeholde et samtykke, men et samtykke vil ikke altid indeholde en begæring⁷⁴. For at begæringen skal have retsvirkning efter § 239, skal denne være utvetydig, men behøver ikke at foreligge i ord. En stum kan eksempelvis fremsætte en begæring på skrift eller gennem tegn og tegnsprog. En begæring kan ikke foreligge stiltiende eller gennem passivitet. Det er tilsvarende ikke nok, at forurettede udtrykker et ønske om at dø, men det skal være et ønske om at blive dræbt⁷⁵. Den begærende skal samtidig være tilregnelig og gammel nok til at forstå konsekvenserne af begæringen⁷⁶. Om dette er tilfældet, må bero på en konkret vurdering, og der kan ikke siges noget fast om den samtykkendes alder.

Strafferammen i § 239 er fra bøde indtil fængsel i 3 år, hvorimod der straffes med fængsel fra 5 år indtil livstid efter § 237. Der er således tale om en nedsættelsesbestemmelse i forhold til § 237. Den lavere strafferamme skyldes, at hensynet til den dræbte bortfalder, idet vedkommende giver sit samtykke, og dermed giver afkald på beskyttelsen. Hensynet til samfundet består dog stadig, og derfor kan der ikke gives straffrihed⁷⁷. Forholdet er ikke så alvorligt, når den dræbte har samtykket, og Torp skriver, at strafnedsættelsen skyldes den ringere samfundsfarlighed gennem begæringen, samtidig med at handlingen er foretaget ud fra menneskekærlige motiver⁷⁸. Straffelovskommissionen udtalte også i 1912, at samtykke til livets berøvelse betydeligt forringer handlingens retsstridighed, og derfor giver grund til strafnedsættelse⁷⁹.

Retspraksis vidner også om, at drab efter begæring ses langt mildere på end drab i almindelighed, og ofte sættes straffen meget lavt. Der er således eksempler på både små betingede domme, og i sjældne tilfælde strafbortfald. Til dette skriver Vagn Greve

⁷⁴ Hurwitz, S.: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. G.E.C Gads Forlag, 1971. S. 206

⁷⁵ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 350

⁷⁶ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 350

⁷⁷ Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 225

⁷⁸ Citeret i Christensen, M.: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 226

⁷⁹ Straffelovskommissionens betænkning af 1912, § 243 stk. 3

"På den ene side fremhæver loven højtideligt livets fuldstændige ukrænkelighed, på den anden side idømmer man en straf, der er og skal være rent symbolsk"⁸⁰

Straffen fastsættes ud fra en rimelighedsbetragtning, og heri tages der højde for at drabet, som udgangspunkt, udføres af medlidenhed. Som eksempel kan nævnes en byretssag fra 1971, hvor en kvinde havde taget en overdosis af sovepiller. Hun var herefter blevet indlagt på sygehuset, og hendes tre voksne børn fik at vide, at hun ville dø i løbet af det næste døgn. Da kvinden efter 1 ½ døgn endnu ikke var død, dræbte hendes tre børn hende, hvorved de hver blev idømt 3 måneders betinget fængsel, jf. § 239⁸¹. Kvinden havde forinden flere gange bedt om, at blive hjulpet til at dø.

For at forholdet falder ind under § 239, er det som sagt en forudsætning, at der er givet en begæring. Medlidenhedsdrab foretaget uden at der foreligger en begæring, skal derfor henføres under § 237, og sådan et motiv påvirker ikke strafbarheden. Her kan eksempelvis nævnes U 1934.371 Ø, hvor drab af en 3-årig håbløs syg blev henført under § 237. Derimod vil der blive taget hensyn til forholdet ved strafudmålingen, og der kan ske strafnedsættelse med baggrund i straffeloven § 83⁸².

11.2.2 Hjælp til selvmord, jf. § 240.

Straffelovens § 240 har følgende ordlyd:

"Den, som medvirker til, at nogen berøver sig selv livet, straffes med bøde eller fængsel indtil 3 år"

§ 239 og §240 minder på mange måder om hinanden. I begge bestemmelser berøves livet efter eget ønske, og en anden persons handling er kausal med dødens indtræden. Den afgørende forskel er, at i § 240 er det den samtykkende selv, der udfører handlingen, hvorimod det er en anden i § 239. Det er en betingelse for anvendelse af § 240, at offeret selv

⁸⁰ Greve, V.: *Om læger og euthanasi*. Juristen, 1974, s. 383

⁸¹ Roskilde byrets dom af 20.12.1971, omtalt af Vagn Greve i: *Om læger og euthanasi*, Juristen 1974, s. 382

⁸² Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 350

ønsker at dø, samtidig med at krav til habilitet og frivillighed skal være opfyldt. Hvis en person således lokkes til at begå selvmord, er forholdet omfattet af § 237⁸³.

Beskyttelsesinteressen i denne bestemmelse er tilsvarende livet, og der kan derfor ikke gives diskulperende samtykke til de handlinger, der fører til selvmordet. Idet den samtykkende selv udfører handlingen, forsvinder hensynet til vedkommende, og derfor er strafferammen mildere end ved drab efter § 237. Samfundets interesse i at beskytte livet består dog stadig, hvorfor der ikke straffrit kan ydes hjælp til selvmordet.

En problemstilling der relaterer sig til dette er, hvorvidt en person der ønsker at begå selvmord, gennem sit samtykke kan fritage andre, fra deres pligt til at hjælpe. I U 1960.732 H, boede to kvinder sammen, hvoraf den ene (A), efter et skænderi, erklærede at hun ikke ønskede at leve længere. Hun tømte derefter et pilleglas. Den anden kvinde (T), havde forsøgt at forhindre indtagelsen af piller, men A slog hende over hånden og slugte pillerne. T sagde derefter, at hun ville ringe til politiet, men A forbød dette, og førte T ud af lejligheden. T vendte først tilbage til lejligheden 6 timer senere. Her havde A en normal puls, og T regnede med, at hun ville sove fra det. Næste morgen var A død, og T blev dømt efter straffelovens § 253.

Dommen vidner om, at selvom det er den anden persons ønske, kan man ikke undlade at hjælpe i sådanne situationer. Hvis handlingen, eller undladelsen, fremkalder stor fare for offerets liv, har samtykket som udgangspunkt ikke diskulperende virkning⁸⁴.

11.2.3 Uagtsomt manddrab, jf. § 241

Straffelovens § 241 har følgende ordlyd:

"Den, som uagtsomt forvolder en andens død, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder, eller under særligt skærpende omstændigheder med fængsel indtil 8 år. Er forholdet begået i forbindelse med spirituskørsel eller særlig hensynsløs kørsel, anses dette som en særlig skærpende omstændighed"

⁸³ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 351

⁸⁴ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 144

Som de foregående bestemmelser, er beskyttelsesinteressen i denne bestemmelse tilsvarende livet. I forhold til denne bestemmelse giver det dog ikke meget mening, at tale om samtykke til døden, da den dræbte som oftest ikke vil have overvejet denne mulighed, og ikke have samtykket til dette. Når en person sætter sig ind på passagersædet, vel vidende at føreren er beruset, er det nok de færreste, der har overvejet den konkrete risiko, og tænkt at de måske dør. Det interessant bliver derfor at undersøge, hvorvidt samtykke til den forudgående handling, har diskulperende virkning, ud fra en betragtning af, at man har accepteret risikoen, og på den måde udvist en form for egen skyld.

Eksemplet med spirituskørsel var fremme i dommen U 1969.824 H, hvor afdøde var passager i T's Bil. T havde drukket, hvilket afdøde var klar over, da de havde drukket sammen efter arbejdets ophør. Det blev i retten fastslået at afdødes kendskab til at T havde drukket, samt at afdøde frivilligt var kørt med, ikke havde betydning for strafansvaret, og T blev dømt efter § 241.

Dommen illustrerer meget godt, at selvom en person har samtykket til en bestemt handlemanér, kan man derfra ikke automatisk udlede en accept af døden som følge. Malene Bechmann Christensen skriver, at for at kunne fastslå, at forurettede samtykker, skal han udtrykkeligt have accepteret døden som en mulig følge⁸⁵. Sådan en accept vil formegentlig sjældent foreligge, og derfor vil et samtykke til den forudgående handling, ligeledes sjældent kunne tillægges betydning.

I en anden dom, U 1998.427 H, må risikoen for at dø utvivlsomt have strejft afdødes (A) tanker. Her havde T foreslået, at han og A skulle spille russisk roulette. T ladede derefter en revolver med én patron, hvorefter han spurgte A "vil du eller skal jeg?" A tog dernæst revolveren og skød sig selv i tindingen, hvorved han døde. Til trods for at A selv havde taget imod revolveren og trykket på aftrækkeren, blev T dømt for overtrædelse af § 241, samt § 252. Der blev i dommen lagt vægt på, at legen var foregået på T's initiativ, med et farligt

⁸⁵ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 233

redskab og uden fornuft. Dommen viser, at selvom A havde en stor del af skylden, var dette ikke tilstrækkeligt til at fritage T for ansvar.

Den sidste dom, jeg vil fremhæve er U 1979.485 H, der omhandler hensynsløs kørsel. I denne dom blev det ikke tillagt betydning, at afdøde ikke havde anvendt sikkerhedssele, og retten udtaler, at selvom ulykkens følger kunne have været formindsket eller undgået ved at bruge sele, er dette uden betydning for T's strafansvar.

Dommene viser, at det kun i sjældne tilfælde vil være muligt, at frikende tiltalte pga. det samtykke afdøde gav til den forudgående handling. Dette vil kun kunne ske, såfremt afdøde i overvejende grad, selv har været skyld i dødsfaldet⁸⁶. I afvejningen vil der tillige blive lagt vægt på formålet med handlingen. Dette var bl.a. fremme i dommen om russisk roulette, hvor der lagt vægt på, at handlingen var uden fornuft. Vagn Greve ser også formålet som en vigtig faktor, og bruger dette som begrundelse for, at visse former for ekstrem sport samt afprøvning af ny medicin accepteres, til trods for, at der er en vis risiko for de deltagende⁸⁷.

Afdødes samtykke vil altså som udgangspunkt, ikke have betydning for strafbarheden af T's handling. Derimod kan dette være en faktor i strafudmålingen⁸⁸.

11.3 Forbrydelser mod legemet

I dette afsnit vil jeg undersøge, hvilke typer af vold og angreb mod legemet, man kan samtykke til. I den forbindelse vil jeg hovedsageligt analysere §§ 244, 245 samt 245a, med henblik på at undersøge, hvorvidt et samtykke har diskulperende virkning.

11.3.1 Mild vold, jf. § 244.

Straffelovens § 244 har følgende ordlyd:

"Den, som øver vold mod eller på anden måde angriber en andens legeme, straffes med bøde eller fængsel indtil 3 år."

⁸⁶ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 232

⁸⁷ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 144

⁸⁸ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 232

Bestemmelsens beskyttelsesinteresse er legemet, hvilket fremgår af paragraffen, og ligesom livet, har legemet også en høj beskyttelsesværdi i dansk ret. Der er dog enighed i litteraturen om, at samtykket tillægges diskulperende virkning for mindre grove legemskrænkelser⁸⁹. Hvor denne nærmere grænse går, kan være svær at fastsætte, og må bero på en konkret vurdering. Før ændringen af straffeloven i 1989, var der en generel bestemmelse om samtykke i § 248. Ifølge denne bestemmelse var et samtykke til den daværende § 244, stk. 1, diskulperende. I forbindelse med straffelovsændringen, blev samtykkebestemmelsen fjernet, og § 244 blev ændret. Straffelovsrådet begrundede ophævelsen af samtykkebestemmelsen med, at samtykke til hele den nye § 244 var for omfattende, og ville række ud over det forsvarlige⁹⁰. Udgangspunktet må derfor være, at grænsen for hvor voldsomme handlinger der kan samtykkes til, skal findes i § 244. Det kan samtidig fastslås, at det ikke er alle handlinger omfattet af § 244, der kan gives diskulperende samtykke til⁹¹.

§ 244 spænder meget bredt, og omfatter handlinger af forskellig grovhed. I den milde ende findes angreb, som eksempelvis overhældning med spand vand, jf. U 1997.10 V og udtværing af kage i hovedet, jf. U 2006.2172 Ø. Dette er handlinger der formegentlig vil kunne gives diskulperende samtykke til. De typiske angreb denne bestemmelse tager sigte på, dækker dog slag, spark og nikning af skaller. Her må det komme an på en konkret vurdering, hvorvidt et samtykke skal have diskulperende virkning. Grundlaget for at der ikke automatisk kan gives diskulperende samtykke til disse handlinger er, at beskytte enkeltpersoner mod deres egne samtykker, netop fordi disse kan være mindre velovervejede⁹². I den konkrete vurdering, må der lægges vægt på handlingens formål samt handlingen grovhed. Hvis formålet er forsvarligt og ønskværdigt, rykkes grænserne for, hvad der lovligt kan samtykkes til⁹³. Dette vil blive tydeliggjort umiddelbart nedenfor i afsnit 11.3.2.

11.3.2 Grov vold, jf. § 245

Straffelovens § 245, stk. 1, 1 pkt. har følgende ordlyd:

⁸⁹ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 144, Waaben, 150 & Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 141

⁹⁰ Betænkning nr. 1099, København, 1987. S. 159

⁹¹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 239

⁹² Betænkning nr. 1099, København, 1987. S. 159

⁹³ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 239

"Den, som udøver et legemsangreb af særlig rå, brutal eller farlig karakter eller gør sig skyldig i mishandling, straffes med fængsel indtil 6 år."

Udgangspunktet er tydeligt i litteraturen. Der kan ikke gives diskulperende samtykke til handlinger omfattet af § 245. Eksempelvis skriver Vagn Greve, at et samtykke ikke kan diskulperere, hvis angrebet er rettet mod personens liv eller helbred⁹⁴. Tilsvarende skriver Gorm Toftegaard Nielsen, at et samtykke, ved grove former for vold, alene kan have betydning for strafudmålingen⁹⁵, altså ikke for strafbarheden. Dette udgangspunkt holder dog ikke altid, og nedenfor vil jeg præsentere et eksempel på et område, hvor handlinger der normalvis vil være omfattet af § 245, kan blive straffri på grund af et samtykke. Dette drejer sig om legemskrænkelser med et seksuelt formål.

For nogle personer er legemskrænkelser en del af deres seksuelle forhold, hvilket eksempelvis er tilfældet for sadomasochister. Danmark accepterer en høj grad af seksuel frihed, og det er derfor relevant at undersøge, hvordan dette spille ind i forhold til samtykkereglerne. De handlinger der foretages i sadomasochistiske forhold kan være af forskellig grovhed, og kan være omfattet af både §§ 244, 245 og 246⁹⁶. Det har dog imidlertid ikke været muligt at finde noget retspraksis på området, hvorfor jeg vil starte et andet sted, hvor den seksuelle frihed har skubbet grænserne for, hvad der lovligt kan samtykkes til.

Dette drejer sig om § 252, stk. 2, hvorefter det er strafbart, på hensynsløs måde, at forvolde fare for, at nogen smittes med en livstruende og uhelbredelig sygdom. For tiden er der ikke nogle sygdomme omfattet af bestemmelsen, jf. § 252, stk. 3, men tilbage i 2012 var HIV omfattet. Retstilstanden fra dengang er brugbar, da den fortæller noget om, hvad lovgiver vil tillade, at man samtykker til, hvis formålet er seksuelt samvær. Retstilstanden var således, at hvis den HIV-smittede oplyste sin seksualpartner om sygdommen, og den anden samtykkede

⁹⁴ Greve, V.: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. DJØF, 2004. S. 144

⁹⁵ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 141

⁹⁶ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 245

til ubeskyttet samleje, ansås forholdet ikke for hensynsløst, og det var derfor straffrit⁹⁷. Til dette skriver Gorm Toftegaard Nielsen:

"I Danmark har man sat borgernes ret til seksuel frihed så højt, at samtykke her er diskulperende, uanset at faren ligger betydeligt over, hvad man ellers accepterer⁹⁸."

Beskyttelsesinteressen er i denne bestemmelse livet, og det kan undre, at man tillader denne form for risiko. Hermed bliver den habile voksnes frivillige seksualliv personens eget ansvar, til trods for, at dette kan have fatale følger.

Med denne retstilstand in mente, vil jeg atter kaste blikket mod § 245, og sadomasochistiske forhold. Da der som sagt ikke umiddelbart foreligger tilgængelig dansk retspraksis på området, vil jeg anvende en dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fra 1995. Dommen illustrerer til dels de handlinger, der kan forekomme gennem sadomasochistiske forhold, samtidig med at den viser Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols holdning til emnet. I sagen havde en række mænd foretaget forskellige voldelige aktiviteter med henblik på seksuel tilfredsstillelse. Det drejede sig blandt andet om forulempelse af kønsorganer med varm voks og sandpapir, slag med forskellige redskaber, samt brændemærkning. Klagerne var i den forbindelse blevet dømt for vold ved den britiske domstol. Den Europæiske Domstol udtalte, at forhold som disse, som begge parter ønsker udøvet, som udgangspunkt er omfattet og beskyttet af Menneskerettighedskonventionens art. 8 om privatlivets fred. Domstolen siger videre, at det er muligt for de enkelte medlemsstater at indskrænke retten, hvis dette findes nødvendigt i et demokratisk samfund⁹⁹.

Dommen fortæller ganske vidst ikke, hvordan retstilstanden er i Danmark, men Domstolen udtaler at forhold som disse, som udgangspunkt er beskyttet af art. 8. Dette betød i den konkrete sag at det var i orden, at den britiske domstol havde dømt mændene for vold, men omvendt havde det også været i orden, hvis dette ikke havde været tilfældet. I Danmark hvor den seksuelle frihed vægtes højt, er det derfor sandsynligt at sådanne forhold vil blive

⁹⁷ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 390

⁹⁸ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 142

⁹⁹ Jaggard, Laskey & Brown v. United Kingdom

accepteret, når begge parter frivilligt har deltaget, uagtet at handlingerne ligger ud over, hvad man ellers vil kunne samtykke i¹⁰⁰.

Udgangspunktet er således, at man ikke kan samtykke til handlinger omfattet af § 245, men i konkrete tilfælde, indenfor visse formål og grænser, kan et samtykke alligevel tænkes at have diskulperende virkning. I de tilfælde hvor samtykket ikke påvirker strafbarheden, vil samtykket dog alligevel kunne påvirke strafudmålingen¹⁰¹.

11.3.3 Omskæring af kvinder, jf. § 245a

Som jeg nævnte i problembeskrivelsen, er samtykke direkte nævnt i nogle bestemmelser. Dette drejer sig bl.a. om § 245a, der lyder således:

"Den, som ved et legemsangreb med eller uden samtykke bortskærer eller på anden måde fjerner kvindelige ydre kønsorganer helt eller delvis, straffes med fængsel indtil 6 år."

Som det tydeligt fremgår af ordlyden, kan der ikke gives diskulperende samtykke til omskæring af kvinder. Det interessante bliver derfor i stedet at undersøge, hvorfor lovgiver har valgt at benævne samtykke direkte i denne bestemmelse, og hvilken betydning denne benævnelse har.

Bestemmelse blev indsat i straffeloven i 2003, men før dette, var omskæring af kvinder også strafbart i medfør af de almindelige voldsbestemmelser. I forbindelse med lovforslagets bearbejdelse, udtalte Gorm Toftegaard Nielsen også kritik, idet det er i modstrid med strafferetlig lovgivningstradition, at vedtage en bestemmelse om kriminalisering af et forhold, der allerede er dækket af andre bestemmelser¹⁰². Til dette svarer lovgiver, at formålet med § 245a ikke har været en nykriminalisering af området, men derimod politisk at markere, at

¹⁰⁰ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 247

¹⁰¹ Nielsen, G.: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. DJØF, 2013. S. 141

¹⁰² Betænkning over forslag til lov om ændring af lov om straffeloven og udlændingeloven, 2002

man tager afstand fra disse handlinger¹⁰³. Formålet har samtidig været at tydeliggøre retstilstanden, idet der førhen, i visse tilfælde, kunne være tvivl om, hvorvidt forholdet skulle henføres under § 244 eller § 245. I den forbindelse mente lovgiver, at der kunne opstå tvivl om et samtykkes betydning¹⁰⁴. Kvindelig omskæring forekommer i varierende grad, men ved at lovgiver har valgt at indskrive "...med eller uden samtykke..." direkte i § 245a, bliver det markeret, at der under ingen omstændigheder, kan gives diskulperende samtykke til disse handlinger¹⁰⁵. Bestemmelsen har således været politisk vigtig, men juridisk set, har bestemmelsen ikke medført nogen praksisændring. Bestemmelsen tydeliggør blot en allerede eksisterende retstilstand.

12.1 Diskussion af lovgivning

Som det har været fremhævet flere gange før, er udgangspunktet, at samtykkets virkeområde er ulovreguleret. Til dette udgangspunkt er der dog nogle få undtagelser, hvilket bl.a. er tilfældet med §§ 239 og 245a, der er omtalt ovenfor. I dette afsnit vil jeg diskutere, hvorvidt der er behov for yderligere regulering på området.

Samtykke anses som en almindelig objektiv straffefrihedsgrund¹⁰⁶, men modsat nødværge og nødret, findes der ikke nogen generel bestemmelse om samtykke. Dette kan undre, da der således kan være usikkerhed og uforudsigelighed omkring retstilstanden, hvilket umiddelbart harmonerer dårligt med legalitetsprincippet. Legalitetsprincippet siger, at straf kun kan pålægges for forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov. Denne begrænsning gælder dog kun for straf, og gælder således ikke for forhold, der er til tiltaltes fordel, eksempelvis samtykke¹⁰⁷. Der er derfor ikke nogle betænkeligheder, i forhold til legalitetsprincippet, ved at området er ulovreguleret.

¹⁰³ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 369 & Betænkning over forslag til lov om ændring af lov om straffeloven og udlændingeloven, 2002

¹⁰⁴ Betænkning over forslag til lov om ændring af lov om straffeloven og udlændingeloven, 2002

¹⁰⁵ Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 369

¹⁰⁶ Waaben, K.: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. S. 148

¹⁰⁷ Karnovs note 1 til straffeloven

Et andet spørgsmål er, om det af praktiske grunde, og ud fra et ønske om klarhed, vil være fordelagtigt at have en enkelt eller få generelle bestemmelser om samtykke. Sådanne bestemmelser findes både i Norge og Sverige i varierende grad. Den norske straffelov § 235 lyder således.

"Straf efter §§ 228 (legemsfornærmelse) og 229 (legemsbeskadigelse) kommer ikke til Anvendelse, naar Handlingen er foretaget med nogen, som deri har samtykket.

Er nogen med eget Samtykke dræbt eller tilføiet betydelig Skade paa Legeme eller Helbred, eller har nogen af Medlidenhed berøvet en haabløs syg Livet eller medvirket hertil, kan Straffen nedsættes under det ellers bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart."

Bestemmelsen benævner forskellige paragraffer og strafbare forhold, hvortil samtykkets betydning anføres. Bestemmelsen kan derfor ikke siges at have en generel karakter, men skaber derimod klarhed om retstilstanden ved forbrydelser mod liv, legeme og helbred. I Sverige har samtykkebestemmelsen en mere generel karakter og lyder således, jf. Brottsbalken 24:7:

"En gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig."

Modsat den norske bestemmelse, har den svenske en mere generel karakter, og er desuden mere skønspræget. Jeg vil ikke gå nærmere ind i grundlaget for, hvorfor henholdsvis Sverige og Norge har valgt at have en bestemmelse om samtykke, og baggrunden for valget af reguleringsform. Jeg ønsker derimod at bruge disse bestemmelser som inspiration til, hvordan en bestemmelse vedrørende samtykke kan udformes. Dette vil indgå som et element i den videre diskussion.

Tidligere var der en bestemmelse vedrørende samtykke i den danske straffelovs § 248. Ifølge denne bestemmelse kunne der gives diskulperende samtykke til den dagældende § 244, stk. 1, og paragraffen foreskrev desuden strafnedsættelse, hvis forurettede havde samtykket til øvrige legemsangreb. Det er i den forbindelse interessant at se på, hvorfor denne

bestemmelse blev ophævet, og ikke sidenhen er blevet erstattet af noget tilsvarende. Ophævelsen skete i forbindelse med en større ændring og forenkling af voldbestemmelserne. Da § 244 blev ændret, var det tilsvarende nødvendigt at tage stilling til, hvad der skulle ske med § 248, stk. 1. Straffelovrådet ville ikke ændre ordlyden i § 248 stk. 1, således at samtykke var diskulperende til hele den nye § 244, da de mente, at dette ville række ud over det forsvarlige¹⁰⁸. Der skulle således tages stilling til, om der skulle udformes en ny bestemmelse om samtykke, men straffelovrådet udtalte:

"Straffelovrådet er tilbøjeligt til at mene, at bestemmelser om betydningen af samtykke til legemsangreb er overflødige. Det forekommer kun undtagelsesvis, at der i straffelovens specielle del er optaget bestemmelser om betydningen af et samtykke. Det almindelige er, at domstolene tager stilling til spørgsmålet på grundlag af uskrevne principper, som i øvrigt ikke kan formuleres med fuldstændig nøjagtighed¹⁰⁹"

Denne udtalelse fremhæver flere vigtige aspekter i forhold til, hvorfor vi ikke har en generel bestemmelse om samtykke i Danmark. Det første rådet udtaler er, at de er tilbøjelige til at mene, at en samtykkebestemmelse er overflødig. Dette er ganske vidst kun i forhold til legemsangreb, men det er netop på dette område, at afgrænsningen af samtykkets virkeområde oftest er vanskelig at foretage¹¹⁰. Når rådet således ikke mener, at der er behov for regulering på dette område, er det svært at argumentere for nødvendigheden på andre områder.

Straffelovrådet udtaler videre, at der kun undtagelsesvis er bestemmelser om samtykke i straffelovens specielle del, og at det normalvis er domstolene der tager stilling til spørgsmålet. Ved en gennemgang af straffelovens specielle del, ses det da også tydeligt, at samtykke kun undtagelsesvis nævnes i en bestemmelse. Benævnelsen kan skyldes et ønske om, at tydeliggøre en retstilstand eller lave en politisk markering, som det var tilfældet med § 245a. Derudover kan samtykke også være nævnt i en bestemmelse, hvis lovgiver har ønsket at

¹⁰⁸ Betænkning nr. 1099, København, 1987.

¹⁰⁹ Betænkning nr. 1099, København, 1987.

¹¹⁰ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 39

ændre retstilstanden på et område. Dette var tilfældet med § 164 om falsk anmeldelse¹¹¹. Tidligere var der i denne bestemmelse ikke taget stilling til samtykke. Dette medførte tvivl om, hvorvidt bestemmelsen dækkede tilfælde, hvor en person meldte sig selv som gerningsmand, til en forbrydelse han var uskyldig i, eller hvor den person der urigtigt anmeldtes, havde samtykket. Efter 2 højesteretsdomme U 1965.620 og U 1965.622 hvor bestemmelsen ikke fandtes at dække disse tilfælde, blev der tilføjet et stk. 3 i bestemmelsen, således at der nu kan straffes i begge tilfælde¹¹². Det absolutte udgangspunkt er dog, at samtykke er ulovreguleret, og at det er domstolene der tager stilling til spørgsmålet.

Det sidste jeg vil fremhæve fra straffelovrådets udtalelse, er der hvor de siger, at de uskrevne principper ikke kan formuleres med fuldstændig nøjagtighed. Dette er et væsentligt argument i forhold til ikke at have en samtykkebestemmelse. Som det ses ovenfor med den svenske samtykkebestemmelse, må en generel bestemmelse formuleres meget bredt, for at kunne rumme alle forhold og situationer. Bestemmelsen giver domstolene en bred skønsmulighed, og angiver blot de momenter der skal ligges vægt på i bedømmelsen. En lignende bestemmelse i den danske straffelov, ville højst sandsynligt ikke medføre nogle praksisændringer, og tillige heller ikke skabe større klarhed og forudsigelighed. Alternativet er at lave en regulering i hver enkelt bestemmelse eller følge den norske model, med en samtykkebestemmelse inden for et konkret område. Det er dog meget vanskeligt at formulere en bestemmelse, der ikke er vag og elastisk, uden samtidig enten at udvide eller begrænse samtykkets virkeområde. Straffelovrådet udtalte netop, at samtykke til hele den nuværende § 244's område, vil gå ud over det forsvarlige. Samtidig har vi i afsnit 11.3.2 set eksempler på, at handlinger der normalvis er omfattet af § 245 kan blive straffri på grund af samtykke. Den Norske samtykkebestemmelse er da også blevet kritiseret af teoretikeren Kjell Andorsen, der mener at samtykket, i visse situationer, tillægges diskulperende virkning, ud over det forsvarlige og rimelige¹¹³. Men dette kan være prisen man må betale for at skabe klarhed og forudsigelighed.

¹¹¹ Christensen, M: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008, s. 203

¹¹² Greve, V. m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. DJØF, 2009. S. 176

¹¹³ Andorsen, K.: *Strafferettslig samtykke*, TfR 3-4/1992 s. 416

13.1 Konklusion

I dette afsnit vil jeg, på baggrund af analysen og diskussionen, sammenfatte hvilke grænser der er, for det strafferetlige samtykke.

13.2 Gyldigt samtykke

Før det er aktuelt at tale om, hvor langt et samtykke rækker, må det først konstateres, at der foreligger et gyldigt samtykke. Et gyldigt samtykke kræver først og fremmest, at samtykket er givet frivilligt. Hvis samtykket er givet under indflydelse af tvang, eller ud fra en falsk forudsætning, vil udgangspunktet være, at samtykket ikke er gyldigt. Dette var bl.a. fremme i dommen U 2003.2265 Ø, hvor T1-T5 burde have indset, at kvinden ikke var gået med til samleje, med de fem mænd frivilligt. I mange situationer vil der ofte være bevisproblemer, og der må foretages en konkret vurdering. Her vil det ofte være svært at bevise det konkrete samtykke, og vurderingen vil derfor ofte gå på, hvorvidt parterne ud fra omstændighederne, bør stilles som om der var givet et gyldigt samtykke. Udover frivillighed kan det stilles som krav, at samtykket er ægte. Dette vil sige at samtykke givet i sjov, under leg eller skuespil, ikke kan tillægges betydning. Derimod kan der ikke stilles nogle formkrav til et samtykke, hvilket både kan foreligge skriftligt, mundtligt eller indirekte som et stiltiende samtykke. Jo mere indgribende et forhold der samtykkes til, desto større bevis stilles der dog for, at der foreligger et samtykke. Der vil således blive stillet større krav til beviset, om begæring til drab, end til et samtykke til lån af en cykel.

For at samtykket kan tillægges betydning, er det desuden en forudsætning, at det er givet fra en habil person. I denne henseende kan der både opstå problemer i forhold til børn, samt i forhold til psykisk syge. Der foreligger ikke nogen generelle bestemmelser om habilitet i forhold til samtykke, og derfor må det bero på en konkret vurdering, hvorvidt personen er habil. Knud Waaben skriver at:

"Det vil være særlig nærliggende at frakende et samtykke betydning, når det er afgivet af en sindssyg, åndsvag eller stærk beruset person, men ingen af disse kriterier kan bruges til at sætte absolutte grænser"

Der må ligges vægt på, om den pågældende har tilstrækkelig modenhed og indsigt til at træffe en fornuftig og rimelig afgørelse. Her indgår handlingens betydning for den pågældende også som et element. Derudover ses der på styrkeforholdet mellem den samtykkende og den handlende. Der vil således være større tilbøjelighed til, at tillægge et samtykke betydning, hvis det er givet mellem to på samme niveau. Hvis samtykket derimod er givet fra et barn til en voksen, eller fra en psykisk syg til en rask, vil der være et behov for, at beskytte den svage part mod samtykker han ikke kan overskue konsekvenserne af.

Et samtykke skal gives senest samtidig med, at den ellers strafbare handling udføres. Som regel vil den strafbare handling og fuldbyrdelsen være samtidige, men hvis disse to tidspunkter er forskudt, må samtykket fastholdes i hele denne mellemliggende periode, for at det har diskulperende virkning. Hvis den samtykkende trækker samtykket tilbage før fuldbyrdelsen, må den handlende, såfremt dette er muligt, forhindre fuldbyrdelsen for at undgå straf. At samtykket skal foreligge senest samtidig med handlingen, betyder samtidig, at et efterfølgende samtykke, ikke kan tillægges betydning.

Et samtykke kan frit tilbagekaldes til enhver tid. Denne tilbagekaldelse kan både være udtrykkelig i ord, men kan også udledes af handling. I få tilfælde vil samtykket bortfalde af sig selv, efter noget tid. Dette gælder eksempelvis en begæring om at blive dræbt. Et samtykke til en gyldig formueretlig disposition, vil dog som udgangspunkt ikke kunne tilbagekaldes, hvilket skyldes, at det skal være muligt at lave formueretlige aftaler, der gælder for fremtiden.

13.3 Kriterier for samtykkets grænser

Det vigtigste kriterium for afgrænsningen af samtykkets virkeområde er bestemmelsens beskyttelsesinteresse. For at samtykket kan tillægges betydning, må bestemmelsen der samtykkes til, have som nærmeste formål, at beskytte individuelle interesser, samtidig med at den samtykkende, er den eneste der råder over denne interesse. Bestemmelser der beskytter offentlige eller almene interesser, kan der således ikke samtykkes til. Ofte vil der dog både være individuelle og almene beskyttelsesinteresser i samme bestemmelse. Eksempelvis beskytter § 244 legemet, men samfundet har samtidig en interesse i, at have et fredeligt samfund, samt at undgå de omkostninger der er forbundet med et evt. lægebesøg. Der må

således også ses på andre kriterier, for at fastslå om et samtykke kan tillægges diskulperende virkning.

I nær sammenhæng med ovenstående er handlingens grovhed, således et kriterium for samtykkets grænser. Hvis handlingen der samtykkes til er meget lidt indgribende, vil der være færre betænkeligheder ved, at lade samtykket diskulpere. Der kan således ubetænkeligt gives samtykke til, at få hældt en spand isvand over hovedet, mens det må komme an på en konkret vurdering, om der kan gives diskulperende samtykke til at blive slået i hovedet. Dette speciales analyseområde var netop angreb mod liv og legeme i straffelovens kap. 25, og straffelovrådet udtalte i 1987, at samtykke til hele § 244 ville række ud over det forsvarlige. Derfor skal grænsen for det diskulperende samtykke som udgangspunkt findes i § 244 om mild vold.

Der kan således som udgangspunkt, ikke samtykkes til grovere former for vold. Derudover er det i dansk ret, heller ikke muligt at give diskulperende samtykke til handlinger der er kausale med ens død. Der kan derfor ikke gives samtykke til drab, jf. § 239 eller til hjælp til selvmord, jf. § 240. Dette skyldes, at livet har en særstatus i dansk ret, der betyder, at lovgiver gør meget for at beskytte dette retsgode. Straffelovskommissionen udtalte i 1912, at samfundet ikke anerkender nogen som herre over sit eget liv, således at han kan give andre ret til at berøve ham det. Derfor ses det også yderst sjældent, at et samtykke til en handling, der leder til uagtsomt manddrab, jf. § 241, tillægges betydning. Dette vil kun kunne ske, såfremt afdøde i overvejende grad selv har været skyld i dødsfaldet. I dommen U 1998.427 H så vi således, at selvom A havde samtykket i at spille russisk roulette og selv havde trykket på aftrækkeren, kunne dette ikke føre til frifindelse af T for uagtsomt manddrab.

I sidstnævnte dom, om russisk roulette, blev der tillige lagt vægt på formålet med handlingen. Retten udtalte, at handlingen var uden fornuft, og formålet blev således anvendt som kriterium for samtykkets grænser. Indenfor andre områder har formålet, rykket grænserne for, hvad der kan gives diskulperende samtykke til. Dette gælder eksempelvis legemskrænkelser med seksuelt formål. Til dette udtaler Gorm Toftegaard Nielsen at:

"I Danmark har man sat borgernes ret til seksuel frihed så højt, at samtykke her er diskulperende, uanset at faren ligger betydeligt over, hvad man ellers accepterer"

Dette betyder, at et samtykke til ubeskyttet sex med en Hiv-smittet vil være diskulperende, også selvom den samtykkende bliver smittet. Samtidig vil domstolene formegentlig tillade grovere voldshandlinger, hvis formålet er seksuel tilfredsstillelse. På andre områder har formålet ligeledes betydning, og Vagn Greve bruger formålet som begrundelse for, at visse former for ekstrem sport samt afprøvning af ny medicin accepteres, til trods for, at der er en vis risiko for de deltagende.

Når det er konstateret, at der foreligger et gyldigt samtykke, kan der således ses på beskyttelsesinteressen, handlingens grovhed samt formålet med handlingen, for at udlede, hvorvidt samtykket skal tillægges diskulperende virkning.

Der vil i langt de fleste tilfælde skulle udøves en skøn fra domstolen, eftersom området er meget lidt lovreguleret. Kun ganske få bestemmelser nævner samtykke, og straffelovsrådet udtaler bl.a. også, at de er tilbøjelige til at mene at bestemmelser om samtykke til legemsangreb er overflødige. Området vil samtidig være yderst svært at lovregulere, uden enten at udvide eller indskrænke samtykkets virkeområde. Hvis den nuværende retsstilling skulle forsøges at formuleres i generelle bestemmelser om samtykke, ville disse med stor sandsynlighed blive så vage og elastiske, at de alligevel ikke ville skabe større klarhed på området. Dette mente straffelovsrådet også selv i 1987, hvor de udtalte at

"domstolene tager stilling til spørgsmålet på grundlag af uskrevne principper, som i øvrigt ikke kan formuleres med fuldstændig nøjagtighed."

14.1 Abstract

This project is concerned with consent in the Danish penal code. The focus of the project is to examine the limits of the exculpatory effect of a consent. Before talking about the limits of a consent, it must first be established that there is a valid consent. A valid consent requires first and foremost that the consent is given voluntarily. If the consent is given under the influence of coercion, or from a false premise, the consent is not valid. It is also a requirement that the consent is genuine, which means that a consent given through play, drama or the like, is not valid. However, there are no form requirements for a consent, which both can be given in writing, orally or indirectly as a tacit consent. Furthermore, the consent must be given by a *habile* person. In this matter, there must be laid emphasis on whether the individual has sufficient maturity and understanding to make a rational and reasonable decision. A consent must be given before the offense, and may freely be withdrawn at any time.

The main criterion for the limits of a consent, is to determine the protection of interest in the provision. Before the consent can be considered significant, the provision must have, as immediate purpose, to protect individual interests, and the consenting must be the only one who has this interest. In addition, the gravity of the actions, is also a criterion for the limits of the consent. The purpose of the actions can also be a factor in the evaluation of the limits of the consent. Therefore it will be harder to give a valid consent to actions, that are without sense. This was the case in U 1998.427 H where T was convicted of manslaughter, even though A had given his consent to play Russian roulette, and pulled the trigger himself. In other situations, the purpose of the actions can expand the limits of the consent. This is the case with violence with a sexual purpose. Here is the right to sexual freedom so high that consent has exculpatory effect, regardless that the risk is significantly higher than what one would otherwise accept.

The limits of the consent is mostly determined by the courts, since the area is poorly regulated. Only a few provisions mention consent and the Criminal Council says, they are likely to believe, that the rules on consent to violence are redundant.

15.1 Litteraturliste

Bøger:

Andenæs, Johannes: *Almindelig strafferett*, 5. Udgave. Universitetsforlaget, 2004

Christensen, Malene Bechmann: *Det strafferetlige samtykke*. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2008

Greve, Vagn m.fl.: *Kommenteret straffelov – almindelig del*. 9. Udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009. Side 343-396.

Greve, Vagn: *Det strafferetlige ansvar*. 2. Udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004. Side 144-147.

Hurwitz, Stephan: *Den danske kriminalret – almindelig del*. 4. Udg. Revideret af Knud Waaben, G.E.C Gads Forlag, 1971. Side 206-215.

Nielsen, Gorm Toftegaard: *Strafferet 1 – Ansvar*. 4. Udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2013. side 137-145

Torp, Carl: *Den danske strafferets almindelige del*. G.E.C Gads Forlag, 1905

Waaben, Knud: *Strafferettens almindelige del 1 – ansvarslæren*. 5. Udg. Revideret af Lars Bo Langsted, Karnov Group, 2011. Side 147-152

Artikler:

Andorsen, Kjell V.: *Strafferettslig samtykke*, TfR 3-4/1992. Side 305

Greve, Vagn: *Om læger og euthanasi*. Juristen, 1974, s. 381-389

Betænkninger:

Straffelovrådets betænkning om strafferammer og prøveløsladelse. Delbetænkning 1 om sanktionsspørgsmål. Betænkning nr. 1099, København, 1987.

Betænkning afgivet af kommissionen, nedsat til at foretage et gennemsyn af den almindelige borgerlige straffelovgivning. København, 1912

Betænkning over forslag til lov om ændring af lov om straffeloven og udlændingeloven, 2002

Andet:

Karnovs noter, fundet på www.thomson.dk

16.1 Domsregister

Ufr. 1934.371 Ø

Ufr. 1960.732 H

Ufr. 1963.1031/2 V

Ufr. 1965.165 V

Ufr. 1965.620 H

Ufr. 1965.622 H

Ufr. 1969.824 H

Ufr. 1975.1008/2 Ø

Ufr. 1979.485 H

Ufr. 1989.726 H

Ufr. 1997.10 V

Ufr. 1998.427 H

Ufr. 1999.1154/2 Ø

Ufr. 2003.2265 Ø

Ufr. 2006.2172 Ø

TFK 2003.766 V

TFK 2005.614/2 V

TFK 2006.70 V

Rt.2004.849