

Samtykke som straffrihedsgrund

SØREN L. RASMUSSEN

Stud.nr. 20137268

**Juridisk kandidatspeciale
Aalborg Universitet
2018**

Abstract

This thesis is concerned with the justificatory effect of consent as a criminal defence in Danish criminal law. The purpose of the thesis is to demonstrate the role of consent in existing law by examining *why* it functions as a criminal defence and *when* it is applicable as such. However, due to the scarcity of legal precedents, there is a degree of uncertainty to the demarcation of justificatory consent. As a result, the author of the thesis has endeavoured to account for any dissent among theorists and, in addition, has included some normative viewpoints.

The effect of consent is to be delimited in three ways:

Firstly, the appropriate provisions must be identified. Only those provisions that do not protect common interests are relevant to the discussion, in that the consentor must be entitled to dispense with the legal protection provided by the law. Moreover, the offence must be defensible from a social point of view. Thus, for example, a consensual killing is punishable even if it does not cause any social harm.

Secondly, the consent must be *valid*, which means that it must deprive the act of its offensive traits. In this regard, a number of requirements must be complied with:

- The consentor must have reached an age and a level of mental development that allows them to comprehend the consequences of the act. The extent of this requirement is, however, dependent on the offence in question and, notably, no general age requirement can be determined. If an offensive act is sufficiently petty or has a socially beneficial aim, even a mentally ill, retarded, or intoxicated person may consent validly.
- The consent must be a deliberate decision. This means that consent is invalid if expressed under the influence of compulsion or deception. Furthermore, the offender must make sure that the consentor is aware of all the circumstances that are relevant to their decision.
- The consent must be present when the offensive act is carried out, and the consentor may at any time retract their approval as long as it entails no obligation according to civil law. Consent expressed subsequently to the offensive act has *de jure* no justificatory effect.
- The consent may be expressed in words or in action or even be implied by the consentors unwillingness to intervene. In Danish law, however, there is no requirement for the consent to be expressed in a way that is perceptible to the offender. In principle, it suffices that the consentor agrees inwardly.

Even so, consent may sometimes be valid even if it is only *hypothetical*. This means that the offender considers the consent to be absent but, at the same time, is certain that the person in question would have consented if asked. At the very least, the offence must be indubitably trivial, or the offender's assumption must be based on the victim's approval in previous and similar cases.

Thirdly, one must interpret the relevant provisions to rule out those acts that are unpunishable *regardless* of consent. If a certain act is formally an offence, but in practice it is justified because it serves a socially acceptable purpose, then, in principle, the presence of a valid consent is irrelevant to the matter of guilt. In other words, one must be careful not to overuse consent as an explanation for exemption from punishment when other concepts are more appropriate.

Indholdsfortegnelse

1. Indledende del	6
1.1. Indledning	6
1.1.1. Om straffrihed.....	7
1.1.2. Samtykkets definition	7
1.2. Formål og problemformulering	8
1.2.1. Plan for fremstillingen.....	8
1.3. Afgrænsning	9
1.4. Metode og materiale	10
2. Baggrunden for samtykkets straffrihedsvirkning	11
2.1. Samtykkets begrundelse	11
2.2. Samtykkets virkefelt	12
2.2.1. Lovbestemt samtykkevirkning	13
2.2.2. Ulovbestemt straffrihedsvirkning.....	14
2.2.3. Legemsangreb.....	16
2.3. Andre hensyn.....	18
2.3.1. Velfærd	18
2.3.2. Forsvarlighed	19
2.3.3. Formål	22
2.4. Opsummering.....	24
3. Kravene til det diskulperende samtykke	25
3.1. Den samtykkendes forhold.....	25
3.1.1. Habilitetskrav	25
3.1.2. Frivillighedskrav	27
3.1.3. Ægthedskrav	29
3.2. Samtykkets tidslige virkning	30
3.2.1. Afgivelse	30
3.2.2. Tilbagekaldelse	31
3.2.3. Bortfald.....	32
3.3. Samtykkets art.....	33

3.3.1. Udtrykkeligt samtykke	33
3.3.2. Samtykke ved passivitet.....	34
3.3.3. Hypotetisk samtykke	36
3.4. Tilkendegivelsesdiskussionen	41
3.5. Samtykkets indhold.....	45
3.5.1. Samtykkefortolkning	45
3.5.2. Betinget samtykke	47
3.6. Opsummering.....	48
4. Samtykke og materiel atypicitet	49
4.1. Afgrænsning	49
4.2. Sømmenspil	50
4.2.1. Materielt atypiske legemsangreb	51
4.3. Afsluttende bemærkninger.....	54
5. Konklusion.....	56
6. Litteraturliste	58

1. Indledende del

1.1. Indledning

Den danske straffelov indeholder ingen almindelig bestemmelse om samtykke. En sådan blev ganske vist foreslået i 1917 af Carl Torp i dennes *Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning*,¹ men i senere udkast og i den endelige straffelov af 1930 er bestemmelsen udeladt. Alligevel er det almindeligt anerkendt, at samtykke fra den, som straffeloven søger at beskytte, under nærmere betingelser har indflydelse på strafansvaret. I litteraturen omtales samtykke som regel blandt *straffrihedsgrundene*, hvortil man også regner nødret og nødværge, der netop er positivt regulerede i straffelovens kapitel 3. Det kan derfor forekomme underligt, at reglerne om samtykke ikke er nedfældet, og det er i grunden min undren over lovens tavshed på dette felt, der har været udslagsgivende for mit valg af specialeemne.

Hvor der er huller i loven, må domstolene træde til og fastslå, hvad der skal regnes for gældende ret. I så henseende støder man dog på et nyt problem, nemlig at samtykke ikke fylder synderlig meget i retspraksis.² Det hænger formentlig sammen med samtykkets evne til helt at fjerne det krænkelseselement, som kendetegner strafferetten. I mange situationer, hvor der foreligger samtykke til i øvrigt strafbare forhold, vil hverken den samtykkende eller gerningspersonen overhovedet gøre sig overvejelser om de strafferetlige aspekter af sagen. Den samtykkende vil slet ikke opfatte sig selv som offer, og gerningspersonen vil ikke anse sig selv for forbryder. I modsætning hertil vil den, der gør brug af nødret eller nødværge, som oftest erkende at foretage sig noget strafbart med den ved situationen givne berettigelse, og netop nødretshandlingen vil hyppigt ske på bekostning af et sagesløst offer.

Den manglende lovregulering og den sparsomme retspraksis er derfor ikke udtryk for, at samtykke er af ringe betydning for strafferetten. Tværtimod skriver professor Vagn Greve, at samtykke uden tvivl er den praktisk vigtigste straffrihedsgrund.³ Og netop derfor er det både relevant og interessant at undersøge, hvornår og hvorfor et samtykke kan tillægges straffrihedsvirkning. Det er imidlertid først og fremmest retslitteraturen, man må henvende sig til, for at foretage denne undersøgelse.

¹ Straffelovskommissionens betænkning, s. 6

² Bechmann Christensen, s. 13

³ Greve, 2004 s. 142

1.1.1. OM STRAFFRIHED

Det er en grundlæggende betingelse for straf, at en gerningsperson har realiseret det gerningsindhold, der fremgår af en strafbemmelelse. Omvendt er dette ikke i sig selv tilstrækkeligt, da der kan være omstændigheder ved gerningspersonen eller selve overtrædelsen, der udelukker straf – på lovbestemt eller uskrevet grundlag. Det vil netop være tilfældet, hvis der foreligger en straffrihedsgrund.

På engelsk kaldes de objektive straffrihedsgrunde for *defences* (»forsvar«), og i tysk ret kaldes de *Rechtfertigungsgründe* (»retfærdiggørelsesgrunde«). Disse betegnelser indkredser måske bedre straffrihedsgrundenes betydning for strafferetsplejen: Når en strafbemmelelse er overtrådt, har statsmagten i udgangspunktet et *strafkrav* mod overtræderen. Gerningspersonen må imidlertid gives lejlighed til at *retfærdiggøre* sin adfærd i et sådant omfang, at det må sluttes, at der ikke er noget at bebrejde den pågældende. Hvor en strafbemmelelse ved sin ordlyd fastsætter den yderste grænse for den adfærd, der kan føre til straf, bevirker straffrihedsgrundene altså en *indskrænkning* af adgangen til at straffe.

Det følger også deraf, at straffrihedsgrundene har størst strafferetlig relevans i de tilfælde, hvor betingelserne for straf i øvrigt er opfyldt. Det er nemlig i disse tilfælde, at grænserne for straffrihedsvirkningen må fastlægges ved en afvejning af forskellige hensyn.

1.1.2. SAMTYKKETS DEFINITION

Der findes ikke nogen almindeligt anerkendt definition af samtykke.⁴ Begrebet anvendes både inden for andre juridiske discipliner og i dagligdags sprogbrug, hvor det ikke nødvendigvis har nogen sammenhæng med strafferetten. I denne fremstilling vil samtykkedefinitionen følge den fremherskende opfattelse, nemlig at samtykke kan betragtes som et *afkald* (med eller uden retsvirkninger) på den beskyttelse, som loven yder.⁵ Samtykkebegrebet skal altså ses i sammenhæng med straffelovens beskyttelseshensyn.

Når man fra lovgivningsmagtens side vedtager en strafbemmelelse, sker det ud fra den betragtning, at visse typer adfærd er skadelige eller af anden årsag uønskede i samfundet. En strafbemmelelse skal derfor beskytte en (materiel eller ideel) interesse ved at pålægge *straf*.⁶ Straffelovens beskyttelsesinteresser er meget varierende og fremtræder ikke altid klart af den enkelte bestemmelser, om end der som regel er hjælp at hente i kapitlernes overskrifter.

⁴ Bechmann Christensen, s. 21

⁵ Langsted, s. 135

⁶ Grothe Nielsen, s. 50

I nogle tilfælde vil det i almindelig sprogbrug falde naturligt at betegne lovens beskyttelsessubjekt som et offer. Det gælder for eksempel i forhold til bestemmelserne i straffelovens kapitel 25 om *Forbrydelser mod liv og legeme*. Beskyttelsesinteressen fremgår her klart af kapiteloverskriften: Bestemmelserne værner enkeltpersoner mod fysiske angreb fra andre, og denne beskyttelse nyder enhver automatisk i kraft af loven.

Det kan imidlertid tænkes, at den angrebne ikke ser sig selv som offer. Måske har den pågældende ligefrem takket ja til at blive angrebet. I et sådant tilfælde foranlediges man til at overveje, om angrebet stadig har karakter af en strafværdig *krænkelse*. Man kan passende spørge, om beskyttelsesinteressen rækker så langt som til at omfatte den angrebne, der selv har accepteret angrebet – eller om man må konstatere, at straffebestemmelsen kun finder anvendelse på angreb, der er udført mod den angrebnes vilje.

Dermed opstår altså behovet for at fastsætte grænserne for samtykkets indflydelse på strafansvaret – og det er disse grænser, der er omdrejningspunktet for dette speciale.

Der opstår imidlertid også et definatorisk problem, idet det kan virke kunstigt at tale om »gerningspersoner« og »forurettede«, når ingen føler sig som offer. I denne fremstilling vil disse begreber blive brugt under forudsætning af, at der objektivt set er sket en overtrædelse af en straffebestemmelse – uagtet om den ramte føler sig krænket, eller om der i øvrigt er grundlag for et strafansvar.

1.2. Formål og problemformulering

Med denne fremstilling ønsker jeg at besvare følgende problemstillinger:

- Hvad er hensynene bag, at samtykke anerkendes som straffrihedsgrund?
- Hvilke krav skal samtykket opfylde, før det kan tillægges straffrihedsvirkning?
- Hvordan spiller samtykke sammen med betragtninger om materiel atypicitet?

Sammenfattet er den overordnede hensigt med fremstillingen at klarlægge grænserne for samtykkets straffrihedsvirkning, og problemstillingerne skal afspejle forskellige aspekter af denne afgrænsning.

1.2.1. PLAN FOR FREMSTILLINGEN

I specialet er der dedikeret et kapitel til hver af de ovennævnte problemstillinger. Til brug for denne fremstilling følger afgrænsningen af samtykkets straffrihedsvirkning altså en trestrengt systematik.

For det første må man tage stilling til, om der i det hele taget kan samtykkes med diskulperende virkning til det strafbare forhold, der er tale om. Dette betegner den norske professor Andorsen som kravet om *gerningsrelevans*,⁷ og det er afgrænsningen heraf, der er behandlet i specialets kapitel 2.

For det andet må man tage stilling til, om der foreligger samtykke i *strafferetlig* forstand. I vanlig juridisk stil må der i så henseende stilles visse krav til samtykkets form og den samtykkendes personlige forhold samt de nærmere omstændigheder i øvrigt. Disse krav henviser Andorsen til under betegnelsen *samtykke-relevans*,⁸ og de er behandlet i specialets kapitel 3.

For det tredje må man overveje, om samtykkeinstituttet er den rigtigste begrundelse for straffrihed, eller om straffriheden følger af mere overordnede fortolkningsprincipper. Dette er behandlet i kapitel 4.

1.3. Afgrænsning

Idet specialet har til formål at fastslå grænserne for, hvornår samtykket bevirker straffrihed, vil jeg ikke redegøre for retsvirkningerne af *manglende* samtykke. Her skal det blot bemærkes, at et ugyldigt eller fraværende samtykke naturligvis ikke uden videre medfører, at der opstår et strafansvar. For det første beror strafansvaret ligeledes på betragtninger om tilregnelser og vildfarelse. Disse vil kun blive omtalt, hvor det har særlig relevans. For det andet er der på visse områder praksis for, at et mangelfuldt samtykke mødes med andre reaktioner end straf, f.eks. erstatningspligt.⁹ For det tredje kan straffriheden følge af andre straffrihedsgrunde såsom nødret og negotiorum gestio, der i nogle tilfælde har fællestræk med samtykke, men som bygger på andre hensyn og bl.a. indebærer et nødvendighedskrav.¹⁰

Af hensyn til fremstillingens omfang vil specialet alene beskæftige sig med samtykkets virkning i forhold til *straffelovens* bestemmelser. Særlovsdelikter vil derfor ikke blive berørt. I visse andre love, f.eks. sundhedsloven, er samtykkets virkning særligt reguleret. Dette vil jeg heller ikke redegøre for.

Inden for straffelovens område vil jeg have særligt fokus på legemsangreb og seksualforbrydelser, hvor samtykkets virkning som straffrihedsgrund synes mest iøjefaldende, omstridt og interessant.

⁷ Andorsen, s. 446

⁸ Andorsen, s. 446

⁹ Bechmann Christensen, s. 44

¹⁰ Andorsen, s. 434

1.4. Metode og materiale

Til dette speciale er anvendt en traditionel, retsdogmatisk metode, idet formålet som nævnt er at undersøge retstilstanden omkring det strafferetlige samtykke. Den praktisk vigtigste retskilde er i så henseende retspraksis, da samtykke hovedsagelig beror på uskrevne grundsætninger, der må klarlægges ved domstolene. Idet retspraksis som nævnt er forholdsvis sparsom, må man imidlertid i vidt omfang bedømme gældende ret ud fra teoretikers metodiske arbejder. Det giver naturligt anledning til nogen usikkerhed, og jeg har derfor tilstræbt at redegøre for teoriens uenigheder. Usikkerheden om retstilstanden har i øvrigt givet anledning til at redegøre for visser retspolitiske overvejelser.

I dansk retslitteratur findes den mest udførlige beskrivelse af samtykkets virkning i Malene Bechmann Christensens ph.d.-afhandling fra 2008 med titlen *Det strafferetlige samtykke*. I dette speciale har jeg derfor naturligt forholdt mig til Bechmann Christensens mange iagttagelser. Derudover har jeg anvendt en række lærebøger skrevet eller revideret af nogle af de fremmeste teoretikere i moderne dansk ret, herunder Knud Waaben, Vagn Greve og Gorm Toftegaard Nielsen.

Eftersom den norske retstradition også på strafferettens område læner sig meget op ad dansk ret, har jeg fundet det nærliggende også at ty til den norske retslitteratur, hvor samtykkets straffrihedsvirkning er indgående behandlet af Kjell V. Andorsen i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* fra 1992.

2. Baggrunden for samtykkets straffrihedsvirkning

Der har gennem tiden eksisteret forskellige begrundelser for at tillægge samtykke straffrihedsvirkning, og dette er retshistorisk kommet til udtryk i måden, hvorpå straffrihedsvirkningen er blevet afgrænset.

Før i tiden havde det strafferetlige samtykke stor lighed med det obligationsretlige begreb *accept*. I romerretten, hvor strafferetten og erstatningsretten var tæt forbundne, forlod man sig på princippet om, at den, der samtykker, ikke lider nogen uret – *volenti non fit injuria*.¹¹ I Danmark har samtykket traditionelt hvilet på et civilretligt inspireret *kontraktsynspunkt*, hvorefter samtykkets straffrihedsvirkning var afgrænset til *afbændelige* goder.¹² I vore dage bygger strafferetten imidlertid på andre hensyn end de dagældende, og der kan derfor ikke i almindelighed stilles lighedstegn mellem strafferetligt samtykke og aftaleretlig *accept*.¹³

Når samtykke alligevel anerkendes som straffrihedsgrund også i moderne ret, må det altså være på et lidt andet grundlag. Det er dette grundlag, der er omdrejningspunktet for dette kapitel.

I det følgende vil jeg derfor undersøge, hvilke hensyn der lægges til grund ved afgrænsningen af samtykkets virkning *de lege lata*. Først vil jeg redegøre for, hvilken begrundelse der i moderne dansk ret gives for at anse samtykke for en straffrihedsgrund. Derefter vil jeg redegøre overordnet for, hvilke strafbare overtrædelser der kan samtykkes til med straffrihedsvirkning, og i samme ombæring vil jeg undersøge, hvordan denne afgrænsning hænger sammen med begrundelsen. Efterfølgende vil jeg undersøge, hvilke andre hensyn der kan have indflydelse på bedømmelsen af samtykkets straffrihedsvirkning.

2.1. Samtykkets begrundelse

Samtykkets straffrihedsvirkning begrundes ofte med hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesret.¹⁴ Tanken er, at den fornuftige borger i nogle tilfælde bedst selv kan afgøre, om en bestemt adfærd er uønsket, og om den risiko, der er forbundet med adfærden, er værd at løbe. Greve skriver om (blandt andet) samtykke, at »*man i disse situationer netop respekterer »offerets« handlefrihed med hensyn til dets egne interesser.*»¹⁵ Ifølge Greve går udviklingen desuden i retning af, at selvbestemmelsesretten tillægges større vægt.¹⁶

¹¹ Toftegaard Nielsen, s. 138

¹² Hurwitz, s. 208

¹³ Bechmann Christensen, s. 114

¹⁴ Bechmann Christensen, s. 25 ff.; Andorsen, s. 315 ff.

¹⁵ Greve, 2004, s. 141

¹⁶ Greve, 2004, s. 144

For en person med et liberalistisk grundsyn vil samtykkeinstituttet netop på grund af selvbestemmelsesretten veje tungt,¹⁷ da man derigennem beskytter privatlivet mod uønsket indblanding fra det offentlige. Straffeloven er af natur begrænsende for den enkeltes handlefrihed, men efter moderne retsprincipper skal enhver sådan begrænsning være velbegrundet og ikke række længere, end denne begrundelse tilsiger. »Lovgivningen har med andre ord tatt det standpunktet at man, iallfall normalt, ikke vil påtvinge fornærmede et strafferechtslig vern han eller hun ikke ønsker, og vedkommende er gjennom samtykke stilt fritt til å gi avkall på det.«¹⁸

Andorsen mener, at begrundelsen for samtykkeinstituttet – altså selvbestemmelsesretten – naturligt bør anvendes til at fastsætte de yderste grænser for samtykkets straffrihedsvirkning.¹⁹

Al den stund statens eneste formål i strafferetlig sammenhæng er at værne borgere mod overgreb fra hinanden, mister en overtrædelse naturligvis sin strafværdighed, når den forurettede har indvilget og slet ikke ønsker gerningsmanden straffet. Visse steder i straffeloven er det således klart, at der må tages forbehold for selvbestemmelsesretten. Et kindkys kan efter omstændighederne straffes som blufærdighedskrænkel- se, men det er selvsagt ikke meningen, at forelskede par skal afholde sig fra at kærtegne hinanden på den måde. Straffelovens § 232, der forbyder blufærdighedskrænkel- se, er ikke moraliserende; den beskytter alene den, der ikke ønsker at blive udsat for en sådan indyndelse. I mange tilfælde er der dog andet og mere, der ligger til grund for kriminaliseringen af en bestemt adfærd, end hensynet til den enkelte, og spørgsmålet om samtykkets indvirkning på strafansvaret giver derfor anledning til tvivl.

Imod selvbestemmelsesrettens fremtrædende placering kan man desuden hævde, at borgeren i et vist omfang må beskyttes mod sit eget samtykke – navnlig når en overtrædelse kan have langsigtede konsekvenser, som den samtykkende ikke nødvendigvis har kunnet overskue. At den samtykkende anser en handling for ønskværdig umiddelbart forud for dens udførelse, er ikke altid et pålideligt pejlemærke for, om handlingen er strafværdig.

2.2. Samtykkets virkefelt

Nogle forfattere, herunder Toftegaard Nielsen, opponerer mod at opfatte samtykke som en objektiv straffrihedsgrund, da samtykke ikke har straffrihedsvirkning i forhold til alle strafbare forhold.²⁰ Tværtimod er der mange tilfælde, hvor modsatrettede hensyn må vægtes højere end de hensyn, der begrundes samtykkets straffrihedsvirkning, og hvor overtrædelser af det pågældende straffebed dermed ikke kan

¹⁷ Greve, s. 142

¹⁸ Andorsen, s. 315

¹⁹ Andorsen, s. 416

²⁰ Toftegaard Nielsen, s. 137 f.

anses for tilbørlige selv med den forurettedes accept. Toftegaard Nielsen formulerer det sådan, at nogle forbrydelsestyper »også omfatter handlinger begået med samtykke af ofret.«²¹ Afgrænsningen af samtykkets straf-frihedsvirkning beror derfor på fortolkning af de enkelte strafbestemmelser. I modsætning hertil har de lovbestemte straffrihedsgrunde nødret og nødværge en generel karakter.

For at kunne beskrive grænserne for samtykkets virkning, må man altså først frasortere de bestemmelser i straffeloven, der er uden relevans for straffrihedsgrunden. I det følgende vil jeg derfor redegøre for teoriens syn på, hvilken virkning det gyldige samtykke har i forhold til straffelovens bestemmelser. En fuldstændig gennemgang af, hvilke delikter der med straffrihedsvirkning kan samtykkes til, falder dog uden for formålet med denne fremstilling, og jeg vil derfor blot komme ind på de væsentligste af de momenter, der indgår i bedømmelsen.

2.2.1. LOVBESTEMT SAMTYKKEVIRKNING

Enkelte strafbestemmelser udtaler sig direkte om samtykkespørgsmålet. Det gælder for eksempel tyveribestemmelsen i § 276, der netop definerer tyveri som borttagelse af fremmed rørlig ting uden besidderens samtykke (med henblik på tilegnelse og uberettiget vinding). Som Hurwitz anfører, kan samtykke ikke betegnes som en straffrihedsgrund i et sådant tilfælde, da samtykket medfører, at forholdet slet ikke er omfattet af strafbestemmelsen, og at det strafbare gerningsindhold dermed slet ikke er realiseret – der foreligger med andre ord ikke (formel eller materiel) typicitet.²² Greve bruger da også tyveribestemmelsen som eksempel på, at samtykke helt kan ændre den strafferetlige vurdering af en sag. Indkøb i et supermarked kan naturligvis ikke opfattes som tyveri begået med de ansattes samtykke.²³

Også i tilfælde, hvor samtykket ikke omtales direkte i loven, vil samtykkets karakter af en formueretlig disposition ofte ændre selve billedet af »overtrædelsen«. Det vil for eksempel falde de fleste unaturligt at regne udlejerens underskrift på en lejekontrakt for et samtykke til, at lejereren må begå husfredskrænkelser efter straffelovens § 264. I denne og visse andre bestemmelser i straffeloven – f.eks. brugstyveribestemmelserne i § 293 og § 293 a – er der indlagt et forbehold i form af ord som »uberettiget« eller »retsstridig«. Det kan ofte udledes af disse ord, at samtykke bringer forholdet uden for strafbarhedens område. Forbeholdsordene har dog næppe stor indflydelse på strafansvaret, da strafbestemmelser altid bør læses med forbehold for retsstridighedssynspunkter,²⁴ og de gerninger, der på grund af forbeholdene er materielt

²¹ Toftegaard Nielsen, s. 138

²² Hurwitz, s. 207

²³ Greve, s. 142

²⁴ Toftegaard Nielsen, s. 43 og 140

atypiske, ville nok også være straffri i ordenes fravær. Det forekommer i det hele taget temmelig tilfældigt, hvor man har valgt at tage forbehold for samtykke og deslige.²⁵

Kravene til samtykkerelevans, som behandles i kapitel 3, må i øvrigt være de samme også i tilfælde, hvor samtykket berører typicitetsspørgsmålet, og det har derfor fortsat betydning at medtage disse delikter. Hvorvidt samtykke i de nævnte tilfælde tjener som egentlig straffrihedsgrund, er ifølge Hurwitz uden praktisk betydning.²⁶

Visse andre steder i straffeloven er der givet hjemmel til strafnedsættelse ved samtykke, f.eks. § 164, stk. 3, og § 208. I § 239 om drab efter begæring er strafnedsættelsen i forhold til § 237 betinget af et kvalificeret samtykke. Det siger sig selv, at samtykke i disse tilfælde ikke samtidig kan betragtes som en straffrihedsgrund, idet strafnedsættelse jo netop forudsætter, at der er indtrådt et strafansvar.

Endelig er der en enkelt bestemmelse, nemlig § 245 a, som udtrykkeligt finder anvendelse »med eller uden samtykke«. Denne bestemmelse omtales yderligere nedenfor.

2.2.2. ULOVBESTEMT STRAFFRIHEDSVIRKNING

Uden for de tilfælde, hvor samtykkets virkning fremgår af lovens ordlyd, må afgrænsningen af samtykkets virkefelt som nævnt foretages ved fortolkning. Det vigtigste element i denne fortolkning er ifølge Langsted den enkelte bestemmelses beskyttelsesinteresse.²⁷ Nogle bestemmelser beskytter værdier, som ingen enkeltpersoner har rådighed over. I andre tilfælde må enkeltpersoners handlefrihed begrænses af hensyn til samfundet. Kun hvor dette ikke er gældende, er der en formodning for, at samtykke har indflydelse på strafansvaret.

Hvis en strafbestemmelse klart beskytter en offentlig interesse, taler det imod, at samtykke kan tillægges straffrihedsvirkning. Hurwitz påpeger, at der i disse situationer ofte slet ikke er nogen, der er kompetent til at give samtykke. Det er klart, at selvbestemmelsesretten (individets handlefrihed) er uden relevans, hvor loven f.eks. beskytter en offentlig myndighed.

Bechmann Christensen peger på, at navnlig bestemmelserne i straffelovens kapitel 12-22 beskytter almenne interesser, og at disse bestemmelser derfor generelt er uden relevans for samtykkespørgsmålet.²⁸ Der forekommer dog visse undtagelse, i hvert fald uden for kapitel 12-16.²⁹

²⁵ Hurwitz, s. 208

²⁶ Hurwitz, s. 208

²⁷ Langsted, s. 155

²⁸ Bechmann Christensen, s. 250

²⁹ Hurwitz, s. 210

I visse bestemmelser er strafbarheden betinget af, at gerningspersonen handler uden tilladelse (fra en offentlig myndighed).³⁰ Det gælder f.eks. § 204 om hasardspil (kap. 22). Er en sådan tilladelse givet, kan dette opfattes som et samtykke, der bringer forholdet uden for det strafbare område.

Også uden for de nævnte kapitler kan almene interesser udelukke straffrihed ved samtykke. For eksempel beskytter § 208 (kap. 23) om bigami selve retsordenen omkring ægteskabet, der i grunden er statens domæne. Et samtykke fra bigamistens første ægtefælle har derfor ingen straffrihedsvirkning. Nogle vil måske hævde, at ingen lider nogen krænkelse ved indgåelsen af et bigamisk ægteskab, når alle de i ægteskaberne involverede parter er indforståede med situationen – men den almene interesse i at undgå misbrug af den juridiske anerkendelse, som ægteskabet indebærer, vægtes højere. Hvordan folk ellers ordner deres samliv, henhører derimod under den enkeltes handlefrihed, og der er selvfølgelig intet der forhindrer folk i føre et »bigamisk« samliv. Dette belyser meget godt, hvilken rolle selvbestemmelsesretten spiller i forhold til samfundets interesser. Et samtykke fra bigamistens nye ægtefælle diskulperer i øvrigt heller ikke men medfører strafnedsættelse, jf. bestemmelsens ordlyd.

I straffelovens øvrige kapitler (24-28) er der modsætningsvis en formodning for, at bestemmelserne beskytter enkeltpersoner, og at samtykke derfor diskulperer. Også i disse kapitler er der imidlertid en række undtagelser.

I forhold til bestemmelser, der forbyder anvendelsen af tvang (f.eks. § 260 og § 216), har samtykke diskulperende virkning. I disse tilfælde er strafbarheden netop betinget af, at (en form for) samtykke opnås på en utilbørlig måde, og det vil naturligvis ikke være tilfældet, hvis samtykket opfylder alle gyldighedskrav. Det kan også formuleres sådan, at bestemmelserne forbyder den ene borgers overgreb på den andens *handlefrihed*, og det er således forudsat, at borgeren (den forurettede) er overladt denne frihed til at bestemme selv. Det vil nok i almindelighed virke formålsløst at tale om »samtykke til tvang«, men det er på den anden side ikke umuligt. Torp nævner som eksempel, at to personer vædder om, hvorvidt den ene er stærk nok til at binde den anden fast, selv om denne gør kraftig modstand.³¹

Omvendt kan der ikke samtykkes diskulperende i forhold til bestemmelser, der forbyder udnyttelse, forførelse eller deslige, f.eks. § 223, stk. 2 (forførelse af en person under 18 år), og § 282 (åger, dvs. udnyttelse af økonomiske vanskeligheder eller deslige).³² I mange af disse tilfælde er strafbarheden netop betinget af, at den samtykkende ikke er habil, og samtykket har derfor ikke diskulperende virkning, selv om det er afgivet ganske frivilligt (nærmere herom i specialets kapitel 3). Samme betragtning gør sig gældende for

³⁰ Hurwitz, s. 209

³¹ Torp, s. 8

³² Hurwitz, s. 210

de bestemmelser, hvor strafbarheden er betinget af den forurettedes alder (særligt i straffelovens kapitel 24 om seksualforbrydelser). Samtykke fra den mindreårige er i alle tilfælde uden diskulperende virkning, dog med undtagelse af § 235, stk. 3, der tillader besiddelse af pornografiske billeder og lignende af en person i alderen fra 15 til 18 år, så længe den unge samtykker.

I forhold til drabsforbrydelserne i straffelovens kapitel 25 har samtykket heller ikke diskulperende virkning. Her har samfundet taget det standpunkt, at livet er et yderst vigtigt gode, og at selvbestemmelsesretten ikke omfatter retten til at lægge sit liv i en andens hænder. Andorsen skriver: »[a]v tungtveiende samfunnsbetydning går prinsippet om livets ukrenkelighet foran den enkeltes eventuelle interesse i å kunne disponere fritt i denne relasjonen.«³³ Hurwitz mener desuden, at samtykke til uforsvarlig adfærd, som fører til den samtykkendes død, ikke udelukker straf for uagtsomt manddrab.³⁴ Der kan med andre ord ikke samtykkes diskulperende til handlinger efter § 252, hvormed der forvoldes fare for den samtykkendes liv.

For så vidt angår bestemmelserne om *personkrænkelser*, dvs. forbrydelser mod den personlige frihed (kap. 26) og freds- og æreskrænkelser (kap. 27) samt blufærdighedskrænkelser (§ 232), vil der i almindelighed kunne samtykkes med diskulperende virkning.³⁵ Det hænger sammen med, at disse bestemmelser i hvert fald i hovedsagen værner mod *følelsen* af at være krænket (i modsætning til en objektiv skadevirkning), og selvbestemmelsesretten indbefatter i almindelighed retten til at løbe den risiko at føle sig krænket. I øvrigt vil samtykke nok ofte medføre, at den samtykkende slet ikke får oplevelsen af at være krænket. Hvis f.eks. voldstrusler (§ 266) fremsættes med samtykke fra den, som truslerne rettes imod, vil de som regel ikke være egnede til at fremkalde alvorlig frygt.

Imidlertid kan langvarig frihedsberøvelse nok være strafbar selv med den frihedsberøvedes samtykke, i hvert fald hvis den pågældende risikerer at være indespærret i lang tid efter at have fortrudt.³⁶

Endelig er samtykke som tidligere nævnt i almindelighed relevant ved formueforbrydelserne i kapitel 28, så længe den givne overtrædelse ikke griber ind i tredjemands ret.³⁷

2.2.3. LEGEMSANGREB

Et særligt interessant område for samtykkets virkning vedrører voldsbestemmelserne i straffelovens kapitel 25. Straffelovens § 248 indeholdt tidligere en bestemmelse om, at samtykke til de mildeste former for legemsangreb (efter den dagældende § 244, stk. 1) gjorde disse straffri. Bestemmelsen blev ophævet i for-

³³ Andorsen, s. 316

³⁴ Hurwitz, s. 212

³⁵ Hurwitz, s. 213

³⁶ Hurwitz, s. 213

³⁷ Hurwitz, s. 213

bindelse med, at straffelovens § 244 blev omformuleret, idet Straffelovrådet fandt det vanskeligt at afgrænse området for diskulperende samtykke inden for bestemmelsens nye ordlyd.³⁸ I stedet blev spørgsmålet om samtykkets virkning overladt til domstolene. Det fremgår i øvrigt af Straffelovrådets betænkning, at det ikke anses for udelukket at lade det diskulperende samtykke omfatte alvorligere former for legemsangreb, end § 248 indtil da tillod.

Udgangspunktet er i dag, at samtykke til grov vold (efter § 245) ikke diskulperer, hvorimod der kan samtykkes med straffrihedsvirkning til i hvert fald visse former for simpel vold (efter § 244).³⁹

Det strafbare område for simpel vold er meget bredt, og det er oplagt, at de mest banale af disse – f.eks. spyt i ansigtet eller kastning med kage eller sne – ikke bør kunne straffes trods samtykke fra den forurettede. Inden for det område, som lovliggøres ved samtykke, er dog også voldshandlinger af mere alvorlig art, som i hvert fald er *egnede* til at føre til skade, f.eks. aftalt slåskamp. Mange af disse handlinger må nok siges at ligge uden for fornuftig handlemåde, og i modsætning til eksempelvis sneboldkamp kan der nok ikke opstilles nogen formodning for, at nogen skulle indvilge i at blive udsat for potentielt skadelige voldshandlinger. Nogle vil måske argumentere for, at samfundet burde udvise nultolerance over for i hvert fald ikke helt banal vold – og folk med et sådant syn vil nok henholde sig til, at volden har økonomiske konsekvenser for samtykket på grund af sundhedsudgifter og arbejdsudygtighed.

Den mest nærliggende forklaring på, at sådan simpel vold i udgangspunktet alligevel er straffri med samtykke fra den angrebne, er netop hensynet til selvbestemmelsesretten. Det afgørende er her, om den angrebne rent faktisk krænkes i gerningsøjeblikket som følge af volden, og det vil ikke være tilfældet, hvis den pågældende frivilligt har indladt sig på en slåskamp for sjov eller for at afgøre et udestående.

Omvendt rækker selvbestemmelsesretten ikke til at omfatte alvorligere vold efter § 245. Her overgås begrundelsen for samtykkeinstituttet altså af almene hensyn og af hensynet til at beskytte folk mod deres egne, skødesløse samtykkedispositioner.

Der kan heller ikke samtykkes med straffrihedsvirkning til overtrædelse af § 245 a, og dette fremgår ligefrem udtrykkeligt af paragraffen, der forbyder kvindelig omskæring *med eller uden* samtykke. Bestemmelsen, der blev indført i 2003, har ikke medført nogen egentlig ændring af retstilstanden,⁴⁰ men den har en vis signalværdi og fastslår tydeligt det danske samfunds (generelle) syn på omskæring af kvinder. Her har man altså tydeligt tilkendegivet, at selvbestemmelsesretten må begrænses. Det fremgår dog af bemærkning-

³⁸ Betænkning nr. 1099, s. 159.

³⁹ Bechmann Christensen, s. 237

⁴⁰ Bechmann Christensen, s. 37

gerne til loven, at samtykke til bortskæring af kvindelige ydre kønsorganer er straffrit, når det er lægeligt motiveret, f.eks. i forbindelse med fødsel eller kønsskifteoperation.⁴¹

2.3. Andre hensyn

2.3.1. VELFÆRD

Før i tiden anvendte blandt andre Torp en målestok for samtykkets straffrihedsvirkning, hvorefter der alene kan samtykkes til overtrædelser, der ikke griber ind i den samtykkendes velfærd.⁴² Denne parameter lægger afgørende vægt på den samtykkendes *følelse* af at være krænket. Samtykker man til blufærdigheds- eller æreskrænkelser, har der strengt taget ikke fundet nogen krænkelser sted, da disse bestemmelser beskytter mod den forurettedes subjektive oplevelse af, hvad der er ret og uret. Ud fra velfærdshensynet kan man derimod ikke samtykke til legemsbeskadigelse, da en sådan overtrædelse rammer mere end blot den samtykkendes retsfølelse, navnlig den pågældendes legemlige sundhed. Andre velfærdsgoder, som den enkelte ikke gives rådighed over, omfatter livet og friheden.⁴³

I Straffelovskommissionens betænkning foreslog Torp, at samtykke til *legemsforværelse* skulle have straffrihedsvirkning, men at det modsatte skulle gøre sig gældende i forhold til *legemsbeskadigelse*. Dermed var det afgørende moment for samtykkets afgrænsning på voldsområdet ifølge Torp, om volden medførte skade på legeme eller helbred, altså greb ind i den forurettedes velfærd.

Ved første øjekast kunne det se ud til, at Torp indtænkte en sammenhæng mellem privat påtale og samtykkets straffrihedsvirkning. Adgangen til privat påtale er i dag meget begrænset, men i Straffelovskommissionens betænkning blev det foreslået at lade mange følelsesbetonede overtrædelser være undergivet privat påtale, f.eks. brugstyveri og trusler.⁴⁴ Også legemskrænkelser skulle påtales af den forurettede.⁴⁵ Torp afviste dog selv, at der skulle kunne opstilles nogen sikker sammenhæng mellem privat påtale og samtykke med straffrihedsvirkning, navnlig fordi privat påtale kan bygge på det for samtykkeinstituttet irrelevante hensyn, at man med en retssag risikerer at forværre den krænkelser, som den forurettede har lidt.⁴⁶

Også Andorsen afviser, at man bør knytte samtykkeafgrænsningen sammen med påtalereglerne, da det ikke er de samme hensyn, som gør sig gældende.⁴⁷ Han skriver omvendt, at samtykket må antages at have

⁴¹ Bechmann Christensen, s. 38

⁴² Torp, s. 10; Bechmann Christensen, s. 32

⁴³ Bechmann Christensen, s. 32

⁴⁴ Straffelovskommissionens betænkning, s. 88-91

⁴⁵ Straffelovskommissionens, s. 81-83

⁴⁶ Torp, s. 8

⁴⁷ Andorsen, s. 414

størst relevans i forhold til bestemmelser, der ubetinget påtales af det offentlige. Det fremgår ikke helt klart, hvad Andorsen mener med dette, men det er formentlig en erkendelse af, at et privat sagsanlæg (eller begæring om offentlig påtale) i sig selv er en antydning af, at samtykke ikke har foreligget.

Bechmann Christensen afviser, at velfærdsbegrebet er velegnet til afgrænsning af samtykkets straffrihedsvirkning, da begrebet i dag tillægges et andet indhold, og da strafferetten hviler på andre hensyn.⁴⁸

Der hersker ikke tvivl om, at selvbestemmelsesretten, der er en udpræget liberalistisk forestilling, har større betydning i vore dage end på Torps tid. En velfærdsafgrænsning vil nogle måske opleve som formynderisk, for eksempel hvis det dermed bliver strafbart at aftale en slåskamp for sjov eller frihedsberøve narkomanen, der beder om hjælp til en kold tyrker. I nogle tilfælde indebærer samtykke i øvrigt blot *risikoen* for velfærdsforringelser. Et samtykke til samleje medfører jo blandt andet risikoen for at blive smittet med sygdom, men en indskrænkning af den seksuelle handlefrihed ud fra Torps velfærdsparameter vil man næppe acceptere. Det er dog muligt, at man fortsat vil kunne anvende velfærdsbegrebet som mindstemål for samtykkets virkning – forstået på den måde, at der i alle tilfælde bør kunne samtykkes til overtrædelser, der ikke direkte rammer den samtykkendes velfærd.

2.3.2. FORSVARLIGHED

En forsvarlighedsstandard kendes allerede fra nødværgesituationen, hvor den supplerer kravet om, at nødværgehandlingen skal være nødvendig, jf. straffelovens § 13. Forsvarlighedskravet i forhold til nødværgehandlinger er ikke helt let at have med at gøre, da begrebet i sig selv er temmelig ubestemmeligt, men det kan nok betragtes som en sikkerhedsventil, hvormed man ikke utilsigtet lovliggør nødværgehandlinger, der står i åbenbart misforhold til det angreb, der reageres på. Toftegaard Nielsen beskriver det sådan, at det kan anses for nødvendigt at skyde en cykeltyv, hvis ikke man har andre muligheder for at standse den pågældende. Det kan derimod ikke anses for forsvarligt, da der ikke er »*rimeligt forhold mellem risikoen ved forsvarshandlingen og det, der mistes ved det oprindelige angreb.*«⁴⁹ Kravet om forsvarlighed bevirker altså en indskrænkning af straffrihedsgrundens anvendelsesområde.

Andorsen er fortaler for, at man også anvender en forsvarlighedsstandard i samtykkesituationen, således at man både foretager en *absolut* og en *relativ* afgrænsning af samtykkets virkeområde.⁵⁰ Den absolutte afgrænsning indebærer, at man udskiller de strafbestemmelser, hvor samtykke slet ikke kan føre til straffrihed. Den relative afgrænsning indebærer, at man i forhold til de øvrige strafbestemmelser indskrænker

⁴⁸ Bechmann Christensen, s. 33

⁵⁰ Andorsen, s. 470 f.

⁴⁹ Toftegaard Nielsen, s. 122

samtykkets virkning ud fra en forsvarlighedsbetragtning. Dermed risikerer man ikke at tillægge den forurettedes samtykke urimeligt stor betydning ved at lade det gælde for alle de gerninger, der henhører under en given strafbestemmelse. Mange strafbestemmelser omfatter nemlig mange handlinger af temmelig forskellig art og grovhed.

En sådan tostrengt afgrænsningsform har dog ifølge Andorsen særlig relevans i henseende til legemsangreb, og det hænger sammen med samtykkets retsstilling på dette område.

I den norske straffelov, som var gældende på det tidspunkt, da Andorsen (og for den sags skyld de øvrige forfattere, herunder Bechmann Christensen) fremsatte sine synspunkter, skelnedes der mellem legemsfor nærmelse med eventuel uagtsom skadetilføjelse (§ 228) og forsætlig legemsbeskadigelse med eventuel uagtsom *betydelig* skadetilføjelse (§ 229). Overtrædelser af førstnævnte ville man efter dansk ret henføre under § 244, mens overtrædelser af sidstnævnte vist spændte over en række paragraffer i den danske straffelov, formentlig §§ 244, 245, 246 og 250.⁵¹

I henhold til lovens § 235 kunne der samtykkes med straffrihedsvirkning til overtrædelser af såvel § 228 som § 229; altså formelt set til noget grovere voldshandlinger end efter dansk ret med tanke på de uagtsomme skadefølger. Desuden straffedes forsætlig *betydelig* legemsbeskadigelse efter § 231 i den norske straffelov, men denne bestemmelse var uden gerningsrelevans, jf. modsætningsvis § 235.

Den 1. oktober 2015 trådte en ny straffelov i kraft i Norge. Loven lader ikke til at have medført ændringer af betydning – hverken på samtykkets eller legemsangrebenes område. Det fremgår af lovens § 276, at der kan samtykkes med straffrihedsvirkning i forhold til alle lovens basale voldsbestemmelser, det vil sige §§ 271 (kropskrænkelser), 272 (grov kropskrænkelser), 273 (kropsskade) og 274 (grov kropsskade). For sidstnævnte bestemmelse gælder straffriheden dog kun første led; andet led svarer til den tidligere straffelovs § 231, der som nævnt heller ikke var omfattet af samtykkets straffrihedsvirkning. I udgangspunktet svarer kropskrænkelser til legemskrænkelser efter den gamle lovs § 228, mens kropsskade vist i de fleste henseender svarer til legemsbeskadigelse efter den gamle lovs § 229.

Eftersom retstilstanden omkring samtykke dermed tilsyneladende er den samme, har Andorsens synspunkter fortsat relevans.

Andorsen mener ikke, at denne retstilstand er acceptabel, da straffrihedsvirkningen dermed går videre, end begrundelsen for samtykkeinstituttet rækker.⁵² Han skriver: *»En slik avgrensingsordning skaper utvilsomt klare linjer, retsteknisk sett, idet strl. § 235 [nu § 276] etter målbare kriterier angir hva samtykket maksimalt kan omfatte av krenkelser. Ordningen har imidlertid også fullstendig underkastet seg disse retstekniske hensyn og gått opp alle*

⁵¹ Ordlyden af § 229 var: »Den, som skader en anden paa Legeme eller Helbred eller hensætter nogen i Afmagt, Bevidstløshed eller lignende Tilstand, eller som medvirker hertil, straffes for Legemsbeskadigelse med Fængsel indtil 4 Aar, men indtil 6 Aar, saafremt nogen Sygdom eller Arbeidsudygtighed, der varer

over 2 Uger, eller en uheldelig Lyde, Feil eller Skade er voldt, og indtil 10 Aar, saafremt Døden eller betydelig Skade paa Legeme eller Helbred er blevet Følgen.«

⁵² Andorsen, s. 470

*forsøk på nyanseringer.*⁵³ Dermed gives et vink om, hvorfor samtykket ikke er positivt lovfæstet i Danmark: Det gør retsanvendelsen klar og overskuelig men levner ikke megen plads til at foretage en saglig og konkret bedømmelse af de nærmere omstændigheder i hver enkelt sag. Derfor bør man – set med Andorsens øjne – ofre straffrihedsvirkningens forudsigelighed til fordel for en mere samfundsnyttig retstilstand.

For det første mener Andorsen, at man bør holde legemsbeskadigelse efter § 229 (nu §§ 271 og 272) helt uden for samtykkets virkefelt, dog med forbehold for de handlinger, der har et positivt eller alment accepteret formål, f.eks. i idrætssammenhæng.⁵⁴ Ved en sådan absolut afgrænsning af samtykkets virkning inden for voldstilfældene vil der for eksempel ikke kunne samtykkes til slagsmål, der medfører omkostninger for samfundet i form af lægebehandling og sygehusophold. Der er ifølge Andorsen ikke nogen beskyttelsesværdig interesse i at acceptere den enkeltes selvbestemmelsesret i så grove tilfælde.⁵⁵

For det andet bør samtykkets virkning afgrænses inden for området for legemskrænkelser efter § 228 (nu §§ 273 og 274) ud fra en forsvarlighedsstandard: »*Det er ingen grunn til ved samtykkeinstituttet å godta en handlemåte som samfunnet ellers søker å bekjempe, f.eks. gjennom opplysningsvirksomhet og propaganda. I kravet om forsvarlig handlemåte legger jeg med andre ord det rent negative at adferden ikke må stride mot alminnelig godtatte sosiale normer.*»⁵⁶ Andorsen mener altså, at man bør inddrage sociale betragtninger i bedømmelsen. Heri ligger, at handlingen skal være af en art, som accepteres bredt i samfundet. Det afgørende bliver dermed ikke blot, om den forurettede er villig til at acceptere de personlige følger (selvbestemmelsesretten), men også om handlingen har bredere, samfundsmæssige konsekvenser (almen interesse).

Forsvarlighedsbetragtninger indgår også i dansk ret i afgrænsningen af samtykkets straffrihedsvirkning på visse områder. At drabs og grove legemsangreb er uden samtykkerelevans, må netop forklares med, at samfundet ikke kan acceptere den slags forbrydelser, selv om der er en klar individuel beskyttelsesinteresse.⁵⁷

Hurwitz taler desuden for at anvende en forsvarlighedsbedømmelse i de tilfælde, hvor fortolkning af den enkelte bestemmelses beskyttelsesinteresse ikke giver noget entydigt svar på, om denne er omfattet af samtykkets straffrihedsvirkning eller ej.⁵⁸ Hvis der er tvivl om, hvorvidt der bør kunne samtykkes til overtrædelser af en given strafbestemmelse, må man foretage en konkret bedømmelse af, om handlingen *som følge af samtykket* fremstår forsvarlig.

⁵³ Andorsen, s. 415

⁵⁴ Andorsen, s. 470 f.

⁵⁵ Andorsen, s. 471

⁵⁶ Andorsen, s. 471

⁵⁷ Bechmann Christensen, s. 251

⁵⁸ Hurwitz, s. 209 f.

Bechmann Christensen mener, at forsvarlighedskriteriet er anvendeligt i mange situationer, men at det vil være vanskeligt at anlægge en forsvarlighedsbedømmelse i grænsetilfælde, altså når en handling hverken kan siges at være klart forsvarlig eller klart uforsvarlig. Hun mener desuden, at der mangler kriterier for at fastslå, hvad der skal opfattes som forsvarligt.⁵⁹

Andorsen påpeger selv, at domstolene naturligvis ikke i almindelighed skal udøve censur af menneskelig adfærd ud fra en etisk betragtning, og at forsvarlighedskravet derfor bør formuleres negativt, altså »*som et krav om fravær af uforsvarlig handlemåte.*«⁶⁰ Dermed opnår man med forsvarlighedsstandarden en form for sikkerhedsventil som i den ovenfor beskrevne nødværgesituation, og rimelig tvivl om handlingens forsvarlighed må skulle komme gerningspersonen til gode.

Der er næppe grundlag for at formulere et skærpet forsvarlighedskrav i dansk ret. For det første har samtykket her en mere begrænset virkning på legemsangrebenes område end efter norsk ret, og der er ikke positivt opstillet nogen samtykkeregulering, der forhindrer en nuanceret bedømmelse af de sager, der umiddelbart har gerningsrelevans. For det andet må man antage, at domstolene allerede anlægger en forsvarlighedsbedømmelse som en sammenfatning af kravene til det diskulperende samtykke.⁶¹

2.3.3. FORMÅL

Ved afgørelsen af, om et samtykke medfører straffrihed, lægges der i nogen grad vægt på, om overtrædelsen forfølger et bestemt formål, der kan anses for anerkendelsesværdigt.

Andorsen skriver om formålshensynet, at det – i stil med forsvarlighedshensynet – skal bedømmes efter en socialetisk målestok.⁶² Forskellen er vistnok, at forsvarlighedsbedømmelsen er *indskrænkende* for samtykkets straffrihedsvirkning (inden for området for gerningsrelevans), mens formålet med en given handling efter omstændighederne kan *udvide* straffriheden. Man er for eksempel mere tilbøjelig til at anse et samtykke til frihedsberøvelse for diskulperende, hvis frihedsberøvelsen set med samfundets øjne er til gavn for den samtykkende.⁶³ Bechmann Christensen anfører som eksempel på en sådan gavnlig frihedsberøvelse, at en kontoransat lader sig låse inde natten over for at arbejde.⁶⁴ Derimod vil samtykke ikke have straffrihedsvirkning, hvis den samtykkende for sjov går med til at blive låst inde i et koldt kælderrum natten over.

⁵⁹ Bechmann Christensen, s. 35

⁶⁰ Andorsen, s. 472

⁶¹ Bechmann Christensen, s. 34

⁶² Andorsen, s. 416

⁶³ Andorsen, s. 416

⁶⁴ Bechmann Christensen, s. 253

Bechmann Christensen mener, at formålshensynet må bedømmes ud fra, hvorvidt handlingen kan siges at være *fornuftig* set med den forurettedes, gerningspersonens og *samfundets* øjne.⁶⁵ Et samtykke til en overtrædelse kan naturligvis i mange tilfælde ses som et udtryk for, at den samtykkende finder overtrædelsen fornuftig, men det er altså ikke tilstrækkeligt – den må også være fornuftig i et bredere perspektiv. Det indebærer i mange tilfælde, at handlingen må have en vis samfundsnytte for at blive straffri. Omvendt kan en handling tænkes at være samfundsgavnlig, uden at den samtykkende nødvendigvis selv anser den for fornuftig. Det gælder for eksempel visse lægeindgreb.⁶⁶

Et lægeligt indiceret legemsindgreb kan som udgangspunkt ikke foretages uden patientens samtykke. Noget andet er, at visse indgreb indebærer risiko for skade af et omfang, som er karakteristisk for de grove legemsangreb efter § 245 eller ligefrem § 246 i straffeloven. Disse bestemmelser kan der som nævnt ikke samtykkes til med straffrihedsvirkning. Når så alvorlige lægeindgreb alligevel ikke straffes, må dette ifølge nogle teoretikere forklares netop med formålshensynet. Tilsvarende betragtninger kan anvendes på voldslignende sportshandlinger. Mange sportsgrene indebærer en eller anden grad af vold, og navnlig visse typer kampsport kan medføre betydelige skader eller ligefrem døden. Samfundet har imidlertid en interesse i, at folk deltager i sport af både kulturelle og sundhedsmæssige grunde.

Om samtykke er egnet til at forklare straffriheden i disse situationer, er omdiskuteret. Bechmann Christensen mener, at både lægeindgreb og voldslignende sportshandlinger må anses for materielt atypiske.⁶⁷ Hun er dog ikke uenig i, at det netop er betragtningen om det samfundsmæssigt fornuftige formål, der er bærende for straffriheden i disse situationer.⁶⁸

Endvidere påpeger Bechmann Christensen, at formålshensynet også kan føre til straffrihed for visse overtrædelser, der ikke gavner samfundet. Det gælder for eksempel tatoivering og omskæring af drengebørn.⁶⁹ Disse legemsangreb vil ifølge Bechmann Christensen efter omstændighederne kunne henføres under § 245. Her spiller imidlertid tolerancen over for kulturel og subkulturel egenart og identitetsdannelse ind.

Et særligt område, hvor formålshensynet har betydning, drejer sig om legemsangreb udført i forbindelse med sadomasochistisk leg. Nogle sådanne legemsangreb kan være temmelig alvorlige. Når alle parter deltager frivilligt, bliver de dog i almindelighed straffri.⁷⁰ Det er klart, at samfundet ikke har nogen særskilt interesse i, at folk deltager i sådan leg, men formålet – her at opnå seksuel tilfredsstillelse – flytter altså

⁶⁵ Bechmann Christensen, s. 252

⁶⁶ Bechmann Christensen, s. 253 f.

⁶⁷ Bechmann Christensen, s. 84 f.

⁶⁸ Bechmann Christensen, s. 254 f.

⁶⁹ Bechmann Christensen, s. 255 f.

⁷⁰ Bechmann Christensen, s. 255

grænsen for, hvad der kan afgives diskulperende samtykke til. Til dels af samme årsag kan der samtykkes med straffrihedsvirkning til overtrædelser af § 252, stk. 2.⁷¹

Ifølge Bechmann Christensen kan formålshensynet føre til lempelse af de krav, der stilles til samtykke-relevansen, herunder habilitetskravet. Formålet med en objektivt set blufærdighedskrænkende adfærd kan for eksempel sænke kravet til den samtykkendes alder.⁷²

2.4. Opsummering

Det er relativt få af straffelovens bestemmelser, der er relevante for samtykkets straffrihedsvirkning. De relevante bestemmelser, som navnlig findes i straffelovens kap. 24-28, er dog væsentlige, og mange af dem optræder hyppigt i retspraksis.

Det bærende hensyn bag samtykkets straffrihedsvirkning er individets handlefrihed. Derfor kan der kun afgives diskulperende samtykke til overtrædelser, der i hvert fald i udgangspunktet alene rammer enkelt-personer. Omvendt er det ikke tilstrækkeligt for at tillægge samtykket diskulperende virkning, at den over-trådte bestemmelse alene har en individuel beskyttelsesinteresse. Det må også kræves, at samtykket gør overtrædelser forsvarlig set fra et bredere, samfundsetisk perspektiv.

Hensynsafvejningen kommer i særdeleshed til udtryk ved legemsangrebene. Der kan nemlig samtykkes med straffrihedsvirkning til de milde legemsangreb, selv om de indebærer risiko for skade og generelt må anses for ufornuftige på trods af samtykke. Her er det altså selvbestemmelsesretten, der lægges vægt på. Der kan derimod ikke samtykkes med straffrihedsvirkning til de grove legemsangreb. Her tager forsvarlig-hedshensynet således over og indskrænker den enkeltes handlefrihed til fordel for samfundet.

⁷¹ Bechmann Christensen, s. 245

⁷² Bechmann Christensen, s. 257

3. Kravene til det diskulperende samtykke

Har man fastslået, at en given overtrædelse slet ikke er omfattet af samtykkets straffrihedsvirkning, er der naturligvis ikke grund til at se på de nærmere omstændigheder omkring samtykket – i hvert fald ikke i forhold til afgørelsen om skyldsspørgsmålet. Den forurettedes samtykke kan dermed højst have indflydelse på strafudmålingen. Foreligger derimod den fornødne gerningsrelevans for samtykkebedømmelsen, må man tage stilling til, om samtykket i den konkrete sag kan anses for *gyldigt*.

I denne del forudsættes det altså, at kravet til *gerningsrelevans* er opfyldt, og tilbage står dermed spørgsmålet, om der tillige foreligger *samtykkerelevans*.

3.1. Den samtykkendes forhold

3.1.1. HABILITETSKRAV

Den samtykkende skal være kompetent til at give afkald på den retsbeskyttelse, som loven yder. Heri ligger først og fremmest, at samtykke ikke er relevant, når en bestemt overtrædelse griber ind i tredjemands ret. I Straffelovskommissionens betænkning er det formuleret sådan, at diskulperende samtykke skal gives af den, hvis retsgoder ved handlingen angribes.⁷³ For eksempel kan en boligejer i udgangspunktet give relevant samtykke til ildspåsættelse efter straffelovens § 181, stk. 1. Gives et sådant samtykke med henblik på assurancesvig, er samtykket derimod ugyldigt. Man kan betragte det sådan, at samtykket i sidstnævnte situation indgår som en del af den strafbare overtrædelse af bestemmelsens stk. 2. I et sådant tilfælde vil gerningspersonens (ildspåsætterens) eventuelle straffrihed bero på en forsætsbetragtning (vildfarelse om gyldigt samtykke). I lighed med dette skriver Greve, at den filmproducent, der ønsker at brænde en gård af til brug for en film, må have tilladelse fra såvel ejeren som panthaveren.⁷⁴

I nogle tilfælde må samtykke dog kunne gives af en anden end den direkte beskyttede – for eksempel kan samtykke fra en tings *ejer* udelukke tyveri, selv om ejeren ikke er besidder.⁷⁵

⁷³ Straffelovskommissionens betænkning, s. 6

⁷⁵ Langsted, s. 158; Hurwitz, s. 214.

⁷⁴ Greve, 2004, s. 142 f.

Et andet aspekt af habilitetskravet er, at den samtykkendes personlige forhold skal tilstede, at samtykke er givet på et tilstrækkeligt fornuftigt grundlag. Denne del af habilitetsbedømmelsen er noget vanskeligere at have med at gøre, da der ikke kan opstilles nogen almindelige retningslinjer uden for de tilfælde, hvor loven tager stilling til spørgsmålet. Bedømmelsen beror altså på en konkret afvejning, hvor de omstændigheder, der angår habiliteten, vejes op mod lovens beskyttelsesinteresse.

Psykisk syge og mentalt retarderede er ikke ubetinget afskåret fra at afgive gyldigt samtykke.⁷⁶ For eksempel forudsættes det i psykiatriloven, at psykotiske patienter i et vist omfang kan give samtykke til lægelig behandling.⁷⁷ Der kan således ikke sættes lighedstegn mellem på den ene side manglende habilitet og på den anden side juridisk umyndighed eller strafferetlig utilregnelighed.⁷⁸ Også stærkt berusede kan samtykke. Det kommer imidlertid an på forholdets art, om samtykke medfører straffrihed. Bechmann Christensen skriver, at en beruset kan give en drink væk – men ikke sit hus.⁷⁹

Et væsentligt moment i habilitetsbedømmelsen angår den samtykkendes alder. I Straffelovskommissionens betænkning foreslog man at fastsætte en almindelig aldersgrænse for samtykkehabilitet på 18 år,⁸⁰ men en sådan er nok temmelig upraktisk på grund af de strafbare forholds forskelligartethed og desuden sat lovlig højt. Torp skriver da også allerede i 1898, at habilitetskravet ikke kan opfattes som et krav om myndighed.⁸¹

Visse steder i loven er habilitetskravet tilkendegivet ved særlige alderskrav, der må anses for absolutte. Personer under den påkrævede alder kan i intet tilfælde samtykke, hvorimod personer, der opfylder alderskravet, og som i øvrigt er habile, altid kan samtykke.⁸²

Uden for disse tilfælde må den samtykkendes alder og udviklingstrin vejes op mod overtrædelsens alvorsgrad. Greve skriver, at det er afgørende, »om den pågældende person må formodes at have en tilstrækkelig modenhed og indsigt til at kunne træffe en fornuftig og rimelig afgørelse.« Andorsen mener, at en tiårig kan udlåne sin cykel til en voksen men ikke give den pågældende lov til at ødelægge den.⁸³

I sagen U1965.165V fastslog landsretten, at tre børn i alderen 6-13 år ikke kunne samtykke til drab med den i straffelovens § 239 hjemlede strafnedsættelsesvirkning i forhold til § 237. Børnenes mor var for nylig død, og efter nogle dages drøftelse gik fire af børnene med til at lade sig dræbe ved hjælp af knuste sovepiller, som tiltalte, børnenes far, serverede på en ske. Den 13-årige døde, mens de øvrige børn og tiltalte selv overlevede. Et femte barn på 14 år ønskede ikke at dø og fik derfor ingen piller.

⁷⁶ Greve, 2004, s. 147

⁷⁷ Bechmann Christensen, s. 180

⁷⁸ Andorsen, s. 452

⁷⁹ Bechmann Christensen, s. 126

⁸⁰ Straffelovskommissionens betænkning, s. 6

⁸¹ Torp, s. 12

⁸² Grothe Nielsen, s. 54

⁸³ Andorsen, s. 452

I nogle tilfælde kan forældremyndighedsindehaveren samtykke på vegne af barnet.⁸⁴ Det gælder i særdeleshed inden for sundhedsloven, men også andre overtrædelser kan forælderen samtykke til. Det må i almindelighed kræves, at begge forældremyndighedsindehavere samtykker, og at barnets tarv tilgodeses.

Ifølge Andorsen kan de momenter, der indgår i habilitetsbedømmelsen, sammenfattes til et krav om *forsvarlighed*.⁸⁵ Han præciserer, at det påhviler gerningspersonen at sikre sig, at samtykket er afgivet på forsvarligt grundlag, altså at den samtykkende er egnet til at råde over det pågældende retsgode. I forhold til samtykke fra unge mennesker må man tage udgangspunkt i, om handlingen har et fornuftigt eller i det mindste acceptabelt formål. Bechmann Christensen afviser imidlertid, at man bør udelukke straffri i ethvert tilfælde, hvor samtykket ikke kan anses for forsvarligt.⁸⁶

3.1.2. FRIVILLIGHEDSKRAV

Det forekommer indlysende, at samtykke er ugyldigt, når den samtykkende ikke har afgivet det af egen fri vilje. Den nærmere udstrækning af kravet til den samtykkendes *frivillighed* har måske netop af den grund ikke tiltrukket sig megen opmærksomhed i litteraturen – med Bechmann Christensen som en nævneværdig undtagelse.

Et naturligt afsæt for frivillighedsbedømmelsen er, at der ikke må foreligge *tvang*. Det er således klart, at samtykke afgivet under indflydelse af ulovlig tvang efter straffelovens § 260 ikke er relevant. Tilsvarende gælder bestemmelser i straffeloven, der kriminaliserer grov udnyttelse, eksempelvis §§ 220 og 282. Bestemmelserne retter sig jo netop mod den utilbørlige fremkaldelse af (en form for) samtykke.

Ulovlig tvang efter § 260, stk. 1, omfatter både anvendelsen af utilbørlige tvangsmidler (nr. 1) og anvendelsen af tilladelige tvangsmidler til utilbørlige formål (nr. 2). Sidstnævnte indebærer, at det er en forudsætning for straffri tvangsanvendelse, at der er en rimelig sammenhæng mellem det lovlige tvangsmiddel og tvangens formål.

I sagen TFK2005.614V havde tiltalte, der var forurettedes foresatte, taget forurettede i at forfalske en kvittering. Tiltalte lovede at undlade at anmelde forholdet, hvis han til gengæld måtte give forurettede en endefuld. Forurettede samtykkede i dette og modtog derfor flere slag på ballerne. Retten fandt det bevist, at forurettedes samtykke var fremkaldt ved truslen om en politianmeldelse. Tvangsmidlet (trussel om politianmeldelse), der isoleret set var lovligt, blev altså anvendt i en utilbørlig hensigt,

⁸⁴ Bechmann Christensen, s. 123 f.

⁸⁵ Andorsen, s. 452

⁸⁶ Bechmann Christensen, s. 126

og tiltalte blev derfor dømt skyldig i overtrædelse af straffelovens § 260, nr. 2, og § 232 om blufærdighedskrænkelser.

Tilbage står så spørgsmålet, om også lovlige tvang – eller pression, om man vil – kan medføre, at et samtykke er ugyldigt. Bechmann Christensens svar på dette spørgsmål er ja, men hun anfører ingen eksempler, og det skinner stærkt igennem i hendes fremstilling, at der efter hendes opfattelse skal meget til.⁸⁷ Jeg tolker hendes synspunkt sådan, at samtykke fremkaldt ved lovlige tvang er gyldigt, så længe den samtykkende reelt gives mulighed for at træffe et valg – uanset at valget kan være enormt svært og forbundet med store personlige konsekvenser. Frivillighed fordrer altså ikke, at den samtykkende anser forholdet for ønskværdigt, men stiller alene krav om valgfrihed. Som eksempler nævner Bechmann Christensen, at forældre lovligt kan true deres børn med at begrænse deres arv eller slå hånden af dem, hvis ikke de gifter sig i overensstemmelse med forældrenes ønsker.⁸⁸

Desuden angiver Bechmann Christensen, at man i et parforhold må kunne true med at gå til en prostitueret, hvis ikke partneren indvilger i seksuelt samvær. Det fremgår ikke helt klart, om Bechmann Christensen mener, at der i en sådan situation foreligger relevant samtykke, selv hvis den samtykkende vitterlig modstræbende følger sin partner. At dømme ud fra den ovenfor beskrevne betragtning om valgfrihed må spørgsmålet besvares bekræftende.

I så fald er det dog værd at overveje, om ikke kravet til *graden* af frivillighed bør ses i sammenhæng med den beskyttede interesse, og om straffrihed virkelig bør indtræde i et tilfælde som dette, når gerningspersonen ligefrem ved, at samtykket er afgivet af nød frem for lyst. Et samleje griber betydeligt ind i den enkeltes legemlige integritet, og i hvert fald i folkeånden stilles der generelt krav om, at alle involverede parter rent faktisk *ønsker* samlejet. De fleste vil nok anse det for forkasteligt at skaffe sig samleje ved at stille en anden i en penibel situation. Den seksuelle handlefrihed er i øvrigt et udpræget strafferetligt beskyttet gode, som enhver har krav på, hvorimod forældres arv (ud over tvangsarven) og samvær er civile retlige goder, som intet giftefærdigt barn har et egentligt krav på.

Det er naturligvis ingen generel forudsætning for straffrihed, at den samtykkende anser forholdet for ønskeligt. Har den samtykkende begået noget strafbart, og er samtykke alene afgivet for at undgå strafferetlig forfølgelse, beror straffriheden som nævnt på, om der er rimelig sammenhæng mellem mål og middel. Her er imidlertid tale om en anden situation, hvor den forurettede ganske uforskyldt stilles over for et valg mellem to onder. Jeg kan ikke se, at det skulle være i overensstemmelse med begrundelsen for samtykkets straffrihedsvirkning at anse et valg truffet under sådanne omstændigheder for et gyldigt afkald på retsbeskyttelse.

⁸⁷ Bechmann Christensen, s. 119

⁸⁸ Bechmann Christensen, s. 116 f.

Andorsen skriver: »At samtykke er genuint, fører videre enn at det (bare) er frivillig. Det sikter til at samtykket ikke er gitt etter forutgående press eller overtalelser som gjør at man bør stille seg skeptisk til å gi det den forventede straffrihetsvirkningen.«⁸⁹

Samtykke opnået ved udnyttelse af en vildfarelse hos den samtykkende er ligeledes ugyldigt, hvad enten gerningspersonen selv har fremkaldt vildfarelsen eller ej.⁹⁰ Hurwitz skriver, at samtykke skal være afgivet »med fuldt kendskab til de for indvilligelsen relevante omstændigheder.«⁹¹

Dette medfører, at samtykke i nogle tilfælde må være *informeret* for at kunne betragtes som frivilligt. I sundhedsloven stilles der i vidt omfang krav om informeret samtykke til lægelige indgreb, men også uden klart lovgrundlag kan der være tale om en informationspligt.⁹² I nogle tilfælde kan informationspligten *udledes* af lovens ordlyd: Et samtykke til samleje indebærer for eksempel ikke ubetinget accept af risikoen for at blive smittet med en livstruende og uhelbredelig sygdom, uden at den samtykkende er gjort opmærksom på denne risiko, jf. straffelovens § 252, stk. 2. Et informeret samtykke medfører her, at smittefaren ikke kan anses for forvoldt på »hensynsløs måde«.⁹³ Nogle steder i straffeloven er det selve udnyttelsen af en vildfarelse, der er kriminaliseret. Det gælder for eksempel straffelovens § 221 om tilsnigelse til samleje med en, der forveksler gerningsmanden med en anden. Det siger sig selv, at forholdet bringes uden for det strafbare område, hvis gerningsmanden her opfylder sin informationspligt.

I de tilfælde, hvor samtykke fremkaldes ved den ene eller den anden form for udnyttelse, har frivillighedskravet visse sammenhænge med habilitetskravet. Udnyttelse af en vildfarelse indebærer jo ofte nogle omstændigheder, der er forbundet med habilitet. For eksempel skriver Hurwitz, at samtykke i nogle tilfælde ikke kan anses for frivilligt, hvis det er afgivet af en i høj grad beruset person.⁹⁴ Manglende habilitet kan derfor i sig selv medføre, at et samtykke ikke kan anses for aldeles frivilligt. Der er dog ikke nødvendigvis sammenfald mellem de to. § 222 i straffeloven forbyder frivilligt (altså tvangfrit) samleje med børn under 15 år. Efter § 216, stk. 2, straffes imidlertid samleje (med eller uden tvang) med børn under 12 år som voldtægt. Man kan tolke det sådan, at førstnævnte bestemmelse fastslår en absolut lavalder for *habilitet* i forhold til seksualhandlinger, mens sidstnævnte fastslår en tilsvarende lavalder for *frivillighed*.

3.1.3. ÆGTHEDSKRAV

Bechmann Christensen supplerer frivillighedskravet med et krav om samtykkets *ægt*hed. Heri ligger, at tilkendegivelsen om samtykke skal være *oprigtig*, og at samtykke afgivet i spøg eller ved citering (herunder

⁸⁹ Andorsen, s. 445 f.

⁹⁰ Andorsen, s. 449

⁹¹ Hurwitz, s. 214

⁹² Andorsen, s. 450

⁹³ Bechmann Christensen, s. 234

⁹⁴ Hurwitz, s. 214

fremsigelse af replikker i forbindelse med skuespil) således ikke diskulperer.⁹⁵ Dertil føjer Bechmann Christensen samtykke afgivet under hypnose, men at et sådant samtykke er uvirksomt, kan måske også forklares alene med kravet om frivillighed.⁹⁶

Ægthedskravet ses ikke behandlet særskilt andetsteds i litteraturen. Det skyldes nok, at det har nær sammenhæng med spørgsmålet om samtykkets *rækkevidde*. Der er ingen grund til at tro, at andre vil være uenige i Bechmann Christensens betragtninger, men uden andre teoretikers indspark er det vanskeligt at fastlægge ægthedskravets nærmere indhold og udstrækning.

Hvis to personer er i færd med et højlydt skænderi, og den ene part hæver en knyttet næve som til slag, vil den anden part måske udbryde »kom bare an, slå mig!« En sådan provokation har på mange måder karakter af samtykke. Den pågældende indser og accepterer muligheden af at blive slået. På den anden side kan samtykket næppe anses for at være helt ægte. Modparten vil i almindelighed opfatte det som en kraftig opfordring til at overveje sit næste træk nøje – og det må stå klart, at den »samtykkende« reelt ikke ønsker at blive slået men håber at forhindre en sådan udvikling ved en form for omvendt psykologi. Jeg antager, at man ikke vil tillægge en sådan udmelding straffrihedsvirkning under de nævnte omstændigheder. Den vil dog nok have indflydelse på strafudmålingen, navnlig hvis det må lægges til grund, at der ikke havde fundet vold sted, hvis ikke den forurettede havde fremført en sådan provokation.

3.2. Samtykkets tidslige virkning

3.2.1. AFGIVELSE

Et samtykke afgivet *efter* den strafbare handling medfører ikke straffrihed.⁹⁷ I realiteten vil et sådant efterfølgende samtykke dog ofte have en tilsvarende virkning. Den forurettede beslutter måske at undlade politianmeldelse, eller det allerede anmeldte forhold må opgives på grund af bevisets stilling. Særligt i sager om vold i samlivsforhold kan det være vanskeligt at føre bevis, hvis den forurettede benytter sig af vidnefritagelsesreglerne i retsplejeloven, og desuden har samfundet næppe samme interesse i at pålægge straf, hvis den forurettede hellere vil pleje sit parforhold. Endvidere medfører reglerne om privat og betinget offentlig påtale, at et efterfølgende samtykke helt kan udelukke en sags indbringelse for retten. Noget virksomt samtykke foreligger der dog ikke ved, at anmeldelse eller påtale undlades.

⁹⁵ Bechmann Christensen, s. 115

⁹⁶ Andorsen, s. 362-365

⁹⁷ Greve, 2004, s. 146

Greve formulerer det sådan, at samtykke skal foreligge senest på tidspunktet for det strafbare forholds *fuldbyrdelse*.⁹⁸ Bechmann Christensen anfører imidlertid, at dette princip ikke finder anvendelse, hvor fuldbyrdelsen først indtræder, efter at gerningspersonen har foretaget sig det fornødne til overtrædelsens fuldbyrdelse.⁹⁹ Hun nævner som eksempel, at A forgifter B med et middel, der langsomt vil tage livet af B. Forholdet kan næppe subsumeres under straffelovens § 239 om drab efter begæring, hvis B først efter at være blevet forgiftet begærer sig dræbt af A. Her må det gælde, at samtykke senest skal foreligge på tidspunktet for gerningens *foretagelse*.

3.2.2. TILBAGEKALDELSE

Et allerede afgivet samtykke kan frit tilbagekaldes indtil fuldbyrdelsestidspunktet, så længe det ikke har karakter af en formueretlig disposition med bindende virkning.¹⁰⁰ Man er altså ikke i almindelighed bundet af sit afkald på retsbeskyttelse. For eksempel kan taberen af et væddemål fratræde aftalen om, at vinderen må tildele taberen et slag på skulderen – også selv om vinderen anser dette for et tarveligt aftalebrud.

Andorsen skriver, at tilbagekaldelsen af samtykket skal ske ”*på et så pass tidlig tidspunkt at gerningspersonen gis anledning til å innrette seg etter den nye situasjonen som er skapt.*”¹⁰¹ Hermed sigtes nok særligt til situationer som den ovenfor beskrevne om giftdrab, hvor der er et naturligt ophold mellem handlingens foretagelse (forsøgsansvarets opståen) og dens fuldbyrdelse. Gerningsmanden straffes ikke for drab efter § 237, hvis samtykket tilbagekaldes på et tidspunkt, hvor den pågældende ikke har mulighed for at afværge fuldbyrdelsen. Kan det lade sig gøre, må gerningsmanden omvendt gøre en indsats for at forhindre fuldbyrdelsen – ellers er samtykket uden virkning (her som strafnedsættelsesgrund). Det kan dog ikke kræves, at fuldbyrdelsen rent faktisk udebliver.¹⁰²

På samme måde foreligger der ikke uden videre voldtægt, hvis samlejepartneren midt under akten tilbagekalder sit samtykke, men gerningspersonen skal naturligvis respektere tilbagekaldelsen.¹⁰³

Bechmann Christensen påpeger desuden, at man ikke kan afskære sig retten til at tilbagekalde sit samtykke.¹⁰⁴ Eksemplet drejer sig her om en narkoman, der ønsker at tage en kold tyrker, og som derfor henstiller til sine nærmeste, at de skal låse ham inde og ignorere ethvert ønske om at blive lukket ud. På trods af sådanne instrukser – og det anerkendelsesværdige formål at gøre narkomanen stoffri – kan en sådan frihedsberøvelse ikke straffrit opretholdes, hvis narkomanen rent faktisk beder om at blive befriet.

⁹⁸ Greve, 2004, s. 146

⁹⁹ Bechmann Christensen, s. 99

¹⁰⁰ Langsted, s. 158

¹⁰¹ Andorsen, s. 458

¹⁰² Andorsen, s. 458

¹⁰³ Greve, 2004, s. 146

¹⁰⁴ Bechmann Christensen, s. 100

De forholdsvis strenge krav, der skal være opfyldt, før der gyldigt er givet afkald på en strafbestemmelser beskyttelse, kan ikke overføres på tilbagekaldessituationen. Det gælder også habilitetskravet. En stærkt beruset person kan således godt tilbagekalde sit samtykke, selv om samtykket i sin tid er afgivet i ædru tilstand.¹⁰⁵

3.2.3. BORTFALD

Der kan næppe sættes nogen grænser for, hvornår samtykke tidligst kan eller skal afgives, så længe det fastholdes frem til det tidspunkt, hvor det senest skal foreligge.¹⁰⁶ Dette giver dog anledning til spørgsmålet om, hvorvidt samtykket bortfalder af sig selv enten med tiden eller ved andre omstændigheder, eller om der må kræves, at den samtykkende tydeligt tilkendegiver, at samtykket tilbagekaldes.

Ifølge Bechmann Christensen har den norske Høyesterett i en sag fra 2003 taget stilling til, om samtykke til samleje bortfalder, når den ene part falder i søvn under samlejet.¹⁰⁷ Den tiltalte blev frifundet under henvisning til, at han ikke havde gjort noget, der lå ud over, hvad der oprindeligt forelå samtykke til.

Afgørende for bedømmelsen er ifølge Bechmann Christensen, hvilke konsekvenser handlingen har for den forurettede, og om gerningspersonen med rimelighed kan antage, at samtykket består.¹⁰⁸ Sidstnævnte kan nok formuleres som et krav om, at forudsætningerne på tidspunktet for samtykkets afgivelse i alt væsentligt skal være de samme som på tidspunktet for handlingens udførelse.

Der er for så vidt ikke noget i vejen for at samtykke for fremtiden, altså afgive samtykke med den virkning, at samtykket opretholdes på ubestemt tid.¹⁰⁹ I nogle tilfælde vil det ligefrem være normen. Når man indgår i et parforhold, foreligger der som regel et underforstået samtykke til (objektivt set) blufærdighedskrænkende handlinger, og der kan næppe stilles krav om, at en part forvisser sig om samtykkets beståen forud for enhver sådan handling, *så længe* forudsætningerne på gerningstidspunktet svarer til dem, samtykket er afgivet under. Hvis en part afbryder parforholdet, må samtykke til i hvert fald ikke helt banal blufærdighedskrænkelse i mange tilfælde derimod anses for bortfaldet.

Dette medfører formentlig også, at et samtykke afgivet i ædru tilstand ofte bortfalder eller i det mindste suspenderes, når den samtykkende hensætter sig i (stærk) beruselse. Tilsvarende kan samtykket anses for bortfaldet, når den samtykkende er ude af stand til at tilbagekalde sit samtykke. Det må imidlertid komme

¹⁰⁵ Bechmann Christensen, s. 126

¹⁰⁶ Bechmann Christensen, s. 100 f.

¹⁰⁷ Bechmann Christensen, s. 101

¹⁰⁸ Bechmann Christensen, s. 102

¹⁰⁹ Bechmann Christensen, s. 101

an på en konkret bedømmelse af forudsætningerne på henholdsvis samtykke- og gerningstidspunktet samt forholdets grovhed.¹¹⁰

3.3. Samtykkets art

Samtykke kan afgives på forskellig vis, og for nærmere at beskrive kravene til et virksomt samtykke opstilles i retslitteraturen forskellige *typer* af samtykke. Hver forfatter bruger imidlertid sin egen systematik, og der er derved opstået visse diskrepanser i begrebsanvendelsen. I det følgende har jeg taget udgangspunkt i Bechmann Christensens inddeling, idet jeg dog har søgt at udelade ordet »stiltiende«, der kan opfattes på mere end én måde.

3.3.1. UDTRYKKELT SAMTYKKE

Et samtykke er udtrykkeligt, når den samtykkende har givet sin accept til kende på en let erkendelig måde. Bechmann Christensen skriver, at det udtrykkelige samtykke indbefatter to elementer. For det første må den samtykkende på forhånd have forestillet sig gerningen – ellers kan det ikke lægges til grund, at den pågældende har truffet beslutning om at acceptere den. Den forurettede skal med andre ord samtykke i sit *indre*. For det andet skal samtykket være kommunikeret ud til gerningsmanden på den ene eller den anden måde – det skal være *erkendeligt* for gerningspersonen.¹¹¹

At et samtykke udtrykt i ord kan tillægges straffrihedsvirkning, er ubestridt. Et sådant samtykke kan forekomme på flere måder: ved aftale med visse betingelser (f.eks. et væddemål), på den forurettedes initiativ som en begæring eller som svar på en forespørgsel fra gerningsmanden. Forskellen er uden større betydning for strafansvaret, idet der ikke uden for en række lovregulerede tilfælde (i f.eks. sundhedsloven) er formkrav til samtykket.

Samtykke kan også udtrykkes ved en aktiv *handling*. Det kan for eksempel være et nik med hovedet eller et håndslag, der gør det ud for en verbal tilkendegivelse. Bechmann Christensen mener, at handlingen skal kunne sidestilles med samtykke udtrykt i ord, hvilket indebærer, at det ikke skal give anledning til tvivl om samtykkets afgivelse.¹¹²

¹¹⁰ Bechmann Christensen, s. 102

¹¹¹ Bechmann Christensen, s. 83 f.

¹¹² Bechmann Christensen, s. 84

Det af Andorsen beskrevne *konkludente samtykke* dækker over et sådant adfærdsbestemt samtykke,¹¹³ men det har vist en væsentlig overlapning med det nedenfor omtalte passivitetssamtykke. Andorsen påpeger, at kravet til det konkludente samtykkes tydelighed skal ses i lyset af gældende samfundsnormer.¹¹⁴ Møder man for eksempel op til en lægekonsultation, giver man automatisk sit samtykke til, at lægen må foretage en sædvanlig undersøgelse uden at spørge om lov trin for trin. Patientens fremmøde er her et tilstrækkeligt udtryk for samtykke til i det mindste påregnelige legems- og blufærdighedskrænkelser. Derimod kan der ikke opstilles nogen rettesnor for, hvornår man har tilsluttet sig en slåskamp. Derfor må der i sidstnævnte tilfælde stilles så meget desto større krav til samtykkets klarhed.

3.3.2. SAMTYKKE VED PASSIVITET

Passivitetssamtykket foreligger, når den forurettede samtykker i sit indre, men samtykket ikke manifesterer sig ved nogen aktiv handling fra den samtykkendes side. Den samtykkendes *manglende indgriben* over for gerningspersonens forehavende udtrykker accept.

Toftegaard Nielsen omtaler dette som indirekte samtykke og eksemplificerer det ved, at A tager B's bilnøgle for at handle ind, hvilket B ser men ikke reagerer på.¹¹⁵ Situationen er kendetegnet ved, at A, såfremt B aktivt modsætter sig hans forehavende, kan undgå strafansvar ved at lægge nøglen fra sig. Hvis B omvendt samtykker, er der intet at indvende i forhold til tidspunktet for samtykkets afgivelse – B forestiller sig og godtager, at A låner bilen, før A reelt har taget bilen i brug.

Et indirekte samtykke kan derimod give problemer i forhold til fortolkning af samtykkets rækkevidde. Det kan jo tænkes, at B formodede, at A blot ville flytte B's bil for at komme til sin egen. I så fald foreligger der ikke samtykke til A's adfærd, men straffriheden vil ofte begrundes med manglende forsæt.

Det kan derfor indvendes, at anerkendelsen af det indirekte samtykke i nogle sammenhænge sker på bekostning af straffelovens beskyttelsesformål, da den i et vist omfang lægger ansvaret over på den potentielt forurettede, der må tilkendegive sin modvilje eller udtrykkeligt betinge sit samtykke for at være omfattet af retsbeskyttelsen.¹¹⁶ Problematikken kommer særligt til udtryk i henseende til voldtægtsbestemelsen, som kun finder anvendelse, når samleje gennemføres under tvang, eller når den forurettede slet ikke er i stand til at modsætte sig samlejet. Hvis den forurettede derimod affinder sig med at blive afklædt og underkastet seksuelle handlinger, er der som udgangspunkt ikke tale om voldtægt, medmindre »offeret

¹¹³ Bechmann Christensen, s. 84

¹¹⁴ Andorsen, s. 423

¹¹⁵ Toftegaard Nielsen, s. 142

¹¹⁶ Bechmann Christensen, s. 109 f.

*efter en kamp med en rover eller voldtægtsmand må opgive videre modstand.*¹¹⁷ Gør den forurettede ikke aktivt modstand, skal den pågældendes modvilje i det mindste stå så klart, at gerningspersonen opfatter det som overvejende sandsynligt, at den manglende modstand skyldes frygt.

I sagen U2003.2265Ø (TfK2003.659) blev 5 mænd hver idømt 2 års fængsel for voldtægt af en kvinde i forbindelse med en fest. Det særlige ved sagen var, at kvinden ikke klart havde modsat sig samlejet, og det fandtes ikke bevist ud fra lægelige erklæringer, at mændene havde anvendt fysisk tvang. Retten fandt det imidlertid bevist, at kvinden modvilligt havde indladt sig på forholdet under indflydelse af mændenes udtalte trusler, og at mændene måtte have indset dette, idet voldtægten fandt sted over ca. halvanden time på et bord i en baggård ved en temperatur nær frysepunktet. Desuden fandt retten, at kvinden ikke havde nogen reel mulighed for at flygte eller tilkalde hjælp, idet hun ikke var stedkendt. Mændene blev derfor straffet efter § 216, stk. 1, nr. 2.

Det kan imidlertid være vanskeligt at bevise, at gerningspersonen selv i lyset af den forurettedes manglende indgriben var klar over, at den forurettede ikke ønskede samlejet – særligt når der forud for handlingen er foregået frivilligt samvær mellem parterne.¹¹⁸

Derfor taler blandt andre Baumbach for at revidere voldtægtsdefinitionen, så det i fuldt omfang overlades til gerningsmanden at sikre sig partnerens velvillighed. I sin artikel med titlen *Strafferet og kønsdiskrimination – en evig forbindelse?* nævner Baumbach ikke specifikt, hvordan en sådan samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse bør udformes, men det fremgår tydeligt, at indirekte samtykke i form af manglende modstand efter Baumbachs mening ikke er et tilstrækkeligt udtryk for frivillighed. Hun nævner blandt andet, at (en vildfarelse om) indirekte samtykke har udelukket straf i sager, hvor den forurettede kvinde har grædt, været lammet af skræk eller ikke været ved fuld bevidsthed.¹¹⁹

Mod Baumbachs synspunkt kan det indvendes, at en sådan samtykkebaseret voldtægtsbestemmelse, hvor det indirekte samtykke ikke anerkendes som egentligt samtykke, ikke er i tråd med virkeligheden. Der foreligger formentlig sjældent utvetydigt samtykke til samleje, og det vil falde de fleste unaturligt at udbede sig et sådant. I stedet udleder man som regel samtykket ved fortolkning af den andens adfærd.

Ifølge nogle forfattere er det derfor en bedre løsning at indføre en strafbestemmelse om *uagtsom voldtægt*.

Blandt fortalene for en uagtsomhedsbestemmelse er Greve,¹²⁰ der forholder sig til en omstridt landsretsafgørelse fra 1982. I sagen havde tiltalte, der var en voksen mand, tilbudt at køre forurettede, der var en 16-årig pige, hjem i sin varevogn. Undervejs forklarede tiltalte om sine seksuelle problemer. Af frygt for konsekvenserne ved at sige fra, gjorde forurettede ingen indvendinger, hvilket tiltalte opfattede som samtykke til samværets forestående udvikling. Efterfølgende standsede tiltalte vognen

¹¹⁷ Greve, 2004, s. 145

¹¹⁸ Grothe Nielsen, s. 55

¹¹⁹ Baumbach, 2017, s. 216

¹²⁰ Greve, 2013, s. 384

og bad forurettede om at gå ind i varerummet. Her gennemførte tiltalte samleje med forurettede, hvorunder han gentagne gange spurgte hende, om hun var indforstået. Forurettede gik efter egen forklaring i baglås og turde ikke skribe op. Tiltalte blev domfældt i byretten men frifundet i landsretten ud fra en forsætsbetragtning.

Greve skriver som kommentar til denne retstilstand: »Der er bestemt ingen grund til at tro, at landsrettens dom er forkert bedømt ud fra gældende ret. Men er denne retstilstand rimelig? Skal en fed ældre mand, der klokken 18 giver en fuldstændig fremmed 16-årig pige et »lift« i sin bil, have lov til at have en så fast tro på sine evner som Casanova?«¹²¹

Bechmann Christensen mener i øvrigt, at det er tvivlsomt, om sagen ville have fået samme udfald i vore dage.¹²²

At anerkende det indirekte samtykkes diskulperende virkning er dermed ikke helt uproblematisk, men i praksis er der mange tilfælde, hvor det ikke er betænkeligt,¹²³ men hvor det omvendt nok vil forekomme de fleste urimeligt at straffe gerningspersonen.

3.3.3. HYPOTETISK SAMTYKKE

Adskilt fra de øvrige, *egentlige* samtykketyper er det hypotetiske samtykke, hvor gerningsmanden er bevidst om, at samtykke ikke er afgivet, men samtidig sikker på, at samtykke ville være afgivet ved forespørgsel. Betegnelsen er ifølge Andorsen ikke helt rammende, idet der netop ikke foreligger samtykke men blot en antagelse om, under hvilke omstændigheder samtykke ville foreligge.¹²⁴

De fleste forfattere afviser, at det hypotetiske samtykke kan tillægges straffrihedsvirkning.¹²⁵ Toftegaard Nielsen anfører dog, at det accepteres i nogle situationer, hvor udtrykkeligt samtykke ikke er hyppigt forekommende, f.eks. når en mand tager en kvinde på brystet i den tro, at hun ikke vil have noget imod det.¹²⁶ Til forskel fra det indirekte samtykke kan manden i denne situation ikke nå at træde tilbage, såfremt han har fejlvurderet situationen, og han risikerer derfor at blive straffet for blufærdighedskrænkelser. Viser det sig derimod, at manden havde ret i sin antagelse om kvindens samtykke, opstår der ifølge Toftegaard Nielsen intet strafansvar i praksis. Mod dette kan det indvendes, at strafansvaret reelt beror på, om der foreligger *efterfølgende* samtykke, hvad der ellers ikke anerkendes.

¹²¹ Greve, 2013, s. 385

¹²² Bechmann Christensen, s. 161

¹²³ Andorsen, s. 423

¹²⁴ Andorsen, s. 429

¹²⁵ Greve, 2004, s. 146 f.; Hurwitz, s. 207; Langsted, s. 155.

¹²⁶ Toftegaard Nielsen, s. 143

Toftegaard Nielsens argumentation kritiseres da også af Greve, der påpeger, at der i situationer som den beskrevne typisk enten foreligger egentligt samtykke i kraft af kvindens adfærd eller en undskyldelig misforståelse fra mandens side, der netop må begrundes med kvindens adfærd. Greve skriver blandt andet: *»I langt de fleste situationer, hvor mænd rører et kvindebryst, antager jeg, sker det kun, når kvinden har samtykket – typisk tilkendegivet gennem handling, men evt. også stiltiende eller udtrykt gennem ord. Hvis manden har misforstået kvindens adfærd og med rimelighed troet, at den var udtryk for et samtykke, følger straffriheden af det manglende forsæt. Det er for mig vanskeligt at se det ønskelige i en regel, som derudover medfører straffrihed også for en mand, der er klar over, at kvinden ikke er indforstået, men som optimistisk lægger til grund, at hun ville være det, hvis hun blev spurgt.«*¹²⁷

Fra diskussionen om det hypotetiske samtykke bør man derfor ifølge Greve holde de situationer, hvor der foreligger en rimelig vildfarelse om et indirekte samtykkes tilstedeværelse. Disse situationer er kendetegnede ved, at et handlingsforløb frem til gerningstidspunktet leder gerningspersonen til at tro, at den forurettede må have indset, hvor det bærer hen, og derpå samtykket ved ikke at sige fra. Det hypotetiske samtykke forudsætter derimod, at gerningspersonen ud fra en sædvanlig forsætsbetragtning anser det for sikkert eller overvejende sandsynligt, at den forurettede *ikke* har forestillet sig og accepteret handlingen.

At det hypotetiske samtykke indebærer, at den forurettede ikke har samtykket i sit indre, lægger også Bechmann Christensen til grund.¹²⁸ Hun kritiserer til gengæld Greves kommentarer til Toftegaard Nielsens argumentation, idet hun blandt andet skriver: *»Anvendelsen af det hypotetiske samtykke er jo ikke, når "kvinden ikke er indforstået", men når kvinden ikke i sit indre har forestillet sig den konkrete handlings foretagelse. Det kan jo tænkes, at kvinden har tænkt, at "nu kysser han mig snart, og det vil jeg gerne have", men hun ikke har forestillet sig, at hans næste træk var at tage hende på brystet. Hvis det er tilfældet, vil der strengt taget ikke foreligge et samtykke, og hvis kvinden er indforstået med, at han tager hende på brystet, vil straffriheden være begrundet i et hypotetisk samtykke.«*¹²⁹

Betydningen af ordet »indforstået« skal jeg ikke komme nærmere ind på. Det er imidlertid påfaldende, at Bechmann Christensen i sin kritik slet ikke berører den mulighed, at manden fejlagtigt *antager*, at samtykke foreligger. Hun lader til at mene, at det afgørende moment for det hypotetiske samtykkes anvendelse (i hvert fald i den pågældende situation) er, om den forurettede affinder sig med handlingen umiddelbart efter dens foretagelse – ikke gerningspersonens forsæt umiddelbart forud for handlingen. Så vidt jeg forstår, er dette ikke i overensstemmelse med den herskende opfattelse i teorien. Som nævnt har Toftegaard Nielsens og Bechmann Christensens udlægning den væsentlige ulempe, at man i realiteten anerkender et

¹²⁷ Greve, 2004, s. 287, note 44, jf. s. 146

¹²⁸ Bechmann Christensen, s. 91

¹²⁹ Bechmann, Christensen, s. 96

efterfølgende samtykke (om end dette nok ikke er så betænkeligt, hvis samtykke rent faktisk foreligger umiddelbart efter gerningen).

Andorsen skriver om hypotetisk samtykke: »*Én ting er at gjerningspersonen har været i den faktiske villfarelsen at han (uriktig) har trodd at det forelå samtykke fra fornærmede til den aktuelle handlemåten. Noe ganske annet er det når gjerningspersonen er klar over at det faktisk ikke er gitt noe samtykke, men at han, gjerningspersonen, enten vet eller tror at dersom han hadde spurt fornærmede, ville sistnevnte ha gitt samtykke til handlingen.*«¹³⁰

Hurwitz beskriver hypotetisk samtykke som »*det forhold, at en person ville have billiget handlingen, såfremt han havde haft anledning til at forestille sig muligheden af, at den ville blive foretaget. Det er klart, at det sjældent vil komme til en straffesag, når der har foreligget eller nu foreligger en velvillig holdning hos den, hvis interesser berøres. Men spørgsmålet om samtykkets objektive afgrænsning får betydning også i tilfælde, hvor gerningsmanden fejlagtigt antager, at diskulperende samtykke foreligger.*«¹³¹

Med den ovenfor beskrevne diskussion illustreres ikke blot divergenserne i begrebsanvendelsen men også vanskelighederne ved at opstille klare skillelinjer mellem de forskellige samtykkeformer. Det forekommer på den ene side klart, at man ikke kan henholde sig til et indirekte samtykke i en situation, hvor en mand drister sig til at tage en fremmed kvinde på brystet, uden at der umiddelbart forud for handlingen er opbygget en vis nærhed mellem parterne. I en sådan og tilsvarende situationer kan alene overvejelser om hypotetisk samtykke have relevans. På den anden side kan der næppe siges noget generelt om, hvor tydelig eller lemfældig kvindens adfærd skal være, før manden med rimelighed kan antage, at hun har forestillet sig befølingen og samtykket indirekte til den. Overgangen fra hypotetisk samtykke til (en vildfarelse om) egentligt samtykke lader sig med andre ord ikke let identificere, og det er nok dette, der ligger bag Greve og Toftegaard Nielsens uenighed.

Ikke desto mindre er der vist enighed om, at alene det hypotetiske samtykke har relevans i situationer, hvor den forurettede næppe har anset gerningspersonens handling for sandsynlig, og hvor gerningspersonen eventuelt ikke har haft mulighed for at spørge den forurettede. I lighed med dette beskriver Hurwitz som angivet det hypotetiske samtykke som »*det forhold, at en person ville have billiget handlingen, såfremt han havde haft anledning til at forestille sig muligheden af, at den ville blive foretaget.*«¹³²

Højesteretsafgørelsen U1965.620H kan fremhæves som belæg for, at hypotetisk samtykke anerkendes i dansk ret.¹³³ I sagen var A, der var frakendt førerretten, blevet idømt en parkeringsbøde. Af frygt for, at han ville blive straffet for kørsel i frakendelsestiden, overtalte han B til at påtage sig skylden – og refunderede derefter B's udgifter til bøden. Ved en senere lejlighed overtrådte A fartbegræns-

¹³⁰ Andorsen, s. 429

¹³¹ Hurwitz, s. 207

¹³² Hurwitz, s. 207

¹³³ Toftegaard Nielsen, s. 143

ningen og blev standset af politiet. I den forbindelse udgav han sig for at være B. Dette havde B imidlertid ikke samtykket i, og B nægtede også efterfølgende at medvirke. Både A og B blev på baggrund af de to situationer tiltalt for angivelse af en uskyldig efter straffelovens § 164. Byretten fandt indledningsvis, at bestemmelsen ikke kunne anvendes på den, der mod bedre vidende angiver sig selv, og at samtykke til overtrædelse af bestemmelsen principielt kunne tillægges straffrihedsvirkning. Retten udtalte efterfølgende: »Idet det – også efter proceduren – må lægges til grund, at tiltalte A ved sin i forhold 5 beskrevne forklaring gik ud fra, at tiltalte B ville bistå ham endnu en gang, må de tiltalte herefter frifindes«. Denne begrundelse tiltrådte landsretten, og Højesteret stadfæstede landsrettens dom – beklageligvis uden kommentarer til begrundelsen. Det fremgår imidlertid klart af begrundelsen, at straffriheden beror på hypotetisk samtykke og ikke på en vildfarelse. Der lægges desuden op til, at sagen havde fået et andet udfald, hvis ikke B allerede ved én lejlighed havde samtykket.

I Tfk2006.70V anerkendtes hypotetisk samtykke også,¹³⁴ om end det i den pågældende sag ikke kunne føre til frifindelse. T havde i to tilfælde aftalt med en bilforhandler at få lov at prøvekøre en bil i kort tid. Han afleverede dog ikke bilerne til tiden og mente ikke, at der ville ske noget ved dette, idet han tidligere havde afleveret prøvekørte biler for sent. Han blev imidlertid dømt for brugstyveri af køretøj. Af landsrettens begrundelse fremgår følgende: »Også efter bevisførelsen for landsretten tiltrædes det af de grunde, som byretten har anført, og da tiltalte i begge tilfælde væsentligt har overskredet den aftalte frist, og ikke havde konkret grund til [at] gå ud fra, at forholdet ville blive accepteret, at tiltalte er fundet skyldig som sket.«

De ovennævnte domme viser altså, at det hypotetiske samtykkes straffrihedsvirkning anerkendes i dansk ret – i hvert fald i en bestemt afskygning, hvorom der kan siges følgende:

- Gerningspersonen *ved* (eller mener at vide), at samtykke ikke foreligger, men handler ud fra en *antagelse* om samtykke.
- At den forurettede ikke efterfølgende accepterer handlingen (dvs. gerningspersonen havde uret i sin antagelse) udelukker ikke straffrihed, *men*
- der må stilles krav om et *konkret grundlag* for gerningspersonens samtykkeantagelse.¹³⁵

Spørgsmålet er så, hvad der kan danne et tilstrækkeligt sådant grundlag.

Bechmann Christensen mener, at hypotetisk samtykke bør anerkendes i en række dagligdags og bagatelagtige situationer, for eksempel når en mand betaler for en rejse til sig selv og sin kone ved at udfylde en check fra konens checkhæfte.¹³⁶ Foruden forholdets bagatelpræg kan det i en sådan situation formentlig antages som grundlag, at der er et nært personligt forhold mellem gerningspersonen og den forurettede.¹³⁷

¹³⁴ Toftegaard Nielsen, s. 143

¹³⁵ Bechmann Christensen, s. 106

¹³⁶ Bechmann Christensen, s. 97

¹³⁷ Andorsen, s. 436

Bechmann Christensen nævner desuden en tænkt situation omtalt af Sten Schaumburg-Müller, hvor hypotetisk samtykke også diskulperer.¹³⁸ Situationen angår en fotograf, der tager billeder til en privat fest – altså på et ikke offentligt tilgængeligt sted, hvilket i udgangspunktet er strafbart, jf. straffelovens § 264 a. Der kan naturligvis samtykkes med straffrihedsvirkning til en sådan handling, men »[f]or de gæster, der ikke ser, de bliver fotograferet, går fotografen ofte uden videre ud fra, at ingen har noget imod at blive fotograferet, altså et hypotetisk samtykke«. ¹³⁹ De fleste vil nok tilslutte sig, at en sådan overtrædelse er bagatelagtig. Det vil nok også have indflydelse på bedømmelsen, at sådanne situationer er hyppigt forekommende, og at man ved at troppe op til en privat fest må påregne, at der vil blive taget billeder.

Andorsen er overvejende skeptisk over for at anerkende hypotetisk samtykke. Han udelukker dog ikke, at samtykkeformen kan komme på tale ud fra en forsvarlighedsvurdering, altså hvor »gjerningspersonen etter en konkret og objektiv bedømmelse har vurdert samtykkeprognosen forsvarlig«. ¹⁴⁰ Det er Andorsens synspunkt, at der foruden bagatelpræget skal være andre objektive omstændigheder at bygge forsvarlighedsbedømmelsen på. Dette kan være et nært personligt forhold (f.eks. ved slægtskab eller ansættelse). Det kan også tænkes, at den forurettede ved tidligere lejligheder har undladt at påtale eller på anden måde reagere på lignende overtrædelser. I et sådant tilfælde skal man dog ifølge Andorsen være varsom, idet den forurettedes manglende påtale kan indebære en forventning om, at overtrædelsen ikke skal gentage sig. ¹⁴¹

I forhold til situationer, hvor gerningspersonens samtykkeantagelse *alene* bygger på overtrædelsens bagatelpræg, er Andorsen betænkelig ved at anerkende hypotetisk samtykke. ¹⁴² Som eksempler på sådanne overtrædelser nævner han, at man låner naboens cykel for at kunne nå bussen, eller at man tapper strøm fra naboens bilbatteri for at få startet sin egen. Andorsens pointe er, at samtykkeantagelsen i et sådant tilfælde kun kan hænges op på, at *de fleste* mennesker i samme situation som forurettede ville samtykke. »For den konkrete fornærmede som ser annerledes på dette enn det store flertallet, er det ikke lenger et klassisk samtykke-spørsmål i betydningen å skulle gi avkall på rettsbeskyttelse ved en samtykkedisposisjon. Tvert imot vil det for ham nærmest bli et spørsmål om å utvise en eller annen aktivitet på forhånd for å holde fast ved rettsbeskyttelsen.« ¹⁴³ Som jeg tolker det, mener Andorsen, at straffriheden i disse tilfælde må begrundes med *materiel atypicitet*. Forholdet falder i udgangspunktet uden for lovens beskyttede felt, og den forurettede må derfor foretage sig noget aktivt for at blive omfattet af lovens beskyttelse. Gør vedkommende ikke det, henhører gerningspersonens handling under den almindelige, tilladte handlefrihed. ¹⁴⁴

¹³⁸ Bechmann Christensen, s. 128

¹³⁹ Bechmann Christensen, s. 95

¹⁴⁰ Andorsen, s. 437

¹⁴¹ Andorsen, s. 436

¹⁴² Andorsen, s. 435

¹⁴³ Andorsen, s. 436

¹⁴⁴ Andorsen, s. 436

Alt i alt må det hypotetiske samtykke siges at have et meget snævert virkefelt – særligt fordi der netop ikke er tale om egentligt samtykke, hvilket ville gøre en vidtgående anerkendelse betænkelig. Der kan nok opstilles to typesituationer, hvor det hypotetiske samtykke kommer på tale, nemlig i de helt banale tilfælde, hvor samtykkeantagelsen beror på almindelig skik og brug (for eksempel at der sædvanligvis tages billeder til en familiefest), og i de *forholdsvis* bagatelagtige tilfælde, hvor den forurettede tidligere har tilkendegivet sit samtykke. Helt generelt bør man dog være yderst påpasselig med at godtage gerningspersonens antagelse.

3.4. Tilkendegivelsesdiskussionen

Diskussionen omkring samtykkeformerne har i nogen grad sammenhæng med spørgsmålet om, hvordan og i hvilket omfang samtykket skal tilkendegives over for gerningsmanden. Dette spørgsmål har givet anledning til uenighed i retslitteraturen, og der er på baggrund heraf opstået to modstridende teorier, der benævnes *viljeudtryksteorien* henholdsvis *viljeretningsteorien*.

Ifølge viljeretningsteorien er det tilstrækkeligt for at opnå straffrihed, at den forurettede i sit indre har forestillet sig og accepteret det strafbare forhold. Denne teori kan vel siges at have en vis sammenhæng med princippet *volenti non fit injuria*: Der er objektivt set ikke sket nogen krænkelse af retsordenen, når den samtykkende har besluttet at fralægge sig lovens beskyttelse. For en tilhænger af teorien vil det derimod forekomme uretfærdigt at straffe gerningspersonen, når den forurettede rent faktisk har givet afkald på retsbeskyttelsen i sit indre. Bechmann Christensen mener, at viljeretningsteorien stemmer bedst overens med begrundelsen for samtykkets straffrihedsvirkning, nemlig den forurettedes ret til at råde over egne retsgoder.¹⁴⁵

Efter viljeudtryksteorien kan samtykket derimod ikke tillægges straffrihedsvirkning, før det er tilkendegivet for gerningspersonen. Det er ikke givet, at bestemte samtykkeformer ikke anerkendes af fortalerne for viljeudtryksteorien. Andorsen, der selv er varm fortaler for teorien, nævner jo eksempler, hvor også passivitet og hypotetisk samtykke medfører straffrihed. Diskussionen angår derfor ikke så meget kravene til samtykket som det mere principielle spørgsmål om, hvornår straffriheden indtræder. Ikke desto mindre må man antage, at der inden for viljeudtryksteorien skal noget mere til, før et indirekte samtykke kan tillægges straffrihedsvirkning. Det må nok kræves, at passiviteten i sig selv er så stærkt et udtryk for den forurettedes velvilje, at gerningspersonen kan anse samtykkets tilstedeværelse for højst sandsynlig.

¹⁴⁵ Bechmann Christensen, s. 88

I både dansk og svensk ret nyder viljeretningsteorien størst tilslutning,¹⁴⁶ omend nogle teoretikere vægrer sig ved at anerkende teorien som et ubetinget princip. Langsted skriver, at »[d]et vil bero på en mere konkret bedømmelse om samtykke også kan foreligge som en »indre« og ikke tilkendegivet forhåndsbilligelse af handlingen.«¹⁴⁷ Derimod skriver Greve: »Dansk ret kræver ikke, at samtykket skal være kommet til udtryk. Det er tilstrækkeligt, at den pågældende har taget sin beslutning.«¹⁴⁸ Bechmann Christensen anfører med en henvisning til *Den danske kriminalret*, 1971, s. 207, at Hurwitz har tilsluttet sig viljeudtryksteorien.¹⁴⁹ Som jeg ser det, er dette ikke en helt korrekt udledning af forfatterens standpunkt: »Efter almindelig sprogbrug kan der kun tales om samtykke, når der foreligger en viljestilkendegivelse om indvilligelse. Det bør dog næppe anses for udelukket, at straffrihed kan indtræde også i tilfælde, hvor en person stiltiende har godkendt den i sig kriminelle handling på tidspunktet for dens foretagelse, selvom hans indvilligelse ikke kan siges at være tilkendegivet.«¹⁵⁰

Blandt de konkrete retsvirkninger af viljeretningsteorien er, at en overtrædelse strengt taget ikke fuldbyrdes, når den forurettede har samtykket i sit indre. I et sådant tilfælde kan der højst idømmes forsøgsstraf, forudsat gerningspersonen er i vildfarelse om samtykket. Greve sammenligner dette med det forsøgsansvar, der opstår, når en person udøver vold uden at erkende, at der er tale om en nødværgesituation (putativ forbrydelse).¹⁵¹ Med viljeretningsteorien opnår man altså en vis ensretning i anvendelsen af straffrihedsgrundene.¹⁵²

Andersen udtaler kraftig kritik af viljeretningsteorien, der efter hans opfattelse bygger på ”klare fiksjoner”,¹⁵³ idet man ikke i praksis kan få klarhed over, om den forurettede vitterlig har besluttet sig for at samtykke til handlingen, uden at denne beslutning er kommet til udtryk på den ene eller den anden vis. Andersen gør navnlig tre indvendinger mod viljeretningsteorien gældende:¹⁵⁴

- For det første vil man, såfremt en ydre indikation af samtykke først foreligger efter den strafbare handling, ofte være nødsaget til at tage stilling til, om samtykke også forelå som en indre beslutning i handlingens øjeblik. Det kan i et sådant tilfælde være vanskeligt at bevise, at man ikke i virkeligheden har at gøre med et efterfølgende samtykke, der som nævnt ikke tillægges det strafferetlige samtykkes virkninger. I viljeudtryksteorien er man ude over dette problem, da samtykket skal være udtrykt senest ved handlingens foretagelse for at gøre handlingen straffri. Det efterfølgende samtykke er derfor uden bevismæssig betydning.

¹⁴⁶ Bechmann Christensen, s. 88

¹⁴⁷ Langsted, s. 155

¹⁴⁸ Greve, 2004, s. 145

¹⁴⁹ Bechmann Christensen, s. 23 og s. 90

¹⁵⁰ Hurwitz, s. 207

¹⁵¹ Greve, 2004, s. 145

¹⁵² Bechmann Christensen, s. 89

¹⁵³ Andersen, s. 427

¹⁵⁴ Andersen, s. 426 f.

- For det andet kan der opstå uoverkommelige bevisproblemer, når gerningspersonen hævder at have været i vildfarelse om den forurettedes indre samtykke. Kan samtykket ikke hænges op på nogen konkrete, ydre omstændigheder, bliver bevistemaet den forurettedes *tanker*. I praksis har man derfor valget mellem netop at stille krav om ydre manifestationer eller at acceptere risikoen for at frifinde på trods af skjult forsæt.
- For det tredje byder det på store vanskeligheder at fastslå den præcise udstrækning af et samtykke, der ikke har manifesteret sig.

Alt i alt mener Andorsen, at viljeretningsteorien er vanskelig at anvende i praksis, og at den fører til en betydelig svækkelse af retsstillingen for den forurettede, der rent faktisk *ikke* havde samtykket. I stedet bør samtykkereglerne udformes på en måde, så de virker i sammenhæng med resten af den strafferetlige ansvars lære.¹⁵⁵ Gennem viljeudtryksteorien undgår man ifølge Andorsen utilsigtede virkninger af samtykkereglerne ved at stille et enkelt krav til den samtykkende: »*Dersom han ønsker å benytte seg av den disposisjonsadgangen samtykkeinstituttet gir ham, må han av hensyn til seg selv sørge for å manifestere sitt samtykkestandpunkt utad på en eller annen måte.*«¹⁵⁶

Bechmann Christensen anerkender, at viljeretningsteorien fører til bevisvanskeligheder.¹⁵⁷ Hun mener dog ikke, at de praktiske vanskeligheder ved at anvende teorien ændrer ved, at teorien støttes af selve begrundelsen for samtykkeinstituttet. Hun skriver blandt andet: »*Det er hensynet til den samtykkende, der begrunder samtykkets virkning, og når en person ikke krænktes, fordi han eller hun har samtykket, opfyldes hensynet til ham eller hende. Viljeretningsteorien må være rigtigst at anvende, da spørgsmålet om, hvorvidt den handlende kender til samtykket, er et forsætsproblem.*«¹⁵⁸

Desuden skriver Bechmann Christensen som kommentar til Andorsens anden indvending, at det gælder generelt for alle faktiske vildfarelser, at de yder beskyttelse af gerningspersonen på den forurettedes bekostning.¹⁵⁹ Hun forholder sig dog ikke i videre omfang til, hvilke hensyn der er at tage til den forurettede, der netop *ikke* har samtykket – altså når der foreligger en faktisk vildfarelse. Det er jo dette, navnlig Andorsens anden indvending omhandler.

Eller for at sætte det på spidsen: Bechmann Christensen begrundet viljeretningsteorien i hensynet til den, der rent faktisk samtykker. Andorsen begrundet viljeudtryksteorien i hensynet til den, der *ikke* samtykker.

¹⁵⁵ Andorsen, s. 428 f.

¹⁵⁶ Andorsen, s. 429

¹⁵⁷ Bechmann Christensen, s. 88 f.

¹⁵⁸ Bechmann Christensen, s. 90

¹⁵⁹ Bechmann Christensen, s. 90

Det er klart, at viljeretningsteorien letter adgangen for gerningspersonen til at påberåbe sig en vildfarelse. Når den samtykkende tydeligt tilkendegiver sin velvilje, er der jo mindre for gerningspersonen at tage fejl af. I et eller andet omfang kræver viljeretningsteorien, at den forurettede – for at undgå rimelig tvivl – må *foregribe* gerningspersonens vildfarelse ved at tilkendegive, at samtykke *ikke* foreligger (jf. diskussionen i afsnit 3.3.2.). Det er klart, at dette kun kan lade sig gøre, når den forurettede rent faktisk indser, at situationen kan give anledning til en vildfarelse hos gerningspersonen. For den forurettede, der bliver overrumpet af gerningspersonens adfærd, vil en påstand om, at gerningspersonen handlede ud fra *troen* på et indre samtykke hos den forurettede, formentlig virke absurd.

I realiteten opstår betænkelighederne dog nok kun, hvis man selv på trods af det totale fravær af ydre omstændigheder ved samtykket – og dertil fraværet af efterfølgende samtykke fra den forurettede – vil godtage en påstand om, at gerningsmanden var i vildfarelse (Andorsens anden indvending). I praksis vil retten næppe give medhold til den, der påstår at have troet, at den forurettede havde samtykket i sit indre, uden at gerningspersonen har kunnet underbygge denne tro ved konkrete, ydre omstændigheder. Dette anfører Andorsen også selv.¹⁶⁰ Når en sådan påstand om vildfarelse ikke kan tages til følge, og det dermed kan lægges til grund, at gerningspersonen var bekendt med det manglende samtykke, kan straffrihed eventuelt følge af hypotetisk samtykke.¹⁶¹ Ellers må der ske domfældelse.

Langsted skriver følgende om bevisbyrden i forhold til straffrihedsgrundene: »*Mest nærliggende er det at antage, at domstolene ikke lader »rimelig tvivl« komme tiltalte til gode på samme måde som med hensyn til forbrydelsens elementer, men at de på den anden side ikke kræver at sagens oplysninger skal have bevist (skabt en overbevisning om) den strafudelukkende sammenhæng. Om man vil sige at denne sammenhæng skal være sandsynliggjort, eller at den blot skal være en rimeligt bestyrket mulighed, lader sig næppe afgøre generelt.*«¹⁶²

Situationen er i øvrigt næppe hyppigt forekommende. I realiteten vil gerningspersonen formentlig påstå, at der rent faktisk var ydre omstændigheder, der gav anledning til vildfarelsen. I et sådant tilfælde slipper selv ikke »viljeudtryksteoretikeren« for bevisførelse.

Hvis den forurettede derimod samtykker efterfølgende, vil der sjældent være grobund for en retssag – uagtet hvilken teori man anlægger. Det gælder i hvert fald, hvis det efterfølgende samtykke foreligger *umiddelbart* efter gerningen og ikke har tydelig karakter af senere *eftergivelse*. Er det efterfølgende samtykke ligefrem den eneste omstændighed, der peger på, at samtykke også forelå på gerningstidspunktet (Andorsens første indvending), må dette ganske enkelt komme gerningspersonen til gode. Dermed er der, som

¹⁶⁰ Andorsen, s. 427

¹⁶¹ Andorsen, s. 427 f.

¹⁶² Langsted, s. 136

Andersen påpeger, en risiko for, at man kommer til at tillægge et efterfølgende samtykke straffrihedsvirkning. Men at dette i grunden ikke er ret betænkeligt, følger jo netop af, at den samtykkende ikke føler sig krænkede. Det vil straks være mere betænkeligt at straffe gerningspersonen, alene fordi samtykke i hvert fald ikke var *udtrykt* på gerningstidspunktet. Den samtykkende, som hævder at have samtykket i sit indre forud for gerningen, vil nok heller ikke kunne se meningen i dette.

Man må derfor nok holde fast i, at også et indre samtykke i hvert fald principielt kan tillægges straffrihedsvirkning, selv om det af hensyn til reglerens praktiske anvendelighed er fristende at stille krav om tilkendegivelse. At problematikken tilsyneladende ikke har vist sig i retspraksis, vidner i øvrigt om, at der er tale om en meget teoretisk diskussion.

3.5. Samtykkets indhold

3.5.1. SAMTYKKEFORTOLKNING

Den handling, som gerningspersonen udfører, skal naturligvis være den samme som den, der samtykkes til. Er et samtykke udtrykt i ord, vil det ofte ikke give anledning til problemer at fastlægge samtykkets rækkevidde. Anderledes forholder det sig imidlertid, når et samtykke er afgivet ved mere eller mindre diskret handling eller sågar ved passivitet. I et sådant tilfælde kan det blive nødvendigt at fortolke samtykket, og denne fortolkning vil i høj grad afhænge af omstændighederne ved gerningen.¹⁶³

I sagen U1974.775/2B havde en kvinde samtykket indirekte i at blive fotograferet nøgen af en bekendt. Nogle dage senere blev kvinden myrdet, og efterfølgende overdrog den bekendte billedet til et dagblad, som bragte det. Den ansvarshavende redaktør for dagbladet blev fundet skyldig i overtrædelse af straffelovens § 264 d, idet kvindens samtykke ikke rakte til offentliggørelse af billederne. Tiltaltes forsvarer argumenterede ellers blandt andet for, at der måtte foreligge hypotetisk samtykke.

I mange tilfælde kan det være svært at afgøre, om der er tale om en *overskridelse* af et allerede afgivet samtykke, eller om gerningspersonen er i vildfarelse om, at samtykke er givet. Schaumburg-Müller mener ifølge Bechmann Christensen, at man ved at opsætte et »Til salg«-skilt ved sit hus giver samtykke til udvendig besigtigelse af huset.¹⁶⁴ Bechmann Christensen mener derimod ikke selv, at dette er gældende i alle situationer, navnlig ikke hvis huset stadig er beboet. Rent definatorisk beror samtykket på, hvad »skilteop-

¹⁶³ Bechmann Christensen, s. 128

¹⁶⁴ Bechmann Christensen, 128

sætter» har forestillet sig, men spørgsmålet er vel egentlig, om den pågældende ved at opsætte skiltet må bære risikoen for en sådan overtrædelse af straffelovens § 264, stk. 1, nr. 1.

Eller formuleret mere generelt: Må den forurettede i kraft af sin adfærd tåle påregnelige misforståelser om samtykke og påregnelige overskridelser af et afgivet samtykke? Ovennævnte eksempel illustrerer, at der ikke er enighed i litteraturen om, hvilken fortolkningsform man skal anlægge.

Andersen lægger vist op til, at den samtykkende må påregne visse samtykkeafvigelse. Om det konkludente samtykke skriver han blandt andet, at man ved at møde op til en lægekonsultation samtykker til bagatelindgreb, og at man ved at deltage frivilligt i en boksekamp må påregne at kunne blive ramt af slag, der f.eks. kan føre til en brækket næse.¹⁶⁵ Andersens synspunkt hænger formentlig sammen med, at samtykke ifølge Andersen skal være *udtrykt* for at få straffrihedsvirkning. Den samtykkende gives da større anledning til samtidig at afgrænse sit samtykke udtrykkeligt, og gør den pågældende ikke det, må påregnelige overskridelser stå for den pågældendes egen regning. Er man samtykkehabil, bør man naturligvis også være i stand til at indse, hvordan ens (udtrykkelige) adfærd vil blive fortolket, og det er derfor ikke betænkeligt i et vist omfang at lægge ansvaret over på den forurettede. Andersen skriver om den forurettede, at »[d]ersom han ønsker å benytte seg av den disposisjonsadgangen samtykkeinstituttet gir ham, må han av hensyn til **seg selv** sørge for å manifestere sitt samtykkestandpunkt utad på en eller annen måte.«¹⁶⁶ (Fremhævet her.)

Bechmann Christensen lader derimod til at være mere tilbageholdende. I forbindelse med den tidligere nævnte situation, hvor en fotograf tager billeder til en privat fest, kalder hun det en »*absurd tanke*«, at man ved at møde op til en sådan fest samtykker til at blive fotograferet.¹⁶⁷ Der foreligger altså ikke automatisk samtykke, selv om fotografering til en fest uden tvivl må anses for påregneligt. Ligeledes afviser hun som nævnt, at man ved at sætte sit hus til salg automatisk samtykker til besigtigelse af huset.

Man må antage, at det er mindre betænkeligt at acceptere en samtykkeafvigelse, når der ubetvivleligt er givet samtykke til *noget*. I et konkret tilfælde må det blandt andet komme an på, hvor grov overskridelsen er i forhold til, hvad der rent faktisk er givet samtykke til. Hvis en mand tager en kvinde på ballen, selv om der kun er givet samtykke til beføling af brystet, må dette nok stå for kvindens egen regning, medmindre der efter omstændighederne er særlig grund til at nå til et andet resultat. Man bør dog være påpasselig med at anlægge en fortolkning, der er til gerningspersonens fordel, særligt i forhold til de mere alvorlige overtrædelser. En aftale om samleje mellem en prostitueret og en kunde udelukker for eksempel

¹⁶⁵ Andersen, s. 423

¹⁶⁶ Andersen, s. 429

¹⁶⁷ Bechmann Christensen, s. 95

ikke straf for voldtægt, hvis kunden overskrider samtykket.¹⁶⁸ Det må afhænge af aftalens indhold og gerningspersonens forsæt.

3.5.2. BETINGET SAMTYKKE

Den samtykkende afgør naturligvis, hvor »megen« retsbeskyttelse der skal gives afkald på, og kan afgrænse indholdet af sit samtykke ved at opstille betingelser. Disse kan for eksempel angå, hvem der må udføre gerningen, hvordan gerningen skal udføres, og hvor mange gange gerningen må udføres.¹⁶⁹

Den samtykkende kan også gøre selve samtykket betinget, så samtykket reelt først indtræder, når de givne betingelser er opfyldt. A kan for eksempel give samtykke til, at B må slå A, såfremt B vinder et væddemål. Samtykket har først virkning, når B har vundet væddemålet.

Bechmann Christensen mener ikke, at man generelt kan skelne mellem en *afgrænsning* af samtykkets indholdsmæssige rækkevidde og *betingelser* for selve samtykket.¹⁷⁰ Hun nævner som eksempel, at det i den føromtalte dom TfK2006.70V (om brugstyveri ved prøvekørsel af to biler, se side 39) er vanskeligt at afgøre, om bilforhandlerens formaning om prøvekørsels varighed hører under den ene eller den anden kategori. Som jeg ser det, må det afgørende være, hvornår samtykkets virkning egentlig indtræder. I dommen forelå samtykke til prøvekørsel på det tidspunkt, hvor tiltalte kørte af sted – ellers ville der naturligvis opstå et strafansvar med det samme. Den tiltaltes sene tilbagelevering af bilerne må derfor betragtes som en overskridelse af samtykkets *afgrænsning*. Anderledes vil det forholde sig, hvis en bilforhandler tillader en kunde at prøvekøre en bil mod betaling af et depositum. Ved en sådan betingelse har samtykket først virkning, når depositummet er betalt, og finder kunden på at køre af sted uden at betale, opstår strafansvaret omgående.

Det er dog muligt, at man ikke i alle tilfælde vil kunne skelne klart mellem de to typer betingelser.

Et andet interessant spørgsmål er, om der kan stilles betingelser for samtykke, der først skal opfyldes *efter* den strafbare gerning – og om samtykkets virkning dermed først indtræder, når betingelsen efterfølgende opfyldes. Spørgsmålet er ifølge Bechmann Christensen berørt af den norske professor Husabø i form af en tænkt situation:¹⁷¹ A og B aftaler, at A skal dræbe B, men på betingelse af, at A efterfølgende dræber sig selv. Husabø mener ifølge Bechmann Christensen, at samtykket her har virkning (som strafnedsættelsesgrund) i det øjeblik, hvor A dræber B, *såfremt* A vitterlig har viljen til at opfylde betingelsen. Om A's

¹⁶⁸ Bechmann Christensen, s. 128

¹⁶⁹ Bechmann Christensen, s. 129; Langsted, s. 158

¹⁷⁰ Bechmann Christensen, s. 130

¹⁷¹ Bechmann Christensen, s. 130

efterfølgende selvmord mislykkes, er uden betydning for samtykkets virkning. Bechmann Christensen anser imidlertid denne anskuelse for tvivlsom, navnlig fordi B derved medvirker til A's selvmord (i sig selv en ulovlig handling, som er uden samtykkerelevans). Sagen er ifølge hende uafklaret.

3.6. Opsummering

På baggrund af fremstillingen kan der opstilles tre minimumskrav til det gyldige samtykke, nemlig habilitetskravet, frivillighedskravet og tidskravet. Det er op til gerningspersonen at sikre sig, at disse krav er opfyldt, idet der ellers vil være en formodning for, at gerningen er strafbar.

Habilitetskravet indebærer, at det efter den samtykkendes alder, mentale udvikling og sindstilstand skal kunne konstateres, at den pågældende er rimeligt i stand til at overskue konsekvenserne af gerningen.

Frivillighedskravet indebærer, at samtykket skal være afgivet af den samtykkendes egen fri vilje og med fuld forståelse for alle de omstændigheder, der kan have indflydelse på den pågældendes beslutning.

Tidskravet indebærer, at samtykket skal være gældende på gerningstidspunktet. Det skal altså være afgivet og ikke retmæssigt tilbagekaldt på det tidspunkt, hvor gerningspersonen udfører overtrædelsen.

I nogle landes retssystemer gælder et fjerde krav, nemlig at samtykket skal være udtrykt på en objektivt erkendelig måde. Et sådant krav er ikke almindeligt gældende i dansk ret, om end samtykket nok i langt de fleste tilfælde må være udtrykt i ord eller handling eller i det mindste følge af den samtykkendes manglende indgriben for at få reel indflydelse på strafansvaret.

Det gør så billedet lidt broget, at man nok i visse tilfælde bør acceptere et hypotetisk samtykke, hvor samtykket netop ikke foreligger på gerningstidspunktet og dermed naturligvis heller ikke er udtrykt. Det må dertil som minimum kræves, at overtrædelsen er meget banal (dvs. grænser til at være omfattet af den almindelige handlefrihed), eller at gerningspersonen baserer sin samtykkehypotese på den forurettedes adfærd i tidligere, lignende tilfælde.

Om der omvendt kan stilles krav til den forurettede, der ønsker at bevare retsbeskyttelsen helt eller delvis, er ikke helt afklaret. Det teoretiske udgangspunkt må være, at gerningspersonen alene bærer ansvaret for, at gerningen er omfattet af et gyldigt samtykke. I praksis medfører dog netop kravene til samtykket (navnlig habilitets- og frivillighedskravet) sammenholdt med det strafferetlige tilregnelseskrav, at den samtykkehabile i et vist omfang må foretage sig noget aktivt for at nyde fortsat beskyttelse, navnlig når der allerede er afgivet et samtykke, hvis udstrækning ikke er klarlagt.

4. Samtykke og materiel atypicitet

Før samtykkespørgsmålet overhovedet har interesse, må man strengt taget tage stilling til, om den adfærd, der har givet anledning til påtale, overhovedet udgør en strafbar overtrædelse. Det giver dog sjældent anledning til særskilt behandling i praksis, idet de fleste sager naturligvis drejer sig om adfærd, der tidligere er pådømt ved domstolene. Det hænder dog, at der opstår tvivl om den påtalte handlinges strafbarhed, og i et sådant tvivlstilfælde må spørgsmålet afklares ved *fortolkning* af loven. Domstolene står da over for valget mellem forskellige fortolkningsmetoder.

Straf er naturligvis et alvorligt indgreb, og derfor kan der i visse tilfælde blive tale om at anlægge en *indskrænkende* fortolkning til gerningspersonens fordel. Det indebærer, at et forhold umiddelbart er omfattet af den givne strafbestemmelses ordlyd (formel typicitet), men at forholdet er så atypisk i sammenligning med, hvad lovgiver har tilsigtet at kriminalisere med bestemmelsen, at overtrædelsen alligevel må holdes udenfor (materiel atypicitet).¹⁷² Området for den materielle atypicitet opstår altså i rummet mellem en ordlydsfortolkning og en indskrænkende, formålsorienteret fortolkning.

4.1. Afgrænsning

Historisk er straffriheden for visse legemsangreb – navnlig lægelige indgreb og voldelige sportshandlinger – blevet begrundet med samtykke. I moderne dansk ret foretrækker mange at forklare straffriheden med materiel atypicitet. Blandt kritikerne af den tidligere anskuelse er Toftegaard Nielsen, der ligefrem kalder det »teoriens misbrug«. For ham er den formålsorienterede fortolkning en essentiel del af strafferetten: »Hvis man ikke fortolker alle strafferegler med forbehold for det, der af alle anses for lovlig aktivitet, altså atypicitets-synspunkter, er der tale om en fortolkningsstil, der bør være strafferetten fremmed.«¹⁷³

For lægen eller sportsudøveren spiller det næppe nogen rolle, hvad straffriheden følger af, men forskellen er teoretisk vigtig i forhold til at afgrænse straffriheden. Er det samtykke, der er afgørende, kan straffriheden principielt ikke strækkes længere, end hvad samtykket dækker. Begrundes straffriheden derimod med materiel atypicitet, må udgangspunktet være, at straffriheden også omfatter de handlinger, der foretages *uden* samtykke (om end disse handlinger efter omstændighederne kan sanktioneres på anden vis). Ulempen ved sidstnævnte er, at der ikke kan siges noget generelt om, hvornår et forhold bør anses for materielt

¹⁷² Toftegaard Nielsen, s. 42

¹⁷³ Toftegaard Nielsen, s. 140

atypisk – det kommer helt an på den enkelte strafbestemmelse.¹⁷⁴ Det kan hævdes, at samtykkekonstruktionen skaber større sikkerhed om gældende ret, men at den kan føre til en urimelig retsanvendelse.

Hurwitz skriver, at udstrækningen af typicitetsbetragtningen blandt andet afhænger af, om lovgiver selv har haft de atypiske tilfælde for øje ved formuleringen af loven.¹⁷⁵ Det er bestemt i tråd med en formålsfortolkning at henholde sig til, hvad lovgiver selv har tilkendegivet at ville kriminalisere. På den anden side må typicitetskravet også kunne anvendes i tilfælde, som lovgiver ikke har kunnet forudsige. I denne egenskab fungerer kravet som en sikkerhedsventil, der giver domstolene mulighed for i særegne tilfælde at frifinde den tiltalte, selv om en strafbestemmelse objektivt set er overtrådt, og strafbetingelserne i øvrigt er opfyldt. På denne måde er kravet med til at sikre, at retsanvendelsen ikke bliver for formalistisk.

4.2. Sammenspil

Ifølge Bechmann Christensen spiller samtykke og materiel atypicitet sammen på to måder.¹⁷⁶ For det første hersker der i visse tilfælde uenighed om, hvorvidt straffriheden bør begrundes med det ene eller det andet begreb. For det andet er der tilfælde, hvor det netop er samtykket, der medfører materiel atypicitet. Hun anfører dog selv, er der ikke er tale om nogen skarp opdeling.¹⁷⁷

Sidstnævnte må snarest forstås sådan, at et tilstrækkeligt grundlag for *hypotetisk samtykke* kan gøre en handling materielt atypisk. At der (i for eksempel Andorsens analyse) er visse sammenfald eller gnidninger mellem hypotetisk samtykke og materiel atypicitet, er allerede berørt i afsnit 3.3.3. Bechmann Christensen nævner som eksempel, at kærtegn mellem personer i et parforhold må anses for materielt atypiske, netop fordi der som regel vil være et underforstået samtykke eller en berettiget forventning derom. Selv inden for parforhold må i hvert fald grov blufærdighedskrænkelser dog nok kunne straffes, hvis en part siger fra, og der er derfor ikke tale om en »klassisk« materielt atypisk situation.

Det er dog muligt, at Bechmann Christensens udlægning støttes af retspraksis om materielt atypisk brugstyveri.

I sagen U1963.1029V lød tiltalen på brugstyveri af køretøj, idet tiltalte (en 16-årig) havde kørt i sin fars bil uden at spørge om lov. Landsretten frifandt tiltalte med den begrundelse, at »det ikke kan antages, at straffelovens § 293, stk. 1, har tilsigtet at gøre et forhold som det foreliggende strafbart«.

I den beslægtede sag U1970.680/1V var tiltalte (på ca. 20 år) i byretten blevet dømt for brugstyveri af køretøj ved at have lånt sin stedfars bil uden tilladelse. Stedfaren ønskede ikke tiltale rejst. Anklage-

¹⁷⁴ Toftegaard Nielsen, s. 43

¹⁷⁵ Hurwitz, s. 86

¹⁷⁶ Bechmann Christensen, s. 55

¹⁷⁷ Bechmann Christensen, s. 78

myndigheden ankede med påstand om frifindelse, hvilket landsretten gav medhold i med samme begrundelse som i ovennævnte dom.

I dommene begrundes straffriheden tydeligvis med materiel atypicitet. Det fremgår ikke helt klart, *hvad* der gør forholdene atypiske, men det må antages at være den nære personlige relation sammenholdt med »brugstyvens« alder.

På baggrund af diskussionen i 3.3.3. kunne det ellers synes nærliggende at anvende en betragtning om hypotetisk samtykke. Der er jo netop tale om et nært personligt forhold, og brugstyveri (dog ikke af motor-køretøj) nævnes netop af Andorsen som en gerningstype, der efter omstændighederne kan være bagatelagtig. Begrundes straffriheden med hypotetisk samtykke, opnår man den virkning (eller fordel, om man vil), at den unges brug af bilen umiddelbart må anses for omfattet af strafbestemmelsen i de tilfælde, hvor forældrene tydeligt har tilkendegivet deres modvilje. Har det mon været domstolens mening, at selv ikke disse tilfælde skal føre til straf? Det kan dertil hævdes, at det må være op til forældrene – ikke retssystemet – at sanktionere en ung persons uberettigede brug af sine forældres bil, men det kan på den anden side forekomme ekstremt helt at udelukke forældrene fra retsbeskyttelsen. Man kan efter min mening godt forestille sig en situation, hvor en ung persons brug af sine forældres bil har forbrydelsens kendetegn, selv om det generelt må have formodningen mod sig.

4.2.1. MATERIELT ATYPISKE LEGEMSANGREB

Et særligt interessant område for berøringsfladerne mellem samtykke og materiel atypicitet er som tidligere nævnt legemsangrebene. Det er særligt på dette område, at man – med Bechmann Christensens ord – har at gøre med et valg mellem den ene eller den anden begrundelse for straffrihed. Før i tiden har man været tilbøjelig til at forklare straffriheden i disse tilfælde med samtykke, og det er vist stadig den gængse opfattelse i mange lande, herunder Norge.¹⁷⁸ I moderne dansk ret har betragtninger om materiel atypicitet vundet indpas, formentlig fordi det i de fleste tilfælde er upåtvivleligt, at lovgiver ikke har haft til hensigt at gøre legemsangrebene strafbare.

At klippe en andens hår kan efter omstændighederne udgøre en overtrædelse af straffelovens § 244.¹⁷⁹ Ingen ville dog komme på den tanke at straffe en frisør for at bringe sin fagkundskab i anvendelse efter alle kunstens regler. Så længe kunden gyldigt samtykker i at få sit hår klippet, er der naturligvis intet betænkeligt i dette. Problemet opstår imidlertid, hvis kundens samtykke er mangelfuldt, f.eks. fordi den pågældende er dement. Bechmann Christensen skriver, at man i et sådant tilfælde må kunne lægge hypotetisk

¹⁷⁸ Bechmann Christensen, s. 59

¹⁷⁹ Bechmann Christensen, s. 78

samtykke til grund.¹⁸⁰ I så fald vil man dog acceptere en antagelse om, at den forurettede ville samtykke, *hvis vedkommende var samtykkehabil*. Det er nok mere holdbart at slutte, at forholdet er materielt atypisk, da det ikke har været lovgivers mening at kriminalisere velgjort frisørvirksomhed, og da samfundet vel i et vist omfang har en interesse i, at folk fremtræder velsoignerede.

Ifølge Torp har man tidligere blandt tyske forfattere anerkendt straffrihed i tilfælde, hvor en overtrædelse udføres som naturligt led i gerningspersonens *kaldspligter*.¹⁸¹ I moderne ret kan dette vel anføres som begrundelse for, at visse »overtrædelser« må betragtes som materielt atypiske. Ad denne vej kan man forklare, hvorfor man ikke straffer frisøren eller lægen for de legemsangreb, de udfører som led i deres virke. Samfundet accepterer disse handlinger og tilskynder ligefrem til dem, fordi de tjener et anerkendelsesværdigt og gavnligt formål (sundhedsfremme og forskønnelse). Sådanne legemsangreb kan altså – i hvert fald i udgangspunktet – straffrit udføres *uden* gyldigt samtykke (men naturligvis ikke uden videre *mod* nogets vilje, altså ved tvang). I forhold til lægeindgrebene har samtykkekonstruktionen i øvrigt den åbenbare ulempe, at mange sådanne indgreb formelt set vil udgøre overtrædelser af straffelovens § 245 eller ligefrem § 246 (f.eks. ved amputationer), der jo står uden for samtykkets virkefelt. Dette kan eventuelt forklares med, at *formålshensynet* fører til en udvidelse af samtykkets straffrihedsvirkning, men navnlig Toftegaard Nielsen forholder sig meget kritisk til denne konstruktion.¹⁸²

Også Andorsen mener, at samtykkekonstruktionen er uegnet, i hvert fald i forhold til de lægeindgreb, der formelt set kan betegnes som legemsbeskadigelse (i moderne norsk ret kaldet »kropsskade«). Hans pointe er, at formålet med et lægeindgreb jo netop ikke er at påføre patienten skade: »*Dette kommer klart fram allerede ved å stille opp mot hverandre verbene «helbrede» eller «behandle» på den ene siden og «legemsbeskadige» på den annen side. Dersom inngrepet går ut på nettopp å «rette opp» etter en påført skade, kommer motsetningen helt på spissen også reelt.*»¹⁸³ Også Andorsen finder altså, at lægeindicerede indgreb falder uden for det typiske voldsområde.

Der kan imidlertid også forekomme lægeindgreb, der er straffri, selv om de ikke kan anses for at være omfattet af en læges sædvanlige kaldspligter. Omskæring af drengebørn af lovligt, men det er bestemt ikke altid lægeligt indiceret, og det har næppe nogen gavnlig virkning for samfundet. Ifølge Bechmann Christensen er det i øvrigt ikke bevist, at omskæring forbedrer hygiejnen.¹⁸⁴ Det er derfor ikke uden grund, at et forbud mod omskæring af drenge bliver drøftet for tiden. Når et sådant indgreb foreløbigt er straffrit, skyldes det dels hensynet til religiøse mindretal og dels, at der på den anden side ikke generelt er skadelige

¹⁸⁰ Bechmann Christensen, s. 78

¹⁸¹ Torp, s. 2 f.

¹⁸² Toftegaard Nielsen, s. 138 f.

¹⁸³ Andorsen, s. 352

¹⁸⁴ Bechmann Christensen, s. 125

eftervirkninger af indgrebet. I modsætning hertil er rituel kvindelig omskæring (med eller uden samtykke) strengt forbudt, da det kan føre til omfattende gener og senfølger.

Også tatovering er straffrit, selv om nogle tatoveringer ifølge Bechmann Christensen formelt set er omfattet af § 245.¹⁸⁵ Ifølge Bechmann Christensen er *samtykke* udslagsgivende for, om en tatovering er strafbar eller ej, men hun anfører derudover, at samtykket medfører materiel atypicitet.¹⁸⁶ Med denne fremstillings afsnit 2.3.3. in mente kan man nok anskue det på en anden måde, nemlig at et anerkendelsesværdigt formål fører til en udvidelse af samtykkets virkefelt. Om man anskuer det på den ene eller den anden måde, er dog uden betydning, når blot der er enighed om, at relevant samtykke er afgørende. Formålet er her – som ved hårklipping – forskønnelse, selv om samfundsinteressen næppe er lige så udtalt ved tatovering, der dels fører til en vis stigmatisering og dels har et permanent og »ugenopretteligt« præg. Netop derfor spiller den tatoveredes samtykke en afgørende rolle.

Endelig er der den vold, der udøves i forbindelse med sport og leg. Mange sportsgrene indebærer en vis voldsudøvelse, hvad enten volden er en reglementeret del af spillet eller ej. Det gælder i særdeleshed kampsport, hvor formålet vel netop er at udøve en form for vold mod modstanderen inden for bestemte regler, men også f.eks. boldsport fører jævnligt til voldelig nærkontakt. Spørgsmålet er, hvordan strafferetten og navnlig domstolene forholder sig til dette.

Der er almindelig enighed om, at den reglementerede sportsvold såvel som den ureglementerede men dog påregnelige (sædvanligt forekommende) sportsvold er straffri.¹⁸⁷ At straffriheden også omfatter sidstnævnte, skyldes nok især, at man ikke på den ene side kan forlange af sportsudøveren, at vedkommende skal give sig fuldt ud, for så at straffe vedkommende for f.eks. en vovet tackling. Hvad der begrunder straffriheden, er der imidlertid ikke enighed om. Højesteretsdommer Mondrup lagde i 1985 til grund, straffriheden i disse tilfælde følger af den forurettedes samtykke.¹⁸⁸ Ved at deltage frivilligt i spillet påtager man sig altså risikoen for at lide skade i forbindelse med de spilsituationer, man må forvente. Man samtykker også til, at i hvert fald de legemsangreb, der har rimelig sammenhæng med spillet, sanktioneres efter spillets egne regler, og at man derigennem er afskåret fra strafferetlig forfølgelse.

De fleste moderne teoretikere foretrækker dog at betragte handlingerne som materielt atypiske.¹⁸⁹ Det anføres blandt andet, at det ikke giver mening at betragte deltagelse i en boksekamp som samtykke til muligvis at lide døden ved knockout.¹⁹⁰ Det afgørende er dermed ikke, om bokseren rent faktisk har indset denne mulighed, men om boksestødet indgår som en naturlig del af kampen.

¹⁸⁵ Bechmann Christensen, s. 243

¹⁸⁶ Bechmann Christensen, s. 244

¹⁸⁷ Lund Madsen, s. 185 f; Mondrup, s. 246 f.

¹⁸⁸ Mondrup, s. 246 f.

¹⁸⁹ Bechmann Christensen, s. 71

¹⁹⁰ Evald og Halgreen, s. 23

Tilbage står i øvrigt den sportsvold, der ikke har rimelig sammenhæng med spillet. Der er både i dansk ret og i mange andre landes retssystemer praksis for, at man alene straffer denne type vold, *når den medfører skade på legeme eller helbred*.¹⁹¹ I Danmark er denne praksis bl.a. slået fast af Mondrup.¹⁹² Der skal altså temmelig meget til, før vold begået i forbindelse med sport kan straffes, og der opstår med andre ord et »frium«, hvor en voldshandling ikke har klar sammenhæng med sportsudøvelsen men dog er straffri på grund af dens forholdsvis ringe karakter. Det må snarest forstås sådan, at man ifølge Mondrup også samtykker til denne type vold, når man deltager i spillet, men han forklarer ikke straffriheden nærmere, og set med moderne øje må en sådan fortolkning af samtykkes indhold nok anses for at være for vidtgående.

I øvrigt nedsættes straffen selv i de strafbare tilfælde som regel ud fra intensitetssynspunktet, i.e. at forholdet »*må bedømmes med baggrund i den iver og spænding, som kan gribe spillerne*«. ¹⁹³

Denne retsanvendelse kritiseres stærkt af Baumbach, der mener, at strafansvaret i de situationer, hvor volden ikke har naturlig sammenhæng med spillet, bør bedømmes som enhver anden vold, og at de involverede personers forbindelse til spillet alene bør have indflydelse på strafudmålingen.¹⁹⁴ Hun afviser, at denne type vold skulle ligge uden for formålet med voldsbestemmelserne. Lund Madsen forsvarer derimod den gældende praksis, om end han medgiver, at kravet om skade ikke bør anvendes for firkantet.¹⁹⁵ Lund Madsens synspunkt er, at vold skal bedømmes ud fra den sammenhæng, hvori den finder sted, og at intensitetssynspunktet derfor også bør føre til materiel atypicitet i de nævnte situationer, så længe volden ikke befinder sig i »den øvre del« af § 244 i straffeloven.¹⁹⁶

4.3. Afsluttende bemærkninger

Diskussionen om strafbarheden af sportshandlinger belyser, at begrebet materiel atypicitet kan være vanskeligt at anvende, så længe der ikke er faste kriterier for, hvad der gør fortolkningen af en strafbestemmelse fornuftig. Baumbach lader til at lægge størst vægt på, om formålet med handlingen er samfundsgavnligt. Lund Madsen lader derimod til at rette fokus mod, om der er undskyldende omstændigheder ved gerningen. Sidstnævntes synspunkt har tilsyneladende noget på sig i praksis, jf. også dommene om materielt atypisk brugstyveri, der vel næppe kan siges at være til gavn for samfundet.

Generelt har betragtningen om materiel atypicitet dog størst relevans ved de handlinger, der åbenlyst anerkendes og accepteres af samfundet. Når samtykke anvendes i disse situationer, er der fare for, at kravene

¹⁹¹ Lund Madsen, s. 187 f.

¹⁹² Mondrup, s. 247

¹⁹³ Mondrup, s. 246

¹⁹⁴ Baumbach, 2009, s. 17

¹⁹⁵ Lund Madsen, s. 189

¹⁹⁶ Lund Madsen, s. 192

til det diskulperende samtykke overmodificeres, og at der indfortolkes et urimeligt vidtgående indhold i den »samtykkendes« adfærd. Oplever man et behov for at tillemppe samtykkereglerne for at forklare straffriheden, er det i sig selv et tegn på, at samtykkereglerne er uegnede som begrundelse. Derfor bør man i stedet anvende materiel atypicitet, selv om det utvivlsomt gør det vanskeligere at fastsætte grænserne for straffrihedsvirkningen.

Formålshensynet, der er behandlet i afsnit 2.3.3., er i øvrigt fortsat relevant for samtykkebedømmelsen, men altså kun i situationer, hvor formålet med en given handling ikke ligefrem gør denne materielt atypisk, fordi den af snart sagt enhver anses for lovlig.

5. Konklusion

Formålet med denne fremstilling er som anført at skabe forståelse for, hvorfor samtykke efter omstændighederne tillægges straffrihedsvirkning, og overblik over, hvornår og under hvilke forudsætninger denne virkning indtræder. På en række områder er der bred enighed i teorien; på andre er der betydelige uoverensstemmelser.

Det bærende hensyn bag samtykkets straffrihedsvirkning er, at strafferettens regler ikke unødigt skal begrænse handlefriheden. Der må levnes plads til, at den enkelte kan udøve en vis *selvbestemmelsesret* og råde over egne forhold, når der ikke derved sker sammenstød med andres ret eller væsentlige samfundsinteresser. Samtykke har derfor straffrihedsvirkning i relation til de bestemmelser i straffeloven, der beskytter enkeltpersoner. Der forekommer dog undtagelser, hvor et samtykke ikke medfører straffrihed, selv om overtrædelsen ikke direkte går ud over andre end den samtykkende. Straffrihed ved samtykke til drab er således udelukket, fordi en sådan handling anses for *uforsvarlig*.

Når samtykkets straffrihedsvirkning er bundet til den samtykkendes selvbestemmelsesret, er det naturligvis en forudsætning, at den samtykkende rent faktisk handler frit og er i stand til at råde over sine egne forhold. Det skal med andre ord være den samtykkendes egen beslutning at give afkald på retsbeskyttelsen, og den pågældende skal have reel mulighed for at træffe sin beslutning ved en opvejning af fordele og ulemper, herunder i særdeleshed de langsigtede følger. Mere konkret bevirker det, at samtykke fremkaldt ved ulovlig tvang eller svig i alle fald er uden virkning på strafansvaret. Det er derimod ikke helt afklaret, i hvilket omfang straffriheden indtræder på trods af kraftig men dog lovlig pression.

Det er desuden op til gerningspersonen at sikre sig, at samtykke afgives på det fornødne grundlag. Når den pågældende ligger inde med oplysninger, der må antages at have indflydelse på samtykkebeslutningen, beror straffriheden derfor på, om gerningspersonen loyalt opfylder en *informationspligt*. Gerningspersonen må også sikre sig, at den samtykkende har en sådan alder og klar bevidsthed, at vedkommende forstår, hvad overtrædelsen indebærer. Om disse forpligtelser er opfyldt, må bedømmes i forhold til den enkelte overtrædelse og den konkrete samtykkende person. Visse steder i loven er der opstillet absolutte *habilitetskrav*, der letter denne bedømmelse.

Samtykke skal senest foreligge på det tidspunkt, hvor handlingen griber ind i den samtykkendes retsgoder. Når samtykke er behørigt afgivet »i god tid«, må gerningspersonen desuden sikre sig, at samtykkekravene – navnlig habilitetskravet – også er opfyldt på gerningstidspunktet. Den samtykkende bliver dermed ikke

bundet af sit samtykke, når væsentlige omstændigheder ændrer sig og fører til samtykkets bortfald. Når forudsætningerne er uændrede, må den samtykkende, som ønsker at tilbagekalde sit samtykke, imidlertid give sit standpunkt tydeligt til kende for igen at være omfattet af retsbeskyttelsen. Til gengæld kan et samtykke frit tilbagekaldes, al den stund der ikke er tale om en formueretligt bindende aftaledisposition. Den samtykkende kan i øvrigt sikre sig mod vildfarelser om samtykkets rækkevidde og indtræden ved at stille betingelser for samtykket.

Tre aspekter af samtykkets straffrihedsvirkning er særligt omstridte.

Det gælder for det første spørgsmålet om, hvorvidt samtykket skal være *udtrykt* for at få virkning. I dansk ret anerkendes et samtykke også, når det blot foreligger som en indre, uudtalt beslutning hos den samtykkende. På trods af åbenlyse svagheder må dette siges at være det rimeligste udgangspunkt.

For det andet drejer det sig om, hvorvidt man kan anerkende den blotte *antagelse* om, at den forurettede ville samtykke ved forespørgsel, som diskulperende. Dette afvises ofte i litteraturen, men der er retspraksis, der peger i en anden retning. Straffrihedsvirkningen af et sådant *hypotetisk samtykke* forudsætter dog, at gerningspersonen har et tilstrækkeligt grundlag for sin antagelse. Det må som minimum kræves, at overtrædelsen er uanseelig, men i mange situationer må man nok også stille krav om andre omstændigheder, såsom at den forurettede tidligere har samtykket til en lignende overtrædelse.

For det tredje diskuteres det, om betragtninger om materiel atypicitet på nogle områder bør afløse samtykke som begrundelse for straffrihed. Materiel atypicitet bør anses for bedst egnet, når handlingen tjener så fornuftigt et formål, at det ikke kan have været lovgivers mening at straffe den, der udfører handlingen uden samtykke. Anvendelsen af samtykke vil i disse tilfælde gøre samtykkereglerne for elastiske.

Samtykkets status som straffrihedsgrund er heller ikke fuldstændig ubestridt, særligt fordi det i grunden er relativt få af straffelovens bestemmelser, der er relevante for samtykkediskussionen. Det ændrer dog ikke ved, at samtykket er et væsentligt element i den strafferetlige ansvarslære, og at afgrænsningen af dets diskulperende virkning stadig giver anledning til heftig debat – såvel juridisk som politisk.

6. Litteraturliste

BØGER

- Bechmann Christensen, Malene: *Det strafferetlige samtykke*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Evald, Jens og Lars Halgreen: *Sports Law in Denmark*. 2. udg. Kluwer Law International, 2014. Side 23-26.
- Greve, Vagn: *Det strafferetlige ansvar*. 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004. Side 85, 141-148 og 286-288.
- Hurwitz, Stephan: *Den danske kriminalret*, Almindelig del. 4. reviderede udgave ved Knud Waaben. Gads Forlag, 1971. Side 85-87 og 206-216.
- Langsted, Lars Bo: *Waaben Strafferettens almindelige del*, Ansvarslæren. 6. udg. Karnov Group, 2015. Side 99-102 og 133-159.
- Toftegaard Nielsen, Gorm: *Strafferet I*, Ansvar. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013. Side 42-43 og 109-149.
- Torp, Carl: *Den Danske Strafferets Almindelige Del*. J. H. Schultz, 1898. Side 1-13.

ARTIKLER M.V.

- Andersen, Kjell V.: Strafferettslig samtykke. I: *Tidskrift for Rettsvitenskap* 3-4/92. Side 305-475.
- Baumbach, Trine: Sportsvold - Er det strafbart? Om sport og strafferet. I: *Ugeskrift for retsvæsen*, nr. 2, årg. 143 (2009), s. 12-17. (U.2009B.12)
- Baumbach, Trine: Strafferet og kønsdiskrimination – en evig forbindelse? I: Hartlev, Mette m.fl.: *Ketsch me if you can*. 1. udg. Karnov Group, 2017. Side 210-220.
- Greve, Vagn: Bør forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse? I: *Forbryderen, Medmenneske eller fjende - og andre artikler*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013. Side 381-396.
- Grothe Nielsen, Beth: Offerets tilstedeværelse i straffeloven. I: *Kriminalitetens ofre og straffesystemet*. Aarhus Universitetsforlag, 2000. Side 49-76.

Lund Madsen, Lasse: Er vold altid strafbar? - om vold mellem idrætsudøvere. I: *Ugeskrift for retsvæsen*, nr. 23, årg. 143 (2009), s. 183-192. (U.2009B.183)

Mondrup, Sverre: Vold under sportsudøvelse. I: *Ugeskrift for retsvæsen*, nr. 36, årg. 119 (1985), s. 246-248. (U.1985B.246)

LOVE

- Dansk straffelov: LBK nr 1156 af 20/09/2018
www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=202516 – senest besøgt 04/12/18
- Tidligere norsk straffelov: LOV-1902-05-22-10 med seneste ændring ved LOV-2015-06-19-65
lovdata.no/dokument/NLO/lov/1902-05-22-10 – senest besøgt 04/12/18
- Norsk straffelov: LOV-2005-05-20-28 med seneste ændring ved LOV-2018-06-15-37
lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28 – senest besøgt 04/12/18

BETÆNKNINGER

- Straffelovskommissionens betænkning: *Betænkning angaaende de af den under 11. august 1905 nedsatte Straffelovskommission udarbejdede Forslag indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver*. 1917. Side 6, 81-83 og 88-91.
- Betænkning nr. 1099: *Straffelovrådets betænkning om strafferammer og prøveløsladelse. Delbetænkning I om sanktionsspørgsmål*. 1987. Side 159.

DOMME

U1974.775/2B

TFK2005.614V

U1970.680/1V

TfK2006.70V

U1965.620H

U1965.165V

U1963.1029V

U2003.2265Ø (TfK2003.659)