

LOVKRAVET I STRAFFERETTEN

af professor emeritus Knud Waaben

1. Lovkravet går ud på at anvendelsen af straf skal have støtte i loven. Det er en del af et sæt af strafferetlige principper eller idealer der ofte sammenfattes under betegnelsen legalitetsprincippet.¹ Hertil henregner nogle også et krav om udelukkelse af analogislutninger. Men et retssystems holdning til udvidende fortolkning og analogi er blot en side af lovkravets udformning, og det er på ingen måde sikkert at et forbud mod sådanne udvidelser er et ideal som man anstændigvis må opfylde. Som det er blevet fremhævet af Andenæs, men overses af de strenge legalister, er spørgsmålet ”om det en oppnår ved en slik streng lovbundethet er nok til å oppveie de ulemper som ordningen ville ha i andre retninger”.² Ingen af de nordiske lande har afstået fra at straffe i medfør af udvidende fortolkning eller analogi.

Almindeligvis formuleres lovkravet således at det betyder: straffe-hjemmel på gerningstiden. Hermed er grunden lagt til et princip der kan udformes mere selvstændigt i et forbud mod at give skærpene straffelove og -domme tilbagevirkende kraft. Derimod kan man ikke omvendt udlede lovkrav og analogiforbud af et forbud mod retroaktion. Dette vil blive omtalt senere.

Der er endnu et krav til en velindrettet strafferet som nogle vil henføre til legalitetsprincippet. Det er kravet til lovgiveren om at gerningsbeskrivelser skal være nøjagtige og tydelige og ikke må overlade for meget til domstolenes vurderinger. Hvis dette kan kaldes et princip, er det ikke et af dem der kan omsættes til gældende ret ved en kort og enkel lovbestemmelse. Det ytrer sig som en ret-

¹ Nils Jareborg, *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s. 93: ”egentligen ett flertal principer”.

² Johs. Andenæs, *Almindelig strafferett*, 3. utg. (1989) s. 110.

ningslinje for skrivning af straffebud. Og det er forkert at tro at brugen af straffebud med ubestemte og vurderingsprægede elementer, almenbegreber etc. er noget som man gradvis kan komme bort fra. Denne lovteknik er en pris som har måttet betales for at overvinde den kasuistiske skrivemåde der efterlader huller i loven. Større brug af præcise og anskuelige gerningsbeskrivelser øger behovet for udvidende brug af loven. I relation til lovkravet, det egentlige legalitetsprincip, må det fastholdes at selv ved bestemmelser med ubestemte og generaliserende sproglige træk er der en lov at dømmes efter. Lovgiveren har ønsket den sådan og været indforstået med at dele sin grænsesættende kompetence med domstolene.

I de følgende bemærkninger lægges til grund at straffebestemmelserne er som de er, og der spørges kun hvorledes lovens almindelige del og domstolene kan udmønte kravet om at kriminalisering og straf skal have hjemmel i loven. Det er stof som er behandlet mange gange før, men helt uden aktualitet er det vistnok ikke. I de seneste år er det blevet behandlet som lovgivningsproblem både af en norsk og en svensk kommission. Det må også ventes at stå på programmet for det finske straffelovsprojekt, og det har været emne for en finsk disputats.³

2. I al diskussion om lovkravet skimter man konturerne af et antal forskellige opfattelser, her opgjort til fire.

(1) Der skal blot foreligge en lovbestemmelse som en domstol kan henvise til som grundlag for sine slutninger. Det er ikke det konkrete tilfældes konformitet med eller nærhed til lovens ord det kommer an på. En lovbestemmelse kan udgøre hjemmel for strafansvar når den kan læses som udtryk for lovgiverens intention, viljesretning eller vurderinger.

Der er næppe nogen nordisk forfatter som i de sidste 100 år har anlagt en så løs forståelse af lovkravet. Den rummer kun et moment af legalisme ved at anerkende lovens vigtighed (bl.a. til forskel fra naturretlige slutninger) og ved at udelukke domstolens frie vurderinger af handlingers skadelighed og slethed. Men i det 19. årh. har opfattelsen været kendt, og når man af og til har betjent sig af udtrykket analogi, har ordet betydet noget andet end efter vore begre-

³ Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen (1989).

ber. Man var endnu i en tidsalder hvor kodifikationer skulle gøres mere udtømmende og gerningsbeskrivelser mere dækkende; ofte krævedes en helt ny sproglig teknik. Det kunne være naturligt at erkende at lovdordene engang imellem kun var et partielt grundlag for slutninger om hvad lovgiveren ville opnå. Lovens ånd kunne røbe sig i en fragmentarisk beskrivelse af det strafbare. Afgørelsers legitimitet lå i domstolenes ret og pligt til at tænke på hvad lovgiveren fornødt måtte have været ude efter.

Et kuriøst eksempel på tankegangen findes i en dansk forordning af 1840 om formueforbrydelser. Det hedder her (i § 76) at da man ikke i loven kan beskrive alle de mangfoldige arter af bedrageri der kan forekomme, bestemmes det nu at ethvert unævnt bedrageri skal straffes efter den bestemmelse som det ligner mest. Dette viser at man endnu havde svært ved at komme ud over en kasuistisk lovteknik, bl.a. fordi forbrydelsernes almene definitioner endnu ikke var udarbejdet. Når der altså fremkom huller i loven, sagde man ikke som den virkelige legalist ville sige: I må kun straffe det som I har fantasi til at forestille jer og ord til at beskrive. Man sagde: Bedrageri kan ikke defineres, men I skal straffe efter den lovbestemmelse som tilfældet mest ligner.

(2) En strengere forståelse af legalitetsprincippet går ud på at det konkrete faktum skal være omfattet af lovens ord. Af de retspolitiske klassikere har bl.a. Beccaria formuleret et krav herom. Dommeren skal opstille lovens regel som oversætning og handlingen som undersætning, og han skal blot spørge om handlingen falder ind under loven. Han kan end ikke fortolke loven, og intet er farligere end den opfattelse at dommeren også kan spørge efter lovens ånd.⁴

I den danske straffelovs § 1 tales om "et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov". Som udgangspunkt må dette læses som et krav om at tilfældet skal svare til lovens sproglige beskrivelse, — specielt da § 1 derefter gør en tilføjelse om tilfælde der "ganske må ligestilles med et sådant". Man må dog være opmærksom på at det er et hævdundet juridisk kunstsprog at et vist resultat kan være "hjemlet (fx.) ved lov". Det betyder ikke altid det samme som "svare til lovens gerningsbeskrivelse". Hvis et strafbart forhold er beskrevet i en bekendtgørelse er dette jo ikke en lov. Kravet om "hjemmel" kan da være opfyldt i kraft af et dobbelt ræsonnement: udfærdigelsen af en

⁴ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* — Om brott och straff (1977) s. 37 ff.

bekendtgørelse skal støtte sig på loven, og inden for denne bemyndigelse skal det konkrete forhold være dækket af bekendtgørelsens ord. Det er altså ikke lovkravets konsekvens at beskrivelsen af de strafbare forhold altid skal stamme fra lovgiveren. Der tillades en kompetencedeling mellem lovgiver og administration.⁵

Der er vanskeligheder ved at foretage lovanvendelsens koblinger mellem en normativ text og virkelighedens fænomener.⁶ Handlinger og forløb er jo ikke på forhånd udstyret med et sprogligt signalement der svarer eller ikke svarer til en kode i loven. Vi bearbejder virkeligheden ved at sætte ord på den; dette kan ske på mangfoldige måder uden at være bundet af lovens vokabularium eller af et andet sprogligt klassifikationssystem. Og hvad lovens ord angår vil de ofte vise sig at være kendte i forskellige betydninger eller ligefrem at savne en deskriptiv betydning ud over en flygtig antydning om tankens retning. Det kræver derfor en mellemregning — en mere eller mindre vilkårlig brug af sproget — at nå til slutninger om hvorvidt en handling, et forløb eller et andet fænomen kan henføres under lovens ord. Ikke desto mindre er der meget der tyder på at dommeres tanker kredser om "den sprogligt naturlige forståelse af loven", hvorved man ofte ved læsning af domme skal underforstå tilføjelsen: "og naturlig (eller mulig) sproglig karakteristik af de oplyste fakta".

(3) Når yderpunkterne formuleres som det her er sket, må man tilføje at der også findes mellemstandpunkter, og det er især dem der gør krav på opmærksomhed. Man bemærker nemlig at der i alle de nordiske lande har foreligget teoretiske udtalelser og domme som tillader udvidelser ud over det område der er dækket af lovens ord. Et autoritativt udtryk herfor findes kun i dansk og islandsk ret. I den danske straffelovs § 1, der blev overført uden ændring til den islandske straffelov, har de foran citerede ord ("et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov") denne tilføjelse: "eller som ganske må ligestilles med et sådant". Hvis der dømmes for et forhold som ikke kan anses for omfattet af lovens ord, skal det dreje sig om en høj grad af lighed. Man er altså langt fra den målestok for en fjernere lighed der blev henvist til ovenfor under (1). Det er, billedlig talt, ikke nok at to handlinger er slægtninge; de skal kunne betragtes som søskende.

⁵ Se også for norsk rets vedkommende NOU 1992:23 s. 73 f.

⁶ Knud Waaben, Strafferettens almindelige del I, 3. udg. (1993) s. 73 ff.

I norsk ret er det et grundlovskrav at ingen må straffes uden "etter lov". Her er ingen tilføjelse om analogi. Det er derfor et interessant spørgsmål om der gælder et grundlovssikret krav der er strammere end det som den danske Rigsdag vedtog i 1930. Hvis det norske "etter lov" betyder det samme som det danske "hjemlet ved lov", måtte man være forberedt på den mulighed at den danske udvidelse ikke gælder i Norge og heller ikke kunne vedtages ved en norsk lov. Disse spørgsmål har længe været diskuteret i norsk teori.

(4) Der kan peges på endnu et mellemstandpunkt som ikke har været uden repræsentanter i teorien og måske den dag i dag svarer til danske domstoles holdning. Det kan hævdes at der findes en tilladelig udvidende fortolkning som kommer i betragtning før man når til et analogiområde. Der tænkes her på en udvidelse ud over lovudtrykets videste forståelse, hvor loven dog bliver anvendt.

3. I norsk teori havde Skeie den bestemte mening at grundlovens § 96 forbød domfældelse efter en analogi og derfor heller ikke tillod at en analogihjemmel blev indført ved lov.⁷ Men med hensyn til den udvidende fortolkning har det vistnok for Skeie været lidt af en balancekunst at formulere et standpunkt. Man kan, siges det, bruge udvidende fortolkning ved at anlægge den videste af flere mulige forståelser af ord, men dette er jo ikke nogen udvidelse. Det hedder videre at domstolene må "innen visse grenser kunne anvende en utvidende fortolkning" (der sigtes måske til det netop anførte), men derefter: domstolene må pga. § 96 "være forsiktede med å gi et straffebud en videre anvendelse enn den som nødvendig følger av dets ordlyd". Det sidste kan læses sådan at domstolene med forsigtighed kan gå ud over den videste forståelse af ordlyden. Skeie synes at tiltræde at Høyesterett i 1932 havde anvendt en bestemmelse om salg af mælk på et tilfælde af salg af fløde. Denne læsning af Skeie kan støttes på at han strax efter nævner domme som han ikke kan tiltræde. Men hvad 1932-dommen angår kan det jo hævdes at fløde ligger uden for grænsen af ordet "mælk", medmindre man vil sige at fløde er mælk i en tilstand hvis særpræg er let at kende og som derfor har sit eget navn. Det er den slags sproglige diskussioner som ikke ville få nogen ende hvis man ikke i retslivet afskar dem ved at

⁷ Jon Skeie, Den norske strafferett I, 2. utg. (1946) s. 54 ff.

træffe en beslutning. I dansk ret kunne man sige: "efter loven eller dennes analogi". Det er klart at en domstol ikke ville domfælde hvis den i lovens forarbejder fandt holdepunkter for at fløde skulle behandles anderledes end mælk i denne sammenhæng.

Andenæs' undersøgelser af retspraxis havde fået Skeie til at ændre opfattelse af hvad domstolene faktisk havde tilladt sig. Det bemærkes i øvrigt at Andenæs har ændret selve problemstillingen.⁸ Der er ingen klar grænse mellem udvidende og analogisk tolkning: "Vi skal derfor la begrepene ligge og gå rett løs på realiteten: Kan domstolene uten hinder av grl. § 96 dømme for at forhold som selv ved en rommelig forståelse ikke går inn under ordlyden i straffebudet?" Som svar herpå siges først at praxis har stillet sig ret frit i forhold til § 96, derefter at analogier blev sjældnere i løbet af det 19 årh., og om senere ret: "Det finnes visstnok ingen høyesterettsdom fra dette århundre som selv innrømmer at den bygger på analogi. Men i en rekke tilfelle har domstolen straffelt til tross for at loven etter sin ordlyd ikke har passet på tilfellet". "En må på grunnlag av rettspraksis si at uansett hvordan grl. § 96 har vært ment, har den ikke i praksis virket som et konstitusjonelt forbud mot å gå ut over ordlyden ... Det avgjørende blir som regel om domstolene finner en utvidelse reelt berettiget."

I den norske Straffelovkommisjons betænkninger fra 1983 og 1992 er ikke nævnt den mulighed at indføre et analogiforbud.⁹ Kommissionen henholder sig til de beskrivelser af retstilstanden der er givet i litteraturen. Det fremhæves at man bør "være varsom med utvidende eller analogisk tolking til skade for tiltalte, selv om det i praksis også finnes eksempler på dette". Det foreslås at lovprincippet kommer til udtryk i straffeloven: "Strafferettslige reaksjoner krever hjemmel i norsk lov, jf Grunnloven § 96" (udkastet § 22).¹⁰ Det kan ikke ses om kommissionen har overvejet at præcisere hvad der ligger i kravet om hjemmel i lov. Man har vel anset spørgsmålet for at være alt i alt bedst tjent med at henligge i det grå lys hvor der er plads for en forsigtig udvidende praxis. En svensk betænkning er gået en anden vej.

⁸ Andenæs, anf. st. s. 109 ff.

⁹ NOU 1983:57 s. 115 f, 1992:23 s. 72 ff.

¹⁰ Ordvalget har givet lovkravet en videre udstrækning end den gamle grundlov tilsiger. — I lovudkastets § 28 har den norske kommission en bestemmelse om indskrænkende fortolkning, et spørgsmål der her er holdt uden for drøftelsen af lovkravet.

I svensk ret gælder der ikke nogen lovbestemmelse svarende til den danske eller den norske. I brottsbalken 1:1 siges at et "brott" er et forhold for hvilket der er foreskrevet straf, men dette er tænkt som en definitionsregel, ikke som en retskilderegulering. I § 5 til promulgationslagen til brottsbalken og i regeringsformen 2:10 bestemmes at ingen kan dømmes for et forhold der ikke var strafbart på gerningstiden. Det har vistnok været almindeligt at antage at dette ikke indebærer et analogiudelukkende retskildeprincip; i hvert fald anføres som eksempel på analogi anvendelsen af BrB's medvirkensbestemmelser i 23:4 på speciallovsdelikter.¹¹ Fängelsestraffkomitén finder imidlertid — i tilslutning til Jareborg¹² — at regeringsformens 2:10 (altså forfatningen) efter sin ordlyd rummer et forbud mod analogislutninger.¹³ Det erkendes at denne læsemåde ikke har støtte i forarbejderne og er blevet modsagt bl.a. i den mest anvendte lovkommentar. Senere i samme afsnit af betænkningen betragtes det som en kendsgerning at analogisk lovanvendelse "i princip inte får ske", og at Högsta domstolen har anvendt analogi på trods af regeringsformens bestemmelse.

Den svenske komité stiller et forslag der følger den smalle sti. Med nogen overdrivelse udvikles det at behovet for præcision, forudsigelighed og begrænsning af dommerskønnet er fælles for sanktionsvalget, principperne for gerningsbeskrivelse og den almindelige ansvarslære.¹⁴ Ja det antydes endda at brottsbalkens holdning til analogisk fortolkning og lignende spørgsmål muligt er "influerad av de resonemang man fört beträffande behandlingstanken". Men ser man nu bort fra den noget brede argumentationsbasis, bliver der i vor sammenhæng et interessant forslag tilbage om et restriktivt retskildegrundlag og mindre indflydelse for domstolene. "Enligt vår uppfattning bör analogislut över huvud taget inte få förekomma vid bedömningen av om en gärning är brottslig eller ej."¹⁵ Den foreslåede tilføjelse til BrB 1:1 lyder således: "En straffbestämmelse får inte ges en vidare tillämpning än dess ordalydelse medger. Ingen får dömas för en gärning som inte var ett brott när den företogs." Uden for

¹¹ Se fx. Ivar Strahl, Allmän straffrätt (1976) s. 17 f.

¹² Nils Jareborg, Brotten I, 2 uppl. (1984) s. 103.

¹³ SOU 1988:7 s. 43 ff.

¹⁴ SOU 1988:7 s. 46 ff.

¹⁵ Forslaget får tilslutning af Nils Jareborg, Straffrättsideologiska fragment s. 93 f.

lovtextens ord er der ingen plads for udvidende fortolkning. Her er altid spørgsmål om analogi, og den skal altså udelukkes.¹⁶

For så vidt angår dansk ret ligger udgangspunkterne klart for dagen i straffelovens § 1, og der er ingen nyere betænkninger om eventuel revision af denne. I en fældende dom kan siges at tilfældet findes omfattet af loven (paragraffen) eller at det ganske må lige-stilles hermed (findes strafbart efter en analogi af denne). I ikke så få tilfælde har man sagt i domme at faktum findes "omfattet af para-graffen eller dennes analogi". Det antyder at der kan være tvivl om den nøjagtige ordforståelse, men at man har følt sig sikker på beretti-gelsen af en domfældelse. Det er min opfattelse at domstolene i nogle tilfælde, hvor de ikke taler om analogi, må have anlagt en udvidende fortolkning.¹⁷ Og jeg har vovet den slutning at domstolene foretræk-ker fortolkning i de tilfælde der findes at ligge allernærmest ved lo-vens ord, medens man reserverer analogien som det mere extraor-dinære for tilfælde hvor det er lettere at se en afstand mellem lovens ord og sagens faktum. Hypotesen om danske domstole går altså ud på at de praktisk er influeret af en adskillelse af udvidende fortolk-ning og analogi. Dette kan man efter min mening ikke indvende no-get imod. Det her anførte (og tilfælde af frifindelse) kunne belyses nærmere ved en kasuistik som pladshensyn ikke tillader.

4. De nordiske lande afviger altså fra hinanden med hensyn til for-mulerede retskilderegler. Om den nærmere forståelse af disse regler kan der i det enkelte land være forskellige meninger. De to yder-punkter er på den ene side dansk rets analogihjemmel, på den anden side svensk rets analogiforbud som det hævdes at være gældende ef-ter én opfattelse.

Det må antages at der i alle landene er forekommet fældende af-gørelser der går uden for ordene i de anvendte lovbestemmelser. Man må dog være opmærksom på at det kan bero på en individuel sprogforståelse om dette er tilfældet i de enkelte sager. En domstol kan have fundet lovordene dækkende hvor en læser af dommen kan mene at de ikke er det. Man skal også være opmærksom på at der er variationer i opfattelsen af begreberne udvidende fortolkning og

¹⁶ SOU 1988:7 s. 46 jfr. 44.

¹⁷ Waaben, anf. st. 78 f. — Her henvises også til synspunkter fremsat af Bernhard Gomard og Bent Christensen til fordel for en rummelig fortolkning af visse særlovsbestemmelser.

analogi. Nogle vil sige at det er det samme; andre ser et område for udvidende fortolkning som ikke behøver at blive kaldt analogi. Det er ikke forekomsten eller fraværet af udtrykket analogi der viser om to lande har anvendt forskellige slutningsmåder. Andenæs siger i forbindelse med citat af den danske analogibestemmelse at dette omtrent svarer til hvad der må antages om norsk ret.¹⁸

Jeg vil tro at alle domstole normalt uden større betænkelighed vil anvende en lovbestemmelse, hvis de finder holdepunkter for at lovgiveren har anset det konkrete tilfælde for strafbart.

Om villigheden til udvidelse ud over lovtextens dækningsområde er lige stor i alle landene er svært at sige. Vi har ikke sammenlignelige enkelttilfælde der kan studeres, og ingen har læst og analyseret et større antal domme fra alle landene med dette problem for øje. Metoden ville kræve fortrolighed med andre sprog end modersmålet.

Hvad den fremtidige ret angår synes de nordiske lande ikke for tiden at kunne forenes i forslag om en fælles retskilderegel i straffetretten. Det svenske forslag vil trænge praxis tilbage bag ordgrænsen, medens den norske kommission baserer sit hjemmelskrav på den hidtil rådende opfattelse. Det vil ikke overraske hvis en løsning i Finland påvirkes af hvorledes svensk lovgivning vælger at formulere sig. Med hensyn til dansk ret kan det ikke siges om en eventuel senere kommissionsbehandling vil bringe nye synspunkter og forslag.

Den der følger udviklingen i de nordiske lande vil formentlig komme til at spore en modsætning mellem to holdninger. Nogle ønsker domstolenes selvstændige rolle reduceret til det mindst mulige. Andre vil ikke give afkald på domstolenes aktive deltagelse i en proces hvor lovgiveren ikke kan ventes at forudse og styre alle strafretlige resultater.

Uvist er det om debatten vil blive stærkt præget af den europæiske menneskerettighedskonventions art. 7, hvis stk. 1 lyder således i den engelske text:

”No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

¹⁸ Andenæs, anf. st. s. 111.

Jeg finder det vanskeligt at læse dette forbud mod straffebestem-
melsers tilbagevirkende kraft (til ugunst for tiltalte) som indehol-
dende en forskrift om hvorledes straffebestemmelser skal anvendes
eller ikke må anvendes.¹⁹ Det er sandt nok at en anvendelse af art.
7's princip ikke kan ske uden en bedømmelse af retskildegrundlaget
på gerningstiden og på domstiden. Baggrunden vil sædvanligvis være
at der er indtrådt en lovændring. Men hvis ingen relevant lovændring
er sket, kan man kun ved at skabe en ny regel uden for konventions-
texten hævde at en udvidende fortolkning eller analogi ikke er en an-
vendelse af loven. Spørgsmålet skal ikke her forfølges nærmere. De
foreliggende udtalelser fra Kommissionen viser kun i meget almene
træk hvilken retskildelære man vil anvende.²⁰ Noget tyder på at
Kommissionen vil bane vejen for den opfattelse: at "Article 7 (1)
does not merely prohibit ... retroactive application of the criminal
law to the detriment of the accused; it also confirms, *in a more gene-
ral way*, the principle of the statutory nature of offences and punish-
ment ("nullum crimen, nulla poena sine lege"), and prohibits, in
particular, extension of the application of the criminal law 'in malam
partem' by analogy".²¹

Konventionsanvendelsen rummer som bekendt mange momenter af
uforudsigelighed. Skulle Domstolen vælge en meget aktiv rolle til
støtte for konventionens ånd og beskyttelsesformål, kan dansk ret
med dens § 1 og den meget synlige analogihjemmel blive det første
der falder for sværdet. Men dermed har Skt. Georg jo ikke fået alle
dragens hoveder hugget af. Der kan være lande som mere i det
skjulte anvender udvidende fortolkninger. Skal det afsløres hvem der
ikke overholder et princip om lovordenes grænser, kan Domstolen
blive nødt til at sætte sig grundigt ind i ords betydning i alle sprog i
konventionslandene.

¹⁹ Bestemmelsen er heller ikke efter sin ordlyd en hjemmel til at opstille krav til straffebestem-
melsers tydelighed.

²⁰ Se henvisninger hos P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European
Convention on Human Rights*, 2nd ed. (1990) s. 359 f.

²¹ Citeret i Application 6683/74, X v. United Kingdom og Application 7721/76, X v. the
Netherlands. — Der må være særlige problemer ved at overføre lovanvendelsens principper til
case-law i England.