



Dolus specialis i dansk ret

- om skærpet forsæt, hensigt og motiv i den danske tilregnelserlære

Rune Jøhnk Abildgaard & Thomas Riis Sørensen

Nr. 186/2006

Projekt- & Karrierevejledningen



Projekt- & Karrierevejledningens Rapportserie
Nr. 186/2006

Dolus specialis i dansk ret
- om skærpet forsæt, hensigt og motiv i den danske tilregnelselære

Rune Jøhnk Abildgaard & Thomas Riis Sørensen

ISSN: 1339-5367

ISBN: 9788792677075

Se øvrige udgivelser i rapportserien og foretag bestillinger direkte på Projekt- & Karrierevejledningens hjemmeside.

Projekt- & Karrierevejledningen
Det Samfundsvidenskabelige Fakultet
Københavns Universitet

Center for Sundhed og Samfund

Øster Farimagsgade 5

1014 København K

35 32 30 99

www.samf.ku.dk/pkv

pkv@samf.ku.dk

Dolus specialis i dansk ret – om skærpet forsæt, hensigt og motiv i den danske tilregnelselære

- Specialet ønskes kollektivt bedømt

I. Indledning	3
II. Problemformulering	3
III. Specialets metode, opbygning og afgrænsning	3
1 Beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser i dansk ret	4
1.1 Objektive betingelser	4
1.1.1 Typicitet og retsstridighed	5
1.2 Subjektive betingelser	5
1.2.1 Skyld	6
1.3 Den danske tilregnelselære	6
1.3.1 Retspraksis og teori	8
1.3.2 Typer af forsæt i dansk ret	9
1.3.2.1 Det direkte forsæt	9
1.3.2.2 Sandsynlighedsforsættet	10
1.3.2.3 Eventualitetsforsættet (dolus eventualis)	11
1.3.2.3.1 Dolus Alexanderson	12
1.4 Tilregnelsens objekter	13
1.4.1 Dækningsprincippet og tilfælde af subjektivt overskud	14
1.5 Skærpet forsæt	15
1.5.1 Motiv	16
1.5.2 Hensigt	20
1.5.2.1 Forsætsvurderingen ved fortsættelseshandlinger	27
1.5.3 Sammenfatning	28
1.6 Delkonklusion	29
2 Dolus specialis	31
2.1 Definition af dolus specialis	31
2.1.1 Forbrydelsen folkedrab i dansk ret	31
2.1.1.1 Folkedrabs elementer	33
2.1.2 Forbrydelsen folkedrab i folkeretten	35
2.1.2.1 ICTY og ICTR	37
2.1.2.2 Folkedrabs elementer	39
2.1.2.2.1 Forholdet mellem folkedrabs actus reus og mens rea	40
2.1.2.2.2 Graden af forsæt	42

2.1.2.2.3 Motivets betydning	46
2.1.2.2.4 Sammenfatning	47
2.1.3 Den Internationale Straffedomstol (ICC).....	49
2.1.3.1 Forholdet mellem artikel 6 og artikel 30.....	50
2.1.3.2 Vejledende beskrivelser af gerningsindholdet/ Elements of Crimes	51
2.1.4 Sammenfatning	53
2.2 Andre tilfælde af specielt forsæt	53
2.2.1 Terrorisme	54
2.2.1.1 Baggrund	54
2.2.1.2 Den nye terrorismeparagraf	55
2.2.2 Menneskehandel.....	59
2.2.2.1 Baggrund	59
2.2.2.2 Den nye paragraf om straf for menneskehandel	60
2.2.3 Tortur	62
2.2.3.1 Baggrund	63
2.2.3.2 Tortur i dansk ret.....	63
2.2.4 Sammenfatning	66
2.3 Delkonklusion	66
3 Dolus specialis i dansk ret.....	68
3.1 Dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser kontra dolus specialis.....	68
3.1.1 Forholdet mellem folkeret og dansk ret	68
3.1.2 Normharmoniseringen?	71
3.1.3 Reformuleringen?	74
3.2 Delkonklusion	75
4 Konklusion	77
English summary.....	79
Litteraturliste.....	80

I. Indledning

For at kunne straffe drab som folkedrab er det nødvendigt, at det udtrykkeligt fremgår af loven, hvornår der er tale om drab, jf. straffelovens § 237, eller folkedrab. Da handlingerne objektivt er identiske, er folkedrab i sin kriminaliserede form defineret på en sådan måde, at det er intentionen bag handlingen, der er udslagsgivende. Gerningsmandens bagvedliggende intentioner tillægges som udgangspunkt ikke betydning ved afgørelse af skyldsspørgsmålet i dansk ret. De bagvedliggende intentioner kan, hvis de tillægges vægt, kun få betydning for selve strafudmålingen.

Dette udgangspunkt står umiddelbart i kontrast til en udvikling fra folkeretten, herunder De Forenede Nationer og fællesskabsretten. Der tænkes først og fremmest på Lov om Folkedrab, men tillige straffelovens forholdsvis nye bestemmelser om terror og menneskehandel samt torturkonventionen. Her betinges strafansvar af et yderligere subjektivt moment, udover forsæt til at afstedkomme en objektivt beskrevet handling.

II. Problemformulering

I dette speciale undersøges, om dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser harmonerer med den særlige subjektive forsætsgrad *dolus specialis*. Denne særlige forsætsgrad antages at skulle være opfyldt, førend forbrydelsen folkedrab er fuldbyrdet. Ligeledes er der ved forbrydelser som terror, menneskehandel og tortur, krav om et yderligere subjektivt moment, udover forsættet, i form af en speciel intention bag den pågældende handling.

III. Specialets metode, opbygning og afgrænsning

I specialet benyttes traditionel juridisk metode. Specialet har fire dele. To hoveddele, hvor første del omhandler dansk tradition med hensyn til beskrivelser af gerningsmomenter og tilregnelser, anden del forsætsgraden *dolus specialis* med folkedrab som ledende eksempel, hvorefter terror, menneskehandel og tortur inddrages. I specialets tredje del sammenholdes konklusionerne fra specialets to hoveddele. Fjerdre del indeholder specialets endelige konklusion.

Afgrænsninger vil fortrinsvis blive foretaget i indledningerne til specialets enkelte dele, men kan desuden forekomme i selve teksten. Overordnet skal det dog anføres, at tilgangen til specialets emne kun er teoretisk og eventuelle bevismæssige aspekter vil ikke blive inddraget, medmindre det vurderes at have særlig relevans i det konkrete tilfælde.

1 Beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser i dansk ret

I undersøgelsen af forholdet mellem den særlige subjektive forsætsgrad *dolus specialis* og dansk tradition med hensyn til gerningsbeskrivelser og tilregnelser, må det for at afklare om disse harmonerer, først og fremmest afdækkes, hvilke krav dansk ret stiller til en forbrydelses gerningsindhold og momenter. Disse krav vil derfor i det følgende blive beskrevet, diskuteret og analyseret med henblik på at klarlægge kravenes omfang.

Indledningsvis og meget kortfattet kan det siges, at der som udgangspunkt stilles to helt fundamentale krav i dansk ret;¹ *nullum crimen sine lege* – ingen forbrydelse uden lov og *actus non facit reum nisi mens sit rea* – handlingen gør ingen skyldig medmindre der er et skyldigt sind. Det er dermed helt grundlæggende en forudsætning, at et givent faktum skal kunne henføres til en gerningsbeskrivelse i en lov og at der skal foreligge skyld; lovhjemmel og skyld. Et objektive og et subjektive element.

1.1 Objektive betingelser

Tidligere var lovgiver mere konkret i sin måde at udforme straffebud, hvilket kom til udtryk i bestemmelse om gerningsbeskrivelser. Lovgiver foretrak at beskrive handlinger, der var velkendte eller lette at forestille sig. Når en bestemmelse omhandlede tyveri af hest, hoppe, stud eller ko, kunne bestemmelsen efter behov udvides til at omfatte tyveri af svin, får eller gæs². Dette skal ses i lyset af, at det på daværende tid var muligt at straffe uden lovhjemmel og derfor kunne området for det strafbare udvides, når dette blev fundet hensigtsmæssigt.

I 1866 blev tilstanden imidlertid ændret ved indførelsen af en regel, der svarer til § 1, i den nugældende straffelov af 1930: ”Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant”. Dette legalitetsprincip, der udspringer af sætningen *nullum crimen sine lege*³, sikrer således mod vilkårlig straf. Kravet om lovhjemmel har herefter nødvendiggjort, at lovgiver ved beskrivelse af forbrydelser har tilstræbt, at lovbestemmelsen skal kunne rumme mange forskellige handlinger, hvilket gerne opnås ved entalsform, generalisering og brug af almene begreber.

¹ Her ses bort fra objektive ansvar.

² Stampe har dog i år 1760, for denne tid radikalt, udtalt at straffebestemmelser skal fortolkes med respekt for ordlyden. For nærmere omtale se fx Waaben alm. del, s. 52

³ Ingen forbrydelse uden lov.

1.1.1 Typicitet og retsstridighed

Lovbestemmelser kan udformes på mange forskellige måder, men de indeholder altid en række konkrete omstændigheder, som skal være til stede, før den pågældende forbrydelse er fuldbyrdet. Gerningsmomenter er de elementer, der tilsammen udgør en forbrydelse og vedrører gerne gerningsmandens adfærd eller følger, der forårsages af dennes adfærd⁴. Når alle gerningsmomenterne er til stede, er gerningsindholdet realiseret. Herved forstås, at der er kongruens mellem et konkret faktum og lovens ord. Der tales om formel typicitet⁵, hvilket er strafferettens grundkrav på forbrydelsens objektive side.

Der kan imidlertid forekomme tilfælde, hvor en handling formelt set realiserer en strafbestedelses gerningsindhold, men alligevel holdes ude fra det strafbare område. Som eksempel herpå kan nævnes en situation, hvor en datter låner familiens bil uden sin faders tilladelse. Dermed har hun formelt set realiseret straffelovens § 293a, om brugstyveri af motorkøretøjer, men i praksis har domstolene dog valgt at frifinde i en sådan situation, da der foreligger en materiel atypicitet⁶.

Formel typicitet og materiel atypicitet kan henregnes til ansvarslærens krav om retsstridighed.⁷ Dette krav har her en dobbeltfunktion; kravet henviser til de objektive straffrihedsgrunde⁸ og til at strafansvaret kan være udelukket, når en handling ikke findes at burde være strafbar, selvom den isoleret set opfylder de krav, som gerningsbeskrivelsen opstiller.

Kravet om formel typicitet kan henregnes til strafferettens grundkrav for forbrydelsens objektive side og dette kan først og fremmest udledes af straffelovens § 1.

1.2 Subjektive betingelser

De krav, der stilles til forbrydelsens subjektive element, kan ikke på samme måde som ved de objektive betingelser, læses direkte ud af loven. Der kan dog helt overordnet sluttes ud fra straffelovens § 16⁹ og § 19, at der som hovedregel kræves tilregnelighed samt forsæt eller

⁴ Adfærdsdelikter og forårsagelsesdelikter. For nærmere inddeling af deliktstyper se fx Hurwitz alm. del, s. 14ff

⁵ Waaben; Alm. del, s. 47ff.

⁶ UfR 1963.1029 V.

⁷ Hurwitz alm. del, s. 7ff.

⁸ Fx nødret, nødværge og samtykke.

⁹ Tilregnelighed afgrænses dog negativt.

uagtsomhed i relation til en forbrydelses subjektive element for at ifalde strafansvar. Inden dette krav omtales nærmere, skal der dog først helt overordnet knyttes nogle bemærkninger til det subjektive element.

1.2.1 Skyld

Udover kravet om formel typicitet opstiller strafferetten nogle yderligere betingelser, der som ovenfor nævnt skal være opfyldt, førend en gerningsmand er hjemfalden til straf. Der tales om skyld¹⁰ som den subjektive side ved pådragelse af strafansvar: *actus non facit reum nisi mens sit rea*¹¹. Strafferettens brug af ordet skyld adskiller sig dog fra straffeprocessens brug af ordet. Ved pådragelse af strafansvar i den straffeprocessuelle sammenhæng henviser ordet skyld til samtlige faktiske omstændigheder både af objektiv og subjektiv art.

I strafferetten er skyld som betingelse for straffeansvar dels tilregnelighed¹² forstået som et krav om, at gerningspersonen er i besiddelse af en vis grad af personlig udvikling og psykisk normalitet, dels tilregnelighed i form af forsæt eller uagtsomhed¹³ i forhold til det objektive gerningsindhold, jf. nærmere under afsnittet ”Tilregnelensens objekter”, om dette ”dækningsprincip”.

Krav om skyld i form af tilregnelighed og tilregnelighed er strafferettens grundkrav for forbrydelsens subjektive side. Subjektiv skyld i form af tilregnelighed vil ikke blive behandlet yderligere, da spørgsmålet om tilregnelighed ikke har relevans for dette speciales emne.

1.3 Den danske tilregneligheds lære

Helt overordnet kan der siges at være to sæt af normer om tilregnelighed i dansk ret. Det første behandler spørgsmålet om anvendelsesområde, det andet spørgsmålet om de to subjektive skyldformers indhold.¹⁴ Det er uden tvivl spørgsmålet om tilregneligheds to formers materielle indhold, der er det mest interessante for dette speciales undersøgelse – dette er desuden et af de mest omdiskuterede inden for tilregneligheds læren. Spørgsmålet om anvendelsesområde - hvor og hvornår der kræves tilregnelighed, kan dog vise sig at få betydning og vil derfor tillige blive behandlet i det følgende.

¹⁰ For nærmere omtale af ”skyld”, se Hurwitz alm. del, s. 9 samt Waaben: Det kriminelle forsæt (Forsæt) s. 27.

¹¹ Handlingen gør ingen skyldig med mindre der er et skyldigt sind.

¹² Se fx Waaben: Forsæt s. 323 (Om forsæt og tilregnelighed), samt Greve: Straffene s. 160ff (psykisk afvigende).

¹³ Strafansvar kan dog forekomme uden krav om forsæt og uagtsomhed – straf uden skyld, objektivt ansvar.

¹⁴ Jf. fx Waaben: Forsæt s. 42ff.

I de fleste straffelagte bestemmelser kan der ikke udledes noget om kravet til forbrydelsens subjektive element. Da det dermed ikke er muligt at fastslå det subjektive krav ud af det objektive, har det været nødvendigt at opstille en generel regel, der overordnet udstikker retningslinier for, hvilke krav der subjektivt stilles, førend en forbrydelse er fuldbyrdet. Alternativt skulle hver enkelt bestemmelse indeholde en beskrivelse af det subjektive krav til forbrydelsens gerningsindhold.

Kravet om tilregnelser i form af forsæt eller uagtsomhed fremgår af straffelovens § 19. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 19 Uagtsomhed straffes ved de i denne lov omhandlede lovovertrædelser kun, når det er særligt hjemlet. På andre lovovertrædelser er de pågældende straffebud anvendelige, også når lovovertrædelsen er begået af uagtsomhed, med mindre det modsatte har særlig hjemmel.

Straffelovens § 19, er dog ikke den eneste bestemmelse, der nærmere fastsætter noget om hvilket tilregnelserkrav, der stilles. Det følger af straffelovens § 20, at hvor en forsætlig handling har en uforsætlig følge, skal denne følge mindst kunne tilregnes gerningsmanden som uagtsom, førend der kan straffes.

Der foreligger ikke nogen legal- eller lovhjemlet definition af begreberne forsæt og uagtsomhed. Formålet med § 19 og § 20, er imidlertid heller ikke at definere, hvad der nærmere ligger i kravet om subjektiv skyld i form af tilregnelser, men at vejlede som før nævnt om hvilke tilregnelserkrav, der stilles til det enkelte straffebud. Udgangspunktet er, at der kræves forsæt ved delikter i straffeloven og uagtsomhed i særlove, medmindre det modsatte er særligt hjemlet.¹⁵

Helt overordnet kan det fastslås, at selve forsætsvurderingen bygger på, hvad gerningsmanden ville, tænkte og forestillede sig i den pågældende situation, mens uagtsomhedsvurderingen er baseret på domstolens vurdering af gerningsmandens adfærd.¹⁶ Tilregnelser vil på grund af dette speciales emne dog være begrænset til forsæt og uagtsomhedslæren vil ikke blive behandlet nærmere.

¹⁵ Vagn Greve har dog anført at, trods udgangspunktet i § 19, er realiteten at udgangspunktet generelt er uagtsomhed, da de fleste straffebud udtrykkeligt også er gjort strafbare i uagtsom form: Vagn Greve; Det strafferetlige ansvar (DSA) s. 200 samt Vagn Greve: Er straffeloven forældet?

¹⁶ Jf. fx Greve: DSA s. 212 eller Waaben: Forsæt s. 63ff for en mere omfangsrig beskrivelse.

1.3.1 Retspraksis og teori

Den manglende definition af forsætsbegrebet medfører, at forsættets materielle indhold må udledes på grundlag af praksis fra domstolene.¹⁷ Dette medfører imidlertid en del vanskeligheder, idet dansk retstradition med henblik på beskrivelse af, hvilke præmisser der ligger til grund for afgørelserne er yderst kortfattede og ofte er domsresultaterne meget konkret begrundede. På baggrund heraf er det nærmest umuligt at fastslå med sikkerhed, hvorledes forsætsbegrebet generelt skal forstås i gældende dansk ret. Særligt når det gælder grænseområdet mellem det forsætlige og det uagtsomme. Ligeledes kan selve ordvalget i en domsafsigelse være med til at sløre grænserne for forsætsbegrebet. Som eksempel fra praksis kan nævnes UfR. 1996.1115 Ø, hvor tiltalte under et indbrud blev overrasket af politiet, hvorefter han under flugten smækkede en dør i og ramte en politimand. Tiltalte nægtede forsæt til vold, men landsretten fandt, at ”... *det måtte have stået ham klart, at det var overvejende sandsynligt at døren ville ramme politimanden...*”¹⁸ Samme problematik illustreres i UfR. 1997.1275 Ø: ”... *under disse omstændigheder finder retten det tilstrækkeligt godtgjort, at tiltalte herefter burde have indset, at stenen med overvejende sandsynlighed ville ramme en af kontrollørerne...*”¹⁹ Ordvalget i begge domme er uheldigt, da ”*burde have indset*” og til dels ”*det måtte have stået ham klart*” ligeledes kan være udtryk for en uagtsomhedsvurdering, men tiltalte blev i begge domme dømt for vold.²⁰

Knud Waaben har i sin doktorafhandling om det kriminelle forsæt blandt andet redegjort for forsætsteoriens ledende synspunkter ved navnlig at sammenholde teoriens kriterier og forslag med retspraksis. De ovenfor nævnte metodiske problemer belyses her tillige ved det faktum, at det trykte domsmateriale har været så sparsomt, at det har været nødvendigt at benytte omkring 2000 utrykte domme.²¹

Selvom forsætsbegrebet umiddelbart skal udledes af retspraksis, må der søges til andre retskilder for at få en mere generel afklaring af begrebet.

¹⁷ Se fx Waaben: Forsæt s. 55ff (bevis og domsbegrundelse)samt Hurwitz: Alm. del s. 122ff

¹⁸ For nærmere omtale af dommen se Toftegaard Nielsen: Ansvar, s. 74.

¹⁹ For nærmere omtale af dommen se Greve: DSA s. 215.

²⁰ Se Waaben: Forsæt s. 73ff, vedr. omtale af uheldigt ordvalg i domme.

²¹ Jf. forordet til Waaben: Forsæt.

Den nærmeste kilde til definitionen af forsættets materielle indhold kan findes i to udkast til straffeloven. Carl Torp har i straffelovsudkast af 1917 (UII) fremsat en definition af forsæt i udkastets § 20.²² Definitionen har følgende ordlyd:

”Forsæt foreligger naar Gerningsmanden ved sin Handling vil hidføre, hvad der efter Loven kræves til Forbrydelsen, eller anser dennes Indtræden som nødvendig eller overvejende sandsynlig Følge af Gerningen, samt naar han vel kun anser Forbrydelsen Indtrædelse som mulig, men ville have handlet, selv om han havde anset den som sikker”.

Definitionen giver den mest passende beskrivelse, hvis den læses med forårsagelsesdelikterne for øje, men blev dog opfattet som tilstrækkelig passende.²³

Definitionen var optaget i to regeringsforslag af 1924 og 1928 (F I og F II), men udgik som overflødig i den endelige straffelov af 1930. Der er imidlertid ingen tvivl om, at definitionen har haft stor betydning for forståelsen af forsæt som tilregnelserform.²⁴ Det faktum, at definitionen udgik som overflødig, må tillige tages til indtægt for, at den som retskilde har en betydelig værdi, hvilket netop understreges af Højesteret i dommen UfR 1979.576 (Kuffertdommen)²⁵.

1.3.2 Typer af forsæt i dansk ret

Overordnet kan forsættet inddeles i følgende grader: direkte forsæt, sandsynlighedsforsæt og eventualitets forsæt (*dolus eventualis*). De enkelte graders definitioner og afgrænsningen graderne imellem vil kort blive uddybet i det følgende.

1.3.2.1 Det direkte forsæt

I første led i Torps definition af forsæt er det ordene ”... *vil hidføre*”, der beskriver den højeste grad af forsæt i form af hensigt. Hensigt skal i denne sammenhæng forstås således, at gerningsmandens adfærd skal være direkte rettet mod at tilstræbe følgen. Der kan ikke af første led udledes noget om, hvor stor den faktiske sandsynlighed for følgens indtræden skal være, men det er dog antaget, at følgen skal have været praktisk mulig.²⁶

²² Udkastet til § 20, indeholdt tillige en definition af uagtsomhed.

²³ Krabbe har mere pædagogisk delt Torps definition i to kortere definitioner: jf. Krabbe: Borgerlig straffelov alm. del, s. 134

²⁴ Torps definition omtales, stort set, i alle fremstillinger omhandlende tilregnelser, jf. fx Hurwits, Waaben og Greve.

²⁵ Det blev i dommen blandt andet fastslået, at *dolus eventualis* er en del af gældende dansk ret, jf. sidste led i Torps definition.

²⁶ Se fx Waaben: Forsæt, s. 112 samt Greve: DSA, s. 214. Ellers kan der kun straffes for forsøg – om utjenligt (putativt) forsøg og putative forbrydelser/faktisk vildfarelse se fx Waaben: Forsæt, s. 304ff.

Kravet om at følgen skal være tilstræbt er ikke ensbetydende med, at denne følge er ønskværdig for gerningsmanden. En person, der tager sin gamle mor af dage for at få udbetalt arv, har isoleret set måske ikke et ønske om at skulle bevirke hendes død. Gerningsmanden må dog opfatte moderens død som en sikker konsekvens af sin stræben mod at få udbetalt arv. Det er således mindre væsentligt, om gerningsmanden anser følgen for attraktiv i sig selv, eller om han tilstræber denne følge med væmmelse for at opnå et bagvedliggende mål, jf. sidste del af første led i Torps definition ”... eller anser dennes indtræden som nødvendig”. Begreberne hensigt og motiv vil blive behandlet nærmere under afsnittet ”Skærpet forsæt”.

I sin beskrivelse af forsætsbegrebet omtaler Waaben to typer af objekter for det fremadrettede forsæt. Forsætsobjektet kan være en fremtidig handling eller en handlingsfølge.²⁷ Waaben mener dog ikke at kunne beskrive en almindelig sekundær forsætsform og der synes heller ikke andre steder i litteraturen direkte at være foretaget en sådan sondring. Normalt omtales sådanne tilfælde af ”subjektivt overskud” i forbindelse med spørgsmålet om, hvornår en forbrydelse fuldbyrdes.

Ved adfærdsdelikter kan den højeste grad af forsæt ikke beskrives som hensigt. Hensigt som forsætsform angår noget fremtidigt. I straffelovens § 222, om samleje med mindreårig, vil det være misvisende at tale om hensigt, da det ikke er muligt, at have til hensigt at pigen er under 15 år. Ved adfærdsdelikter vil den højeste grad af forsæt derfor bestå i enten viden om eller kendskab til, forbrydelsens gerningsmomenter.²⁸

1.3.2.2 Sandsynlighedsforsættet

I dansk ret antages de højeste former for forsæt, bortset fra hensigt, at kunne placeres i en skala efter sandsynlighedsgrader. Sandsynlighedsforsættet kan udledes af ordene ”... eller overvejende sandsynlig Følge af Gerningen”. Det er omtvistet, hvorledes overvejende sandsynligt skal forstås. Overordnet kan den nedre grænse sættes, hvor forsæt glider over i bevidst uagtsomhed. Greve anfører, at det i dag sandsynligvis er den dominerende opfattelse, at gerningsmanden skal være af den overbevisning, at følgens indtræden eller gerningsmomentets eksistens er større end 50 %.²⁹ Andre har påstået, at sandsynligheden skal ligge væsentligt over 50 %.³⁰ Waaben har anført, at hvis der i praksis skal opereres med en sandsynlighedsgrad, vil denne først komme i betragtning fra

²⁷ Waaben: Forsæt, s. 91ff samt s. 347.

²⁸ For nærmere omtale se Waaben: Forsæt, s. 347.

²⁹ Greve: DSA, s. 215

³⁰ Se fx Waabens omtale af v. Eybens artikel i Juristen 1951 310.

det tidspunkt, hvor sandsynligheden er tilstrækkeligt bevist. Dette vil ske omkring 60%, idet der skal tages hensyn til den straffeprocessuelle bevisgrundsætning ”in dubio pro reo”³¹.

1.3.2.3 Eventualitetsforsættet (*dolus eventualis*)

Denne tredje forsætsgrad er den mest omdiskuterede. Forsætsgraden bliver relevant, når et givent forhold befinder sig i grænseområdet mellem sandsynlighedsforsættets nedre grænse og bevidst uagtsomhed. Der må ikke foreligge forsæt i form af hensigt (sikre konsekvenser og viden) og gerningsmandens forsæt må ej heller være af en sådan karakter, at det direkte bliver grebet af sandsynlighedsforsættet. Forsætsgraden kan inddeles i to varianter; den hypotetiske prøve og den positive indvilligelsesteori.

Den hypotetiske prøve kan udledes af Torps definitionens sidste led jf. ”... *samt naar han vel kun anser Forbrydelsen Indtrædelse som mulig, men ville have handlet, selv om han havde anset den som sikker*”. Den hypotetiske prøve forudsætter, at gerningsmanden skal have forestillet sig følgende indtræden for *mulig* (for adfærdsdelikter gerningsmomentets eksistens). Der er forsæt, hvis det antages, at gerningsmanden ville have handlet på samme måde, som hvis han havde forestillet sig følgende indtræden for *sikker*. Gerningsmanden sættes her i en situation, som han realt ikke har været i, hvilket gør denne forsætsgrad betænkelig. Tilregnelser i form af forsæt vedrører gerningsmandens vilje og forestillinger, mens uagtsomhed er en vurdering af gerningsmandens adfærd foretaget af domstolene. Forsæt i form af den hypotetiske prøve bygger på principper, som hører hjemme i uagtsomhedslæren, hvilket gør forsætsgraden betænkelig. Den hypotetiske prøve er trods denne svaghed en del af gældende dansk ret. Se i den forbindelse UfR 1979.576 H: Tiltalte, der var blevet dømt efter straffelovens § 124, om hjælp til undvigelse, havde opnået Justitsministeriets tilladelse til at få prøvet sagen ved Højesteret. Tiltaltes forsvarer påstod blandt andet, at *dolus eventualis* i form af hypotetisk forsæt ikke var en del af dansk ret. Denne påstand blev afvist af en enig Højesteret med direkte henvisning til lovens forarbejder.³²

Den positive indvilligelsesteori er i højere grad lettere at acceptere som forsætsgrad. Der statueres forsæt efter denne teori, når gerningsmanden har forestillet sig følgende indtræden som mulig og gerningsmandens vilje bag den udviste adfærd har været af en sådan karakter, at han kan siges at

³¹ Tiltaltes skyld skal bevises udover enhver rimelig tvivl. Grundsætningen indebærer her, at det for gerningsmanden mest gunstige resultat skal lægges til grund.

³² For nærmere omtale af domspraksis se fx Hurwitz: Alm. del s. 230ff samt Waaben: Alm. del, s. 147ff.

have indvilliget i eller accepteret den pågældende mulighed også for det tilfælde, at denne mulighed bliver en realitet. Det klassiske eksempel fra retspraksis er UfR 1918.946 H ("ske hvad der vil"): En snedkermester smider i fortvivlelse over konens utroskab en brændende tændstik bag sig, idet han siger "ske hvad der vil". Han har indset og accepteret følgen af sin handling også for det tilfælde, at værkstedet brænder ned (hvilket rent faktisk var tilfældet i den omtalte dom).

Den positive indvilligelsesteori adskiller sig fra bevidst uagtsomhed, idet den kriminelle følge er et bevidst og accepteret alternativ, når der statueres forsæt efter denne variant af eventualitetsforsættet.³³

1.3.2.3.1 Dolus Alexanderson

Greve omtaler en tredje variant af eventualitetsforsættet – *dolus Alexanderson*³⁴, i henhold til hvilken den pågældende person holder sig i bevidst uvidenhed ved for eksempel at undlade at skaffe sig nærmere oplysninger om et givet forhold for ikke at risikere, at en kriminel sammenhæng kommer for dagens lys. Betingelsen er som ved de to andre grader af eventualitetsforsættet, at personen har indset, at der er en vis sandsynlighed for følgens indtræden/gerningsmomentets eksistens. *Dolus Alexanderson* adskiller sig fra den hypotetiske prøve og den positive indvilligelse, da der ikke her stilles krav om accept af følgen/gerningsmomentets eksistens. Det forudsættes tillige i denne forsætsvariant, at gerningspersonen ikke ville have handlet, hvis oplysningerne rent faktisk havde foreligget.³⁵

Selvom forsætsbegrebet først og fremmest skal udfyldes af dommerens forestilling, om hvilke subjektive forhold der skal tillægges vægt, har det ikke tilbageholdt teorien med at opstille definitioner³⁶. Waaben anfører, at forsætsteorien generelt har haft en tendens til at definere forsættet i skematiske og generaliserende vendinger og at der herved overses de faktisk forekommende forskelle mellem gerningstypernes subjektive problemer og den bevismæssige opgave, domstolene møder, når de skal anvende forsætsteorien på konkrete situationer.³⁷ De forestillinger om forsættet, der motiverer dommeren, kan være forskellige fra forsætsteorier i litteraturen. Disse må ses som værende af retspolitisk karakter og udviklet på baggrund af, hvad den pågældende forfatter anser

³³ For nærmere omtale se Hurwitz: Alm. del s. 231ff samt Waaben: Forsæt s. 352ff

³⁴ Begrebet er hentet fra svensk ret, hvor forsætsformen er udviklet med henblik på aldersgrænser ved sædelighedsforbrydelser, jf. Greve: DSA s. 217 samt Waaben: Forsæt s. 355, note 14.

³⁵ Andre dele af teorien omtaler denne variant i form af bevidst uvidenhed direkte i forbindelse med eventualitetsforsættet, jf. fx Waaben: Forsæt s. 355 samt Gorm Toftegaard s. 78.

³⁶ Fx Ross: Forbrydelse og straf; Hensigt er ikke forsæt.

³⁷ Waaben: Forsæt s. 49

som det ”rigtige” forsæts begreb.³⁸ At der kan være uoverensstemmelser mellem teori og gældende ret belyses tillige ved de vanskeligheder, der som førnævnt består i at klarlægge de kriterier, som motiverer domstolene i deres opfattelse af forsættes materielle indhold - de kan lade sig vejlede af teorien, men måske forkastes dens forslag, måske anses teorien som passende, men ikke egnet til praktisk brug, etc.³⁹

Forsætsbegrebet må således først og fremmest ses i nøje sammenhæng med hele det objektive gerningsindhold og de bevissituationer⁴⁰, der foreligger ved forskellige forbrydelsestyper.

Det er således ikke umiddelbart muligt at opstille en klar regel, der udtømmende definerer tilregnelser i form af forsæt. Forsættes materielle indhold og omfang må udledes af retspraksis sammenholdt med teoriens kriterier og forslag med forbehold for de ovennævnte metodiske problemer.

Det er uomtvisteligt, at de grader af forsættet, der er omtalt ovenfor, er en del af gældende dansk ret, men der er ikke tale om absolutte afgrænsninger. Den vigtigste grænse er, hvor der ikke længere er tale om forsæt, men bevidst uagtsomhed; som udgangspunkt området mellem straf og straffrihed. Det står forholdsvist klart, at der i dansk ret ikke er en general forsætsgrad der direkte svarer til *dolus specialis*. I området for forsættes øverste grænse - direkte forsæt (hensigt, sikre konsekvenser og viden), er der dog muligt at hente nogen vejledning. Herudover retter opmærksomheden sig mod første led af Waabens todeling af det fremadrettede forsæt – forsæt til fremtidige handlinger. Ligeledes har det i teorien været diskuteret, om der i nogle gerningsbeskrivelser er belæg for at antage, at forsættet er skærpet således, at det som udtryk for det subjektive krav er anvendt ord eller vendinger, der kan tages til indtægt for at det almindelige forsætsbegreb er indsnævret.

Inden dette undersøges er det nødvendigt at forholdet mellem forbrydelsens objektive og subjektive dele behandles nærmere.

1.4 Tilregnelsens objekter

Udgangspunktet for forholdet mellem en forbrydelsens objektive del – gerningsmomenterne og subjektive del – tilregnelsen, er at der skal være kongruens mellem disse. Tilregnelsens objekter er

³⁸ Waaben: Forsæt s. 43ff samt Hurwitz: Alm. del. s. 222.

³⁹ For nærmere omtale af forholdet mellem teori og praksis se Waaben: Forsæt s. 353 samt s. 43ff(om retsdogmatisk og retspolitisk teori).

⁴⁰ Bevismæssige aspekter vil som udgangspunkt ikke blive behandlet i dette speciale.

dermed en forbrydelses objektive bestanddele, da tilregnelser kan siges at være den psykologiske relation mellem en person og en forbrydelse.⁴¹

1.4.1 Dækningsprincippet og tilfælde af subjektivt overskud

Princippet om at der skal foreligge subjektiv dækning med hensyn til alt, hvad der hører til gerningsindholdet udtrykkes i et *dækningsprincip*.⁴² Dækningsprincippet medfører først og fremmest, at der ikke må være et ”objektivt overskud/subjektivt underskud”, forstået på den måde, at en person ikke kan ifalde strafansvar, hvis ikke *alle* forbrydelsens elementer kan tilregnes ham. Under tiden konstrueres bestemmelser på en sådan måde, at der kræves tilregnelser til noget mere, end der objektivt set er dækning for i gerningsindholdet. Der kan ikke her siges, at være tale om en objektiv skærpelse, men der er klart tale om et ”subjektivt overskud”. Rent teknisk rykkes forbrydelsens fuldbyrdelsesmoment frem, i form af at der kræves et forsæt der rækker ud over det objektive gerningsindhold.⁴³ Et klassisk eksempel på en lovbestemmelse med fremrykket fuldbyrdelsesmoment er straffelovens § 171, om dokumentfalsk. Her kræves subjektivt, at der er forsæt til at gøre brug af et falsk dokument og til at skuffe i retsforhold, mens der objektivt set kun kræves, at dokumentet bruges. Foreligger der ”objektivt underskud”, kan der efter omstændighederne straffes for forsøg, forudsat at der foreligger fuld subjektiv dækning til hele forbrydelsens gerningsindhold.

Forholdet mellem forbrydelsens objektive og subjektive element er således ikke en fuldstændig størrelse. Selvom det klare udgangspunkt er, at ethvert objektivt element skal ledsages af et subjektivt – udtrykt i dækningsprincippet, tillades der i nogle situationer afvigelser i begge retninger. Tilstedeværelsen af det subjektive element kræves dog altid fuldt ud. Her bør det næves, at der undtagelsesvis kan straffes på objektivt grundlag, hvis der er klar lovhjemmel hertil – i medieansvarsloven⁴⁴ kan en redaktør i nogle tilfælde eksempelvis straffes på objektivt grundlag.⁴⁵ Hvad angår den fuldbyrdede forbrydelse tillades kun subjektivt overskud, men der kan straffes for forsøg i tilfælde af objektivt underskud. Forsøgslæren (især ved det såkaldte utjenlige forsøg) samt

⁴¹ Da vurderingen ved uagtsomhed er en vurdering af gerningsmandens adfærd er det nok mere passende her, at tale om en anden form for ”subjektiv relation”.

⁴² Se fx Waaben: Alm. del s. 137ff samt Greve: DSA s. 229.

⁴³ Se fx Hurwitz: Alm. del. s. 19ff

⁴⁴ LBK nr. 85 af 09/02/1998.

⁴⁵ Medieansvarslovens § 11, har følgende ordlyd: ”Redaktøren er ansvarlig for indholdet (...) selvom lovovertrædelsen ikke kan tilregnes redaktøren som forsætlig eller uagtsom”.

læren om vildfarelser (her særligt de putative forbrydelser/faktiske vildfarelser)⁴⁶ er nok de klareste udtryk for det subjektive elements betydning.

Det er som udgangspunkt den ”forbryderiske vilje”⁴⁷ der er genstand for straf og ses der bort fra eventuelle bevismæssige vanskeligheder, er tilstedeværelsen af faktisk forekommende udslag af denne vilje i reglen kun afgørende for om der kan straffes for fuldbyrdelse eller for forsøg.

1.5 Skærpet forsæt

Førend der kan statueres strafansvar, stilles der et krav om subjektiv skyld i form af tilregnelser. Kravet om tilregnelser er først og fremmest et krav om forsæt, men spørgsmålet er, om det muligt at skærpe dette krav, så kun nogle former for forsæt kan medføre ansvar.

Det diskuteres i litteraturen, hvorvidt der er belæg for at antage, at loven undtagelsesvis opstiller et krav om en skærpet forsætsvurdering i form af en kvalificering af det subjektive krav. Denne diskussion har sit udspring i straffelovens forarbejder. I straffelovsbetænkning af 1923, fremgår det i forbindelse med omtale af tilregnelserkravet i straffelovens § 19 og § 20, at det klare udgangspunkt er et krav om forsæt, men der åbnes op for, at forsætskravet kan kvalificeres. Særligt kan fremhæves følgende passager:

”... naar ikke andet fremgaar af Lovbudet, ikke kan kræves særlig Hensigt, Motiv eller lignende, men at det er tilstrækkeligt, at der foreligger Forsæt, saaledes som dette nærmere bestemt i § 19, 2. Stk.”

”Ordet ”Hensigt” forekommer ikke, men i en Række Paragrafer er brugt Omskrivninger (”for at”, ”sigter til”, ”tilsigtet”). Disse Omskrivninger er kun benyttet, hvor det er Meningen at kræve enten en udover Forsættet rækkende Hensigt (Motiv) eller dog, at Retsforstyrrelsen eller en vis Følge skal være tilstræbt.”

Af første citat fra betænkningen kan det umiddelbart udledes, at kravet om forsæt ikke er absolut, men ved fortolkning af den enkelte forbrydelse kan der være foretaget en skærpelse af det subjektive krav. Det er endvidere i første led af andet citat præciseret, hvornår denne fortolkning eventuelt er berettiget; når ordene ”for at”, ”sigter til” og ”tilsigtet” er benyttet ved beskrivelsen af den pågældende forbrydelses gerningsindhold. Det følger ligeledes af citatets andet led, hvad der

⁴⁶ Se fx Hurwitz: Alm. del s. 326ff.

⁴⁷ Se fx Grave: DSA s. 212 samt Waaben: Forsæt s. 1ff

materielt ligger i denne kvalificering; krav om en udover forsættet rækkende hensigt (motiv) eller at retsforstyrrelsen eller en vis følge skal være tilstræbt.

På baggrund af betænkningen kan det udledes, at det er muligt at skærpe forsætskravet. Hvornår denne fortolkning er berettiget og især hvad der materielt nærmere ligger i denne kvalificering henstår uklart.

For at komme en afklaring nærmere, kræves der en mere indgående behandling af begreberne ”hensigt” og ”motiv”.

1.5.1 Motiv

Ordet motiv må i almindelighed forstås som en handlings bevæggrund⁴⁸. Motivet er herefter et værktøj, der kan besvare spørgsmålet *hvorfor*, når dette spørgsmål stilles for at søge den psykologiske forklaring for en handlings foretagelse.⁴⁹

For at kunne orientere sig i det strafferetlige begrebssystem, kan motivets betydning som udgangspunkt illustreres med følgende eksempel med en vilkårlig valgt forbrydelse for øje: 1) Hvorfor døde A? Fordi B skød ham. 2) Hvorfor skød B ham? For at slå A ihjel. 3) Hvorfor ville B slå A ihjel? Fordi B ville have A's penge. Første led i eksemplet er et spørgsmål om kausalitet, andet led vedrører tilstedeværelsen af forsæt og sidste led er et spørgsmål om gerningsmandens motiv. Motivet har i eksemplet ikke direkte noget at gøre med selve forsætsvurderingen og er dermed principielt uden betydning for strafansvaret. Motivet kan imidlertid være sammenfaldende med forsættet, hvis svaret på sidste led i eksemplet er, at B's eneste grund til at dræbe A, er selve drabshandlingen; fornøjelsen ved selve drabet er B's motiv.

Motivet tillægges som alt overvejende udgangspunkt ikke selvstændig betydning ved fastlæggelse af strafansvar, men kan derimod godt have selvstændig betydning ved strafudmålingen.

Siden klassisk oldtid har det været almindeligt at tillægge motivet grundlæggende og afgørende betydning for den moralske vurdering af en handlings værdi. I strafferetten har motivet derimod ikke en sådan betydning. Strafferetten skal blandt andet beskytte de i loven omhandlede retsgoder mod forsætlige (eller eventuelt uagtsomme) angreb.⁵⁰ Således kan motivet bag en given handling ikke virke diskulperende og ej heller gøre en straffri handling strafbar, men kan begrunde

⁴⁸ Se fx Hurwitz: Alm. del s. 251 samt Waaben: Alm. del s. 151

⁴⁹ Hurwitz: Alm. del s. 251

⁵⁰ Se fx Krabbe: Borgerlig straffelov alm. del s. 142 samt Greve: Straffene s. 32ff.

en strengere eller mildere straf.⁵¹ Motivets betydning i strafferetlig henseende fremgår i overensstemmelse hermed af straffelovens § 80, om straffens udmåling. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 80 Ved straffens fastsættelse skal der under hensyntagen til ensartethed i retsanvendelsen lægges vægt på lovovertrædelsens grovhed og på oplysninger om gerningsmanden.

Stk. 2. Ved vurderingen af lovovertrædelsens grovhed skal der tages hensyn til den med lovovertrædelsen forbundne skade, fare og krænkelse samt til, hvad gerningsmanden indså eller burde have indset herom. Ved vurderingen af oplysninger om gerningsmanden skal der tages hensyn til dennes almindelige personlige og sociale forhold, dennes forhold før og efter gerningen samt dennes bevæggrunde til gerningen.

Har gerningsmanden handlet med forsæt, er spørgsmålet om strafansvar således afgjort. Trods dette udgangspunkt forekommer der situationer, hvor motivet måske kan siges at få nogen betydning for strafansvaret. Det er specielt enkelte bestemmelser som indeholder en sådan omtale af det subjektive element, at der i gerningsbeskrivelsen kan siges at være en specificering af forsætskravet ved anvendelsen af udtryk, der karakteriserer gerningsmandens motivation.

Af særlig interesse kan nævnes motiver af økonomisk art. Der tænkes primært på straffelovens kapitel 28, hvor vendinger som ”for vindings skyld”, ”for at skaffe sig eller andre uberettiget vinding” og lignende, kan beskrive gerningsmandens subjektive indstilling i form af et vindingsmotiv. Der er imidlertid enighed i teori og praksis om, at det i dag er mere korrekt at lade vendingerne beskrive et berigelsesforsæt.⁵²

Herudover kan nævnes straffelovens § 238. Her subsumeres drab under den mildere bestemmelse om barnedrab, når moderen har handlet i nød, af frygt for vanære eller under påvirkning af den svækkelse, forvirring eller rådvildhed selve fødslen har fremkaldt. Der kan i en sådan situation siges at foreligge et særligt *nøds-* eller *frygtmotiv*⁵³, der til en vis grad virker strafnedsættende.⁵⁴ Motivets betydning i modsat retning - som en strafforhøjende virkning. I straffelovens § 240, om hjælp til selvmord, er det en strafforhøjende omstændighed, såfremt hjælpen er ydet af egennyttige bevæggrunde. Garner anfører, at bestemmelsen set i sammenhæng med straffelovens § 21, stk. 3, om forsøg, i særlige tilfælde kan bevirke, at et ellers

⁵¹ Se Waaben: Forsæt s. 90.

⁵² Hurwitz: Alm. del s. 253 samt Kommenteret Straffelov: Speciel Del s. 387ff.

⁵³ Jf. tillige straffelovens § 152, stk. 2, der hjemler straffrihed for at modvirke strafforfølgning af en selv eller ens nærmeste.

⁵⁴ Se Hurwitz: Alm. del s. 264 og Waaben: Forsæt s. 102. (Waaben vægrer sig dog ved brugen af ordet ”motiv”)

straffrit forsøg vil blive gjort strafbart.⁵⁵ Straffelovens § 21, stk. 3, hjemler som udgangspunkt straffrihed ved forsøg, når der for lovovertrædelsen er et strafmaksimum på fire måneder. Hvis hjælp til selvmord foretages af egennyttige bevæggrunde, stiger strafferammen til tre år og motivet afgør således i forsøgstilfældet, om der skal straffes eller ej.

Ved sædelighedsforbrydelser er det især straffelovens § 232, om blufærdighedskrænkelser, der i denne sammenhæng kan have interesse. Det er antaget, at blufærdighedskrænkelser som udgangspunkt ikke er betinget af et seksuelt motiv.⁵⁶ Waaben opstiller to yderpunkter – sondringen mellem *en sexuel- emotionel baggrund* og *en rent betragende eller erkendende holdning* til det, der karakteriseres som et uterligt forhold.⁵⁷ Blufærdighedskrænkelser kræver ikke den førstnævnte psykologiske baggrund. Både Waaben og Den Kommenterede Straffelov henviser til en norsk dom, NRT 1938.646 H (Svinetestikeldommen):⁵⁸ T havde i forhånende øjemed tilsendt en kvinde en overall, i hvilken der var indsyet svinetestikler. Det blev fundet tilstrækkeligt for domfældelse, at T havde indset, at handlingen havde en seksuel karakter, som retligt gjorde den uterlig, selvom T som sådan ikke havde et seksuelt motiv. En vis gruppe af forsætlige handlinger vil imidlertid alene blive karakteriseret som uterlige, hvis de anses for foretaget med et seksuelt motiv. En læge, der foretager en legemesundersøgelse, er selvfølgelig uden for det strafbare område, men en læge, der foretager en sådan undersøgelse i sanseligt øjemed uden lægelige formål, vil ifalde straf efter § 232.⁵⁹ Handlinger, der objektivt tager sig ud og opleves som tilladelige kærtegn eller lignende, kan således være strafbare efter § 232, men det betinges i reglen af et seksuelt motiv.⁶⁰

Endeligt kan det nævnes, at motivet kan have betydning for den rette strafferetlige subsumption. Klipper en person håret af en pige for at vansire hende, kan gerningen for eksempel subsumeres under voldsbestemmelsen i § 244. Sker afklipningen for at opnå seksuel nydelse kan

⁵⁵ UfR 1984B.37 om skærpet forsæt, motiv og formål.

⁵⁶ Se fx Kommenteret straffelov, s. 264.

⁵⁷ Waaben: Forsæt s. 121.

⁵⁸ Kommenteret straffelov, s. 265 samt Waaben: Forsæt, s. 121.

⁵⁹ Følgende forhold kan ligeledes illustrere det lægelige øjemeds betydning: Et brud på huden i lægeligt øjemed er et operativt indgreb i henhold til retspraksis, jf. UfR. 1981.825 H og 1981.829 H. Ved tatoveringer og piercinger mangler dette lægelige øjemed og uden et diskulperende samtykke, vil der være tale om en voldshandling. Hvis et operativt indgreb bliver foretaget af en læge (i lægeligt øjemed), men uden samtykke, vil handlingen derimod ikke være strafbar, men dette grundet materiel atypicitet. Ved nåle akupunktur foreligger det lægelige øjemed, men foretages indgrebet ikke af en autoriseret akupunktør er der tale om kvaksalveri i henhold til lægelovens § 25, stk. 2 (LBK nr. 272 af 19/04/2001) (i dette tilfælde er det dog den manglende autorisation, der er afgørende for resultatet) (LBK nr. 272 af 19/04/2001). Se igen UfR. 1981.825 H og 1981.829 H.

⁶⁰ Se Waaben: Forsæt s. 121ff – En handling kan opleves med en seksuel betonet emotionel valør og derved blive ”objektivt uterlig”.

der derimod være tale om, at forholdet er omfattet af § 232, om blufærdighedskrænkelser, måske endda under straffelovens § 276, såfremt det sker med henblik på salg af håret.⁶¹

Det kan undre, at der i straffelovens forarbejder nævnes, at motivet kan have betydning for strafansvaret. Især når det står forholdsvist klart, at motivet bag en adfærd eller en handlingsbevæggrund stort set ikke har nogen vægt i denne sammenhæng. En forklaring synes først at skulle findes i det begrebsapparat, der blev anvendt på daværende tid.

I ældre teori var det antaget, at det ved en handlings primære tilstræbte resultat, gennem en forudgående forestilling derom, havde bevæget personen til en aktivitet - for eksempel affyring af et skud. Selvom fjernere mål kunne være årsagen til denne handling, blev motivet opfattet således, at det tillige omfattede de umiddelbare handlingsfølger; vælges et middel til at nå et mål vil selve midlet tillige anses som motiv.⁶² Opfattes motivet på denne måde vil der være sammenfald med forsættets højeste grad - hensigt (for eksempel "drabshensigt").

Dette har vist sig at være uhensigtsmæssigt, blandt andet fordi det psykologiske forhold mellem handling og følge fuldt ud kan udtrykkes i forsætslærens terminologi ved brug af ordet hensigt - det har derfor været mere passende at reservere ordet motiv til en friere karakteristik af psykologiske og personlighedsmæssige forhold.⁶³ Ligeledes har det været påpeget, at hvis motivet adskilles fra forsættet, står det klart, at motivet ikke har nogen betydning i denne sammenhæng; uanset motivet forligger der strafferetligt ansvar, hvis der er handlet med forsæt.⁶⁴

Begrebet motiv vil i almindelighed rumme langt mere, end hvad der kræves for at statuere et strafferetligt ansvar og har, hvis nogen, kun en meget begrænset betydning for den strafferetlige ansvars lære. At motivet til tider nævnes i forbindelse med forsætsvurderingen skyldes først og fremmest, at der kan være sammenfald i visse situationer og at motivet eller en handlingsbevæggrund før i tiden blev udvidet til at omfatte alle led i en given årsagsrække. En forklaring skal tillige søges i den strafferetlige forståelse af "hensigt".

⁶¹ Hurwitz: Alm. del s. 255 samt Greve: DSA s. 214. For det seksuelle motivs betydning for subsumtionen se Waaben: Specielle del s. 45

⁶² Se Gram: Om motivets betydning i strafferetligt henseende, s. 3ff samt s. 10mf.

⁶³ Se Hurwitz: Alm. del s. 251. samt Waaben: Forsæt, s. 91ff.

⁶⁴ Se Waaben: Forsæt, s. 90.

1.5.2 Hensigt

Hensigt er først og fremmest en betegnelse for en psykologisk karakteristik, når det søges at udtrykke de tilregnelserformer, der afgrænser betingelserne for strafansvar.⁶⁵ Som tidligere nævnt er den højeste grad af forsæt - direkte forsæt, udtrykt i form af ”hensigt”.⁶⁶ ⁶⁷ Hensigt skal her forstås således, at gerningsmandens adfærd skal være direkte rettet mod at tilstræbe følgen, for eksempel drabshensigt. Hvor motivet i strafferetten som alt overvejende udgangspunkt skal betegne det endelige mål, skal hensigt som hovedregel angive forholdet til det mål, som direkte er resultatet af en handling. Det skal i forlængelse heraf understreges, at det at tilstræbe noget - handle med hensigt, ikke indebærer et krav om, at gerningsmanden anser følgen for ønskværdig, isoleret set. Det er tilstrækkeligt, at gerningsmanden tilstræber følgen med ulyst for at opnå noget ved dens indtræden. Rent terminologisk kan det være vanskeligt at adskille hensigt fra motiv, da ordene finder anvendelse indenfor samme emnekreds, idet de begge kan siges at beskrive den psykologiske karakteristik af forholdet mellem gerningsmanden og hans adfærd. Det skal ikke benægtes, at det i nogle tilfælde er muligt at tale om motiver i forbindelse med visse former for hensigt, men ofte er der i disse tilfælde ikke tale om *det virkelige motiv*.⁶⁸ Denne sammenblanding kan være u hensigtsmæssig, idet der kan opstå tvivl om, hvilke subjektive elementer der har betydning for forsætsvurderingen.

Dette er en af grundene til at der i nyere strafferetlig litteratur tages afstand fra at benytte ordet motiv, idet det påpeges, at de lovbestemmelser, der undtagelsesvist synes at betinge strafbarheden af et særligt motiv, lige så vel kan siges at kræve en vis hensigt – et tilsigtet eller tilstræbt formål med en handling. Der er således ingen grund til at operere med begrebet motiv i den strafferetlige ansvarslære.⁶⁹

Udover de nævnte terminologiske problemer, der knytter sig til ordet hensigt, rejser der sig tillige visse fortolkningsmæssige spørgsmål. Spørgsmålene opstår i situationer, hvor der i lovbestemmelser anvendes udtryk som ”for at”, ”sigter til”, ”i den hensigt” eller lignende. Ifølge lovens forarbejder skal disse omskrivninger forstås på den måde, at tilregnelserkravet er indsnævret

⁶⁵ Se Waaben: Forsæt, s. 92

⁶⁶ Ved adfærdsdelikter/kendskab til gerningsmomenter består den højeste grad af forsæt i ”viden om” og ”sikre konsekvenser”, jf. afsnittet ”Typer af forsæt i dansk ret”, om det direkte forsæt.

⁶⁷ Ross vil dog forkaste formen hensigt, fordi det dermed betegnede psykiske fænomen eller ønske i almindelighed ikke bør tillægges selvstændig strafferetlig relevans og for så vidt det i særlige tilfælde kan siges at have nogen relevans kun vedrører gerningsbeskrivelsen, ikke tilregnelsen, jf. Ross: Forbrydelse og straf; Hensigt er ikke forsæt samt UfR 1977B.246 (Replik om hensynsløshed og hensigt).

⁶⁸ Waaben: Forsæt s. 347.

⁶⁹ Se fx Waaben: Forsæt s. 102, Hurwitz: Alm. del s. 251ff samt Greve: DSA s. 213.

til kun at omfatte det direkte forsæt – hensigt. I den juridiske litteratur er der imidlertid en del diskussion om, hvorvidt disse sproglige udtryk skal opfattes som hjemlende en begrænsning i det almindelige forsætsbegreb.

Den traditionelle antagelse i dansk ret er, at formueforbrydelserne i straffelovens kapitel 28 kræver, at der skal foreligge ”berigelseshensigt” og de fleste af bestemmelserne indeholder tillige udtrykket ”for at skaffe sig eller andre uberettiget vinding”. Opfattelsen, der ellers har støtte i straffelovens forarbejder, er imidlertid ikke længere passende, idet der i teori og praksis almindeligvis er enighed om, at det subjektive udgangspunkt bør være et ”berigelsesforsæt”.⁷⁰ Desuden har domstolene i talrige afgørelser udvidet tilregnelserkravet for en række bestemmelser⁷¹ således, at hvor der tidligere krævedes tilstræbelse af berigelse, er det i dag tilstrækkeligt, at gerningsmanden indser, at adfærden medfører en vis risiko for tab.⁷²

Krabbe anfører med henvisning til retspraksis før straffeloven af 1930, at sådanne vendinger næppe bør fortolkes som en skærpelse af forsættet, idet de blot er sproglige varianter for det sædvanlige forsætskrav i tilfælde, hvor benyttelsen af betegnelsen hensigt eller lignende efter det strafbare forholds fremtrædelsesform, er særlig nærliggende og naturlig. Disse udtryk er derfor, ifølge Krabbe, hovedsagligt benyttet, fordi forsættet efter forbrydelsens karakter skal være rettet mod en følge, som er adskilt fra den adfærd, der fuldbyrder forbrydelsen. Kort sagt, hvor lovgiver ønsker at fremrykke fuldbyrdelsesmomentet.⁷³

Hurwitz er af den opfattelse, at hvor loven indeholder sådanne udtryk, er det et fortolkningsspørgsmål, hvorvidt dette skal forstås således, at alene forsættets højeste grad i form af hensigt kan danne grundlag for strafansvar. På baggrund af straffelovens forarbejder må der dog anlægges det synspunkt, at hvor ikke modstående fortolkningsdata gør sig gældende, vil der normalt være en formodning for, at krav om hensigt og omskrivninger heraf er udtryk for et krav om en kvalificeret subjektiv ansvarsbetingelse; kun det direkte forsæt er ansvarspådragende.⁷⁴

⁷⁰ Se fx Kommenteret straffelov, s. 389.

⁷¹ Fx straffelovens §§ 278, 279, 280 og 283.

⁷² Se fx Hurwitz: Alm. del s. 235. Jf. tillige John Larsen der har behandlet spørgsmålet i artiklen: Berigelsesforsæt eller mangel på samme – belyst gennem en dom om mandatsvig. Her konkluderes blandt andet, at straffelovens kapitel 28 strækker sig helt ned til de øverste grader af uagtsomhed.

⁷³ Krabbe: Borgerlig straffelov alm. del s. 142.

⁷⁴ Hurwitz: Alm. del s. 234.

Waaben har i sin behandling af spørgsmålet først og fremmest belyst problemstillingen ved at drage paralleller til en identisk diskussion i tysk og til dels fransk ret⁷⁵. I tysk ret er det ordet ”Absicht”⁷⁶, der har givet anledning til stort set samme fortolkningsproblemer. Resultatet af diskussionen blev, at ”Absicht” skulle opfattes som et flertydigt ord. Ordet kunne dække enhver forsætsform, i andre tilfælde anlagdes der en snæver fortolkning, hvor ”Absicht”, netop skulle forstås som teorien opfattede det – krav om direkte forsæt i form af hensigt. Som i dansk ret opstod der ligeledes fortolkningsspørgsmål når en given lovbestemmelse benyttede sig af omskrivningerne ”um (...) zu” og lignende, der sprogligt kunne opfattes som synonyme med ”in der Absicht”.⁷⁷ Ifølge Waaben har dansk teori overtaget den tyske problemstilling og han er primært af den overbevisning, at trods udtalelser i straffelovens forarbejder er lovens enkelte bestemmelser åbne for fortolkning i denne henseende.⁷⁸

Først og fremmest kan der peges på, at de samme sproglige udtryk kan have forskellige funktioner. Det er nødvendigt at foretage en sondring mellem fremtidige følger og fremtidige handlinger, da ordene ”for at” og lignende kan have relation til noget, som gerningsmanden vil opnå med den foretagne handling eller til en ny handling, som han agter at foretage. De sidstnævnte tilfælde må ifølge Waaben udskilles i en gruppe for sig.⁷⁹

Eksempelvis kan nævnes straffelovens § 166, stk. 1, hvor ”Den, som eftergør eller forfalsker penge *for at* bringe dem i omsætning som ægte eller som i samme hensigt forskafter sig eller andre eftergjorte eller forfalskede penge...”. I sådanne tilfælde må det principielt kræves, at gerningsmanden har *besluttet* sig for at foretage den yderligere handling, som er beskrevet i lovuddet. Paralleller kan drages til forsætslæren i forsøgstilfælde, hvor der sondres mellem forberedelseshandlinger og afsluttende iværksættelseshandlinger.⁸⁰ Det antages, at kun det direkte forsæt er tilstrækkeligt ved de førstnævnte handlinger, mens alle forsætsgrader er ansvarspådragende ved de afsluttende iværksættelseshandlinger.⁸¹

Det er dog næppe muligt at sætte lighedstegn mellem forsætsvurderingen ved forberedelseshandlinger og fortsættelseshandlinger. Ved fortsættelseshandlinger, som for eksempel

⁷⁵ I fransk ret påpeges et problem, der på samme måde viser den fortolkningsmæssige usikkerhed overfor udtryk som motiv, hensigt, øjemed etc., hvilket illustreres i en række domme, som er afsagt på baggrund af en lov fra 1924, om angreb på statens kredit. Dette omtales yderligere i specialets anden del.

⁷⁶ Hensigt (Gyldendals Røde Ordbøger 12. udg.)

⁷⁷ Waaben: Forsæt s. 95ff. Her omtales tillige, at der i tysk teori opereres med en særlig gruppe ”Absicht-delikter”, hvor det kræves, at gerningsmanden har tilstræbt noget der ligger udenfor det objektive gerningsindhold.

⁷⁸ Waaben: Forsæt s. 97.

⁷⁹ Ibid., s. 347.

⁸⁰ Om forsætskrav ved forsøg se fx Waaben: Alm. del s. 199ff.

⁸¹ Se fx Waaben: Forsæt s. 301ff.

i § 166, må det efter omstændighederne være tilstrækkeligt, at fortsættelseshandlingen har været et rimeligt og sandsynligt skridt og at gerningsmanden er af samme opfattelse. At vurderingen ikke helt er den samme belyses tillige ved, at domfældelse godt kan forekomme trods manglende hensigt til at foretage fortsættelseshandlingen. Hvis tiltalte i en sag om pengefalsk i henhold til ovennævnte bestemmelse eksempelvis har anset det for overvejende sandsynligt, at andre vil fortsætte med at udgive falske penge, vil han alligevel kunne ifalde strafansvar.⁸²

Hvor loven benytter sig af vendingerne ”for at”, ”tilsigter” og lignende skal dette, ifølge Waaben, næppe forstås, som det ellers er forudsat i straffelovens forarbejder. På linje med Krabbe er Waaben af den opfattelse, at disse omskrivninger alene har en lovteknisk baggrund. Det er en nærliggende konsekvens, at der let gribes til sådanne vendinger, når der ønskes et fremrykket fuldbyrdelsesmoment. Der er dog ikke tale om nogen skarp fortolkningsregel, men skal der opstilles et udgangspunkt, forekommer dette – et udtryk for at fuldbyrdelsesmomentet er fremrykket - mere nærliggende end det, der er forudsat i forarbejderne.^{83 84}

Ovenstående synspunkt er ifølge Garner ikke plausibelt og han anfører blandt andet til støtte herfor, at koncipisterne af straffeloven fra 1930, beherskede den teknik at fremrykke fuldbyrdelsesmomentet uden brug af vendinger som ”for at” og lignende. Der henvises for eksempel til straffelovens § 133, stk. 1, ”den, som fremkalder opløb med det forsæt at øve eller true med vold...”.⁸⁵

Det kan ses af ovenstående, at der i litteraturen ikke er mangel på fortolkningsforslag til de pågældende vendinger. Flere af ovennævnte forfattere støtter tillige deres synspunkter på retspraksis, hvor der her i almindelighed ikke anlægges nogen begrænsning, når gerningsbeskrivelser rummer udtryk som ”for at” og lignende. Fra retspraksis kan der i denne forbindelse særligt fremhæves to højesteretsdomme:

UfR 1965.662 H

Sagen omhandlede en falsk anmeldelse. Tiltalte havde i et brev til Justitsministeriet anmeldt en kollega i kriminalpolitiet for bestikkelse. Tiltalte blev frifundet i byretten på grund af manglende forsæt med hensyn til urigtigheden af beskyldningerne som følge af sjælelig uligevægt. Landsretten

⁸² Se nærmere Waaben: Forsæt, s. 98.

⁸³ Waaben: Forsæt s. 99, samt Alm. del, s. 145.

⁸⁴ I overensstemmelse hermed kan fra nyere litteratur nævnes Greve: DSA, s. 214.

⁸⁵ UfR 1984B.37 om skærpet forsæt, motiv og formål.

dømte derimod tiltalte. Tiltalte fik med tilladelse fra Justitsministeriet indanket Landsrettens dom med påstand om frifindelse. Til støtte for sin påstand anførte tiltalte, at straffelovens § 164, stk. 1, ved ordene ”*søger at bevirke, at en uskyldig sigtes eller dømmes...*”, kræver tilstedeværelsen af et skærpet forsæt i form af hensigt (eller motiv) hos gerningsmanden og at dette subjektive forhold ikke har foreligget. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom med den begrundelse, at der i straffelovens § 164, stk. 1, ikke findes at være hjemlet en skærpelse af de almindeligt gældende krav til forsæt.

Højesteret valgte således ikke at fortolke vendingerne i § 164, stk. 1, i overensstemmelse med straffelovens forarbejder. Diskussionen om forsætskravet i § 164, stk. 1, har tillige resulteret i, at bestemmelsen ved *lov nr. 248 af 9.6.1967*, har fået en ny formulering, hvorefter det gøres klart, at strafansvar alene er betinget af sædvanligt forsæt. Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd: ”... *med forsæt til, at en uskyldig derved bliver sigtet, dømt eller undergivet strafferetlig forfølgning...*”

Det andet eksempel fra retspraksis er en højesteretsdom fra 1982, om bestikkelse efter straffelovens § 122. Her var det særligt vendingerne ”... *for at formå den pågældende til at gøre eller undlade noget i tjenesten...*”, der dannede baggrund for sagen:

UfR 1982.771 H

Tiltalte havde to gange tilbudt en kommunal afdelingsingeniør et pengebeløb for blandt andet at fremskynde en byggesags behandling. Tiltalte blev dømt for overtrædelse af straffelovens § 122, i både Byret og Landsret og fik Justitsministeriets tilladelse til at indanke dommen for Højesteret, der tillige dømte tiltalte. Dette skete på baggrund af, at ordlyden af § 122, ikke ansås for hjemlende en skærpelse af de almindelige gældende krav til forsæt. Dette til trods for, at tiltalte til støtte for frifindelsespåstanden anførte, at bestemmelsen navnlig under hensyn til straffelovens forarbejder, indeholder et krav om skærpet forsæt (hensigt), således at kun tilbud om en fordel, hvorved gerningsmanden tilsigter en pligtstridig handlemåde fra modtagerens side, er strafbar. En enig Højesteret udtalte i denne forbindelse, at der i straffelovens § 122, ikke findes at være hjemlet en skærpelse af de almindelige gældende krav til forsæt. Der fremgår tillige af redaktionsnoten til dommen, at resultatet er udfundet med støtte i UfR 1965.622 H og der henvises endvidere til Krabbe, Hurwitz og Waaben.⁸⁶

⁸⁶ Krabbe: Borgerlig straffelov Alm. del s. 142, Hurwitz: Alm. del s. 234ff, Waaben: Forsæt s. 95-103, samt 133-135.

Lovændringer, foretaget på baggrund af diskussioner i litteraturen og domspraksis vedrørende rækkevidden af forsætskravet i en straffelovsbestemmelse som følge af de vendinger der er benyttet i gerningsbeskrivelserne, er tillige set både før og efter den omtalte dom fra 1965. Her kan nævnes *lov nr. 212 af 4.6.1965*, hvor formuleringen af straffelovens § 181, stk. 2, blev ændret. Således udgik ordene ”... for at besvige brandforsikringen, for at krænke panthaveres rettigheder eller i lignende retsstridig hensigt...” og blev erstattet med ”... den der med forsæt til at besvige brandforsikringen eller krænke panthavers rettigheder eller med lignende retsstridigt forsæt...”. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget blev ændringerne foretaget for at bringe bestemmelsens ordlyd i overensstemmelse med den overvejende opfattelse, at strafansvar alene forudsætter sædvanligt forsæt. Ligeledes blev straffelovens § 180, stk. 1, om kvalificeret brandstiftelse, ændret ved *lov nr. 256 af 27.5.1981*, hvor ”... for at volde omfattende ødelæggelse af fremmed ejendom eller for at befordre oprør...” ændredes til ”... med forsæt til at volde omfattende ødelæggelse af fremmed ejendom eller til at befordre oprør...”. Ændringerne skulle som tidligere præcisere, at det er straffelovens almindelige forsætskrav, der finder anvendelse.

Der må siges at være en overvægt af argumenter for ikke at fortolke vendingerne ”for at”, ”tilsiger” og lignende som forudsat i straffelovens forarbejder; omskrivninger, der kun er benyttet, hvor ”*det er Meningen at kræve enten en udover Forsættet rækkende Hensigt (Motiv) eller dog, at Retsforstyrrelsen eller en vis Følge skal være tilstræbt.*”.

Overordnet er det Krabbe og Waaben, der ikke vil fortage en fortolkning som forudsat i forarbejderne. De er begge af den opfattelse, at vendingerne snarere er en naturlig sproglig konsekvens af, at gerningsbeskrivelsen om noget fremtidigt nævner den følge eller virkning, der ikke behøver at være indtrådt. Hurwitz er som udgangspunkt af samme overbevisning, men er dog mere forsigtig.⁸⁷

Alle de omtalte forfattere støtter deres synspunkter på praksis fra domstolene. Krabbe dog på retspraksis fra før straffeloven af 1930 (og dens forarbejder) og dette må siges at svække retskildeværdien af hans argumenter. Alt andet lige, ser det ikke ud til, at domstolene har ændret denne praksis. Det har ikke været muligt at finde eksempler på, at domstolene rent faktisk har tillagt den fortolkning, som fremgår af straffelovens forarbejder, nogen værdi.⁸⁸ Derimod har domstolenes

⁸⁷ Af respekt for forarbejderne opstiller han den formodning, at hvor ikke modstående fortolkningsdata gør sig gældende skal der fortolkes som forudsat i straffelovens forarbejder, jf. ovenfor.

⁸⁸ Kun tiltalte har fundet, at udtalelserne i forarbejderne skal ligges til grund for forsætsvurderingen.

højeste instans gentagende gange valgt ikke at indfortolke nogen skærpelse af det almindelige forsætskrav, hvor loven anvender de omdiskuterede vendinger. Domsresultatet i UfR 1982.771 H er sågar støttet på de holdninger, der er repræsenteret blandt nogle af de mest kritiske fortalere for ikke at fortolke i overensstemmelse med forarbejdernes udtalelser. Ligeledes var der i nævnte dom samtidig henvist til en tidligere højesteretsdom, hvilket måske kan tages til indtægt for, at denne dom tillige bygger på samme holdninger og ikke kun undtagelsesvist i det konkrete tilfælde, valgte en sådan fortolkning. Samtidigt erindres diskussionen i både teori og praksis vedrørende forsætskravet ved berigelsesforbrydelserne, og at der i dag ikke indfortolkes nogen skærpelse i forsætskravet; berigelsesforsæt er nok, trods vendinger i gerningsbeskrivelser som ”for at skaffe sig” og lignende.

Den omtalte teori og praksis har medført en del lovændringer for at undgå misforståelser og der henvises blandt andet direkte til forfattere som Waaben og Hurwitz i bemærkningerne til ændringslovene som begrundelse for præciseringerne.⁸⁹ Det synes dog ikke klart, hvorvidt ændringslovene kan tages til indtægt for, at straffelovens forarbejder ikke skal tillægges betydning ved fortolkning. Dette skyldes for eksempel lovændringen fra 1967, hvor forsætskravet i straffelovens § 164 stk. 1, om falsk anmeldelse blev præciseret. I den forbindelse anføres der følgende i bemærkningerne til lovforslaget:

”Efter bestemmelsens ordlyd (tidligere formulering) betyder den en skærpelse af det ordinære forsætskrav; det synes således ikke tilstrækkeligt, at den pågældende har indset eller anset det for overvejende sandsynligt, at resultatet af hans handling ville blive, at en uskyldig blev sigtet eller dømt; han skal have tilstræbt dette.”⁹⁰

Det virker misvisende, når der i begrundelsen tillige henvises til Waaben, der tydeligvis er af den overbevisning, at den rigtige fortolkning af bestemmelsen, selv med den tidligere formulering, ikke er som forudsat i forarbejderne.

Trods dette kan udtalelsen måske forstås således, at præciseringen er foretaget med respekt for forarbejderne netop for at reservere de pågældende vendinger til gerningsbeskrivelser, hvor forsætskravet skal skærpes i overensstemmelse med den udlægning som foreskrives heri. Kort sagt den fortolkning, som foreskrives i forarbejderne, er korrekt og derfor præciseres loven, da der i

⁸⁹ Se fx F. t. l. vedr. borgerlig straffelov (Lov nr. 256 af 27.05.1981), s. 4004 samt f. t. l. om ændr. i borgerlig straffelov (Lov nr. 248 af 09.06.1967), s. 2460.

⁹⁰ F. t. l. om ændr. i borgerlig straffelov (Lov nr. 248 af 09.06.1967), s. 2460.

det konkrete tilfælde alligevel ikke viste sig at være belæg for en sådan fortolkning. Det må nok henstå i det uvisse, men det kan i denne forbindelse tillige anføres, at der er talrige eksempler på steder i lovgivningen, hvor der ikke er foretaget præciseringer af forsætskravet i gerningsbeskrivelser, selvom det er fast antaget, at det subjektive krav ikke kun er kvalificeret til det direkte forsæt.⁹¹

Meget taler derfor imod at tillægge straffelovens udtalelser om fortolkning af vendingerne ”for at” og lignende nogen værdi. Fremtrædende forfattere i den juridiske litteratur og domstolene⁹² vælger som udgangspunkt at forkaste udtalelserne i straffelovens forarbejder. Måske kan forkastelsen af det påtænkte udgangspunkt tillige tages til indtægt for en udvanding af forsætskravet, efterhånden som der opstår behov for alligevel at kunne straffe i disse situationer, uden gerningsmanden direkte har tilstræbt det pågældende resultat, som det ellers er forudsat i forarbejderne.⁹³

1.5.2.1 Forsætsvurderingen ved fortsættelseshandlinger

Det subjektive krav til det, der ovenfor er benævnt ”fortsættelseshandlinger”, kræver særlig omtale. Nogle lovbestemmelser er teknisk fuldbyrdet ved en handling foretaget, men kræver yderligere et forsæt til noget udover det objektive gerningsindhold. I sådanne situationer med fremrykket fuldbyrdelsesmoment har det, som nævnt ovenfor, været påpeget, at benyttelsen af ordet hensigt eller omskrivninger af dette først og fremmest har været en naturlig sproglig konsekvens af et ønske om en sådan fremrykning. Derimod kan vendingerne ikke tages til indtægt for, at det forhold, der ligger udenfor det objektive gerningsindhold, skal være tilstræbt (og ikke blot være en overvejende sandsynlig konsekvens). Her er det, som påpeget af Waaben, nødvendigt at sondre mellem to former for fremadrettet forsæt: forsæt til følger og forsæt til fremtidige handlinger.⁹⁴ I det sidstnævnte tilfælde må forsættet karakteriseres som en hensigt til eller en beslutning om at foretage den/eller de fortsættelseshandling(er), som nævnes i gerningsbeskrivelsen. Dette skyldes dog næppe at straffelovens forarbejder undtagelsesvist skal lægges til grund for fortolkning i sådanne tilfælde. Der er for eksempel ej heller forskel på forsætskravet ved fortsættelseshandlingerne i straffelovens § 133, stk. 1, og § 166, stk. 1, om pengefalsk og opløb, selvom der er forskel i udtrykket for det

⁹¹ Se fx straffelovens § 166, om pengefalsk.

⁹² Dette vides dog ikke med sikkerhed, men måske kan redaktionsnoten til UfR 1982.771 H, ses som et udtryk for, at domstolene er af samme overbevisning som den overvejende litteratur på dette område.

⁹³ Dette har været tilfældet i fx fransk ret, jf. nærmere nedenfor under ”Folkedrabet elementer”, afsnittet ”Graden af forsæt”.

⁹⁴ Waaben: Forsæt, s. 92ff.

subjektive krav, jf. ”... med det forsæt at øve eller true med vold...” og ”... for at bringe dem i omsætning...”. Derimod kan dette siges at være et resultat af reglerne i forsøgslæren.⁹⁵

At kun det direkte forsæt skulle kunne anvendes ved fortsættelseshandlinger modificeres dog, når det ikke kræves, at beslutningen altid skal have en fast og klar psykologisk udformet karakter. Opfatter gerningsmanden selv fortsættelseshandlingen som et naturligt og rimeligt led i den motivationsammenhæng, der får ham til at handle, er dette tilstrækkeligt.⁹⁶

Der er således næppe noget krav om, at gerningsbeskrivelser, der fremrykker fuldbyrdelsesmomentet ved brug af vendinger som ”for at” og lignende, i disse tilfælde kræver, at kun det direkte forsæt finder anvendelse på den/eller de handlinger, der ligger udenfor den objektive beskrivelse. Det er, som Waaben anfører, netop på grund af ovennævnte vanskeligt at se, at der skulle kunne beskrives en almindelig sekundær forsætsform.⁹⁷

1.5.3 Sammenfatning

Straffelovens forarbejder omtaler ”hensigt” og ”motiv” på en sådan måde, at det kan forstås, som om de to ord betyder det samme, jf. ”... Hensigt (motiv)...”. Det står ganske klart, at motivet ingen betydning har for straffeansvaret, men især i ældre teori er begge ords betydning blevet udvidet: motivet, til de umiddelbare handlingsfølger og hensigt til ikke kun at finde anvendelse på det første mål i en længere begivenhedskæde.

Det er derfor let at se, at der opstår fortolkningsvanskeligheder; ordet hensigt benyttes dels til at udtrykke den højeste grad af forsæt og dels som en naturlig sproglig konsekvens, når der ønskes udtryk for et forhold til en vis følge eller handling, som endnu ikke er foretaget. Det er som udgangspunkt antaget, at hensigt angiver forholdet til det direkte mål, men i de nævnte situationer med fremrykket fuldbyrdelsesmoment vil det tillige dække visse fjernere mål.

Det er således en naturlig følge at kræve, at kun forsættets højeste grad finder anvendelse på de forhold, der ligger udenfor den objektive gerningsbeskrivelse, hvor ordet hensigt eller omskrivninger af dette optræder.

En sådan forståelse forudsættes i straffelovens forarbejder, men i dag skal disse vendinger derimod snarere opfattes som en naturlig sproglig konsekvens af, at lovbestemmelsen fremrykker forbrydelsens fuldbyrdelsesmoment.

⁹⁵ Ibid., s. 302 samt ovenfor afsnittet ”Hensigt”.

⁹⁶ Waaben: Forsæt, s. 302ff.

⁹⁷ Ibid., s. 347.

Som anført, følger domstolene ej heller den fortolkning, der forudsættes i straffelovens forarbejder. Det må nok anses for uafklaret, om domstolene finder forarbejdernes fortolkning korrekt og kun undtagelsesvist i konkrete situationer vælger ikke at følge denne, helt forkaster forarbejderne som i litteraturen, eller om der er tale om en praktisk udvidelse af det ellers påtænkte subjektive krav. Den samme uafklarede situation må til dels siges at gøre sig gældende ved de omtalte lovændringer.

Endeligt kan det fastslås, at det er muligt at skærpe forsætskravet, da hverken litteraturen eller domstolene har anfægtet selve princippet i, at det almindelige forsætskrav kan kvalificeres.

Hvornår der ved fortolkning er belæg for at antage dette, er dog uklart, men der er ikke set eksempler på, at den fortolkning, der forudsættes i straffeloven, følges. Hvad der materielt ligger i denne kvalificering kan først og fremmest siges at være et krav om direkte forsæt, men kan tillige være et udtryk for, at der kan straffes for fuldbrydet forbrydelse, selvom et forhold endnu ikke er realiseret objektivt set.

Ved lovbestemmelser, der kræver forsæt til en endnu ikke foretaget handling, kan forsættet dog siges at være skærpet. Forsættet karakteriseres her som en hensigt til eller en beslutning om at foretage den/eller de fortsættelseshandling(er), gerningsbeskrivelsen nævner. Dette følger imidlertid af de krav, der stilles til forsætsvurderingen i forsøgslæren.

1.6 Delkonklusion

Det kan således konkluderes, at der som udgangspunkt stilles få krav til en forbrydelses gerningsindhold og momenter. Der sondres mellem objektive og subjektive krav. Objektivt stilles der krav om lovhjemmel og subjektivt om skyld. Af betydning for dette speciale er dog særligt diskussionen om det subjektive krav. Metodisk sondres der mellem anvendelsesområdet og indhold. Problemerne opstår, da loven kun indeholder retningslinjer for anvendelsesområdet, mens forsættets materielle indhold skal udledes af retspraksis, hvor begrebet strækkes vidt. Forsættet spænder fra et krav om direkte forsæt og helt ned til, hvad der må antages at være grænseområdet til bevidst uagtsomhed. Forholdet mellem forbrydelsens objektive og subjektive elementer, udtrykt i dækningsprincippet, er ligeledes en meget løs størrelse; såfremt der er handlet med forsæt, kan kravet om fuld objektiv dækning i vid udstrækning fraviges. Ses dette forhold i sammenhæng med det meget vide forsætskrav, er grænserne for, hvornår der kan straffes for et forhold, der endnu ikke objektivt er realiseret, særdeles vide.

Det må antages, at det er muligt at skærpe forsætskravet, således at kun den højeste grad finder anvendelse. Straffelovens forarbejder foreskriver, hvornår en sådan skærpelse er tilsigtet, men der er endnu ikke set eksempler på, at dette følges i praksis eller bifaldes i litteraturen. Det henstår uklart, om disse retningslinjer stadig er gældende. Hvis der er tale om en skærpelse, består dette snarere i et fremrykket fuldbyrdelsesmoment og her er det de almindelige gældende krav til forsæt, der tillige finder anvendelse på de endnu ikke objektivt realiserede følger/handlinger. Ved fortsættelseshandlinger er forsætsvurderingen dog som udgangspunkt kvalificeret til et krav om en *beslutning* om at foretage handlingen.

2 Dolus specialis

I det følgende vil udvalgte forbrydelser blive behandlet nærmere, da de teknisk er opbygget/defineret på samme måde og indeholder elementer, der kan give anledning til usikkerhed ved fastlæggelsen af deres subjektive krav.

Dette sker først og fremmest for at komme en afklaring af disse krav nærmere, men tillige for senere at kunne undersøge forholdet mellem kravene og de konklusioner der blev foretaget i specialets første del. Der vil ikke blive foretaget en udtømmende behandling af de pågældende bestemmelser og eventuelt tilhørende restpraksis - elementer her fra vil som udgangspunkt kun blive inddraget, hvis dette kan belyse forhold af relevans for dette afsnits hovedformål: det særlige ved forbrydelsernes subjektive krav.

2.1 Definition af dolus specialis

Den første forbrydelse, der kræver særlig omtale, er folkedrab. Forbrydelsen folkedrab har først og fremmest mange særegne elementer og en lang historie bag sig.⁹⁸ Vigtigst af alt har forbrydelsen været omfattende behandlet ved midlertidigt oprettede straffedomstole.⁹⁹ Det er tillige i denne forbindelse, at betegnelsen *dolus specialis* optræder, som udtryk for det for forbrydelsen karakteristiske ”folkedrabsforsæt”.¹⁰⁰

For at komme en forståelse af forsætsgraden *dolus specialis* materielle indhold nærmere, kræver dette inddragelse af flere forskellige retskilder, hvoraf nogle skal hentes fra folkeretten. Danmark har ved lov kriminaliseret folkedrab som selvstændig forbrydelse, hvorfor udgangspunktet vil blive taget i dansk ret.

2.1.1 Forbrydelsen folkedrab i dansk ret

Danmark tiltrådte konventionen om forebyggelse af og straf for folkedrab den 25. maj 1951.¹⁰¹ Konventionen definerer i artikel II, forbrydelsen folkedrab. Artiklen har følgende ordlyd:

⁹⁸ Begrebet *folkedrab* er fra værket *Axis Rule in occupied Europe* af Raphael Lemkin fra 1944, men Sartre har passende anført ”The fact of genocide is as old as humanity” og inden Lemkin’s udtryk ”genocide”, er forbrydelsen af Winston Churchill blevet kaldt ”the crime without a name”; Schabas: *Genocide in International law*, s. 1 og s. 14.

⁹⁹ De internationale ad hoc tribunal for Ex-Jugoslavien og Rwanda. ICTY og ICTR behandles nedenfor.

¹⁰⁰ Se fx *The Prosecutor v. Akayesu, Judgement, Trial Chamber, September 2, 1998. (ICTR-96-4-T)*, præmis 498.

¹⁰¹ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, jf. bkg. (c) 1952 21.

Artikel II:

I nærværende konvention forstås ved folkedrab enhver af nedennævnte handlinger, der begås i den hensigt helt eller delvis at ødelægge en national, etnologisk, racemæssig eller religiøs gruppe som sådan:

- a. at dræbe medlemmer af gruppen,*
- b. at tilføje medlemmer af gruppen betydelig legemlig eller åndelig skade,*
- c. med forsæt at påføre gruppen levevilkår, beregnede på at bevirke gruppens fuldstændige eller delvise fysiske ødelæggelse,*
- d. at gennemføre forholdsregler, der tilsigter at hindre fødsler indenfor gruppen,*
- e. med magt at overføre en gruppes børn til en anden gruppe*

Det følger derefter af konventionens artikel III, at folkedrab, sammensværgelse for at begå folkedrab, direkte og offentlig tilskyndelse til folkedrab, forsøg på folkedrab og meddelagtighed i folkedrab skal være strafbare og ifølge artikel I og V, er de ratificerende stater forpligtede til at foreskrive effektive straffe for folkedrab og for de andre nævnte handlinger i artikel III.

Konventionen blev efterfølgende inkorporeret ved lov den 29. april 1955,¹⁰² da det blev fundet nødvendigt for at kunne leve op til de forpligtelser ratifikation af konventionen medførte.¹⁰³

Folkedrabsloven har kun to bestemmelser: Lovens § 1, gengiver stort set ordret konventionens artikel II og lovens § 2, vedrører forsøg og medvirken.¹⁰⁴ Paragraf 1, har følgende ordlyd:

§ 1) Den som i den hensigt helt eller delvis at ødelægge en national, etnologisk, racemæssig eller religiøs gruppe som sådan

- a) dræber medlemmer af gruppen,*
 - b) tilføjer medlemmer af gruppen betydelig legemlig eller åndelig skade,*
 - c) forsætlig påfører gruppen levevilkår, beregnede på at bevirke gruppens fuldstændige eller delvise fysiske ødelæggelse,*
 - d) gennemfører forholdsregler, der tilsigter at hindre fødsler inden for gruppen, eller*
 - e) med magt overfører en gruppes børn til en anden gruppe,*
- straffes for folkedrab med fængsel på livstid eller på tid ikke over 16 år*

¹⁰² Lov 1955-04-29 nr. 132, om straf for folkedrab.

¹⁰³ Det var særligt pga., at det blev anset for tvivlsomt, om straffeloven indeholdt fornøden straffehjemmel, for de forhold der er opregnet i artikel II c) til e), jf. FT 1954-55: A s. 1645ff.

¹⁰⁴ Selvom folkedrabskonventionens art. III, omtaler en række andre forhold end forsøg og medvirken, er folkedrabslovens § 2, der kun nævner forsøg og medvirken fundet tilstrækkelig til at opfylde konventionens art. III, jf. FT 1954-55: B s. 556, samt Karnov, s. 4993.

2.1.1.1 Folkedrabs elementer

Ved § 1, i folkedrabsloven er forbrydelsen folkedrab i sine forskellige former, jf. a) til e), blevet kriminaliseret som en selvstændig forbrydelse i dansk ret. Lovteknisk er der tale om et ”*delictum sui generis*”¹⁰⁵, hvorved forstås et særligt forhold, hvis strafbarhed har selvstændig hjemmel i loven, men som kun kommer i betragtning, når der er tale om et forhold, der kan henføres under en af de almindelige strafbelagte bestemmelser i loven.¹⁰⁶ Som eksempel kan herudover nævnes straffelovens § 239, om drab på begæring, set i forhold til straffelovens § 237, om manddrab, samt mere oplagte eksempler såsom §§ 114 og 262 a, om terror og menneskehandel.¹⁰⁷ Et yderligere særligt forhold ved bestemmelsen er, at beskyttelsesobjektet ikke er et individ, men hele grupper af mennesker: nationale, etnologiske, racemæssige eller religiøse grupper som sådan.

Hvad der subjektivt kræves, førend forbrydelsen er fuldbyrdet, er ikke nærmere uddybet i forarbejderne til loven eller diskuteret i litteraturen.¹⁰⁸ I forarbejderne anføres kun, at ”*ved folkedrab forstås handlinger, der begås i den hensigt helt eller delvis at ødelægge en national, etnologisk, racemæssig eller religiøs gruppe som sådan*” og herefter præciseres, at ikke alle handlinger, der begås i en sådan hensigt er strafbare, men kun de handlinger der er nævnt i § 1 a) til e). I forbindelse med omtale af det nærmere omfang af handlingerne i a) til e), kan visse passager dog vejlede en smule. Her er det særligt handlinger under b) ”... *med forsæt til at forvolde dem skade og sker det i den hensigt at ødelægge gruppen...*” og under c) ”... *da det er en betingelse for, at forholdet skal være strafbart, at hensigten er gruppens ødelæggelse, og at forsættet omfatter påførelsen af levevilkår...*”¹⁰⁹. Hurwitz omtaler tillige folkedrab, men er ikke mere detaljeret i sin omtale af forbrydelsens subjektive krav end selve loven eller lovgiver i lovens forarbejder, jf. første citat.¹¹⁰

Det må dog kunne udledes, at der først og fremmest kræves forsæt til en af de i a) til c) nævnte handlinger og dernæst, at den pågældende handling er foretaget med et yderligere forsæt til helt eller delvist at ødelægge en national, etnologisk, racemæssig eller religiøs gruppe som sådan. Objektivt kræves der dækning, hvad angår den underliggende handling, men der kræves ikke en

¹⁰⁵ Hurwitz: Dansk kriminalret specielle del, s. 4, Fremstillingen har et særligt kap. I, om forbrydelser mod menneskeheden, folkedrab (genocidium).

¹⁰⁶ Se fx Juridisk ordbog 11. udgave.

¹⁰⁷ Straffelovens § 114 og § 262 a, vil blive behandlet nedenfor under afsnittet ”Andre tilfælde af skærpet forsæt”.

¹⁰⁸ Folkedrab er kun uddybende behandlet i forbindelse med andre problemstillinger end forbrydelsens subjektive krav. Se fx vedr. inkorporeringen af konventionen i dansk ret, Espersen: Traktater, s. 194ff.

¹⁰⁹ FT 1954 -55: A s. 1641, s. 1643 og s. 1644.

¹¹⁰ Hurwitz: Dansk kriminalret specielle del s. 3ff, om forbrydelser mod menneskeheden, folkedrab (genocidium).

objektiv manifestation af det yderligere forsæt. Denne forståelse må ligeledes kunne understøttes af den kategorisering af folkedrabsbestemmelsen, som Hurwitz foretager: *delictum sui generis*.¹¹¹

Det førnævnte lignende eksempel på en sådan særegen bestemmelse, straffelovens § 239, om drab på begæring, kan bruges til at illustrere dette forhold. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 239) *Den, som dræber en anden efter dennes bestemte begæring, straffes med fængsel i 3 år.*

Her stilles der først og fremmest krav om, at det almindelige krav til drabsforsæt skal være opfyldt. Herudover kræves tilstedeværelse af en begæring om drabet. Begæringen skal være ”bestemt”, heri ligger et krav om, at den ikke må bære præg af tvivl eller usikkerhed. Der kræves desuden, at gerningsmanden skal være bevidst om denne begæring.¹¹² Uden eksistensen af en begæring (og gerningsmandens kendskab hertil) er der tale om ordinært manddrab, jf. straffelovens § 237. Det er derfor tilstedeværelsen af, og kendskabet til, et særligt objektivi moment – *begæringen* – der gør, at et forhold subsumeres under straffelovens § 239, og ikke § 237. Ved folkedrab derimod er det forhold, der gør en af de i bestemmelsen a) til e) nævnte almindeligt strafbare handlinger til folkedrab: *hensigten* til helt eller delvist at ødelægge en af de beskyttede grupper som sådan; tilstedeværelsen af et yderligere subjektivt moment i form af en særlig hensigt. Uden dette yderligere for forbrydelsen karakteristiske subjektive moment, skal forholdet henføres under de almindelige straffelagte bestemmelser.

Det er tillige oplagt, at en så alvorlig og destruktiv forbrydelse som folkedrab fuldbyrdes allerede ved foretagelse af en af de i bestemmelsen nævnte handlinger, når det yderligere forsæt er til stede. Benyttelsen af et fremrykket fuldbyrdelsesmoment er først og fremmest udtryk for et ønske om at begrænse den pågældende forbrydelses skadevirkning i sin fulde form, hvilket i folkedrabstilfældet må siges at være påkrævet. Herudover kan et fremrykket fuldbyrdelsesmoment løse nogle bevismæssige problemer. For eksempel har straffelovens § 166, om pengefalsk, netop et fremrykket fuldbyrdelsesmoment og omsætningen af egne forfalskede sedler behøver derfor ikke at have manifesteret sig i en berigelse. Forbrydelsen er således fuldbyrdet allerede ved eftergørelsen med henblik på omsætning eller ved forsøg på at benytte de falske penge, uanset hvilken forklaring

¹¹¹ Som anført ovenfor, er der tale om en betegnelse for et forhold af særegen karakter, men ikke desto mindre en ”ægte art” - en *sui generis*.

¹¹² Se fx Waaben: speciel del, s. 8ff, eller kommenterede straffelov s. 278.

gerningsmanden måtte komme med, eksempelvis at omsætningen blev foretaget i spøgefuldt øjemed - eller hvor utjenligt dette forsøg måtte være.

Det spørgsmål, som herefter rejser sig er, hvad der nærmere ligger i det yderligere forsæt, der netop gør visse forbrydelser til folke drab. De få steder, hvor folke drabsforsættet omtales, er der næsten konsekvent forskel i de sproglige udtryk for det overlæggende folke drabsforsæt og forsættet ved de underlæggende handlinger, hvilket tillige fremgår af de ovenfor citerede passager fra lovens forarbejder. Om benyttelsen af ordet hensigt, skal forstås som et krav om, at det forsæt, der rækker udover det objektive gerningsindhold, er skærpet til kun at omfatte det *direkte* forsæt, eller dette kun skal ses som en naturlig sproglig konsekvens af, at fuldbyrdelsesmomentet ønskes fremrykket og at det for forbrydelsen karakteristiske forhold, er af subjektiv karakter, må anses for uafklaret.¹¹³ Dog kan det siges, at der ligger en vis kvalificering i folke drabets fremadrettede forsæt, idet der som udgangspunkt må være tale om forsæt til fremtidige handlinger.^{114 115}

Spørgsmålet bliver yderligere vanskeliggjort, når der i Karnovs omtale af folke drabets subjektive element anføres, at det centrale i folke drabsdefinitionen er forsætskravet - folke drab forudsætter *dolus specialis*, hvilket indebærer, at gerningsmanden skal have haft til *forsæt* helt eller delvis at ødelægge en af de beskyttede grupper, hvorefter der henvises til domme fra det Internationale Tribunal for Rwanda og Ex-Jugoslavien.¹¹⁶ Herudover har oprettelsen af den Internationale Straffedomstol, Danmarks ratificering af Statuten hertil og efterfølgende inkorporering af denne ved lov tillige medvirket til en række nye spørgsmål vedrørende forståelsen af folke drabets forsætskrav. Inden dette undersøges, er det nødvendigt at se på folkerettens forståelse af forbrydelsen og det dertil knyttede særlige folke drabsforsæt.

2.1.2 Forbrydelsen folke drab i folkeretten

Folke drab opstod første gang som en selvstændig afgrænset og defineret forbrydelse ved tilblivelsen af the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Denne blev

¹¹³ Spørgsmålet må kræve domstolenes stillingstagen. Der henvises i øvrigt til specialets første del under afsnittet ”skærpet forsæt”.

¹¹⁴ Forsæt der udelukkende består i en følges indtræden, må dog tillige kunne forekomme - Fx forsæt til springning af en stor bombe i den hensigt at følgen bliver en af de beskyttede gruppers ødelæggelse. Ligeledes må dette siges, at kunne følge af selve karakteren af den underlæggende handling, jf. fx handlinger under c), ”*forsætligt påføre gruppen levevilkår beregnet til...*”.

¹¹⁵ Ved det fremadrettede forsæt sondres der mellem forsæt til følger og forsæt til handlinger. Forsættet ved fortsættelseshandlinger skal som udgangspunkt foreligge som en *beslutning* om at foretage handlingen/handlingerne, jf. ovenfor under ”Skærpet forsæt”, afsnittet ”Fortsættelseshandlinger”.

¹¹⁶ Karnov, s. 4992.

vedtaget i sin endelige form den 9. december 1948, og trådte i kraft fra den 12. januar 1951.¹¹⁷ Alligevel anføres følgende i præambelen: ”... *Recognizing that at all periods off time genocide has inflicted great losses on humanity...*”. Fænomenet folkedrab har således eksisteret væsentlig længere end den selvstændige kriminalisering heraf.¹¹⁸ Først efter anden verdenskrig, erklærer de Forenede Nationers plenarforsamling folkedrab for en international forbrydelse og det besluttes, at udfærdigelsen af en traktat om forebyggelse af og straf for folkedrab skal påbegyndes.¹¹⁹

Selve udtrykket *genocide* på dansk folkedrab (*genocidium*), stammer fra Raphael Lemkin, der sammensatte termen af det oldgræske ord *genos* (race, nation eller stamme) og det latinske *caedere* (dræbe). Den grundlæggende teoretiske behandling af emnet er tillige foretaget af Lemkin og det er ligeledes her den første definition af folkedrab som selvstændig forbrydelse optræder.¹²⁰

Selvom betegnelsen ”genocide” benyttes i dag, er den definition af forbrydelsen, der endeligt blev kodificeret i folkedrabskonventionen, væsentlig mere afgrænset og snæver end den af Lemkin oprindeligt foreslåede.¹²¹ De forhold, der i dag falder under folkedrab, er de mest alvorlige tilfælde af forhold, som kan henføres under den videre betegnelse ”forbrydelser mod menneskeheden”.¹²² I tiden forud for folkedrabskonventionens tilblivelse blev det anset for vigtigt at adskille folkedrab fra forbrydelser mod menneskeheden, selvom sådanne forhold havde en langt længere rækkevidde både hvad angår objektive og subjektive krav. Dette skyldes, at der på daværende tidspunkt blev stillet den betingelse, at forhold kun kunne betegnes som forbrydelser mod menneskeheden, hvis de blev begået i forbindelse med en international væbnet konflikt.¹²³ FN’s plenarforsamling ønskede, at folkedrab skulle udgøre en international forbrydelse, selv hvis folkedrab blev begået i fredstid.¹²⁴ Af folkedrabskonventionens artikel I, fremgår, at folkedrab er en

¹¹⁷ Jf. konventionens artikel X og XI samt (1951) 78 UNTS 277, Schabas: *Genocide in International law*, s. 3ff og 42ff.

¹¹⁸ For en grundig belysning af udviklingen henvises til Schabas: *Genocide in International law, origins of the legal prohibition of genocide*, s. 14ff.

¹¹⁹ Resolution 96 (I), af den 11. december 1946; Schabas: *Genocide in International law*, s. 45ff.

¹²⁰ *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for redress*; Schabas: *Genocide in International law*, s. 14. Raphael Lemkin var født i Polen, hvor han arbejdede som advokat, anklager og universitetsunderviser. Lemkin blev i starten af 1930’erne, kendt internationalt i forbindelse med sit kendskab til, og engagement i international strafferet, jf. *ibid.*, s. 24ff.

¹²¹ Lemkin’s definition var smallere, idet den kun omhandlede angreb mod nationale grupper og ikke grupper generelt. Men også bredere, idet ikke kun fysisk folkedrab, men tillige handlinger der fx sigtede mod gruppens kulturelle ødelæggelse, var omfattet, jf. *ibid.*, s. 25ff. Under konventionens tilblivelse blev termen *genocide*, der kun har latinske rødder foreslået, da det blev fremført at *genocide* var en uheldig sammenblanding af græsk og latin, jf. UN Doc. A/P. 123, jf. *ibid.*, s. 25, note 70.

¹²² Schabas: ICC, s. 22ff.

¹²³ Dette er imidlertid ikke et krav i dag, ligesom krigsforbrydelser, i dag kan begås i såvel en intern som en international væbnet konflikt, jf. fx Schabas: ICC, s. 22 og 35ff. samt danske forarbejder til ICC.

¹²⁴ Se fx Resolution 96 (1); Schabas: *Genocide in International Law*, s. 45ff.

forbrydelse hvad enten den begås i krigs- eller fredstid og henset, til at indgreb i en stats interne anliggender er en væsentlig krænkelse af statens selvstændighed, blev resultatet derfor den nuværende definition, som forefindes i konventionens artikel II.¹²⁵

Folkedrabskonvention kan ved sin artikel VI¹²⁶ siges at have forudset oprettelsen af internationale tribunaler med straffekompetence og det er netop i forbindelse med sådanne tribunalers behandling af konventionens definition i artikel II, at nogle af de vigtigste bidrag til forståelsen af forbrydelsen og dens særlige elementer skal findes.

2.1.2.1 ICTY og ICTR

På baggrund af de begivenheder, der fandt sted i starten af 90'erne i det tidligere Jugoslavien og i Rwanda, blev der af FNs Sikkerhedsråd ved resolution nedsat to ad hoc tribunaler: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) og The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR).¹²⁷ Statutterne til de to ad hoc tribunaler, der i henholdsvis artikel 2 (ICTY) og 4 (ICTR), tillægger tribunalerne jurisdiktion over folkedrab, gengiver folkedrabskonventionens artikel II og III. Den retspraksis, der udspringer af tribunalerne, er derfor nyskabende hvad angår forståelsen af folkedrab som defineret i konventionens artikel II. Statutterne indeholder dog igen definitionen af de forbrydelsers elementer/vejledende beskrivelser af gerningsindholdet, som de har jurisdiktion over. Det er derfor overladt til dommerne at fastslå disse ud fra jurisprudens dog under iagttagelse af princippet *nullum crimen sine lege*.¹²⁸

ICTR var det første internationale dømmende organ til at prøve og dømme individer på baggrund af anklager om folkedrab. Den 2. september 1998, fandt Domsammeret borgmesteren i byen Taba, Jean-paul Akayesu, skyldig i blandt andet folkedrab.¹²⁹ Akayesu-dommen er den første dom, som finder anklagede skyldig efter et fuldstændigt sagsforløb og

¹²⁵ Schabas: ICC, s. 30.

¹²⁶ Art. VI: "Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried (...) by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction."

¹²⁷ ICTY blev nedsat d. 25/5 1993 ved Resolution 808 og ICTR d. 8/10 1994 ved Resolution 955 – begge er dog efterfølgende blevet ændret et utal af gange. Ved lov 1994-12-21 nr. 1994 (herunder ændringslov L 2000 436), er det muligt for danske myndigheder at foretage retsskridt, hovedsagligt udlevering og strafprocessuelle tvangsindgreb i henhold til retsplejeloven, overfor personer der er tiltalt i en straffesag ved ICTY (og eventuelt ICTR, jf. lovens § 5), og som opholder sig på dansk territorium. Se fx Karnov, s. 4678ff.

¹²⁸ Aptel: The intent to commit genocide, s. 275, note 16. For ICC's vedkommende resulterede dette i vedtagelsen af VGB, jf. nærmere nedenfor under afsnittet "Den Internationale Straffedomstol (ICC)".

¹²⁹ The Prosecutor v. Akayesu, Judgement, Trial Chamber, September 2, 1998. (ICTR-96-4-T).

dommen udgør den første udførlige behandling af de juridiske aspekter af folkedrabsdefinitionen. Rwandas tidligere premierminister, Jean Kambanda, blev dog allerede den 1. maj 1998, fundet skyldig i folkedrab, men da han erklærede sig skyldig i alle anklagepunkterne, blev der ikke foretaget nogen egentlig behandling af spørgsmål med juridisk relevans for forståelsen af folkedrabsdefinitionen.¹³⁰ ICTR har efterfølgende afsagt en række af domme på baggrund af anklager om folkedrab.¹³¹

ICTY har ikke i samme omfang som ICTR behandlet og afsagt dom i sager om folkedrab, men der er dog ét tilfælde, som særligt skal fremhæves. Det er tillige første afgørelse fra dette tribunal, der prøver og dømmer i en sag om folkedrab. Goran Jelusic, eller som han yndede at omtale sig selv "the Serbian Adolf", var leder af en fangelejer i det østlige Bosnien og var tiltalt for blandt andet folkedrab og forbrydelser mod menneskeheden. Jelusic erklærede sig skyldig i alle anklager mod sig på nær folkedrab og Domsammeret realitetsbehandlede derfor kun dette forhold.¹³² Jelusic dommen berører emner, der har relevans for forholdet mellem folkedrabs objektive og subjektive elementer i form af spørgsmålet, om folkedrab kræver tilstedeværelsen af en plan samt om en enkelt person kan begå folkedrab; et scenario, der i teorien omtales *the lone génocidaire* eller *the serial killer hypothesis*.

Det for både ICTR og ICTY fælles Appellkammer har ligeledes medvirket til at afklare yderligere aspekter af folkedrab i sin kriminaliserede form i nogle af de nævnte sager.¹³³

Folkedrab er af tribunalerne betegnet som "the crime of crimes" og de har tillige fastslået, at folkedrab som defineret i folkedrabskonventionen er en del af folkeretlig sædvaneret. Det, der adskiller folkedrab fra andre objektivt set ens forbrydelser, er det særlige forsæt i folkedrabsdefinitionens første led (eller *chapeau*); *The intent to destroy in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such*. I den danske version: *hensigten til helt eller delvis at ødelægge en national, etnologisk, racemæssig eller religiøs gruppe som sådan*. Dette for forbrydelsen karakteristiske element er blevet betegnet af tribunalerne som "special intent", "specific intent" samt "specific genocidal intent".¹³⁴ Tribunalerne har derimod alle enstemmigt og

¹³⁰ The Prosecutor v. Kambanda, Judgement, Trial Chamber, September 4, 1998. (ICTR-97-23-S).

¹³¹ For en udtømmende angivelse af domme se: The International Criminal Tribunal of Rwanda. www.ictr.org.

¹³² The Prosecutor v. Jelusic, Judgement, Trial Chamber, December 14, 1999. (IT-95-10-T).

¹³³ The Prosecutor v. Jelusic, Judgement, Appeals Chamber, July 5, 2000. (IT-95-10-A). Jelusic blev ej heller fundet skyldig i folkedrab i appeldommen. Herudover har Appellkammeret i skrivende stund endnu ikke bidraget yderligere til forståelsen af *dolus specialis*. For en udtømmende gennemgang af appelsager se: The International Criminal Tribunal of Former Yugoslavia. www.icty.org samt The International Criminal Tribunal of Rwanda. www.ictr.org.

¹³⁴ Se fx Kambanda, præmis 16 samt Akayesu, præmis 498.

overordnet kategoriseret folkekræbetsforsættet som *dolus specialis*.¹³⁵ Folkekræbetsforsættets materielle indhold kræver herved yderligere omtale. Indledningsvis kan der anføres følgende citat fra et ICTR Domsammer vedrørende det særlige forhold ved forsætskrævet, i kraft af sin karakter af at sigte mod hele grupper af mennesker, frem for individer og i at det netop er det særlige folkekræbetsforsæt, der adskiller forbrydelsen fra andre objektivt set identiske handlinger, eksempelvis mord:

”The crime of genocide is unique because of its element of *dolus specialis* (special intent) which requires that the crime be committed with the intent ” to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. Hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes”.¹³⁶

I det følgende vil folkekræbets elementer blive undersøgt nærmere set i lyset af praksis fra tribunalerne og den litteratur, der er opstået på baggrund heraf.

2.1.2.2 Folkekræbets elementer

I folkeretten er udgangspunktet ligesom i de fleste nationale retssystemer, at en handling (undladelse) ikke kan udgøre en forbrydelse, medmindre den pågældende adfærd klart er defineret som værende en forbrydelse og hjemlet ved lov; *nullum crimen sine lege*.¹³⁷ Ligeledes skal den handlende have et skyldigt sind; *actus non facit reum nisi mens sit rea*. En forbrydelses elementer betegnes i folkeretten *actus reus* og *mens rea* som udtryk for forbrydelses fysiske/objektive henholdsvis mentale/subjektive elementer.¹³⁸ Der stilles som udgangspunktet krav om kongruens mellem disse.¹³⁹

For folkekræbets vedkommende er forbrydelsesens *mens rea* specificeret i definitionens første led som hensigten til helt eller delvis at ødelægge en beskyttet gruppe som sådan/the intent to destroy in whole or in part a, (...) group, as such, mens forbrydelsesens *actus reus* består af de i a) til e) nævnte fem handlinger. De fem handlinger udgør i sig selv selvstændige forbrydelser, som tillige skal modsvares af et *mens rea*. Der kræves derfor tilstedeværelse af to subjektive elementer, førend forbrydelsen folkekræbets fuldbyrdes: et *mens rea* som modstykke til forbrydelsesens *actus reus* og et

¹³⁵ Jf. *ibid.* For en mere omfattende beskrivelse af domspraksis se: Aptel: The intent to commit genocide s. 277.

¹³⁶ Kambanda, præmis 16.

¹³⁷ Schabas: Genocide in International Law, s. 151. Legalitetsprincippet er udtrykkeligt medtaget i Statutten til ICC, jf. Statuttens artikel 22.

¹³⁸ Udtrykkene *actus reus* og *mens rea* stammer fra common law, hvor de bruges til at sondre mellem det dobbelte krav om objektive og subjektive strafforudsætninger udtrykt i sætningen: *actus non facit reum nisi mens sit rea* (handlingen gør ingen skyldig medmindre der er et skyldigt sind), jf. fx Waaben: Forsæt, s. 31ff.

¹³⁹ Se fx Schabas: Genocide in International Law, s. 151ff samt fx Akayesu, præmis 518.

yderligere *mens rea*, der konstitueres af hensigten til helt eller delvis at ødelægge en beskyttet gruppe som sådan.¹⁴⁰

Overordnet er der tre hovedtemaer, der har været diskuteret i forbindelse med den videre forståelse af forbrydelsen, som har relevans for dette speciale. Den for forbrydelsens karakteristiske hensigt til helt eller delvis at ødelægge en beskyttet gruppe (*the intent to destroy in whole or in part a, (...) group, as such*) har blandt andet medført en diskussion vedrørende folkedrabsdefinitionens kvantitative aspekter, hvilket har betydning for forholdet mellem forbrydelsens *actus reus* og *mens rea*. Dernæst om selve graden af forsæt er kvalificeret til kun at omfatte det direkte forsæt og ikke lavere grader. Herudover har der om ordene "... som sådan" ("*... as such*") været anført, at der med denne formulering kræves et særligt motiv som et yderligere subjektivt element.

2.1.2.2.1 Forholdet mellem folkedrabs *actus reus* og *mens rea*

Forholdet mellem forbrydelsens objektive og subjektive elementer må på baggrund af forbrydelsens tekniske konstruktion, ordlyd og skadevirkning i sin fulde form antages ikke at kræve en objektiv manifestation af hensigten til helt eller delvis at ødelægge en beskyttet gruppe som sådan (selve folkedrabsforsættet). Dette er tillige det klare udgangspunkt ifølge tribunalerne og i litteraturen.¹⁴¹ Grundet selve karakteren af forbrydelsen er det omdiskuteret, om folkedrabsforsættet skal fastlægges udelukkende på individuelt plan, eller om det tillige kræver inddragelse af forhold på politisk plan. Professor William A. Schabas er af den mening, at det næppe er muligt, at folkedrab kan forekomme uden en egentlig plan og organisering, enten fra staten selv eller fra en fraktion i samarbejde med denne.¹⁴² Schabas støtter først og fremmest sine antagelser på folkedrabskonceptets grundlægger Raphael Lemkin, der omtalte en plan, som var den en forudsætning for forbrydelsen samt at folkedrab i sin natur måtte være en organiseret og ikke en spontan forbrydelse. Han henviser herudover til praksis fra de to tribunaler, hvor eksistensen af en plan/politik og forbrydelsens omfattende og systematiske natur tillægges vægt.¹⁴³ Det skal dog understreges, at påstanden ikke forudsætter, at folkedrabsforsættet kræver fuld tilstedeværelse af et tilsvarende *actus reus* men dog visse manifesterede udslag (eller kendskab til disse). Der er særligt to scenarier, der behandles i denne

¹⁴⁰ Se fx Aptel: The intent to commit genocide, s. 275, Triffterer: Genocide, Its Particular Intent to Destroy, s. 400

¹⁴¹ Fx Akayesu, præmis 522 samt 497. Ligeledes Aptel: The intent to commit genocide, s. 279, Schabas: Genocide in International Law, s. 216 og Triffterer: Genocide, its particular intent to destroy, s. 401ff.

¹⁴² Schabas: Genocide in International Law, s. 207ff samt Schabas: The Jelisić case and the mens rea of the crime of genocide, s. 133ff.

¹⁴³ Ibid., s. 208ff; The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgement, May 21 1999. (ICTR-95-1-T), præmis 94 og 276 (denne præmis omhandler dog hovedsagligt bevismæssige aspekter).

forbindelse og som i litteraturen er blevet benævnt ”*the footsoldier hypothesis*” og ”*the serial killer/lone génocidarie hypothesis*”.¹⁴⁴

I første scenario stilles der spørgsmålstegn ved, om en ”fodtusse”, som deltager i en større militærkampagne og som begår en af de i a) til e) nævnte handlinger med det yderligere fornødne forsæt, kan straffes for folkedrab, hvis vedkommende påstår at mangle kendskab til, at handlingerne var en del af et planlagt, omfattende eller systematisk angreb mod en civilbefolkning med folkedrab for øje.¹⁴⁵ Problematikken er tillige relevant i forbindelse med graden af folkedrabsforsættet, hvilket behandles nedenfor under afsnittet ”Graden af forsæt”. I tilfældet med seriemorderen eller tilfældet, hvor der kun er én folkedræber, anfægtes det, at selvom et af de kriminaliserede forhold er begået – i de fleste tilfælde drab, og gerningsmanden besidder det yderligere folkedrabsforsæt, vil forholdet ikke kunne straffes som folkedrab. Dette resultat begrundes med, at der ikke forefindes en plan af mere politisk eller kollektiv karakter; forsætskravet var opfyldt, men der var ikke de fornødne fysiske handlinger.

I Jelisic dommen anerkendes det, at trods manglende tilstedeværelse af folkedrab på et omfattende eller systematisk plan, er det stadigvæk muligt for et enkelt individ, som er i besiddelse af folkedrabsforsættet, ved at udføre en af de underlæggende handlinger, at begå folkedrab – dette var dog ikke tilfældet i den konkrete sag og ”Serbiske Adolf” blev ikke dømt for folkedrab.¹⁴⁶ At Domsammeret bifalder sådanne tilfælde, kritiseres blandt andet af Schabas og er i de vejledende beskrivelser af gerningsindholdet, der supplerer statuten til ICC’s forbrydelseskatalog, forsøgt elimineret ved at stille krav om, at den kriminaliserede adfærd skal være af mere omfattende karakter og rettet mod en af de beskyttede grupper, eller som minimum i sig selv være kvalificeret nok til at kunne medføre en helt eller delvis destruktion af gruppen.^{147 148}

Diskussionen må være af praktisk/politisk karakter og afspejler blandt andet en logik, præget af hensynet til at reservere folkedrab til de mest graverende og alvorlige tilfælde for derved at sikre, at der ikke sker en udvanding af den stigmatiserende effekt, prædikatet *folkedrab*, ”the

¹⁴⁴ Schabas: The Jelisic case and the mens rea of the crime of genocide, s. 133ff.

¹⁴⁵ Ibid., s. 134 samt Schabas: Genocide in International Law, s. 208 med henvisning til bl.a. Akayesu, præmis 477 og er måske et eksempel på, at folkedrabsforsættes objektive manifesterede udslag tillægges afgørende betydning, som ved forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser. Her er sådanne kriterier en del af forbrydelsernes actus reus, jf. ICC statuttens artikel 7 og 8.

¹⁴⁶ Jelisic, præmis 100.

¹⁴⁷ Schabas: The Jelisic case and the mens rea of the crime of genocide, s. 125ff samt Schabas: Genocide in International Law, s. 207ff.

¹⁴⁸ Vejledende gerningsbeskrivelser (Elements of Crime) skal bistå domstolen i fortolkning og anvendelse af statuttens artikel 6, 7 og 8, jf. statuttens artikel 9. De fortolkningsbidrag oprettelsen af ICC har medført, vil blive behandlet yderligere nedenfor.

crime of crimes”, bør have samt hensyn af mere procesbesparende karakter; tilfælde hvor et enkelt individ besidder hensigten men ikke de fornødne muligheder for at begå folkedrab i bogstavelig forstand, er ikke alvorlige nok.¹⁴⁹ I alle tilfælde kan der alligevel straffes – eksempelvis for drab.

Det er, som det fremgår af de to omtalte hypoteser ikke ligegyldigt om ”planen” skal henregnes til folkedrabets *actus reus* eller *mens rea*, men dette kan ikke klart udledes af de argumenter, der anføres af fortalerne for, at folkedrab kræver tilstedeværelse af en plan.¹⁵⁰ Kravet skal nok mere ses som en integreret del af den bevisførelse, der er nødvendig i en sag om folkedrab og ikke som et element i selve forbrydelsen.¹⁵¹ I Akayesu dommen omtales de bevismæssige aspekter af forbrydelsen udførligt og det anføres, at netop for folkedrabs vedkommende, er det nødvendigt at deducere fra objektivt manifesterede forhold til gerningsmandens psykologiske forudsætning for at afgøre, om forsættet er tilstedeværende.¹⁵² At plan/politik kriteriet ikke er et element i forbrydelsen, er dog udtrykkeligt klargjort af både ICTY og ICTR, men det anerkendes, at dette er en vigtig faktor i forbindelse med at bevise det specifikke forsæt, forbrydelsen indeholder.¹⁵³

I litteraturen er det af professor Otto Triffterer blevet anført, at en indfortolkning af et kontekstuel element i form af for eksempel en plan/politik er imod lovens ord. Triffterer anlægger en mere tekstnær forståelse af forbrydelsen i overensstemmelse med den forståelse, der umiddelbart er lagt til grund i afsnittet ”Forbrydelsen folkedrab i dansk ret” og uden inddragelse og sammenblanding med andre aspekter såsom bevisførelse. Er en af de i a) til e) nævnte handlinger foretaget og besidder gerningsmanden det yderligere særlige forsæt, er én handling i realiteten nok. Der kræves ingen manifestation af det yderlige subjektive element og netop henset til forbrydelsens destruktive effekt, fuldbyrdes forbrydelsen, inden gerningsmanden/mændene kan virkeliggøre det yderligere forsæt; ”to destroy in whole or in part, a (...) group, as such”.¹⁵⁴

2.1.2.2.2 Graden af forsæt

I forbindelse med det subjektive element, der rækker udover forbrydelsens objektive gerningsindhold, er det omdiskuteret, hvorvidt dette forsæt er kvalificeret til forsættets højeste grader. Således er det blevet hævdet, at dette for forbrydelsen karakteristiske yderligere subjektive

¹⁴⁹ Se fx Schabas: The Jeliscic case and the mens rea of the crime of genocide, s. 138ff.

¹⁵⁰ Jf. *ibid.*, s. 133 og Schabas: Genocide in International Law, s. 207. Problemstillingen er tillige omtalt af Aptel: The intent to commit genocide, s. 289ff.

¹⁵¹ Se fx *ibid.*, s. 136 og *ibid.*, s. 209; Kayishema and Ruzindana, præmis 276.

¹⁵² Akayesu, præmis 523. Se tillige præmis 477.

¹⁵³ Jeliscic appelsag, præmis 48, og tillige Kayishema and Ruzindana, præmis 276.

¹⁵⁴ Triffterer: Genocide, Its Particular Intent to Destroy, s. 401ff.

element skal være direkte tilstræbt og dermed kvalificeret til kun at kunne opfyldes af et direkte forsæt (i folkeretten *dolus directus*) og ikke lavere grader. Hvis gerningsmanden har accepteret, at resultatet af hans handling(er) måske eller højst sandsynligt vil medføre denne yderligere konsekvens, kan der ikke straffes for folkedrab men kun den underliggende handling.¹⁵⁵ Et forsæt i form af *dolus eventualis* kan, ifølge Schabas, ikke konstituere det yderligere folkedrabsforsæt.¹⁵⁶ Det er blandt andet følgende passager fra en præmis i Akayesu dommen, der understøtter en sådan fortolkning:

”Genocide is distinct from other crimes inasmuch as it embodies a special intent or *dolus specialis*. Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in ”the intent to destroy, in whole or in part, a (...) group, as such”¹⁵⁷.

Ifølge Domsammeret kræves det dermed, at gerningsmanden klart tilstræber, ”clearly seeks”, det yderligere subjektive moment. Schabas støtter tillige sin forståelse af forsættet på, at FN’s folkeretskommission (ILC) anførte følgende i forbindelse med definitionen af (the) Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind ved omtale af folkedrabsforsættet:

”...a general intent to commit on of the enumerated acts combined with a general awareness of the probable consequences of such an act with respect to the immediate victim or victims is not sufficient for the crime of genocide”¹⁵⁸.

Et almindeligt forsæt er således ikke tilstrækkeligt, men spørgsmålet rejser sig i forbindelse med hvilke elementer i selve folkedrabsforsættet, der giver anledning til en sådan fortolkning.

Det særlige forsæt, ”... the intent to destroy in whole or in part, a (...) group, as such”, er som indledningsvis nævnt af tribunalerne betegnet *dolus specialis*. Forsættet omtales tillige

¹⁵⁵ Schabas anfører dog at visse af de underlæggende handlinger tillige betinger et direkte forsæt, jf. Schabas: Genocide in International Law, s. 220ff, men set i lyset af bl.a. ICC artikel 30, samt den resterende litteratur (fx Aptel og Triffterer) er dette nok ikke tilfældet.

¹⁵⁶ Se fx *ibid.*, s. 212. Ej heller et sandsynlighedsforsæt er tilstrækkeligt, men denne forsætsform er hovedsageligt et dansk fænomen, jf. fx Toftegaard Nielsen: Ansvaret, s. 74ff.

¹⁵⁷ Akayesu, præmis 498

¹⁵⁸ 1996, the International Law Commission (ILC), artikel 17(genocide); Aptel: The intent to commit genocide, s. 278 samt Schabas s. 218ff. The code of Crimes against the Peace and Security of Mankind omhandler definitionen af de forbrydelser, der senere blev en del af ICC’s forbrydelseskatalog. ICTY og ICTR er begge inspireret heraf.

”special intent”, som om dette er en direkte oversættelse af *dolus specialis* og forsættet benævnes herudover ”specific intent”.¹⁵⁹

Begrebet *dolus specialis* svarer til den franske forsætsgrad *dol spécial* og er et forsætsbegreb, der benyttes i visse kontinental-europæiske retssystemer (”civil law/Romano-Germanic systems”) og kan sidestilles med det tyske forsætsbegreb *Absicht*.¹⁶⁰ I afsnittet ”skærpet forsæt” blev der blandt andet draget paralleller til tysk og fransk ret. *Absicht* blev i den forbindelse omtalt, da dette gav anledning til fortolkningsvanskeligheder i lighed med ordet hensigt eller omskrivninger af dette i dansk ret i forbindelse med forbrydelser der har et subjektivt overskud. I fransk ret eksisterer en identisk diskussion. Diskussionen går tilbage til 1923, hvor der i Frankrig var indtrådt en periode med finansiell ustabilitet. Der opstod på den baggrund behov for at forhindre små private profitjægere i at opfordre handlende og rentenydere, hvis midler var anbragt i statspapirer, til i stedet at købe private papirer, gerne aktier, under henvisning til, at statens papirer havde tabt i værdi, staten snart gik fallit og så videre. Der blev derfor i 1924, vedtaget en lov om angreb på statens kredit. De anklagede blev i første instans frifundet, men appelretten domfældte - loven ville yde en ufuldkommen bistand, hvis de anklagede skulle tilstræbe de offentlige papirers værdiforringelse. Der var dog fremtrædende jurister, der krævede, at lovens ord blev fortolket som et krav om direkte forsæt.¹⁶¹ Trods uenighed i teorien blev udgangspunktet, at *dolus eventualis* var tilstrækkeligt til at opfylde forsætskravet i sådanne tilfælde. Det tyske *Absicht* kan ej heller udelukkende fortolkes som et krav om direkte forsæt, men efter den overvejende opfattelse i tysk ret skal *Absicht* netop fortolkes således. Dette forudsætter dog, at lovgiver tydeligt har udtrykt en sådan fortolkning i gerningsbeskrivelsens ordlyd.¹⁶² I dansk ret må tilstanden kunne sidestilles med de fortolkningsvanskeligheder, *Absicht* har medført i tysk ret, selvom ordet hensigt eller omskrivninger af dette i dansk retspraksis aldrig er blevet fortolket som et krav om direkte forsæt.¹⁶³

I retssystemer med common law er *mens rea* udtryk for grundkravet om skyld, men *mens rea* har ingen fast definition. Den manglende definition giver dog ikke anledning til problemer, da tilregnelserkravet i common law er indeholdt i de enkelte forbrydelsers definitioner.¹⁶⁴ Der sondres blandt andet mellem forbrydelser, som kun kræver ”general intent” og

¹⁵⁹ Jf. de ovenfor refererede citater fra Kambanda dommen og fra Akayesu dommen. Se fx tillige Schabas, s. 128.

¹⁶⁰ Aptel: The intent to commit genocide, s. 277 samt Triffterer: Genocide, Its Particular Intent, s. 403.

¹⁶¹ Waaben: Forsæt, s. 96ff. Se tillige ovenfor under ”skærpet forsæt”, afsnittet ”Hensigt”, samt note 73.

¹⁶² Triffterer: Genocide, Its Particular Intent, s. 403ff samt Waaben: Forsæt, s. 95ff.

¹⁶³ Jf. afsnittet ”Skærpet forsæt”. Spørgsmålet berøres yderligere i det følgende afsnit ”Andre tilfælde af specielt (skærpet?) forsæt”

¹⁶⁴ Se fx Waaben: Forsæt, s. 38ff. For en belysning af de betydelige forskelle mellem skyldlæren i common law og kontinental-europæisk ret, se *ibid.*, s. 31ff.

forbrydelser, der kræver ”specific intent”. I førstnævnte tilfælde indeholder forbrydelserne ingen angivelse af forsætskravet og stiller ingen yderligere betingelser end foretagelse af den kriminaliserede handling med tilhørende ordinært forsæt. Forbrydelser, der kræver ”specific intent”, indeholder angivelse af et forsæt eller formål i tillæg til beskrivelsen af den objektive kriminaliserede handling.¹⁶⁵ Forsvaret ”frivillig beruselse” (*voluntary intoxication*) kan medføre, at en gerningsmand eksempelvis ikke kan straffes for forbrydelsen *murder*, idet han grundet beruselse ikke besad det krævede ”specific intent” og forholdet vil derfor være strafbart efter den underliggende forbrydelse *manslaughter* (eller *involuntary homicide*), der kun kræver ”general intent”. Det er næsten udelukkende i forbindelse med et sådant forsvar (*voluntary intoxication*), at begrebet ”specific intent” finder anvendelse.¹⁶⁶

Tribunalernes brug af termerne *dolus specialis*, ”special intent” og ”specific intent” som synonyme begreber kan således give anledning til en del forvirring. ”special intent” eller ”specific intent”, som det forstås i common law retssystemer, svarer næppe fuldt ud til forsætsgraden *Dolus specialis*, kendt i nogle kontinental-europæiske retssystemer som en kvalificeret form for forsæt, som eksempelvis i tysktalende lande under betegnelsen *Absicht*.¹⁶⁷ At gerningsmanden direkte skal have tilstræbt det yderlige folkedrabsforsæt (besidde et direkte forsæt), har tillige medført problemer for tribunalerne. ICTR har blandt andet udviklet en teori, i henhold til hvilken medvirkende ikke behøver at tilstræbe det yderligere subjektive krav; det er tilstrækkeligt, at den medvirkende har en mere abstrakt viden om, at andre besad folkedrabsforsættet.¹⁶⁸ I den ovenfor omtalte situation, benævnt ”*the footsoldier hypothesis*”, betyder dette, at en soldat, der deltager i en militærkampagne med folkedrab for øje, kan straffes for medvirken til folkedrab, selvom han ikke direkte tilstræber dette resultat.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Se fx Schabas: *Genocide in International Law*, s. 218.

¹⁶⁶ Schabas: *The Jeliscic case and the mens rea of the crime of genocide*, s. 129; *D.P.P. v. Beard*, (1920) A.C. 479 (H.L.). Det må tillige være på denne baggrund, at Schabas mener, at visse af folkedrabs underliggende handlinger kræver et ”specific intent” jf. note 158, da *killings* sidestilles med *murder*.

¹⁶⁷ Triffterer: *Genocide, Its Particular Intent*, s. 403, Aptel: *The intent to commit genocide*, s. 278 samt til dels Schabas: *The Jeliscic case and the mens rea of the crime of genocide*, s. 129. For en mere generel belysning af den manglende overensstemmelse mellem common law og kontinental-europæiske forsætsbegreber, kan anføres følgende citat af Waaben: ”Det er et sympatisk træk i engelsk skyldlære at den i så høj grad lader strafbarhedsbetingelserne bestemme af de enkelte forbrydelsers definitioner. Svagheden ved læren ligger dog ikke desto mindre i den alt for ringe brug af generelle begreber. Det ville have været en fordel om teorien og dommerne havde haft blik for værdien af at arbejde med kategorier som *dolus*, *culpa* og *casus*”, Waaben: *Forsæt*, s. 40.

¹⁶⁸ Akayesu, præmis 544. Se tillige Schabas: *The Jeliscic case and the mens rea of the crime of genocide*, s. 130ff, for en mere uddybende belysning.

¹⁶⁹ Iflg. ICTY art. 7(3) og ICTR art. 6(3), samt ICC statuttens art. 28(a)(i), kan en overordnet straffes, hvis han *burde have vidst*, at hans styrker var ved at begå folkedrab. Uagtsomt folkedrab er altså i dette tilfælde strafbart.

Ifølge Triffterer er et specifikt eller specielt forsæt i betydningen *Absicht/dolus specialis* ikke indeholdt i folkedrabsdefinitionen. Triffterer henviser til, at end ikke i de nationale retssystemer, der er en sådan forsætsgrad bekendt, er der fuldstændig enighed om forståelsen og i tysk ret afhænger graden af forsæt i disse tilfælde udelukkende af, hvad lovgiver klart har udtrykt i forbrydelsens ordlyd. Intet sted i folkedrabsdefinitionen eller i selve folkedrabsforsættet (betsmmelsens *chapeau*) ”the intent to destroy in whole or in part a, (...) group, as such”, nævnes, at dette yderligere subjektive moment skal forstås som en kvalificering af det ordinære forsætskrav. Ifølge Triffterer er et almindeligt forsæt derfor nok, herunder *dolus eventualis*. Han påpeger i den forbindelse, om det i realiteten gør en forskel for strafværdigheden af folkedrab, om nogen sigter med al sin vilje på at opnå hel eller delvis destruktion af gruppen som sådan, eller om nogen foretager objektiv set samme handling(er), men blot måske eller højst sandsynligt anser denne yderligere konsekvens som resultatet.¹⁷⁰

Det er således vanskeligt at få en fuld forståelse af folkedrabsforsættets omfang. Problematikken afspejler i særdeleshed de konkrete problemer, en domstol møder, når dommere, der som udgangspunkt kun er i besiddelse af nationale strafferetsteorier, skal definere forbrydelser i en international strafferetlig kontekst.¹⁷¹ Schabas anfører netop på denne baggrund, at det ville være mest hensigtsmæssigt, at forståelsen af *dolus specialis* som indeholdt i folkedrab, sker uafhængigt af nationale retssystemers forståelse af begrebet.¹⁷²

2.1.2.2.3 Motivets betydning

Det fremgår ikke umiddelbart af folkedrabsdefinitionen, at strafansvar, udover forsæt, yderligere skal betinges af et *motiv* om helt eller delvis at ødelægge en af de beskyttede grupper som sådan. Ordene ”som sådan” (”as such”) blev medtaget i definitionen i 1948 som et kompromis mellem de stater, der mente, at folkedrab ikke blot skulle kræve et subjektivt element i form af forsæt, men tillige stille krav om tilstedeværelsen af et særligt motiv og de stater der ikke ville inddrage motivet som betingelse for strafansvar.¹⁷³

¹⁷⁰ Triffterer: *Genocide, Its Particular Intent*, s. 404ff.

¹⁷¹ Se Aptel: *The intent to commit genocide*, s. 279ff.

¹⁷² Schabas: *The Jeliscic case and the mens rea of the crime of genocide*, s. 129.

¹⁷³ Se fx Schabas: *Genocide in International Law*, s. 245ff og s. 250. Navnlige Sovjet Unionen og Egypten var stærke fortalere for inddragelse af en motivbetingelse i folkedrabsdefinitionen, jf. *ibid.*, s. 248.

Først og fremmest er motiv og forsæt ikke samhörige begreber. Personer kan have forsæt til at begå en forbrydelse men med forskellige motiver. At kræve et motiv udover forsæt medfører en uheldig indsnævring af forbrydelsen, idet dette først og fremmest kan medføre, at en person, der forsætligt har foretaget en kriminaliseret handling, risikerer at gå fri for straf. Motivet er alligevel ikke helt uden betydning. Kan en tiltalt eksempelvis føre bevis for manglende motiv til at begå en strafbar handling, kan dette indvirke på strafansvaret, hvis beviserne mod tiltalte, er af indirekte karakter. Motivet har dog som altovervejende hovedregel kun betydning for strafudmålingen.¹⁷⁴

De stater, der var imod at kræve folkedrab betinget af et motiv udover forsætskravet, henviste netop til denne forståelse af motivets betydning for strafansvaret.¹⁷⁵

Ordene ”som sådan” kan ikke ligefrem siges at løse problemet og efterlader spørgsmålet om, hvorvidt kravet om et *folkedrabsmotiv* er et selvstændigt, yderligere subjektivt element i forbrydelsen. I den første egentlige dom vedrørende forståelsen af folkedrab i sin kriminaliserede form undlod ICTR at behandle problematikken og hverken ICTY eller ICTR har efterfølgende rådet bod herpå.¹⁷⁶ Spørgsmålet må derfor anses for uafklaret.

2.1.2.2.4 Sammenfatning

Sammenfattende skal det anføres, at diskussionen om den objektive manifestation af det særlige folkedrabsforsæt først og fremmest skyldes en kompleks forbindelse – et ”nexus” mellem de bevismæssige aspekter og forbrydelsens særlige karakter.

Spørgsmålet om forståelsen af det subjektive krav indeholdt i folkedrabsdefinitionen er overordnet en diskussion om, hvorvidt det yderligere folkedrabsforsæt er kvalificeret til et krav om direkte forsæt. Selvom der ikke umiddelbart er nogle elementer i definitionen, der kan give anledning til denne fortolkning, kan en forklaring måske findes på baggrund af den internationale kontekst, hvori forbrydelsen er blevet fortolket, sammenholdt med betegnelsen af folkedrabsforsættet som *dolus specialis* efter det franske forsætsbegreb *dol spécial* i samme forståelse som det tyske forsætsbegreb *Absicht*.¹⁷⁷ Det, at denne særlige forsætsgrad er blevet sidestillet med ”special intent” og ”specific intent”, har medført en uheldig sammenblanding af et kontinental-europæisk forsætsbegreb og common law, hvor der ikke fuldt ud eksisterer et

¹⁷⁴ Jf. *ibid.* Der henvises tillige til afsnittet ”Skærpet forsæt” under ”Motiv”.

¹⁷⁵ *Ibid.*, s. 248.

¹⁷⁶ Akayesu. For yderligere belysning henvises til *ibid.*, s. 252ff.

¹⁷⁷ Se fx for fransk rets vedkommende under ”forbrydelsen folkedrab i folkeretten”, afsnittet ”Graden af forsæt”.

tilsvarende begreb. *Dolus specialis* i betydningen *Absicht* kræver et klart grundlag i forbrydelsens gerningsindhold for at kunne fortolke en forbrydelses subjektive krav som et krav om direkte forsæt. Dette er ikke umiddelbart tilfældet med folkedrabsforsættet, som er beskrevet med ordene "... *with intent to...*". Grundet sammenblandingen af *dolus specialis* i betydningen *Absicht*, med common law retssystemers forståelse af "special/specific intent", er spørgsmålet, om hvorvidt en forbrydelses subjektive krav er kvalificeret til et krav om direkte forsæt, dermed overført til folkedrabsdefinitionen på trods af, at dette umiddelbart savner fortolkningsgrundlag i ordlyden. Spørgsmålet, om et givent forsætskrav kun kan opfyldes af et direkte forsæt, opstod oprindeligt, fordi visse kontinental-europæiske retssystemer benytter ordet *Absicht*, eller for dansk rets vedkommende *hensigt*, som udtryk for forsættes højeste grad – det direkte forsæt og fordi udtrykket tillige er en naturlig sproglig konsekvens, når lovgiver i en gerningsbeskrivelse ønsker at beskrive noget, der endnu ikke objektivt set kræves realiseret.¹⁷⁸ Diskussionen om folkedrabsforsættets materielle indhold må derfor til dels anses som værende et resultat af en sammenblanding af restbegreber, foranlediget af manglende harmoni mellem nationale strafferetsteorier i forbindelse med definitionen af forbrydelser i en international strafferetlig kontekst.

Tilstedeværelsen af et *folkedrabsmotiv* som et selvstændigt element i forbrydelsen og som betingelse for strafansvar er næppe et krav i dag. Dette er tillige i overensstemmelse med den altovervejende opfattelse i den strafferetlige ansvarslære og ingen international domstol har direkte omtalt et egentligt motiv som et yderligere subjektivt element i forbrydelsen.¹⁷⁹

Mange af de spørgsmål, folkedrabsdefinitionen har givet anledning til i folkeretten, skyldes grundlæggende en diskussion om en liberal eller en mere restriktiv benyttelse af prædikatet "folkedrab". Herudover har både procesøkonomiske og mere politiske aspekter såsom hensynet til staternes selvstændighed og princippet om ikke at blande sig i en stats interne affærer, ligeledes betydning. I folkeretten kan diskussionen således helt overordnet ses som en pragmatisk/politisk kontra en teoretisk/juridisk tilgang ved fortolkning og forståelse af forbrydelsen "the crime of crimes".

¹⁷⁸ Jf. ovenfor under "Skærpet forsæt", afsnittet "Hensigt" samt ovenfor under "Forbrydelsen folkedrab i folkeretten" under afsnittet "Graden af forsæt".

¹⁷⁹ Spørgsmålet er ej heller berørt i forbindelse med inkorporeringen af folkedrabskonvention i dansk ret, eller omtalt i forbindelse med vedtagelsen af folkedrabsloven. Om motivets betydning for strafansvaret i dansk ret, se ovenfor under "Skærpet forsæt", afsnittet "Motiv".

2.1.3 Den Internationale Straffedomstol (ICC)

Allerede i 1947, blev spørgsmålet om en global international dømmende myndighed med jurisdiktion over udvalgte internationale forbrydelser sat på FN's dagsorden. Et sådan organ blev ligeledes forudsat ved udfærdigelsen af folkedrabskonventionen i 1948.¹⁸⁰ Først efter ophøret af den kolde krig og særligt efter FN's sikkerhedsråds etablering af ICTY og ICTR, fremlagde FN's folkeretskommission en fuldt ud udarbejdet statut for en permanent international straffedomstol i sommeren 1994. Det endelige udkast forelå dog først til vedtagelse den 17. juli 1998, og Danmark undertegnede statuten den 25. september 1998. Statuten for Den Internationale Straffedomstol (Statuten) blev efterfølgende inkorporeret i dansk ret ved lov den 22. juli 2001.¹⁸¹

Ifølge Statuttens artikel 5 stk. 1, har Domstolen (ICC) jurisdiktion over folkedrab, forbrydelser mod menneskeheden, krigsforbrydelser og aggression¹⁸². Domstolen er dog komplementær i forhold til nationale domstole, hvilket medfører, at disse har den primære jurisdiktionskompetence og kun i de tilfælde, hvor en stat udviser "uvilje" eller "manglende evne" til at restforfølge effektivt, har Domstolen jurisdiktion.¹⁸³

Statuten gengiver i artikel 6, ordret folkedrabskonventionens artikel II, som det ligeledes var tilfældet i statutterne til ICTY og ICTR. Oprettelsen af ICC kan derfor på sigt bidrage til en afklaring på de spørgsmål, forbrydelsen og i særdeleshed folkedrabs subjektive krav har givet anledning til.

I den danske version af Statuten er der en lille ændring i forhold til de tidligere danske versioner af folkedrabsdefinitionen, som de forefindes i folkedrabskonventionen og folkedrabsloven. Folkedrab er ifølge Statuttens artikel 6, en af de i a) til e) nævnte handlinger, udført med *forsæt* til helt eller delvis at ødelægge en beskyttet gruppe som sådan. Det tidligere ord *hensigt* er således erstattet med *forsæt*, hvilket giver anledning til nye fortolknings spørgsmål henset til de fortolkningsvanskeligheder, ordet hensigt eller omskrivninger af dette har medført i dansk ret. Dette vil blive kommenteret nærmere i specialets tredje del.

¹⁸⁰ F. t. l. om Den Internationale Straffedomstol, s. 483 samt folkedrabskonventionens art. VI.

¹⁸¹ L 2001-05-16 nr. 342.

¹⁸² Aggression er dog ikke endeligt defineret og Domstolens jurisdiktionskompetence m.h.t. denne forbrydelse er ej heller klarlagt, jf. statuttens art. 5, § 2 samt F. t. l. om Den Internationale Straffedomstol, s. 483.

¹⁸³ Jf. Statuttens præambel, afsnit 10, og statuttens artikel 1 og 17, om dette *komplementaritetsprincip*. Dette princip står i skarp modsætning til ICTY og ICTR; i tilfælde med overlappende jurisdiktion med en national domstol i en konkret sag, må den nationale domstol vige for ICTY og ICTR, jf. fx Spiermann: Folkeret, s. 574.

Til forskel for statutterne til ICTY og ICTR indeholder ICC-statutten i artikel 30, en general definition af tilregnelserne (*mental element/mens rea*). Heraf fremgår af § 1, at en person kun er strafansvarlig i det omfang, han har handlet med *vilje* og *viden* i forhold til de objektive elementer indeholdt i de forbrydelser, domstolen har jurisdiktion over.¹⁸⁴ Herefter præciseres i § 2, hvornår en person har handlet med *vilje* (forsæt) med hensyn til adfærd og forårsagelse af følger og her er *dolus eventualis* tilstrækkeligt.¹⁸⁵ *Viden* skal ifølge § 3, forstås som bevidstheden om, at en omstændighed består, eller en følge vil indtræde som led i et normalt hændelsesforløb. Det er omdiskuteret, hvorvidt en forsætsgrad, der kan sidestilles med *dolus alexanderson* (*wilful blindness*), er indeholdt heri og spørgsmålet må kræve Domstolens afklaring.¹⁸⁶ Artikel 30, indledes med ordene ”medmindre andet er bestemt” og bestemmelsen er således en opsamlingsbestemmelse (default rule), hvilket blandt andet betyder, at det anerkendes, at et givent tilregnelserkrav kan være indeholdt andre steder i Statutten.¹⁸⁷

2.1.3.1 Forholdet mellem artikel 6 og artikel 30

Folkedrabsdefinitionen, som indeholdt i Statutten artikel 6, angiver selvstændigt et forsætskrav; *the intent to destroy in whole or in part, a (...) group, as such*. Grundet de indledende ord i artikel 30, ”unless otherwise provided”, kan dette betyde, at folkedrabsforsættet skal forstås uafhængigt af det ordinære forsætskrav i artiklens § 1.¹⁸⁸ Forsætskravet i artikel 6, er netop blevet betegnet som *dolus specialis* (specific/special intent) og stilles som en yderligere subjektiv betingelse ud over det almindelige forsætskrav, der kræves til en af folkedrabs underliggende handlinger, eksempelvis drab, og som skal hentes fra artikel 30.¹⁸⁹ Omvendt kan det påpeges, at folkedrabsforsættet efter sin ordlyd ikke indeholder nogen særlig angivelse af, at dette yderligere subjektive element skal forstås som *dolus specialis* (specific/special intent), hvilket har medført, at det modsatte tillige har været anført; det, der efter artikel 30 § 1, er gyldigt for det subjektive element i forhold til forbrydelsens objektive element, må ligeledes omfatte det yderligere folkedrabsforsæt. Begge elementer har den samme struktur/ordlyd. Den eneste forskel er, at de henviser til noget forskelligt. Det ene til folkedrabs objektive element, der udgøres af en af de a) til e) nævnte handlinger, det andet til

¹⁸⁴ Udtrykket ”med vilje og viden” må opfattes som synonyme med forsætlig (med forsæt til) og antyder ordets relation til både resultater (handling og følger) samt ledsagende omstændigheder, jf. Waaben: Forsæt s. 81.

¹⁸⁵ Triffterer: ICC commentary; Donald K. Piragoff art. 30, s. 534.

¹⁸⁶ Ibid., s. 535.

¹⁸⁷ Fx art. 28 ”burde have vidst” - uagtsomt folkedrab...

¹⁸⁸ Triffterer: ICC commentary; Donald K. Piragoff art. 30, s. 531.

¹⁸⁹ Jf. fx Akayesu samt ovenfor under ”Forbrydelsen folkedrab i folkeretten” afsnittet ”folkedrabs elementer”.

noget der måske eller måske ikke er indtrådt; en helt eller delvis ødelæggelse af en af de beskyttede grupper.¹⁹⁰

Det ville derfor have været hensigtsmæssigt om det i Statutten udførligt var blevet klarlagt, hvornår en forbrydelse subjektivt kræver *dolus specialis* (specific/special intent).¹⁹¹ Ligeledes havde det været brugbart med en definition af, hvad der materielt ligger i forsætsformen *dolus specialis*. Disse mangler kan skyldes, som påpeget af Triffterer, at Statuttens koncipister specifikt undgik at introducere, og i særdeleshed at definere, en forsætsform som *dolus specialis*, idet end ikke de nationale retssystemer, der er en sådan forsætsform bekendt, er fuldt ud enige om forståelsen af denne.¹⁹² På nuværende tidspunkt må det derfor anses for uafklaret, hvordan folkedrabs subjektive elementer fuldt ud skal forstås og dette spørgsmål må tillige afvente Domstolens afklaring.

2.1.3.2 Vejledende beskrivelser af gerningsindholdet/ Elements of Crimes

Ifølge Statuttens artikel 9, skal vejledende beskrivelser af gerningsindholdet (VBG) bistå Domstolen i dens anvendelse og fortolkning af Statuttens forbrydelseskatalog (artikel 6, 7 og 8), og VBG skal være i overensstemmelse hermed.¹⁹³ Overordnet ændrer VBG ikke meget ved forståelsen af statuttens forbrydelseskatalog og afspejler i realiteten blot den generelle uvilje blandt stater om at overlade internationale dømmende organer et juridisk skøn.¹⁹⁴ I forbindelse med spørgsmålet om folkedrabs kvantitative aspekter og forholdet mellem forbrydelsens objektive og subjektive element, kommer VBG dog med et yderligere bidrag.

En tekstnær fortolkning af folkedrabsdefinitionen forudsætter, at forbrydelsen er fuldbyrdet allerede ved foretagelse af én enkelt af de underliggende handlinger, når det yderligere forsæt er til stede. Den overvejende del af praksis og teori er dog af den mening, at selve forbrydelsens karakter forudsætter en vis objektiv konstaterbar manifestation; der er ikke tale om en isoleret forbrydelse og folkedrab vil i praksis kun blive retsforfulgt, når det er planlagt på et mere politisk plan og har et

¹⁹⁰ Triffterer: *Genocide, Its Particular Intent*, s. 406ff.

¹⁹¹ Selvom dette blev foreslået udeblev en sådan præcisering, da "there was no need, however, to distinguish between general and specific intention, because any specific intent should be included as one of the elements of the definition of the crime, jf. Triffterer: *ICC commentary*; Donald K. Piragoff, art. 30, s. 531.

¹⁹² Triffterer: *Genocide, Its Particular Intent*, s. 405.

¹⁹³ VBG sættes dog først i kraft her i landet efter Udenrigsministerens nærmere bestemmelse, jf. Lov om den Internationale Straffedomstol, § 1, stk. 2, nr. 2.

¹⁹⁴ USA lancerede konceptet og VBG (*Elements of Crimes*), blev uden de store indvendinger vedtaget, da forslaget trods alt var mindre kontroversielt end hvad der sædvanligvis kom fra Washington. Se Schabas: *An Introduction to ICC*, s. 29.

massivt omfang.¹⁹⁵ VBG har i forbindelse med dets fortolkningsbidrag til folkedrab og forbrydelsens objektive element, i overensstemmelse hermed, præciseret følgende:

”The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.”¹⁹⁶

Det følger af VBGs introduktion til folkedrab, at det subjektive krav til dette element skal afgøres af Domstolen fra sag til sag.¹⁹⁷

Ved tilføjelse af et kvalificerende kontekstuel element, i lighed med hvad der direkte er indeholdt i gerningsbeskrivelserne for forbrydelser mod menneskeheden og krigsforbrydelser,¹⁹⁸ må Domstolens behandling af forhold som folkedrab kræve mere omfangsrige og planlagte tilfælde, end hvad selve ordlyden af folkedrabsdefinitionen forudsætter. Dette kan dog medføre en uheldig kvalificering af forbrydelsens omfang, inden det er muligt at straffe for folkedrab, hvilket er forsøgt undgået ved ikke at lade et sådant element være indeholdt i selve definitionen. En sådan kvalificering kan tillige bevirke en uheldig begrænsning i Domstolens jurisdiktion; selvom mere isolerede og knap så alvorlige tilfælde måske ikke principielt kræver et internationalt organ for at kunne blive retsforfulgt, vil personer allerede i den spæde begyndelse af deres ”folkedrabskarriere” ofte være beskyttet af immunitet i deres nationale retssystem.¹⁹⁹

Afslutningsvis kan oprettelsen af den Internationale Straffedomstol ikke umiddelbart siges at have medvirket til en afklaring af forståelsen af forbrydelsen folkedrab. En afklaring af forbrydelsens subjektive krav må afvente Domstolens stillingtagen. De fortolkningsbidrag, vedtagelsen af VBG

¹⁹⁵ Jf. ovenfor under ”Folkekræftens elementer”, afsnittet ”Forholdet mellem folkekræftens actus reus og mens rea”.

¹⁹⁶ Jf. Elements of Crimes, artikel 6 Genocide.

¹⁹⁷ Jf. Ibid., Introduction, tredje bindestreg. I forbindelse med dette ”tilfældighedsmoment”, har det været anført, at dette er i strid med princippet *nullum crimen sine lege*, jf. Triffterer: Genocide, Its Particular Intent, s. 407.

¹⁹⁸ Jf. Statuttens artikel 7 og 8. I forbindelse med definitionen af krigsforbrydelser i art. 8, var mange stater imod indledningen: ”The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as a part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.” Det var disse stater kritik, der gjorde at sætningen ”in particular” blev medtaget henset til, at hvor et enkelt mord næppe kunne være forbrydelser mod menneskeheden eller folkekræft, kunne en sådan enkelt handling sagtens være en krigsforbrydelse. Art. 8 skal derfor ikke ses som en ny begrænsning i definition af forbrydelsen som den forstås i henhold til retssædvane, men snarere som en måde at ”kvalificere” alvorlighedsgraden af de forbrydelser Domstolen har jurisdiktion over, jf. Schabas: ICC, s. 24ff.

¹⁹⁹ For en mere omfangsrig kritik af VBG og folkekræftensdefinitionen, se Triffterer: Genocide, Its Particular Intent, s. 406ff.

har medført, må for folkedrabsvedkommende være præget af mere retspolitiske hensyn end støtte sig på en egentlig juridisk fortolkning af folkedrabsdefinition.

2.1.4 Sammenfatning

Dolus specialis er således et begreb hentet fra kontinental-europæiske retssystemer i form af det franske *dol spécial*, der er identisk med det subjektive krav i de såkaldte ”*Absicht*-delikter”, som kendt i tysktalende lande. Ingen indeholdte elementer eller ord i folkedrabsdefinitionen giver anledning til en sammenligning. Grunden til, at det fortolkningsspørgsmål, som eksisterer i disse nationale retssystemer, er overtaget, skyldes sandsynligvis den forståelse retssystemer der bygger på common law, tillægger forsætsbegreber som ”specific/special intent”. Hvad angår folkedrabsdefinitionen i den danske version af folkedrabskonventionen og i folkedrabsloven, er diskussionen således mere berettiget grundet oversættelsen af ”... *with intent to...*” med ”... *i den hensigt...*”.

I forbindelse med anvendelsen af folkedrabsdefinitionen i folkeretten har mange andre momenter indvirket på fortolkningen, hvilket har medvirket til at sløre en udelukkende juridisk forståelse af forbrydelsen. Der kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, om det overhovedet er muligt at give en præcis definition af den særlige forsætsgrad *dolus specialis*. Det må dog med nogenlunde sikkerhed kunne fastslås, at *dolus specialis* er folkerettens betegnelse af forsætskravet i en gerningsbeskrivelse, hvori der subjektivt kræves ”noget mere” end forsæt til forbrydelsens objektive element(er). Hvad angår selve graden af dette yderligere subjektive krav, må dette siges at være ligeså omdiskuteret som i de nationale retssystemer, der er sådanne forbrydelsesstrukturer bekendt; for dansk rets vedkommende, de fortolkningsproblemer der i hvert fald i tidligere tider opstod i forbindelse med gerningsbeskrivelser, der indeholder ordet hensigt eller omskrivninger af dette som udtryk for det subjektive krav, der rækker ud over forbrydelsens objektive gerningsindhold.

2.2 Andre tilfælde af specielt forsæt

I de følgende afsnit vil der blive foretaget en undersøgelse af tre forbrydelsestyper, der alle har til fælles, at de kræver et yderligere subjektivt element end forsæt til at realisere forbrydelsernes objektive beskrevne gerningsindhold. Terrorisme, menneskehandel og tortur er forbrydelser med en høj alvorlighedsgrad og har oftest en omfattende international karakter. Danmark har valgt at kriminalisere de to første forbrydelser ved selvstændige bestemmelser i straffeloven, mens tortur

endnu ikke har fået en selvstændig plads i lovgivningen. Forbrydelserne har relevans i forhold til dette speciales emne, idet de lovteknisk er en pendant til folkedrabsforbrydelsen og kan dermed være med til at belyse, i hvor høj grad *dolus specialis* er en del af dansk ret.

2.2.1 Terrorisme

Terrorisme har længe været kendt som et af denne verdens onder og Danmark har i mange år haft en terrorismeparagraf.²⁰⁰ Straffelovens tidligere § 114, var en videreudbygning af ”Uroloven” fra 1934 og den blev indsat i straffeloven efter den nazistiske magtovertagelse i Tyskland.²⁰¹ De seneste års samfundsudvikling med stigende fokus på terrorisme har imidlertid betydet, at Danmark på lige fod med en række andre lande har anset det for nødvendigt med en revurderet terrorlovgivning. Som følge af dette speciales emne vil det særligt være ændringerne i straffeloven, der har interesse.

2.2.1.1 Baggrund

Terrorisme har i lang tid været på den internationale dagsorden og FN’s sikkerhedsråd har i forbindelse hermed tidligere udtalt sin dybe bekymring angående det stigende antal terroraktioner i verden.²⁰² Efter terrorangrebne i USA den 11. september 2001, vedtog FN’s sikkerhedsråd den 12. september 2001, en ny resolution, hvori terrorangrebne udtrykkeligt blev fordømt og alle stater pålagdes at samarbejde i fælles bestræbelser på at pågribe og retsforfølge bagmændene bag disse forbrydelser.²⁰³

Som følge af internationale forpligtigelser vedtog det danske Folketing den såkaldte ”anti-terrorpakke”.²⁰⁴ Loven er omfattende og indeholder ændringer af straffeloven, retsplejeloven, lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet, våbenloven, udleveringsloven samt lov om udlevering af lovovertrædere til Finland, Island, Norge og Sverige. ”Anti-terrorpakken” har været udsat for massiv kritik fra et bredt spektrum af juridisk sagkyndige. Nogle af de væsentligste kritikpunkter har omhandlet den meget begrænsede definition af ”terrorisme” og ”terrorhandling”, behovet for påtaloreglen i § 118a, behovet for den meget høje strafferamme i straffelovens § 114, samt ændringer i udleveringsloven, i henhold til hvilken danske statsborgere kan udleveres til

²⁰⁰ Vestergaard: Straffelovens såkaldte ”terrorismeparagraf”, Kriminalistisk Instituts årsberetning 1989

²⁰¹ L. 123 28.4.1934 ændret ved L. 225 7.6.1952.

²⁰² FN’s sikkerhedsrådsresolution nr. 1269 (2001).

²⁰³ FN’s sikkerhedsrådsresolution nr. 1368 (2001).

²⁰⁴ Lov nr. 378 af 6. juni 2002.

retsfølgning i et andet land, jf. UDL § 2.²⁰⁵ I det følgende vil der udelukkende blive lagt vægt på nogle af ændringerne i straffeloven; særligt den ny § 114.

2.2.1.2 Den nye terrorismeparagraf

Bestemmelserne i straffelovens §§ 114, 114a, 114b og 114e, er i vid udstrækning gennemført til opfyldelse af FN's konvention af 9. december 1999, til bekæmpelse af finansiering af terrorisme, FN's sikkerhedsråds resolution nr. 1373 og EU Rådets rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme. Den tidlige bestemmelse i § 114, stk. 1 og stk. 2, er i stedet medtaget som henholdsvis § 114c og § 114d.²⁰⁶ Hovedbestemmelsen i den nye "terrorpakke" er straffelovens § 114, der primært har til formål at opfylde de krav, der udspringer af Rådets rammeafgørelse. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 114 For terrorisme straffes med fængsel indtil på livstid den, som med forsæt til at skræmme en befolkning i alvorlig grad eller uretmæssigt at tvinge danske eller udenlandske offentlige myndigheder eller en international organisation til at foretage eller undlade at foretage en handling eller at destabilisere eller ødelægge et lands eller en international organisations grundlæggende politiske, forfatningsmæssige, økonomiske eller samfundsmæssige strukturer begår en eller flere af følgende handlinger, når handlingen i kraft af sin karakter eller den sammenhæng, hvori den begås, kan tilføje et land eller en international organisation alvorlig skade:

- 1) Manddrab efter § 237.
 - 2) Grov vold efter § 245 eller § 246.
 - 3) Frihedsberøvelse efter § 261.
 - 4) Forstyrrelse af trafiksikkerheden efter § 184, stk. 1, retsstridige forstyrrelser i driften af almindelige samfærdselsmidler m.v. efter § 193, stk. 1, eller groft hærværk efter § 291, stk. 2, hvis disse overtrædelser begås på en måde, der kan bringe menneskeliv i fare eller forårsage betydelige økonomiske tab.
 - 5) Kapring af transportmidler efter § 183 a.
 - 6) Grove våbenlovsovertrædelser efter § 192 a, eller lov om våben og eksplosivstoffer § 10, stk. 2.
 - 7) Brandstiftelse efter § 180, sprængning, spredning af skadevoldende luftarter, oversvømmelse, skibbrud, jernbane- eller anden transportulykke efter § 183, stk. 1 og 2, sundhedsfarlig forurening af vandforsyningen efter § 186, stk. 1, sundhedsfarlig forurening af ting bestemt til almindelig udbredelse m.v. efter § 187, stk. 1.
- Stk. 2. På samme måde straffes den, som med det i stk. 1 nævnte forsæt transporterer våben eller eksplosivstoffer.
- Stk. 3. Endvidere straffes på samme måde den, der med det i stk. 1 nævnte forsæt truer med at begå en af de i stk. 1 og 2 nævnte handlinger.

²⁰⁵ Se i det hele Justitsministeriets Hvidbog s. 140ff.

²⁰⁶ Se FT 2001-02, 2. samling, Tillæg A Bind II, s. 875: "... Den hidtil gældende § 114, bevares (...) idet det ikke helt kan udelukkes, at der kan være forhold af mindre graverende karakter, som ikke kan betegnes som terrorvirksomhed i gængs forstand, men som i dag er omfattet af formuleringen som den, der har til hensigt " ved magtanvendelse at øve indflydelse på offentlige anliggender eller fremkalde forstyrrelse af samfundsordenen".

Som det fremgår, er bestemmelsens tekniske konstruktion stort set identisk med folkedrabslovens § 1. Bestemmelsen indeholder således i første led det subjektive krav i form af tilregnelser, mens andet led indeholder de forskellige objektive elementer, der skal være til stede, førend forbrydelsen er fuldbyrdet. Det er ydermere karakteristisk, at ingen af bestemmelserne i princippet gør nogle tidligere tilladte handlinger ulovlige²⁰⁷. Der er, som ovenfor beskrevet, tale om et ”delictum sui generis”. Således er de kriminaliserede objektive elementer alle indeholdt i andre dele af straffeloven. Dette indebærer, at forsætskravet kan beskrives som kvalificeret, idet der må domfældes efter de bagvedliggende bestemmelser, såfremt det særlige ”terroristiske forsæt” ikke foreligger.

Både straffelovens § 114, og folkedrabsloven indeholder meget grove personfarlige forbrydelser såsom drab, jf. § 237²⁰⁸, og grov vold, jf. §§ 245-246²⁰⁹. Bestemmelserne indeholder tillige en meget høj strafferamme, der i begge tilfælde går op til fængsel på livstid.²¹⁰ Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at hvor folkedrabslovens enkelte handlinger alle har karakter af grove personfarlige og krænkende forbrydelser, indeholder straffelovens § 114, et bredt spektrum af delikter, jf. ovenstående.

Det er hævet over enhver tvivl, at terrorisme, som det skal forstås ud fra forarbejderne til § 144, skal bekæmpes.²¹¹ Det kan derfor heller ikke komme som en overraskelse, at strafferammen for terrorisme er endog meget høj. Det er dog på sin plads at forsøge at komme med en forklaring på, hvordan og hvorfor der potentielt kan idømmes livstidsstraffe for eksempelvis frihedsberøvelse (§ 261) og groft hærværk (§ 291), der under normale omstændigheder har maksimumstrafferammer på henholdsvis 12 og 6 år.

For det første kan det nævnes, at de enkelte stater er forpligtiget til at hæve strafferammerne for forbrydelser, der begås med det særlige ”terroristiske formål” i forhold til selv

²⁰⁷ Det skal dog nævnes, at der blev lavet en lille tilføjelse til § 182 a, hvor der blev indføjet; ”... samt andet kollektivt transportmiddel eller godstransportmiddel... eller køretøjet”.

²⁰⁸ Folkedrabsloven § 1, stk. 1, litra a, og Straffelovens § 114, stk. 1, nr. 1.

²⁰⁹ Folkedrabsloven § 1, stk. 1, litra b, og Straffelovens § 114, stk. 1, nr. 2.

²¹⁰ Både § 237 og § 180 om kvalificeret brandstiftelse indeholder i forvejen mulighed for fængsel på livstid.

²¹¹ Justitsministeriets Hvidbog s. 144. hvor det nævnes bl.a. at ”terrorpakken” ikke skal bruges som løftestang for kritik af frihedskampene under besættelsen eller ANC’s kamp mod Apartheid styret, idet begge tilfælde var en kamp for demokratiet.

samme handlinger, hvor dette særlige formål ikke foreligger.²¹² Formålet med at begå handlingerne i § 114 stk. 1, nr. 1-7, skal således være at:

- 1) Skræmme befolkningen i alvorlig grad,
- 2) tvinge offentlige myndigheder eller en international organisation til at foretage eller undlade, at foretage en handling eller
- 3) destabilisere eller ødelægge et lands eller en international organisations grundlæggende, politiske, økonomiske eller samfundsmæssige struktur.

Ovenstående er således tættest på en egentlig definition af ”terror” som begreb og minder i vid udstrækning om definitionen af samme i resolution 1373.²¹³ Umiddelbart kan det hævdes, at et særligt daddelværdigt formål med en handling i forvejen kan medføre en forhøjelse af straffeudmålingen, jf. straffelovens § 80. Det var imidlertid Justitsministeriets opfattelse, at terrorisme skulle kriminaliseres særskilt i henhold til rammeafgårelsen.²¹⁴ Lovteknisk var dette derfor den letteste løsning, idet der ellers skulle laves ændringer til hver enkelt af de berørte bestemmelser. Af nævnte grunde blev der lavet en samleregel, i henhold til hvilken kun Justitsministeren kan rejse tiltale, jf. straffeloven § 118a. Dette forhindrer ydermere, at der bliver rejst tiltale, hvor der foreligger materiel atypicitet eller i andre sager, der falder uden for rammeafgårelsens anvendelsesområde.²¹⁵

Terrorisme er som nævnt en meget alvorlig forbrydelse og ligesom folkedrabsloven har bestemmelsen et fremrykket fuldbyrdelsesmoment. Det ville således savne logik at kræve, at for eksempel kapring af transportmidler, jf. § 114, stk. 1, nr. 5, rent faktisk skulle have medført alvorlig samfundsskade, førend forbrydelsen var fuldbyrdet. Handlingen skal desuden være egnet til at forvolde et land eller en international organisation alvorlig skade.²¹⁶

Subjektivt kræves der forsæt til alle punkter af gerningsindholdet. For det første skal der naturligvis være forsæt til de enkelte handlinger i straffelovens § 114, nr. 1-7. For det andet skal

²¹² Se Rammeafgårelsen art. 5, nr. 2.

²¹³ FN's Sikkerhedsråds resolution nr. 1373 Art. 2, stk. litra b.: ”... enhver anden handling med forsæt til at forårsage død eller alvorlig personskade på en civilperson eller anden person, der ikke aktivt deltager i fjendtlighederne i en væbnet konfliktsituation, *når formålet med en sådan handling, henset til handlingens karakter eller sammenhæng, er at skræmme en befolkning eller tvinge en regering eller international organisation til at foretage eller undlade at foretage en given handling*”.

²¹⁴ Justitsministeriets hvidbog s. 144ff.

²¹⁵ Bemærkningerne til lovforslaget pkt. 2.3.3.1.

²¹⁶ Fx vil kapring af minibusser, varevogne eller taxaer i denne forbindelse ikke være *egnet*: Kommenteret straffelov § 183.

gerningsmanden have et særligt kvalificeret terrorforsæt. Han skal have haft til formål at indvirke de ovennævnte reaktioner hos befolkningen, staten eller anden international organisation. Det kan være nærliggende at forestille sig, at dette terrorforsæt er yderligere skærpet i form af et krav om direkte forsæt. Sådan forholder det sig imidlertid ikke.

Efter almindelig juridisk sprogbrug dækker ordene ”med forsæt til” alle forsætsgrader, jf. ovenfor. Således er tilregnelseskravet umiddelbart ikke til at misforstå. Billedet sløres imidlertid en smule ved en nærmere gennemgang af forarbejderne til bestemmelsen. I oversættelsen af rammeafgørelsens artikel 1, der i vid udstrækning svarer til § 114, stk. 1, nr. 1-7, fremgår det, at de begåede handlinger skal karakteriseres som terrorhandlinger, ”... når de begås med det formål...” (... with the aim of...). Det fremgår ikke af præamblen til rammeafgørelsen, hvorvidt dette skal forstås som et krav om direkte forsæt, eller om lavere forsætsgrader er tilstrækkeligt. Jørn Vestergaard hævder i denne forbindelse, at beskrivelsen af gerningsmandens formål snarere har karakter af en beskrivelse af dennes motiv/bevæggrund og ikke angår selve tilregnelsen.²¹⁷ Dette kan have noget for sig, men som tidligere nævnt, kan en sådan sprogbrug ligeledes være en sproglig variation i beskrivelsen af en bevidst stræben mod en fremtidig konsekvens. Der er med andre ord tale om forsæt til en handlingsfølge, hvor målet med handlingen ikke kan karakteriseres som det egentlige motiv. At en handling er foretaget med et særligt formål for øje, kan lige såvel vedrøre forsættet og ikke motivet; det forklarer, hvad der søges opnået uden at spørge hvorfor.²¹⁸

I lovudkastet, der lå forud for det vedtagne lovforslag, fremgik det, at der skulle kræves direkte forsæt i form af ”hensigt”, men denne ordlyd blev altså ændret.²¹⁹ Dette er interessant, idet Justitsministeriet i bemærkningerne til lovforslaget udtaler, at ordene ”... handlinger foretaget med det formål...” kan forstås som en skærpelse af forsætsgraden, men at en sådan fortolkning ville være for snæver henset til forbrydelsens alvorlige karakter og det præventive sigte.²²⁰ Det kan ikke afvises, at dette synspunkt er både rimeligt og rigtigt. Ændringen forekommer tillige berettiget, idet retspraksis og nyere litteratur har værget sig for at foretage denne

²¹⁷ Vestergaard: Initiativer til bekæmpelse af terrorisme mv. – ”anti-terrorpakken”, s. 4. Forfatteren er i det hele taget kritisk over for lovgivningsteknikken, hvor en rammeafgørelse kopieres ind i dansk ret. Rammeafgørelser har karakter af overordnede samfundssynspunkter og ”policy statements” og er alt for brede og vage til direkte at danne grundlag for straffebestemmelser. For vage og brede definitioner kan være problematiske i forhold til kravet om udtrykkelig lovhjemmel, jf. legalitetsprincippet i straffelovens § 1.

²¹⁸ Jf. afsnittet ”Skærpet forsæt” under ”Motiv”.

²¹⁹ Vestergaard: s. 4.

²²⁰ FT 2001-02, 2. samling, Tillæg A, Bind II, s. 843.

indskrænkende fortolkning af ”hensigt”, hvilket igen har manifesteret sig i en række lovændringer.²²¹

Ovenstående diskussion bærer præg af en kamp på ord. Waaben nævner blandt andet i sin doktorafhandling, at ord som ”i terroristisk hensigt” lige så godt kunne betyde ”på terroristisk måde”.²²² I svar på et spørgsmål til Folketingets Retsudvalg bliver diskussionen i realiteten lukket, idet det præciseres, at det særligt kvalificerede terrorforsæt strækker sig helt ned til dolus eventualis, men at spørgsmålet om anvendelsen af denne forsætsform vil være af meget teoretisk karakter.²²³

Straffelovens § 114, er således et glimrende eksempel på en bestemmelse med et kvalificeret forsætskrav. Der skal således være forsæt til ”noget mere” med den begåede handling. Spørgsmålet om hvorvidt bestemmelsen er et udtryk for ren signallovgivning, vil ikke blive forfulgt nærmere, da dette har en mere retspolitisk karakter. Det er imidlertid værd at bemærke, at forbrydelserne, der i alle tilfælde kan straffes efter andre bestemmelser, kan bedømmes som værende en tand grovere, når de begås med det særligt kvalificerede terrorforsæt og i realiteten kommer straffelovens § 114, således til at fungere som en strafskærpende bestemmelse.

2.2.2 Menneskehandel

Menneskehandel er i stil med terrorisme et stigende internationalt problem. Efter indlemmelsen af de nye EU-lande mod øst må problemets omfang antages at eskalere. Især når det tages i betragtning, at mange af disse nye landes naboer lider under massive problemer med korrupsion, mangel på demokrati og ukendskab til menneskerettigheder.²²⁴

I det følgende afsnit vil nogle af de danske initiativer til bekæmpelse af menneskehandel kort blive belyst. Fokus vil blive rettet mod straffeloven og især den nye § 262 a.

2.2.2.1 Baggrund

Mere end 700.000 mænd, kvinder og børn skønnes årligt at være ofre for menneskehandel (*trafficking*) - det hurtigst voksende handelsområde under organiseret kriminalitet. Ofrene bliver tvangsarbejdere på eksempelvis fabrikker, i landbrug eller som tjenestefolk. Ofte bliver børn

²²¹ Jf. ovenfor under ”Skærpet forsæt” afsnittet ”Hensigt”.

²²² Waaben: Forsæt, s. 102.

²²³ Spørgsmål nr. 117 til Folketingets Retsudvalg (FT 2001/02 saml. B.1492).

²²⁴ Udenrigsudvalget, Alm. del – Bilag 79.

tvunget til at arbejde i lyssky virksomheder og mænd tvinges især til at arbejde inden for de såkaldte ”3-D jobs” (dirty, difficult and dangerous) – beskidte, besværlige og farlige jobs. De transporteres over grænser og sælges til en moderne form for slaveri. Fra landsbyer i Himalaya og til østeuropæiske byer fristes mennesker - navnlig kvinder og unge piger - af udsigterne til et vellønnet arbejde i udlandet. Menneskehandlere rekrutterer ofrene via falske annoncer, brudekataloger via postordre og tilfældige bekendtskaber. Men når ofrene ankommer til deres destination, fratages de ofte deres personlige papirer og de ender med at være tvungne til at afdrage påstået gæld under trusler om vold. Mange tvinges derefter til tvangsarbejde, herunder ofte seksuel udnyttelse.²²⁵

Generalsekretær for FN Kofi Annan har om disse forbrydelser udtalt følgende: “*One of the gravest human rights violations of our times is human trafficking and child abuse, including child labour and slavery*”.²²⁶

2.2.2.2 Den nye paragraf om straf for menneskehandel

Danmark har bidraget til bekæmpelsen af menneskehandel ved i 2002, at vedtage straffelovens § 262 a.²²⁷ Dette blev gjort for at sikre, at Danmark opfylder sine forpligtigelser efter protokollen til FN-konventionen om grænseoverskridende kriminalitet vedrørende bekæmpelse af handel med mennesker, herunder særligt kvinder og børn, der supplerer FN’s konvention om grænseoverskridende organiseret kriminalitet (Palermokonventionen) samt EU-rammeafgørelse om menneskehandel.²²⁸ Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 262 a For menneskehandel straffes med fængsel indtil 8 år den, der rekrutterer, transporterer, overfører, huser eller efterfølgende modtager en person, hvor der anvendes eller har været anvendt

- 1) ulovlig tvang efter § 260,
- 2) frihedsberøvelse efter § 261,
- 3) trusler efter § 266,
- 4) retsstridig fremkaldelse, bestyrkelse eller udnyttelse af en vildfarelse eller
- 5) anden utilbørlig fremgangsmåde

²²⁵ Se for en nærmere beskrivelse FN’s informationskontor for de nordiske landes hjemmeside.

²²⁶ Se www.UN.dk/danish/menneskehandel/index.htm.

²²⁷ L 2002 380.

²²⁸ Rammeafgørelse af 19. juli 2002 (2002/629/RIA). Her er det bl.a. et krav i art.3, at der skal kunne idømmes mindst 8 års fængsel, hvilket ikke altid var muligt efter de dagældende regler.

med henblik på udnyttelse af den pågældende ved kønslig usædelighed, tvangsarbejde, slaveri eller slaverilignende forhold eller fjernelse af organer.

Stk. 2. På samme måde straffes den, der med henblik på udnyttelse af den pågældende ved kønslig usædelighed, tvangsarbejde, slaveri eller slaverilignende forhold eller fjernelse af organer

- 1) rekrutterer, transporterer, overfører, huser eller efterfølgende modtager personer under 18 år eller
- 2) yder betaling eller anden fordel for at opnå samtykke til udnyttelsen fra en person, som har myndighed over den forurettede, og den, der modtager sådan betaling eller anden fordel.

§ 262 a, er i vid udstrækning en omskrivning af rammeafgørelsens artikel 1, og som det ses, minder bestemmelsens opbygning på flere områder om § 114. Således indeholder bestemmelsens første stykke et led om tilregnelsen og strafudmålingen, mens de objektive elementer opregnes i punkt 1 til 5. Igen er der i hovedtræk tale om et "delictum sui generis" og det fremhæves tillige i motiverne, at det ikke er tilsigtet at kriminalisere nye forhold.²²⁹ Bestemmelsen blev anset som nødvendig, idet Rammeafgørelsens artikel 3, foreskriver en minimumsstrafferamme på otte år.²³⁰

Punkterne 1-3 henviser direkte til andre bestemmelser. Det skal indskydes, at punkt 5 er nykriminaliserende, hvilket til dels også gør sig gældende for punkt 4. Punkt 5 kriminaliserer et nyt forhold, idet der skal være handlet med "anden utilbørlig fremgangsmåde". Det fremgår ikke nærmere af motiverne, hvad der menes med dette og det kan anføres, at det er vanskeligt at forestille sig en "redelig handlemåde", hvormed det er muligt at udnytte nogen "... ved kønslig usædelighed, tvangsarbejde, slaveri eller slaverilignende forhold eller fjernelse af organer".²³¹ Punkt 4's ordvalg svarer til § 279's om bedrageri. Her sker fremkaldelsen af vildfarelsen dog med et andet mål for øje. Hvor vildfarelsen i § 279, skal resultere i en formueforskydning, har udnyttelsen i § 264 a, 4. punkt, en anden karakter, eksempelvis udnyttelse ved kønslig usædelighed.

Subjektivt kræves der forsæt til de enkelte punkter i 1-5. Der kræves desuden et yderligere forsæt til at "udnytte" den pågældende, hvilket i denne sammenhæng skal forstås som "økonomisk vinding".²³² Udnyttelsen skal ske ved en række handlinger, der i forvejen er kriminaliseret. Udnyttelse ved "kønslig usædelighed" er strafbar efter straffelovens §§ 228 og 229. "Tvangsarbejde og slaveri" er forbudt efter EMRK art. 4. "Slaverilignende forhold" er et væsentligt bredere begreb end "slaveri" og skal formentlig fortolkes i overensstemmelse med tillægskonventionen af 1. juli

²²⁹ Kommenteret straffelov § 262 a.

²³⁰ FX indeholder straffelovens §§ 228 og 229, en række bestemmelser om udnyttelse af andre personer til prostitution m.v. Her går strafferammerne op til henholdsvis 4 og 3 år.

²³¹ Kommenteret straffelov § 262 a.

²³² Ibid.

1957, art. 1, litra d.²³³ Slutteligt er ”fjernelse af organer” kriminaliseret i straffelovens §§ 245 og 246.

Selve tilregnelsen til ”udnyttelsen” i § 262 a, beskrives med ordene ”med henblik på”. Dette er at genfinde i rammeafgørelsens artikel 1, stk. 1. Det må påpeges, at denne vending ikke fremgår af andre bestemmelser i straffeloven, men at det på baggrund af det, der blev anført under ”Skærpet forsæt” i afsnittet ”Hensigt”, kan tolkes som et udtryk for dansk rets almindelige forsætsbegreb.²³⁴ Det fremgår desuden af rammeafgørelsen, at der kan domfældes for grov uagtsomhed i tilfælde, hvor offeret har været i livsfare.²³⁵ Hvorvidt dette er blevet anset som værende for vidtgående i forhold til dansk ret, må henstå i det uvisse, idet der intet fremgår af forarbejderne eller lovkommentaren.²³⁶

Endeligt må det fremhæves, at ordvalget tillige betyder, at bestemmelsen har et fremrykket fuldbyrdelsesmoment. Der kan således straffes for fuldbyrdet menneskehandel, hvis der i forbindelse med transporten af offeret for eksempel kan bevises forsæt til fjernelse af organer, uden at indgrebet konkret er foretaget endnu.

Straffelovens § 262 a, stk. 1, er igen et eksempel på en bestemmelse, hvor forsætskravet er blevet kvalificeret. Der skal således foreligge en vidererækkende ”hensigt” ved foretagelsen af de i forvejen strafbelagte handlinger. Som anført, er § 262 a, primært tænkt som en strafskærpsregel. Dette understreges yderligere af stk. 2, hvor de forudgående ”tvangshandlinger” ikke behøver at være foretaget for at fuldbyrde forbrydelsen i tilfælde, hvor offeret er under 18 år.

2.2.3 Tortur

Der vil i dette afsnit kort blive gjort rede for, hvorledes tortur straffes efter dansk lovgivning. Der vil primært blive fokuseret på voldsbestemmelserne i straffeloven, idet Danmark ikke har en selvstændig torturbestemmelse. Ansvar for medvirken, jf. FN’s torturkonvention artikel 4, stk. 1 in fine, vil ikke blive nærmere behandlet, men det antages i hovedtræk, at ansvar for medvirken er

²³³ ”Enhver ordning eller sædvane, hvorefter et barn eller ungt menneske under 18 år mod eller uden betaling overgives en anden, enten af sine forældre eller en af dem eller af sin værge, med henblik på udnyttelse af barnet, respektivt det unge menneske, eller dets arbejdskraft”.

²³⁴ Jf. ligeledes Kommenteret straffelov § 262 a, hvor det anføres, at der i udtrykket næppe ligger en afvigelse fra det almindelige krav om forsæt.

²³⁵ Rammeafgørelsens art. 3, stk. 2, litra a; ved lovovertrædelsen er offeret forsætligt eller groft uagtsomt blevet bragt i livsfare.

²³⁶ Det skal dog nævnes, at en sådan uagtsom følge vil kunne straffes efter straffelovens § 246, jf. § 20.

omfattet af straffelovens § 23 og § 151. Torturspørgsmålet vil ikke blive behandlet nærmere i forhold til den militære straffelov.²³⁷

2.2.3.1 Baggrund

Mange mennesker verden over dør under tortur. For de, som overlever, fortsætter livet under radikalt ændrede forudsætninger, fordi tortur altid sætter varige spor i psyken hos den person, overgrebet er begået imod.

Danmark var et af de første lande til at tiltræde FN-konventionen af 10. december 1984 mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.²³⁸ I konventionens artikel 1, stk. 1, defineres tortur således:

Art. 1 I denne konvention betyder udtrykket »tortur« enhver handling, ved hvilken stærk smerte eller lidelse, enten fysisk eller mental, bevidst påføres en person med det formål at fremskaffe oplysninger eller en tilståelse fra denne eller en tredjemand, at straffe ham for en handling, som han selv eller en tredjemand har begået eller mistænkes for at have begået, eller at skræmme eller lægge tvang på ham eller en tredjemand, eller af nogen grund baseret på nogen form for forskelsbehandling, når en sådan smerte eller lidelse påføres af eller på opfordring af en offentlig ansat eller en anden person, der virker i embedes medfør eller med en sådan persons samtykke eller indvilligelse. Smerte eller lidelse, der alene er en naturlig eller tilfældig følge eller del af lovlige sanktioner, er ikke omfattet.

Tortur er ligeledes forbudt efter den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der er gældende ved lov i Danmark.²³⁹ Forbudet lyder således:

Art. 3 Ingen må underkastes tortur og ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

2.2.3.2 Tortur i dansk ret

Danmark har i modsætning til en række andre lande ikke nogen selvstændig torturbestemmelse.²⁴⁰ En selvstændig strafhjemmel for tortur er imidlertid ikke et absolut krav, så længe enhver torturhandling kan straffes efter de enkelte deltagende staters almindelige lovgivning, jf. konventionens artikel 4. I forbindelse med ratifikationen af FN's torturkonvention fremgår det af

²³⁷ Efter den militære straffelov kan tortur i krigstid straffes efter § 25, og i fredstid efter § 15. Den maksimale strafferamme efter de to bestemmelser er henholdsvis 12 og 1 års fængsel.

²³⁸ FT 1986/87, sp. 6744.

²³⁹ LBK nr. 750 af d. 19. oktober 1998.

²⁴⁰ Se fx Frankrigs straffelov art. 222-1, Luxembourgs straffelov art. 260-1 og Belgiens straffelov art. 417bis.

bemærkningerne til beslutningsforslaget²⁴¹, at torturhandlinger kan straffes efter en række nugældende bestemmelser i straffeloven.²⁴² Umiddelbart lever Danmark op til sine forpligtelser i henhold til torturkonventionen.²⁴³

De mest almindeligt forekomne torturhandlinger i henhold til torturkonventionens artikel 1, vil kunne subsumeres under voldsparagrafferne i straffelovens §§ 244-246. Hvor det i henhold til konventionens artikel 1, er en forudsætning, at handlingerne udføres af en offentlig myndighedsperson, er dette i princippet uden betydning for strafansvaret efter voldsparagrafferne.²⁴⁴ Gerningsmanden vil således alene blive dømt efter disse bestemmelser, men hans status som offentlig myndighedsperson kan dog få en indflydelse på straffens udmåling.²⁴⁵ Mens straffelovens § 244, gør anvendelsesområdet endnu videre i forhold til konventionens artikel 1, hvor det tillige er en forudsætning, at der skal være tale om stærk smerte, er det langt mere tvivlsomt, i hvor høj grad og under hvilke omstændigheder psykisk smerte er omfattet af straffeloven, selvom det ikke helt kan afvises ud fra formuleringen af §§ 245-246, jf. ordene ”helbred” og ”alvorlig skade”.

Visse torturhandlinger kan ligeledes være indeholdt i andre bestemmelser i straffeloven. Af disse er § 260, af størst interesse. Angrebsobjektet er personens evne til selvbestemmelse, jf. ”gøre, tåle eller unklade noget”. Bestemmelsen har således et meget bredt anvendelsesområde og omfatter for eksempel indsmøring, afklædning eller anden nedværdigende behandling. Trusler om vold kan rettes mod personen, der tvinges, men kan også rettes mod dennes nærtstående.²⁴⁶ Sammenholdt med § 245 og § 266, om trusler, der er egnet til at indgyde frygt for andres eller eget liv, er disse bestemmelser tættest på en situation, der kan karakteriseres som psykisk tortur.

Det kan virke ejendommeligt, at Danmark ikke har en selvstændig torturbestemmelse, når det har vist sig nødvendigt og muligt at indføre selvstændig strafhjemmel for folkedrab, terror og

²⁴¹ Folketingstidende 1986/87 A sp. 4040ff.

²⁴² Straffelovens kap. 16, §§ 244-246, § 250, § 252, §§ 260-261, § 266, alle sammenholdt med § 23.

²⁴³ Folketingstidende FF 2004/05 s. 1456.

²⁴⁴ Straffelovens kapitel 16, omhandler forbrydelser begået af offentlige myndighedspersoner, men personkredsen er snævrere end forudsat i konventionens artikel 1, og gælder kun hvis gerningsmanden er i dansk tjeneste.

²⁴⁵ U 1990.810Ø hvor der blev straffet for overtrædelse af § 245: ”Straffen er fastsat under hensyn til, at der er tale om en umotiveret, grov og meningsløs magtdemonstration overfor en forsvarsløs person begået af en politibetjent under udførelsen af sit arbejde”. Retstilstanden er nu kodificeret i straffelovens § 81, nr. 7.

²⁴⁶ Kommenteret straffelov § 260.

menneskehandel. FN's torturkomite er bekymret over, at Danmark ikke opererer med en definition af tortur og har da også anbefalet Danmark at indføre en selvstændig torturbestemmelse.²⁴⁷

Ved seneste forslag om indførelsen af en selvstændig torturbestemmelse i dansk ret var et af argumenterne, at forsætskravet til torturforbrydelsen i konventionens forstand ikke kan subsumeres under straffelovens bestemmelser, idet tortur udøves med et særligt formål for øje.²⁴⁸ Det, der gør torturforbrydelsen særlig, er at der fra torturudøverens side er et ønske om at opnå en tilståelse, andre oplysninger eller lignende. Som det er tilfældet med folkedrab, terror og menneskehandel skal der således være forsæt til "noget mere", hvilket fremgår af ordlyden af konventionens artikel 1, jf. "... enhver handling, ved hvilken stærk smerte (...) bevidst påføres en person med det formål...". Konventionens artikel 1, er i opbygning stort set identisk med folkedrabskonventionens artikel II, samt rammeafgørelserne om terror og menneskehandel. Der er i alle tilfælde tale om ofte meget grove forbrydelser med et vidererækkende forsæt. Som det fremgår, er det ingenlunde umuligt at indføre en bestemmelse, der eksplicit kriminaliserer tortur.

Der er tidligere blevet argumenteret for, at de mange spredte bestemmelser med vidt forskellige strafferammer er et problem i forhold til konventionens artikel 4(2), vedrørende en passende straf. Samtidig har det været nævnt, at mange af forbrydelserne ville være forældet, inden de kunne pådømmes, jf. forældelsesreglen i straffelovens § 93, stk. 1. Konventionen indeholder ikke bestemmelser, der indicerer, at strafansvar for tortur kan forældes og følgelig vil de almindelige forældelsesregler i straffelovens kapitel 11, finde anvendelse. Dette problem er imidlertid løst, idet der ved indførelsen af straffelovens § 93 a, har sikret, at en forbrydelse omfattet af en mellemfolkelig overenskomst, som Danmark har tiltrådt, ikke forældes.²⁴⁹

Afslutningsvist skal det anføres, at torturens bagvedliggende voldshandlinger eller trusler kan straffes efter dansk lovgivning, men de kan ikke få prædikatet "tortur", eftersom det ikke eksisterer i dansk ret. En diskussion, om hvorvidt det er tilrådeligt at indføre en selvstændig torturbestemmelse, vil primært have en retspolitisk karakter, hvilket falder uden for dette speciales emne. Umiddelbart er der dog intet til hinder for, at en sådan bestemmelse vil kunne indføres i dansk ret.

²⁴⁷ Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Denmark 28/05/02 CAT/C/CR/28/1 (28 session).

²⁴⁸ B 13 om inkorporering af torturkonventionen, FT 2004/5 A.

²⁴⁹ Lov nr. 364 af 24. maj 2005.

2.2.4 Sammenfatning

Sammenfattende må det anføres, at det karakteristiske ved de tre ovennævnte forbrydelser er, at de alle indeholder et yderligere subjektivt element ud over forsæt til at afstedkomme det objektivt beskrevne gerningsindhold. Dette subjektive overskud fremrykker for det første forbrydelsernes fuldbyrdelsesmoment, men det er samtidig med til at kvalificere disse gerninger som ”noget særligt”. Netop dette yderligere subjektive krav er afgørende for, om en forbrydelse kan ”kvalificeres” som eksempelvis terror, selvom handlingen isoleret set er både objektivt og subjektivt identisk med handlinger, der i forvejen er kriminaliseret andre steder i straffeloven. Grundet princippet *nullum crimen sine lege* kræver brugen af prædikatet ”terrorist” eller ”menneskehandel” lovhjemmel og derfor har det været nødvendigt med disse nye bestemmelser. Reelt kommer bestemmelserne til at virke strafskærpene i forhold til de underliggende forbrydelser, idet strafmaksimum for disse objektivt ens handlinger hæves, når de begås med terrorforsæt eller forsæt til menneskehandel. For torturs vedkommende er vurderingen af de subjektive krav identisk med terror og menneskehandel. De i forvejen kriminaliserede handlinger skal være foretaget med forsæt til at opnå ”noget mere”. I dansk ret er det dog ikke muligt at anvende prædikatet ”tortur”, da man ikke har en bestemmelse, der omfatter dette yderligere subjektive krav.

Mens der har været nogen diskussion om, hvorvidt terror skulle begås med direkte forsæt i form af hensigt, er forarbejderne til bestemmelsen om menneskehandel tavse på dette område. Sikkert er det dog, at begge forbrydelser kan fuldbyrdes ved alle grader af forsæt og tilregnelseskravet er derfor ikke skærpet til et krav om direkte forsæt. Det samme gør sig gældende for tilregnelseskravet til torturforbrydelsens underliggende handlinger, der hver især er kriminaliseret i straffeloven.

2.3 Delkonklusion

Forbrydelserne folkedrab, terror, menneskehandel og tortur som defineret i torturkonventionen, indeholder alle et subjektivt krav om ”noget mere” end den objektive realisering af gerningsindholdet. Herudover er det særlige ved bestemmelserne, at deres objektive elementer alle består af selvstændigt kriminaliserede forhold. Der er således tale om en lovteknisk konstruktion benævnt *delictum sui generis*. Denne konstruktion har resulteret i en diskussion, om hvad der materielt ligger i det yderligere subjektive krav, da det netop er dette, der ”kvalificerer” adfærden og eksempelvis gør grov vold til enten folkedrab, terror, menneskehandel eller tortur. Et sådan

yderligt subjektivt krav er i folkeretten blevet benævnt *dolus specialis*, ”specific intent/special intent”, og er i dansk ret fortrinsvist omtalt som værende særligt kvalificerende eller skærpet. Om dette blot skal forstås som en sproglig konsekvens af, at to objektivt identiske forhold kan adskilles fra hinanden, eller om der heri tillige ligger et tilregnelserkrav om direkte forsæt, må overordnet anses som uafklaret. For dansk rets vedkommende er der imidlertid ikke set tilfælde, hvor dette yderlige subjektive krav ikke kan opfyldes af et almindeligt forsæt.

3 Dolus specialis i dansk ret

Folkedrab som defineret i folkedrabskonventionens artikel II, og som forefindes i folkedrabsloven, indeholder et særligt subjektivt krav, der i folkeretten er blevet benævnt *dolus specialis*. Den tekniske konstruktion af folkedrab i sin kriminaliserede form er identisk med forholdsvis nye bestemmelser i straffeloven, der definerer terror og menneskehandel som selvstændige forbrydelser, samt torturdefinitionen som indeholdt i torturkonventionen. I specialets første del blev det undersøgt, hvilke krav dansk ret stiller til en forbrydelses gerningsindhold og momenter og i specialets anden del var det særlige ved de nævnte forbrydelsers subjektive krav genstand for en nærmere behandling. De konklusioner, der blev foretaget heri, vil i det følgende blive sammenholdt for at komme specialets hovedformål nærmere: Et svar på spørgsmålet om, hvorvidt dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser harmonerer med den særlige subjektive forsætsgrad *dolus specialis*.

3.1 Dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser kontra *dolus specialis*

Folkedrab, terror, menneskehandel og tortur er opstået som selvstændige forbrydelser på baggrund af folkeretligt samarbejde. En del af det materiale, der blev benyttet i specialets anden del, særligt i forbindelse med fastlæggelsen af forbrydelsens subjektive krav, har derfor sin oprindelse i folkeretten.²⁵⁰ Inden det endeligt kan fastlægges, om der er normharmonier og om eventuelle reformuleringer/præciseringer er påkrævet, er det nødvendigt først at undersøge forholdet mellem folkeret og dansk ret for at kunne afgøre, i hvor høj grad de folkeretlige fortolkningsbidrag kan tillægges vægt.

3.1.1 Forholdet mellem folkeret og dansk ret

Overordnet er der to hovedgrupper af teorier om forholdet mellem folkeret og national ret, opdelt mellem et dualistisk henholdsvis monistisk ideal. Udgangspunktet i de dualistiske teorier er, at folkeret og national ret er to forskellige systemer med forskellige retssubjekter, retskilder og retsakter. Eksempelvis vil en gyldigt ratificeret traktat i henhold til en dualistisk opfattelse ikke kunne skabe ret eller være en retskilde i det nationale retssystem, medmindre der ved inkorporering skabes hjemmel. De monistiske teorier anser derimod ikke folkeret og national ret som to adskilte

²⁵⁰ Her tænkes særligt på folkedrab.

systemer, men derimod som en enhed i den forstand, at folkeret har forrang for national ret.²⁵¹ En ratificeret traktat vil derfor ikke kræve yderligere retsskridt end selve statens ratificering for at få gyldighed i lighed med national lovgivning.

I dansk ret er det teoretiske udgangspunkt dualisme.²⁵² Trods dette udgangspunkt er der opstillet nogle regler/retningslinier, der modificerer dette. I forbindelse med forholdet mellem folkeret og dansk ret opstilles der en *fortolkningsregel*, i henhold til hvilken national ret i tilfælde af uklarhed eller fortolkningstvivil skal fortolkes på en sådan måde, at overensstemmelse med folkeretten bedst opnås. Der opstilles herudover en *formodningsregel*, idet det formodes, at en national retsregel som udgangspunkt ikke tilsigter at stride mod Danmarks folkeretlige forpligtelser, medmindre det modsatte udtrykkeligt fremgår. I modsætning til fortolkningsreglen forudsætter *formodningsreglen* således ikke, at national ret er uklar. Endelig er der i forbindelse med administrative myndigheders skønmæssige afgørelser og administrativ regulering opstillet en *instruktionsregel*.²⁵³ Ifølge *instruktionsreglen* skal en myndighed - der udøver skønmæssige beføjelser eller foretager administrativ regeludstedelse inden for et retsområde, som helt eller delvist også er reguleret af folkeretten - udøve sine beføjelser på en sådan måde, at brud på Danmarks folkeretlige forpligtelser undgås. Dog kun så vidt dette er muligt inden for rammerne af den pågældende myndigheds skønmæssige beføjelse henholdsvis administrative beføjelse til at fastsætte regler.

Det teoretiske dualistiske udgangspunkt er således modificeret men ikke i en sådan grad, at det er muligt at tale om et nyt monistisk udgangspunkt. Retstilstanden er blevet betegnet *praktisk monisme* i den forstand, at folkeret udgør en retskilde i dansk ret og at retsanvendende myndigheder i visse situationer kan benytte folkeret uden udtrykkelig hjemmel, eksempelvis i forbindelse med forståelsen og anvendelsen af nationale retsregler.²⁵⁴ Udvikling af og den store tilslutning til menneskerettigheder og etablering af supranationale organisationer som EF/EU har især medført behov for en revurdering/modificering af det dualistiske udgangspunkt. En

²⁵¹ Overordnet var "monisterne" delt i to skoler. Den anden skole var af den opfattelse, at folkeret ikke havde forrang - *primat*, for national ret i tilfælde af konflikt (monisme med statsretsprimat). Denne opfattelse har dog ikke i dette århundrede haft mange tilhængere, og fra og med tiden mellem 1. og 2. verdenskrig var alle monister af den overbevisning, at folkeretten havde forrang for national ret (monisme med folkeretsprimat), jf. fx Spiermann: Folkeret s. 131.

²⁵² En opfattelse der særligt har været repræsenteret af Alf Ross. Ligeledes Spiermann, dog i en mere nuanceret forståelse, jf. om sameksistensens og samarbejdets folkeret, Spiermann: "*Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede*", Juristen 2001, s. 1-29 samt Spiermann: Folkeret, s. 136ff.

²⁵³ Betegnelsen anvendes af Zahle, jf. Zahle: Dansk forfatningsret 2, s. 273ff.

²⁵⁴ Espersen hævdede at "traktater uden videre er en del af intern ret", Espersen: Traktater, s. 163. Det er fra samme forfatter og værk, at betegnelsen *praktisk monisme* stammer. Betegnelsen er tillige benyttet til at beskrive retstilstanden af Zahle: Dansk forfatningsret 2, s. 268.

nødvendighed, der tillige er foranlediget af en øget udviskning mellem indenrigspolitiske og udenrigspolitiske emner, medført af et stigende internationalt samarbejde og globaliseringen.²⁵⁵

Selvom det ikke er muligt præcist at beskrive forholdet mellem folkeret og dansk ret, opstår der næppe problemer i forbindelse med at afgøre, om folkerettens bidrag til forståelsen af forbrydelserne, især forbrydelsen folkedrab, umiddelbart kan tillægges vægt ved fortolkning af de danske bestemmelser. Dette er ligeledes tilfældet såfremt det oprindelige dualistiske udgangspunkt fastholdes.

Folkedrabskonventionen er inkorporeret i dansk ret ved lov-omskrivning i form af folkedrabsloven og folkedrabsdefinitionen går igen i Statuten til ICC, der er inkorporeret ved lov-henvisning, L 2001-05-16 nr. 342, om Den Internationale Straffedomstol. Herudover er folkedrabsdefinitionen indeholdt i statutterne til ICTY og ICTR, hvilke til dels er inkorporeret i dansk ret.²⁵⁶ Ligeledes er folkedrab som forbrydelse en del af folkeretlig sædvaneret.²⁵⁷

Hvad angår forholdet mellem praksis fra ad hoc tribunalerne og ICC, som omhandler folkedrabsdefinitionen og forståelsen af de bestemmelser, der er indeholdt i dansk ret, synes der på baggrund af selve karakteren af forbrydelsen og det betydelige hjemmelsgrundlag i dansk ret at kunne drages visse paralleller til forholdet mellem den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den Europæiske Menneskerettigheds Domstol.²⁵⁸ Den væsentligste forskel må ligge i, at EMD var en integreret del i EMRK og en sådan konstruktion ikke direkte var indeholdt i folkedrabsdefinitionen. Folkedrabsdefinitionen er blevet og vil i fremtiden blive anvendt af internationale dømmende organer og dette må til en vis grad siges at have været tilsigtet/forudset

²⁵⁵ Se fx om denne udviklings betydning for forholdet mellem folkeret og dansk ret, Jonas Christoffersen: ”Folkerettens virkning i dansk ret”, UfR 2001B, s. 143-148. Her argumenteres bl.a. for, at udgangspunktet for drøftelsen af folkerettens status i dansk ret, særligt i forbindelse med menneskerettigheder, skal tages i spørgsmålet om retsvæsnets beskyttelse af de individuelle rettigheder, der tilkommer individer efter folkeretten. Se ligeledes Mohammed Ashan og Søren Skibsted: ”Menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status i dansk ret”, Juristen nr. 3, 2002, s. 92-104. For udviklingens betydning for forholdet mellem regeringens udenrigspolitiske prærogativ og magtfordelingen mellem regeringen og folkettinget, se Helle Krunke: ”Når udenrigspolitik er indenrigspolitik, og indenrigspolitik er udenrigspolitik”, Djøf, 2003, s. 153-168.

²⁵⁶ Se lov nr. 1099 af 21. december 1994, om strafforfølgning ved ICTY til pådømmelse af krigsforbrydelser i det tidligere Jugoslavien og denne lovs § 5. Efter denne bemyndigelsesbestemmelse blev efterfølgende udstedt bekendtgørelse nr. 832 af 30. oktober 1995, der bekendtgjorde, at loven om strafforfølgning ved ICTY tillige finder anvendelse på strafforfølgning ved ICTR, jf. tillige note 130.

²⁵⁷ Om folkeretlige retssædvaner og deres særlige gennemslagskraft i dansk ret, se Spiermann: ”Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede”, Juristen 2001, s. 1-29. Her benyttes dog udtrykket ”sameksistensens folkeret” og grundsynspunktet er, at det ikke som efter den gængse opfattelse er den nationale kontekst der forklarer retssædvaners særlige gennemslagskraft, men derimod afgrænsningen af den nationale kontekst over for den internationale kontekst, jf. særligt artiklens s. 9 og 12 samt sammenfatningen s. 29.

²⁵⁸ I forbindelse med diskussionen om hvorvidt EMD's praksis er bindende for fortolkning af EMRK i dansk ret, se fx Spiermann: Folkeret, s. 158 samt Jens Elo Rytter: ”Grundrettigheder. Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten”, s. 118-128, forlaget Thompson.

ved folkedrabskonventionens tilblivelse, jf. dennes artikel VI. En følge der vel endvidere ligger implicit i selve karakteren af forbrydelsen. I Karnovs kommentar til folkedrabsloven konstateres det efter en opregning af de steder folkedrabsdefinitionen er indeholdt i danske ret, at ”Den danske lovs begreber fortolkes i overensstemmelse med de internationale retskilder og domspraksis”.²⁵⁹

Den praksis, der er udviklet af ICTY og ICTR og den praksis, der måske i fremtiden vil blive udviklet af ICC, må således antages at finde anvendelse ved forståelsen af folkedrab som forbrydelse i dansk ret.

Forbrydelserne terror og menneskehandel har baggrund i en adskillige multilaterale traktater, men de to forbrydelsers respektive bestemmelser i straffeloven er hovedsagligt tilvejebragt på baggrund af fællesskabsretsakter i form af rammeafgørelser fra Rådet. TEU artikel 34, litra b), præciserer forholdet mellem rammeafgørelser og national ret. I henhold til bestemmelsen er rammeafgørelser med hensyn til deres tilsigtede mål bindende for medlemsstaterne, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.²⁶⁰

Den forståelse, der kan udledes af Rådets rammeafgørelser om terror og menneskehandel, skal derfor benyttes ved fortolkning af forbrydelserne i dansk ret. Torturkonventionen er endnu ikke inkorporeret i dansk ret, men sammenligninger må kunne drages henset til forbrydelsens tekniske struktur.

3.1.2 Normharmonis?

I dansk ret stilles der som udgangspunkt få krav til en forbrydelsers gerningsindhold og momenter. Objektivt stilles der krav om lovhjemmel og subjektivt om skyld (tilregnelse). Forbrydelserne folkedrab, terror, menneskehandel og tortur er særlige i den forstand, at deres objektive elementer alle er selvstændigt kriminaliserede forhold og det, der adskiller forbrydelserne og deres underliggende handlinger, er et yderligere subjektivt moment. Forbrydelserne har derved et

²⁵⁹ Karnov, s. 4992.

²⁶⁰ Definitionen af rammeafgørelser svarer stort set til definitionen af direktiver i TEF artikel 249. Der er dog den væsentlige forskel, at det fremgår udtrykkeligt af TEU artikel 34, litra b), at rammeafgørelser ikke har direkte virkning. Det var EF-domstolen der udviklede reglerne om direktivers direkte virkning og når det i definitionen af rammeafgørelser udtrykkeligt anføres, at direktiver ikke tillægges en sådan virkning, kan dette nok ses som et forsøg på at undgå overraskelser fra EF-domstolen, der er kendt for at udvise stærk vilje til at skabe fremdrift i integrationsprocessen. Se nærmere ”Rets- og udlændinge-politikken i EU”, Småtryk fra Folketinget, nr. 5, juli 2004, s. 114.

subjektivt overskud og fraviger således udgangspunktet om fuld dækning mellem en forbrydelses objektive og subjektive elementer. En sådan konstruktion i form af et fremrykket fuldbyrdelsesmoment er fuldt foreneligt med dansk ret.²⁶¹ Desuden er selve den særegne lovtekniske struktur, hvorved et særligt forhold hvis strafbarhed har selvstændig hjemmel, men som kun kommer i betragtning, når der er tale om et forhold, der kan henføres under en almindelig strafbelagt bestemmelse, kendt og foreneligt med dansk ret: *delictum sui generis*.

Forbrydelseernes karakteristiske og yderligere subjektive element ”kvalificerer” det subjektive krav til ens handlinger og gør derved samme strafbare forhold til eksempelvis folkedrab eller terror. På denne baggrund er det således nærliggende at kræve, at en i forvejen strafbar handling skal udføres med et særligt motiv eller bagvedliggende intention, førend det kan kvalificeres som folkedrab, terror, menneskehandel eller tortur. Dette virker umiddelbart som stridende mod udgangspunktet i dansk ret, hvor motivet eller en gerningsmands bagvedliggende intentioner som alt overvejende hovedregel kun tillægges betydning for strafudmålingen, jf. straffelovens § 80. At der gribes til sådanne vendinger, er nok snarere (uheldige) sproglige udtryk for forbrydelseernes subjektive krav om ”noget mere” henset til deres særlige karakter og lovtekniske struktur. Motivets betydning må antages at være uden betydning for strafansvaret i forbindelse med fastlæggelsen af forbrydelseernes subjektive krav, hvilket er i overensstemmelse med dansk ret. For folkedrabs vedkommende er det dog uklart, om et folkedrabsmotiv er en selvstændig betingelse for strafansvaret. Ordene ”som sådan” (as such) skal måske opfattes som et selvstændigt krav om tilstedeværelsen af et motiv, men henset til definitionens alder og tidligere tiders forståelse af begrebet motiv er dette næppe tilfældet i dag.²⁶² Dette understøttes desuden af praksis fra ICTY og ICTR. En endelig afklaring kommer muligvis i forbindelse med ICC’s behandling af folkedrabsdefinitionen i fremtiden.

Det særlige folkedrabsforsæt er i folkeretten betegnet *dolus specialis* og det har været diskuteret, om der heri ligger et krav om, at kun et direkte forsæt er tilstrækkeligt, førend forbrydelsen er fuldbyrdet. Dette må endnu anses for uafklaret. I dansk ret har der i tidligere tider eksisteret en lignende diskussion i forbindelse med tilregnelleskravet i straffebestemmelser med et fremrykket

²⁶¹ I forbindelse med folkedrab har det været diskuteret, om ikke folkedrabsforsættet til en vis grad skal have manifesteret sig objektivt. I VGB er der i overensstemmelse hermed opstillet et yderligere kontekstuel element. Et sådan krav skal nok snarere ses som et resultat af den kontekst, hvori forbrydelsen anvendes. Jf. ovenfor under afsnittet ”Forholdet mellem Folkedrabs acts reus og mens rea” samt ”Vejledende beskrivelser af gerningsindholdet/Elements of Crime”.

²⁶² For motivets betydning for strafbarheden, se afsnittet ”Motiv” og særligt for folkedrabs vedkommende, afsnittet ”Motivets betydning”.

fuldbyrdsmoment, der indeholder ordet ”hensigt” eller omskrivninger af dette. Meget tyder på at lovgiver stadigvæk mener, at en sådan fortolkning er mulig, men der forekommer ingen eksempler på dette i praksis. Henset til, at folkedrab har en meget teoretisk karakter i dansk ret og derfor ikke har været genstand for indgående behandling, kan det med støtte i straffelovens forarbejder ikke med sikkerhed afgøres, hvorvidt folkedrabslovens brug af ordet ”hensigt” skal fortolkes som et krav om direkte forsæt. Derimod har den forholdsvis nye bestemmelse om terrorisme væsentlig større praktisk relevans og er blevet behandlet mere indgående. Det første udkast til den danske terrorbestemmelse indeholdt ordet ”hensigt”, men dette blev erstattet med ”forsæt”, idet lovgiver netop ønskede at præcisere, at dansk rets almindelige forsætsbegreb skulle finde anvendelse ved dette yderligere subjektive element. Bestemmelsen om menneskehandel i straffeloven benytter sig af vendingen ”med henblik på” ved beskrivelse af tilregnelskravet. ”Med henblik på” kan lige så vel være en omskrivning af ”hensigt” som ordene ”for at” og lignede, men det er antaget, at dansk rets almindelige forsætskrav finder anvendelse ved bestemmelsens subjektive krav. Ligeledes er ordlyden af folkedrabsdefinitionen i Statutten til ICC ændret, således at ”hensigt” er erstattet med ”forsæt”, selvom det klart fremgår af forarbejderne, at der ikke er tiltænkt nogen realitetsændring og at folkedrabsdefinitionen, som indeholdt i Statutten, skulle være identisk med definitionen i folkedrabskonventionen og folkedrabsloven. Meget tyder derfor på, at den danske folkedrabsdefinition ikke forudsætter et direkte forsæt – i hvert fald ikke såfremt bestemmelsen udelukkende fortolkes i henhold til dansk retstradition. Selvom det i folkeretten, eksempelvis i forbindelse med ICC’s behandling af folkedrab, endelig afgøres, at kun et direkte forsæt kan medføre strafansvar, vurderes dette imidlertid ikke til at være i strid med dansk ret; en skærpelse af forsætskravet må stadigvæk antages at være mulig, selvom der endnu ikke er set eksempler på dette i dansk retspraksis.

Det må antages, at den danske folkedrabslov lever op til de danske forpligtelser i henhold til folkedrabskonventionen. Det samme gør sig gældende for terror og menneskehandel efter Rådets rammeafgørelser. Forbrydelsernes tekniske struktur og derved særlige subjektive krav vurderes til at harmonere med dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser. Det samme gør sig gældende for det tilfælde, at der i forbrydelsernes særligt kvalificerende subjektive ansvarsbetingelse indfortolkes, at kun et direkte forsæt medfører strafansvar.²⁶³ Grundet

²⁶³ Folkedrabsdefinitionen indeholder ingen ord der umiddelbart kan give anledning til fortolkningstvivel som i dansk ret. Kun den danske oversættelse indeholder ordet ”hensigt”. Diskussionen er i folkeretten højst sandsynligt opstået på baggrund af selve forbrydelsens tekniske struktur og det at forbrydelsens særlige subjektive krav er indeholdt i selve

legalitetsprincippet kan en handling ikke straffes som tortur her i landet, men torturdefinitionen vurderes ligeledes til at harmonere med dansk retstradition.

3.1.3 Reformulering?

Torturkonventionen er endnu ikke inkorporeret i dansk ret men menneskehandel og terror er indeholdt i straffeloven. For terror og menneskehandels vedkommende er forståelsen af bestemmelserne i overensstemmelse med udformningen og placeringen. Der er for disse forbrydelsers vedkommende næppe behov for en reformulering.²⁶⁴

For folkedrabs vedkommende er situationen en anden. Folkedrab er først og fremmest kriminaliseret i en særlov, hvilket henset til forbrydelsens karakter anses som værende uhensigtsmæssigt. I henhold til straffelovens § 19, er udgangspunktet i dansk ret, at forsætlige forbrydelser placeres i straffeloven og forhold, hvis strafbarhed alene er betinget af uagtsomhed, placeres i særlove. Heri ligger desuden en formodning om, at et forholds strafværdighed er afgørende for, om det kriminaliseres i straffeloven eller i særlovgivningen.²⁶⁵ Det kan undre, at en forbrydelse som folkedrab, der er benævnt ”The Crime of Crimes”, ikke forefindes i den danske straffelov.²⁶⁶ I folkedrabslovens § 2 anføres, at forsøg på og medvirken til folkedrab er strafbart, hvilket er overflødigt henset til dansk rets almindelige regler om forsøg og medvirken, jf. straffelovens § 21, og § 23. Folkedrabsloven kriminaliserer desuden drab med samme maksimumsstraf som drab i straffelovens § 237, og det er ligeledes overflødigt at det i folkedrabsloven nævnes, at der ikke kan idømmes straf på tid over 16 år, da dette fremgår af straffelovens § 33.²⁶⁷

Den noget uheldige lovkonciperings skal højst sandsynligt ses i lyset af folkedrabs ringe praktiske relevans i dansk ret. Henset til, at ICC ligeledes har jurisdiktion over folkedrab, er det næppe sandsynligt, at en dansk domstol får mulighed for at fortolke folkedrabsbestemmelsen.

definitionen, jf. fx ovenfor under afsnittet ”Graden af forsæt”. Henset til at forbrydelser som fx terror på dette punkt er identiske med folkedrab vil samme spørgsmål nok opstå i folkeretligt forum ved fortolkning af den nuværende terrordefinition - fx blev det overvejet om ICC tillige skulle have jurisdiktion over terror, men forbrydelsen blev ikke vurderet til at være alvorlig nok, jf. fx Schabas: An Introduction to ICC, s. 28 samt F. t. I. om Den Internationale Straffedomstol, tillæg A (67), s. 529.

²⁶⁴ Terrorbestemmelsen kriminaliserer et meget bredt spektrum af handlinger med en meget høj strafferamme og har af den grund medført en del kritik. Hvorvidt en reformulering af den grund er nødvendig ligger uden for dette speciales emne. Diskussionen er overordnet af retspolitisk karakter.

²⁶⁵ Fx er særligt grove tilfælde af visse overtrædelser af særlovgivningen selvstændigt kriminaliseret i straffeloven netop for at understrege deres strafværdighed. Eksempelvis er grove overtrædelser af lov om euforiserende stoffer eller våbenloven indeholdt i straffelovens § 191, henholdsvis § 192 a.

²⁶⁶ Kritik af retstilstanden er bl.a. fremført af Greve i artiklen ”Er straffeloven forældet?”, jf. særligt s. 25.

²⁶⁷ For en mere kritisk kommentar vedrørende inkorporeringen og udformningen af folkedrabsloven, se Espersen: Traktater, s. 179.

Tankegangen har siden Danmarks ratificering af folkedrabskonventionen været, at hvis nogen ønskede at begå folkedrab, ville den siddende statsmagt, inden folkedrabet blev iværksat, have ændret intern ret, eller at ingen i staten kunne strafforfølge de ansvarlige.²⁶⁸ Et synspunkt der i denne forbindelse er uden stor juridisk relevans, men alligevel en opfattelse, der har været gennemgående for folkedrab som forbrydelse i dansk ret.²⁶⁹

Hvad angår selve forsætskravet er det misvisende, at der er forskel i det sproglige udtryk for dette i folkedrabskonventionen og folkedrabsloven i forhold til definitionen, som den forefindes i Statuttens artikel 6. Da det stadigvæk må anses for uafklaret, om ordet ”hensigt” eller omskrivninger af dette betyder en skærpelse af det almindelige forsætskrav, er en præcisering påkrævet.²⁷⁰

På baggrund af tidligere tiders forståelse, herunder straffelovens forarbejder, af ordet hensigt og omskrivninger af dette er det mere hensigtsmæssigt, om det udtrykkeligt præciseres, at en forbrydelses subjektive krav kun kan opfyldes af direkte forsæt eksempelvis ved brug af vendingen: direkte forsæt. Det må anses for uhensigtsmæssigt, at det på nuværende tidspunkt er uklart om, hvornår der ved fortolkning af særlige udtryk for en forbrydelses subjektive krav, er indeholdt en skærpelse af forsættet. Opfyldelse af en forbrydelses subjektive krav er afgørende for strafansvar og den nuværende retstilstand kan være betænkelig i forhold til legalitetsprincippet.

3.2 Delkonklusion

Den folkeretlige forståelse af forbrydelserne folkedrab, terror og menneskehandel skal i vid udstrækning lægges til grund ved fortolkningen af forbrydelserne i dansk ret. Forbrydernes lovtekniske konstruktion og derved særlige subjektive krav er i folkeretten benævnt *dolus specialis*. *Dolus specialis* er således indeholdt i dansk ret, men har her ikke været særligt udskilt som selvstændig forsætsform. I dansk ret er sådanne forbrydelseskonstruktioner benævnt *delictum sui generis* og hvor det er et yderligere subjektivt moment, der adskiller forbrydelsen fra andre forbrydelser med tilsvarende objektiv gerningsindhold, tales der i stedet for om et særligt

²⁶⁸ Se fx Espersen: Traktater s. 195; Rdt. 1950/51, A sp. 3834. Et Synspunkt der tillige har været anført i forbindelse med kritik af VBG’s fortolknings bidrag til ICC’s forbrydelseskatalog og den dermed indskrænkede jurisdiktion. I denne forbindelse har synspunktet, dog væsentlig mere juridisk relevans, jf. ovenfor under ”Den Internationale Domstol (ICC)”, afsnittet om VBG.

²⁶⁹ Se fx FT 1954 -55: A s. 1645ff samt Espersen: Traktater, s. 195.

²⁷⁰ Eksempelvis anføres det i Karnovs kommentar til folkedrabsloven, at det ”... centrale element er forsætskravet, folkedrab forudsætter *dolus specialis*; gerningsmanden skal have *forsæt* til helt eller delvis at ødelægge en af de beskyttede grupper...”. Herefter henvises til praksis fra ICTR og ICTY, som om den folkeretlige forståelse harmonerer med det traditionelle danske udgangspunkt, hvor alle forsætsgrader er tilstrækkelige, jf. Karnov, s. 4992.

kvalificerende forsæt, men det antages ikke at være udtryk for en skærpelse af det almindelige forsætskrav. Dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelse vurderes til at harmonere med *dolus specialis*, hvilket tillige gør sig gældende for det tilfælde, at det i fremtiden bliver fastslået, at *dolus specialis* forudsætter en skærpelse af det almindelige forsæt. En sådan udvikling vil i givet fald kræve en reformulering af nugældende bestemmelsers subjektive krav.

4 Konklusion

I specialets undersøgelse af dansk tradition med hensyn til beskrivelser af gerningsmomenter og tilregnelser kan det konstateres, at der umiddelbart stilles få krav. Overordnet stilles der krav om lovhjemmel og skyld; et objektivt og et subjektivt krav. Grænserne for, hvornår der kan straffes, er særdeles vide i dansk ret og det er i stor udstrækning muligt at fravige princippet om fuld dækning mellem en forbrydelses objektive og subjektive elementer. I forbindelse med forbrydelser med subjektivt overskud, har der eksisteret en diskussion om, hvordan det subjektive element, der rækker udover forbrydelsens objektive gerningsindhold, skal forstås i forhold til det almindelige forsætskrav. Særligt det sproglige udtryk ”hensigt” eller omskrivninger af dette har medført fortolkningstvivel, idet hensigt tillige benyttes som udtryk for forsættes højeste grad; det direkte forsæt. Ligeledes er ”hensigt” og ”motiv” før i tiden omtalt på en sådan måde, at det kan forstås, som om de to ord betyder det samme. Det står i dag ganske klart, at motivet ingen betydning har for straffeansvaret. Sammenblandingen skal først og fremmest ses på baggrund af daværende begrebsapparat og dernæst fordi der søges udtryk for en subjektiv indstilling, der rækker udover et objektivt beskrevet gerningsindhold.

Efter undersøgelsen af forsætsgraden *dolus specialis* med udgangspunkt i folkedrab må det kunne fastslås, at *dolus specialis* er folkerettens betegnelse af forsætskravet i en gerningsbeskrivelse, hvori der subjektivt kræves ”noget mere” end forsæt til forbrydelsens objektive element(er). Det er nærliggende at benytte vendinger som ”motiv” eller ”bagvedliggende intentioner” i forbindelse med beskrivelse af et sådan tilregnelserkrav og det skal ikke udelukkes, at der kan være sammenfald i visse situationer. Det står dog klart, at sådanne elementer som alt overvejende hovedregel ingen betydning har for strafansvaret. Hvad angår selve graden af det yderligere subjektive krav, vurderes dette til at være uafklaret på nuværende tidspunkt. Meget tyder på, at diskussionen skyldes manglende harmoni og sammenblanding af common law og kontinental-europæiske forsætsbegreber, men måske skal forståelsen af *dolus specialis* som indeholdt i folkedrab ske uafhængigt af nationale retssystemers forståelse af begrebet. En identisk lovteknisk struktur og det derved afledte subjektive krav er blevet benyttet til at definere terror, menneskehandel og tortur, som selvstændige forbrydelser. Terror, menneskehandel og tortur er i deres tekniske struktur og oprindelse identiske med folkedrab og må derfor tillige indeholde *dolus specialis* som forsætskravet forstås i folkeretten.

Folkedrab, terror og menneskehandel skal i dansk ret fortolkes i overensstemmelse med den folkeretlige forståelse af forbrydelserne. *Dolus specialis* er derved en del af dansk ret, men

er ikke udskilt som en selvstændig forsætsgrad. Et sådan yderligere subjektivt krav omtales i dansk ret som et særligt kvalificerende forsæt. Det ”kvalificerende” ved forsættet skal ikke ses som en skærpelse af det almindelige forsætskrav men derimod som et yderligere forsæt, der kvalificerer en selvstændig kriminaliseret handling så denne bliver til noget mere, eksempelvis terror.

I undersøgelsen af, om dansk tradition med hensyn til beskrivelse af gerningsmomenter og tilregnelser, harmonerer med den særlige subjektive forsætsgrad *dolus specialis*, kan det således konkluderes, at *dolus specialis* er indeholdt i dansk ret og harmonerer med dansk retstradition. For det tilfælde at der i *dolus specialis* indfortolkes et krav om direkte forsæt, vurderes dette til ikke at være i strid med dansk ret, selvom en sådan skærpelse af det almindeligt gældende forsætskrav vil være et særsyn i dansk retspraksis.

Som en endelig sammenfatning af ovenstående skal der afslutningsvist drages følgende paralleller belyst gennem historien om det australske næbdyr:

British Museums anatomiker fik i 1799 forelagt første eksemplar af det australske næbdyr – the platypus. Eksemplaret skulle bære tydelige tegn på, at den skeptiske anatomiker tilfældigt klippede i dyret for at få bekræftet, at der var tale om en særlig art, kunstigt sammensat af næbet fra en and og bagdelen fra en bæver; et falsum. Bekræftelsen udeblev, men alligevel skrev anatomikeren i sine notater: ”umuligt ikke at have nogle tvivl om, hvorvidt dyret er ægte og om, hvorvidt nogen har gjort indgreb i dets natur”. I dag ved vi derimod, at næbdyret er en ægte art, skabt af evolutionen selv – en *sui generis*.²⁷¹

²⁷¹ Henning Koch: ”Det Europæiske fællesskab – Et trojansk næbdyr” i ”Europa for folket. EU og det danske demokrati”, s. 68-82. Historien om næbdyret benyttes af Koch i forbindelse med ”artsbestemmelsen” af EF/EU, der ikke er et statsforbund - og ikke en forbundsstat.

English summary

The Danish legal concept of "forsæt" denotes one category of guilt, like the Roman law concept of "dolus". The subject matter in this thesis is the special sub form of criminal intention, *dolus specialis* and its consistency with Danish law and tradition in regard to defining crimes and terms of criminal intention (dolus). *Dolus specialis* is assumed to be required as a constitutive element of the crime of genocide and demands that the crime be committed with the intent "to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such". The technical structure and definition of the crimes of terror, human trafficking and torture are in comparison similar to genocide.

The first part of the thesis consists of a lengthy analysis of Danish tradition in regard to defining crimes and terms of criminal intention. Especially the mental element of a crime (*mens rea*) and its interpretation are thoroughly scrutinized when the definition of a crime requires a certain consequence of an act or a new act. The consequence in question may have been *desired* or aimed at by the offender, but not necessarily as an ultimate end. In Danish criminal doctrine this type of intention - desire of the consequence - is termed "hensigt" and in German doctrine "Absicht". This is combined with the notion of "motive" and its part in the determination of criminal liability.

The second part of the thesis deals with criminal intention in the form of *dolus specialis* and how this special term is defined, exemplified through the crime of genocide and case law from ICTY and ICTR. The establishment of the ICC and its influence on the interpretation of genocide and *dolus specialis* in international law is then added to the discussion. Subsequently other cases of special intent are dealt with in form of the crimes of terror, human trafficking and torture.

The third part of the thesis starts with a description of international law and certain instruments of European law in the national legal order. Then the conclusions from the first and second part of the thesis are combined in an examination which explicitly is centred on *dolus specialis* and its consistency with Danish law and doctrine of criminal intention.

The fourth and last part of the thesis is devoted to the final conclusion of the main subject of the thesis; *dolus specialis* and its consistency with Danish law and tradition in regard to defining crimes and terms of criminal intention.

Litteraturliste

Bøger:

Espersen, Ole: *Indgåelse og opfyldelse af traktater* 1970

Gram, R. S.: *Om motivets betydning I strafferetligt henseende* 1889

Greve, Vagn: *Det strafferetlige ansvar* 1. udg. 1999

Greve, Vagn: *Straffene* 1. udg. 1996

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov*, almindelig del, 7. udg. 2001

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov*, speciel del, 7. udg. 2001

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen: *Tillæg til kommenteret straffelov*, almindelig + speciel del, 7. udg. 2001

Hurwitz, Stephan: *Dansk kriminalret*, almindelig del 4. udg. 1976

Hurwitz, Stephan: *Dansk kriminalret*, speciel del 4. udg. 1975

Karnovs Lovsamling: Red. af Bo von Eyben, Jan Pedersen og Thomas Rørdam. 19. udg. 2004. 5 bd.

Krabbe, Oluf H.: *Borgerlig straffelov*, almindelig del, 4. udg. 1947

Krabbe, Oluf H.: *Borgerlig straffelov*, speciel del, 4. udg. 1947

Nielsen, Gorm Toftegaard: *Ansvar*, 1. udg. 2001

Rets- og udlændingepolitikken i EU: Småttryk fra Folketinget, nr. 5, juli 2004.

Ross, Alf: *Forbrydelse og straf*: Analytisk reformatoriskbidrag til kriminalrettens almindelige del 1974

Rytter, Jens Elo: *Grundrettigheder*. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten. Thompson 2000

Spiermann, Ole: *Moderne folkeret*, 2. omarbejdede udg. 2004

Waaben, Knud: *Det kriminelle forsæt*, 1. udg. 5. oplag, 1990, optrykt efter 1. udg. 1. oplag, som udkom på Gyldendals forlag i 1957

Waaben, Knud: *Straffelovens almindelige del*, 4. udg. 1997

Waaben, Knud: *Straffelovens specielle del*, 4. udg. 1996

Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret bind 2: Regering, forvaltning og dom*, 3. udg. 2001

Danske artikler:

Ashan, Mohammed og Søren Skibsted: *Menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status i dansk ret*, Juristen nr. 3 2002

Christoffersen, Jonas: *Folkerettens virkning i dansk ret*. UfR 2001B.143

Garner, Niels: *Om skærpet forsæt, motiv og formål*. UfR1984B.37

Greve, Vagn: *Er straffeloven forældet?*, Bidrag til kriminalistisk årbog 1997

Krunke, Helle: *Når udenrigspolitik er indenrigspolitik, og indenrigspolitik er udenrigspolitik*, Djøf 2003

Larsen, John: *Berigelsesforsæt eller mangel på samme – belyst gennem en dom om mandatsvig*. UfR 1996B.180

Ross, Alf: *Replik om hensynsløshed og hensigt*. UfR 1977B.246

Spiermann, Ole: *Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede*, Juristen 2001

Vestergaard, Jørn: *Udtalelse vedrørende de strafferetlige aspekter ved udkast af 30. oktober 2001 til forslag om ændringer af straffeloven mv. (initiativer til bekæmpelse af terrorisme mv. – ”anti-terrorpakken)*

Waaben, Knud: *Almindelige ansvarsbegreber i strafferetten*. UfR 1975B.1

Dansk retspraksis:

UfR 1918.946 H (Dolus eventualis – ”ske hvad der vil”)

UfR 1965.622 H (Ikke hjemlet skærpelse af de almindelige krav til forsæt)

UfR 1979.576 H (Kuffertdommen)

UfR 1981.825 H (Akupunktur – lægeligt øjemed)

UfR 1981.829 H (Akupunktur – lægeligt øjemed)

UfR 1982.771 H (Straffelovens § 122 – ikke krav om skærpet forsæt)

UfR 1990.810 Ø (Forbrydelser begået af offentlig myndighedsperson)

UfR 1963.1029 V (Materiel atypicitet)

UfR 1996.1115 Ø (Uheldigt ordvalg i domme - dør i hovedet på politimand)

UfR 1997.1275 Ø (Uheldigt ordvalg i domme – sten kastet over hegn)

(Fra norsk retspraksis; NRT 1938.646 H (Svinetestikeldommen))

Hovedlove, Konventioner og rammeafgørelser:

Lov nr. 126 af 15.04.1930 (Borgerlig straffelov)

Lov nr. 132 af 29.04.1955 (Lov om straf for folkedrab)

Lov nr. 1099 af 21.12.1994 (Lov om strafforfølgning ved det internationale tribunal til pådømmelse af krigsforbrydelser i det tidligere Jugoslavien)

Lov nr. 85 af 09.02.1998 (Medieansvarslov)

Lov nr. 272 af 04.19.2001 (Lægeloven)

Lov nr. 342 af 2001.05.16 (Lov om Den Internationale Straffedomstol)

Konvention om forebyggelse af og straf for folkedrab (25-05-1955), jf. bekendtgørelse (C) 1952 21

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 12.01.1951

Statutten for den Internationale Straffedomstol, 17.07.1998

Rome Statute of the International Criminal Court, 17.07.1998

Konvention om tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (10-12-1984), jf. bekendtgørelse nr. 88 af 23.10.1987

Konvention om bekæmpelse af terrorisme (27-01-1977), jf. bekendtgørelse nr. 91 af 02.11.1978

Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder (Ændret ved 3., 5., 8. og 11. Tillægsprotokol) jf. bekendtgørelse 1998 749

Rådets rammeafgørelse af 13-06-2002 om bekæmpelse af terrorisme

Rådets rammeafgørelse af 19-07-2002 om bekæmpelse af menneskehandel

Ændringslove:

Lov nr. 212 af 04.06.1965 (Straffelovens § 181, stk. 1)

Lov nr. 248 af 09.06.1967 (Straffelovens § 164)

Lov nr. 256 af 27.05.1981 (Straffelovens § 180)

Lov nr. 378 af 06.06.2002 (Om straf for terrorisme - Straffelovens § 114)

Lov nr. 380 af 06.06.2002 (Om straf for menneskehandel – straffelovens § 262a)

Lov nr. 436 af 31.05.2000 (Lov om strafforfølgning ved det internationale tribunal til pådømmelse af krigsforbrydelser i det tidligere Jugoslavien § 4)

Lov nr. 364 af 24.05.2005 (Indførelse af straffelovens § 93 a)

Forskrifter m.m.:

Straffelovs Bet. 1917 (§ 20 udkast)

Straffelovs Bet. 1923 (Om hensigt(motiv) og omskrivninger heraf)

Bek. Nr. 832 af 30.10.1995 (Lov om strafforfølgning ved ICTY finder tillige anvendelse på strafforfølgning ved ICTR)

FT 1954 -55: A s. 1641, s. 1643 og s. 1644

FT 2001-02, 2. samling, Tillæg A, Bind II

FT 2001/02 saml. B.1492

FT 2004/5 A, B 13

Justitsministeriet, Lovafdelingen 17. september 2002, Strafferetskontoret ("Justitsministeriets Hvidbog" vedr. anti-terrorepakken)

Engelsk litteratur:

Schabas, William A.: *Genocide in International Criminal Law – The Crime of Crimes*, 2000

Schabas, William A.: *An introduction to the International Criminal Court*

Triffterer, Otto: *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*

Engelske artikler:

Aptel, Cécile: *The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Criminal Law Forum, 2002, s. 273-291

Shabas, William A.: *Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. New England Law Review, vol. 37, 2003, s. 1015-1036

Triffterer, Otto: *Genocide, its Particular Inten to Destroy in Whole or in Part the Group as such*. 14 Leiden Journal of International Law, 2001, s. 399-408

International retspraksis:

ICTY

The Prosecutor v. Jelusic, Judgement, Trial Chamber, December 14, 1999. (IT-95-10-T)

The Prosecutor v. Jelusic, Judgement, Appeals Chamber, July 5, 2000. (IT-95-10-A)

ICTR

The Prosecutor v. Akayesu, Judgement, Trial Chamber, September 2, 1998. (ICTR-96-4-T)

The Prosecutor v. Kambanda, Judgement, Trial Chamber, September 4, 1998. (ICTR-97-23-S)

The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgement, May 21 1999. (ICTR-95-1-T)

Internetsider:

The International Criminal Tribunal of Former Yougoslavia. www.icty.org

The International Criminal Tribunal of Rwanda. www.ictcr.org

FN's danske hjemmeside. www.UN.dk

Projekt- & Karrierevejledningens Rapportserie

Denne rapport er udgivet af Projekt- & Karrierevejledningen, der formidler kontakt mellem universitetsstuderende og eksterne projektstillere. Gennem projektforslag i Projekt- & Karrierevejledningens projektkatalog kan studerende beskæftige sig med konkrete problemstillinger, der har relevans for organisationer, myndigheder og virksomheder udenfor universitetet. De færdige projekter udgives efterfølgende i Projekt- & Karrierevejledningens Rapportserie og kan bestilles direkte hos Projekt- & Karrierevejledningen eller via biblioteker og boghandlere. Har du som repræsentant for en organisation en idé til et nyt projekt, hører vi gerne fra dig.

Find ud af mere om Projekt- & Karrierevejledningen og se vores online projektkatalog på vores hjemmeside:

www.samf.ku.dk/pkv



PROJEKT- & KARRIEREVEJLEDNINGEN
DET SAMFUNDSVIDENSKABELIGE FAKULTET
KØBENHAVNS UNIVERSITET
ØSTER FARIMAGSGADE 5
1353 KØBENHAVN K

