

## Hvorfor følge loven?

*Bemærkninger om et klassisk strafferetligt spørgsmål*

Af universitetslektor BENT UNMACK LARSEN, Århus

I den danske straffelovs § 21 er det bl. a. bestemt, at *forsøg* kan straffes, hvor der er tale om en forsætlig handling, og den pågældende straffebestemmelse hjemler anvendelse af fængselsstraf. Da straffelovens § 2 bestemmer, at reglerne i straffelovens almindelige del finder anvendelse på alle borgerlige strafbare forhold, gælder denne regel også på størstedelen af den strafferetlige særlovgivnings område.

På denne baggrund må det give anledning til undren, at man i en nylig af Bernhard Gomard i Festskrift til Alf Ross (1969), p. 125 ff., offentliggjort artikel om analogi i strafferetten kan se den opfattelse fremført (p. 147 ff.), at man på den strafferetlige særlovgivnings område i større eller mindre omfang kan straffe forsøg, selv hvor der ikke er hjemmel for fængselsstraf, og selv hvor den pågældende handling kun kan tilregnes gerningsmanden som uagtsom. Dette skal ifølge Gomard kunne ske i medfør af analogi fra den pågældende straffebestemmelse.

Den således vakte undren bliver ikke mindre, når det erindres, at det ifølge straffelovens § 1, jfr. § 2, også på den strafferetlige særlovgivnings område er en betingelse for *strafferetlig analogi*, at det analoge tilfælde „ganske må ligestilles“ med det af lovregeren omfattede. At denne betingelse skulle være opfyldt, når det analoge tilfælde ifølge en klar og udtrykkelig regel er strafrit, forekommer jo ikke umiddelbart indlysende. Denne vanskelighed skal imidlertid ifølge forfatteren kunne overvindes gennem en indskrænkende fortolkning af overførselsreglen i § 2. Dette udtrykkes bl. a. gennem en udtalelse (p. 152) om, at „retstilstanden . . . påvirkes ikke i synderlig grad af, om den almindelige straffelov indeholder en regel som § 2 . . .“<sup>1)</sup>

Der er efter min opfattelse næppe grund til at tro, at danske domstole vil akceptere Gomards opfattelse. Tværtimod kan man fristes til at sige, at artiklen på dette punkt har afsløret en faldgrube, som domstolene måske ellers nu og da kunne være dumpet i. Imødegåelse af artiklens synspunkter synes derfor ud fra dette synspunkt unødvendig.

<sup>1)</sup> For at forebygge misforståelse af de følgende, til dels stærkt kritiske kommentarer bør det udtrykkeligt fremhæves, at disse kommentarer alene sigter til det herved fremdragne punkt i artiklen, som i øvrigt indeholder en omfattende og interessant redegørelse for dansk retspraksis vedrørende artiklens emne.

Derimod giver artiklen anledning til endnu engang at overveje et klassisk strafferetligt retskildespørgsmål: Hvorfor bør domstolene i straffesager følge loven og ikke handle efter deres eget skøn over, hvad der bør straffes. Dette spørgsmåls aktualitet understreges af, at den refererede opfattelse er fremført af en højt anerkendt teoretiker, hvis speciale vel ikke er strafferet, men som måske netop derfor gennem sine synspunkter kan tilføre den strafferetlige retskildediskussion nyt stof.

Hvis man som jeg finder Gomards opfattelse svær at akceptere, er de spørgsmål man må stille sig følgende: Skyldes denne forskel i opfattelse en principielt forskellig juridisk metode, eller som Gomard synes at foretrække at kalde det: en principielt forskellig fortolkningsstil? Besvares dette spørgsmål benægtende, må man videre spørge, hvordan man med samme metode kan nå til opfattelser, der fremtræder som principielt forskellige? Besvarelsen af dette spørgsmål fører endelig til det tredje spørgsmål, om det er muligt at forfine metoden?

### 1. Metodiske synspunkter.

Gomards opfattelse fremtræder som resultat af en vidtdrevet pragmatisk fortolkning af samtlige i betragtning kommende bestemmelser. Mens denne fremgangsmåde forekommer helt naturlig, hvor talen f. eks. er om fortolkning af den enkelte straffebestemmelse i særlovgivningen, virker det umiddelbart mere overraskende, når samme metode bringes i anvendelse over for bestemmelserne i straffelovens almindelige del, og specielt over for straffelovens § 2, der netop tilsigter at afgøre regelkrydsningstilfælde, altså eksempelvis tilfælde, hvor reglen i straffelovens § 21 om straffrihed ved forsøg, hvor der ikke er hjemmel for fængselsstraf, står over for en straffebestemmelse i særlovgivningen, som ikke hjemler fængselsstraf, men som man ønsker at bringe i anvendelse på et forsøg. Anvendelsen af den pragmatiske metode også på § 2 bevirker jo, at regelkrydsningen ikke bliver afgjort på grundlag af denne regel, men at der på trods af reglen sker en fri formålsbrydning.

Det centrale metodiske spørgsmål bliver derfor spørgsmålet, om bestemmelser, der efter deres indhold tilsigter at løse en regelkonflikt, kan fortolkes på samme (frie) måde som de regler, af hvis møde konflikten opstår.

Inden der tages stilling til dette spørgsmål, kan det være rimeligt at se på, hvordan Gomard når til den opfattelse, at straffelovens § 2 kan undergives den omtalte indskrænkende fortolkning.

Den gældende danske straffelov er som bekendt resultatet af et meget langvarigt og omfattende reformarbejde omkring århundredskiftet, hvorunder der fremkom flere fuldstændige straf-

felovsudkast. Under dette arbejde indtoges der i de forskellige udkast successivt forskellige holdninger bl. a. til spørgsmålet om tilladeligheden af strafferetlig analogi, som efter den dagældende straffelovs § 1 inden for straffelovens område var begrænset på samme måde som nu, mens der på særlovgivningens strafferetlige område antoges at være adgang til analogi under i øvrigt sædvanlige betingelser. Samtidigt arbejdedes der med tanken om en konsekvent opdeling af den samlede strafferetlige lovgivning på forbrydelser og forseelser, og i det første af de udkast, hvor analogibegrænsningen optoges, gjaldt den til § 2 svarende henvisningsregel kun forbrydelserne. Da denne tanke og dermed sondringens optagelse i loven blev opgivet, blev henvisningen og dermed analogireglen generel. Dette var man naturligvis fuldt ud klar over, da den nugældende straffelov blev vedtaget. Men til dels som konsekvens af den historiske udvikling i reformarbejdet blev det efter Gomards opfattelse ikke i tilstrækkelig grad undersøgt, om udstrækningen af reglen i straffelovens § 1 til særlovgivningens strafferetlige område ville støde på særlige vanskeligheder.

Efter således at have påvist, ikke hvad man i min studietid med et manuduktørmæssigt udtryk i omtalen af de almindelige betingelser for analogi betegnede som et „hul i loven“, men hvad man analogt kan betegne som et „hul i motiverne“, fremhæver Gomard den i og for sig selvfølgelige kendsgerning, at bestemmelsen i straffelovens § 1 trods henvisningen i § 2 må vige for senere udtrykkelige særregler i den øvrige lovgivning. Herfra er der kun et kort skridt til den antagelse, at det også uden udtrykkelig hjemmel må være muligt at anse §§ 1 og 2 for fraveget, hvor gode grunde taler for en friere fortolkning, og at dette må gælde, hvadenten den i betragtning kommende særlov er af ældre eller yngre dato end § 2.

Som begrundelse for at tage dette skridt anfører Gomard følgende argumenter: Straffene er i særlovgivningen ofte mindre alvorlige end i straffeloven. Ved særlovgivningen tilsigtes i modsætning til i straffeloven ofte en udtømmende retlig regulering af et helt livsområde; én regel afgrænser samtidig området for strafferetlige og for andre, civile og administrative retsfølger, og en forskellig tydning af reglerne i de forskellige henseender vil ikke være en rimelig retstilstand. Overtrædelse af særlovgivningen kan ofte rent praktisk kun tænkes begået af personer, som er nøje kendt med den pågældende lovgivning og dennes formål, over for hvem en friere fortolkning derfor forekommer mindre betænkelig. En væsentlig funktion af straffetruslen er i særlovgivningen blot at virke som en katalysator, der sætter retsmaskineriet i gang. Bestemmelserne i særlovgivningen er endelig ofte udformet uden henblik på strafferetlige konsekvenser af formu-

leringen. Specielt med henblik på analogi fra fuldbyrdet forbrydelse til forsøg anføres det, at det kan være tilfældigt, om straffesammenhængen går op til fængsel, og at et ordvalg, der forbyder handlinger, der forbereder det, der søges modvirket, er mindre naturlig i regler, der som særlovgivningens er formet som forbud eller påbud og ikke som straffelovens regler som udsagn om en vis konsekvens af en handlemåde.

Til vægten af disse argumenter skal der ikke i denne sammenhæng tages stilling. Nogle vil finde dem stærke, andre svage. Det, der her interesserer, er det metodiske aspekt: Er der i denne fremgangsmåde noget, der kan kritiseres med henvisning til, at der her er tale ikke om sædvanlig lovfortolkning, men om fortolkning af en strafferetlig lovbestemmelse, der som § 2 efter sit indhold tilsigter at løse en regelkonflikt?

Efter min opfattelse må spørgsmålet — i hvert fald i første omgang — besvares benægtende. Eller anderledes sagt: Trods min undren over Gomards opfattelse og trods overraskelsen over at se en så fri pragmatisk metode anvendt på bestemmelsen i straffelovens § 2, finder jeg, når jeg skal forsøge at begrunde min modsatte opfattelse, at mine argumenter i sidste ende er af samme natur som de af Gomard anvendte. Dette gælder også over for det svageste led i Gomards argumentationskæde, forsøget på at komme uden om, at man med velberåd hu har indført den generelle henvisningsregel i § 2. Hvad der kan anføres heroverfor, lader sig i sidste ende også reducere til argumenter om, hvad der ud fra et fornuftigt synspunkt kan anses for hensigtsmæssigt.

Den forskellige opfattelse af, hvordan det af Gomard fremdragne problem skal løses, synes således ikke at have nogen nødvendig sammenhæng med forskellige metodiske synspunkter.

Til illustration og tildels som støtte for sin opfattelse anfører Gomard to eksempler, ét hentet fra retspraksis og et tænkt tilfælde:

Det første af disse, U 1943.1098 H, hvor straf idømtes for forsøg uden for det ved straffelovens § 21.3 hjemlede område, vedrørte det forhold, at sundhedsmyndighederne havde grebet ind over for en produktion af spegepølser, hvortil der var anvendt helt eller delvist fordærvet kød. Tiltalte var i anledning heraf rejst for overtrædelse af en bestemmelse, hvorefter nærings- og nydelsesmidler, beregnet til menneskeføde, kun måtte *udbydes til forhandling og sælges i god og ufordærvet tilstand*. Det beskrevne forhold blev af Højesteret med 6 stemmer mod 2 henført under bestemmelsen. Denne dom kommenteres nærmere nedenfor under 2.

Det andet eksempel vedrører § 130 stk. 1 i lov nr. 147 af 13.5. 1959 om forsikringsvirksomhed, hvorefter ingen i erhvervsmæs-

sigt øjemed her i landet må medvirke til, at direkte forsikringer for her i landet bosiddende personer, danske skibe eller her i landet beroende ejendele tegnes hos andre end danske eller her registrerede udenlandske selskaber. Efter Gomards opfattelse er overtrædelse af denne bestemmelse *efter ordene* først fuldbyrdet, når en forsikring af den omhandlede art er tegnet, hvadenten man nu herved vil forstå, at forsikringsbegæring er underskrevet af forsikringstager eller akcepteret af forsikringsselskabet. Ikke destomindre er det Gomards opfattelse, at bestemmelsen kan anvendes også i tilfælde, hvor en akkvisitionskampagne er slået fejl og ikke har ført til tegning af nogen forsikring. Dette resultat synes at kunne tiltrædes, omend det kan være tvivlsomt, om enhver forberedelsesvirksomhed eller kun visse nærmere forberedeshandlinger vil kunne straffes i medfør af bestemmelsen. Men dette resultat kræver ikke til sin forklaring en bortfortolkning af straffelovens § 2 og dermed af reglen i straffelovens § 21 stk. 3. Når det efter Gomards fremstilling kan synes således, er det kun, fordi det postuleres, at fuldbyrdelsesmomentet *efter ordene* i § 130 er knyttet til tegningen. Dette postulat kan imidlertid ikke akcepteres. § 130 stk. 1 sammenholdt med § 156 stk. 1 kriminaliserer *medvirken* til tegning; ordet „tegnes“ i § 130 stk. 1 tjener fra et sprogligt synspunkt alene til karakteristik af den kriminaliserede handlingstype (medvirken til hvad?) og siger derfor intet om fuldbyrdelsesmomentet. Dette er *sprogligt* knyttet til fortolkningen af ordet „medvirket“. At dette ord nødvendigvis må omfatte handlinger, som i begivenhedsforløbet ligger forud for tegningen, synes klart. Sådanne handlinger kan i relation til § 129 stk. 1, hvorefter intet udenlandsk selskab må påbegynde forsikringsvirksomhed her i landet, før registrering er sket, betegnes som forberedende og, hvor ingen tegning sker, som forsøg, hvis udtrykket forsikringsvirksomhed fortolkes som lig med tegning af forsikringen. Men selv da vil *ordene* i § 130, stk. 1, omfatte disse forberedende handlinger, og om nogen konflikt med reglen i straffelovens § 21 stk. 3, jfr. § 2, bliver der således ikke tale.<sup>2)</sup> En forudsætning herfor måtte det jo — tilsyneladende også efter Gomards opfattelse — være, at de handlinger, om hvis strafbarhed der er tale, ligger udenfor ordgrænsen. Eksemplet siger således i modsætning til det førstnævnte eksem-

<sup>2)</sup> Straffelovens § 240 om den, som medvirker til, at nogen berøver sig livet, frembyder et ganske tilsvarende fortolkningsproblem. Bestemmelsen antages af Krabbe i *Borgerlig straffelov*, 4. udg., 1947, p. 546, og Hurwitz i *Den danske Kriminalret*, Spec. del, p. 237, at skulle undergives en (indskrænkende) fortolkning, hvorefter ansvar for fuldbyrdet forbrydelse først indtræder ved selvmorderens død. Dette konkret begrundede fortolkningsresultat er naturligvis uden betydning for fortolkningen af forsikringsvirksomhedslovens § 130 stk. 1.

pel alene noget om strafferetlig retsanvendelse, som *ikke* baseres på analogi.

## 2. Andre fortolkningssynspunkter.

Hovedindvendingen mod Gomards opfattelse er simpelthen, at det for en common-sense-betragtning er meningsløst at hævde, at forsøg kan straffes som uagtsomt og uden hensyn til, om loven hjemler fængselsstraf, når straffelovens § 21, jfr. § 2, klart siger det modsatte.

I en faglig diskussion må denne common-sense-betragtning imidlertid søges rationaliseret og omsat til begrundet kritik. Og det er under alle omstændigheder en værdifuld ting ved Gomards artikel, at den tvinger én til at gøre forsøg herpå.

Denne kritik kan i generel form udtrykkes således, at Gomard i sin argumentation, der i metodisk henseende er karakteriseret ved en vidtgående pragmatisme, har overset eller undladt at tage hensyn til væsentlige modstående argumenter.

Dette er der intet mærkeligt i, for så vidt som det vel altid har været erkendt, også af metodens tilhængere, at den pragmatiske metodes største svaghed er vanskeligheden eller det ligefrem umulige i at overse og vægte de hensyn, der kommer i betragtning ved afgørelsen af et retstilfælde. Gomards artikel illustrerer måske blot særlig tydeligt denne svaghed.

Der er i og for sig heller ikke i det konkrete tilfælde så frygtelig meget at bebrejde Gomard i anledning af, at han ikke har fået alle væsentlige hensyn med. Forholdet er jo det, at den pragmatiske metode først relativt nyligt har vundet udbredt anerkendelse. Som følge heraf er der endnu kun på spredte felter foretaget en blot nogenlunde indgående analyse af, hvilke hensyn der i en given sammenhæng kan komme i betragtning. Man må vel endda sige, at det endnu står tilbage at udvikle det for metodens anvendelse nødvendige begrebsapparat og en fornuftig systematik.

Dette problem illustreres af, at Gomard som det eneste argument imod anvendelse af analogi i strafferetten omtaler det velkendte synspunkt, at en udvidelse af straffebudene ved analogi ville prisgive borgerne et vilkårligt domstolsregime. Ingen kunne forudse, om en bestemt handling ville pådrage dem straf eller ikke, en tilstand, der er uforenelig med demokratiets og retsstans princip. Og af at Gomard synes at anse disse argumenter for opvejet ved det modstående argument, at lovgivningen umuligt kan forudse alle tilfælde, og at det er stødende for retsfølelsen, at en handlemåde, der på alle afgørende punkter må sidestilles med den udtrykkeligt kriminaliserede, dog skulle gå fri for straf som følge af lovtekstens formulering. Kun under uheldige politiske forhold er der grund til at frygte domstolens udnyttelse af

en vis frihed til at fiksere det strafbares grænser; alt for stor forsigtighed med brug af analogi kan i øvrigt måske føre til en ellers unødvendig brug af vidtgående og ubestemt affattede straffebud i lovgivningen.

De herved fremdragne synspunkter har for mig at se netop præg af at stamme fra en tid, hvor den pragmatiske metode — under navn af forholdets natur eller reale grunde — principielt kun antoges at komme ind i billedet uden for lovens grænser. De er derfor næsten af rent politisk natur. Hovedargumentet bygger på en politisk magtadskillelsesideologi, hvorimod modargumentet bygger på en modsat opfattelse, hvorefter lovgivningsmagt og domstole opfattes som samvirkende organer à la herren og hans tro tjener. Hovedargumentet bygger i øvrigt på en fiktion om, at borgerne læser loven, og det er i denne forbindelse interessant at bemærke, at Gomard i de få tilfælde, hvor der ikke er tale om fiktion, finder et selvstændigt argument for tilladeligheden af analogi netop i dette forhold.

De anførte synspunkter er derimod ikke af synderlig betydning for retsanvendelsen, når denne også inden for lovens grænser sker efter en pragmatisk metode. Her kommer andre hensyn i betragtning, heriblandt formodninger om konsekvenserne af et givet valg for udøvelsen af domstolenes funktioner. Man kan med en omskrivning af Gomards udtalelse om de særlige aspekter ved overførelse af straffelovens analogiregel til særlovgivningens område sige, at der ikke i de anførte synspunkter er taget hensyn til, om overførelse af disse til retsanvendelsens område ville støde på særlige vanskeligheder. Hovedargumentet taler således alene om den usikkerhed, borgerne ville føle sig hensat i under en meget fri retsanvendelse, og modargumentet om, hvad lovgivningsmagten i den modsatte situation kunne føle sig drevet til. Domstolenes stilling er der i disse betragtninger ikke taget hensyn til.

Det spørgsmål, man i denne sammenhæng først og fremmest må stille, men som Gomard i sin artikel har forbigået, er dette: Hvilke konsekvenser ville det have for domstolenes udøvelse af deres samfundsmæssige funktioner, hvis man, som Gomard vil have det, straffede for forsøg på tværs af klare lovregler, når blot gode grunde talte herfor? I mere almen form: Hvad har vi domstole til? Hvilke gunstige virkninger for samfundslivet forventer vi af domstolenes virke? Sætter disse ønsker grænser for, hvor vidt en pragmatisk fortolkning støttet på andre formål kan drives?

I den givne sammenhæng kan der ikke være tale om at give mere end et antydningstvist svar på disse spørgsmål. En gennemførelse af Gomards synspunkt under de nuværende normale samundsforhold ville ikke kunne undgå at skade tilliden til

domstolene, allerede som følge af, at synspunktet er uforståeligt for andre end drevne jurister. Der ville ikke kunne opnås akcept på resultatet, hvad der i længden uvægerligt ville smitte af på mere forståelige afgørelser. Domstolenes reelle autoritet ville svækkes, og den formelle autoritet, som vi har fundet det begrundet at tillægge domstolene, ville derved bringes i fare. Man kan også sige: En tilsidesættelse af klare lovregler, som den Gomards synspunkt indebærer, er i sin fremtræden en klar politisk handling. Selv om tilsidesættelsen begrundes med en formålsbestemt fortolkning af en politisk beslutning nedfældet i form af en anden lov, er det efter forfatningen og den måde, hvorpå denne er ført ud i livet, specielt med hensyn til traditionerne for dommerrekruttering, evident, at det ikke tilkommer domstolene at træffe sådanne klart politiske afgørelser. Gør domstolene det alligevel, ville de dermed have startet en kædereaktion, som i det lange løb må føre til fundamentale samfundsmæssige ændringer. Og sådan kunne man blive ved.

I denne sammenhæng er det naturligt at nævne, at den eneste højesteretsdom, Gomard kan anføre til støtte for sin opfattelse, U 1943.1098 H, er afsagt den 5. oktober 1943, på et tidspunkt, hvor landet var uden regering og lovgivningsmagt, og vedrørte spørgsmålet om straf i anledning af et forhold, som praktisk vanskeligt kunne tænkes at forekomme uden for udprægede krisetider. Allerede af disse grunde forekommer det ubegrundet at ville tillægge afgørelsen betydning under mere normale samfundsforhold.

### 3. Bør metoden modificeres?

De i foranstående afsnit antydede argumenter, der ligesom de af Gomard anførte argumenter må tages i betragtning ved en pragmatisk fortolkning, fører til, at der af domstolene må udvises stor tilbageholdenhed med anvendelse af analogi i straffetretten. Altså netop, hvad der er kommet til udtryk i straffelovens § 1. Dette synspunkt, der muligt kan føre til forkastelse også af andre af de af Gomard i den nævnte artikel fremførte opfattelser end den, der her er taget op til behandling, er imidlertid ved de gjorte antydninger blevet udstyret med en begrundelse, som gør det sværere at komme udenom bestemmelsen i § 1, hvis de forudsatte værdipræmisser akcepteres. Det kan da kun ske, hvis vurderingen af de omtalte skadevirkninger fører til den antagelse, at analogi i det enkelte tilfælde ikke vil rumme nogensomhelst fare for disse interesser, noget, der næppe nogensinde vil være tilfældet, hvor der er tale om analogi i strid med udtrykkelige lovregler.

Dette fører til at rejse det spørgsmål, om man alligevel ikke på strafferettens område, ikke som noget a-priorisk, men i kon-



sekvens af en pragmatisk fortolkning, der også tager hensyn til de her fremhævede argumenter, kan anse det princip som gældende, at en regel, der som straffelovens § 2 efter sit indhold tilsigter at regulere en regelkonflikt, ikke kan undergives yderligere pragmatisk fortolkning, når det først én gang er fastslået, at reglen har dette indhold.

Det kan måske være tvivlsomt, om der uden for en undervisningssituation knytter sig nogen praktisk interesse til en sådan konstatering. På den anden side forekommer de argumenter, som fører til en sådan antagelse, at høre hjemme på et så højt generalitetsniveau, at det også i retsanvendelsen måtte være en praktisk fordel at kunne henholde sig til et sådant generelt princip og ikke daglig skulle fortabe sig i argumentationer på dette plan.

Med dette spørgsmål, som forekommer mig at rejse perspektiver, som rækker ud over den udtrykkeligt omtalte problemstilling, bevæger man sig imidlertid ind på et retsfilosofisk plan, hvor mine forudsætninger begynder ikke længere at slå til. Så her synes tidspunktet at være inde til at lade tråden ligge.

*B. Unmack Larsen.*