

## FORBRYDELSE OG STRAF

Tidligere udkom på  
Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck

OM RET OG RETFÆRDIGHED  
1953  
*2. oplag 1966. 3. oplag 1971*

STATSRETSLIGE STUDIER  
1959

DANSK STATSFORFATNINGSRET I  
1959  
*2. udgave 1966*

DANSK STATSFORFATNINGSRET II  
1960  
*2. udgave 1966*

DE FORENEDE NATIONER  
1963  
*2. udgave 1968*

LÆREBOG I FOLKERET  
*4. udgave. 3. oplag 1972*

HVORFOR DEMOKRATI?  
*2. udgave 1967*

STUDIEBOG I FOLKERET  
sammen med Isi Foighel  
1954

STUDIEBOG I INTERNATIONAL RET  
sammen med Isi Foighel og Allan Philip  
*2. udgave. 2. oplag 1967*

INDLEDNING TIL RETSSTUDIET  
sammen med Stig Iuul og Jørgen Trolle  
*3. udgave. 3. oplag 1968*

ALF ROSS

# FORBRYDELSE OG STRAF

Analytiske og reformatoriske bidrag  
til kriminalrettens almindelige del



NYT NORDISK FORLAG ARNOLD BUSCK

KØBENHAVN 1974

© Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck A/S 1974

Printed in Denmark by  
Rud Pallengens bogtrykkeri A/S, Denmark

ISBN 87 17 01754 8

## INDHOLD

Forord .....	7
Hensigt er ikke forsæt .....	9
Dolus eventualis – et vildskud .....	54
Om forsøg .....	78
Endnu engang »straffens formål« .....	110
Om samvirke i forbrydelse .....	118
Om tilbagetræden fra forbrydelse .....	176
Om accessoritet ved samvirke i forbrydelse .....	214
Straf og foranstaltning .....	249
Om tilregnelighed .....	267
Om ophævelse af straffelovens § 225, stk. 2 .....	314

## FORORD

De afhandlinger jeg har samlet i nærværende bog angår i hovedsagen de emner der traditionelt udgør de centrale bestanddele af kriminalrettens almindelige del: læren om tilregnelser og tilregnelighed, om forbrydelsens forstadier (»forsøg«) og om fleres samvirke i forbrydelse (»meddelagtighed«). Tildels er den nyorientering jeg har forsøgt en videreførelse af de strafferetsfilosofiske anskuelser jeg har udviklet i min bog *Skyld, Ansvar og Straf* (1970). Det gælder især afhandlingerne om *Tilregnelighed* og om *Straf og Foranstaltning*. Men iøvrigt er bidragene uafhængige af denne filosofi og baseret direkte på begrebslige og fænomenologiske analyser og studier i dansk retspraksis. De tilstræber på én gang en afklaring af problemstillingen og en reform af retten. Det er mit håb at jeg hermed har ydet et bidrag der ikke vil være uden betydning den dag vor straffelov skal optages til gennemgribende revision. Uden for denne ramme falder det lille indlæg vedrørende aldersgrænsen i straffl. § 225, stk. 2, der er medtaget fordi det muligvis kan være af interesse i en aktuel debat.

Seks af afhandlingerne har været offentliggjort før,<sup>\*)</sup> men er i den her foreliggende udgave reviderede og ført ajour. Jeg har ment at det ville være en bekvemmelighed for interesserede at have dem samlet i én publikation; og at den indre sammenhæng mellem de spredte bidrag på denne måde ville træde tydeligere frem.

København, januar 1974.

*Alf Ross*

<sup>\*)</sup> Hensigt er ikke forsæt i *TfR* 1970; *Dolus eventualis – et vildskud* i *Festskrift til Stephan Hurwitz* (1971); *Om forsøg* i *NTfK* 1971; *Endnu engang »straffens formål«* i *TfR* 1971; *Om samvirke i forbrydelse* i *TfR* 1972; og *Om tilregnelighed* i *TfR* 1973.

# Hensigt er ikke forsæt\*

## 1. Afhandlingen går ud på at vise at hensigt ikke er en forsætsform.

»Der er«, siger Hurwitz, »fra alle sider enighed om, at forsæt foreligger i det omfang, hvori gerningsmanden har *villet* hidføre gerningsindholdet i den forstand, at han har *tilstræbt det som ønskværdigt*. Denne form for viljesforsæt er kærnen i det populære forsætsbegreb«. <sup>1)</sup>

»Den sikreste form for forsæt,« skriver Waaben, »benævnes på dansk *hensigt*, på tysk *Absicht*«. <sup>2)</sup>

Med disse citater bekræftes en lære der såvidt mig bekendt er uanfægtet accepteret såvel i Civil Law som i Common Law, nemlig den doktrin at der indenfor forsæt (ved forårsagelsesdelikter) må sondres mellem en højeste form hvor skyldgrundlaget fremtræder på den klareste og mest utvivlsomme måde, nemlig som *hensigt*, ond vilje, og en lavere form, hvor tilregnelsen har sit grundlag ikke i vilje, men i *indsigt*: gerningsmanden indså at den kriminaliserede effekt ville indtræde som en følge af hans handling. <sup>3)</sup>

Hensigt foreligger, læres det, når den forbryderiske effekt er tilstræbt som finalistisk, handlingsdirigerende mål for agentens aktivitet, men uanset om følgen også har været tilstræbt som hans formål i psykologisk forstand, d.v.s. den effekt hvori han søger sin tilfredsstillelse, eller blot som middel til virkeliggørelse af et sådant mål.

---

<sup>\*)</sup> Foredrag holdt i *Juridisk Forening* i København den 26. oktober 1970.

<sup>1)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig del* (1952), 317.

<sup>2)</sup> Knud Waaben, *Det kriminelle Forsæt* (1957), 18.

<sup>3)</sup> Se fx Nils Jareborg, *Handling och uppsåt* (1969), 2; Johs. Andenæs, *Almindelig strafferett* (1956), 206 f.; Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (2. Aufl. 1972), § 24, III; Glanville L. Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), 19; *Model Penal Code. Proposed Official Draft* (1962), section 2.02.

Tilstræbt er altså en andens død såvel når *T* dræber for at tilfredsstille sin hævnlyst, som når han dræber for at røve offerets penge. Derimod er det ligegyldigt om følgen af gerningsmanden blev forestillet som en nødvendig eller blot mere eller mindre sandsynlig følge af hans gerning. Hensigt foreligger også selvom følgen blev anset for blot en fjerntliggende mulighed og blev realiseret nærmest ved et slumpræf. Den yderste grænse er, at agenten må have regnet med følgen som praktisk mulig. Det har ingen mening at tale om at en mand i gerning tilstræber et mål hvis virkeliggørelse han anser for umulig.

Forsæt, der ikke er hensigt, foreligger når den kriminaliserede effekt, uden at være tilstræbt, er forudset enten som en nødvendig eller dog som en sandsynlig følge af gerningen. Sandsynligheden må være af en vis højere grad uden at det er muligt præcist at angive hvor grænsen skal drages. I dansk-norsk teori taler man i disse tilfælde om sandsynlighedsforsæt der antages at foreligge når følgen er forudset som overvejende sandsynlig. I svensk og tysk ret vil man af dogmatiske grunde ikke tale om forsæt uden ond vilje (jfr. ndf. punkt 8). Men i praksis er resultatet det samme. Gerningsmanden siges at have villet, tilstræbt en følge, også når han forudså den som enten en nødvendig (*dolus indirectus*) eller dog i høj grad sandsynlig følge (*dolus eventualis*).

Hensigt er altså, efter eneherkende lære, en kvalificeret forsætsform bestemt ved gerningsmandens stræben. Det er denne afhandlings formål at rokke ved denne fast etablerede lære og vise, at hensigt, forsåvidt den er strafferetlig relevant, ikke hører hjemme i tilregnelsesfæren. Endvidere forsvares den kriminalpolitiske tese, at det ikke er rimeligt at lade hensigt begrunde straf som for forsætlig begået forbrydelse. For at forklare dette er det nødvendigt at se nærmere på den måde hvorpå straffeloven beskriver en forbrydelse.

## *2. Straffeloven beskriver som oftest kun indirekte den kriminaliserede handling.*

Straffeloven – forstået som den hele straffelovgivning fortolket i integration med de øvrige dele af retssystemet – er direktiver til dommeren der angiver

(a) de betingelser hvorunder han skal idømme nogen straf (eller anden kriminel retsfølge);

- (b) straffens art og størrelse bestemt indenfor visse rammer; og
- (c) hvem straffen skal ramme.

I denne afhandling er det særligt det første punkt, angivelsen af de betingelser der udløser straffesanktion, der interesserer os.

Lad os kalde indbegrebet af de betingelser hvorunder der i et konkret tilfælde skal idømmes straf for den forbrydelses *totale faktum*. Ved at anvende ordet »faktum« kommer et ideal til udtryk der i nogen grad gælder for al retspleje, men i ganske særlig grad for strafferetsplejen, nemlig det ideal, at de udløsende betingelser er fakta, kendsgerninger, d.v.s. forhold hvis eksistens eller ikke-eksistens kan fastslås objektivt af dommeren, altså uden indblanding af hans subjektivitet, hans vurderinger og skøn, velvilje og uvilje. Dette ideal har rod i retfærdighedens og retssikkerhedens ideer. Den der dømmes skal dømmes efter forud i loven fikserede normer, der er ens for alle og uafhængige af dommerens individualitet. Som rigsråderne sagde til Peder Oxe: »Ikke vi, men Eders Gerninger (og Loven) dømmer Eder«.

Dette ideal kan naturligvis langt fra virkeliggøres. Uden at gå ind på bevisbedømmelsens problemer og den vaghed der er forbundet med alt omgangssprog, vil jeg i denne sammenhæng alene pege på at de kendsgerninger straffeloven opererer med kun i de færreste tilfælde er kendsgerninger i fysisk forstand, d.v.s. sådanne hvis eksistens kan fastslås gennem sansemæssig iagttagelse og instrumental registrering. Straffeloven (ligesom anden lovgivning) beskriver kendsgerninger på samme måde som vi alle i daglig tale oplever og beskriver verdenen, og i denne beskrivelse indgår i vidt omfang forhold hvis eksistens ikke kan konstateres blot ved brug af vore sanseapparater, men kun ved at *tydes* i henhold til normsystemer af forskellig art.

»At afgive falsk forklaring« er ikke en sansemæssig iagttagelig kendsgerning. Det afgørende er ikke de ydre iagttagelige lydbølger eller skrifttegn som fysiske fænomener, men den betydning der efter et konventionelt sprogsystem tilkommer dem. Når en person omtales som »gift«, »dansk statsborger« eller »ejer« af en ting er der tale om retlige kvalifikationer hvis eksistens kun kan konstateres derved, at visse kendsgerninger tillægges betydning i kraft af retsordenens meningsammenhæng.

Sådanne tydninger er forenelige med høj grad af objektivitet, således fx den kendsgerning af *N.N.* er ejer af matr. nr. *xy*. Når loven henviser til moralske målestokke gælder det ligeledes principielt at

bedømmelsen ikke er afhængig af dommerens subjektive moral, men af den i samfundet herskende almindelige moralopfattelse. Men da denne er et langt mere luftigt fænomen end den givne retsorden medfører sådanne henvisninger et virkeligt brud med objektivitetsidealet.

I en forbrydelses totale faktum indgår en mangfoldighed af forskelligartede kendsgerninger, hvis eksistens skal fastslås før dom kan fældes. Det er retsvidenskabens opgave at skabe systematisk orden i denne mangfoldighed. Vi udskiller derfor først alle i videste forstand processuelle betingelser, herunder regler om påtale, sagsbehandling og bevis, som ikke vedkommende den materielle strafferet. Dernæst udskilles de betingelser der er fælles for alle straffedomme og som det derfor ville være uhensigtsmæssigt at gentage ved beskrivelsen af den enkelte forbrydelseskategori. Herunder falder de betingelser der angiver rækkevidde og grænser for danske domstoles strafferetlige jurisdiktion med hensyn til tid, sted og nationalitet, se straffl. kap. 2. Herunder falder også betingelserne for *tilregnelser* og *tilregnelighed*, for så vidt som der herom kan formuleres almindelige regler der gælder i det omfang der ikke i det specielle gøres afvigelse herfra.

Når disse og andre mulige generelle betingelser er udskilt til normering i straffelovens almindelige del, bliver tilbage det indbegreb af betingelser, en forbrydelses *specifikke faktum*, der konstituerer den ene forbrydelseskategori til forskel fra den anden, fx kategorierne »manddrab«, »tyveri«, »voldtægt«. Det specifikke faktum angives i de enkelte paragraffer i straffelovens specielle del og er, kunne man sige, straffelovens *signalement* af en gerningstype eller -kategori, fx typen »manddrab«. Når en gerning svarende til type-signalementet »antræffes«, skal den »anholdes« og forfølges til straf.

Ud fra vor tids opfattelse er straffen et instrument til kontrol af *menneskelig adfærd* (eller, om man ikke vil godkende en pragmatisk moral- og retsopfattelse, en reaktion på menneskelig adfærd). Den tid er forbi da straf kunne foranlediges af og rette sig mod dyr og livløse ting.<sup>1)</sup> Heraf følger at beskrivelse af en vis menneskelig adfærd nødvendigvis må være den centrale bestanddel af en forbrydelses specifikke faktum. Denne adfærd kan være enten en handling eller en undladelse. Det er for denne afhandlings formål ikke nødvendigt at gå ind på en analyse af disse begreber eller på de særlige

---

<sup>1)</sup> Dyr straffes – men ikke i statens regi.

problemer som undladelsesdelikterne rejser. Jeg taler derfor i det følgende alene og uden nærmere analyse om handlinger.

Da menneskelige handlinger altid er begået af et vist subjekt i en vis situation, kan man indenfor en forbrydelses specifikke faktum sondre mellem

(a) *gerningsfaktum*, det er beskrivelsen af selve den adfærd gerningsmanden har lagt for dagen;

(b) *situationsfaktum*, det er beskrivelsen af den situation hvori adfærden er lagt for dagen. Man kan her igen sondre mellem adfærdens forudgående eller samtidige *omstændigheder* og dens efterfølgende *følger*; og

(c) *subjektsfaktum*, det er beskrivelsen af gerningsmandens person.<sup>2)</sup>

Det er imidlertid temmelig vilkårligt (men også uinteressant) hvilke betingelser man vil henregne til subjektet, hvilke til situationen. I stedet for at karakterisere subjektet som fx »en gift person« eller en »dansk statsborger« kan man i situationsbeskrivelsen optage angivelse af de omstændigheder der betinger hans status som henholdsvis »gift« eller »dansk statsborger«. Subjektet kan derfor i alle tilfælde angives universelt som »enhver (der . . .)« eller »den (der . . .)«, således at der indenfor det specifikke faktum alene sondres mellem gerning og situation.<sup>3)</sup>

Imidlertid, selvom sondringen mellem selve adfærden og den situation hvori den er udfoldet synes klar nok; og selv om det også må forekomme ønskværdigt at straffeloven gør denne sondring og

<sup>2)</sup> Sædvanligvis anvendes udtrykket *gerningsindhold* som betegnelse for summen af disse tre sæt af fakta.

<sup>3)</sup> Jfr. Ross, *Directives and Norms* (1969), 107. I den borgerlige straffelov har man fortrinsvis samlet de »almenmenneskelige« forbrydelser, dem der kan begås af enhver i den forstand, at der i forbrydelsens specifikke faktum ikke indgår mere specielle situations- eller subjektbetingelser der kun kan forventes opfyldt af særlige grupper eller i særlige livsforhold. Den borgerlige straffelov handler fortrinsvis om forbrydelser som drab, tyveri, voldsforbrydelser o.s.v. der kan begås uden særlige forudsætninger, hvorimod straffebestemmelser for husejere, kartoffeleksportører, trafikanter, o.s.v., o.s.v., henvises til særlovgivningen. En undtagelse udgør strfl. kap. 16 der angår forbrydelser i et specielt livsforhold, offentlig tjeneste og hverv. Dette tager sig sprogligt udtryk deri, at medens loven normalt betegner subjektet helt universelt som »den der . . .«, benyttes i kap. 16 ordet »nogen« med efterfølgende kvalifikation af hans status, fx »der har domsmyndighed« eller »som virker i offentlig tjeneste eller hverv«.

klart beskriver selve den adfærd der (i en vis situation) betinger straf, så tilfredsstiller straffeloven dog langt fra altid dette ønske-mål. Dette beror, som vi nærmere skal se, på, at dagligsprogets udtrykk til beskrivelse af menneskelig adfærd i vid udstrækning ikke beskriver adfærden direkte men kun indirekte via en fremkaldt følge. »At dræbe en anden« beskriver således ikke adfærden på anden måde end indirekte som den der har forårsaget et andet menneskes død. Udtrykket kan derfor dække adfærd af højst forskellig art: at affyre en revolver, at komme gift i kaffen, at anbringe en tidsindstillet bombe.

### 3. Synspunktet uddybes:

*Straffeloven anvender i gerningsbeskrivelsen som oftest præstationsverber, ikke aktivitetsverber.*

Når gerningsmanden har affyret sin revolver, kommet gift i kaffen, eller anbragt en tidsindstillet bombe, er hans indsats, hans gerning, hermed til ende. Hvad der herefter sker råder han ikke for. Måske forløber begivenhederne således som han havde tænkt sig det, måske ikke. Hvad der sker, sker uafhængigt af hans vilje, bestemt udelukkende ved et samspil af utallige omstændigheder og de naturlove der gælder for dette samspil. Hvis man, som det må være en straffelovs opgave, vil beskrive de menneskelige handlinger der, skyld forudsat, medfører strafansvar, må opgaven være at karakterisere handlingen som sådan til forskel fra de følger den faktisk må have medført. Beskrivelsen »at dræbe en anden« opfylder ikke dette krav. Den udpeger en handling der faktisk har medført en vis følge men siger herudover intet om handlingen i sig selv. Dette hænger sikkert sammen med at for en primitiv opfattelse er bedømmelsen af og reaktionen mod andre menneskers handlinger overvejende bestemt af de virkninger de faktisk har medført. Og det kan ikke nægtes at denne synsmåde, skønt irrationel, faktisk stadig i vist omfang bestemmer vor reaktion. »Nå, der skete jo ingen ulykke«, siger vi, og lader dermed en uagtsom eller hensynsløs handling passere som, hvis ulykke var sket, ville have påkaldt vrede. På den anden side er det klart at vi i strafferetten ikke kan gøre straf betinget af at skade er sket. »At dræbe en anden« kan ikke udtømmende beskrive de handlinger der skal straffes som manddrab. Men udtryk-

ket lader os ganske i stikken med hensyn til en karakteristik af de handlinger der skal straffes på denne måde.

Straffelovens sprogbrug på dette punkt afspejler den måde hvorpå menneskelige handlinger beskrives i omgangssproget. Også dette har for en stor del udviklet sig under indflydelse af den indstilling, at man interesserer sig mere for en handlingens resultat end for handlingen selv.

Menneskelig handling beskrives fortrinsvis ved hjælp af verber. Blandt disse kan man udsondre to slags: *Aktivitetsverber*, det er sådanne der umiddelbart skildrer en vis menneskelig aktivitetsudfoldelse; og *Præstationsverber*, der kun indirekte betegner en aktivitet gennem den effekt den har fremkaldt eller forsøgt at præstere.<sup>1)</sup>

At synge, at danse, at spadserere, at sprælle, at hinke, at meditere, at planlægge, at fortælle, at opfordre, at true, at se, at høre, at lytte – er eksempler på aktivitetsverber. Den aktivitet de angiver kan være af forskellig slags, fx en kropslig-muskulær bevægelse, en sansning, en åndelig aktivitet.

At dræbe, at tvinge, at knække, at sprænge, at overtale, at opfatte, at fordele, at regne ud, at overvinde, at indse, at hjælpe, at irritere – er eksempler på præstationsverber. Den aktivitet der beskrives i disse er ikke bestemt på anden måde end som det  $x$  der opfylder ligningen  $x = \text{årsag til } y$  (underforstået at  $x$  er en vis menneskelig aktivitet). »At dræbe« omfatter al den aktivitet, af hvad nærmere art den end må være, der har resulteret i udslukkelse af liv.

Det kan undertiden være vanskeligt at afgøre om et verbum er af den ene eller anden art. Et kriterium ligger i den mening der er forbundet med at sige, at man forgæves forsøgte eller prøvede på at gøre det verbet udsiger. Hvis jeg siger »Jeg forsøgte på at dræbe ham, men det lykkedes ikke«, betyder dette udsagn at den udfoldede aktivitet ikke medførte den tilsigtede virkning. Hvis jeg derimod siger »Jeg forsøgte at gå, men det lykkedes ikke«, angives hermed at den pågældende aktivitet slet ikke kom i stand, fx fordi det ene ben var brækket. Jeg kan i dette tilfælde, uden at meningen ændres, også sige ». . . men jeg kunne ikke«. Hvis jeg derimod i

<sup>1)</sup> Jfr. Gilbert Ryle's sondring mellem »task verbs« og »achievement verbs«, *The Concept of Mind* (Penguin Book, 1949), 143 f.

eksemplet med præstations verbet »at dræbe« ændrer »men det lykkedes ikke« til »men jeg kunne ikke«, forandres meningen totalt.

Til præstationsverberne må også henregnes sådanne der betegner at der gøres forsøg på at præstere et vist resultat hvad enten dette lykkes eller ej. »At fiske« kunne ved første øjekast se ud som et aktivitetsverbum. Man kan jo ikke sige »Jeg forsøgte at fiske, men det lykkedes ikke« med betydning analog til den hvormed man kan sige »Jeg forsøgte at dræbe ham, men det lykkedes ikke«. Måske lykkedes det mig ikke at fange noget, men derfor har jeg alligevel fisket. For dette verbum betegner netop en forsøgshandling, forsøget på at fange fisk, hvad enten det lykkes eller ej. På samme måde betegner »at begå et attentat« en aktivitet der tilsigter at dræbe en anden, hvad enten dette lykkes eller ej: »at efterforske« en sag en aktivitet der tilsigter at få den opklaret, hvad enten det lykkes eller ej.

Jeg har talt om præstationsverber, ikke om forårsagelsesverber, fordi handling og resultat ikke behøver at være forbundet som årsag og virkning – således som tilfældet er ved verbet »at dræbe«. Ved verber som »at overtale«, »at tvinge«, »at løse (en ligning)«, »at træffe (en beslutning)« er sammenhængen øjensynlig af anden art, som jeg dog ikke finder anledning til at gå nærmere ind på.

Straffeloven gør i beskrivelsen af gerningsfaktum så aldeles overvejende brug af præstationsverber, at det skulle være upåkrævet at anføre eksempler.

I de fleste tilfælde anvendes *succesverber*, d.v.s. verber der angiver at handlingen har nået sit mål, at en vis effekt er realiseret. Denne kan bestå enten i en fuldbyrdet *skade* (paradigma: »dræber nogen en anden«); eller i en *fare* herfor (paradigma: »den som forvolder fare for menneskers liv og sundhed«).

I andre tilfælde benyttes *forsøgsverber*, hvilket vil sige at gerningen beskrives som en aktivitet der *sigter til*, eller hvorved gerningsmanden *forsøger* at realisere en vis effekt. Ofte anvendes den vending, at en vis aktivitet skal være udfoldet *for at* bevirke noget, og undertiden at den skal være foretaget i en vis *hensigt*.

Rene aktivitetsverber er ret sjældne. Som eksempler kan anføres: at have samleje eller anden kønslig omgang med en anden, at udvise uterligt forhold, at reklamere for, at udbyde til salg, at true, at udsprede meddelelser.

*4. Gennem et eksempel demonstreres det  
at straffelovens indirekte beskrivelse  
af den kriminaliserede handling er uhensigtsmæssig.*

Strafl. § 237 bestemmer at »den, som dræber en anden, straffes for manddrab med fængsel fra 5 år indtil på livstid«. Denne beskrivelse omfatter enhver aktivitet der faktisk har medført en andens død, og ingen anden. Taget efter sin ordlyd og betragtet i isolation synes denne beskrivelse at måtte være såvel for snæver som for vid.

Den må være for snæver fordi det ud fra vor tids forudsætninger må være klart, at straf for manddrab ikke kan begrænses til at angå tilfælde i hvilke handlingen faktisk har medført en andens død. At dette ej heller er lovens mening fremgår når § 237 sammenholdes med § 21, hvorefter handlinger der sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg (på vedkommende forbrydelse). Den for lovovertrædelser foreskrevne straf kan ved forsøg nedsættes.

Denne udvidelse rummer, lige så lidt som § 237 selv, nogen direkte beskrivelse af de handlinger der kan straffes som forsøg. Også i dette tilfælde sker bestemmelsen indirekte via effekten, nemlig den *tilsigtede* i modsætning til den faktisk realiserede effekt. (Hvad »handlingen tilsigter« må betyde hvad gerningsmanden tilsigtede med handlingen). Udvidelsen må iøvrigt, som jeg senere skal vende tilbage til (ndf. punkt 7), anses for urimeligt vidtgående. Den omfatter også de fjerneste forberedelseshandlinger, fx indkøb af en brødkniv i det øjemed en gang i fremtiden at anvende den til en drabshandling.

På den anden side er § 237, isoleret betragtet, for omfattende, idet det ikke kan være meningen at enhver handling der faktisk har medført en andens død skal bedømmes som en manddrabshandling. Det fremgår deraf at straffeloven i andre paragraffer (fx § 180, § 251, § 252, kap. 20, adskillige paragraffer i kap. 25) særskilt kriminaliserer handlinger der forvolder fare for andre menneskers liv. Det er herved forudsat at disse handlinger, selvom de måtte medføre en andens død, ikke er drabshandlinger.

Det må være en opgave for doktrinen i eftertanke at løse den opgave straffeloven har forsømt, nemlig at give en direkte beskrivelse af de handlinger der som manddrabshandlinger falder under § 237.

Det synes da indlysende at grundbetingelsen for at en handling omfattes af § 237 må være at den er *farlig* for andre menneskers liv, hvilket vil sige at den efter den bedste viden og indsigt der står til vor rådighed besidder evne til, med større eller mindre sandsynlighed, at bevirke et andet menneskes død. Mere end farlighed i denne forstand kan ikke kræves. For ingen handling kan være sådan at vi med absolut sikkerhed ved at den vil medføre en vis virkning. Sandsynligheden kan efter omstændighederne være så stor, at man vil tale om »praktisk vished« eller »praktisk nødvendighed«. Men det usandsynlige kan indtræffe og gøre den formentlige vished til skamme.

Straffelovens sprogbrug er ikke i overensstemmelse hermed. Når den i andre paragraffer kriminaliserer fareforvoldende handlinger, synes den at gå ud fra, at de handlinger der omfattes af § 237 ikke er fareforvoldende. Forklaringen er, som vi straks skal se, at den faregrad § 237 forudsætter, er så høj at det efter almindelig sprogbrug kan føles unaturligt at betegne drabshandlingerne som blot farlige. Deres høje faregrad forveksles med noget der ikke blot er farligt for, men er et direkte indgreb i det beskyttede gode.

At handlingen er livsfarlig (∴ farlig for andre menneskers liv) er altså en nødvendig betingelse for at den er en drabshandling under § 237. Men ikke en tilstrækkelig betingelse. Udsondringen af de som blot fareforvoldende betegnede handlinger som særskilte delikter forskellige fra manddrab gør det nærliggende at antage at afgrænsningen beror på farens grad, således at manddrabshandling foreligger når *faren er så høj at det må skønnes at der er overvejende sandsynlighed for at den vil medføre en andens død*. Er der ikke det henføres handlingen under en af de andre paragraffer som (blot) »fareforvoldende«.

Dette resultat kan ikke overraske. Det stemmer med hvad der antages i gængs teori og praksis. Blot er formuleringen en anden. Efter herskende lære følger resultatet af læren om forsæt. For at straffe efter § 237 kræves det (bortset fra hensigt) at en andens død har været forudset som en overvejende sandsynlig følge.<sup>1)</sup> Men dette forudsætter naturligvis – bortset fra putativ forbrydelse – at handlingen objektivt bedømt besad en tilsvarende høj grad af farlighed. Gængs lære beror på at straffelovens § 237 kun beskriver

<sup>1)</sup> Waaben, *a. st.*, 182 f.

gerningen via følgen, en andens død. Den nødvendige afgrænsning af det strafbares område sker derfor via *forsættet rettet på følgen*. Men det giver en bedre og simplere fremstilling direkte at karakterisere de handlinger der rammes af § 237 – og det sker via deres farlighedsgad – og så bestemme *forsættet som rettet herpå, d.v.s. som bevidsthed om handlingens høje farlighed*, jfr. punkt 5.

Man har i teorien undertiden udtrykt drabshandlingens høje farlighed ved at ansætte sandsynlighed for dødelig udgang i procenter. Man kunne fx mene at der foreligger en drabshandling når sandsynligheden må anslås til 60 % eller derover (eller i gængse tankebaner, at der foreligger forsæt, når dødelig udgang er forudset med en sandsynlighed af mindst 60 %).

Dette er imidlertid blot en billedtale, der ikke betyder nogen præcision i forhold til hvad der ligger i den ikke-eksakte vending at handlingen med overvejende sandsynlighed vil medføre en andens død. Dette beror ikke blot på, at vi i praksis savner enhver mulighed for at udregne eller måle fareprocenten. Hvis vi fx siger at dødssandsynligheden må anslås til 97 %, er dette tal grebet ud af luften og blot en omskrivning af at vi skønmæssig anslår sandsynligheden som meget høj. Det beror vistnok yderligere på, at det overhovedet savner mening i denne sammenhæng at bringe den matematiske sandsynlighedsberegning i anvendelse. Når vi siger at sandsynligheden for i et kast med en terning at slå 6 øjne er  $\frac{1}{6}$  betyder dette, at dersom vi gentager kastet et stort antal gange vil med stor tilnærmelse en sjettedel af kastene give 6 øjne. Men et tilsvarende ræsonnement kan ikke anlægges på en drabshandling. Den er absolut en engangforeteelse hvis farlighed beror på en stor mængde konkrete omstændigheder. Den kan ikke tænkes gentaget et stort antal gange, og hermed mangler selve det teoretiske grundlag for en sandsynlighedskalkulation.

Selvom en matematisk kalkule ikke er mulig er det ligefuldt klart at faren kan være større eller mindre og at vi på grund af vor almindelige erfaring er i stand til at danne os en mening herom. Ingen vil fx betvivle at det er farligere på nært hold at affyre en maskingeværssalve mod en menneskemængde end det er på 100 meters afstand at sende et par revolverskud mod en flygtende fange.

Den numeriske omtale af farens grad i procenter er ikke blot illusorisk, den kan også virke vildledende. Den kan vække det indtryk at vi står overfor et kontinuum med alle gradvise overgange

fra nær 0 til nær 100 %. Men selvom alle trin på skalaen kan tænkes at forekomme forholder det sig vistnok ikke typisk således. Typisk er der vistnok et klart spring mellem drabshandlingerne der pr. definition er af høj farlighedsgrad<sup>2)</sup> – skal vi billedligt sige fra omkring 70 til 99,9 % – og de handlinger der er kriminaliseret som fareforvoldende. Jeg vil tro at deres faregrad typisk billedligt kan anslås til nogle få procenter eller promiller eller brøkdele heraf. Selv en så oplagt farlig handling som den at føre bil i beruset tilstand medfører dog i langt de fleste tilfælde ikke en andens død.

Terminologisk bemærkes at da det er tungt at tale om »højfarlige handlinger« – i relation til menneskelivet: drabshandlinger under § 237 – og »simple fareforvoldende handlinger« vil jeg i det følgende i stedet for anvende udtrykkene »angrebshandlinger« og »farlige handlinger«. Jeg har valgt udtrykket »angrebshandling« fordi de højfarlige handlinger *typisk* anvendes af dem der er ude på at angribe andres goder, medens dette ikke er tilfældet hvad angår de simple fareforvoldende handlinger. Iøvrigt må der intet indlægges i eller udledes af udtrykket, der indføres af rent fremstillingstekniske grunde.

Det er dog ikke alle angrebshandlinger eller farlige handlinger der, selvom de i og for sig falder under de nævnte straffelovsparagraffer, er strafbare. Dette beror på at de enkelte straffelovsparagraffer er fragmenter der må forstås integeret, ikke blot med reglerne i straffelovens almindelige del, specielt § 21, men også med det øvrige retssystem. De enkelte forbrydelseskonstituerende paragraffer må derfor fortolkes med en række forbehold overfor omstændigheder der *legitimerer* foretagelse af en handling der ellers ville være strafbar. Det drejer sig om en række omstændigheder (der ikke udtømmende kan opregnes) hvis tilstedeværelse bevirker at handlingens strafværdighed bortfalder eller formindskes, fx nødværge, nødret, samtykke, tvang, afhængighedsforhold. Forsåvidt disse legitimationer virker overfor enhver speciel straffenorm, ville det være upraktisk at belaste hver enkelt forbrydelseskonstituerende paragraf med disse forhold. De er derfor som generelle forbehold lovfæstet i straffelovens almindelige del eller hjemlet i fortolkning

---

<sup>2)</sup> Der bortses herved fra de handlinger der efter gængs lære anses for drabshandlinger alene i medfør af gerningsmandens hensigt, jfr. ndf. under punkt 6, hvor denne lære kritiseres.

og praksis. Hvis derimod deres virkning ikke er generel, men kan variere fra forbrydelse til forbrydelse, vil det være rimeligt i tvivlsomme tilfælde udtrykkeligt at anføre omstændigheden og dens betydning i beskrivelsen af en forbrydelses specifikke faktum. Det gælder således om samtykke (§§ 214, 239, 248) og om visse tvangs-, nøds- og afhængighedssituationer (§§ 84, 125, 141, 142, 143, 185, 197, 238, 253, 263, 269).

Grunden til straffriheden kan være enten at handlingens foretagelse under disse omstændigheder vurderes som direkte ønskelig ud fra samfundsmæssige synspunkter. Det gælder fx nødværge. Det ville være en direkte opmuntring til voldsmænd om folk ikke havde ret til at modsætte sig angreb. Eller også kan grunden være at den interesse loven tilsigter at beskytte ikke foreligger (fx samtykke). Eller endelig at der er så stærke motiver for gerningsmanden til at handle i strid med lovens almindelige regel, at det ikke med rimelighed kan kræves og forventes af ham, at han i disse situationer skulle lyde loven (fx visse nøds-, tvangs-, og afhængighedsforhold).

Blandt legitimationerne er der en enkelt af særlig principiel interesse. Den er velkendt fra erstatningsretten hvorimod den ikke er af større praktisk betydning for strafferetten. Det er den legitimation der begrunder at handlinger af en vis farlighed for andres retsbeskyttede goder dog er tilladte under hensyn til deres overvejende nytte eller nødvendighed for livet i samfundet. Den bestemmer, kan man også sige, den nederste grænse for de culpøse handlingers område, grænsen overfor den *tilladte risiko*. Selvom loven undtagesvis i en forbrydelsesbeskrivelse skulle kriminalisere enhver farefremkaldelse i forhold til visse goder, må dette forstås med et forbehold. Vi kan ikke leve, ikke mindst i et moderne teknisk kompliceret samund, uden at foretage handlinger der indebærer fare for andres ellers retsbeskyttede goder. At køre bil er oplagt en farlig handling. Trafikken kræver hver dag verden over ofre i tusindvis. Når en skyskraber opføres eller et større ingeniørarbejde gennemføres kan de dermed forbundne skader på liv og helbred forud angives med statistisk sandsynlighed. På mangfoldige andre samlivsområder gælder noget tilsvarende. Og dog bedømmes disse farlige handlinger ikke som culpøse, hvis de efter »livets regel« anses for forsvarlige uanset deres farlighed. Det er naturligvis ikke stedet her videre i enkeltheder at udvikle læren om culpagrænsen.

5. *Der opstilles den hypotese at tilregnelser er betinget af gerningsmandens indså eller burde have indset at handlingen havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed. Der udvikles tre tilregnelserformer: Forsæt, Hensynsløshed og Uagtsomhed.*

Når det på denne måde ved eftertanke og fortolkning er lykkedes at give en beskrivelse af de handlinger der som enten angrebshandlinger eller farlige handlinger er strafbare af hensyn til beskyttelsen af det menneskelige liv, er der skabt et grundlag for en ny og klarere forståelse af tilregnelserproblemerne og for bedre formulering af tilregnelserkravene. I *Erstatningsret* (§ 10. II) skriver Ussing:

Når det først er fastslået at en vis Handling objektivt betragtet er uforsvarlig (uønskværdig, retsstridig), er det let at se, hvad der normalt derudover kræves til Culpa. Ansvar kan ikke paalægges efter Culpareglen, naar den handlende ved Handlingens Iværksættelse hverken indsaa eller kunde indse, at Handlingen havde de Egenskaber, som gjorde den uforsvarlig (Ussings udh.) (I anden sammenhæng benytter Ussing vendingen »burde indse« i stedet for »kunde indse«).

På tilsvarende måde kan, mener jeg, den strafferetlige tilregnelserformuleres således, at det strafferetlige ansvar er betinget af, at *gerningsmanden i gerningsøjeblikket indså eller burde have indset, at hans handling havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed,*<sup>1)</sup> in casu at den var enten en drabshandling eller en fareforvoldende handling; i begge tilfælde uden særlig legitimation. At han »burde have indset« dette betyder, at han ville have indset det, dersom han havde udvist skyldig agtpågivenhed da han handlede. Hvad der iøvrigt ligger i tilregnelserformlen udvikles nærmere nedenfor under punkt 9. Foreløbig vil jeg hæfte mig ved at forklare hvilke teoretiske og systematiske konsekvenser denne formulering af tilregnelserkravet medfører.

<sup>1)</sup> Herunder også at de situationelle omstændigheder forelå. Vendingen »burde have indset« er bedre end Ussings vending »burde indse« fordi den første af disse, men ikke den anden, forudsætter at den handlende *ikke* indså det der er tale om. Man kan sige »X burde i den situation indse at . . . og det gjorde han også«, men ikke »X burde i den situation have indset at . . . og det gjorde han også«.

Tilregnelsen har to former: den agtsomme eller velvidende, og den uagtsomme eller uvidende.

Den agtsomme betyder at manden meget vel vidste hvad han gjorde. Han forstod at hans handling var farlig for den andens liv – enten højfarlig eller blot fareforvoldende – men dette afholdt ham ikke fra at handle. Om dette skyldtes at han netop tilsigtede at forvolde død eller fare herfor; eller at han forfulgte helt andre mål, men på en måde der ikke tog hensyn til at han derved handlede uforsvarligt i forhold til andre menneskers liv, er uden betydning. Den agtsomme tilregnelser foreligger i og dermed at han vidste hvad han gjorde.

Den uagtsomme tilregnelser, uagtsomhed, betyder at manden ikke var klar over at han foretog sig en farlig handling af den art som straffeloven har kriminaliseret, men at han ville have været det, dersom han havde udvist den agtpågivenhed der efter almindelig opfattelse udkræves i den situation han befandt sig i. Han lod sin opmærksomhed indfange af uvedkommende ting og unddrog sig derved informationer der ville have påvirket hans handlemåde af hensyn til respekten for andres liv. Han kørte fx bil og lod sig indfange af en diskussion eller flirt med en passager og blev derfor ikke opmærksom på et legende barn. Han modtog ikke denne information der ville have fået ham til at bremse op. Men han *burde* have samlet sin opmærksomhed om kørslen, og havde han gjort det ville han have indset at det var farligt og uforsvarligt ikke at bremse op.

Denne bestemmelse af tilregnelserkravets to former stemmer formentligt godt med de krav der i det almindelige liv bestemmer vor moralske reaktion. »Tilgiv dem, thi de vide ikke hvad de gøre«. Ganske vist undskylder man sig også, når man er kommet til at smække en dør op i hovedet på en anden, ved at sige »Jeg gjorde det ikke med vilje«. Men der ligger heri næppe andet end at man ikke var klar over skademuligheden. Man kan uden at sige noget nyt fortsætte: »Jeg vidste virkelig ikke at du stod bag døren«.

Den hypotese, at tilregnelser simpelthen betyder viden (burdeviden) om at den begåede handling har de egenskaber der gør den strafbar, stemmer godt med det faktum, at i de tilfælde hvor straffeloven direkte har beskrevet den strafbare handling (og ikke blot via dens følger), altså ved de såkaldte formal- eller korrelatdelikter, er ingen anden forklaring af tilregnelserkravet mulig. Dette erken-

des også af gængs teori. I disse tilfælde er der ikke plads for nogen hensigt eller forudseen af fremtidige følger, tilregnelse er viden (burde-viden) om handlingens og situationens karakter. Når fx straf. § 208 straffer »gift person, som indgår ægteskab«, foreligger forsæt når personen var klar over at han var gift og at den handling han har foretaget sig var indgåelse af ægteskab. Herskende lære arbejder altså med to forskellige formuleringer af tilregnelseskravet beroende på om straffeloven har beskrevet forbrydelsen på den ene eller anden måde. Det kan formentlig tages som indicium for en begrebsmæssig afklaring og systematisk forenkling, at en sådan dualisme efter den her forsvarede opfattelse undgås.

Begge tilregningsformer kan forekomme i forbindelse såvel med angrebshandlinger som med farlige handlinger og giver i disse kombinationer anledning til at sondre mellem tre tilregningsvarianter: forsæt, hensynsløshed og uagtsomhed der kan anskueliggøres i dette skema:

		tilregnelse	
		agtsom	uagtsom
handling	angrebs- handling	forsæt	uagtsomhed
	farlig handling	hensynsløshed	

*Forsæt* foreligger når gerningsmanden med bevidsthed om gerningens karakter har foretaget en angrebshandling, in casu en drabs-handling. Om han har handlet med den hensigt at dræbe har intet med tilregnelsen at gøre. Hvis dette moment er strafferetligt relevant er det som led i gerningsbeskrivelsen. Ligesom hensigten kan være af betydning i civilretlig henseende for grænsen mellem ret og uret, således kan den også i strafferetlig henseende være af betydning for grænsen mellem straffri og strafbare handlinger, se nærmere herom ndf. under punkt 6. Iøvrigt stemmer forsætsformuleringen med den gængse, blot med den omtydning, at hvad der i gængs teori optræder som *forudseen* af en vis følge som overvejende sandsynlig, her er blevet til *viden* om, at handlingen var af en tilsvarende farlighed.

*Hensynsløshed* svarer til hvad der i gængs lære figurerer dels som forsæt, dels som bevidst uagtsomhed, beroende på om den fuldbyrdede forbrydelse i straffeloven er beskrevet som et skade- eller som et faredelikt. Når loven, som fx §§ 250–254, beskriver den fuldbyrdede forbrydelse som forvoldelse af fare, siger man, når der er handlet med bevidsthed om faren, at der foreligger forsæt.<sup>2)</sup> Hvis den farlige handling derimod som i § 241 er kriminaliseret således at der til fuldbyrdelse kræves en andens død, taler man, under samme forudsætning, om bevidst uagtsomhed.

Begge betegnelser er misvisende fordi de, som beroede på irrelevante formuleringsforskelligheder, tilslører relevante forskelligheder i den mentale situation.

Selvom det naturligtvis for den trænede fagmand ikke er vanskeligt at sondre mellem forsæt til skadeforvoldelse og forsæt til farefremkaldelse, forekommer det mig mere oplysende og bedre forståeligt for menigmand konsekvent at karakterisere den agtsomme tilregnelser i forhold til handlingens grad af farlighed, altså således at »forsæt« forbeholdes for tilregnelsen når der vidende er begået en angrebshandling. Det er en kunstig, teknisk sprogbrug at sige at den der vidende udsætter andre for fare handler forsætligt. Det træffende udtryk er at han handler *hensynsløst* – og det er da også det straffeloven selv benytter i § 252.<sup>3)</sup> Man undgår herved det noget besynderlige forhold at en og samme handling betegnes snart som forsætlig, snart som uagtsom, beroende på under hvilken paragraf den henføres. Den der vidende forvolder sådan fare for andres liv som omtalt i § 252 siges efter gængs terminologi at handle forsætligt. Hvis hans handling forvolder nogens død kan den også henføres under § 241 – men betegnes i så fald som uagtsom.

Når den farlige handling beskrives som et skadedelikt – sådan som just i § 241 – betegnes den agtsomme tilregnelser som *bevidst uagtsomhed*. Dette er et højst ulykkeligt udtryk der vidner om en uklar analyse af de mentale forhold det drejer sig om. Ordet »uagtsomhed« angiver at den handlende ikke (tilstrækkeligt) har agtet på

---

<sup>2)</sup> Hurwitz, *a. st.*, Speciel Del, 238 f., 245.

<sup>3)</sup> Om U III § 229, der svarer til straffel. § 252, hedder det i motiverne: »Til forbrydelsen kræves . . . bevidsthed om, at handlingen er fareforvoldende«. Medens der tidligere i så henseende var nogen vaklen i praksis, Waaben, *a. st.*, 206 f., er det nu ved U 1965. 372 (ØL) og 1971. 520 (V) fastslået at der til straf ifølge § 252 kræves forsæt, altså bevidsthed om handlingens farlighed.

hvad han foretog sig og hvad der foregik omkring ham, således at han har savnet informationer der ville have retledt hans handlemåde ved at gøre ham opmærksom på visse faremomenter. Denne beskrivelse passer ikke på den der hensynsløst tager en risiko – fx den bilfører der for at flygte fra politiet suser afsted med uforsvarlig fart og tværs over kryds med rødt lys. Han mangler ikke agtpågivenhed – man bør vel tværtimod antage at hans opmærksomhed om kørslen er mere koncentreret end en almindelig bilists og at han med alle sanser vågne indsuger alle informationer. Hans fejl består ikke i mangel på agtpågivenhed, men deri, at han ikke tager tilbørligt hensyn til de informationer der tilgår ham. Til korrekt adfærd kræves to ting: at man er agtpågivende og at man tager tilbørligt hensyn til de faremomenter man bliver opmærksom på. Brister det i første henseende siges man at handle uagtsomt; brister det i sidste henseende siges man at handle hensynsløst. Det er derfor misvisende at betegne hensynsløshed som »bevidst uagtsomhed« og altså klassificere denne sindstilstand som en særlig art uagtsomhed.

Udtrykket er også uheldigt fordi det kan forlede til at tro at enhver uagtsom handling kan tænkes at forekomme også som bevidst uagtsom. Men det er ikke tilfældet. Angrebshandlinger kan ikke foretages »bevidst uagtsomt«. Den der er klar over at han foretager et angreb handler med forsæt. Derimod kan man godt uagtsomt glemme at afmontere en helvedesmaskine under forhold hvor den med »praktisk vished« vil forårsage menneskers død.

Begrebsforvirringen beror formentlig på at udtryk som uagtsomhed (*culpa, negligence*) har dobbelttyd. De betegner dels en adfærdsstandard, dels en mental tilstand hos den handlende, en tilregnelserform. Den første af disse betydninger er den oprindelige. *Culpa* betegnede en sådan handlemåde som en god mand, en *bonus pater familias*, ikke ville lægge for dagen under hensyn til dens mulighed for at afstedkomme skade på andres goder. Det er den standard der udvikles nærmere i læren om handlefrihedens grænse under hensyn til handlingens farlighed og forsvarlighed bedømt efter »livets regel«. Efterhånden kom *culpa* til at betegne også den sindstilstand der typisk ledsager krænkelser af denne standard, d.v.s. mangel på sådan agtpågivenhed som en god og forsigtig mand ville have lagt for dagen i den pågældende situation. Da grænsen for handlefriheden selvfølgelig også, omend mere sjældent, kan krænkes bevidst, indførte man herfor udtrykket »bevidst uagtsomhed« som sidestykke til den

»ubevidste uagtsomhed« (inadvertent negligence). Man overså herved, at i disse forbindelser betegner »uagtsomhed« ikke en mental tilstand. »Bevidst uagtsomhed« må nemlig være det samme som »bevidst krænkelse af adfærdsnormen«. »Bevidst uagtsomhed« betegner altså ikke en mental tilstand og kan ikke sidestilles med uagtsomhed som tilregnelserform. Når »uagtsomhed« betegner en sindstilstand karakteriseret ved mangel på skyldig bevidsthed om handlingens utilladelighed er »bevidst uagtsomhed« en *contradictio in adjecto* og »ubevidst uagtsomhed« en *pleonasmie*.

Det er derfor i overensstemmelse med sagen natur, ligesom det vil bringe større sproglig klarhed, at anerkende hensynsløshed som en tredje, selvstændig tilregnelserform ved siden af forsæt og uagtsomhed. Det stemmer godt med gængs sprogbrug at sige at en person handler hensynsløst når han handler med bevidst tilsidesættelse af skyldigt hensyn til andres interesser, men dog uden forsæt til at skade. Han løber en risiko og ved det, men sætter sig ud herover – hvad enten det skyldes at han er lige glad med hvad der sker eller at han optimistisk håber på at alt nok skal gå godt, jfr. den efterfølgende afhandling om *dolus eventualis*. Den faregrad (skaderisiko) hans hensynsløse adfærd frembyder må ligge over handlefrihedens tærskel, den tilladte risiko – og vistnok et godt stykke over. Opad afgrænses den af den faregrad der bestemmer forsæt, altså en farlighed der gør skade overvejende sandsynlig.

I anglo-amerikansk ret er *recklessness* fast anerkendt som en tilregnelserform ved siden af *intention* og *negligence*. Efter Glanville Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), foreligger *recklessness* når gerningsmanden handler med bevidsthed om at hans handlemåde medfører en fare for skade der er »unjustifiable in the total situation, having regard to all social interests involved« (31). Opad afgrænses *recklessness* mod *intention* der antages at foreligge når skaden har været forudset som sikker (35). Den nøjagtige bestemmelse af grænsen vil som oftest være uden praktisk relevans da *recklessness* for mange forbrydelsers vedkommende anses som en form af *mens rea* (57).

Williams diskuterer hvorvidt *recklessness* skal klassificeres som en underart af *intention* eller af *negligence*, og mener at det sidste er tilfældet (25 f., 32). Spørgsmålet er forkert stillet. Ingen af delene er tilfældet. Forsæt og hensynsløshed er to sideordnede former af agtsom (vidende) tilregnelserform og står som sådanne begge i modætning til uagtsomhed.

Den amerikanske Model Penal Code, section 2.02, definerer *recklessness* således:

»A person acts recklessly with respect to a material element of an

offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves culpability of high degree. (Alternative: its disregard involves a gross deviation from proper standards of conduct).

*Uagtsomhed* er, som det allerede er fremgået af det foregående, den strafferetlige tilregnelserform der foreligger når gerningsmanden *ikke indså, men burde have indset*, at hans handling havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed. Begrebet henviser altså til en norm for hvad man under givne omstændigheder bør indse, vi kan også sige en norm for den grad af vågenhed og for den indstilling af opmærksomheden hvormed man i en given situation bør handle. At han burde have indset tilstedeværelsen af visse faremomenter knyttet til hans handling, betyder at han ville have indset deres tilstedeværelse hvis han havde handlet med den vågenhed og med den opmærksomhedsretning som må kræves af en god mand i den pågældende situation. Hvad man »indser«, d.v.s. hvad man sanser, opfatter, registrerer og bearbejder, er nemlig afhængig dels af en almindelig åbenhed i sindet for indtryk, dels af opmærksomhedens retning. For at bruge et billede fra radioimpulsernes verden: Modtagerapparatets antenne må være oppe og indstillet i den retning hvorfra betydningfulde impulser kan forventes. For at illustrere med et eksempel: Den der fører bil må være vågen, ikke så søvrig, træt eller påvirket af gifte at hans sanseapparat og hans motoriske og mentale reaktionsapparater ikke fungerer så effektivt som normalt; og hans opmærksomhed må være rettet mod at opfange den mangfoldighed af impulser der ustandseligt tilgår ham fra omgivelserne og er af betydning for hans kørsel.

Hvad disse krav nærmere går ud på står naturligvis intetsteds at læse. Også her må man falde tilbage på kulturbetingede, indlevede mønstre, »livets regler«. Der opstår ved deres tolkning forskellige almene problemer: Hvilke situationer kræver særlig anspændelse af opmærksomheden? Hvilken vægt skal der tillægges den handlendes individuelle udrustning i retning af overnormal eller undernormal evne til at opfatte og indse? Hvilken betydning har det at en person indlader sig på opgaver i situationer hvor hans evner ikke slår til på grund af manglende indsigt eller træning?

Det er ikke stedet her nærmere at udvikle læren om uagtsomhed.

Jeg skal blot berøre et enkelt problem af principiel betydning for forståelse af hvad uagtsomhed er.

Det er en udbredt opfattelse, såvel i Common Law som i kontinental ret, at uagtsomhed (negligence, Fahrlässigkeit) ikke er en skyldform, altså ikke kan begrunde at den uagtsomme handling eller den uagtsomt forvoldte skade tilregnes gerningsmanden til ansvar og straf.<sup>4)</sup> Hvis det alligevel sker i kraft af positiv lovbestemmelse må forholdet sidestilles med »strict liability«, ansvar uden skyld, der fordømmes som værende i strid med skyldprincippet. Skyld forudsætter nemlig, antages det, en ond vilje, der pr. definition ikke er tilstede i uagtsomhed. Straf for uagtsomhed kan heller ikke begrundes pragmatisk-utilitaristisk. For da uagtsomhed karakteriseres rent negativt som fravær af bevidsthed om handlingens karakter, altså som blot tomhed (»a mere blank«), betegner udtrykket overhovedet ikke nogen sindstilstand, hvorfor det er udelukket at straffetruslen kan have nogen motiverende effekt.<sup>5)</sup>

I Common Law har denne lære en vis hensigtsmæssig funktion. Ved at udelukke *negligence* fra *mens rea* afværger man den uønskelige konsekvens, at i mangel af modstående lov må enhver forbrydelse straffes også som uagtsom.<sup>6)</sup> For efter Common Law er *mens rea* udtryk for de krav der må stilles i retning af tilregnelser. Men denne nyttevirkning (som ikke foreligger i kontinental ret) kan ikke lukke vore øjne for at læren er udtryk for dogmatiske domme og på eklatant måde står i modstrid med erfaringens kendsgerninger.

Hovedargumentet er det moralske: skyldens »væsen« er den onde vilje således som hævdet af Platon, Aristoteles, Kant, Hegel og mange efterfølgende filosoffer.<sup>7)</sup> Da der i uagtsomhed ikke indgår nogen

<sup>4)</sup> Se fx Jerome Hall, »Negligent Behavior should be excluded from Penal Liability« 63 *Col. Law Rev.* (1963), 632 f.; J. W. C. Turner, »The Mental Elements in Crimes at Common Law« i *The Modern Approach to Criminal Law* (1945), 195 f.; Glanville L. Williams, *a. s.*, 57. Og for tysk ret henvisningerne i Jescheck, *a. st.*, § 54 I note 17. Opfattelsen kritiseres af H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968), 138 f.

<sup>5)</sup> Således Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law* (2. ed. 1960), 133 f.

<sup>6)</sup> »To go further, and regard inadvertent negligence as a form of *mens rea*, so that the ordinary run of crimes could be committed negligently, would give a vast and unwarrantable extension to the area of criminal punishment«. Williams *s. st.*, 57.

<sup>7)</sup> Således Hall, *a. st.*, 635–36.

sådan ond vilje er der følgelig ingen skyld. Bortset fra at princippet om den onde vilje konsekvent måtte føre til at benægte skyld og tilregnelser også ved forsæt, forsåvidt som dette udgøres af indsigt om en følges sandsynlighed uden noget ønske om følges indtræden, står dette princip i klar modstrid med det moralske livs kendsgerninger. Det er en kendsgerning at vi reagerer med moralsk bebrejdelse og vrede mod den der forårsager skade ved sin tankeløshed og skødesløshed, fx den ledvogter der var så optaget af at spille kort at han ganske glemte at rulle bommen ned. Og det er en kendsgerning at den der har handlet på denne måde også selv føler samvittighedsnag over sin mangel på agtpågivenhed. Det står ham klart, at han ved større anspændelse af pligtbevidsthed og opmærksomhed kunne have handlet anderledes og bedre. Såvel omgivelsernes som hans egen reaktion bærer umiskendeligt præg af moralsk fordømmelse. Heroverfor er viljesprincippet et vilkårligt og uholdbart postulat, antagelig afledt af religiøse forestillinger om synd som ulydighed mod Guds vilje.

Påstanden om at straf for uagtsomhed skulle være nytteløs er en lige så håndgribelig urimelighed. En bilist kan køre mere eller mindre årvågent, med større eller mindre agtpågivenhed og forsigtighed. Kan der være nogen tvivl om, at politiets vejpatruljer og udsigter til bøde, fortabelse af kørekort og måske fængsel virker stimulerende på agtpågivenheden i trafikken?

I tankegangen ligger også den logiske forvildelse at uagtsomhed ikke skulle betegne nogen sindstilstand fordi den er defineret negativt som fravær af bevidsthed om noget, »a mere blank«. Indenfor den dimension der angår en tings koloristiske kvaliteter er det at betegne den som »farveløs« en ligeså reel karakteristik som at betegne den som »rød«. På tilsvarende måde hvad angår betegnelsen »lydløs« om en motor – eller betegnelsen »uagtsom« (»ikke-agtpågivende«) om en måde at handle på. Det er ikke svært psykologisk at skildre såvel den agtsomme som den uagtsomme chaufførs sindstilstand. Den første er årvågen og har sin opmærksomhed rettet mod kørslen, parat til at opfatte, registrere og bearbejde alle de data der ustandseligt tilgår ham. Den andens opmærksomhed er enten mere eller mindre sløret eller rettet mod kørselsmæssigt uvedkommende ting: han drømmer, diskuterer, kurtiserer, tænder pibe eller hvad det nu kan være. Om man befinder sig i den ene eller anden sindstilstand er noget man »kan gøre for«, d.v.s. det er ikke uafhængigt af andres

eller egne appeller til pligtbevidsthed og ej heller af bebrejdelser og andre sanktioner, herunder straf.

Uagtsomhed er altså en skyldform karakteriseret ved svigtende agtpågivenhed og deraf følgende mangel på indsigt i handlingens strafbare karakter. Den er modstykket til den skyldform der består i at den handlende var klar over hvad han gjorde. Men medens man i så fald, som omtalt, må sondre mellem forsæt og hensynsløshed eftersom den handling der er begået er en angrebshandling eller en blot farlig handling, er der ikke grundlag for en tilsvarende sondring hvad uagtsomhed angår. Man vil dog nok betegne uagtsomheden som *grov*, når handlingen er højfarlig. En i sig selv mindre skødesløshed bliver alvorlig i omgang med eksplosive stoffer, farlige skydevåben, stærke gifte o. lign. På den anden side kan grov skødesløshed næppe begrænses hertil. Kvalifikationen som grov kan også være udtryk for den grad af uopmærksomhed der er lagt for dagen.

*6. Det vises at det vil føre til praktisk urimelige resultater om hensigt anerkendes som en selvstændig forsætsform; og at hensigten, forsåvidt den er strafferetlig relevant, vedrører gerningsbeskrivelsen.*

Grundbetydningen af ordet »hensigt«, anvendt med henblik på handlingslivet, er at betegne det mål en vis menneskelig aktivitet er rettet mod – *sigter* mod at virkeliggøre – og de forestillinger og beslutninger som den handlende har gjort sig i den anledning. Man plejer at sondre mellem to forskellige anvendelser af udtrykket.<sup>1)</sup>

Man kan *have* en hensigt (*have noget til hensigt*). Jeg kan fx have til hensigt at rejse til Amerika. Dette betyder øjensynligt at jeg har besluttet (foresat mig) at foretage denne rejse. Hensigtens genstand er det formål jeg har besluttet mig til at realisere. Sådant en hensigt kan jeg gå rundt med gennem en tid, måske mange år. Det vil naturligvis ikke sige at jeg til enhver tid har aktuel bevidsthed om beslutningen. Men så længe den ikke er glemt eller tilbagekaldt ligger den latent i min psyke. Jeg er stadig *indstillet på* at foretage rejsen, selv om realisationen af denne plan må udskydes indtil videre. Hensigten i denne anvendelse er altså noget der tilskrives personen og dens gen-

<sup>1)</sup> Se fx Waaben, *a. st.*, 92; Jareborg, *a. st.*, 272 f.

stand er altid noget personen vil foretage sig, enten en ren aktivitet (at gå en tur), eller en præstation (at dræbe en anden).

I den anden anvendelse tilskrives hensigten ikke en person, men en handling. Man taler om *hensigten med en handling*.<sup>2)</sup> *A* har fx dræbt *B* og man spørger: hvad var hensigten med dette drab? Hensigten er her det formål den handlende stræbte efter at virkeliggøre eller fremme gennem sin handling. Hensigten kan også i denne anvendelse være noget personen agter at foretage sig, enten en ren aktivitet (hensigten med at købe en stok var at bruge den til at gå tur med), eller en præstation (hensigten med at købe en økse var at bruge den til at dræbe en anden med). Men til forskel fra den første anvendelse kan hensigtens genstand i dette tilfælde også være et resultat der hverken er en ren aktivitet eller en præstation (hans hensigt med at slå sin tante ihjel var at få fingre i arven efter hende).<sup>3)</sup>

De to anvendelser er indbyrdes forbundne. Menneskelige handlinger er ofte ikke isolerede akter, men organiserede kæder af akter planlagt således, at det ene led i kæden tjener til at virkeliggøre det næste. Det store togrøveri blev nok begået på en vis dag, men var kun det sidste led i en omfattende kæde (eller flere kæder) af handlinger der sigtede mod dette mål (forberedelseshandlinger). Vi kan sige om *A*, at han havde til hensigt at begå togrøveri (første anvendelse), og at de forberedende handlinger blev foretaget i eller med den hensigt at begå togrøveri (anden anvendelse). Hensigten *med* en handling kan være identisk med den hensigt den handlende *havde* idet han i forvejen havde besluttet sig til en vis målhandling: han gik rundt *med* en hensigt og foretog en forberedelseshandling *i* denne hensigt. Men der behøver ikke at ligge en foregående beslutning til grund for den hensigt hvormed en handling udføres. Hensigten kan opstå spontant: *A* bliver vred og langer ud efter *B* i den hensigt at give ham en lussing. Hensigten med en handling kan som omtalt også være en effekt der ikke er en præstation og derfor ikke kan besluttes, fx at få fingre i en arv.

Det er vigtigt at fremholde at menneskelig aktivitet ofte er organiseret i kæder. Vi vil ofte ikke være i stand til at *forstå* en isoleret

<sup>2)</sup> Man taler dog også om *A*'s hensigt med handlingen.

<sup>3)</sup> Man kan ganske vist sige: »Det er min hensigt at få fingre i den arv«, men det er et forkortet udtryk for »Det er min hensigt *at gøre noget for at få* . . .«. »Det er min hensigt at *X* skal være udenrigsminister« har kun mening sagt af statsministeren.

handling, eller til at bedømme den, netop fordi den som led i en kæde ikke har nogen egenmening og egenverdi, men først får sin afledte mening og værdi når vi kender den hensigt hvormed den er foretaget, altså kender den kæde hvori den indgår. Hvis *A* om natten er brudt ind i et hus gør det stor forskel, om dette skete i den hensigt at begå tyveri eller at besøge kokkepigen. Og hvis han har borttaget fremmed rørligt gods, om det skete for at tilegne sig tingen, eller for at redde den fra truende ødelæggelse.

Det kan derfor ikke undre at det i straffelovens beskrivelse af strafbare gerninger vrimler med sproglige vendinger der angiver hensigten med en handling. Således hvad gerningen *sigter til* eller hvad gerningsmanden *tilsigter* at opnå (§ 21, § 98, § 111, § 112, § 172 (2)); hvad gerningsmanden *søger at* opnå (§ 117 nr. 2, § 119 (1) og (2), § 137 (1), § 172 (2), § 187 nr. 3, § 188, § 189); at noget gøres *for at* opnå noget (§ 127, § 166, § 175, § 176, § 178, § 179, § 180, §§ 276–83); at noget gøres med *forsæt til* noget andet (§ 133 (1), § 164 (1) og (2), § 181); at nogen gør brug af noget *til at* eller virker *til at* noget sker (§ 171, § 173, § 284); at gøre noget der *tilstræber* en vis effekt (§ 266 a); eller at noget gøres med et vist *formål* (§ 133 (2), § 264).

Som bekendt går den gængse opfattelse ud på at den hensigt der i disse tilfælde kræves som betingelse for strafbarhed er et tilregnelserkrav. Man taler om »overskydende subjektivt rekvisit« og mener hermed, at der ifølge disse paragraffer udkræves et forsæt (i form af hensigt) der rækker videre end til at dække de objektive gerningsmomenter. Jeg skal senere indgående søge at påvise at hensigt intet har med tilregnelser at gøre, men skal dog allerede her anføre et argument. Hvis den hensigt der i disse paragraffer udkræves virkelig var en form for forsæt, måtte det forventes, at samme handling kunne tænkes foretaget også med den lavere grad af forsæt der (efter sædvanlig opfattelse) består i, at en vis virkning er *forudset* som en nødvendig eller overvejende sandsynlig følge; eller at den er foretaget med *viden* om gerningsmomenternes eksistens. Men dette er, ihvertfald i visse af de anførte tilfælde, simpelthen meningsløst. Det gælder de tilfælde i hvilke hensigten retter sig mod en af gerningsmanden selv senere foretaget handling, og altså er identisk med et krav om, at han skal have *besluttet* at udføre denne handling. Waaben anfører § 133 (1) (»for at bringe dem i omsætning som ægte«); § 244 (1) nr. 2 (i sådan hensigt« betyder efter sammenhængen »i den hen-

sigt at offentliggøre eller udbrede«); og § 264 a («med det formål at tilegne sig dokumenter . . .»).<sup>4)</sup> Hertil kan føjes § 276 der må forstås således, at borttagelsen skal være sket i den hensigt at tilegne sig tingen.<sup>5)</sup> I disse tilfælde er det utænkeligt at forsæt i stedet for som hensigt skulle kunne foreligge som forudseen eller viden. Når der foreligger en beslutning om at foretage en handling har det nemlig ingen mening at tale om at gerningsmanden forudså denne som en nødvendig eller sandsynlig følge.<sup>6)</sup> Dette erkendes også af Waaben.<sup>7)</sup> Men er dette ikke et indicium for, at vi her har med noget ganske andet at gøre end det vi beskæftiger os med i tilregnelselæren?

Det her rejste spørgsmål, altså om den »hensigt« der forekommer *som led i straffelovens signalement af en forbrydelse* skal opfattes som et tilregnelseskrav eller ej, har principiel og systematisk interesse, men næppe nogen praktisk. Det har derimod et andet og beslægtet spørgsmål, nemlig spørgsmålet, om det er rimeligt at definere det krav om forsæt, der er den normale betingelse for straf efter straffeloven, jfr. dennes § 19, *således at forsæt som sin højeste og mest åbenbare form omfatter også hensigt*. Som bekendt indeholder straffeloven selv ikke nogen bestemmelse af forsætskravet, men har overladt til teori og praksis at afklare hvad der ligger heri. I teorien er der, her i landet som andetsteds, ubeskåret enighed om, at det stillede spørgsmål må besvares bekræftende. Også dansk praksis hviler på dette synspunkt.

For at kunne tage stilling til spørgsmålet er det nødvendigt at præcisere dets relevans, altså klargøre hvilken forskel det gør, om man opererer med et forsætsbegreb der også omfatter hensigt, eller med et der ikke gør det, men begrænser forsættet til at omfatte forudseen af den kriminelle effekt som praktisk nødvendig eller dog overvejende sandsynlig (i den her benyttede terminologi: viden om at handlingen var højfarlig i forhold til det beskyttede gode).

Da medtagelse af hensigt betyder en udvidelse af forsætsbegrebets ekstention, er det klart at det udvidede begreb må medføre, at nogle handlinger vil blive pådømt og straffet som forsætlige når dette begreb lægges til grund, medens dette ikke vil være tilfældet

<sup>4)</sup> Waaben, *a. st.*, 98.

<sup>5)</sup> *A. st.*, 237. Videre kan også § 21 (1) anføres.

<sup>6)</sup> Jfr. Ross, *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 209 med note 5.

<sup>7)</sup> *A. st.*, 98.

hvis det snævrere begreb benyttes. Men hvilke tilfælde drejer det sig om?

Det må være tilfælde i hvilke der foreligger hensigt til at realisere den kriminelle effekt, fx drab af et andet menneske, uden at der samtidig foreligger forsæt i form af sandsynlighedsforsæt, d.v.s. *uden at gerningsmanden samtidig har været sig bevidst at han begik en højfarlig handling*, altså en handling der med overvejende sandsynlighed ville medføre en andens død.

Men hvis den begåede handling faktisk har denne karakter, hvis der altså er begået en drabshandling, er en sådan divergens mellem »vilje« og »viden« utænkelig. Det er ikke muligt at forestille sig at *A* stræber *B* efter livet og i dette øjemed foretager højfarlige angrebshandlinger mod ham, fx affyrer skud mod ham på nært hold, og samtidig antage at *A* ikke skulle være sig handlingens farlighed bevidst. Handlingen skulle altså, bortset fra hensigten, være en uagtsom handling. Men det er vrøvl at tale om at begå en uagtsom handling i den hensigt at hidføre den skade i forhold til hvilken den er farlig. Den tankeløshed der karakteriserer den uagtsomme handling er uforenelig med den eftertanke og styrede tilpasning der er til stede når en handling begås med en bestemt hensigt. Det er fx vrøvl at sige at *A* glemte at afmontere en bombe, og at han gjorde dette med den hensigt at den skulle eksplodere og dræbe *B* – medmindre man da under hensigtsbegrebet indbefatter også ubevidste tilskyndelser. Men en sådan dybdepsykologisk tydning af hensigtsbegrebet ligger ganske udenfor den gængse forsætsteoris tankeverden.

Heraf følger at inkludering af hensigt under forsætsbegrebet kun kan være relevant med hensyn til handlinger der ikke er drabshandlinger (for at holde os til dette eksempel), men kun er farevoldende (i den særlige betydning af dette ord hvorefter det ikke omfatter de højfarlige handlinger). Når disse foretages med bevidsthed om deres farlighed rammes de ikke af straffelovens § 237 (manddrab), men udgør særegne forbrydelser, fx efter beskrivelsen i § 252. Når sådan bevidsthed foreligger, siges de efter gængs teori at være begået med forsæt.

Her er det hensigtslærens relevans viser sig. Hvis en sådan farlig handling er begået, ikke blot med bevidsthed om dens farlighed men tillige i den hensigt at hidføre en andens død, skifter bedømmelsen totalt. Den bedømmes nu, efter almindelig lære, som forsætligt manddrab eller forsøg herpå.

Spørgsmålet er, er dette rimeligt? Jeg mener Nej.

Lad os meditere over et eksempel. Jeg har læst i avisen om en kamp på Sicilien mellem knippelbevæbnet politi og medlemmer af Mafiaen. Just som forbryderne er slået på flugt og ved at trække sig tilbage i en skovtykning kommer soldater politiet til hjælp og afskyder på et par hundrede meters afstand nogle skud mod de flygtende. Hvis vi ser bort fra at denne skydning skulle være lovlig som retshåndhævelse, afhænger dens strafbarhed, ifølge gængs lære, af den hensigt hvormed skuddene blev affyret. Hvis hensigten var at dræbe, straffes, hvis et skud nærmest ved et slumpetræf skulle træffe og dræbe, for forsætligt manddrab, og ellers for forsøg herpå. Men hvis hensigten blot var at skræmme og »give dem en hilsen med på vejen« bedømmes handlingen blot som fareforvoldende under § 252. Det betones nemlig i gængs forsætslære udtrykkeligt, at hvis hensigt foreligger er det ligegyldigt om skaden blev anset som nok så fjern en mulighed sålænge den dog blev anset for praktisk mulig.

Herved opstår vanskelige bevisspørgsmål om hvad hensigten var. Ved typiske manddrabshandlinger giver hensigten som regel ikke anledning til tvivl. Den der på nært hold affyrer en række skud mod en anden kommer ingen vegne med at hævde at det ikke var hans hensigt at dræbe eller tilføje skade – medmindre han dermed vil sige at han var så aldeles ude af sig selv at han ikke vidste hvad han gjorde. Handler han med bevidsthed om handlingens karakter fremgår hensigten af handlingen selv – sådan som kattens hensigt gør det når den sniger sig ind på en fugl. Anderledes i det tilfælde vi forestiller os. Her er den anklagedes eget udsagn den eneste kilde til viden om, hvad hans hensigt var, et forhold der let kan medføre at den snu går fri hvor den mere enfoldige falder i.

Men vanskeligheden ved at konstatere gerningens hensigt går endnu dybere. Det er nemlig slet ikke sikkert at den blev foretaget med nogen hensigt. Skydningen kan være foretaget mere for at give luft for følelser af fjendtlighed eller som en ceremoni der hører med til spillets regler. Den tiltalte kan i så fald bringes i den situation at han ved stadig at udspørges om, hvad hensigten med hans skydning var, kan suggereres til at tilskrive sig selv en hensigt han ikke havde.

Bortset fra disse vanskeligheder forekommer det mig kriminalpolitisk ubegrundet at tillægge hensigten den vægt som gængs lære gør. I disse tilfælde, hvor hensigten ikke har taget sig adækvat udtryk i en effektiv højfarlig handling, har den nærmest karakter af et

fromt eller rettere ufromt ønske. Det afgørende er i mine øjne at gerningsmanden har foretaget en fareforvoldende handling med bevidsthed om dens farlighed. Handlingens farlighed begrunder den samfundsmæssige bekæmpelse af den som en forbrydelse. Gerningsmandens bevidsthed om farligheden begrunder at den tilregnes ham som skyld. Om den ledsages af et ønske om at skade eller ej er en nuance der måske vejer til på moralens vægtskål, men som ikke bør tages i betragtning ved den mere håndfaste retlige bedømmelse.

Jeg må derfor komme til dette resultat. *Enten* har hensigten taget sig adækvat udtryk i en effektiv angrebshandling, og i så fald er hensigtslæren overflødig fordi hensigt ikke kan tænkes at foreligge uden at der også foreligger sandsynlighedsforsæt (bevidsthed om handlingens højfarlige karakter). *Eller* også har hensigten ikke manifesteret sig i en sådan handling, og i så fald er hensigtslæren vildledende fordi det ikke kan anses for retspolitisk anbefalelsesværdigt i så fald at straffe for forsætlig skadetilføjelse eller forsøg herpå.

Knud Waaben har i sin bog *Det kriminelle forsæt* (1957) fremdraget et interessant materiale af manddrabsager pådømt i henhold til straffelovstillægget af 1945. Da disse sager blev pådømt uden medvirken af nævninge giver de et indblik i rettens bedømmelse af kravet om forsæt som er udelukket når domfældelse sker på grundlag af en nævningekendelse. Dommene kan inddeles i tre grupper:

(1) Ofte udtaler dommen sig ikke om forsættets art idet det blot siges at »T forsætligt har dræbt M«, »er skyldig i overensstemmelse med anklageskriftet«, eller »har handlet med forsæt til at dræbe« (Waaben side 181).

(2) Næsten alle de refererede domfældende afgørelser bygger på sandsynlighedsforsæt. Dette gælder:

HRT 1948. 718 (fh. 5), Waaben side 182.

HRT 1949. 295, Waaben side 183.

U. 1947. 941, Waaben side 184.

HRT 1949. 880, Waaben side 184.

U. 1946. 1299, Waaben side 185.

U. 1947. 538 (fh. II. B), Waaben side 185.

U. 1947. 538 (fh. VII), Waaben side 185.

HRT 1948. 393 (fh. VII), Waaben side 185.

HRT 1949. 880 (fh. 41), Waaben side 185.

HRT 1948. 70 (fh. VI), Waaben side 187.

HRT 1950. 194 (fh. A 12), Waaben side 187.

U. 1946. 870 (fh. 3A), Waaben side 187.

Der kan næppe være tvivl om at i de fleste af disse domme kunne afgørelsen også være baseret på at der forelå drabshensigt. Dette gælder særligt de på s. 184–85 refererede afgørelser hvor skud var affyret på kort afstand. I oplagte drabssituationer vil der foreligge såvel drabshensigt som sandsynlighedsforsæt, men domstolene synes, antagelig af bevismæssige grunde, tilbøjelige til at holde sig til sandsynlighedsforsættet.

(3) Der findes et par domme der baserer afgørelsen på drabshensigt:<sup>8)</sup>

HRT 1948. 12 (fh. V), Waaben side 180.

HRT 1949. 3 (fh. VII og VIII), Waaben side 181.

I 1949-dommen kunne der, forsåvidt angår forhold VIII, hvor der blev skudt på kort afstand, utvivlsomt være statueret sandsynlighedsforsæt. Formodentlig også i forhold VII, hvor der med maskinpistol blev skudt over en afstand af ca. 70 m. Derimod ville der i den situation der forelå i 1948-sagen næppe kunne være dømt for forsæt uden med støtte i hensigt. To pistolskud blev over en betydelig afstand, vistnok over 100 m, affyret mod en flygtende. Denne afgørelse er altså, såvidt jeg kan se, den eneste i det af Waaben fremdragne materiale, i hvilken drabshensigten har været relevant.

Waabens bog kom i 1957. Jeg har gennemset de efterfølgende årgange af Ugeskrift for Retsvæsen, særlig med henblik på manddrab, uden at have fundet afgørelser af interesse for spørgsmålet om hensigtens betydning. Det er, hvad alle kriminelle sager angår, yderst sjældent at spørgsmål om forsæt rejses. I nævningsager vil det som regel ikke være muligt at danne sig en mening om bedømmelsesgrundlaget. Så meget kan dog siges at jeg ikke er stødt på nogen sag i hvilken domfældelse for forsætligt manddrab ikke, efter gerningsbeskrivelsen, kan tænkes begrundet med sandsynlighedsforsæt. Der foreligger altså, såvidt jeg kan se, ikke (ud over den omtalte dom fra 1948) nogen afgørelse der synes at forudsætte at hensigt i og for sig (d.v.s. uden ledsagende sandsynlighedsforsæt) kan begrunde domfældelse for forsætligt manddrab.<sup>9)</sup>

<sup>8)</sup> Jeg finder det noget tvivlsomt om U 1947. 538 (fh. VII), *Waaben* 181, kan påberåbes. Den af landsretten anførte udtalelse er i og for sig forenelig også med domfældelse begrundet med sandsynlighedsforsæt.

<sup>9)</sup> Dette gælder fx U 1968. 229 H (*T* skød i en afstand af ca. 20 m med en

Det kan på dette grundlag formentlig fastslås at den almindeligt accepterede lære om at hensigt udgør den højeste og mest åbenbare form af forsæt savner støtte i dansk retspraksis.

Den her hævdede retspolitiske opfattelse hvorefter hensigt i sig selv ikke bør begrunde straf efter reglerne om forsæt, er naturligvis grundet i vurderinger der ikke kan gøre krav på almengyldighed. Anderledes med den teoretisk-systematiske påstand, at spørgsmålet om hensigtens strafferetlige relevans ikke hører hjemme i tilregnelselæren.

Som nævnt er det utænkeligt at en person med hensigt søger at forvolde skade, fx dræbe en anden, uden at han skulle være sig bevidst at begå en handling der er farlig i forhold til det retsbeskyttede gode, en andens liv. Har handlingen karakter af en angrebshandling foreligger manddrab eller forsøg herpå. Har den karakter af en blot fareforvoldende handling er den enten straffri eller strafbar efter en af de paragraffer i straffeloven der omhandler handlinger der er farlige for andres liv, fx § 252. I og med denne bevidsthed om farligheden er tilregnelsesspørgsmålet afgjort: Når en handling svarer til gerningssignalementet i en vis paragraf, og når gerningsmanden er sig gerningens karakter bevidst, straffes han efter denne paragraf. Hensigten, derimod, har, efter den betydning der tillægges den af gængs lære, en ganske anden funktion. Hvis en fareforvoldende handling foretages i den hensigt at dræbe bevirker dette at handlingen fra at være enten straffri, eller strafbar blot efter fx § 252, rykker op og bedømmes som manddrab efter § 237 eller som forsøg herpå. Hensigten har altså den betydning at forskyde grænsen mellem hvad der er straffrit og strafbart; eller at forflytte en handling fra en forbrydelseskategori (fareforvoldelse) til en anden (skadeforvoldelse, manddrab). Dette er en problematik der svarer til den civilretlige om hensigtens betydning for grænsen mellem ret og uret og som er ganske forskellig fra tilregnelsens skyldproblematik: Den vedrører den samfundsmæssige vurdering af handlingen, ikke dens tilregnelser til en person, jfr. ndf. under punkt 8.

---

salonriffel gennem et oplyst stuevindue mod O) og U 1971. 614 H (T afskød fra en altan med et gevær kaliber 7,61 mm 3 skarpe skud mod O der stod på fortovet ca. 60 m fra T).

*7. Ved anvendelse af en hensigtsmæssig beskrivelsesteknik vil sondringen mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg herpå bortfalde og erstattes af en sondring mellem udførelse af en forbrydelse og forberedelse heraf.*

De i det foregående hævdede synspunkter må, om de godkendes, få konsekvenser for læren om forsøg.

Sondringen mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg ved iværksat angrebshandling er irrationel og alene begrundet i straffelovens irrationelle beskrivelsesteknik.

Som (fuldbyrdet) manddrab straffes efter § 237 handlinger der har medført en andens død. Som påvist må paragraffen, sammenholdt med de paragraffer der kriminaliserer fareforvoldende handlinger, fortolkes således at den kun omfatter angrebshandlinger, d.v.s. handlinger der er så farlige for andre menneskers liv at det er overvejende sandsynligt at de vil medføre en andens død.

Som forsøg på manddrab straffes efter § 237, jfr. § 21, handlinger der, uden at medføre en andens død, sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af manddrab. Herunder falder handlinger af højst forskellig karakter, fra iværksættelse af de groveste angrebshandlinger der dog på grund af tilfældige omstændigheder ikke har ført til målet, og ned til de fjerneste forberedelseshandlinger af i sig selv helt uskyldig karakter, fx indkøb af en kniv i den hensigt senere at benytte den til en drabshandling. Strafferammen går i overensstemmelse hermed fra den højeste (fængsel på livstid) til den laveste straf.

Unægtelig en besynderlig forbrydelseskategori! På den ene side er sondringen mellem fuldbyrdet manddrab og det iværksatte, men mislykkede forsøg irrationel, bortset fra at der måske bør være adgang til nedsættelse af straffen for den mislykkede iværksættelse. På den anden side udstrækkes det strafbares område urimeligt vidt ved via hensigten at omfatte enhver nok så fjern forberedelseshandling. I praksis betyder dette allerede af bevismæssige grunde vel ikke så meget. Men det må anses for en mangel at straffeloven ikke giver nogen reel vejledning med hensyn til hvilke forberedelseshandlinger der bør straffes.

Disse urimeligheder ville forsvinde dersom vi tænkte os straffeloven affattet således at den direkte beskrev de kriminaliserede handlinger. § 237 ville da lyde noget i retning af dette:

Handlinger der er egnet til med overvejende sandsynlighed at forvolde en andens død straffes som manddrabshandling med fængsel fra 5 år og indtil på livstid. Har handlingen ikke medført døden kan straffen nedsættes (indtil . . .).

Hermed er sondringen mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg ved iværksættelse bortfaldet. Adgangen til strafnedsættelse er en irrationel koncession til det faktum, at vi faktisk reagerer anderledes overfor det fuldbyrdede end overfor det mislykkede angreb. Adgangen til strafnedsættelse vil også gælde putativ forbrydelse, fx det tilfælde at angrebshandlingen er rettet mod en person der allerede er død, og alene ved putativ forbrydelse vil der være anledning til at anvende forsøgsterminologien.

Samtidig måtte § 21 omskrives således at den udelukkende kom til at angå forberedelse af en forbrydelses udførelse. Den relevante sondring er ikke den mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg herpå, men den mellem *udførelse* (iværksættelse, begåelse) af en forbrydelse og *forberedelse* heraf. Hvorledes den strafbare forberedelse skal afgrænses er et spørgsmål jeg ikke kan gå ind på – ud over at bemærke at en rimelig afgrænsning ikke, som nu efter § 21, kan ske alene via hensigten.<sup>1)</sup>

#### 8. *Der anføres to forhold til forklaring af den herskende lære: Identificering af subjektive elementer med skyld, og dogmet om at skyld er ond vilje.*

En forklaring på den herskende læres opfattelse af hensigten som en tilregnelserform kan søges i den nedarvede opbygning af forbrydelsesbegrebet hvorefter der sondres mellem forbrydelsens objektive og dens subjektive side (elementer, svensk: rekvisit), forstået således at den subjektive side udgøres af summen af de strafbarhedsbetingelser der vedrører gerningsmandens psykiske forhold før og ved gerningens begåelse, og den objektive side summen af dem der beskriver gerningen som objektivt fænomen udenfor hans psyke. I denne inddeling identificeres den subjektive side med de betingelser der konstituerer skylden, d.v.s. med tilregnelser (og tilregnelighed). Da nu hensigten er et forhold vedrørende gerningsmandens psyke må føl-

<sup>1)</sup> Se den efterfølgende afhandling »Om forsøg«.

gen blive at den er et element i tilregnelsen.

Man har imidlertid forlængst indset at denne opdeling ikke holder stik. Den støder an mod den kendsgerning, at der i straffelovens forbrydelsesbeskrivelse forekommer en række elementer der angår gerningsmandens subjektive forhold, men som ikke med rimelighed kan opfattes som vedrørende tilregnelsen. Det er i tysk teori man først er blevet opmærksom herpå og har fremstillet disse elementer under navn af »subjektive Unrechtselemente« eller »subjektive Tatbestandsmerkmale«, og dermed angivet at de hører hjemme i gerningsbeskrivelsen, ikke i tilregnelsen.<sup>1)</sup>

Som eksempler herpå kan for det første anføres de under punkt 6 omtalte sproglige vendinger der angiver *hensigten* med en handling. Men da det netop er disse tilfælde der står til diskussion skal de forbigås i denne argumentation hvor opgaven er at påvise uomtvistelige subjektive elementer udenfor tilregnelsen.

Der forekommer i straffeloven en række paragraffer ifølge hvilke det er relevant hvorvidt gerningsmanden havde eller ikke havde *kundskab* om visse forhold, således at denne kundskab selv er et gerningsmoment og ikke viden om et på anden måde bestemt gerningsmoment:

§ 158 (falsk forklaring for retten) forsåvidt man med Goos, Krabbe og Waaben antager at det kriminaliserede forhold er den subjektive urigtighed, altså en løgnagtig indstilling hos gerningsmanden, uanset om hans udsagn alligevel objektivt er sandt;<sup>2)</sup>

§ 167 og § 168 hvorefter det ved pengefalsk er relevant om gerningsmanden har modtaget pengene i god tro;<sup>3)</sup>

§ 268 og § 269 hvorefter det er relevant om en sigtelse er fremsat mod bedre vidende eller om den er fremsat i god tro;<sup>4)</sup>

§ 279 (bedrageri) forsåvidt den omfatter også vildfarelser vedrørende gerningsmandens subjektive forhold, især hans vilje til at opfylde en forpligtelse, således fx ved køb af varer på kredit uden hensigt at betale;<sup>5)</sup>

§ 297 der angår den der mod bedre vidende gør visse urigtige angivelser.

<sup>1)</sup> Se herom fx Jescheck, *a. st.*, § 30.

<sup>2)</sup> Således Waaben, *a. st.*, 124–25; Ivar Agge, *Straffrättens allmänna del*, 249.

<sup>3)</sup> Således også Hurwitz, *Almindelig Del*, 8.

<sup>4)</sup> Anderledes Hurwitz, *Speciel Del*, 345.

<sup>5)</sup> Således også Waaben, *a. st.*, 278 f.; Agge, *a. st.*, 249.

I andre tilfælde lægges der i forbrydelsesbeskrivelsen vægt på det *sindelig* hvoraf en handling er fremgaaet, beskrevet i sådanne vendinger, at forholdet er forskelligt fra hensigt til at fremkalde en vis effekt:

§ 232 idet »uterligt forhold« forudsætter en seksuelt betonet indstilling;<sup>6)</sup>

§ 234 (3) – nu ophævet – forsåvidt den bestemmer, at offentliggørelsen må antages at have forretningsmæssig spekulation i sanselighed til formål;<sup>7)</sup>

§ 240 der forhøjer straffen for hjælp til selvmord hvis handlingen foretages af egennyttige bevæggrunde;<sup>8)</sup>

§ 252 der omtaler handlinger begået for vindings skyld eller af grov kådhed;

§ 294 derved at selvtægt forudsætter et særligt retshåndhævelsesmotiv.<sup>9)</sup>

Det er muligt at et eller flere af de anførte eksempler i de to grupper kan anfægtes ud fra en anden fortolkning end den der her er anlagt, men det er uden interesse. Hvad det kommer an på i denne argumentation er alene at der utvivlsomt kan tænkes at forekomme og faktisk i vist omfang forekommer *gerningsmands-subjektive elementer i forbrydelsesbeskrivelsen, elementer der ikke er led i tilregnelsen, men hører til gerningsbeskrivelsen.*

Når dette står fast, og det anerkendes nu fra alle sider,<sup>10)</sup> opstår

<sup>6)</sup> Således også Waaben, *a. st.*, 121; Agge, *a. st.*, 249.

<sup>7)</sup> Således også Hurwitz, *Almindelig Del*, 8.

<sup>8)</sup> Således også Hurwitz, *a. st.*, 8.

<sup>9)</sup> Jfr. Hurwitz, *Speciel Del*, 324.

<sup>10)</sup> Hurwitz, *Alm. Del*, 6 og 8; Waaben, *a. st.*, 125; Agge, *a. st.*, 249; Jescheck, *a. st.*, § 30 som repræsentativ for tysk teori; Glanville L. Williams, *Criminal Law* (2, ed. 1961), 84. – Der synes dog at foreligge en vis begrebsforvirring når Waaben skriver: »Man er vant til at kunne skelne mellem noget 'objektivt' og noget 'subjektivt' (psykologisk) i en forsætlig forbrydelse, men der er egentlig ikke noget påfaldende i at et delikt undtagelsesvis kan være karakteriseret ved et psykologisk moment som jo ret beset er noget ligeså objektivt som alle de mere normale gerningsmomenter«. Det er tydeligt at sontringens betydning er glidende i denne tankegang. Det »subjektive« identificeres først med det psykologiske, hvortil må svare at det »objektive« er det materielt fysiske. Når det derefter siges at det subjektivt-psykologiske egentlig er lige så objektivt som andre gerningsmomenter, må meningen, om der ikke skal foreligge en åbenbar modsigelse, være at også psykologiske fænomener er objektive i den forstand, at deres eksistens lader sig fastslå som kendsgerninger.

et spørgsmål man ikke synes at have gjort sig klart: Når subjektive (kort for gerningsmandssubjektive) elementer kan figurere som led såvel i gerningsbeskrivelse som i tilregnelseskravet, hvad er da afgørende for om de skal henregnes til den ene eller den anden af disse dele?

Svaret må efter min mening være, at elementet tilhører gerningsbeskrivelsen dersom dets forekomst er relevant for den samfundsmæssige bedømmelse af handlingen derved at det enten betinger eller kvalificerer handlingens strafbarhed; hvorimod det vedrører tilregnelsen dersom dette ikke er tilfældet. Kortere: Elementet indgår i gerningsbeskrivelsen dersom det er medkonstituerende for en forbrydelseskategori. Heraf følger at *hensigt*, hvad enten dette udtryk figurerer som »overskydende subjektivt rekvizit« eller som en kvalificeret forsætsform, i virkeligheden tilhører gerningsbeskrivelsen.

Dette betyder at den grundlæggende tvedeling i forbrydelsesbegrebets konstruktion ikke er den mellem objektive og subjektive elementer, men en saglig-funktionel tvedeling eftersom elementets forekomst er relevant for den samfundsmæssige vurdering af handlingen, dens strafværdighed i den forstand at den bør bekæmpes ved at kriminaliseres; eller elementet er relevant for tilregnelsen, altså spørgsmålet om gerningsmandens strafværdighed.

Dette grundsyn synes nu almindeligt anerkendt i tysk teori,<sup>11)</sup> hvorimod det endnu ikke er trængt igennem i nordisk teori.

Det er interessant at se hvorledes nyt og gammelt brydes hos Agge og gør hans fremstilling kompliceret og ikke fri for inkonsekvenser. Han udgår fra den traditionelle sondring mellem forbrydelsens objektive og subjektive side, og siger at den sidste »helt allmänt [kan] karakteriseras såsom summan av de brottsrekvisit som lagen uppställer för varje särskild brottstyp och som hänföra sig till det psykiska skeendet hos gärningsmannen före och vid brottets företa-gande«. <sup>12)</sup> Dette synspunkt fastholdes dog ikke for det anerkendes

<sup>11)</sup> Det er almindeligt anerkendt i nyere teori at *Absicht* som »überschiessende Innentendens« er led i *Tatbestand*. Derimod har mig bekendt endnu ingen angrebet læren om *Absicht* som kvalificeret forsæt. Noget andet er at en vis skole, repræsenteret især af Hans Welzel, henregner alle tilregnelseselementer (*Absicht*, *Vorsatz*, *Fahrlässigkeit*) til forbrydelsens *Tatbestand*, se Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht* (11. Aufl. 1969), 64 f.

<sup>12)</sup> Agge, *a. st.*, 252.

at til den objektive side henhører ved en del forbrydelsestyper også »indre fakta såsom avsikter, tanker eller impulser hos den handlende«<sup>13)</sup> – altså elementer som »hänföra sig till det psykiska skeendet hos gärningsmannen«. Som eksempler på forbrydelser der rummer sådanne indre fakta på den objektive side nævnes uterlighed, bedrageri og falsk forklaring, jfr. ovenfor om dansk straffelovs §§ 232, 279 og 158. Begrundelsen for at disse elementer tilhører forbrydelsens objektive side gives således: »Saknas dessa rekvisit . . . förlorar gärningen sin av straffbudet förutsatta samhällsskadliga natur eller skiftar på annat sätt straffrättslig gestalt. Ifrågavarande brottsrekvisit böra därför hänföras till brottets objektiva sida«.<sup>14)</sup>

Dette ræsonnement er, som man vil se, ganske i overensstemmelse med den her forsvarrede opfattelse, og den burde konsekvent føre til, at også andre subjektive momenter der er konstitutive for forbrydelsestypen, og altså relevante for den samfundsmæssige vurdering af handlingen, henføres til forbrydelsens objektive side. Men denne konsekvens accepteres ikke. Senere omtales noget der kaldes »fristående subjektive moment«, d.v.s. »subjektivt overskud« der fremkommer derved at der kræves en hensigt der savner modstykke på den objektive side, altså netop sådanne tilfælde der blev drøftet under forrige punkt. Agge erkender at de er *konstitutive for forbrydelsestypen* (altså afgørende for den samfundsmæssige vurdering af handlingen); og han siger at det derfor er forståeligt at nyere kontinental teori har villet henføre sådanne elementer til forbrydelsens objektive side, til selve gerningsindholdet; og han anfører at denne opfattelse er af real betydning med hensyn til bedømmelsen af fleres medvirken til forbrydelser af denne art. Trods alle disse gode argumenter hævdes det at »tillräckliga skäl saknas att acceptera denna tanke och i systematiskt hänseende frångå den hävdvunna fördelningen av brottsrekvisiten mellan det yttre, objektiva, skeendet och den psykiska inställningen hos det handlande subjektet«<sup>15)</sup> – en inddeling forfatteren netop har brudt med forsåvidt angår de »indre fakta«. Så vidt jeg kan se har Agge intet anført der kan bortforklare denne inkonsekvens. Hans standpunkt betyder halsstarrig, traditionsbunden fastholden ved en doktrin hvis uholdbarhed han selv har

<sup>13)</sup> A. st., 249.

<sup>14)</sup> A. st., 249.

<sup>15)</sup> A. st., 260.

indset. Han har ikke kunnet få det over sig at erkende at hensigt ikke er et led i tilregnelsen.

I dansk teori er problemet slet ikke set. Skønt Hurwitz taler om forbrydelsens objektive og subjektive elementer er det i realiteten ikke denne sondring der lægges til grund for systematikken, men en saglig funktionel sondring mellem på den ene side gerningsindhold og på den anden side skyld lig med tilregnelser og tilregnelighed. Det erkendes at subjektive elementer indgår i gerningsindholdet.<sup>16)</sup> Men Hurwitz ser ikke, at denne erkendelse afføder spørgsmål om, hvad der er afgørende for om et subjektivt element henregnes til gerningsindholdet eller til skylden (tilregnelsen); og derfor naturligvis heller ikke, at det kriterium hvormed dette spørgsmål besvares må føre til at hensigten, for så vidt den er strafferetlig relevant, må henregnes til gerningsindholdet.

Denne forklaring af den herskende læres hårdnakkede vedhængen ved den opfattelse at hensigt er kvalificeret forsæt er dog næppe udtømmende, især ikke med henblik på tysk teori hvor man synes at have frigjort sig fra tilbøjeligheden til at identificere forbrydelsens subjektive elementer med skyldproblemet, tilregnelsen. Som supplerende forklaring kan peges på den i religiøse forestillinger og filosofisk spekulation dybt forankrede opfattelse, at syndens »væsen« er den *onde vilje*. Synd er et religiøst begreb. Det er den brøde der får sin særlige farve ved at opfattes som overtrædelse af en guddommelig lov. Og denne lov er oprindeligt et krav om blind, ubetinget underkastelse under Guds vilje og al synd derfor varianter af den ene: ulydighed mod Gud, opsætsighed mod hans vilje, oprør mod hans herredømme og magt.<sup>17)</sup> Skylden er den gæld til Gud, den retmæssige underkastelse under hans vrede og straf, der er syndens sold. Man kan sone sin brøde, betale sin skyld, ved at underkaste sig straffen. Fra denne religiøse skyldmetafysik går en lige linie til den filosofiske doktrin der fra stoikerne til Kant og hans efterfølgere opfatter moralen som et krav om ubetinget lydighed mod en lov, verdensfornuften, det kategoriske imperativ. Det onde (synden) er også i denne tankeverden den driftsbestemte, egenrådige viljes ulydighed mod fornuftsviljes lov.<sup>18)</sup>

<sup>16)</sup> Hurwitz, *Alm. Del*, 6, 8.

<sup>17)</sup> Jfr. Ross, *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 18.

<sup>18)</sup> Jfr. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), 299 f.

Det er let at genkende disse ideer i den opfattelse af forbrydelse og straf der har været udbredte i tysk teori og herhjemme genfindes fx hos Goos. Forbrydelsen, siger Goos, er en krænkelse af lydighedspligten mod samfundsmagten idet den har sit udspring i en tilregnelig (ulydig) vilje. Straffen er håndhævelse af samfundsmagtens lydighedsfordring og er rettet mod den forbryderiske vilje i det øjemed at tugte den til lydighed. Den fundamentale skyldbetingelse er derfor at retsbrudet er »tilregneligt: skyldes en viljesakt, i hvilken en sådan ulydighed mod loven lægger sig for dagen, som straffens væsen forudsætter«. <sup>19)</sup>

Hermed har man dogmatisk bundet sig til den anskuelse, at tilregnelighed er beroende på en viljesindstilling. Den er så at sige pr. definition ond vilje, hensigt. »Når det som det væsentlige i forsætsbegrebet, henført til en mod loven ulydig vilje, opstilles, at personen må have gjort hidførelsen af et retsbrud til sin handling *formål*«, siger Goos, »har dette både berettigelse i det sproglige udtryk og i forholdets natur«. <sup>20)</sup> Tilregnelighedens opgave bliver herefter at konstruere tilregnelighedens øvrige former som viljesfænomener. Forsåvidt retsbrudet ikke har været tilstræbt, men dog forudset som en nødvendig eller overvejende sandsynlig følge, er det, siges det, lige fuldt medindbefattet under formålet (hensigten). <sup>21)</sup> Dette er naturligvis psykologisk set en helt vilkårlig og åbenbart urigtig påstand der alene tjener til opretholdelse af viljesdogmet. Uagtsomhed konstrueres som viljens negative forhold. <sup>22)</sup>

Det er klart at det i en strafferetsteori inspireret af disse ideer må blive næsten et dogme, at hensigt er tilregnelighedens højeste og mest åbenbare form. <sup>23)</sup>

<sup>19)</sup> C. Goos, *Den danske Strafferet* bd. I (1875), 47 ff.; bd. II (1878), 18, 262, 266, 280 f.

<sup>20)</sup> *A. st.*, bd. II, 372.

<sup>21)</sup> *A. st.*, 372–73.

<sup>22)</sup> *A. st.*, 368.

<sup>23)</sup> Også for Hurwitz er viljen det primært afgørende i forsætsbegrebet, *a. st.*, Alm. Del, 315–16, jfr. i *Festskrift til Henry Ussing* (1951), 210. Waaben har derimod, bortset fra at han stadig accepterer hensigt som en forsætsform, meget nærmest sig den her forsvarrede opfattelse af tilregnelighed som indsigt i handlingens karakter, *a. st.*, 118 og 191, hvor han skriver: »I det store og hele må man sige at *følgen* er blevet et mindre fremtrædende træk i de kriminelle gerningsindhold end i ældre tider. Principielt må man jo også hævde at det altid er gerningsmandens adfærd der er den rette grund til reaktion. I mange gerningsindhold – vel i de fleste – kommer det udelukkende eller fortrinsvis an på beskaffenheden af den *handling* eller *adfærd* som en person har udvist, eventuelt i den form at adfærden

9. Ordet »indså« i tilregnelsesformlen kan stå for en ubevidst viden, en bevidst viden, en vunden indsigt, en gåen-ud-fra, eller en overvejet antagelse.

Jeg har ovenfor under punkt 5 opstillet den hypotese at tilregnelserkravet kan udtrykkes i den formel, at gerningsmanden i gerningsøjeblikket indså eller burde have indset at hans handling havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed – herunder naturligvis også at den var foretaget i en situation som angivet i loven. Men dette er blot en kort, slagordsmæssig formel der tiltrænger mere indgående forklaring og nuancering. Der opstår i denne forbindelse en række dels terminologiske, dels saglige problemer som jeg her kun skitsemæssigt kan antyde.

Opgaven er at bestemme det bevidsthedsindhold der, som betingelse for tilregnelser, må have foreligget enten aktuelt (agtsom tilregnelser, d.v.s. forsæt og hensynsløshed) eller hypotetisk (uagtsomhed), nemlig dersom gerningsmanden havde lagt skyldig agtpågivenhed for dagen. Hvad »skyldig agtpågivenhed« vil sige interesserer os ikke i denne sammenhæng. Det spørgsmål hører hjemme i læren om uagtsomhed. Vi kan altså her lade frasen »burde have indset« ude af betragtning og hæfte opmærksomheden udelukkende ved hvad gerningsmanden aktuelt indså. Det bevidsthedsindhold der interesserer os er det samme hvad enten spørgsmålet er, om det aktuelt forelå, eller om det under en vis hypotese ville have foreligget.

De terminologiske problemer begrænses når det erindres at tilregnelserproblemet altid foreligger i en retrospektiv betragtning. Det angår gerningsmandens bevidsthedsindhold sådan som det var dengang han begik handlingen. Det vil sige at vi kan indskrænke os til at beskæftige os med sætninger i *datid* og derfor ikke behøver at kymre os om den særlige garantifunktion der er forbundet med brugen af visse verber, især verbet »at vide«, i 1. person nutid.<sup>1)</sup>

Terminologiske vanskeligheder opstår fordi det, såvidt jeg kan

---

frembyder fare for visse virkninger. Forsætskravet og de praktiske forsætsproblemer ændres tilsvarende; gerningsmandens forståelse af handlingen og situationen bliver vigtigere end vilje eller hensigt eller omtanke i relation til noget fremtidigt«.

<sup>1)</sup> J. L. Austin, *Philosophical Papers* (1961), 67–68, hævdede at »jeg ved« ikke udtrykker en højeste grad af sikkerhed på samme skala som »jeg tror« og »jeg er sikker på«. »When I say 'I know', I give others my word: I give others my authority for saying that 'S is P'«, jfr. Nils Jareborg, *Handling och uppsåt* (1969), 198, med henvisninger.

se, ikke er muligt at finde sproglige udtryk der kan dække såvel virkelig som putativ forbrydelse.<sup>2)</sup> Man kan sige: »Han *troede* at tingen var stjålet, men det var den ikke«, men ikke: »Han *vidste* at tingen var stjålet, men det var den ikke«. Dette beror, som logikerne siger, på at frasen »at vide *p*« (hvor *p* står for at-klausulen) implicerer *p*, medens dette ikke gælder »at *tro p*«. Verbet »at vide« er derfor uanvendeligt ved skildring af bevidsthedsindholdet ved putativ forbrydelse. Omvendt er verbet »at *tro*« uanvendeligt ved virkelig forbrydelse fordi »*A troede p*«, efter dansk sprogbrug,<sup>3)</sup> indicerer *ikke-p*. Det vil ihvertfald lyde besynderligt at sige »*A troede* at revolveren ikke var ladt – og det var den heller ikke«.

Til illustration: Til beskrivelse af forsætskravet ved virkelig overtrædelse af straff. § 222 kan verbet »at vide«, men ikke verbet »at *tro*« anvendes. Afgørende er at gerningsmanden vidste (ikke troede) at pigen var under 15 år. Omvendt i tilfælde af putativ forbrydelse. Afgørende er da at han troede (ikke vidste) at pigen var under 15 år.

På samme måde som »vidste« forholder det sig med »indså«, »havde kundskab om«, »kendte til«, »var sig bevidst«, »var på det rene med«, »forstod« – medens »antog«, »forestillede sig«, »tænkte sig« fungerer på lignende måde som »troede«. Følgen heraf er at der næppe kan findes noget verbum der, uden at det skurrer, kan anvendes til beskrivelse af gerningsmandens bevidsthedsindhold i begge grupper af situationer. Den foreslåede formel med anvendelse af »indså« må derfor forstås med det forbehold, at den må omformuleres ved anvendelse af andre verber når der er tale om putativ forbrydelse.

Forsåvidt det i det følgende er ønskeligt at omtale et bevidsthedsindhold uden nogen indikation af, hvorvidt det korresponderer med virkeligheden eller ej, vil jeg betjene mig af verbet »at antage«, substantivet »antagelse«. Der er altså tale om en specifik teknisk anvendelse af disse udtryk, i nogen grad i strid med almindelig sprogbrug. En »antagelse« skal simpelthen betyde det af en person som sandt accepterede (eller *antagne*) meningsindhold<sup>4)</sup> uden noget hensyn til om det stemmer med virkeligheden eller ej.

<sup>2)</sup> Dette udtryk forstået som hos *Hurwitz-Waaben*, 327.

<sup>3)</sup> Hvis »at *tro*« fungerer på samme måde på svensk som på dansk må jeg derfor finde det misvisende når Jareborg, *a. st.* 318, 321, vil formulere tilregnelsskravet ved hjælp af verbet »at *tro*«.

<sup>4)</sup> Om accept af en proposition (meningsindholdet af en sætning), se *Directives and Norms* (1968), § 6.

Forskellige saglige problemer opstår når det nærmere skal angives hvad der ligger i tilregnelsesformlen, hvilke sproglige udtryk der end efter omstændighederne anvendes. Et er dette: Når der tales om, hvad gerningsmanden indså (vidste, troede, etc.), ligger der så heri et krav om, at tanken på det pågældende forhold skal have været fremme i hans bevidsthed i gerningsøjeblikket? Skal han have *tænkt på, været sig bevidst, gjort sig det klart*, at det forholdt sig sådan og sådan, fx at revolveren var ladet?

Jeg vover ikke at besvare dette spørgsmål, men skal blot pege på nogle forhold der kan være af betydning for dets besvarelse.

Der findes utvivlsomt en stor mængde ting som vi *ved* og som bestemmer vore handlinger uden at vi tænker på disse ting i gerningsøjeblikket. Det gælder især omstændigheder vedrørende mig selv og mine nærmeste livsforhold og om visse almene velkendte træk i naturens og verdens indretning. I denne forstand ved jeg fx at jeg er gift (ugift, fraskilt, frasepareret, beslægtet med den og den, o.s.v.), at jeg er tjenestemand (snedker, husejer, har hund, o.s.v.), at jeg for øjeblikket fører bil (deltager i skydeøvelse, procederer en sag, er på indkøb, o.s.v.); at en revolver er et skydevåben (arsenik en gift, at tændstikker kan frembringe en flamme, at papir kan brænde, o.s.v.). Disse og tusinder af lignende ting *ved* jeg i den forstand, at jeg uden betænkning ville kunne besvare spørgsmål om dem, hvis sådanne spørgsmål blev stillet mig af andre. Men kundskaben om dem er normalt latent og kan forblive sådan også i situationer hvor den er afgørende for min handlemåde. Den tjenestemand der begår en overtrædelse af straf. kap. 16 *ved* naturligvis at han er tjenestemand, men behøver ikke at have *tænkt* herpå da han begik overtrædelser. Alligevel bør handlingen sikkert tilregnes ham på samme måde som hvis han havde klargjort sig sin status. På den anden side findes der sikkert også tilfælde i hvilke (agtsom) tilregnelser forudsætter at gerningsmanden aktualiserede sin viden i gerningsøjeblikket, bevidst tænkte på hvorledes noget forholdt sig. Hvis fx en tekniker nok *ved*, at han ved en vis manipulation kan forvolde kortslutning og brand, vil man ikke tilregne ham skaden som forsætlig eller hensynsløs (men nok som uagtsom) såfremt han i gerningsøjeblikket glemte at tage dette i betragtning.

En anden gruppe af saglige problemer udspringer af det forhold at sondringen mellem hvad gerningsmanden indså (vidste, troede o.s.v.) og hvad han ikke indså, ikke er som en sondring mellem hvidt

og sort, men hviler på graduelle overgange og nuanceringer i forskellig retning.

Ordet »indså« antyder at tilregnelsens bevidsthedsindhold ikke behøver at antage karakter af en klar og præcis viden besked om eksistensen af et eller andet sagforhold. »At indse« er et præstationsverbum: det angiver at man gennem overvejelse er kommet til klarhed over noget. Indsigten vil ofte være resultatet af overvejelser baseret på skøn over en række omstændigheder hvorom der hver for sig ikke foreligger nogen præcis viden. Det kan fx være at *A* indså at hans skud var en højfarlig handling, og at denne indsigt var baseret på skøn over en række omstændigheder såsom afstanden til ofret (han vidste ikke og kunne ikke vide at den var 21,50 m), sigtbarheden, våbnets art og mærke, dets alder og velholdthed m. v. Spørgsmålet om, hvad han faktisk indså, lader sig derfor ikke besvare med samme sikkerhed som når der er tale om, hvorvidt han havde kendskab eller ej til et simpelt faktum, fx at pigen var under 15 år. Men også hvad dette forhold angår kan det forholde sig således, at han vel ikke *vidste* det, men dog *indså* det ved at slutte fra andre kendte omstændigheder.

Tilregnelserkravet kan også udtrykkes således: dersom alting faktisk havde forholdt sig således som gerningsmanden *antog*, og dersom gerningen under denne forudsætning ville udgøre et tilfælde af et kriminaliseret gerningsindhold, tilregnes gerningen som forsætlig eller hensynsløs. Hvis hans antagelser stemmede med virkeligheden foreligger virkelig forbrydelse, i modsat fald putativ forbrydelse.

Afgørende er altså hvad gerningsmanden *antog* i gerningsøjeblikket. Når dette skal konstateres er det vigtigt at erindre at vore antagelser kan hvile på højst forskelligt grundlag og næres med forskellig grad af styrke (vished).

I visse tilfælde opstår slet ikke noget spørgsmål om den styrke eller vished hvormed antagelsen næres fordi den anses som utvivlsom. Dette er tilfældet når *A* siger at han (godt) *vidste p*, fx at tingen var stjålet, revolveren ladt, eller pigen under 15 år. Denne vending bruges nemlig kun når *A* byggede sin antagelse på informationskilder som han selv anså som ufejlbarlige (selv om vi andre ikke gør det).<sup>5)</sup>

<sup>5)</sup> Undertiden taler man om at man vidste noget, man faktisk ikke vidste, for overfor sig selv og andre at skjule en uvidenhed der forekommer uudholdelig. Således astronautustruen der ved mandens hjemkomst efter en kritisk rumrejse erklærer: »Jeg *vidste* hele tiden at han ville vende tilbage«. Det passer simpelthen ikke. Hun vidste det ikke og led under denne uvidenhed.

Han vil fx sige at han godt vidste at tingen var stjålet fordi han havde overværet tyveriet eller fordi kammerater på hvis ord han ikke tvivlede havde fortalt ham det.

Da det i høj grad varierer med erfaring og intelligens, hvilke kil-der der anses for ufejlbarlige, følger heraf, at erkendelse af hvad man vidste varierer på samme måde. Den mindre sofistikerede vil hævde at *vide* ting hvor andre i hans sted blot ville sige at de havde grund til at tro det, at de anså det for sandsynligt eller muligt. Det ville være forkert når *A vidste p* at sætte dette lig med at han var *overbevist om p*, eller *sikker på p*. Sådanne vendinger indicerer en stillingtagen til antagelsens sandheds-sikkerhed der slet ikke forekommer når *A vidste p*. Når man *ved* hvorledes noget forholder sig, diskuterer man ikke antagelsens sikkerhed, ihvertfald ikke med sig selv.

Den viden vi her har omtalt kan kaldes *bevidst viden* modsat den ovenfor omtalte *ubevidste viden*.

Noget spørgsmål om vished eller sikkerhed opstår heller ikke med hensyn til de antagelser vi *går ud fra*. Når jeg sætter mig på en stol går jeg ud fra at det er en normal stol der kan bære mig. Tanken herom bliver mig slet ikke bevidst, og noget spørgsmål om antagelsens sikkerhed opstår ikke. Kun hvis nogen spørger mig, om jeg nu også kan være helt sikker på, at stolen kan bære, ser jeg problemet og må indrømme at det kan jeg ikke. På samme måde med mangfoldige andre antagelser. Når situationen ikke stiller særlige krav til bevidst omdømme går vi gennem livet i tankeløs tillid til at verden er som den plejer at være og tingene sådan som de ser ud til at være. Ellers ville livet ikke være til at leve.

Men ofte vil vore antagelser være fremgået af bevidste overvejelser og ledsaget af bevidsthed om den grad af sikkerhed vi tør tillægge den antagne mening, den grad af vished hvormed antagelsen næres. Og dette vil vel især være tilfældet i de situationer i hvilke der opstår spørgsmål om strafferetlig tilregnelser. Forskellige vendinger bruges til at udtrykke antagelsens sikkerhed. At være *overbevist om p* betyder at man, uden at vide *p*, mener at have meget gode grunde til at antage *p*. Jeg er fx efter foreliggende oplysninger overbevist om at tingen ikke er stjålet, men ved det ikke, fordi jeg ikke har talt med tingens tidligere ejermand. Som tidligere omtalt vil anvendelsen af udtrykkene »at vide« og »at være overbevist om« variere med den talendes kritiske forsigtighed. Hvor én vil sige: »Jeg

ved at han kommer i morgen, for det har han sagt«, vil en anden og mere forsigtig sige: »Jeg er overbevist om at han kommer i morgen, for han er en mand der plejer at stå ved sit ord«.

Andre vendinger angiver forskellige grader af antagelsens sikkerhed. Man kan

være sikker på *p*  
 anse *p* for givet  
 anse *p* for utvivlsom  
 anse *p* for højst sandsynlig  
 anse *p* for overvejende sandsynlig  
 anse *p* for sandsynlig  
 antage *p* uden tvivl  
 antage *p* med tvivl  
 formode *p*  
 regne med *p*

I alle tilfælde er det en forudsætning at de grunde der taler for meningens sandhed er anset for stærkere end de der kan tale imod. Hvis dette ikke er tilfældet foreligger nemlig ingen antagelse. Meningen er ikke accepteret eller antaget som sand. Hvis man derfor siger at man anser *p* for *mulig* eller *tænkelig* (underforstået: men ikke sandsynlig), eller at man har en *mistanke* om *p*, at *p ikke kan udelukkes* eller lignende, betyder det at man ikke antager *p*, men *ikke-p*. Endelig er der naturligvis også vendinger der angiver at man antager hverken *p* eller *ikke-p*: »Det er mig ganske ubekendt om *p* eller *ikke-p*«, »Jeg aner intet derom«, og lign.

Det bevidsthedsindhold der er tale om i tilregnelselæren kan altså være af højst forskellig art. Det kan være en *ubevidst viden*, en *bevidst viden*, en vunden *indsigt*, noget gerningsmanden *gik ud fra* eller en overvejet *antagelse* af større eller mindre sikkerhedsgrad. Hvor meget der i så henseende må kræves for at statuere (agtsom) tilregnelser (forsæt eller hensynsløshed efter gerningens karakter) er et spørgsmål jeg ikke kan gå nærmere ind på. Min formodning er at alle de nævnte arter af bevidsthedsindhold er tilstrækkelige – hvorved erindres om, at en antagelse af *p* kun foreligger dersom *p* er anset for mere sandsynlig end *ikke-p*.

# Dolus eventualis - et vildskud

## *1. Dolus eventualis er en tysk opfindelse, der er herskende lære i teori og praksis i Sverige. I Danmark og Norge spiller denne doktrin kun en ringe rolle.*

I min ungdoms studietid var strafferettens almindelige del i Torps fremstilling måske nok den disciplin der i højeste grad fangede min interesse. Min første offentliggjorte afhandling faldt indenfor dette emneområde.<sup>1)</sup> Alligevel blev det ikke dette fag jeg kom til at dyrke, da der kom gang i mit videnskabelige arbejde. Det er først i min høje alder at jeg via moralfilosofien (skyld og ansvar) er kommet ind også på straffens problemer. Medvirkende hertil har været Stephan Hurwitz' klare og fængslende fremstilling af *Den danske Kriminalret*.

Skønt *dolus eventualis* er et elementært skolebegreb kan det måske være på sin plads kort at minde om den funktion, som læren herom har indenfor den samlede tilregnelselære. Baggrunden herfor er den forudsætning, at der må sondres mellem to hovedformer af tilregnelser, forsæt og uagtsomhed. Forsæt er det normale tilregnelseskrav som betingelse for en handlings strafbarhed. Hvis uagtsomhed straffes er straffen mildere end for den forsætlige forbrydelse. Det er derfor vigtigt at drage grænsen mellem de mentale omstændigheder, der bedømmes som forsæt og dem der anses for blot uagtsomhed.

Der er almindelig enighed om, at til forsæt henregnes (ved forårsagelsesdelikter) ihvertfald (1) de *tilstræbte* følger af gerningen, hvad enten de er tilstræbt som mål eller som middel, og uanset om gerningsmanden har anset deres indtræden som mere eller mindre sandsynlig indenfor det praktisk muliges område; og (2) de følger der er forudset som *nødvendige* (men ikke tilstræbte) følger af gerningen. Der synes videre at være enighed om at kriminalpolitiske be-

---

<sup>1)</sup> »Nogle bemærkninger til hr. professor Oluf H. Krabbe, især angående meddelagtighed og forsøg«, U 1936 B, 269 f.

hov gør det påkrævet at strække forsætsbedømmelsen videre, således at forsæt også omfatter visse tilfælde i hvilke følgen har været forudset som en *mulighed* af større eller mindre sandsynlighedsgrad. Men enigheden hører op når det gælder om nærmere at angive hvor grænsen skal gå mellem forsæt og hvad der kaldes bevidst uagtsomhed, altså de tilfælde i hvilke manden nok forudså muligheden for skadefølger (indså gerningens farlighed), som som kriminalpolitisk bør behandles efter de mildere tilregningsregler.

I dansk teori og praksis er dette problem hovedsagelig løst ved anerkendelse af en tredje form for forsæt, (3) *sandsynlighedsforsæt*. Herunder falder forårsagelsen af følger der var forudset som *overvejende sandsynlige*.<sup>2)</sup> Tilbage står da blot det spørgsmål, om også følger forudset som mindre sandsynlige i vist omfang skal tilregnes som forsætlige. Her er det at læren om *dolus eventualis* sætter ind. Den angiver forsættets yderste grænse overfor bevidst uagtsomhed (hensynsløshed). Den findes i flere varianter, men dens bærende tanke er i alle tilfælde, åbenbart eller camoufleret, at grænsedragningen skal bero på en hypotetisk dom: En som mulig forudset følge tilregnes som forsætlig dersom og kun dersom gerningsmanden ville have handlet som han gjorde, også selvom han havde forudset følgens indtræden som sikker (nødvendig).

I dansk ret er denne lære ikke af større praktisk betydning. Den angår som nævnt kun de tilfælde i hvilken følgen er forudset som en fjernere, mindre sandsynlig mulighed. Og det er klart at jo mindre sandsynlig følgen er anset som, des vanskeligere bliver det at hævde, at farens ringhed ikke har spillet nogen rolle for gerningsmanden, og at han ville have handlet på samme måde også selvom han havde vurderet skaden som sikkert indtrædende. Alligevel kan det nok undre, at der kun kan påvises en eneste dansk dom der klart bygger på *dolus eventualis*. Og man kan være tilbøjelig til at give Waaben ret når han skriver: »Det er en ejendommelig tilstand at *dolus eventualis* gennem ca. 50 år kan optræde som en fast bestanddel af teoriens forsætsbegreb, medens der så at sige aldrig forekommer en dom som kan vise, at der også er tale om en retsregel.«<sup>3)</sup> Som jeg senere skal kom-

<sup>2)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig del*, 4. reviderede udgave ved Knud Waaben (1969), 226 (i det følgende citeret som *Hurwitz-Waabens*); Knud Waaben, *Det kriminelle Forsæt* (1957), 112 f. (i det følgende citeret som *Waaben*).

<sup>3)</sup> *A. st.*, 353.

me ind på har denne reservation fra domstolenes side måske alligevel sine gode grunde.

Langt større relevans har læren derimod i lande som Sverige og Tyskland, hvor man traditionelt ikke anerkender den tredje forsætsform, sandsynlighedsforsættet. Dens funktion bliver da at begrunde forsætlig tilregnelser i alle tilfælde hvor følgen hverken er tilstræbt eller forudset som nødvendig. Hermed stemmer det at der i begge de nævnte lande foreligger en righoldig domspraksis om denne dolusform.<sup>4)</sup>

Hvad der her er sagt om forårsagelsesdelikter kan, *mutatis mutandis*, bringes til anvendelse også på korrelatdelikter. Hensigtsforsæt falder væk, og de forskellige grader af den sandsynlighed, hvormed en følge er forudset, erstattes med tilsvarende forskellighed i graden af den sikkerhed hvormed gerningsmanden har antaget at visse gerningsmomenter forelå, fx om han bestemt vidste, regnede med det som sandsynligt, eller blot som muligt, at en ting var stjålet, eller en pige var under 15 år.

Læren om dolus eventualis er, såvidt jeg uden dyberegående dogmehistoriske undersøgelser kan skønne, en tysk opfindelse. Den findes ganske vist i grundtræk allerede hos Bornemann<sup>5)</sup> (ca. 1860); men denne henviser til tyskeren Berner's *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, der udkom Berlin 1843. Man plejer at nævne Reinhard Frank og Robert von Hippel som de to forfattere der har udformet teorien mest prægnant, den første (1890) på grundlag af den såkaldte forestillingsteori,<sup>6)</sup> den anden ud fra viljesteorien (1908).<sup>7)</sup> Siden hen har dolus eventualis som den tredje forsætsform i forskellige varianter været fast inventar i lærebøgerne; og variationerne i udformningen har mere drejet sig om subtile distinktioner i begrundelsen end om dens praktiske indhold. Begge de foreliggende

<sup>4)</sup> For Sveriges vedkommende se fx Nils Jareborg, *Handling och uppsåt* (1969), 45-46; for Tysklands vedkommende fx Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (15. Aufl. 1970), § 59, Anm. 61-62.

<sup>5)</sup> Frederik Christian Bornemann, *Samlede Skrifter* Bd. III (1866), 316 f. Bogen er udgivet efter hans død og baseret på forelæsninger holdt sidst i 50'erne.

<sup>6)</sup> Reinhard Frank, »Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre«, *ZfS* 1890, 169-228.

<sup>7)</sup> Robert von Hippel, »Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum«, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* Bd. III (1908), 372 ff.

udkast til ny tysk straffelov har lovfæstet begrebet.<sup>8)</sup> Der kan også påvises en lang række retsafgørelser der har accepteret kriteriet. Det bør dog noteres, hvad jeg senere skal vende tilbage til, at der findes moderne forfattere der nok har bevaret fagtermen *dolus eventualis*, men har givet udtrykket en sådan mening at det ikke synes muligt at sondre denne forsætsform fra hensynsløshed (bevidst uagtsomhed). Også disse forfattere kan henvise til afgørelser i Bundesgerichtshof i overensstemmelse hermed.

Her i landet har, som sagt, Bornemann accepteret *dolus eventualis*, omend i ret kortfattede vendinger. Derimod tog såvel Goos<sup>9)</sup> som Torp afgjort afstand fra læren, Torp i en dybtgående kritisk afhandling i Tidsskrift for Retsvidenskab 1911.<sup>10)</sup> Han endte dog med at anerkende, at læren er en praktisk acceptabel nødhjælp sålænge det af lovtekniske grunde er nødvendigt at operere med en sontring mellem to tilregnelserformer (forsæt og uagtsomhed) der gøres til genstand for væsentlig forskellig behandling. Senere dansk teori – Krabbe,<sup>11)</sup> Hurwitz,<sup>12)</sup> Waaben<sup>13)</sup> – har derimod accepteret læren i en bestemt variant (den såkaldte »positive indvilligelsesteori«), men, som nævnt, uden at tillægge den større betydning. Deres anerkendelse af sandsynlighedsforsættet begrænser dens betydning til de sjældne grænsetilfælde, i hvilke man tør antage at lærens betingelser er opfyldt, uanset at det drejer sig om en fjernere, mindre sandsynlig følge af gerningen (en ringe grad af mistanke om, at et relevant gerningsmoment forelå). Waaben har (1957) kun kunnet finde en enkelt dansk dom der klart bygger på hypotetisk forsæt, nemlig Østre Landsrets dom omtalt i en note U. 1947. 705, men føjer dog til, at det ikke er utænkeligt at *dolus eventualis*-synspunkter kan have gjort sig gældende i en række andre afgørelser. Forholdet ses ikke at have ændret sig siden Waaben skrev.

I Norge synes retsstillingen at være som i Danmark.<sup>14)</sup>

<sup>8)</sup> E 1962 § 16 og AE § 17, se fx Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil (2. Aufl. 1972), § 29. III. 3 b.

<sup>9)</sup> C. Goos, *Den danske Strafferets almindelige Del*. II (1878), 383 f.

<sup>10)</sup> »Forsæt – uagtsomhed – *dolus eventualis*«, *a. st.*, 85–111. Se også Carl Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905), 378 f., 421 f.

<sup>11)</sup> Oluf H. Krabbe, *Borgerlig Straffelov* (4. udg. 1947), 134.

<sup>12)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret, Almindelig Del* (1952), 323 f.; »Til skyldbegrebet«, *Festskrift til Henry Ussing* (1951), 207 f.

<sup>13)</sup> Waaben, 114 f., 155 f., 172 f., 189 f., 352 f.

<sup>14)</sup> Johs. Andenæs, *Almindelig strafferett* (1956), § 23, IV.

I Sverige nyder læren derimod ubetinget tilslutning fra alle sider. Den er uanfægtet herskende lære i teorien og anerkendt i fast domspraksis. Højesteretsdommen N.J.A. 1959. 63 har definitivt fastslået dette.<sup>15)</sup>

De nordiske landes afvigende holdning til det hypotetiske forsæt kom tydeligt til udtryk under forhandlingerne på det 22. nordiske juristmøde i Reykjavik i 1960 (emnet »forsæt og retsvildfarelse i strafferetten«). Referenten, Johs. Andenæs, forsvarede sandsynlighedsforsæt og fremhævede betænkeligheder ved det hypotetiske forsæt (det er den variant af læren der er godkendt i Sverige), men kunne bedre acceptere den positive indvilligelsesteori. Ingen dansk taler optrådte, men referentens udtalelser dækkede faktisk også danske synspunkter, der er kommet til udtryk hos Waaben. De fleste svenske indlæg (Thornstedt, Agge, Strahl) gav udtryk for, at sandsynlighedsforsæt er uforeneligt med traditionel svensk opfattelse af, hvad der kræves for at dømme en mand for »uppsåt«; og selv om de nok kunne forstå betænkelighederne ved læren om hypotetisk forsæt, måtte de alligevel mene at den kunne accepteres i praksis. Lågbyråchefen Sten Rudholm gav udtryk for sympati med det dansk-norske standpunkt. Men alene Ragnar Bergendal tog utvetydigt afstand fra herskende svensk teori. Han sagde, at den hypotetiske formel for almindelig sund fornuft ikke er udtryk for »rim och reson«. »Att det skulle vara tänkbart att döma folk till långa eller eljest stränga straff på grund av vad man tror att de skulle ha gjort eller vad de skulle ha tänkt i en situation som icke förelegat och som de kanske icke tänkt på, det är för vanliga människor något orimligt. Ingen skulle helt enkelt tro att det är så enligt vår rätt.«<sup>16)</sup>

Og det var efter min mening præcis hvad der skulle siges. Hensigten med denne afhandling er at uddybe og begrunde denne opfattelse.

## 2. Frank og von Hippel har udformet henholdsvis den hypotetiske og den positive indvilligelsesteori.

I dette øjemed er det først og fremmest nødvendigt at klargøre, hvad læren mere præcist går ud på. Det er almindeligt at sondre

<sup>15)</sup> Se Jareborg, *a. st.*, 15 f. (om dolusbegrebet i svensk doktrin) og 45 f. (om dolusbegrebet i svensk retspraksis).

<sup>16)</sup> *Det 22. nordiska Juristmötet* (1963), 138.

mellem to varianter kaldt henholdsvis den hypotetiske og den positive indvilligelsesteori. Men det er ingenlunde klart, hvorledes denne sondring skal forstås. For at vinde bedre forståelse heraf vil det lønne sig at gå tilbage til Franks oprindelige udformning af læren og til den forandring den senere er undergået.

Franks afhandling »Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre«<sup>1)</sup> beskæftigede sig med den mærkelige, men typisk tyske, dogmatiske skolestrid om spørgsmålet, hvorvidt forsæt til sit væsen er enten forestilling eller vilje. Frank forsvarede forestillingsteorien. Støttet til psykologen Oswald Külpe og andre hævdede han, at det er udelukket at man kan *ville* konsekvenserne af en handling. Viljen retter sig altid direkte mod den egne krops bevægelser. Følgerne af kropsakten kan forudses, men ikke villes. Forsæt er derfor »Voraussicht des Erfolges meiner Handlung«. Følgen kan forudses på forskellig måde: som sikker, nødvendig eller mulig. I sidste tilfælde foreligger dolus eventualis, dog kun under en betingelse, nemlig »wenn ihn [den Handelnden] die Voraussicht des Erfolgs als eines gewissen oder notwendigen vom Handeln nicht abgehalten haben würde« (senere kaldt *Franks formel I*).<sup>2)</sup>

Tanken er, at når denne hypotese kan anses for opfyldt, er gerningsmanden efter sin mentale indstilling ganske at sidestille med den, der vidste, at følgen ville indtræde. Frank illustrerer sin tese ved en sammenligning mellem to situationer. I den ene vil en bandit prøve sit geværs skudvidde. Han sigter derfor på et menneske, der befinder sig så langt væk, at det er højst tvivlsomt, om han kan ramme. Han har intet ønske om at dræbe manden (i så fald ville der foreligge direkte forsæt), men han løber bevidst en risiko for at gøre det. Han er ligeglad med udfaldet. Han ville have skudt, også selv om han forudså den dødelige udgang som sikker. Denne mand bør straffes som morder. I modsætning hertil anføres den der med bevidsthed om farerisikoen, men uden at tage hensyn hertil, ryger i sengen, men ikke ville have gjort det, hvis han havde vidst, at han derved ville forårsage ildebrand med andre menneskers død til følge. I denne situation mangler dolus. Manden kan højst straffes for bevidst uagtsom (hensynsløs) farefremkaldelse.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> ZfS 1890, 169–228.

<sup>2)</sup> A. st., 217.

<sup>3)</sup> A. St., 210–11.

Det hypotetiske forsæt hos banditten, siger Frank, betegnes ofte som (hypotetisk) *indvilligelse* i følgen. Men selv afviser han denne terminologi fordi den hviler på den forudsætning, at det afgørende i forsættet er en vilje.<sup>4)</sup> Alligevel er dette udtryk blevet den gængse betegnelse for læren, og vi kan derfor benytte udtrykket *hypotetisk indvilligelsesteori* som betegnelse for den lære om *dolus eventualis*, der baserer sig på et hypotetisk kriterium som udtrykt i Franks formel I.

Denne lære fandt tilslutning fra mange sider og også anvendelse i domspraksis. Men der fremkom også kritik mod at bygge tilregnelsen på en hypotetisk dom, således især fra Thyrén, von Bar og Torp.<sup>5)</sup> Dette foranledigede Frank til at indrømme, at hans formel (I) ikke direkte udtrykker den sjælelige tilstand, der karakteriserer *dolus eventualis*, men er af værdi som middel til at erkende denne tilstand. Han opgav ikke formel I men opstillede samtidig en anden, der mere direkte tog sigte på gerningsmandens aktuelle sindstilstand: »Sagt sich der Täter: *mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches*« (Franks formel II).<sup>6)</sup>

Hermed havde Frank i nogen grad nærmet sig den viljesteoretiske skole, der havde en fremstående repræsentant i von Hippel. Uden at ville afvise Franks formel I som erkendelsesmiddel, hævdede han, at den egentlige begrundelse for tilregnelsen som forsætlig måtte søges i gerningsmandens aktuelle sindelag. Han dømmes som forsætlig, fordi han har *villet* følgen derved, at han har indvilliget i den, godkendt den, givet den sin *tilslutning* eller *billigelse*, været *indforstået* med den. I modsætning hertil står den der blot handler bevidst uagtsomt (hensynsløst): i dette tilfælde afviser gerningsmanden følgen, han handler i håbet om, at den ikke vil indtræde. Afgørende er en forskel i hvad gerningsmanden ønsker, hvorledes han vurderer sine egne interesser overfor hensynet til respekt for andres retsgoder. »*Dolus eventualis ist gegeben, wenn dem Täter der Eintritt des erstrebten Erfolges und des rechtswidrigen zusammen lieber war als der Verzicht auf seine Interessen. Umgekehrt liegt Fahrlässigkeit vor,*

<sup>4)</sup> A. st., 211.

<sup>5)</sup> J. C. W. Thyrén, *Abhandlungen aus dem Strafrecht* II (1896), 145 ff.; v. Bar, *ZfS* Bd. 18, 534 ff.; Torp i *TfR* 1911, 169 f.

<sup>6)</sup> R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (11–14. Aufl. 1919), § 59. V.

*wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben des rechtswidrigen Erfolges entscheidend für die Vornahme der Handlung war» (von Hippels formel).<sup>7)</sup>*

Dette er hvad der senere er blevet kaldt den *positive indvilligelsesteori*. Udtrykket er kejtet. Adjektivet »positiv« skal i denne forbindelse angive en modsætning til »hypotetisk«: Efter denne teori er det afgørende ikke noget hypotetisk, hvad gerningsmanden under visse omstændigheder ville have gjort, men noget håndgribeligt og virkeligt indeholdt i beskrivelsen af hans aktuelle sindstilstand i gerningsøjeblikket.

Jeg mener hermed at have klargjort, hvorledes sondringen mellem hypotetisk og positiv indvilligelsesteori må forstås i overensstemmelse med lærens historiske udvikling. Den sondring, som Nils Jareborg, i den nyeste monografi om forsætsbegrebet, gør mellem, hvad han kalder for, henholdsvis hypotetisk (eller fingeret) »dolus eventualis H«, og virkelig, positiv eller faktisk »dolus eventualis F«, er ikke identisk hermed, men angiver to varianter af den hypotetiske formulering. Forsættet er nemlig i begge tilfælde bygget på en hypotetisk dom om hvorledes manden ville have handlet, om han havde anset følgen for vis. Forskellen beror, ifølge Jareborg, på det materiale, hvorpå dommeren kan basere denne hypotese. I tilfælde af »dolus eventualis H« kan han støtte sig til alt, hvad der foreligger oplyst om gerningsmandens karakter, adfærd ved andre lejligheder, hans egne udsagn, o.s.v. I tilfælde af »dolus eventualis F« kommer derimod alene i betragtning, at det kan godtgøres, at gerningsmanden i gerningsøjeblikket har gjort op med sig selv og taget det standpunkt, at han var villig til at handle også selvom han med sikkerhed vidste, at følgen ville indtræde, eller at det relevante gerningsmoment forelå.<sup>8)</sup>

### *3. Den såkaldte »positive indvilligelsesteori« er i virkeligheden identisk med den hypotetiske formulering.*

Efter at have redegjort for forskellen mellem hypotetisk og »positiv« indvilligelsesteori skal jeg nu søge at godtgøre, at den »positive« teori i virkeligheden også baserer sig på et hypotetisk kriterium og derfor ikke er spor bedre faren end den, der åbenlyst accepterer det

<sup>7)</sup> Punkt 1, Note 7, *a. st.*, 506.

<sup>8)</sup> Punkt 1, note 4 *a. st.*, 2–3.

hypotetiske ræsonnement. Der foreligger en (ubevidst) kamouflering under dække af mangelfuld analyse af de udtryk, man benytter sig af.

Vi behøver ikke at opholde os ved Franks formel II (»Sagt sich der Täter . . .«) eller Jareborgs »dolus eventualis F«. De er begge klart hypotetiske og udmærker sig blot ved kravet om, at gerningsmanden selv skal have gjort sig sin stilling klar og fældet den hypotetiske dom.

Problemet er hvorledes det forholder sig med von Hippels formel og andre lignende formuleringer, der mener i ikke-hypotetiske vendinger at kunne beskrive en strafferetlig relevant forskel i gerningsmandens sindstilstand i gerningsøjeblikket til begrundelse af sondringen mellem dolus eventualis og bevidst uagtsomhed (hensynsløshed).

Efter von Hippel foreligger uagtsomhed (hensynsløshed) dersom manden (1) har håbet, at den som mulig forudsete kriminaliserede følge ikke vil indtræde, og (2) dette håb har været afgørende for, at han foretog den farlige handling. At også betingelse (2) må stilles er forståeligt nok. Hvis håbet er et helt fromt ønske uden nogen funktion i hans beslutningsproces, savnes enhver grund til at tillægge dets forekomst nogen betydning for handlingens kriminalistiske eller moralske vurdering. Men hvad vil det sige, at håbet var afgørende for handlingens foretagelse? Vel ikke andet end, at dersom han ikke havde næret dette håb, ville han ikke have foretaget den farlige handling. Det var håbet, der gjorde, at han turde løbe risikoen. Nu er det klart, at hvis han havde anset følgen indtræden for vis, havde han ikke kunnet nære noget håb om, at den ikke ville indtræde. Under den nævnte forudsætning ville han altså ikke have foretaget handlingen. Heraf følger: At sige at uagtsomhed foreligger, når håbet om følgen udeblivelse har været afgørende for handlingens foretagelse, implicerer logisk, at uagtsomhed foreligger, dersom handlingen ikke ville være blevet foretaget, såfremt gerningsmanden havde indset følgen som vis. Det vil sige, at von Hippels formel meningsmæssigt i virkeligheden implicerer den åbenbart hypotetiske, Franks formel I.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> At håbet har været afgørende betyder også, at uagtsomhed er udelukket hvor grunden til at gerningsmanden ikke nærede noget håb om følgen udeblivelse ikke er, at han anser den for vis, men at han indstillingsmæssigt er ligeglad med hensyn til følgen. I så fald foreligger altså dolus eventualis. At også denne analyse fører tilbage til den hypotetiske dom påvises i det umiddelbart følgende.

Det samme gælder den vending Hurwitz-Waaben anvender: at den uagtsomme handler »i tillid til, at risikoen ikke realiseres.«<sup>2</sup> Det er nemlig klart, at udtrykket »tillid« i denne forbindelse ikke kan være anvendt i dets normale betydning, som det at have en bestemt forvisning om nogets rigtighed eller pålidelighed. For forudsætningen er jo, at den handlende handler med bevidsthed om den farerisiko hans handling skaber. Han kan da ikke samtidig være forvisset om, at risikoen ikke vil realiseres. Der kan efter sagens natur kun være tale om et håb, en optimistisk forventning om, at det nok skal gå. Samtidig ligger der i tillids-formuleringen en forudsætning om, at havde han ikke næret dette håb, ville han ikke havde handlet. Denne version af teorien er altså identisk med von Hippels og lige så hypotetisk som denne.

Sagen stiller sig ikke anderledes, hvis vi ser på den måde, hvorpå modstykket, den sindstilstand der betinger dolus eventualis, beskrives. Efter von Hippel er det afgørende, at gerningsmanden i den forstand har indvilliget i følgen, at han *foretrækker handlingen + følgen fremfor at give afkald på sin interesse i at handle*. Det samme udtrykkes ofte også ved at sige, at han er *ligeglad* med hensyn til, hvad der måtte ske; eller at han *tager følgen med i købet* eller *af-finder sig med den*.<sup>3</sup>)

Disse formler er imidlertid tvetydige, fordi den »følge«, der tales om, kan betyde enten den erkendte risiko for følgens indtræden, eller følgen som sikkert forudset kendsgerning. Det første kan imidlertid ikke være tilfældet, for i så fald ville dolus-situationen ikke adskille sig fra uagtsomhedens (hensynsløshedens). Det givne er det samme i begge tilfælde. Såvel den der kører vildt og erklærer at være ligeglad med hvad der måtte ske af ulykker; som den der gør præcis det samme men gør det i håbet om, at det nok skal gå, accepterer skaderisikoen, idet de foretrækker at handle selv under denne risiko fremfor at give afkald på fornøjelsen ved at køre vildt. Skal der være nogen forskel på de to situationer, må den følge, der accepteres

<sup>2</sup>) Hurwitz-Waaben, 232.

<sup>3</sup>) Efter tysk Entwurf 1962 handler den forsætligt som »die Verwirklichung [des gesetzlichen Tatbestandes] für möglich hält und sich mit ihr abfindet«. Og efter AE § 17 II foreligger forsæt, når gerningsmanden »die Verwirklichung der Tatumstände ernstlich für möglich hält und in Kauf nimmt«. Disse og lignende udtryk har også fundet anvendelse i tysk retspraksis, se Schönke-Schröder (punkt 1, note 4, a. st.), § 59 Anm. 61 og 62.

i dolus-tilfældet, betyde den *sikre*, ikke blot den mulige følge. Dolus eventualis foreligger altså under forudsætning af, at gerningsmanden ville have hævdet sin interesse i at handle, selv om han med sikkerhed havde indset, at skaden ville indtræde. Vi er påny havnet i det hypotetiske kriterium.

Måske vil der hos læseren, trods den foregående analyses tilsyneladende overbevisende karakter, dog blive en tvivl tilbage i sindet. Der må dog, vil han måske sige, være en vis psykologisk forskel mellem den, der handler *letsindigt*, d.v.s. bevidst farligt, men dog samtidig med ønske eller håb om, at skade ikke skal ske; og så den, der med fuldstændig ligegyldighed overfor andres goder braser frem i *ubegrænset hensynsløshed*. Og denne forskel, fortsætter han, må dog vel kunne beskrives i kategoriske, altså ikke hypotetiske vendinger.

Jeg forstår ræsonnementet, men mener alligevel, at det ikke er rigtigt. Grunden hertil er at psykologiske begreber som »ønske« eller »håb« er udtryk for en vis handlingsdisposition eller -beredskab, der giver sig udslag i det hypotetiske forhold, at personen under visse betingelser faktisk vil handle på en bestemt måde.<sup>4)</sup> Naturligvis kan modstående interesser bevirke, at ønskedispositionen ikke får udløsning i handling. Ønskets *styrke* er udtryk for, hvor meget individet er villigt til at betale, tage med i købet, for at få sit ønske opfyldt.

Anvendt på det foreliggende emne vil det sige, at ønsket om at undgå skadetilføjelser betyder en disposition til at undgå en handle-måde, der vil bevirke sådan skade. Dette ønske kan være af forskellig styrke. Hos den retsindige, lovlydige borger er det så stærkt, at han afstår fra at foretage den farlige handling (medmindre den legitimeres gennem sin nytte og nødvendighed). Hos den, der handler trods bevidsthed om faren, har ønsket altså ikke haft denne styrke. Det vil sige, at bevidstheden om risikoen og ønsket om at undgå at den virkeliggøres ikke er en modkraft stærk nok til at bevæge ham til at opgive sit farlige forehavende. Men det er muligt, at ønsket dog er *så* stærkt, at han ville have opgivet, dersom han havde vidst, at skaden med sikkerhed ville indtræde. Det er det, der karakteriserer den optimistisk-letsindiges åndelige habitus. Havde ønsket ikke engang denne styrke, eller fandtes der overhovedet ikke noget ønske, vil det sige, at han ville have handlet, også selvom han med

---

<sup>4)</sup> Om indstillinger som handlingsdispositioner, se fx Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), 389 f. og P. H. Nowell-Smith, *Ethics* (1954), 111 f.

sikkerhed havde vidst, at skaden ville følge. Det er det, der karakteriserer den ubetinget hensynsløses mentalitet. Og hermed er det igen påvist, at vi ikke kan beskrive den mentalitetsforskel, vi har for øje, uden at rekurrere til hypotetiske antagelser om, hvorledes vedkommende ville have handlet, dersom han havde anset den kriminaliserede følge som sikker (det kriminaliserede gerningsmoment som sikkert foreliggende).

Jeg vil herefter fastslå, at den »positive indvilligelsesteori« er et illusorisk forsøg på at slippe uden om det hypotetiske moment, som man fornemmer er principielt betænkeligt. Dolus eventualis doktrinen er uhjælpeligt knyttet til Franks formel I, den åbenbart hypotetiske formulering – således som den da også accepteres i Sverige.

*4. I ly af de anvendte udtryks tvetydighed er dolus eventualis i nyere tysk teori og praksis ved at blive blot et andet ord for bevidst uagtsomhed.*

Når man hidtil har arbejdet med en fiktiv forskel mellem »positiv« og hypotetisk indvilligelsesteori beror dette, som påvist, på en tvetydighed i de anvendte udtryk – »at tage følgen med i købet«, »at affinde sig med den« og lign. Men netop denne tvetydighed og tankens deraf følgende uklarhed giver på ejendommelig måde disse formler en vis praktisk anvendelighed. Når betydningen – sikkert ubevidst – holdes svævende kan dolus eventualis formlen anvendes til at imødekomme et behov for at straffe i tilfælde af, at følgen er forudset som blot sandsynlig – uden at man derfor nødes til principielt at anerkende et sandsynlighedsforsæt.

I Danmark og Norge, hvor sandsynlighedsforsæt som bekendt er officielt anerkendt, er der ingen brug for denne teknik. Det kan derfor kun skyldes almindelig tankeklarhed, når glidningen i betydningen kan påvises allerede hos Andenæs. Han anfører følgende eksempel til illustration af dolus eventualis-lærens anvendelse.

»En skraphandler får tilbud om billig kjøp av en del gammelt sølvtøy. Han tenker seg muligheten av at det er tyvegods, men tenker samtidig at det skal ikke hindre ham fra å gjøre en god forretning. En uttrykker det gjerne slik at gjerningsmanden har tatt følgen med på kjøbet, et uttrykk som forresten er litt farlig fordi det blir brukt også i andre betydninger. Her er de fleste enige om at en må konstatere forsett«.1)

1) *Almindelig strafferet*, 209.

Det som marskandiseren her »tager med i købet« er øjensynlig *risikoen* for at godset er stjålet. Stillet overfor denne risiko vil han ikke gå glip af en god forretning. Men heraf følger naturligvis ikke, at han heller ikke ville have givet afkald på forretningen, dersom sælgeren åbent havde fortalt, at disse gode ting havde han bjærget ved et bræk. Bortset fra mere hæderlige motiver ville ihvertfald hans forringede chancer for at plædere god tro tale imod at inklade sig på handelen.

Derimod er det nok ikke uden dybere mening, når *dolus eventualis*-begrebet hos nogle moderne tyske teoretikere synes at være gledet helt i et med bevidst uagtsomhed (hensynsløshed). Schönke-Schröder's kommentar (1970) forkaster indvilligelsesteorien og lærer at *dolus eventualis* foreligger, såsnart »der Täter [sich] einen schädigenden Erfolg als möglich vorgestellt, ohne Rücksicht auf solche Warnung zur Tat schreitet und damit zeigt, dass er innerlich mit der schädigenden Folge einverstanden ist«. Herefter kræves altså intet andet end, at der handles med bevidsthed om farerisikoen. Som ordet »damit« viser, har »indforståelse« mistet al selvstændig betydning og er smeltet ind til noget, der simpelthen ligger deri, at der handles med bevidsthed om risikoen. For at der ikke skal være nogen tvivl herom, betones dette udtrykkeligt i det følgende, og stykket slutter med at fastslå, »dass ein Täter, der sich eine reale Möglichkeit der Rechtsverletzung vor Augen hält und dennoch auf diese Gefahr hin handelt, den evtl. ungünstigen Ausgang damit in Kauf nimmt . . .« – og altså falder under *dolus eventualis*.<sup>2)</sup> Tydeligere synes det ikke at kunne siges, at dette begreb helt har tabt sin oprindelige betydning og funktion (at udskille *visse* tilfælde af bevidst uagtsomhed) og simpelthen er blevet identisk med bevidst uagtsomhed – antagelig under forudsætning af, at skaderisikoen er af betydelig størrelse.

Hermed stemmer også et eksempel der anføres: »Eventualvorsatz« til legemsbeskadigelse eller drab foreligger i tilfælde af, at en bilist flygter efter at have påkørt en person og derved er klar over, at de nævnte følger kan indtræde. Det siges også, at retspraksis i vidt omfang har fulgt denne linie. Eventualforsæt er således antaget, når gerningsmanden har forestillet sig den mulighed, at pigen ikke var fyldt

<sup>2)</sup> *A. st.*, § 59 Anm. 55 ff., specielt Anm. 59.

14 år, »und sich dennoch zur Tat entschlossen [habe].« Der påberåbes flere andre domme i samme ånd.<sup>3)</sup>

Kontraprøven på denne tolknings rigtighed er spørgsmålet, hvad der herefter bliver af bevidst uagtsomhed, når *dolus eventualis* på denne måde synes at blive identisk med dette begreb. Her er svaret:

»Bewusste Fahrlässigkeit soll gegeben sein, wenn der Täter pflichtwidrig den Tatbestand erfüllt, dies auch als möglich erkennt, aber pflichtwidrig darauf vertraut, sein Handeln werde keinen widerrechtlichen Erfolg herbeiführen (z. B. RGSt. 56 349, 58 134, 67 18, Jescheck AT S 378, Mezger LK Anm. 22). Eine solche bewusste Fahrlässigkeit kann jedoch nicht anerkannt werden. Denn entweder kommt der Täter, der die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, zum Ergebnis, durch Vorsicht den Erfolg vermeiden zu können. Dann fehlt ihm im Endstadium seiner Überlegungen das Bewusstsein der aktuellen Möglichkeit, den Tatbestand zu verwirklichen; es liegt dann also unbewusste Fahrlässigkeit vor. Oder aber er entschliesst sich zur Tat, obwohl das Bewusstsein bei ihm bestehen bleibt sein Handeln könne ebenso einen günstigen wie ungünstigen Erfolg haben; dann liegt in Wahrheit keine Fahrlässigkeit, sondern *dolus eventualis* vor.«<sup>4)</sup>

*Dolus eventualis* er altså simpelthen blevet et andet navn for det, der ellers kaldes bevidst uagtsomhed, hensynsløshed, recklessness.

*Schönke-Schröder* står ikke alene med denne opfattelse. Han henviser til en række forfattere, der er enige med ham. Jeg finder særlig grund til at nævne Jescheck, fordi han fremhæver et moment, der savnes i Schönke-Schröder. »Bedingter Vorsatz« foreligger efter ham, når »der Täter die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet«. Og det tilføjes, at »ernst nehmen der Gefahr bedeutet, dass der Täter das Risiko der Verwirklichung des Tatbestandes als relativ hoch veranschlagt.«<sup>5)</sup> Herved afgrænses *dolus eventualis* på lignende måde som sandsynlighedsforsættet efter dansk-norsk ret.<sup>6)</sup>

<sup>3)</sup> *A. st.*, Anm. 59 a, 61 og 62.

<sup>4)</sup> *A. st.*, Anm. 152.

<sup>5)</sup> *Lerhbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (2. Aufl. 1972), § 29. III. 3 a. De eksempler der her anføres på *dolus eventualis* er klare tilfælde af bevidst uagtsomhed. Alligevel forsøger forf. på den følgende side en afgrænsning af de to begreber.

<sup>6)</sup> Det samme er tilfældet i Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. udg. 1969. Medens denne forfatter i 5. udg. af samme værk (1956) forsvarede en indvilligelsesteori af traditionelt tilsnit og med anvendelse af Franks formel II, forkastes

Hvis det er rigtigt, at *dolus eventualis* på denne måde stilfærdigt er ved at fordampe ud af tysk ret, må det til gengæld erkendes, at læren fortsat trives i bedste velgående i Sverige med fuld tilslutning såvel i teori som i praksis. Det har Jareborg indgående påvist i sin store monografi om *Handling och uppsåt* (1969). Og det gælder vel at mærke læren i dens oprindelige og uforfalskede hypotetiske form i overensstemmelse med Franks formel I. Det påvises at de forskellige store lovforberedende undersøgelser, der i nyere tid er foregået i Sverige, alle har bygget på læren i denne form. Det gælder således såvel strafflagskommissionens forslag fra 1925 som straffrättskomiteens betænkning fra 1945. Også indenfor nyere doktrin er der almindelig tilslutning til doktrinen (Agge, Thornstedt, Strahl). Og endelig kan der henvises til en ret righoldig domspraksis fra 1950'erne kronet med højesteretsdommen *NJA* 1959. 63, der i utvetydige vendinger bragte det hypotetiske kriterium til anvendelse.<sup>7)</sup>

### 5. *Dolus eventualis* er groft i strid med strafferetlige principper og almindelig moralopfattelse.

Som tidligere nævnt har læren om det betingede forsæt været genstand for hård kritik i ældre dansk teori. Goos afviste ganske denne konstruktion.<sup>1)</sup> Men han skrev på et tidspunkt (1878), da emnet endnu ikke havde været genstand for mere indgående behandling i tysk teori, så hans behandling er ganske kortfattet, og han var af gode grunde afskåret fra at gå ind på den sindrige argumentation, der blev udviklet af Frank, von Hippel og andre. Torp gjorde derimod den tyske lære til genstand for en indgående og i mine øjne sønderlemmende kritik i en afhandling i *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1911 – selvom han dog endte med at indrømme, at sålænge man af lovtekniske grunde nødes til at opretholde en sondring mellem to

---

denne teori i 11. udg. *Dolus eventualis* siges nu at foreligge med hensyn til en vis ikke-tilsigtet følge, dersom gerningsmanden »mit ihrem Eintritt rechnet«, og uagtsomhed når han »umgekehrt auf ihr Ausbleiben vertraut«. Det forklares at de to begreber »Rechnen mit dem Eintritt« og »Vertrauen auf das Ausbleiben« er komplementære, således at »Rechnen mit« begynder »wenn der Täter dem Erfolgseintritt mehr als blosser Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit beimisst« (a. st., 68).

<sup>7)</sup> Jareborg, a. st. 3, jfr. 32, 38, 39 f., 45.

<sup>1)</sup> Se punkt 1, note 9.

tilregnelserformer og gøre disse til genstand for væsentlig forskellig behandling, så må det vistnok erkendes, at læren om dolus eventualis frembyder det relativt bedste grundlag for en sådan sondring.

Også Hurwitz og Waaben har, omend i mindre deciderede vendinger, påpeget såvel principielle betænkeligheder som praktiske vanskeligheder som læren medfører. Hurwitz mener dog, at den positive indvilligelsesteori peger på en psykologisk relevant forskel i motivationsprocessen, der vil kunne udnyttes af domstolene.<sup>2)</sup> Også Waaben mener, at dolus eventualis-teorierne bør komme i betragtning, hvor der er grundlag for at drage fordel af den vejledning, de kan give.<sup>3)</sup>

De indvendinger, der i denne (og anden) litteratur har været fremført mod doktrinen, kan sammenfattes under tre synspunkter: (1) principielle betænkeligheder ved at basere den strafferetlige skyldtilregnelser på et hypotetisk grundlag; (2) processuelle betænkeligheder som følge af bevisets vanskelighed; og (3) kriminalpolitiske betænkeligheder som følge af, at den psykologiske sondring læren fører til ofte ikke vil være strafferetligt relevant og derfor føre til urimelige resultater. I så henseende har Torp anført især to betragtninger: (a) Doktrinen fører til at tillægge den handlendes temperament en urimelig betydning ved at præmiere det sangvinske håb om, at alt nok skal gå godt; og (b) den betragtning, at selvom det må antages, at manden ville have handlet også uden håb om at følgen kunne undgås, behøver dette ikke at være udtryk for en større hensynsløshed overfor andres goder. Det der motiverer ham kan være en stærkere og i sig selv ganske legitim interesse i at foretage den farevoldende handling.<sup>4)</sup>

Uden at ville forklejne de andre synspunkters vægt vil jeg i det følgende holde mig udelukkende til det første af dem, altså det der vedrører de principielle betænkeligheder, fordi disse forekommer mig at være aldeles og ubetinget afgørende, og fordi de måske ikke hidtil har været fremført på en måde der lader dem komme til deres fulde ret.

---

<sup>2)</sup> *Den danske Kriminalret. Almindelig Del* (1952), 326.

<sup>3)</sup> *Waaben*, 354 f.

<sup>4)</sup> *TfR* 1911, 100 f., 109–10. Jfr. *Den danske Strafferets almindelige Del* (1918), 379–82.

Synspunktet er simpelthen dette: At straffe en mand, ikke for hvad han har gjort, men for hvad han formodes at ville have gjort i en anden situation, er så groft i strid med strafferetlige principper og almindelig moralopfattelse, at enhver tale herom på forhånd må afvises. En lære der bygger på dette grundlag er, som Bergendal har sagt, uden »rim och reson«. Domme afsagt med en begrundelse af denne art vil ikke kunne forstås og accepteres hverken af den dømte eller af almenheden. Og de skulle allermindst kunne fældes eller godtages af os jurister.

Det der er det uantagelige er ikke så meget at tiltalte, i de tilfælde der har foreligget, er blevet dømt for forsætlig forbrydelse. Det er muligt, at der i hvert tilfælde har været gode grunde til at gøre dette. Det uantagelige ligger i *begrundelsen*. Kan ingen bedre grund gives, må der frifindes. Er der bedre grunde, må de anføres.

Det der sker er jo nemlig, at man siger således til tiltalte: Ja, i det foreliggende tilfælde forudså du følgen blot som til en vis grad sandsynlig (eller: havde du kun en vis mistanke om, at et gerningsmoment forelå). Og det anser vi (her i Tyskland eller Sverige) ikke for at opfylde kravene til forsæt. Din handling er altså ikke strafbar (eller ihvertfald ikke efter reglerne om forsætlig forbrydelse). Men vi kender dig jo, vi kender din karakter og tilbøjeligheder, vi ved hvorledes du tidligere har reageret i lignende tilfælde. Vi er derfor overbevist om, at hvis situationen havde foreligget sådan, at du havde indset, at følgen nødvendigvis måtte indtræde (eller du havde vidst, at gerningsmomentet forelå), så havde du såmænd alligevel handlet som du gjorde. Og derfor straffer vi dig.

Hvis ikke man allerede er overbevist om denne tankegangs uhyrlighed, behøver man blot at gøre sig klart, hvilke videre konsekvenser den indebærer.

Lad os tage det typiske eksempel med seksuel omgang med et barn under 15 år. *Dolus eventualis* er her blevet anvendt i tilfælde, hvor gerningsmanden nok havde nogen mistanke om at partneren var under denne alder, idet man har sagt, at det må antages at han ikke havde holdt sig tilbage, selvom han havde vidst fuld besked herom. Men samme ræsonnement ville også kunne anlægges hvis vi tænker os, at gerningsmanden var i fuldgod og velbegrundet god tro i retning af at pigen var fyldt 15 år. Hvorfor ikke også i dette tilfælde sige: Meget vel, men vi kender dine pædofile tilbøjeligheder, vi kender din fortid med flere domme for sådanne forhold, og er derfor

overbevist om at du ville have grebet chancen, også selv om du havde vidst at hun faktisk kun var 14 år.

Den hypotetiske forudsætning der opereres med i dolus eventualislæren er, at gerningsmanden havde haft en anden opfattelse af skaderisikoen end den han faktisk havde. Men hvorfor blive stående ved denne mulighed? Hvis det ud fra en anden hypotese tør antages, at han med forsæt ville have begået en forbrydelse, må der efter ræsonnementets princip være lige så god grund til at straffe ham. Gangster *A* har svoret hævn og død over sin konkurrent *B*. Ved et tilfælde møder *A B* under forhold, hvor *A* har en oplagt chance for at gøre det af med *B*. Inden han når at få grebet til våben ankommer tilfældigvis en politipatrulje, der arresterer *B*. Hvorfor så ikke straffe *A* for forsætlig drab eller forsøg herpå, hvis vi ud fra kendskab til hans karakter og omstændighederne er overbevist om, at han ville have dræbt *B*, dersom han ikke var blevet forhindret heri?<sup>5)</sup>

Et særtilfælde der har tiltrukket sig opmærksomhed er den situation at *T*, der har en vis mistanke om at et kriminaliserende gerningsmoment foreligger – fx at en ting er stjålet eller en pige er under 15 år – bevidst undlader at skaffe sig tilgængelig besked herom. Waaben mener at det i en sådan situation er velbegrunderet at statuere forsæt (dolus eventualis),<sup>6)</sup> Hurwitz at man må slutte, at *T* i så fald *ikke* ville have handlet hvis han havde haft fuld vished om faktum – ihvertfald når grunden til at han ønskede at holde sig i uvidenhed var frygt for strafansvar eller ønsket om at berolige sin

<sup>5)</sup> Der kan naturligvis i begge de anførte tilfælde anføres grunde til ikke at straffe, for så vidt situationen bedømmes på det faktiske foreliggende grundlag. I første tilfælde kan anføres, at gerningsmanden ikke regnede med nogen mulighed for at det nødvendige gerningsmoment (at pigen var under 15 år) forelå; i det andet, at hans fortsæt ikke har givet sig udslag i nogen handling overhovedet. I overensstemmelse med almindelig anerkendt lære om henholdsvis tilregnelser og forsøg vil disse omstændigheder udelukke at forholdet kan straffes. Men denne betragtning modsiger ikke det, der i denne sammenhæng er pointen: dersom man anerkender det princip, at en handlings strafbarhed kan bedømmes, ikke på grundlag af det faktisk foreliggende, men på grundlag af en hypotese om, hvad han ville have gjort i en tænkt situation, måtte man acceptere at straffe i de to tilfælde. For i den hypotetiske situation ville de anførte indvendinger ikke gælde. Det hypotetiske ræsonnement betyder, at det, straffen rammer, ikke er mandens gerninger, men hans karakter. Det er klart at en sådan bedømmelsesmåde må føre til resultater i modstrid med fundamentale principper. Og det er netop hvad jeg har villet gøre gældende.

<sup>6)</sup> Waaben, 355, jfr. 173.

samvittighed.<sup>7)</sup> Det ses ikke om Hurwitz, således som Waaben og Huldén,<sup>8)</sup> derimod vil antage *dolus eventualis* som »positiv indvilligelse«.

Efter min opfattelse kan den omtalte situation efter omstændighederne tydes på forskellig måde. Hvis *T* undlader at søge oplysning om det relevante faktum fordi dette er ham ligegyldigt – se fx hagekorsdommen *NRt.* 1933.1132, omtalt ndf. pkt. 6 – kan forholdet med rette tages til indtægt for en *dolus eventualis*-betragtning – hvorved naturligvis ikke skal være sagt at denne afgiver nogen holdbar begrundelse for at straffe. Hvis derimod *T* ønsker at forblive i uvidenhed fordi han overfor sig selv og andre vil kunne hævde, at han ikke vidste noget, kan dette ønske om formel god samvittighed tages som tegn på, at han ikke ville have handlet, hvis der ikke var nogen mulighed for at hævde at være i god tro. Der foreligger altså ikke *dolus eventualis*, og dette gælder (og må nødvendigvis gælde) hvad enten man opererer med det hypotetiske kriterium eller med den såkaldte »positive indvilligelse«. For den der ønsker at bevare en slags god samvittighed, og ihvertfald at undgå strafansvar, handler utvivlsomt i *håbet* om, at det kriminaliserende moment ikke foreligger – fx at den pakke, han har påtaget sig at bringe i land for en anden, ikke indeholder smuglergods.

Det er sikkert rigtigt, at en person der har rimelig anledning til at befrygte, at han er ved at indlade sig på noget kriminelt, efter omstændighederne kan have pligt til at søge forholdet afklaret før han handler; og at tilsidesættelse af denne pligt kan begrunde, at han bør idømmes samme straf, som hvis han havde handlet forsætligt. Det er vel dette synspunkt svensk BrB 6:9 hviler på, når den bestemmer, at samme ansvar som hjemlet i kapitlet for sædelighedsforbrydelse begået mod nogen under vis alder skal finde anvendelse også på den som ikke indså, men havde »skälig anledning« til at antage, at den anden ikke havde opnået den pågældende alder. Dette er et velbegrundet kriminalretligt ræsonnement. Men dets begrundelse skal ikke søges i nogen *dolus eventualis*-betragtning.

Det er ovenfor nævnt, at Torp, trods sin sønderlemmende kritik af *dolus eventualis*, erkendte, at læren i praksis udgør det relativt

<sup>7)</sup> *Den danske Kriminalret, Almindelig Del* (1952), 325, jfr. *Festskrift til Henry Ussing* (1951), 213.

<sup>8)</sup> Tomas Huldén, *SvJT* 1960, 600.

bedste grundlag for en bestemmelse af forsættets grænse mod uagtsomhed. Jeg forstår ikke denne tankegang. Hvis man først har indset, at denne lære ikke afgiver nogen holdbar begrundelse for at straffe, kan jeg ikke forstå, hvorledes den skulle kunne være til nogen nytte i praksis. Den kan i det højeste være en konstruktion, der dækker over hensyn man ikke ønsker åbent at vedgå.

Det er ikke svært at få øje på hvilke disse hensyn er, og hvorfor man ikke har ønsket åbent at vedgå dem. Reale kriminalpolitiske behov gør det påkrævet i vist omfang at straffe efter reglerne om forsæt, også i tilfælde hvor den kriminaliserede følge var forudset som blot en mulighed af en vis sandsynlighedsgrad. Men at erkende dette støder an mod et teologisk dogme der var herskende i tysk filosofi og retsfilosofi i det 19. århundrede, dogmet om at al synd, al skyld, udspringer af den ulydige, den opsætsige, den lovstridige vilje.<sup>9)</sup> Dolus eventualis-læren, der påberåber sig gerningsmandens hypotetiske vilje til at sætte sig op mod retsordenen, er en konstruktion der skal gøre det muligt på én gang at opfylde de praktiske behov og at opretholde det nedarvede dogme.

### 6. Illustrationer fra retspraksis.

Det vil være af interesse at se på, hvilken rolle dolus eventualis har spillet i den foreliggende domspraksis.

I dansk domspraksis foreligger, som nævnt, kun en enkelt dom, der klart påberåber sig dolus eventualis til begrundelse af domfældelse. Det er Østre Landsrets dom omtalt i U. 1947.705.

*T* var medlem af den under tysk ledelse stående såkaldte »Peter-gruppe«, der i den sidste del af besættelsestiden i tysk interesse her i landet forøvede drab, sprængninger og anden terror. Han havde den 6. marts 1944 påvist *A* for nogle medlemmer af »Peter-gruppen« der sammen med *T* fulgte efter *A*. Et af de andre gruppemedlemmer kastede en håndgranat efter *A*,

<sup>9)</sup> Denne tanke, der har rødder langt tilbage i jødisk-kristen religion (se min bog *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 18), fandt styrkelse i Kants filosofi. Han indleder *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* med den berømte sætning: »Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch ausser derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als ein *guter Wille*« (Kants udh.). Den gode vilje er den der bestemmes udelukkende af agtelse for (lydighed mod) den sædelige lovs kategoriske imperativ. Modstykket hertil er at det onde er den onde vilje, altså den vilje der er ulydig, opsætsig overfor moralovens autoritet.

der blev alvorligt såret. (Forhold 27A). Det var oplyst, at *T* den 7. marts deltog i en mindre sprængning i Svendborg, og samme dag fik han og nogle andre af gruppen ordre til at skaffe sig adgang til Odense sygehus for at dræbe en person, der nogle dage før var indlagt efter at være blevet såret ved et af gruppen begået drabsforsøg. *T* og en anden stod vagt medens andre gruppemedlemmer forgæves søgte at skaffe sig adgang til sygehuset. (Forhold 26). I landsrettens dom hedder det: »Forsaavidt angaar Forhold 27A tiltræder Landsretten, at Tiltalte . . . har regnet med den Mulighed, at det drejede sig om Drab af . . . *A*, og at det – særligt henset til hans Forhold kort efter under Anklagepunkt 26 – maa antages, at han ikke ville have handlet anderledes, hvis han havde vidst Besked herom . . .« *T* blev for forhold 27A og 26 anset efter strfl. § 237, jfr. § 21, jfr. strfltil. § 8.

Her foreligger en klar hypotetisk dom om *T*'s forsæt efter mønstret i Franks formel I. Den støttes øjensynligt på det kendskab til *T*'s karakter og intentioner, der fremgår af hans medlemskab af terrorgruppen, specielt hans delagtighed i mordforsøget dagen efter. Men efter det oplyste må *dolus eventualis-ræsonnementet*, hvad man ellers vil mene om det, anses for overflødig for at begrunde domfældelse. Det er ikke oplyst på hvilken afstand håndgranaten blev kastet, men da den faktisk bevirkede at *A* blev alvorligt såret, kan afstanden ikke have ligget ud over effektivitetsgrænsen for et våben af denne art. *T* må have forudset dødelig udgang af attentatet som en nærliggende, overvejende sandsynlig mulighed, og når dette er tilfældet anses efter dansk ret forsæt at foreligge.

Torp anfører tillige dommen U. 1900. 526 H som et klart eksempel på, at forsæt er antaget under omstændigheder der er typiske for *dolus eventualis*,<sup>1)</sup> hvilket naturligvis ikke er det samme som at hævde, at dommen har baseret sin afgørelse herpå. Hurwitz mener ikke at dommens udtryk med sikkerhed kan tages til indtægt for *dolus eventualis*,<sup>2)</sup> og Waaben hævder, at den næppe har noget med denne doktrin at gøre.<sup>3)</sup>

Skibsfører *T* havde under udøvelse af ulovligt fiskeri på islandsk søterritorium foranstaltet at hans skibsmandskab foretog forskellige skridt for at hindre, at en robåd, hvori sysselmanen kom ud til skibet, kom i forbindelse med dette. Han blev dømt efter reglerne om anstiftelse til forbrydelse mod embedsmand i funktion. Det hedder i dommen, at det måtte antages at *T* »om det end ikke maatte have stillet sig for ham som givet,

<sup>1)</sup> *A. st.* (Almindelig Del), 424, noten.

<sup>2)</sup> *A. st.*, 327–28.

<sup>3)</sup> *Waaben*, 352 note 10.

der blev alvorligt såret. (Forhold 27A). Det var oplyst, at *T* den 7. marts deltog i en mindre sprængning i Svendborg, og samme dag fik han og nogle andre af gruppen ordre til at skaffe sig adgang til Odense sygehus for at dræbe en person, der nogle dage før var indlagt efter at være blevet såret ved et af gruppen begået drabsforsøg. *T* og en anden stod vagt medens andre gruppemedlemmer forgæves søgte at skaffe sig adgang til sygehuset. (Forhold 26). I landsrettens dom hedder det: »Forsaavidt angaar Forhold 27A tiltræder Landsretten, at Tiltalte . . . har regnet med den Mulighed, at det drejede sig om Drab af . . . *A*, og at det – særligt henset til hans Forhold kort efter under Anklagepunkt 26 – maa antages, at han ikke ville have handlet anderledes, hvis han havde vidst Besked herom . . .« *T* blev for forhold 27A og 26 anset efter strfl. § 237, jfr. § 21, jfr. strfltil. § 8.

Her foreligger en klar hypotetisk dom om *T*'s forsæt efter mønstret i Franks formel I. Den støttes øjensynligt på det kendskab til *T*'s karakter og intentioner, der fremgår af hans medlemskab af terrorgruppen, specielt hans delagtighed i mordforsøget dagen efter. Men efter det oplyste må *dolus eventualis-ræsonnementet*, hvad man ellers vil mene om det, anses for overflødig for at begrunde domfældelse. Det er ikke oplyst på hvilken afstand håndgranaten blev kastet, men da den faktisk bevirkede at *A* blev alvorligt såret, kan afstanden ikke have ligget ud over effektivitetsgrænsen for et våben af denne art. *T* må have forudset dødelig udgang af attentatet som en nærliggende, overvejende sandsynlig mulighed, og når dette er tilfældet anses efter dansk ret forsæt at foreligge.

Torp anfører tillige dommen U. 1900. 526 H som et klart eksempel på, at forsæt er antaget under omstændigheder der er typiske for *dolus eventualis*,<sup>1)</sup> hvilket naturligvis ikke er det samme som at hævde, at dommen har baseret sin afgørelse herpå. Hurwitz mener ikke at dommens udtryk med sikkerhed kan tages til indtægt for *dolus eventualis*,<sup>2)</sup> og Waaben hævder, at den næppe har noget med denne doktrin at gøre.<sup>3)</sup>

Skibsfører *T* havde under udøvelse af ulovligt fiskeri på islandsk søterritorium foranstaltet at hans skibsmandskab foretog forskellige skridt for at hindre, at en robåd, hvori sysselmanen kom ud til skibet, kom i forbindelse med dette. Han blev dømt efter reglerne om anstiftelse til forbrydelse mod embedsmand i funktion. Det hedder i dommen, at det måtte antages at *T* »om det end ikke maatte have stillet sig for ham som givet,

<sup>1)</sup> *A. st.* (Almindelig Del), 424, noten.

<sup>2)</sup> *A. st.*, 327–28.

<sup>3)</sup> *Waaben*, 352 note 10.

at Sysselmanen befandt sig i Baaden, i alt Fald er gaaet ud herfra som det Sandsynligste og *under alle Omstændigheder har været bestemt paa ved de ommeldte Forholdsregler at modvirke Baadens Forbindelse med Damperen, uden Hensyn til, om Sysselmanen . . . paa Embedsvegne var med i Baaden eller ikke . . .* (min. udh.).

Hvad enten de udhævede ord skal forstås som et dolus eventualis argument, eller blot som en understregning af, at *T*, uberørt af formodningen om at sysselmanen befandt sig i båden, var besluttet på at gennemføre sit forehavende, må de anses for overflødige, når *T* anså det som det *sandsynligste*, at sysselmanen var i båden.<sup>4)</sup>

Fra *norsk* retspraksis anføres følgende tilfælde:

*N.Rt.* 1933. 1132. *T* havde 1. maj 1933 forhånet det tyske hagekorsflag. Spørgsmål om *T* havde vidst, at hagekorsflaget var det tyske riges officielle flag. Højesteret udtalte, at det fornødne forsæt forelå idet *T* »enten har vidst at hagekorsflaget var det tyske rikes officielle flagg, eller at de ialfald har regnet med den mulighed at det kunde forholde sig således, og at de begått sin handling uten hensyn til denne mulighed – at de med andre ord vilde handlet som skjedd, selvom de hadde hatt sikkert kjennskap til forholdet – hvilket er tilstrekkelig til at anta at det foreligger forsett«.

Afgørelsen er tvivlsom. I en tilsvarende dansk sag blev det af udenrigsministeriet oplyst, at hagekorsflaget synes for første gang udtrykkeligt betegnet som et nationalt højhedstegn i en tysk forordning af 6. juli 1933. Dommen illustrerer dolus eventualis-ræsonnementets farlige konsekvenser. Samme ræsonnement om, hvad de ville have gjort, kan også føres for det – ikke usandsynlige – tilfælde, at *T* kunne dokumentere begrundet god tro om, at hagekorset ikke var noget officielt højhedstegn.

*N.Rt.* 1945. 109 (111). Spørgsmål om der forelå det til straf efter strfl. § 84 fornødne forsæt. Det hedder i højesterets dom (1. vot.): »Det bør også merkes at forsett i strafferettslig forstand hva angår dette å påføre Norge krig eller fientligheter, har vært til stede ikke bare hvis domfelte har vært forvissert om at så ville bli følgen av den aksjon han tilskyndet til, men også hvis han regnet med dette forløp som en mulighed og alligevel har villet aksjonen, uten hensyn til denne mulige følge. Jeg henviser til Rets-tidende 1933 s. 1132«.

Denne udtalelse illustrerer det tvetydige i frasen »at ville noget uden hensyn til den som mulig forudsete følge«. Som udtalelsen er formu-

<sup>4)</sup> I U 1973. 582 (V) blev dolus eventualis overhovedet ikke bragt på tale skønt situationen synes oplagt dertil.

leret her må den betyde, at forsæt foreligger når den handlende har regnet med følgen som en mulighed og altså har handlet med bevidsthed om *risikoen* for at følgen skal indtræde. Der foreligger simpelthen *mulighedsforsæt*. Men henvisningen til *Rt. 1933.1132* (omtalt ovenfor) viser, at meningen har været at udtrykke et *dolus eventualis-ræsonnement*: *T* ville have handlet, også selv om han havde regnet med følgen som sikker. *Dolus eventualis* er her, ligesom i nyere tysk teori og praksis, blevet identisk med bevidst uagtsomhed.

I *svensk* praksis er, som nævnt, *dolus eventualis* i klar hypotetisk formulering definitivt og utvetydigt accepteret af højesteret, samtidig med at denne domstol har afvist en kraftig opfordring fra riks-åklagerämbetet til at bygge afgørelsen på et sandsynlighedsforsæt. Det drejer sig om afgørelsen refereret i *NJA 1959.63*, udførligt omtalt i litteraturen.

*T1* og *T2* flygtede fra en opdragelsesanstalt i bil. På en smal skovvej blev der af en civilklædt betjent *A* givet tegn til at de skulle standse. Efter at have koblet ud og en del af farten var gået af vognen, koblede føreren *T1* i få meters afstand fra *A* ind, idet han samtidig gav gas og med såkaldt »rivstart« sendte vognen direkte frem mod *A*. Denne reddede sig ved at springe op på bilens forparti. Trods det at føreren øgede farten, lykkedes det efterhånden *A* at lempe sig af vognen og redde sig uskadt i et dige. *HD fandt at T1's »handlingssätt, då han på skogsvägen ökade bilens hastighet på kort avstånd framför [A], innebar synnerlig risk för att denne skulle bliva omkullstött och överkörd . . . att emellertid [T1 og T2's] uppgifter, att de räknat med att [A] skulle hoppa åt sidan, icke kunne lämnas utan avseende . . . Väl måste [T1 og T2] hava insett, at risk förelåg för att [A] skulle dödas eller tillskyndas svår kroppsskada, men på grund av det anförda och omständigheterna i övrigt kan det icke hållas för visst, att [T1 og T2] . . . skulle have handlat på sätt som skett jämväl för det fall att de föreställt sig att deras åtgöranden måste have [A's] död eller svår kroppsskada för honom til följd«.* *T1* og *T2*, der var anklagede for forsøg på drab og anstiftelse dertil, blev derfor kun anset for grov uagtsomhed i trafik.

En afgørelse som denne der benægter forsæt er naturligvis mindre betænkelig end de der på hypotetisk grundlag statuerer forsæt. Men man kan spekulere på, om det hypotetiske ræsonnement i et tilfælde som dette ikke i virkeligheden er en maskeret form for mildhed i bedømmelsen under hensyn til gerningsmændenes unge alder.

*NJA 1951. 227.* *T* havde hjulpet *A* med bortkørsel af et parti stjålet bly. *T* vidste ikke, men havde dog en mistanke om, at blyet kunne være stjålet.

*HR* udtalte: »Enär [*T*] sålunda misstänkt att blyet var stulet, och det med hänsyn till omständigheterna måste antages för visst at [*T*] inlåtit sig på transporten av blyet även med vetskap om att det var olagligen åtkommet, är [*T*] förvunnen til ansvar för häleri«. *Hov R* stadfästede dommen og *HD* fandt ikke anledning til at meddele prøvningstillstand.

Hvis ikke man vil anerkende at den blotte mistanke er tilstrækkelig til at begrunde straf for hæleri, er denne dom et anstødeligt eksempel på at en mand dømmes, ikke for hvad han har gjort, men for hvad man tror han ville have gjort. I et tilfælde som dette kunne det være rimeligt at rejse spørgsmål om *T*, når han nærede mistanke om uredelig adkomst, har gjort noget for at få bragt klarhed herom. Hvis han bevidst har undladt at søge oplysning herom, kan ansvar muligvis begrundes hermed. Det kan tænkes at *dolus eventualis*-konstruktionen dækker over hensyn af denne art.

*NJA* 1951 B. 33. *T* bragte fra skib i land en *A* tilhørende æske indeholdende 9400 ufortoldede cigaretter m. v. Han gjorde gældende at han troede æsken indeholdt *A*'s personlige ejendele der ikke skulle toldeklareres. *Hov R* fandt denne forklaring bestyrket af omstændighederne og fri fandt *T*. *HD* udtalte at *T* »får emellertid anses hava insett möjligheten av att uti kartongen funnos i . . . lagen . . . avsedda varor, och det kan med hänsyn till omständigheterna, bl. a. att han underlåtet varje åtgärd för at skaffa sig närmare kännedom härom, tages för visst att vetskap om innehållet icke skulle have hindret honom från att handla på sätt som skedde«, og dømte derfor for forsætlig ulovlig vareindførsel.

Som tidligere omtalt kan den omstændighed at *T* ikke, trods mistanke, søger nærmere oplysning om relevante gerningsforhold, ikke begrunde den antagelse, at han ville have foretaget hvad han gjorde, også om han havde vidst besked. Men undladelse kan muligvis i sig selv være et forhold der medfører ansvar. I det foreliggende tilfælde virker *dolus eventualis*-begrundelsen som en konstruktion man i bevismangel benytter sig af for at strække forsæt så vidt, at det også dækker tilfælde af uagtsomhed.

Lignende betragtninger kan anføres med henblik på afgørelsen *NJA* 1950.210, hvor *dolus eventualis* blev bragt i anvendelse på udstedelse af dækningsløse checks. Derimod antoges *dolus eventualis*-betingelserne ikke at være opfyldt i sagen *NJA* 1950.B.9. Ihvertfald for en udenfor stående der kun kender sagerne fra referaterne virker det ganske vilkårligt, om det hypotetiske forsæt antages at foreligge eller ej.

# Om forsøg

## *1. Denne afhandling har dobbelt sigte: afklaring af forsøglærens begrebslige opbygning og reform af loven.*

Det er sædvanligt at fremhæve at dansk strafferetlig forsøgsdoktrin og dansk lovgivning om forsøgets strafbarhed indtager en helt unik stilling i forhold til alverdens andre retssystemer. Dansk ret bygger på en ekstremt »subjektiv« forsøgsdoktrin, d.v.s. loven hjemler straf for selv den fjerneste og i sig selv mest uskyldige forberedelseshandling, hvis den »sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse«, strfl. § 21.

Jeg tror det er tid at renoncere på den tvivlsomme ære at indtage en sådan særstilling. Jeg tvivler på om der længere er nogen kriminalist der vil forsvare den doktrin vor straffelov er udtryk for. Anklagemyndighed og domstole respekterer den ihvertfald ikke. Der findes blandt de trykte domme afsagt efter straffeloven af 1930 næppe en eneste der udfordrer til kritik ud fra det synspunkt at den, følgende straffeloven, udstrækker det strafbares område urimeligt vidt (se ndf. pkt. 5).

Men når det står sådan til i praksis, er det rimeligt at spørge om der så er tilstrækkelig anledning til at tage forsøgsproblematikken op til fornyet drøftelse. Jo, det er der mener jeg.

For det første fordi det er uheldigt at loven ikke giver anklagemyndighed og domstole nogen vejledning til rimelig afgrænsning af det strafbares område og til fastsættelse af straffens størrelse. I første henseende beror retstilstandens holdbarhed helt og holdent på, at anklagemyndigheden har udvist fornuftig skønsomhed med hensyn til, hvornår påtale rejses og hvornår ikke. Men dette er sket fra fald til fald og uden nogen støtte fra den retsvidenskabelige teoris side. I sidstnævnte henseende har loven faktisk givet op og overladt alt til dommerens skøn. Forsøg på manddrab, der straffes efter strfl. § 237, jfr. § 21, omfatter handlinger der i den ene retning går ned fx til indkøb af en kniv (i morderisk hensigt) og i den anden retning op

til det bedst gennemtænkte og iværksatte attentat, hvis »forsynet veldædigen afværger følgen«. <sup>1)</sup> I overensstemmelse hermed går strafferammen fra den mildeste til den strengeste straf, d.v.s. fra en dagbod (der ikke kan fastsættes lavere end til 2 kroner) og op til fængsel på livstid.

For det andet fordi en kritisk revision af de grundlæggende begreber er tiltrængt. Forsøgslæren hænger nøje sammen med læren om meddelagtighed, og begge disse afsnit af strafferetsteorien er i dansk ret arveligt belastede gennem tidligere tiders begrebskølestik. Til syvende og sidst er det reale problem naturligvis det retspolitiske spørgsmål, hvilke handlinger der bør straffes under rubrikkerne »forsøg« og »meddelagtighed«, og hvorledes. Men dette problem kan ikke drøftes og løses med held uden på baggrund af en fænomenologisk analyse og klassifikation af de handlingssituationer man i denne problematik har for øje til forskel fra enkeltmands fuldbrydede egen forbrydelse. Denne klassifikation bør naturligvis søges udført således at den er kriminalpolitisk relevant, også med henblik på at den af befolkningen kan forstås som udtryk for betydningsfulde sondringer. Det er i så henseende fx utilfredsstillende at forbrydelseskategorien »forsøg på manddrab« dækker handlinger af så vidt forskellig karakter som nævnt. Hvilken mening er der i at sige at en mand ved at købe en kniv har gjort forsøg på at dræbe en anden?

Hvis det er lykkedes at skabe et hensigtsmæssigt begrebsapparat opstår spørgsmål om hvilken kriminalretlig relevans der skal tillægges de begrebslige sondringer, og hvorledes denne lovteknisk kan bringes til udtryk på den mest hensigtsmæssige måde.

Denne afhandlings sigte er for så vidt en reform af straffelovens forsøgsregler, som den går ud på at vise at disse regler er retspolitisk uacceptable, ikke efterleves i praksis, og udtrykker sig i et uhensigtsmæssigt begrebsapparat. Men dette praktiske sigte er dog ikke hovedsagen. Som nævnt er en revision af loven ikke noget påtrængende behov al den stund anklagemyndighed og domstole har dokumenteret evne til at administrere loven med takt og forstand. Hovedsagen for mig er at forsøge at afklare den teoretiske – fænomenologiske og begrebslige – baggrund for den praktiske problematik.

<sup>1)</sup> Anders Sandøe Ørsted, *Strafferetlige Skrifter i Udvalg*. 1. afdeling (1931) (i det følgende citeret som *Ørsted I*), 164.

I afhandlingen »Hensigt er ikke forsæt«, punkt 7, fremførte jeg i korthed det synspunkt, at ved anvendelse af en hensigtsmæssig beskrivelsesteknik vil den gængse sondring mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg herpå bortfalde og erstattes af en sondring mellem iværksættelse af en forbrydelse og forberedelse heraf. Det er dette synspunkt der uddybes og nærmere begrundes i nærværende afhandling. Samtidig gøres det gældende at forberedelseshandlinger kun bør straffes når de efter deres objektive beskaffenhed eller de omstændigheder hvorunder de er foretaget må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed (Lassens lære).

*2. Ørsted grundlagde dansk forsøgsteori, Julius Lassen førte den videre, Torp tilsluttede sig Lassens Lære, men fik den ikke gennemført i straffeloven af 1930.*

Dansk forsøgsteori er grundlagt af Ørsted. De udførligste fremstillinger af emnet findes dels i *Grundreglerne for Straffelovgivningen* (*Eunomia* bd. II 1817), dels i *Indledning til den danske og norske Kriminalret* (*Arkiv for Retsvidenskaben* III 1826). Den første af disse kalder Ørsted selv en »temmelig fuldstændig Criminalretsfilosofie«. Den anden er en fremstilling og fortolkning af gældende ret.<sup>1)</sup>

At forsøg, forstået som »enhver Bestræbelse paa at frembringe den Følge, Straffeloven gaaer ud paa at forebygge«, selv er en overtrædelse af straffeloven er for Ørsted nærmest en selvfølgelighed. Han henviser til at den retssikkerhed straffeloven søger at bringe tilveje befæstes når ethvert skridt forbryderen tager på forbrydelsens bane finder sin straf.<sup>2)</sup> De problemer Ørsted rejser og drøfter i denne sammenhæng angår dels det strafbare forsøgs afgrænsning, dels straffens størrelse.<sup>3)</sup> I første henseende spørger han dels om forsøgets begyndelsepunkt, altså den yderste grænse for det strafbares område, dels om forsøgets afgrænsning overfor fuldbyrdet forbrydelse.

Om begyndelsepunktet lærer han at den blotte tanke eller beslutning aldrig kan medføre nogen strafskyld. Straffelovens genstand er

<sup>1)</sup> Om andre spredte bidrag i Ørsteds skrifter se C. Goos m. fl., *Anders Sandøe Ørsteds betydning*. 3. afd. (1906), 122 f.

<sup>2)</sup> *Ørsted I*, 160; *Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse* (cit. *Arkiv*) III, 186.

<sup>3)</sup> Bortset fra specialproblemerne om tilbagetræden fra forsøg og utjenligt forsøg.

»den i Daad udbrydende onde Vilje«. <sup>4)</sup> Men såsnart viljen har manifesteret sig i en gerning der sigter mod at frembringe en forbrydelse, er den genstand for straffeloven. »Thi skønt det, hvorom det er denne at gjøre, er at forebygge Brud paa Samfundsordenen, saa er dog det den nærmest søger at udrette at forebygge de Handlinger, som kunde have slig Følge: disse Handlinger udgjøre altsaa Straffelovens egentlige Gjenstand«. Strafbarhed indtræder derfor såsnart »den Paagjeldende har foretaget nogensomhelst Handling, der endog i fjerneste Maade gaaer ud paa at sætte ham i Stand til at udøve Forbrydelsen (*delictum præparatum conatus remotus*)«. <sup>5)</sup>

Dette er den subjektive forsøgsteori i al dens renhed der af Ørsted stilles i modsætning til Feuerbachs objektive teori, d.v.s. den lære at en handling kun er retsstridig (og strafbar) når den krænker en ret eller i det mindste sætter den i fare; og at derfor det strafbare forsøgs område bør begrænses til handlinger der er begyndelsen til selve forbrydelsens iværksættelse. Til forsvar for sit standpunkt anfører Ørsted yderligere den tekniske omstændighed, at »Forskellen mellem de forberedende Handlinger og dem som indeholde en virkelig Begyndelse« ikke er skarpt afgrænset. <sup>6)</sup>

Forsøgets afgrænsning i modsat retning, altså overfor fuldbyrdet forbrydelse, beror ganske på lovgivningens beskrivelse af forbrydelsen. »For at bestemme den Grændse, hvormed en Misgjerning gaaer over fra forsøgt til tilendebragt, maa man nøie lægge Mærke til, hvad Lovgivningen med Hensyn til enhver enkelt Misgjerning udkræver til sammes Væsen. Thi naar alt dette er tilveiebragt, er Misgjerningen fuldbyrdet, hvorimod den, saa længe Noget deraf staaer tilbage, som dog laae i Gjærningsmandens Villie [omfattedes af hans forsæt], er et Forsøg.«

Når derfor en forbrydelse er beskrevet således at der i dens begreb indgår fremkaldelse af en bestemt følge, er forbrydelsen først fuldbyrdet når følgen er indtruffet. <sup>7)</sup>

<sup>4)</sup> *Arkiv III*, 55; *Ørsted I*, 165.      <sup>5)</sup> *Arkiv III*, 184 og 185.

<sup>6)</sup> *Ørsted I*, 165; *Arkiv III*, 186.

<sup>7)</sup> *Arkiv III*, 188. Om terminologien bemærkes at Ørsted her og andetsteds anvender udtrykket *fuldbyrdet* forbrydelse som betegnelse for den der opfylder alle lovens krav. Men han er ikke konsekvent. Ofte anvendes i samme betydning udtrykkene *fuldendt* eller *tilendebragt* misgjerning. Dette er forvirrende fordi Ørsted samtidig gør en sondring mellem fuldendt og fuldbyrdet forbrydelse, se *Arkiv III*, 194; *Ørsted I*, 163 og *Ørsted II*, 384.

Hvad forsøgets strafbarhed angår siger Ørsted at »ligesom paa den ene Side Retfærdighed og Straffeformaalet fordrer, at enhver virksom Bestræbelse for at udrette Det, som Straffeloven gaaer ud paa at forhindre, gjøres til Gjenstand for Straf, saaledes er det paa den anden Side overensstemmende med Retfærdigheden og den borgerlige Sikkerhed, at Straffen dog bliver mindre for sliig Bestræbelse end for den fuldendte [ɔ: fuldbyrdede] Misgjerning«. <sup>8)</sup>

Ørsted gør i denne forbindelse nogle sondringer af væsentlig betydning der tilsammen fører til at adskille fire forskellige trin i en forbrydelses udvikling. For det første sondrer han mellem fuldbyrdet og fuldendt misgerning (*delictum consummatum* og *delictum perfectum*), således at forbrydelsen siges at være *fuldendt* når al den *virksomhed* er udfoldet der kræves fra forbryderens side, selvom den først er fuldbyrdet når derudover en vis følge er indtrådt. Fuldendt forbrydelse foreligger altså, kan vi også sige, når dens iværksættelse er tilendebragt. Til forskel herfra taler Ørsted om de situationer i hvilke forbryderen allerede er i færd med at foretage handlinger hvorved forbrydelsen skal iværksættes og fuldendes (*conatus proximus, delictum inchoatum*), altså, kan vi også sige, hvor iværksættelsen er påbegyndt. Tilbage er endelig de rene forberedelseshandlinger. De fire trin er altså: *forberedelse* (herunder planlægning), *påbegyndt iværksættelse*, *tilendebragt iværksættelse* og *fuldbyrdet forbrydelse*. <sup>9)</sup> Som vi senere skal se har Ørsted hermed formet forsøgslærens grundlæggende begreber.

Til denne aftrapning i forbrydelsens udvikling skal efter Ørsted svare en tilsvarende aftrapning i straffens strengthed. Dog gør han den modifikation, at den fuldendt iværksatte forbrydelse bør straffes på lige fod med den fuldbyrdede forbrydelse. »Efter rigtige Grundsætninger«, skriver han, »burde uden Tvivl den hele Straf falde paa den fuldendte forbryderske Virksomhed, skjøndt denne bliver uden Følge . . . Loven, der skal opnaae sit Øjemed ved at virke paa Begjærevnen, kan alene sætte Straf for den frie Virksomhed, som gaaer ud paa at frembringe Følgen. Er denne Virksomhed i sit fulde Omfang til Stæde, saa er Lovens fulde Straf forskyldt; og om Forsynet veldædigen afværger Følgen, bliver derved Misgjernin-

<sup>8)</sup> *Arkiv III*, 201.

<sup>9)</sup> *Arkiv III*, 194; *Ørsted I*, 160-61 og 163; *Ørsted II*, 383 og 384.

gen ikke formindsket, saa lidet som denne forøges derved, at Handlingen tilfældigvis faar flere Følger, end Gjerningsmanden tilsigtede eller kunde gjøre Regning paa. Kun som Kundskabsgrund, hvorfra man kan slutte til Handlingens egen Beskaffenhed, bør Følgerne tages i Betragtning«. <sup>10)</sup>

For strafudmålingen bliver der således kun tre trin tilbage bestemt ved skellene iværksættelsens påbegyndelse og iværksættelsens afslutning. Mildest straffes de rene forberedelseshandlinger. Nedsat straf, men i mindre grad formildet, finder anvendelse når iværksættelsen er påbegyndt (*delictum inchoatum*). Men er iværksættelsen tilendebragt (*delictum perfectum*) finder fuld straf anvendelse. <sup>11)</sup>

Ørsteds lære er realistisk. Den bygger ikke på aprioriske principper eller på et begreb om forbrydelse hvorudaf betingelserne for forsøgets strafbarhed deduceres. <sup>12)</sup> Hvad der kan indvendes mod Ørsted går ikke så meget på hvad han siger, som på det han ikke siger. Han har jo nok ret i at retshåndhævelsen vil blive mere effektiv når man griber ind med straf allerede overfor den første spire til en forbrydelse. Men han har ikke haft øje for at her overfor står andre væsentlige samfundshensyn der fører til en begrænsning af det straffbare forsøgs område. Det blev pudsigt nok en civilist, Julius Lassen, der tilføjede denne nødvendige korrektion til Ørsted teori.

Før vi følger tråden fra Ørsted til Lassen videre må Bornemann og Goos omtales.

Om Bornemann er der ikke meget at sige. Skønt det er ham der

<sup>10)</sup> Ørsted I, 163–64. I fremstillingen af gældende ret modificeres denne ligning dog noget, idet det indrømmes, at der kan anføres visse grunde til forsvar for den sondring som de fleste lovgivninger gør eftersom skadevirkning indtræder eller ej; *Arkiv* III, 203.

<sup>11)</sup> Ørsted I, 160–61, jfr. om fortolkningen af D.L. 6–6–22 Ørsted II, 384.

<sup>12)</sup> I fortalen til *Grundreglerne* udtrykker Ørsted prægnant sin antimetafysiske indstilling, men betoner samtidig at denne ikke er identisk med ringeagt for »almindelige betragtninger«, hvilket formentlig vil sige generaliseringer og begrebmæssige formuleringer: »For den Sygdom at ville, ved almindelige Begreber, udtænke en for alle Folk og alle Tider passende Samfundsorden, er Tidsalderen saa temmelig helbredet . . . Snarere skulde man . . . troe, at den ved metaphysiske Idealer skuffede Tidsalder var tilbøjelig til den modsatte Yderlighed, at agte alt, hvad der hviler paa almindelige Betragtninger, for ringe, byggende paa det Historiske og umiddelbar Erfarede. Men det Sande vil bedst findes, naar begge modsatte Synspunkter have udtalt sig med fuld eensidig Kraft«.

åbner sluserne for en hegeliansk præget sædelighedsmetafysik der mindre interesserer sig for straffens pragmatiske formål end for statens sædelige ret og pligt til at straffe, har dette ikke sat mærkbart præg på hans forsøgslære. Her følger han i Ørsteds spor men bringer intet væsentligt nyt.

Det er ejendommeligt at Goos, denne det 19. århundredes største danske kriminalist, intetsteds har ydet noget bidrag til den *straffereftlige* lære om forsøg (og meddelagtighed).<sup>13)</sup> Alt hvad han herom har at sige angår det *retsfilosofiske* spørgsmål om straffens *retsgrund* i disse tilfælde. Det kan være svært for vor tids mennesker at fatte hvad der egentlig menes hermed. Begrebet kan kun forstås ud fra naturretlige forudsætninger, hvorom jeg tillader mig at henvise til den udførlige fremstilling i *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* kap. XIII, specielt s. 328 f. Spørgsmålet om retsgrunden blev ikke opfattet som et moralsk problem, men som et specifikt retligt. Retsgrunden måtte udledes af menneskers forudsatte naturlige rettigheder og den ret og pligt for staten til at beskytte disse der udspringer af samfundskontrakten. Den traditionelle naturretlige lære gik i overensstemmelse hermed ud på at grundbetingelsen for straf er at der er begået en retskrænkelse, eller ihvertfald en handling der objektivt er farlig for en rettighed.

Det er på denne baggrund Goos må læses. Han vil udvikle en rationel retslære i modsætning til blot en historisk. Og det betyder for strafferettens vedkommende at han vil udvikle et rationelt forbrydelsesbegreb der indeholder strafbarhedens nødvendige grundbetingelser. Og disse er normalt (a) i objektiv henseende et retsbrud. d.v.s. en ved en retsstridig handling bevirket krænkelse af en anden persons ret (beskyttede gode); og (b) i subjektiv henseende at handlingen kan tilregnes den handlende som skyld.<sup>14)</sup>

Disse krav siges altså at være strafbarhedens nødvendige betingelser. Men i hvilken forstand nødvendige? Intet forhindrer jo at en lovgiver faktisk med straf belægger handlinger der ikke opfylder disse krav. Nej, og det viser at »nødvendigheden« er af »sædelig« natur, dog ikke blot et moralsk krav, men et specifikt retligt gyldighedskrav: Om en retsorden ikke opfylder disse krav, taber den

<sup>13)</sup> Bortset fra den meget specielle afhandling »Om Grænsen mellem fuldbyrdet Forbrydelse og Forsøg på Forbrydelse«, *Juridisk Tidsskrift* I (1915), 677.

<sup>14)</sup> C. Goos, *Den danske Strafferets almindelige Del* II (1878), 7, jfr. 64 f.

forsåvidt sin karakter som ret og degraderes til en blot med magt opretholdt voldsorden.<sup>15)</sup>

Goos' lære adskiller sig fra de klassisk naturretlige derved at de medfødte naturlige rettigheder er erstattet med dem der foreligger historisk givne i retsanordningen.<sup>16)</sup> Ud fra denne forudsætning bliver for Goos spørgsmålet, hvilke de rationelle betingelser er for statens ret til at straffe handlinger der er farlige i forhold til disse rettigheder.

Goos' svar går i første række ud på at statens ret til at straffe betinges af at der er begået et retsbrud, d.v.s. en forstyrrelse af et retsbeskyttet gode bevirket ved en persons retsstridige handling. Det afgørende i denne formel er handlingens retsstridighed, og denne bestemmes nærmere ved en afvejelse af hensynet til handlefriheden overfor hensynet til retsgodernes beskyttelse. Det er i denne sammenhæng Goos udvikler sin retsstridighedslære og opstiller hvad han kalder den første lov for handlefriheden: Sådanne handlinger der objektivt er farlige overfor retsgoderne, og hvis farlighed ikke opvejes af deres nytte og nødvendighed for samlivet, er retsstridige og kan med føje belægges med straf.<sup>17)</sup>

Men denne primære lov er ikke tilstrækkelig til at dække statens legitime straffebehov. Visse forsøgshandlinger (og alle meddelagtighedshandlinger) er i sig selv uskyldige og ikke retsstridige. Den primære lov må derfor suppleres med en accessorisk der siger, at handlinger der i sig selv – efter den principale lov – ikke er retsstridige, dog ikke må foretages til fremme af et retsbrudsforsæt, den handlendes eget (forsøg), eller en anden persons (meddelagtighed).<sup>18)</sup>

Hele denne mærkelige lære om »love« for handlefriheden og om retsstridighed som en nødvendig betingelse for straf, har jeg indgående kritiseret i anden sammenhæng.<sup>19)</sup> Det reelle indhold i retsstridighedslæren er at pege på endnu en reservation der ved siden af andre må tages i betragtning ved fortolkning af straffelovens bud.

<sup>15)</sup> Jfr. C. Goos *Den almindelige Retlære* I (1885), 348, hvor han taler om hvad der giver retsordenen føje til at forbyde visse handlinger; og samme værk bd. II (1892), 631 og 633, om samfundets ret (og pligt) til at straffe. Se også *Virkelighed og Gyldighed i Retlæren* (1934), 339 f. og 350 f.

<sup>16)</sup> I note 14 a. st., 79–80.

<sup>17)</sup> A. st., 64 f., jfr. 165, 167, 173, 190, og *Almindelig Retlære* I, 329–30.

<sup>18)</sup> *Strafferettens almindelige Del* II, 15; *Almindelig Retlære* I, 348.

<sup>19)</sup> *Virkelighed og Gyldighed i Retlæren*, 350 f.

I denne sammenhæng vil jeg blot betone at disse naturretlige konstruktioner af et særligt retsgrundlag for straf for forsøg og meddelagtighed er uden enhver værdi for de retspolitiske og retsdogmatiske problemer som forsøgs- og meddelagtighedslæren angår. Tværtimod kunne Goos' konstruktioner let virke vildledende, idet den filosofiske lære om det accessoriske straffegrundlag kan forlede til aprioriske deduktioner til løsning af reelle retsspørgsmål. Således hvis man mener at betingelserne for en medvirkendes strafbarhed nødvendigvis må bestemmes afledt af hvad der i så henseende gælder for hovedmanden.<sup>20)</sup>

Så kan vi vende tilbage til Julius Lassen der med sin doktorafhandling om forsøgets strafbarhed (1879) fortsatte Ørsteds realistiske tænkemåde. Han er enig med Ørsted i at straffens genstand er viljen, sindelaget, og at retsbrudssindelaget derfor må være den centrale betingelse for straf. Han accepterer den subjektive forsøgsteori forsåvidt som han hævder at objektive momenter kun kan være af betydning som erkendelsesmiddel for viljen. Han fornægter i og for sig heller ikke Ørsteds argumenter til støtte for, at samfundet kan have interesse i at forfølge enhver handling der er spiren til en forbrydelse. Det nye er at Julius Lassen gør gældende at denne interesse ikke er et absolut krav der sætter alle andre hensyn til side. Samfundets interesse må afvejes mod individets interesse i, garanti for, at anklagemyndigheden ikke misbruges mod ham. Og sådant misbrug kan tænkes, hvis det er muligt at rejse tiltale mod en person for foretagelse af en i sig selv uskyldig handling. Derfor opstilles den lære, at forsøgshandlingen kun er strafbar dersom den ved sin objektive beskaffenhed vækker mistanke om at være foretagen for at fremme en forbrydelses fuldbyrdelse. Dette vil normalt føre til at iværksættelseshandlinger er strafbare, men forberedelseshandlinger kun i ringe omfang. Det er dog for snævert at afgrænse det strafbare forsøg ved det hyppigt anvendte kriterium: begyndelsen på iværksættelsen. Også fjernere forberedelseshandlinger bør kunne straffes når de objektivt frembyder et mistænkeligt præg. Således fx anskaffelse af en falsk nøgle efter voksaftryk af et pengeskab, anskaffelse af stempler til forfærdigelse af falske mønter, forfærdigelse af en kiste med ind-

---

<sup>20)</sup> Se den efterfølgende afhandling »Om accessoritet ved samvirke i forbrydelse«.

bygget tidsindstillet sprængbombe bestemt til afsendelse som højt-forsikret gods.<sup>21)</sup>

Torp er en blanding af Goos og Julius Lassen. Lad være at Torp nok så meget hævder at straffens formål er prævention, så har han dog ikke frigjort sig fra Goos' antagelse af en fra straffens formål forskellig retsgrund. Også Torp opererer med et rationelt forbrydelsesbegreb baseret på retsstridighed og tilregnelser, og han taler om straffens begrebsmæssige forudsætninger og de deraf flydende »nødvendige« betingelser der stilles i modsætning til »rene hensigtsmæssighedshensyn« og »kriminalpolitiske grunde«.<sup>22)</sup>

I forsøglæren accepterer Torp principielt den subjektive teori. Det forbryderiske forsæt er strafbarhedens egentlige grundlag. Men hensynet til individets garanti mod uden rimelig grund at blive forulempet ved strafferetlig forfølgning gør det påkrævet at opstille visse objektive betingelser for strafbarheden. Og disse bestemmes i nøje overensstemmelse med Julius Lassen derhen, at der kræves en handling der ved sin objektive beskaffenhed tydeligt tilkendegiver sig som foretagen for at fremme en forbrydelses fuldbyrdelse.<sup>23)</sup>

Straffeloven af 1866 var affattet under Bornemanns indflydelse. I § 45 bestemte den at »den, som foretager nogen Handling, der sigter til fremme eller bevirke Fuldbyrdelsen af en Forbrydelse, bliver, når denne ikke er fuldbyrdet, at straffe for Forsøg på Forbrydelsen« – altså et klart udtryk for en ubegrænset subjektiv forsøglære. Da i 1905 den første kommission til forberedelse af en ny straffelov blev nedsat, blev Torp forbigået. Goos dominerede i kommissionen, og det kan ikke forundre at det udkast der blev resultatet af denne kommissions arbejde holdt fast ved den rent subjektive teori i dens foreliggende skikkelse – alene med indføjelser af ordet »bestemt«: »Handlinger, som *bestemt* sigte til . . .« (§ 57). Som det forklares i motiverne er denne tilføjelse blot udtryk for en naturlig bevisforordning, »hvis Tilføjelse er begrundet ved Hensynet til den Vidde, Udkastet giver det andet positive Krav til det strafbare Forsøg, nemlig med Hensyn til den Handling, i hvilken Forsættet maa have givet sig Udtryk«.

<sup>21)</sup> Lassen, *a. st.*, 2, 41, 54 f., 64, 86 f.

<sup>22)</sup> Carl Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905 genoptrykt 1918), 501, 526, 527, 532, 558, 587, m. fl., jfr. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, 341 f.

<sup>23)</sup> Torp *a. st.*, 507 f., 512.

I 1917 – det år i hvilket Goos døde – afgav Torp sin enemandsbetænkning med tilhørende udkast (*U II*). Her indføjtes den begrænsning, at handlingen ikke blot »bestemt«, men også »utvetydigt«, skal sigte til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse. I motiverne forklares, at der hermed ikke menes blot en yderligere styrkelse af beviskravet, men et krav om at handlingen »ifølge selve sin objektive Beskaffenhed tilkendegiver sig som foretagen i dette Øjemed, eller, som man også har udtrykt det, er objektiv mistænkelig«.

Men Torp fik ikke sin lære lovfæstet. I det tredje udkast, udarbejdet af den i 1917 nedsatte kommission (af hvilken Torp var medlem), vendte man tilbage til formuleringen i *U I*: man bibeholdt ordet »bestemt«, men slettede Torps indføjelser af ordet »utvetydigt«, idet dette ord »efter Kommissionens Flertals Mening enten vil komme til at stå som overflødig, eller vil blive fortolket som en yderligere Begrænsning, hvilket i hvert Fald Flertallet ikke kan give Medhold«.

Da så endelig under rigsdagsbehandlingen også ordet »bestemt« udgik – med den begrundelse at den hidtidige affattelse af forsøgsreglen »ikke vides at have givet Anledning til Vanskeligheder« – var man i den legale definition af det straffbare forsøg vendt tilbage til samme rent subjektive formulering som anvendt i den gamle straffelov.

Senere dansk teori har ikke ydet væsentlige nye bidrag til forsøgslæren. Krabbe, der skrev både før og efter straffeloven af 1930, har fremført det synspunkt, at straf for forsøg ikke er af nævneværdig generalpræventiv virkning, og at forsøgsvirksomheden for så vidt »med Goos' Betegnelse er et accessorisk eller sekundært Straffegrundlag.«<sup>24)</sup> Bortset fra at Krabbes mening om forsøgsstraffens præventive funktion ikke har det fjerneste at gøre med Goos' lære om det sekundære straffegrundlag (der jo angik forsøgsstraffens legitimation i betragtning af den manglende retsstridighed), må hans lære anses for fejlagtig. Den har kun en vis mening hvis man tænker på det fuldenendt iværksatte forsøg, den mislykkede forbrydelse, skudt der ramte ved siden af. Med hensyn til forberedelseshandlinger kan man udmale sig hvad der ville ske hvis disse var straffri. Man ville kunne oprette centraler for planlægning af forbryderiske kup,

<sup>24)</sup> Oluf H. Krabbe, *Betragtninger over Forbrydelse og Straf* (1939), 118.

fremstilling og salg af de mest effektive specialinstrumenter til begåelse af indbrud og bankrøveri, i forbindelse med undervisning i forbryderfagernes forskellige finesser, o.s.v., o.s.v.<sup>25)</sup>

Hverken Hurwitz eller Waaben har beskæftiget sig specielt med forsøglæren. Fremstillingen i Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig del*, tilsigter ingen kritisk revision af forsøglærens grundlæggende begreber. Den begrænser sig i det væsentlige til referat af teorierne og fortolkningsmæssig fremstilling af gældende retsregler om forsøglærens specielle problemer (forsøgsstraffen, utjenligt forsøg, tilbagetræden fra forsøg).

### 3. Straffelovens § 21 rummer forskellige hidtil oversete intrikate fortolkningsproblemer.

Straffelovens regler om forsøg rummer forskellige fortolkningsproblemer man hidtil ikke har været opmærksom på, især hvad angår forholdet til reglerne om meddelagtighed. For oversigtens skyld anføres først teksten i henholdsvis § 21 (1) og § 23 (1):

§ 21 (1): »Handlinger, som sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg«.

§ 23 (1): »Den for en lovovertrædelse givne straffebestemmelse omfatter alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen. Straffen kan nedsættes for den, der kun har villet yde en mindre væsentlig bistand eller styrke et allerede fattet forsæt, samt når forbrydelsen ikke er fuldbyrdet, eller en tilsigtet medvirken er mislykkedes«.

a. § 21 (1) angår altså handlinger der sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af *en forbrydelse*. Sprogligt omfatter dette udtryk såvel en af den handlende selv begået forbrydelse som én udført af en anden. Hvis denne læsemåde lægges til grund opstår der imidlertid ubehagelige og næppe tilsigtede konsekvenser. Hvis *T1* har foretaget handlinger der sigter til at fremme eller bevirke en forbrydelse udført af *T2*, må det være sket derved at *T1* enten har tilskyndet eller hjulpet *T2* dertil – men det vil sige at hans forhold dækkes også af

<sup>25)</sup> Jfr. hertil Oluf H. Krabbe, »Om Strafbarheden af Hjælp til Selvmord«, *UfR* 1926 B, 221 f; Carl Torp, »Endnu et Par Ord om Meddelagtighedsspørgsmålet«, *a. st.* 253 f. og cand. jur. Alf Ross, »Nogle Bemærkninger til Hr. Professor Oluf H. Krabbe, især angående Meddelagtighed og Forsøg«, *a. st.* 269 f.

straf. § 23 om medvirken idet denne paragraf jo også omfatter det tilfælde at forbrydelsen ikke fuldbyrdes. En sådan overlapning er i sig selv en anormalitet og skaber desuden et valgproblem, idet de regler der vil finde anvendelse eftersom handlingen henføres under § 21 eller § 23 ikke er ganske identiske, se især divergensen mellem § 21 (3) og § 23 (3). På den anden side vil den indskrænkende fortolkning – altså den at »forbrydelse« i § 21 (1) sigter alene til agentens egen udførelse af en forbrydelse – så vidt jeg kan se ikke skabe nogen vanskelighed. Hvilken fortolkning man end vælger må det forundre at finde en sådan tvetydighed i en af straffelovens centrale paragraffer. Om opfattelsen i praksis skal jeg vende tilbage under næste rubrum.

b. Hvilket gerningsindhold sigter ordet »forbrydelse« til? Det siges ofte at »forbrydelse« betyder enhver med straf belagt handling«. Men i denne sammenhæng kan ordet ikke være anvendt i denne betydning. § 21 (1) belægger jo selv visse handlinger med straf og må derfor, om refleksivitet skal undgås, sigte til handlinger der i kraft af bestemmelser udenfor § 21 (1) selv er belagt med straf. Spørgsmålet er da alene om der udelukkende sigtes til sådanne handlinger der i straffelovens specielle del (eller i særlovgivningen) er kriminaliserede, eller om § 21 (1) også omfatter handlinger kriminaliserede i en paragraf i den specielle del i forbindelse med § 23. Spørgsmålet er altså om agentens *egen* forbrydelse i § 21 omfatter også den forbrydelse der består i at medvirke til en andens forbrydelse. Imod denne forståelse taler at § 23 forudsætter at denne paragraf selv omfatter forsøg på medvirken idet den rummer en adgang til strafnedsættelse for det tilfælde, at en tilsigtet medvirken er mislykkedes – altså et tilfælde af forsøg på medvirken. Men imod at antage at forsøg på medvirken falder direkte under § 23 (1) kan anføres, at det, at en medvirken er »mislykkedes«, ikke omfatter alle forsøgstilfælde. En medvirken kan være resultatløs fordi den er blevet forhindret eller opgivet. Det er derfor, om der skal være hjemmel for strafnedsættelse i alle tilfælde af forsøg på medvirken, nødvendigt at antage at »forbrydelse« i § 21 (1) omfatter også de handlinger der er kriminaliserede i § 23 (1) (i forbindelse med en paragraf i den specielle del). Dette medfører ganske vist at hjemlen i slutningen af § 23 (1) til strafnedsættelse i tilfælde hvor en tilsigtet medvirken er mislykkedes, kommer til at stå overflødig.

I praksis foreligger der en lang række domme der dømmer for

forsøg, altså med citering af § 21, i tilfælde hvor *T1* har tilskyndet eller ydet hjælp til *T2*'s forbrydelse når denne ikke blev fuldbyrdet (men er mislykkedes, blevet forhindret, eller opgivet).<sup>1)</sup> Dette kunne synes at være bevis for at man i praksis har accepteret den fortolkning af »forbrydelse« (ad a), at dette udtryk omfatter også forbrydelser begået af andre. Det rette forhold er dog vist nok at *T1*'s handling er opfattet som forsøg på *egen* forbrydelse, nemlig den der i § 23 (1) er kriminaliseret som medvirken til en andens forbrydelse. Praksis synes således at bekræfte begge de under (a) og (b) antagne fortolkninger. Noget andet, som jeg i anden sammenhæng skal komme tilbage til, er, at det er en misforståelse at opfatte *T1*'s medvirken til *T2*'s forbrydelse som forsøg blot fordi *T2*'s forbrydelse ikke er blevet fuldbyrdet.

c. § 21 taler om handlinger der sigter til at fremme eller bevirke *udførelsen* af en forbrydelse. Dette udtryk er ikke en indarbejdet teknisk term. Det er derfor et fortolkningsspørgsmål hvad det betyder. Straffeloven af 1866 anvendte udtrykket »fuldbrydelse« og gav samtidig en definition heraf, lov 1866 §§ 44 og 45. *U I* anvendte derimod udtrykket »udøvelse«, der i *U II* og *U III* blev til »udførelse«. I intet tilfælde giver de ledsagende bemærkninger nogen begrundelse for ændringen. Man fristes derfor til at tro at ændringen er blot redaktionel. Og herfor taler også reale grunde. Sprogligt er det mest nærliggende at forstå udtrykket »en forbrydelses udførelse (eller udøvelse)« som sigtende til dens *iværksættelse*, altså foretagelse af de handlinger der efter forbrydelsesbeskrivelsen udfordres fra gerningsmandens side uanset at forbrydelsen ikke dermed er fuldbyrdet fordi der hertil yderligere udkræves at en vis følge er bevirket. *T* har fx udført (udøvet) forbrydelsen manddrab når han har affyret dødsensfarlige skud mod *O*, men forbrydelsen er først fuldbyrdet med *O*'s død som følge af skuddet. Der kan nu ikke være tvivl om at meningen må være, at forsøgshandlingen sigter mod *fuldbrydelsen* af en forbrydelse. I modsat fald, altså forstået efter ordlyden, ville § 21 ikke omfatte det fuldendte forsøg (attentatet). For det fuldendte forsøg *er* forbrydelsens udførelse. Den sigter ikke hertil, men til dens fuldbrydelse. Igen en besynderlig løsagtighed i formuleringen.

---

<sup>1)</sup> Se ndf. pkt. 5.

#### 4. *Oversigt over forsøgsdomme under straffeloven af 1930.*

Denne oversigt over praksis intenderer at omfatte alle trykte forsøgsdomme afsagt under straffeloven af 1930 og publiceret indtil udgangen af 1972 i Ugeskrift for Retsvæsen, Vestre Landsrets Tidende, og Juristens Domssamling. Materialet omfatter 270 domme. Jeg har ikke lagt vægt på fuldstændighed. Registrerne over citerede paragraffer er ikke altid fuldtud pålidelige. Formålet med oversigten er ikke statistisk, men at fremdrage et materiale stort nok til at give et billede af, hvorledes straf. § 21 er blevet anvendt i praksis.<sup>1)</sup> Af særlig interesse vil det være at konstatere i hvilket omfang straffelovens ekstremt subjektivistiske formulering har medført at det strafbare forsøgs område omfatter også fjerne forberedelseshandlinger. I dette øjemed er dommene analyseret og klassificeret i følgende grupper (hvis relevans og mere præcise afgrænsning vil blive omtalt under næste punkt):

A. Forsøg som *fuldendt iværksat* (men dog ikke fuldbyrdet) *forbrydelse* (attentat). For forårsagelsesdeliktens vedkommende er denne kategori klar nok. Den forudsætter at gerningsmanden har realiseret forbrydelsens gerningsindhold uden at den følge der kræves til dens fuldbyrdelse er indtruffet, fx at han har affyret livsfarlig skud uden at offeret er død som følge heraf. For korrelatdeliktens vedkommende må definitionen modificeres en smule. Ellers bliver fuldendt iværksættelse her identisk med fuldbyrdelse. Attentat betyder ved disse forbrydelser at manden ikke blot har påbegyndt iværksættelsen, men fortsat nær fuldbyrdelsen. Voldtægtsattentat, fx, foreligger når manden har kastet sig over kvinden, øvet vold, revet tøjet af hende, uden at forbrydelsen dog er blevet fuldbyrdet, enten fordi den er blevet forhindret (især ved andres tilstedekomst), eller er mislykkedes (modstand, svigtende potens, anatomiske forhold hos unge ofre), eller er opgivet. Grænsen overfor påbegyndt iværksættelse (ndf. under B) er naturligvis ikke skarp og kan ofte være vanskelig at drage.

---

<sup>1)</sup> Jeg har derfor heller ikke lagt vægt på konsekvent at regne med samme statistiske enhed. Som regel angår tællingen domme, ikke forhold. En tyveridom vil fx hyppigt angå mange forhold, men tæller kun som 1 tilfælde. Men hvis samme dom omfatter flere relevant forskellige forhold er hvert af disse talt med.

B. Forsøg som den *påbegyndt iværksatte* forbrydelse. Det begreb om iværksættelse der ligger til grund for denne kategori er ikke identisk med det juridiske begreb herom. I juridisk forstand iværksættes, fx, et bankrøveri i det øjeblik røveren under trusler om vold tilegner sig pengene. Det begreb der her er tale om er et adfærdsfænomenologisk begreb bygget op omkring det juridiske. Det betegner den kontinuerlige<sup>2)</sup> serie af handlinger der leder op til den juridiske iværksættelse og derefter afslutter den. Iværksættelsen er udførelsen af en mere eller mindre gennemtænkt operationsplan. Et bankrøveries iværksættelse, fx, begynder med at forskellige deltagere begiver sig af sted for at udføre hver deres del af opgaven: En henter den stjalne bil de skal flygte i, andre udforsker omgivelserne, overskærer ledninger, neutraliserer alarmsystemer, andre igen udfører selve kuppet, eller dækker disse gerningsmænds flugt. Juridisk er iværksættelsen fuldendt i det øjeblik røveren står med pengene i hånden. Men i den forstand hvori udtrykket her tages er iværksættelsen ikke *afsluttet* før det er lykkedes røverne at flygte. Derfor er også den hvis rolle alene har bestået i, efter selve røveriet, at køre den vogn røverne flygter i, deltager i iværksættelsen.<sup>3)</sup> At iværksættelsen ikke fuldendes kan skyldes enten at dette forhindres (fx ved pågribelse), eller mislykkes (fx fordi forsøg på at lokke et barn ikke lykkes), eller opgives (fx fordi det viser sig umuligt at bryde et pengeskab op).

C. Forsøg som *forberedelse* til forbrydelse. Det er planen om begåelse af en forbrydelse der forbinder en række mere eller mindre isolerede handlinger i et sammenhæng bestemt netop ved deres fælles plansigtede. Heri vil der som oftest indgå også forskellige handlinger *før iværksættelsens påbegyndelse*. Det er de forberedende handlinger, fx anskaffelse af våben og andre remedier, udforskning af lokaliteter og indhentning af andre informationer – så at sige forbryderens forsynings- og efterretningstjeneste.

D. Forsøg som *putativ* forbrydelse, hvilket vil sige at en gernings-

<sup>2)</sup> Hvis forbrydelsesplanen går ud på at realisere formålet gennem en serie ensartede, i tid adskilte handlinger – fx daglig indgivelse af en dosis gift der akkumuleret medfører døden – omfatter iværksættelsen alle disse i tid adskilte handlinger, jfr. Nils Beckman m. fl., *Brottsbalken II* (2. opl. 1969), 548.

<sup>3)</sup> Dette er af betydning for læren om meddelagtighed.

mand under faktisk vildfarelse foretager handlinger der, hvis forholdene faktisk havde ligget på den måde han antog, ville have udgjort enten en fuldbyrdet forbrydelse eller et forsøg i en af de tre foran nævnte betydninger.<sup>4)</sup>

Da det muligvis kunne være af interesse til belysning af afhandlingens emne, eller på anden måde, har jeg tillige rubriceret dommene efter forbrydelsens art således:

1. Manddrab
2. Voldtægt og lign. forbrydelser
3. Tyveri, især indbrudstyveri
4. Røveri
5. Svangerskabsafbrydelse
6. Bedrageri
7. Andre, der igen er opdelt i:
  - a. Speciallovgivningen, især smugleri og overtrædelse af færdselslovgivning
  - b. Almenefarlige og alment skadelige handlinger, strfl. kap. 20 og 21 (specielt brandstiftelse og sprængning)
  - c. Penge- og dokumentfalsk, kap. 18 og 19
  - d. Straffelovstillægget, lovbkg. nr. 368 af 6. juli 1946
  - e. Blufærdighedskrænkelser
  - f. Forbrydelser mod offentlig myndighed
  - g. Frihedsberøvelse
  - h. Statsforbrydelser
  - i. Falsk forklaring
  - j. Hæleri
  - k. Freds- og æreskrænkelser
  - l. Voldsforbrydelser

Når jeg under rubrikken »voldtægt« har medtaget »andre lignende forbrydelser« er vægten lagt på udførelsesmåden: medtaget er sådanne forbrydelser der, som fx blodskam og omgang med mindreårige, fuldbyrdes ved samleje, men fx ikke uterlighedsforbrydelser.

---

<sup>4)</sup> Jeg har ikke været i stand til i denne oversigt at indarbejde forsøgsdommene i v. Eybens materiale i *Strafudmåling* (1950), allerede fordi den korte omtale af den enkelte dom i mange tilfælde ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger for en klassifikation.

Idet jeg for de fire forsøgs kategorier som defineret ovenfor kort anvender stikordene »attentat«, »påbegyndt iværksættelse«, »forberedelse« og »putativ«, kan resultatet af analysen summeres sådan:

	A Atten- tat	B Påbg. iværk- sættelse	C Forbe- redelse	D Putativ	Ialt
1. Manddrab	50	4	4	0	58
2. Voldtægt	52	1	1	1	55
3. Tyveri	41	2	2	1	46
4. Røveri	23	4	2	1	29
5. Svang.skab	10	0	0	1	11
6. Bedrageri	13	0	1	0	15
7. Andre	25	6	22	3	56
Ialt	214	17	32	7	270

Gruppen »andre« kan udspecificeres således:

	A Atten- tat	B Påbg. iværk- sættelse	C Forbe- redelse	D Putativ	Ialt
a. Speciallov.	4	1	4	1	10
b. Almenfarlige	6	1	2	0	9
c. Falsk	1	0	8	0	9
d. Strafl.tillæg	5	0	1	1	7
e. Blufærdighed	2	3	0	0	5
f. Off. myndighed	2	0	2	0	4
g. Frihedsberøvelse	4	0	0	0	4
h. Statsforbr.	0	0	3	0	3
i. Falsk forkl.	0	0	1	0	1
j. Hæleri	0	0	0	1	1
k. Fred og ære	1	0	0	0	1
l. Vold	0	1	1	0	2
Ialt	25	6	22	3	56

Det er klart at de her opførte absolute tal for antallet af forsøgs-tilfælde for de forskellige forbrydelsesarter intet viser med hensyn til den relative hyppighed af forsøg i forhold til fuldbyrdet forbrydelse. Alligevel kan det næppe overraske at de fire forbrydelser

der udviser det største antal forsøgsdomme er manddrab, voldtægt, tyveri og røveri.<sup>5)</sup> Dette hænger antagelig sammen med at disse forbrydelser er relativt svære at begå. At slå en anden ihjel er sikkert for den der ikke har særlig træning heri en relativt vanskelig opgave. Det er, når man læser dommene, slående at observere så mange ofre der kommer fra det med livet, skønt de har været udsat for vel udførte attentater. Voldtægt kan sikkert let mislykkes hvis forbryderen ikke vil gribe til de yderste tvangsmidler; og da denne forbrydelse hyppigt udøves i det fri er også risikoen for forhindring ved andres tilstedekomst relativt stor. Noget lignende gælder indbrudstyveri. Jo bedre låse, pengeskabe, m. v. indrettes, des større er chancen for at tyven må opgive sit forehavende; og jo bedre politiets og andres vagttjeneste indrettes i forbindelse med alarmsystemer, des større er udsigten til at fuldbyrdelsen forhindres. Tilsvarende betragtninger gælder for røveri, især af typer som bankrøveri eller røveri i forbindelse med indbrud.

### 5. *Analyse af materialet med hensyn til det strafbare forsøgs udstrækning.*

Af de fire grupper af forsøgsdomme (A, B, C, D) kan den sidste, hvor forsøg har skikkelse af putativ forbrydelse, udskilles som værende uden interesse for vort emne.<sup>6)</sup> Putativ forbrydelse er ikke et stadium af en forbrydelses udvikling fra beslutning, over planlægning og anden forberedelse, til iværksættelse (påbegyndt eller afsluttet) og endelig dens fuldbyrdelse. Læren om putativ forbrydelse (i denne forbindelse lig med læren om det utjenlige forsøg) er simpelthen et afsnit af læren om faktisk vildfarelse hos gerningsmanden. Putativ forbrydelse er modstykket til faktisk vildfarelse som undskyldende omstændighed. Lige så vel som vildfarelse kan diskulperes kan den »kulpere«. Også tilregnelsen kan, jfr. ovf. s. 22 forstås som beroende på, om gerningsmanden i gerningsøjeblikket indså eller burde

<sup>5)</sup> Undersøgelsens resultat stemmer ikke særlig godt med v. Eybens, der som de tre hyppigste kategorier af forsøgsdomme nævner indbrudstyveri, hæleri og bedrageri, *Strafudmåling*, 230. Afvigelsen kan muligvis forklares ved den selektion der fremkommer derved at undersøgelsen her er begrænset til at angå trykte domme.

<sup>6)</sup> De 7 domme er: U. 1941. 549 (H); 1962. 704 (V); 1959. 808 (Ø); 1933. 1138 (Ø); 1943. 819 (H); 1947. 406 (V); 1944. 186 (Ø).

have indset, at handlingen havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed. Hvis man, som i dansk ret, antager at det utjenlige forsøg er strafbart, kan tre emneområder (nemlig tilregnelselæren, specielt læren om faktisk vildfarelse, og læren om putativ forbrydelse) ses som forskellige udslag af en og samme grundsætning: *Forsåvidt ved anvendelse af straffeloven bedømmelsen er beroende på forekomsten af visse faktiske omstændigheder, skal denne bedømmelse ikke ske på grundlag af omstændighederne således som de virkelig var, men på grundlag af omstændighederne således som de tog sig ud for gerningsmanden.* Det siger sig selv at dette er en formel der tiltrænger nærmere udlægning og modifikation.

Tilbage bliver altså grupperne A, B og C. Af disse er den første, attentatet, udenfor enhver diskussion. Ingen har betvivlet at disse tilfælde bør straffes; der kan højst være uenighed om hvorledes. Jeg finder derfor ingen anledning til at citere de 214 tilfælde i denne kategori. Noget lignende gælder om gruppe B, den påbegyndte iværksættelse. Da det imidlertid kan være diskutabelt, om det er muligt typisk at udskille denne gruppe fra gruppe C, anfører jeg her i noten hvilke domme det drejer sig om, således at interesserede vil have mulighed for at kontrollere afgrænsningen.<sup>7)</sup> Afgrænsningsproblemet drøftes og enkelte af dommene omtales ndf. punkt 6.

Den virkelig interessante gruppe er gruppe C, forsøg som forbedelse. De 32 tilfælde kan opdeles i forskellige undergrupper.

Vi kan begynde med at udskille en talrig gruppe (17 tilfælde), hvor der i virkeligheden ikke foreligger noget forsøg fra den dømmes side, men fuldbrydet forbrydelse.<sup>8)</sup> Det drejer sig om tilfælde i hvilke den af T1 begåede handling består i at have tilskyndet T2,

<sup>7)</sup> De 17 domme (forhold) er: U. 1972. 878 (H); 1972. 896 (HN), fh IB; 1970. 253 Ø; 1968. 186 (ØN), fh1, T3 og T4; samme dom fh.4, T2; samme dom fh.5 (der blev dog ikke rejst tiltale eller dømt for forsøg på manddrab. T2 opgav drabsplanen til fordel for voldeligt overfald, § 245 (2)); 1937. 429 (Ø); 1966. 287 (H); 1942. 880 (Ø); 1962. 686 (HN), fh.4; 1949. 1076 (HN); 1946. 351 (HN), fh.III; 1965. 770 (HN), fh.VI; 1960. 735 (U); 1966. 596 (HN), fh.5; 1960. 372 (HN) fh. 7 og 8; *Juristen* 1942. 269.

<sup>8)</sup> 1. U. 1970. 276 (Ø); 2. U. 1968. 186 (HN), fh. 3, T1 og T2; 3. Samme dom fh.4, T1; 4. U. 1946. 812 (HN), fh.II, 1a og b; 5. U. 1954. 758 (HN), fh.1; 6. U. 1946. 864 (HN); 7. U. 1956. 31 (HN), T2 fh. 2; 8. U. 1946. 351 (HN), fh.VII; 9. U. 1948. 367 (H), fh. 1; 10. U. 1954. 492 (HN); 11. U. 1953. 513 (HN); 12. U. 1952. 890 (ØN), fh. B1; 13. U. 1943. 819 (H), fh. II; 14. U. 1938. 596 (V); 15. U. 1947. 1036 (H); 16. U. 1948. 559 (Ø); 17. *Juristen* 1941. 316.

eller med råd eller dåd hjulpet ham, til at begå en forbrydelse. En sådan handling er strafbar efter § 23 (i forbindelse med § x i straffelovens specielle del), og på denne måde dømmes der da også dersom *T2's* forbrydelse fuldbyrdes: Der straffes for fuldbyrdet forbrydelse efter § x, undertiden med, for det meste uden, citering af § 23. Men hvis *T2's* forbrydelse ikke fuldbyrdes (idet den enten blot forsøges eller opgives) opfattes forholdet som forsøg på meddelagtighed og der dømmes efter § x, jfr. § 21.

Dette beror efter min mening på en misforståelse. Lad mig begynde med at anføre et eksempel fra dagliglivet. Hvis *A* yder *B* økonomisk understøttelse der skal sætte ham i stand til at tage en eksamen, så har han hjulpet ham hertil. Og denne kendsgerning forandres ikke fordi *B* dumper til eksamen og aldrig får den. *A* har hjulpet ham til at tage denne eksamen, ikke blot til at forsøge at tage den. Hvad *A* hjælper (eller tilskynder) *B* til at gøre beror ikke på en efterfølgende kausalitetsbedømmelse, men på intentionen i det øjeblik *A* handler. Noget andet er, at når *A* hjælper *B* til at tage en eksamen, så implicerer dette naturligvis også hjælp til de skridt der leder frem til målet, altså hjælp til at *B* forbereder sig til eksamen og forsøger at tage denne.

I den skildrede situation ligger forsøgsmomentet altså i *B's* handling måde. Men det kan også tænkes at ligge på *A's* side på den måde, at *A* forbereder sig til at hjælpe *B*, eller forsøger derpå uden at det lykkes.

Overført på de forhold vi her omhandler betyder dette, at hvis *T1* har hjulpet eller tilskyndet *T2* til at begå en forbrydelse, bliver *T1's* handling ikke blot et forsøg fordi *T2's* forbrydelse ikke fuldbyrdes, måske ikke engang forsøges, men opgives. Lad mig illustrere med eksempler fra praksis.

1968. 186 (Ø), fh. 3: *T1* og *T2* havde opfordret *T4* til at dræbe *O* og herfor tilbød et vederlag på 7.000 kr. m. m. *T4* gik ind herpå, idet det blev aftalt at drabet skulle udføres med en pistol som *T1* påtog sig at fremskaffe. Planen kom dog ikke til udførelse fordi *T4* den følgende dag nægtede at medvirke. Det er i denne sag klart at *T1's* og *T2's* forbrydelse, der bestod i at tilskynde *T4* til at begå manddrab, er en fuldbyrdet forbrydelse. Tilskyndelsen var effektiv. *T4* besluttede sig til at begå mordet. At *T4* næste dag trak sig tilbage kan intet ændre heri.

1968. 186 (Ø), fh. 4: *T1* traf med *T2* aftale om at denne om ca.

1 uge skulle dræbe O med en pistol. Et par dage før drabet skulle finde sted overgav *T1* *T2* en skarpladt pistol, gav hende instruktion i dens betjening, og afholdt skydeøvelser med hende. Endvidere blev det aftalt at drabet skulle udføres i O's vogn, og *T1* overgav *T2* nøglen til vognen. Drabet kom dog ikke til udførelse, idet *T2*, efter i den hensigt at dræbe O at have skjult sig i vognen, opgav sit forehavende. I dette tilfælde har *T1* tilskyndet og med råd og dåd bistået *T2* til at begå et drab. *T1*'s forbrydelse må også i dette tilfælde anses for fuldbyrdet, idet *T2* ikke alene har besluttet sig til at udføre drabet, men endog har forsøgt at gøre det ved at påbegynde iværksættelsen.

Hvis der i tilfælde som disse virkelig skulle foreligge en forsøgs-handling fra *T1*'s side, måtte det betyde at *T1* havde forsøgt at tilskynde eller hjælpe *T2* uden at dette var lykkedes. Hvad hjælp angår kan dette meget vel tænkes. Hvis fx *T1* vil hjælpe *T2* til et indbrud ved at lade en dør stå åben, men ved en fejltagelse gør dette ved en forkert dør, foreligger et ægte tilfælde af forsøg på hjælp. Ved tilskyndelse er det vanskeligere at afgøre om tilskyndelsen har haft effekt eller ej.

Som det senere (i afhandlingen om samvirke, punkt 9) skal blive nærmere begrundet må det imidlertid anses for hensigtsmæssigt at definere såvel bistand som tilskyndelse som rene adfærdsdelikter, altså således at deres gerningsindhold er uafhængig af nogen effekt. Herved bliver såvel »mislykket bistand« som »mislykket tilskyndelse« udtryk uden genstand.

Retspraksis er i overensstemmelse hermed for så vidt der dømmes for meddelagtighed uden at det tillægges nogen betydning om bstanden eller tilskyndelsen har været effektiv. Ofte oplyses der i dommen overhovedet intet herom.<sup>9)</sup> Det fejlagtige er efter min mening at der dømmes blot for *forsøg* på meddelagtighed i de tilfælde i hvilke hovedforbrydelsen ikke fuldbyrdes. Der burde i alle disse 17 domme være dømt for fuldbyrdet forbrydelse, nemlig den forbrydelse der er kriminaliseret ved § x, jfr. § 23, og som består i

<sup>9)</sup> Af de i note 8 citerede domme fremgår det i nogle tilfælde at hovedforbrydelsen er blevet enten forsøgt (nr. 1, 3, 7, 8, 13) eller opgivet (nr. 2, 9, 14), men i de fleste tilfælde fremgår der intet herom af dommen (nr. 4, 5, 6, 10, 11, 12, 15, 16, 17). I intet tilfælde er der tillagt bstandens eller tilskyndelsens effektivitet nogen betydning.

at tilskynde en anden til at begå en forbrydelse, eller yde ham bi-stand hertil – uanset om denne forbrydelse bliver fuldbyrdet eller ej.

Måske vil man indvende, at da disse domme faktisk dømmer for forsøg må de, uanset hvad jeg mener om rigtigheden heraf, tages med i undersøgelsen af forsøgsrådets udstrækning. Svaret er at de i så henseende er uden al værdi. Forsøgsmomentet ligger jo i T2's forhold, og herom oplyser dommene som regel intet. (»T2« behøver ikke at stå for en medtalt). Hvis de gør det er de på den konto medtaget andetsteds i oversigten.

Tilbage af de 32 forsøgsdomme der angår forberedelseshandlinger er herefter 15 der kan klassificeres således:

(a) *Tilfælde i hvilke forberedelseshandling i sig selv vidner om en forbryderisk hensigt.*

1. 1947. 552 (H): T havde forfalsket et legitimationskort men endnu ikke gjort brug af det. Dømt efter § 171 (1), jfr. § 21.
2. 1945. 554 (V): T havde anbragt to kødstrimler forsynet med 1. kl.s stempel i en kasse der indeholdt 2. kl.s kød. Dømt efter analogien af § 176 (1), jfr. § 21.
3. 1938. 370 (Ø): T havde bestilt trykning af 1000 stk. svinekort i den hensigt at sælge dem som ægte. Dømt efter § 171, jfr. § 21 (2).
4. 1936. 1139 (ØN): T havde udfærdiget to falske checks i den hensigt at benytte dem overfor revisionen for at skjule kasse-mangel. Dømt efter § 171, jfr. § 21.
5. 1970. 861 (Ø): T havde udfærdiget falske checks der endnu ikke var taget i brug.
6. 1946. 861 (HN), fh. III: Varetægtsfange T havde skrevet et brev der var bestemt til at cirkulere blandt hans medfanger og hvori han opfordrede disse til at overfalde en vogter. Dømt efter § 119, jfr. § 21.
7. 1968. 814 (V): T havde til en sikkerhedsforvaret indsmuglet metalsav og 6 neglefile til brug ved undvigelse. Dømt efter § 124 (1), jfr. § 21.
8. 1966. 204 (Ø): T var mod vederlag blevet ansat i det østtyske efterretningsvæsen med opgaver i Danmark. Han havde endnu ikke afgivet nogen meddelelse. Dømt efter § 108 (1), jfr. § 21.
9. 1947. 369 (Ø): T havde mod vederlag og efter aftale med den tyske besættelsesmagt forberedt en bladvirksomhed der i til-

fælde af en allieret invasion af Danmark skulle arbejde i tysk interesse. Dømt efter § 101 (2), jfr. § 21. (Daværende § 101 (2) svarer på det nærmeste til nuværende § 102).

10. 1947. 547 (H): *T* havde i Berlin gennemgået et kursus i telegrafi og mod vederlag taget tjeneste i den tyske efterretnings-tjeneste således at han i tilfælde af tysk tilbagetrækning skulle betjene en hemmelig radiosender. Dømt efter § 105, jfr. § 21. (Daværende § 105 svarer på det nærmeste til nuværende §§ 107 og 108).

Det er bemærkelsesværdigt at de første fem af disse domme angår dokumentfalsk. Da denne forbrydelse først fuldbyrdes ved at gøre brug af det falske dokument er forfærdigelsen af det blot en forberedende handling. Denne vil ofte i sig selv være kendelig som objektivt mistænkelig.

Alle domme i denne gruppe dækkes af Julius Lassens kriterium, jfr. ovenfor under punkt 2.

(b) *Tilfælde i hvilke en forberedelsehandling tages med i forbindelse med domfældelse for fuldbyrdet forbrydelse.*

11. 1972. 573 (HN), fh. 43: Samtidig med at *T* blev dømt for en lang række fuldbyrdede forsikringsbedragerier blev han dømt også for forsøg herpå ved at have udarbejdet svigagtige kladdeopstillinger over brandskade.
12. 1968. 870 (ØN): *T* blev fundet skyldig i trussel på livet, gentagne husfredskrænkelser og forsøg på legemsbeskadigelse overfor *O*, det sidste derved at han under et ophold i hendes lejlighed havde blandet ca. 200 g blyhvidt i det i lejligheden værende salt, melis, mel og honning. I forbindelse hermed blev han endvidere dømt for forsøg på manddrab ved nogen tid efter nævnte handling at have indkøbt 5 kg blyhvidt for senere at blande det i *O*'s fødevarer for at dræbe hende.
13. 1936. 498 (H): Samtidig med at *T* blev dømt for fuldbyrdet udsmugling af obligationer blev han dømt også for forsøg herpå ved i udsmuglingsøjemed at have indkøbt obligationer.
14. *Juristens domssamling* 1937, 14: Dom for tilsvarende forhold som nævnt under 13.

De forberedelsehandlinger der er dømt for i disse domme er ganske vist, isoleret betragtet, objektivt uskyldige handlinger, men den sammenhæng med kriminel virksomhed hvori de forekommer giver

dem et mistænkeligt præg. Det er velforeneligt med Julius Lassens princip at inddrage forberedelseshandlinger af denne art under det straffbares område.

(c) Tilbage står én eneste dom der ikke kan dækkes af Julius Lassens kriterium: *Juristen* 1952. 150: *T* havde fyldt en beholder med tin og sat den tilside i den hensigt senere at fjerne den og tilegne sig tinnnet. *T* betænkte sig senere, og ville lægge tinnnet i brokkassen. Forholdet henført under § 276, jfr. § 21. *T* blev frifundet i medfør af § 22.

Man kan herefter roligt fastslå at man ikke i praksis gør brug af straffelovens vidtrækkende forsøgsbegreb til at straffe forberedelseshandlinger der ikke i sig selv vidner om et forbryderisk forsæt. Det må tilføjes at jeg ikke ved gennemgang af domssamlingerne er stødt på tilfælde i hvilke anklagemyndigheden havde rejst tiltale for forsøg, men *T* ved dommen blev frifundet med den begrundelse at *T*'s handlemåde var en så fjern forberedelseshandling at den faldt uden for de ved § 21 afstukne rammer. Dette viser at den fornuftige nedskæring af det straffbare forsøgs område foregår allerede hos anklagemyndigheden. Det er naturligvis glædeligt at vi har en så fornuftig anklagemyndighed. Men det ville nu alligevel være bedre at garantien for, at borgerne ikke generes ved urimelige anklager, lå i loven og hos domstolene.

I teorien har man ment i de subjektive ansvarsbetingelser (forsøgs-viljen) at finde holdepunkt for en rimelig begrænsning af strafbar hedsområdet.<sup>10)</sup> Torps lære om forsøgsviljen bygger på så subtile distinktioner med hensyn til dens karakter (hensigt eller blot forsæt?), modenhed, determinerthed, og fasthed, at det aldrig har været mig muligt at få rede derpå.<sup>11)</sup> Jeg har ikke bemærket nogen dom i hvilken man har beskæftiget sig med denne side af sagen.

#### 6. *Det relevante skel i en forbrydelses udvikling går mellem dens iværksættelse (påbegyndt eller fuldendt) og dens forberedelse.*

I det foregående er straffelovens forsøgsregler kritiseret ud fra det synspunkt, at de udstrækker det straffbare forsøgs område urimelig

<sup>10)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig Del* (1952), 470.

<sup>11)</sup> Torp, *a. st.*, § 41, jfr. §§ 40 og 45.

vidt. Jeg går nu over til en kritik der går ud på at vise, at de begrebsmæssige distinktioner straffeloven arbejder med, og den terminologi hvori de udtrykkes, er uhensigtsmæssige og praktisk vildledende. Den dybereliggende grund hertil er, som nærmere forklaret i den foranstående afhandling »Hensigt er ikke forsæt«, at straffeloven for det meste, under indflydelse af primitiv tankegang, ikke beskriver den kriminaliserede handling direkte, men kun indirekte som den der har bevirket en vis følge. Dette har medført at det afgørende skel med hensyn til en forbrydelses udviklingsstadier af straffeloven sættes ved fuldbyrdelsen, d.v.s. det udviklingsstadium hvor alle de momenter der konstituerer forbrydelseskategorien foreligger realiseret. Når nu ikke blot visse handlinger begået af gerningsmanden, men derudover også visse deraf flydende følger indgår blandt disse momenter, vil det sige af det afgørende skel sættes ved følgens indtræden. Som fuldbyrdet manddrab, for at tage et eksempel, straffes efter § 237 manddrabshandlinger der har medført en andens død. Som forsøg på manddrab straffes efter § 237, jfr. § 21, alle handlinger der sigter mod dette mål hvis det ikke realiseres, altså lige fra den første spæde forberedelseshandling og op til den mest kynisk fuldendte iværksættelse – hvis forsynet veldædigen har afværget følgen. Alle disse højst forskelligartede handlinger slås sammen i en pulje og straffes under fællesbetegnelsen »forsøg på manddrab« efter en strafferamme der går fra den mildest mulige til den strengest mulige straf.

Ovenfor under punkt 2 har jeg citeret Ørsted der siger, at efter rigtige grundsætninger må den fulde straf ramme ikke blot *delictum consummatum* (den fuldbyrdede forbrydelse) men også *delictum perfectum* der foreligger når forbryderen har fuldendt iværksættelsen og således opfyldt forbrydelsesbeskrivelsens *gerningsfaktum*. I anden sammenhæng føjer Ørsted til at det dog nok ud fra visse praktiske hensyn kan forsvares at tillægge følgens indtræden en vis betydning for strafudmålingen.<sup>1)</sup> Hertil kommer at det nu engang er således – selv om det er irrationelt – at folk reagerer anderledes når skade sker end når det er så heldigt at der ingenting sker. Dette viser sig især derved, at uagtsomme handlinger aldrig straffes hvis ingen ulykke er sket.

Lægges disse synspunkter til grund vil man se at det afgørende

---

<sup>1)</sup> Arkiv III, 203.

skel ikke går mellem fuldbyrdet forbrydelse og forsøg, men mellem *iværksættelse* af forbrydelse og *forberedelse* dertil. Da *iværksættelse* som adfærds-fænomenologisk begreb ikke betegner en enkelt handling, men en kontinuerlig serie af handlinger (jfr. ovf. pkt. 4), kan man med Ørsted videre sondre mellem *påbegyndt* og *fuldendt iværksættelse*.<sup>2)</sup>

På dette grundlag kommer man til disse stadier i en forbrydelses udvikling:

- (1) *Beslutningen* om at begå en forbrydelse.
- (2) *Forberedende handlinger* der sigter til forbrydelsens iværksættelse.
- (3) *Påbegyndt iværksættelse*.
- (4) *Fuldendt iværksættelse*.
- (5) *Fuldbyrdet forbrydelse*.

De kriminalpolitiske spørgsmål er to (a) Hvor langt i denne skala strækker det strafbare område sig? Og (b) Er noget af trinene i denne skala relevant med hensyn til strafbarhedens grad? Den gældende straffelov besvarer disse spørgsmål derhen, (a) at det strafbares område udgøres af trinene 2–5 inklusive; og (b) at det relevante skel med hensyn til strafbarhedens grad går mellem trin 5 på den ene side og trinene 2–4 under ét på den anden side, idet der for disse trins vedkommende er hjemlet en fakultativ adgang til straffnedsættelse. Ud fra de her forsvarede synspunkter stiller sagen sig anderledes.

*ad a.* Der er almindelig enighed om at den *ensomme* beslutning om at begå en forbrydelse ikke er eller bør være strafbar, heller ikke selvom den »materialiserer« sig i en meddelelse til andre herom. Sagen stiller sig anderledes når to eller flere i *samråd* beslutter en forbrydelse. Herom henvises til den efterfølgende afhandling »Om samvirke i forbrydelse«.

I tilslutning til Julius Lassen (og Torp), og under henvisning til analysen af dansk praksis, må udstrækningen af det strafbares område til at omfatte alle forberedende handlinger forkastes. Men det

<sup>2)</sup> Begrebet *afsluttet iværksættelse* (ovf. s. 93) er uden relevans ved enkeltmandsforbrydelse.

kan naturligvis være et spørgsmål, om afgrænsningen just skal ske på den måde som foreslået af Lassen, altså efter kriteriet at forsøghandlingen kun er strafbar hvis den efter sin objektive beskaffenhed vækker mistanke om at være foretaget for at fremme en forbrydelse. Især kan det diskuteres om man *ad modum* denne model skal søge et abstrakt kriterium for strafbarheden, eller man, som det er gjort i svensk *Br B* 23:2, skal opregne mere konkret hvilke handlinger der skal straffes.<sup>3)</sup> Da jeg dårligt kan tænke mig andet end at en opremsning altid må blive ufuldstændig, er jeg tilbøjelig til at foretrække en abstrakt formulering som Lassens.

*ab b.* Ørsted sagde, som just omtalt, at »efter rigtige grundsætninger« bør trin 4 straffes lige så strengt som trin 5, altså efter den i straffelovens specielle del foreskrevne strafferamme for vedkommende forbrydelseskategori. Selv har jeg i afhandlingen »Hensigt er ikke forsæt« betegnet den i gældende ret hjemlede adgang til strafnedsættelse i trin 4 som en »irrationel koncession«. Dette må forstås i overensstemmelse med det jeg i min bog *Om Ret og Retfærdighed* har udviklet om retsfølelsen som en åndelig-klimatisk omstændighed, d.v.s. ikke som en rettesnor for det rigtige, men som en omstændighed der som alle andre må indkalkuleres i lovgiverens rationelle overvejelser over hvorledes lovgivningen bedst skal indrettes for at tjene de formål han ønsker fremmet.<sup>4)</sup> Dette synspunkt er af særlig vigtighed for strafferettens vedkommende. Som fremhævet især af Ekelöf, er straffelovens generalpræventive funktion afhængig af at straffen af befolkningen opfattes som retfærdig og det vil sige at den står i rimeligt forhold til den dømtes moralsk-retlige skyld.<sup>5)</sup> Forsåvidt det nu er en kendsgerning at mennesker, formentlig også de mest gennemreflekterede, reagerer anderledes

---

<sup>3)</sup> »Den som, med uppsåt att utföra eller främja brott, lämnar eller mottager penningar eller annat såsom förlag eller vederlag för brottet eller ock anskaffar, förfärdigar, lämnar, mottager, förvarar, fortskaffar eller tager annan dylik befatning med gift, sprängämne, vapen, dyrk, förfalskningsverktyg eller annat sådant hjälpmedel, skall i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för förberedelse till brottet, om han ej är förfallen till ansvar för fullbordat brott eller försök.«

<sup>4)</sup> *A. st.*, 465 f.

<sup>5)</sup> Per Olof Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet* (1942), 35, jfr. *TfR* 1968, 129.

når skade er indtrådt end når den ikke er det, ligger heri en real grund for lovgiveren til at give spillerum herfor i strafudmålingen. Det følger imidlertid ikke heraf at loven nødvendigvis må hjemle en adgang til strafnedsættelse for det mislykkede, fuldenkte forsøg. Hvis loven, således som vor nugældende straffelov, arbejder med strafferammer af stor elasticitet, vil der indenfor rammen være tilstrækkeligt spillerum til at tillægge den omstændighed, at ingen skade er sket, en vis betydning for strafudmålingen. Hermed stemmer det at adgangen til strafnedsættelse efter § 21 (2) ifølge v. Eybens undersøgelser af et stort materiale overhovedet ikke har haft nogen praktisk betydning.<sup>6)</sup> Reglen i § 21 (2) må forstås på den baggrund at forsøg tænkes at omfatte selv fjerne forberedelseshandlinger. Når disse udskilles fra det strafbares område – således som de allerede er blevet det i praksis – forsvinder behovet for en hjemmel til at gå under strafferammens minimum. Vi kan altså konkludere at grænsen mellem trin 4 og trin 5 er irrelevant for lovgiveren, men har en vis betydning for dommeren ved udmåling af straffen.

Trin 3 repræsenteres i materialet af de 17 domme anført ovf. s. 97 note 7. I disse tilfælde er iværksættelsen påbegyndt men ikke blevet ført igennem efter planen. *T* har fx skjult sig i *O*'s vogn for at dræbe hende, men opgivet det (1968. 186 (Ø), fh. 4 og 5). Eller *T* har indfundet sig på en ejendom i den hensigt at stifte brand, men er blevet forhindret heri ved anholdelse (1965. 770 (HN)). Eller *T* har søgt at hyre en vognmand i den hensigt at røve penge fra ham, men det blev ikke til videre da vognmanden nægtede at lade sig hyre (1962. 686 (HN), fh. IV). Eller *T* tilbød i uterlig hensigt en 9-årig pige 1 kr. for at køre tur med ham i hans bil, men pigen ville ikke (1966. 596 (HN), fh. 5, jfr. 1960. 372 (HN), fh. 7 og 8). Når iværksættelsen er standset på halvvejen kan det være enten fordi han er blevet forhindret (chaufføren vil ikke køre, pigen ikke lade sig lokke), eller fordi *T* frivilligt opgiver sit forehavende.

Det forekommer mig ikke urimeligt principielt at sidestille dette trin med trin 4, altså det fuldenkte forsøg. Det afgørende skel må ligge mellem trin 2, altså de blotte forberedelseshandlinger, og trin 3. Så længe manden endnu er på forberedelsernes stadium er der stadig mulighed for at opgive det hele, slå det hen som en tanke man blot legede med. Der er betydelig forskel på at forskaffe sig

<sup>6)</sup> W. E. von Eyben, *Strafudmåling* (1950), 77, jfr. 230.

falske nøgler eller et våben, og at skride til værks for at anvende nøglen eller våbenet. Når man skrider til værks er terningerne kastede: beslutningen er definitiv, ikke længere en fremtidig mulighed, men aktuell virkelighed. Hvis iværksættelsen ikke fuldendes fordi  $T$  støder på uforudsete forhindringer er det en tilfældig omstændighed der ikke formindsker hans skyld. Det er derimod tilfældet hvis han selv fortryder sit forehavende og derfor opgiver det. I så fald kan der være behov for en strafnedsættelse.

Til fordel for principielt at sidestille de to trin taler også en teknisk omstændighed. Som omtalt ovf. under punkt 4 er det ved korrelatforbrydelser vanskeligt at skelne påbegyndt iværksættelse fra den fuldendte. Voldtægt fx er fuldbyrdet når samleje er fremtvunget. Men hvornår er iværksættelsen fuldendt og hvornår blot påbegyndt? Tilsvarende vanskelighed gælder med hensyn til indbrudstyveri. Hvis indbrud har været foretaget eller forsøgt, men fuldbyrdelse af den ene eller anden grund er blevet forhindret eller opgivet, er tilfældet i min opgørelse henregnet til trin 4, fuldendt iværksættelse. Men disse tilfælde glider jævnt over i sådanne hvor påbegyndt iværksættelse er blevet afbrudt på et tidligere udviklingsstadium, se fx U 1972. 896 (HN), fh. I B, hvor forehavendet blev opgivet fordi  $T$  på vej til gerningsstedet følte sig iagttaget af politiet. Det har derfor ved klassificeringen undertiden været vanskeligt at sondre mellem trin 3 og trin 4. En tilsvarende vanskelighed har derimod ikke gjort sig gældende med hensyn til at skelne trin 2, forberedelsesstadiet, fra trin 3, den påbegyndte iværksættelse. Selvfølgelig kan også her tvivlsomme grænsetilfælde melde sig. Men *typisk* adskiller forberedelse sig klart fra iværksættelse.<sup>7)</sup>

Det afgørende skel bør altså sættes ved springet fra forberedelse til iværksættelse. Det er i det foregående antaget at forberedelses-

---

<sup>7)</sup> Det argument mod at basere retsregler på en vis sondring, at denne sondring ikke er skarp og derfor vanskelig at operere med, samtidig med at den let fører til vilkårlig forskelsbehandling af ensartede tilfælde, er efter omstændighederne af forskellig vægt. Dets vægt er stor hvis den emnesfære, der er sondringens genstand, er sådan sammensat, at emnerne hober sig op i stort antal omkring en middelværdi, netop der hvor skellet sættes. Dets vægt er lille hvis emnesfæren er sådan sammensat, at emnerne typisk ligger klart på den ene eller anden side af skellet. Det første er tilfældet hvis man ville sondre mellem smukke og grimme mennesker. Det andet er tilfældet med en sondring efter køn: der kan forekomme vanskelige tvivlstilfælde men typisk er sondringen klar.

handlinger kun er strafbare forsåvidt de efter deres objektive beskaffenhed vækker mistanke om at være foretagne i forbryderisk øjemed. Da, sammenlignet med de handlinger der efter gældende lov er strafbare som forsøg, såvel toppen som bunden er skåret af (toppen: den fuldendte og den påbegyndte iværksættelse; bunden: de i sig selv uskyldige forberedelseshandlinger) vil det nok være rimeligt at foreskrive obligatorisk strafnedsættelse og fastsætte grænser for straffen ihvertfald opad.

### *7. Foreløbigt formuleringsudkast, ikke samarbejdet med meddelagtighed.*

Skal de i det foregående skitserede tanker omsættes i lovsprog opstår en række problemer der ikke kan drøftes i denne sammenhæng, allerede fordi de ikke kan diskuteres isoleret, men kun i forbindelse med forskellige andre problemer der vil rejse sig ved en eventuel revision af straffeloven. Jeg kan kun kort antyde hvad det drejer sig om.

Ét spørgsmål er, om man, som i vor nugældende lov, skal sigte mod i straffelovens almindelige del at give regler der generelt foreskriver i hvilket omfang, og hvorledes, forstadierne til den fuldbyrdede forbrydelse straffes; eller om man, således som i den svenske *B7B*, skal nøjes med i den almindelige del at definere de relevante kategorier (*försök*, *förberedelse*, og *stämpling*) med tilhørende strafferammer, men overlade det til den specielle del for hver enkelt forbrydelse (eller gruppe af forbrydelser) at angive hvorvidt andet end fuldbyrdet forbrydelse straffes.

Andre spørgsmål er *om* man skal foreskrive at de kriminaliserede handlinger straffes »som forsøg« (straffl. § 21), som »forberedelse«, som »påbegyndt iværksættelse« – eller hvilke begreber man nu arbejder med – eller om man skal nøjes med alene at angive hvilke handlinger der straffes, og hvorledes; *om* man skal omtale en person eller en handling som straffens genstand, eller muligt bruge disse vendinger i flæng; og *om* reglerne om forstadiernes strafbarhed skal udarbejdes med enkeltmandsforbrydelse for øje, eller om de også skal tage sigte på fleres samvirke til forbrydelses begåelse.

Uden at gå ind herpå og særligt med det forbehold, at jeg slet ikke har taget integrationen med meddelagtighedsreglerne i betragtning, giver jeg forsøgsvis følgende udkast til formulering:

*Den for en forbrydelse foreskrevne straf finder anvendelse på den, der har påbegyndt dens iværksættelse.*

*Handlinger til forberedelse af en forbrydelse, som efter deres beskaffenhed, eller de omstændigheder hvorunder de er foretaget, må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed, straffes, når forbrydelsen ikke iværksættes, med en straf, der højst kan gå op til halvdelen af størstemålet af den straf, der er foreskrevet for iværksat forbrydelse.*

Hertil kommer så regler om tilbagetræden fra »forsøg«, se den efterfølgende afhandling »Om tilbagetræden fra forbrydelse«.

# Endnu engang »straffens formål«

## ET GENSVAR TIL PROFESSOR JOHS. ANDENÆS

Professor Johs. Andenæs, norsk strafferetsvidenskabs førende mand, er i *Tidsskrift for Rettvitenskap* (1971, side 151 f.) fremkommet med et kritisk indlæg mod min afhandling »Straffens formål« (optrykt i *Skyld, ansvar og straf* (1970), side 55 f.). Jeg havde med spænding imødeset reaktioner fra kyndig side på den række af strafferetsfilosofiske indlæg som jeg i de senere år har publiceret. Det var derfor med stor interesse jeg læste Andenæs' indlæg. Men jeg må tilstå at det skuffede mig. Ikke fordi det indeholdt kritik. Det er en videnskabsmands naturlige og sunde kost. Men fordi det på få sider indeholder så mange urigtigheder og misforståelser at det giver læseren et helt forvansket billede af mine tanker. For at klargøre dette vil jeg begynde med selv at referere den grundtanke jeg har givet udtryk for i de skrifter Andenæs citerer, den grundtanke, som han retter sin kritik mod. Derefter vil jeg sammenholde dette referat med Andenæs' kritik. Da nogle terminologiske betragtninger over brugen af ordet »formål« spiller en vis, men naturligvis ingen afgørende rolle i min tankegang, såvel som for den fremsatte kritik, vil jeg, for at få det væsentlige frem så rent som muligt, i første omgang se bort herfra i referatet.

Den bærende tanke i det jeg har skrevet er at man i den gængse diskussion under rubriken »straffens formål«, specielt om dette er gengældelse (retribution) eller prævention, har låst sig fast i en problemstilling der suggererer til den antagelse, at det drejer sig om *et* spørgsmål og *et* svar, medens det virkelige forhold er at der bag denne formel skjuler sig en række kategorialt forskellige spørgsmål der kræver kategorialt forskellige svar.<sup>1)</sup> Nærmere bestemt har jeg

---

<sup>1)</sup> *Skyld, ansvar og straf* (i det følgende citeret som *Skyld*), 56–57.

påvist at det spørgsmål der stilles kan angå enten (1) den *interesse* samfundet har i at straffe; eller (2) de retlige, eller (3) de moralske hensyn der begrunder og begrænser statens *ret* til at straffe. Og disse kategorialt forskellige spørgsmål antager helt forskellig karakter eftersom hvad der nærmere tænkes på med »straffen«: Det kan være (1) straffeinstitutionen som sådan; (2) straffelovgivningen; eller (3) dommen og dens fuldbyrdelse.<sup>2)</sup>

På denne måde opløser spørgsmålet om »straffens formål« sig i  $3 \times 3 = 9$  forskellige problemstillinger der systematisk gennemgås. Det vises at de ikke alle har lige god mening. Hvad angår straffeinstitutionen som sådan, altså uden hensyn til straffelovgivningens nærmere indhold, kan man spørge om, hvilken interesse eller funktion der knytter sig til den, medens spørgsmål om, med hvilken juridisk eller moralsk ret den findes næppe har mening.<sup>3)</sup> Hvad straffelovgivningen angår kan man derimod spørge såvel om, hvilke interesser der dermed tilsigtes fremmet, som om, med hvilken ret staten kriminaliserer visse handlinger.<sup>4)</sup> Hvad endelig dommen og håndhævelsen angår synes det ikke at have nogen mening at spørge om, hvilken interesse der herved befordres: lovens håndhævelse tjener ingen selvstændig interesse ud over den der ligger bag loven selv. Derimod er det relevant at spørge, hvorledes samfundets ret til at påføre et bestemt menneske lidelse gennem straf begrundes og begrænses.<sup>5)</sup>

Noget forenklet (idet vi kan se bort fra den noget subtile sondring mellem straffeinstitutionen som sådan og straffelovgivningen) viser gennemgangen at følgende spørgsmål bliver tilbage som meningsfulde:

1. Hvilken *interesse* eller funktion tjener straffelovgivningen?
2. Hvorledes begrundes og begrænses statens moralske *ret* til at kriminalisere visse handlinger?
3. Hvorledes begrundes og begrænses statens moralske *ret* til at påføre individet lidelse gennem straf?

Af disse kan vi se bort fra nr. 2 der angår sådanne spørgsmål som fx spørgsmål om statens ret til at straffe religiøs bekendelse eller

<sup>2)</sup> *a. st.*, 68 f.

<sup>3)</sup> *a. st.*, 72–73, jfr. det foregående.

<sup>4)</sup> *a. st.*, 73 f.

<sup>5)</sup> *a. st.*, 81 f.

handlinger der anses som stridende mod moralen, fx pornografi. Spørgsmål af denne art indgår nemlig ikke i den traditionelle diskussion om »straffens formål«. <sup>6)</sup>

De resterende to spørgsmål, nr. 1 og nr. 3, er kategorialt forskellige, for det første er et spørgsmål om *interesse*, det andet et spørgsmål om *moral*. Det første er et spørgsmål om, hvilke interesser der motiverer samfundet til at kriminalisere visse handlinger, fx tyveri. Vi kan også sige at det er spørgsmålet om, hvilke samfundsmæssige virkninger der tilstræbes realiseret gennem straf. Det andet er spørgsmålet om, hvor langt statens moralske ret til at søge disse interesser fremmet strækker sig. Selvom en interesse i og for sig er agtværdig er det muligt at modstående hensyn trækker en grænse for hvorledes interessen kan søges fremmet. Således her: Spørgsmålet er om hensynet til individets retssikkerhed og autonomi ikke må sætte en grænse for under hvilke betingelser en mand kan idømmes straf og for straffens størrelse.

Når de to spørgsmåls kategorialt forskellige mening er klarlagt, giver det sig let at også deres respektive besvarelser må være kategorialt forskellige. Spørgsmålet om, hvilken interesse staten har i at give visse straffelove kan ikke tænkes besvaret på anden måde end ved at henvise til de tilsigtede samfundsmæssige virkninger: Prævention eller bredere sagt adfærdsdirektion.<sup>7)</sup> Loven om straf for tyveri tilsigter (i forbindelse med andre straffebestemmelser) at muliggøre en vis ejendomsordning ved at motivere folk til ikke at handle i strid med dens mønster. Lovgivningen om straf for færdselsforseelser tilsigter at muliggøre en glidende trafik med så få ulykker som muligt o.s.v. Ingen vil formentlig bestride at det *faktisk* er disse virkninger staten er interesseret i at fremkalde. Spørgsmålet er, om det er rigtigt, som jeg har gjort, at sige at spørgsmålet ikke kan *tænkes* besvaret på anden måde, specielt at det ville være meningsløst at sige at gengældelse, d.v.s. efterkommelse af en formentlig moralsk pligt til at gengælde ondt med ondt, skulle være statens tilsigtede mål med straffelovningen, altså den effekt den er interesseret i at fremkalde.

<sup>6)</sup> Spørgsmålet omtales *a. st.*, 78, hvor det siges at gengældelsestanken ikke har nogen rimelig mening som svar på dette spørgsmål. Det kan kun tænkes besvaret ud fra utilitaristiske linier, d.v.s. ved en henvisning til lovens formentlige samfundsnyttige virkninger målt i forhold til ulemper og tab.

<sup>7)</sup> *a. st.*, 70-71 og 73.

Ja, det ville være meningsløst – så meningsløst som at sige at Nixon sover hurtigere end Johnson. Tankegangen skulle være følgende. Der er et etisk princip der kræver at ondt skal gengældes med ondt. En anvendelse af dette princip er at staten bør gengælde onde handlinger (forbrydelser) med straf. I sin straffelovgivning opfylder staten denne pligt fordi den er interesseret i at det etiske princip fyldestgøres. Der kan være mening i denne tankegang ud fra den magisk-religiøse forestilling at forbryderen gennem sin gerning pådrager det hele samfund en skyldsmitte der udsætter det for gudernes straf om ikke samfundet renser sig selv ved at straffe forbryderen. Men hvis vi ser bort fra sådanne forestillinger der ikke længere er virksomme i moderne samfund, og i stedet antager at det etiske princip efterleves af staten af ren respekt for dets gyldighed, er det meningsløst at tale om at staten handler af interesse for at se dette princip fyldestgjort.<sup>8)</sup> Den der handler af pligt handler netop ikke af interesse. Det ville være som at sige, at den der betaler sin gæld fordi han anser det for sin pligt gør det fordi han er interesseret i at opretholde princippet om tro og loves ubrødelighed. Han *kan* være interesseret i at betale, nemlig hvis han gør det for at undgå rykkerskrivelser, ringeagt, retssag og andre fortrædeligheder. Men hvis han gør det af ren pligt er det meningsløst at tale om at han gør det af nogen som helst interesse.<sup>9)</sup>

At gengældelsessynspunktet slet ikke hører hjemme (ikke er adækvat) i denne sammenhæng indiceres også deraf at det ihvertfald ikke kan anføres med henblik på den store del af straffelovgivningen der ikke angår handlinger der i sig selv er fordømmelige (*mala per se*), men handlinger der kun er fordømmelige fordi de er forbudte (*mala quia prohibita*), fx færdselsforseelser.<sup>10)</sup>

<sup>8)</sup> *a. st.*, 71 og 73.

<sup>9)</sup> Om interesserede og uinteresserede motivationer, se *Om Ret og Retfærdighed* (1953), §§ 89 og 90.

<sup>10)</sup> *Skyld*, 73. Andenæs skriver (s. 152): »En gjengjeldelsesteori har vel aldrig været hevdet for andet enn de handlinger som opfattes som umoralske i sig selv («mala per se»«). Han giver ingen dokumentation for denne antagelse og den er formentlig forkert. Jeg mindes fx ikke at Kant eller Binding begrænser deres teori på denne måde. Mon ikke Andenæs' antagelse simpelthen er udtryk for, at han har indset at det for handlinger der ikke har denne karakter er oplagt meningsløst at tale om at gengældelse skulle være straffelovens formål. Derfor formoder han at gengældelsesteoretikerne må have begrænset deres teori på angivne måde. Men formodningen er urigtig fordi gengældelsesteoretikerne slet ikke beskæftiger sig med straffelovens formål, se omtalen af Kant og Karl Binding, *a. st.* 82 f. og 93 f.

At ejheller de klassiske gengældelsesteoretikere har anført gengældelsessynspunktet i *denne sammenhæng* fremgår deraf, at det hos dem anvendes til at begrunde en *ret* for staten til at straffe, medens princippet, dersom det tages som det der motiverer staten til at straffe, må forstås som begrundende en *pligt* for staten hertil.

På tilsvarende måde symmetrisk med hensyn til det andet spørgsmål, spørgsmålet om, hvorledes statens ret til ved dom og eksekution at påføre individet lidelse begrundes og begrænses. Dette spørgsmål er et moralsk spørgsmål og kan kun tænkes besvaret ved henvisning til et moralsk princip, ikke ved henvisning til statens faktiske interesse. Spørgsmålet er jo netop hvor langt det er berettiget at forfølge denne interesse. Forsåvidt valget står mellem gengældelse og prævention<sup>11)</sup> kan svaret kun blive gengældelse: Statens ret til at straffe et bestemt individ er betinget af at han er skyldig gerningsmand. Herved udelukkes som moralsk forkasteligt *vikarierende ansvar* for andens gerning (kollektive straffe, straf af gidsler) og *stricte ansvar*, d.v.s. straf uden tilregnelser. Endvidere kræves det at *straffens størrelse* står i rimeligt forhold til den dømtes skyld. Det er disse tre restriktive principper der samles under navn af gengældelses- eller skyldprincippet: Statens moralske ret til at straffe et bestemt individ begrundes og betinges af dettes skyld.<sup>12)</sup>

Jeg mener hermed at have forklaret det centrale i min analyse: Spørgsmålet om statens interesse i at straffe (d.v.s. at give og håndhæve straffelove) og spørgsmålet om statens ret til at straffe (d.v.s. ved dom og eksekution at påføre et individ lidelse) er to kategorialt forskellige spørgsmål der kræver kategorialt forskellige svar. Det er lige så meningsløst at anføre gengældelse som svar på det første spørgsmål som det er at anføre prævention som svar på det sidste. Men det er netop en sådan meningsløs sammenblanding af kategorierne der finder sted når man opstiller prævention og gengældelse som alternative besvarelser af et og samme spørgsmål, spørgsmålet om straffens »formål«.

Jeg har i det foregående fremstillet mine synspunkter uden anvendelse af ordet »formål« og uden at gå ind på de semantiske synspunkter jeg i denne forbindelse har anlagt. Jeg skal nu berøre denne side af sagen. Den er ikke væsentlig. Hvad man end vil mene om semantikken er den saglige analyse uberørt heraf.

<sup>11)</sup> Jfr. herom i det følgende.

<sup>12)</sup> *a. st.*, 84 f.

Det semantiske synspunkt går ud på at ordet »formål« efter sædvanlig sprogbrug netop bruges til at betegne den fremtidige virkning som en handlende er interesseret i at fremkalde gennem sin handling.<sup>13)</sup> Overalt hvor jeg i det foregående har spurgt om hvad statens interesse er i at give straffelove kunne jeg derfor lige så vel have spurgt om, hvad straffelovens formål er. Og følges denne sprogbrug er det meningsløst at sige at dette formål er gengældelse.

Min kritiker finder imidlertid at der ikke er noget sprogligt stødende i at sige at gengældelse (det vil sige at sørge for at retfærdig gengældelse sker) er straffens formål (s. 153). Man må da spørge ham om, hvad han forstår ved en handlings formål. Hvis det er den effekt den handlende er interesseret i at fremkalde er udsagnet som påvist meningsløst, selvom meningsløsheden på grund af de komplicerede og abstrakt omtalte saglige sammenhæng ikke er umiddelbart indlysende som når man siger, at Nixon sover hurtigere end Johnson. Udsagnet, at straffens formål er gengældelse, kan snarere sammenlignes med udsagnet, at tanken bevæger sig hurtigere end lyset. Det kræver nogen refleksion at indse at også dette er meningsløst.

Når jeg nu i det følgende vender mig mod Andenæs' gengivelse og kritik af mine synspunkter ser jeg bort fra det just berørte semantiske spørgsmål der som sagt ikke er af væsentlig betydning.

Det centrale i hans kritik er, at det er urigtigt af mig at hævde at det er *meningsløst* at tale om at gengældelse skulle være straffens (straffelovenes) formål, respektive at prævention skulle være det der begrunder statens moralske ret til at straffe. Det tager sig ud for min kritiker som foreligger der en glidning i min tankegang. Han går nemlig ud fra, at når jeg taler om, hvorvidt et svar er et *adækvat* svar, så mener jeg hermed, at det er det svar som har de bedste grunde for sig. Men det er naturligvis ikke det samme, fortsætter han, som at det er *uden mening* at diskutere andre svar. Da jeg imidlertid også bruger denne vending er det tegn på at der er foregået en glidning fra »adækvat« til »meningsløs« (s. 152–53).

Dette beror på en misforståelse. Når jeg taler om hvorvidt et svar er adækvat eller ej i sammenhæng med et vist spørgsmål, mener jeg ikke hvorvidt svaret er mere eller mindre velbegrundet, men om

<sup>13)</sup> *Ordbog over det danske sprog* angiver ordets nutidige, gængse betydning således: »Genstand for virksomhed eller stræben; forestilling om hvad man skal virkeliggøre eller (sjældnere) tage i besiddelse; hensigt; øjemed; ende; endemål«.

det overhodet (kategorialt) passer ind i sammenhængen – således som fx ordet »hurtig« ikke er adækvat til beskrivelse af Nixon's søvn. Det ville også være ejendommeligt at bruge et så specielt udtryk og tale om spørgsmålenes kategoriale forskellighed hvis meningen bare var at sige at svaret ikke er velbegrundet. Kort og godt: jeg mener uforkortet og uden glidning hvad jeg har sagt mangfoldige steder i afhandlingen: det savner ikke bare sandhed men mening at forbinde gengældelse med straffens (straffelovens) formål og prævention med straffens (afstraffelsens) moralske berettigelse.

Uanset denne mistydning er det naturligvis et spørgsmål om jeg har ret i min analyse. Jeg kan ikke se at Andenæs har fremført argumenter der viser at jeg ikke har det.

Hans første argument, at der sprogligt ikke er noget stødende ved at sige at straffens (straffelovens) formål er gengældelse, har jeg drøftet ovenfor. Sådan noget lader sig sige, men ikke med god mening.

Dernæst anfører Andenæs at mit hovedargument, såvidt han forstår, er, at det er *indlysende* at statens moralske ret til at straffe er begrænset af krav om skyld, og at man derfor ikke *fornuftigvis* kan tage afstand fra kravet om gengældelse i denne relation. Men det betyder ikke, fortsætter han, at et andet standpunkt er uden mening (s. 154). Også denne kritik beror på en misforståelse. Jeg har intetsteds talt om at nogen bestemt moralsk opfattelse vedrørende statens ret til at straffe skulle være indlysende. En sådan påstand ville ligge milevidt fra de synspunkter om moralske udsagns gyldighed jeg har forfægtet gennem en livslang produktion. Hvad jeg har sagt er at svaret på spørgsmålet om statens moralske ret kun kan søges i et moralsk princip, og at det derfor (når valget står mellem prævention og gengældelse) kun kan søges i gengældelse som udtryk for et moralsk princip. Men jeg påpeger at denne begrundelse ikke er den eneste tænkelige. Statens ret til at påføre individet straffens lidelse kan besvares ud fra to væsensforskellige synspunkter. Efter det ene udledes statens ret af et etisk princip, retfærdighedens princip om retfærdig gengældelse. Efter det andet udledes berettigelsen af straffens samfundsnyttige virkninger.<sup>14)</sup> Og jeg siger videre at en moral-kritisk vurdering ikke kan blive stående ved at acceptere et retfærdighedsprincip som umiddelbart givet i vor moralbevidsthed (som

<sup>14)</sup> a. st., 91. Underforstået: i forbindelse med et utilitaristisk moralprincip.

»indlysende«), men må kræve en værdirationel begrundelse af det strafferetlige skyldkrav. I tilslutning til H. L. A. Hart har jeg skitseret en sådan begrundelse.<sup>15)</sup>

Et sted tillægger Andenæs mig den mening »at den som oppstiller gjengældelse som straffens formål, dermed gir uttrykk for at det er *likegyldig* om straffen forhindrer forbrytelser«. Og tilføjer at det naturligvis ikke er tilfældet (s. 153).

Jeg må bestride at have givet udtryk for en sådan mening. Tværtimod skriver jeg det pågældende sted »at der vel aldrig er nogen gengældelsesteoretiker der har ment at straffelovene ikke tilsigter at afholde folk fra at begå forbrydelser«. Og så tilføjer jeg hypotetisk: »Hvis man virkelig gjorde alvor af den tanke, at straffelovene ikke har præventive formål, men at det eneste af interesse er, at skyld gengældes, måtte konsekvensen være at det er ligegyldigt set fra statsmagtens side, om der begås få eller mange mord, når blot de der begås straffes«. <sup>16)</sup> Jeg tillægger altså ikke en gengældelsesteoretiker den opfattelse Andenæs kritiserer, men siger at den ville være en konsekvens hvis han fornægtede de præventive formål. Og det er vel ligetil. Mine udtalelser er så klare og præcise at det er mig næsten uforståeligt at de har kunnet så fuldstændigt mistydes.

I det store og hele efterlader Andenæs' indlæg det indtryk, at når min overeksponerede tale om, at modsætningen mellem gengældelse og prævention som mulige formål for straffen er meningsløs, skæres væk, bliver der det rigtige tilbage, at problemstillingen kan tiltrænge uddybning og specialisering, men at dette i grunden ikke siger andet og mere end hvad Andenæs selv har sagt i *Alminnelig strafferecht*. Jeg tror ikke denne vurdering er træffende. Min beskedenhed forbyder mig at udtale mig nærmere derom.

---

<sup>15)</sup> *a. st.*, 89–90, jfr. *Skyld*, 124–25

<sup>16)</sup> *a. st.*, 71–72.

# Om samvirke i forbrydelse\*

## 1. Meddelagtighedens problemer er i første række af lovgivningsteknisk natur.

Dansk doktrin om meddelagtighed i forbrydelse har udviklet sig tildels efter samme linier som læren om forsøg.<sup>1)</sup> Den begynder med en realistisk, analytisk fremstilling hos Ørsted som man endnu den dag i dag læser med udbytte. Man føler sig hjemme. Med Bornemann, og især med Goos, sætter naturretligt prægede filosofiske grublerier ind. Læren om kausalitet og viljens frihed (der bryder årsagskæden) fører til vidtløftige spekulationer over meddelagtighedsstraffens *retsgrund* som ingen i dag fatter hvad er, om han ikke er indlevet i nedarvet, naturretlig tankegang. Goos skriver hundredvis af sider herom – men når aldrig frem til en retsvidenskabelig behandling af meddelagtighedens problemer.

Med Getz' afhandling »Om den såkaldte delagtighed i forbrydelser« (1875) kulminerer de begrebslige konstruktioner uden rod i realiteter og reale hensyn. Nu har blot piben fået en anden lyd. Medens Goos hævdede at den meddelagtiges handling ikke i sig selv var retsstridig (på grund af en mellemkommende, ansvarlig persons fri handling), og derfor udkrævede en ny selvstændig, accessorisk retsgrund; så postulerede Getz derimod en ubrudt kausalitet, og benægtede derfor enhver forskel mellem gerningsmænd og såkaldt meddelagtige. Enhver handling der er betingelse for en retskrænkelses indtræden er en overtrædelse af det straffebed der værner retsgodet. De såkaldt meddelagtige er gerningsmænd såvel som de der går under dette navn. I kausalitetslærens mørke er alle katte grå. Resultat: Særlige straffebed om meddelagtiges strafbarhed er overflødige. Straffelovens bestemmelse om straf for den der dræber en anden er

---

\*) Ved citering af domme angives den dømmende instans ved følgende forkortelser: U = underret; V = Vestre Landsret; H = Højesteret; SH = Sø- og Handelsretten. Et tilføjet »N« angiver at sagen er en nævningesag. »fh« + index anvendes til at markere hvilket af flere pådømte forhold der refereres til.

<sup>1)</sup> Se ovenfor side 80 f.

direkte anvendelig, fx også på den der har lånt den direkte drabsmand en revolver til at udføre drabet med.<sup>2)</sup>

Denne lære er i den grad i strid med livets realiteter og sund fornuft at Getz selv, da han senere havde lejlighed til ved udformningen af den ny norske straffelov af 1902 at føre sine tanker ud i livet, ikke gjorde det og ikke kunne gøre det.<sup>3)</sup> Han slettede ganske vist enhver regel om meddelagtighed i straffelovens almindelige del. Men til gengæld blev det i den specielle dels forbrydelseskatalog markeret hvorvidt den enkelte bestemmelse omfattede også medvirken til forbrydelsen.

Torp accepterede Getz' lære. Også han benægtede at en mellemkommende, tilregnelig, menneskelig handling skulle gøre nogen principiel forskel med hensyn til »ansvarsgrundlaget«. Det afgørende er beregneligheden, og den er snarere større hvad normale end hvad unormale personer angår. Den meddelagtiges handling er lige så objektivt retsstridig som gerningsmandens, og der kan efter omstændighederne være grundlag for en mildere bedømmelse, en straffenedsættelse, såvel for den ene som for den anden.<sup>4)</sup>

Såvel Torp som Getz taler i overensstemmelse med almindelig sprogbrug om henholdsvis »gerningsmænd« og »meddelagtige«, og mener hermed øjensynlig at gerningsmand er den der har »sat den sidste naturårsag i bevægelse«. Men de benægter at denne sondring er strafferetlig relevant. For den strafferetlige bedømmelse er de som medvirkende faktorer alle i den forstand »gerningsmænd«, at deres handling er objektivt retsstridig og rammes umiddelbart af det bud i forbrydelseskataloget der værner det pågældendes retsgode.<sup>5)</sup>

<sup>2)</sup> Se optrykket i Bernhard Getz, *Juridiske afhandlinger* (1903), 3 f., især 9 og 15 f. »Man må spørge: Har angjeldende bevirket eller medvirket til det rettsbeskyttede godes krenkelse eller ei? Har han det, så er han opphavsmann, følgelig gjerningsmann og følgelig likefrem *skyldig efter det spesielle lovbud* [i straffeloven]« (G.s udh.), *a. st.*, 15. Dette udføres i det følgende med eksempel i kriminalloven 14-1 om den der forvolder en andens død.

<sup>3)</sup> Se G. Astrup Hoel, *Delagtighet i forbrydelser* (1941), 131 f., især 138 f.; Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett* (1956), 279; Jon Skeie, *Den norske strafferett* (2. udg. 1946), 314.

<sup>4)</sup> *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905, 1918), 555 f., især 578.

<sup>5)</sup> Torp, *a. st.*, 577, 596, 597; om Getz, se ovenfor note 2. Torp siger, såvidt jeg har bemærket, intetsteds udtrykkeligt at forbrydelseskatalogets straffebud, rigtigt forstået, er direkte anvendelige på den meddelagtige, men dette må være den iboende konsekvens af hans tilslutning til Getz' forårsagelseslære.

Heller ikke Torp gennemførte dette synspunkt i det udkast til en straffelov han fremlagde i 1917 (der i det væsentlige gik igen i *U III* 1923 og i straffeloven af 1930). Der indsattes nemlig i straffelovens almindelige del (nu lovens § 23) en bestemmelse om, at »den for en lovovertrædelse givne straffebestemmelse omfatter alle der ved tilskyndelse, råd, eller dåd har medvirket til gerningen« – altså en særskilt hjemmel for de meddelagtiges strafbarhed.

I stedet for at udfylde dette højst abstrakte rids over doktrinen op til straffeloven af 1930 vil jeg fremhæve et enkelt synspunkt der efter min opfattelse er den fundamentale misforståelse der ligger til grund for den besynderlige lære, at der ikke er nogen strafferetlig relevant forskel mellem den der har begået et drab og den der har tilskyndet ham hertil, eller på en eller anden måde været ham behjælpelig hermed, fx med at fremskaffe visse oplysninger.

Det er den misforståelse at straffelovens bestemmelser vedrørende forårsagelsesdelikter (med forbehold for adækvans og retsstridighed) omfatter enhver forårsagelse af virkningen. Goos taler om at de ældre forfattere søgte en rimelig begrænsning af ansvaret i dettes subjektive betingelser, tilregnelsen. Men bemærker hertil at når tilregnelsen består i at den handlende var sig eller burde have været sig bevidst, at de objektive forhold forelå der betinger retsforstyrrelsens karakter af et retsbrud, så fører tilregnelsen ikke til nogen begrænsning ud over de krav der objektivt stilles til handlingen. Goos opstiller derfor sin retsstridighedslære hvorefter handlingen ikke er retsstridig (og strafbar) hvis dens evne til at forårsage skade opvejes af dens nytte og nødvendighed efter »livets regel«. <sup>6)</sup>

Med den reservation der ligger i, at den farlige handling kan legitimeres ved sin nytte, antager Goos at straffebestemmelser for forårsagelsesdelikter omfatter enhver (adækvat) forårsagelse. Og det er der ingen der siden hen har anfægtet. *Men når forsæt betyder, at den handlende var sig de egenskaber bevidst der betinger handlingens strafbarhed; og når der til forsæt udkræves at han havde forudset virkningen som en nødvendig eller dog overvejende sandsynlig følge; så ligger heri at straffebudet kun omfatter sådanne handlinger som med sikkerhed eller dog overvejende sandsynlighed kunne forudses at ville medføre den kriminaliserede virkning.*

Dette synspunkt har jeg nærmere udviklet i den foranstående af-

---

<sup>6)</sup> *Strafferettens alm. Del II*, 66 f., 73, 156 f.; *Alm. Retsslære I*, 327 f.

handling »Hensigt er ikke forsæt«. Accepteres det er det klart at der er en afgørende forskel mellem den der på nært hold affyrer en pistol mod en anden, og den der på en eller anden måde har bistået ham, fx ved at forsyne ham med revolveren eller give ham oplysning om offerets bopæl. Selvom medhjælperen har måttet regne med at den anden ville benytte sig af hans bistand til at begå en drabshandling, vil normalt den omstændighed, at det ikke beror på ham selv, men på en anden, om en drabshandling skal blive udført, og med hvilken teknisk færdighed, betyde at han ikke kan forudse en andens død med den høje grad af sandsynlighed der udkræves for at gøre hans egen handling til en drabshandling. Samme resultat følger også direkte af straffelovens ordlyd når loven læses med respekt for almindelig accepteret sprogbrug.

Straffeloven taler i § 237 om »den, som dræber en anden«. Ingen, der ikke er forledt af filosofiske konstruktioner, vil finde på at sige, at den der på en eller anden måde har ydet *A* hjælp til at dræbe *B* eller anstiftet ham dertil, selv har dræbt *B*. Ingen dommer der loyalt ville anvende loven kunne, hvis der om drab ikke fandtes andre bestemmelser end § 237, dømme medhjælperen eller anstifteren for manddrab.

Dette er endnu klarere hvad angår de rene adfærdsdelikter. Strfl. § 210 taler om »den, der har samleje med en slætning i nedstigende linje«. Hvorledes skulle denne gerningsbeskrivelse kunne finde anvendelse på en person der har anstiftet en anden til at have samleje med dennes datter, eller bistået ham i forbrydelsen, fx ved at stille sin lejlighed til hans disposition? Det er ret uforståeligt hvorledes Getz og Torp har kunnet opbygge en almindelig lære om samvirke i forbrydelse der øjensynligt kun tager sigte på forårsagelsesdelikter og udenfor dette område må forekomme helt meningsløs.

Meddelagtighedens problem er i første række af lovgivningsteknisk art. Straffeloven er af bekvemmelighedshensyn affattet således at den opererer med forskellige modeller der supplerer hinanden.

*Model I:* Straffekatalogets bestemmelser om enkeltmands fuldbyrdede forbrydelse.

*Model II:* Udvidelse af de strafbare handlingers område ved en generel bestemmelse i lovens almindelige del der hjemler straf i vis udstrækning for enkeltmands handlinger der er stadier på vejen henimod den fuldbyrdede forbrydelse: beslutning, forberedelse, påbegyndt iværksættelse, fulden dt iværksættelse.

*Model III:* Udvidelse af det ved model I + model II bestemte område for strafbare handlinger ved en generel bestemmelse i lovens almindelige del her hjemler straf i vis udstrækning for *handlinger der som følge af to eller flere personers samvirke på nærmere angiven måde er koordinerede med handlinger under model I og model II.*

En analytisk behandling af problemerne om *samvirke i forbrydelse* vil derfor falde i følgende afsnit:

1) En undersøgelse af hvor langt straffekatalogets bestemmelser om enkeltmands fuldbyrkede forbrydelse i forbindelse med de almindelige regler om forudgående stadiers strafbarhed (misvisende kaldt regler om »forsøg«), fortolket i overensstemmelse med sædvanligt fulgte fortolkningsprincipper, rækker;<sup>7)</sup>

(2) En adfærdsfænomologisk analyse af de typiske former for samvirke i forbrydelse som erfaringen udviser;

(3) En kriminalistisk overvejelse af i hvilket omfang det er hensigtsmæssigt at kriminalisere samvirkehandlinger (der ikke allerede dækkes af model I + model II), og i så fald med hvilken straf; og

(4) En lovt teknisk formulering af straffereglerne vedrørende samvirke.

Det efterfølgende er noter til supplerings af det abstrakte rids af doktrinens udvikling.

Ørsted. De vigtigste kildekrifter er den »filosofiske« afhandling om *Grundreglerne for straffelovgivningen* (1817), optrykt i *Strafferetlige skrifter. 1. afdeling* (1931) (cit: *Skrifter 1*); den positivretlige *Indledning til den danske og norske Kriminalret i Arkiv for retsvidenskaben* bd. III (1826), og afhandlingen om *Manddrab* (1819), optrykt i *Strafferetlige skrifter, 2. afdeling* (1931).

Ørsted begynder med at udskille de tilfælde der kan behandles efter reglerne om enkeltmandsforbrydelse skønt mere end et menneske er impliceret (*Skrifter 1*, 169; *Arkiv* III, 209). Iøvrigt sondres der mellem psykisk og fysisk medvirken. Den første foreligger når den ene hos den anden har opvækket den forbryderiske beslutning,

<sup>7)</sup> Den første der mig bekendt klart har indset at meddelagtighedslæren i sit udspring er et lovt teknisk problem (og at forsøg og meddelagtighed i denne forstand har et accessorisk retskildegrundlag), er Ivar Strahl, se *SJ* 1943, 30. Synspunktet var forud antydet af Johs. Andenæs. *TfR* 1940, 242, note 2, og er senere tiltrådt af Waaben, *Det kriminelle Forsæt* (1957), 313.

altså når der foreligger hvad vi nu kalder tilskyndelse eller anstiftelse. Ørstedes behandling af dette emne er imidlertid mere nuanceret end den der findes i nyere fremstillinger. Ørsted udskiller forskellige former efter den måde hvorpå motivationen sker. Han sondrer mellem påvirkning ved køb, trusler, befaling, råd, og forførelse, og drøfter deres forskellige grad af strafværdighed, *Arkiv*, 211 f.; *Skrifter 2*, 394 f. I almindelighed må den psykiske årsag straffes lige med den fysiske, *Skrifter 1*, 170.

Indenfor samvirke af flere fysiske årsager udskilles først komplottet, d.v.s. fleres forening om ved fælles medvirken at udrette en forbrydelse. Noget taler for, siger Ørsted, at gøre enhver deltager i komplottet ansvarlig for hvad de øvrige deltagere begår, uanset i hvilket omfang han selv har medvirket; men tilføjer, at sætningen ikke lader sig opretholde efter gældende dansk ret, *Arkiv*, 229, jfr. *Skrifter 1*, 173. Bortset fra komplot sondres der mellem deltagere i iværksættelse, hvor som hovedregel alle må være fuldt ansvarlige; deltagelse i forberedelse, der bør straffes ringere; og deltagelse efter at misgerningen er tilendebragt derved at nogen understøtter forbryderen i at opnå forbrydelsens hensigt, eller i at undgå den strafende retfærdigheds forfølgning. Den efterfølgende meddelagtighed bør normalt straffes lige med deltagelse i selve gerningen, *Arkiv*, 235 f., 240 f., 246 f.; *Skrifter 1*, 174–75; *Skrifter 2*, 402, 404, 412.

Ørsted var ikke besværet af kausalitetsfilosofi og så derfor heller ingen vanskelighed ved at operere med begrebet psykisk årsag (anstiftelse). Det gjorde derimod *Bornemann* (*Skrifter III*, 286 f. og tillæg I, XXXVII f.) Thi, da menneskets vilje er fri, kan »det ene menneske kun virke solliciterende på det andet, ikke bestemme hans villie«. Denne indsigt, fortsætter han, har frembragt stor forvirring. Han løser vanskeligheden ved at sige, at den der lader sig anstifte giver anstifteren sit tilsagn. »Her foreligger altså en overenskomst: forbrydelsens iværksættelse er begges villie« (a.st., 298–300). Iøvrigt følger *Bornemann* i det hele og store Ørsted. Fremstillingen savner dennes ukomplicerede ligefremhed og er tynget af begrebslige deduktioner.

*Goos* nåede aldrig at skrive en retsvidenskabelig fremstilling af meddelagtighedslæren. Hvad han beskæftiger sig med er det retsfilosofiske problem om meddelagtighedsstraffens *retsgrund*. Straffens *retsgrund* er i almindelighed handlingens overvejende skadevne, dens retsstridighed. Men i tilfælde af meddelagtighed (ligesom

i tilfælde af forsøg) straffes handlinger der ikke i sig selv er retsstridige. De forudsætter derfor en specifik retsgrund. Det særegne for meddelagtighedshandlingen er at dens skadeevne er beroende på en mellemkommende, menneskelig handling. I almindelighed kan mennesker ikke være ansvarlige for den forårsagelse der sker via et andet, normalt individs retsstridige handlemåde. Dette beror ikke på at dette mellemed skulle umuliggøre skadens beregnelighed, men på at et medansvar for den fjernere årsag ville »føre til at pålægge alle en gjensidig tilsyns- og afværgepligt, som vil gøre den individuelle for sig leven, som samfundslivet ikke skal ophæve, til en umulighed, skabe en tilstand, svanger med utåleligt spioneri, stridigheder og fjendskab«. Men fra denne hovedregel om den fjernere årsags ansvarsfrihed gøres der undtagelse når der handles med det forsæt at tjene en fremmed retsstridig vilje. Legitimationen for straf for meddelagtighed (og forsøg) ligger i den accessoriske handlelov, at handlinger der i sig selv ikke er retsstridige – efter den principale lov – dog ikke må foretages for at bidrage til realisation af andres retsstridige vilje (eller af den handlendes eget retsbrudsforsæt). Straffeloven er i overensstemmelse hermed. Når straffebudene i den specielle del taler om »at dræbe«, »tilføje skade«, eller anvender andre udtryk for forårsagelse, falder herind under ikke den forårsagelse der sker via en anden ansvarlig persons retsstridige handling. I kap. V findes den nødvendige accessoriske hjemmel for strafbarhed af meddelagtighed (og forsøg), *Strafferettens alm. del II*, 162 f., især 180–85; 198 f., og *Den almindelige Retsslære I*, 330 f., 348 f., jfr. II, 630–31.

Goos' lære om meddelagtighedens accessoriske karakter angår altså det filosofiske spørgsmål om straffens retsgrund, og ikke det legislative spørgsmål om betingelserne for den meddelagtiges strafbarhed i forskellig henseende (forsæt eller uagtsomhed, tilregnelighed, legitimerende omstændigheder, særligt krav til subjektet, m.v.) skal bestemmes accessorisk for den meddelagtige, d.v.s. afledt af hvad der i så henseende gælder for den umiddelbare gerningsmand. Men der består fare for, at den der hylder den filosofiske lære om den accessoriske retsgrund for meddelagtighedens strafbarhed, mener heraf at kunne deducere konsekvenser for det nævnte legislative spørgsmål – eller simpelthen sammenblender de to ting.

Om Getz kan henvises til G. Astrup Hotel, *Delagtighet i forbrydelser* (1941), der p. 91 f.f. indeholder en indgående og nedsablende

kritik af Getz som jeg i det store og hele kan tiltræde. Det er rigtigt at Getz ræsonnerer som en Erasmus Montanus når han drager denne slutning: Hvad angår kausalitet er der ingen forskel på gerningsmanden og den såkaldt meddelagtige. Ergo er der overhovedet ingen forskel på dem, den »meddelagtige« er selv gerningsmand. Det er også rigtigt at Getz benægter en »forskjel som er så iøinefaldende og selvsagt at det trygt kan betegnes som den rene latterlighed at benegte den«. Men det forekommer mig at Hoel nøjes med at henholde sig til den almindelige opfattelses »instinktive erkjendelse« af, at der er en forskel, uden selv at redegøre for *hvori* den egentlig består (a.st., 98 f., jfr. 20 f.).

*Torp* slutter sig i alt væsentligt til Getz. Han benægter at der i det objektive er nogen forskel mellem gerningsmandens og den meddelagtiges handling: de er begge i lige grad årsag til retsforstyrrelsen. De subjektive teorier lægger vel vægt på noget relevant, men de subjektive momenter lader sig ikke udforme i faste begreber. Alt hvad der legislativt er brug for er en almindelig, skønsmæssig adgang til strafnedsættelse (altså såvel for »gerningsmænd« som for »meddelagtige«) når den handlendes mindre endelige og bestemte forsæt gør det rimeligt (*Strafferettens alm. del*, 555 f.f., især 588 f., 566 f., 578).

*Julius Lassen* strejfede kun meddelagtighedsproblemerne som led i læren om forsøg og efterlod sig ikke på dette punkt blivende spor.<sup>8)</sup> *Krabbes* lære om de generalpræventive hensyns mindre betydning for straf for meddelagtighed (og forsøg) er næppe rigtig, og har ihvertfald ikke noget med spørgsmålet om accessorisk straffegrundlag at gøre. *Hurwitz* har ikke særligt beskæftiget sig med meddelagtighedsproblemet, *Waaben* ej heller. Der findes dog i *Det kriminelle forsæt* (1957), 313 f. nogle interessante principielle betragtninger der vil blive omtalt i det følgende.

Når læseren har læst denne afhandling til ende vil han se at ned-arvet meddelagtighedslære kun har *bistand* og *tilskyndelse* for øje, og derfor er ganske inadækvat hvad angår den form for samvirke i forbrydelse jeg har kaldt *fællesvirke*.

---

<sup>8)</sup> *Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed* (1879), 103 f., der alene angår forsøg på meddelagtighed og meddelagtighed i forsøg.

2. *Strfl. § 23 indeholder straffehjemmel for den der har »medvirket«. At »medvirke« har intet med kausalitet at gøre.*

Strfl. § 23, stk. 1, 1. pkt., lyder således:

»Den for en lovovertrædelse givne straffebestemmelse omfatter alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen«.

Den giver anledning til forskellige fortolkningsproblemer:

a. Indeholder denne bestemmelse hjemmel for at straffe visse handlinger der ellers ikke ville være strafbare?

Det kan forekomme fristende, set ud fra den Getz-Torp'ske meddelagtighedslære, at besvare dette spørgsmål benægtende. Disse forfattere hævdede jo at de såkaldt meddelagtige selv er gerningsmænd idet de som årsag (medårsag) til kränkelsen af det retsbeskyttede gode direkte rammes af vedkommende straffebud i den specielle del. Nogen særskilt hjemmel for afstraffelse af den gruppe gerningsmænd der går under navn af »meddelagtige« er derfor upåkrævet. På denne baggrund synes det naturligt at antage, at når der ligefuldt i den almindelige del er optaget en bestemmelse som den i § 23, stk. 1., 1. pkt., skyldes det at lovgiveren har ønsket *ex tunc* at minde om, at bestemmelserne i den specielle del, rigtigt forstået, omfatter enhver medvirkende. Lægges denne opfattelse til grund vil der i intet tilfælde i domspraksis være anledning til at citere § 23. Hjemlen ligger altid og udelukkende i den specielle dels forbrydelseskatalog.

Alligevel er denne forståelse uantagelig. Det er i det foregående vist at det er en oplagt urigtig tanke at de specielle bud, indenfor grænserne af anstændig fortolkning, skulle kunne finde anvendelse også på anstiftere og medhjælpere. Dette er særligt indlysende hvad de rene adfærdsdelikter angår. Tingenes egen logik nøder derfor, uafhængigt af alle teoretiske konstruktioner, til den antagelse, at bestemmelsen i § 23, stk. 1., 1. pkt., indeholder hjemmel for strafbarheden af visse handlinger der ellers ikke ville være strafbare. Dette antages også af Waaben.<sup>1)</sup>

Men antages dette må konsekvensen også være at § 23 citeres for såvidt som straffens hjemmel er at søge i denne lovbestemmelse. Dette er en naturlig følge af retsprincippet *nulla poena sine lege*, og er i dansk ret udtrykkeligt fastslået i rpl. §§ 911 og 929, stk. 2.

<sup>1)</sup> *Det kriminelle Forsæt* (1957), 313.

Dette stiller domstolene overfor en opgave der kan være vanskelig, nemlig at præcisere hvor langt hjemlen i den specielle dels paragraffer, eventuelt i forbindelse med § 21, rækker, og hvor § 23 sætter ind.

Waaben skriver: »En konsekvent sondring mellem gerningsmænd og medvirkende må fra et dommersynspunkt forekomme kunstig og besværlig, og man markerer som regel ikke i dommene nogen adskillelse af de to grupper.«<sup>2)</sup> Jeg ved ikke hvorledes domstolene føler overfor § 23, men det er, som det vil fremgå af den efterfølgende undersøgelse af praksis, forkert at domstolene ikke bestræber sig på at sondre mellem de to kategorier og citere § 23 i samklang hermed.<sup>3)</sup> Noget andet er at domstolene, i mangel af enhver vejledning fra teoriens side, ikke altid har været lige heldige eller konsekvente i udfoldelsen af denne bestræbelse.

»Gerningsmand« og »meddelagtig« er to helt skarpt og formelt definerede begreber. Gerningsmand er den der kan straffes med hjemmel i de specielle bestemmelser, eventuelt i forbindelse med § 21, meddelagtig er den hvis strafbarhed er hjemlet i § 23 (i forbindelse med en speciel straffebestemmelse og eventuelt § 21). Men dette begrebspar må ikke forveksles med et andet, sondringen mellem »hovedmand« og »biperson«. De regler om strafnedsættelse og strafbortfald der findes i den resterende del af § 23 knytter sig ikke til den sondring der baserer sig på hjemlen. Der kan næppe være tvivl om at adgangen til strafnedsættelse står åben også for gerningsmænd, når de ellers opfylder betingelserne herfor. Man kan fx tænke på det tilfælde at gerningsmanden er en underordnet ansat der handler efter ordre. Det stemmer også med Torps udtrykkelige lære herom.<sup>4)</sup> Hvad der betinger strafnedsættelse er forskellige i § 23 angivne omstændigheder der er af betydning for skyldgraden. På dette grundlag kan der gøres en sondring mellem hovedmænd og bipersoner, således at den sidste gruppe omfatter dem der er kvalificerede til strafnedsættelse.

Når disse to begrebspar holdes adskilt vil man se at gerningsmand meget vel kan være biperson og den meddelagtige hovedperson.

<sup>2)</sup> *a. st.*, 314.

<sup>3)</sup> Se specielt *U 1970. 615 (H)*, omtalt ndf. s. 153, hvor appellen bl. a. drejede sig om, hvorvidt § 23 skulle citeres eller ej.

<sup>4)</sup> Således også Waaben, *a. st.*, 315. Anderledes Hurwitz, *Alm. Del*, 502.

Dette er også i fuldgod overensstemmelse med velkendte erfaringer. Hitler, der var skyldig i millioner af menneskers død, har antagelig aldrig været gerningsmand til nogen drabshandling. Han havde andre til at udføre, om jeg så må sige, det håndværksmæssige arbejde. Men han var naturligvis hovedperson; og det er ikke udelukket at nogle af gerningsmændene til hans forbrydelser har været bipersoner, rene håndlangere, redskaber i diktatorens hænder. Hvad der er sagt om Hitler gælder på tilsvarende måde om store bagmænd i organiseret forbrydelse. De er »edderkopper« der spinder nettet og dirigerer operationerne, men ikke besudler deres hænder med beskidt arbejde.<sup>5)</sup>

b. § 23, stk. 1, pkt. 1, taler om »alle, der . . . har *medvirket* til gerningen«. Hvad betyder det? Spørgsmålet ses ikke at være drøftet i dansk teori, men efter den kausalitetslære der ligger til grund for den Getz-Torp'ske tese, at de »meddelagtige« også er »gerningsmænd«, kan der næppe være tvivl om at meningen hermed har været, at ansvar kun rammer den der har været årsag (medårsag) til gerningen. Den bærende tanke i deres meddelagtighedslære var jo netop at enhver der har forårsaget retsforstyrrelsen er gerningsmand, uanset hvilken rolle han har spillet i gerningssammenhængen. Og det årsagsbegreb man herved har haft for øje har utvivlsomt været det traditionelle, at årsag er identisk med nødvendig betingelse, *conditio sine qua non*.

Det er ret mærkeligt at man ikke i strafferetsteorien har taget problemet om flere samvirkende årsager op til analyse, da dette problem dog er velkendt fra erstatningsretten hvor det har været genstand for en omfattende diskussion. Man har der forlængst erkendt at det i samvirke er umuligt at opretholde begrebet om årsag som en nødvendig betingelse.

Problemet har været drøftet i svensk teori med henblik på det tilsvarende udtryk »främjat« i *BrB* 23:4 der taler om at »ansvar . . . skall ådömas ej blott den som utfört gärningen utan jämväl annan som främjat denne med råd eller dåd«.

<sup>5)</sup> Hurwitz, *a. st.*, 496, advarer mod at sammenblende begreberne »gerningsmand« og »hovedperson«. Det er imidlertid netop hvad Waaben gør når han, efter at have sagt at begrebet »gerningsmand« omfatter den der udfører iværksættelsen eller er med til at udføre den, tilføjer at noget kan tale for en »mindre fast defineret terminologi(?) således at udtrykket 'medvirkende' navnlig anvendes om personer som har spillet en underordnet og mindre væsentlig rolle i forhold til andre deltagere, gerningsmændene«, *Hurwitz-Waabens*, 349, jfr. Waaben, *a. st.*, 314.

Strahl har klart erkendt at den medvirkendes aktivitet ikke behøver at udgøre nogen betingelse for forbrydelsen. Hvis fx fire mænd under udførelse af et tyveri har båret en kasse bort der ikke var tungere end at tre af dem sagtens havde kunnet magte den, må de dog alle anses for meddelagtige (medgerningsmænd). Og hvis en person under et planlagt indbrud har haft til opgave at holde vagt, er han medhjælper, uanset om hans tjeneste i virkeligheden var upåkrævet, og uanset om de andre også uden hans bistand ville have iværksat indbruddet. Ja, Strahl går så vidt (hvad jeg også mener er rigtigt) at han erkender at en person kan være meddelagtig uanset at hans aktivitet ikke har gjort forbrydelsens begåelse lettere eller hurtigere, men tværtom. Også den forfjumrede medhjælper der kun gør sagen vanskeligere for andre er meddelagtig.<sup>6)</sup>

På denne baggrund forekommer det mig besynderligt at Strahl dog fastholder at det afgørende er, at den meddelagtige skal have *främjat* forbrydelsen, fysisk eller psykisk *øvet en indflydelse* der kan betegnes på denne måde. Hvis »främja« i denne sammenhæng betyder det samme som at »fremme« på dansk, så vil det netop sige at den meddelagtige skal have skaffet foretagendet fremgang, bevirket at det på heldig måde skrider fremad som ønsket.<sup>7)</sup> Men det kan man da umuligt sige at den fjumrede medhjælper har gjort.

Strahls præmisser lægger op til den konklusion, at meddelagtighed *intet har med kausalitet at gøre*. Det er et begreb der hører hjemme i den fænomenologiske aktivitetsbeskrivelse. At *virke for* noget betyder at foretage sig noget, at udfolde bestræbelser med vist formål for øje – hvad enten disse bestræbelser krones med held eller ej. Det er et aktivitets-, ikke et præstationsverbum. At *medvirke* til noget betyder *sammen med andre* at virke for noget – hvad enten man derved virkelig har fremgang eller ej. Det svære punkt i analysen er at blive klar over hvad det vil sige at virke *sammen*. Det er klart at der ikke behøver at foreligge en tidsrumlig sammenhæng som når to heste er spændt for samme vogn. Den ene dag fremskaffer *A* i Aarhus en falsk nøgle, 14 dage senere anvendes den af *B* til et indbrud i København. Hvad er det der forbinder disse to tids- og rumsadskilte handlinger på en sådan måde, at vi kan sige at *A* og *B* samvirkede i forbrydelse?

<sup>6)</sup> Nils Beckman m. fl., *Brottsbalken II* (2. opl. 1969), 576 f., jfr. *SJ* 1943, 30–31, og 1967, 406–07.

<sup>7)</sup> Se *Ordbog over det danske sprog*.

Jeg har ovenfor i afhandlingen »Hensigt er ikke forsæt«, pkt. 6, talt om at menneskelig handling ofte ikke er isolerede akter, men handlingskæder, således at det ene led i kæden tjener til at virkeliggøre det næste; og således at de alle er tilordnede et fælles yderste mål. Det er aktionsplanen der forbinder alle leddene i en intentions-sammenhæng. De integrerede handlinger kan alle være en og samme persons handlinger. Det er tilfældet i enkeltmandsforbrydelse: beslutning, planlægning, forberedelse, og iværksættelse kan omfatte en lang serie af tidsrumligt adskilte handlinger der først bliver en meningsfuld aktionskæde ved at relateres til en aktionsplan. Men de integrerede handlinger kan også være handlinger udført af forskellige mennesker, handlinger organiserede under en fælles aktionsplan. Det er det der er tilfældet når vi taler om samvirke i forbrydelse.

Ordet »medvirke« i strfl. § 23 må forstås i overensstemmelse hermed. Det har intet med kausalitet at gøre, men forudsætter en *meningstydning* af handlingen hvorefter denne intentionelt er tilordnet en aktionsplan fælles for den handlende og andre. Ordet »medvirke« må forstås som afledt af aktivitetsverbet »at virke« (for noget), ikke af præstationsverbet »at bevirke« (noget).

Mon ikke det er velbegrundet at antage at ordet »främja« i den svenske tekst har samme funktion som »medvirke« i den danske? Men hvis »främja« betyder det samme som »fremme« på dansk, er det unægteligt mindre træffende end det danske udtryk. For »at fremme« er, som nævnt, et præstationsverbum der betegner at den medvirkende på heldig måde har øvet indflydelse på forbrydelsens udøvelse.

### *3. Meddelagtighedsregler er ikke påkrævet forsåvidt T er sidegerningsmand, vikarierende gerningsmand, eller middelbar gerningsmand.*

Det er ovenfor under punkt 1 forklaret at den første opgave for en lære om samvirke i forbrydelse må være at udskille de tilfælde i hvilke det trods fleres involvering i samme forbrydelse, er unødvendigt som hjemmel for en handling strafbarhed at operere med særlige regler om samvirke, idet nemlig de specielle straffebud, eventuelt i forbindelse med strfl. § 21 (om »forsøg«), afgiver tilstrækkelig hjemmel herfor. Da meningen med denne undersøgelse er at finde ud

af i hvilket omfang det er nødvendigt, foruden model I + model II, at opstille en model III om samvirke, forudsættes det at model I og model II alene angår enkeltmandsforbrydelse. Det vil specielt sige at det forudsættes at § 21 alene angår handlinger der sigter til at fremme eller bevirke udførelsen af den handlendes *egen forbrydelse*; og at der herved sigtes udelukkende til en handling der er kriminaliseret i de specielle straffebud *uden kombination med § 23*.<sup>1)</sup>

Det kunne være fristende at sige at denne opgave følgelig består i at bestemme de strafbare handlingers område ud fra den tænkte forudsætning, at straffeloven ikke indeholdt nogen § 23 eller nogen anden regel om samvirke (meddelagtighed). Denne måde at stille problemet på ville dog ikke være korrekt hvis den nævnte forudsætning blev taget på ordet. Hvis der virkelig ikke fandtes regler om meddelagtighed ville dette føles som en stor mangel, og det må antages at domstolene ville søge at råde bod herpå ved gennem fortolkning og formodninger at strække den givne, mangelfulde hjemmel videst mulig. Det er derfor mere realistisk at sige at opgaven består i, på den givne straffelovs grundlag, at undersøge i hvilket omfang strafbarhed er hjemlet når de specielle straffebud, eventuelt i forbindelse med § 21, fortolkes på sædvanlig vis og med skyldig respekt for princippet i lovens § 1.

Jeg vil i det følgende følge den terminologi ved gerningsmand at forstå den der har begået en handling der er strafbelagt i et specielt straffebud, eventuelt i kombination med § 21. Man kan altså være gerningsmand til såvel fuldbyrdet forbrydelse som til »forsøg« (de forudgående udviklingsstadier der omfattes af § 21).

Uden at prætendere fuldstændighed er meddelagtighedsregler overflødige i følgende tilfælde, uanset at flere agenter er involveret i samme forbrydelse. Ved »samme« forbrydelse mener jeg det forhold at de forskellige handlinger har samme angrebsobjekt.

(1) *Sidegerningsmand*: Flere *T* har særskilt eller i samvirke, enten fuldbyrdet eller forsøgt samme forbrydelse. Hver af dem kan da straffes for det de hver for sig har begået. Til illustration:

*T 1* og *T 2* skyder, enten ved tilfældigt sammentræf eller i forening, mod samme person. De er hver for sig skyldige i manddrab eller forsøg herpå, se fx *U 1971. 520 (V)*.

<sup>1)</sup> Det er uden betydning, set ud fra denne afhandlings opgave, at denne forudsætning vistnok ikke stemmer med praksis, se herom »Om forsøg«, pkt. 3.

*T 1* forbereder, ved at lade en dør stå åben, et pengeskabstyveri han agter at udføre hen på natten. *T 2* kommer ham i forkøbet og tilegner sig skabet. *T 1* kan straffes for forberedelse, *T 2* for iværksat forbrydelse. Har *T 1* derimod handlet til forberedelse af *T 2*'s indbrud kræver hans strafbarhed hjemmel ud over hvad model I + model II kan byde.

*T 1* og *T 2* bryder ved fælles kræfter en dør op og fjerner ved fælles kræfter et pengeskab. Begge kan uden »overskydende« hjemmel straffes for indbrudstyveri. Hvis derimod *T 1* har brudt døren op og *T 2* tilegnet sig og bortfjernet tingen, opfylder ingen af dem indbrudstyveriets gerningsindhold. Deres strafbarhed forudsætter derfor overskydende hjemmel.

Såvidt ses er praksis i overensstemmelse hermed: § 23 påberåbes eller citeres ikke forsåvidt *T* kan dømmes som gerningsmand. Jeg har dog noteret mig to afvigelser:

*U 1966. 874 (V)*: *T* havde sammen med en anden behandlet en pige uterligt. Dømt efter § 232 sammenholdt med § 23.

*U 1938. 413 (Ø)*: *T 1*, *T 2*, og *T 3* havde i forening med 3 andre voldeligt behandlet en pige uterligt. Anset efter §§ 260, I og 232, jfr. § 23.

Da imidlertid disse to tilfælde er enestående, og da det forekommer mig umuligt at finde nogen rationel begrundelse for dem, kan de formentlig betragtes som rene fejltagelser.

(2) *Vikarierende gerningsmand*: *T* bærer ansvar for hvad en anden, *A*, har gjort. Uanset det indbyrdes forhold mellem *T* og *A* kan *T* straffes som gerningsmand til *A*'s lovovertrædelse.

Der forekommer i lovgivningen, især den der vedrører næringsretlige, erhvervspolitiske og socialpolitiske anliggender, bestemmelser hvorefter der pålægges topfiguren i visse menneskelige samarbejdsforhold – fx en *virksomheds leder* eller *ejer*, en tilsynsførende eller den på hvis næringsbrev en forretning drives – ansvar for overholdelse af den pågældende lovgivning for så vidt angår hvad der sker i den virksomhed han står i spidsen for. Som eksempel kan nævnes lov om arbejderbeskyttelse, lb. nr. 297 af 4. juli 1968 § 3 hvorefter «arbejdsgiveren har ansvar for overholdelse af de ham ifølge denne lov påhvilende pligter», medmindre han i overensstemmelse med visse regler har delegeret ansvaret videre til en driftsleder eller tilsynsførende. Dette ansvar er »stricte« eller »objektivt«,

d.v.s. det er ubetinget af at der kan bebrejdes den ansvarlige noget i retning af svigtende instruktion eller tilsyn (*U 1964. 401 H*).<sup>2)</sup>

Det objektive driftslederansvar er ikke eksklusivt, d.v.s. det udelukker ikke at også *A*, den underordnet ansatte der har begået overtrædelsen, drages til ansvar. Når en overtrædelse er begået kan det naturligvis meget vel tænkes at *T*, bedriftslederen, står i sådant forhold til *A* at der, hvis ikke den objektive ansvarsregel fandtes, kunne blive tale om at gøre ham ansvarlig efter regler om meddelagtighed. Men som loven er kan man ganske se bort fra denne mulighed. Det objektive ansvar gør *T* til vikarierende gerningsmand der straffes med hjemmel umiddelbart i ansvarsreglen.

Adskillige nyere love<sup>3)</sup> udtrykker det objektive ansvar i en formel der må forekomme besynderlig: »Der kan pålægges en virksomheds ejer eller bruger bødeansvar selv om lovovertrædelsen ikke kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom«. Når lovovertrædelsen er begået af *A*, hvorledes kan det så overhovedet komme på tale at den skulle kunne tilregnes *T* som forsætlig eller uagtsom? Forsæt og uagtsomhed går jo på at den handlende indså eller burde have indset at *hans* handling havde de egenskaber der betinger dens strafbarhed.<sup>4)</sup> Tilregnelsen går altså på *egen* handling og har ingen mening i forhold til fremmed handling. Forklaringen er at formlen forudsætter en tilsyns- og afværgepligt for *T* i forhold til *A*, og udtrykker, at *T* straffes for krænkelse af denne pligt uanset om denne krænkelse, altså hans egen adfærd, kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom.

Praksis er i overensstemmelse med foranstående: Den der bærer det objektive ansvar dømmes som gerningsmand i henhold til den pågældende lovgivning. Noget meddelagtighedssynspunkt, endsige citering af strfl. § 23, forekommer ikke.<sup>5)</sup>

<sup>2)</sup> Om andre love der hjemler objektivt ansvar, se *Hurwitz-Waaben*, 275-77. For ældre rets vedkommende, se Stephan Hurwitz, *Kollektive Enheders pønale Ansvar* (1933), 146 f.

<sup>3)</sup> Se *a. st.*, 275.

<sup>4)</sup> Jfr. »Hensigt er ikke forsæt«, pkt. 5. Hvad man end vil mene om denne formulering af tilregnelseskravet, er den den eneste der kan komme i betragtning ved korrelatdelikter (rene adfærdsdelikter) som det typisk drejer sig om i de tilfælde hvor der hjemles objektivt ansvar.

<sup>5)</sup> Som tilfældige illustrationer kan nævntes *U 1964. 401 (H)* og *1960. 39 (H)*. Modinstanser forekommer mig bekendt ikke.

Ud over de omtalte tilfælde af objektivt, vikarierende ansvar forekommer der andre lovbestemmelser der enten udtrykkeligt hjemler,<sup>6)</sup> eller er blevet fortolket som hjemlende, vikarierende ansvar, dog på sædvanlig måde betinget af skyld, d.v.s. betinget af svigten- de instruktion eller tilsyn.<sup>7)</sup> Som illustrerende eksempler kan nævnes:

*U 1964. 314 (V):* *T* var ansvarshavende og daglig leder af en sportsforretning. Tiltalt for overtrædelse af våbenlov, lb. nr. 233 af 31. maj 1962 § 2, stk. 2, i anledning af ulovligt våbensalg fra forretningen. Frifundet da han havde indskærpet hele personalet at overholde våbenlovens bestemmelser, og da det påhvilede en i forretningen ansat at forestå salget og føre tilsyn med personalet.

*U 1955. 138 (V):* *T* var en lastbilvognmand hvis chauffør blev antruffet med overlæs. *T* anset efter (daværende) motorlov § 34 da han fandtes ikke at have ført fornøden kontrol til sikring af, at hans vogne ikke blev overlæssede.<sup>8)</sup>

Også i disse tilfælde må straffehjemlen formentlig søges i det vikarierende ansvar der ved loven (som fortolket) er pålagt bedriftslederen. Det kan i så henseende ikke gøre nogen forskel at ansvaret som sædvanligt er betinget af, at overtrædelse af tilsynsplikten kan tilregnes den vikarierende ansvarlige som skyld. Det er også vanskeligt at se hvorledes det i disse tilfælde skulle være muligt at bringe meddelagtighedsreglerne i § 23 til anvendelse. Denne paragraf taler jo om »alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen«. Når bedriftslederens ansvar er begrundet alene i hans passivitet, hans undladelse af effektiv udøvelse af tilsyn, synes der ikke at kunne blive tale om hverken tilskyndelse eller bistand.<sup>9)</sup> Det

<sup>6)</sup> Undertiden med omvendt bevisbyrde, se beværterlov, lb. nr. 24 af 21. jan. 1964 § 32, stk. 2; toldlov, lb. nr. 198 af 22. maj 1968 § 193, stk. 1, og § 194, stk. 1.

<sup>7)</sup> Nogle ældre afgørelser tenderede mod at stille så minimale krav om skyld som betingelse for ansvar, at man nærmede sig et objektivt ansvar, se *U 1948. 1315 (Ø)*; *1947 233 (SH)*; *1947. 186 (Ø)* og *1944. 689 (SH)*. Heri skete et omsving med Højesterets dom *U 1948. 849*.

<sup>8)</sup> Se endvidere *U 1955. 1004 (H)*; *1952. 210 (Ø)*; *1951. 225 (Ø)*; *1951. 203 (Ø)*; *1950. 323 (H)*; *1949. 683 (Ø)*; *1948. 658 (Ø)*; *1948. 849 (H)*; *1944. 985 (SH)*; *1944. 625 (Ø)*; *1936. 962 (V)* og *1935. 653 (Ø)* der alle gør ansvar betinget af tilregnelig krænkelser af en tilsyns- og afværgepligt.

<sup>9)</sup> Forholdet her er forskelligt fra den passivitet der e. o. kan bedømmes som medvirken, jfr. *Hurwitz-Waaben*, 355. Hertil kræves at den passive har overværet eller ihvertfald været bekendt med overtrædelsen.

skulle da være at man ville konstruere forholdet som »negativ anstiftelse«: Ved at undlade at opfylde sin tilsyns- og afværgepligt har *T* medvirket til lovovertrædelsens begåelse. Denne konstruktion er i god hamoni med den Getz-Torp'ske kausalitetslære, men ligger øjensynligt helt udenfor ordene i § 23 og en rimelig fortolkning af dem med respekt for princippet i strfl. § 1.

Praksis er formentlig i overensstemmelse hermed, omend ikke ganske afklaret. Det kan fastslås, at ingen af de anførte afgørelser citerer § 23, hverken i domskonklusion, domspræmisser eller anklageskrift; og at langt de fleste af dem ej heller i beskrivelsen af *T*'s adfærd anvender udtryk som »at have medvirket til«, »at være medansvarlig for«, eller lignende vendinger der kunne antyde et meddelagtighedssynspunkt.<sup>10)</sup> Der er dog enkelte domme der benytter sig af sådanne udtryk.<sup>11)</sup> Blandt disse er der særlig grund til at hæfte sig ved højesteretsdommen:

*U 1955. 1004 (H): T 1*, der var den egentlige ejer af og faktisk bestemmende i et ejendomsaktieselskab, samt *T 2* og *T 3*, der havde været bestyrelsesmedlemmer i selskabet, var alle tiltalt for overtrædelse af lejeloven. *T 1* blev dømt som ansvarlig for overtrædelsen, medens *T 2* og *T 3* blev frifundne. Det hedder herom i højesteretsdommen: »Der findes . . . ikke . . . statueret bevis for noget forhold, der kan medføre, at de tiltalte under de foreliggende omstændigheder i deres egenskab af bestyrelsesmedlemmer i . . ., må anses strafferetligt *ansvarlige eller medansvarlige* for de ulovlige lejeforhøjelser« (min udh.). Når højesteret på denne måde anvender to udtryk må der ligge en bestemt tanke til grund herfor. Men hvilken? Et holdepunkt for besvarelse af dette spørgsmål findes i en passus i underrettsdommen (s. 1007, stk. 1). Det må herefter antages at udtrykket at de ikke er »ansvarlige« sigter til at de ikke har taget aktiv del i dispositionerne vedrørende ejendommen og derfor ikke pådraget sig noget selvstændigt og direkte ansvar; medens udtryk-

<sup>10)</sup> Det gælder *U. 1964. 314 (V)*; *1951. 203 (Ø)*; *1950. 323 (H)*; *1948. 658 (Ø)*; *1948. 849 (H)*; *1948. 1315 (Ø)*; *1947. 186 (Ø)*; *1947. 233 (SH)*; *1944. 625 (Ø)*; *1944. 689 (SH)*; *1944. 985 (SH)*, forsåvidt angår kaptajnen; *1936. 962 (V)*; *1935. 411 (Ø)*.

<sup>11)</sup> Dommene *U 1955. 138 (V)*; *1951. 225 (Ø)*; og *1935. 653 (Ø)* taler om medvirken. Dommene *U 1955. 1004 (H)*; *1952. 225 (Ø)*; og *1950. 564 (Ø)* om medansvarlighed.

ket »medansvarlige« sigter til at de ikke har været bekendt med de begåede ulovligheder og ej heller tilsidesat nogen tilsynspligt der måtte følge med deres stilling som medlemmer af bestyrelsen.

Det står altså fast at der er et mindretal af domme, derunder 1 højesteretsdom, der til beskrivelse af den vikarierende ansvarliges forhold til gerningen betjener sig af udtryk som »at medvirke til« og »at være medansvarlig for«. I lys af de andre nævnte kendsgerninger har man, mener jeg, lov at antage at disse udtryk ikke er anvendt for dermed at angive at § 23 finder anvendelse, men i en løsere, ikke-teknisk forstand, motiveret simpelthen af den omstændighed at *T*'s vikarierende ansvar forudsætter og er afledt af en anden persons ansvar.

En tvivlsom afgørelse i periferien af denne problematik er *U 1939. 407 (Ø)*: *T* var lokalredaktør, men ikke ansvarshavende redaktør i presselovens forstand, af et blad hvis hovedredaktion lå andetsteds. Da *T* modtog en berigtigelsesbegæring i henhold til presselovens § 9, stk. 3, foretog han sig intet i den anledning. Antaget, at da presselovens særlige ansvarsregler kun gælder ansvaret for *indholdet* af et her i riget trykt skrift, må straffelovens almindelige ansvarsregler, bl. a. § 23, komme til anvendelse på det foreliggende forhold. På dette grundlag statueret at *T*, ved at undlade på behørig måde at lade begæringen gå videre til den ansvarshavende redaktør, har bevirket at berigtigelse ikke fandt sted og derfor må anses for skyldig i overtrædelse af presselovens § 9, stk. 3. Således underrettsdommen der blev stadfæstet af ØLR i henhold til dens grunde.

Dommen hviler på den forudsætning, at *T* efter sin stilling er pligtig at lade en indgået berigtigelsesbegæring tilgå den ansvarshavende redaktør; og den statuerer at krænkelse af denne kontraktmæssige forpligtelse gør ham strafferetlig ansvarlig for krænkelse af den pligt der ifølge presselovens § 9 påhviler den ansvarshavende redaktør. Dette kan næppe være rigtigt. Men selv om det var det, måtte ansvaret begrundes efter reglerne om forårsagelse ved undladelse, ikke efter reglerne om meddelagtighed, strfl. § 23.

(3) *Fortsættelse: Specielt om foreningsledelsens ansvar.* Foreninger og andre kollektive enheder frembyder på to måder problemer der berører spørgsmålet om én persons strafferetlige hæftelse for en andens handlinger, uden begrundelse i regler om meddelagtighed.

For det første er der spørgsmålet om, hvorvidt den kollektive en-

hed som sådan kan ifalde straf (bødeansvar).<sup>12)</sup> Forsåvidt dette antages er der, når den kollektive enhed betragtes som en »juridisk person«, tale om ansvar for egen gerning, og der foreligger altså intet problem af den art vi her beskæftiger os med. Hvis derimod konstruktionen opløses vil man se at der i virkeligheden er tale om at visse personer hæfter for hvad andre gør.<sup>13)</sup> Der er ingen anledning til i denne sammenhæng at gå nærmere ind på disse vanskelige problemer. Det må være nok at betone at der givetvis ikke er nogen anledning til at påberåbe sig meddelagtighedssynspunkter til begrundelse af den kollektive enheds ansvar.

For det andet er der spørgsmålet om foreningsledelsens hæftelse for handlinger der tilskrives foreningen. Også uden hjemmel i lovgivningen er det i praksis antaget at foreningsledelsen (direktion og bestyrelse, men ikke ansat personale) som sådan er ansvarlig for handlinger der med rette kan tilskrives foreningen. Herom kan henvises til Hurwitz, *Kollektive enheders pønale ansvar* (1933), 152 f., og Poul Meyer, *Dansk foreningsret* (1950), 82 f. Er foreningen erhvervsdrivende finder de omtalte regler om driftslederansvar anvendelse på foreningsledelsen. Men også udenfor sådanne forhold kan ledelsen gøres ansvarlig, se fx *U 1949. 687 (Ø)* (De samvirkende lejerforeninger) og *U 1948. 299 (Ø)* (Danmarks forældreforening). Der synes at have været en tendens til at gøre foreningslederansvaret objektivt. Efter den linie der blev lagt med højesteretsdommen *U 1948. 849* (ovf. note 7) må det anses for tvivlsomt om denne tendens vil blive fortsat når der ikke er lovhjemmel for det objektive ansvar.

Hvad det i denne sammenhæng kommer an på at betone er, at også dette vikarierende foreningslederansvar er et selvstændigt gerningsmandsansvar, ikke begrundet i meddelagtighedssynspunkter. Ansvaret forudsætter nemlig ikke, selvom det måtte være subjektivt betinget af svigtende tilsyn, at ledelsen har tilskyndet til eller ydet bistand til lovovertrædelsen, jfr. ovf. ved note 9. Praksis er i overensstemmelse hermed. Jeg har kun noteret mig en enkelt dom der påberåber sig strfl. § 23:

*U 1949.687 (Ø)*: T var formand for en forening der i et skrift, der ikke var et periodisk skrift i presselovens forstand, havde of-

<sup>12)</sup> Jfr. Stephan Hurwitz, *Bidrag til Læren om kollektive Enheders pønale Ansvar* (1933).

<sup>13)</sup> Jfr. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934), kap. IX, sp. p. 196 f; *Om Ret og Retfærdighed* (1953), § 38.

fentliggjort en artikel. Antaget at ansvaret for denne måtte bero på lovgivningens almindelige regler og at søgsmål »i kraft af disse, jfr. straffelovens § 23« måtte kunne rettes mod foreningens ledelse.

(4) *Middelbar gerningsmand*: *T* udfører sin forbrydelse med en anden som redskab.

Hvis *T* anbringer en tidsindstillet bombe i *O*'s lejlighed, indstillet til at eksplodere på et tidspunkt da han ved at *O* opholder sig i lejligheden, er *T* gerningsmand til manddrab. Forholdet forandrer sig ikke væsentligt dersom *T* i stedet for selv at anbringe bomben forsender den med posten. Ganske vist er det i dette tilfælde det intetanende postbud der foretager den sidste menneskelige handling der objektivt set er en drabshandling. Det er ham der bringer bomben ind i *O*'s lejlighed, altså foretager den handling der med overvejende sandsynlighed vil medføre *O*'s død. Alligevel vil ingen betvivle at § 237 er anvendelig på *T*: det er ham og ham alene der er gerningsmand til forbrydelsen. Postbudet er kun et redskab i hans hånd til befordring af *T*'s onde anslag – ganske som revolveren der befordre kuglen til offeret. Der foreligger enevirke, ikke samvirke i forbrydelse.

Hvis vi derimod tænker os at *T* har overtalt eller hjulpet *A* til at anbringe bomben, vil § 237 ikke være anvendelig på *T*. Den naturlige opfattelse af situationen er, at det er *A* der har dræbt *O*. Han og kun han er gerningsmand. Skal også *T* kunne straffes – hvad man naturligvis må kræve – forudsættes herfor strafferetlig hjemmel af model III: supplerende regler om samvirke i forbrydelse (som omtalt under punkt 1 er det en urimelig antagelse at § 237 skulle kunne anvendes på *T* fordi denne er årsag (medårsag) til *O*'s død. § 237 handler ikke om årsager, men om »den, der dræber en anden«, og denne beskrivelse af gerningen passer efter almindelig sprogbrug på *A*, ikke på *T*).

Eksemplet viser at der forekommer tilfælde i hvilke flere menneskers handlinger er involveret i den kæde af begivenheder der fører frem til en forbrydelse, og hvor der dog alligevel foreligger enkeltmandsforbrydelse således at gerningsmanden ikke er den der var forbrydelsens nærmeste årsag. Opgaven er at påvise hvad det er der karakteriserer disse tilfælde til forskel fra samvirke i forbrydelse, specielt tilskyndelse og bistand, altså de handlinger hvis strafbarhed forudsætter hjemmel udover model I og model II.

Det kan måske være nyttigt at se på nogle flere eksempler. Det

var Loke, ikke den blinde Høder, der var Balders drabsmand. *T* anmelder falskeligt *O* for en forbrydelse med det resultat at politibetjent *P* anholder ham og dommer *D* fængsler ham. *T* giver et lille barn der sidder i en lade en æske tændstikker at lege med. *T* ændrer ved visse tekniske anordninger med det resultat, at en flyveleders regelrette operationer giver misvisende signaler til en landende maskine. *T* sender *O*, der er en ynder af chokolade, en æske forgiftet konfekt. *T* ombytter en læges injektionssprøjte med en der indeholder en dødbringende gift.

Det fælles karakteristiske og afgørende er formentlig den nærmeste årsags uvidenhed om de omstændigheder der objektivt gør hans handling til en forbrydelse, en iværksat forbrydelse eller en forberedelse.<sup>14)</sup> De er alle som Høder blinde i den forstand, at de ikke vidste eller burde have vidst hvad de gjorde. De er netop kun redskaber gennem hvilke en andens onde hensigt udfolder sig, selv uden ond vilje og derfor ansvarsfri. I samme øjeblik vi tænker os, at det formidlende led var i ond tro, forvandles det fra redskab til gerningsmand, og bagmanden forvandles fra gerningsmand til meddelagtig.

En særstilling indtager de tilfælde i hvilke *O* selv foretager den sidste udløsende handling, fx spiser af æsken med den forgiftede konfekt. Som selvmordshandling er *O*'s indtagelse af giften (efter dansk ret) ikke nogen kriminaliseret handling. Men dette forhold kan naturligvis intet ændre i bedømmelsen af *T*'s handling når *O* intet ved om konfektens giftighed.

Man vil af eksemplerne se at det ikke er nogen betingelse for middelbart gerningsmandsansvar at *T* har tilskyndet redskabet eller på anden måde foranlediget ham til at begå redskabshandlingen.<sup>15)</sup> Den der har manipuleret de tekniske anordninger har på ingen måde influeret på flyvelederens handlinger. Han har tværtimod regnet med at disse vil forløbe rutinemæssigt – men med anden virkning end den normale. Det afgørende er ikke at bagmanden kan *påvirke* andre til en vis handlemåde, men at han kan *påregne* hvorledes de vil handle (at postpakker vil blive besørget, at politiet vil gøre deres pligt, at lægen vil foretage den injektion han stod beredt til at give, o.s.v.) og *indpasse* disse handlinger således i sin forbryderiske plan,

<sup>14)</sup> Således også Ørsted, *Strafferetlige Skrifter* I (1931), 169.

<sup>15)</sup> Anderledes Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch* (1970), § 47 Vorbem 16.

at de, i forbindelse med hvad han selv lægger til rette, vil føre til det tilsigtede mål, forbrydelsen.

Hvis redskabet er i ond tro (politimanden var klar over at anmeldelsen var falsk) uden at bagmanden var klar herover, er de begge gerningsmænd. For bagmandens vedkommende følger det af det almindelige princip, at hans gerninger skal bedømmes på grundlag af omstændighederne således som de tog sig ud for ham. Grænsetilfælde kan forekomme i samme omfang som det kan være tvivlsomt om redskabet var i god eller ond tro, og hvad bagmandens opfattelse i så henseende var. Man har i litteraturen særlig hæftet sig ved det tilfælde, at redskabets forståelse af hvad han foretager sig er afhængig af hans åndelige evner beroende på alder eller mental sundhed. Det er klart at den der giver et lille barn tændstikker at lege med i brandfarlige omgivelser er gerningsmand. Men hvorledes, hvis det er en fjortenårig spejderdreng der forledes til at lege med ilden? Redskabet er strafferetligt ikke ansvarlig gerningsmand. Alligevel tror jeg, at man uden regler om meddelagtighed ville kvie sig ved at dømme bagmanden for forsætlig brandstiftelse. Afgørende er ikke om den umiddelbart handlende kan gøres strafferetlig ansvarlig, men om han ud fra en almindelig menneskelig-moralsk bedømmelse må anses for et blindt redskab, eller for en person der er medskyldig i gerningen.

#### 4. *Samvirkets adfærdsfænomenologiske typer er: fællesvirke, bistand, og tilskyndelse.*

Når det, som jeg har forsøgt, er afklaret hvor langt det strafbares område strækker sig i medfør af de specifikke straffebud i forbindelse med regler om »forsøg«, bliver den næste opgave at bestemme i hvilket omfang der er behov for overskydende strafferegler, d.v.s. regler der tager sigte på to eller fleres (i det følgende blot: »fleres«) samvirke i forbrydelse. Dette er naturligvis i sidste instans et rets-politisk spørgsmål. Men bortset fra visse tvivlsomme grænsetilfælde er besvarelsen i de typiske situationer ret oplagt i overensstemmelse med åbenbare behov og nedarvet opfattelse.

Det første skridt må, som tidligere forklaret,<sup>1)</sup> være det adfærdsfænomenologiske at udrede de typiske former for samvirke i for-

<sup>1)</sup> Ovf. punkt 1, *in fine*.

brydelse. Da dette samvirke jo blot er en speciel form for menneskeligt samvirke, hører denne opgave egentlig hjemme under en almindelig gruppesociologis studieområde. Imidlertid er det ikke vanskeligt på grundlag af den kriminalistiske erfaring, delvis afspejlet i traditionel strafferetsdoktrin, at opstille visse hovedtyper af samvirke i forbrydelse.

#### *A. Samvirke som fællesvirke.*

Som forklaret i det foregående har det at virke sammen intet med kausale relationer at gøre. Der behøver ikke at foreligge en tidsrumlig sammenhæng som når to heste trækker samme læs. Det der forbinder samvirkende menneskers tidsrumligt adskilte handlinger er en *intentional meningssammenhæng*. På forskellig vis afhængig af de personelle relationer mellem deltagerne er de forskellige handlinger koordinerede med sigte mod et fælles mål.

Samvirke som fællesvirke er karakteristisk ved at alle deltagerne forbindes gennem en *fælles aktionsplan*. At aktionsplanen er fælles vil sige at alle deltagerne er blevet enige om at acceptere denne plan som rettesnor for deres handlinger og hver af de andre som deltagere i planen. Foretagendet er hverken den ene eller den andens, men et fælles foretagende.

Aktionsplanens integrerende funktion træder tydeligst frem i fællesforbrydelsens højst udviklede form, den organiserede forbrydelse med fordelte roller. Et større kup, som fx det store togrøveri i England for nogle år siden, forudsætter en nøje gennemtænkt aktionsplan, såvel for forbrydelsens forberedelse som for dens iværksættelse. I princippet adskiller en sådan plan sig ikke fra en militær operationsplan. Styrker sættes ind med forskellige opgaver og tidsmæssig afstemt således at de griber ind i hinanden som hjul i et værk. Indtræffer visse tænkelige vanskeligheder falder man tilbage på alternative planer.

De roller der tilkommer de enkelte deltagere kan naturligvis være af forskellig betydning ligesom der kan bestå en rangfølge af over- og underordnede med befalingsmagt og lydighedspligt. Det er også muligt at der i spidsen for foretagendet står en topfigur med højeste ledermyndighed. Alligevel må det fastholdes – og dette er den afgørende forskel mellem fællesvirke og bistand – at forbrydelsen ikke er begået af hverken den ene eller den anden af deltagerne, men i *fællesskab*, eller, som man med en substantialisering af funktions-

sammenhængt også siger, *af fællesskabet*. Uafhængig af opgave og rang *vil* hver enkelt deltager som parthaver i fællesskabet anse foretagendet som *sit*. Hans medvirken er kun betinget af fællesskabet, ikke af nogen anden enkelt deltagers tilslutning. Springer en af deltagerne fra falder foretagendet dermed ikke *eo ipso* bort, men det kan af funktionelle grunde være at planen må revideres, fællesskabet reorganiseres, eller foretagendet muligvis opgives.

Også i de tilfælde hvor der ikke foreligger en artikuleret aktionsplan med rollefordeling er det ligefuldt den fælles intention der forbinder fællerne i fællesvirke. Den simpleste form foreligger når to personer uden nærmere planlægning bliver enige om at udføre en forbrydelse, fx et »bræk«. Den fælles intention ytrer sig da deri, at de gensidigt er indstillet på, efterhånden som situationen udvikler sig, at afpasse deres handlemåde efter hinanden, ledet af forbrydelsens virkeliggørelse som det fælles mål.

Den fælles plan vedtages ved formelig aftale mellem parterne, eller opstår mere formløst derved at situationen indebærer en fælles forståelse. »Aftale« betyder i denne sammenhæng ikke overenskomst om udveksling af ydelse og modydelse, men simpelthen enighed om fælles handleplan. Når to venner »aftaler« at mødes kl. 12 på Rådhuspladsen for at gå i Tivoli, har dette intet med udveksling af ydelser at gøre. Hvad der foreligger er intet andet end det at parterne har accepteret en fælles plan til koordination af deres handlinger, og gensidigt herpå bygger forventninger til modpartens adfærd. Det samme er tilfældet når der foreligger aftale om at begå en forbrydelse i fællesskab.

Det strafferetligt relevante ved fællesforbrydelsen er at den ikke kan tilskrives nogen enkelt af deltagerne. Straffelovens bud, der er affattet med enkeltmandsforbrydelse for øje, kan derfor ikke finde anvendelse på fællesforbrydelsen som sådan, men kun på hver enkelt deltagers indsats bedømt isoleret. Som vi senere skal se fører dette til utilfredsstillende resultater. Særlig straffehjemmel for samvirket er derfor påkrævet.

#### B. *Samvirke som medhjælperes bistand til en andens foretagende.*

Først et eksempel: *T 1*, der har planlagt et attentat ved sprængning, ankommer til gerningsbyen og henvender sig til en kammerat *T 2* med opfordring om at *være med* hertil. *T 2* afslår, men vil ikke nægte sin kammerat at hjælpe ham med oplysninger af interesse for

iværksættelsen. Det er klart at der her ikke er tale om et fælles foretagende. Det afgørende er ikke at *T 2* kun har ydet en mindre væsentlig indsats for forbrydelsens udførelse. Det samme kan være tilfældet i den organiserede fællesforbrydelse når den rolle der er tildeelt en deltager er relativt underordnet. Det afgørende er at foretagendet er *T 1*'s. *T 2* er ikke deltager i et fællesforetagende, hans villighed til at være med er afledt og betinget af *T 1*'s vilje til at gennemføre foretagendet. I samme øjeblik *T 1* afblæser foretagendet er det *eo ipso* bortfaldet, også for medhjælperen.

Da medhjælperens indsats, isoleret betragtet, kan være af ganske uskyldig karakter, fx at meddele en anden visse oplysninger, er det klart at medhjælperens strafbarhed som sådan kræver hvad jeg har kaldt overskydende hjemmel.<sup>2)</sup> Det samme gælder hovedmandens ansvar for hvad medhjælperen under hans instruktion har foretaget sig.

### C. Samvirke som tilskyndelse til en andens beslutning om at begå en forbrydelse.

De to hidtil omtalte former for samvirke i forbrydelse har været samvirke i forbrydelsens udførelse. Vi skal nu omtale samvirke i forbrydelsens beslutning.

Udførelse af en forbrydelse forudsætter ikke nødvendigvis en beslutning herom. Beslutning vil sige en indre debat, overvejelse af hvad der taler for og imod en handlings foretagelse, og afslutning af denne debat i en afgørelse. Men en forbrydelse kan, som andre handlinger, foretages efter en pludselig indskydelse eller under pres af overvældende passioner i blindt raseri der ikke levner plads for nogen overvejelse. Det kan tænkes at en anden, *T 1*, har været medvirkende til at fremkalde den spontane reaktion. Han kan, fx, med kendskab til *A*'s umådelige jalousi og hidsige temperament, mage det således at *A* pludselig stilles ansigt til ansigt med sin kones utroskab *in flagranti*. Og han kan have gjort det netop for at fremkalde eksplosion i en forbrydelse. Men sådan manipulation er ikke tilskyndelse. Hvis *T 1* i et sådant tilfælde skal gøres ansvarlig, er det som middelbar gerningsmand.

Beslutningen om at begå en forbrydelse kan vokse frem i ger-

<sup>2)</sup> Når »model II« (§ 21) forudsættes at angå kun *egen* forbrydelse, kræves overskydende hjemmel i alle tilfælde i hvilke medhjælperen ikke er selvstændig gerningsmand.

mingsmandens stille sind. Debattens stemmer for og imod er da begge hans egne. Men beslutningsprocessen kan også forløbe i kommunikation med en anden. Der foreligger da samvirke i beslutning; og forsåvidt denne anden gør sin indflydelse gældende til fordel for en beslutning om at udøve forbrydelsen siges han at have tilskyndet forbrydelsen. Det er klart at tilskynderen som sådan ikke er gerningsmand og at hans strafbarhed derfor udkræver overskydende hjemmel.

At tale, som jeg har gjort, om samvirke i beslutningen, er en smule misvisende. Beslutningen kan kun træffes af manden selv, den er altid 100 % hans egen. *T*'s samvirke angår de overvejelser der fører frem til beslutningen, det er samvirke i beslutningsprocessen.

Hvorledes er det muligt for en person, *T*, at øve indflydelse på en anden persons, *A*'s, adfærd? Hvad betinger indflydelsen og hvilken er den mekanik hvorved den udøves? Hvis vi ved »magt« i forhold mellem mennesker forstår evnen til at dirigere (influere på) andre menneskers adfærd (beroende på beslutninger), kan spørgsmålet også stilles således: Hvorpå beror det ene menneskes magt over det andet?

Jeg har beskæftiget mig med dette spørgsmål i min bog *Directives and Norms* hvortil jeg tillader mig at henvise.<sup>3)</sup> I noget forenklet skikkelse kan analysen gengives således:

*T*'s magt over *A* beror i sidste analyse altid på en drivkraft i *A* selv. *A*'s beslutning er, som nævnt, altid fuldt og helt hans egen sag. Den fremgår af motivkomponenter der er hans private oplevelser. Disse motivkomponenter har deres rod i *A*'s interesser (drifter, behov, begær) eller i hans uinteresserede indstillinger (oplevelser af pligt eller gyldighed), i begge tilfælde i forbindelse med hans opfattelse af omverdenen og dens samspil med hans interesserede eller uinteresserede impulser.<sup>4)</sup> Alt hvad *T* kan gøre er at søge at fremkalde sådanne opfattelser i *A* der vil appellere til hans impulser på den af *T* tilsigtede måde. Efter den drivkraft i *A* der søges mobiliseret kan vi sondre mellem følgende typiske varianter af magtudøvelse:

(a): Drivkraften er *A*'s frygt for ubehag (smerte, afsavn, skuffelse)

<sup>3)</sup> Se *a. st.*, §§ 9-15.

<sup>4)</sup> Jfr. *Om Ret og Retfærdighed*, 385 ff. og 449 ff.

se) eller omvendt hans tiltrækning af behag (lyst, tilfredsstillelse, opfyldelse). Det fælles for disse tilfælde er at *T* er i stand til at knytte sanktioner, negative eller positive, til *A*'s alternative handlemuligheder. Efter sanktionens art kan der sondres mellem:

(1) *Tvangsbefalingen*. *T* befaler under trussel om streng straffende sanktion *A* en handlemåde som står i afgjort modstrid med stærke motiver i *A*. *T* befaler fx *A* at dræbe en anden under trussel om, at sker det ikke vil *T* dræbe *A*. Hvad enten *A* vælger at bøje sig for truslen eller at acceptere sanktionen, handler han under *tvang*. Situationen er en tvangssituation. *A* er trængt op i en krog og der er ingen vej ud der ikke afgjort strider mod hvad han ønsker.<sup>5)</sup>

(2) *Pressionen*. Når den straffende sanktion bliver mindre streng og måske kun består i unddragelse af visse fordele *A* ellers ville have nydt, eller giver sig udslag i skuffelse, fornærmelse, eller bitterhed fra *T*'s side, med afbrydelse af sædvanlige, venskabelige relationer, vil man ikke, hvis *A* giver efter, sige at han blev tvunget dertil, men at han blev udsat for et pres.

(3) *Lokningen, købet*. Guleroden foran æslets mule er modstykket til piskeslaget på dets bag, belønning modstykket til straf. Denne sanktion anvendes når *T* lokker *A* til at begå en forbrydelse ved i fantasien at udmale hvilke fordele det vil bringe ham; eller når han køber ham dertil.

(b): Drivkraften er *T*'s autoritet i forhold til *A*: den *rene befaling eller opfordring*.

Hvis *A* overfor *T* har en indstilling af respekt der afføder et beredskab til spontan lydighed, siges *T* at besidde autoritet i forhold til *A*. *T* kan fx være forældre, en lærer, en religiøs eller politisk leder, en foresat i forretningsmæssigt eller militært hierarki. *T*'s befalinger eller opfordringer vil i så fald appellere, ikke til *A*'s frygt for sanktion, men til hans uinteresserede indstilling af respekt. (Der er naturligvis intet i vejen for at den autoritative befaling tillige er sanktioneret). Denne indstilling har sin rod ikke i *A*'s interesser eller behov, men i visse oplevelser af gyldighed, pligtmæssig forbundethed.<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> Om tvangssituation jfr. *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 245 f.

<sup>6)</sup> Det retlige udtryk for autoritativ befalingsmagt er kompetence, jfr. *Om Ret og Retfærdighed* (1953), 46, 95 f.; *Dansk Statsforfatningsret I* (2. udg. 1966), 24 f.

(c): Drivkraften er *A's velvilje* overfor *T*: den *høflige henstilling, anmodningen, bønnen*. Vi forsøger ofte at bevæge folk til at handle som vi ønsker uden at have hverken sanktioner eller autoritet til vor rådighed. Vi håber at den anden, uden at udsættes for noget pres, men af ren velvilje, vil føje os. Men hvis den anden ikke er bundet til os i nær samhørighed (venskab, slægtskab) er det, da almindelig velvilje har snævre grænser, kun mindre præstationer man kan forvente at opnå ad denne vej. Man kan høfligt henstille til en medpassager at lukke vinduet, man kan bede om ild eller oplysning om tid og vej; men det er nok kun i sjældne tilfælde man på dette grundlag kan bevæge en anden til at begå en forbrydelse af nogen betydning.

(d): Drivkraften er *A's egeninteresse* i forbindelse med hans *tillid* til *T's* kundskaber eller visdom: *råd, anbefaling, vejledning, advarsel*. I de hidtil omtalte tilfælde har indflydelsen været udøvet i *T's* interesse: *T* har søgt at bevæge *A* til en handlemåde der tjener *T's* interesse. Her er det omvendt: rådgivning sker i modtagerens interesse. Grunden til at *A* søger eller modtager *T's* råd er, at *A* føler sig ude af stand til at se, hvad der tjener hans interesser bedst. Den syge søger lægens råd fordi han ikke selv har den fornødne medicinske sagkundskab til at vide, hvad han skal gøre for at blive rask. Rådet kan forstås som en udtalelse om, hvorledes en person ville handle der havde den radsøgendes interesser og den rådgivendes indsigt. Man kan søge råd hos én der ikke er ekspert, men som formodes at besidde større menneskelig erfaring og dømmekraft.

Når *T* tilråder *A* at begå en forbrydelse foreligger et tilfælde af tilskyndelse. Dette må ikke forveksles med den situation at *T* giver *A* råd med hensyn til, hvorledes han bedst skal gå frem ved iværksættelse af en vis forbrydelse. I denne situation foreligger et tilfælde af bistand. Der er intet i vejen for at *T* yder *A* sådan bistand og samtidig fraråder ham at begå forbrydelsen.

(e): Drivkraften er *A's uinteresserede respekt for et sæt af normer* der anerkendes af såvel ham som *T*: *formaning, appel*. I dette tilfælde sker indflydelsen hverken i *T's* eller *A's* interesse. *T* søger at bevæge *A* ved at klarlægge hvad der efter omstændighederne er hans pligt eller skyldighed i kraft af visse normer (retlige, religiøse, moralske, kammeratskabets eller ærens kodex). Det kan meget vel tænkes at *T* på dette grundlag tilskynder *A* til at begå en forbrydelse. Forudsætningen er blot, at det normsystem der appelleres til er for-

skelligt fra det der definerer forbrydelsen. Således hvis *T* formaner *A* til at duellere fordi regimentets ære kræver det; eller hvis *T*, der er medlem af en politisk, religiøs, eller national modstandsbevægelse, i dennes navn foreholder *A* at han bør begå et drab.

Det fremgår heraf hvor forskelligartet den indflydelse kan være der gemmer sig bag udtrykket »tilskyndelse«, en forskelligartethed der må være i høj grad relevant for den strafferetlige vurdering.

### *5. Samvirkeregler er påkrævede dels af beskrivelsestekniske, dels af kriminalpolitiske grunde.*

Forinden jeg går over til de kriminalpolitiske overvejelser om, i hvilken udstrækning samvirke i forbrydelse bør kriminaliseres, vil det være nyttigt, som grundlag herfor, at gøre sig klart, hvorfor særlige regler om samvirke er påkrævede. Hvorfor kan man ikke blive stående ved regler om enkeltmandsforbrydelse og anvende disse på hver enkelt af de samvirkende, således at hver af dem straffes just for hvad han har foretaget sig? Jeg vil nævne to forhold der forklarer samvirkereglernes påkrævedethed.

I en veludviklet forbrydelse kan man sondre mellem disse udviklingsstadier:

- (1) beslutningsprocessen;
- (2) forberedelsen;
- (3) påbegyndt iværksættelse;
- (4) fuldendt iværksættelse;
- (5) fuldbyrdet forbrydelse;
- (6) efterfølgende tilgodegørelse af forbrydelsens resultater.

Når enkeltmand handler og straffes for fuldbyrdet forbrydelse bliver der ikke tale om herudover at straffe ham særskilt for hvad han har foretaget på de forudgående stadier eller på det efterfølgende stadium. Straffen for fuldbyrdet forbrydelse dækker det hele. Hvis flere har samvirket kan det tænkes, for det første, at nogle af dem ikke har deltaget i iværksættelsen, og at den straf der kan idømmes andre af dem for fuldbyrdet forbrydelse derfor ikke vil dække den indsats nogle af dem har gjort på forbrydelsens øvrige stadier; og for det andet, at nogle af dem, eller de alle, nok har deltaget i iværksættelsen, men hver kun har ydet en sådan delindsats at ingen af dem opfylder gerningsbeskrivelsens krav. Denne *udspaltning af enkeltgerningsmandens totale aktivitet på en flerhed af*

*hænder* gør supplerende regler om samvirke påkrævede fordi man ellers ville havne i den urimelighed, at samvirkende forbrydere, eller ihvertfald nogle af dem, ikke ville kunne straffes. Jeg skal nu nærmere demonstrere en række anvendelser af dette synspunkt.

*ad beslutningsprocessen:* Hvis *T* har deltaget i denne ved tilskyn-delse, men herudover intet foretaget sig på forbrydelsens efterføl-gende stadier, udkræves særskilt hjemmel for hans strafbarhed.

*ad forberedelsen:* Hvis *T* har deltaget i denne som fælle eller hjæl-per, men herudover intet foretaget sig på forbrydelsens efterfølgen-de stadier, udkræves særlig hjemmel for hans strafbarhed.<sup>1)</sup>

*ad iværksættelsen:* Hvis *T* (som fælle eller hjælper) kun har ydet en indsats der falder udenfor gerningsbeskrivelsens krav, fx stået på vagt, udkræves særlig hjemmel for hans strafbarhed. Det samme gælder dersom han kun har realiseret en del af gerningen. Til vold-tægt, fx, udkræves dels fuldbyrkelse af samleje, dels udøvelse af vold som middel hertil. Hvis nu *T 1* udøver volden og *T 2* foreta-ger den seksuelle akt, kan ingen af dem, uden særlige regler om samvirke, straffes for voldtægt. På samme måde dersom *T 1* fore-tager indbrud og *T 2* tilegner sig genstande der på denne måde er skaffet adgang til. Endelig gælder det samme også dersom *T* efter at forbrydelsen er fuldbyrdet (fx varer tilegnet ved indbrud) delta-ger i den fortsatte iværksættelse indtil dennes tilendebringelse (fx ved at transportere de stjalne varer bort fra gerningsstedet).<sup>2)</sup>

*ad den efterfølgende tilgodegørelse:* Hvis *T* efter fuldbragt iværk-sættelse deltager i den efterfølgende tilgodegørelse uden at have væ-ret impliceret i noget af forbrydelsens foregående stadier, udkræves særlig hjemmel for hans strafbarhed.

Det andet forhold der forklarer nødvendigheden af regler om samvirke i forbrydelse er den vurdering, at samvirket, ganske særlig i form af fællesvirke, forøger forbrydelsens samfundsfarlighed. Det gælder her, som på alle andre livets områder, at samarbejde, specielt det organiserede fællesvirke, er langt mere effektivt end den en-

<sup>1)</sup> Jeg erindrer om at det i denne analyse forudsættes at reglerne om forberedelse (»forsøg«, strfl. § 21) udelukkende angår handlinger der sigter til at fremme udførelsen af den handlendes *egen* forbrydelse, d.v.s. en handling kriminaliseret i de specielle straffebud uden kombination med regler om meddelagtighed (strfl. § 23), se ovf. punkt 3.

<sup>2)</sup> Om tilendebragt eller afsluttet iværksættelse, se, »Om forsøg«, pkt. 4.

keltes isolerede indsats.<sup>3)</sup> Dette synspunkt kan begrunde at visse handlinger kriminaliseres når de er foretaget under samvirke i forbrydelse, medens de ellers ikke er strafbare; eller at visse handlinger straffes strengere under den nævnte forudsætning.

Enkeltmands beslutning om at begå en forbrydelse er et indre, uhåndgribeligt fænomen som det ikke kan komme på tale at kriminalisere. Anderledes når flere sammen aftaler en forbrydelse, begået enten af en af dem, eller i fællesskab. Beslutningen har herved fået ydre eksistens, og der er skabt et bånd der giver forsættet større fasthed og styrke end den der er forbundet med enkeltmands uforbindende beslutning. Denne forskel kan tale for at kriminalisere aftalen om en forbrydelse; og for at bedømme hvad der foretages i medfør af aftale strengere end samme handlinger foretaget uden aftale.<sup>4)</sup>

Det er i dag den almindelige opfattelse at der kun i begrænset omfang er behov for selvstændigt at kriminalisere enkeltmands forberedelser til iværksættelse af en forbrydelse. Også her stiller sagen sig anderledes når flere sammen har forberedt en forbrydelse (der ikke bliver iværksat). Den plan der røber sig i samvirket giver det forbryderiske forsæt en kendelighed der afsvækker de betænkeligheder der ud fra retssikkerhedssynspunkter kan anføres imod en »subjektiv forsøgslære« for så vidt angår enkeltmands forbrydelse. Samtidig taler samvirkets større samfundsfarlighed for at kriminalisere enhver forberedelse. Hvis planlægning af og forberedelse til det store togrøveri var blevet afsløret i tide, måtte det forekomme urimeligt om samfundet ikke skulle kunne reagere med sanktioner mod deltagerne.

Har flere deltaget i iværksættelse af en forbrydelse kan der være grund til at tillægge samvirket betydning som en skærpende eller strafforhøjende omstændighed.

## 6. Deltagerne i en fællesforbrydelse er solidarisk ansvarlige for hvad nogen af dem foretager til forbrydelsens udførelse.

Jeg går nu over til en kriminalpolitisk vurdering af, i hvilket om-

<sup>3)</sup> Jfr. strfl. § 80, stk. 2, hvorefter det i reglen vil være at anse som en skærpende omstændighed at gerningen er udført af flere i forening.

<sup>4)</sup> Jfr. om *conspiracy* som selvstændig forbrydelse i engelsk *common law*, se fx Kenny's *Outlines of Criminal Law* (19. ed. 1966), § 59 og §§ 448-454.

fang det er fornødent eller ønskeligt at indføre regler om samvirke der kriminaliserer handlinger ud over hvad der følger af de specielle straffebud i forbindelse med regler om enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse (model I og II); og til overvejelser af, hvorledes sådanne regler nærmere bør udformes.

Grundlaget herfor er for det første de i det foregående anstillede undersøgelser af, hvor den grænse går hvis overskridelse betyder at en handlings strafbarhed (om sådan ønskes) kræver overskydende hjemmel; og ligeledes analysen af samvirkets adfærdsfænomnologiske grundformer: fællesvirke, bistand, og tilskyndelse med de tilsvarende betegnelser for den meddelagtige: medgerningsmand, medhjælper, anstifter. Det bedes bemærket at *medgerningsmanden* i overensstemmelse med den ovenfor under punkt 2 fastlagte terminologi *ikke er gerningsmand*.

Grundlaget er dernæst også en gennemgang af dansk retspraksis under straffeloven af 1930 for så vidt dette er gørligt ved hjælp af registrene. Dette forbehold betyder, modsat hvad der var tilfældet ved undersøgelsen af forsøgsdomme, en væsentlig begrænsning. Grunden hertil er at man i praksis, øjensynlig fordi man ikke har været tilstrækkelig klar over problemet, ingenlunde altid citerer § 23 i tilfælde hvor strafbarheden forudsætter overskydende hjemmel. Teorien har heller hverken vejledt eller tilskyndet domstolene i så henseende.<sup>1)</sup> Da jeg ikke har kunnet påtage mig at læse alle trykte domme igennem er det materiale jeg har fået fat i givetvis ikke udtømmende. På den anden side er det alligevel ret fyldigt, og tilstrækkeligt til at demonstrere visse figurer og tendenser der har manifesteret sig i anvendelsen af den konturløse § 23.

På dette dobbelte grundlag vil jeg i første række betone at det er nødvendigt at reetablere den nedarvede, men af kausalitetslæren og vor lov slettede sondring mellem gerningsmand, medhjælper og anstifter (hvortil kommer kategorien medgerningsmand). Denne sondring er ikke nødvendig så meget af hensyn til domstolene som rettesnor for deres gradering af strafudmålingen. Den gældende lov åbner tilstrækkelig adgang til en skønsmåssig frihed i så henseende. Sondringens betydning ligger mere deri, at det straffepædagogisk er ønskeligt at markere den dømtes stilling til forbrydelsen og arten af det ansvarsgrundlag han dømmes på. Det er da også interessant

---

<sup>1)</sup> Se ovf. punkt 2 ved note 2.

at notere at man i den svenske *Brottsbalken* af 1962, 23:4, har fastholdt at enhver der domfældes skal dømmes som enten gerningsmand, medhjælper, eller anstifter – selvom man i det væsentlige har overladt til praksis at drage grænsen mellem disse kategorier.<sup>2)</sup>

Under nærværende punkt behandles samvirke som fællesvirke.

Jeg minder om at overskydende straffehjemmel ikke er fornøden for deltagerne forsåvidt de opfylder forbrydelsens gerningsrekvisit (ovf. punkt 3 under (1)). De er da gerningsmænd (sidegerningsmænd).<sup>3)</sup> Hvis de derimod skal straffes uanset at de ikke, eller ikke fuldtud, opfylder dette rekvisit, eller uanset at de ikke har deltaget i iværksættelse af forbrydelsen, er regler om samvirke fornødne.

Jeg minder også om at det for fællesforbrydelsen karakteristiske er, at den ikke kan tilskrives nogen enkelt af deltagerne. Hver af disse har sin rolle, og målet nås kun gennem det planmæssige samspil af de forskellige partialindsatser. Det kan endda meget vel tænkes at ikke nogen af deltagerne har foretaget en handling der i sig selv opfylder gerningsbeskrivelsens krav. Således fx hvis *A* og *B* begår indbrudstyveri således at *A* bryder ind og *B* begår tyveriet.

Det forekommer mig i god overensstemmelse med fællesforbrydelsens natur forsøgsvis at opstille *grundsætningen om fællernes solidariske straffeansvar*. Heri ligger – uden at jeg foreløbig forsøger en præcis tekstmæssig formulering – tanken om, at *når flere i fællesskab begår forbrydelse hæfter hver af dem – uanset hvilken rolle, stor eller lille, han har spillet i aktionen – for de forbryderiske gerninger der i fællesskab begås under forudsætning af at de ikke går ud over hvad der ifølge den fælles beslutning eller forståelse måtte påregnes*. Det siger sig selv at det solidariske ansvar som et specifikt samvirkeansvar kun er af betydning forsåvidt deltageren ikke opfylder gerningsbeskrivelsens krav, altså ikke i sig selv er gerningsmand.

Dette forekommer mig at være et markant moralsk-retligt princip, let at forstå, en retsfigur der bør udmejsles og udhæves af § 23's amorfe kausalitetsvælling der flyder af kravet om at have »medvirket«. Og, som jeg straks skal vise, har dette princip, i mere eller mindre bevidst og klar udformning, også manifesteret sig i praksis.

<sup>2)</sup> Nils Beckman m. fl., *Brottsbalken II* (2. opl. 1969), 579.

<sup>3)</sup> I *U* 1971. 825 (V) blev *T* i fh. *B* og *D* tiltalt og dømt for meddelagtighed i henh. tyveri og hærværk. Der er intet oplyst om hvori meddelagtigheden skulle bestå til forskel fra at *T* var simpel sidegerningsmand.

Analysen må gå skridtvis frem. Det gør en forskel om fællesforbrydelsen iværksættes eller ej. Hvis den iværksættes beror strafbarheden af forberedende skridt på den opspaltning af aktiviteten på flere hænder der adskiller samvirke i forbrydelse fra enkeltmandsforbrydelsen. I modsat fald er der tale om fællernes forberedelse af egen forbrydelse, og problemet er analogt med spørgsmålet om enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse. Der opstår da spørgsmål om, hvorvidt der er grund til at straffe forberedende skridt til en fællesforbrydelse i videre omfang end forberedende skridt til enkeltmands forbrydelse.

*A. Forbrydelsen iværksættes.*

Dette betyder at iværksættelsen er *påbegyndt*. Det er her den principielle grænselinie går med hensyn til strafværdighed. Herom henvises til afhandlingen »Om forsøg«, punkt 6.

Solidaritetsens grundsætning betyder i denne situation at hver fælle skal dømmes som medgerningsmand (med samme straf som var han gerningsmand) uanset om han har deltaget i iværksættelsen (uden at hans handling opfylder gerningskravet), eller blot i dens forberedelse eller i beslutningen om dens udførelse. Der er rigt materiale til bestyrkelse af sætningen i praksis.

*a. T har deltaget iværksættelsen uden at hans handling opfylder gerningsbeskrivelsens krav.*

Til illustration anføres et skematisk konstrueret tilfælde: *A, B, C, D, E, F, G, H, I* og *K* samles hos *A*, lederen, der forelægger plan til et bankrøveri der enigt godkendes. Efter planen skal *B* (indehaver af et bilværksted) og *C* (det samme) hver tilegne sig en bil (vogn 1 og vogn 2) der hjemtages på værksted, forsynes med falske nummerplader, m. v. *D* skal på aktionsdagen, ca. 14 dage senere, som chauffør føre vogn 1 til gerningsstedet med *E, F, G* og *H* som passagerer. På gerningsstedet skal *E* foretage rekognoscering, *F* holde vagt, *G* holde bankpersonalet op, og *H* tilegne sig pengene. Tilbage i vognen kører *D* dem videre til aftalt sted i øde egn. Her mødes de af *I* der har ført vogn 2 hertil. Som lokalkendt afløser han *D* som chauffør og kører til et aftalt skjulested. Her modtages de af *K* der har indrettet skjulet, forsynet det med fornødne fødevarer, m. v. Ved udførelsen af deres opgave (biltyveri) skaffer *B* sig hjælp af *X*, og *C* sig hjælp af *Y*. *B* indvier *X* i planen om bankrøveriet. *C* fortæller ikke *Y* noget.

Af disse har *D, E, F, G, H, I* og *K* deltaget i iværksættelsen, *I* og *K* kun i den del af den der ligger efter forbrydelsens fuldbyrdelse.<sup>4)</sup> Ingen af dem opfylder røveriets gerningskrav.

*A, B* og *C* har alene deltaget i forberedelsen. *X* og *Y* er ikke fæller. De er begge medhjælpere til brugstyveri, *X* tillige til bankrøveri.

Fra dansk praksis anføres:

(1) Nogle domme der er inde på en udtrykkelig formulering af det solidariske ansvar:

*U 1970. 253 (Ø)*: 9 tiltalte havde besluttet i forening at foretage en voldelig aktion mod nogle fremmedarbejdere. 6 af dem trængte ind i disses bolig og øvede vold og hærværk. Alle 9 blev dømt for vold, husfredskrænkelse, og hærværk. De af dem der ikke selvstændigt havde øvet vold eller husfredskrænkelse ansås ansvarlige for disse overtrædelser i medfør af strfl. § 23. Det hedder herom i underrettens dom:

»For så vidt angår de tiltaltes ansvar efter straffelovens § 23 for handlinger, de ikke selv har begået, har retten fundet, at alle tiltalte ved at have deltaget i indgåelse af aftalen om aktionen eller tilsluttet sig gennemførelsen og ved at have været til stede på gerningsstedet i medfør af nævnte bestemmelse må anses ansvarlige efter straffelovens § 244, stk. 4, jfr. stk. 2 og 3, og efter § 244, stk. 4, jfr. § 21. Da aktionen iværksattes ved midnatstid af en mandstærk flok må retten anse husfredskrænkelse for at have været en stiltiende aftale eller forudsætning for aktionens formål, således at samtlige tiltalte, som ikke selv begik husfredskrænkelse, må anses som medvirkende til denne lovovertrædelse.«

*LR* tiltrådte den indankede doms bedømmelse af skyldspørgsmålet, herunder den i medfør af strfl. § 23 skete domfældelse.

*U 1970. 615 (H)*: Spørgsmål om *T*'s andel i et indbrudstyveri. Anklagemyndigheden krævede *T* dømt efter § 276 som selvstændig gerningsmand. *UR* dømte for medvirken i medfør af § 276, jfr. § 23. Dommen blev af anklagemyndigheden påanket til domfældelse i overensstemmelse med anklageskriftet, men såvel *LR* som *HR* stadfæstede dommen. *UR* udtaler om ansvaret:

»Ved den af *B* afgivne forklaring, der har gjort et troværdigt indtryk, finder retten det godtgjort, at vidnet *A* forud for kørslen har opfordret såvel *B* som tiltalte til at medvirke ved et indbrud. Ved under disse omstændigheder at ledsage *A* til indbrudsstedet, senere at deltage i transporten af tyvekosterne og endelig at modtage

<sup>4)</sup> Jfr. »Om forsøg«, pkt. 4.

en del af udbyttet fra tyveriet, findes tiltalte at have gjort sig skyldig i medvirken til tyveri.«

Denne dom bør vel nok rettelig rubriceres under *bistand*. Det er underordnet. Jeg nævner den her fordi den er af interesse ved at fremhæve momenter der, hvis *T* og *A* havde handlet som fæller, vilde have gjort *T* til medgerningsmand.

(2) Forudsætningsvis, og måske nærmest ubevidst, er princippet anerkendt i en stor mangfoldighed af domme i hvilke *T* (fx medlem af en ungdomsbande) dømmes for *i forening med andre* at have begået en række forbrydelser, fx tyveri, brugstyveri, indbrudstyveri, eller forsøg herpå. Det karakteristiske er nemlig at man i disse afgørelser ikke på nogen måde søger udredt hvad den ene eller den anden af de deltagende har foretaget sig. Man taler blot om at de *i forening* har tilegnet sig fx en bil eller en genstand fra dens bagagerum. Men sandheden er jo sikkert, om man vil give en mere akkurat beskrivelse af hvad der er foregået, at det er enten den ene eller den anden af dem der har foretaget den tilegnelsehandling der kræves til opfyldelse af tyveriets gerningsindhold. Ved ganske at negligere sådan undersøgelse af hvem der er gerningsmand bekræftes det solidariske princip hvorefter de alle er ansvarlige som medgerningsmænd. Som typiske eksempler kan anføres *U 1971. 244 (H)* alle fh., *U 1969. 332 (HN)* fh. 1, *U 1966. 857 (HN)* fh. 3-19 og 22-24, og *U 1962. 881 (H)* fh. A, a, 3-21; b 1-5, og B.

*U 1965. 743 (HN)* fh. III frembyder tilsyneladende en afvigelse. *T 1*, *T 2* og *T 3* var, efter forudgående aftale om at begå et røveri, brudt ind i en brugsforening og havde skaffet sig adgang til *O*'s soveværelse. *T 1* pegede på *O* og sagde »Pengene eller vi skyder«. *O*'s modstand bevirkede at de alle flygtede eller forsøgte at flygte. De var alle tiltalt for forsøg på røveri men *T 2* og *T 3* blev alene anset for forsøg på tyveri. Afvigelsen forklares formentlig ved at sagen var en nævningsag.

Ved afgørelser af denne type citeres § 23 ikke.

(3) Af lignende art er en lang række domme i retsopgøret efter besættelsen i hvilke *T* blev dømt for, som medlem af Schalburgkorpset eller lignende gruppe, at have deltaget i udrykninger til anholdelse af danske.<sup>5)</sup> Uden på nogen måde at indlade sig i undersøgelser

<sup>5)</sup> Om tilsvarende norske afgørelser, se Johs. Andenæs, *Allminnelig strafferett* (1956), 284-85.

af hvilken rolle *T* ved den lejlighed spillede – måske stod han vagt, måske sprængte han døren – anses *T* i disse domme for frihedsberøvelse, § 261. Derimod stiller det sig noget forskelligt om *T* også anses som solidarisk ansvarlig for den i forbindelse med anholdelsen udøvede vold. *U 1946. 1041 (H)* peger i retning af at udstrække solidariteten også hertil. *UR* udtaler at retten tillægger det mindre betydning om *T* alene har bundet *O*'s hænder eller har slået ham med hånd eller knippel »idet *T* også ved denne anholdelse må være solidarisk med Winther (udrykningslederen) for så vidt angår den udøvede vold«. Andre domme, som fx *U 1946. 1060 (H)*, dømmer kun for vold for så vidt *T* har deltaget i voldsudøvelsen (fh. II, 4, 6, 8, 9, 12, 13, 14, 17 og 18), men ikke for så vidt volden er blevet udøvet af andre, selvom *T* har overværet det (fh. II, 2 og 3 samt til lægsanklageskriftet).

Ved afgørelser af denne type citeres § 23 ikke.

(4) I domme om voldtægt med opdelt gerningsindhold, således at *T 1* har udøvet volden medens *T 2* har haft eller forsøgt samleje med *O*, straffes i overensstemmelse med solidaritetsprincippet såvel *T 1* som *T 2* for voldtægt, skønt ingen af dem opfylder gerningsbeskrivelsens krav. Men § 23 citeres kun hvad angår voldsudøveren, ikke hvad angår den der har foretaget den seksuelle del af gerningsindholdet. Denne forskel i citeringen er ubegrundet. Ingen af dem er gerningsmand, d.v.s. den der opfylder gerningsrekvisitet i strfl. § 216. Begge er medgerningsmænd, hvis strafbarhed er hjemlet i § 216, jfr. § 23.

*U 1963. 47 (HN)*: *T 1*, *T 2*, *T 3* og *T 4* var alle tiltalt dels for voldtægt, dels for medvirken til voldtægt, idet de skiftevis havde haft samleje med *O* medens de andre holdt på hende. Alle dømt for voldtægt efter § 216 idet de har haft samleje, *T 1*, *T 2* og *T 3* tillige efter § 216, jfr. § 23, idet de har udøvet tvang. *T 4* blev frifundet herfor.

*U 1935. 531 (HN)*: *T 1–T 5* havde i forening voldtægtet en pige således at de alle havde enten deltaget i volden eller udøvet samleje. *T 2* og *T 4* havde gjort begge dele. *T 3* havde haft samleje, men ikke deltaget i volden. *T 1* og *T 5* havde alene deltaget i volden. Alle som solidariske medgerningsmænd dømt for voldtægt, skønt kun *T 2* og *T 4* opfyldte denne forbrydelses gerningsrekvisit. § 23 citeret for så vidt angår *T 5*, men ikke *T 1*. Denne forskel beror formentlig på, at man vedrørende *T 5* ønskede at påberåbe sig strafnedsættelses-

reglen i § 23, stk. 1., 2. pkt., idet han kun havde villet yde en mindre væsentlig bistand til gerningen.

Samme synspunkt burde anlægges ved andre forbrydelser med sammensat gerningsrekvisit, fx indbrudstyveri og røveri. Er indbruddet, respektive volden, begået af *T 1*, medens *T 2* har tilegnet sig tingene, er begge medgerningsmænd, og § 23 bør citeres. Det sker dog ikke i praksis idet man som nævnt ovf. under (2) simpelthen ikke interesserer sig for hvad den ene eller anden af dem har foretaget sig.

(5) I tilfælde af at *T* har deltaget i en aftale om begåelse af en forbrydelse og har deltaget i dens iværksættelse, dog kun derved at han har ledsaget andre til gerningsstedet og overværet iværksættelsen, straffes *T* undertiden som gerningsmand, altså uden citering af § 23. Da han ikke opfylder gerningsbeskrivelsens krav er han ikke gerningsmand, men medgerningsmand, og § 23 burde være citeret. Se fx *U 1970. 861 (Ø)*, for så vidt angår *T 2*, og *U 1970. 156 (HN)* fh. B for så vidt angår tiltalte Allan. I *U 1970. 253 (Ø)* omtalt ovenfor under (1) blev derimod § 23 citeret.

(6) Yderligere kan disse afgørelser anføres:

*U 1971. 10 (HN)* fh. 2: *T* havde efter aftale deltaget i et røveri derved at han i sin vogn kørte andre deltagere til gerningsstedet hvor han blev holdende for at vente på dem medens de iværksatte røveriet (der mislykkedes). Dømt for (forsøg på) røveri uden citering af § 23.

*U 1959. 853 (HN)* fh. III og IV: *T 1* og *T 2* havde efter aftale dræbt *O* derved at *T 2* (hustruen) på *T 1*'s opfordring umiddelbart efter fødslen kvalte *O*, hvorefter *T 1* fjernede liget i en spand og gravede det ned. Begge anset efter § 237. Da *T 1* ikke var gerningsmand, men medgerningsmand, burde for hans vedkommende § 23 være citeret.

*U 1952. 890 (Ø)* fh. C 2: *T 2* (M. K.) og *T 3* (E. K.) havde efter forudgående aftale med *T 1* (G. P.), der var kontorist på politigården, modtaget akterne i en sag hvori de var blevet idømt straf, for derved at unddrage sig dommens fuldbyrdelse. De blev anset efter § 149, jfr. § 23. Grunden til at § 23 citeres (hvad i sig selv er korrekt, men ofte undlades i tilsvarende domme) er formentlig, at det er særligt iøjnefaldende at *T 2* og *T 3* som *extranei* ikke kan være gerningsmænd til en forbrydelse i offentlig tjeneste eller hverv.

*U 1946. 1060 (H)* fh. II, 18: *T* anset for vold derved at han fast-

holdt O over et bord medens andre mishandlede O. § 23 ikke citeret.

*U 1940. 724 (H): T 1* havde ladet sig udbetale et beløb af 100 kr. af *T 2*, vidende om at denne ikke havde ret til frit at disponere over beløbet. Dømt for at have medvirket til underslæb, men § 23 ikke citeret.

*b. T har deltaget i forberedende skridt til forbrydelsen, men ikke i dens iværksættelse.*

Det er klart at *T* ikke kan være gerningsmand til den af andre fæller iværksatte forbrydelse. Efter solidaritetsprincippet skal han lige fuldt dømmes som medgerningsmand til denne forbrydelse. Praksis er i overensstemmelse hermed.

*U 1973. 26 (HN) fh. 3: T 2* havde intet foretaget sig ud over at deltage i fælles beslutning og planlægning af afpresning, der blev iværksat af *T 1* men mislykkedes. § 23 ikke citeret.

*U 1968. 186 (Ø) fh. 1: T 2* havde opfordret *T 3* og *T 4* til at dræbe O, og havde sammen med dem planlagt fremgangsmåden (planlægning og forberedelse). Forbrydelsen blev iværksat, men mislykkedes. *T 2* anset efter § 237, jfr. § 21. Strfl. § 23 citeres ikke skønt der blev stillet tillægsspørgsmål om anvendelse af § 24, jfr. § 22.

*Samme dom fh. 4: T 1* havde truffet aftale med *T 2* om, at denne skulle dræbe O med en pistol. *T 1* fremskaffede pistolen, gav *T 2* instruktion om dens brug, afholdt skydeøvelse med *T 2*, og deltog i planlægning af forbrydelsen. Denne blev påbegyndt iværksat, men opgivet. *T 1* anset for forsøg på manddrab, § 237, jfr. § 21, uden citering af § 23.

*U 1953. 274 (HN): T 1* havde med *T 2* aftalt foretagelse af svigagtig brandstiftelse og havde deltaget i forberedelserne til ildpåsættelsen som blev foretaget af *T 2*. *T 1* anset efter § 181, stk. 1 og 2, smh. med § 23, stk. 1, 2. pkt. Grunden til at § 23 citeres er øjensynligt ønsket om at anvende adgangen til strafnedsættelse.

*U 1953. 513 (HN) fh. B 2 a: T* havde efter forudgående aftale anvist *A* en restauration i Paris hvor denne i udgivelseshensigt skulle opkøbe dollars, som *T* vidste var falske, hvorhos *T* skaffede *A* en hjælper til gennemførelse af foretagendet. *T* anset efter § 161, stk. 1, jfr. § 21 – altså uden citering af § 23.

*U 1947. 1034 (HN) fh. 2: T 1, T 2, T 3* og *T 4* havde i forening planlagt drab på O. *T 1, T 2* og *T 4* formåede *A* til at udføre drabet. Alle, altså også *T 3* der blot havde deltaget i den forberedende af-

tale og planlægning, tiltalt og dømt for meddelagtighed i manddrab, § 237, jfr. § 23.

*U 1946. 351 (HN)* fh. VII: *T* havde deltaget i planlægning af et af *A*, *B* og *C* foretaget røveriforsøg og havde udlånt en skarpladet revolver til brug herved. *T* anset for forsøg på røveri uden citering af § 23.

*c. T har alene deltaget i beslutningen om forbrydelsen.*

Som det konstruerede eksempel ovenfor under »a« viser kan det meget vel tænkes at den der ikke har deltaget i andet end beslutningen er hovedmand og den mest strafværdige af alle. Der findes også afgørelser der domfælder på dette grundlag.

*U 1968. 186 (Ø)* fh. 2: *T 1* og *T 2* havde aftalt at *T 2* skulle tilkalde *T 4* og opfordre denne til at dræbe *O*. Dette skete og *T 4* iværksatte et mislykket forsøg. *T 1*, hvis indsats altså ikke strakte sig ud over aftalen med *T 2*, anset for forsøg på manddrab uden citering af § 23.

*U 1946. 864 (HN)*: *T* havde truffet aftale med flere medskyldige om, at 1 eller 2 af disse skulle stjæle en mappe indeholdende bl. a. 500 ubanderolerede cigaretter, hvorefter 1 eller 2 af de medskyldige ved røveri tilegnede sig mappen med indhold. *T* anset for tyveri uden citering af § 23. Dommen illustrerer reglen om, at det solidariske ansvar ikke rækker ud over hvad der efter aftalen måtte påregnes.

*U 1940. 48 (H)*: En medtiltalt, *T 1*, havde afgivet urigtige og vildledende oplysninger til aktieselskabsregisteret og blev herfor anset efter § 296, stk. 1, nr. 2. Da anmeldelsen var sket efter aftale med *T 2* og *T 3*, blev også disse anset efter samme bestemmelse uden citering af § 23.

*B. Forbrydelsen iværksættes ikke.*

Når der er truffet forberedelse til udførelse af en fællesforbrydelse, men denne af den ene eller anden grund ikke bliver iværksat, er situationen parallel med enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse. Men medens strafbarheden af enkeltmands forberedelseshandlinger bør begrænses efter et objektivi kriterium,<sup>6)</sup> er der, som omtalt i det foregående, grund til at se strengere på forberedelse af fællesforbrydelse. Vistnok enhver forberedelseshandling (herunder

<sup>6)</sup> Se »Om forsøg«, pkt. 6.

planlægning), og muligvis også den blotte deltagelse i beslutningen, bør kriminaliseres. Det første er antaget i praksis af Højesteret; om det sidste foreligger der mig bekendt ingen afgørelse.

*U 1948. 367 (H) og 375 (H):* *T* havde sammen med 6 andre ungdommelige personer besluttet at der skulle udøves et sprængningsattentat mod *O*. Fremgangsmåden blev planlagt, men herudover blev der ikke truffet videre forberedende foranstaltninger, ud over at man blev enige om at begrave nogle våben for at de ikke skulle findes, hvis mistanken skulle samles om *T*. Attentatet blev ikke iværksat, bl. a. fordi *O* var bortrejst. *T* og fire af de andre deltagere i beslutningen og planlægningen anset efter § 183, stk. 1, jfr. § 21, men uden citering af § 23.

*U 1943. 819 (H) fh. II:* *T 1* og *T 2* havde sammen med andre planlagt og forberedt visse eftersøgte personers ulovlige udrejse af landet. Anset efter lov nr. 123 af 30. marts 1942 § 3, jfr. strfl. § 21. Det er ikke nærmere oplyst hvori forberedelseshandlerne bestod. Citering af § 23 kom ikke på tale da den nævnte lovbestemmelse direkte kriminaliserer medvirken. Lignende forhold i fh. III.

Af denne oversigt over behandlingen af deltagelse i fællesforbrydelse fremgår at solidaritetsprincippet er solidt funderet i retspraksis, således at det, når forbrydelsen iværksættes, udstrækkes til at omfatte enhver forberedelseshandling og den blotte deltagelse i beslutningen. Endvidere at der uden noterede modinstanser er eksempler på, at ren forberedelse (altså forberedelse af forbrydelse der ikke bliver iværksat) straffes også for forberedelse der ikke går meget ud over beslutning og planlægning.

Hvad citering af § 23 angår kan ingen fast linie påvises. Det er som om man ofte ikke har øje for problemet og simpelthen betragter medgerningsmændene som gerningsmænd. Strfl. § 23 synes for det meste kun citeret når man ønsker at påberåbe sig reglen om strafnedsættelse i dens 1. stykke, 2. punktum; eller når særlige omstændigheder, fx *T*'s stilling som *extraneus*, henleder opmærksomheden på at han ikke kan være gerningsmand.

Hvad straffens strengthed angår må udgangspunktet sikkert være at medgerningsmanden straffes som var han gerningsmand. Der bør formentlig, særligt med henblik på den organiserede forbrydelse, være hjemmel til strafforhøjelse for den der er hovedmanden i foretagendet. Om der også bør være hjemmel til strafnedsættelse fore-

kommer mig mere tvivlsomt. I to af de ovenfor omtalte domme (*U* 1953. 274 om brandstiftelse og *U* 1935. 531 om voldtægt) har man bjort brug af den i § 23, stk. 1, 2. pkt., hjemlede adgang til strafnedsættelse.

*7. Medhjælperen er som sådan ansvarlig for ethvert skridt foretaget af ham selv eller af hovedmanden til forbrydelsens udførelse. Hovedmanden er som sådan ansvarlig for ethvert sådant skridt foretaget af medhjælperen.*

Under dette punkt behandles samvirke som medhjælperens bistand til en andens forbrydelse. Som fremstillet ovf. under punkt 4 ligger den principielle forskel mellem bistand og fællesvirke deri, at medhjælperen ikke er besluttet på at nogen forbrydelse skal begås. Det ligger helt i hovedmandens hånd. Medhjælperen handler til opfyldelse af den andens intention og er derfor, så længe han ønsker at forblive i rollen som medhjælper, forpligtet til at rette sig efter dennes instrukser, specielt også således, at afblæser hovedmanden foretagendet er dermed også al bistand afblæst.

Der foreligger i bistand ingen fællesbeslutning. Beslutningen om at forbrydelsen skal udføres er hovedmandens. Medhjælperens beslutning er forskellig herfra og går alene ud på at ville bistå den anden.

Der behøver ikke at foreligge nogen aftale om bistand. Den kan ydes som en helt fri og ubundet tjeneste efter opfordring eller i spontan samforståelse. Men der kan naturligvis også mellem parterne være indgået aftale hvorefter medhjælperen, eventuelt mod modydelse, påtager sig at yde bistand; og det kan videre være mere eller mindre bestemt præciseret hvori denne skal bestå. Hovedmanden kan have foretaget en mere eller mindre detaljeret planlægning for samvirket som rettesnor for medhjælperens indsats.

*H* (hovedmanden) vil som oftest være gerningsmand (til iværksat forbrydelse) medens *M* ikke er det. *H* begår fx et indbrud medens *M* holder vagt eller har ydet forberedende hjælp. Men det kan godt forekomme at også *M* er gerningsmand. Ved begåelse af et drab kan *H*'s og *M*'s handlinger være samvirkende årsager som når *M* hjælper *H* med at rulle en tung sten over en skrænt så den falder og dræber *O*. Og ved en voldsforbrydelse kan *M* efter *H*'s direktiver bistå ham i voldsudøvelsen. Det er endda ikke udelukket at *M*, og han alene,

er gerningsmand. *H* kan være så sikker på *M*'s lydighed at han bruger ham til under sin direktion at begå selve gerningen, se fx *U 1972. 573 (HN)* fh. 37 hvor *M* mod løfte om et vederlag på 100.000 kr. foretog brandstiftelse i overensstemmelse med *H*'s ordre og instruktion.<sup>1)</sup> Se også *U 1968. 864 (Ø)*. Hvis *H*'s kontrol med *M* går så vidt, fx gennem hypnose, at *M* er et viljeløst og uansvarligt redskab i hans hænder, skifter forholdet karakter. Der foreligger ikke længere samvirke, men middelbart gerningsmandsforhold, jfr. ovf. pkt. 3 under (4).

Det kan se ud som om bistand, når medhjælperen er gerningsmand, endda enegerningsmand, smelter sammen med tilskyndelse. Har hovedmanden ikke tilskyndet medhjælperen til at begå forbrydelsen? Det må indrømmes at grænsen er flydende, sondringen delikat. Forskellen ligger principielt deri, at den anstiftede har besluttet at forbrydelsen skal begås og derfor begår den som sin egen, medens medhjælperen ikke har truffet nogen sådan beslutning, men kun handler afledt og betinget af en andens beslutning. Den anstiftede har skåret navlestrengen til anstifteren over, medhjælperen er stadig gennem den forbundet med og afhængig af hovedmanden.

I domspraksis er jeg kun stødt på et enkelt tilfælde hvis klassifikation kan give anledning til tvivl. Det er den kendte sag *U 1956. 31 (H)*. Den er, skønt § 23 ikke citeres, utvivlsomt blev opfattet som et tilfælde af tilskyndelse. Men tænker man sig at *T 1 (H)* havde handlet viljesløst under hypnotisk tvang, ville *T 2 (S. N.)* ikke have været anstifter, men middelbar gerningsmand. Og hvis *T 1*, nok havde været ansvarlig for hvad han gjorde, men handlede helt igennem i lydlig underkastelse under *T 2* (og denne tolkning er vist den sandsynligste), foreligger der et tilfælde af bistand med *T 2* som hovedmand og bagmand og *T 1* som medhjælper og gerningsmand.

Der kan næppe være tvivl om, at medens der endnu i det trykte domsmateriale forekommer kun få tilfælde i hvilke hovedmanden ikke er gerningsmand, men *bagmand*, vil sådanne tilfælde blive hyp-pigere i takt med at den organiserede forbrydelse vinder større indpas.

---

<sup>1)</sup> I *Berl. Tid.* for 27. juni 1971 berettes om en eftersøgt storalfons der havde en uhyggelig magt over kvinder som han tvang til at begå forbrydelser for sig, bl. a. ved at bortføre unge piger til hans bordel i Tyskland.

Udgangspunktet for ansvarsbedømmelsen ved bistand må være at hovedmanden, uanset hvor meget eller lidt han har deltaget i forbrydelsens udførelse, bærer hovedansvaret for den, altså også for hvad der under hans instruktion er foretaget af medhjælperen. For dette *hovedmandsansvar* udkræves overskydende hjemmel. Medhjælperen må også holdes ansvarlig uanset om han er gerningsmand eller ej. Er han ikke gerningsmand udkræves overskydende hjemmel for et *medhjælperansvar*.

I den nærmere analyse opdeles sagerne efter samme linier som med hensyn til fællesvirke under forrige punkt.

Først behandles *medhjælperens ansvarlighed*.

#### A. *Forbrydelsen iværksættes.*

Bistand er altid bistand *til* forbrydelsens begåelse. (Den der hjælper en student med et studielån hjælper ham til at tage eksamen, ikke blot til at forberede sig til den). Men den kan ydes *under* iværksættelse eller *under* forberedelse af forbrydelsen.

a. *M har deltaget i iværksættelsen, uden at hans handling opfylder gerningsbeskrivelsens krav.*

Hvis *M* er gerningsmand er hans strafbarhed hjemlet umiddelbart i forbrydelseskataloget. Der er derfor ingen anledning til at citere § 23, medmindre det er fordi man ønsker at gøre brug af adgangen til strafnedsættelse hjemlet i § 23, stk. 1, 2. pkt. (Det antages nemlig, ihvertfald i teorien, at denne adgang kan anvendes også til fordel for den der er gerningsmand.) Bortset herfra er sådanne tilfælde uden relevans ud fra samvirkesynspunkter, og deres eksistens markeres ikke i registrene.

To tilfælde kan nævnes i hvilke *T* er dømt for medvirken, men hvor hans indsats ligger nær op ad en gerningsmands.

*U 1966. 865 (VN): T 2* havde dels tilladt, dels undladt at skride ind mod hendes mands, *T 1's* anden kønslige omgængelse end samleje med *O*, der var *T 2's* 8-årige datter. *T 2* dømt for medvirken til *T 1's* forbrydelse. Det ses ikke om § 23 blev citeret. Det ville ikke være fjerntliggende, i medfør af *T 2's* naturlige omsorgspligt for *O*, at anse hende som gerningsmand ved undladelse. Imidlertid gør hendes stilling som *extranea* i forhold til kønsforbrydelsen denne konstruktion unaturlig.

*U 1956. 647 (HN): T 1* tilkendegav overfor *T 2* at han ville sætte ild på en høstak. *T 2* fulgte med *T 1* til stakken som *T 1* satte ild

på. *T 2* gjorde intet for at forhindre det og forsøgte ikke at slukke ilden. *T 2* var sat under tiltale for brandstiftelse, § 181, stk. 1, men blev af nævningene frikendt herfor. Derimod svarede de bekræftende på et spørgsmål, om *T 2* var skyldig i medvirken til *T 1*'s ildpåsættelse, § 181, stk. 1, jfr. § 23.<sup>2)</sup>

Iøvrigt kan anføres:

*U 1963. 1053 (Ø)*: *T* var sammen med *A* sejlet ud for at fiske i Kalveboderne hvor jagt er forbudt. *A* havde et jagtgevær med og skød nogle gange efter edderfugle medens *T* overtog bådens styring. *T* dømt for bistand af mindre væsentlig karakter, efter jagtloven, jfr. strfl. § 23, stk. 1. *T*'s indsats synes at ligge på yderste grænse af det strafbares område, og dommen hviler måske på en skjult formodning om videregående skyld.

*U 1961. 933 (V)*: *T* havde ladet sig hyre til at befordre varer som han var klar over var smuglergods. Dømt efter toldlov, jfr. strfl. § 23.

*U 1947. 1040 (H)* fh. I: *T* var sat under tiltale for overtrædelse af straffelovstillæg nr. 259 af 1. juni 1945 § 10, stk. 2, (der bl. a. taler om at gøre tjeneste i visse korps) for at have deltaget i ledelsen, senere været leder af Schalburgkorpset. *UR* dømte i overensstemmelse hermed. *LR* anså det ikke for godtgjort, at *T* havde været klar over at han var indsat som stedfortræder for korpschefen eller at han havde deltaget i korpssets ledelse; men alene at han havde virket som rådgiver og hjælper for korpslederen, og dømte derfor efter § 10, stk. 2, jfr. strfl. § 23.

Videre kan henvises til *U 1938. 1089 (V)* og *U 1935. 559 (V)* i hvilke medhjælperen blev dømt under citering af § 23, samt *U 1936. 169 (Ø)* hvor han blev dømt som medskyldig uden citering af § 23.

b. *M* har deltaget i forberedende skridt til forbrydelsen, men ikke i dens iværksættelse.

I disse tilfælde er det oplagt at *M* ikke kan være gerningsmand

<sup>2)</sup> Til belysning af grænsen mellem selvstændigt gerningsmandsansvar og medhjælperansvar kan også nævnes *U 1970. 615 (H)* omtalt ovf., og *U 1936. 1 (H)* i hvilken tiltalte *C* der havde godkendt udkast til et fornærmeligt cirkulære, biligt beslutningen om dets udsendelse, og besørget dets fordeling, blev dømt som gerningsmand, medens tiltalte *H* der havde besørget duplikering af cirkulæreskrivelsen af *UR* og *LR* alene blev dømt for medvirken med citering af § 23 (medens han ved anvendelse af presselovens ansvarsregler på cirkulæret blev frifundet ved *HR*).

til den af *H* iværksatte forbrydelse. Ejheller er han gerningsmand til forberedelse af *egen* forbrydelse. *M* kan derfor kun dømmes med hjemmel i § 23. Praksis er i overensstemmelse hermed. Tilsyneladende undtagelser som *U 1960. 841 (V)*, *U 1934. 168 (Ø)*, og *1934. 598 (Ø)* beror på, at straffebestemmelsen direkte kriminaliserer bistand.

Iøvrigt kan henvises til *U 1963. 739 (H)* fh. A og B, *U 1936. 1 (H)* forsåvidt angår tiltalte *H*, og *U 1936. 1157 (Ø)*.

*B. Forbrydelsen iværksættes ikke.*

Når *M* har bistået *H* i forberedelse af en forbrydelse der af den ene eller anden grund ikke iværksættes, er situationen parallel med enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse. Spørgsmålet er, om samvirket ikke bør medføre at sådanne forberedelseskridt straffes ubegrænset efter et subjektivt kriterium, og ikke blot når de objektivt frembyder mistænkeligt præg. De få domme jeg har noteret mig afgør ikke spørgsmålet:

*U 1948. 559 (Ø)*: *T* havde på opfordring fabrikeret ca. 50 stinkbomber som han regnede med skulle anvendes ved anti-nazistiske møder. Anset efter § 244, stk. 4, jfr. § 21. Denne forberedelseshandling går ikke ud over det objektive kriterium. Det samme gælder vistnok også *U 1937. 155 (V)*, *U 1936. 608 (Ø)*, og *U 1935. 820 (Ø)* der alle angår *T*'s salg af varer til *A*, vidende at *A* vil videresælge dem i strid med næringslov eller sundhedsvedtægt. De citerer alle § 23.

Det fremgår af denne oversigt at § 23 konsekvent citeres som hjemmel for medhjælperens strafbarhed, medmindre straffebestemmelsen direkte kriminaliserer bistand. Enkelte afvigelser må betragtes som forsømmelser.

Om medhjælperens ansvarlighed kan sammenfattende siges: Hvis han (hvad sjældent vil være tilfældet) er gerningsmand foreligger intet specifikt medhjælperansvar. I modsat fald er han ansvarlig for ethvert skridt foretaget af ham selv eller af hovedmanden til forbrydelsens udførelse, herunder formentlig også forberedelseshandlinger uden objektivt mistænkeligt præg. Medhjælperens afledte og afhængige rolle bør formentlig markeres ved lavere maximering af straffen og adgang til strafnedsættelse, især for det tilfælde at han kun har ydet bistand til forberedelse af forbrydelsen.

Herefter behandles *hovedmandens ansvarlighed*.

Dersom *H* er gerningsmand til iværksat forbrydelse er et specifikt hovedmandsansvar upåkrævet: Han idømmes straf som var han enegerningsmand (d.v.s. gerningsmand udenfor samvirke) til forbrydelsen. Det kan dog tænkes at man vil anse selve den omstændighed, at han har modtaget bistand fra andre, som en strafforhøjende omstændighed.<sup>3)</sup>

I modsat fald – d.v.s. dersom *H* har deltaget i iværksættelsen uden at være gerningsmand, eller kun har foretaget forberedende skridt til forbrydelsens iværksættelse, i det mindste det skridt der ligger i at have modtaget *M*'s tilsagn om bistand og instrueret ham om hvori denne skal bestå – er et specifikt hovedmandsansvar påkrævet, idet *H* må være ansvarlig, ikke blot for de skridt han selv har foretaget, men også for ethvert skridt taget af *M* (under *H*'s instruktion). Således hvis *M* (undtagelsesvis) har iværksat forbrydelsen, jfr. *U 1972. 573 (HN)* fh. 37 omtalt ovf. ved note 1. Og ligeledes, hvad der hyppigere vil være tilfældet, dersom *M* har truffet forberedende skridt til en forbrydelse der ikke bliver iværksat. Fx: *M* anbringer efter *H*'s anvisning sprængladninger der af *H* skal bringes til eksplosion ved forbrydelsens iværksættelse. Hvis iværksættelsen af den ene eller anden grund udebliver, må *H* være ansvarlig for den af *M* foretagne forberedelse. Dette bør formentlig gælde også selv om forberedelseshandlingen ikke er af objektivt mistænkelig karakter.

### 8. *Ansvar for anstiftelse bør begrænses til tilfælde af kvalificeret påvirkning.*

Under dette punkt behandles samvirke i beslutningsprocessen, altså tilskyndelse. Anstifteren<sup>1)</sup> har, modsat medhjælperen, et selvstæn-

<sup>3)</sup> I *U 1972. 573 (HN)* udtalte højesteret at straffen under hensyn til *T*'s brug af betalte hjælpere findes at burde skærpes.

<sup>1)</sup> Dette nedarvede udtryk anvendes da der ikke eksisterer et tilsvarende udtryk afledt af »tilskyndelse«. Hurwitz vil forbeholde ordet »anstiftelse« for tilskyndelsens groveste form, nemlig den der tilsigter at udøve »en bestemmende indflydelse på den påvirkede under overvindelse af hans eventuelle modforestillinger«. Det står mig ikke klart hvad der menes hermed. Foreligger der ikke anstiftelse når *A* tilbyder *B* 15.000 kr. for at dræbe en anden, og lader det blive herved hvis *B* afslår? *Hurwitz*, 494, 502.

digst ønske om at forbrydelsen begås, men derimod, ligeledes modsat medhjælperen, ingen vilje til selv at deltage i forbrydelsens udførelse (dens forberedelse og iværksættelse). Hans bestræbelser går ud på at gøre sin indflydelse gældende således at der i en anden skabes eller bestyrkes en motivation til at begå en vis forbrydelse. Det første er tilfældet dersom *B* (den anstiftede) slet ikke havde haft nogen tanke om, eller følt nogen tilskyndelse til, at begå forbrydelsen. Det sidste dersom *B* nok havde følt en vis tilskyndelse i denne retning, men dog ikke havde truffet nogen beslutning herom fordi andre motivationer trak i modsat retning. *A* (anstifteren) kan da gøre sin indflydelse gældende for at bestyrke de kræfter i beslutningsprocessen der driver til en beslutning om at begå forbrydelsen. Er derimod *B*'s beslutning først truffet er der ikke mulighed for andre til at øve nogen indflydelse. *A* kan rose *B*'s beslutning, erklære sig enig i den, og fraråde *B* at forlade eller omgøre den, men sådan aktivitet bør efter min mening ikke henregnes under »anstiftelse« og ikke kriminaliseres. Jeg mener derfor at straffeloven udtrykker sig uheldigt når den i § 23 hjemler strafnedsættelse for den der kun har villet styrke et allerede fattet forsæt.<sup>2)</sup> Meningen har sikkert været at hjemle strafnedsættelse for den der alene har villet bestyrke en anden i allerede pågående overvejelser af at begå en forbrydelse.

Anstifteren vil ofte samtidig være den anstiftede behjælpelig med planlægning af forbrydelsen eller på anden måde bistå ham med dens udførelse. Han er da på én gang anstifter og medhjælper.

Ligesom man kan anstifte en person til at begå en enemandsforbrydelse kan man også anstifte ham til at samvirke med andre i forbrydelse. Det vil sige, man kan anstifte ham til (1) at deltage i en fællesforbrydelse; (2) at yde eller modtage bistand til udførelse af en forbrydelse; eller (3) at anstifte en tredje person til at begå en forbrydelse eller samvirke med andre i forbrydelse.

Anstiftelse må adskilles fra vikarierende gerningsmandsansvar der er omtalt ovf. under punkt 3 (2). Det gælder specielt også for de tilfælde i hvilke det vikarierende ansvar er betinget af svigtende tilsyn fra den overordnede side.

Grænsen mellem anstiftelse og middelbart gerningsmandsskab (ovf. punkt 3 (4)) kan være flydende, fx hvis redskabets forståelse af hvad det foretager sig er betinget af dets alder eller mentale

<sup>2)</sup> Også Ørsted bruger denne vending, *Arkiv III* (1826), 211-12.

sundhed. Den der giver et 2-årigt barn tændstikker at lege med for at det skal forvolde ildsvåde, er middelbar gerningsmand. Den der opfordrer en 15-årig datter<sup>3)</sup> eller en 15-16-årig stedsøn<sup>4)</sup> til blodskam er anstifter. Og formentlig også den der formår 12-årige drenge til at have samleje eller samlejelignende forhold med en jævnaldrende pige.<sup>5)</sup>

Det er klart at anstifteren (som sådan) aldrig er gerningsmand og at domfældelse derfor altid kræver overskydende hjemmel, og efter gældende ret citering af strfl. § 23. I praksis synes der på dette punkt at herske stor uklarhed, også i højesterets afgørelser. Der kan anføres en lang række domme der citerer § 23.<sup>6)</sup> Nogle af disse angår situationer i hvilke anstifteren er *extraneus* og hvor det derfor er i særlig grad iøjnespringende at han ikke kan være gerningsmand. Men jeg har noteret mig omtrent lige så mange afgørelser i hvilke § 23 ikke citeres.<sup>7)</sup> Det har ikke været mig muligt (ud over *extraneus*-tilfældene) at finde nogen retningslinie der kan forklare at § 23 undertiden citeres og undertiden ikke citeres.

Under fællestitlen »anstiftelse« eller »tilskyndelse« skjuler sig, som omtalt ovf. under punkt 4, tilfælde af højst forskellig karakter. Ørsted sondrede mellem køb, befaling, trusler, råd, overtalelse, og forførelse, og mente at strafværdighedens grad måtte afhænge af motivationens styrke og den interesse anstifteren har i forbrydelsens udførelse.<sup>8)</sup> Senere teori har ikke beskæftiget sig synderligt med problemet, og det er måske grunden til at heller ikke praksis i vore

<sup>3)</sup> U 1959. 853 (HN).

<sup>4)</sup> U 1954. 758 (HN).

<sup>5)</sup> U 1959. 561 (Ø) fh. 3.

<sup>6)</sup> U 1959. 561 (Ø) fh. 3; 1955. 285 (HN); 1954. 492 (HN); 1954. 758 (HN) fh. 1; 1947. 1034 (HN) fh. 2; 1946. 812 (HN) fh. II. 2; 1946. 864 (HN), forsåvidt T 1 og T 2 blev straffet for forsøg på meddelagtighed i tyveri, § 285, stk. 1, jfr. § 276, jfr. §§ 21 og 23; 1937. 579 (V); 1934. 956 (V); 1934. 170 (Ø) og 1933. 367 (Ø). Desuden tilfælde i hvilke A var *extraneus*: U 1959. 853 (HN) fh. II, 2 og 4 (blodskam); 1952. 890 (ØN) fh. A. 2 (embedsforbrydelse); 1942. 188 (Ø) (falsk forklaring); 1935. 989 (Ø) (falsk forklaring) og 1933. 1144 note 2 (Ø) (falsk forklaring).

<sup>7)</sup> U 1972. 573 (HN) fh. 11; U 1968. 186 (Ø) fh. 1 og 3; 1956. 31 (HN); 1950. 453 (H) fh. B, C 1, D og F; 1950. 564 (Ø); 1947. 1036 (H); 1946. 864 (HN); 1946. 864 (HN), forsåvidt T 1 blev dømt for tyveri; 1943. 819 (H) fh. IV. a; 1939. 1011 (Ø).

<sup>8)</sup> Arkiv III (1826), 211 f.: *Skrifter II*, 392 f.

dage synes at lægge synderlig vægt på tilskyndelsens art. Dette fremgår allerede deraf, at det ofte ikke af domsreferaterne fremgår af hvad art motivationen var. Således når det blot siges at *A* havde »tilskyndet«<sup>9)</sup> »opfordret«<sup>10)</sup>; eller »formået«<sup>11)</sup> *B* til at begå forbrydelsen.

Det må formentlig være rigtigt med Ørsted ved bedømmelse af anstifterens strafværdighed at tage sit udgangspunkt i motivationens styrke. Jo stærkere det pres har været som anstifteren har fundet fornødent at lægge på den anstiftede, des mere sandsynligt er det at forbrydelsen ikke ville være blevet begået uden *A*'s indflydelse. I den ene ende af skalaen kan nævnes tvangsbefalingen. Hvis *A*, fx, tvinger *B* til at begå en forbrydelse derved at han truer med i modsat fald at ville dræbe *B*'s hustru og børn, må det formodes at *A* er besjælet af stærk vilje til at forbrydelsen foretages, hvorimod *B* har stor uvilje herimod. I et sådant tilfælde taler almindelige hensyn for at straffe *A* som var han gerningsmand og lade *B* være straffri. Omvendt, når *A* fremkommer med et løst henkastet råd som ikke oplyser *B* om noget han ikke i forvejen vidste (»du skulle hellere tage og gøre det af med ham«); eller gør en vag opfordring eller henstilling der kun appellerer til velvillig imødekommenhed (»kunne du ikke lave et lille bræk inden min fødselsdag«). Hvis *B* følger et sådant råd eller en sådan henstilling må han af sig selv have været motiveret til forbrydelsen, og det er ham, og ikke *A*, der er hovedmanden.<sup>12)</sup>

Jeg vil tro at man groft kan inddele motivationerne i 3 grupper til gradering af anstifterens strafværdighed:

**G r u p p e 1:** Tvangsbefalingen med trussel om et alvorligt onde, og den autoritative befaling der appellerer til *B*'s indstilling af respekt, lydighed, eller underkastelse i forhold til *A*. Materialet frem-

<sup>9)</sup> *U* 1972. 573 (HN) fh. 11; *U* 1942. 188 (Ø); 1937. 579 (V); 1933. 1144 note 2 (Ø).

<sup>10)</sup> *U* 1955. 285 (HN); 1946. 864 (HN); 1934. 956 (V).

<sup>11)</sup> *U* 1943. 819 (H) fh. IV. a.

<sup>12)</sup> Julius Lassen pegede på »hvor tvetydigt et Udtryk det mundtlige Ord er for et forbryderisk Forsæt, hvor vanskeligt det er at afgøre, om Ordet er benyttet som Meddelelsesmiddel eller som Paavirkningsmiddel, hvor let man lader et Ord falde« og gik ind for at mundtlige opfordringer til at begaa en forbrydelse ikke skal straffes forinden den paavirkede har gjort sig skyldig i strafbar forsvirksomhed, *Forsøgets Strafbarhed* (1879), 118 og 119.

byder intet eksempel på tvangsbefaling. Derimod forekommer adskillige tilfælde i hvilke *A* har udnyttet sin overlegenhed, autoritet eller dominans i kraft af et afhængighedsforhold til at anstifte *B*:

*U 1972. 294 (H): T* havde presset sin *ringforlovede* med hvem han samlevede i fast forhold til at afgive falsk forklaring.

*U 1959. 853 (HN)* fh. II, 2 og 4: *T 2* (S. A.) opfordrede sin 15-årige *datter* til blodskam med sin fader.

*Samme dom* fh. VI, VII, VIII: *T 1* (H. A.) opfordrede *datter* til at bistå søster med fosterfordrivelse, eller til at foretage sådan på sig selv.

*U 1959. 561 (Ø)* fh. 3: *T*, 26 år, formåede to 12-årige *drenge* til at have samleje eller samlejelignende forhold med jævnaldrende pige.

*U 1956. 31 (HN): T 2* (N) havde ved påvirkning af forskellig art, herunder hypnotisk påvirkning, tilskyndet *T 1* til at begå røveri, forsøg herpå, samt manddrab.

*U 1954. 758 (HN)* fh. 1: *T* havde søgt at formå sin 15-16-årige *stedsøn* til at pleje samleje med sin 11-12-årige *stedsøster*.

*U 1950. 453 (H)* og *564 (Ø)*: Forskellige tyske *politichefer* eller *gruppeledere* kendt ansvarlige for en række grove forbrydelser som de i medfør af deres stilling havde »givet ordre til«, »sanktioneret«, »foranlediget«, »tilladt« eller »toleret«. (Disse tilfælde rækker ud over anstiftelse til et vikarierende gerningsmands ansvar).

*1935. 989 (Ø): T*, en beværter, havde tilskyndet en hos ham *ansat buffistinde* til at afgive falsk vidneforklaring i retten.

*1934. 170 (Ø): T* havde tilskyndet den hos hende *ansatte chauffør* til at overtræde motorlovens hastighedsregler.

**Gruppe 2:** Anstiftelse ved tilbud om vederlag eller andre håndgribelige fordele:

*U 1968. 186 (Ø)* fh. 1 og 3: *T 2* tilbød *T 3* og *T 4* et vederlag på 15.000 kr. for at dræbe *O*. *T 1* og *T 2* tilbød *T 4* et vederlag på 7000 kr. og ansættelse i et firma for at dræbe *O*.

*U 1954. 492 (HN): T* tilbød *A* penge for at foretage svigagtig brandstiftelse.

*U 1952. 890 (ØN)* fh. A. 2: *T 1* og *T 2* betalte *T 3* 325 kr. for at denne skulle forhindre at en *T 1* og *T 2* overgået dom kom til fuldbyrdelse.

*U 1946. 812 (HN)* fh. II: *T* havde dels forgæves søgt at formå *A*, *B* og *C* til at dræbe *O*, bl. a. ved tilbud om betaling af 500 kr.

herfor; dels formålet *D* til at begå drabet, bl. a. ved tilbud om betaling af 300 kr. herfor.

*U 1939. 1011 (Ø): T 1* havde mod ydelse af et beløb af ca. 500 kr. formålet *T 2* til at røbe oplysninger som denne i tjenestens medfør havde erfaret som en hemmelighed.

Gr u p p e 3: Herunder falder:

(a) i *A's* interesse: lettere pressioener; henstillinger og opfordringer uden pression, men med appel til *B's* velvilje;

(b) i *B's* interesse: råd, anbefalinger; og

(c) opfordringer i en sags interesse: appeller til pligt, o. lign.

Til illustration af motivationer under gruppe 3 kan anføres:

*U 1934. 956 (V): T 1*, der i forbindelse med en udflugt over Krusaa til Tyskland ønskede at indfri checks på »turistmark« og udsnugle de omvekslede mark udenom grænsekontrollen, opfordrede *T 2* og *T 3*, der deltog i turen, til at være hende behjælpelig ved i stedet for pas at benytte »udflugtskort« og forsyne disse med fingerede navne. Bøde på 100 kr. for overtrædelse af fremmedlov 1875 § 22, stk. 2, jfr. strfl. § 23. Denne sag drejer sig om anstiftelse som opfordring til en »vennetjeneste«.

*U 1943. 819 (H) fh. IV a: T 1* og *T 2*, medlemmer af den danske modstandsbevægelse, havde formålet *A* og *B* til at bygge en radiosender til *C* der arbejdede for en fremmed stats efterretningstjeneste. Denne afgørelse illustrerer anstiftelse i en sags tjeneste. Se også *U 1947. 1036 (H)* (hvervning); *1933. 367 (Ø)* (anstiftelse til voldshandlinger mod politiet under politisk demonstration); *1933. 979 (Ø)* (opfordring til militær lydighedsnægtelse).

Det forekommer mig tvivlsomt om der er tilstrækkelig anledning til at kriminalisere de »milde« anstiftelser i undergrupperne (a) og (b). Noget andet er at *offentlig* tilskyndelse til forbrydelse bør kriminaliseres som selvstændigt delikt, jfr. strfl. § 136.<sup>13)</sup>

At den anstiftede forbrydelse ikke iværksættes bør vistnok ikke tillægges anden betydning end som en omstændighed der kan tages i betragtning ved strafudmålingen indenfor strafferammen.

Den anstiftedes ansvar må bedømmes som ved enkeltmandsforbrydelse, men straffen må i gruppe 1-tilfældene kunne nedsættes, eventuelt bortfalde.

<sup>13)</sup> Desuden bør formentlig anstiftelse af enhver art kriminaliseres hvad visse kvalificerede forbrydelser angår.

9. Figuren »meddelagtighed i forsøg« er et misfoster uden strafferetlig relevans. Det samme gælder »mislykket medvirken«. »Forsøg på meddelagtighed« finder alene anvendelse på handlinger til forberedelse af bistand eller rolleudførelse.

At være meddelagtig i en forbrydelse betyder at man enten har været rollehavende i en fællesforbrydelse, eller har ydet bistand til en andens forbrydelse, eller har tilskyndet en anden til at begå en forbrydelse. Det man er meddelagtig i er i alle tilfælde »en andens forbrydelse«, d.v.s. en forbrydelse der tilregnes enten fællesskabet, hovedmanden, eller den anstiftede. Det er i så henseende ligegyldigt om den forbrydelse *A* er meddelagtig i bliver iværksat og fuldbyrdet; eller bliver iværksat men ikke fuldbyrdet; eller blot bliver forberedt.

Hvis fx *A* har anstiftet *B* til at begå et mord, er dette stadig den korrekte beskrivelse af hans handling selvom *B* ikke kommer længere end til at »forsøge« mordet, d.v.s. enten foretage iværksættelse der ikke fører til målet eller træffe strafbare forberedelser dertil. Det ville være misvisende i så fald at beskrive *A*'s indsats som anstiftelse til mislykket iværksættelse eller til forberedelse af drab.

På ganske samme måde hvad bistand angår. Hvis *A* har ydet *B* bistand til at begå et drab, fx ved at give ham visse oplysninger om *O*'s opholdssted og vaner, forandres der intet heri fordi drabet mislykkes, forhindres, eller aldrig når ud over forberedelsesstadiet. Man kan præcisere dette ved at betone at bistand og anstiftelse ikke er til en forbrydelse der *er* begået, men til en forbrydelse der *skal* begås (af en anden).

Når dette erindres vil man se at det samme gælder også for den rollehavende i fællesforbrydelse: Hans rolle er en rolle i en forbrydelse der skal begås af fællesskabet, og dette gælder uantastet af hvorledes det forløber med forbrydelsens udførelse.

Disse udsagn om »at være meddelagtig« er formentlige sandheder om korrekt brug af det danske sprog. Når »meddelagtig i« skal være synonymt med enten »givet sin tilslutning til« (en fællesforbrydelse); eller »ydet bistand til« (en andens forbrydelse); eller »anstiftet til« (en andens forbrydelse) så er det man er meddelagtig i nødvendigvis »en forbrydelse«, vel at mærke »en forbrydelse« fattet ikke som en aktualiseret kendsgerning, men som en intention.

nal målsætning. Heraf følger at *figuren »meddelagtighed i forsøg« er et misfoster*, hvis konception øjensynlig skyldes at man anlægger en retrospektiv kausalitetsbetragtning i stedet for en betragtning af den forbundethed i intention der etablerer al samvirke i forbrydelse. Her er begået et forsøg (iværksættelse der ikke har ført til fuldbyrdelse, forberedelse), siger man, hvem har været kausalt medvirkende hertil? Men »samvirke« er ikke udtryk for samvirkende årsager men for intentional forbundethed.

Men denne sproglige analyse afgør naturligvis ikke i sig selv noget retligt problem. Dette går ud på, om det er velbegrundet strafferetligt at lade bedømmelsen af den meddelagtiges indsats være afhængig af, hvorledes det går med udførelsen af den forbrydelse han er meddelagtig i. Strfl. § 23 bestemmer herom at straffen kan ned sættes »når forbrydelsen (hvortil nogen har »medvirket«) ikke er fuldbyrdet«. Reglen er antagelig tænkt som parallel med reglen i § 21 om adgang til strafnedsættelse for enkeltmands »forsøg«. Som omtalt (ovf. punkt 6 under *B*) er der imidlertid grund til at bedømme forberedelse af forbrydelse i samvirke strengere end enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse. En regel som den nævnte er derfor næppe anbefalelsesværdig. Det må være tilstrækkeligt at tage udviklingsgraden af den forbrydelse, man er meddelagtig i, i betragtning ved udmåling af straffen indenfor den givne strafferamme. Hvis man, som foreslået af mig i anden sammenhæng,<sup>1)</sup> indfører lavere straffemaximum for enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse, bør sådan sænkning af loftet ihvertfald ikke finde anvendelse også i tilfælde af samvirke i forbrydelse.

Den handling der er kriminaliseret i regler om samvirke i forbrydelse er i sig selv en enkeltmandsforbrydelse. Som sådan kan den tænkes at gennemgå samme udviklingsstadier som anden enkeltmandsforbrydelse: beslutning, forberedelse, iværksættelse (påbegyndt og tilendebragt), og fuldbyrdelse. Lad os se hvorledes det i så henseende forholder sig med de forskellige arter af samvirke.

Hvis man ville beskrive anstiftelsesforbrydelsen som et forårsagelsesdelikt, nemlig som fremkaldelse af en forbyrderisk beslutning i en anden, ville der være grundlag for at sondre mellem fuldbyrdet og ikke-fuldbyrdet anstiftelse. Da det imidlertid er meget vanskeligt at påvise psykisk kausalitetssammenhæng (havde den anstiftede

<sup>1)</sup> »Om forsøg«, pkt. 6 *in fine*.

virkelig besluttet sig? Var beslutningen virkelig fremkaldt af anstiftelsen?) er det sikkert mest hensigtsmæssigt at definere anstiftelsesforbrydelsen som et rent adfærdsdelikt: Anstiftelse er begået når *A* har udvist en sådan adfærd, fortrinsvis af verbal art, der efter almindelig erfaring er egnet til i en anden at fremkalde en motivation (af nærmere bestemt styrkegrad) til at begå en vis forbrydelse. Det er ikke det samme som at den faktisk har fremkaldt en sådan motivation, og endnu mindre ensbetydende med at den anden faktisk beslutter sig til at begå forbrydelsen. Det kan nemlig tænkes at *B* af den ene eller anden grund er immun overfor appellen; eller at han nok har ladet sig påvirke, men at andre og stærkere motivationer afholder ham fra at følge motivationen op i en beslutning. Der bliver således ikke brug for at sondre mellem iværksættelse og fuldbyrdelse af anstiftelse. Begrebet »*mislykket anstiftelse*« er altså tomt og den hjemmel for strafnedsættelse der gives i § 23 når »en tilsigtet medvirken er mislykkedes« er uden anvendelse forsåvidt anstiftelse angår. Da videre forberedelse af anstiftelse næppe har praktisk betydning, bliver det der sædvanligvis går under navn af »forsøg på anstiftelse« uden praktisk relevans.

Også bistand bør formentlig defineres uafhængig af en bistands-effekt.<sup>2)</sup> Det vil ofte være vanskeligt og irrelevant at afgøre om en ydet hjælp virkelig har været til nytte eller ej. Den fjumrede hjælper, der er til mere ulempe end til nytte, og den distræt, der lader en forkert dør stå åben, må begge anses for at have ydet bistand. Derfor kan man heller ikke lægge vægt på, at der er ydet en indsats der efter almindelig erfaring fremmer hovedmandens foretagende. Bistand kan næppe defineres på anden måde end gennem bistandsintentionen. Der bliver herefter intet grundlag for sondring mellem iværksættelse og fuldbyrdelse af bistand. Begrebet »*mislykket bistand*« bliver uden genstand og hjemlen for strafnedsættelse for »mislykket medvirken« forsåvidt uden anvendelse. Dette gælder også for det tilfælde at hovedmandens forbrydelse ikke kommer til udførelse. Hvis *M* har ladet en dør stå åben som forberedende bistand til et tyveri der skal udføres af *H*, har *M* ydet bistand til tyveri, også selvom *H* ganske opgiver sit forehavende.

Forberedelse af bistand kan nok forekomme. Hvis *M* fx skal yde

<sup>2)</sup> Således også, såvel hvad angår anstiftelse som bistand, Johs. Andersen i *TjF* 1940, 248 f.

*H* bistand ved at transportere ham og godset bort efter et tyveri, kan han som forberedelse hertil begå brugstyveri af bil. I så fald må de almindelige regler om enkeltmands forberedelse af egen forbrydelse finde anvendelse (bortset, i eksemplet, fra at brugstyveri er en i sig selv strafbar handling).

I fællesforbrydelsen er på tilsvarende måde den enkelte deltagers medvirken iværksat når han er skredet til planmæssig udførelse af sin rolle uanset hvilken effekt den faktisk måtte have for fællesforetagendet. Begrebet »mislykket medvirken« har heller ikke her nogen anvendelse. Derimod vil der også i denne situation kunne blive tale om handlinger til forberedelse af udførelse af rollen.

Det samlede resultat af undersøgelsen af den meddelagtiges handling betragtet som hans enkeltmandsforbrydelse er altså at begrebet »*mislykket medvirken*«, jfr. strfl. § 23, stk. 1, *in fine*, er *uden genstand*. Det samme gælder for så vidt også figuren *forsøg på meddelagtighed*. Under sidstnævnte begreb falder alene handlinger til forberedelse af bistand eller rolleudførelse.

#### 10. *Afhandlingens emneområde afgrænses. Udenfor falder specielt læren om tilbagetræden og om accessoritet.*

I forbindelse med læren om meddelagtighed (samvirke i forbrydelse) omtales traditionelt nogle temaer der har berøring med hovedtemaet.

*Aftale* mellem to eller flere om begåelse af en forbrydelse er det for fællesforbrydelsen konstitutive. Ovf. pkt. 6 er omtalt at den blotte deltagelse i aftalen bør medføre ansvar som medgerningsmand, ihvertfald når forbrydelsen iværksættes.

*Aftale* om at begå en forbrydelse foreligger først og fremmest når deltagerne aftaler at begå forbrydelsen i fællesskab, således altså at hver af dem har sin rolle, stor eller lille, enten i planlægning, anden forberedelse, eller iværksættelse. Men fællesvirkereglerne bør formentlig også finde anvendelse når *A* med en eller flere andre aftaler at *disse* skal begå en forbrydelse. Selvom *A* i så fald ikke har nogen rolle i forbrydelsens udførelse, har han dog gennem aftalen *bundet* den anden (de andre) til den forbryderiske plan og på denne måde virket for dens virkeliggørelse. Dertil kommer at denne aftaletype i praksis er vanskelig at sondre fra *aftale om fællesforbrydelse*. Det er derfor velbegrunder at lade reglerne om fællesvirke omfatte også

sådan aftale, således altså at den blotte deltagelse i den medfører solidarisk ansvar som medgerningsmand til den aftalte forbrydelse, ihvertfald hvis forbrydelsen iværksættes.

*A's tilbud* til *B* om at begå en forbrydelse, eventuelt på visse betingelser, kan konstrueres som tilskyndelse (opfordring) til *B* om at indgå forbryderisk aftale.<sup>1)</sup> Denne tilskyndelsesvariant falder dog utvivlsomt udenfor dem der bør kriminaliseres. Noget andet er at *offentligt* tilbud om at ville begå en forbrydelse, ihvertfald af alvorligere art, burde kriminaliseres, hvilket passende kunne ske ved en tilføjelse til strfl. § 136.<sup>2)</sup>

*B's modtagelse* (accept) af *A's* tilbud betyder at en aftale er indgået og frembyder altså ikke noget nyt problem.

Under navn af »negativ meddelagtighed« behandles undertiden strafbar undladelse af at anmelde eller på anden måde forebygge en forbrydelse eller dens følger, jfr. strfl. §§ 143 og 185. Og under navn af »efterfølgende meddelagtighed« de forbrydelser der består i at deltage i tilgodegørelsen af det ved en forbrydelse indvundne udbytte. Beslægtet hermed er handlinger hvorved nogen hjælper eller tilskynder en forbryder til at unddrage sig retsforfølgning, jfr. strfl. §§ 124 og 125. Disse emner optages ikke til behandling i denne afhandling.

Det samme gælder reglerne om en meddelagtigs tilbagetræden fra deltagelse. Ligeledes, hvad der måske er meddelagtighedslærens vanskeligste kapitel, nemlig spørgsmålet om, hvorledes de krav til situation, subjekt eller hensigt der indgår i forbrydelsesbeskrivelsen, kravene om tilregnelighed og tilregnelighed, reglerne om legitimerende omstændigheder, m. v. finder anvendelse når forbrydelse foregår i samvirke.

Om udkast til formuleringer henvises til afhandlingen »Om tilbagetræden fra forbrydelse«, punkt 12.

<sup>1)</sup> Torps lære om tilbud (tilsagn), opfordring til at afgive tilbud, og modtagelse af tilbud forekommer mig urimelig kompliceret, se Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905, 1918), 517–18, 607–12, og 774, jfr. Hurwitz, 461.

<sup>2)</sup> Under den preussiske kulturkamp fremsatte Belgieren Duchesne overfor ærkebiskoppen i Paris tilbud om at myrde Bismarck. Dette gav anledning til at der ved lov af 26. februar 1876 blev føjet en § 49 a til den preussiske straffelov hvorefter sådant tilbud kunne straffes, Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil* (1969), 464.

# Om tilbagetræden fra forbrydelse

## *1. Læren om tilbagetræden fra forsøg er et afsnit af læren om tilbagetræden fra forbrydelse.*

Der forekommer traditionelt i strafferettens almindelige del et afsnit benævnt tilbagetræden fra forsøg. Det hviler på den tanke, at skønt en person har gjort sig skyldig i forhold der begrunder et strafansvar, kan dette alligevel bortfalde (eller straffen nedsættes) dersom han lægger en handlemåde for dagen der får os til at se gerningsmanden i et nyt og mere sympatisk lys, en handlemåde der viser at der i ham har gjort sig motivationer gældende i modsat retning af dem der førte til hans forbryderiske handling. De derfor ligesom neutraliserer hans dårlige gerning og mindsker eller opvejer hans skyld. De vidner om at der har fundet en sindelagsændring sted i ham. Hans forbryderiske forsæt har ikke været stærkt og dominerende, måske snarest udtryk for et øjeblik svaghed. Vi anser ham derfor for mindre skyldig, mindre samfundsfarlig end den forhærdede forbryder. Også den moralske uvilje og vrede som hans forbryderiske forhold vækker i befolkningen svækkes eller falder bort. Disse forhold begrunder en regel om at straf under disse omstændigheder bortfalder eller nedsættes.

Som sagt udvikles traditionelt en lære om sådan tilbagetræden som et afsnit af forsøgslæren, ligesom også straffeloven indeholder særlige regler om tilbagetræden fra forsøg, strfl. §§ 22 og 24. Det vil altså sige at man i dette afsnit har studeret og givet regler om sådan efterfølgende, skyldneutraliserende adfærd kun forsåvidt den indtræder på visse trin af en forbrydelses fase, nemlig *inden dens fuldbrydelse*. Denne begrænsning medfører en tilsvarende begrænsning i de adfærdstyper der efter sagens natur kan komme på tale som tilbagetræden. De er efter gængs teori to. Sålænge forbryderen ikke har afsluttet sin forbryderiske aktivitet (forberedelse og iværksættelse) kan han træde tilbage ved (passivt) at *afstå fra at påbe-*

*gynde iværksættelse eller fra at fortsætte påbegyndt iværksættelse.* Har han gjort hvad der fra hans hånd skal til for at hidføre forbrydelsens fuldbyrdelse kan han, sålænge denne endnu ikke er indtruffet, træde tilbage ved (aktivt) at *forbindre fuldbyrdelse.*

Men det er klart at efterfølgende, skyldneutraliserende adfærd også kan lægges for dagen efter fuldbyrdelsen. Dette gælder allerede når fuldbyrdelsen ifølge lovens gerningsbeskrivelse så at sige ligger i sit naturlige leje, d.v.s. falder sammen med skade på den interesse straffebudet tilsigter at værne. Ganske vist kan der i så fald ikke – således som når forbrydelsen ikke er fuldbyrdet – være tale om at *afværge* skaden. Men hvis denne ikke er uoprettelig kan gerningsmanden ved at *genoprette* skaden lægge en adfærd for dagen der er udtryk for en ændret indstilling og muligvis kan komme i betragtning som tilbagetræden. Men endnu tydeligere er dette når straffeloven af den ene eller anden grund beskriver gerningen med fremrykket fuldbyrdelsesmoment, altså således at forbrydelsen er fuldbyrdet uanset at den relevante skade ikke er indtruffet. Anvendes denne beskrivelsesteknik vil handlinger, der ellers ville have karakter af forsøgshandlinger, fremtræde som fuldbyrdet forbrydelse. Sålænge skade ikke er realiseret kan gerningsmanden, uanset at forbrydelsen teknisk er fuldbyrdet, lægge ganske samme skadeafværgende adfærd for dagen som der er tale om dersom hans gerning teknisk ville være at betegne som forsøg. Og det er svært at se at den forskellige beskrivelsesteknik skulle medføre at samme menneskelige adfærd i det ene tilfælde skulle tillægges betydning som tilbagetræden, i det andet ikke.<sup>1)</sup> Til eksempel: Manddrab er i almindelighed beskrevet således at der til fuldbyrdelse udkræves ofrets død, § 237. Handlinger der sigter til at bevirke en andens død, men ikke har medført denne virkning, straffes som forsøg på manddrab, § 237 jfr. 21, og falder derfor under reglerne om tilbagetræden i § 22. Men, hvis manddrabshandlingens genstand er Kongen, er forbrydelsen fuld-

---

<sup>1)</sup> Det kunne naturligvis tænkes at grunden til at forbrydelsen er beskrevet med fremrykket fuldbyrdelsesmoment netop er, at man har ønsket at afskære adgangen til at træde tilbage. Men sådan forholder det sig som oftest ikke. »Den omstændighed, der rationelt fører til fremrykning af fuldbyrdelsesmomentet, [er] navnlig, at den pågældende forbrydelse efter sin karakter hyppigt afsløres på et forberedende stadium eller har bedst udsigt til at bekæmpes på dette stadium«, Hurwitz (o: Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig Del.* 1952), 28.

byrdet allerede ved foretagelse af nogen handling der sigter til at berøve ham livet, strfl. § 112. Der er altså ikke tale om forsøg, og § 22 finder ikke anvendelse.

Videre er det klart, at dersom forbrydelsen er beskrevet som fremkaldelse af fare for vis skade, og altså som fuldbyrdet hermed, vil gerningsmanden, uanset fuldbyrdelsen, ved at afværge faren (og dermed skaden) lægge en adfærd for dagen der i lige så høj grad kan gøre krav på at blive taget i betragtning som tilbagetræden som den adfærd der er tilbagetræden fra forsøg.

De foregående betragtninger skulle have godtgjort at det sagligt er ubegrundet at begrænse læren om tilbagetræden til at angå tilbagetræden fra forsøg. Det gør man da i realiteten heller ikke. I strfl. § 84, stk. 1, nr. 6–9, jfr. stk. 2, findes regler om tilbagetræden fra fuldbyrdet forbrydelse; og i den systematiske fremstilling gøres der som tillæg til læren om tilbagetræden fra forsøg nogle bemærkninger herom. Men systematisk er det en mangel at disse regler ikke er samarbejdet med dem i § 22 til en lære om *tilbagetræden fra forbrydelse*, og denne mangel ytrer sig i forskellige formentlig ikke tilsigtede og ihvertfald næppe sagligt begrundede divergenser mellem reglerne i § 22 og dem i § 84.

I § 84, stk. 1, nr. 6, findes en regel om tilbagetræden fra fuldbyrdet faredelikt. Tilbagetræden sker herefter ved at afværge den af handlingen flydende fare og er altså en adfærd af samme type som den der omhandles i § 22. Men ved at sammenligne med § 22 vil man se, at såvel de betingelser hvorunder tilbagetræden anerkendes at foreligge, som retsvirkningen heraf, er forskellige fra dem i § 22, hvilket formentlig ikke er velbegrundet.<sup>2)</sup>

I nr. 7 og nr. 8 hjemles, ved fuldbyrdet forbrydelse uanset art, tilbagetræden af ny adfærdstype, nemlig ved genoprettelse af den ved gerningen forvoldte skade. Efter nr. 7 kræves at han fuldt har genoprettet skaden, efter nr. 8 blot at han har bestræbt sig for at genoprette skaden.<sup>3)</sup> Efter sagens natur er disse bestemmelser uanvendelige, hvor skaden er uoprettelig, som fx i tilfælde af manddrab, og fuld genoprettelse vil fortrinsvis, om ikke udelukkende, kunne ske når skaden er af økonomisk natur. Da det her drejer sig om tilbagetræden af væsensforskellig art fra den der

<sup>2)</sup> Der er ikke givet nogen regel der dækker utjenligt forsøg eller fareafværgelse ad anden vej. Retsvirkningen er begrænset til fakultativ strafnedsættelse eller -bortfald.

<sup>3)</sup> Reglen i nr. 7 har selvstændig betydning da der ifølge denne ikke kræves at genoprettelsen er sket »frivillig«.

omhandles i § 22 er det forståeligt at såvel betingelser som retsvirkning er forskellig herfra.

I nr. 8 indeholdes desuden en regel om tilbagetræden fra forsøg, der altså systematisk er et tillæg til § 22. Medens det efter § 22 kræves at gerningsmanden har forhindret fuldbyrdelse af forbrydelsen er det, efter § 84, stk. 1, nr. 8, tilstrækkeligt at han har bestræbt sig herfor. Til gengæld er retsvirkningen svagere. Det er næppe velbegrunderet at der ikke i nr. 8 er givet nogen regel, sådan som i § 22, for det tilfælde at fuldbyrdelsen er blevet afværget ad anden vej.

Endelig indeholder § 84 i nr. 9 hjemmel for tilbagetræden af en helt anden type end de hidtil omtalte, nemlig ved egen angivelse i forbindelse med fuld tilståelse. Sådan tilbagetræden kan ske hvad enten forbrydelsen er fuldbyrdet eller ej.

## *2. Det for tilbagetræden relevante sindelag er ikke frivillighed, men motivation ved fortrydelse.*

Tilbagetræden har en ydre, behavioristisk og en indre, psykologisk side. Den ydre består i en vis handlemåde der afviger fra den der må forventes hos en forbryder der er indstillet på at gennemføre sit forbryderiske forsæt. Den indre består i et vist sindelag der lægger sig for dagen i denne handlemåde og som er af en sådan art at det kan motivere strafnedsættelse eller -bortfald. Det er hensigtsmæssigt at begynde med at klargøre hvad sindelagskravet må gå ud på. Det er det kriminalpolitisk relevante medens det behavioristiske krav er afledt heraf som en troværdighedsbetingelse: vi kan ikke tage påstande om fortrydelse for gode varer dersom den ikke er resulteret i en korresponderende adfærd.

I teorien er der enighed om, at det psykologiske moment må bestemmes som et krav om at den afbrydelse af den kriminelle aktivitet der udgør tilbagetrædelsens udvortes aspekt er sket *frivilligt*. Man finder nemlig at netop frivilligheden er det moment der betinger det ændrede syn på forbryderens mentalitet der kan begrunde den gunstige strafferetlige behandling. Det er metodologisk interessant at bemærke at denne opfattelse er så indgroet at den sætter sig igennem uafhængig af, ja på trods af lovens ord. En sammenligning af svensk, tysk og dansk ret vil belyse forholdet.

I svensk ret er sagen ligetil for BrB 23:3 bestemmer direkte og udømmende at tilbagetræden skal være sket frivilligt. I den tyske straffelovs § 46 forekommer dette ord derimod ikke. Der sondres

mellem ufuldendt og fuldendt forsøg. I første tilfælde, i hvilket tilbagetræden består i at udførelsen af forbrydelsen opgives, er betingelsen at dette sker »ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren«. I det andet tilfælde, i hvilket tilbagetræden består i at forhindre forbrydelsens fuldendelse eller følger, er betingelsen at dette skete »zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war«. Denne lovbestemmelse taler altså ikke om frivillighed, ja angår overhovedet ikke psykiske forhold hos gerningsmanden. Det afgørende er henholdsvis at han ikke var forhindret i at fortsætte udførelsen, og det tidspunkt på hvilket tilbagetrædelse fandt sted. I dansk ret endelig forbindes i strfl. § 22 kravet om frivillighed (som i svensk ret) med kravet om at der ikke forelå »tilfældige hindringer for gerningens udførelse eller for opnåelsen af det ved denne tilsigtede øjemed« (som i tysk ret, § 46 nr. 1).

Skematisk sagt: svensk lov kræver frivillighed, tysk lov visse ydre omstændigheder, dansk lov frivillighed + visse ydre omstændigheder. Det ejendommelige er nu at ganske uden hensyn til disse legale forskelligheder går læren i de tre lande enslydende ud på, at betingelsen er, at tilbagetræden er sket *frivilligt*. I tysk teori siger man at loven i § 46 nr. 1 har »omskrevet« frivillighedskravet og i § 46 nr. 2 legalt har defineret den gennem ikke-opdagelsen.<sup>1)</sup> I dansk ret, hvor loven klart ved siden af frivillighed kræver fravær af tilfældige hindringer, erklærer Hurwitz at dette sidste »er nærmest en forklarende tilføjelse«, og det centrale altså kravet om frivillighed.<sup>2)</sup>

Heraf fremgår at frivillighedstanken må have en vældig magt over sindene. Den sætter sig igennem i doktrinen uanset lovens ord.

Hertil kommer endnu en metodologisk mærkværdighed. Man havde på det skildrede grundlag ret til at forvente at doktrinen ville udfolde sig i en indgående analyse af frivillighedsbegrebet. Man måtte vel tage sit udgangspunkt i almindelig sprogbrug og på dette grundlag søge en fiksering og tilpasning af begrebet justeret efter den juridiske funktion begrebet har i den sammenhæng hvori det forekommer i læren om tilbagetræden fra forsøg.

Men om noget sådant er der intetsteds tale, hverken i svensk, tysk

<sup>1)</sup> Se fx Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch* (15. Aufl. 1970), anm. 2 a og 33 til § 46.

<sup>2)</sup> Hurwitz, 480.

eller dansk teori.<sup>3)</sup> Behandlingen er rent kasuistisk. Med støtte i praksis eller tænkte situationer tager man fra sag til sag, eller fra typefald til typefald, stilling til om strafbortfald bør indtræde eller ej, og erklærer i første fald at tilbagetræden må anses for frivillig. Det vil altså sige at frivillighedsbegrebet er blevet fuldstændig tomt, blot en knage at hænge afgørelsen på.<sup>4)</sup>

I domstolenes praksis synes denne fremgangsmåde at have fungeret ret tilfredsstillende. Den ureflekterede, konkrete fornemmelse for, om straf bør bortfalde eller ej, har i de fleste tilfælde ført til resultater der må billiges. Alligevel rummer stillingen en udfordring: Er det ikke muligt i nogen grad at rationalisere skønnet? Skulle løsningen ligge i en analyse af frivillighedsbegrebet?

Dette spørgsmål mener jeg må besvares benægtende. Det er ikke svært at tænke sig situationer i hvilke straffrihed ikke bør indtræde uanset at tilbagetræden må siges at være sket frivilligt, hvis dette ord skal anvendes så nogenlunde i samklang med almindelig sprogbrug.

Dette vil gælde fx i tilfælde i hvilke forbryderen opgiver sit forehavende fordi han nu øjner større fordel ved alternativ handle måde. Således typisk ved forbrydelser hvor trussel om at fortsætte iværksættelsen tjener til at fremkalde en løsesum. *T* har fx spærret *O* inde således at han inden en vis frist vil omkomme på grund af mangel på luft. Han meddeler *O*'s pårørende at han vil afstå fra fortsat indespærring, hvis han modtager løsesum af en vis størrelse. Sker dette må man efter almindelig sprogbrug sige, at *T* frivilligt har afstået fra forbrydelsens fuldbrydelse. Men det vil være urimeligt at fritage ham for straf for påbegyndt iværksættelse af manddrab (»forsøg på manddrab«) uanset at han desuden kan straffes for afpresning eller røveri. Ligeledes hvis vi tænker os at initiativet til frikøbelsen udgår fra tredjemand: En far ser sin søn indblandet i et røverisk komplot og tilbyder ham en pengesum hvis han vil træde

---

<sup>3)</sup> Se dog om Reinhard Franks forsøg til en analyse, *Hurwitz*, 481. Schönke-Schröder forklarer sondringen ved at sige at handlingen er frivillig når den udspringer af autonome, ufrivillig når den udspringer af heteronome motiver, anm. 22 og 23 til § 46. Men disse to ny gloser er lige så lidet sigende som dem de skal definere.

<sup>4)</sup> Om dansk kasuistik se *Hurwitz*, 482 f., om tysk *Schönke-Schröder*, § 46 anm. 29; om svensk *Kommentar til brottsbalken* (Nils Beckman m. fl., 2. uppl. bd. II, 1969), 567 f.

tilbage; eller fra offeret selv: En kvinde der er ved at blive voldtaget bevæger voldsmanden til at afstå fra sit forehavende ved at love senere at føje ham under mere komfortable forhold.<sup>5)</sup>

Beslægtet hermed er de tilfælde i hvilke *T* opdager at forbrydelsen ikke vil byde ham de fordele han havde regnet med. Det er derfor ikke værd at løbe den med forbrydelsens begåelse forbundne risiko, og afståelse kommer derfor til at stå som et fordelagtigere alternativ. *T* har fx forberedt drab af en onkel i den tro at han efter onklen skal arve et betydeligt beløb, men opdager at dette ikke er tilfældet. Vi er vel enige om, at han ikke bør slippe for straf.<sup>6)</sup> Og mon ikke også om, at afståelsen var frivillig. Hvis man ville sige at han var tvunget til at opgive drabet fordi han havde et stærkt motiv dertil, føres man ud i en sprogbug hvis konsekvenser ikke kan accepteres. Man måtte da sige at den der (som Luther: Her står jeg, jeg kan ikke andet, så hjælpe mig Gud!) drives af sin samvittighed til at opgive en forbrydelse handler under tvang, altså ikke frivilligt, og derfor ikke bør nyde godt af sin tilbagetræden.

Der findes situationer i hvilke det er klart at straf ikke bør bortfalde, men hvor det forekommer tvivlsomt om det er naturligt at kalde opgivelsen frivillig eller ej. Visse forbrydelser, som fx indbrudstyveri og voldtægt, afbrydes ofte og typisk fordi et alarm-system går i gang, nogen kommer til stede der kan pågribe eller anmelde gerningsmanden, eller der iøvrigt sker noget der medfører risiko for at sagerne tager en uønsket vending. Hvis nu *T* under sådanne forhold fordufter, er afbrydelsen da sket frivilligt eller ufrivilligt? På dansk vil det falde naturligt at sige at han var *nødt* til at afbryde, hvorimod det vil forekomme mindre sproget at sige at han blev *tvunget* dertil. Det naturligste er nok at sige at opgivelsen var ufrivillig og forsåvidt stemmer sprogbugen med den juridiske afgørelse af straffespørgsmålet.

I andre tilfælde vil, som allerede nævnt, sprogbugen være mere vildledende end vejledende. Forbrydelser som røveri og voldtægt afbrydes ofte fordi gerningsmanden møder større modstand end han havde regnet med. Hvis han efter at have tumlet med pigen der slår og bider fra sig giver op og lader hende løbe, er opgivelsen da

<sup>5)</sup> Tysk praksis antager i så fald frivillig tilbagetræden, *Schönke-Schröder*, § 46 anm. 29.

<sup>6)</sup> Således *Hurwitz*, 485-86; *Schönke-Schröder*, § 46 anm. 25 og 25 a.

frivillig eller ufrivillig? Hvis hendes modstand var uovervindelig, pigen var faktisk den stærkeste – det forekommer, se fx U 1967. 936 – må man vel sige at han var nødt til at give op og at han altså ikke handlede frivilligt. Men hvis hans kræfter ikke var udtømt, og han vidste at det stod i hans magt at gennemføre forbrydelsen ved at anvende de yderste tvangsmidler (kvælertag, knivstik o. lign.), vil det være mest i overensstemmelse med almindelig sprogbrug at sige at opgivelsen var frivillig. Han var ikke nødt til at standse, men gjorde det fordi han ikke var indstillet på at gå hårdt til værks. Han ville nok *tvinge* pigen (d.v.s. overvinde hendes modstand), men ikke tilføje hende legemsbeskadigelse eller udsætte hendes liv for fare. Alligevel kan man ikke gå med til at denne »hensynsfulde« voldsforbryder skulle slippe for straf efter reglerne om tilbagetræden.

Det kan ved nærmere eftertanke næppe undre at frivillighedskriteriet ikke er velegnet til afgørelse af om tilbagetræden i gerning skal medføre strafbortfald eller ej. Det må ganske vist erkendes at en tilbagetræden, der har været ufrivillig i den forstand at gerningsmanden ved andre personers trussel om betydelig skadetilføjeelse er blevet tvunget til at foretage den, ikke kan begrunde nogen begunstigelse. Men det er uden større praktisk betydning. Jeg er ikke i domspraksis stødt på et eneste tilfælde af denne art. Derimod kan det omvendte ikke godkendes, altså at det skulle være tilstrækkeligt til at begrunde tilbagetrædelsesvirkning at tilbagetrædelsen er sket frivilligt i den forstand at den ikke har været fremkaldt ved tvang. Frivillighed i denne forstand siger intet om gerningsmandens motiver og det er dem der må være afgørende.

Hvis man heroverfor vil indvende at man med den »frivillighed« hvormed der opereres i tilbagetrædelseslæren ikke har tænkt på frivillighed modsat tvang, bliver spørgsmålet hvad man da har ment med dette ord. Det er aldrig oplyst. »Frivillighed« er ikke noget veldefineret juridisk begreb uden som modstykke til tvang. Som nævnt arbejder man i virkeligheden ikke med noget begreb om frivillighed, men bruger dette ord som en etikette der hæftes på de tilfælde i hvilke man af andre grunde mener at tilbagetrædelsesvirkning bør anerkendes.

Resultat: frivillighedslæren er enten misvisende eller intetsigende. Den er misvisende forsåvidt den skulle indebære at strafbortfald skulle indtræde blot fordi tilbagetrædelsen er frivillig i den forstand

at den ikke er aftvungen. Den er intetsigende forsåvidt frivillighed simpelthen siges at foreligge i de tilfælde i hvilke man mener at tilbagetrædelsesvirkning bør anerkendes.

Som nævnt har man i litteraturen, inspireret af praksis, udviklet en kasuistik der registrerer typiske motivationer eftersom de medfører eller ikke medfører tilbagetrædelsesvirkning. Sådanne partielle løsninger er fortjenstfulde og nyttige. De indskrænker tvivlstilfældenes område og giver visse retningslinier for praksis. Men de er tillige famlende og undertiden modstridende fordi der mangler en ledende idé's lys. Den legislative opgave kan formentlig ikke gå ud på at opremse de motivationer der kan medføre tilbagetrædelsesvirkning, men må indskrænke sig til at angive en sådan ledende idé for deres bedømmelse.

Der er enighed om at moralsk anger ikke udkræves. Respekten for retsordenen bygger ikke udelukkende på moralske drivkræfter, men også på frygten for sanktioner i videste forstand: Domstolenes straf såvel som omgivelsernes reaktion. Også en tilbagetræden der er motiveret af besindelse på forbrydelsens mulige konsekvenser for gerningsmanden selv bør derfor komme i betragtning som grundlag for strafbortfald.

Skulle man i lovgivning vælge et udtryk der er tilstrækkeligt elastisk til at hjemle plads for et vidtgående skøn, men som dog samtidig peger i retning af, hvad der er skønnets bærende hensyn, kunne jeg tænke mig udtrykket »at fortryde«.

»At fortryde« har ikke nødvendigvis moralsk karakter således som »at angre«. Man kan fortryde at have solgt et maleri fordi man nu kunne opnå en pris mange gange så stor. Man kan fortryde såvel en handling som en beslutning. At fortryde en handling eller beslutning betyder nu at tage afstand fra den, fordi man indser at en anden handle måde ville have været rigtigere eller klogere. Den anlagte målestok behøver som sagt ikke at være moralsk. Men fortrydelsen har dog det tilfælles med den moralske anger, at den forudsætter en efterfølgende besindelse, en bedre erkendelse og mere afbalanceret bedømmelse end den der beherskede én da man traf beslutningen eller udførte handlingen. Den der fortryder noget er kommet på bedre tanker. Når det der fortrydes er beslutningen om at udføre en forbrydelse, eller skridt på vejen hertil, vil det sige at geningsmanden tager afstand fra sin tidligere indstilling, hvad enten de overvejelser der har ført ham på bedre tanker er af moralsk ka-

rakter eller er udtryk for bedre forståelse af hvad der tjener hans sande interesser.

Jeg tror at den betydningskorona der omgiver udtrykket »at fortryde« gør det velegnet til at antyde de mentale forhold der bør betinge at tilbagetrædelsesvirkning indtræder, uden dog at lægge praksis i nogen spændetrøje. Lovreglen skulle da formuleres således at den efter at have angivet de ydre tilbagetrædelsesskridt tilføjer at forholdene skal gøre det antageligt at de er foretaget fordi gerningsmanden havde fortrudt sit forbryderiske forsæt.

3. *Tilbagetræden er den i en actus contrarius manifesterede fortrydelse. På foreberedelsesstadiet kræves at gerningsmanden alvorligt har bestræbt sig for at berøve forberedelseshandlingen dens tjenlighed til at fremme forbrydelsens udøvelse.*

I og for sig, d.v.s. bortset fra bevismæssigt krav, er det fortrydelsen som indre sindelagsfænomen hos gerningsmanden der begrunder den gunstige strafferetlige behandling ved tilbagetræden. Men netop de bevismæssige krav gør at vi ikke kan knytte tilbagetrædelsesvirkning til gerningsmandens blotte påstand om at have fortrudt hvad han har gjort. Vi er nødt til herudover at kræve noget objektivt: at gerningsmanden har lagt en adfærd for dagen der efter almindelig menneskelig erfaring understøtter hans påstand om at være kommet på andre og bedre tanker. For den retlige (modsat den moralske) vurdering er det ikke fortrydelsen som sådan, men *fortrydelse i gerning* der er det afgørende. Det er videre forståeligt at ikke enhver adfærd der afspejler fortrydelse kan komme i betragtning, fx ikke at han har skriftet overfor en præst. Det må kræves at han lægger en adfærd for dagen der i forhold til hans forbryderiske gerning har karakter af en *actus contrarius* derved at den er rettet mod at neutralisere virkningerne af den forbryderiske indsats der allerede er gjort.

De nærmere krav der må stilles til en sådan modhandling vil variere med det udviklingsstade af forbrydelsens udøvelse på hvilket tilbagetræden finder sted. Kravene må også afhænge af den retsvirkning som tilbagetrædelsen medfører. Efter gældende ret er retsvirkningen obligatorisk fritagelse for straf. Dette er betænkeligt

fordi det ved grove forbrydelser kan føles som urimeligt at manden skal gå fuldstændig fri. Flere af de ndf. under pkt. 12 omtalte domme i hvilke § 22 ikke er blevet anvendt skønt betingelserne herfor synes at være opfyldt, kan tænkes motiveret ved et sådant hensyn. En mere elastisk formulering af tilbagetrædelsesvirkningen efter § 22 tilsiges også af den omstændighed at det ikke er sagligt begrundet at gøre en skarp sondring mellem tilbagetræden efter § 22 og tilbagetræden efter § 84 der kun hjemler fakultativ strafnedsættelse eller (i visse tilfælde) strafbortfald. Mine efterfølgende betragtninger over de krav der må stilles til tilbagetrædeshandlingen på forskellige stadier af forbrydelsens udvikling hviler derfor på den forudsætning at retsvirkningen er fakultativ strafnedsættelse eller -bortfald. De har indtil videre kun enkeltmandsforbrydelse for øje.

Jeg begynder med at betragte forberedelsesstadiet, altså alt hvad forbryderen har foretaget sig til fremme af forbrydelsen inden påbegyndt iværksættelse.

Efter herskende lære skal tilbagetræden i disse tilfælde kunne ske ved den blotte passivitet, d.v.s. ved undladelse af at skride til forbrydelsens iværksættelse. Gerningsmanden skal have opgivet (*afstået fra*) at iværksætte forbrydelsen, men der kræves ingen *actus contrarius*, ingen ydre handling hvori afståelsen manifesterer sig. Det siges at ydre konstaterlige handlinger hvorfra kan sluttes til en opgivelse af det kriminelle forsæt kan være af bevismæssig betydning.<sup>1)</sup>

Dette kan efter min opfattelse ikke være rigtigt ud fra rationelle principper. Da spørgsmål om selvstændigt ansvar for forberedelsehandlinger kun kan opstå under forudsætning af at forholdet opdages og tiltale rejses inden *T* har foretaget noget iværksættelseskridt, ville gængs lære betyde at *T* altid ved tiltale for forberedelse kunne plædere tilbagetræden med adgang til at bevise opgivelse af forsæt på hvilken måde som helst. Sådant bevisførelse bør slet ikke kunne komme på tale. Hvis man ikke skal fortabe sig i vidtløftigheder og udflugter må det fastholdes, at den fundamentale betingelse for tilbagetræden er at gerningsmanden har foretaget en *actus contrarius* der afgiver objektivet holdepunkt for hans påstand om sindelagsskifte. Hvis han fx har forfalsket et legitimationskort, men endnu ikke gjort brug af det (U 1947. 552 H); har bestilt trykning af 1000 stk. svinekort i den hensigt at sælge dem som ægte (U 1938.

<sup>1)</sup> *Hurwitz*, 479.

370); eller har indsmuglet metalsav og 6 neglefile til en sikkerhedsforvaret (U 1968. 814), bør tilbagetræden overhovedet ikke kunne komme på tale hvis *T* ikke har foretaget en *actus contrarius*, fx tilintetgjort legitimationskortet, afbestilt svinekortene, eller ladet fængselsmyndighederne tilgå meddelelse om at flugtrekskaber er indsmuglet. Kravet må være at gerningsmanden har berøvet, eller i det mindste alvorligt bestræbt sig for at berøve, foretagne forberedelseskridt deres tjenlighed til at fremme forbrydelsens udøvelse. Tilsvarende gælder i andre tilfælde i hvilke *T* har taget forberedende skridt der i sig selv eller efter de omstændigheder hvorunder de er foretaget må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed.

Konsekvensen af dette synspunkt er at dersom de fortagne forberedelseskridt er objektivt umistænelige – *T* har fx indhentet oplysninger af forskellig karakter, sonderet terrænet, eller anskaffet en bil eller andre normale redskaber til forbrydelsens iværksættelse – vil tilbagetræden, ihvertfald i de fleste tilfælde, være på forhånd udelukket. Spørgsmålet savner praktisk betydning da forberedelseshandlinger af denne beskaffenhed ikke bør være strafbare og faktisk heller ikke er det efter dansk praksis, uanset ordene i strfl. § 21.<sup>2)</sup>

Det er vanskeligt at sige noget om stillingen i praksis med hensyn til tilbagetræden fra forberedende skridt allerede fordi der foreligger så få afgørelser der angår sådanne skridts stafbarhed.

#### *4. Tilbagetræden fra påbegyndt iværksættelse sker derved at gerningsmanden, skønt det står i hans magt at fuldende iværksættelsen, afstår herfra.*

Jeg betragter nu den udviklingsfase der ligger mellem påbegyndt og fuldendt iværksættelse. Tilbagetrædelseshandlingen består her i at gerningsmanden *afstår fra at fuldende iværksættelsen*. Dette er i overensstemmelse med herskende lære når denne på forskellig vis modificeres og uddybes.

Det kunne herefter se ud som om der på dette stadium ikke udkræves nogen *actus contrarius*, som om den blotte passivitet, undladelse af at gå videre med den påbegyndte iværksættelse, skulle være

<sup>2)</sup> Se ovf. afhandling »Om forsøg«, pkt. 4.

nok til at etablere tilbagetræden. Sådan fremstilles forholdet undertiden, men det beror på en misforståelse. Der er en væsensforskel mellem (endnu) ikke at have påbegyndt iværksættelse og at afbryde en påbegyndt iværksættelse. Det første er ren passivitet der ikke afspejler nogen beslutning: det kan være at tidspunktet for at starte foretagendet endnu ikke er kommet; det kan også være at det hele er opgivet. Afbrydelse af en påbegyndt iværksættelse er noget helt andet: det er en handling, en *actus contrarius* der (under visse betingelser) forudsætter en beslutning der omgør en tidligere beslutning. Forskellen mellem de to situationer kan belyses ved en lignelse. Hvis *A* sidder stiltfærdigt på en stol i stuen kan man naturligvis godt sige at han ikke spiller klaver. Men der er intet i situationen der berettiger til at sige at han *afstår* fra at spille klaver, eller har besluttet ikke at gøre det. Dette gælder også selvom han har medbragt et nodehefte. Hvis derimod han har sat sig til klaveret for at spille Beethovens »Til Elise«, men holder op midt i stykket, er der hermed lagt en positiv adfærd, en handling, for dagen der viser en modstående beslutning, en beslutning om ikke, som påtænkt, at ville spille stykket til ende.

Tilsvarende gælder forbryderen der *afstår* fra at fuldende iværksættelsen. Men det må betones at ikke enhver afbrydelse eller opgivelse er en afståelse. At »afstå« fra noget forudsætter en beslutning, et valg, altså at man kunne have gjort det man afstår fra at gøre. Vi kan også sige, at den fundamentale betingelse for overhovedet at tale om tilbagetræden og tilbagetrædelsesvirkning er at det *stod i gerningsmandens magt* at fortsætte med forbrydelsen, men at han dog valgte ikke at gøre dette. Men hvad betyder det, at det stod i en person *X's* magt at udføre en handling *h* når han dog ikke gjorde det?

At det står i *X's* magt at udføre *h* betyder at *X* har såvel *evne* som *lejlighed* til at udføre *h* således at det alene kommer an på *X's* *motivationer*, om *h* skal blive udført eller ej. Hvis han vil det, bliver *h* udført; hvis han ikke vil bliver *h* ikke udført, resultatet altså *ikke-h*. Det vil sige at hvis *h* står i *X's* magt, står også *ikke-h* i hans magt.<sup>1)</sup>

Tilbagetræden er altså udelukket når det ikke stod i *T's* magt at gennemføre sit forbryderiske forehavende. Det er for det første til-

<sup>1)</sup> Se nærmere min bog *Skyld, ansvar og straf* (1970), 236 f.

fældet når han ikke *evnede* at gøre det, eller, som vi også mere mundret kan sige, når han ikke *var i stand dertil*. Mange forbrydelser opgives fordi *T* støder på hindringer han ikke var i stand til at overvinde. Således fx hvis voldtægt må opgives på grund af manglende potens i det afgørende øjeblik (U 1935. 531 HN) eller en klatretyv falder og brækker et ben. Mange forbrydelser der fuldbyrdes ved samleje bliver ikke gennemført fordi gerningsmanden af den ene eller anden grund, især overfor unge ofre, ikke er i stand til at gennemføre introduktion.<sup>2)</sup> Eller et indbrudstyveri opgives fordi pengeskabet var for stort og for svært at gå i gang med (U 1962. 881 H fh. Ab 3); eller fordi han ikke var i stand til at skaffe sig adgang til lokaliteterne (U 1968. 9 HN fh. IV a og talrige andre domme).

Det kan ved voldelige forbrydelser hvis iværksættelse møder modstand fra offerets side med det resultat at forbrydelsen ikke fuldbyrdes være vanskeligt at afgøre om gerningsmanden har afstået fra at fuldende iværksættelsen eller har opgivet fordi han ikke var i stand dertil. Det er klart at der ikke foreligger afståelse når gerningsmanden møder en modstand som han trods al umage ikke har kunnet overvinde. I U 1967. 936 (V) havde han forsøgt kvælertag og derefter at binde pigen med et reb »men også dette mislykkedes, idet pigen var ham for stærk«. På den anden side mener jeg at afståelse må siges at foreligge når selv en ringe modstand får forbryderen til at give op. Se fx U 1966. 324 (V): *T* opgav forsøg på at tiltvinge sig samleje fordi kvinden ikke særligt hårdt bed ham i fingeren; U 1963. 516 (HN): *T* opgav at fravryste en håndtaske fra en 76-årig kvinde. Tvivlsomme tilfælde frembyder den ovenfor under punkt 2 omtalte »hensynsfulde« voldsmand der viger tilbage for at anvende de yderste tvangsmidler der stod til hans rådighed. Han må vel nok siges at have afstået fra at fuldende iværksættelsen – hvoraf naturligvis ikke uden videre følger at han er trådt tilbage, hvilket vil afhænge af om også sindelagsbetingelsen må anses for opfyldt.

Tilbageførelsen er dernæst udelukket når forehavendet må opgives fordi der ikke var *lejlighed* til at gennemføre det. Således fx når et forberedt sprængningsattentat må opgives fordi det viser sig at

<sup>2)</sup> Således antagelig i U 1968. 653 (ØN) fh. 2 hvor *T* uden at opnå samleje stødte en dunhammerstængel op i *O*'s kønsdel.

offeret er bortrejst (*U 1948. 367 H*); eller hvis en indbrudstyv ikke finder det han søger (*U 1966. 668 Ø*). I *U 1962. 686 (HN)* havde *T* planlagt et røveri overfor en vognmand han ville hyre til en tur, men måtte opgive sit forehavende fordi vognmanden nægtede at køre for ham: Den lejlighed han havde tænkt sig indfandt sig ikke.

Til denne gruppe kan henregnes de mangfoldige tilfælde i hvilke en forbrydelse må opgives fordi begivenheder indtræder der gør det uacceptabelt risikabelt for forbryderen at fortsætte: Et alarmsystem går i gang, der bliver tændt lys i lokalet, pigens skrig tilkalder forbipasserende personer, politiet indfinder sig og pågriber brandstifteren på fersk gerning. Selvom det nok i nogle af disse situationer står i *T*'s magt at fuldbyrde forbrydelsen, fx at tilegne sig en ting under indbrud, står det ikke i hans magt at nå sit mål der også indbefatter at slippe bort med byttet uden at blive opdaget og pågrebet.

Det er naturligvis et spørgsmål om grader hvornår pågribelsesrisikoen er blevet så stor, at lejligheden til at begå forbrydelsen må siges at være gået tabt. I *U 1966. 596 (HN)* opgav *T* påbegyndt iværksættelse af blufærdighedskrænkelser af 8-årig pige fordi hun gav sig til at græde. Da optrinnet foregik på en skovvej i en granplantage synes risikoen for pågribelse ikke at have været stor, selvom hun var ledsaget af en 9-årig kammerat.

Der er tilfælde hvor det er klart at det ikke stod i gerningsmandens magt at gennemføre sit forehavende, men hvor det kan være svært at sige, om det er på grund af svigtende evne eller manglende lejlighed. Mange brugstyverier af vogne eller motorcykler opgives fordi det ikke vil lykkes for gerningsmanden at få køretøjet startet. Hvis grunden hertil er at *T* ikke forstår, hvorledes man skal bære sig ad, foreligger svigtende evne. Hvis grunden er fejl i maskineriet foreligger manglende lejlighed.

At tilbagetræden er udelukket i de ovenfor omtalte situationer stemmer formentlig med almindelig opfattelse. Det ny er blot at udelukkelsen, efter min mening, kan udledes af hvad der ligger i kravet om at gerningsmanden skal have »afstået« fra at fuldende iværksættelsen, medens man sædvanligvis søger begrundelsen i det »subjektive« krav om »frivillighed«. Men denne begrundelse er misvisende. At en voldtægtsforbryder må give op på grund af svigtende potens eller fordi lejligheden forpasses har intet med hans sindelag at gøre, men betyder at det efter situationens objektive karakter ikke stod i hans magt at fuldende iværksættelsen.

Der kan opstå spørgsmål om, hvad der skal forstås ved »fuldendt iværksættelse«. Den almindelige opfattelse går ud på at iværksættelsen, ved et forårsagelsesdelikt, er fuldendt når *T* har sat et begivenhedsforløb i gang der uden videre indgreb fra hans side, men alene i kraft af naturens orden, med overvejende sandsynlighed (ved forsætlig forbrydelse) vil afstedkomme den skade hvorved forbrydelsen fuldbyrdes.<sup>3)</sup> Det kan imidlertid næppe være rigtigt, at det er her grænsen må sættes for tilbagetræden ved afbrydelse af iværksættelse. Tænker vi os at *T*, der har seks skud i revolveren, på nært hold har affyret et skud mod *O*, men uden at ramme, er iværksættelsen fuldendt i ovennævnte forstand: *T* har ført iværksættelsen op til det punkt da det alene beror på et af ham uafhængigt begivenhedsforløb om forbrydelsen fuldbyrdes. Alligevel synes det ikke urimeligt at betragte hans adfærd som afbrydelse af iværksættelse dersom han nu, i stedet for at tømme revolveren mod offeret, holder inde og afstår fra videre skridt.<sup>4)</sup> Hvis man ønsker at fastholde »fuldendt iværksættelse« som grænse for tilbagetræden ved afbrydelse, må dette begreb derfor (i denne sammenhæng) defineres som iværksættelse der er ført så langt frem, at *T* har udtømt de veje eller midler der stod til hans rådighed til virkeliggørelse af hans forbryderiske mål, *in casu* at dræbe *O*.

*5. Tilbagetræden fra fuldendt iværksat forbrydelse sker ved at gerningsmanden alvorligt bestræber sig for at afværge skaden således som han forestillede sig den.*

Det sidste stadium i en forbrydelses forløb der behandles i den traditionelle lære om tilbagetræden fra forsøg er stadiet fra fuldendt iværksættelse til fuldbyrdelse. Læren går ud på at tilbagetræden på dette stadium kan ske ved at forhindre fuldbyrdelsen eller ihvertfald foretage nærmere bestemte handlinger i dette øjemed.

Tilbagetræden af denne art forudsætter altså at forbrydelsen er fuldendt iværksat. I denne forbindelse kan der ikke gøres nogen indvending mod at bestemme dette begreb derved at gerningsmanden har sat et begivenhedsforløb i gang der uden videre indgreb fra hans side, men alene i kraft af naturens orden (med overvejende

<sup>3)</sup> Hurwitz, 465, 478, 486. Sandsynlighedsmomentet er en præcision der står for egen regning, jvf. ovf. afhandlingen »Hensigt er ikke forsæt«, pkt. 4.

<sup>4)</sup> Anderledes *Kommentar til BB II*, 561–62.

sandsynlighed) vil afstedkomme den skade hvorved forbrydelsen fuldbyrdes. For det er jo netop medens dette forløb, der sigter mod skaden, foregår, der er mulighed for gerningsmanden til, ved en *actus contrarius*, at gribe ind og standse forløbet. Dog må der tages et forbehold: tilbagetræden efter dette mønster er udelukket hvis det straks efter den fuldendte iværksættelse er klart at anslaget er mislykkedes. Den der affyrer et skud mod et offer, men skyder forbi, har ingen mulighed for at gribe ind i noget forløb for det har straks vist sig mislykket.

Derimod kan det ikke være rigtigt at lade fuldbyrdelsen afslutte det stadium hvor forhindrende tilbagetræden hører hjemme. Fuldbyrdelsen er et formelt-teknisk, juridisk begreb afhængig af den måde hvorpå loven beskriver gerningsindholdet. Det der reelt betinger tilbagetræden ved forhindring er at den skade straffebudet tilsigter at værne mod endnu ikke er indtruffet. Her må grænsen for tilbagetræden ved forhindring sættes. Der henvises til fremstillingen ovenfor under punkt 1, hvor det er omtalt at straffeloven i § 84 indeholder supplerende regler om tilbagetræden fra fuldbyrdet forbrydelse, men at det tildels er irrationelt at betingelser og retsvirkning af tilbagetræden efter § 84 er forskellige fra dem der gælder, efter § 22.

Det interessante spørgsmål er, hvorledes tilbagetræden efter dette mønster nærmere skal bestemmes. Det historiske udgangspunkt har været at man hertil har krævet det objektive faktum at gerningsmanden *har forhindret fuldbyrdelsen* (skadens indtræden). I svensk, norsk og tysk ret gælder dette ifølge lovens ord stadigvæk, men praktiske modhensyn har været så stærke, at teori og praksis ved fortolkning og analogislutning fra nyere specielle tilbagetrædelsesregler har sat sig ud over ordene og hjemlet tilbagetræden uden at den nævnte betingelse er opfyldt.<sup>1)</sup> I dansk ret er ifølge strfl. § 22

---

<sup>1)</sup> Se *Kommentar til BB II*, 562 f. Skønt ordene i *BB 23:3* ubetinget kræver at gerningsmanden skal have foranlediget at forbrydelsen ikke fuldbyrdes, antager kommentaren dog at tilbagetræden i en række tilfælde må anerkendes uanset at dette ikke er sket, nemlig (1) i tilfælde af utjenligt forsøg (562-63); (2) ved visse forfalskningsforsøg (563); (3) hvis forbrydelsens fuldbyrdelse er blevet forhindret ved opdagelse eller ved indgriben fra andres side (564 og 569 f). For norsk ret, se Andenæs, *Almindelig strafferett* (1956), 313-14; for tysk ret Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (1969), § 51, IV, og *Schönke-Schröder*, § 46, Anm. 32 b.

hovedreglen at gerningsmanden skal have forhindret fuldbyrdelsen, men for visse specielle situationer hjemler paragraffen afvigelse herfra. I § 84, stk. 1, nr. 6, fastholdes uforkortet at gerningsmanden skal have afværget den af hans handling flydende fare, medens det efter samme stykkes nr. 8 er tilstrækkeligt at han har bestræbt sig for at forebygge fuldbyrdelsen. I det følgende diskuterer jeg først hvilke modifikationer der pånøder sig hvis man principielt holder fast ved kravet om objektiv forhindring. Dernæst, om det er velbegrunderet at holde fast herved.

Forskellige strafferetlige regelkomplekser kan i dansk ret forstås som udslag af den grundsætning, at forsåvidt ved anvendelse af straffeloven bedømmelsen er beroende på forekomsten af visse faktiske omstændigheder, skal denne bedømmelse ikke ske på grundlag af omstændighederne således som de virkelig var, men på grundlag af omstændighederne således som de tog sig ud for gerningsmanden. Det er dette princip der ligger bag reglerne om tilregnelser, mere specielt bag reglerne om vildfarelsens diskulperende eller omvendt »kulperende« virkning, d.v.s. reglerne om putativ forbrydelse eller utjenligt forsøg. I medfør af dette princip må der anerkendes visse undtagelser fra kravet om, at tilbagetræden er betinget af at gerningsmanden objektivt har forhindret fuldbyrdelsen:

(a) Det forekommer mig ret klart at når man, som i dansk ret, straffer den der kommer sukker i den gamle dames kaffe i den tro at det var arsenik han hældte i (utjenligt forsøg), må man også ud fra samme bedømmelsesgrundlag anerkende tilbagetræden dersom han fjerner koppen inden hun drikker af den. Han har ikke forhindret hendes død, men foretaget en handling der, hvis virkeligheden havde været som han forestillede sig den, ville have forhindret den.

(b) Ud fra den antagelse, at faren for skadeforvoldelse stadig består, foretager gerningsmanden velegnede afværgelsesforanstaltninger. Han giver fx rette vedkommende meddelelse om, hvor en tidsindstillet bombe var anbragt. Imidlertid var faren på det tidspunkt da *T* gav meddelelsen allerede på anden måde blevet afværget, fx ved opdagelse og uskadelliggørelse; eller også var den drevet over derved, at bomben var blevet ødelagt af tilfældige omstændigheder, fx regn. Også i disse situationer gælder det, at *T* ikke har forhindret skaden, men har handlet i den tro at han gjorde det.

I strfl. § 22 bestemmes at forsøg (under forudsætning af visse

subjektive betingelser) ikke straffes når gerningsmanden foretager handlinger som ville have hindret fuldbyrdelsen, hvis denne ikke, ham uafvidende, var mislykkedes eller ad anden vej var afværget.<sup>2)</sup> Det er klart at denne bestemmelse dækker de under (b) nævnte forhold. Det er mindre oplagt, men må utvivlsomt antages at have været meningen,<sup>3)</sup> at bestemmelsen skal dække også det utjenlige forsøg. Det er mindre oplagt fordi det er mindre træffende at karakterisere det utjenlige anslag som »mislykket«. Noget kan nemlig kun karakteriseres som »mislykket« under forudsætning af, at det efter omstændighederne kunne være lykkedes. Men dette er ikke tilfældet hvad det utjenlige forsøg angår.

Dernæst må det, som sagt, overvejes om det overhovedet er rigtigt at tage sit udgangspunkt i en regel om, at tilbagetræden kræver objektiv forhindring af skaden, aktuelt eller hypotetisk. Til støtte herfor kunne anføres, at dersom man slækker på dette krav, risikerer man at mere eller mindre halvhjertede eller fingerede afværgelsesforanstaltninger udgives for tilbagetræden; og at reglen ihvertfald virker stimulerende i retning af at tilskynde til effektive indgreb. Det er dog vist næppe sandsynligt at sådanne kalkulationer spiller nogen større rolle for den der vil træde tilbage. På den anden side tilsiger selve den tanke om skyldneutralisering der ligger bag reglerne om tilbagetræden, at opmærksomheden hæftes ikke ved effekten, men ved sindelaget. Man kan overveje forskellige muligheder:

1) at *T*, aktuelt eller hypotetisk, har foretaget handlinger der var *objektivt velegnede* til at afværge skaden uanset at dette alligevel ikke blev resultatet. Han har fx sendt en advarsel der kun på grund af et ulykkeligt sammenræf af omstændigheder ikke har fået den tilsigtede virkning. Samme synspunkt som fører til at man, uanset at handlingen ikke medfører offerets død, straffer den der har foretaget en velegnet manddrabshandling for (forsøg på) manddrab, taler for i denne situation at regne gerningsmanden den velegnede afværgehandling til gode;

(2) at *T* har foretaget afværgesskridt som han *anså* for velegnede;

<sup>2)</sup> Det er en anomali at tilsvarende regel ikke er givet i § 84, stk. 1, nr. 6, med henblik på afværgelse af fare.

<sup>3)</sup> *Betænkning afgivet af straffelovskommissionen* af 9. nov. 1917 (1923), motiver, 72, jfr. Carl Torps betænkning og udkast (1917), Motiver, 36.

- (3) at *T* har *bestræbt sig* på at forhindre skaden; og  
 (4) at *T* har *gjort hvad der stod i hans magt* for at afværge skaden.

Af disse muligheder må utvivlsomt den sidste afvises som kriterium. Det vil efter omstændighederne kunne betyde et urimeligt mildt eller urimeligt strengt krav. Det kan tænkes at der faktisk næsten intet er at stille op. *T* ville da kunne påberåbe sig tilbage-træden ved en mere eller mindre symbolsk gestus. På den anden side vil det også kunne tænkes at det nok havde stået i hans magt at gøre mere end han gjorde, men at dette ville kræve uforholdsmæssige ofre af ham eller have udsat ham for uforholdsmæssige risici. Man kan vel næsten altid tænke sig at noget mere *kunne* være gjort. I så fald bliver kravet for strengt.

Derimod kan de tre andre kriterier formentlig accepteres, dog med en modifikation hvad nr. 3 angår. Bestræbelser kan jo være mere eller mindre alvorlige. Ved vurdering af, hvorvidt en vis bestræbelse skal kunne komme i betragtning som tilbage-trædelsehand-ling, bør det tages i betragtning, ikke alene hvor velegnet den foretagne foranstaltning var, altså hvor stor sandsynligheden var for at den ville kunne afværge skaden, men også hvor »kostbar« den var for gerningsmanden. Hvis han, fx, efter at have sat ild på en ejendom under sådanne omstændigheder, at han indser at andres liv derved udsættes for overhængende fare, springer ind i det brændende hus, og med fare for eget liv søger at slukke ilden eller redde de nødstedte, da kan det være rimeligt at anerkende denne handling som tilbage-træden, uanset at forholdene måske lå således, at hans indgriben kun havde ringe chance for at lykkes.<sup>4)</sup>

Måske kan man udtrykke denne tanke ved at sige, at der til tilbage-træden kræves at gerningsmanden *alvorligt* har bestræbt sig for at afværge skaden. Bestræbelsernes alvor vil være at bedømme under hensyn dels til deres tjenlighed, dels til deres bekostelighed set ud fra gerningsmandens interesser.

Dette kriterium inkluderer i sig de to førstnævnte. Er de opfyldte

<sup>4)</sup> *B. T.* for 17. maj 1971: »En pyroman bragte natten til igår en familie på fem i livsfare, da han satte ild på et stråtækt husmandssted i Græsted i Nord-sjælland. Pyromanen fortrød kort efter og slog alarm. Han vendte tilbage til brandstedet, hvor han hjalp til med at redde indbo og dyr ud af de brændende bygninger«.

må gerningsmanden siges alvorligt at have bestræbt sig for at afværge skaden.

Det må tilføjes at dette kriterium gælder såvel for det tilfælde, at de trufne foranstaltninger aktuelt havde denne karakter, som for det hypotetiske tilfælde, at de ville have haft denne karakter, såfremt omstændighederne i virkeligheden havde foreligget således som gerningsmanden forestillede sig dem.

### 6. *Genoprettelse af sket skade og selvangivelse falder udenfor læren om tilbagetræden.*

Det sidste stadium i forbrydelsens udvikling indtræder når skaden er sket.

Dersom skaden er uoprettelig er ingen *actus contrarius* mulig, og tilbagetræden kan derfor ikke komme på tale.

Er skaden oprettelig, og det vil fortrinsvis være tilfældet når den er af økonomisk art, er spørgsmålet hvilken betydning ud fra tilbagetrædelsessynspunkter der kan tillægges gerningsmandens handlinger rettet mod at genoprette den forvoldte skade.

Disse kan utvivlsomt være udslag af fortrydelse, og det kan være fristende at anlægge det synspunkt, at gerningsmandens bestræbelser for at genoprette sket skade må sidestilles med hans bestræbelser for at forhindre dens indtræden. Strfl. § 84, stk. 1, nr. 8, synes at hvile på dette synspunkt, idet denne bestemmelse under ét omtaler bestræbelser for at forebygge fuldbyrdelse og bestræbelser for at genoprette forvoldt skade.

Herved ville man dog overse eller forbise en væsentlig forskel mellem de to situationer. Bestræbelser for at forhindre at skade indtræder manifesterer sig i handlinger der, ved at gøre indgreb i begivenhedernes gang, søger at standse et igangsat forløb hen mod skadens indtræden. Hvis *T* fx har sat ild til en ejendom, kan han søge at slukke ilden eller afværge at andres liv udsættes for fare. Har han gjort brug af et falsk dokument, kan han ved passende skridt søge at hindre at andre skuffes og lider tab herved. Er skaden indtrådt, *kan* det tænkes at genoprettelse kan ske ved tilsvarende indgreb i begivenhedsforløbet der vender dette, så resultatet bliver *status quo ante*. Tyven der har tilegnet sig en genstand kan restituere denne, måske endda således at dens ejer aldrig får kundskab om noget indgreb i hans ejendomsforhold. Men i de fleste tilfælde

vil sådan naturalrestitution ikke være mulig, men genoprettelsen vil have karakter af ydelse af en erstatning i penge. Bestræbelser for at genoprette skaden vil derfor normalt være af ganske anden art end end bestræbelser for at hindre dens indtræden: de vil ikke, som disse, bestå i faktiske indgreb, men i anstrengelser for at skaffe de fornødne økonomiske midler til dækning af skaden.

Denne forskel betyder ikke, at der ikke kan være grund til ved regler om straflempe at stimulere til økonomisk genoprettelse. Men da denne ikke er afhængig blot af gerningsmandens vilje, men nok så meget af hans evne og andres bistand, bør sådanne regler ikke baseres på fortrydelsessynspunktet. Strfl. § 84, stk. 1, nr. 7, har erkendt dette idet den der hjemlede strafnedsættelse i tilfælde af fuld genoprettelse af skaden ikke er betinget af, at den sker »frivilligt«, altså ikke af fortrydelse. Derimod indeholder samme stykke i nr. 8 en hjemmel til strafnedsættelse der hviler på fortrydelsessynspunktet. Det bestemmes her at straffen kan nedsættes når gerningsmanden frivilligt har bestræbt sig for at genoprette skaden. Af de anførte grunde mener jeg at en sådan regel er uhensigtsmæssig. Strafnedsættelse for genoprettelse bør holdes udenfor læren om tilbagetræden (fortrydelse) og baseres alene på ønsket om at stimulere til genoprettelse. Noget andet er at strafnedsættelsen måske ikke som efter strfl. § 84, stk. 1, nr. 7, bør være betinget af fuld genoprettelse, men også burde kunne komme i betragtning ved væsentlig, om end ikke fuld genoprettelse.

Tilsvarende betragtninger gælder om selvangivelse i forbindelse med fuld tilståelse, jfr. strfl. § 84, stk. 1, nr. 9. Det kan derfor ikke tiltrædes at det efter denne bestemmelse er en betingelse at selvangivelsen er sket »frivilligt«. Det er i retsplejens interesse at stimulere til at gerningsmand melder sig selv – også selv om det sker netop for at »tilkøbe« sig mildere straf.

*7. Tilbagetræden fra samvirke i forbrydelse frembyder særlige problemer fordi den enkelte deltager ikke har samme herredømme over handlingsforløbet som den der handler på egen hånd.*

Spørgsmålet er nu hvilken forskel det gør at den der træder tilbage ikke har handlet på egen hånd, men har samvirket med andre i forbrydelse.

At det gør en forskel kan der næppe være tvivl om. Den der samvirker med andre har sat kræfter i bevægelse som han ikke kan besvære på samme måde som den der handler alene. Hvis fx enegningsmanden afbryder påbegyndt iværksættelse ved han, at der dermed er sat punktum for forbrydelsens videre udvikling. Det samme gælder ikke den der for sit vedkommende trækker sig ud af en iværksættelse han har påbegyndt sammen med andre. Det er jo muligt at de fortsætter også uden hans deltagelse. I almindelighed kan det siges at enhver af deltagerne ved sin tilslutning giver de andre en moralsk støtte, bekræfter og bestyrker dem i deres forbryderiske forsæt. Det virker betryggende og stimulerende at handle sammen med andre. Og selvom en deltager på et vist tidspunkt trækker sig ud af foretagendet, er det ingenlunde sikkert at han dermed også neutraliserer den stimulans hans oprindelige tilslutning betød for de andre. Da endvidere samvirke i forbrydelse generelt er samfundsmæssigt af langt farligere karakter end enevirke, må udgangspunktet for bedømmelsen være en formodning om, at reglerne om tilbagetræden fra samvirke må være strengere end de der gælder for tilbagetræden fra enkeltmandsforbrydelse.

Hermed stemmer det godt at reglerne i strfl. § 24 om medvirkendes tilbagetræden er strengere end de der i § 22 er givet for enevirke. Strfl. § 24 er øjensynlig opbygget på den analogi, at den medvirkende da han har sat et forløb i gang han ikke selv er herre over, hvad tilbagetræden angår, bør ligestilles med enemand der har fuldendt iværksættelsen. Derfor kender § 24 ikke nogen »passiv« tilbagetræden ved at afstå fra iværksættelsen, men kræver at den tilbagetrædende i alle tilfælde – altså uanset på hvilket stadium af forbrydelsens udvikling han træder tilbage – skal have hindret fuldbyrdelsen eller foretaget handlinger som, under samme hypotetiske omstændigheder som nævnt i § 22, ville have hindret den. Hertil må så føjes reglen i § 84, stk. 1, nr. 8, der hjemler fakultativ straffesættelse hvis gerningsmanden frivilligt har bestræbt sig for at forebygge fuldbyrdelsen eller genoprette den ved gerningen forvoldte skade.

Men selvom strfl. § 24 således må siges at være på ret spor kan dens løsning dog ikke godkendes. Dertil er den alt for abstrakt og summarisk. Dette er en følge af den Getz-Torp'ske lære hvorefter der ikke er nogen relevant forskel på gerningsmænd og meddelagtige, og ejheller på forskellige kategorier af meddelagtige. Som det vil

fremgå af den efterfølgende analyse er der i høj grad grund til at sondre efter samvirkets karakter, den indsats den tilbagetrædende har ydet, og forbrydelsens udviklingsstadium.

Strfl. § 24 rummer et fortolkningsproblem. Paragraffen angår »medvirkende«. Hvilke personer omfatter dette udtryk? Det vil være bedst i overensstemmelse med den Getz-Torp'ske lære at antage at der hermed sigtes såvel til gerningsmænd som til meddelagtige i snævrere forstand. Det er da også den fortolkning der hævdes af Hurwitz hvad angår det samme udtryk i § 23.<sup>1)</sup> Men antages den føres man til den oplagte urimelighed at den anstiftede, skønt han klart handler som enemand, hvad tilbagetræden angår er underkastet de strenge regler i § 24.

Tilbagetræden fra samvirke rejser et specifikt problem: Hvilken virkning har en deltagers tilbagetræden for de øvrige deltagere? Må der sondres mellem individuel tilbagetræden og kollektiv tilbagetræden?

Da den bærende tanke i reglerne om tilbagetræden er den fortrydelse og skyldneutralisering den tilbagetrædendes handle måde er udtryk for, må svaret være at tilbagetræden altid er et individuelt fænomen. At *A* er trådt tilbage kan under ingen omstændigheder *i sig selv* begrunde tilbagevirkning også for *B*. Noget andet er at *A*'s tilbagetræden muligvis kan bevirke at også *B* trækker tilbage. Det må da bero på omstændighederne om også de subjektive betingelser er opfyldt for *B*'s vedkommende. Det vil være tilfældet hvis *A* ved sit eksempel, råd og formaninger har fået *B* til at fortryde sit forbryderiske forsæt. Men ikke hvis *B* kun modvilligt opgiver forehavendet fordi han finder det uigennemførligt uden *A*'s deltagelse.

Ved den efterfølgende analyse af tilbagetræden fra samvirke i forbrydelse må det erindres at jeg arbejder ud fra den forudsætning, at retsvirkningen af tilbagetræden alene er fakultativ strafnedsættelse eller -bortfald. Det er klart at man på dette grundlag kan gøre betingelserne mere lempelige end hvis man opererer med straffelovens system med obligatorisk strafbortfald.

Den systematiske analyse er bygget på den formodning, at det for betingelserne for tilbagetræden er af væsentlig betydning hvor langt den forbrydelse, til hvis udøvelse der samvirkes, har udviklet

---

<sup>1)</sup> Hurwitz, 502, 513.

sig. Der sondres mellem forskellige udviklingsstadier, og formodningen går ud på at jo længere frem i denne række forbrydelsen har udviklet sig des stærkere er deltagerne blevet involveret i samvirket og des vanskeligere må det blive at frigøre sig fra det af samvirket betingede solidariske ansvar.

### 8. *Tilbagetræden fra samvirke som fællesvirke.*

Under dette punkt behandles samvirke som fællesvirke, altså det forhold at to eller flere er enedes om at begå en forbrydelse i fællesskab, d.v.s. efter en mere eller mindre gennearbejdet eller fornemmet fælles aktionsplan.<sup>1)</sup>

A. *Beslutningsstadiet.* Alt hvad der foreligger er den blotte beslutning om i fællesskab at ville udføre en vis forbrydelse, fx at dræbe O. Ingen af fællerne har endnu foretaget noget skridt til forberedelse eller iværksættelse af forbrydelsen, altså ej heller den forberedelse der ligger i en nærmere planlægning af fremgangsmåden (tid, sted, o.s.v.). Det er i afhandlingen om samvirke, punkt 6, påvist at efter dansk retspraksis er den blotte deltagelse i beslutningen strafbar, ihvertfald dersom forbrydelsen iværksættes.

Vi bevæger os her ved det strafbares yderste grænse. Forbrydelsen er ganske vist mere end en tanke, den er besluttet, altså givet som genstand for en fælles vilje. Men alt er endnu helt løst og flydende. Da der endnu ikke er udarbejdet nogen plan for forbrydelsens udøvelse er det end ikke muligt at sige hvad den enkelte deltagers rolle er, altså hvad der forventes foretaget af ham.

Det forekommer mig rimeligt at antage at på dette stadium må hver af deltagerne kunne træde tilbage blot ved at *sige fra*, d.v.s. ved at meddele de andre<sup>2)</sup> at han alligevel ikke vil være med. Han må på denne måde helt kunne frigøre sig fra fællesskabet og det deraf betingede solidariske ansvar, således altså at han går fri selv om de andre iværksætter forbrydelsen, og uden at det i så fald kræves af ham, at han skal have hindret dens fuldbrydelse, cf. strfl. § 24.

B. *Forberedelsesstadiet.* Hermed menes det stadium på hvilket en eller flere af deltagerne har foretaget forberedende skridt, herunder

<sup>1)</sup> Se ovf. afhandlingen om samvirke i forbrydelse, pkt. 4.

<sup>2)</sup> Meddelelsen behøver naturligvis ikke at rettes særskilt til hver af de andre deltagere.

planlægning, til forbrydelsens iværksættelse, men ingen deltager har påbegyndt iværksættelsen.

Der må i denne situation formentlig sondres efter, om den tilbage-trædende selv har foretaget en forberedende handling eller ej. Men hvad enten det ene eller det andet er tilfældet synes hovedsynspunktet at måtte være, at så længe fællerne ikke er skredet til at iværksætte forbrydelsen har fællesforetagendet en svævende og udecideret karakter. Endnu er det måske mere leg end alvor. Selvom planer er lagt, roller fordelt, midler anskaffet m. m., kan endnu alt gå i sin moder igen. Det synes mig rimeligt at der også på dette stadium bør være adgang for deltagerne til at frigøre sig af fællesskabet og det solidariske ansvar, således altså at det ikke kommer den der er trådt tilbage ved hvad de andre senere måtte foretage sig. Men betingelserne herfor må være forskellige efter som den tilbage-trædende selv har deltaget i forberedende skridt eller ej.

I sidste fald er hans andel i forbrydelsen begrænset til hans deltagelse i beslutningen, og det synes rimeligt at han også på dette stadium må kunne træde tilbage blot ved at *sige fra*. Når tilbage-trædelsesvirkning, som forudsat, er begrænset til fakultativ strafned-sættelse eller -bortfald, forekommer det mig for strengt herudover at kræve, at han skal have neutraliseret de af andre tagne skridt til forberedelse af forbrydelsen, eller have forhindret dens fuldbyrdelse.

Har han derimod selv foretaget forberedende skridt, altså i gerning involveret sig i forbrydelsen, må det for det første, i lighed med hvad der bør glæde ved enkeltmandsforbrydelse (ovf. punkt 3), kræves at han har berøvet de af ham foretagne skridt deres tjenlighed til fremme af forbrydelsens udøvelse, eller dog alvorligt har bestræbt sig herfor. Og dernæst at han, forsåvidt hans planmæssige andel i forbrydelsen ikke var udtømt med de foretagne skridt, desuden *siger fra*.

Da det praktisk talt er umuligt at neutralisere den indsats der er gjort ved at deltage i planlægning af forbrydelsen vil den skitserede ordning strengt taget føre til at den der har deltaget i planlægning er afskåret fra at træde tilbage. Det er formentligt for strengt. Planlægningen vil ofte forløbe således at det er en enkelt person (eller nogle få) der er hjernen i foretagendet, medens de andre blot samtykker eller kommer med forslag af underordnet betydning. Kun den der har ydet en væsentlig indsats ved planlægning bør derved være afskåret fra at træde tilbage.

C. *Iværksættelsesstadiet*, d.v.s. stadiet fra påbegyndt og indtil fuldendt iværksættelse. Der må sondres mellem følgende situationer:

(1) *T* (den tilbagetrædende) har alene deltaget i beslutningen, altså hverken i forberedelse af forbrydelsen eller i den nu pågående iværksættelse af den. Spørgsmålet er om *T* stadigvæk – således som under de to foregående stadier – skal kunne træde tilbage blot ved at sige fra – altså meddele at han ikke ønsker at deltage i iværksættelsen, eventuelt blot udeblive fra denne. Det kan ikke antages. Medens hans afstandtagen under de tidligere faser havde mulighed for at bevirke at planen om at iværksætte forbrydelsen blev opgivet, er dette nu udelukket: iværksættelsen er påbegyndt. Hvad der hidtil havde karakter af noget uforbindende og ikke-decideret er ved iværksættelsens påbegyndelse med ét slag blevet ramme alvor. Planen har realiseret sig i et begivenhedsforløb, en aktion, der cementerer det solidariske ansvar. Begivenhedsforløbet standses ikke nødvendigvis fordi *T* melder fra. *T* må bedømmes i analogi med den enkeltmand der har fuldendt iværksættelsen. Det vil sige det må som betingelse for tilbagetræden kræves, at han alvorligt har bestræbt sig på at forhindre den fare eller skade af hensyn til hvilken gerningen var kriminaliseret.

(2) *T* har deltaget i beslutning og forberedende handlinger. Det synes klart at hans stilling ikke kan være bedre end dens der er drøftet under (1). At kræve at han yderligere skal have bestræbt sig på at berøve de forberedende skridt deres tjenlighed til fremme af forbrydelsen har nu, da forbrydelsen er under iværksættelse, ingen mening. Der må altså i dette tilfælde gælde samme vilkår for tilbagetræden som angivet under (1).

(3) *T* har deltaget i beslutning og i iværksættelse (samt muligvis også i forberedelse). Det må stadig gælde at *T*'s stilling ikke kan være bedre end som antaget under (1) og (2). Særlig må det fremhæves at *T* ikke – således som en enemand kan det – kan træde tilbage ved for sit vedkommende at afstå fra at fuldende påbegyndt iværksættelse. Vilkåret må også for ham være at han alvorligt har bestræbt sig for at hindre at fare eller skade indtræder. Men det siger sig selv at en måde at gøre dette på er at formå de andre deltagere til også at afstå fra at fuldende påbegyndt iværksættelse. Men forsøg i denne retning er ikke nok. Lykkes det ikke må han på anden måde, altså ved direkte indgreb i kausalforløbet, søge at afværge fare eller skade.

For  $T$ 's vedkommende må det, når hans afståelse medfører at også de andre afstår, være irrelevant om de andre gør det fordi de påvirkes til at fortryde, eller fordi de ikke anser det for tilrådeligt at gå videre uden  $T$ 's deltagelse. Det følger heraf at den der har en afgørende rolle i iværksættelsen typisk vil kunne træde tilbage blot ved at udeblive, eller ved for sit vedkommende at afstå fra at fuldende iværksættelsen.

Resultatet bliver herefter, at på iværksættelsesstadiet må der, uanset hvilken rolle  $T$  har spillet i forbrydelsens udvikling, som betingelse for tilbagetræden kræves, at han alvorligt har bestræbt sig for at afværge den fare eller den skade, således som han forestillede sig den, af hensyn til hvilken gerningen var kriminaliseret.

D. *Stadiet efter fuldendt iværksættelse.* Også i denne situation må samme regel gælde. Hver af deltagerne kan for sig udfolde afværgebestræbelser og det kan ikke generelt herudover kræves at han skal have søgt at påvirke de andre deltagere til at hjælpe ham. Men det kan efter omstændighederne, især når andre af deltagerne har bedre forudsætninger end han selv for at gribe ind, meget vel tænkes at kravet om alvorlige bestræbelser må indebære at han har søgt at få andre af deltagerne til at hjælpe sig.

### 9. *Tilbagetræden fra samvirke som medhjælperes bistand til en andens forbrydelse.*

Vi betragter nu samvirke som medhjælperes ( $M$ 's) bistand til en andens, hovedmandens ( $H$ 's) forbrydelse.<sup>1)</sup>

Forbrydelsen er  $H$ 's. Han, og han alene, bestemmer om den skal foretages og hvorledes. Hvis  $M$  handler i modstrid med  $H$ 's anvisninger optræder han ikke som medhjælper, og  $H$  kan ikke bære ansvar for hvad han foretager sig.  $M$  er på det nærmeste at betragte som  $H$ 's højre hånd, og  $H$  har derfor et herredømme over udviklingen der på det nærmeste svarer til enegerningsmandens. Der er naturligvis mulighed for at  $M$  ikke handler ganske som  $H$  har villet og tænkt sig det. Ordre når ikke rettidigt frem eller bliver misforstået.  $M$  er skødesløs eller fummelfingret.  $H$ 's direktiver til  $M$  kan aldrig være udtømmende, men må overlade et større eller mindre

<sup>1)</sup> Se ovf. afhandlingen om samvirke i forbrydelse, pkt. 4.

spillerum for *M* til at handle efter konduite. Der må derfor være en ret bred margen indenfor hvilken *H* bærer ansvaret for hvad *M* har gjort uanset at det afviger fra hvad *H* har villet og tænkt sig.

Disse synspunkter må føre til at hovedmanden, hvad tilbagetræden angår, behandles efter samme regler som gælder for enegeringsmand således at hvad medhjælperen har foretaget sig som medhjælper i så henseende tæller med som havde *H* selv foretaget det. Det vil igen nærmere sige at for forberedende skridt, hvadenten foretaget af *H* selv eller af *M*, kan straffen bortfalde dersom *H*, direkte eller via *M*, alvorligt har bestræbt sig for at berøve dem deres tjenlighed til fremme af forbrydelsens udøvelse. Og på tilsvarende måde ved anvendelse af reglen om enkeltmands tilbagetræden efter påbegyndt iværksættelse.

Medhjælperen har ikke et tilsvarende herredømme over handlingsforløbet. Ved at stille sig til rådighed for hovedmanden har han gjort sig deltagtig i et foretagende hvis forløb han ikke kan beherske. Hans situation i så henseende minder mere om en fælles, og reglerne om hans mulighed for at træde tilbage bør formentlig formuleres i analogi hermed. Dette synspunkt vil føre til at *M*, sålænge iværksættelse ikke er påbegyndt, hverken af ham selv eller af *H*, kan træde tilbage ved at *sige fra* til *H* og desuden alvorligt bestræbe sig for at berøve forberedende skridt som *han selv* måtte have foretaget deres tjenlighed til fremme af forbrydelsens udøvelse; og at *M*, i modsat fald, kan træde tilbage ved alvorligt at bestræbe sig for at afværge fare eller skade.

### 10. *Tilbagetræden fra samvirke som anstiftelse.*

Tilbage står samvirke som anstiftelse, d.v.s. en persons tilskyndelse til en andens beslutning om at begå en forbrydelse.<sup>1)</sup>

Hvad den anstiftede angår er der ingen problemer. I udøvelsen af forbrydelsen handler han som enemand. Og den omstændighed, at beslutningen om at udøve den er blevet til under indflydelse fra en anden persons side, kan intet forandre heri. Det siger sig selv at han, hvad tilbagetræden angår, i ét og alt må bedømmes som enegeringsmand.

Derimod er det problematisk under hvilke betingelser anstifteren

<sup>1)</sup> Se ovf. afhandlingen om samvirke i forbrydelse, pkt. 4.

kan træde tilbage. Det kunne være nærliggende at tænke sig at den *actus contrarius* der er kernen i tilbagetræden i dette tilfælde måtte bestå i en tilskyndelse af samme styrke, men med modsat fortegn. Havde han fx tilbudt *B* 500 kr. for at begå en vis forbrydelse, måtte hans tilbagetræden bestå i at han tilbagekaldte dette tilsagn og i stedet lovede ham samme sum for at undlade at begå forbrydelsen.

Men dette kan næppe være rigtigt. En sådan kontratilskyndelse vil efter omstændighederne kunne være hverken tilstrækkelig eller fornøden. Den vil ikke være tilstrækkelig for såvidt man ikke kan gå ud fra at den vil medføre at *B* opgiver foretagendet. Det må i denne forbindelse erindres at anstiftelse antages at foreligge når *A* (på kvalificeret måde) har tilskyndet *B*, uden at det forudsættes eller kræves godtgjort at tilskyndelsen har fremkaldt en motivation i *B*, endsige at en sådan motivation har været afgørende for *B*'s beslutning om at begå forbrydelsen. Der må ses bort fra disse psykologiske motivationsforhold som det er vanskeligt eller helt umuligt at udrede. For såvidt man ikke ved hvilken rolle tilskyndelsen har spillet kan man derfor ikke gå ud fra at kontratilskyndelsen vil få *B* til at ombestemme sig. På den anden side kan en kontratilskyndelse heller ikke anses for fornøden dersom *A* er i stand til med andre midler, især egen direkte indgriben, at forhindre at forbrydelsen udvikler sig til sin bitre ende.

Afgørende må formentlig være at anstifteren alvorligt har bestræbt sig for at afværge den fare eller den skade, således som han forestillede sig dem, af hensyn til hvilken den anstiftede gerning var kriminaliseret. Under visse omstændigheder kan dette krav være opfyldt i og dermed at *A* alvorligt har bestræbt sig for at ombestemme *B*; under andre omstændigheder i og dermed at *A* på anden måde, især ved egen direkte indgriben, har udfoldet afværgebestræbelser; og under andre omstændigheder igen må det kræves at *A* har gjort såvel det ene som det andet.

### 11. Nogle bemærkninger til dansk kasuistik.

Det er ofte vanskeligt at danne sig en mening om afgørelsernes rigtighed fordi domsreferaterne, især i nævningsager, ikke giver tilstrækkelige oplysninger om de nærmere omstændigheder.

U 1972. 896 (HN): I forhold IA havde *T* med det forsæt at begå bankrøveri og udstyret hertil indfundet sig i Snebjerg og orienteret

sig om de lokale forhold omkring Snebjerg sparekasse, men bragte ikke sit forsæt til udførelse da han følte sig iagttaget. Der foreligger påbegyndt iværksættelse. Det er tvivlsomt om *T* kan siges at have *afstået* fra at fuldende iværksættelsen og der er ihvertfald intet oplyst til støtte for at opgivelsen var sket »frivillig og ikke på grund af tilfældige hindringer«. Alligevel blev strfl. § 22 bragt i anvendelse. I tilsyneladende ganske tilsvarende forhold IB blev derimod spørgsmål om anvendelse af § 22 besvaret benægtende.

*U 1971. 838 (V): T* var ved underretten kendt skyldig i deltagelse i indsmugling af 460.000 stk. cigaretter og videre i forsøg på landsætning af yderligere 510.000 stk. cigaretter der blev kastet overbord af frygt for opdagelse. Under appel til landsretten påberåbte *T* sig § 22 idet han gjorde gældende at han efter at have landsat det første parti blev bange for opdagelse og derfor med vilje sejlede tilbage i gal retning og ikke vendte tilbage til kutteren fra hvilken det andet parti blev kastet i havet. Hans forklaring blev forkastet. Landsretten synes derved at have forudsat at forklaringen, dens rigtighed forudsat, ville kunne have begrundet strafbortfald på grund af frivillig afståelse fra at fuldende påbegyndt iværksættelse. Da den angivne bevæggrund var frygt for opdagelse kan afgørelsen formentlig ikke godkendes.

*U 1969. 366 (HN): T* var om eftermiddagen gået ind i en tobaksforretning, havde aflåst indgangsdøren, overfaldet indehaversken for ved vold at tilegne sig varer fra butikken. Han måtte, ifølge tiltaleskriftet, opgive sit forehavende da der kom flere personer tilstede ved forretningens dør. Nævningene svarede Nej til spørgsmål om forsøg på røveri, men Ja til spørgsmål om forsøg på tyveri, og endvidere Ja på et tillægsspørgsmål om anvendelse af strfl. § 22, hvorfor *T* forsåvidt blev frifundet.

Der ses ikke i det oplyste at være det fjerneste grundlag for at antage »frivillig tilbagetræden« med straffrihed som følge.

*U 1968. 186 (ØN) fh. 1: T 3 og T 4* indfandt sig på en parkeringsplads for, når *O* indfandt sig for at parkere sin vogn, at slå hende bevidstløs og senere dræbe hende. Planen forhindredes af tilfældige omstændigheder. Nævningene svarede for *T 4's* vedkommende Ja

til spørgsmål om anvendelse af strfl. § 24, jfr. § 22, og *T* 4 frifandtes følgelig.

Der ses intet oplyst der kan begrunde anvendelse af § 22.

*U* 1966. 204 (Ø): *T* var den 12. maj 1965 trådt i forbindelse med det østtyske efterretningsvæsen og havde modtaget ansættelse som agent med opgaver i Danmark. Samtidig blev der udbetalt ham et beløb af 1000 DM. Den 25. maj henvendte han sig til den danske forsvarsstabs efterretningsafdeling og afgav beretning om det i Berlin passerede, idet han mente at dette ville være egnet til at skaffe ham samarbejde med den danske efterretningstjeneste. Han blev ved dommen fundet skyldig i forsøg på overtrædelse af strfl. § 108, stk. 1, og anvendelse af strfl. § 22 blev uden nærmere begrundelse afvist.

Afgørelsen må forekomme tvivlsom, og må formentlig forklares ud fra en antagelse om, at *T*, uanset henvendelsen til de danske myndigheder, ikke havde opgivet sit forsæt om at tjene det østtyske efterretningsvæsen.

*U* 1966. 324 (V): *T*, en plejer, transporterede en lettere åndssvag kvinde i hospitalets sygevogn. Efter at have anbragt hende på en bære bag i vognen søgte han at opnå samleje med hende. Da han ville løfte hendes kjole op bed hun ham, ikke særligt hårdt, i en finger. Herefter lod *T* hende være og fortsatte transporten. Dømt efter strfl. § 219, jfr. § 21. Anvendelse af strfl. § 22 afvist.

Det stod formentlig i *T*'s magt at opnå samleje, og den modstand fra kvindens side, der fik ham til at opgive forsøget, var hverken særlig kraftig eller langvarig. Det synes ikke urimeligt at antage at hans tilbagetræden var »frivillig«.

*U* 1966. 596 (HN) fh. 5: *T* standsede på en skovvej i en plantage i uterlig hensigt en 8-årig pige der kom cyklende i selskab med en 9-årig kammerat og tilbød hende 1 kr. for at køre med i hans bil. Da pigen gav sig til at græde slap han cyklen og lod hende køre bort. Dømt for forsøg på blufærdighedskrænkelser. Spørgsmål om anvendelse af strfl. § 22 ikke rejst.

Det stod sikkert i *T*'s magt at tage pigen med i bilen og forbryde sig mod hende. Faren for tilkaldelse af hjælp og pågribelse synes

ikke at have været stor. Det synes ikke urimeligt at antage at afståelsen var »frivillig«.

1961. 585 (HN) fh. 3: *T*, der havde dræbt sin hustru og sin datter hvis lig henlå i lejligheden, overhældte, i den hensigt ved ildspåsættelse at skjule sporene af de to drab, en dyne, et vattæppe og en etageseng med 5 liter benzin og lagde en brændende cigaret på den af benzin gennemvædede dyne. Efter at cigareten var brændt ud uden at der opstod ild opgav han sit forehavende. Dømt efter strfl. § 280, jfr. § 21. Spørgsmål om anvendelse af § 22 ikke rejst.

Det stod utvivlsomt i *T*'s magt at anstifte ildspåsættelse, og det synes ikke urimeligt at antage at opgivelsen var »frivillig«.

U 1960. 735 (U): *T* havde over en ganske kort strækning på privat plads foran en bolig ført motorvogn i beruset stand og i den hensigt at fortsætte ud på offentlig vej. Efter at have påkørt et træ opgav han at føre vognen, fordi han blev klar over sin tilstand. Strfl. § 22 påberåbt, men anvendelse afvist.

Hvis ikke der kan anføres noget til anfægtelse af *T*'s forklaring om, hvorfor han afstod fra at fortsætte kørslen – og dommen indeholder intet i så henseende – synes her at foreligge skoleeksempel på »frivillig« afståelse.

U 1954. 934 (HN): *T* forsøgte at dræbe sin svigermoder idet han tog kvælertag på hende til hun mistede bevidstheden, og derefter hældte sprit over hendes tøj og antændte dette. Da hun rørte på sig greb han hende på halsen og klemte til, hvorefter han slap sit tag og slukkede ilden i hendes tøj og hår. Anset efter § 237, jfr. § 21. Strfl. § 22 ikke påberåbt eller anvendt.

*T*'s aktive indsats for at slukke ilden taler stærkt for »frivillig« tilbagestræben.

U 1947. 889 (VN): *T* forsøgte på strafbar vis at skaffe sig samleje men afstod herfra da han opdagede, at kvinden havde menstruationsbind på; nævningene besvarede spørgsmål om anvendelse af § 22 bekræftende.

Afgørelsen er efter min mening urigtig. Der er intet der tyder på at *T* har fortrudt sit forsæt. Der foreligger en tilfældig hindring for opfyldelse af hans forbryderiske forsæt. Hans situation kan side-stilles med tyvens der bryder ind, men ikke finder det han søger.

*U 1942. 108 (H):* *T 2* forsøgte sammen med *T 1* at voldtage *O*. Da hun smuttede fra dem opgav *T 1* videre forsøg da det var tid han skulle passe sit arbejde. *T 2* opgav også fordi han var blevet klar over det urigtige i sin handlemåde. Strfl. § 22 ikke bragt i anvendelse.

Hvis *T 2*'s forklaring står til troende – der er intet oplyst i modsat retning i domsreferatet – foreligger der et oplagt tilfælde af »frivillig« tilbagetræden.

*U 1942. 880 (Ø):* *T 1* og *T 2* forsøgte i fællesskab indbrudstyveri i en forretning således at *T 1* søgte at skaffe adgang til lokalerne. Efter at et første forsøg på at bryde ind gennem et vindue var mislykkedes, meddelte *T 1* dette til *T 2*. Medens *T 1* gik igang med fornyet forsøg på at skaffe adgang tog *T 2* opstilling i opgangen hvor han forblev et kvarters tid. Derefter meddelte han *T 1* at han ikke ville være med længere, hvilket havde til følge at *T 1* opgav sit forhavende. *T 2* påberåbte sig § 22 idet han gjorde gældende, at han under opholdet i opgangen var kommet på andre tanker, og at hans ændrede holdning havde haft til følge at det påtænkte indbrud ikke blev fuldført af *T 1*. Dommen gav ham medhold heri. Ved underretten blev der afgivet dissens der ikke ville anvende § 22, idet denne dommer antog, at *T 2*'s tilbagetræden væsentlig skyldtes den tilfældige omstændighed, at der havde vist sig vanskeligheder for gennemførelsen af tyveriet, og at *T 2* under opholdet i opgangen var blevet bange for opdagelse.

Sagen illustrerer i hvor høj grad anvendelse eller ikke-anvendelse af § 22 må bero på en vurdering af troværdigheden af *T*'s forklaringer angående sine motiver til at træde tilbage.

## 12. Udkast til formuleringer.

På grundlag af de i afhandlingerne om forsøg, om samvirke i forbrydelse og nærværende afhandling fremsatte synspunkter fremsættes følgende udkast til formuleringer.

### § 21 a.

Stk. 1. Handlinger til forberedelse af en forbrydelse som efter deres beskaffenhed, eller de omstændigheder hvorunder de er foretaget, må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed

straffes, når forbrydelsen ikke iværksættes, med en straf der højst kan gå op til halvdelen af størstemålet af den straf der er foreskrevet for iværksat forbrydelse.

Stk. 2. Straffen kan bortfalde<sup>1)</sup> dersom gerningsmanden sørger for at berøve de forberedende skridt deres tjenlighed til fremme af forbrydelsens udøvelse,<sup>2)</sup> og forholdene gør det antageligt, at han gjorde dette fordi han havde fortrudt sit forbryderiske forsæt.<sup>3)</sup>

1) Der er ingen anledning til at nævne at straffen kan nedsættes da der ikke er angivet noget minimum for straf for forberedelse.

2) Det har været vanskeligt at finde en vending der træffende dækker kravet om en *actus contrarius* som beskrevet ovenfor under punkt 3.

3) Dette krav skal forstås som forklaret ovf. under punkt 2.

#### § 21 b.

Stk. 1. Den for en forbrydelse foreskrevne straf finder anvendelse på den der har påbegyndt iværksættelse.

Stk. 2. Straffen kan nedsættes eller bortfalde dersom gerningsmanden

a) skønt det stod i hans magt<sup>1)</sup> af fuldende iværksættelsen<sup>2)</sup> afstod herfra; eller

b) alvorligt bestræbte sig<sup>3)</sup> for at afværge den fare eller den skade, således som han forestillede sig dem<sup>4)</sup>, af hensyn til hvilken hans gerning var kriminaliseret;

i begge tilfælde under forudsætning af, at forholdene gør det antageligt, at han gjorde dette fordi han havde fortrudt sit forbryderiske forsæt.

1) Dette udtryk skal forstås i overensstemmelse med den forklaring jeg har givet ovf. under punkt 4.

2) »fuldendt iværksættelse« skal forstås som forklaret ovenfor under punkt 4.

3) Jfr. om dette udtryk, ovf. under punkt 5.

4) Denne vending betyder, at hans bestræbelser i tilfælde af utjenligt forsøg, og ligeledes dersom skaden (faren) ham uafvidende er drevet over eller afværget ad anden vej, skal bedømmes ud fra hans forestillinger om hvordan tingene forholdt sig, jfr. ovf. under punkt 5.

## § 23 a.

Stk. 1. Den for en forbrydelse foreskrevne strafferamme finder, når to eller flere har samvirket til dens udførelse<sup>1)</sup> anvendelse på ethvert skridt<sup>2)</sup> foretaget i dette øjemed. Straffen kan nedsættes for handlinger til forberedelse af forbrydelsen.

1) Udtrykket »udførelse« (af en forbrydelse) omfatter forberedelse, herunder planlægning, og iværksættelse af forbrydelsen, men ikke beslutningen om at begå (udføre) forbrydelsen. Reglen finder derfor ikke anvendelse på anstiftelse. Den anstiftedes forberedende skridt er kun strafbare som objektivt mistænkelige efter reglen i § 21 a.

2) Strafferammen finder altså anvendelse ikke blot på påbegyndt iværksættelse, men også på forberedende handlinger bestemt ved et subjektivt kriterium ligesom efter gældende straffelovs § 21.

## § 23 b.

Stk. 1. Når to eller flere har besluttet at begå en forbrydelse i fællesskab er de alle solidarisk ansvarlige for hvad nogen af dem foretager til forbrydelsens udførelse,<sup>1)</sup> og hver af dem dømmes som medgerningsmand til straf i overensstemmelse med § 23 a. Straffen kan forhøjes for den der er hovedmand.

Stk. 2. På samme måde dømmes og straffes den der med en anden har aftalt at denne skal begå en forbrydelse, dog kun dersom forbrydelsen iværksættes.

Stk. 3. Straffen kan nedsættes eller bortfalde for en medgerningsmand dersom han, forinden forbrydelsen er påbegyndt iværksat, meddeler sine fæller at han ikke længere vil være med, og hans forhold og omstændighederne, for så vidt angår forberedende skridt han måtte have foretaget, opfylder betingelserne for strafbortfald som angivet i § 21 a, stk. 2.

Stk. 4. Straffen kan nedsættes eller bortfalde for en medgerningsmand dersom han, efter at forbrydelsen er påbegyndt iværksat, opfylder betingelserne herfor som angivet i § 21 b, stk. 2, rubrum b.

1) Det skulle være unødvendigt i lovteksten at sige at dette kun gælder under forudsætning af, at det foretagne ikke går ud over hvad der ifølge den fælles beslutning eller forståelse måtte påregnes.

## § 23 c.

Stk. 1. Den der af en anden modtager bistand til en forbrydelses

udførelse er ansvarlig også for hvad medhjælperen har foretaget sig i dette øjemed og dømmes som hovedmand til straf i overensstemmelse med § 23 a. Straffen kan forhøjes for den hovedmand der i større omfang har gjort brug af medhjælperen.<sup>1)</sup>

Stk. 2. Straffen kan nedsættes eller bortfalde i overensstemmelse med de i § 21 a, stk. 2, og § 21 b, stk. 2, angivne regler idet ved disses anvendelse handlinger foretaget af medhjælperen som sådan betragtes som foretaget af hovedmanden selv.

Stk. 3. Den der yder en anden bistand til udførelse af en forbrydelse er ansvarlig for ethvert skridt foretaget af ham selv eller den anden til udførelse af forbrydelsen og dømmes som medhjælper til en straf der højst kan gå op til halvdelen af størstemålet af den straf der er fastsat i § 23 a.

Stk. 4. Straffen kan nedsættes eller bortfalde i overensstemmelse med de i § 23 b, stk. 3 og stk. 4, angivne regler.

1) Jfr. U 1972. 573 (578).

#### § 23 d.

Stk. 1. Den der

1) ved at true med ikke ubetydelige ondt, lokke med ikke ubetydelige fordele, eller udøve pression i kraft af et mellem parterne bestående tilknytnings- eller afhængighedsforhold;

2) ved befalinger eller opfordringer der har vægt enten i kraft af afgiverens myndighed i forhold til modtageren eller modtagerens indstilling af hørighed, respekt, eller tillid i forhold til afgiveren; eller

3) ved politiske eller andre ideologiske appeller  
tilskynder en anden til at begå en forbrydelse, eller til at samvirke med andre i forbrydelse, er ansvarlig for ethvert skridt foretaget af den anden til forbrydelsens udførelse og dømmes som anstifter til straf i overensstemmelse med § 23 a.

Stk. 2. Straffen kan nedsættes eller bortfalde i overensstemmelse med reglerne i § 21 b, stk. 2, rubrum b.

Stk. 3. Straffen for den anstiftede kan nedsættes under hensyn til det pres han har været udsat for eller hans afhængige eller underordnede stilling i forhold til anstifteren, og den bortfalder hvis han har været udsat for et pres eller en påtrykning som han ikke kunne forventes at modstå.

Stk. 4. Straffen for den anstiftede kan endvidere nedsættes eller bortfalde i overensstemmelse med reglerne i § 21 a, stk. 2, og § 21 b, stk. 2.

I straffelovens § 136, stk. 1, indføres efter ordet »forbrydelse« idet kommaet slettes: »eller tilbyder at begå forbrydelse«.

# Om accessoritet ved samvirke i forbrydelse

## *1. Den ubegrænsede og den begrænsede accessoritet.*

Det der rettelig burde kaldes læren om samvirke i forbrydelse fremstilles traditionelt bundet til begreberne gerningsmand og meddelagtige. De sidste omfatter anstifteren og medhjælperen. Det vil sige at man har begrænset samvirkelæren til at angå anstiftelse og bistand og forbigået den måske vigtigste samvirkestype, fællesvirket.<sup>1)</sup>

Fælles for anstiftelse og bistand er at de er relateret til en andens forbrydelse. Anstiftelse er tilskyndelse til at en anden begår en forbrydelse, bistand er hjælp hertil. De forudsætter begge, på en eller anden måde, en andens forbrydelse, den såkaldte hovedgerning.

Dette har givet anledning til en ældgammel lære om meddelagtighedens accessoriske natur. Grundtanken er at den meddelagtige straffes, ikke for hvad han har gjort i og for sig, men for sin andel i en andens forbrydelse. På begrebsjurisprudentiel maner udleder man heraf en række retlige konsekvenser hvad angår de meddelagtiges strafbarhed. Hvis disse konsekvenser på visse punkter i praksis viser sig som reelt urimelige modificerer man konstruktionen og deducerer herfra ny og formentlig praktisk mere acceptable konsekvenser. På denne måde kan man sondre mellem den oprindelige ubegrænsede (extreme, strenge) og den senere begrænsede (limiterede) accessoritetslære. Den sidste kan igen fremtræde i forskellige varianter.

Det er, som sagt, forskellige reale strafferetlige spørgsmål vedrørende meddelagtiges strafbarhed der kædes sammen og løses ved hjælp af accessoritetskonstruktionen. Men de faktisk foreliggende versioner af teorien har ikke altid haft samtlige reale spørgsmål for øje. Undertiden har diskussionen for og mod konstruktionen særlig

---

<sup>1)</sup> Strfl. 1866 § 54 og ældre dansk teori kendte begrebet komplot som betegnelse for det forhold at to eller flere i samråd har besluttet en forbrydelses udførelse ved fælles bistand. Det forsvandt med straffeloven af 1930.

drejet sig om ét af disse, til andre tider om et andet. Jeg ved ikke om der overhovedet er nogen forfatter der har forsvaret en ubegrænset accessoritet i alle realtioner. Det følgende er derfor ikke et referat af nogen bestemt opfattelse, men en rekonstruktion dannet ved at sammenstykke de tankeelementer der indgår i forskellige versioner til et logisk hele.

Grundtanken er, som sagt, at den meddelagtige (*MA*), altså anstifteren og medhjælperen, straffes for sin andel i en andens, hovedmandens (*HM*), forbrydelse. Heraf udleder den *ubegrænsede* teori disse konsekvenser:

(1) Det er en betingelse for *MA*'s strafbarhed at *HM* virkelig har begået en forbrydelse (en handling belagt med straf), enten som fuldbyrdet eller ihvertfald som et strafbart forsøg. For hvis dette ikke er tilfældet er der ikke noget *MA* kan være delagtig i. Dette indebærer at mislykket anstiftelse og mislykket medhjælp ikke er strafbare. Dette er lærens centrale punkt. Som det senere skal påvises er denne doktrinære konsekvens reelt ubegrundet og uhenigtsmæssig.

(2) Det er videre en betingelse at *HM* ikke blot har begået en forbrydelse i den angivne objektive gernings-forstand, men at han iøvrigt opfylder skyldkravene, d.v.s. er tilregnelig og har handlet forsætlig<sup>2)</sup> og altså kan straffes. Hvis nemlig *HM* ikke er skyldig kan *MA* som andelshaver i *HM*'s forbrydelse heller ikke være det. Dette indebærer at anstiftelse og medhjælp til dels uagtsomme handlinger, dels utilregnelige handlinger ikke er strafbare – ihvertfald ikke ud fra meddelagtighedsregler. Det skal senere påvises at denne konsekvens er velbegrundet.

(3) Hvis *HM*'s strafbarhed for et vist forhold er betinget af tilstedeværelsen af et personligt moment – fx ved blodskam af hans slægtskabsforhold til seksualpartneren – er tilstedeværelse af momentet hos *HM* nødvendig og tilstrækkelig betingelse for *MA*'s strafbarhed for samme forhold. Denne konsekvens er reelt velbegrundet i blodskamstiltældet hvor det må være irrelevant om den meddelagtige selv er beslægtet med hovedmandens seksualpartner, men konsekvensen kan ikke opretholdes som almindelig regel, jfr. ndf. pkt. 4.

---

<sup>2)</sup> I sin oprindelige skikkelse antoges meddelagtighed ikke at kunne foreligge i forhold til uagtsomt begåede, strabare handlinger.

(4) Hvis personlige momenter er tillagt strafmodificerende (d.v.s. strafforhøjende eller strafnedsættende) virkning er deres tilstedeværelse i relation til *HM* nødvendig og tilstrækkelig betingelse for, at de har samme virkning også for *MA*'s vedkommende. Heller ikke denne doktrinære konsekvens kan opretholdes som almindelig regel.

Den begrænsede accessoritetslære modificerer disse konsekvenser på følgende måde:

*ad 1.* At mislykket anstiftelse og mislykket medhjælp ikke er strafbare fastholdes i svensk ret – bortset fra speciel hjemmel i visse tilfælde.<sup>3)</sup> Også i tysk ret opretholdes principielt dette synspunkt, men ved en novelle af 1943 er der blevet indført positiv hjemmel for straf for mislykket anstiftelse (forsøg på anstiftelse), dog kun til hvad der i tysk ret karakteriseres som »Verbrechen«.<sup>4)</sup>

*ad 2.* Det er fremfor alt på dette punkt kravet om en modificering af den oprindelige, ubegrænsede accessoritet er sat ind. Medens Reichsgericht havde fastholdt en fortolkning af StGB §§ 48 og 49 i overensstemmelse med læren om ubegrænset accessoritet, altså således at det er en betingelse for den meddelagtiges strafbarhed at hovedmanden er skyldig og kan straffes,<sup>5)</sup> rejste der sig i doktrinen en stigende kritik heraf.<sup>6)</sup> Dette førte til en Verordnung af 1943 der ved at erstatte ordene »eine strafbare Handlung« i §§ 48 og 49 med ordene »eine mit Strafe bedrohten Handlung« gjorde det klart, at betingelsen alene er at *HM* har handlet »tatbestandmässig-widerrechtlich«, ikke at han også har handlet »schuldhaft«. Hermed korresponderer at det i § 50 (1) siges, at når flere er delagtige i en forbrydelse »ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar«.

Der hersker imidlertid uenighed om hvor omfattende den begrænsning af accessoriteten er, der hermed er gennemført. Spørgsmålet er hvilke strafbarhedsbetingelser der skal henregnes til skyldkravet. Efter traditionel opfattelse hører herunder såvel kravet om

<sup>3)</sup> Se *Kommentar* (Brottsbalken jämte förklaringar utgiven av Nils Beckman m. fl. bd. II. 2. uppl. 1969), 544, 576.

<sup>4)</sup> StGB § 49 a, jfr. *Schönke-Schröder* (Strafgesetzbuch, kommentar, 15. Aufl. 1970), § 49 a, 1, jfr. § 47 Vorbem 78–80, § 48, 21, og § 49, 21.

<sup>5)</sup> *Jescheck* (Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972 § 61. VII. 2); Gustav Schlutter, *Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme* (1941), 5 f.

<sup>6)</sup> Schlutter, *a. st.*, 79 f.

tilregnelighed som kravet om tilregnelighed (forsæt). Det vil altså sige at *MA* kan straffes såvel når *HM* har været utilregnelig som når han har handlet uagtsomt eller hændeligt. Men efter en nyere retning i tysk strafferetsteori henregnes kravet om forsæt ikke til skyld-siden, men til gerningsindholdet. Tilhængere af denne lære mener derfor at den ny formulering af straffelovens tekst ikke har elimineret kravet om at *HM* skal have handlet forsættligt. Også andre har ud fra sagens natur sluttet sig til denne opfattelse, der nu er blevet positivt hjemlet ved §§ 26 og 27 I således som affattet ved den anden (endnu ikke ved udgang af 1972 ikrafttrådte) lov til reform af strafferetten af 4. juli 1969.<sup>7)</sup>

I svensk ret har man i BB 23:4, stk. 2, indført en regel svarende til den just citerede bestemmelse i tysk StGB § 50. Det siges der at »envar medverkande bedömes efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom til last«. Denne bestemmelse opfattes som et brud med ældre tiders accessoritetsforestillinger. Det kræves ikke længere at *HM* skal være strafbar, og *MA* kan derfor straffes såvel når *HM* har været utilregnelig som når han har handlet uforsættligt.<sup>8)</sup>

ad 3. I tysk StGB § 50, stk. 2, er gennemført en begrænsning af accessoriteten hvad denne konsekvens angår. Det siges der: »Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern«. Strafned-sættelsen er obligatorisk.<sup>9)</sup> Herved er altså forudsat at *MA's* fulde strafbarhed er betinget af, at de personlige kendemærker foreligger også hos ham selv, og dette er et brud med tesen, at tilstedeværelse af det personlige kendemærke hos *HM* er ikke blot nødvendig, men også tilstrækkelig betingelse for *MA's* strafbarhed. Bestemmelsen i § 50, stk. 2, er som almindelig regel lige så uacceptabel som den ubegrænsede accessoritets postulat. Det er svært at forstå hvorfor den der anstifter eller hjælper til blodskam skal straffes mildere på grund af at han ikke selv er beslægtet på den måde blodskamsforbrydelsen kræver det. Denne begrænsning antages ikke i svensk ret.<sup>10)</sup>

<sup>7)</sup> Jescheck, § 61. VII. 3; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem 81 f.

<sup>8)</sup> Kommentar, 572 f., 579-80.

<sup>9)</sup> Schönke-Schröder, § 50, 12 a; Jescheck, § 61. VII. 5 d og § 28 I i den ny, endnu ikke ikrafttrådte affattelse, se ovf. ved note 7.

<sup>10)</sup> Kommentar, 585.

*ad 4.* Denne konsekvens modificeres ved tysk StGB § 50, stk. 3, hvor der siges: »Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschliessen, so gilt dies nur für Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen«. Deres forekomst i relation til *HM* er altså hverken en nødvendig eller en tilstrækkelig betingelse. Heller ikke denne nyordning kan opretholdes som almindelig regel. Såvel ved anvendelse af § 50, stk. 3, som ved anvendelse af § 50, stk. 2, har det i praksis vist sig nødvendigt at indfortolke en sondring mellem »täterbezogenen« og »tatbezogenen« personlige kendetegn med den virkning at disse bestemmelser kun finder anvendelse forsåvidt angår »täterbezogene« kendetegn.<sup>11)</sup>

Det kan efter det anførte ikke undre at indførelsen af en begrænset accessoritet ved forordningen af 1943 er blevet betegnet som »überstürzt und ohne klare Voraussicht der Konsequenzen«.<sup>12)</sup>

## 2. *Accessoritetslæren er almindelig anerkendt i tysk teori og lovfæstet i tysk StGB. Den forkastes i nyere nordisk doktrin.*

Læren om meddelagtighedens accessoriske natur synes først udviklet af italienske jurister i det 16. århundrede.<sup>1)</sup> I det 17. og 18. århundrede vandt den indpas i tysk gemeinrechtlich teori. Den har sidenhen været herskende lære i tysk strafferetsvidenskab. Den er forudsat i den preussiske straffelov af 1851 og udtrykkelig accepteret af Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich af 1871, oprindeligt i ekstrem, senere i limiteret form (Novellen af 1943). Den doktrinære strid der har stået på gennem århundreder har i første række angået accessoritetens omfang: skulle den være ubegrænset eller begrænset i højere eller mindre grad. Den herskende lære accepterer nu en begrænset accessoritet, men som omtalt har Novellen af 1943 ikke skabt klarhed eller enighed om, hvorledes begrænsningen skal gennemføres.

Men ikke blot accessoritetens omfang, også selve dens principielle berettigelse har været genstand for heftig diskussion. Medens nogle,

<sup>11)</sup> Schönke-Schröder, § 50, 15 a–16, og § 211, 28–28 a (om personlige kendetegn der kvalificerer »Totschlag« (212) som »Mord« (§ 211)).

<sup>12)</sup> Jescheck, § 61. VII. 1.

<sup>1)</sup> Schlutter, *a. st.*, 13 f.

som fx v. Birkmeyer, hævder at accessoriteten er et axiom der med logisk nødvendighed giver sig af selve begrebet »Teilnahme«,<sup>2)</sup> er der andre der, som fx v. Hippel, erklærer læren for »vollständig verfehlt«.<sup>3)</sup> Disse fornægttere af accessoritetsideen er dem der med v. Buri, Foinitzky, Getz o. a. ud fra kausalitetssynspunkter benægter at der er nogen principiel forskel mellem såkaldte gerningsmænd og såkaldte meddelagtige. Når den meddelagtige betragtes som selvstændig årsag og ophavsmand bortfalder grundlaget for at anse hans strafbarhed som betinget og afledt af hovedmandens strafbarhed.<sup>4)</sup>

I betragtning af dansk strafferetsvidenskabs nære afhængighed af tysk doktrin må det forekomme forunderligt at accessoritetslæren mig bekendt ikke er omtalt, endsige diskuteret, af nogen af de ledende kriminalister i det 19. århundrede. På Ørsteds tid – da han skrev afhandlingen om grundreglerne for straffelovgivningen (1817) – var læren ganske vist endnu ikke prægnant artikuleret i tysk teori, fx ikke hos Feuerbach. Mere mærkeligt er det at den ikke omtales af Bornemann. Hans »Forelæsninger over den danske Criminalrets almindelige Deel« blev holdt sidst i 1850'erne, altså på et tidspunkt da den ekstreme accessoritetsdoktrin var fast etableret som herskende lære i tysk teori. Han siger at det er klart at også den mislykkede anstiftelse bør straffes og forkaster hermed accessoritetslærens fundamentale postulat, nødvendigheden af en hovedhandling, men uden at nævne noget herom.<sup>5)</sup> Goos har sin egen lære om meddelagtighedens accessoriske karakter der ved første øjekast kan minde om den doktrin vi her beskæftiger os med. Der er dog afgørende forskel. Allerede den omstændighed at Goos' lære i lige grad gælder forsøg og meddelagtighed er tegn herpå. Som jeg andetsteds har omtalt angår Goos' lære det retsfilosofiske spørgsmål om meddelagtighedsstraffens retsgrund, ikke det legislative spørgsmål om hvor-

<sup>2)</sup> Karl v. Birkmeyer, »*Teilnahme an Verbrechen*« in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* herausgeben von Karl v. Birkmeyer u. a., Allg. Teil Bd. II. (1908), 3. Samme begrebslogiske nødvendighed hævdes endnu i 1952 af Edmund Mezger i *Strafrecht, Allg. Teil. Ein Studienbuch*, 201.

<sup>3)</sup> Robert v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*. Bd. II (1930), 451.

<sup>4)</sup> Se v. Birkmeyer, *a. st.*, 82 f., om »die sog. moderne Strafrechtsschule«.

<sup>5)</sup> Frederik Christian Bornemann, *Samlede Skrifter* III (1866), 301, jfr. tillæg 71. Tillæg, 74, siges det *en passant* at anstifteren ikke straffes for at have medvirket til en *andens* forbrydelse, men fordi han selv er ophavsmand til den.

vidt den meddelagtiges strafbarhed i forskellig henseende skal være betinget og afledt af hovedmandens strafbarhed.<sup>6)</sup>

Goos var medlem af straffelovskommissionen af 1905, og det af kommissionen udarbejdede udkast med betænkning af 1912 bærer som venteligt præg af Goos' synspunkter. Man hører hans røst når det om den meddelagtiges strafbarhed siger: »At loven *kan* udstrække sine forbud eller påbud og straffeloven sin straffetruusel til at ramme også en sådan akcessorisk virksomhed, er vel givet«. <sup>7)</sup> Det er *retten* til af straffe der er tale om. Når meddelagtighed her og i det følgende i betænkningen omtales som en accessorisk virksomhed ligger heri alene en afstandtagen fra den Getz'ske lære om, at der ikke er nogen relevant forskel mellem såkaldte gerningsmænd og såkaldte meddelagtige. At man ikke har haft den tyske accessoritetsdoktrin for øje fremgår deraf, at udkastet i § 60 (1), 2. pkt., udtrykkeligt hjemler straf også for den mislykkede anstiftelse eller hjælp.

Torp er formentlig den første danske forfatter der forkaster accessoritetstanken – om end indirekte derved at han med Getz ud fra kausalitetssynspunkter benægter enhver principiel, objektiv eller subjektiv, forskel mellem gerningsmænd og meddelagtige. For det er klart at når denne sondrings berettigelse benægtes er der ingen hovedgerning i forhold til hvilken den meddelagtiges gerning er accessorisk. Når Torp i lærebogen forkaster »Læren om Meddelagtighedens akcessoriske Strafbarhed, hvorefter den Meddelagtige straffes, ikke for sin egen, men for en andens Forbrydelse« og heroverfor hævder at det naturlige må være »at enhver straffes for *sin Forbrydelse*«, sker det netop i et afsnit (§ 48. V) der går ud på at vise at den almindelige læres sondring mellem gerningsmænd og meddelagtige fører til uacceptable resultater.<sup>8)</sup>

Nyere dansk og øvrig nordisk teori er fulgt i Getz' og Torps spor. Hurwitz omtaler den klassiske meddelagtighedslære som en konstruktion hvorefter de meddelagtige »var ansvarlige ikke for deres eget forhold – dette var i og for sig ingen forbrydelse – men som parthavere, som 'meddelagtige' i gerningsmandens forbrydelse«. Og han tilføjer at omkring denne kerne udbyggedes en lære om:

<sup>6)</sup> Se »Om samvirke i forbrydelse«, pkt. 1.

<sup>7)</sup> *Kommissionsbetænkning 1912*, 102.

<sup>8)</sup> Jfr. hertil Torps bemærkninger i motiverne til hans udkast af 1917, 38 f.

meddelagtighedsansvarets accessoriske karakter »der i sin begrundelse og sine konsekvenser hører til de kunstigste kapitler i strafferettens historie«. Efter strafferetsreformen ved loven af 1930 har læren intet holdepunkt i gældende ret. »Nyordningen«, skriver Hurwitz, »frigør ansvarsbestemmelserne helt fra forudsætningen om meddelagtighedsansvaret som hvilende på et accessorisk straffegrundlag . . . Enhver bedømmes efter arten af sit eget forhold«. <sup>9)</sup>

Andenæs siger i en oversigt over teoriens udvikling (1940) at det i det hele ser ud til »at princippet om den accessoriske bedømmelse af de delaktiges ansvar er på retur og i ferd med å vike for det i alminnelighet mer naturlige synspunkt at hver enkelt av de handlende bare bedømmes ut fra sine egne forutsetninger, ikke ut fra gjerningsmannens«. Senere siger han dog – om end mere i forbigående og uden nærmere at præcisere meningen – at »forbrytelsen smitter av på alle som befatter seg med den – for så vidt innebærer synet på delaktigheden som accessorisk i forhold til hovedgjerningen en riktig kjerne«. <sup>10)</sup>

Det er i svensk teori læren har været mest indgående diskuteret. I *Kommentar till Brottsbalken* skildres den som noget der (med visse forbehold) hører fortiden til. Efter straffelovsrevisionen af 1948 »är huvudregeln beträffande fleras medverken til brott, att varje medverkande ådrager sig självständigt straffansvar. Ingen form av medverken är allenast accessoriskt straffbar såsom delaktighet i annans brott«. (576). »Grundsatsen om de medverkandes självständiga ansvar innebär, att i regel envar medverkande svarer för vad han själv gjort, oberoende av ved andre medverkande förbrutit«. Men det anerkendes at dette som sagt netop kun er en regel eller grundsætning, og at der forekommer undtagelser herfra. I visse tilfælde må det nemlig bero på de øvriges handlinger hvorvidt en medvirkende bliver strafbar. »Det finns, med andra ord, omständigheter av *objektiv betydelse*« (original udh., 581). Det siges at spørgsmålet om, hvorvidt en omstændighed har objektiv betydning, d.v.s. indflydelse på de øvrige medvirkendes strafbarhed, rummer problemer der er vanskelige at løse og hvorom der

<sup>9)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig Del* (1952), 495 og 501.

<sup>10)</sup> Johs. Andenæs, »Av medvirkningslæren i norsk rett«, *TfR* 1940, 237 f., 238–39 og 253.

ikke i loven er givet mere indgående regler. Ud fra fri overvejelser nævnes i det følgende en række omstændigheder der må antages at have objektiv betydning, nemlig

(1) det faktum at der er begået en forbrydelse, d.v.s. en handling der belagt med straf enten som fuldbyrdet forbrydelse, forsøg, forberedelse eller *stämpling* (581, jfr. 544, 576). Den objektive betydning ytrer sig deri, at hvis en sådan hovedgerning ikke foreligger er den der (forgæves) har søgt at anstifte eller medhjælpe dertil, ikke strafbar.

Denne konsekvens er udtrykkeligt (om end forudsætningsvis) stadfæstet ved BrB 23:4, 1. stykke, hvori det siges: »Ansvar som i denne balk är stadgat för viss gärning skal ådömas ej blott den som utfört gärningen utan jämväl annan som främjat denna med råd eller dåd. Den som ej är att anse såsom gärningsman dömes, om han förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och eljest för medhjälpt därtill«. Det siges i *Kommentaren* at det i denne formulering forudsættes at en strafbelagt gerning er blevet udført. »Den i det särskilda straffbudet angivne tildragelsen skall ha ägt rum, och detta skall ha skett icke genom en naturhändelses eller djurs utan genom någon människas medverkan . . . Med att brott fullbordats jämställs härvid, att det i enlighet med reglerna i 1 og 2 §§ av dette kapitel kommit till strafbart försök eller strafbar förberedelse« (576). Heraf følger at hvis en medhjælper fx har ladet en dør stå åben for at en tyv skal kunne komme ind og stjæle, så straffes han ikke, hvis tyven udebliver – selvom dette sker af grunde der er uafhængige af medhjælperens vilje (544). Og tilsvarende gælder om anstifteren hvis den anstiftede af den ene eller anden grund ikke udfører forbrydelsen, forsøger eller forbereder den.

Derimod kræves det ikke at *HM* skal være strafbar. De meddelagtige er altså ansvarlige også hvis *HM* er utilregnelig, ligesom også for hans ikke-forsætlige handlinger (579–80);

(2) de forudsætninger for strafbarhed der angår forbrydelsens resultat eller midler. Således er det ved tyveri tilstrækkeligt at en af de medvirkende har tilegnet sig tingen;

(3) nødværgesituationen, der bevirker straffrihed ikke blot for den der selv befinder sig i denne situation, men også for den der kommer ham til hjælp;

(4) de omstændigheder der bestemmer forbrydelsens grovhed.

Hvis fx gerningsmanden har begået groft tyveri bliver også de medvirkende at dømmes for medvirken til groft tyveri. Der forekommer dog undtagelser fra denne regel;

(5) det såkaldte »subjektive overskud« d.v.s. de tilfælde i hvilke loven bestemmer deliktet gennem den hensigt hvormed en vis handling er foretaget, fx berigelseshensigt; og

(6) de omstændigheder der karakteriserer forbrydelser med såkaldt specialsubjekt: Den der yder hjælp til skyldnersvig straffes herfor uden selv at være skyldner, og den der anstifter til blodskam herfor uden selv at være beslægtet med seksualpartneren.

Denne opremsning af omstændigheder af objektiv betydning gør efter *Kommentaren* ikke krav på at være udtømmende. Der gøres intet forsøg på en principiel begrundelse af, hvilke omstændigheder der må antages at være af denne karakter. Listen over omstændigheder af objektiv relevans er så omfattende at man kan få det indtryk, at undtagelserne – altså de tilfælde i hvilke meddelagtighedsansvaret er af accessorisk natur – er mere omfattende end hovedreglen. Svensk doktrins stilling kan i realiteten karakteriseres som en begrænset accessoritetslære, men med modsat konstruktivt udgangspunkt: den meddelagtiges ansvar anses i princippet for at være uafhængigt af hvad andre har gjort (576, 580–81).

Det fremgår af de anførte citater at man i nordisk teori opfatter accessoritetslærens centrale problem som et spørgsmål om et Enten-Eller: Skal en medvirkende bedømmes »efter arten af sit eget forhold« eller efter arten af gerningsmandens (hovedmandens) forhold? (Hurwitz). Skal han bedømmes »ut fra sine egne forudsætninger« eller ud fra gerningsmandens? (Andenæs). Skal en medvirkende (som regel) stå til ansvar for »vad han själv gjort«, eller er det afgørende »vad andre medverkande förbrutit?« (*Kommentaren*).

Stillet op på denne måde synes det næsten indlysende at svaret må gå accessoritetslæren imod. Det synes at stride mod de mest elementære strafferetlige grundsætninger at straffe *A* for hvad *B* har gjort, eller at bedømme hans ansvarlighed ud fra andre forudsætninger end hans egne. Vil det ikke være at rette smed for bager, eller ihvertfald at bedømme smeden ud fra bagerens forudsætninger? Ganske vist kender vi i strafferetten begrebet »vikarierende ansvar« der betyder at en mand uden egen skyld straffes for hvad en anden har gjort. Men sådant ansvar betragtes som en anormalitet begræn-

set til særlige livsforhold og begrundet i særlige hensyn. Det kan ikke have nogen plads i strafferettens almindelige del i læren om ansvarsfordeling ved samvirke i forbrydelse.

Men denne måde at se problemet på er misvisende. Det er ingen modsigelse at hævde, at en samvirkende straffes for sit eget forhold og bedømmes ud fra sine egne forudsætninger, og samtidig hævde, at netop derfor må der i bedømmelsen tages hensyn til hvad andre begår eller forventes at skulle begå. Forklaringen ligger deri, at en samvirkendes handling ikke er en isoleret akt, men er sammenkædet (integreret) med andre menneskers handlinger i en fælles intention rettet mod et mere eller mindre præcist mål og omfattende en mere eller mindre udarbejdet fælles aktionsplan.<sup>11)</sup> På grund af denne sammenhæng er det meningsløst at tale om en *isoleret* bedømmelse af *A's* (en samvirkendes) handling, altså uden at tage hensyn til dens intentionale forbundethed med *B's* handling. For det er ikke muligt meningsfuldt at beskrive hvad *A* har gjort uden at inddrage hvad *B* har gjort eller forventes at skulle gøre. *A*, hvem det påhviler at lukke porten om aftenen, har undladt at gøre dete. Men en rapport om det ydre handlingsforløb: *A* gik hjem kl. 20.05 uden at have lukket porten – er ikke nogen beskrivelse af hvad han har gjort. En beskrivelse (der kan danne grundlag for en bedømmelse) forudsætter at vi kender også de mentale omstændigheder. Var det blot en forglemmelse fra *A's* side eller undlod han bevidst og med en bestemt hensigt at lukke porten? Var denne hensigt fx at give kokkepigen bejler en chance, eller var den at lette vejen for en rovmorder? Det er klart at en meningsfuld beskrivelse af hvad *A har gjort* må afhænge af, hvorledes det forholder sig i så henseende, og at bedømmelsen af hans adfærd må falde forskellig ud eftersom det ene eller det andet er tilfældet. Lad os antage at *A* har ladet porten stå åben efter aftale med *B* og i den hensigt at give denne adgang til at begå et drab. Accessoritetslæren har ret i at »i og for sig« – se citatet af Hurwitz ovf. s. 220 – d.v.s. bedømt i abstraktion fra intentionen, er *A's* handling ingen forbrydelse. Men det bliver den i og med dens intentionale forbundethed med *B's* drabshandling. Det er derfor rigtigt på én gang at sige at *A* straffes for hvad han selv har gjort og bedømmes ud fra egne forudsætninger; og at bedømmelsen af *A's*

<sup>11)</sup> Jfr. »Om samvirke i forbrydelse«, pkt. 2 og pkt. 4.

handlemåde må afhænge af hvad *B* har gjort eller forventes at skulle have gjort.

Jeg har flere gange benyttet vendingen »hvad *B* har gjort eller forventes at skulle have gjort«. Man kan herimod indvende at når *A*'s strafbarhed begrundes i den hensigt hvormed han har handlet – i eksemplet at bistå *B* i begåelse af et drab – må det være uden betydning for bedømmelsen hvad *B* faktisk foretager sig. Afgørende kan alene være *A*'s hensigt, altså hvad han forventede *B* skulle foretage sig. Hvis denne indvending accepteres vil det sige at ansvaret, også i samvirke, er strengt personligt. *A* dømmes efter sin hensigt på samme måde som den der har begået et attentat (fuldendt iværksættelse uden effekt) eller en forberedelse. Men indvendingen kan ikke accepteres. Det centrale i samvirkereglerne er nemlig at samvirket til en vis grad begrunder et *solidarisk* ansvar, d.v.s. et ansvar for *A* for hvad andre har foretaget sig ud over hvad der er omfattet af *A*'s intention. Dette solidariske ansvar træder med særlig tydelighed frem i fællesforbrydelsen. Som jeg andetsteds har påvist hæfter efter dansk praksis hver af fællerne for de forbryderiske gerninger der i fællesskab begås under forudsætning af at de ikke går ud over hvad der ifølge den fælles beslutning eller forståelse måtte påregnes.<sup>12)</sup> Det er klart at kriteriet »hvad der måtte påregnes« gør ansvaret mere omfattende end tilfældet er, hvis det bestemmes efter hvad der var deltagernes *hensigt*. Som jeg i det følgende nærmere skal påvise gør et sådant solidarisk ansvar sig også gældende ved anstiftelse og bistand. Dette solidariske ansvar er samvirkets inderste nerve og relevans: Ved at forbinde sig med andre i samvirke til virkeliggørelse af et fælles forbryderisk mål gennem koordineret aktion har man sat kræfter i bevægelse og gjort sig til deltager i et foretagende man ikke er eneherre over. Derfor må, indenfor visse rammer, deltagerne være solidarisk ansvarlige for hvad der sker som led i det fælles foretagende.

Accessoritetslærens grundtanke er altså ikke uden rod i samvirkets fænomenologiske karakter. Noget andet er, at den retlige løsning af samvirkets ansvarsproblemer naturligvis ikke skal deduceres fra nogen konstruktion, men begrundes i reale kriminalpolitiske hensyn.

Det kan i denne forbindelse være værd at erindre om at afvisningen i nordisk doktrin af accessoritetslæren er et derivat af den

<sup>12)</sup> *A. st.*, pkt. 6.

Getz-Torp'ske forkastelse af sondringen mellem gerningsmænd og meddelagtige og den derpå opbyggede lære om forskellige kategorier af samvirkende forbrydere. Når enhver deltagers strafværdighed ses ud fra det synspunkt at han, som enhver anden, har været en medvirkende årsag til forbrydelsen, må heraf følge at hans ansvarlighed selvstændigt og umiddelbart er begrundet i denne kausalitet og altså uafhængig af de andre deltageres forhold. Når denne Getz-Torp'ske lære må afvises som fejlagtig er det muligt at samme afvisning også må ramme dens derivat, forkastelsen af accessoritetsmomentet ved fastsættelse af ansvaret for samvirke i forbrydelse.

Bemærkningerne i *Kommentaren* udgør mig bekendt det vægtigste bidrag i nordisk teori til læren om ansvarets betingelser ved samvirke i forbrydelse. Naturligvis kan man ikke i en lovkommentar forvente at finde en systematisk analyse og udredning af problemerne. Desuden er det begrebslige apparat ud fra mine synspunkter utilfredsstillende. I fortsættelse af traditionelle synspunkter har behandlingen alene bistand og anstiftelse for øje, ikke samvirkets måske vigtigste fremtrædelsesform, fællesforbrydelsen. Der sondres mellem gerningsmænd og meddelagtige, hvilket som tidligere påvist er en skæv sondring der hviler på en sammenblanding af begreberne 'gerningsmand' og 'hovedmand'.<sup>13)</sup> Problemet om omstændighedernes »objektive« eller »subjektive« karakter ses hovedsagelig ud fra det synspunkt, om en omstændighed der er relevant for hovedmanden også er relevant for bipersonerne, men der findes dog enkelte bemærkninger der behandler spørgsmålet i modsat perspektiv.<sup>14)</sup> Noget forsøg på en principiel og rationel begrundelse af resultaterne gøres ikke.

Der er derfor efter min mening god grund til at forsøge en ny, systematisk analyse og problemudvikling. Jeg betoner at det herved for mig ikke kommer an på konkret stillingtagen til de mangfoldige fortolkningsproblemer hvori problematikken til syvende og sidst opløser sig. Det afgørende for mig er alene at søge at vinde klarhed over hvilke problemerne er, og hvorledes de opstår; og at søge at finde nogle principielle synspunkter som retningslinier for deres løsning.

For mere konkret og anskueligt at kunne forestille sig de situatio-

<sup>13)</sup> *A. st.*, pkt. 2.

<sup>14)</sup> *Kommentar*, 583 (om BrB 9:3) og 584 (om gäldenärsbrott).

ner i hvilke problemerne opstår, og hvad det er der er spørgsmål om, vil det være hensigtsmæssigt at behandle de forskellige samvirkeformer hver for sig. Jeg begynder med anstiftelsen som den simpleste.

### 3. Begrebet anstiftelse klargøres.

Anstiftelse kan passende defineres som den forbrydelse der består i at  $A$  (på kvalificeret måde) tilskynder  $B$  til at begå en forbrydelse,  $Fx$ . Begrebet kan symboliseres ved formlen  $A:B:Fx$  der læses:  $A$  tilskynder (på kvalificeret måde)  $B$  til at begå forbrydelsen  $Fx$ .

Ved »en forbrydelse« ( $Fx$ ) forstås i denne sammenhæng det gerningsindhold hvortil der i straffeloven – forbrydelseskataloget i forbindelse med bestemmelser i den almindelige del, især om »forsøg«, – er knyttet en specifik strafferamme. Under »strafferamme« hører også de såkaldte siderammer bestemt ved forekomsten af enten bestemte strafforhøjelses- eller -nedsættelsesgrunde, eller ubestemte skærpende eller formildende omstændigheder. Herefter vil fx  $Fa$ , d.v.s. groft tyveri med strafferamme efter § 286 (1), være en anden forbrydelse end  $Fb$ , d.v.s. simpelt tyveri med strafferamme efter § 285 (1), jfr. § 276; og beruselse under skærpende omstændigheder efter § 138 (2) forskellig fra beruselse uden sådanne omstændigheder, § 138 (1).

Grunden til denne stærke individualisering af forbrydelseskategorierne er at forbrydelsen »anstiftelse« ( $FA$ ) ikke har nogen egen, absolut strafferamme, men samme strafferamme som den forbrydelse hvortil der anstiftes,  $Fx$ . Ved at medtage siderammer i bestemmelsen af  $Fx$  har det ikke været meningen at præjudicere spørgsmålet om, hvorvidt også disse er relevante for anstifterens strafansættelse, men blot at holde blikket åbent for spørgsmålet.

Af grunde jeg har udviklet andetsteds er anstiftelse defineret (ligesom efter gældende ret, strfl. § 23) som det at *tilskynde* en anden, altså som et adfærds-, ikke et forårsagelsesdelikt.<sup>1)</sup> Der kræves altså

<sup>1)</sup> »Om samvirke i forbrydelse«, pkt. 9. Strfl. § 23 (1) taler om »alle, der ved tilskyndelse . . . har medvirket til gerningen«. At tilskyndelsen ikke behøver at være efterkommet fremgår deraf at der i 2. pkt. hjemles adgang til straffnedsættelse for det tilfælde at en tilsigtet medvirken er mislykkedes. Der er også fast praksis for at mislykket anstiftelse straffes, se U 1968. 186 fh. 3; 1954. 492 H; 1954. 758 H; 1946. 812 H; 1946. 864 H og 1937. 579.

Også efter norsk ret straffes mislykket forsøg, Johs. Andenæs, *Almindelig strafferett* (1956), 292, jfr. *TfR* 1940, 249 f.

ingen fuldbrydelse i en forårsaget effekt, hverken sådan at den anstiftede har *bestemt* sig til at udføre forbrydelsen, end sige således at han faktisk har *udført* den. I modsætning hertil bestemmes anstiftelse i tysk ret, StGB § 48, som det forhold at *A* har *bestemt B* til den af ham *begåede* forbrydelse, hvilket har haft til følge at det har været nødvendigt at indføre særskilt hjemmel for strafbarhed af resultatløs tilskyndelse (forsøg på anstiftelse, § 49 a). I svensk ret bestemmes anstiftelse på lignende måde som det forhold at *A* »har *förmått annan til utförandet*« af en forbrydelse, og da der ikke er givet hjemmel for strafbarhed af tilskyndelse der ikke har ført til hovedgerningens aktuelle udførelse, vil det sige at sådan tilskyndelse er straffri. Definition af anstiftelse efter tysk-svensk mønster er i god overensstemmelse med accessoritetslærens krav, og ihvertfald i Tyskland en konsekvens af den.

Det ligger i begrebet tilskyndelse at *FA* (forbrydelsen anstiftelse) kun kan begås forsætligt. Dette er i overensstemmelse med almindelig sprogbrug hvorefter tilskyndelse betegner en aktivitet båret af den hensigt at bestemme en anden til en vis handlemåde. Og hensigt kan ikke foreligge uden at man er sig bevidst hvad det er man gør, altså handler forsætligt. Hermed skal naturligvis ikke på begrebsjurisprudentiel maner være taget stilling til spørgsmålet om den strafferetlige behandling af uagtsomme handlinger der kan virke motiverende på andre i retning af at bestemme dem til kriminelle handlinger. Man kan fx forestille sig at *A*, ved skildring af hvor let et vist bankrøveri under givne omstændigheder lader sig udføre, faktisk bestemmer *B* til at udføre denne forbrydelse. Hvad jeg har villet sige er, at dette forhold ikke er hvad vi forstår ved tilskyndelse, og ikke i strafferetlig henseende kan bedømmes ud fra de synspunkter og principper der ligger til grund for reglerne om samvirke i forbrydelse, specielt anstiftelse. Skal uagtsom forledning være strafbar må det være ud fra andre synspunkter. Det rigtige vil formentlig være at bedømme *A*'s handlemåde ud fra almindelige regler om uagtsom forårsagelse, hvilket vil betyde at han straffes som selvstændig gerningsmand, men kun i tilfælde af at den forbrydelse han har forledt til straffes som uagtsom.<sup>2)</sup>

<sup>2)</sup> At anstiftelse kun kan begås forsætlig stemmer med ældre dansk teori, se Bornemann, *a. st.*, 300, jfr. 290; Carl Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905, 1918), 612. Derimod antager Hurwitz, 507, med støtte i U III, mot.

$Fx$ , den forbrydelse der er anstiftelsens genstand, foreligger bestemt i  $A$ 's tilkendegivne intention. Den må være bestemt som et konkret, tidsrumligt lokaliseret gerningsindhold der er belagt med straf. En abstrakt opfordring til at begå forbrydelse, uanset hvilken, eller til at begå forbrydelse af en vis art, fx tyveri, er ikke anstiftelse, men rammes af § 136 (1) hvis den fremsættes offentligt. På den anden side kan det ikke kræves at  $Fx$  er så fuldstændig bestemt i enhver strafferetlig relevant henseende at det er muligt for den kyndige at afgøre hvilket bestemt straffebed gerningen rammes af.  $A$  kan fx tilskynde  $B$  til at stjæle en bestemt ting fra  $O$  uden at der i tilskyndelsen er taget stilling til om tyveriet skal udføres på sådan måde eller med sådanne midler at det får karakter af groft tyveri. Tilskyndelsen skal altså sigte mod en konkret gerning, men en vis ubestemthedsmargin må indrømmes med hensyn til tid, sted og modus.

Hvorledes  $Fx$  er bestemt – som  $Fa$ ,  $Fb$ ,  $Fc$  etc. – fremgår af  $A$ 's kommunikation til  $B$ . Som andre kommunikationer kan tilskyndelsen betjene sig af såvel sproglige som ikke-sproglige data der må fortolkes i lys af kontekst og situation. »Gå så til makronerne!« kan, sagt i en vis situation, være en klar tilskyndelse til et voldeligt angreb mod  $O$ .<sup>3)</sup>

I sproglig formulering kan den strafbare tilskyndelse (anstiftelsen) fremtræde som befaling, opfordring eller appel.<sup>4)</sup> Den kan enten efterkommes eller ikke efterkommes.  $A:B:Fx$  er efterkommet dersom  $B$  under indflydelse af tilskyndelsen faktisk udfører en gerning  $Fx'$ . Spørgsmålet er hvorledes  $Fx'$  må forholde sig til  $Fx$ . Det er klart at der må være en vis overensstemmelse mellem  $Fx$  og  $Fx'$ . Hvis  $A$  har

---

73, at medvirken også kan begås uagtsomt, dog kun ved lovovertrædelser med hensyn til hvilke strafansvar for uagtsomhed er hjemlet. Når denne begrænsning gøres er spørgsmålet, som Hurwitz selv bemærker, kun af ringe praktisk betydning. Samme standpunkt indtages i svensk ret, *Kommentar*, 580–81, jfr. 578. Tysk STGB § 48 (§ 26 i den ny, endnu ikke ikrafttrådte affattelse) definerer anstiftelse som forsætlig.

<sup>3)</sup> Man kan spørge om  $Fx$  kan være bestemt som blot en strafbar forberedelsehandling. Kan  $A$  fx anstifte  $B$  til at anskaffe en maskine til fremstilling af falske mønter uden dermed også at anstifte ham til falskmøntneri? Spørgsmålet må vistnok besvares benægtende og har ihvertfald ingen praktisk betydning. Der er derfor ikke ud fra dette synspunkt anledning til at ændre min påstand om, at figuren »Meddelagtighed i forsøg« er et misfoster, *TjR* 1972, 59.

<sup>4)</sup> Jfr. afhandlingen om samvirke, pkt. 4 og pkt. 8.

tilskyndet *B* til at dræbe *O* er det ikke efterkommelse heraf hvis *B* stjæler en ting fra *O*. Medens *Fx* er givet begrebsligt i *A*'s intention og derfor, som alle begrebslige bestemmelser, må være af en vis ubestemthed, er *Fx'* derimod en realitet, en aktuel handling foretaget af *B* på bestemt tid og sted. Den er derfor, under forudsætning af at alle omstændigheder er kendte, udtømmende bestemt i enhver strafferetligt relevant henseende. Efterkommelse må antages at foreligge ihvertfald dersom *Fx'* falder indenfor den ubestemthedsmargin der omgiver *Fx*. Hvis *A*, *fx*, har tilskyndet *B* til at begå et vist tyveri, således at modus er ubestemt, vil *B*'s udøvelse af såvel et simpelt som et groft tyveri være efterkommelse af tilskyndelsen. Det samme må også gælde hvis *Fx'* indgår i *Fx* som det strafferetligt mindre graverende i det mere graverende: Hvis *A* har tilskyndet *B* til at begå groft tyveri er også begåelse af simpelt tyveri efterkommelse. Hvis *Fx* er bestemt ved momenter der ikke er strafferetligt relevante foreligger efterkommelse selvom *Fx'* med hensyn til sådanne momenter afviger fra *Fx*: Hvis tilskyndelsen gik ud på at *B* skulle dræbe *O* med en kniv er det efterkommelse også hvis *B* i stedet for benytter en revolver. Tvivlsomme spørgsmål kan opstå, især ved afgørelse af om *Fx'* falder indenfor eller udenfor den ubestemthedsmargin der omgiver *Fx*. Det er først muligt at give retningslinier for hvorledes sådanne spørgsmål skal afgøres når det er klarlagt hvilken strafferetlig relevans der knytter sig til efterkommelsen, jfr. ndf. pkt. 4.

Tilskyndelsens umiddelbare sigte er at *B* beslutter sig til at begå *Fx*. *Fx* må derfor være en forsætlig eller hensynsløst begået handling (agtsom tilregnelse).<sup>5)</sup> Man kan ikke beslutte sig til at handle uagtsomt. Man kan tilskynde den der sidder ved rattet til forsætligt at sætte sig ud over hastighedsbegrænsninger og stopsignaler. Eller til at køre så hensynsløst at han derved volder nærliggende fare for nogens liv eller førlighed, § 252. Men ikke til at køre uagtsomt. Hvis *A* søger at lægge tingene således til rette – *fx* ved at fremkalde stærke affekttilstande i *B* eller ved at stimulere forbrug af alkohol eller narkotika – at det kan påregnes af *B* vil køre uagtsomt, falder dette forhold ikke ind under samvirke i forbrydelse, specielt anstiftelse, men *A*'s forhold må bedømmes efter reglerne om uagtsom forvoldelse.<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> Jfr. »Hensigt er ikke Forsæt«, pkt. 3.

<sup>6)</sup> At det der anstiftes til (eller på anden måde medvirkes til) kun kan være en forsætlig forbrydelse hævdes også af Bornemann, *a. st.*, 300, jfr. 290, og af

Korresponderende med  $Fx$  må også  $Fx'$  være henholdsvis en forsætlig eller hensynsløst begået handling. Hvis  $B$  ved hændeligt uheld eller af uagtsomhed kommer til at begå en handling der ellers ville tilfredsstillende som  $Fx'$  foreligger ikke efterkommelse.  $A$ 's tilskyndelse må strafferetligt bedømmes på samme måde som hvis  $B$  intet havde foretaget sig.

Tilskyndelse forudsætter at  $B$  er en person der er i stand til at fatte tilskyndelsens mening og til at træffe beslutning om, hvorvidt han vil efterkomme den eller ej. I modsat fald må  $A$  bedømmes som middelbar gerningsmand. Det kan næppe kræves at  $B$  skal være strafferetlig tilregnelig. Herom henvises til hvad jeg andetsteds har skrevet.<sup>7)</sup>

*4. Strafferammen der finder anvendelse på anstifteren bestemmes accessorisk til den intenderede forbrydelse med et overskydende solidarisk ansvar for hvad han måtte påregne. Særligt om personlige mometers betydning.*

Kriminalpolitisk kan der næppe være tvivl om at anstiftelse må være strafbar. Anstifteren udfolder en virksomhed der sigter mod at en forbrydelse skal blive begået. De samme grunde der gør det påkrævet at kriminalisere forbrydelsens gerningsindhold taler også for at kriminalisere tilskyndelsen til at begå forbrydelsen. Som jeg udførligt har begrundet i min afhandling om samvirke i forbrydelse

Torp, *a. st.*, 582. Derimod antager *Hurwitz*, 507, at der kan anstiftes (medvirkes) også til lovovertrædelser med hensyn til hvilke uagtsom krænkelse medfører strafansvar. Samme standpunkt indtages i svensk ret, *Kommentar* 580–81. I tysk ret krævedes før 1943 at hovedgerningen var begået forsætligt, medens det er omtvistet hvorvidt Novellen af 1943 har ophævet dette krav eller ej, se herom ovf. pkt. 1. Andenæs siger, *TfR* 1940, 272, at der i almindelighed ikke er noget behov for at straffe medvirken til uagtsomhedsdelikter, men tilføjer: »Bare hvor der foreligger et bevisst samvirke til en uagtsom handling kunne der være grunn til å gjøre unntagelse«. Jeg kan ikke forstå hvorledes man bevidst kan samvirke til ikke at være sig sine handlingers konsekvenser bevidst.

<sup>7)</sup> »Om samvirke«, pkt. 3 *in fine*. – I praksis er reglerne om anstiftelse blevet anvendt også i tilfælde af at den anstiftede var under kriminel lavalder: U 1959. 561 (2 drenge på 10 og 12 år) og 1954. 758 (H) fh. 1 (det var uoplyst om den anstiftede var 14, 15 eller 16 år gammel). Er den tilskyndede så utilregnelig at han må anses for et blindt redskab foreligger ikke anstiftelse men middelbart gerningsmandsforhold, jfr. U 1956. 31 (H) og bemærkningerne hertil *a. st.*, pkt. 7.

gør der sig imidlertid visse modhensyn gældende der gør det tvivlsomt om det er påkrævet at kriminalisere enhver tilskyndelse. Jeg har ud fra sådanne synspunkter fremsat forslag om, at kriminaliseringen begrænses til visse kvalificerede tilskyndelser.<sup>1)</sup> Ovenfor under punkt 3 har jeg i definitionen af anstiftelse optaget en henvisning hertil.

Der ligger efter min mening en vis sandhed i den gamle kanoniske lære om, at anstiftelse er yderligere strafbar fordi den tillige rummer et moment af »sjælemord«. Afklædt teologisk dogmatik ligger heri den sandhed, at anstiftelse kan ses som indgreb i en andens moralske integritet, og efter omstændighederne kan vurderes som en forbrydelse, også mod den anstiftede.<sup>2)</sup> Dette er oplagt forsåvidt anstifteren har benyttet sig af ulovlig tvang. Der vil da foreligge ideel konkurrence med strfl. § 260. Men også den der gennem sin tilskyndelse leder et ungt menneske ind på forbryderbanen bærer et ansvar der kan være hundredfold større end ansvaret for den konkrete forbrydelse han anstifter til. Der er dog næppe grund til at hjemle strafforhøjelse i den anledning.

Forbrydelsen  $A:B:Fx$  er – som alle andre forbrydelser – kun strafbar under en række af betingelser. Der kan foreligge særlige justifikationer der gør handlingen retmæssig.  $A$  kan fx have handlet i nødværge. Anstiftelsen må kunne tilregnes  $A$  og det er ovf. pkt. 3 påvist at tilregnelsen kun kan tænkes som forsætlig. Videre må  $A$  have været tilregnelig da han begik forbrydelsen, jfr. strfl. §§ 15, 16 og 17. I disse og andre lignende henseender gælder der, såvidt jeg kan se, ikke noget særegent om denne forbrydelse til forskel fra andre.

Det vanskelige punkt i læren om anstiftelse er spørgsmålet om strafudmålingen. Der kan sondres mellem to spørgsmål:

(1) Hvilken strafferamme (hovedstrafferamme eller sidestrafferamme) finder anvendelse på  $A:B:Fx$ ?

(2) Hvorledes finder strafudmålingen indenfor den antagne ramme sted?

Under dette punkt behandles det første af disse spørgsmål. Det vil i analysen være hensigtsmæssigt at sondre eftersom tilskyndelsen efterkommes eller ej.

<sup>1)</sup> »Om samvirke«, pkt. 8.

<sup>2)</sup> Således også Ørsted, *Strafferetlige Skrifter* I (1931), 170.

a. *B* efterkommer ikke tilskyndelsen, d.v.s. foretager ikke  $Fx'$ . – Det er ovenfor omtalt at det er hensigtsmæssigt at definere anstiftelse som en adfærds-, ikke en forårsagelsesforbrydelse, og at det ikke er rimeligt, som i svensk ret, at gøre anstiftelsen straffri hvis den ikke er blevet efterkommet.

Der er i så fald ikke andet holdepunkt for bestemmelse af straffesammenhængen end  $Fx$ , d.v.s. den forbrydelse anstiftelsen sigter mod således som den begrebsligt er bestemt i *A*'s intention. Det er tidligere omtalt at bestemmelsen af  $Fx$  beror på en fortolkning af alle foreliggende kommunikationsdata, herunder kontekst og situation, og at den, som alle begrebslige bestemmelser, nødvendigvis må lide af en vis ubestemthed. Hvis *A* har tilskyndet *B* til at tilegne sig en ting fra *O* kan det muligvis af ord og situation fremgå om  $Fx$  er tænkt som røveri eller som tyveri og i så fald som simpelt eller groft tyveri. Men det er også muligt at intentionen i disse henseender ikke, eller ikke med sikkerhed, lader sig bestemme.

Bestemmelsen af  $Fx$  bør formentlig ske i overensstemmelse med et *in dubio pro reo*-princip. Det vil sige at *hvis* det efter foreliggende data er tvivlsomt hvorvidt intentionen er rettet mod et mere gravevende forhold; *eller* hvis der i så henseende mangler holdepunkt til bestemmelse af intentionen; *så* bør den tolkning lægges til grund der er mest gunstig for *A*.<sup>3)</sup> Er det tvivlsomt, eller helt ubestemt, om tilskyndelsen gjaldt røveri, groft tyveri, eller simpelt tyveri, må  $Fx$  bestemmes som det sidste. Har *A* tilskyndet *B* til at misligholde en kontrakt af den art som omtalt i strfl. § 103, men er det tvivlsomt eller helt ubestemt om meningen var at dette skulle ske under krig eller besættelse eller under truende udsigt dertil, bør det antages at dette ikke var meningen.

Det følger heraf at ikke-efterkommet anstiftelse ikke kan straffes forsåvidt angår delikter hvor straffen er betinget af en vis objektiv følges indtræden. For man kan jo ikke vide hvorvidt denne følge

---

<sup>3)</sup> Dette er så selvfølgelig at der næppe kan være tvivl om at denne regel vil blive fulgt i praksis selvom der mig bekendt ikke findes domme der har taget bevidst stilling til problemet, hvilket skyldes at anstiftelsesintentionen ikke har givet anledning til nogen tvivl, se de i note 1 til pkt. 3 citerede domme om mislykket anstiftelse. Når det i U 1954. 758 (H) kom på tale hvorvidt fh. 1 skulle henføres under § 222, stk. 1, eller samme paragrafs stk. 2, skyldtes dette alene den bevismæssige omstændighed at det var uoplyst hvorvidt steddatteren da tilskyndelsen fandt sted var eller ikke var fyldt 12 år.

ville være indtrådt hvis tilskyndelsen var blevet efterkommet. Eksempelvis kan der ikke blive tale om at henføre anstiftelse til legemskrænkelser under § 244 (3) for så vidt anvendelse af den dér fastsatte strafferamme er betinget af, at legemskrænkelsen har medført døden eller grov legemsbeskadigelse.

De særligt komplicerede spørgsmål om betydningen af personlige omstændigheder behandles i det følgende. For så vidt de antages at være af betydning for *A*'s strafbarhed, gælder hvad angår konstateringen af deres eksistens som momenter i *Fx* det samme *pro reo*-princip.

b. *B* efterkommer tilskyndelsen, d.v.s. foretager *Fx'*. – Man kunne tænke sig at gøre gældende at dette moment er strafferetligt irrelevant: *A*'s ansvar må bestemmes efter hans intention, altså *Fx*, og være uafhængig af det efterfølgende objektive faktum at *B* har foretaget *Fx'*.

Denne synsmåde er dog næppe holdbar. Det er ovenfor pkt. 2 forklaret, at samvirket til en vis grad begrunder et solidarisk ansvar, d.v.s. et ansvar for den enkelte deltager for hvad de andre foretager sig ud over hvad der er omfattet af hans intention. På grund af den intentionale samordning mod et fælles forbryderisk mål kan den ene deltager ikke afvise hvad de andre har gjort som *res inter alios acta* (udtrykket forstået *cum grano salis*). Ved anstiftelse viser denne solidaritet sig derved at strafferammen for anstiftelsen, når tilskyndelsen er efterkommet, må bestemmes som den der er knyttet til *Fx'* hvis denne ramme er strengere end den der er knyttet til *Fx*.

Hermed vender jeg tilbage til spørgsmålet om, hvorledes *Fx'* skal bestemmes som afgørende for hvad *A* hæfter for. Det ledende synspunkt må formentlig være at *A* må være ansvarlig for hvad han måtte påregne, således at tvivlsomme tolkninger af omfanget af hans intention – efter givne data eller i mangel af sådanne – afgøres i hans disfavør. Har han tilskyndet til tyveri må han hæfte også hvis dette i efterkommelse begås som groft (men ikke for røveri);<sup>4)</sup> og hvis tilskyndelsen ubestemt er gået på tilegnelse på en eller anden måde, må *A* hæfte også såfremt *B* efterkommer ved at at begå røveri.<sup>5)</sup>

<sup>4)</sup> I overensstemmelse hermed U 1946. 864 (H).

<sup>5)</sup> Således også Bornemann, *a. st.*, tillæg, 83: »Den regel, at anstifteren skal straffes, ligesom om han selv havde iværksat den af gerningsmanden udøvede

c. Hvad enten strafferammen for forbrydelsen  $A:B:Fx$  bestemmes som rammen for  $Fx$  eller for  $Fx'$  – altså som rammen for den intenderede eller den virkelig begåede efterkommelsesforbrydelse – opstår et intrikat problem. For simpelheds skyld har jeg i det følgende alene  $Fx'$ -situationen for øje, men hvad der siges finder uforandret anvendelse også på  $Fx$ -situationen.

Det er for bedømmelsen af  $A$ 's ansvar et præjudicielt spørgsmål om  $B$  (tilregneligt) har begået forbrydelsen  $Fx'$ . Det er en selvfølge at en bekræftende besvarelse forudsætter at alle gerningsbeskrivelserns krav er opfyldt. Der kan groft sondres mellem fire grupper:

(1) Den udvortes gerningsbeskrivelse, fx borttagelse af en fremmed rørlig ting i tilfælde af tyveri, strfl. § 276, eller forekomsten af de kvalificerende momenter i tilfælde af groft tyveri, strfl. § 286 (1).

(2) De subjektive gerningsmomenter, specielt kravet om at gerningen skal være foretaget i en bestemt hensigt, fx tilegneshensigt i tilfælde af tyveri eller udgivelsehensigt ved pengefalsk, strfl. § 166.<sup>6)</sup>

(3) Upersonlige situationsmomenter, fx at gerningen er begået under krig eller besættelse (strfl. §§ 102, 103, 105); eller er begået i den danske stat (§ 128); eller har medført en vis objektiv bestemt følge, fx skade på legeme eller helbred, strfl. § 244 (3).

(4) Personlige momenter, d.v.s. egenskaber, relationer eller omstændigheder der karakteriserer gerningsmanden. Sådanne forekommer i stor udstrækning. Som tilfældigt udpluk til illustration anføres: at  $GM$  handler under varetagelse af et særligt hverv (§ 106); står i en fremmed magts tjeneste (§ 107); er fange der udstår frihedsstraf (§ 123); handler i offentlig tjeneste eller hverv (kap. 16); har modtaget advarsel eller pålæg (§§ 133 (2), 134, 197, 199 m. fl.); er gift (§ 208); er beslægtet med en anden (§ 210 m. fl.); er ægtefælle (§ 213); er af samme køn som en anden (§ 225); er moder (§ 238); er kvinde (§ 251); er husfader eller husmoder (§ 255 (2)); står i vist

---

forbrydelse, bliver altså kun på grund af dennes exces uanvendelig, når, som det hedder i frd. 11. april 1840 § 21. 2 'Forbrydelsen er bleven udført i større Omfang eller under mere skjærpende Omstændigheder end Anstifteren kunde have gjort Regning på'. Torp, *a. st.*, 628, afviser Bornemanns lære, men må på et beslægtet område, nemlig hvad angår komplottanters ansvar, indrømme at praksis går videre, således at ansvaret omfatter alt hvad der med rimelighed kan have været tilsigtet, *a. st.*, 632–33.

<sup>6)</sup> Om subjektive gerningsmomenter se »Hensigt er ikke Forsæt«, pkt. 8.

magtforhold til en anden (§ 282); er fallent, skyldner eller tillidsmand (§§ 283 og 300).

Det er med hensyn til den sidstnævnte gruppe, de personlige momenter, det intrikate problem opstår. Det er spørgsmålet om, med hensyn til hvem disse momenter skal foreligge for at være relevante for bestemmelsen af strafferammen for anstiftelsen. Der kan tænkes disse muligheder: (1) de er relevante hvis og kun hvis de foreligger med hensyn til *B*; (2) de er relevante hvis og kun hvis de foreligger hos *A*; og (3) de er relevante såfremt de foreligger hos én af dem, hvad enten hos *A* eller hos *B*.

Det selvfølgeligste udgangspunkt, når anstifterens ansvar skal bestemmes i forhold til hvad den anstiftede har begået, må være at de personlige momenter er relevante hvis og kun hvis de foreligger hos *B*. Det synes fx indlysende at afgørende for om *A* kan dømmes for anstiftelse til blodskam udelukkende må være, om *B* står i det slægtskabsforhold der konstituerer forbrydelsen. Skal anden regel gælde må der påvises særlige grunde dertil.

Jeg står derfor uforstående overfor bestemmelsen i tysk StGB § 50, stk. 2, der giver følgende almindelige regel:

Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

Under »Teilnehmer« falder også anstifteren. Bestemmelsen betyder altså at den anordner obligatorisk<sup>7)</sup> strafnedsættelse for den der anstifter til blodskam såfremt han ikke selv står i det fornødne slægtskabsforhold til seksualpartneren. Det er svært at se nogen begrundelse for denne regel. Når blodskam straffes er det fordi seksualforbindelser mellem visse beslægtede anses for uønskelig. Og når anstiftelse straffes fordi den intenderer at fremme handlinger der er kriminaliserede som uønskelige, synes det at måtte være uden betydning om tilskyndelsen er eller ikke er udgået fra en person der står i det slægtskabsforhold der konstituerer blodskamsforbrydelsen.

Hovedreglen må altså være at anstifteren dømmes som anstifter til en bestemt forbrydelse, og straffes efter dennes strafferamme, hvis og kun hvis den anstiftede som gerningsmand tilfredsstillere de

<sup>7)</sup> Ovf. pkt. 1, note 9.

personlige momenter der kræves efter gerningsbeskrivelsen. Dette må gælde hvad enten det pågældende personlige moment er strafbegrundende, straffkærpende, strafnedsættende eller strafeliminerende. I denne forstand er anstifterens ansvar som hovedregel accessorisk.<sup>8)</sup> Det forekommer derfor mindre træffende når man i svensk teori taler om at de personlige momenter har »objektiv betydelse«, og betragter dette som en *undtagelse* fra en hovedregel om, at den medvirkendes ansvar er selvstændigt, ikke accessorisk.<sup>9)</sup>

Men der forekommer begrundet i særlige hensyn undtagelser i form af hver af de ovenfor nævnte to andre logiske muligheder. Det er et spørgsmål om fortolkning i hvilket omfang sådanne undtagelser anerkendes. Det afgørende i denne fremstilling er ikke at argu-

<sup>8)</sup> Til støtte for denne hovedregel kan følgende domme anføres:

*U 1966. 865.* Forbrydelser mod kønsædeligheden i strfl. §§ 216–224 forudsætter heterosexuelt forhold, men det heri liggende krav til kønnet har kun betydning for gerningsmanden. I dommen blev *T 2* (*T 1*'s hustru) anset for meddelagtig i mandens overtrædelse af § 224, jfr. § 222 (2) og § 223 (1) ved at have givet tilladelse til eller ikke at have skredet ind mod hans kriminelle adfærd overfor *O*, der var hendes datter.

*U 1954. 758* (H). Blodskam efter stk. § 210 forudsætter slægtsskabsforhold der må antages relevant alene for gerningsmanden. Ved dommen blev i fh. 1 stedfader dømt for (mislykket) anstiftelse af stedsøn til blodskam med dennes søster, § 210 (1). Hvis stedfaderen selv havde foretaget den seksuelle akt han tilskyndede til ville hans gerning ikke have været blodskam, men faldet under § 211 (som dengang ikke var ophævet).

*U 1959. 853* (H). I fh. II. 2 og 4, blev *T 2* (*T 1*'s hustru) anset for meddelagtig i mandens blodskam med døtre, § 210. At også *T 2* var beslægtet med *O* må være uden al betydning.

*U 1959. 267*: *T 2* og *T 3*, der ikke var tjenestemænd, dømt som meddelagtige i (bistand til) tjenestemands misbrug af stilling i offentlig tjeneste, strfl. § 155.

*U 1952. 890*, fh. A 2 og C 2: *T 2* og *T 3*, der ikke var tjenestemænd, dømt for anstiftelse til tjenestemands overtrædelse af strfl. § 149.

*U 1939. 1011*, fh. A: *T 2*, der ikke var tjenestemand, dømt for anstiftelse til tjenestemands overtrædelse af strfl. § 152.

Afvigende er dommen *U 1944. 445. T 1*, der havde skaffet sin broder, hvem der i medfør af strfl. § 72 var meddelt afholdspålæg, spirituøse drikke, frifundet for tiltale efter strfl. § 138 (2), jfr. § 23, idet det statueredes at forholdet ikke var strafbart efter § 138. Afgørelsen må imidlertid anses for begrundet i specielle fortolkningshensyn, se herom Oluf H. Krabbe, *Borgerlig Straffelov* (4. udg. 1947), 390–91, jfr. Hurwitz, *a. st.*, 229 og 668–69.

<sup>9)</sup> Udtrykket er også vildledende fordi det synes at indicere at momentet har relevans uanset hos hvem det findes – således altså at den broder der »anstifter« sin ven til samleje med sin søster skulle begå blodskam.

mentere for den ene eller anden fortolkning, men alene gennem illustration at vise at der *kan* være grunde der taler for undtagelser fra hovedreglen.

Den første undtagelse er den hvorefter de personlige momenter er relevante for anstifterens strafbarhed (strafferammen) hvis og kun hvis de forefindes i relation til ham selv. En fortolkning i denne retning kan være rimelig i tilfælde af at en sideramme er betinget af personlige momenter der (overvejende) modificerer *gerningsmandens skyld*, ikke gerningens større eller mindre forkastelighed i sig selv.<sup>10)</sup> Med skyld tænkes der her ikke på tilregnelighed og tilregnelighed (disse er omtalt ovf. pkt. 3), men en moralsk-retlig vurdering af gerningsmanden.

Som eksempel kan nævnes strfl. § 238 der hjemler en i forhold til § 237 læmpet sidestrafte ramme for visse manddrab, nemlig hvis en moder dræber sit barn under eller straks efter fødselen, og det må formodes at hun har handlet i nød, af frygt for vanære eller under påvirkning af en ved fødselen fremkaldt svækkelse, forvirring eller rådvildhed. Strafnedsættelsen må anses for begrundet i omstændigheder der formindsker moderens skyld, medens gerningen i sig selv som manddrab er lige så uønskelig og forkastelig som andre manddrab. Det kan derfor være rimeligt at fortolke den i forbindelse med anstiftelse således, at den der anstifter en moder til forbrydelse efter § 238, straffes for anstiftelse til manddrab efter § 237. Og omvendt, hvis en moder under omstændigheder som nævnt i § 238 ikke selv dræber barnet, men anstifter anden til at gøre det, da skal hun (men ikke den anstiftede, herom nedf. pkt. 6) straffes for anstiftelse til barnedrab efter rammen i § 238.

Fortolkning i samme retning kan formentlig anlægges også ved § 240, 2. pkt., hvorefter straffen for medvirken til, at nogen berøver sig selv livet, skærpes når handlingen er foretaget af egennyttige bevæggrunde. Og ved § 268 hvorefter en sigtelse straffes som bagvaskelse når den er fremsat eller udbredt mod bedre vidende, eller dersom gerningsmanden har savnet rimelig grund til at anse den for sand.<sup>11)</sup> Og ligeledes i de tilfælde i hvilke gentagelse betinger skærpet straf.<sup>12)</sup>

<sup>10)</sup> Således også Torp, *a. st.*, 694, og *Kommentar*, 585.

<sup>11)</sup> Således U 1938. 419; 1936. 1 (H); og 1936. 418 der alle angik samvirke i ærefornærmelse og hvor § 268 kun blev anvendt på de af fællerne der opfyldte

Også andre hensyn kan tænkes at begrunde undtagelse efter dette mønster, men jeg er ikke blevet opmærksom på sådanne.

Det vil være at gå for vidt at generalisere undtagelsen derhen, at den skulle gælde alle tilfælde af strafforhøjende eller strafnedsættende personlige momenter.<sup>13)</sup> Strafmodifikationen kan nemlig i højere eller mindre grad være (også) gerningsrelativ. Strfl. § 154 (uægte tjenesteforbrydelser) hjemler forhøjet straf for en række ordinære delikter såfremt de begås af nogen i udførelsen af offentlig tjeneste eller hverv. Jeg mener ikke at denne strafforhøjelse er begrundet blot i tjenestemandens større skyld, men også, og måske overvejende, i en vurdering af gerningens samfundsmæssige forkastelighed. De pågældende forbrydelser er, når de begås i tjenesten, ikke blot krænkelse af deres ordinære objekt, men tillige en korruption af selve tjenesten egnet til at undergrave borgernes tillid til myndighederne. Det forekommer mig derfor rimeligt at straffe også anstifteren efter den forhøjede ramme i § 154.<sup>14)</sup>

Tilsvarende fortolkning må formentlig anlægges på strafforhøjelsen for spionage efter § 107. Om §§ 153 og 283 (2) henvises til det følgende.

Den anden undtagelse er den hvorefter de personlige momenter er relevante for anstifterens strafbarhed når blot de foreligger i relation til en af parterne, hvad enten den anstiftede eller anstifteren selv. Et tilfælde af denne type er positivt hjemlet ved strfl. § 153. Denne paragraf hjemler forhøjet straf for forskellige ordinære delikter rettet mod post- og jernbanevæsenets forsendelser, ikke blot

betingelserne herfor. Samme bedømmelse må anlægges på den anstifter der er i ond tro uanset om den anstiftede måtte være i god tro.

<sup>12)</sup> Sådant fortolkning kan derimod næppe anlægges på strfl. § 239, drab efter begæring. Hvis den dødsyge, hjælpeløse moder beder sin datter *B* om at dræbe sig, må *A* der anstifter *B* til at efterkomme begæringen, formentlig straffes for anstiftelse til drab efter begæring, § 239, ikke for anstiftelse til drab, § 237. Omvendt, hvis datteren i stedet for selv at tage livet af moderen, anstifter en anden til at gøre det, må hun formentlig straffes for anstiftelse til manddrab, § 237.

<sup>13)</sup> En sådan generalisering er gjort i bestemmelsen i tysk StGB § 50 (3), jfr. den ny endnu ikke ikrafttrådte affattelse af § 28. Se herom og om den indskrænkende fortolkning det i praksis har været nødvendigt at gøre, ovf. pkt. 1.

<sup>14)</sup> Anderledes U 1952. 890 fh. B 2. Medens den anstiftede tjenestemand blev anset efter strfl. § 171, jfr. § 154, blev anstifteren kun dømt for meddelagtighed i dokumentfalsk, ikke i krænkelse af § 154.

såfremt de foretages af »nogen som virker i post- eller jernbanevæsenets tjeneste«, men også for det tilfælde at en sådan tjenestemand »understøtter en anden i sådan færd«. Der kan næppe være tvivl om at bestemmelsen omfatter (eller analogisk må anvendes på) tjenestemanden som anstifter. Da der ikke er nogen grund til at antage at § 153 ikke skulle finde anvendelse på den udenforstående der anstifter tjenestemanden, bliver resultatet altså, at den forhøjede strafferamme finder anvendelse på *A* hvad enten han er *extraneus* eller *intraneus*.

Hvad er det der så radikalt adskiller dette tilfælde fra fx blodskam hvor det er helt utænkeligt at anstifteren skulle straffes for dette forhold blot fordi han selv, men ikke gerningsmanden stod i vist slægtskabsforhold til seksualpartneren?

Jeg mener at en forklaring kan søges i følgende forhold. I blodskam er den særlige subjektskvalifikation, slægtskabsrelationen, en logisk nødvendig bestanddel af gerningsindholdet. Uden dette taber gerningen, altså samlejet som sådant, enhver kriminel karakter. Den beslægtede er det *logisk nødvendige subjekt*. Anderledes ved § 153. Det denne paragraf vil beskytte med forhøjet straf er anslag mod post- og jernbanevæsenets forsendelser. Sådanne anslag kan tænkes begået af enhver. Det kunne udmærket tænkes at straffeloven i stedet for § 153 havde haft en bestemmelse om forhøjet straf for enhver der »åbner, tilintetgør eller underslår« sådanne forsendelser. Når man har valgt at knytte straffetruslen til et specialsubjekt (tjenestemanden) er det vel fordi han så at sige er det »naturlige« subjekt, jeg mener hermed den der typisk har lejlighed til at begå sådanne anslag og som det er af særlig vigtighed at afholde derfra. Det er naturligvis samfundsmæssigt af særlig betydning at de personer i hvis varetægt forsendelserne er betroet ikke antaster dem. Desuden er tjenestemandens anslag særlig graverende fordi det tillige er en krænkelse af hans særlige pligter som tjenestemand. Det kan derfor være rimeligt at straffe ham med den forhøjede straf også når han har anstiftet andre til at forgribe sig på forsendelserne, uanset at disse andre kun kan straffes efter andre og mildere bestemmelser.

Lignende synspunkter kan anlægges fx på skyldnersvig. Når § 283 (1) nr. 2 og 3 nævner skyldneren som subjekt til de der nævnte handlinger gående ud på at hans (eller boets) ejendele unddrages fra at tjene fordringshaverne til fyldestgørelse, er det også som det na-

turlige eller nærmeste subjekt. Sådan unddragelse er uønskelig hvem der så foretager den. § 283 må derfor være anvendelig ikke blot på den ikke-skyldner der anstifter en skyldner til skyldnersvig, men også på en skyldner der anstifter andre til at foretage handlinger der foretaget af ham selv ville være skyldnersvig.<sup>15)</sup>

Det er ikke min opgave at gennemgå i hvilke andre tilfælde en fortolkning kan eller ikke kan føre til en undtagelse af dette mønster, altså således at det personlige moment er relevant for *A*'s strafbarhed hos hvem af parterne det end findes. Jeg skal blot *en passant* nævne nogle tilfælde i hvilke en sådan løsning efter min mening må være udelukket.

Således for det første i alle de tilfælde i hvilke en vis hensigt indgår i gerningsbeskrivelsen, fx udgivelseshensigten ved pengefalsk, strfl. § 166. Hvis *A* tilskynder *B* til at eftergøre penge uden udgivelseshensigt – *A* bilder ham fx ind at det drejer sig om et videnskabeligt eksperiment – medens *A* selv har udgivelseshensigt bør forholdet formentlig ikke bedømmes som anstiftelse. *A* har jo ikke tilskyndet *B* til at begå nogen forbrydelse. *A* bør straffes som middelbar gerningsmand.

Det siger sig selv at en fortolkning efter dette mønster også er udelukket i alle tilfælde i hvilke specialsubjektet er gerningens logiske subjekt, således som omtalt ved blodskam: det er logisk utænkeligt at den beslægtede kan anstifte en anden til at begå gerningen. På lignende måde forholder det sig i mange andre tilfælde. En pligt kan kun krænkes af den hvem den påhviler. En udenforstående kan naturligvis anstifte den forpligtede, fx en tjenestemand, til at krænke sin pligt. Men det er utænkeligt at den forpligtede skulle kunne anstifte andre til at gøre det.

Endelig vil jeg nævne § 239, drab efter begæring, se ovf. note 12.<sup>16)</sup>

<sup>15)</sup> U 1959. 740 angik et tilfælde af ikke-skyldners anstiftelse til skyldnersvig, strfl. § 283 (1), nr. 3. *UR* dømte for anstiftelse, men *LR* frifandt da fordringen ikke blev anset for forfalden. *LR* henførte skyldnerens forhold under § 300 (1), nr. 1, men fandt at kreditors anstiftelse ikke kunne straffes da § 300, modsat § 283 (2), ikke angiver under hvilke betingelser kreditor er strafskyldig. Dette sidste ræsonnement er næppe rigtigt. Strfl. § 283 (2) *hjemler* ikke kreditors strafbarhed, men *begrænser* den almindelige anvendelse af reglerne om meddelagtighed der ifølge § 23 udtrykkeligt skal finde anvendelse også på den der medvirker til krænkelse af et særligt pligtforhold, § 23 (2).

<sup>16)</sup> Det er klart at de drøftede problemer overhovedet ikke opstår hvis loven,

### 5. Strafudmålingen indenfor strafferammen sker i overensstemmelse med almindelige regler.

Det andet af de ovf. i begyndelsen af foregående punkt rejste spørgsmål angik strafudmålingen indenfor den fastlagte strafferamme. Herom gælder der principielt intet særligt. Alle de almindelige udmålingshensyn der i almindelighed gør sig gældende – såsom overtrædelsens grovhed og farlighed, gerningsmandens foregående vandel, alder og forhold før og efter gerningen, styrken af hans for dagen lagte forbryderiske sindelag, bevæggrundene til hans handling, m. v. – finder anvendelse også på begåelse af forbrydelsen *A:B:Fx*.<sup>1)</sup> Det siger sig selv at det er uden betydning for strafudmålingen at sådanne momenter gør sig gældende med hensyn til den anstiftede. Ung alder hos denne er fx ingen formildende omstændighed.

Hensynet til overtrædelsens grovhed og farlighed rejser dog spørgsmål der er særegne for anstiftelse. Medens hvad der anstiftes *til* (*Fx* eller *Fx'*) er afgørende for strafferammen, må den *måde* der anstiftes på, specielt de *midler* der bringes i anvendelse for at bestemme den anden til at begå forbrydelsen, være af betydning for strafudmålingen. Udgangspunktet må formentlig tages i motivationens styrke og den interesse anstifteren har haft i forbrydelsens udførelse. Jo stærkere det pres har været som anstifteren har fundet det fornødent at lægge på den anstiftede, des mere sandsynligt er det at forbrydelsen ikke ville være blevet begået uden anstifterens indflydelse.<sup>2)</sup> Er der anvendt tvang kan der blive tale om ideel konkurrence med strfl. § 260. Når anstiftelse begrænses til kvalificeret tilskyndelse bliver spørgsmålet af mindre betydning end efter nu gældende ret.

Også de almindelige omstændigheder der kan begrunde forhøjelse,

---

uanset den almindelige regel i strfl. § 2, udtrykkeligt bestemmer, eller fortolkes således, at den afskærer anvendelse af strfl. § 23. Dette er i ikke ubetydeligt omfang tilfældet med hensyn til speciallovgivningen, til dels begrundet i det fortolkningshensyn der kaldes *concursum necessarium*. Se fx U 1945. 147; 1939. 980; 1937. 1107; 1934. 366 og 1934. 615.

<sup>1)</sup> Dette er så selvfølgeligt at jeg finder det uforholdsmæssigt at citere domme til støtte herfor.

<sup>2)</sup> Jfr. »Om samvirke«, pkt. 8, med henvisning til Ørsted. Der er mig ikke nogen dom bekendt i hvilken dette hensyn er fremhævet, hvilket naturligvis ikke udelukker at det lige fuldt kan have spillet en rolle.

nedsættelse eller bortfald af straf, strfl. §§ 83–85, finder anvendelse på anstiftelse.

### 6. *Den anstiftedes strafbarhed er ikke accessorisk i forhold til anstifterens.*

Den anstiftede er, dersom han efterkommer tilskyndelsen (ved at iværksætte eller forberede  $Fx'$ ), pr. definition gerningsmand til forbrydelsen  $Fx'$  og må straffes herfor på sædvanlig måde. Anstifterens intentioner og personlige momenter må være uden enhver betydning.<sup>1)</sup> Den anstiftedes strafbarhed er på ingen måde accessorisk i forhold til anstifterens. Der er på dette punkt ingen gensidighed, og det er derfor, som omtalt, misvisende at tale om momenter af »objektiv betydelse«, hvis man heri indlægger at de skulle være relevante for enhver deltager i samvirke i forbrydelse dersom de foreligger hos blot en af dem.<sup>2)</sup>

At den anstiftede handler til efterkommelse af en tilskyndelse kan efter omstændighederne betyde at han har været udsat for et pres eller en påtrykning der kan begrunde strafnedsættelse eller -bortfald.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Ud fra det synspunkt at der ikke er nogen principiel forskel mellem gerningsmænd og meddelagtige mener Torp, *a. st.*, 593, at enhver der forsætlig deltager i krænkelser af et særligt retsforhold eller retsgode værnet ved et straffebud, må straffes efter dette bud ligegyldigt om han efter almindelig opfattelse er gerningsmand eller meddelagtig, og ligegyldigt om det er ham selv eller en anden deltager der står i det særlige forhold. I overensstemmelse hermed mener han fx at den der af en søn anstiftes til at dræbe faderen må straffes efter det lovbud der sætter forhøjet straf for fademord. Dette er næppe rigtigt. Og helt oplagt må det da være at den fremmede der af broderen »anstiftes« til at have samleje med søsteren ikke kan straffes for blodskam. Man kan vel heller næppe tænke sig at den smugler der modtager hjælp af en toldbetjent skulle straffes for tjenesteforbrydelse, strfl. § 155.

<sup>2)</sup> Jfr. ovf. pkt. 4 note 9.

<sup>3)</sup> I 1959. 853 (H) blev  $T 2$  (hustruen) dømt som meddelagtig i  $T 1$ 's (mandens) blodskam med døtre ved at tilskynde disse til at have samleje med faderen. Straffen blev for hendes vedkommende nedsat under hensyn til at hun ved sit afhængighedsforhold til  $T 1$  havde ladet sig bevæge til de strafbare handlinger, strfl. § 84 (1), nr. 5. Der foreligger øjensynligt et tilfælde af kædeanstiftelse:  $T 1$  har anstiftet  $T 2$  til at anstifte døtrene til at begå blodskam.  $T 2$  er på en gang medhjælper (til mandens forbrydelse), anstifter (af døtrenes forbrydelse efter daværende affattelse af § 210) og anstiftet af  $T 1$ . Det er i medfør af denne hendes sidstnævnte rolle hun har opnået strafnedsættelsen.

7. Også medhjælperens ansvar er accessorisk i forhold til foretagerens og bestemmes analogt med anstifterens.

Efter at have analyseret anstiftelse bliver opgaven at undersøge hvorvidt de vundne resultater kan overføres, *mutatis mutandis*, til samvirke i form af bistand.

Bistand kan passende defineres som den forbrydelse der består i at  $M$  (medhjælperen) foretager en handling i den hensigt dermed at yde en anden  $F$  (foretageren) bistand til udøvelse af en af  $F$  besluttet og dirigeret forbrydelse; samt korresponderende den forbrydelse der består i at  $F$  modtager sådan bistand. Bistand kan symboliseres ved formlerne  $M < F < Fx$  ( $M$  yder  $F$  bistand til at begå forbrydelsen  $Fx$ ) og  $F > M < Fx$  ( $F$  modtager af  $M$  bistand til at begå  $Fx$ ).<sup>1)</sup>

Denne definition kan i forskellig henseende præciseres i analogi med hvad der under pkt. 3 er sagt om anstiftelse. Bistand er en adfærdsforbrydelse bestemt ved hensigten. Det kræves ikke at  $Fx$  bliver iværksat eller at hjælpen faktisk har fremmet forbrydelsens udførelse. Bistand kan kun ydes og modtages forsætligt.  $Fx$  foreligger bestemt i  $M$ 's intention således som denne fremgår i lys af kommunikationer mellem  $M$  og  $F$  og den foreliggende situation.  $Fx$  må være en konkret, forsætligt eller hensynsløst, begået forbrydelse.

I visse henseender opstår særegne spørgsmål. Medens det er utænkeligt at den anstiftede ikke skulle være bekendt med anstiftelsen kan det meget vel tænkes at  $M$  har til hensigt at yde  $F$  hjælp uden at denne skal vide noget herom. Såvidt jeg kan se er der ikke nogen grund til ikke at medtage sådan hjælp under bistandsbegrebet.

Medens anstifterens tilskyndelse kan efterkommes eller ikke efterkommes, kan disse udtryk ikke anvendes med henblik på bistand. Men der kan gøres en analog sondring eftersom  $Fx$  realiseres som  $Fx'$  eller ej. Det er vanskeligt at finde et adækvat sprogligt udtryk herfor. Man kan måske tale om at bistanden lykkes eller mislykkes.

Strafferammen for  $M$  må fastsættes efter synspunkter analoge med dem der er udviklet for anstiftelse.<sup>2)</sup> Hvis bistand ikke lykkes bestemmes  $Fx$  efter  $M$ 's intention fortolket i hans favør. Lykkes bistanden indtræder et videregående, solidarisk ansvar for  $Fx'$  be-

<sup>1)</sup> Jfr. »Om samvirke«, pkt. 4 og pkt. 9.

<sup>2)</sup> Af de ovf. i note 8 til pkt. 4 citerede domme angik U 1966. 865; 1959. 267; og 1959. 853 (H) bistand. Desuden kan anføres U 1953. 274 (H).

stemt efter kriteriet hvad medhjælperen måtte påregne.<sup>3)</sup> Hvad de personlige momenter betydning for ansættelse af strafferammen angår må formentlig samme fortolkningshensyn gøre sig gældende som ved anstiftelse. Men når det efter disse principper er bestemt hvilken forbrydelse der er ydet bistand til, kan der på grund af medhjælperens uselvstændige og afhængige rolle være grund til at anordne en almindelig, obligatorisk eller fakultativ strafnedsættelse. Strafnedsættelse er også indiceret dersom forbrydelsens udøvelse ikke er nået udover det forberedende stade.

Hvad angår strafudmålingen indenfor rammen må alle almindelige udmålingshensyn gælde for denne forbrydelse som for alle andre.

På et enkelt punkt adskiller bistand sig væsentligt fra anstiftelse, nemlig hvad angår foretagerens strafbarhed sammenlignet med den anstiftedes. Forskellen ytrer sig deri, at medens enhver tale om, at den anstiftede skulle være ansvarlig for hvad anstifteren har gjort, er meningsløs, må der påhvile foretageren et ansvar for ethvert skridt taget af medhjælperen til udøvelse af bistand. Dette ansvar er et solidarisk samvirkeansvar bestemt efter kriteriet hvad foretageren med rimelighed måtte påregne.

Man kan rejse det spørgsmål, om foretagerens ansvar er lige så uafhængigt af medhjælperens personlige momenter som den anstiftedes er det af anstifterens. Bekræftende besvarelse er ikke oplagt, for foretageren er nærmere forbundet med medhjælperen end den anstiftede med anstifteren, og han bærer et ansvar for medhjælperens handlinger som er uden sidestykke for den anstiftedes

---

<sup>3)</sup> Anderledes U 1959. 267. *T 1* (tjenestemand) blev dømt for bedrageri og misbrug af stilling, strfl. § 277, jfr. § 155, 2. pkt., derved at han havde fået regninger for kemisk rensning omskrevet til regninger for vask, og regninger for øl og spiritus til regninger for almindelige kolonialvarer. *T 2* (vaskeriejeren) og *T 3* (købmanden) dømt for medskyld i overtrædelse af strfl. § 155, 2. pkt., men frifundet for medskyld i bedrageri, idet det ikke med sikkerhed turde fastslås, at de havde været klare over at *T 1* ved omskrivningen ville opnå en berigelse, men derimod nok at omskrivningen tilsigtede at vildlede det offentlige og hindre dets kontrol med og eventuel påtale af de pågældende udgifter. Afgørelsen er i klar modstrid med solidaritetsprincippet, men efter min mening også klart urigtig. Den der indlader sig på den slags lyssky transaktioner, og er klar over at de skal tjene til at vildlede det offentlige, må også påregne at de foretages i bedragerisk hensigt og bør som solidarisk ansvarlig dømmes herfor uanset at forsæt hertil ikke med sikkerhed kan fastslås.

vedkommende. Alligevel mener jeg spørgsmålet må besvares bekræftende. Det kan præciseres således. *F* begår en forbrydelse *Fa*. Påvirkes hans ansvar af den omstændighed, at han til dens udførelse benytter sig af *M*, hvis personlige forhold er således at han, hvis han havde været gerningsmand, ville ifalde ansvar ikke for *Fa*, men for *Fb*? Til illustration: *F* voldtager *O*. Bliver det blodskam fordi hendes broder bistår ham ved at holde på pigen? *F* dræber et nyfødt barn. Bliver det barnedrab efter § 238 fordi han som medhjælp hertil benytter sig af barnets moder? *F* begår anslag mod postforsendelse. Bliver han at straffe efter § 153 fordi han som medhjælp hertil betjener sig af en postfunktionær? Jeg mener disse spørgsmål må besvares benægtende, men erindrer om at Torp mente, at den drabsmand der benytter offerets søn som medhjælp skal straffes for faderdrab.<sup>4)</sup>

8. *Også fælles ansvar er accessorisk i forhold til den fælles intention og bestemmes efter samme principper som gælder for anstiftelse og bistand.*

Fællesvirke kan passende defineres som det sæt af forbrydelser der foreligger når to eller flere enes om i fællesskab at begå en forbrydelse. Deltagelse i beslutning herom bør pådrage ansvar, ihvertfald hvis der tages skridt til forbrydelsens udøvelse. Virke som fælle kan kun ske forsætligt, og den forbrydelse der er fællesvirkets genstand må være en forsætligt eller hensynsløst begået forbrydelse.

Traditionelt er fællesvirke holdt udenfor accessoritetslæren. Det er som om man her, da fællerne handler som sideordnede partnere, ikke kan få øje på en hovedgerning i forhold til hvilken andres indsats og ansvar skulle være betinget og afhængig. Men det er et fejlsyn. Der foreligger her en problematik af ganske samme struktur som ved anstiftelse og bistand.

Fællesvirkets genstand er først givet i den fælles intention som forbrydelsen *Fx*. Det vigtigste holdepunkt til bestemmelse af *Fx* er den foreliggende aftale eller forståelse mellem fællerne fortolket i lys af situationen.

Den fælles plan kan gennemføres eller ikke gennemføres. I sidste fald bestemmes hver deltagers ansvar efter intentionen fortolket

<sup>4)</sup> Ovf. pkt. 6 note 1.

restriktivt. I modsat fald hæfter hver deltager solidarisk for hvad nogen anden deltager har foretaget sig til forbrydelsens udførelse,  $Fx'$ , under forudsætning af at  $Fx'$  ikke ligger ud over hvad han efter omstændighederne måtte påregne.<sup>1)</sup>

Hvad spørgsmålet om personlige momenter betydning for straf-ferammen angår, må de samme fortolkningshensyn som omtalt med hensyn til anstiftelse og bistand gøre sig gældende, men problemerne antager dog i fællesvirke særegen karakter.

Som vi har set er hovedreglen at et personligt moment er relevant for anstifteren og medhjælperen hvis og kun hvis det foreligger med hensyn til den anstiftede, respektive foretageren, medens omvendt forekomsten af momentet hos anstifteren eller medhjælperen er uden betydning for den anstiftedes eller foretagerens ansvar. Eksempel: Den der anstifter eller hjælper den beslægtede person til samleje straffes for blodskam, medens det er uden betydning for en ikke-beslægtet persons samleje at han er anstiftet eller hjulpet hertil af en beslægtet. Hvorledes forholder det sig nu dersom to eller flere enes om i fællesskab at voldtage en pige der er søster til en af dem? Svaret må formentlig være, at hvis efter planen netop broderen var tildelt den rolle at udføre den seksuelle akt er alle medskyldige i blodskam, ellers ikke.

Personlige skyldmomenter har som ellers kun relevans for den hos hvem de findes. Enes flere, blandt dem moderen, om at dræbe et nyfødt barn, opnår kun hun den mildere bedømmelse efter § 238.

---

<sup>1)</sup> I afhandling om samvirke er i pkt. 6 anført et righoldigt domsmateriale til dokumentation for solidaritetsprincippet anvendelse i praksis. Ovf. i note 3 til pkt. 7 er anført dommen U 1959. 267 der (for et tilfælde af bistand) klart er i modstrid hermed. Det samme gælder måske også afgørelsen i U 1943. 819 (H) hvad angår fh. I, a, b og c. 3 af 6 fæller, der på forskellig vis havde samvirket ved produktion, udgivelse og fordeling af bladet »De frie Danske« der indeholdt opfordring til sabotage, blev frifundet for overtrædelse af lov nr. 14 af 18. januar 1941 § 3 nr. 3 og kun dømt efter den mildere bestemmelse i lov nr. 388 af 22. juli 1940 § 1, idet det ikke fandtes godtgjort at de havde medvirket i sådant omfang og haft sådant kendskab til skriftets indhold, at de ville kunne straffes efter 1941-loven. Da de imidlertid vel nok har måttet påregne at bladet indeholdt stof der ville bringe det i strid med denne lov, er afgørelsen antagelig i strid med solidaritetsprincippet. Efter min mening er afgørelsen i så fald urigtig. Noget andet er at det er forståeligt at domstolen under de daværende omstændigheder søgte at håndhæve den påtvungne lovgivning så lempeligt som muligt.

Hvis to eller flere, blandt dem en postfunktionær, enes om at foretage anslag mod postforsendelser som beskrevet i § 153 bliver da alle ansvarlige efter denne paragraf? Svaret må formentlig afhænge af, hvorvidt det indgik som et væsentlig led i planen at netop postfunktionæren skulle medvirke. I så fald er alle ansvarlige, ellers ikke.

# Straf og foranstaltning

## 1. Begreberne »strafværdig« (»strafskyldig«, »strafansvarlig«) og »strafegnet« (»strafpåvirkelig«) analyseres.

I den foranstående afhandling »Endnu engang »straffens formål« har jeg udførligt forklaret at der må sondres mellem to forskellige spørgsmål der ofte en blevet sammenblandet i diskussionen om »straffens formål«:

1. Hvilken interesse eller funktion tjener straffelovgivningen?
2. Hvorledes begrundes og begrænses statens moralske ret til at påføre individet lidelse gennem straf (og andre kriminalretlige reaktioner)?

Det første er et spørgsmål om, hvilke interesser der motiverer samfundet til at kriminalisere visse handlinger, fx tyveri. Vi kan også sige at det er spørgsmålet om, hvilke samfundsmæssige virkninger der tilstræbes realiseret gennem straf. Det andet er spørgsmålet om, hvor langt statens moralske ret til at søge disse interesser fremmet strækker sig. Selvom en interesse i og for sig er agtværdig er det muligt at modstående hensyn trækker en grænse for hvorledes interessen kan søges fremmet. Således her: Spørgsmålet er om hensynet til individets retssikkerhed og autonomi ikke må sætte en grænse for under hvilke betingelser en mand kan idømmes straf og for straffens størrelse.

Hvad det første af disse spørgsmål angår kan der næppe være tvivl om at svaret må være: prævention, eller bredere sagt, adfærdsdirektion. Straffelovgivningen og dens gennemførelse er et middel hvorigennem staten søger at motivere borgerne til i deres samliv at følge visse adfærdsmønstre, især i negativ retning, altså således at de motiveres til ikke at foretage handlinger i strid med disse mønstre (prævention). Loven om straf for tyveri tilsigter (i forbindelse med andre straffebestemmelser og med et sæt af civilretlige regler) at muliggøre en vis ejendomsordning ved at motivere folk til ikke

at handle i strid med dens mønster. Lovgivningen om straf for færdselsforseelser tilsigter at muliggøre en glidende trafik med så få ulykker som muligt, o.s.v. Denne præventive virkning opnås dels gennem systemets diffuse effekt på befolkningen (generalpræventionen); dels gennem den konkrete reaktions motiverende virkning på den ramte (specialpræventionen).

Hvad angår spørgsmålet om statens ret til gennem sanktioner at påføre individet lidelse hviler den danske straffelov på to centrale principper: skyldprincippet og sikkerhedsprincippet.

Jeg skal i denne sammenhæng helt undlade at gå ind på de »positivistiske« modefilosofiske angreb på skyldprincippet som bundende i uholdbare, metafysiske påstande om viljens frihed, og nøjes med at henholde mig til hvad jeg andetsteds<sup>1)</sup> udførligt har begrundet: at disse angreb er udtryk for en forløren »videnskabelighed«, og at den jævne mands opfattelse hvorefter skyld og ansvar er forudsætninger for straf stadigvæk har god mening. Hvad man end vil mene om disse spørgsmål er det ihvertfald en ubestridelig kendsgerning at den danske straffelov hviler på tanken om skyld som forudsætning for straf (til forskel fra foranstaltninger).

Hvad betyder så skyldprincippet? Hermed udtrykkes den moralske idé, at individet ikke skal kunne gøres til samfundets sydebuk. Statens ret til gennem trusler om sanktioner at dirigere borgernes sociale adfærd mod visse sociale målsætninger begrænses af et modstående hensyn til individets retssikkerhed. Ingen skal risikere at straf en dag rammer ham som lyn fra en blå himmel blot fordi hans ofring vil tjene statsraison. Individet skal have chance for i sikkerhed overfor vilkårlige indgreb at kunne planlægge sit liv for at holde sig fri af retsmaskineriets tvangsindgreb. Han skal kunne regne med at dersom han på sin side ikke forbryder sig, skal han være i sikkerhed overfor statsmagtens straffende myndighed. Det er en anden sag om han af psykologiske eller sociale grunde ikke er i stand dertil. Chancen skal han have.

Nærmere ligger heri tre krav:

(1) at straf for en overtrædelse kun må bringes i anvendelse overfor den der faktisk har begået overtrædelsen, er gerningsmand. Herved udelukkes vikarierende ansvar, specielt sådanne foreteelser som

<sup>1)</sup> Se især afhandlingerne »Kampen mod Straffen«, »Om Determinisme og Moral« og »Han kunne have handlet anderledes«, i *Skyld, Ansvar og Straf* (1970).

kollektive straffe og straf af gidsler. Det må erindres at der her er tale om et princip, og at dette princip, som alle andre, kan tænkes i visse tilfælde at måtte vige for modstående, krydsende hensyn;

(2) at gerningen subjektivt kan tilregnes gerningsmanden som skyld. Straffelovens regler om tilregnelighed og tilregnelighed er udtryk herfor. Den bærende moralske idé bag den retsteknisk tillempede udformning er, at man skal kunne *bebrejde* gerningsmanden hvad han har gjort. Vi føler stærkt og umiddelbart, at bebrejdelse under visse forudsætninger ikke er på sin plads, fordi, som vi siger, manden ikke kunne *gøre for det*. Men det kan være svært at angive hvad der nærmere ligger heri, altså angive hvilke de forudsætninger er der udelukker bebrejdelse, og forklare hvorfor de gør det. Det er ikke min opgave her at tage disse vanskelige problemer op, men jeg vil dog lige bemærke at jeg er tilbøjelig til at tro at den bærende moralske idé kan udtrykkes således at bebrejdelse er udelukket (a) når gerningsmanden ikke vidste (forstod) hvad han gjorde og ikke burde have vidst (forstået) det; og (b) når han vel vidste det eller burde have vidst det, men det ligefuldt ikke kunne forventes at han skulle have handlet anderledes end han gjorde;

(3) at straffen står i rimeligt forhold til gerningsmandens skyld bestemt dels ved forbrydelsens objektive alvorlighed (samfundsmæssige uønskelighed), dels ved styrken af hans forbryderiske sindelag.

Når samfundets reaktion er bestemt på dette grundlag har den karakter af straf i egentlig forstand, straf i modsætning til foranstaltning. Den er kendetegnet ved at være en tilsigtet lidelse der har til formål at virke motiverende på den straffede og som er udtryk for samfundets misbilligelse af gerningen og gerningsmanden (under hensyn til hans skyld) og som derfor er proportional med skylden.

Den der rammes af en sådan reaktion kan karakteriseres som *strafværdig*, hvorved udtrykkes at han på grund af sin skyld har *fortjent* at straffes; og som *strafansvarlig* eller *strafskyldig*, hvorved udtrykkes at samfundet har et moralsk berettiget krav på at underkaste ham straf med det formål at motivere ham til at føje sig efter samfundets adfærdsstandarder. Det må betones at det er *straf* han er skyldig, altså en reaktion proportional med hans skyld. Man kan derfor også betegne ham som *strafberettiget* for dermed at sige at han har krav på at der ikke ud fra noget ønske om at forbedre ham manipuleres med ham ud over de skranker som den proportionale straf sætter. Når den er udstået har han betalt sin skyld og er igen

sin egen herre. Det må imidlertid være en forudsætning for strafberettigelsen at straffen kan nytte, det vil sige opfylde sin samfundsmæssige funktion, ikke blot generalpræventivt, men også direkte i forhold til den straffede. Er dette ikke tilfældet må staten have ret til at gribe til andre, mere effektive forholdsregler end straf. At straffen kan nytte vil, i forhold til den straffede, sige, at den virker motivedannende i retning af at afholde ham fra lovovertrædelser. Straffens motiverende funktion modbevises naturligvis ikke deraf at gerningsmanden alligevel igen forser sig.<sup>2)</sup> Recidiv er et velkendt faktum men beviser ikke andet end at motivet i retning af lovlydighed er blevet overvundet af andre, modstående motiver. Sådant er jo handlingens normale mekanik: beslutningen fremgår af en mere eller mindre bevidst kamp mellem forskellige hensyn eller motivationer. Forudsætningen for strafreaktionen er altså at den straffede er strafmotiverbar, *strafpåvirkelig*, eller, kan vi også kortere sige, *strafegnet*. Hermed udtrykkes på træffende vis at den pågældende person besidder de egenskaber der er nødvendige for at straffen kan tjene sit formål. (På samme måde kalder vi et barn skoleegnet når det har nået den udvikling der er nødvendig for at skolegangen kan tjene sit formål; eller en værnepligtig for tjenesteegnet når han besidder de egenskaber der er nødvendige for at hans deltagelse i den militære uddannelse vil virke formålstjenlig). Strafuegnet er den fundamentale betingelse der legitimerer at staten overfor en *tilregnelig* person griber til andre og mere effektive midler til bekæmpelse af kriminalitet end straf.

Strafuegnet er ikke det samme som tilregnelighed. Dette sidste begreb er afgørende for om gerningsmanden kunne *gøre for* hvad han gjorde fordi han vidste eller burde have vidst hvad han gjorde og det kunne forventes af ham at han havde handlet anderledes. Den hvis mentale funktioner er så forstyrrede at han ikke opfylder dette kriterium vil ofte heller ikke være motiverbar gennem straf, altså heller ikke strafegnet. Men noget nødvendigt sammenfald af de to bedømmelser er der ikke.<sup>3)</sup>

<sup>2)</sup> Jfr. *Directives and Norms* (1968), 39, om direktivers effektivitet.

<sup>3)</sup> Glarbo, Johansen og Krabbe havde i U III (betænkning afgivet af straffelovskommissionen af 9. nov. 1917, Kbhvn. 1923) foreslået tilregnelighed bestemt gennem kriteriet »egnet til påvirkning gennem straf«. Men Olrik tog afstand herfra og betonedede at tilregnelighedsafgørelsen beror på en social vurdering der i første række beror på etisk-retlige hensyn. Det blev som bekendt Olriks op-

Det andet princip der efter dansk straffelov kan begrunde kriminalretlig reaktion overfor en lovovertræder er *sikkerhedsprincippet*. Det forudsætter ikke skyld men en ekstraordinær farlighed i forhold til de værdier samfundet ønsker at beskytte. Indgrebets begrundelse og begrænsning må søges i moralske hensyn af lignende art som dem der ligger til grund for nødretsinstytutet.<sup>4)</sup> Når væsentlige samfundsmæssige interesser er truet, og straf ikke er noget virksomt middel til bekæmpelse af faren, findes det berettiget at foretage indgreb mod det farlige individ der tilsigter ikke at motivere, men at uskadeliggøre,<sup>5)</sup> og som ikke er udtryk for nogen misbilligelse. Dets omfang bestemmes i første række ud fra hensynet til hvad der er nødvendigt til afværgelse af faren, uskadeliggørelse, men et vist proportionalitetshensyn gør sig også gældende ligesom i al nødret: Det gode der reddes må være klart overvægtigt i forhold til det der ofres. Strengere foranstaltninger kan bringes i anvendelse overfor en farlig lystmorder end overfor en uforbederlig lommetyv.

Medens straf justificeres af noget *der er sket*, nemlig at den straffede har forbrudt sig, justificeres sikkerhedsforanstaltning ved *det der forventes at ville ske*. Fare er jo udtryk for hvad man må påregne vil ske. I en vis forstand er vi alle farlige, nemlig forsåvidt det må påregnes at enhver af os under givne omstændigheder vil kunne begå en forbrydelse. Den farlighed der skal kunne begrunde sikkerhedsforanstaltning må derfor, som nævnt, være *ekstraordinær*.

Hermed menes at der er tale om en fare der ikke kan bekæmpes ved anvendelse af straf, *enten* fordi lovovertræderen er fundet utilregnelig, og altså ikke strafskyldig; *eller* fordi han, skønt tilregnelig, må anses for *uegnet til påvirkning gennem straf, strafuegnet*. Som forklaret i det foregående betyder dette at straf – som lidelse og bebrejdelse – ikke formår i dette individ at virke på normal måde motiverende. Straf er derfor, skønt fortjent, utjenlig.

---

fattelse der sejrede, jfr. Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret. Almindelig Del* (1952), 417, med henvisning til Haack i *NTfS* 1924, 221 f., der uddybede Olriks opfattelse og fremhævede at straf forudsætter »skyld«.

<sup>4)</sup> Det er formentlig mere træffende at henvise hertil end til nødværgereglerne, en henvisning der implicit ligger i den positivistiske skoles betegnelse af straffen som *difesa sociale*, jfr. *Skyld, Ansvar og Straf*, 106 f.

<sup>5)</sup> Dette udelukker naturligvis ikke at man samtidig i det omfang der er nogen mulighed derfor søger den internerede behandlet til helbredelse og moralsk påvirkning.

I den danske straffelov, som revideret i 1973, er sikkerhedsprincippet nærmere gennemført i §§ 68 og 69. Der må herefter sondres mellem tre grupper af lovovertrædere:

(a) *T* (den tiltalte) frifindes for straf som *utilregnelig* i medfør af § 16 (på grund af sindssygdom etc.). I så fald kan retten i medfør af § 68 træffe bestemmelse om anvendelse af »andre foranstaltninger der findes formålstjenlige for at forebygge yderligere lovovertrædelser«. Heri ligger forudsat at *T* frembyder en vis kriminalitetsrisiko, dog uden nogen specifikation med hensyn til hvilke lovovertrædelser der kan befrygtes. Da nu hver og én af os kan tænkes under givne omstændigheder at begå en lovovertrædelse, er der grund til at tro at den kriminalitetsrisiko der betinger foranstaltninger efter § 68 må være af særegen art. Det forekommer mig nærliggende at antage at det må være en risiko betinget netop af de mentale forhold (sindssygdom o.s.v.) der har begrundet hans utilregnelighed. Paragraffen angiver hvori sikkerhedsforanstaltningerne kan bestå. Uden at være knyttet til bestemte kriterier kan der, efter risikoens grad og retning, blive tale om mere eller mindre indgribende foranstaltninger, dels uden frihedsberøvelse (tilsyn m. m.), dels med frihedsberøvelse (institutionsanbringelse m. m.). Anbringelse i forvaring kan dog kun ske under samme betingelser som ifølge § 69 gælder for tilregnelige. Foranstaltninger efter § 68 er tidsbestemte. I § 71 er der givet regler om deres ændring eller endelige ophævelse.

Det kan meget vel tænkes at den mentale tilstand i gerningsøjeblikket der har betinget utilregneligheden er af en sådan art at den ikke medfører nogen særegen kriminalitetsrisiko. I så fald kan hverken straf eller § 68-foranstaltning bringes i anvendelse.

(b) *T* er en *psykisk afvigende, tilregnelig* person af den art som beskrevet i § 17, stk. 1, (psykopater m. m.). Når retten – muligvis efter indhentet lægeerklæring – finder at *T* falder under denne kategori, påhviler det efter § 17, stk. 1, retten efter indhentet lægeerklæring og på grundlag af samtlige iøvrigt foreliggende omstændigheder at afgøre om han kan anses *egnet til påvirkning gennem straf (strafegnet)*. Hvis retten finder *T* strafegnet straffes han på sædvanlig måde. I modsat fald kan der træffes foranstaltninger i medfør af § 68 efter ganske samme regler som gældende for utilregnelige. Det vil altså sige at *T* som følge af sin psykiske afvigelse må frembyde en særegen kriminalitetsrisiko og at foranstaltningen kan være af mere eller mindre indgribende art.

(c) *T* er en *psykisk normal* (i den forstand at han falder hverken under § 16 eller § 17, stk. 1) (*tilregnelig*) person. Sådanne lovovertrædere kan under de i § 69 angivne betingelser dømmes til tidsubestemt forvaring. Også i dette tilfælde er den legitimerende grundbetingelse, at den pågældende *ikke er egnet til påvirkning gennem straf*. Paragraffen anvender ganske vist ikke, således som § 17, stk. 1, disse ord, men kravet fremgår af de betingelser den opstiller for dom til forvaring. Det kræves nemlig dels at *T* skal frembyde en kriminalitetsrisiko af nærmere bestemt karakter (»nærliggende fare for andres liv, legeme, helbred eller frihed«); og dels at anvendelse af forvaring i stedet for fængsel »findes påkrævet for at forebygge denne fare.« Men hvad kan begrunde den opfattelse at straf ikke er tilstrækkelig kriminalitetsforebyggende overfor netop denne person end just det forhold, at han må anses for uegnet til påvirkning gennem straf?

Strafupåvirkelighed er altså en betingelse såvel for foranstaltning i medfør af § 68, jfr. § 17, som for forvaring i medfør af § 69. Hvorledes kan nu den antagelse at en vis person er uegnet til påvirkning gennem straf begrundes? Simpel recidiv er som nævnt naturligtvis ikke tilstrækkelig indikation. Gentagelsen viser kun at straffens motivation ikke har været stærk nok, ikke at straffen har været ganske virkningsløs. Der kan især blive tale om to holdpunkter til støtte for at statuere strafuegnethed: en *lægelig prognose* og *erfaringens vidnesbyrd* idet manden i praksis har vist sig upåvirket af et antal forsøg på at motivere ham gennem straf. En lægeerklæring er efter § 17, stk. 1, obligatorisk som grundlag for rettens afgørelse af spørgsmålet om strafuegnethed. Men afgørelsen skal træffes også under hensyn til »samtlige iøvrigt foreliggende omstændigheder«. Blandt disse vil tidligere kriminalitet – som udtrykkelig fremhæves i § 69 – være en faktor af særlig betydning. Det er klart at den lægelige prognose gående ud på, at mandens psykiske habitus udelukker motivation ved straf, virker mere overbevisende når den underbygges af den kendsgerning at *T* gang på gang er recidiveret, end dersom den står helt på egne ben idet den angår en mand der hidtil ikke har været i konflikt med loven.<sup>6</sup>)

Det fremgår af det foregående at straf for at være berettiget for-

<sup>6</sup>) Se ndf. under punkt 2 om domstolenes utilbøjelighed til at stemple en kriminel novice som strafupåvirkelig og dermed berøve ham hans krav på (proportional, tidsbestemt) straf.

udsætter at gerningsmanden er skyldig, *strafværdig*; og for at være formålstjenlig forudsætter at han er strafpåvirkelig, *strafegnet*. Svinger en af disse forudsætninger kan straf ikke finde anvendelse, i første tilfælde fordi straffen som udtryk for misbilligelse ville være uretfærdig, i andet tilfælde fordi straffen ikke ville tjene sit formål, at virke motiverende. På dette grundlag kan lovovertrædere opdeles i følgende kategorier.

A. Lovovertrædere der som *utilregnelige* er *uden skyld* og derfor *ikke strafværdige*. Overfor dem er straf udelukket fordi straffens stigma ville være uberettiget. Hvis sådanne personer er farlige for retssikkerheden kan der træffes passende sikkerhedsforanstaltninger mod dem der på ingen måde har straffens kendetegn: de er ikke udtryk for misbilligelse, de tilsigter ikke motivation men uskadeliggørelse, og deres varighed er ikke proportional til nogen skyld. I straffeloven er de hjemlede ved § 68, jfr. § 16.

B. Lovovertrædere der er tilregnelige og derfor *strafværdige*, men som er *ikke-strafegnede*. Overfor dem er straf udelukket fordi den ville være unyttig, ikke formålstjenlig. Hvis sådanne personer er farlige for retssikkerheden kan der overfor dem træffes sikkerhedsforanstaltninger der i nogen grad har præg af straf, nemlig derved at den forudsatte strafværdighed forlener disse foranstaltninger med en karakter af misbilligelse. Derimod adskiller de sig fra straf derved at de ikke tilsigter motivation men uskadeliggørelse og derved at deres art og varighed ikke er proportional med skylden. I straffeloven er sådanne foranstaltninger, forsåvidt angår psykisk normale individer der har vist sig strafuegnede, hjemlet ved § 69 (forvaring); og forsåvidt angår psykisk afvigende personer der efter lægelige udsagn og omstændighederne iøvrigt må forudses at være strafuegnede, ved § 68, jfr. § 17.

C. Lovovertrædere der er såvel *strafværdige* som *strafegnede*. Overfor dem bringes straf i anvendelse, altså reaktioner der er udtryk for misbilligelse, tilsigter motivation og er proportionale med skylden. Herunder falder dels psykisk normale lovovertrædere i almindelighed idet sådanne må formodes strafegnede sålænge de ikke erfaringsmæssigt har vist sig strafupåvirkelige og derfor må henføres til gruppe B. Og dels psykisk afvigende lovovertrædere som omhandlet i strfl. § 17 forsåvidt de af retten på grundlag af indhentet lægeerklæring og iøvrigt foreliggende omstændigheder må antages at være egnede til påvirkning gennem straf.

## 2. Om anvendelse i retspraksis af begrebet »strafegnethed«.

Jeg har ovenfor forklaret at forudsætningen for anvendelse af straf må være at den kan nytte i forhold til straffens specialpræventive formål: at virke motiverende på lovovertræderens fremtidige adfærd. Dette er tilfældet dersom straffen i den straffedes sind har skabt en vis bevæggrund til at afholde sig fra ny lovovertrædelser – uanset at denne bevæggrund som alle andre kun er en *motivkomponent* der samvirker med mange andre og derfor kan risikere at blive overvundet og tilsidesat af stærkere motiverende faktorer. Kun hvis det må antages at straffen praktisk taget vil gå hen over hovedet på den straffede uden at efterlade sig noget motiverende spor af nævneværdig styrke i mandens psyke må straf siges at være meningsløs som utjenlig i forhold til sit formål.

En sådan uimodtagelighed for motivation kan skyldes lovovertræderens afvigende psykiske habitus, og det er denne situation strfl. § 17 har for øje. Det tilkommer retten at afgøre om disse psykisk afvigende lovovertrædere (der dog ikke er utilregnelige efter § 16) kan anses for »egnet til påvirkning gennem straf«.

Som omtalt er strafegnethed ikke det samme som tilregnelighed. Medens tilregnelighedskravet er afgørende for strafs*skylden* og refererer sig til sigtedes tilstand i gerningsøjeblikket, er strafegnetheden afgørende for om det kan *nytte* at straffe den skyldige, og denne bedømmelse refererer sig til sigtedes tilstand i domsøjeblikket. Tilregnelighedsspørgsmålet er afgjort i og med strfl. § 16, medens det efter § 17 tilkommer retten at afgøre hvorvidt de af paragraffen omfattede tilregnelige lovovertrædere er egnede til påvirkning gennem straf.

Medens sondringen mellem tilregnelighed og strafegnethed (eller strafs*skyld* og sanktionsvalg) har stået klar for de ledende juridiske forfattere<sup>1)</sup> har man derimod fra lægelig side blandet disse begreber sammen. Helweg vender sig mod den af Hurwitz fremsatte opfattelse, at afgørelsen af strafegnetheden må ske på grundlag af forholdene på domstidspunktet, og siger videre: »Fra psykiatrisk side kan man vanskeligt anerkende denne betragtning, men må lægge afgørende vægt på, om den tilstand, de tiltalte i gerningsøjeblikket, altså på et tidligere tidspunkt end domfældelsen, befandt sig i, var

<sup>1)</sup> Hurwitz, *a. st.*, 433–34; Waaben, *a. st.*, 67–68. Anderledes Louis le Maire i U 1948 B, 83 f.

af en sådan abnorm beskaffenhed, at normal motivdannelse var udelukket eller dog svækket, og personen altså netop af sin abnormitet førtes til forbrydelse«. <sup>2)</sup> Det er ganske klart at Helweg her taler om skylden, tilregneligheden. Det er vel sagtens hans autoritet og indflydelse som mangeårigt medlem af retslægerådet der forklarer at også retslægerådet har gjort sig skyldig i samme misforståelse og sammenblanding af begreberne. Dette kom med stor tydelighed frem i en sag omtalt af Louis le Maire. <sup>3)</sup> Efter at retslægerådet havde afgivet en udtalelse hvoraf fremgik at rådet ved bedømmelse af strafegnetheden havde lagt vægt på om tiltalte i gerningsøjeblikket havde haft fuldt herredømme over sine handlinger, rettede statsadvokaten en fornyet henvendelse til rådet hvori han gjorde gældende at »afgørelsen af, hvorvidt en person er påvirkelig gennem straf, synes at måtte afhænge af hans tilstand, da lovovertrædelser påkendes, eller straffen skal afsones, og ikke af hans tilstand i gerningsøjeblikket«. Rådet svarede at det måtte stille sig uforstående overfor denne fortolkning og tilføjede: »Rådet er siden den nugældende straffelovs ikrafttræden stedse gået ud fra, at afgørende for, om en sigtet person var uegnet eller egnet til påvirkning gennem straf, alene var spørgsmålet, om der i gerningsøjeblikket fandtes eller ikke fandtes varigere sjælelige forstyrrelser af den i straffelovens § 17, stk. 1, omhandlede art, og om disse forstyrrelser måtte skønnes at have været tilstede i en sådan form og grad, at den sigtedes handlesæt i gerningsøjeblikket var overvejende bestemt deraf. Samtlige retslægerådets responsa har stedse utvetydigt været afgivet ud fra denne opfattelse, og det har ingensinde givet anledning til misforståelse eller mødt modsigelse«.

Rådets omtydning af strafpåvirkning til et tilregnelighedsspørgsmål har givet sig udslag i total begrebsforvirring som det fremgår af denne udtalelse: »Omend en straf ikke usandsynligt vil have den virkning, at han fremtidig afholder sig fra lignende handlinger, må han dog efter rådets skøn på grund af det udpræget sygelige (neurotiske) grundlag for hans lovovertrædelser anses for uegnet til påvirkning gennem straf«. <sup>4)</sup> Det er svært at forstå meningen med i samme åndedrag at sige at straffen antagelig vil virke efter sin hen-

<sup>2)</sup> H. Helweg, *Den retslige Psykiatri* (2. udg. 1949), 24.

<sup>3)</sup> I note 1 *a. st.* Jeg har ikke kunnet finde sagen i rådets årsberetninger.

<sup>4)</sup> *RÅ*, 1955, 111-12.

sigt, og at manden dog må anses for uegnet til påvirkning af den.

Et gennemsyn af retslægerådets årsberetninger viser at der er tilfælde i hvilke rådet utvetydigt i udtalelser om egnethed til påvirkning gennem straf har haft tiltaltes tilregnelighed i gerningsøjeblikket for øje.<sup>5)</sup> I samme retning peger andre udtalelser der angår tilfælde i hvilke tiltaltes mentale tilstand under observationen afviger væsentligt fra tilstanden i gerningsøjeblikket, men hvor strafegnheden ligefuldt bedømmes med henblik på tilstanden på sidstnævnte tidspunkt.<sup>6)</sup> På den anden side kan der også citeres udtalelser der utvetydigt bygger på tilstanden som den er på observations-tiden.<sup>7)</sup>

Det kan forekomme besynderligt at der har kunnet bestå en så fundamental uenighed mellem jurister og læger om forståelsen af et centralt begreb i straffeloven uden at denne uenighed, så vidt ses, nogensinde har ført til en definitiv konfrontation og juridiel afgørelse. (Det må naturligvis tilkomme domstolene og ikke en rådgivende institution at afgøre hvorledes loven skal fortolkes). Forklaringen må søges i den omstændighed at det typisk vil være uden praktisk relevans om bedømmelsen af strafegnheden sker på det ene eller det andet grundlag. Da § 17 kun angår »varige« tilstande

<sup>5)</sup> Se fx RÅ 1948, 42: »Hendes strafegnhed er tvivlsom, idet det efter det foreliggende rent psykiatrisk kan være nogen tvivl underkastet, hvorvidt den psykiske abnormtilstand sigtede befandt sig i i gerningsøjeblikket, har været så udtalt og af en sådan varighed, at den må ligestilles med sindssygdom, eller om den snarere må henføres til de i straffelovens § 85 omhandlede forbigående uligevægtstilstande«.

<sup>6)</sup> Se fx RÅ 1949, 62; 1948, 37; 1946, 23-24 og 1944, 20. Det kan også nævnes at Finansministeriet i en sag hvori der var spørgsmål om pension til en for tjenesteforsømmelse afskediget tjenestemand har forespurgt retslægerådet om tjenestemanden »på det tidspunkt, hvor han foretog de handlinger, der medførte hans afskedigelse, befandt sig i en tilstand som omhandlet i straffelovens § 17, stk. 1, og i bekræftende fald om han – såfremt der havde været tale om et strafbart forhold – ville kunne anses egnet til påvirkning gennem straf«. Da rådet var mest tilbøjelig til at betegne den pågældende som strafuegnet blev der tillagt ham ordinær pension, RÅ 1963, 46.

<sup>7)</sup> Se fx RÅ 1963, 65, hvor strafegnheden bedømmes på grundlag af en efter gerningstidspunktet pådraget svær hjernelæsion. På lignende måde udtalelse RÅ 1955, 97, hvor bedømmelsen sker under hensyntagen til en efterfølgende indtrådt bedring. Udtalelserne i RÅ 1960, 60; 1952, 74-75; 1949, 95-96 og 1948, 100 tager alle sigte på om den pågældende er egnet til at gennemgå den i (dåværende) strfl. § 43, stk. 2, nævnte udvikling, hvilket efter sagens natur må forudsætte en bedømmelse på grundlag af tilstanden i observationsøjeblikket.

vil typisk tilstanden i gerningsøjeblikket og den i observationsøjeblikket være identiske.

Begrebet »strafegnethed« (egnethed til påvirkning gennem straf) er klart nok i sit meningsindhold, og jeg finder det derfor ubegrundet at overlæge Jan Sachs, Horsens, i en erklæring til brug for en § 17-sag har stemplet det som et fiktivt, nærmest meningsløst begreb og erklæret at han ikke ved og aldrig har vidst hvad det vil sige at være »strafegnet«, resp. »strafuegnet«.<sup>8)</sup> Hans udtalelse kan muligvis forklares derved at han, ligesom i sin tid Helweg, forveksler strafegnethed med tilregnelighed. For dette sidste er et moralsk-retligt begreb hvis mening ikke lader sig definere i psykiatriske termer.

En anden kilde til misforståelse ligger deri at lægerne synes at gå ud fra at de i deres udtalelser om strafpåvirkelighed skal lægge samme hensyn til grund som domstolene gør ved anvendelse af § 17. Dette fremgår af udtalelser af overlæge Bent Borup Svendsen i *NTK* 1972, side 71. Efter at have omtalt de forskellige hensyn der gør sig gældende i domstolenes praksis siger han: »Det vil sige, at også disse hensyn vil blive inddraget i de erklæringsskrivendes og retslægerådets skøn, alene af den grund at man for den almindelige fordrageligheds skyld vil arbejde sig frem imod overensstemmende vurdering i det overvejende antal tilfælde.« Denne samarbejdsvilje beror imidlertid på en misforståelse. Strfl. § 17 forudsætter klart at domstolen kan tage andre hensyn i betragtning end de der bestemmer den lægelige erklæring. Lægerne skal udtale sig om hvorvidt mandens psyke er sådan at straf må antages at virke motiverende på ham og ikke om andet. Det er naturligt at den juridiske bedømmelse kan afvige fra den lægelige og dette har ikke noget med ufordragelighed at gøre.

Endelig må det også tages i betragtning at strafegnethed er et adfærdspsykologisk, ikke et psykiatrisk, begreb, og at det måske derfor slet ikke er lægerne der burde rådgive domstolene i dette spørgsmål.

Noget andet er at selvom et begreb har god mening kan det være vanskeligt at arbejde med når det i et konkret tilfælde skal afgøres om egenskaben »strafegnethed« foreligger eller ej. Af to grunde. Dels fordi »strafupåvirkelighed« angiver nulpunktet eller området

---

<sup>8)</sup> Se U 1971. 756.

nær nulpunktet på en skala med glidende overgange. Og dels fordi vi her ikke har med håndfaste, let konstaterbare fænomener at gøre, men med sjælelige størrelser, karakteregenskaber, der ikke er direkte iagttagelige, men kun på usikker måde afspejler sig (lægger sig for dagen) i observandens iagttagelige adfærd.

Det kan derfor ikke undre at de lægelige erklæringer ofte udtrykker såvel tvivl om som graduation af karakteristikken (»uegnet«, »ganske uegnet«, »absolut uegnet«, »ikke ganske uegnet«, strafegnetheden er »tvivlsom« eller »yderst tvivlsom«). Men medens lægerne kan tillade sig såvel vaghed som tvivl, og sagligt er nødt til at kvalificere deres udtalelser på denne måde, er retten efter loven forpligtet til at træffe en skarp afgørelse af et Enten-Eller: den skal afgøre om tiltalte kan anses for egnet til påvirkning gennem straf eller ej. Ved denne afgørelse er retten ikke bundet af det lægelige skøn. Loven siger at afgørelse træffes »efter indhentet lægeerklæring og samtlige i øvrigt foreliggende omstændigheder«. <sup>9)</sup> Herved er udtrykkeligt angivet at andre faktorer end den lægelige prognose kan komme i betragtning ved afgørelse af egnethedsafgørelsen.

I de fleste tilfælde følger domstolene lægernes vurdering således som den har fundet udtryk i retslægerådets samfattende udtalelse. Dette gælder ganske særligt når rådets udtalelse er gået i retning af, med større eller mindre sikkerhed, at anse tiltalte for strafpåvirkelig. Men det er dog forekommet at Højesteret i modstrid med retslægerådets udtalelse har erklæret en tiltalt for ikke egnet til påvirkning gennem straf og har dømt vedkommende til anbringelse i forvaringsanstalt for psykopater, se U 1957. 752 (H).

Derimod afviger den retlige bedømmelse af strafegnetheden ikke sjældent fra retslægerådets vurdering når denne er gået i retning af at erklære sigtede for uegnet til påvirkning gennem straf. En omstændighed der kan tale for sådan afvigelse er det forhold at tiltalte ikke tidligere har været straffet (eller ihvertfald kun for ubetydelige lovovertrædelser). Som jeg har nævnt i det foregående står prognosen om upåvirkelighed på svagere fødder når den udelukkende bygger på en psykiatrisk karakterdiagnose end dersom den understøttes af recidiv i større eller mindre omfang. I overensstem-

---

<sup>9)</sup> Dårligt sprog! Man kan ikke træffe afgørelse »efter . . . samtlige iøvrigt foreliggende omstændigheder«, men nok »på grundlag af« dem.

melse hermed og med det synspunkt, at i tvivl bør tiltalte ikke underkastes tidsbestemt forvaring, men straffes,<sup>10)</sup> har domstolene været meget tilbageholdende med at dømme folk med pletfri (eller næsten pletfri) fortid til anbringelse i særlig forvaringsanstalt. Hensynet hertil er flere gange blevet udtrykkeligt anført, se fx højesteretsdommer Hvidts dissens i U 1970. 610 (H) og Østre Landsrets afgørelser i U 1969. 1002 og U 1953. 885. Som andre domme i hvilke retten formentlig ud fra samme hensyn har anset tiltalte for strafegnet i strid med modstående udtalelse fra retslægerådet kan anføres U 1966. 857 (H); 1961. 458; 1960. 569 (H); 1956. 432 (H). Det er forståeligt at samme betænkelighed ikke gør sig gældende hvis den kriminelle novice er en lettere åndssvag overfor hvem det må anses for tilstrækkeligt at anordne åndssvageforsorg i henhold til (dagældende) strfl. 70, se fx U 1969. 952; 1961. 572 (H); og 1960. 140 (H).

De domme jeg just har omtalt betyder ikke at domstolene i afgørelser i henhold til § 17, stk. 1, går ud over det strafpåvirkelighedskriterium som loven opstiller. De betyder kun at de ved anvendelsen af dette kriterium, således som loven foreskriver, tager også andre omstændigheder i betragtning end den lægelige prognose. Det samme gælder også forsåvidt domstolene, som udtalt af Højesteret i afgørelsen U 1960. 569, tager hensyn også til den strafbare handlings beskaffenhed. Det er fx forståeligt at en psykopat med abnorme seksuelle tilbøjeligheder må anses for upåvirkelig gennem straf forsåvidt sædelighedsforbrydelser angår, men ikke i relation til berigelsesforbrydelser.

Det er velkendt at domstolene i afgørelser efter § 17, stk. 1, er gået videre end lovens ord tilsiger idet de har fortolket bestemmelsen under hensyntagen til krydsende strafferetlige principper. Det har såvel Hurwitz som Waaben påvist, og jeg har intet nyt derom at tilføje.<sup>11)</sup> Skal blot lige minde om at det især drejer sig dels om et proportionalitetshensyn hvorefter man viger tilbage for at statuere strafuegnet med forvaring til følge når anledningen er en mindre alvorlig lovovertrædelse der kun vil medføre straf af bøde eller kortvarig frihedsstraf, se fx den just omtalte afgørelse i U 1960.

<sup>10)</sup> Vendinger i retning af at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan anses for godtgjort at tiltalte ikke er egnet til påvirkning gennem straf, forekommer jævnlige.

<sup>11)</sup> Hurwitz, *a. st.*, 431-32; Waaben, *a. st.*, 69 f., 87 f.

569 (H); og dels et generalpræventivt hensyn der begrundes at domstolene i drabssager og andre tilfælde af meget grov kriminalitet uanset lægeerklæring om strafuegnethed<sup>12)</sup> foretrækker at idømme straf idet sikkerhedshensynet ligefuldt er varetaget gennem straffetidens længde (ofte på livstid).

### 3. Kan strfl. § 17 finde anvendelse på sindssyge der er fundet tilregnelige?

Den varigere psykiske tilstand der betinger anvendelse af § 17 er i loven negativt karakteriseret derved at den »dog ikke er af den i § 16 angivne beskaffenhed«. Denne formulering giver anledning til et fortolkningsspørgsmål der mig bekendt ikke hidtil har været påagtet i litteraturen. Spørgsmålet er: Sigter udtrykket »tilstand . . . af den i § 16 angivne beskaffenhed« til sådanne tilstande der efter § 16 *kan* begrunde utilregnelighed – nemlig sindssygdom eller tilstande, der må ligestilles hermed, eller åndssvaghed i højere grad – men uanset om de *har* begrundet utilregnelighed? Eller sigter det kun til sådanne tilstande forsåvidt de *har* medført utilregnelighed.

Spørgsmålet er vel ikke af stor praktisk betydning, men dog ikke uden relevans. Dets relevans beror på at sindssygdom (for kort at nævne denne tilstand *pars pro toto*) ikke automatisk medfører utilregnelighed. Det kan efter formuleringen af § 16 tænkes, og er også anerkendt i praksis, at en person må anses for tilregnelig uanset at han var sindssyg i gerningsøjeblikket (og måske stadig er det).<sup>1)</sup> Spørgsmålet er da om en sådan sindssyg, tilregnelig person (under forudsætning af at sygdommen ikke var af rent forbigående karakter) omfattes af § 17. Efter den første læsemåde må spørgsmålet besvares benægtende, efter den anden bekræftende.

Jeg kan ikke se at spørgsmålet kan afgøres ud fra sproglig-logiske synspunkter og har heller ikke i forarbejderne fundet holdepunkt for nogen løsning.

Det må i denne forbindelse erindres at et § 17-udkast, efter det mønster denne paragraf fik i loven af 1930, i betænkningen af

<sup>12)</sup> I sagen U 1961. 585 (H) havde retslægerrådet endda betegnet *T* som »absolut uegnet til påvirkning gennem straf«. Til de af Waaben *a. st.*, 87 note 1, anførte domme kan føjes U 1970. 153 (H) og 1972. 876 (H).

<sup>1)</sup> For dokumentation se Hurwitz, *a. st.*, 422, og 4. reviderede udgave af samme værk ved Knud Waaben (1969), 297, hvortil kan føjes U 1968. 885.

1923 kun blev fremsat af Goll, Olrik og Torp, og at de to af disse (Goll og Torp) regnede med en § 16 hvorefter sindssygdom m. v. automatisk medførte straffrihed, således altså at problemet slet ikke ville opstå.

Reale grunde taler, så vidt jeg kan se, for en bekræftende besvarelse. I modsat fald vil der opstå en lakune. Hvis tilregnelige sindssyge ikke kan henføres under § 17 vil det sige at de ubetinget vil være at straffe og at der altså ikke overfor dem er nogen mulighed for at dømme til sikkerhedsforanstaltninger efter § 68 hvis de på grund af deres psykiske habitus må anses for strafupåvirkelige og farlige for retssikkerheden.

Der foreligger flere højesteretsafgørelser der berører problemet, dog uden at dette med tydelighed er fremdraget og besvaret.

U 1944. 472 (H) angik en 42-årig, ustraffet mand der af jalousi havde dræbt sin hustru. Retslægerådet udtalte at han på gerningens tid havde været sindssyg, lidende af en svær psykogen depression, og at han som farlig for sig selv og muligvis også for andre burde anbringes på et sindssygehospital. Landsretten udtalte:

»Retten . . . finder, at uanset om tiltalte måtte være at betegne som sindssyg i gerningsøjeblikket, har han ihvertfald ikke som følge deraf været utilregnelig, og forbrydelsen er herefter ikke straffri i medfør af straffelovens § 16.

Retten finder ejheller, at tiltalte ved handlingens foretagelse har befundet sig i den i straffelovens § 17, stk. 1, beskrevne tilstand.«

Højesteret udtalte at i henhold til de i Landsrettens dom anførte grunde tiltrædes det, at strfl. §§ 16 og 17 ikke finder anvendelse og stadfæstede Landsrettens dom til fængsel i 4 år.

Denne dom må formentlig forstås således. Retten vil ikke tage stilling til om *T* har været sindssyg eller ej da han begik forbrydelsen. Den regner med begge muligheder. Også for det tilfælde at han var sindssyg statueres det, at han ikke var utilregnelig. Den logiske følge heraf er at han ikke er straffri i medfør af § 16. Derefter stilles et nyt spørgsmål, nemlig om han har befundet sig i en tilstand som beskrevet i § 17, stk. 1. Hvis *T* ikke var sindssyg er spørgsmålet ganske selvfølgeligt: det kan stilles om ham som om enhver anden. Hvis *T* derimod virkelig var sindssyg – en mulighed som dommen jo ikke vil udelukke – kan spørgsmålet kun stilles under den forudsætning at (tilregnelige) sindssyge ikke er udelukket fra at blive bedømt efter § 17, stk. 1, – selvom udfaldet in concreto er blevet at

*T* faktisk ikke opfyldte § 17-beskrivelsens krav. Efter denne forståelse støtter dommen altså den fortolkning at § 17 er principielt anvendelig også på sindssyge.

Samme dag som den omtalte dom blev afsagt afsagde Højesteret dom i en anden sag af lignende art, U 1944. 475 (H). *T* havde gjort sig skyldig i underslæb og retslægerådet udtalte at han på gerningens tid havde lidt af en lettere depression der måtte opfattes som en let sindssygdom og udslag af en epileptisk grundlidelse. Det tilføjede at han var uegnet til påvirkning gennem straf og at det måtte tilrådes at han forbliver på psykiatrisk afdeling indtil helbredelse. Østre Landsret udtalte:

»Idet der ikke findes holdepunkter for at antage, at der er en sådan sammenhæng mellem den i lægeerklæringerne omhandlede sjælelige defektilstand og det af tiltalte begåede underslæb, at dette ikke kan tilregnes ham som strafbart, vil hverken straffelovens § 16 eller dens § 17 kunne finde anvendelse.«

Højesteret stadfæstede dommen i henhold til dens grunde og dømte ham til straf af fængsel i 8 måneder.

Der er i denne dom intet holdepunkt for den antagelse at retten skulle bestride eller sætte spørgsmålstegn ved retslægerådets diagnose gående ud på at den pågældende var sindssyg. Afgørelsen er begrundet i manglende kausalitet, og denne brist medfører umiddelbart at hverken § 16 eller § 17 er anvendelig. Det synes altså også i denne dom forudsat at § 17 principielt er anvendelig på sindssyge, men at anvendelse in concreto har været udelukket på grund af manglende kausalitet mellem psykisk tilstand og gerning.

I en tredje dom samme år, U 1944. 1101 (H), lå forholdene på lignende måde som i den førstnævnte afgørelse. *T*, der havde gjort sig skyldig i underslæb, blev af retslægerådet beskrevet som på gerningens tid lidende af en langtrukken depression og som værende sindssyg. Rådet sagde videre at han måtte anses for at være uegnet til påvirkning gennem straf og at han, da ligeartede lovovertrædelser ikke kan udelukkes, indtil videre burde anbringes på et sindssygehospital. Underret og Landsret dømte i overensstemmelse hermed idet han blev anset for utilregnelig, strfl. § 70, jfr. § 16. Højesteret udtalte:

»Selv om tiltalte efter de foreliggende lægeerklæringer som lidende af en langtrukken depression på gerningens tidspunkt måtte betegnes som sindssyg, kan han dog efter alt foreliggende ikke antages

at have været utilregnelig, hvorfor der ikke bliver anvendelse for strfl. § 16, ligesom der heller ikke findes grundlag for anvendelse af strfl. § 17.«

Og dømte ham til straf af fængsel i seks måneder. Eftersætningen »ligesom der heller ikke findes grundlag for anvendelse af strfl. § 17« fremtræder ikke som en logisk konsekvens af den foregående statuering af at han ikke kan antages at have været utilregnelig, men som en ny, selvstændig statuering: Man har efter omstændighederne ikke fundet at tiltalte har befundet sig i en tilstand som beskrevet i § 17, stk. 1, men dette er ikke *eo ipso* anset for udelukket i og med hans mulige sindssygdom.<sup>2)</sup>

---

<sup>2)</sup> Lignende afgørelse i omtrent samme vendinger blev truffet af Østre Landsret i sagen U 1958. 54 (H), men Højesteret henførte tilfældet under § 17 uden at udtale sig om hvorvidt T måtte anses for sindssyg eller ej.

# Om tilregnelighed

## *1. Den positivistiske skoles forkastelse af tilregnelighedsbegrebet er en spekulativ-filosofisk vildfarelse i strid med kendsgerninger og sund fornuft.*

Moderne kriminallove indeholder dels regler der angiver de betingelser hvorunder domstolene kan og skal drage en person til ansvar ved at idømme ham *straf* af en vis art og størrelse; og dels regler der angiver de betingelser hvorunder domstolene kan og skal træffe *anden foranstaltning* (»sikkerhedsforanstaltning« eller kort blot »foranstaltning«) overfor ham.

Betingelserne for idømmelse af straf kan i generaliserende abstraktion reduceres til to:

(1) *A* må være gerningsmand, d.v.s. han må have begået en af de i loven som forbrydelse beskrevne handlinger uden at der foreligger nogen anerkendt objektiv undtagelsessituation der gør hans handling retmæssig. Det kan fx være at *A* har øvet vold mod *B*, men at dette er sket i nødværge. I så fald er *A* straffri fordi gerningen ikke misbilliges, men anses for retfærdiggjort af nødværgesituationen.

(2) *A* må desuden være skyldig d.v.s. i psykisk henseende opfylde visse betingelser der samles under navn af skyld. I kontinental ret er det almindeligt at opdele disse betingelser i to grupper under navn af krav om henholdsvis tilregnelighed og tilregnelighed. Kravet om tilregnelighed går ud på at overtrædelsen skal være begået under visse psykologiske (viljemesmæssige og forstandsmæssige) omstændigheder i gerningsmandens sind der på særlig måde knytter gerningen til ham, og ikke til tilfældige omstændigheder. Normalt kræves hvad der kaldes forsæt, undertiden blot uagtsomhed, som betingelse for straf. Kravet om tilregnelighed går ud på at ansvar udelukkes dersom gerningsmanden, da han begik overtrædelsen, befandt sig i en sjælelig tilstand der afviger fra det normale voksne

individets psyke. Der kan være tale om forbigående eller varige psykiske forstyrrelser (sindssyge og lignende tilstande), om mangelfuld udvikling af åndsevnerne (åndssvaghed), eller om ung alder. Når en gerning ligger for dagen er man, uden særlige holdepunkter for det modsatte, tilbøjelig til at formode at skyldkravene er opfyldt. Disse kan derfor nok så træffende fremstilles som undskyldninger der kan fremføres af gerningsmanden. De undtager ikke gerningen i sig selv fra det strafbares område, men de undskylder manden, d.v.s. fritager ham for skyld.

Disse betingelser må forstås som typiske. Afvigelser kan forekomme, såvel sådan at straf idømmes en person der ikke er gerningsmand (vikarierende ansvar); som sådan at straf idømmes en gerningsmand der ikke er skyldig (objektivt ansvar, *strict liability*).

For idømmelse af foranstaltning kræves ligeledes et gerningsmandsforhold. Forholdsregler truffet uden at denne betingelse er opfyldt, fx tvangsindlæggelse af farligt sindssyge i henhold til den særlige lovgivning herom, falder udenfor det kriminalretlige system.

Derimod forudsætter idømmelse af foranstaltning ikke skyld hos gerningsmanden, men derimod en vis særegen farlighed.

Det er altså skyldkravet der betinger og kvalificerer straffereaktionen. Kravet om skyld kan forstås som udtryk for at gerningsmanden kan *bebrejdes* for hvad han har gjort, og straffen, i overensstemmelse hermed, som samfundets *misbilligelse* af gerningsmanden og hans gerning.

Da tilregnelighedskravet udtrykker visse mentale egenskaber der må have foreligget hos en person i gerningens øjeblik som betingelse for at gerningen kan tilregnes ham som skyld kan tilregnelighed defineres som de personlige, mentale egenskaber der efter loven er en nødvendig betingelse for at en gerningsmand kan drages til ansvar ved idømmelse af straf. Udsagnet at »A er tilregnelig« betyder i overensstemmelse hermed at hans mentale tilstand er sådan at han opfylder lovens betingelser for at kunne idømmes straf. Og at han ikke er tilregnelig, eller utilregnelig, at han ikke opfylder disse betingelser. Tilregnelighedsbegrebet er altså defineret ved henvisning til en given lov, fx den danske straffelov, på samme måde som fx udtrykket »giftstof« som anvendt i en vis lov kan være defineret ved henvisning til en i loven indeholdt fortegnelse. »Tilregnelighed« i tale om moralske forhold kan da på tilsvarende måde defineres ved henvisning til de i en given moralitet opstillede krav som betingelse

for at gøre moralsk ansvar gældende mod en person og bebrejde ham hvad han har gjort.

Om man vil kan det at være tilregnelig også defineres gennem den retsstilling at vedkommende kan straffes. Det er det samme hvad enten man betoner de betingende kendsgerninger eller den betingede retsfølge. »Tilregnelighed« er et systembegreb der udtrykker sammenhængen mellem disse dele.<sup>1)</sup>

Gennem de indikationer for utilregnelighed som loven opstiller deles mennesker efter deres mentale tilstand i to grupper: de tilregnelige og de utilregnelige. Dette modsiges ikke af den omstændighed at de anvendte kriterier kan være beskrevet i vage, upræcise vendinger der lader plads åben for usikkerhed og skøn. Det er tilfældet med så mange retlige sondringer.

Tilregnelighedskravet har mening og relevans i og dermed at det er afgørende for sondringen mellem (misbilligende) straf og (neutral) foranstaltning. Hvis man af kriminalpolitiske grunde mener at en sådan sondring indenfor de kriminalretlige reaktioner ikke bør gøres, taber tilregnelighedskravet hermed sin mening. Der findes faktisk en kriminalistisk skole der hævder dette. Det er den såkaldte positivistiske skole grundlagt af italieneren Ferri og andre i det 19. århundredes sidste halvdel og som endnu har tilhængere såvel blandt jurister som filosoffer og psykiatere. Derimod har den – bortset fra visse formalistiske konstruktioner i den svenske Brottsbalk 1962 – næppe sat sig spor i den positive kriminallovgivnings tilregnelighedsbestemmelser.

Denne skole er i mine øjne en af de besynderligste vildfarelser i den menneskelige tænknings historie. Dens lærdomme er i den grad i strid med oplagte kendsgerninger og uafrystelig common sense at man har svært ved at forstå at abstrakte spekulationer så ganske har kunnet tage magten over simpel sund fornuft. Da jeg andetsteds udførligt har omtalt skolen og nogle af dens moderne tilhængere

---

<sup>1)</sup> Udtrykket »tilregnelighed« kan derfor ikke forventes anvendt i de primære retsregler der bestemmer betingelserne for at kunne drages til ansvar. Når det dog undtagelsesvis forekommer, som fx i dansk strfl. § 16, er det udtryk for at man i vist omfang har opgivet legalt at fiksere ansvarsbetingelserne. Som led i sin kritik af tilregnelighedsbegrebet, jfr. det følgende, anfører Strahl, at det kan undværes (Ivar Strahl, *Kompendium i straffrättens allmänna del*, 7. uppl. 1970, 176). Ja vist, det kan ethvert systembegreb, fx også begrebet ejendomsret. Men det kan være praktisk at operere med dem.

blandt kriminalister og filosoffer<sup>2)</sup> skal jeg her nøjes med at give et skematisk rids af dens bærende tanker:

(1) Det er videnskabeligt bevist at alle fænomener, også al menneskelig handling, underligger årsagslove og derfor med nødvendighed fremgår af givne årsager (determinismepostulatet);

(2) Mennesker handler derfor under alle omstændigheder med nødvendighed som de gør og kunne ikke have handlet anderledes;

(3) At opstille moralske krav, at bebrejde folk at de ikke opfylder disse krav og gøre dem moralsk ansvarlige herfor har kun mening under forudsætning af at agenten har en fri vilje og derfor kunne have handlet anderledes end han gjorde;

(4) Da sådan frihed og valgmulighed er udelukket i medfør af (1) og (2) følger heraf at al tale om moral, moralske krav, bebrejdelse, ansvar og straf er meningsløs snak (uforenelighedspostulatet).

I kriminalpolitisk henseende måtte disse grundsætninger føre til forkastelse af sondringen mellem (misbilligende) straf og (neutral) foranstaltning og dermed til forkastelse også af tilregnelighedskravet. De kriminalretlige reaktioner skal alle være uden moraliserende valeur, d.v.s. neutrale behandlinger af samme art som en læges, tilpasset til hver enkelt lovovertræders individuelle behov. Forbryderen skal i alle tilfælde betragtes og behandles som en patient der skal kureres, aldrig som en person mod hvem et ansvar gøres gældende.

Den indgående kritik jeg andetsteds har underkastet denne lærebygning i dens enkeltheder, kan så nogenlunde resumeres således:

ad (1): Determinismepostulatet er ingen videnskabeligt bevist sætning men en tvivlsom filosofisk hypotese. Den overvejende mening indenfor moderne filosofi går i retning af at fornægte muligheden af en total determinisme;

ad (2): Det er ikke rigtigt at mennesker aldrig havde kunnet handle anderledes end de faktisk gjorde. Der er efter almindelig sprogbrug en klar betydning af denne vending efter hvilken det fx utvivlsomt er sandt at jeg i morges kunne have gået en tur skønt jeg ikke gjorde det;<sup>3)</sup>

<sup>2)</sup> Se især afhandlingerne »Kampen mod Straffen« og »Om Determinisme og Moral« i min bog *Skuld, Ansvar og Straf* (1970).

<sup>3)</sup> Se hertil især afhandlingen »Han kunne have handlet anderledes«, *a. st.*, 234 ff.

ad (3): Det er rigtigt at moral og moralsk ansvarlighed forudsætter at agenten i en vis forstand har handlet »af fri vilje« (og ikke under tvang af en vis art) og derfor havde kunnet handle anderledes end han faktisk gjorde. Men denne forudsætning refererer til reelle mentale omstændigheder og har intet med metafysiske påstande om viljens uafhængighed af årsagslove at gøre;

ad (4); Det er ikke rigtigt at determinisme – som en mulig filosofisk hypotese – skulle berøve moralsk bedømmelse og reaktion deres mening. Det moralske ansvars mentale forudsætninger har intet med det filosofiske problem om determinisme eller indeterminisme at gøre.

Med denne afvisning af den teoretiske lærebygning falder også det derpå begrundede krav om afskaffelse af sondringen mellem straf og foranstaltning og følgelig mellem tilregnelige og utilregnelige bort. Om disse kriminalpolitiske teser kan begrundes på anden måde er en anden sag.

Jeg kan altså henvise den filosofisk interesserede læser til den indgående analyse og kritik jeg andetsteds har givet af den positivistiske lære om alle moralske forestillingers absurditet (moralnihilismen). Men egentlig finder jeg at en sådan indgående argumentation skulle være overflødig fordi denne lære selv er så absurd, så flagrant i modstrid med vore mest elementære oplevelser, at man, for at kunne acceptere den, må nære en helt utilbørlig tiltro til abstrakte spekulationers værdi til skade for sundt omdømme. Moralske forestillinger om adfærdsmønstre, krav, og forpligtelser, og moralske oplevelser af skyld, ansvar, og reaktion i form af bebrejdelse, misbilligelse, vrede, indignation, og straf gennemsyrrer hele vort liv og alle vore samlivsrelationer. Uden misbilligelse ingen norm. Uden norm intet samfund. Enkelte mennesker synes ganske vist at være helt uden moralske oplevelser. Forestillinger om samvittighed, skyld, og ansvar er dem lige så fremmede som farverne for den farveblinde. Men dem anser vi også af den grund som defekte, og er klare over, at dersom vi alle var følelseskolde, amoralske psykopater ville samfundet ikke kunne bestå.

Skulle alt dette som fylder vort liv med de dybeste og alvorligste problemer være blotte kimærer som mennesker, når de bliver mere indsigtfulde, vil lade bag sig som forvildelser og irrationelle reaktioner? Mon nogen af de sofistikerede, deterministiske moralfor-nægttere selv nogensinde har nået det stade at de ikke reagerer med be-

brejdelse og vrede når børnene hujer gennem huset, konen ikke serverer mad, eller klienterne ikke betaler regningen?

Man kan måske til nød forstå at psykiatere, sociologer, og andre der i deres professionelle virke er indstillet på at afstå fra alle moralske bedømmelser og reaktioner og betragte mennesker alene som objekter for behandling eller videnskabelig observation kan forledes til den vildfarelse at det skulle være »uvidenskabeligt« at opfatte og møde medmennesket som moralsk personlighed – og det vil sige som et væsen der ikke er genstand for manipulation men er et centrum for moralsk tilregning af skyld og ansvar. Det er langt sværere at forstå at også jurister, altså folk der i deres professionelle tænken og virken netop har med normativ bedømmelse af menneskelige samlivsrelationer at gøre, har kunnet lade sig dupere af en letbenet scienticistisk filosofi. Forklaringen må formentlig søges i mangel på filosofisk dannelse.

Den positivistiske skoles kriminalfilosofiske program fandt legislativt udtryk i det under Ferris formandskab udarbejdede udkast 1921 til italiensk straffelov. Forslaget afskaffede sondringen mellem straf og foranstaltning. Alle reaktioner er principielt ligestillede og valget mellem dem må træffes alene ud fra hensyn til hvorledes kriminalitet bedst bekæmpes. Når der ikke sondres mellem straf og anden reaktion siger det sig selv at også sondringen mellem tilregnelige og utilregnelige personer må bortfalde. Dette udkast blev dog aldrig lov. De efterfølgende politiske begivenheder efter Mussolinis magtovertagelse fejede det af bordet.

Det blev i et andet land de positivistiske ideer kom til at bære frugt: Sverige. Her er der i dette århundrede foregået en storstilet reform af kriminallovgivningen. Den begyndte med Johan C. W. Thyrén's store værk om *Principerna för en strafflagsreform* (1910–14) og afsluttedes med vedtagelse af *Brottsbalken* af 1962. Indimellem var en lang række partielle reformer blevet gennemført. I 1938 nedsattes en komite, *Strafflagberedningen*, der under formandskab af Hovrättspresident Karl Schlyter fik til opgave at systematisere og kodificere systemet af kriminalretlige reaktioner. Retspsykiateren professor Olof Kinberg virkede som tilfornordnet sagkyndig. Såvel Schlyter som Kinberg havde i skrifter givet udtryk for deres varme tilslutning til den positivistiske kriminalfilosofi,<sup>4)</sup> og den be-

<sup>4)</sup> Karl Schlyter, *Straffbalk eller skydds balk?* (1946); Olof Kinberg, *Aktuella*

tænkning med tilhørende udkast til en *skyddslag* som strafflagberedningen afgav i 1956<sup>5)</sup> bærer da også tydeligt præg heraf. Begreber som »straf« og »tilregnelighed« forekommer ikke. »Någon principiell skillnad föreligger ej . . . mellan skyddsåtgärderna och straffen; även de senere är åtgärder till skydd mot brott, från den dömdes och från andras sida.«<sup>6)</sup>

Dette radikale brud med strafbegrebet blev dog ikke gennemført som lov. Lagrådet tog afstand fra tanken om helt at eliminere betegnelsen »straf« og i Brottsbalken er dette udtryk bibeholdt som betegnelse for de reaktioner der består i bøder og fængsel (foruden embedsstraffe og disciplinærstraffe for krigsmænd), se BrB 1:3.

Derimod har man søgt at opretholde forestillingen om alle sanktioners principielle ensartethed og om bortfald af sondringen mellem tilregnelige og utilregnelige. I paragraffen om abnormitet, BrB 33:2, sondres der tilsyneladende ikke mellem tilregnelige og utilregnelige. Alle, abnorme som normale, skal dømmes til ansvar; men der gælder i forhold til de abnorme en begrænsning i de *påföljder* der kan idømmes. I overensstemmelse hermed fremstiller Ivar Strahl (der var medlem af strafflagberedningen) sagen således at BrB helt har brudt med forestillingen om at der skulle findes en gruppe mennesker som er utilregnelige og derfor, i modsætning til de øvrige, ikke bør falde under strafferetsplejen. Forestillingen om tilregnelighed er blot en kimære, et begreb man ingen brug har for.<sup>7)</sup>

Men dette billede dækker ikke realiteterne. BrB 33:2 bestemmer i sit første stykke:

För brott som någon begått under inflytande av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan själslig abnormitet av så djupgående natur, att den måste anses jämnställd med sinnessjukdom, må ej tillämpas annan påföljd än överlämnande till särskild vård eller, i fall som angivas i andra stycket, böter eller skyddstillsyn.

*kriminalitetsproblem i psykologisk belysning* (1930); »Punishment or Impunity«, *Acta Psychiatrica et Neurologica*, vol. 21 (1946), 429 ff.

<sup>5)</sup> SOU 1956: 55.

<sup>6)</sup> A. st., 43, jfr. 426.

<sup>7)</sup> Ivar Strahl, *Kompendium i straffrättens allmänna del* (1970), 176, 177. Hermed kan sammenholdes samme forfatters mere udførlige behandling af emnet i afhandlingen »Det straffrättsliga ansvaret«, *Festskrift för Karl Schlyter* (1949), 321 ff.

Når denne bestemmelse sammenholdes med den ovenfor omtalte definition af hvilke reaktioner der er straf og hvilke ikke, vil man se at hovedreglen herefter er at *personer der falder ind under den ved psykiatriske kriterier definerede gruppe ikke kan idømmes straf*. Det er en regel af præcis samme struktur og indhold som de gængse utilregnelighedsbestemmelser af traditionelt tilsnit. Gennem de anvendte kriterier defineres en vis persongruppe, og den der falder under denne gruppe er utilregnelig præcis i den forstand at han ikke kan straffes. Jeg forstår derfor ikke hvad Strahl kan mene med at sige at BrB helt har brudt med den forestilling at der skulle findes en gruppe mennesker som er utilregnelige og derfor ikke kan straffes. At de anvendte kriterier ikke er skarpe, således at man må regne med glidende overgange, er ikke noget nyt og forandrer ikke sagen. Det har længe været almindelig lære at der ved siden af de fuldt utilregnelige forekommer en gruppe af formindsket tilregnelige der indtager en særstilling. Måske er Strahls mening den, at Brottbal-kens ordning intet har at gøre med de traditionelle synspunkter om at straf er misbilligelse og forudsætter skyld i den forstand at man med rette kan bebrejde den tilregnelige hans gerning. Men hvorfor skulle straf (bortset fra bøder under visse betingelser) være kategorisk udelukket for denne gruppe mennesker om det ikke netop er fordi man efter sædvanlig opfattelse ikke mener at de kan gøres moralsk ansvarlige for deres gerninger? At tanken skulle være at de er upå-virkelige af straf holder ikke stik. Undtagelsesreglen for bøder, som jeg straks skal omtale, bygger netop på den antagelse at bødestraf kan påvirke den tiltalte til at afholde sig fra fortsat forbryderisk virksomhed. Hvorfor skulle så ikke også fængselsstraf kunne gøre det?

Som strejfet gør BrB 33:2 i andet stykke den undtagelse fra hovedreglen at bøder kan idømmes de sjæleligt abnorme dersom det skønnes formålstjenligt for at afholde den tiltalte fra fortsat forbryderisk virksomhed. Dette er en modifikation af skyldprincippet begrundet dels i praktiske hensyn til den tiltaltes interesser – foranstaltninger overfor ham i stedet for bødestraf kan virke ude af forhold til den begåede lovovertrædelse – og dels i den betragtning, at bøde ikke nær på samme måde som frihedsstraf har stigmatisk effekt, især ikke når den får karakter af en afgift der udmåles efter faste takster og er uden gentagelsesvirkning. Hvem af os er aldrig blevet

idømt en bøde, fx en parkeringsbøde? Samme modifikation af skyldprincippet forekommer forøvrigt også i dansk strafferetspraksis.<sup>8)</sup>

Men medens man i Sverige klyngede sig til de positivistiske ideer og gav skin af at gennemføre dem i lovgivningen gik udviklingen i Europa den modsatte vej.<sup>9)</sup> Det er tidligere nævnt at Ferri's udkast 1921 til en italiensk straffelov bygget på positivistiske principper aldrig blev lov. I 20'erne og 30'erne ebbede den teoretiske diskussion ud og skolens indflydelse viste sig i mere begrænsede lovgivningsforanstaltninger, især om skærpede foranstaltninger overfor farlige forbrydere. Men efter den anden verdenskrig fik skolen nyt liv, især på kongresserne 1947, 1949 og 1954. Der indtrådte nu et skisma indenfor bevægelsen. En retning under ledelse af Grammatica holdt fast ved positivismens nedarvede fundament: Forkastelsen af begrebet om tilregnelighed (eller ansvarlighed, *responsibility*) og fornægtelsen af straf som en reaktion betinget af skyld og ansvar. En anden retning, hvis førende skikkelse var (og er) Marc Ancel, grundlagde en afvigende doktrin der blev benævnt *the new social defence*. Denne retning tager på de centrale punkter afgørende afstand fra de ideer der var blevet forfægtet af Ferri, Prins, Grammatica m. fl. Uden at ville indlade sig på metafysiske teorier om viljens frihed forkaster Ancel den positivistiske determinisme og de derpå byggede kriminalistiske teorier. Udgangspunktet er, siger han, snarere det modsatte. Det afgørende er at mennesket faktisk oplever sig selv som frit og at der i hvert menneske, også i forbryderen, er en medfødt følelse af moralsk forpligtelse, skyld, og ansvarlighed. Disse moralske værdier var Ferri og hans retning blinde for, men den ny *social defence*-bevægelse ønsker netop at stimulere dem for at udnytte de moralske kræfter i kampen mod forbrydelsen.<sup>10)</sup> »For the same reasons«, skriver han, »there can be no question of doing away with the idea of responsibility, of denying man's freedom, or of simply rejecting any notion of

<sup>8)</sup> Se herom Knud Waaben, *Utilregnelighed og Særbehandling*. Kbhvns. Universitets Festskrift 1968, 38, jfr. Hurwitz-Waaben, *Den danske Kriminalret*, alm. del (4. udg. 1969), 297.

<sup>9)</sup> Den følgende skildring af *The new social defence* bygger fortrinsvis på Marc Ancel's indgående skildring i *Social Defence. A Modern Approach to Criminal Problems* (1965) der, som det oplyses i forordet, bygger på den anden, reviderede franske udgave. Se iøvrigt *Forhandlingar vid Svenska Kriminalistförningens årsmöte 1955* i *NKÅ* 1955, 18 ff., og Ivar Strahl, »Rörelsen för socialskydd«, *SJT* 1955, 28 ff.

<sup>10)</sup> *A. st.*, 102, 104, 105, 108, jfr. 177 f., 189.

punishment. On the contrary, it will be seen that the penal policy of social defence in fact depends on the concept of individual responsibility, the existential reality of which is one of the main elements in the system. This responsibility, based on a truly personal awareness of individual freedom, is the main driving force of the process of social readaptation.«<sup>11)</sup> Ancel kommer gang på gang tilbage til dette punkt for at understrege den ny retnings brud med den gamle: »According to the doctrines of new social defence, on the contrary, the individual and collective sense of responsibility is a psychological and social reality to which the greatest attention should be paid and which, above all, can be used to implement a penal policy . . . The notion of responsibility thus appears as the essential mainspring in the treatment of social readaptation, and remains or becomes in any event the fundamental justification for the sanction that has been applied.«<sup>12)</sup> Temaet uddybes s. 177 f, hvor det bl. a. betones at straffens effekt ikke så meget ligger i frygten for straf lidelsen som i frygten for overfor en dommer at skulle stå til *ansvar* for sine gerninger.<sup>13)</sup>

Som man vil se genfindes her alle elementer i den klassiske lære om skyld og straf: Troen på menneskets frihed (som en psykologisk realitet), betoningen af den deraf flydende ansvarlighed (tilregnelighed) som straffens justification, og forståelsen for at det såvel generalpræventivt som individualpræventivt er af betydning at appellere til de moralske kræfter i mennesket. Sondringen mellem straf og foranstaltning begrundet i en sondring mellem tilregnelige og utilregnelige ligger logisk impliceret heri.<sup>14)</sup> Kan det fuldkomne brud med positivismens fornægtelse af skyld, ansvar og straf, og dens terapeutiske penalpolitik, udtrykkes tydeligere?

På bevægelsens kongres 1954 vedtoges et såkaldt *Minimiprogram*

<sup>11)</sup> *A. st.*, 76.

<sup>12)</sup> *A. st.*, 120-22.

<sup>13)</sup> *A. st.*, 181-82, 189.

<sup>14)</sup> Ancel's lære er på dette punkt mindre klar og konsekvent. Det kan ikke betvivles at han principielt fastholder sondringen mellem straf og foranstaltning, se fx *a. st.*, 76, 117 f. »In a purely legal sense there are two distinct and clearly irreconcilable notions« (165). Men i praksis kan det være vanskeligt at gennemføre sondringen (161 f.) fordi foranstaltninger kan være lige så ubehagelige og have lige så afskrækkende virkning som straf (197). Tilregnelighedsbegrebet kommer derved til at træde tilbage for hensigtsmæssighedshensyn ved dommerens valg af reaktion, 162, 167, 181.

som udtryk for den fællesnævner alle kunne enes om. Hovedredaktør var Ivar Strahl med bistand af Marc Ancel og Stephan Hurwitz. Som det så ofte er tilfældet med konciliatoriske formuleringer er denne deklaration ikke uden tvetydighed. Det hedder i den bl. a.: »Kriminalrätten och dess tillämpning bör icke formas efter föreställningar sådanne som föreställningarna om fri vilja, skuld och ansvar i vad desso äro metafysiske.«<sup>15)</sup> Når man bemærker slutningsreservationen »i vad desso äro metafysiske« er dette i god overensstemmelse med Ancels just omtalte udvikling af doktrinen. Men Strahl synes at være af mere konservativ-positivistisk observans. I sin gennemgang af bevægelsens program på den svenske kriminalistforenings årsmøde 1955 udtalte han bl. a.: »Man har ansett, att om handlingen kan tillräknas gärningsmannen såsom skuld, så är det också rättvist att han svarer för den genom att undergå et lidande, nämligen straffet, som står i proportion till skulden. Alle sådanne tankar förkastar rörelsen resolut«<sup>16)</sup> – en udtalelse der står i åbenbar modstrid med de ovenfor citerede stykker af Marc Ancel.

Hvor domineret vi her i Norden er (eller har været) af en forældet »moderne« positivistisk filosofi fremgår også af følgende ytring af Knud Waaben på samme møde: »Det finns knappast någon i den aktuella kriminalpolitiska diskussion i de nordiska länderna, som låter sig i någon högre grad influeras av resonsemang om viljans frihet, om skuld och om tilräknelighet. En annan sak är att vi använder oss av begrepp som otillräknelighet i en mere praktisk teknisk betydelse.«<sup>17)</sup> Det må dog noteres at Johs. Andenæs tog kraftigt til genmæle for at »anmäla en ganska avvikande uppfattning.«<sup>18)</sup>

Den samme forestilling om en dobbelttyd i tilregnelighedstermen går igen i Waabens senere store afhandling om *Utilregnelighed og særbehandling*. Det siges her at »utilregnelig« kan bruges i en helt formel betydning som betegnelse for, at en person på grund af psykisk abnormitet opfylder lovens betingelser for straffrihed. Men at ordet også benyttes som betegnelse for, at der hos lovovertræderen forekommer en vis påviselig psykologisk kvalitet hos individet.<sup>19)</sup> Det er mig ikke muligt at forstå forskellen mellem de to betydning-

<sup>15)</sup> Se optrykket af programmet i svensk oversættelse, *NKÅ* 1955, 57–58.

<sup>16)</sup> *A. st.*, 26.

<sup>17)</sup> *A. st.*, 48.

<sup>18)</sup> *A. st.*, 50.

<sup>19)</sup> *Kbhvns. Universitets Aarsskrift 1968*, 14–15.

ger. Den kvalitet hos individet der i sidste betydning tales om er jo netop den der efter loven betinger straffrihed. Waabens distinktion er formentlig ikke andet end en reminiscens af den inddoktrinerede »moderne« filosofi om at »tilregnelighed« er et utilstedeligt begreb.

Fremstillingen under dette punkt er gået ud på at vise at den positivistiske kriminalfilosofi, der på deterministisk grundlag vil forkaste sondringen mellem straf og foranstaltning og den dermed korresponderende sondring mellem tilregnelige og utilregnelige personer, er en vildfarelse der alt for længe har fået lov til at præge nordisk kriminalvidenskab. Den filosofiske debat om determinisme contra indeterminisme er kriminalretten komplet uvedkommende. Moralske oplevelser af forpligtelse, skyld og ansvar er fundamentale menneskelige realiteter, grundlaget for alt menneskeligt samliv. De forestillinger og begreber hvori disse oplevelser udtrykkes eller beskrives er fuldgode elementer i menneskelig tale og tænkning. Kriminalpolitikken har mere end nogen anden praktisk orienteret tænkning brug for at besinde sig på disse realiteter og disse tankebaner. En kriminalfilosofi der på forhånd vil abstrahere fra, eller rent ud fornægte, den moralske dimension i problemerne om forbrydelse og straf er i mine øjne en tragikomisk forvildelse udsprungen af dårlig filosofi og naiv tro på at alt hvad der kan siges om mennesket kan udtrykkes i naturvidenskabelige begreber og tankebaner.

Den foreliggende danske betænkning 1972 om de strafferetlige særforanstaltninger opretholder en sondring mellem strafskyldige og straffri personer, altså en sondring efter tilregnelighed. Det er et kuriøst levn af gammelt tankegods at betænkningen overalt sætter ordene »tilregnelig« og »utilregnelig« i citationstegn – som var det ord man egentlig ikke bør tage i sin mund.

## *2. Straf og foranstaltning er de kriminalretlige reaktioners to hovedformer betinget af henholdsvis skyld og [særegen] farlighed.*

Sondringen mellem straf og foranstaltning implicerer logisk en sondring mellem tilregnelige og utilregnelige. Opgives sondringen mellem straf og foranstaltning bortfalder dermed også relevansen af et tilregnelighedskriterium. Som omtalt under punkt 1 kunne man i Sverige, da man gik ind for i Brotsbalken at bevare begrebet om straf som forskellig fra andre reaktioner, ikke komme uden om at arbejde med et tilregnelighedskriterium skønt man, tro mod positivistiske dogmer, i BrB 33:2 søgte at give det

udseende af det modsatte. På grund af tilregnelighedsbegrebets logiske afledthed af sondringen mellem straf og foranstaltning kan der være grund til at præcisere hvori denne sondring består. Jeg kan herom i hovedsagen henvise til min foranstående afhandling *Straf og foranstaltning* og her nøjes med at ridse nogle hovedlinier op.

Moderne kriminallovgivning kan forstås som hvilende på to grundprincipper for, under hvilke betingelser borgerne kan underkastes kriminalretlige reaktioner.

Det ene er *skyldprincippet* der begrunder og begrænser statens ret til at gribe ind med *straf*, d.v.s. en reaktion der tilsigter at påføre lidelse og er udtryk for en misbilligelse. Dets indhold er omtalt i indledningen til denne afhandling. Til de der nævnte betingelser (gerningsmandsforhold og skyld som tilregnelighed og tilregnelighed) kan føjes kravet om at den idømte straf efter strenghed (art og mængde) skal stå i rimeligt forhold til lovovertrædelsens grovhed.

Den der har gjort sig skyldig i en lovovertrædelse kaldes *strafværdig*, hvorved udtrykkes at han har *fortjent* at straffes; eller *strafskyldig*, hvorved udtrykkes at samfundet har et berettiget krav på at straffe ham. Samtidig ligger heri at kravet er af begrænset omfang således at skylden kan *sones* – ligesom pengeskyld kan betales – ved udståelse af straffen med den virkning at den straffede herefter har krav på at genindtage sin plads i samfundet. Man kan derfor også kalde den skyldige for *strafberettiget* for derved at pointere at han har krav på ikke at underkastes nogen foranstaltning ud over at aftjene den tilmålte straf.<sup>1)</sup>

Det andet princip er *sikkerhedsprincippet* der begrunder idømmelse af foranstaltninger der ikke tilsigter lidelse og ikke er udtryk for misbilligelse, men alene tilsigter at afværge en særlig fare for begåelse af forbrydelse. Også her kræves et gerningsmandsforhold som den fundamentale betingelse (idet foranstaltningen ellers ikke anses som en kriminalretlig reaktion). Den fare der kan begrunde en foranstaltning som kriminalretlig reaktion må være af særegen art. For den fare der består for at enhver af os, specielt forstraffede personer, kan begå en forbrydelse, imødeses normalt ved truslen om og idømmelsen af straf. To forhold kan begrunde at straf ikke er anvendelig og at man derfor må gribe til det andet middel. Det ene er at manden som utilregnelig *ikke er strafskyldig*. Hvis han ligefuldt frembyder en vis alvorligere fare for beskyttede interesser må samfundet i overensstemmelse med nødretslignende grundsætninger være berettiget til at uskadeliggøre ham ved indespærring, tvangshelbredelse, eller

<sup>1)</sup> Herhjemme har Goos med særlig styrke hævdet det synspunkt at kravet om skyld, ansvar og straf er borgerens Magna Charta overfor statsmagten, se herom *Skyld, Ansvar og Straf*, 147. At retten til at blive straffet er en fundamental menneskeret hævdes med stor styrke af Herbert Morrison, »Persons and Punishment«, *The Monist*, vol. 52 (1968), 475 ff., optrykt i *Theories of Punishment*, ed. by Stanley E. Grupp (1971), 76 ff. Samme grundsavn hævdes af C. S. Lewis, »The Humanitarian Theory of Punishment«, *20th Century* vol. 3 (1948-49), 5 f., optrykt *a. st.*, 301 f.

på anden måde der ikke står i urimeligt forhold til den fare han frembyder. Det andet er at manden, skønt tilregnelig og strafskyldig, er *strafupåvirkelig*, hvilket vil sige at udståelse af straf i dette individ ikke er i stand til på normal måde at *motivere* til lovlydig adfærd. Det er klart at recidiv ikke i sig selv kan tages som bevis for upåvirkelighed. Det skabte motiv kan som alle andre i en given situation bukke under i konkurrence med et andet og stærkere motiv. Strafupåvirkelighed der kan begrunde idømmelse af foranstaltning foreligger kun dersom det – af den ene eller anden grund – bør antages at straf praktisk taget vil gå spurlost hen over hovedet på ham. Skønt *strafskyldig* kan han ikke længere anses for *strafberettiget*. Det har ingen mening at idømme en straf der på forhånd må anses for virkningsløs.

Sondringen mellem straf og foranstaltning må anses for fundamental og nærmere bestemt ved kriterierne »tilregnelighed«, »farlighed« og »strafupåvirkelighed«. Marc Ancel har imidlertid sikkert ret i at det kan være vanskeligt i praksis at opretholde denne principielle sondring.<sup>2)</sup> Dels er det sådan at frihedsstraf, især af længere varighed, faktisk virker som en uskadeliggørende foranstaltning, medens omvendt enhver foranstaltning på grund af sin påtvungne karakter opleves som »lidelse« og forsåvidt med præg af straf. Dels rummer reaktionssystemet i tilregnelighedens grænseområder reaktioner der ikke fremtræder rent hverken som straf eller som foranstaltning. Ungdomsforsorg, ungdomsfængsel og psykopatfængsel kan nævnes som eksempler på sådanne reaktioner der har et vist præg af straf forsåvidt de pågældende ikke anses for ganske skyldfri; men tillige også et vist præg af foranstaltning idet disse reaktioner har et opdragende og kurativt sigte og forsåvidt tjener til afværgelse af fare for fortsat kriminalitet.

Hertil er ikke andet at sige end at det gælder om så klart som muligt at markere hvilke reaktioner der er ment som straf og hvilke som foranstaltning. Det kan ske på flere måder i forbindelse dels med påtale, procedure og dom; dels med iværksættelsen af reaktioner. Men at gå ind på disse problemer vil føre ud over denne afhandlings sigte.

### 3. *At sindssyge personer ikke straffes kan ikke begrundes med at straf ville være nytteløs.*

Alverdens kriminallove indeholder bestemmelser der fritager visse grupper af mennesker for straf på grund af visse særegenheder ved disse menneskers psykiske habitus. De sindssyge udgør en sådan gruppe og til den vil jeg foreløbig holde mig.

Før man kan tage stilling til hvorledes retsreglerne om deres fritagelse skal udformes er det nødvendigt at klargøre sig begrundelsen for at de ikke skal straffes.<sup>1)</sup> Hvorfor straffer vi ikke de sinds-

<sup>2)</sup> Se ovf. punkt 1, note 14.

syge? Man vil måske finde spørgsmålet overflødigt; og det er det måske også når vi tænker på de mest oplagte tilfælde som når Danske Lov taler om drab begået »i Vildelse og Raseri« eller om dem der findes »rasende eller galind«. <sup>2)</sup> Men det samme er ikke tilfældet når vi kommer til grænsetilfældene. Skal vi formulere et kriterium for straffriheden kommer vi ikke uden om at gøre os klart hvad der er dennes *rationale*.

Mærkeligt nok hersker der på dette punkt stor uklarhed. Adskillige af de mere gennemtænkte og artikulerede forsøg der er gjort på at begrunde fritagelsen kan i analyse påvises at være uholdbare som inkonkludente, cirkulære eller fiktive. Spørger man manden på gaden vil hans svar antagelig gå i retning af at de sindssyge ikke skal straffes fordi de *ikke kan gøre for* hvad de har gjort: de har ikke handlet med *viden og af fri vilje*. Dette svar kommer, som jeg skal søge at vise, vistnok sandheden meget nær, selvom synspunktet naturligvis tiltrænger uddybelse og afklaring. Men også på dette punkt har en deterministisk-positivistisk kriminalfilosofi forplumret billedet med ørkesløse spekulationer egnet til at føre kriminalpolitikken på afveje.

Det er ikke min hensigt at forsøge nogen dogmehistorisk oversigt. Jeg vil prøve at udarbejde nogle tænkelige argumentationsmodeller og illustrere dem med eksempler. I dette øjemed kan det være hensigtsmæssigt at se på en forenklet situation af lignende struktur. Lad os tænke os at spørgsmålet er hvorledes det kan tænkes begrundet, at man i en given situation argumenterer for ikke at give en bestemt person *A* medicin som ellers anvendes i kurativt øjemed i sygdoms-tilfælde af lignende art.

Det kan tænkes gjort gældende at det er *formålsløst* at indgive *A* medicinen fordi diagnosen er fejlagtig: manden fejler ingenting.

Eller det kan hævdes at doseringen er *nytteløs* fordi patienten på grund af særegne konstitutionelle forhold ikke vil reagere på den forudsatte gunstige måde.

Disse to indsigelser er begge afledt direkte af medikationens umiddelbare formål, at helbrede sygdommen. I første tilfælde siges det at der ikke er noget behov for medicinen fordi den forudsatte indika-

<sup>1)</sup> Waaben, *Utilregnelighed og særbehandling* (1968) drøfter pudsigt nok spørgsmålene i omvendt rækkefølge.

<sup>2)</sup> D.L. 6-6-17 og 1-19-7.

tion, sygdommen, ikke er til stede. I det andet tilfælde at der nok er behov for helbredelse, men at medicinen ikke er noget tjenligt middel.

Det kan være nyttigt med henblik på den efterfølgende analyse at notere at den der erkender, at medicinen ikke er nytteløs i den givne situation, umuligt kan gøre gældende at den derimod er formålsløs. For at medicin ikke er uden nytte vil jo netop sige at den er et egnet middel til fremme af helbredelsesformålet.

Hvis det erkendes at medicin ikke vil være unyttig (og følgelig heller ikke formålsløs) kan man dog ud fra krydsende hensyn argumentere mod at bringe den i anvendelse.

For det første ud fra krydsende formålsbetragtninger. Intet formål er det eneste i verden. Det kan måske tænkes at indgivelse af opium nok vil kurere sygdommen, men medføre risiko for at gøre patienten til narkoman. På mange lignende måder kan uønskelige bivirkninger gøre det *for bekosteligt*, set ud fra en total økonomi, at bringe medicinen i anvendelse.

For det andet kan de krydsende hensyn være af moralsk art. Hvis medicinen er knap og andre har større behov for den kan det gøres gældende at det vil være *uretfærdigt* at anvende den på *A*.

Hermed er fire argumentationsmodeller opstillet der kan tænkes bragt i anvendelse også til begrundelse af at sindssyge ikke skal straffes.

Under dette punkt skal drøftes hvorvidt tilregnelighedskravet kan begrundes og udledes af det forhold at straf er *nytteløs*, altså ikke egnet til at fremme det formål at afholde folk fra at begå forbrydelser.

Denne opfattelse findes hos to af det 18. århundredes mest betydningsfulde kriminalfilosoffer, Jeremy Bentham og P. J. A. Feuerbach. I *Principles of Morals and Legislation* (1780)<sup>3)</sup> henfører Bentham *insanity* til den gruppe af tilfælde i hvilke straf må anses for virkningsløs, altså unyttig. Hans synspunkt er det at den sindssyges mentalitet er sådan, at onder der er så fjerne som dem straffeloven truer med ikke vil øve nogen indflydelse på hans adfærd. Straffetruslen vil derfor ikke motivere den sindssyge til at afholde sig fra at begå forbrydelse, og straf vil under disse omstændigheder blive en lidelse der ikke legitimeres ved at tjene sit formål.

<sup>3)</sup> *The Works of Jeremy Bentham* ed. by John Bowring (1843) vol. I. *Principles* etc. ch. XV, § 3.

Denne argumentation kan ikke godkendes. Benthams præmisser kan ikke bære hans konklusion. Hans argument går jo ikke videre end til at straffetruslen er uden virkning på den *sindssyge selv*. Hermed er ikke sagt (1) at straffetruslen ikke kan have virkning på andre; ej heller (2) at *straffuldbyrdelsen* ikke kan have virkning på den sindssyge selv.

I første henseende kan det næppe betvivles at en straffelov der ikke anerkendte nogen fritagelse på grund af gerningsmandens mentalitet ville have en forøget generalpræventiv effekt. Den mulighed der nu består for at skyde sig ind under ægte eller fingeret sindslidelse ville bortfalde.<sup>4)</sup>

I sidstnævnte henseende er der formentlig holdepunkt for at mange sindssyge vil kunne motiveres af en udstået straf. Dette hænger sammen med at sindssygdom, således som dette begreb afgrænses i vore dage, langt fra altid medfører en sådan komplet irrationalitet som forudsat i Benthams argumentation. »There are«, siger den fremstående engelske retspsykiater Angus Mac-Niven, »few cases of mental disease, except cases of advanced dementia, in which the patient is so completely dominated by his symptoms that he is uninfluenced in his behaviour by motives such as self-esteem, fear of consequences, social sentiments, and a sense of duty, which regulates the behaviour of normal persons«.<sup>5)</sup> Og i betænkningen afgivet af *Royal Commission on Capital Punishment* siges det: »It would be impossible to apply modern methods of care and treatment in mental hospitals, and at the same time to maintain order and discipline, if the great majority of the patients, even among the grossly insane, did not know what is forbidden by the rules and that, if they break them, they are liable to forfeit some privilege«.<sup>6)</sup>

Hermed falder også den præmis, hvorpå Bentham bygger, sammen. Det er ikke rigtig at alle sindssyge er upåvirkelige af straffe-

<sup>4)</sup> I samme retning også H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968), 40 f.

<sup>5)</sup> »Psychoses and Criminal Responsibility« i *Mental Abnormality and Crime* ed. by P. H. Winfield (1944), 52. MacNiven var Physician Superintendent, Glasgow Royal Mental Hospital, Lecturer in Psychological Medicine, University of Glasgow, etc.

<sup>6)</sup> *Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953. Report*. Cmd. 8932 (1953), § 291. I samme retning, se også Sheldon Glueck, *Law and Psychiatry* (1963), 52.

truslen. Kort sagt: Hvis der ikke anlægges anden målestok end effektivitetens, d.v.s. ønsket om i højst mulig grad, generalpræventivt og specialpræventivt, at modvirke begåelse af forbrydelser, kan man ikke komme til andet resultat end at sindssyge bør straffes. Det var da også den konklusion Lord Bramwell (1874) kom til.<sup>7)</sup> Og når man ikke i almindelighed har sluttet sig til dette synspunkt må det være af andre grunde end den at det skulle være nytteløst (virkningsløst) at dømme sindssyge til straf.

Som nævnt står Feuerbach på samme standpunkt som Bentham. At børn, vanvittige og rasende ikke straffes er en sætning der udledes af straffelovens formål, ikke af straffens retsgrund.<sup>8)</sup> Ørsted<sup>9)</sup> tog afstand herfra, men i den senere nordiske diskussion har effektivitetsbegrundelsen meldt sig igen. På den norske kriminalistforenings 4. møde (1896), på hvilket man drøftede straffelovskommissionens udkast til bestemmelser om utilregnelighed, var de to hovedmodstandere, rigsadvokat Getz (der forsvarede udkastets psykologiske kriterium) og politilæge Winge (der gik ind for et rent psykiatrisk kriterium) rørende enige om at spørgsmålet, med udelukkelse af alle moraliserende synspunkter, alene var et spørgsmål om straffens individualpræventive effekt. »Jeg for min del«, sagde Getz, »tror ikke, at der er nogen Grund til, hvad angaar Spørgsmaalet, hvorvidt Straf skal anvendes eller ikke, at tage Hensyn til andet end det, om man finder, at Straffen er effektiv eller ikke.«<sup>10)</sup> Hagerup tog afstand herfra og pegede på at straf af sindssyge efter omstændighederne ville kunne have såvel individual- som generalpræventiv effekt.<sup>11)</sup>

Torp afviste klart at begrunde tilregnelighedskrav i nyttehensyn.<sup>12)</sup> Waaben vil tillægge nyttehensyn en vis vægt uden at det klart fremgår hvori de nærmere består.<sup>13)</sup>

<sup>7)</sup> *Royal Commission Report*, § 292.

<sup>8)</sup> P. J. A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I (1790), 162 og 186, jfr. Alf Ross, *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934), 328–31 med noter.

<sup>9)</sup> Se ndf. punkt 6 *in fine*.

<sup>10)</sup> *Forhandlinger ved den Norske Kriminalistforening 4. Møde* (1897), 68, jfr. Winges udtalelse side 70.

<sup>11)</sup> *A. st.*, 76 og 77.

<sup>12)</sup> Carl Torp, *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905, 1918), 335–36, jfr. 654.

<sup>13)</sup> *A. st.*, 57, jfr. 51.

#### 4. Straffriheden kan ej heller begrundes med at det skulle være formålsløst at straffe sindssyge.

Torp er utvivlsomt den danske kriminalist der stærkest har følt vanskeligheden ved at begrunde hvorfor sindssyge (og andre mentalt afvigende) ikke bør straffes og som flittigst har bestræbt sig på at finde et acceptabelt svar. Det går for de sindssyges vedkommende kort sagt ud på, at straf af sådanne personer er udelukket fordi den ville være, ikke nytteløs, men *formålsløs*. Herom kan vi på forhånd vide at dersom det, som antaget under forrige punkt er rigtigt at straf af sindssyge ikke kan stemples som unyttig, men må erkendes som egnet til at bekæmpe kriminalitet, så må en teori som Torps nødvendigvis være forfejlet. For hvis straffen kan nytte har den også nødvendigvis et formål, nemlig at realisere denne nytte. På samme måde som med medicin: Hvis det kan nytte at give en mand en vis medicin har det nødvendigvis også et formål. Ved studiet af en teori som Torps er opgaven derfor, under den nævnte forudsætning, på forhånd begrænset til at finde ud af hvor fejlen ligger.

Det er ingen let opgave at gengive Torps teori. Hans fremstilling er bred men hverken overskuelig eller præcis.<sup>1)</sup> Man nærmer sig bedst hans tese ved at nævne de afvigende synsmåder som han forkaster.

Først afviser han at utilregnelighed skulle kunne begrundes ved sindslidelsens psykologiske fremtrædelsesform: manglende indsigt og viljesfrihed og den deraf betingede formindskelse eller ophævelse af den »sædelige« *skyld*. Som følge af den sædvanlige, ulyksalige sammenblanding af straffens formål og dens moralske berettigelse, mener Torp, som så mange andre, at når straffens formål er at beskytte samfundet (og ikke at øve retfærdig gengældelse) så har tale om skyld som betingelse og mål for straf ingen berettigelse. Desuden hviler, efter hans opfattelse, forestillinger om sædelig frihed og skyld på forudsætningen om en indeterminisme der er videnskabeligt ubeviselig.<sup>2)</sup>

Dernæst afviser han også den opfattelse at den sindssyge ikke straffes fordi straf vil være *unyttig* (virkningsløs) da den sindssyge ikke er strafpåvirkelig, ikke et egnet strafobjekt. (Der tænkes på strafudståelsens virkning, idet Torp ikke vil afvise af mange sindssyge kan påvirkes af straffetruslen.) Han hævder nemlig at der her foreligger en forveksling. Strafpåvirkeligheden angår tiltaltes mentale tilstand i domsøjeblikket og er af betydning for spørgsmål om straffens bortfald eller suspension på grund af hindringer for fuldbyrdelsen, medens utilregnelighedskravet har at gøre med hans tilstand i gerningens øjeblik og er afgørende for spørgsmålet om strafbarhed eller straffrihed.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Hovedkilden er fremstillingen i *Den danske Strafferets almindelige Del* (1905, 1918), 314–362. Terminologien er ikke præcis. Sondringen mellem om straf er unyttig eller formålsløs gennemføres ikke konsekvent, og det er tvivlsomt om Torp har gjort sig sondringens mening helt klar.

<sup>2)</sup> *A. st.*, 332, jfr. 315, 328–29, 355.

<sup>3)</sup> *A. st.*, 336–37, jfr. 329, 339–40.

Efter på denne måde at have ryddet vejen siges det at den sande grund til at anse de sindssyges handlinger for straffri er at straf overfor sådanne handlinger er *formålsløs*, hvad enten man nærmest har straffens virkning overfor den enkelte lovovertræder eller dens betydning i generalpræventionens tjeneste for øje. Dette begrundes nærmere, hvad specialpræventionen angår, ved at hævde »at den forbryderske Handling, naar den er foretaget i Sindssygdøm, ikke med blot nogenlunde Sikkerhed kan opfattes som Udslag af Forbryderens Karakter i normal Tilstand«. Og hvad generalpræventionen angår ved at gøre gældende at straf af sindssyge »saa langt fra at styrke Lovens Autoritet snarere vil svække denne, fordi den vil blive opfattet som en unyttig Haardhed overfor Personer, der have Medlidenhed og Pleje og ikke Straf behov«.4)

Disse argumenter for at straf skulle være formålsløs er uholdbare. Formålsløshed betyder jo, som vi har set, at der ikke er noget der indicerer at en motivation er ønskelig – ligesom der ikke er noget der indicerer at medicinsk påvirkning er ønskelig når »patienten« ingenting fejler. I det første argument siger Torp at man ikke har sikkerhed for at gerningen er udslag er forbryderens *karakter i normal tilstand*. Vi må altså tænke os at sygdommen kan have forandret hans karakter. Medens den før (i normal tilstand) var *A*, er den nu, under indflydelse af sygdommen, *B*. Men hvis *B* således som den nu foreligger er udtryk for en antisocial, forbryderisk holdning, er der behov for motivation – ganske uanset karakterdannelsens historiske forløb. Hvorfor ikke behandle manden i overensstemmelse med den karakter han nu lægger for dagen på samme måde som vi ville behandle en person der altid havde haft en sådan karakter? Det der ligger bag Torps ræsonnement har i virkeligheden intet med formålsløshed at gøre, men er en uklar rationalisering af en *retfærdighedsforestilling*: Manden »selv« er ligesom dækket af sygdommen. Hvis vi straffer ham for noget han har gjort under indflydelse af sygdommen straffer vi ham for noget der ikke er udslag af »ham selv«, men af »sygdommen«. At dette er tom billedtale skal jeg senere komme tilbage til. I denne sammenhæng gælder det blot om at notere at det der ligger bag Torps argumentation på dette punkt i virkeligheden er en *retfærdighedsbetragtning*.

Det samme er tilfældet hvad angår det argument der går på generalpræventionen. Hvorfor skulle almenheden kunne tolerere at netop denne gruppe går fri for straf om det ikke var fordi det anses for *uretfærdigt* at straffe dem? Hvorfor skulle de i højere grad end legemligt syge have krav på medlidenhed og pleje? Særlig tydeligt er det at Torp på dette punkt kommer i vanskelighed fordi han ikke vil nægte at mange sindssyge kan påvirkes af straffetruslen.<sup>5)</sup> Hvordan kan dette forenes med at straf

<sup>4)</sup> Citaterne er fra *a. st.*, henv. 337 og 340–41. Jfr. hertil udtalelse på *Dansk Kriminalistforenings* 9. årsmøde, se Forhandlingerne (1913), 143, og *U II*, bemærkningerne, 23.

<sup>5)</sup> *A. st.*, 339–40.

dog er formålsløs? Han svarer at det må erindres at straffetruslen som sådan i og for sig har udspillet sin rolle når forbrydelsen er begået. Men dette gælder jo om enhver forbrydelse og er altså ingen forklaring. Det samme gælder hans henvisning til at straffetruslens effektivitet overfor de påvirkelige sindssyge næppe lider skade da de pågældende i reglen ikke vil være sig deres sygdom og dennes følger bevidst. Dette kan ikke være noget argument for at straf af sindssyge er formålsløs. Det kan højst anføres til støtte for, at dersom det af *andve* grunde anses for upåkrævet eller urigtigt at straffe sindssyge, vil en regel herom ikke medføre større fare for forøgelse af kriminaliteten.<sup>6)</sup>

### 5. At begrunde sindssyges straffrihed med at deres sygdom er årsag til forbrydelsen er en fordækt moralsk begrundelse.

Efter at have påvist at de sindssyges straffrihed ikke kan begrundes ved at hævde at det skulle være *nytteløst* eller *formålsløst* at straffe dem vender jeg mig nu til de opfattelser der vil søge forklaringen i moralske hensyn:<sup>1)</sup> De straffes ikke, fordi det ville være *uretfærdigt* at straffe dem. Det bestrides ikke at straf af sindssyge (og andre uskyldige) i og for sig ville tjene straffelovgivningens formål: at bekæmpe kriminalitet. Men statens ret til at søge dette formål fremmet er ikke ubegrænset. Retfærdighed kræver at uskyldige ikke straffes uanset at det kunne være formålstjenligt. Det ville være at ofre dem som syndebukke på samfundets alter. At sindssyge ikke straffes er en speciel anvendelse af denne retfærdighedsbetragtning, hvoraf følger at straffriheden ikke er ubetinget givet i og med sygdommen som sådan, men kun forsåvidt sygdommen har medført sådanne psykologiske forskydninger at den pågældende ikke kan anses for skyldig.

Først vil jeg omtale en variant af retfærdighedsargumentationen hvorefter det undskyldende moment søges i et årsagsforhold. En sådan tankegang ligger bag Torps under forrige punkt omtalte lære om at den i sindssyge begåede forbrydelse ikke med sikkerhed kan betragtes som et udslag af gerningsmandens karakter. Synspunktet uddybes af Torp derhen at der er spørgsmål om et årsagsforhold:

<sup>6)</sup> A. st., 340.

<sup>1)</sup> Jfr. ovf. pkt. 3. Den der omtalte model baseret på kalkulation af den total bekostelighed vil ikke blive drøftet da den ikke synes have spillet nogen rolle. Den må formentlig blive resultatet hvis retfærdighedshensynene analytisk lader sig reducere til en utilitaristisk kalkulation.

Er det sygdommen eller visse egenskaber ved personens karakter der er årsag til forbrydelsen? Det siges at det kan være vanskeligt eller umuligt at udrede denne årsagssammenhæng. Men netop denne vanskelighed nøder – ud fra et *in dubio pro reo*-synspunkt – til altid at regne med den mulighed at det er sygdommen der er årsagen. Og heraf følger igen at sindssygdom som sådan må anerkendes som kriterium for straffrihed.<sup>2)</sup>

Samme tankegang ligger bag den gang på gang fra psykiatrisk hold fremførte betragtning, at sindssygdom er *total*. Den gennemsyrrer den hele personlighed og man må derfor uden speciel påvisning regne med at enhver af den syges handlinger er et udslag af sygdommen.

Denne kausalitetsbetragtning har noget besnærende ved sig. At sygdommen er årsag vil sige at *havde manden ikke været syg ville forbrydelsen ikke være blevet begået*. At straffe manden vil da sige at straffe ham for hans sygdom. I den af *Royal Commission on Capital Punishment* afgivne betænkning siges det således: »If it appears that crime was wholly or very largely caused by insanity, he ought to be treated as irresponsible; for to punish a person for a crime caused by insanity would in effect be to punish him for his insanity; and this would not be in harmony with the moral feelings of the community.« Senere citeres Hamlets ord: »Hamlet does it not . . . Who does it then? His madness.« Og ligeledes Lord Blackburns udtalelse (1874): »In every individual case you must look at the circumstances and do the best you can to say whether it was the disease of the mind which was the cause of the crime, or the party's criminal will.«<sup>3)</sup>

Det turde imidlertid være klart at påvisning af, at en vis faktor har været en nødvendig forudsætning for en forbrydelses begåelse, ingenlunde kan accepteres som diskulperende. Man ville da lige så godt kunne sige: *T* har dræbt sin kones elsker. Havde hun ikke været ham utro ville forbrydelsen aldrig være blevet begået. At straffe ham er altså at straffe ham for konens utroskab. Eller: Var *T* ikke kommet i dårligt selskab ville han ikke være blevet bedrager. At straffe ham vil derfor være det samme som at straffe ham for det milieu han har levet i.

<sup>2)</sup> *A. st.*, 338–39.

<sup>3)</sup> *Report* (1953), §§ 285, 323 og 324.

Mere generelt kan det siges at enhver menneskelig handling er resultatet af et forløb der er inddæmmet af en ubegrænset mængde af omstændigheder som medvirkende faktorer i et net af årsagssammenhæng. Havde  $x, y, z \dots$  ikke været tilfældet ville hændelsesforløbet være foregået på en anden måde. At rive en enkelt faktor ud af denne endeløse sammenhæng og ophøje den til *årsagen* til hvad der skete har intet med deskriptiv forklaring at gøre, men er en *vurderende bedømmelse af skyld og ansvar*. Sygdommen er en blandt mange andre omstændigheder hvorunder personens karakter reagerer i et handlingsforløb. At udpege den til »årsagen« er blot en anden måde at udtrykke *det* på der skulle begrundes, nemlig at personen er skyldfri fordi skylden må tilskrives sygdommen. Årsagsbegrundelsen er en komplet tom skinbegrundelse.

At moralske hensyn ligger bag Torps lære om det formålsløse i at straffe sindssyge kommer også, og måske tydeligere, frem i hans (og Golls) udtalelser i bemærkninger til straffelovsudkastet af 1923. Det siges her at samfundet må fastholde »at der mellem Straf og Sikkerhedsforanstaltning er en Principforskel, fordi den første – i Modsætning til den sidste – besidder et Element af Dadel og Tugt, som Straffen ikke kan undvære uden at miste sit Salt«. Da nu den medicinske videnskab hævder at sindssygdom medfører »at *bele* det psykiske Liv fungerer anormalt, så er den juridiske Konsekvens heraf, at der for Retsordenen i Forhold til den sindssyge Lovovertræder mangler Beviset for Tilstedeværelsen af en *virkelig forbryderisk Vilje, uden hvilken Straffen mangler sin psykologiske Forudsætning*« (org. udh.).<sup>4)</sup> At der foreligger en forbryderisk vilje kan, når den sindssyge ikke har handlet helt i vildelse, ikke bestrides. Hvorfor er den ikke en *virkelig* forbryderisk vilje? Sammenhængen giver svaret: Fordi der ikke er plads for den *dadel* der er staffens salt.

Røbende for den fordækte moraliserende tankegang er også en lille tilsnigelse Torp gør sig skyldig i. Argumentet om at sindssygdom diskulperer fordi den har *forårsaget* forbrydelsen ville virke mere overbevisende hvis det gjalt enhver sygdom i sindet. Men det er jo ikke tilfældet. »Sindssygdom« omfatter så langt fra alle sindslidelser, men kun en vis afgrænset gruppe af disse. Udenfor falder fx i almindelighed neuroser og psykopatier. Hvorfor kan det ikke

<sup>4)</sup> U III, Motiver, 52 og 53.

også i relation til dem gøres gældende at de muligvis har været årsag til forbrydelsen og at vi derfor mangler bevis for en virkelig forbryderisk vilje? Dette tyder i retning af at det ikke er sygdom som sådan der diskulperer men visse virkninger som nogle sjælelige sygdomme medfører, andre ikke. Tilsnigelsen ligger deri at Torp ofte taler om grænsen mellem *sundhed* og *sygdom* som det afgørende, medens det virkelige forhold jo er at han opererer med en grænse mellem *visse sindslidelser* (kaldet »sindssygdom«) og *andre*.<sup>5)</sup>

### *6. Kriminallovgivningens tilregnelighedskrav er artikulationer af den almindelige moralbevidstheds betingelser for moralsk ansvar.*

Når man ser det hele lidt fra oven er det lettere at få øje på at tilregnelighedskravet er moralsk begrundet i hensyn der begrænser statens ret til at forfølge sine adfærdskontrollerende formål. Hvorfor straffer vi ikke også forbrydernes familier? Hvorfor anvender vi ikke kollektive straffe og tortur, og hvorfor tager vi ikke gidsler? Nazisternes, kommunisternes og terroristernes anvendelse af disse og lignende midler har med al ønskelig tydelighed demonstreret deres tjenlighed som motiverende faktorer. Når vi ikke gør det er det af moralske grunde. Vi mener at hensyn til retfærdighed og menneskelighed sætter grænser for de midler der kan bringes i anvendelse selv i en god sags tjeneste. Til grund for vor kriminallovgivning ligger forskellige principper der på denne måde begrænser det formålsafledte ønske om størst mulig effektivitet i kriminalitetsbekæmpelsen. Jeg har andetsteds samlet dem under betegnelserne: skyldprincippet (gengældelsesprincippet), legalitetsprincippet, og humanitetsprincippet.<sup>1)</sup> I denne sammenhæng er det skyldprincippet der interesserer: *Grunden til at vi ikke straffer sindssyge [og andre psykisk afvigende] er at vi ikke anser dem for skyldige, og at vi anser det for umoralsk at straffe uskyldige selvom det kunne tjene kriminallovgivningens formål.*

Denne indstilling tager jeg i første omgang som en historisk given moralitet, et fundamentalt element i nyere vesterlandsk kultur. Et

<sup>5)</sup> Se fx *Strafferettens alm. Del*, 341, og *Forhandlingerne på dansk Kriminalistforenings 3. årsmøde* (1903), 120, 137.

<sup>1)</sup> *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 86 f.

andet spørgsmål, som jeg ikke kan gå ind på her, er om den lader sig rationelt begrunde ud fra visse højere moralske principper eller værdier der enten anses for givne, forefundne (kognitivismen), eller for postulerede (non-kognitivismen).<sup>2)</sup>

Skyldprincippet er en relativ ny idé i menneskehedens historie. Kulturanthropologiske værker som fx Westermarck's *Origin and Development of the Moral Ideas* eller Holmes' *The Common Law* vimler med skildringer af hvorledes straf i mere primitive kulturer indiskriminerende med hævnens blindhed retter sig mod enhver genstand, det være sig afsindige, børn, dyr, eller endog livløse genstande, der anses at have været årsag til ulykke. Reaktionen er altså helt uafhængig af de krav vi nu sammenfatter under navn af skyld: gerningsmandsforhold i forbindelse med forsæt (uagtsomhed) og tilregnelighed. Først langsomt har den opfattelse udviklet og artikuleret sig at det ikke er den ydre hændelse, gerningen eller gerningsmanden som sådan, der er genstanden for moralsk fordømmelse og reaktion (straf), men det skyldige sindelag, *mens rea*, betinget af ond vilje eller manglende agtpågivenhed og tilregnelighed.<sup>3)</sup>

Kriminallovgivningens formuleringer af skyldkravet må forstås som forsøg på at artikulere den almindelige moralbevidstheds mere spontane reaktioner. Disse afspejler sig i de ret stereotype vendinger i dagligsproget hvormed man søger at fralægge sig skyld. »Jeg har ingenting gjort«, »Det var ikke mig der gjorde det«, »Det var ham der begyndte«, og lignende vendinger går på at man fralægger sig gerningsmandsforhold. »Det var et uheld«, »Jeg gjorde det ikke med vilje«, »Jeg kunne virkelig ikke vide at . . .«, »Jeg passede på, men det gik galt alligevel« er vendinger der sigter mod at fralægge sig skyld i form af forsæt eller uagtsomhed, medens vendinger som »Jeg var ude af mig selv af skræk«, »Jeg så rødt og vidste ikke hvad jeg gjorde«, »Hidsigheden løb med mig«, »Jeg blev tvunget og gjorde det ikke med min gode vilje«, »Jeg kunne ikke have handlet anderledes« er orienteret mod tilregnelighedskravet.

Disse skyldkrav artikuleret i rettens formuleringer kan grupperes under to hovedsynspunkter: Kravet om en vis *viden, indsigt, forståelse*, altså mentale fænomener som man plejer at henregne til tanke- og forestillingslivet, det intellektuelles gebet; og kravet om

<sup>2)</sup> *A. st.*, 88 f.

<sup>3)</sup> Se især Eward Westermarck, *a. st.*, I (1924), ch. IX og X.

en vis *frihed i den beslutningsproces* der har ført til gerningen, altså mentale fænomener der falder under følelses- og viljeslivet.

Det kunne være fristende at tænke sig at det første krav udtømmende behandles i læren om tilregnelser, d.v.s. forsæt og uagtsomhed, det sidste udtømmende i læren om tilregnelighed. Men sådan er forholdet vistnok ikke. Det er naturligvis rigtigt at når en skizofren i forvildelse kværker sin kone i den tro at hun er en dæmon der angriber ham, foreligger der ikke forsæt til drab, og forsåvidt er det ufornødent at operere også med utilregnelighed som en diskulperende omstændighed. På denne måde kan skyldsspørgsmålet løses i de mangfoldige tilfælde i hvilke sindslidelse er ledsaget af hallucinationer eller vrangforestillinger der forvansker hans virkelighedsopfattelse på en sådan relevant måde at han i den mest bogstavelige forstand ikke *ved* hvad han gør. Og ligeledes i de tilfælde hvor ånds-evnerne var så mangelfuldt udviklede at han ikke var i stand til at fatte sin handlings fysiske konsekvenser. Men der bliver vistnok tilfælde tilbage i hvilke forsæt i sædvanlig forstand må siges at foreligge, men hvor der alligevel kan blive spørgsmål om skyldfrihed fordi gerningsmanden i en vis dybere forstand ikke *forstod* hvad han gjorde. Man kan tænke på den dybt deprimerede mor der naget af skyldfølelse og redet af forestillinger om altings elendighed og håbløshed forsøger selvmord og samtidig dræber de børn hun elsker for at redde dem fra deres vanskæbne. Hun kan have ruget over disse tanker i lang tid og handlet med klart overlæg. Hun handlede med forsæt fordi hun var klar over sin handling og dens fysiske konsekvenser. Men hun *forstod* ikke hvad hun gjorde, fattede ikke sin handlings moralske dimension.<sup>4)</sup> Det er ikke medlidenhed der er afgørende, men hendes sinds fuldstændige formørkelse for alle normale vurderinger og forhåbninger, hendes besathed, kunne man sige, af systematiske *vrangfølelser* der forvansker hendes hele virkelighedsopfattelse. Skal et sådant menneske ikke straffes er det på grund af manglende tilregnelighed, ikke manglende forsæt. Det samme gælder om den helt amoralske, følelseskolde psykopat (om en sådan findes) der udmærket ved hvad han gør og at det er strafbart, men føler lige så lidt ved at dræbe en kammerat som ved at slå hovedet af en mælkebøtte.

Man kan diskutere om tilfælde som de omtalte virkelig angår de-

<sup>4)</sup> Der er naturligvis ikke tale om blot kendskab til lovens straffebud.

fekter i intellektet og om de ikke snarere drejer sig om abnormiteter i følelses- og viljeslivet. Jeg skal ikke gå ind på dette punkt for jeg anser den gængse tredeling af sjælelivet for uholdbar.<sup>5)</sup> Af betydning er det blot at fremhæve at ind under tilregnelighedsproblematikken går ikke blot tilstande af *ufrihed i motivationen* men også tilstande af *manglende forståelse af handlingens moralske karakter*.

Det kunne være interessant at underbygge denne analyse af tilregnelighedskravets tvedelthed ved at påpege hvorledes man i de positive kriminallove har lagt vægt snart på den ene, snart på den anden side af sagen, idet dog udviklingen er gået i retning af at tage dem begge i betragtning.<sup>6)</sup> Men det hører ikke hjemme i denne sammenhæng hvor diskussionen har drejet sig, ikke om tilregnelighedskravets tekniske formulering, men om dets begrundelse. Analysen er gået ud på at vise at begrundelsen er moralsk idet det legale krav om tilregnelighed må forstås som en teknisk artikulation af den almindelige moralbevidstheds betingelser for at gøre moralsk ansvar gældende, betingelser der groft kan udtrykkes således at den onde gerning skal være foretaget med vidende og af fri vilje.

<sup>5)</sup> Jfr. min afhandling »On the Illusion of Consciousness«, *Theoria* 1941, 171 f.

<sup>6)</sup> Til illustration skal kort anføres modsætningen mellem tysk og engelsk ret. Tilregnelighedsbestemmelsen i den tyske straffelov af 1871 § 51 lød således: »Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.« I denne formulering tages alene det voluntaristiske moment i betragtning. I 1933 ændredes paragraffen således at det afgørende var at gerningsmanden var ude af stand til »das Unerlaubte der Tat einzusuchen oder nach dieser Einsicht zu handeln«, hvorved altså også indsigtens betydning blev anerkendt. I England gik udviklingen den modsatte vej. Ifølge *M'Naghten Rules* (1843), der stadig formelt er det gældende retsgrundlag, anerkendes kun manglende indsigt som grundlag for straffrihed. Den afgørende vending lyder på at tiltalte skal have handlet »under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing, or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong«. Men i praksis er bestemmelsen blevet fortolket liberalt i overensstemmelse med almindelig retsopfattelse således at man også anerkender utilregnelighed når gerningsmanden har handlet under sådanne sygelige forstyrrelser af følelses- og driftslivet der må anses for at have berøvet ham evnen til at handle efter sin indsigt. Der er gentagne gange fremsat forslag om en formelig legal ændring af tilregnelighedskriteriet i denne retning, se herom *Royal Commission on Capital Punishment. Report* (1953), § 243 og §§ 264 ff.

At tilregnelighedsfordringen udspringer af moralske hensyn er også den klassiske danske lære. Jeg har ovf. under punkt 3 omtalt Feuerbach. Efter hans lære var statens ret til at straffe absolut, d.v.s. uafhængig af skyld hos gerningsmanden. At staten ligefuldt ikke straffer børn, vanvittige, og rasende var efter hans opfattelse udledt af straffens formål: straf ville være nytteløs. Under indflydelse af Kant vendte Thibaut sig omkring århundredeskiftet mod denne lære. Han indrømmer vel at straffens *formål* ikke er moralsk gengældelse, men, som Feuerbach havde lært, sikkerhed gennem afskrækkelse. Men forskellig fra straffens formål er dens *retsgrund*: Om forbryderen ikke skal blive martyr må straffen betinges og begrænses i overensstemmelse med forbryderens sædelig-retlige skyld.<sup>7)</sup>

Herhjemme indtager Ørsted en stilling der ret nøje svarer til Thibuats. Det er velgørende at se med hvilken klarhed Ørsted sonderer mellem straffens formål og dens retsgrund, statens ret til at straffe. Ørsted er enig med Feuerbach i at straffens formål er »ved at forbinde Lidelser med de Handlinger, som krænke Samfundets Fred og Orden, eller i det mindste udsætte den for Fare, [at] frembringe en Modvægt imod de Tilbøieligheder, som kunne friste til sådanne Handlinger . . . Straffelovgivningen går således ud på at Forbrydelsen ikke skal eksistere«. Men han er ikke enig med ham i at dette formål også eo ipso garanterer statens *ret* til at straffe. Ørsted anså statens ret til at straffe for baseret på et helt andet grundlag, således at sikkerhedsformålet kun er legitimt forsåvidt det falder indenfor de ved dette retsgrundlag afstukne rammer. Dette retsgrundlag er retfærdighedslovens krav om forbryderens skyld. Og selvom det i og for sig ikke er statens opgave og straffens formål positivt at opfylde dette krav, udgør det dog en negativ grænse for den måde, hvorpå staten tør forfølge sikkerhedsformålet. Retfærdigheden, hedder det, tilsteder ikke »at straffe nogen blot fordi Samfundets Fred kunne befæstes ved hans Afstraffelse . . . Det forudsættes naturligvis altid, at der er virkelig Skyld hos den, der skal straffes«. Og grunden hertil er ikke blot den, at straf uden skyld ville være et uhensigtsmæssigt middel til samfundsordenens betryggelse, men også at den »i al Fald vilde stride imod den Retfærdighedslov, som Staten er underordnet«. <sup>8)</sup> Derfor er også straf af blot mistænkte, ja endog aldeles uskyldige, såsom forbryderens slægt, udelukket, selvom frygt for misgerningen derved ville forstærkes . . . <sup>9)</sup>

På dette grundlag bliver kravet om tilregnelighed et retfærdighedskrav. »For at en Handling skal kunne gøres til Genstand for Straf, udkræves det, at den og det i samme, der bringer den i Forhold til Straffeloven, har sin Grund i Gjerningsmandens fri Villie, således at det havde stået i hans Magt, at undgå den Lovstridighed som indeholdes i hans Forhold.«

<sup>7)</sup> A. F. J. Thibaut, *Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts* (1802), 88–89, jfr. 36 f., 41 og 98.

<sup>8)</sup> »Indledning til den Danske og Norske Criminalret«, §§ 12 og 13, i *Arkiv for Retsvidenskaben* bd. 3 (1826).

<sup>9)</sup> »Grundreglerne for Straffelovgivningen«, § 13 note 1, se *Strafferetlige Skrifter* I (1931).

En handling, derimod, der er frembragt ved uimodståelig nødvendighed, hvad enten der er tale om udvortes magt eller en indvortes mere eller mindre skjult mekanisme, er, »uden Forhold til moralske og retlige Love, og det vilde være uretfærdigt, at straffe hvad der således måtte være foregået til Skade for Staten eller andres Retstilstand. Slige Handlinger siges derfor at være utilregnelige«. <sup>10)</sup>

Om sindssyge siger Ørsted at straffeloven er uanvendelig på dem »som ved en eller anden Sindssygdom, ere satte ude af Stand til at styre deres Handlinger ved Forestillinger om Pligt, Ret og Straf«. Det gælder ikke blot de helt afsindige, men også dem »som ere beladte med andre Sindssygdomme, der enten i visse Henseender berøve dem Evnen til rigtige Forestillinger, eller give visse Forestillinger et uimodståelig Herredømme over Begjereevnen, forsåvidt ellers Forbrydelsen hidrører fra slig Sindssygdom«. <sup>17)</sup>

Også Bornemann begrunder tilregnelighedskravet i moralske hensyn. Da statens ret til at straffe er betinget af forbryderens sædelige skyld som følge af hans ulydighed mod statens love, er straf udelukket når gerningsmanden har været indvortes ufri, d.v.s. har manglet evnen til at indse handlingens retlig-sædelige betydning og til at bestemme sig derefter. <sup>12)</sup> Det samme gælder Goos der ganske særligt betonede at skyld ikke blot betinger, men også *begrænser* statens ret til at gribe ind med foranstaltninger overfor forbryderen. Ansvarstanken er et civiliseret samfunds postulat der sikrer individets ret til at lide straf udmålt i forhold til hans skyld. Opgives dette postulat er individet hjemfaldet til en ubegrænset præventiv retshåndhævelse, og man har betrådt et skråplan for tilbage-skridt til barbariet. <sup>13)</sup>

Med Torp, positivismen, og troen på de moralsk neutrale behandlings evne til at forbedre lovovertræderen betrådte man dette skråplan der førte til fornægtelse af *Skyld* og *Ansvar* og til krav om afskaffelse af *Straf*. Der er tegn på at man nu er ved at komme til besindelse.

### 7. De argumenter der anføres til støtte for et rent psykiatrisk tilregnelighedskriterium er ikke holdbare.

De hidtil vundne resultater er kun et udgangspunkt der har fastlagt det principielle syn på tilregnelighedskravet og dets begrundelse. Tilbage står den opgave at redegøre for hvad der nærmere ligger i tilregnelighedskravets to forgreninger i retning af viden (forståelse) og fri vilje; og videre at diskutere hvorledes kravene teknisk kan

<sup>10)</sup> Note 8 a, st., § 31. Mærk at det er handlingen, ikke personen, der karakteriseres som »utilregnelig«.

<sup>11)</sup> A. st., § 33.

<sup>12)</sup> F. C. Bornemann, *Samlede Skrifter* bd. 3 (1866), 161, jfr. 10, 12 og tillæg I, 4 f.

<sup>13)</sup> C. Goos, *Almindelig Retslære* bd. 2, 520 ff., 517 ff.

formuleres således at de bliver brugbare i domstolens praksis. Jeg vil begynde med at argumentere for at straffrihed ihvertfald ikke bør knyttes til et rent psykiatrisk udtryk som »sindssygdom«. Dette spørgsmål har her i landet en særlig aktuell interesse. Skønt den ledende danske kriminalist, professor Knud Waaben, klart har udtalt sig imod et sådant kriterium,<sup>1)</sup> går dog den af straffelovrådet i 1972 afgivne betænkning ind herfor. Og det samme er tilfældet med det af Justitsministeren samme år fremsatte forslag til lov om ændring af den borgerlige straffelov m. m.

Først må det som resultat af de foregående undersøgelser fremhæves at sindssygdom i sig selv, lige så lidt som nogen anden sygdom, kan begrunde at en person ikke straffes. Specielt er det påvist at det argument, at den sindssyge ikke bør straffes for såvidt sygdommen må anses for »årsag« til forbrydelsen, er uholdbart. Det er forbavsende så lidt artikuleret den heftige lægelige argumentation for et rent psykiatrisk kriterium har været. Lægerne synes i den danske debat dogmatisk at være gået ud fra at manden ikke bør straffes hvis sindssygdom er »årsag« til forbrydelsen, og deres argumentation har i det væsentlige indskrænket sig til det stadig gentagne synspunkt, at sindssygdom er total, d.v.s. gennemsyrrer patientens hele personlighed.<sup>2)</sup> Men dette synspunkt rækker ikke videre end til at der ikke kan stilles krav om påviselig årsagssammenhæng. Det siger intet om hvorfor den sindssyge ikke bør straffes. Dette har simpelthen stået fast som et dogme.

Det er nedslående at læse lægernes indlæg i de gentagne forhandlinger i Dansk Kriminalistforening. De går adrig i dybden og når aldrig ind til problemets kerne: at forklare hvorfor sindssyge ikke skal straffes. Overlæge Geill, en af de førende, udtrykte kort og fyndigt lægernes standpunkt således:

Når man ikke straffer sindssyge, går man ud fra den praktiske erfaring, at det er for det første inhumant at tilføje dem en lidelse, som de ikke har fortjent, for det andet formålsløst, idet det ikke kan forbedre de syge, for det tredje uheldigt, idet det ødelægger disciplinen i fængslerne.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Waaben, *Utilregnelighed*, 44, jfr. 41, se dog forbeholdet, 147.

<sup>2)</sup> Se fx Geill i *U I*, bemærkningerne, 44, og *Betænkning om de strafferetlige særforanstaltninger 1972*, 174.

<sup>3)</sup> *Dansk Kriminalistforenings 9. årsmøde (1913)*, 143. Tilsvarende politilæge Winge på den norske Kriminalistforenings 4. møde, *Forhandlinger (1897)*, 70.

Hvorfor har de ikke *fortjent* straf? Hvordan kan en påstand herom være »en praktisk erfaring«? Hvis det er *formålsløst* at straffe sindssyge fordi det ikke kan forbedre dem må det vel også være formålsløst at straffe forbrydere der lider af kræft eller gigt. Har straf ikke andre formål end forbedring? Hvad har fængslernes indretning og fængselsdisciplinen med spørgsmålet om tilregnelighed at gøre?

Også i betænkning 1972 leder man forgæves efter en principiel begrundelse for at straffrihedens område skal bestemmes ved et rent psykiatrisk kriterium. Straffelovrådet henholder sig simpelthen til udtalelser fra retslægerrådet der øjensynligt betragtes som et orakel. I orakelsvaret hedder det at »rådet forudsætter eller forventer, at sindssygdom som sådan betingelsesløst medfører straffrihed«.4) Dette er en udtalelse om afgørelse af et retspolitisk-socialt spørgsmål som retslægerrådet som sådant ikke har kompetence til at udtale sig om. Dets opgave indskrænker sig til at fremkomme med oplysninger om psykiatriske sagforhold der – sammenholdt med andre relevante hensyn – kan begrunde den afgørelse af tilregnelighedsspørgsmålet som det må tilkomme jurister og politikere at træffe. Retslægerrådet er fremkommet med to argumenter til støtte for sin opfattelse, men ingen af dem er bærekraftige.

Det ene er argumentet om psykens funktionsmæssige enhed.5) Som tidligere omtalt er dette ikke noget argument for, at sindssyge ikke skal straffes, men kun, hvis dette forudsættes, for at straffriheden ikke gøres betinget af påviselig kausalitet.

Det andet går ud på, at dersom der indføres »såkaldt psykologiske straffrihedskriterier« omhandlende sygdommens indflydelse på patientens viljes- og handlingsliv, stilles psykiateren overfor spørgsmål der principielt ikke lader sig besvare på empirisk grundlag og som falder udenfor hans faglige kompetenceområde. Det vil dreje sig om »spørgsmål som, hvorvidt en handlingsimpuls eller -tilskyndelse har været 'uimodståelig' eller kunne være modstået, om sindssygdommen har været af en sådan art, at den har kompromitteret patientens evne til at tilpasse sin adfærd efter lovens krav etc. – spørgsmål som ikke kan forventes besvaret med nogen grad af sikkerhed, og som følgelig må anses for lidet egnede som grundlag for en eventuel

---

4) *Betænkning 667/1972*, 23–24, jfr. 174.

5) *A. st.*, 174.

sondring mellem straffri og strafskyldige sindssyge lovovertrædere«.<sup>6)</sup>

Alligevel må det være lykkedes retslægerrådet at overvinde sine erkendelsesteoretiske betænkeligheder, for faktum er at det i vid udstrækning har udtalt sig om sygdommens indvirkning på patientens viljes- og handlingsliv. Fx om hvorvidt tiltalte i handlingens øjeblik havde det fulde herredømme over sine handlinger, eller om han havde mistet kontrollen over sine affekter<sup>7)</sup> – for slet ikke at tale om den lange række udtalelser i relation til strfl. § 17 om, hvorvidt en person må anses for egnet til påvirkning gennem straf.

Det er naturligvis rigtigt at sådanne kriterier ikke er skarpe og at spørgsmål om deres forekomst ikke kan besvares med absolut sikkerhed. Men den omstændighed at et spørgsmål kun kan besvares på grundlag af et skøn betyder ingenlunde at man bevæger sig på et metafysisk gebet hvor hæderlige videnskabsmænd intet har at gøre. Det der spørges om er jo ikke mærkelige eller mystiske fænomener, men psykologiske omstændigheder af samme art som dem domstolene på mangfoldige områder er henvist til at arbejde med. Det drejer sig jo, som vi har sagt, dels om et intellektuelt moment, evnen til en vis indsigt eller forståelse; dels om evnen til at beslutte og handle frit og fornuftigt i overensstemmelse hermed. Det er psykologiske sagforhold som domstolene er velkendt med. Tænk på spørgsmål om forsæt og uagtsomhed der bygger på hvad den handlende indså eller burde have indset. Eller på de mange civilretlige regler i hvilke spørgsmål om »god tro« eller »ond tro« spiller en rolle. Myndighedslov og arvelov opererer med kriteriet »evne til at handle fornuftmæssigt«, og aftaleloven har regler om tvang og udnyttelse. Eksempler skulle vel egentlig være overflødige. Enhver jurist ved at retsreglerne på mangfoldig måde henviser til psykologiske omstændigheder, og at domstolene i samme omfang må afstå fra at kræve eksakte beviser og må lide på fornuftige menneskers, eventuelt eksperters, *skolede skøn*.

<sup>6)</sup> *A. st.*, 176, sammenholdt med 175. Argumentet har tit været fremført. Det spillede en betydelig rolle fremført af politilæge Winge på den norske Kriminalistforenings møde i 1896, se *Forhandlinger* (1897), 80, jfr. 58 og 82, og Hagerups svar, 83–84. Her i landet blev det gjort gældende af Friedenreich og Torp på Dansk Kriminalistforenings 9. årsmøde, se *DKÅ* (1913), 85 og 132. Se også Torp i *U II*, bemærkningerne, 22. Om Barbara Wootton henvises til *Skyld, Ansvar og Straf* (1970), 113 f., jfr. 138 f.

<sup>7)</sup> Se fx *RÅ* 1966, 98, 108 og 116 og udtalelsen i sagen U 1973. 95 H (96).

Den tanke at man skulle afstå fra at lade utilregnelighed være bestemt ved psykologiske kriterier blot fordi psykiaterne hævder at de ikke med sikkerhed kan besvare spørgsmål om deres forekomst eller ej, er helt urimelig.

Iøvrigt må lægernes holdning give anledning til den refleksion, om betænelighederne ved at besvare de spørgsmål juristerne ønsker besvaret ikke kan skyldes at spørgsmålene har forkert adresse. Man har været så besat af tanken om at utilregnelighed beror på sygdom i sindet at man ikke har kunnet forestille sig andet end at det er læger der skal rådgive domstolene. Men hvis det er rigtigt, som her antaget, at det ikke er sygdommen som sådan der begrunder utilregneligheden, men visse særheder i gerningsmandens måde at opfatte, tænke, føle, vurdere, reagere, og beslutte på, så bliver det vel et spørgsmål om det ikke snarere er hos adfærds- og personlighedspsykologer domstolene skulle søge oplysning og vejledning. Skulle vi have et retspsykologråd i stedet for et retslægeråd?<sup>8)</sup>

At det i virkeligheden ikke er sindssygdом som sådan men visse (af sygdommen bevirkede) psykologiske funktionsforstyrrelser der er afgørende for tilregnelighedsbedømmelsen fremgår på slående måde af betænkningens forslag om at ikke alene sindssygdом, men også »tilstande der må ligestilles med sindssygdом« skal begrunde straffrihed (medmindre særlige omstændigheder taler for at pålægge straf).

Dette vil altså sige at sindssygdом *ikke* (som det ofte siges i betænkningen og retslægerådets notat vedlagt som bilag 3) er gjort til *kriterium*, men kun til *indikation* for straffrihed på grund af psykisk abnormitet. Og som en anden indikation er anerkendt »tilstande der må ligestilles med sindssygdом«.

Spørgsmålet er hvad der skal forstås herved. Ligestillingen må være ligestilling i en vis henseende, fx hyppighed eller arvelighed. Der kan næppe være tvivl om at ligestillingen må gå på den kriminalretlige bedømmelse. Den psykiske tilstand må, som Hurwitz siger, »uden at være sindssygdом give *samme grund for en kriminalretlig*

<sup>8)</sup> I Tyskland synes man at være slået ind på denne vej: »Früher war die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine Domäne der Psychiater. In neuerer Zeit werden vor allem zur Untersuchung nicht krankhafter seelischer Störungen auch Psychologen herangezogen . . .«, H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (2. Aufl. 1972), § 40. III. 4.

*særbedømmelse* som en sådan sygdom« (org. udh.). Retslægerådet slutter sig i sit notat hertil.<sup>9)</sup>

Hermed er det sagt, at sindssygdom afgiver en *grund* til ikke at straffe og at samme grund kan foreligge også uden at sindssygdom er til stede. Altså må *grunden* være noget fra sygdommen selv forskelligt, og det må være den, og ikke sygdommen selv, der betinger utilregneligheden. Denne grund kan formentlig ikke være andet end sygdommens effekt på patientens tanke-, følelses- og viljesliv.

*8. Et psykiatrisk tilregnelighedskriterium vil betyde en blanco delegation af tilregnelighedsskønnet til lægerne.*

Man kunne tænke sig at det psykiatriske tilregnelighedskriterium, uanset sin manglende principielle begrundelse, dog var forbundet med sådanne retstekniske fordele i retsanvendelsen at det var fordelagtigt at acceptere det. Men det er ikke tilfældet. Tværtimod. Som følge af forskellige mærkværdigheder ved udtrykket »sindssygdom« knytter der sig betænkeligheder til dets anvendelse som utilregnelighedskriterium.

Det er vigtigt at bemærke at trods sin sproglige form er udtrykket »sindssygdom« ingenlunde ensbetydende med »sygdom i sindet« eller »sjælelig sygdom«, endsige med enhver sjælelig abnormitet. Efter Strömngren kan de sjælelige abnormiteter groft inddeles i seks hovedgrupper hvoraf sindssygdomme (eller psykoser) udgør én. Udenfor sindssygdom falder neuroser, psykopatier, oligofrenier (intelligensdefekter), andre evnedefekter og abnorme enkeltreaktioner.<sup>1)</sup>

Spørgsmålet er derfor hvorledes gruppen »sindssygdom« (»psykose«) nærmere skal bestemmes og afgrænses overfor andre sjælelige afvigelser.

Der er, så vidt jeg kan se, i den psykiatriske litteratur enighed om at »begrebet« sindssygdom ikke lader sig definere, hvilket vil sige at det emneområde det dækker ikke lader sig afgrænse ved visse kendetegn, fx beskadigelse af hjernen. Efter at have afvist forskellige de-

<sup>9)</sup> Stephan Hurwitz, *Den danske Kriminalret*. Alm. del (1952), 423. Retslægerådet siger, med et citat af Helweg, at det drejer sig om tilstande der former sig således at de for enhver fornuftig betragtning må medføre den samme straffetretlige undtagelsesstilling som de ubestridelige sindssygdomme. *Betænkning 667/1972*, 176.

<sup>1)</sup> Erik Strömngren, *Psykiatri* (10. udg. 1969), 10-11.

finitionsforsøg siger Helweg: »Sindssygdom er et rent empirisk samlebegreb og lader sig som sådant ikke definitions­mæssigt afgrænse, så lidt som begrebet sygdom i almindelighed. Sindssygdommene er altså simpelthen en gruppe sygdomme, der er sammenfattede i den disciplin, som kaldes psykiatri. *Hvad der hører herunder, må afgøres af den til enhver tid gældende psykiatriske skole*« (min udh.).<sup>2)</sup> Udtrykket »rent empirisk samlebegreb« er logisk dunkelt. Det ville være rigtigere at sige at udtrykket »sindssygdom« overhovedet ikke dækker noget begreb. For ved et begreb plejer vi at forstå et fikseret meningsindhold der gennem en definition afgrænser et vist emneområde. Fx begrebet »pattedyr«. Men hvis man af en eller anden grund samler heste, køer og kanarie­fugle under en fælles gruppebetegnelse er denne ikke udtryk for et nyt begreb.

»Sindssygdom« er altså intet begreb defineret ved visse kendetegn men en konventionel, sammenfattende betegnelse for en gruppe sygdomme. Ström­gren opremser 11 forskellige sygdomme, fordelt under tre hovedgrupper og hver dækkende forskellige varianter, som hørende under samlegruppen »psykoser«.<sup>3)</sup> Det kan ikke undre at andre psykiatere tilhørende andre psykiatriske skoler afgrænser gruppen anderledes. Som Helweg skriver: »Området kan ændres. De seneste årtier har set f. eks. visse paranoiaformer glide ud af sygdommenes grupper for at blive overflyttet til de psykopatiske abnormtilstande, der vel behandles i psykiatrien, men retslig ikke ubetinget medfører straffrihed og kun i visse tilfælde strafuegnethed (§ 17). Omvendt findes der former – f. eks. lettere psykogene og endogene depressioner – der nu ubetinget anerkendes som sindssygdomme, men som ingen for 50 år siden fandt på at medtage.« Og senere siger Helweg at det næppe går an doktrinært at hævde at enhver sindssygdom ophæver testamentshabiliteten. (Men der er intet i vejen for doktrinært at hævde at enhver sindssygdom ophæver strafhabiliteten!) »Dette lader sig«, siger han, »så meget vanskeligere gøre, som psykiatrien efterhånden har udvidet sit område og under betegnelsen sindssygdom indbefatter en mængde ganske lette psykiske forstyrrelser.«<sup>4)</sup> Det kan under disse forhold ikke undre at danske læger ofte har været uenige om hvilke sygdoms­fænomener der skal henregnes under psy-

<sup>2)</sup> H. Helweg, *Den retslige Psykiatri* (2. udg. 1949), 15–16.

<sup>3)</sup> *A. st.*, 26.

<sup>4)</sup> *A. st.*, 16 og 60.

koserne, eller om hvorvidt en person i en konkret situation skal betegnes som sindssyg eller ej.<sup>5)</sup>

At knytte tilregnelighed til et rent psykiatrisk kriterium således at retten ikke har nogen mulighed for at tilsidesætte den lægelige konklusion er derfor det samme som at udstede en blancoveksel der kan udfyldes af den til enhver tid herskende psykiatriske skole. Betænkning 667/1972 trøster sig med at retslægerrådet har erklæret at der ikke i de senere årtier er sket væsentlige ændringer i dansk retslægelig terminologi, og at der nu hersker udbredt faglig enighed om hvad sindssygdom (psykose) er, således at psykosebegrebet må siges i det væsentlige at ligge fast.<sup>6)</sup> Men hvorledes kan de der nu sidder på bjerget vide noget om hvad deres efterfølgere vil mene? Psykiatrien er endnu så løs i fugerne og rummer så afvigende skoleretninger at mere eller mindre revolutionerende nydannelser ikke kan anses for udelukket. At henvise til at man jo altid kan ændre straffelovens tilregnelighedskriterium igen er ikke fyldestgørende. Ændringen i den psykiatriske opfattelse kan foregå jævnt og glidende, medens straffelovens kriterium ikke kan forventes optaget til jævnlig revision og heller næppe kan tillempes i praksis når man har indført den regel, at den lægelige konklusion ikke kan tilsidesættes (idet krav om kausalitet er droppet).

Selvom »sindssygdom« ikke kan defineres ved bestemte kendetegn må der ligefuldt være visse hensyn der er afgørende for hvilke klinisk bestemte sygdomme der henregnes under dette samleudtryk og hvilke ikke. Man kunne fx tænke sig at afgørende var visse faglig-systematiske hensyn af ætiologisk eller terapeutisk art. Men det er ikke tilfældet. I litteraturen finder man ret overensstemmende, men helt vage, angivelser af at det afgørende er i hvor høj grad sygdommen påvirker patienten som handlende person og forringer hans evne til at leve op til de forventninger der stilles til ham i det sociale samliv. Strömrgren siger at psykoserne adskiller sig fra neuroserne ved at være »langt mere indgribende sygdomme, der forandrer hele person-

<sup>5)</sup> Se fx *Forhandlingerne på Dansk Kriminalistforenings 9. årsmøde* (1913), 110, 112, 128, m. fl., hvor Wimmer, måske ufrivilligt, gav udtryk for betegnelssens helt konventionelle karakter ved at hævde at man måtte kunne enes om at anerkende visse omdiskuterede tilfælde som faldende under »sindssygdom« »ganske simpelt fordi . . . alle disse tilstande i samtlige de psykiatriske lærebøger, jeg i alt fald har læst, findes under 'Sindssygdom'«.

<sup>6)</sup> *Betænkning 667/1972*, 25 og 172.

ligheden, således at den syge bliver et andet menneske end før.«<sup>7)</sup> MacNiven betoner at forskellen mellem psykoser og anden sindslidelse beror på noget kvantitativt. »It is this difference which is responsible for the gross changes in the patient's personality and his conduct, which are characteristic symptoms of the psychotic types of mental illness.«<sup>8)</sup> Det danske retslægeråd siger at der er udbredt faglig enighed om at sindssygdom er »en psykisk abnormtilstand, i første række kendetegnet ved en ændring af realitetsvurderingen, et indgreb i patientens muligheder for at opleve og vurdere sin omverden og sig selv, sin tilstand og sine handlinger i overensstemmelse med »virkeligheden« i. e. i overensstemmelse med hans egen tidligere oplevelse af samme emner resp. med omgivelsernes vurdering heraf.«<sup>9)</sup> I den svenske kommentar til brottsbalken siges det at »urmärkande för en psykos är bl. a., att den förändrar personligheten och orsaker en mer eller mindre förändrad verklighetsuppfattning.«<sup>10)</sup>

To ting er karakteristiske for disse vage angivelser af hvad der karakteriserer psykoserne. For det første deres kvantitative og glidende-graduelle karakter. Der er ingen skarpe grænser og tilfældene fordeler sig jævnt langs en skala og ikke typisk polært.<sup>11)</sup> Fx er de stemningssvingninger der karakteriserer den manio-depressive psykose kun den extreme ende af en skala der jævnt glider over i psykopatiske og normale tilstande. Således er skalaen manio-depressiv – cykloid – cyklotym opbygget og tilsvarende skalaerne skizofren – skizoid – skizotym og ixofren – ixoid – ixotym.<sup>12)</sup> Det vil derfor være ikke blot i sjældne undtagelsestilfælde men jævnlige at afgørelsen af om en person er sindssyg eller ej kommer til at bero på et skøn. Indførelse af et rent psykiatrisk tilregnelighedskriterium skaber derfor ikke, således som retslægerådet synes at antage,<sup>13)</sup> en sikkerhed der radikalt adskiller sig fra den usikkerhed hvormed anvendelse

<sup>7)</sup> *A. st.*, 11.

<sup>8)</sup> Punkt 3, note 5 *a. st.*, 51–52.

<sup>9)</sup> *Betænkning 667/1972*, 172.

<sup>10)</sup> Nils Beckman m. fl. *Brottsbalken III* (2. udg.), 270.

<sup>11)</sup> Det er vigtigt at bemærke dette. Enhver sontring kan give anledning til tvivl i visse grænsetilfælde. Fx også sontringen mellem mænd og kvinder, eller mellem dyr og planter. Men efter disse sontringer fordeler emnerne sig typisk polært, ikke efter en glidende skala.

<sup>12)</sup> Strömgren, *a. st.*, 268, 69.

<sup>13)</sup> *Betænkning 667/1972*, 176, hvor den med psykologiske straffrihedskriterier forbundne usikkerhed betones.

af psykologiske kriterier er behæftet. En erklæring afgivet af retslægerrådet om at en person på givet tidspunkt var sindssyg kan ikke sidestilles med en af et kemisk laboratorium udstedt attest om at et forelagt stof indeholder stryknin.<sup>14)</sup>

For det andet at de er psykologisk-moralsk orienteret, hvormed jeg mener at de sigter mod de psykologiske momenter der efter herskende moralopfattelse betinger moralsk ansvarlighed. Det centrale i udtalelserne om psykoseområdets afgrænsning er at sygdommen har medført ændringer af personligheden. Jeg har ikke set nogen af vore hjemlige psykiatere gøre forsøg på at definere dette begreb – og det er vist også vanskeligt. Men der kan vist næppe være tvivl om at det er orienteret mod mennesket som *moralsk* væsen, opfattet og forstået i dets reaktioner på omverdenen i det sociale samliv. Der tales om »forandringer« af personligheden, men siges intet om i hvilken retning. Forandringer kan jo være både til det bedre og til det værre. Meningen må vel være det sidste. Men i hvilken forstand »værre«? Betyder det at han er blevet mere ondsindet eller sløv af karakter målt med gængse moralske standarder? Eller snarere at hans personlighed er gået i opløsning derved at hans reaktioner er blevet uberegnelige og uforståelige?

Sammenlagt fører disse betragtninger til at det *skøn* hvorpå den psykiatriske diagnose hviler er af psykologisk-moralsk art. Det retter sig mod om de psykologiske mekanismer – forståelse, vurdering, beslutning – der dirigerer personens adfærdsreaktioner er så forstyrrede og forvredne i forhold til det »normale« at han ikke længere kan anerkendes som moralsk subjekt. Og det vil igen sige at han ikke kan mødes med de forventninger vi ellers stiller til vore medmennesker og ikke drages til ansvar hvis han ikke lever op til dem, kort sagt at han er *moralsk uansvarlig [utilregnelig]*.

Den lægelige erklæring om at en person er sindssyg er derfor, modsat fx en erklæring om at han lider af kræft, ikke *blot* en udtalelse der *konstaterer* tilstedeværelsen af visse objektive iagttagelige

<sup>14)</sup> Retslægerrådet udtaler sig jævnligt om hvorvidt en persons kønsdrift blot er »meget stærk« eller på vis måde »afvigende« (fx ved sadistiske tilbøjeligheder) – eller må betegnes som »sygelig« eller »abnorm«. (Homoseksualitet betegnes som en abnormitet, *RÅ* 1949, 113.) Hvis sådanne udtalelser prætenderer at give andet og mere end statistiske oplysninger om foreteelsens hyppighed (der som sådan er kriminalretlig irrelevant) bliver det gådefuldt hvorledes springet fra det kvantitative til det kvalitative foregår.

fænomener: Værsgod og se i mikroskopet. Sindssygdomsdiagnosen hviler herudover også på en *vurdering* af sygdommens konsekvenser for bedømmelsen af patienten som moralsk personlighed. Det vil sige at manden *erklæres sindssyg fordi han* (af lægerne) *anses for moralsk uansvarlig. At kende ham utilregnelig fordi han er sindssyg bliver derfor en cirkelslutning.* Diagnosen er ikke grundlag for tilregnelighedsvurderingen, men rummer i sig selve denne vurdering. *At anerkende et rent psykiatrisk tilregnelighedskriterium er derfor simpelt-hen det samme som at delegere det moralsk-retlige ansvarlighedsskøn til lægerne.*

Med al respekt for lægernes faglige dygtighed og skolede menneskekundskab kan dette ikke være rigtigt. Det må være lægernes – og eventuelt psykologernes – opgave at forsyne retten med alle relevante oplysninger om tiltaltes mentale habitus. Men skønnet over tiltaltes tilregnelighed må, når sagkundskaben har talt, træffes af samme instans som har ansvaret for afgørelsen af mandens skæbne, altså af retten.

At lægernes skøn i de fleste tilfælde er samfaldende med juristernes (rettens) ændrer intet i dette krav om en rigtig fordeling af kompetence og ansvar.

Disse betragtninger får særlig vægt hvis man, således som i betænkning 667/1972 og det derpå byggede lovforslag, sletter krav om årsagssammenhæng mellem sygdom og gerning. For i så fald mister retten den sidste mulighed for, ved benægtelse af kausalitet, at censurere det lægelige skøn. Retslægerådet begrundede afvisning af krav om årsagssammenhæng med det i det foregående flere gange omtalte argument om psykens funktionsmæssige enhed der betyder at enhver psykisk delfunktion må formodes at være inddraget i abnormiteten.<sup>15)</sup>

Det må imidlertid understreges at der er tale om en *formodning*, ikke om en veldokumenteret kendsgerning, og at det derfor er en logisk modsigelse når retslægerådet på dette grundlag drager den konklusion, at *muligheden* af en af sindssygdommen uafhængig for-

<sup>15)</sup> *A. st.*, 174, hvor det siges at »enhver psykisk delfunktion må formodes at være eller at kunne være inddraget i abnormiteten« (min udh.). Det står mig ikke klart hvad de udhævede ord egentlig betyder. De udtrykker jo en mulighed og formodningen skulle forsåvidt være en formodning om en mulighed. Har det nogen mening?

bryderisk handling må afvises.<sup>16)</sup> At der er tale om en formodning betyder jo netop at muligheden for det modsatte står åben.

Iøvrigt er der noget ejendommeligt ved totalitetsformodningen. Når man ellers taler om en formodning, fx når en læge siger at han formoder at en patient lider af en kræftsygdom, eller en geolog at der er formodning for at der er olie under havet et vist sted i Nord-søen, ligger der heri dels at der er visse holdepunkter for at det forholder sig således; dels at det er muligt ved mere indgående undersøgelser at få formodningen enten bekræftet eller afkræftet. Hvad psykiaternes totalitetsformodning angår er vel nok det første, men ikke det sidste tilfældet. Hvorledes skulle det være muligt at få konstateret om virkelig alle den sindssyges mentale defunktioner er afficerede når hans iagttagelige adfærdsreaktioner ikke tyder derpå? Påstanden herom er hverken falsificerbar eller verificerbar, men et *postulat* eller *trossætning*.<sup>17)</sup>

Det kan derfor ikke undre at jurister som oftest har forholdt sig skeptisk til denne lære og ikke har villet acceptere dens konsekvenser. I motiverne til det udkast til tilregnelighedsbestemmelser der blev drøftet på den norske kriminalistforenings møde 1896 vendte Getz sig mod den tanke at en person der fx lider af en periodisk tilbagevendende drift til at bemægtige sig damesko skal behandles som utilregnelig også i alle andre strafferetlige relationer, og Hagerup sluttede sig til dette synspunkt.<sup>18)</sup> I forarbejderne til vor nugældende straffelov udtalte flertallet (Glarbo, Johansen og Krabbe med tilslutning af Olrik) sig imod totalitetslæren og stemplede den som et »postulat, som hverken stemmer med almindelig erfaring eller er al-

<sup>16)</sup> Det tilføjes »i princippet«, men det står mig ikke klart hvad der skal ligge i denne kvalifikation.

<sup>17)</sup> At formodningen som et postulat gøres uafbeviselig er formentlig udtryk for at lægerne tænker ud fra den forudsætning at enhver tvivl bør komme den tiltalte til gode i den forstand at han ikke straffes. Men denne forudsætning vil ofte ikke være rigtig da utilregnelighedserklæringen medfører foranstaltninger der kan være mere byrdefulde end straf. I denne sammenhæng kan henvises til afgørelsen U 1956. 911: Tre dommere voterede for straf (med udsat fuldbyrdelse) og tre andre for inddragelse under åndssvageforsorg. I medfør af retsplejelovens § 216, stk. 1, blev der givet dom i overensstemmelse med de tre førstnævnte dommerses votum, der efter alle voterendes opfattelse måtte anses for at være det for tiltalte gunstigste resultat.

<sup>18)</sup> *Forhandlinger ved den norske kriminalistforenings 4. møde (1897)*, 99-100 og 77.

mindelig anerkendt i lægevidenskaben«. <sup>19)</sup> I sidstnævnte henseende kan henvises til at Helweg erkender at der kan forekomme lovovertrædelser hvis psykologiske sammenhæng med sygdommen ikke er sandsynlig. »Teoretisk er det sikkert rigtigt, at en sindssygdom altid angriber hele psyken . . . men i praksis at fastholde det til yderste konsekvens er en smule doktrinært. Man ser personer med udtalte, omend mindre svære sindssygdomme passe deres forretning forstandigt og godt, og det skulle da synes i nogen måde urimeligt ikke at gøre dem ansvarlige, hvis de for vindings skyld giver sig til at snyde i handelen.« <sup>20)</sup> Det er sund fornuft. Danske domstole har gentagne gange anlagt samme synspunkt. <sup>21)</sup>

En person kan være sindssyg men sygdommen kan i perioder der kan strække sig over år befinde sig i en inaktiv fase. <sup>22)</sup> Er det rimeligt at en sådan person er ansvarsfri for alt hvad han foretager sig i en sådan fase, hvorved det altså er forudsat at der ikke er tale om en genoplussen af sygdommen?

Endelig må det erindres at totalitetsargumentet, som flere gange påpeget, kun har vægt når det forudsættes at sindssygdom som (med)årsag til forbrydelse *eo ipso* er diskulperende, en forudsætning hvis rigtighed ikke kan anerkendes. <sup>23)</sup>

### *9. Verden over anerkendes aldeles overvejende et psykiatrisk-psykologisk tilregnelighedskriterium.*

Danske betænkninger som grundlag for lovgivning plejer at indeholde oplysninger om fremmed ret. Den foreliggende betænkning indeholder oplysninger om retstilstanden i Norge og Sverige – herudover intet. Dette må, i betragtning af at spørgsmålet om kriminalretlig tilregnelighed er et centralt problem der har beskæftiget filosofi, retstænkning og lovgivning verden over, forekomme forbløffende. Da oplysningerne vedrørende vore skandinaviske nabolande går ud på at man der anerkender det psykiatriske kriterium der foreslås indført nu også i Danmark (i Sverige dog i forbindelse med krav om kausalitet) kan læseren måske forledes til den opfat-

<sup>19)</sup> *U III*, Motiverne, 38, jfr. 41 og 58.

<sup>20)</sup> *A. st.*, 13–14.

<sup>21)</sup> *Betænkning 667/1972*, 22–23.

<sup>22)</sup> *Retslægerådets årsberetning 1965*, 27.

<sup>23)</sup> Efter norsk ret gælder et rent psykiatrisk kriterium uden krav om nogen sammenhæng mellem sygdom og handling. Dette kritiseres af Andenæs der finder det urimeligt at en kværluln eller jalousiforrykt ikke skal kunne straffes for hjemmebrænding, Andenæs, *a. st.*, 258–59.

telse at en sådan løsning af tilregnelighedsproblemet er jævnlige forekommende i lande udenfor Danmark. Jeg synes vore lovgivere burde være oplyst om at det stik modsatte formentlig er tilfældet.

At give en oversigt over retstilstanden i fremmede lande hvad angår tilregnelighedsproblemet falder udenfor hvad jeg kan påtage mig.<sup>1)</sup> Jeg må nøjes med at sige at efter hvad jeg ved er Norge og Sverige de eneste lande indenfor det europæisk-anglo-amerikanske kulturgebet der anerkender et rent psykiatrisk kriterium.<sup>2)</sup> Der kan ihvertfald ikke være tvivl om at den aldeles overvejende løsning går ud på at operere med et såkaldt blandet psykiatrisk-psykologisk kriterium, hvilket vil sige at utilregnelighed gøres betinget af visse psykologisk beskrevne forstyrrelser i personens tanke-, følelses- og handlingsliv forsåvidt de er forårsaget af sindslidelse. Sidstnævnte krav vil vistnok ofte ikke være af større selvstændig betydning fordi de omtalte funktionsforstyrrelser som oftest i sig selv vil indicere sindslidelse.

Man burde efter min mening heller ikke have undladt at oplyse om forskellige legislative undersøgelser og overvejelser der har fundet sted i nyere tid, fx de overvejelser der har ligget til grund for den nu afsluttede tyske strafferetsreform.<sup>3)</sup> Nævnes kan også den meget indgående drøftelse af tilregnelighedsproblematikken der findes i den *Report* der i 1953 blev afgivet af *Royal Commission on Capital Punishment*. Det er af interesse at notere at den medicinske sagkundskab repræsenteret af *The British Medical Association* klart tog afstand fra »a medical definition of insanity« og anbefalede et blandet psykiatrisk-psykologisk kriterium i form af en udvidelse af den nedarvede *M'Naghten* formel til at omfatte ikke blot »defect of reason«, men også »disorder of emotion«.<sup>4)</sup> Kommissionen

<sup>1)</sup> Udførlige oplysninger om fremmed ret findes i *Royal Commission on Capital Punishment Report*. (1953), 407 ff., men de kan naturligvis være forældede.

<sup>2)</sup> Det er velkendt at appelretten i District of Columbia i 1954 i *The Durham case* brød med de traditionelle *M'Naghten Rules* og statuerede at »an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect«. Det vil altså sige at dommen antog et psykiatrisk kriterium betinget af kausalitet. (Lignende, men mindre bemærkede afgørelser var allerede langt tidligere blevet truffet i New Hampshire). *Durham* doktriner blev imidlertid mødt med megen kritik og er nu almindeligt forkastet af appelretterne i U.S.A. og erstattet med det i *Model Penal Code* opstillede kriterium af blandet psykiatrisk-psykologisk art, se herom i den efterfølgende tekst. Dette gælder også den domstol der i sin tid indførte *Durham* reglen, se *United States v. Brawner* – F. 2d – (D. C. Cir. 1972), kommenteret i *Journ. of Crim. Law, Criminology and Police Science*, vol. 63 (1972), 528.

<sup>3)</sup> Med visse mindre sproglige ændringer har man fastholdt det psykiatrisk-psykologiske kriterium der blev indført i 1933, H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (2. Aufl. 1972), § 40. III.

<sup>4)</sup> *A. st.*, §§ 250 og 264.

selv kom til det resultat at anbefale »to abrogate the Rules [*the M'Naghten Rules*] and to leave the jury to determine whether at the time of the act the accused was suffering from disease of the mind (or mental deficiency) to such a degree that he ought not to be held responsible« – altså en ordning som den nugældende danske karakteriseret ved at man har opgivet at formulere et tilregnelighedskriterium og overladt afgørelsen til rettens (juryens) skøn.<sup>5)</sup>

Reportens konklusion bygger på indgående overvejelser og afhøring af en lang række sagkyndige som »vidner«. Udgangspunktet er at tilregnelighedsspørgsmålet principielt ikke er et medicinsk, men et moralsk spørgsmål. De medicinske sagkyndiges almindelige mening var at det ikke er muligt i medicinske termer at definere nogen kategori af mental sygdom der altid skulle medføre straffrihed.<sup>6)</sup> På ét medlem nær var der i kommissionen (der havde 12 medlemmer) enighed om at *M'Naghten Rules*, der kun tager intellektuelle defekter i betragtning, er for snævre og bør ændres. Hvis et nyt kriterium skal lovfæstes anbefalede kommissionen denne formulering:

The jury must be satisfied that, at the time of committing the act, the accused, as a result of disease of the mind (or mental deficiency) (a) did not know the nature and quality of the act or (b) did not know that it was wrong or (c) was incapable of preventing himself from committing it.<sup>7)</sup>

Imidlertid betvivlede man at det var muligt i en formel at sammenfatte alle relevante hensyn og frygtede at selv den bedste formulering i visse tilfælde ville virke mere vildledende end vejledende. Man endte derfor med, som nævnt, at anbefale en fri, skønsmæssig afgørelse.

Det kunne også være nævnt at *The American Law Institute* med professor H. Wechsler som *chief reporter* gennem en årrække i 50'erne har arbejdet på udformning af en *model penal code*. Forslaget med kommentarer blev offentliggjort i 1956. Institutet forkaster *Durham*-doktrinen, altså en løsning der gør utilregnelighed afhængig af et psykiatrisk-kausalt kriterium; og ligeledes en fri, skønsmæssig afgørelse; men anbefaler et psykiatrisk-psykologisk kriterium i følgende formulering:

A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law.<sup>8)</sup>

<sup>5)</sup> *A. st.*, § 333.

<sup>6)</sup> *A. st.*, §§ 280–86.

<sup>7)</sup> *A. st.*, § 317.

<sup>8)</sup> Se nærmere Herbert Wechsler, »The American Law Institute: Some Observations on its Model Penal Code« i *Crime and Insanity*, ed. by Richard W. Nice (1958), 207 ff.

### 10. Videre perspektiver.

Den foregående fremstilling kan groft resumeres i følgende teser:

Den positivistiske skoles forkastelse af tilregnelighedsbegrebet som metafysisk er en vildfarelse.

At sindssyge (og andre psykisk afvigende) (normalt) ikke straffes kan hverken begrundes med at straf ville være nytteløs eller formålsløs. Begrundelsen er moralsk: Det ville stide mod et fundamentalt moralsk princip at straffe personer der ikke er skyldige.

Sindssygdom som sådan kan ikke begrunde straffrihed. At indføre et rent psykiatrisk tilregnelighedskriterium vil betyde at berøve retten, der bærer ansvaret for dommen, enhver kontrol med afgørelsen af spørgsmålet om tilregnelighed.

Hvis et legalt tilregnelighedskriterium skal formuleres må det være som en artikulation af den almindelige moralbevidstheds krav om at den handlende forstod hvad han gjorde og handlede af fri vilje.

På dette grundlag måtte en fortsættelse af dette tilregnelighedsstudie naturligt tage sit udgangspunkt i de blandet psykiatrisk-psykologiske formuleringer der er almindeligt forekommende i fremmed ret og litteratur. Som oftest er det psykologiske element dobbeltsporet i den forstand at utilregnelighed indiceres såvel ved et intellektuelt som ved et emotionelt-voluntaristisk mentalt forhold, nemlig dels ved en vis manglende *viden, indsigt, forståelse* eller lign.; dels ved en vis svigtende evne til at *kontrollere* sin adfærd ved at *beher-ske impulser* og *integrere motivationer*. Sådanne formuleringer forekommer i mange varianter. Her er et par eksempler:

Tysk straffelov § 51 (1): Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Tat wegen Bewusstseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Forslag fremsat af Royal Commission on Capital Punishment: The jury must be satisfied that, at the time of committing the act, the accused, as a result of disease of mind (or mental deficiency) (a) did not know the nature and quality of the act or (b) did not know that it was wrong or (c) was incapable of preventing himself from committing it.<sup>1)</sup>

Ved analyse og drøftelse af dette materiale vil en række problemer opstå, i første række det spørgsmål om det er velbegrunderet at

<sup>1)</sup> Se også formuleringen i *American Law Institute's Model Penal Code* citeret sidst i foregående nummer.

bibeholde det psykiatriske element i kriteriet. Hvis agenten ikke forstod hvad han gjorde eller ikke var i stand til at kontrollere sin adfærd (eller hvorledes nu det psykologiske element affattes) kan det så ikke være ligegyldigt hvad der var årsag hertil? Er det ikke snarere sådan at hvis sådanne psykologisk bestemte funktionsforstyrrelser foreligger vil de normalt tages som indikation for at manden er mentalt syg, således at et selvstændigt spørgsmål herom ikke opstår? Mon ikke det psykiatriske element blot er et efterlevn af den primitive forestilling at det ikke er manden selv, men sygdommen, der er årsag til (skyld i) forbrydelsen?<sup>2)</sup>

Det bliver dernæst en opgave analytisk at udrede hvorledes det psykologiske element nærmere skal forstås og formuleres.

Hvad angår den del af det psykologiske element der har at gøre med en vis manglende viden eller indsigt må forholdet til forsæt og retsvidenhed klargøres. Det må videre nærmere udredes *hvad* det er der mangler viden om eller forståelse af. Er det handlingens retlige eller dens moralske karakter, og hvad skal der i sidste fald nærmere forstås herved? Er det manglende *indsigt* der i sig selv er afgørende eller er det snarere manglende *evne* til at indse?

Hvad angår den del af det psykologiske element der har med evnen til at kontrollere sin adfærd at gøre må der først og fremmest mindes om at den »viljesfrihed« der forudsættes intet har med filosofisk indeterminisme at gøre. Videre må det udredes at den beslutningsfrihed der forudsættes af den almindelige moralbevidsthed er en *handlefrihed* (i en vis forstand) og ikke en dybere, bagved liggende *viljesfrihed*. (Disse emner er allerede ret indgående behandlet i min afhandling »Han kunne have handlet anderledes« i *Skyld, Ansvar og Straf*). I fortsættelse af disse problemer vil det være nødvendigt at komme ind på den debat termen »irresistible impulse« har givet anledning til i England og Amerika,<sup>3)</sup> jfr. hertil *Skyld, Ansvar og Straf*, side 140 f.

<sup>2)</sup> Peter Brett, *An Inquiry into Criminal Guilt* (1963), 173, går ind for at overlade tilregnelighedsspørgsmålets afgørelse til rettens (juryens) skøn uden at være knyttet til noget krav om mental sygdom eller defekt.

<sup>3)</sup> Se fx *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19. ed. 1966), § 54; *Royal Commission on Capital Punishment. Report* (1953), §§ 313 f.; Angus MacNiven i *Mental Abnormality and Crime*, ed. by Radzinowicz and J. W. C. Turner (1944), 66 f.; Jonathan Glower, *Responsibility* (1970), 135 f., 200; Sheldon Glueck, *Law and Psychiatry* (1962), 49 f., og H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968), 152 f., 227 f.

Når denne diskussion er afsluttet og man er nået frem til den bedst mulige formulering af et psykologisk tilregnelighedskriterium melder det spørgsmål sig om det vil være tilrådeligt at lovfæste kriteriet, eller om det vil være bedre helt at undlade noget forsøg herpå og – på lignende måde som den nugældende danske straffelov – overlade det til rettens skøn om tiltalte er utilregnelig (på grund af sindssygdom o.s.v.). Jeg minder om at *The Royal Commission on Capital Punishment* anbefalede en løsning i sidstnævnte retning. Det kan tilføjes at den britiske *Homicide Act*, 1957, section 2, der indførte begrebet »formindsket tilregnelighed« i forbindelse med manddrab benyttede sig netop af denne teknik. Det hedder her:

Where a person kills or is a party to the killing of another, he shall not be convicted of murder [men kan dømmes for manslaughter] if he was suffering from such abnormality of mind . . . as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions in doing or being a party to the killing.

Man har altså i denne formulering undladt ethvert forsøg på at angive de psykologiske omstændigheder der betinger den formindskede tilregnelighed og ganske overladt afgørelsen heraf til rettens (juryens) skøn.<sup>4)</sup>

Selvfølgelig kan spørgsmålet om, hvorvidt et kriterium bør lovfæstes eller ej, ikke afgøres før man ved hvad valget drejer sig om, altså ikke før man er fundet frem til de formuleringer der retsteknisk bedømt anses for bedst at dække moralbevidsthedens postulater. Jeg mener dog allerede nu at kunne sige at noget stærkt behov for at ændre strfl. § 16 ved indførelse af et psykologisk tilregnelighedskriterium ihvertfald ikke foreligger. Det kan i denne forbindelse notes at retslægerådet finder at den nuværende § 16 fungerer tilfredsstillende og øjensynligt foretrækker bevarelse af denne retstilstand fremfor indførelse af psykologiske kriterier.<sup>5)</sup> I øvrigt vil det, selv uden nogen formelig ændring af § 16, være muligt i praksis at søge tilregnelighedsafgørelserne psykologisk bedre underbygget ved fra lægerne (eller andre eksperter) at indhente mere fyldestgørende oplysninger om tiltaltes psykiske evner og beredskab i gerningsøjeblik-

<sup>4)</sup> Således også Brett, *a. st.*, 157 ff., 173, 207–08, der finder alle forsøg på at formulere et tilregnelighedskriterium utilfredsstillende.

<sup>5)</sup> *Betænkning 667/1972*, 173, 176.

ket. Spørgsmålets legislative løsning kan derfor uden skade bero indtil straffeloven, eller ihvertfald dennes almindelige del, underkastes en gennemgribende systematisk revision.

Det samme gælder spørgsmålet om formindsket tilregnelighed, et begreb som den positivistiske kriminalfilosofi naturligvis måtte forkaste sammen med det fulde tilregnelighedsbegreb. Når skyldprincippet accepteres og når det indses at sondringen mellem tilregnelige og utilregnelige ikke er polær, men graduelt glidende,<sup>6)</sup> bliver begrebet om formindsket skyld på grund af formindskede evner til at gøre det rette, uundgåeligt. Under den bestående retstilstand vil strfl. § 85 i det væsentligste kunne tilfredsstillende dette behov.

Under hensyn til de anførte omstændigheder vil jeg, ihvertfald foreløbigt, slutte denne afhandling her, altså uden at gå ind på den opgave at formulere et tilregnelighedskriterium. Afhandlingens sigte er negativt: at begrunde at et rent psykiatrisk tilregnelighedskriterium ikke bør indføres.

---

<sup>6)</sup> Jfr. Kauko Aromaa i *NTK* 1972, 154 f.

# Responsum af 3. juni 1971 angående spørgsmål om ophævelse af straffelovens § 225, stk. 2.

Til formanden for Forbundet af 1948 (Landsforening for Homofile)  
Hr. Per Kleis Bønnelycke, Åbenrå 33, 1124 København K.

Med brev af 25. april 1971 fremsendte De til mig to hollandske undersøgelser af homoseksualitet, begge udgivet af Forbundet i dansk oversættelse. Den ene er en videnskabelig interveiwundersøgelse foretaget af Institut for Social Psykologi i Groningen. Den anden er en rapport («Spejler Rapporten») afgivet af en regeringskommission nedsat til overvejelse af spørgsmål om afskaffelse af art. 248 *bis* i den hollandske straffelov. De har oplyst at sådan afskaffelse i overensstemmelse med rapportens anbefaling nu er gennemført ved lov, hvilket vil sige at den aldersgrænse der definerer strafbart seksuelt forhold på grund af partnerens ungdom nu er 16 år for såvel homo- som heteroseksuelle forhold (og uanset partnerens køn). Under henvisning hertil har De spurgt om jeg »på grundlag af den hollandske undersøgelse af de præmisser som ligger til grund for også den danske lavaldergrænse for homoseksuelle forhold, finder det berettiget at indføre samme lavalder for alle seksuelle forhold i Danmark«.

Nærværende skrivelse skal tjene til besvarelse af Deres spørgsmål. Jeg må dog straks bemærke at jeg ikke besidder særlig kriminalistisk sagkundskab eller erfaring, og at jeg ikke i anledning af Deres forespørgsel har anstillet særlige undersøgelser. Basis for mit svar er alene det tilstillede materiale og min almindelige viden og erfaring som jurist.

1. Det fremgår af Forbundets forord til den omtalte kommissionsrapport at den lovgivningsforanstaltning der fra Forbundets side ønskes gennemført består i ophævelse af straffelovens § 225, stk. 2.

2. Der kan peges på forskellige omstændigheder der bevirker at man ikke uden videre kan sidestille afskaffelse af dansk straffelovs § 225, stk. 2, med ophævelse af den hollandske lovs art. 248 *bis*; og

ej heller uden videre acceptere rapporten som udtømmende grundlag for overvejelser om en dansk lovændring.

2.1. Art. 248 *bis* angik seksuelt forhold til »en mindreårig« af samme køn, d.v.s. til en person under 21 år. § 225, stk. 2, rammer derimod kun forhold til en person under 18 år. Den ophævede hollandske regel var altså betydelig strengere end den tilsvarende danske. Behovet for en ændring måtte derfor føles betydeligt stærkere i Holland, og de argumenter rapporten anfører til støtte for seksuel frihed for unge homoseksuelle har større vægt i Holland end her: i Holland drejede det sig om aldersgruppen fra 16 til 21 år, i Danmark om aldersgruppen fra 15 til 18 år.

2.2. Det fremgår heraf at medens ophævelse af art. 248 *bis* har medført en »seksuel lavalder« på 16 år, vil ophævelse af § 225, stk. 2, resultere i en 15 års grænse.

2.3. Art. 248 *bis* ramte kun »en voksen« der foretog de dér beskrevne handlinger, og det vil formentlig sige personer over 21 år. Art. 248 *bis* fandt altså ikke anvendelse når begge personer var under 21 år. En tilsvarende begrænsning findes ikke i § 225, stk. 2. Denne finder anvendelse også i alderslige forhold (begge parter under 18 år), men det tilføjes at straffen kan bortfalde når de pågældende er hinanden omtrent jævnbyrdige i alder og udvikling.

Denne forskel mellem de to bestemmelser, der i og for sig skulle gøre en reform mere påkrævet i Danmark end i Holland, er dog, som det senere skal påvises (ndf. 3.2), ikke af større betydning.

2.4. Speijer-kommissionens kommissorium var begrænset til spørgsmålets »rene medicinske og videnskabelige aspekter« med *udelukkelse af »etiske, sociologiske og pædagogiske overvejelser«* (rapport 1.2. (6)). Kommissionen begrænsede i så høj grad som muligt sine undersøgelser og overvejelser i overensstemmelse hermed (rapport 2.2. (1) og 6.1). Dette betyder en væsentlig begrænsning i overvejelserne, idet navnlig mulige sociale konsekvenser af lovændringen bør tages i betragtning. Efter min mening udgør en vurdering af disse konsekvenser endda et centralt punkt i problematikken.

3. For at kunne drøfte hvad der taler for og imod en ophævelse af § 225, stk. 2, er det nødvendigt først at præcisere hvilke handlinger denne bestemmelse kriminaliserer og som altså vil blive lovlige i tilfælde af at bestemmelsen ophæves.

3.1. § 225, stk. 2, er sålydende:

»Med fængsel indtil 4 år anses den, der øver kønslig usædelig-

hed med en person af samme køn under 18 år. Straffen kan dog bortfalde, når de pågældende er hinanden omtrent jævnbyrdige i alder og udvikling«.

De forhold der hermed kriminaliseres kan deles i to grupper: de *alderslige* forhold, d.v.s. de forhold i hvilke begge partnere er mellem 15 og 18 år gamle; og de *aldersulige* forhold, d.v.s. de forhold i hvilke den ene part er mellem 15 og 18 år og den anden over 18 år.

3.2. I de *alderslige* forhold er begge parter, således som loven er formuleret, strafbare; for det gælder om dem begge at de har øvet kønslig usædelighed med en person af samme køn under 18 år. Og når ikke andet er bestemt rammer et straffebud personer over 15 år, strfl. § 15.

Man har dog lov til at gå ud fra at denne straffehjemmel ikke betyder noget i praksis. Sag vil ikke blive rejst, og skulle det endelig ske vil tiltale blive frafaldet i medfør af retsplejelovens § 725. Reglen i § 225, stk. 2, om strafbortfald når jævnbyrdighed er tilstede taler stærkt for at lovgiveren, trods ordene, ikke har haft disse forhold for øje.

3.3. I de *aldersulige* forhold er kun den partner der er over 18 år strafbar. Jævnbyrdighedsreglen vil medføre at straf kan bortfalde og at chancen herfor er større jo nærmere hans alder ligger ved de 18 år.

3.4. Det følger heraf at en ophævelse af § 225, stk. 2, praktisk taget vil være uden betydning for de alderslige homoseksuelle forhold. Den vil gøre det klart at den unge homoseksuelle aldrig kan straffes hvad enten hans partner er en anden ung eller en ældre. Derimod vil ophævelsen have betydning for de aldersulige forhold idet den vil medføre straffrihed for den ældre partner.

4.1. Forsåvidt angår de *alderslige* forhold kan jeg tiltræde en ophævelse af § 225, stk. 2. Det har som nævnt sikkert aldrig været til sigtet at kriminalisere forhold hvor begge partnere er under 18 år. Det synes rimeligt at klargøre dette således at enhver trusel om at kunne gribe ind med straf fjernes. Måske vil man mene at straffehjemlen kan have sin berettigelse som grundlag for sociale forsorgsforanstaltninger. Efter min mening kan dette hensyn ikke begrunde en kriminalisering.

4.2. Hvis det i overensstemmelse hermed antages, at homoseksuelle forhold der udvikler sig mellem unge indbyrdes ikke skal krimi-

naliseres, og *at* der altså i § 225, stk. 2, bør indføres en aldersgrænse som betingelse for strafbarheden af forhold til en person af samme køn mellem 15 og 18 år, opstår det spørgsmål hvor denne aldersgrænse skal sættes. Der er naturligvis ingen grund til at denne nødvendigvis skal være 18 år, altså den samme grænse der bestemmer den unge partners maximumsalder. Jævnbyrdighedsreglen i § 225, stk. 2, udtrykker efter min mening noget meget væsentligt. Det kan forekomme vilkårligt at forhold mellem to 18-årige er tilladt medens forhold mellem en 18-årig og en 17-årig er strafbart. Det er naturligvis en skønssag hvor grænsen skal sættes. 21 år ville forekomme mig passende. Det vil sige at jeg forsåvidt kan gå ind for en ændring af § 225, stk. 2, således at straffen kun rammer den der er fyldt 21 år og som øver kønslig usædelighed med en person af samme køn under 18 år. Hvis denne ændring gennemføres kan reglen om strafbortfald i tilfælde af jævnbyrdighed formentlig bortfalde som overflødig.

5. Hvis dette antages står tilbage problemet om de *aldersulige* forhold, det vil herefter sige forhold i hvilke den unge partner er mellem 15 og 18 år, den ældre over 21 år. Bør også disse forhold afkriminaliseres? Hvilke argumenter kan anføres til støtte herfor?

5.1. Der har i den diskussion der hidtil har fundet sted herom været en tilbøjelighed til at påberåbe sig hensynet til de *unge* homoseksuelles (altså de mellem 15 og 18 års) ret til frit at udfolde deres seksualliv. Det vil af den foretagne udredning fremgå at dette allerede efter den bestående retsordning er misvisende, og i endnu højere grad vil være det om § 225, stk. 2, ændres som foreslået ovf. under 4.2. Den unge homoseksuelle kan stå i forhold til hvilken partner som helst; han er i intet tilfælde strafbar. Noget andet, som naturligvis også er af betydning, er at hans partner vil være strafbar, efter gældende ret i praksis forsåvidt han er over 18 år, efter mit forslag ovf. under 4.2 forsåvidt han er over 21 år. Denne kriminalisering af partneren kan ikke undgå at kaste sin skygge over forholdet: Uden selv at være strafbar er den unge dog indblandet i noget kriminelt.

Den frihed for den unge der således begrænses ved den skygge partnerens strafbarhed kaster over forholdet er altså hans frihed til at vælge en partner udenfor hans egen alderstrin, efter mit forslag (som jeg i det følgende vil holde mig til) en partner over 21 år. Jeg kan ikke anerkende denne interesse som værende af større vægt. Det

er næppe typisk at den unges seksuelle interesse fortrinsvis retter sig mod ældre individer, og forsåvidt det måtte forekomme i vist omfang kan den tilbageholdenhed som loven pålægger den ældre partner ikke siges at være et væsentligt indgreb i den unges seksuelle frihed.

Jeg mener derfor det må erkendes at den væsentlige interesse fra de homoseksuelles side i en ophævelse af § 225, stk. 2, ikke er de unges frihed, men de *ældre homoseksuelles interesse i frit at kunne kontakte aldersgruppen fra 15 til 18 år.*

5.2. Denne de ældre homoseksuelles interesse er som sådan en realitet der fortjener at tages i betragtning. Jeg mener hermed at det ville være urigtigt ud fra en eller anden moralsk vurdering at frakende denne interesse berettigelse og derfor på forhånd se bort fra den. Men spørgsmålet må være om denne interesse er tungtvejende nok til at overveje eventuelle modhensyn. Hertil skal jeg senere vende tilbage.

5.3. Til støtte for en ophævelse af § 225, stk. 2, har man også anført at den betyder en *diskrimination* af de homoseksuelle i forhold til de heteroseksuelle: Medens heteroseksuelle forhold, strafbare på grund af partnerens ungdom, afgrænses ved 15-års alderen, er grænsen ved homoseksuelle forhold 18 år.

Dette argument er, hvis det anføres som et nyt der siger noget ud over de interessemæssige hensyn, aldeles tomt. Diskrimination betyder *uberettiget* forskelsgøren. Men om den forskel der gøres er berettiget eller ej er jo netop det spørgsmål der drøftes og hvis besvarelse må bero på en afvejning af reale interesser og hensyn.

Diskriminationsargumentet påpeger *at* der gøres forskel. Det er sandt. Men dermed er problemet kun stillet, ikke besvaret. Spørgsmålet er om det er velbegrundet eller ej at gøre sådan forskel.

5.4. Der er anført visse mere sekundære argumenter til fordel for en afkriminalisering, nemlig at den bestående ordning ansporer dels til homoseksuel prostitution, dels til pengeafpresning, se Spejler-rapporten 8.3 (4) og (5).

Hvad prostitution angår forekommer denne følge mig ikke indlysende og rapporten anfører intet materiale til støtte herfor, men taler blot om en formodning.

Hvad pengeafpresning angår er det utvivlsomt rigtigt at den kriminelle beskyttelsesregel af den beskyttede kan misbruges på denne måde. Betragtningen er af en vis relativ vægt.

6.1. Blandt argumenterne imod at ophæve § 225, stk. 2, har frygten for at tidlige homoseksuelle oplevelser kan bevirke en *driftsdrejning* eller *driftsfiksering* i homoseksuel retning spillet en central rolle. Ved vurderingen af det må der sondres mellem dets vægt og dets rigtighed. Det første betyder dets motiverende kraft under forudsætning af at det faktisk forholder sig som forudsat i argumentet. Det andet er netop spørgsmålet herom.

6.2. Argumentets vægt er meget stor: Hvis der virkelig består fare for at tidlige oplevelser kan påvirke driftsretningen, er dette et forhold der må tillægges stor motiverende kraft til fordel for at bevare en kriminalisering.

Man vil muligvis indvende at dette synspunkt forudsætter en fordomsfuld, moralsk nedsættende vurdering af homoseksualitet. Hvis de to seksualvarianter anerkendes som moralsk ligeberettigede er det ubegrundet at tale om en »fare« for forskydning i homoseksuel retning.

Indvendingen er ikke berettiget. Betragtningen om argumentets vægt hviler ikke på nogen moralsk vurdering, men på en erkendelse af hvad jeg anser for et faktum, ihvertfald i det nuværende danske samfund, nemlig at det er et alvorligt handicap for et individ at tilhøre de homoseksuelles minoritet.

Det skal villigt indrømmes at dette for en væsentlig del er en følge af den holdning som befolkningen i almindelighed indtager overfor seksuelle »afvigere«, specielt homoseksuelle. Jeg mener ikke det er nødvendigt at gå nærmere ind herpå. Selvfølgelig må det ud fra en fordomsfri indstilling være en opgave at søge denne holdning ændret. Men så længe dette resultat ikke er opnået medfører denne holdning at den homoseksuelles liv ikke kan udfolde sig så frit og harmonisk som den heteroseksuelles, og at det derfor må anses for en ulykke om et individ gennem tidlige oplevelser ledes ind på denne livsform.

Det er karakteristisk at Spejler-rapporten på grund af kommissoriets begrænsning intet indeholder om denne side af sagen, den homoseksuelles stilling i samfundet. Det siges dog mere i forbigående at mennesker med homoseksuelle tendenser kan have konflikter og psykiske forstyrrelser der i stor udstrækning kan sættes i forbindelse med den homoseksuelles særegne stilling i samfundet (6.6).

De homoseksuelles handicap beror ikke blot på de sociale reaktioner. Selv med den mest fremskredne lovgivning vil de aldrig være

i stand til at leve et fuldt familieliv: De er ude af stand til at få børn.

6.3. Men er argumentet *rigtigt*? Herom indeholder Speijer-rapporten i sit 7. afsnit værdifuldt materiale, jfr. konklusionerne under punkt 9.

Det fremgår heraf at de adspurgte eller citerede sagkyndige aldeles overvejende er af den opfattelse, at der, ihvertfald hvad angår personer over 16 år, ikke generelt består nogen fare for at homoseksuelle erfaringer vil bevirke vedvarende tilknytning til homoseksuel livsform.

Men det må også bemærkes at det drejer sig om et spørgsmål der, ihvertfald på forskningens nuværende stade, ikke kan besvares med den sikkerhed som udkræves når man siger at noget er »videnskabeligt bevist eller godtgjort«.

Besvarelsen må afhænge af den opfattelse man gør sig om homoseksualitetens årsagsproblem: Hvilken rolle spiller medfødte anlæg i forhold til milieu og oplevelse? Som det fremgår af rapportens afsnit 5 er meningerne herom splittet op i en stor mængde forskellige teorier. Størsteparten af forskere, siges det (5.4), erkender at såvel en medfødt faktor som milieuet er af betydning for bestemmelsen af den seksuelle tilbøjelighed.

Men når først milieuets betydning erkendes, er vejen åben for den mulighed at også erfaringer i efterpubertetsårene kan spille en rolle. Det siges ganske vist at mange forskere på psykoanalytisk grundlag er af den opfattelse, at det er barnets forhold til forældrene i dets første leveår der er afgørende. Men psykoanalytisk teori er så omtvistet at den ikke kan gøre krav på at repræsentere hvad der af lovgivere må accepteres som »videnskabeligt bevist«.

Disse forskellige usikkerhedsmomenter forklarer at rapportens konklusioner fremføres med et væsentlig forbehold. Det siges, som nævnt, at der ikke *generelt* (i almindelighed, som regel) består nogen fare for påvirkning af den seksuelle driftsretning. Det udelukkes altså ikke at noget sådant i vist omfang kan være tilfældet.

6.4. Dette forbehold bliver af særlig betydning når et forhold tages i betragtning der må forekomme som en ikke uvæsentlig mangel ved rapporten: Den taler alene om hetero- og homoseksuelle, ikke om biseksuelle.

Som det fremgår af analysen foretaget af Institut for Social Psykologi i Groningen er biseksualitet ingen sjælden foreteelse. Den

slutning næsten pånøder sig, at der ihvertfald for denne gruppes vedkommende må bestå en ikke uvæsentlig mulighed for, at erfaringer i tiden efter det fyldte 15. år kan være af betydning for, om den biseksuelles udvikling kommer til at tage en vending i homoseksuel retning. *Senere tilføjelse:* Denne opfattelse bekræftes af Erik Strömngren, der i *Psykiatri* (10. udg. 1969 side 277 og side 279) skriver om biseksualitet: »Her vil det ofte være tilfældige ydre forhold, der afgør, om den pågældende fikseres i den ene eller anden retning«. »I de tilfælde, hvor det drejer sig om biseksuelle personer, som af uheldige miljøvirkninger er drejet i overvejende homoseksuel indstilling, er der principielt mulighed for, at miljøændring kan ændre indstillingen«.

6.5. De under 6.2 og 6.3 fremførte betragtninger over påvirkningsargumentets vægt og rigtighed må føre til at det erkendes, at teorien om at homoseksuelle oplevelser efter det 15. år kan påvirke driftsretningen ikke ganske kan afvises som videnskabeligt modbevist, især ikke for de biseksuelles vedkommende. Da argumentets vægt, dets rigtighed forudsat, er meget stor, må resultatet blive at det anerkendes som et hensyn der taler imod at ophæve § 225, stk. 2. Selvom faren for driftsdrejning eller -fiksering kvantitativt næppe er ret stor, må den tages i betragtning fordi den, under hensyn til den i samfundet bestående holdning til de homoseksuelle, er så tungtvejende.

7. Det under 6 omtalte hensyn får yderligere vægt når det erindres, hvad jeg mener er en kendsgerning, at de homoseksuelles interesse i højere grad retter sig netop mod unge individer end det er tilfældet for de heteroseksuelles vedkommende. I Forbundets medlemsblad *Pan* 1971 nummer 3 ser jeg blandt de personlige kontaktannoncer én fra en 26-årig mand, læge om et år. Han meddeler at han »er en stor tilbeder af skønne drenge 12-17 år« og at han søger kontakt med frisk fyr med samme lidenskab. Man kunne næppe tænke sig en annonce hvori en heteroseksuel mand forkyndte sin forkærlighed for 12-årige piger. Medens Lolita-tilbøjeligheden betragtes som en afvigelse, synes den homoseksuelle forkærlighed for drenge at høre under normaliteten.

8. Tilbage står en afvejning af de hensyn der taler for mod de der taler imod en ophævelse af § 225, stk. 2.

Hvad der taler for er som påvist under punkt 5 i første række et hensyn til de ældre homoseksuelles interesse i frit at kunne kon-

takte unge af samme køn. De unge homoseksuelles interesser kan derimod ikke begrunde krav om ophævelse af § 225, stk. 2, men nok en ændring af paragraffen som foreslået under 4.2. Dertil kommer et vist sekundært hensyn som anført under 5.4.

Hvad der taler *imod* er et fredshensyn. De unge der endnu ikke er fyldt 18 år bør være fredet for homoseksuelle efterstræbelser fra personers side der ligger klart udenfor deres egen aldersklasse (over 21). Selvom faren for en sporing måske i almindelighed ikke er stor, kan den dog ikke afvises som negligabel.

Selve denne afvejning af modstående hensyn kan ikke, så lidt som i noget andet tilfælde hvor inkommensurable værdier afvejes, begrundes videnskabeligt. Det er en afgørelse der må træffes på grundlag af et sæt ikke nærmere definerbare vurderingsindstillinger. Min afvejning er at fredshensynet må være det afgørende. De homoseksuelle udgør en minoritet hvis særegenheder bør anerkendes og respekteres i ret til fri livsudfoldelse. Men handlinger fra deres side der kan medføre en, omend kun ringe, fare for at unge, ikke fuldtud modne individer påvirkes i homoseksuel retning kan ikke tolereres så længe det må erkendes som et faktum at det er et alvorligt handicap at tilhøre denne minoritet.

9. Min konklusion må blive:

Det kan ikke tilrådes at ophæve straffelovens § 225, stk. 2.

Det kan tilrådes at stykket ændres således at det kommer til at lyde:

»Med fængsel indtil 4 år anses den der er fyldt 21 år og som øver kønslig usædelighed med en person af samme køn under 18 år«.

Der er ved denne formulering set bort fra at ændre det forældede udtryk »at øve kønslig usædelighed«.

Genpart af denne skrivelse er tilstillet Justitsministeren.