

## FORHOLDET MELLEM EU-STRAFFERET OG NATIONAL STRAFFERET

AF VAGN GREVE

### I. INDLEDNING

Efter 2den verdenskrigs gru turde folk på ny håbe og tro på, at de stod på tærsklen til en tid med fred og respekt for menneskeværdighed. Vi fik globale og regionale organisationer på alle niveauer for at sikre og fremme denne udvikling. Staterne indledte nye former for samarbejde. FN opstod på ruinerne af Folkeforbundet; Europarådet, Kul- og Stål-unionen, Nordisk Råd, Nordisk Samarbejdsråd for Kriminologi, Nordisk Strafferetskomité og mange andre kunne nævnes. Officiøse og private organisationer indledte nye eller genoplivede tidligere tiders fællesskaber; de nordiske kriminalistforeningers samarbejde om møder, tidsskrift og årbog er her det mest nærliggende eksempel.

Vore nyere lovgivninger er på mange måder blevet præget af den internationale bevidsthed. Harmoniseringer af centrale adfærdsregler, f. eks. på færdsels- og narkotikaområderne, er markante eksempler. Vigtige dele af straffuldbyrdesretten er skabt gennem Europarådets indsats. Disse overensstemmelser og samarbejder er gennemført ved argumentets kraft.

Den oprindelige tilslutning til de menneskeretlige instrumenter var også frivillig; men de har faktisk medført ændringer, som vi ellers næppe havde fået (endnu), hvis der også skulle have været opnået enighed om de skete udfyldninger. Det skyldes både den overraskende dynamiske fortolkningsstil og Strasbourgs uventede tilbøjelighed til at kritisere selv elementer, som med nogen føje kan kaldes detaljer.

I denne sammenhæng er det mest indgribende og omfattende udtryk for internationaliseringen dog Kul- og Stålunionens udvikling til den forbundsstat eller det statsforbund, som i dag benævnes EU.<sup>1</sup> Formålet var primært at sikre freden mellem Frankrig og Tyskland; et aspekt, som burde mane til afgørende eftertanke i en post-Jugoslavien-tid. EUs retlige betydning skyldes dels mængden af producerede regler, dels, og ikke mindst, at vi (d.v.s. Danmark og i nogen grad EØS) i EU er underlagt en overmåde ubestemt, fremtidig regulering i modsætning til, hvad der er tilfældet ved normale

---

<sup>1</sup> EU bruges her i overensstemmelse med den dagligdags brug af forkortelsen. Formelt omfatter unionen (endnu) ikke alle dele af fællesskaberne. I denne sammenhæng er dette irrelevant.

folkeretlige forpligtelser. Det følgende rummer en kort redegørelse for, hvor vi står<sup>2</sup>, hvor vi er på vej hen, og hvordan vi (efter min mening) bør forholde os til dette.

## II. DEN NUVÆRENDE RETSTILSTAND

Strafferetten kan opdeles i (A) den umiddelbare EU-strafferet, (B) den middelbare EU-strafferet og (C) den rent nationale strafferet.

### A. Den umiddelbare EU-strafferet

Ved den EU-umiddelbare strafferet forstår jeg den del af strafferetten, der i sin helhed hører under EUs organer. Det gælder såvel den generelle regelfastsættelse som den konkrete efterforskning og straffastsættelse. Det vigtigste eksempel er konkurrenceretten.<sup>3</sup> Det er ikke noget stort område, hvis vi bruger de klassiske strafferetlige briller, men udfyldningen af det kan muligvis inspirere, når andre områder skal reguleres, så det fortjener mere interesse end som så.

Der har været megen modstand mod at inddrage strafferetlige spørgsmål under EU. Blandt andet af den grund karakteriseres de anvendte 'straffe' officielt som »ikke sanktioner i strafferetlig forstand«; det er dog en form for »etikettesvindel«.<sup>4</sup>

Der har også været debat om andre EU-reaktioners retlige karakter; den har blandt drejet sig om visse former for retlighedsfortabelse.<sup>5</sup>

### B. Den middelbare EU-strafferet

EU regulerer efterhånden meget store dele af borgernes og virksomhedernes liv. I medierne er det ofte forskellige former for subventionssvig, der fanger opmærksomheden. Området er dog langt videre end bedrageri. Sidste år modtog jeg en reklame for en CD-rom, der rummer 130 000 EF-retsakter. Allerede mængden er tilstrækkeligt til at sige, at de fundamentale principper bag kravet om *lex certa* m.m. ikke kan være opfyldt. Man mindes Grundtvigs ord:

»[D]en største af alle Fejltagelser ved Lovgivningen, det er den at ville forebygge alle mulige Misbrug og alle mulige Misheld«.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Se nærmere VAGN GREVE: *Træk af den danske strafferet i EF-perspektiv 1*, Kbh. 1993. I det følgende forkortet EF-strafferet.

<sup>3</sup> Se traktatens art. 87 og forordning 17/62.

<sup>4</sup> Se nærmere EF-strafferet s. 14 ff.

<sup>5</sup> S. st. s. 17 ff.

<sup>6</sup> Her citeret efter POUL ANDERSEN: *Grundtvig som Rigsdagsmand og andre Afhandlinger*, Kbh. 1940, s. 41.

Reguleringerne sker gennem adskillige former for retsakter. I denne forbindelse er de vigtigste de forordninger, som direkte binder borgerne, og de direktiver, som direkte binder medlemsstaterne til at gennemføre nogle generelt eller specifikt angivne normer. Hvad enten der er tale om den ene eller anden form for retsakt, er det strafferetligt afgørende, at de EU-fastlagte normer håndhæves ved hjælp af nationale straffebestemmelser. Kort kan retstilstanden karakteriseres ved, at normen (gerningsindholdet) fastlægges af EU, medens de øvrige strafferetlige elementer inden for ganske vide rammer fastlægges af medlemsstaten, og at den konkrete håndhævelse (efterforskning, pådømmelse og fuldbyrdelse) sker i de nationalretlige regier.

Når normen fastlægges nationalt inden for de af EU afstukne rammer, skal rammerne selvsagt respekteres. Dansk ret kan således ikke straffe indførsel af 60 cigaretter fra en Øresundsfærge, når EU tillader de rejsende at medtage 60 cigaretter.<sup>7</sup> Normfastlæggelsen og -håndhævelsen skal også respektere de almene diskriminationsforbud, der er en del af EU-retten.<sup>8</sup> Det britiske toldvæsen må således ikke stoppe importen af tyske sexdukker, når der ikke er begrænsninger for produktionen af dem i England.<sup>9</sup>

Ud fra princippet om *nulla poena sine lege* skal de enkelte medlemsstater ved eller i henhold til lov gennemføre EU-normerne. Rammerne for disse gennemførelsesbestemmelser er efter EU-retten sædvanligvis så vide, at det – teoretisk set – er medlemsstatens eget valg, om den vil anvende en strafferetlig sanktion eller en anden reaktion i håndhævelsen. I praksis er det dog hyppigt vanskeligt at tænke sig andre sanktionsmuligheder end straf. I Danmark er EU-bestemmelser blevet inkorporeret gennem ændringer i eksisterende love (f. eks. straffelovens bestemmelser om falsk forklaring for retten og om tavshedspligt for offentligt ansatte), ved særlige love (f. eks. hvidvaskningsloven), eller – og det er det praktisk vigtigste – ved administrative bestemmelser med hjemmel i særlige bemyndigelseslove.

At medlemsstaten selv råder over implementeringen af EU-normerne, betyder ikke, at den har fuldstændig frihed her til. Solidaritetsprincippet i traktatens art. 5 blev af Domstolen brugt som udgangspunkt i den såkaldte *græske majssag* for at fastslå, at medlemsstaterne

»skal træffe alle foranstaltninger, som er egnede til at sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft. Sanktionsvalget tilkommer medlemsstaterne, men disse skal navnlig drage omsorg for, at overtrædelse af fællesskabsretten sanktioneres

<sup>7</sup> Østre Landsrets dom 30. juni 1993.

<sup>8</sup> Jfr. CLAUD GULMANN & KARSTEN HAGEL-SØRENSEN: *EF-ret*, 2. udg., Kbh. 1993, s. 62 ff. Bogen citeres i det følgende som EF-ret.

<sup>9</sup> *Conegate* (EFD 1986.1007).

efter samme materielle og processuelle regler, som efter national ret gælder for overtrædelser af samme art og grovhed, og sanktionen skal under alle omstændigheder være effektiv, stå i et rimeligt forhold til overtrædelserne og have en afskrækkende virkning«. <sup>10</sup>

Princippet er nu kommet til udtryk i Maastricht-traktatens art. 209 A.

I *Hansen & Søn*<sup>11</sup> blev princippet brugt i den »modsatte« situation. Den tiltalte havde gjort gældende, at det danske system diskriminerede ved at sanktionere hårdere, end det skete i andre lande; men interessentskabet fik ikke medhold. Der er dog en øvre grænse for medlemsstaternes barskhed. Den kan ses som udslag af et almindeligt proportionalitetsprincip.<sup>12</sup>

Det almene forbud mod diskrimination efter nationalitet gælder også her. Det er derfor sandsynligt, at f. eks. den danske praksis med forskellige bøder til indenlandske og udenlandske lastbilchauffører for samme forseelse vil blive underkendt.

I praksis har der ofte været intertemporale problemer i perioden, hvor en EU-regel afløser eller skulle have afløst ældre rent nationale regler.<sup>13</sup>

Det er næppe endeligt afklaret, hvilken betydning der skal tillægges strafudmålingspraksis i de andre medlemslande, om nogen.<sup>14</sup>

### C. Den rent nationale strafferet

Store dele af den traditionelle strafferet lever videre uantastet af EU.

Selv på dette område kan EUs krav dog spille ind. Der gælder således også her – i hvert fald på visse områder – et forbud mod national diskrimination. Se f. eks. *Cowan*<sup>15</sup>, der underkendte en national regel, som bevirkede forskelsbehandling med hensyn til statens erstatning til ofre for forbrydelser, selv om denne del af retssystemet ikke var inddraget under EFs kompetence. Det er uafklaret, om disse principper vil blive tillagt betydning for den danske internationale strafferets forskelsbehandling af nationale (henholdsvis nordiske) statsborgere.

### D. Sammenfatning

Inden for EU er afgrænsningen af *det kriminaliserede område* i vidt omfang den samme i alle landene. Det skyldes for det 1ste, at fællesskabet allerede har harmoniseret store områder gennem traktaten, forordninger, direktiver

<sup>10</sup> EFD 1989.2965.

<sup>11</sup> EFD 1990.2911.

<sup>12</sup> Se f. eks. *Pieck* (EFD 1980.2171) og *Messner* (EFD 1989.4209).

<sup>13</sup> Se EF-strafferet s. 87.

<sup>14</sup> Smh. UfR 1992.748 H.

<sup>15</sup> EFD 1989.195.

m.m. Talmæssigt er dette særdeles betydeligt. For det 2det har den fælles kulturelle baggrund givet os næsten de samme forbrydelser i kernestrafretten (drab, tyveri o.s.v.). For det 3die har andre former for internationalt samarbejde givet os ensartede færdselsregler, narkotikabestemmelser o.s.v. Forskellene er dermed så små, at de – kvantitativt set – virker som betydningsløse frynser. Den formelle lighed mangler ganske vist på store dele af området, men den reelle enshed er til stede.

De *almindelige strafbetingelser* er ganske forskellige. Det gælder udformningen af kravene til forsøg, medvirkensbegrebet, tilregnelserformerne, bedømmelsen af kollektive enheder o.s.v. Der er selvfølgelig også her en stor reel overlappning, men forskellene er alligevel de mest iøjnefaldende.

*Sanktionernes udformning og strafudmålingen* er præget af så iøjnefaldende forskelle, at man har svært ved at tale om lighed. Selvfølgelig straffer alle på friheden og pengene, og heldigvis ingen på livet, men der holder den reelle lighed også op.

### III. DEN KOMMENDE RETSTILSTAND

Gennem EØFs hele historie har der været en række forsøg på at inddrage strafferetten under fællesskabet.<sup>16</sup> Med Maastricht-traktaten har dette fået et kraftigt skub fremad.<sup>17</sup> Efter art. K.1 betragter medlemsstaterne hele(?) strafferetten og store dele af politisamarbejdet som »spørgsmål af fælles interesse«. <sup>18</sup> Samtidig blev der afgivet en erklæring om politisamarbejdet, hvor medlemsstaterne bekræfter deres enighed med den tyske delegation – uden at fortælle, hvad denne havde fremført. I den efterfølgende Edinburgh-erklæring udtalte Danmark, at det »vil deltage fuldt ud i samarbejdet om retlige og indre anliggender«, men som led i et mellemstatsligt samarbejde.

På den anden side kan accepten af subsidiaritetsprincippet (art. 3 b, jfr. også art. F) tænkes at begrænse ensretningen.<sup>19</sup>

I tiden siden Maastricht-traktatens ratification har »offentligheden« set bestræbelser på at gennemføre Schengen-aftalerne og på at opbygge en art EUROPOL på narkotikaområdet (EDU).

Politisk arbejdes der ihærdigt på at absorbere og harmonisere store dele af strafferetten. Rådet for Den europæiske Union behandlede på sit møde i november 1993 en række vigtige kriminalpolitiske spørgsmål, blandt andet vedrørende udlevering, EUROPOL, organiseret kriminalitet, terrorisme, EUs finansielle interesser, miljøkriminalitet, prostitution og fodboldvold. På dets møde i december 1993 konkluderedes: »The European Council is deter-

<sup>16</sup> Se nærmere EF-strafferet s. 33 ff.

<sup>17</sup> S. st. s. 60 ff.

<sup>18</sup> Dele af art. K.1 blev ikke ratificeret af Danmark.

<sup>19</sup> Skeptisk TORE HÅKONSSON: Subsidiaritet, et nyt modeord? *Juristen* 1993 s. 443 ff.

mined to use to the full the new possibilities available under the Union Treaty in this sphere [d.v.s. co-operation in the field of justice and home affairs]«. Parlamentet presser fortsat på, både på centrale områder, f. eks. bedrageri<sup>20</sup>, og mere specielle områder, f. eks. »hverdagskriminalitet«<sup>21</sup> og pornografi<sup>22</sup>. Kommissionen arbejder blandt andet på harmoniseringer af forvaltningsstrafferetten og beskyttelsen af EUs finansielle interesser.

#### IV. DEN ØNSKELIGE RETSTILSTAND

##### A. Modeller for samarbejde

Der er mange muligheder for at samarbejde og for at undlade at samarbejde. Inden for strafferettens område er der især tre, som falder i øjnene:

- 1) *Strafferetten overlades til delstaterne.* Denne model kendes blandt andet fra det danske rige, hvor Danmark, Færøerne og Grønland har hver sine straffelove, og hvor der er meget store forskelle på dem, såvel reelt som formelt. Modellen findes også i U.K., hvor engelsk og skotsk strafferet er forskellige på væsentlige punkter.<sup>23</sup>
- 2) *Strafferetten overlades til fællesskabet.* Det skete blandt andet efter samlingen af Tyskland i 1870-71 og i Schweiz (så sent som) i 1942.
- 3) *Straffelovgivningen deles i en regional og en fælles strafferet.* Dette system kendes blandt andet fra U.S.A., hvor delstaterne har deres straffelove og unionen sin. Her er der selvfølgelig mange muligheder for placeringen af delingspunktet.

Hvis man skal sammenfatte den hidtidige debat, kan man sige, at strafferetskyndige ofte går ind for den 1ste løsning, medens den 2den får tilslutning fra europæisk orienterede politikere, administratorer og økonomer.

<sup>20</sup> Udvalget om borgerlige frihedsrettigheder m.m. anmodede f. eks. i oktober 1993 »kommissionen om inden udgangen af juni 1994 at forelægge et forslag til retsakt, der fastlægger de retlige betingelser for en harmonisering af medlemsstaternes strafferetsregler til beskyttelse af finansielle interesser«, betænkning A3-0346/93.

<sup>21</sup> Det »opfordrer ... Kommissionen til inden marts 1994 at udarbejde et forslag, der tilsigter en harmonisering af de strafferetlige bestemmelser for nogle former for overtrædelser, der må betegnes som småkriminelle handlinger, men er snævert forbundet med den organiserede kriminalitet«, d.v.s. organiseret butikstyveri, organiseret cykeltyveri og afsætning af stjalne varer, jfr. betænkning A3-0289/93 fra udvalget om borgerlige frihedsrettigheder m.m.

<sup>22</sup> Der kræves blandt andet »harmonisering af europæisk lovgivning til kontrol med og forbud mod pornografi« og »forbud mod reklamer for produkter af pornografisk karakter«, jfr. betænkning A3-0259/93 fra udvalget om borgerlige frihedsrettigheder m.m.

<sup>23</sup> Skønt allerede Francis Bacon arbejder på en harmonisering, i øvrigt begyndende med livssagerne, jfr. DANIEL R. COQUILLETTE: *Francis Bacon*, Edinburgh 1992, s. 75.

## B. Grundlæggende principper

Strafferetten adskiller sig fra de øvrige dele af det juridiske system ved åbent at erkende, at dens virkemiddel er tilføjelse af menneskelig lidelse. Det er vanskeligt at forsvare etisk. Og gør det i hvert fald bydende nødvendigt at overveje dens fundamentale principper. De er indbyrdes afhængige og i betydelig grad overlappende. Det er muligt, at nogle af disse basale principper også har betydning ved valget af model for strafferetten.

### 1. Effektivitet

Tilføjelse af menneskelig lidelse uden et formål eller uden at sikre, at målet faktisk nås i rimeligt omfang, kan ikke retfærdiggøres. Der er derfor en nær eller i hvert fald en vis sammenhæng mellem effektivitet og justification. Allerede af den grund sker der let en sammenblanding af 'systemhensyn' og 'retssikkerhedshensyn'.<sup>24</sup>

Inden for retssociologien er det dokumenteret, at der er meget begrænsede muligheder for ændre folks adfærd gennem regler udstedt af kolonimagter og andre centrale autoriteter.<sup>25</sup> Et retssystem som ikke accepteres af størstedelen af de retsundergivne, myndighederne, dommerne o.s.v. er aldrig effektivt.<sup>26</sup> Det er en praktisk grund for at tilpasse retssystemet til de eksisterende værdiopfattelser. Og det forudsætter en betydelig national eller regional kompetence på det strafferetlige område.

### 2. Consensus

En klassisk sondring inden for strafferetten er mellem *mala in se* og *mala prohibita*. Der er onde handlinger, som altid vil være forbrydelser, f. eks. drab, brandstiftelse og tyveri. Der er andre handlinger, som forbydes af praktiske grunde i visse perioder og i visse områder, f. eks. handlinger omfattet af fiskalretten, af erhvervsretten og af færdselsretten.

Denne inddeling kunne gøre det naturligt at lade *mala in se* indgå i en fælles lovbog, hvis indhold fastlagdes i Bryssel eller Strasbourg, medens medlemsstaterne tog sig af *mala prohibita* og andre dele af specialstrafferetten. Dette ville simpelthen vende det nuværende system på hovedet. Det er måske kun en praktisk indvending. Den suppleres imidlertid af et substantielt modargument. De forbrydelser, der opfattes som *mala in se*, er ganske

<sup>24</sup> Smh. diskussionen inden for forvaltningsretten i KARSTEN REVSBECH: *Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed*, Kbh. 1992, med HANS GAMMELTOFT-HANSEN: Værdipræmissen i forvaltningsretten, *Nordisk administrativ Tidsskrift* 1993 s. 103 ff.

<sup>25</sup> Smh. JØRGEN DALBERG-LARSEN: *Lovene og livet*, 3. udg., Kbh. 1994, s. 86 ff., om retsoptimistiske og retspessimistiske teorier.

vist fælles i det store og hele, men deres afgrænsninger er hyppigt minerede med yderst vanskelige retspolitiske spørgsmål. Drab er selvfølgelig strafbart overalt, men hvordan skal man behandle medlidenhedsdrab, drab på indbrudstyre, svangerskabsafbrydelse o.s.v.? Den danske bigamibestemmelse omfatter også homoseksuelle partnerskaber. Bordeller behandles helt forskelligt af medlemsstaterne. I visse EU-lande straffes 'Auschwitz Lüge' strengt, medens det (forhåbentlig) er utænkeligt, at sligt overhovedet kriminaliseres i Danmark. O.s.v. Disse afgrænsningsproblemer er formentlig de mest kulturbundne spørgsmål, som vi overhovedet har inden for kriminalpolitikken.

Sondringen kan altså ikke lægges til grund på den nævnte måde, men den peger på nogle andre vigtige kendsgerninger. En del af det strafferetlige system er blot et pragmatisk redskab for en effektiv administration af samfundet eller af det økonomiske system. Strafferetten forsyner samfundsmaskineriet med den nødvendige olie, der får det – eller kan få det – til at fungere (mere) gnidningsfrit. Legitimiteten afhænger – blandt andet inden for proportionalitetsprincippet grænser (!) – for så vidt eller i vidt omfang af reglernes anvendelighed.

Andre dele af det strafferetlige system er nært forbundet med de fundamentale etiske principper, med vore vurderinger af ondt og godt og med vore almindelige opfattelser af, hvad der konstituerer et moralsk ansvar. De ligger dybt i os som opfattelser af, hvad der er ret og rimeligt. Jeg blev som student præget af Alf Ross<sup>27</sup>, så jeg er meget vel opmærksom på de mange svagheder i den 'historiske skole', men jeg er samtidig overbevist om, at den har givet nogle særdeles væsentlige bidrag til besvarelsen af spørgsmålet om, hvad der giver et retssystem legitimitet. Den retfærdighedsfølelse, som er en væsentlig betingelse for systemets legitimitet, skabes gennem en lang og langsom historisk proces.

»[H]vor der engang blomstrede et Folkeliv, der blomstrer aldrig meer, hvis man ikke opdager og skatter den lønlige Kiæde, der hos ethvert Folk forbinder Tider og Slægter ligesom Ungdom og Alderdom hos En af os ... «<sup>28</sup>

»Det epokegørende i Montesquieus værk var ... hans udgangspunkt i den grundlæggende erkendelse, at lovene skal passe til det folk, som de er beregnet for, og at det ville være et særegent og usædvanligt tilfælde, hvis et lands love skulle passe for et andet ... «<sup>29</sup>

<sup>26</sup> I England gøres det gældende, at reduktionen fra de 200 politistyrker i 1960erne til de nuværende 43, er en væsentlig faktor bag befolkningens manglende tillid, *Newsweek* 20.9.1993.

<sup>27</sup> F. eks. *Om ret og retfærdighed*, Kbh. 1953, s. 331 ff.

<sup>28</sup> NIK. FRED. SEV. GRUNDTVIG: *Om Nordens Historiske Forhold*, Kjbh. 1843, s. 7.

<sup>29</sup> DITLEV TAMM: *Retsvidenskaben i Danmark – en historisk oversigt*, Kbh. 1992, s. 101.



»Das Recht wächst ... mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert.«<sup>30</sup>

Når vi befinder os inden for den etisk forbundne del af retssystemet, vil regler, der afviger fra de fundamentale principper, herunder de historiske rødder, være uacceptable, uanset hvor effektive og brugbare de end måtte være.<sup>31 32</sup>

Et synspunkt af lignende art, dog som imperativt for lovgiveren, ikke restriktivt (som her), udtrykkes af Karl Binding:

»Der Glaube an die Gerechtigkeit und an die Heiligkeit der Rechtspflicht wird erschüttert, wenn innerhalb einer national einigen und wesentlich auf gleicher Culturstufe stehenden Bevölkerung hier erlaubt, was dort verboten ist, hier dasselbe Delict mit Strenge, dort nur sehr mild geahndet wird, hier Strafen für unzulässig erklärt werden, die dicht jenseits der Grenze ihr Anwendungsgebiet besitzen.«<sup>33</sup>

Vi genfinder Bindings synspunkter hos mange ideologer, politikere og administratorer inden for fællesskabet i dag. Et centralt problem er imidlertid, om vi i alle henseender er »auf gleicher Culturstufe«. På mange områder virker det som, vi måske nok er på samme trin, men på forskellige stiger, der står på forskellige fundamenter.

### 3. Moraldannelse

Personer, der anerkender, at vi er forskellige, kan vende argumentet om. Det bliver så retssystemets opgave at skabe de fælles værdisystemer. På samme måde, som vi kan blive gode katolikker ved at bede de katolske bønner, kan vi blive gode europæere ved at leve under et fælleseuropæisk retssystem.

<sup>30</sup> FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Auflage, Heidelberg 1840, s. 11. Se også FREDERIK RÜTER: Harmonie trotz Dissonanz, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993, s. 30 ff.

<sup>31</sup> Jeg hævder selvfølgelig ikke, at det danske retssystem er opstået isoleret fra alle andre systemer og fremmede påvirkninger. Jeg gør alene gældende, at retten som alle andre kulturfænomener har et nationalt særpræg, som man ikke kan fjerne uden at gøre alvorlig skade.

<sup>32</sup> Jeg taler her alene om *de lege ferenda*. Selv om der havde været tale om positiv ret, ville jeg dog ikke kunne tilslutte mig et synspunkt som: »Kulturelle Unterschiede haben ... auf den Bereich, in dem es um die wissenschaftliche Herausarbeitung der allgemeinen Lehren der Straftat geht, keinen Einfluss. Diese Lehren sind vielmehr rein sachbezogen ... gerichtet.« (HANS JOACHIM HIRSCH: Gibt es ein national unabhängige Strafrechtswissenschaft? *Festschrift für Günter Spindel* ... Berlin 1992, s. 43 ff. (53)). Retspolitisk har Hirsch givet udtryk for nogle af de samme synspunkter, som er udtrykt i dette foredrag, jfr. hans indlæg i Ulrich Sieber (Hrsg.): *Europäische Einigung und Europäischen Strafrecht*, Köln 1993, s. 119 ff.

<sup>33</sup> KARL BINDING: *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, s. 47. Se også ULRICH SIEBER: Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1991 s. 957 ff. (959).

Tankegangen minder om den velkendte, hvorefter et bestemt kriminaliseringsmønster formodes at skabe en bestemt moral.<sup>34</sup> Det synes at være en afgørende forudsætning for en sådan moraldannende virkning, at straffen fremtræder som en retfærdig gengældelse. Indtil nu har lidet talt for, at EU har været i stand til at formidle det budskab. Interviewer med danske fiskere o.s.v. tyder ikke på, at EU-reguleringerne ses som andet end rene magtbud. Fiskerne oplever ikke fangstforbud m.m. som en »machtvolle Verkörperung eines dem Staate innewohnenden sittlichen Pathos«<sup>35</sup>. Andenæs nævner i en velkendt artikel<sup>36</sup>, at respekten for lovgivning er mindre i U.S.A. end i europæiske lande.

»Dette kan igjen henge sammen med den sterkt pluralistiske karakter av det amerikanske samfunn og den måte det politiske maskineri arbeider på. Lovgivningen blir ikke av borgerne betraktet som høytidelige og autoritative uttrykk for »statsviljen«, men som resultatet av en høyest verdslig maktstruktur og en innbyrdes kamp mellom forskjellige pressgrupper.«

Dette gjelder formentlig i mindst lige så høj grad for EU-reguleringerne i dagens Europa. Andenæs fortsætter:

»Hvis en innstilling i retning av lovlydighet mangler, får myndighetene en stilling som har mange likhetspunkter med en okkupasjonsarmé i besat fiendtlig område...«

Med disse tankegange *in mente* må man sige, at virkningen af en europæisering af strafferetten, eller med andre ord overflytning af en del af det, som nu ligger i de nationale systemer, til fællesskabet, mest sandsynligt vil være en reduktion af lovlydigheden, samt en mindskning af den respekt, der ellers måtte være skabt for fællesskabets institutioner. Tanken om at tvinge forskellige nationale grupper ind under samme love svarer til at tvinge et barn til at gøre noget, som det endnu ikke er udviklet til. Det er åbenbart brutalt. Men det er også contraindiceret, fordi sligt skaber en modreaktion, som hæmmer og forsinker den af mange ønskede »europæisering«.

#### 4. Den demokratiske legitimitet

Lovgivning – og ganske særligt straffelovgivning – skal have et demokratisk mandat for at være legitim, *nulla poena sine lege parlamentaria*. Europa-

<sup>34</sup> Se f. eks. JOHS. ANDENÆS: Strafferett og moraldanning, *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm 1972.

<sup>35</sup> HELMUTH MAYER: *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart 1936, s. 34. Se også Johs. Andenæs s. st.

<sup>36</sup> S. st.

Parlamentet har ofte påberåbt sig dette princip. Jeg er enig i, at det er en hjørnesten for vort system. Hvad Europa-Parlamentet ikke synes at have indset er, at dette princip ikke primært peger i retning af, at kompetencen bør tillægges Europa-Parlamentet, men at det – ret forstået – anviser en decentraliseret kompetence på det strafferetlige område i overensstemmelse med nærhedsprincippet.

Det synes også ofte overset, at demokrati ikke blot er et spørgsmål om afstemninger og flertal – med Grundtvigs ord: overtal. I denne forbindelse er Hal Kochs påvisning velkendt af alle danske:

»Demokratiets væsen er nemlig ikke bestemt ved afstemningen, men ved samtalen, forhandlingen, ved den gensidige respekt og forståelse og ved den heraf fremvoksende sans for helhedens interesse.«<sup>37</sup>

## 5. Menneskerettighederne

Demokratisk legitimitet er heller ikke blot et spørgsmål om forståelse for helhedens interesse. Det er adskillige gange udtrykt meget tydeligt i forbindelse med vor vurdering af de »nye« centraleuropæiske stater, at ægte 'demokrati' forudsætter respekt for minoriteters opfattelser og rettigheder. Overført til vort område betyder det, at regionale forskelle i holdninger og værdier må føre til regionale straffesystemer.

Menneskerettigheder kan udtrykkes som krav om, at alle mennesker behandles ens. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt. I moderne menneskeret understreges behovet for at tage hensyn til minoriteters særlige behov for beskyttelse mod diskrimination og retten til selvbestemmelse. Retten til selvbestemmelse bør ikke blot gælde for tidligere kolonier i forhold til moderlandet, men også for regioner i forhold til centralmagten.

## 6. Retssikkerhed

Princippet om retssikkerhed kræver, at en person har let mulighed for at finde ud af, om en handling vil blive straffet, før handlingen foretages.<sup>38</sup> Med det kraftigt øgede og fortsat øgende internationale samkvem er der et åbenbart behov for, at såvel rejsende som handlende ikke udsættes for overraskelser fra nye retssystemer, som de for kortere eller længere tid undergives. Arbejdsledere og arbejdstagere, fabrikanter, grossister og detaillister, turister og studerende vil kunne blive kraftigt hæmmede i deres ønskelige udfoldelser, hvis de ikke let kunne tilpasse sig – eller helst undgå at foretage særlige tilpasninger. Dette peger på, at det har en selvstændig

<sup>37</sup> HAL KOCH: *Hvad er demokrati?* 5. udg., Kbh. 1991, s. 23.

<sup>38</sup> Smh. NILS JAREBORG: *Straffrättsideologiska Fragment*, Uppsala 1992, s. 80 ff.

værdi, at retssystemerne indeholder de samme materielle regler<sup>39</sup>. I endnu højere grad gælder sådant for den centrale administrator, som kan nøjes med at lære sine egne regler.<sup>40</sup>

Teknisk hæmmer forskelle den internationale retshjælp, i hvert fald hvis kravet om 'dobbelt strafbarhed' tages (for) absolut.

Derimod er det en overdrivelse at se forskellene som kriminogene.<sup>41</sup>

Der ville af de samme grunde også være klare fordele ved at have den samme formelle lovgivning på en række områder. F. eks. bør den reelle enshed i EU-retten komme til udtryk i en formel enshed, som samtidig kan fjerne usikkerheden hos borgerne om, hvorvidt der faktisk er enshed. Dette opfyldes allerede i nogen grad gennem forbudet mod at indskrive forordninger i national ret.<sup>42</sup>

Kravet om ensartethed gælder først og fremmest for gerningsindholdene, og i nogen grad for de objektive straffrihedsgrunde. De øvrige strafbetingelser er i denne forbindelse væsentligt mindre betydningsfulde. Hvis først gerningsindholdet er realiseret, er det ikke så afgørende, om den (muligt) strafskyldige har haft kendskab til (afvigende) krav til tilregnelser, principperne for strafudmåling m.m.

<sup>39</sup> Synspunktet er gammelt. Det samme gælder mistanken om, at dets reelle betydning overdrives. Jfr. således von Savigny: »Z w e y t e n s klagt man über die grosse Verschiedenheit der Landesrechte ... Dass durch diese Verschiedenheit die Rechtspflege selbst leide und der Verkehr erschwert werde, hat man häufig gesagt, aber keine Erfahrung spricht dafür, und der wahre Grund ist wohl meist ein anderer. Er besteht in der unbeschreiblichen Gewalt, welche die blosser Idee der Gleichförmigkeit nach allen Richtungen nun schon so lange in Europa ausübt: eine Gewalt, gegen deren Missbrauch schon M o n t e s q u i e u warnt.« (S. st. s. 41).

<sup>40</sup> »Kriminalpolitischer Ausgangspunkt eines jeden Programms zur Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten im Bereich der Abgaben- und Subventionskriminalität ist die begründete Annahme, dass die *Einheitlichkeit* der strafrechtlichen Reaktion hierauf im Gesamtgebiet der Gemeinschaft eine wesentliche *Wirksamkeitsbedingung* des strafrechtlichen Schutzes der EG-Finanzinteressen darstellt.« (ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER: *Möglichkeiten einer Rechtsangleichung im Strafrecht zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, i Gerhard Dannecker (Hrsg.): *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, Köln 1993, s. 146 ff. (159)).

<sup>41</sup> Cfr. en udtalelse som følgende: »...det europæiske system ... er præget af talrige og mangeartede interne forskelle, hvilket gør det muligt for den organiserede kriminalitet at udvælge områder og jurisdiktioner, der er særligt egnede til dens forskellige aktivitetssektorer«, Betænkning fra Europaparlamentets udvalg om borgerlige frihedsrettigheder m.m., A3-0346/93.

<sup>42</sup> EF-ret s. 156 f.

### C. Slutning

Argumentationen umiddelbart ovenfor fører åbenbart til en afvisning af en fælles straffelovgivning på de centrale etiskforbundne områder, før (!) der ad anden vej er skabt en fælles kultur.

På de etisk neutrale områder er det nærliggende at arbejde for at fjerne de faktiske forskelle. Selv »små« forskelle kan dog være vanskeligt fjernelige. Tænk blot på en fælles færdselslov, der ville medføre, at UK og Irland måtte gå over til højrekørsel.

Mange administratorer og politikere ville formentlig anse de almindelige strafbarhedsbetingelser som »formelle« regler, der uden skade kunne harmoniseres. Det er her vigtigt, at strafferetten klart fremstiller den nære sammenhæng, der er mellem forsøgsregler, medvirkensregler, tilregningsregler o.s.v. på den ene side og den nationale retskultur på den anden side. Og underbygger dem med argumenter af samme type som nævnt ovenfor.

Sanktionerne lader sig ej heller harmonisere uden afgørende brud på fundamentale nationale retsprincipper. Det kan med megen føje gældende, at næsten al strafudmåling er begrundet i tradition. Det er imidlertid ikke noget argument for at harmonisere. Det skulle i så fald kombineres med princippet om, at al unødvendig straf er uetisk, hvilket ville føre til en harmonisering på laveste niveau. Noget sådant forekommer utopisk, når man sammenligner vort straffeniveau med de tunge medlemsstaters. Ved siden af disse reelle argumenter kan der også anføres økonomiske argumenter; at bringe de andre lande op til tyske eller engelske fangetal vil være særdeles bekesteligt.

Vejene frem går gennem en identifikation af neutrale eller fælles områder, opstillingen af en *model penal code* for disse delområder, og derpå en regional accept af disse.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Smh. CH. J. ENSCHEDÉ: *Een uniform europees strafrecht?* Arnhem 1990.