

Søren Arvid Verdoner

Det strafferetlige legalitetsprinsip i EU-retlig belysning

BOGANMELDELSE*Aarhus Universitet, Juridisk Institut 2024*

En god akademisk avhandling er skrevet på et klart språk, har et spennende tema, er basert på et velvalgt materiale, der skribenten ikke er redd for å ta stilling. Disse standpunktene er baserte på solid analyse og avhandlingen er i sin helhet en fungerende helhet. Det er akkurat slik denne avhandling kan beskrives. Uansett om man er en EU-strafferettsnerd slik som undertegnede, har denne avhandlingen noe for alle. Temaet er klassisk, det strafferettslige legalitetsprinsippet, men med en vri; hvordan påvirker EU-strafferetten dette, og spesielt også i relasjon til Danmark, som har en særstilling på grunn av rettsforbeholdet. Det skal her noteres at undertegnede har vært medlem i bedømmelseskomitéen til disputasen som ble avholdt den 6 desember 2024.

Avhandlingens hovedproblemstilling er *hvilken betydning EU-retten har for anvendelsen av det strafferettslige legalitetsprinsippet i straffesaker ved danske domstoler*. Dette er så delt inn i tre underproblemstillinger; 1) i hvilke situasjoner kan EU-retten påvirke avgrensningen av strafferettslig ansvar for private (enkeltpersoner). Dette kan også omformuleres som i hvilke situasjoner har EU kompetanse (etter traktatene og tiltredelsesloven) påvirket avgrensningen av strafferettslig ansvar for private. 2) Hvordan det strafferettslige legalitetsprinsippet forstås og brukes i henholdsvis den danske rettsordningen etter STRFL (den danske straffeloven) § 1 og EUs rettsorden etter EU-charteret art. 49, stk. 1, og hvis det er forskjell i beskyttelsen etter EU-retten og nasjonal rett, hvordan beskytter det strafferettslige legalitetsprinsippet i samspillet mellom rettsordningene. 3) Hvilke problemstillinger har de danske domstolene møtt i praksis i relasjon til anvendelsen og tolkningen av danske strafferettslige bestemmelser, som faller inn under EU-rettens anvendelsesområde og hvordan er disse blitt løst. Alle disse underproblemstillingene blir besvart i avhandlingen. Avhandlingen sies å levere en samlet og sammenhengende dogmatisk analyse av de forskjellige rettslige problemstillinger som oppstår i relasjon til det strafferettslige legalitetsprinsippet når EU-retten øver innflytelse på dansk strafferett (s. 14). Dette gjør forfatteren også i avhandlingen, og han gjør det godt.

Avhandlingen er delt inn i 5 deler og 14 kapitler.

Del 1 i avhandlingen dekker kapitel 1 og 2 og er en introduksjon til avhandlingen. **BOGANMELDELSE** Det første kapitlet er en innledning, der forfatteren nærmere introduserer temaet og noen relevante begreper, og foretar noen avgrensninger. De mest relevante avgrensningene er nok at det ikke foretas noen komparative analyser (som er forståelig, men litt trist) og at avhandlingen relaterer seg til materiell strafferett (og ikke da straffeprosess). Det andre kapitlet har overskriften metode og rettskilder, der forfatteren redegjør for sitt utgangspunkt ved avhandlingen. Allerede her blir det klart at forfatteren har styr på detaljene og også det store, hele bildet. Det er en utfordring å skrive en avhandling med ett nasjonalt strafferettslig utgangspunkt, og forholde seg til mange EU-rettslige kilder. Forfatteren har et realistisk forhold til det kildemateriale som brukes, og bortsett fra at man kanskje kunne ønsket en nærmere gjennomgang av hvilken type doktrine som er blitt utvalgt (utenom den danske og nordiske kanskje) og at forfatteren nok kunne vært litt mer selvsikker på måten han forholder seg til rettskildene og rettskildehierarkiet, utgjør dette kapitlet et bra utgangspunkt for veien videre.

Del 2 i avhandlingen behandler EUs kompetanse på det strafferettslige området. Denne del svarer på avhandlingens første underproblemstilling, nemlig i hvilke situasjoner EU-retten kan påvirke avgrensningen av strafferettslig ansvar for private enkeltpersoner). Del 2 inneholder kapitel 3 om lojalitetsprinsippet, kapitel 4 om EUs mulighet å vedta strafferettslig lovgivning generelt, kapitel 5 om EU straffelovgivning, kapitel 6 om det danske rettsforbehold og kapitel 7 som er en delkonklusjon basert på den første problemstillingen i avhandlingen.

Kapitel 3 om lojalitetsprinsippet er en rettsdogmatisk gjennomgang av det EU-rettslige lojalitetsprinsippet i art. 4(3) TEU og behandler prinsippets betydning for dansk strafferett. Rekkevidden av EU-rettens kompetanse på det strafferettslige området behandles, der lojalitetsprinsippet er et slik generelt krav som følger av utformingen av medlemsstatenes strafferett som følger av EU-domstolens praksis. Forfatteren tar opp negativ harmonisering og skriver her på s. 59 relatert til bestemmelsene i barnets lov (en lov som styrker barns stilling og rettigheter) §§ 209 og 210 som ikke gjør forskjell mellom om unndragelsen skjer i Danmark eller utenfor. Forfatteren tar opp sanksjoner for overtredelsen av EU-retten (som kan kalles for positive krav) der blant annet *Greek Maize* kriteriene diskuteres og forfatteren gjør også et valg i forhold til hvordan han behandler effektivitetsprinsippet (atskilt fra kravet om proporsjonale og avskrekkende sanksjoner, slik som EU-domstolen også i senere praksis gjør). At kriteriene får relevans kun når EU ikke har vedtatt strafferettslig lovgivning tas opp og relateres til det danske rettsforbeholdet (på s. 69), og det er klart at forfatteren har god forståelse av det EU-strafferettslige rammeverket. Det kan muligens bemerkes at overskriften på kapitel

3 kanskje ikke er helt dekkende for alt som tas opp i kapitlet, og at selve **BOGANMELDELSE** overskriften da kunne vært en annen.

Kapitel 4 og 5 behandler EUs mulighet til å vedta strafferettslig lovgivning generelt og EU straffelovgivning. Disse kapitlene er nært beslektede og relaterer til EU-strafferettslovgivning i form av sekundære rettsakter, som forplikter medlemsstatene til å innføre strafferettslige sanksjoner. Kapitel 4 behandler rammene for når og hvordan EU har mulighet til å vedta strafferettslig lovgivning. Her tas opp de generelle prinsippene om kompetansefordeling, nærhet og institusjonell proporsjonalitet. Prinsippet om kompetansefordeling relaterer seg til "existence" av kompetanse, mens de to sistnevnte relaterer seg til "exercise" av kompetanse. Oppdelingen i to kapitler er kanskje ikke helt optimalt, siden bland annet det som står på s. 93 muligens egentlig handler om spørsmål knyttet til spesifikke bestemmelser i traktatene, men kapitel 4 fungerer likevel som en ramme til kapitel 5.

Kapitel 5 behandler de spesifikke bestemmelsene i traktatene som gir, og har gitt kompetanse til EU å vedta EU-straffelovgivning. EU har ikke (enda) vedtatt rettsakter som selv kan utgjøre hjemmel for å bli dømt til strafferettslig ansvar ved nasjonale domstoler. Dette betyr at aktørene alltid er nasjonale, f.eks. nasjonale domstoler som idømmer straff. Instrumentene som EU har vedtatt krever således gjennomføring (implementering) i medlemsstatenes retts-systemer. Kapitlet inneholder en oversikt over utviklingen av EU-strafferett 1993-2009 og kan sånn sett nesten kalles for en form av (nyere) rettshistorisk gjennomgang. Relevant rettspraksis tas opp og analyseres godt. Her tar forfatteren også opp det faktum at den rettspraksis som gjelder straffeprosessuelle spørsmål, slik som *Pupino* og *Ognyanov* likevel gir pekepinner på spørsmål om tolkning av nasjonal lovgivning, uansett om denne er straffeprosessuell eller strafferettslig. Jeg er hovedsakelig enig i denne vurderingen.

Her behandles videre spørsmålet om det finnes andre bestemmelser i traktatene, i tillegg til art. 83(2) TFEU som kan benyttes for å gjennomføre EU-rettslige (ikke strafferettslige) forpliktelser effektivt, eller om det kun er den bestemmelsen som kan brukes. Relevansen for Danmarks del er åpenbar; hvis det finnes en slik hjemmel, er slike rettsakter bindende for Danmark, men hvis de er basert på art. 83(2) TFEU, er de ikke det. Her er det interessant å notere de forskjellige utgangspunktene som finnes i litteraturen, hvor man nesten kan se en forskjell ut ifra hvis fokus er strafferettslig eller EU-rettslig. Forfatterens analyse (og delvis konklusjon på temaet) på s. 123-125 er rimelig og basert på en nøye analyse av relevant material. Samtidig synes den å etterlate spørsmålet om dobbelt hjemmel (double legal basis); dette synes ikke diskutert. Danmarks stilling tas opp her, og det behandles også i neste kapitel i avhandlingen. Så diskuteres om EU-retten kan utgjøre det umiddelbare grunnlaget for ilegging av straff, hvor svaret er egentlig ikke, medmindre straffebestemmelsen utgjør en aksessorisk del av en rettsakt, hvor forfatteren

anbefaler at EU bør avholde seg fra å utstede forordninger som inneholder **BOGANMELDELSE** umiddelbart anvendelige strafferegler. Her er jeg igjen enig i analysen.

Kapitel 6 behandler det danske rettsforbeholdet. For en utenlandsk leser er kapitlet særlig velkomment, siden det samlet forklarer den nokså merkelige situasjonen Danmark er i. Historien bak rettsforbeholdet tas først opp, det blir etterfulgt av en rettsdogmatisk analyse (så langt det er mulig å gjøre en slik av den) over innholdet i protokoll nr. 22, og deretter ligger fokus på rettslige spørsmål ved grenseområdene for rettsforbeholdet. Særlig interessant er diskusjonen på s. 154 om hvordan Danmark skal forholde seg til rettspraksis fra EU-domstolen, når saken gjelder et rettsområde som delvis omfattes av rettsforbeholdet (men delvis ikke) hvor forfatteren foreslår at man kan sondre mellom ulike deler i dommene. Det er litt vanskelig å avgjøre hvor presist dette går an å gjøre, spørsmålet om hva som behandles under hvilken del i dommene er ikke enkel, uansett om dette gjelder EU-domstolen eller nasjonale prejudiserende domstoler.

Videre diskuteres art. 83(2) TFEU og plikten å fastsette effektive sanksjoner der analysen på s. 168 er god og treffende i forhold til at direktiver som er vedtatt med hjemmel i nevnte artikkel som utgangspunkt ikke normerer hvordan Danmark skal oppfylle sin forpliktelse til å sanksjonere overtredelser av EU-retten (jf. art. 4(3) TEU). Danmark må selv kunne velge hvordan staten vil oppfylle sine forpliktelser, for at rettsforbeholdet skal gi mening. Frivillig tilpasning av straffelovgivning til ikke bindende EU-direktiver fører assosiasjonen direkte til norsk rett, siden dette ligner veldig mye på hvordan man i Norge har forholdt seg til EU-strafferett. Det samme gjelder for frivillig tilpasning og EU-konform tolkning, her finnes det igjen likheter. Konklusjonen, som gjøres klar, er likevel at ikke-bindende EU-rett ikke blir en bindende rettskilde i dansk rett, kun fordi dansk rett bringes i overensstemmelse hermed. Hvordan man da skal forholde seg til denne ikke-bindende rettskilden, er da gjennom å sikre at relevant tolkning har støtte i danske forarbeider.

Kapitel 7 består av delkonklusjonen av den første underproblemstillingen i avhandlingen. Delkonklusjonene presenteres klart i punktform, og disse er:

1. EU-retten foreskriver en negativ plikt for medlemsstatene til ikke å innføre eller opprettholde straffebestemmelser, som hindrer EU-rettens effektive gjennomførelse.
2. EU-retten foreskriver en positiv plikt for medlemsstatene til å sanksjonere overtredelser av EU-retten.
3. EU-retten foreskriver en positiv plikt for medlemsstatene til å gjennomføre EU-straffelovgivning i nasjonal rett.

Det er enkelt å være enig i disse, som forfatteren også utvikler kort i kapitlet. Disse bygger også på fremstillingen i de tidligere kapitlene i del 2.

Del 3 i avhandlingen behandler det strafferettslige legalitetsprinsippet i dansk og EU rett. Denne del inneholder kapitlene 8 om det strafferettslige legalitetsprinsipp i dansk rett, kapitel 9 om EMK artikkel 7 og EU-charteret art. 49, stk. 1, kapitel 10 om den effektive gjennomførelsen av EU-retten og det strafferettslige legalitetsprinsippet og kapitel 11 der en sammenligning blir gjort mellom beskyttelsesnivået i dansk rett kontra i EU-retten.

BOGANMELDELSE

Kapitel 8 behandler den danske straffelovens STRFL § 1 og 3. Gjennomgangen er god og forståelig også for en leser som ikke er dansk. Her tas det strafferettslige legalitetsprinsippet i statsforfatningsretten opp og STRFL § 1 analyseres nøye. Her tas blant annet implementering gjennom referansemetoden opp og diskuteres fra legalitetsaspekter, der også lovskvalitetsveiledningen tas opp. Også analogi og straffelovgivningens tilbakevirkende kraft er en del av analysen. I kapitel 9 gjøres en motsvarende en god gjennomgang og analyse av EMK art. 7 og EU-charteret art. 49, stk. 1. Her diskuteres og analyseres blant annet forbudet mot straff med tilbakevirkende kraft og *lex mitior*, der argumentasjonen er god. Også forholdet mellom charterets art. 49, stk. 1 og EMK artikkel 7 tas opp, der forfatteren diskuterer omkring den antatte normharmonien. Her tas også opp det strafferettslige legalitetsprinsippet som en grunnleggende rettighet i EUs rettsorden, der forfatteren tar opp aspekten med grunnleggende rettigheter, som utgjør medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner som da også utgjør en del av EU-retten. Her gjør forfatteren en fin overgang til kapitel 10 som handler om den effektive gjennomførelsen av EU-retten og det strafferettslige legalitetsprinsippet.

I kapitel 10 fokuserer forfatteren på to hovedspørsmål; det positive krav som følger fra EU-retten til medlemsstatene om å ha sanksjoner for overtredelser av EU-retten som er effektive, avskrekkende og proporsjonale, og det negative kravet for medlemsstatene om ikke å bruke nasjonale strafferettslige regler som hindrer EU-rettens effektive gjennomførelse. I dette kapitel gjennomgår forfatteren en rekke sentrale EU-dommer, som Grøngaard og Bang, Kolpinghuis, Berlusconi m.fl., Taricco og M.A.S-dommen. Her analyserer forfatteren dommene, og viser også relevansen av dommene for avhandlingens tema. Gjennomgangen er nyansert og grundig, og det er stort sett enkelt å være enig med forfatteren. Muligens kan man her påpeke at analysen av Melloni saken fra EU-domstolen på s. 305-306 kunne blitt enda mer nyansert, siden det etter min mening ikke er helt automatisk at det som EU-domstolen kommer frem til i Melloni kan brukes som en hovedregel i all strafferettslig lovgivning. Dette fordi jeg leser domstolens uttalelser i Melloni relatert til den spesifikke situasjonen hvor de underliggende materielle reglene var harmonisert på EU nivå (spørsmålet gjaldt den europeiske arrestordren og såkalte nektningssgrunner relatert til dette samarbeid, der EU-lovgivning uttømmende hadde regulert det aktuelle spørsmålet, som var dommer gitt in absentia). Men her kan det nok også være forskjellige synspunkter. Kapitlet relaterer konkret

til den andre underproblemstillingen i avhandlingen, altså spørsmålet om hvordan det strafferettslige legalitetsprinsippet brukes i den danske rettsordningen og i EUs rettsorden og hvordan det strafferettslige legalitetsprinsippet beskyttes i samspillet mellom rettsordningene.

BOGANMELDELSE

Alle disse tre kapitlene, 8 til 10, er bra og argumentasjonen velunderbygget. Spesielt gjennomgangen av rettspraksis er imponerende, og det er åpenbart at forfatteren har tenkt nøye på disse spørsmålene. I kapittel 11 oppsummeres denne del, og forfatteren viser her relevansen av EU-charteret art. 49, stk. 1 og EU-domstolens rettspraksis for dansk strafferett. Særlig diskusjonen relatert til *lex mitior* og beskyttelsen i samspillet mellom de to rettsordningene er spennende. Her besvarer forfatteren også den andre underproblemstillingen og konkluderer med at det er nasjonale domstolers oppgave å respektere legalitetsprinsippet og at det alltid er nasjonale (her: danske) domstoler som tar den endelige avgjørelsen relatert til spørsmålet om straffansvar skal idømmes. Det er da også nasjonale domstolene som skal sikre EU-charterets gjennomslagskraft når dette er relevant. Særlig interessant er det når forfatteren skriver at en nasjonal domstol kan bruke nasjonale bestemmelser for å sikre at legalitetsprinsippet får gjennomslagskraft og at dette gjelder når den nasjonale normen gjelder forutsigbarhet, nøyaktighet eller forbudet mot tilbakevirkende kraft, og således skal sikre et høyere beskyttelsesnivå enn det som følger etter EU-charteret. Hvis de nasjonale normene relaterer til *lex mitior*, kan nasjonale domstoler kun benytte disse hvis disse ikke gjør inngrep i EU-rettens forrang, enhet og effektivitet. Forfatteren mener altså at dette ikke gjelder i situasjoner der *lex mitior* skulle gi et resultat som ikke er forenlig med EU-retten (noe forenklet) men at dette ikke er et problem for dansk rett, ettersom dansk rett ikke inneholder en selvstendig beskyttelse av *lex mitior* prinsippet. Det følger likevel fra lovvalsregelen i STFRL § 3 at straffelovgivningen ikke brukes med skjerpet tilbakevirkende kraft, som i praksis gjør at man dømmer i overenstemmelse med EU-charteret art. 49, stk. 1. Man gjør også en sontring mellom forhold som berør straffeskyld og forhold som ikke berør straffeskyld, der bedømmingen også følger art. 7 EMR (se blant annet Mørck Jensen mot Danmark, dom fra 18 oktober 2022, kommentert på s. 323). Hele *lex mitor*-diskussionen er kjempespennende og hadde nok fortjent en enda mer inngående behandling her, men det nøyes her med dette.

Del 4 i avhandlingen behandler fortolkning og anvendelse av danske straffebestemmelser med EU-rettslig opphav og består av kapitlene 12 og 13, hvor kapittel 13 sammenfatter hovedkonklusjonene fra det omfattende kapittel 12. Kapittel 12 besvarer den tredje underproblemstillingen og her ser forfatteren altså på hvilke problemstillinger som danske domstoler har møtt i praksis som relaterer til anvendelsen og tolkningen av danske strafferettslige bestemmelser, som faller innenfor EU-rettens anvendelsesområde og hvordan

domstolene har løst disse. Situasjoner der danske domstoler har tilsidesatt danske straffebestemmelser tas opp, og også situasjoner hvor danske straffebestemmelser refererer direkte til en EU-rettsakt, straffebestemmelser som gjennomfører plikten til å sanksjonere overtredelser av underliggende EU-rettslig lovgivning og spørsmålet om fortolkning av straffebestemmelser som gjennomfører EU-straffelovgivning i dansk rett. Felles for hvordan disse problemstillingene behandles er at rettspraksis brukes, det er både dansk rettspraksis og rettspraksis fra EU-domstolen, og denne brukes på en fornuftig og innsiktsfull måte. Konklusjonene, som fremstilles i kapitel 13, er i forhold til *negativ harmonisering* at danske domstoler er forpliktet av EU-retten til ikke å idømme straff på bakgrunn av danske straffebestemmelser som ikke stemmer overens med EU-retten. I forhold til *positive forpliktelser* er det slik at Danmark er positivt forpliktet til å sanksjonere overtredelser av EU-retten, denne forpliktelse oppfylles hovedsakelig gjennom å innføre strafferettslige sanksjoner. Disse straffebestemmelser kan bestå av en ren henvisning til innholdet i en EU-rettsakt eller referere til innholdet i dansk gjennomføringslovgivning som gjennomfører en underliggende EU-rettsakt i dansk rett. Det påminnes også her om at plikten til å gjennomføre EU-straffelovgivning i dansk rett baserer seg på instrumenter som er vedtatt før Lisboatraktaten.

Den siste delen i avhandlingen, del 5 består kun av et kapitel, kapitel 14. Her repeteres ikke de tidligere delkonklusjonene, som forfatteren har kommet med i kapitlene 7, 11 og 13, men forfatteren har som ambisjon å gi et sammenhengende svar på avhandlingens hovedproblemstilling, som dreier seg om hvilken betydning EU-retten har for bruken av det strafferettslige legalitetsprinsippet i straffesaker ved danske domstoler. Det gjør forfatteren også, og dette gjøres konsist. Forfatteren kommer frem til at innholdet av legalitetsprinsippet ikke er så forskjellig mellom EU-retten og dansk rett og at mange av de tolkningsspørsmålene som danske domstoler og EU-domstolen møter henfører seg til spørsmålet om rekkevidden av EUs kompetanse på strafferettens område. De vanskeligheter ved tolkninger som oppstår når en nasjonal domstol skal fortolke en nasjonal straffebestemmelse i lyset av EU-retten er heller ikke resultat av at legalitetsprinsippet ikke er tilstrekkelig beskyttet i EU-rettsordningen. Forfatteren mener at det hele koker ned til et spenningsfelt mellom hensynet til EU-rettens effektive gjennomføring og det strafferettslige legalitetsprinsippet. Forfatteren konkluderer her, på s. 387-388 med følgende (direkte sitat fra avhandlingen på dansk):

”Spændingen mellem hensynet til EU-rettens effektive gennemførelse og hensynene bag det strafferetlige legalitetsprincip kan derfor (formentlig) heller ikke afhjælpes ved at styrke beskyttelsen af det strafferetlige legalitetsprincip i Charterets artikel 49, stk. 1. Den synes i stedet at være en systemisk følge af, at EU har kompetence til at vedtage lovgivning på en række materielle retsområder, hvor EU ikke har en tilsvarende kompetence til at sikre, at der indføres ensartede sanktioner for overtrædelse af EU-lovgivningen.

[...]

BOGANMELDELSE

Så længe EU ikke er udstyret med en sådan klar og anvendelig kompetence i traktaten til at vedtage umiddelbart anvendelig straffelovgivning, må man til gengæld forvente, at det portrætterede spændingsfelt mellem hensynet til EU-retts effektive gennemførelse og det strafferetlige legalitetsprincip forsat vil eksistere og give anledning til nye sager om afbalancering af de forskellige hensyn både for Domstolen og de danske domstole.”

Enkelt sagt er de tolkningsvanskeligheter som oppstår relatert til legalitetsprinsippet en form for utslag av hvordan lovgivningskompetansen er fordelt og særlig knyttet til EUs strafferettslige kompetanse. Så lenge som EU ikke er en egentlig stat, men henter sin kompetanse og demokratiske legitimitet fra medlemsstatene, vil dette spenningsfelt finnes der. Dette er også særlig riktig for Danmark sin del, på grunn av rettsforbeholdet.

Konkluderende kan jeg si følgende om avhandlingen mer generelt: hele avhandlingen er godt strukturert, tydelig og den henger sammen. Gjennomgående er kildebruken bra, det er relevant materiale som brukes og det brukes fornuftig. Særlig rettspraksis fra EU-domstolen brukes på en imponerende måte. Språket er godt og opplagt og forfatteren argumenterer klart. På flere steder skriver forfatteren tydelig hva han mener, som jeg mener er en styrke. Disse synspunktene er også underbygget av kilder og faller seg logiske i forhold til det materiale som behandles. Det er åpenbart at avhandlingen er gjennomarbeidet og gjennomtenkt. De forskjellige delene i avhandlingen fungerer hovedsakelig bra som en helhet og kun et lite synspunkt på strukturen er at f.eks. innledningen i kap. 3.1 er for hele andre delen i avhandlingen, ikke kun om kapittel 3. Dette fremstår nokså pirkete i en avhandling som er meget god og kan anbefales til alle som er interessert i enten EU-strafferett, nasjonal strafferett, legalitetsprinsippet eller bare av å lese en god avhandling.

Annika Suominen

Lektor och docent i straffrätt, Stockholms Universitet

BOGANMELDELSE