



# Udvidende fortolkning eller analogi – straffelovens § 1<sup>1</sup>

*Professor emeritus Lars Bo Langsted, Juridisk institut, Aalborg Universitet.*

## Abstract.

*The article contains a clarification of the difference between »expanded interpretation« and »analogy« in criminal law. Doubt about the terms is raised by newer Danish literature stating that expanded interpretation is similar to analogy. In the article it is argued that a large difference exists between the two terms and that it is a slippery road in the context of legal rights to let analogy be included in the term expanded interpretation.*

*Interpretation, analogy, legal rights, fortolkning, analogi, ordgrænse*

## 1. Indledning

Straffelovens § 1 rummer efter dansk lovgivning kravet om, at straf skal have lov hjemmel.<sup>2</sup> Bestemmelsens 1. punktum lyder: »Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant.« Nærværende artikel beskæftiger sig udelukkende<sup>3</sup> med tilføjelsen: »... eller som ganske må ligestilles med et sådant.«

Traditionelt er tilføjelsen blevet opfattet således, at en analogi, men kun en »fuldstændig lovanalogi«, tillige opfylder hjemmelskravet.<sup>4</sup> Nyere teori har imidlertid alene set tilføjelsen som en hjemmel til at lave en såkaldt »udvidende fortolkning« og afviser muligheden for en analogi-slutning.<sup>5</sup> Det kan umiddelbart synes som en gold strid om ord, men hvor traditionen arbejder med en ordgrænse (hjemlet ved lov) og et lille område af strafbarhed, der

1. Expanded interpretation or analogy – Danish Criminal Code, paragraph 1.
2. Forudgående versioner af nærværende artikel er venligt kommenteret af partner, advokat Peter Helbo Langsted, advokatfirmaet Horten og lektor Marie Jull Sørensen, Juridisk Institut, Aalborg Universitet.
3. Bestemmelsen i straffelovens § 1 rummer righoldige emner, jf. f.eks. Baumbach, 2008, på 602 sider.
4. Se Langsted, 2015, s. 102 ff.; Madsen, 2020, s. 47 f.; Hurwitz, 1971, s. 88 ff.; Krabbe, 1947, s. 102 ff.
5. Se Baumbach og Elholm, 2020, s. 101 ff. (herefter enten Baumbach eller Elholm, 2020). Trine Baumbach sætter dog i TfK 2013.105ff lighedstegn mellem begreberne "begrænset udvidende fortolkning" og "fuldstændig lovanalogi".



ligger derudover (ganske må ligestilles med et sådant), synes nyere teori at have udvisket ordgrænsen, hvorved alt kan omfattes af ordlyden. Som jeg vil vende tilbage til, er årsagen til denne opgivelse af ordgrænsen som den afgørende alarmklokke formentlig en sondring mellem »hjemmel« og »fortolkning«.<sup>6</sup>

Man kan også udtrykke det sådan, at udgangspunktet traditionelt er, at man – i det øjeblik, man når udover ordgrænsen – må frifinde, medmindre det må betragtes som ren formalisme ikke at dømme, hvor nyere teori ikke arbejder med sprogrænsen som stopklods og at konturerne af en bestemmelse, derfor risikerer at blive så vage, at vi ikke kan se, hvortil bestemmelsen går. Denne indvending imødegås ikke af, at nyere teori anvender den samme test, som man traditionelt gør ved analogier, idet det ved nyere teori henstår i det uvisse, hvornår man er nødt til at bruge testen, idet ordgrænsen som markør er forsvundet.

Lad os tage et eksempel. En lov indeholder regler for »fartøjer«.<sup>7</sup> Ud fra en naturlig sproglig forståelse vil dette begreb omfatte blandt andet dampere, luksuslinere, slæbebåde og speedbåde. Stadig ud fra en sproglig forståelse vil det også kunne omfatte tømmerflåder, husbåde og amfibiebiler. Det vil eventuelt også – om end lidt anstrengt – kunne omfatte fly m.v., der jo benævnes »luftfartøjer« og som altså er en sproglig delmængde af ordet »fartøjer«. Om det sprogligt set kan omfatte biler, er straks mere tvivlsomt. Man kan ganske vist tale om, at en biludlejer eller et firma har en »flåde« af biler, ligesom man i visse typer af biler (især amerikanske fra perioden 1950-1980) kan »cruise« ned ad gaden, men de fleste vil sprogligt set kun lade ordet fartøjer omfatte ting, der bevæger sig på/i vand eller i luften. Ved cykler vil alle formentlig sætte grænsen. En cykel er ikke et fartøj lige så lidt, som et hus er det.

Derved har sondringen betydning. Så længe vi bevæger os indenfor eller på ordgrænsen (til og med fly<sup>8</sup>) kan man forsvare at dømme. I det øjeblik, vi går udover grænsen, er udgangspunktet frifindelse, medmindre vi må sige, at det er »ren formalisme« ikke at dømme. Man kan således sige, at analogi-slutningen er en sidste sikkerhedsventil, inden vi er nået til det sted, hvor det må være op til lovgiver at »reparere« på den manglende domfældelse.<sup>9</sup> Opgiver vi sondringen, vil der ikke være noget, der forhindrer biler i at være

6. Se Baumbach, 2020, s. 87 f.

7. I afgørelsen U 1999.2074 V bruges energi på at finde ud af, om gummibåde købt i en legetøjsforretning er "skibe" i bl.a. sølovens forstand. Dette fandt byretten var tilfældet, men ikke landsretten. Det skal bemærkes, at landsretten ikke går så langt ned i spørgsmålet som byretten, men frifinder under henvisning til, at hjemmelen ikke var tilstrækkeligt klar!

8. Der vil naturligvis typisk være en række fortolkningsselementer, der vil være afgørende for om fly kan medtages. I eksemplet er der ingen af disse elementer til stede.

9. Se som eksempel ændringen af straffelovens § 163 fra "skriftlig erklæring" til "skriftligt eller ved andet læsbart medie" som en konsekvens af den frifindende, utrykte ØLD af 13/2 1995, hvor Proms Kemiske Fabrikker blev dømt for at have angivet urigtige angivelser af stoffer i dets spildevand i skriftlige meddelelser til Storstrøms amt, men frifundet for de angivelser, der var indleveret på diskette.



omfattet af begrebet fartøjer idet ordgrænsen er ophævet som barriere mod domfældelse. Det, sondringen mellem analogi og udvidende fortolkning gør, er at sætte markøren ned ved ordgrænsen og sige: hertil og – som altovervejende hovedregel – ikke længere!

Spørgsmålet herefter må være, om domstolene har taget den nye fortolkning til sig, eller de fortsat arbejder med den traditionelle opdeling. Man kan også spørge, om retspraksis har givet grundlag for den nye fortolkning, eller den blot er teoriens forsøg på at forklare bestemmelsen på en ny måde.

## 2. Hvornår udvidende fortolkning – hvornår analogi?

### 2.1. Forskellen

Man kunne umiddelbart sige, at udvidende fortolkning begrebsmæssigt rummer alle situationer, hvor der kan ske domfældelse herunder analogier. Ved en analogi må man jo sige, at man »udvider« fortolkningen af den pågældende paragraf, så hvorfor overhovedet bekymre sig om valget af sprogbrug? Det skal man for at undgå en glidning i antallet af domfældelser »uden for« en bestemmelses område. Hvis alt gøres til et spørgsmål om »udvidende fortolkning« er det for det første vanskeligt at operere med nogen stopklods. For det andet opererer man (fortalerne for at anvende »udvidende fortolkning«) alligevel med den grundtest, de fleste anvender for at finde ud af, om en domfældelse er mulig efter en analogi. Der er således ikke i realiteten opnået noget andet, end at det bliver vanskeligere at arbejde med og vanskeligere at identificere grænsen.

Ved analogi forstår ODS<sup>10</sup> »overensstemmelse; lighed« eller »(jur.) lighed ml. de i en lov ell. retsregel omhandlede tilfælde og saadanne, der ikke omfattes deraf, som grundlag for lovens anvendelse ogs. Paa disse sidste. Nørreg. Naturr.378.et Retstilfælde (kan) afgøres e f t e r A n a l o g i a f e n L o v. Sal.I.771«. I Den Danske Ordbog<sup>11</sup> nævnes som synonym »parallel« og betydning: »sammenligning eller lighed med hensyn til generelle træk«. Man kan også udtrykke det sådan, at en analogi handler om at anvende indholdet af en retsregel på noget, som ikke omfattes af den pågældende retsregel.<sup>12</sup>

Når man skal se på, om noget er omfattet af en retsregel, har vi som udgangspunkt lovens bogstav. Udgangspunktet er således ordene, men da ord kan betyde meget og meget forskelligt, er vi nødt til at fortolke de pågældende ord. Skal man fortolke ordet »fartøjer« som nævnt i første afsnit, kan man se på sammenhængen i loven; hvad skal den regulere og hvordan? Til

10. Ordbog over det Danske Sprog, 1919.

11. Den Danske Ordbog, 2021.

12. Eller som anført i Baumbach, 2008, s. 396 "Juridisk slutter man analogt, når man anvender en retsregel på et tilfælde, der ikke er omfattet af lovens ord, selv om der anlægges en meget vid sproglig forståelse af dem, såfremt de samme grunde taler for at følge lovens regel i begge tilfælde ..."



besvarelsen af det spørgsmål er man ofte henvist til at se i lovens forarbejder. Skal loven f.eks. regulere fartøjers hastighed i de indre danske farvande, er det indlysende, at hverken fly eller biler kan være omfattet. Omfattet er meningsfyldt amfibiebiler og husbåde (sådanne, der er forsynet med motor, og som derfor kan bevæge sig). Ud fra en udvidende fortolkning kunne man medtage en trækasse, der bliver drevet frem i vandet af padler eller af en motor. Man kan ikke slutte, at trækasser generelt er »fartøjer«, eller at loven normalt gælder for trækasser, men man kan sige, at man ved en udvidende fortolkning finder, at trækasser i netop den situation er omfattet af begrebet »fartøjer«, hvad det da også kan være rent sprogligt. Står vi og ser ud over en sø og i det fjerne ser en lille prik, der nærmer sig, kan vi meningsfyldt spørge: Hvad er det for et fartøj? Og meningsfyldt svare: det er en trækasse med hjælpemotor!

Analogien kommer ind i billedet, når vi vil anvende lovens bestemmelse på et område, der som udgangspunkt er ulovreguleret. Lad os antage, at der i loven om sejlads i de indre danske farvande er en regel, der siger, at hastigheden maksimalt må være 30 km/t. Bruger man nu reglen på sejlads på en kæmpemæssig kunstig sø måtte man efter sædvanlig sprogbrug bruge den analogt: Man anvender retsreglen på et område, der ikke er omfattet af den pågældende lov. Man kunne også anvende den til at regulere bilers hastighed i tættere bebygget område (hvis ikke det var fordi, lige netop det område er tæt reguleret i færdselsloven), og så ville vi være i en situation, hvor vi dels anvendte loven analogt på hastighed i byerne dels anvendte en analogi fra fartøjer til biler, cykler eller knallerter.

Hvis man sagde, at vi her havde anvendt udvidende fortolkning, ville vi sløre den afgrundsdybe forskel, der er på situationen med den sejrende trækasse og situationen med bilerne i byen. Værre er det, at det ikke ville være muligt at forklare, hvorfor vi kan bruge loven ved trækasser, men ikke ved biler i byen – alt som en konsekvens af den manglende fokus på ordgrænsen.

## 2.2. Hjemmel eller fortolkning

I *Baumbach*, 2020, s. 102, hedder det oplysende: »Allerede Alf Ross påviste, at der ikke er nogen principiel forskel mellem almindelig udvidende fortolkning og analogi. Begrebet »udvidende fortolkning« anvendes undertiden som betegnelse for de mere beskedne udvidelser, især hvis der kan påvises specielle holdepunkter for, at et ord er anvendt med et videre sigte, end dets naturlige sproglige betydning dækker. De mere vidtgående eller drastiske udvidende fortolkninger benævnes undertiden »analogislutninger«, men der er i realiteten tale om den samme fortolkningsvariant.«

*Baumbach* har af samme grund, må det antages, heller ikke leddet »... eller som ganske må ligestilles med et sådant« med i sin opremsning af »hjemmeldelen« af § 1 i det foregående afsnit. Man kan sige, at forfatteren dribler uden om ordet »... eller ...«, der alt andet lige må betyde at *enten* er forholdet omfattet af »lov« eller det er omfattet af noget andet.



Alf Ross skriver det pågældende sted i sin bog bl.a. »Nogen principiel forskel mellem simpel udvidende fortolkning og analogislutning kan ikke påvises«. Modsat langt de fleste steder i Ross' fremragende<sup>13</sup> »Om Ret og Retfærdighed« er der imidlertid ingen nærmere argumentation for udsagnet, der i øvrigt er løsrevet fra straffelovens § 1. Dertil kommer, at Baumbachs udsagn »Allerede Alf Ross« synes at indikere, at der derefter var en stribe af forfattere, der var enige med Alf Ross. Det var ikke tilfældet, idet ingen af de efterfølgende (eller forudgående) strafferetlige forfattere kunne se noget problem i at operere med såvel »udvidende fortolkning« som »analogi« i to forskellige betydninger.<sup>14</sup>

Går man tilbage til lovens forarbejder hersker der ingen tvivl om, at leddet »eller som ganske må ligestilles med et sådant« er ment som hjemlende straf baseret på analogi.<sup>15</sup> Allerede straffeloven af 1866 havde i § 1 en klar hjemmel til analogi. Det hed: »Ingen kan straffes efter denne Lov, medmindre han har gjort sig skyldig i et Forhold, der gaaer ind under en af de i Loven givne Straffebestemmelser, eller ganske maa sættes ved Siden af en i samme som Forbrydelse betegnet Handling.« Ved denne formulering er der ingen tvivl om, at der er tale om to forskellige hjemler. Der er »Straffebestemmelser« på den ene side og der er »... sættes ved Siden af en i samme som Forbrydelse betegnet Handling« på den anden. Målet med den senere § 1 var at videreføre den pågældende analogi-mulighed, hvilket fremgår tydeligt af de 3 forarbejder til bestemmelsen (som var § 2 i alle tre udkast).

I UI<sup>16</sup> hedder det således: »§2, Stykke 1 opretholder i en ændret Affattelse Bestemmelsen i den gældende Straffelovs § 1.« og videre for så vidt angår behovet for en analogislutning: »Forhaabentlig vil det vise sig, at de Erfaringer, man har indhøstet under den gældende Straffelovs Herredømme, ere komne Udkastets specielle Del tilgode, saa at den fremtræder i en fuldstændigere Skikkelse end i den gældende Lov, men at den skulde være saa udtømmende, at der ikke vil blive Brug for Analogi, kan ikke antages, navnlig naar Hensyn tages til den evige Fornyelse af Retsforholdenes Fremtrædelsesformer.«<sup>17</sup>

I UII<sup>18</sup> plæderes ligeledes for et fornuftigt behov for at tillade analogislutninger: »Skønt vistnok alle nyere Love og Udkast helt udelukker Anvendelsen af Analogi, kan det formentlig forsvares at bibeholde denne hos os tilvante og, saavidt vides, ikke misbrugte Regel. Der stikker sikkert ogsaa i Kravet om Analogiens fuldstændige Udelukkelse en Del Doktrinarisme, idet dette Krav

13. Desværre var Ross' senere bidrag til strafferetten ikke på samme høje niveau. Det gælder f.eks. samlingen "Forbrydelse og straf" fra 1974, der indeholder en række bidrag til strafferettens almindelige del, men som aldrig vandt genklang i hverken den strafferetlige teori eller i praksis. På trods af Ross' kærlighed til strafferetten var det bestemt ikke som strafferetsanalytiker han blev anerkendt og verdensberømt.

14. Se note 3.

15. Se tilsvarende Baumbach, 2008, s. 397ff.

16. Betænkning 1912.

17. Betænkning 1912, Motiverne, spalte 10.

18. Betænkning 1917.



Gennemførelse frister ikke blot til en generaliserende Affattelse af Straffebudene, men ogsaa til paa anden Maade at gøre disses Afgrænsning saa vag ved Henvisning til ganske skønsmæssige Kriterier eller Tilføjelser som »eller lignende«, at det i Virkeligheden bliver det samme paa en anden Maade. Dog bør Redaktionen ændres saaledes, at det bliver ganske utvivlsomt, at kun den fuldstændige Lovanalogi skal tilstedes.«<sup>19</sup>

Endelig siger Ull<sup>20</sup> ganske lakonisk: »§2 opretholder i ændret Affattelse Bestemmelsen i Straffelovens § 1 om anvendelse af Analogi, jfr. herved ... Ved Ordene: »som ganske maa ligestilles med« er det udtrykt, at kun den fuldstændige Lovanalogi er berettiget.«<sup>21</sup>

Det er således ganske utvivlsomt, at det pågældende led i § 1 oprindeligt var tænkt som en hjemmel til at drage analogi-slutninger.

Spørgsmålet er herefter, om der er forskel på »udvidende fortolkning« og »analogi«. *Baumbach* gør sig til fortaler for, at der ikke er nogen forskel: »Med andre ord må en udvidende fortolkning altid gå ud over ordgrænsen – ellers udvider den jo ingenting«. Man kan vel sige, at den »præciserende fortolkning« derved overtager alt fortolkningsrummet inden for ordgrænsen. Lidt maliciøst kunne man hævde, at også den indskrænkende fortolkning, der indebærer afskæring af noget, der falder inden for ordgrænsen, da er et udslag af præciserende fortolkning.

*Hurwitz* anførte<sup>22</sup> følgende: »I forhold til begrebet udvidende fortolkning karakteriseres lovanalogien ved, at den overskrider grænsen for den videst mulige sproglige forståelse af selve lovtæksten (»ordgrænsen«). Han fortsætter: »Det er imidlertid de samme formålsbetragtninger, der bestemmer, hvor langt den sproglige forståelse kan strækkes, og hvorvidt analogi er tilstedelig, og forestillingen om en skarp grænse viser sig ofte fiktiv.« Hertil kan man sige, at det forhold, at to forskellige figurer har en indbyrdes uskarp linjeføring, ikke indebærer, at de skal behandles lige endsige, at de beskriver identiske problemstillinger, men at man i det konkrete tilfælde kan være i berettiget tvivl om hvilken figur, der er den rette. Dette var givetvis også *Hurwitz'* opfattelse, idet det, der ifølge citatet var fiktivt, var den skarpe grænse, ikke den grundlæggende forskel mellem den udvidende fortolkning og analogien.

*Krabbe* havde i realiteten udtrykt det samme<sup>23</sup> som *Hurwitz*: »Grænsen mellem det fortolkningsmæssigt udfundne og den paa Analogi beroende Udvidelse af en Lovbestemmelses Indhold vil ikke sjældent volde Tvivl, men netop den ved Strfl. § 1 hjemlede Adgang til en vis snæver Anvendelse af Analogi bevirker, at den nævnte Distinktion efter dansk Ret bliver uden større praktisk Betydning.«

19. Betænkning 1917, Bemærkninger, almindelig Del, side 5.

20. Betænkning 1923.

21. Betænkning 1923, Motiverne, almindelig Del, spalte 10.

22. *Hurwitz*, 1971, s. 88 f.

23. *Krabbe*, 1947, s. 103.



Efter at have beskrevet indskrænkende og udvidende fortolkning<sup>24</sup> fortsætter<sup>25</sup> *Lund Madsen*: »Hvis et forhold ikke er omfattet af ordlyden, opstår traditionelt spørgsmålet om anvendelse af analogi.«

*Waaben* anfører<sup>26</sup> om forholdet mellem udvidende fortolkning og analogi: »Hvis en fortolkning kan være udvidende ud over ordgrænsen uden at være en analogi, mister begrebet »hjemlet ved lov« sin principielle klarhed. Der vil da være udvidelser der listes ind i hjemmelsbegrebet, og der opstår et behov for en begrebsmæssig sondring mellem udvidende fortolkning og analogi, en sondring som næppe er let at gennemføre.«

### 3. Retspraksis

Det er vanskeligt at fastlægge praksis helt præcist på dette område. På et tidspunkt var det ikke unormalt i fældende domme at finde formuleringen »§ NN eller dennes analogi«. <sup>27</sup> Det gjorde det selvsagt umuligt at konstatere, om retten i det konkrete tilfælde havde brugt en udvidende fortolkning eller en analogi, men det betød omvendt, at retten generelt fandt, at der var forskel på udvidende fortolkning og analogi-slutningen, ellers var oplysningen meningsløs.

I afgørelsen *U 2015.1802 H* havde Østre Landsret stadfæstet, at en situation hvor en person i forbindelse med sin anmeldelse af at voldsforhold havde afleveret et foto af den forurettedes ryg, men ikke var blevet afhørt af hverken politi eller for retten, var omfattet af »straffelovens § 123 eller denne bestemmelses analogi«. § 123 straffelægger bl.a. trusler om vold »I anledning af personens forventede eller allerede afgivne forklaring til politiet eller i retten«. Højesteret fandt, at der »hverken efter ordlyden eller forarbejderne til bestemmelsen er holdepunkter for en forståelse af udtrykket ... hvorefter bestemmelsen omfatter en person, der i en straffesag har leveret et bevis i form af et fotografi, men ikke har afgivet eller forventes at afgive forklaring. Højesteret finder endvidere ... at de to situationer ikke som krævet efter straffelovens § 1 »ganske må ligestilles«

Man kan her se, hvorledes Højesteret først anvender almindelig fortolkning med anvendelse af forarbejderne for dernæst at se på, om der er mulighed for en analogi. Da begge muligheder afvises, frifinder Højesteret tiltalte.

I afgørelsen *U 2013.238 H* var der tale om overførsel til Iran af enkeltvis mere end 10.000 Euro uden skriftlig anmeldelse heraf til Bygge- og Boligstyrelsen. Straffelovens § 110 c, stk. 3 forbød overtrædelser »af bestemmelse indeholdt i eller udstedt i medfør af forordninger, som er vedtaget med hjemmel i artikel 60, 301 eller 308 i

24. Madsen, 2020, s. 44 f.

25. Madsen, 2020, s. 47.

26. Her citeret efter Langsted, 2015, s. 100. Citatet genfindes ordret i den tidligere udgave af Waabens almindelig del.

27. Se f.eks. *U 1971.837 V*. Formuleringen underbygger Hurwitz' beskrivelse af den manglende skarpe grænse.



traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab ... »I 2011 blev bestemmelsen opdateret således, at den nu også henviste til »... artikel 215 eller 352 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde [EUFT] ... »Pengeoverførslerne var sket inden opdateringen af § 110 c, stk. 3, men efter der var udstedt en forordning med hjemmel i EUFT artikel 215, hvorefter sådanne pengeoverførelser til Iran skulle anmeldes skriftligt til de kompetente myndigheder i medlemsstaterne. I byretten og landsretten havde man fundet, at der ikke var fornøden hjemmel i § 110 c, stk. 3. Højesteret udtalte bl.a. »De grunde, der ligger bag kriminaliseringen af overtrædelse af de pågældende forordninger, gør sig gældende på helt samme måde og med helt samme styrke uanset flytningen af bestemmelserne i traktatgrundlaget i forbindelse med en række andre ændringer i dette. Der er ikke i så henseende ved videreførelsen af EF-traktatens artikel 60 og 301 i EUF-traktatens artikel 215 sket nogen realitetsændring. Det ville være ren formalisme ikke at anse overtrædelse af bestemmelser i forordninger udstedt efter den nye artikel 215 for strafbare ganske som overtrædelse af bestemmelser i forordninger udstedt efter de tidligere artikler 60 og 301.« Herefter fortsætter Højesteret: »Højesteret finder derfor, at overførsel af pengebeløb i strid med artikel 21, stk. 1, litra a, kan straffes efter straffelovens § 110 c, stk. 3, jf. straffelovens § 1«

Her nævner Højesteret ikke direkte, at der er tale om en analogi. At der imidlertid er tale om en sådan er oplagt, idet ingen sproglig fortolkning kan udvide forståelsen af nogle specifikt opregnede bestemmelser. Her må man falde tilbage på en analogislutning, hvilket man også kan se af Højesterets formulering om »ren formalisme«. Interessant er imidlertid også Højesterets konklusion, hvorefter forholdet kan straffes »efter straffelovens § 110 c, stk. 3, jf. straffelovens § 1.« Man kan sammenholde dette med, at Højesteret i litteraturhenvisningerne har medtaget »Trine Baumbach: Det strafferetlige legalitetsprincip – hjemmel og fortolkning, 2008, s. 153, 275-76 og 434-39,« De anførte sider handler imidlertid dels om tilfælde af uoverensstemmelse mellem EU-retten og dansk ret dels om kriterierne for en analogislutning. Endelig kan det fremhæves, at Højesteret både i denne dom og i 2015-dommen henviser eksplicit til straffelovens § 1, hvilket ikke er normalt, selvom al domfældelse sker under iagttagelse af § 1. Dette kunne være fordi man i begge afgørelser er inde i leddet »ganske må ligestilles«. Afgørelsen to år senere (*U 2015.1802 H*) indeholder heller ikke ordet analogi, men det er tydeligt, hvordan Højesteret også her foretager en to-trins prøvelse.<sup>28</sup>

I *U 1993.547 V* afviser landsretten, at transportable konstruktioner, herunder containere »er omfattet af den i § 2, stk. 2, indeholdte definition af »bebyggelse«.«, men »Under hensyn til de formål, der tilsigtes varetaget med de to love, herunder bestemmelsen i § 7 i by- og landzoneloven og bestemmelsen i § 35 i planlægningsloven, til varigheden af containernes opstilling på ejendommen og til tiltaltes benyttelse af containerne, findes det imidlertid forsvarligt at anse opstillingen af containerne som fuldstændig ligestillet med »bebyggelse«, jf. straffelovens § 1.

28. Tilsvarende henvises til § 1, hvis der ikke findes at være hjemmel til straf efter en nærmere fortolkning af bestemmelsen, jf. f.eks. *U 2008.1404 H*, hvor der imidlertid ikke foretages nogen to-trins prøvelse.





Også her ses en to-trins prøvelse, hvor landsretten for så vidt angår den fældende 2. del af prøvelsen citerer § 1's ordlyd om fuldstændig ligestilling.<sup>29</sup>

Også i afgørelsen *U 2000.307 H* anvendte Højesteret en to-trins prøvelse, hvor Højesteret frifinder efter først at have fastslået, at pålæggelse af bl.a. en disciplinær sanktion ikke var omfattet af Menneskerettighedskonventionens artikel 7 og der efter, at »[a]nvendelse af en disciplinær sanktion som følge af den handle måde, der er udvist af Hans Henrik Lund i den foreliggende sag, ... heller ikke [er] i strid med princippet i straffelovens § 1«

Tilbage i 1988 ser vi, at Højesteret undtagelsesvist anvender ordet analogi i en frifindende afgørelse. Teknikken er den samme som ved de øvrige to-trins prøvelser:<sup>30</sup>

*U 1988.1027 H* fastslår, at »Luftfartsloven gælder ifølge dens § 1 og § 4, stk. 1, kun for luftfart inden for dansk område samt luftfart uden for dansk område med dansk luftfartøj. Dette må forstås som et luftfartøj registreret i Danmark, jf. lovens § 17, stk. 1. Højesteret finder ikke grundlag for i medfør af straffelovens § 1 at anvende loven analogt på SAS-luftfartøjer, som ikke er registreret i Danmark.« I afgørelsen var et norsk indregistreret fly med dansk besætning kørt ud på en startbane på Arlanda lufthavn i Sverige uden at have fået tilladelse hertil fra kontroltårnet.

Som et eksempel på en afgørelse,<sup>31</sup> hvor retten anvender en udvidende fortolkning og derfor ikke får behov for at undersøge muligheden af en analogislutning kan henvises til *U 2014.2269 Ø*, hvor bestemmelsens ord om »udbudt til salg« også fandtes at omfatte annoncering »i et auktionskatalog, der var gjort tilgængeligt på internettet, og hvorefter der kunne indgives kommissionsbud«. Man ser, at der her er tale om en situation, der godt kan rummes af ordlyden af bestemmelsen, idet kombinationen af beskrivelsen i kataloget og det forhold, at man kunne indgive bud, fandtes tilstrækkeligt på trods af, at køber jo ikke kunne være sikker på at få varen, idet sælger ikke blev bundet af budet. Man går således ikke ud over ordgrænsen, men fortolker den udvidende, idet varen ikke i juridisk forstand blev udbudt til salg,<sup>32</sup> men nok ud fra en almindelig sproglig forståelse heraf kunne siges at blive det.

#### 4. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) indeholder efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD)s faste praksis et forbud mod, at en straffebestemmelse fortolkes udvidende til skade for den

29. Se tilsvarende *U 2005.1661 Ø*, og *U 1976.69 Ø*, hvor der også domfældes.

30. Tilsvarende *U 2004.261 Ø*.

31. Se tilsvarende *U 2021.4159 Ø* om Nem Id som et dokument og Tfk 2021.687 V om plade med stelnummer som dokument.

32. Der er juridisk set nærmere tale om en opfordring til at gøre tilbud.



tiltalte; traditionelt kan dette opfattes som et forbud mod analogi,<sup>33</sup> jf. artikel 7. EMDs egen Guide til artikel 7<sup>34</sup> nævner da også, at »The imposition of a penalty by analogy can also violate the »nulla poena sine lege« principle enshrined in Article 7«. <sup>35</sup> Man skal her lægge mærke til ordet »can«. Den test, EMD foretager, er nemlig ikke en analogitest, som krævet i straffelovens § 1, men derimod en test af, om domfældelsen er »foreseeable«, hvilket er noget ganske andet. »Kravet vil være opfyldt, hvis borgeren ud fra bestemmelsens ordlyd og om nødvendigt ved hjælp af de nationale domstoles fortolkning af bestemmelsen i praksis kan vide, hvilke handlinger og undladelser der vil kunne medføre strafansvar« som det udtrykkes af Kjølbro.<sup>36</sup>

Som påpeget af *Trine Baumbach*<sup>37</sup> er afgørelsen i *U 2013.1153/2 H* et glimrende eksempel på, at straffelovens § 1 i visse tilfælde udgør en større barriere mod domfældelse end artikel 7 i EMRK. I afgørelsen blev en person, der afsonede en straf med fodlænke, men som havde fjernet fodlænken og forladt sin bolig, frifundet for overtrædelse af straffelovens § 125, stk. 5, jf. stk. 1. Bestemmelsen fastslog dengang, at stk. 1. om at flygte som anholdt eller fængslet også gjaldt for »... personer i forvaring samt personer, der i stedet for varetægtsfængsel i forbindelse med straffuldbyrdelse uden for kriminalforsorgen eller i medfør af straffelovens § 74a er frihedsberøvet i institution m.v ... ». Personen var blevet dømt i såvel by- som landsret, ligesom der forelå andre domme fra by- og landsretter med fældende resultat i lignende sager. Højesteret frifandt med en toleddet begrundelse. Først fastslog retten, at der »hverken efter ordlyden af straffelovens § 124, stk. 5, 1. pkt., eller forarbejderne til bestemmelsen er holdepunkter for en forståelse« af, at situationen var omfattet af bestemmelsen og dernæst: »Der foreligger endvidere sådanne forskelle mellem afsoning som frihedsberøvet i en institution eller under institutionslignende forhold og afsoning på egen bopæl med elektronisk fodlænke, at det at forlade egen bolig i strid med vilkårene for afsoning af fængselsstraf på bopælen med elektronisk fodlænke ikke som krævet efter straffelovens § 1 »ganske må ligestilles« med det at flygte som frihedsberøvet i institution mv.«

Man vil se, at ganske vist krævede en domfældelse en analogislutning, men at dette ikke ville være udelukket på grund af artikel 7's krav, idet enhver strafferetskyndig jurist med henvisning til praksis ville kunne oplyse om, at der ville ske domfældelse i en situation som den beskrevne.

Man kan således ikke med argumenter fra EMRK eller EMDs praksis hævde, at den af mig forfægtede opfattelse, hvorefter domfældelse for strafbart forhold kan ske efter såvel en udvidende fortolkning som en fuldstændig lovanalogi, er uholdbar. EMD vil kunne tilsidesætte en afgørelse, der er

33. Se Kjølbro, 2020, s. 823

34. Senest opdateret 30. april 2021.

35. S. 12, afsnit 25.

36. Kjølbro 2020, S. 823.

37. I TFK 2013.105 ff



begrundet såvel med en udvidende fortolkning som en analogislutning, hvis kravet om »foreseeability« ikke er opfyldt.

## 5. Et skandinavisk udblik

I Norge har Højesteret ikke anvendt ordet analogi i henved 100 år.<sup>38</sup> Imidlertid har det ikke afholdt Højesteret fra at dømme udover ordlyden af straffebestemmelser. Som f.eks. i Rt 1994.1414, hvor en biltyv, der havde overladt føringen af en bil til en beruset, blev funder skyldig i overtrædelse af vejtrafiklovens § 17, 2. led, jf. § 31, der strafbelægger den »eier« eller »den som på eierens vegne« har rådighed over et motorkøretøj og som overlader føringen af dette til en beruset person. Det er klart, at en tyv hverken er ejer eller agerer på ejerens vegne. Som førstevoterende imidlertid sagde: »Men sterke reelle grunner taler for at bestemmelsen bør gjelde også da. Det må være klart at det ikke har vært lovgiverens mening at en tyv som overlater kjøringen til en alkoholpåvirket person skal bedømmes annerledes i forhold til bestemmelsen i § 17 annet ledd enn den som har lovlig rådighet over bilen.«

Siden 2000-tallet har domstolene dog indtaget en mere tilbagetrukket rolle. Nu hedder det:<sup>39</sup> »Straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden avhjelpes ikke ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det«. Dommen (og senere domme) er blevet opfattet som et klart brud med retstilstanden i Rt 1994.1414.<sup>40</sup>

Når man i teorien beskriver dette, sondres der ikke mellem udvidende fortolkning og analogi, om end det beskrives at man i »gamle dage« foretog en sådan sondring.<sup>41</sup> Som Andenæs<sup>42</sup> siger: »Vi skal ... la begrepene ligge og gå rett løs på realiteten: Kan domstolene uten hinder av Grl. § 96 første ledd dømme for et forhold som selv ved en rommelig forståelse ikke går inn under ordlyden i straffebudet?«

Endnu længere går Gröning m.fl., idet de angiver,<sup>43</sup> at der »i dag er det derfor ikke tvil om, at det konstitusjonelle lovskravet både forbyr en analogisk anvendelse og en sterkt utvidende tolkning av straffebud til skade for tiltalte«. Det er dog værd at bemærke, at de fortolker analogiforbuddet som værende identisk med EMRK art. 7<sup>44</sup> Samme regel anvendes til at forbyde »stærkt« udvidende fortolkning (hvad der så end ligger i ordet »stærkt«). De slutter dog afsnittet af med at sætte lighedstegn mellem EMRKs forbud og forbuddet mod analogi-slutninger idet de fremhæver, at den »overordnede

38. Jf. Eskeland, 2017, s. 515.

39. Rt 2012, s. 313 (afsnit 29).

40. Backer, I. L., 2016, s. 309

41. Jf. Eskeland, 2017, s. 514

42. Jf. Andenæs, 2016, s. 118.

43. Gröning m.fl., 2019, s. 71.

44. A.st. s. 70.



rettesnoren for både presisjonskravet og analogiforbudet er om borgeren ut fra ordlyden i straffebudet, om nødvendig med assistanse av domstolenes tidligere tolkning av det, er i stand til å forutse hvilke handlinger som vil medføre straffansvar.« (Dette på trods af, at de tidligere har skrevet, at der med analogi menes at »anvende en lovregel på et faktum som ikke omfattes av lovens ordlyd«<sup>45</sup>)

Det er vanskeligere at si, hvad der gælder i *Sverige*, når det drejer sig om teoriens beskrivelse. *Jareborg* gør gældende, at straf på baggrund af analogi ikke er tilladt – i hvert fald ikke længere<sup>46</sup> – men at der i øvrigt ikke findes nogen helt klar grænse mellem »extensiv tolkning och analogisk tillämpning«.<sup>47</sup> Der er imidlertid ingen tvivl om at udvidende (extensiv) fortolkning er tilladt, som en sædvanlig del af almindelig lovfortolkning så længe man holder sig indenfor ordgrænsen.<sup>48</sup> *Strahl* på sin side skriver, at udgangspunktet er at analogi til skade for tiltalte i princippet ikke må finde sted, men at man dog kan dømme på baggrund af en analogi i tilfælde som ligger så tæt på det udtrykkeligt straffelagte, »att det skulle te sig alltför formalistiskt at inte låta straffbudet omfatta fallet om detta därtill är sådant att betänkligheter inte möter mot att dispensera de lagtstiftande myndighetarne från att taga ställning til fallet«.<sup>49</sup> En retstilstand, der minder meget om den danske.<sup>50</sup> Hvad der også minder om den danske er, at domstolene ikke gerne tager ordet analogi i deres mund.<sup>51</sup>

## 6. Afslutning

Som anført er der forskel på en udvidende fortolkning og en analogi. Man kunne si, at også analogi-slutninger er udslag af en udvidende fortolkning, men så ville man tilsløre forskellen mellem udvidelser indenfor ordgrænsen og udvidelser udover denne. Der er noget sundt og rigtigt over det forhold, at man kan anvende en bestemmelse til og med ordgrænsen for denne og ikke derudover – medmindre det må opfattes som ren formalisme ikke også at dømme i det tilfælde, der umiddelbart synes ikke at være omfattet af den givne straffebestemmelse. Man kunne hævde, at man derved bevægede sig bort fra grundsætningen om »nulla poene sine lege«, men der er forskel på

45. A.st. s. 72.

46. *Jareborg*, 2001, s. 124.

47. *Jareborg*, 2001, s. 124.

48. *Jareborg*, 2001, s. 114.

49. *Strahl*, 1976, s. 17.

50. Og som i øvrigt bekræftes i SOU 1988:7, s. 48 ff., hvor det foreslås at indføre et udtrykkeligt forbud mod analogi således at alene forhold, der kan indeholdes i lovteksten skal være strafbare. Dette forbud i Brottsbalken 1. kap., 1.§ blev indført med lov 458/1994. Et forbud, man dog skal læse i forarbejderne, idet selve ordlyden ikke klargør hensigten.

51. *Strahl* 1976, s. 17 m. petit



at anvende en eksisterende bestemmelse på noget »ulovreguleret« og så at opfinde en hidtil ikke-eksisterende bestemmelse.

Man gør med andre ord retssikkerheden en bjørnetjeneste ved at lade den udvidende fortolkning omfatte også den fuldstændige lovanalogi, idet man så ikke længere har den stopklods, som udgøres af ordgrænsen.

### Kontaktoplysninger

Lars Bo Langsted: [lbl@law.aau.dk](mailto:lbl@law.aau.dk).

### Litteraturliste

- Andenæs, Johs, Almindelig Strafferett, Universitetsforlaget, 6. udg. v/Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, 2016.
- Backer, Inge Lorange, Samspillet mellom lovgivere og domstoler i Norge, Jussens Venner 2016.303-323
- Baumbach, Trine, ph.d. afhandling: Det strafferetlige legalitetsprincip – hjemmel og fortolkning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Baumbach, Trine og Elholm, Thomas, Strafferettens almindelige del, Det strafferetlige ansvar, 1. udg., DJØF forlag 2020.
- Betænkning afgivet af Kommissionen nedsat til at foretage et Gennemsyn af den almindelige Borgerlige Straffelovgivning, København 1912.
- Betænkning angaaende de af den under 11. August 1905 nedsatte Straffelovskommission udarbejdede Forslag, Indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver. Efter Justitsministeriets Anmodning udarbejdet af Carl Torp. København 1917.
- Betænkning afgiven af Straffelovskommissionen af 9. November 1917. København 1923.
- Den Danske Ordbog, senest opdateret november 2021, (<https://ordnet.dk/ddo/ordbog>)
- Eskeland, Ståle, Strafferett, Cappelen Damm Akademisk, 5. udg. v/Alf Petter Høgberg, 2017.
- Grønning, Linda; Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, Frihet, forbrytelse og straff, 2. udg. Fagbokforlaget 2019.
- Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights, No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty. Updated on 31 December 2021. Council of Europe.
- Hurwitz, Stephan, Den danske Kriminalret almindelig del, 4. udg. v/Knud Waaben, G.E.C. Gads Forlag 1971.
- Jareborg, Nils, Allmän Kriminalrätt, Iustus Förlag 2001.
- Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020.
- Krabbe, Oluf H., Borgerlig straffelov, 4. udg. G.E.C. Gads Forlag 1947.
- Langsted, Lars Bo, Waaben strafferettens almindelige del, 6. udg., Karnov Group 2015.
- Madsen, Lasse Lund, strafferet I ansvaret, 6. udg., DJØF forlag 2020.
- Ordbog over det Danske Sprog; fra ODS, bind 1, 1919; (<https://ordnet.dk/ods/ordbog>)
- Ross, Alf, Om Ret og Retfærdighed, Nyt Nordisk Forlag, Arnold Busck 1953.
- Ross, Alf, Forbrydelse og straf, Nyt Nordisk Forlag, Arnold Busck 1974
- Strahl, Ivar, Allmän Straffrätt i vad angår Brotten, P.A. Norstedt & Söners Forlag, 1976.