

Trine Baumbach



Det strafferetlige legalitetsprincip

– hjemmel og fortolkning

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Det strafferetlige legalitetsprincip

– hjemmel og fortolkning

This page intentionally left blank

Trine Baumbach

Det strafferetlige
legalitetsprincip
– hjemmel og fortolkning



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2008

*Det strafferetlige legalitetsprincip
– hjemmel og fortolkning
1. udgave, 1. oplag*

© 2008 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf er ifølge
gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden
forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan

Omslagsillustration: Zaza Baumbach
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2008
ISBN 978-87-574-1934-4

Udgivet med støtte fra Det Finneske Legat

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	11
---------------------	----

Kapitel 1. Indledning

1. Indledning og emne	13
2. Metode og plan for afhandlingen	15
2.1. Særligt om finsk ret	17
3. Terminologi	20
3.1. Retsstat	20
3.2. Retssikkerhed	21
3.3. Påbud og forbud	24
3.4. Strafferettens sprogbrug	25

DEL I. Det strafferetlige legalitetsprincips kontekst

Kapitel 2. Det forfatningsretlige perspektiv

1. Indledning	29
2. Magtadskillelæren	29
3. Grundlovens § 3	33
4. Det forfatningsretlige legalitetsprincip	47
5. Særligt om kundgørelse og ikrafttrædelse	53
6. Afsluttende bemærkninger	55

Kapitel 3. Det forvaltningsretlige legalitetsprincip

1. Indledning	57
2. Legalitetsprincippet og fortolknings- og udfyldningslæren	60
2.1. Legalitetsprincippet	60
2.1.1. Modifikationer til legalitetsprincippet	63
2.1.1.1. Almindelige retsgrundsætninger	63
2.1.1.2. EU-regler	64
2.1.1.3. Traktater	67
2.1.1.4. Grundloven	70
2.1.2. Sammenfatning	71
2.2. Fortolkning og udfyldning	72
2.2.1. Særtræk ved den forvaltningsretlige fortolkningslære	74

2.2.2. Den forvaltningsretlige udfyldningslære	74
2.2.2.1. Retsfaktum	75
2.2.2.2. Fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier	76
2.2.2.3. Afvejningen	81
2.2.2.4. Retsfølgen	84
3. Prøvelse af forvaltningsakter	86
4. Særligt om skat	91
5. Afsluttende bemærkninger	95

Kapitel 4. Fremmed ret

1. Indledning	103
2. Det strafferetlige legalitetsprincip i tysk ret	104
2.1. Indledning	104
2.2. Det strafferetlige legalitetsprincip – indhold	105
2.2.1. Princippet om formelt lovgrundlag	107
2.2.2. Analogiforbudet	109
2.2.3. Klarhedskravet	111
2.2.4. Forbudet mod tilbagevirkende kraft	113
2.3. Tanker om det tyske strafferetlige legalitetsprincip	115
2.3.1. Sagen mod den østtyske grænsevagt	117
2.4. Afsluttende bemærkninger om det tyske strafferetlige legalitetsprincip	124
3. Det strafferetlige legalitetsprincip i norsk ret	125
3.1. Afsluttende bemærkninger om det norske strafferetlige legalitetsprincip	135
4. Afsluttende bemærkninger om fremmed ret	136

Del II. Det strafferetlige hjemmelskrav

Kapitel 5. Det strafferetlige hjemmelskrav

1. Indledning	139
2. Historisk baggrund	140
2.1. Før straffeloven af 1866	140
2.2. Straffeloven af 1866	148
2.3. Straffeloven af 1930	150
3. Indholdet af straffelovens § 1	152
4. Lov	155
4.1. Særligt om klarhed	157
4.2. Lovkvalitet	168
5. Strafferettens retskilder	172
6. Hjemmel til administrativt at fastsætte bindende regler	175

7. Særligt om hjemmel til at fravige de almindelige strafferetlige principper	183
8. Særligt om hjemmel til at straffe ikke-overholdelse af administrative forbud og påbud	188
9. Forhold	190
10. Særligt om strafferetsplejens betydning i relation til straffelovens § 1	192
11. Afsluttende bemærkninger om hjemmelskravet	196

Kapitel 6. Særligt om straf og andre retsfølger af den strafbare handling

1. Indledning	199
2. Begreberne straf og andre retsfølger af den strafbare handling	199
2.1. Strafbegrebet	199
2.2. Retfølgeregretbet i straffelovens kapitel 9's forstand	203
3. De konkrete straffe og andre retsfølger af den strafbare handling ..	204
3.1. Straffene	204
3.1.1. Betinget og ubetinget fængsel samt betingede og ubetingede bøder	204
3.1.2. Tiltalefrafald	209
3.1.3. Advarsler	211
3.1.4. Indskærpelser mv.	213
3.1.5. Sammenfattende om de konkrete straffe	214
3.2. Andre retsfølger af den strafbare handling	215
3.2.1. Særforanstaltninger der idømmes i stedet for straf ...	215
3.2.1.1. Sammenfattende om særforanstaltninger	218
3.2.2. Konfiskation og frakendelse af borgerlige rettigheder	218
3.2.2.1. Konfiskation	218
3.2.2.2. Frakendelse af borgerlige rettigheder	223
3.2.2.3. Sammenfattende om konfiskation og frakendelse af borgerlige rettigheder	224
4. Andre retsfølger hjemlet i særlovgivningen	225
4.1. Sammenfattende om andre ikke-strafferetlige retsfølger	230
5. Afsluttende bemærkninger om straf og andre retsfølger af den strafbare handling	231

Kapitel 7. Det strafferetlige legalitetsprincip i Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention

1. Indledning	233
2. Indholdet af artikel 7	234
2.1. Ret-begrebet	234
2.2. Straffesagsbegrebet	235

2.3. Strafbarhed og straf	243
3. Kvalitative krav til straffehjemlen efter domstolens praksis	247
4. Afsluttende bemærkninger om det menneskeretlige strafferetlige legalitetsprincip	253

Del III. Den strafferetlige fortolkning

Kapitel 8. Den strafferetlige lovforklning

1. Indledning	259
1.1. Opdeling af delikter	261
2. Den almindelige fortolkningslære	263
2.1. Præciserende, indskrænkende og udvidende fortolkning	265
2.1.1. Om tilstandsforbrydelser og udvidende fortolkning .	268
2.2. Subjektiv og objektiv fortolkning	271
2.2.1. Særligt om teleologisk fortolkning	273
2.3. Særligt om fortolkning af regler, der stammer fra EU	274
3. Det strafferetlige fortolkningsudgangspunkt – ordlyden	283
3.1. Kongruensfortolkning	284
3.2. Beskyttelsesinteresser	287
3.3. Strafferammen	290
3.4. Limitationsfortolkning	291
3.4.1. Limitation mellem milde og grove bestemmelser	294
4. Afsluttende bemærkninger	297

Kapitel 9. Bærende hensyn som fortolkningsfaktorer

1. Indledning	299
2. Retssikkerhed som fortolkningsfaktor	299
3. Demokratisk legitimitet som fortolkningsfaktor	301
4. Menneskerettighederne som fortolkningshensyn	303
5. Lighedsbetragtninger som fortolkningsfaktor	315
5.1. Særligt om politiets efterforskningspraksis og anklagemyndighedens tiltalepraksis i relation til lighedsbetragtningerne	322
5.1.1. Politiets efterforskning	322
5.1.2. Anklagemyndighedens tiltalepraksis	327
5.1.3. Afsluttende bemærkninger om lighedsbetragtninger	335
6. Retsfølelsen som fortolkningsfaktor	338
7. Afsluttende bemærkninger om de bærende hensyn som fortolkningsfaktorer	346

Kapitel 10. Særligt om tilbagevirkende strafansvar

1. Indledning	349
---------------------	-----

2.	Straffelovgivning med tilbagevirkende kraft	351
2.1.	Retsopgøret	353
2.2.	Artikel 7 i menneskerettighedskonventionen	358
2.3.	Sammenfattende bemærkninger om straffelovgivning med tilbagevirkende kraft	372
3.	Skærpet ændret fortolkning med tilbagevirkende kraft	373
3.1.	Fortsat forbrydelse og skærpet ændret fortolkning	380
3.2.	Manglende retspraksis som fortolkningsbegrænsning – desvetudo	384
4.	Afsluttende bemærkninger om skærpene ændret fortolkning	390

Kapitel 11. Særligt om fuldstændig lovanalogi

1.	Indledning	395
2.	Historisk baggrund	397
3.	Indkredsning af den fuldstændige lovanalogi	402
3.1.	Den almindelige retskildelære	407
3.2.	Den strafferetlige teori	409
3.3.	Særligt om ikke-udtømmende opregning af retsfakta	411
4.	Nyere retspraksis	413
4.1.	Indledning	413
4.2.	Gennemgang af retspraksis	414
5.	Særligt om uegentlige unkladelsesforbrydelser	429
6.	Afsluttende bemærkninger om den fuldstændige lovanalogi	433
7.	Er en domfældelse på baggrund af en fuldstændig lovanalogi i strid med menneskerettighedskonventionen?	441
7.1.	Indledning	441
7.2.	Gennemgang af retspraksis	442
7.3.	Sammenfattende bemærkninger om den forbudte analogi i konventionens forstand	449
8.	Afsluttende bemærkninger om den fuldstændige lovanalogis forhold til fortolkningsbegrænsningerne udledt af artikel 7	450

Kapitel 12. Særligt om materiel typicitet

1.	Indledning	453
2.	Materiel typicitet – historisk baggrund	455
3.	Materiel typicitet – foreløbig indholdsbeskrivelse	465
3.1.	Indledning	465
3.2.	Indkredsning af fortolkningsgrundsætningen om materiel typicitet	470
3.2.1.	Særligt om termen ”ulovligt”	471
3.3.	Udvalgte delikter	474
3.3.1.	Bedrageri	475
3.3.2.	Databedrageri	476

3.3.3.	Bestikkelse	478
3.3.4.	Forbud mod mobiltelefoner i fængsler mv.	483
3.3.5.	Maskeringsforbud	487
3.3.6.	Straffelovens § 289 a, stk. 2	491
3.3.7.	Hæleri	493
3.3.8.	Straffelovens § 301 a	496
3.3.9.	Terrorisme - § 114	497
3.3.10.	Våbenloven	510
3.4.	Domme	514
3.4.1.	U 1997. 615V	514
3.4.2.	U 2004. 1186V	515
3.4.3.	Utrykt dom af 6. marts 2006, Retten i Århus	516
3.4.4.	U 2005. 984H	517
3.4.5.	U 2005. 1145Ø	519
3.4.6.	Særligt om domme om brugstyveri af forældres bil .	520
3.4.7.	Særligt om sportsvold	523
4.	Indholdsfastlæggelse af fortolkningsgrundsætningen om materiel typicitet	527
5.	Materiel typicitet og andre fortolknings spørgsmål	532
5.1.	Materiel typicitet og grovhed	532
5.2.	Materiel typicitet og omfang	535
5.3.	Er materiel atypicitet indskrænkende fortolkning?	537
5.4.	Ansvarsbetingelser og fortolkning	538
6.	Afsluttende bemærkninger om fortolkningsgrundsætningen om materiel typicitet	541
 Kapitel 13. Konklusioner og afslutning		
	Konklusioner	545
	Afslutning	567
	 Summery	 571
	 Litteratur og betænkninger	 575
	Litteratur	575
	Betænkninger	590
	Betænkninger uden nummer	590
	Andet materiale	591
	Norske betænkninger mv.	591
	 Domme og afgørelser mv.	 593
	 Stikordsregister	 599

Forord

Denne bog er min ph.d.-afhandling, som jeg indleverede til bedømmelse den 15. februar 2008 ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, og som jeg forsvarede den 9. maj s.å. Jeg har alene foretaget stilistiske rettelser i afhandlingen.

Afhandlingen er blevet til i løbet af de tre år, jeg var ansat som ph.d.-stipendiat ved Det Juridiske Fakultet.

I løbet af de 3 år jeg har arbejdet med afhandlingen, har jeg haft glæden af at modtage værdifulde input, konstruktiv kritik samt støtte og opmuntring fra mange. Først og fremmest skal lyde en særlig tak til min vejleder, professor, lic.jur. Jørn Vestergaard. En særlig tak skylder jeg også professor, jur.dr. Per Ole Träskman, der påtog sig at være ekstern gransker ved mit evalueringseminar den 16. august 2007 og i den anledning gav mig mange værdifulde kommentarer. Til de mange, der i øvrigt deltog i seminaret, skal også lyde en stor tak for kommentarer og støtte. Endvidere er jeg professor, lic. jur. Vagn Greve en særlig tak skyldig.

Under projektperioden har jeg haft stor glæde af det nordiske strafferetlige netværk – især i forbindelse med projektfremlægelse ved de årlige workshops. Tak for støtte og interessante kommentarer.

Jeg vil endvidere gerne takke medlemmerne af bedømmelsesudvalget: Professor, dr.jur. Peter Blume, professor, lic.jur. Gorm Toftegaard Nielsen og professor dr. juris Asbjørn Strandbakken.

En særlig tak skal også lyde til afdelingssekretær Gitte Høyer – ikke mindst for den nødvendige korrektur af det engelske summary. Og til Bo Nielsen, der har stået mig teknisk bi gennem hele forløbet.

Jeg vil også gerne benytte lejligheden til at takke konsulent Vibeke Lundmark og alle øvrige nuværende og tidligere kolleger, der beredvilligt har stillet op til faglige diskussioner og i øvrigt taget sig tid til at kommentere stort og småt.

Også en tak til ”Huset Skt. Peders Stræde 19” for at tage vel imod mig og behandle mig godt.

Endelig skal lyde en stor og varm tak til min familie: Henrik, uden dig og dit vid var end ikke påbegyndelsen af projektet blevet til noget. Jeg er dig taknemlig for en aldrig svigtende faglig, moralsk og praktisk støtte – både i hverdagen og når det virkelig gælder. Og mine tre piger, Zaza, Zille og Zara, der hver på deres måde har støttet, hjulpet og glædet mig.

Forord

Slutteligt skal lyde en tak til Det Finneske Legat for økonomisk støtte til udgivelsen.

Forsideillustrationen er tegnet af arkitektstuderende Zaza Baumbach.

Litteratur og afgørelser er medtaget til januar 2008

Christianshavn, juni 2008

Trine Baumbach

Indledning

1. Indledning og emne

Tanken om, at handlinger ikke bør betragtes som forbrydelser og dermed ikke bør medføre straf for de handlende, uden at dette allerede er bestemt ved lov, er ikke ny. Således skriver eksempelvis apostlen Paulus i Romerbrevet, at ”hvor der ingen lov er, er der heller ingen overtrædelse”.¹ Skønt Paulus i dette citat nok mere har Guds lov end de verdslige love i tankerne, rammer Paulus alligevel kernen af det, der er alle overtrædelsers accent: Ingen lov, ingen overtrædelse og dermed heller ingen straf. Uden i øvrigt at gøre Paulus til retsdogmatiker kan man godt sige, at Paulus i dette citat fastslår det strafferetlige legalitetsprincip.

Selvom Romerbrevet antages at være fra det første århundrede efter vor tidsregning, og selvom danerne efter sigende blev kristnet allerede i ni-hundredetallet,² skulle der komme til at gå mange år, før det strafferetlige legalitetsprincip blev gældende strafferet i Danmark.

Denne afhandling angår det strafferetlige legalitetsprincip, som det har fundet udtryk i straffelovens § 1. Afhandlingens emne er altså ikke retsteoretisk i den forstand at det ud fra mere ideologisk prægede overvejelser søger at beskrive det ideelle indhold af princippet.

At arbejde med det strafferetlige legalitetsprincip er at betræde klassisk grund. Princippet er – og har i mange år været – af helt central betydning ved regelfastsættelsen og ved den strafferetlige retsanvendelse. Princippet er med andre ord evigt aktuelt. Ikke mindst i disse år er aktualiteten imidlertid blevet forøget. Dette skyldes, at strafferetten står i en brydningstid i den forstand, at den internationale strafferet er vågnet af sin dvale med etableringen af ad hoc internationale straffedomstole og ikke mindst den permanente internationale straffedomstol (ICC), og at EU – på søjle 3-niveau (f.eks. vedrørende terrorisme) og med de nyligt afsagte domme fra EF-Domstolen (miljø og skibsforurening) – har mere og mere fokus på strafferetten. Men

¹ Paulus' brev til Romerne, kapitel 4, vers 15.

² Jf. Den Store Jellingesten. Muligvis blev danerne endda kristnet endnu tidligere, jf. Mads Lidegaard, Da danerne blev kristne, s. 115ff.

også i (rent) national sammenhæng er strafferetten i fokus med politisk vilje til at øge kriminaliseringen (skærpet knivforbud, maskeringsforbud, kriminalisering af fangeflugt og mobiltelefoner i fængsler mv.) eller til at øge straffen og udvide den danske jurisdiktionskompetence. Ikke alle problemstillinger, der flyder af ovennævnte strafferetlige tiltag, har direkte betydning for det danske strafferetlige legalitetsprincip, men mange har og gør det evigt aktuelle højaktuelt.

Princippet er da også gennem tiderne blevet omtalt og behandlet af mange teoretikere og praktikere, men straffelovens § 1 er tilsyneladende en af den slags bestemmelser, som alle tror, de ved, hvad indeholder, og som derfor kun få har fundet anledning til at studere indgående. Det har som konsekvens, at der florerer mange fornemmelser og antagelser om, hvad princippet indeholder, men ingen samlet og systematisk analyse af denne fundamentale bestemmelse og af de strafferetlige krav og begrænsninger, bestemmelsen stiller. Det findes således ikke i den danske juridiske litteratur nogen mere indgående monografisk fremstilling af det strafferetlige legalitetsprincip og dets betydning på regelfastsættelsesniveauet og på retsanvendelsesniveauet. Formålet med denne afhandling er at rette op på denne ufuldstændighed i den strafferetlige dogmatik. Særligt vigtigt er det at få afklaret det substantielle indhold af hjemmelskravet, først og fremmest gennem en ”nærlæsning” af bestemmelsen, at få fokus på de bærende hensyn bag princippet og nærmere at få belyst på den ene side, hvad en fuldstændig lovanalogi er, og på den anden side at give en nærmere karakteristik af fortolkningsgrundsætningen om materiel typicitet. Herudover har jeg også fundet det vigtigt at se de enkelte af straffelovens § 1 udledte strafferetlige figurer i sammenhæng og i den forbindelse trække en forbindelseslinje mellem den klassiske strafferet og forfatningsretten og forvaltningsretten. Analysen og eksemplificeringen er i vidt omfang sket under inddragelse af retspraksis.

Denne afhandling er ikke en afhandling om f.eks. de hjemmelsmæssige forudsætninger for at pålægge en strafferetlig retsfølge eller om hensynet til den tiltaltes menneskerettigheder i retsanvendelse, ej heller om grænserne for den udvidende fortolkning til ugunst for den tiltalte, men derimod en afhandling om hele det strafferetlige legalitetsprincip, som det har fundet udtryk i straffelovens § 1. Det har som implikation, at hvert enkelt delelement i det strafferetlige legalitetsprincip ikke nødvendigvis kan blive udtømmende behandlet – men skal ses i lyset af det overordnede tema og de øvrige delelementer.

Det har undertiden i teorien været påpeget, at man gennem tiderne ”stærkt har betonet det strafferetlige legalitetsprincip vedr. skyldsspørgsmålet, men set stort på, at den beskyttelse,

det yder borgerne, ikke gjaldt sanktionsfastsættelsen”.³ Jeg vil i afhandlingen følge denne tradition – ikke fordi jeg ikke er enig i, at sanktionsfastsættelsesspørgsmålet kunne trænge til at blive undersøgt i lyset af det almindelig gældende legalitetsprincip og de tanker, der ligger bag princippet, men fordi en afhandling både vedrørende det strafferetlige legalitetsprincip, som det har fundet udtryk i straffelovens § 1, og vedrørende straffastsættelsen vil blive alt for omfattende. Dette skyldes frem for alt, at en afklaring af det sidstnævnte emne vil kræve en helt anden type undersøgelse end en afklaring af det førstnævnte. Hertil kommer, som antydet ovenfor, at jeg ikke finder, at det strafferetlige legalitetsprincips krav og begrænsninger til lovgiver og retsanvender er ganske belyst, hvorfor et valg mellem de to emner efter min opfattelse naturligt vil lede til at vælge det strafferetlige legalitetsprincip – hjemmelskravet som det er bestemt i straffelovens § 1 med de fortolkningsimplikationer, det medfører.

2. Metode og plan for afhandlingen

Som jeg senere vil komme ind på, er § 1 en skreven retskilderegulering – en metanorm. Afhandlingens formål er at udfinde det retlige indhold af denne norm på normens egne præmisser.

Det strafferetlige legalitetskrav i straffelovens § 1 indeholder både et hjemmelskrav og krav til den strafferetlige fortolkning. Begge disse sider af legalitetskravet vil blive analyseret og beskrevet i det følgende.

Under dette arbejde vil traditionel retsdogmatisk metode blive anvendt – det vil sige, at der vil blive tale om en fremstilling af de i Danmark gældende strafferetlige legalitetskrav på baggrund af en (kritisk) analyse af det relevante kildemateriale.

Da normen i straffelovens § 1 omfangsmæssigt set er af ganske uanselig størrelse, og da forarbejderne og doktrinen har helliget bestemmelsen beskeden opmærksomhed, ville det – da normen har omfattende retlige implikationer – være optimalt, om det var muligt at foretage en form for empirisk undersøgelse af retspraksis for gennem en systematisk domsanalyse nærmere at fastlægge, hvilke grundsætninger og momenter princippet indeholder. Et sådant studie kan imidlertid ikke gennemføres, først og fremmest på grund af den danske domsformuleringstradition. Under udarbejdelsen af afhandling har jeg derfor måtte vælge en anden tilgang til stoffet.

Jeg har i den forbindelse taget udgangspunkt i det forhold, at strafferetten indgår som en integreret del af det øvrige retssystem – og dermed bliver fortolket og anvendt i interaktion med dette. Som følge heraf har jeg fundet det nødvendigt at indkredse det strafferetlige legalitetsprincip ved først helt overordnet på forfatningsniveau – resumerende – at beskrive magtadskillelærelæren, indholdet af grundlovens § 3 og det forfatningsretlige legalitets-

³ Jf. Gorm Toftegaard Nielsen, *Sanktionerne*, s. 15.

princip – alt under afhandlingens synsvinkel, hvorfor mange facetter og enkeltelementer af forfatningsretlig (men ikke strafferetlig) betydning vil blive udeladt. Det forfatningsretlige perspektiv er frem for alt inddraget, fordi der er stærke forbindelseslinjer mellem magtadskillelsen og de ideologiske tanker bag ideen om et strafferetligt legalitetsprincip. Dette kapitel tjener såvel direkte som implicit som det baggrundstæppe, de følgende kapitler skal læses i lyset af, men der vil ikke blive tale om nogen selvstændig analyse af de inddragede emner – alene om en skitse mæssig toneangivelse.

Da mange særloves egentlige formål ikke er at være straffelove, men almindelige reguleringslove, der administreres af forvaltningen, både med henblik på en nærmere regulering – udfærdigelse af bekendtgørelser og udstedelse af forvaltningsakter – og med henblik på en almindelig overvågning af lovgivningen, vil jeg dernæst komme ind på det almindelige forvaltningsretlige legalitetsprincip med tilhørende fortolknings- og udfyldningslære. Eftersom det i den forvaltningsretlige teori er fast antaget, at domstolene prøver et administrativt påbud eller forbud på samme måde under en civil sag som under en straffesag, vil jeg endvidere kort beskrive domstolenes prøvelse af forvaltningsakter. Da skat og straf historisk begge er blevet anset for indgribende retsfølger, og da det skatteretlige legalitetsprincip er fastslået i grundlovens § 43 (og antages at rumme et skærpet legalitetskrav), vil jeg også kort berøre dette princip.

Som allerede antydnet kan det strafferetlige princip ikke analyseres og beskrives på en historieløs baggrund. Selvom afhandlingens emne er det strafferetlige legalitetsprincip, sådan som det må antages at gælde i dag, er det en forudsætning for at kunne trænge ned i det ”virkelige” indhold af normen at undersøge og inddrage princippet historiske baggrund og forudsætninger. Det historiske materiale vil indgå i analysen af det strafferetlige legalitetsprincips enkelte dele – og altså ikke blive beskrevet i et særskilt kapitel løstrevet fra de relevante dele af princippet.

Da Den Europæiske Menneskerettighedskonvention siden inkorporeringen i 1992 (utvivlsomt) er en del af gældende dansk ret, vil de implikationer, som konventionen (særligt artikel 7) har for det danske strafferetlige legalitetsprincip, løbende blive inddraget i analysen. Herudover vil jeg også i et selvstændigt kapitel beskrive og analysere indholdet af det menneskeretlige strafferetlige legalitetsprincip med de krav til hjemmel og fortolkning, som menneskerettighedsdomstolen har udledt af konventionen. Denne inddragelse er navnlig sket for at fastslå, hvad det danske strafferetlige legalitetsprincip må antages at stille af krav til den strafferetlige retsanvendelse, og hvad der herudover følger af konventionen med tilhørende domspraksis.

Selvom det danske strafferetlige legalitetsprincip har rod i de samme abstrakte ideer som mange andre af de europæiske landes strafferetlige legalitetsprincip, vil jeg ikke i afhandlingen foretage en komparativ analyse mellem det danske og et eller flere fremmede landes strafferetlige legalitets-

princip. Det skyldes først og fremmest, at hvert land har været igennem hver sin retsudvikling og herudover har (og har haft) forskellige traditioner for, hvordan ideologier og principper skal udmøntes i det praktiske liv. Hertil kommer, at en komparativ analyse forudsætter et særdeles indgående kendskab til de behandlede landes samlede retssystem, for at man kan bedømme princippets reelle betydning.

Dette betyder naturligvis ikke, at synsvinklen i afhandlingen er snæver dansk i den forstand, at alt, hvad der ikke kommer fra eller har direkte indflydelse på det danske retssystem, er uden interesse for denne afhandling.

Da dansk strafferet gennem tiderne i særdeleshed har hentet inspiration fra både de øvrige nordiske lande og fra Tyskland til løsning af konkrete og generelle strafferetlige problemstillinger, har jeg valgt at komme ind på, hvilke krav det strafferetlige legalitetsprincip antages at indeholde i tysk og norsk ret. Valget af netop de to lande skyldes frem for alt, at princippet er fastslået i de pågældende landes grundlove, hvorfor det må antages, at der er tale om et højt beskyttelsesniveau.

Afhandlingen er disponeret i tre dele, således at kapitel 2 til 4 kan ses som det strafferetlige legalitetsprincips kontekst, kapitel 5 til 7 som det strafferetlige legalitetsprincips hjemmelskrav og kapitel 8 til 12 som det strafferetlige legalitetsprincips særlige krav og begrænsninger ved lovfortolkningen. Afhandlingen afsluttes med et sammenfattende og konkluderende kapitel (kapitel 13).

2.1. Særligt om finsk ret

Selv om jeg således ikke særskilt inddrager finsk ret i afhandlingen, vil jeg dog ikke undlade kort at komme ind på Dan Frändes doktorafhandling fra 1989: ”Den straffrättsliga legalitetsprincipen”, da denne er det eneste store nordiske videnskabelige arbejde fra nyere tid om det strafferetlige legalitetsprincip.

Dan Frändes afhandling er retsteoretisk og bygger kun i mindre omfang på en undersøgelse af praksis. Ifølge Dan Frände består det gældende strafferetlige legalitetsprincip i finsk ret af fire regler, nemlig af et praeter legemforbud, et analogiforbud, et retroaktivitetsforbud og et ubestemthedsforbud.

Praeter legemforbudet udgør efter Dan Frändes opfattelse legalitetsprincipets kerne, idet det er en nødvendig (men ikke tilstrækkelig) forudsætning for ”straffrättsystemets prognoserbarhet”.⁴ Forbudet defineres på følgende måde:

”Domaren får inte konstatera att ett brott har begåtts ifall den konkreta gärningen och omständigheterna kring gärningen inte motsvarar det som lagstiftaren i straffbestämmelse förklarat leda till bestraffning. Det konkreta straffet med anledning av brottet får inte överskrida

⁴ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 223f.

Kapitel 1 – Indledning

den straffart och den straffmängd som straffbestämmelsen föreskriver. Domaren får inte heller utdöma andra påföljder på brott än de som ingår i bestämmelser.”⁵

Analogiforbudet defineras på følgende måde:

”Domstolen får ved sin prøvning av om motsvarighet föreligger mellan konkret gärning och straffbestämmelsens gärningsbeskrivning inte gå utöver en normalspråklig eller juridisk-teknisk forståelse af lagtexten.”⁶

Normalsproglig og juridisk-teknisk forståelse af loven er det samme som en bestemmelses ordlyd eller ordgrænse.⁷

Retroaktivetsforbudet defineres på følgende måde:

”Lagstiftaren får inte till den tilltalades nackdel ge straffbestämmelser (kriminaliseringar) giltighet beträffande gärningar som redan har utförts när bestämmelserna utfärdas.”⁸

Endelig defineres ubestemthedsforbudet således:

”Lagstiftaren får inte utfärda obestämda straffbestämmelser rörande det straffrättsliga ansvaret.”⁹

Som det fremgår, er praeter legemforbudet og analogiforbudet rettet mod retsanvenderen (domstolene), medens retroaktivetsforbudet og ubestemthedsforbudet er rettet mod lovgiver.

Analogiforbudet, retroaktivetsforbudet og ubestemthedsforbudet har ligesom praeter legemforbudet ”prognostiserbarhet” som (hoved-) bærende hensyn.¹⁰

De fire regler er alle retsregler, men har dog ikke alle samme retlige værd, idet praeter legemforbudet og retroaktivetsforbudet er hårde regler i den forstand, at de ikke kan fraviges,¹¹ medens ubestemthedsforbudet er en blød regel i den forstand, at den i et vist begrænset omfang kan fragives i lyset af, at ”obestämthed är något högst obestämt”.¹² Modsat er det klart, at ubestemthed er det samme som ikke-”prognostiserbarhet”¹³ samtidig med, at ubestemte lovregler gør det uvist for retsanvenderen, om en sags fakta er omfattet af gerningsbeskrivelsen eller ej.¹⁴

⁵ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 2.

⁶ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 2.

⁷ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 2, note 6.

⁸ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 3.

⁹ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 4.

¹⁰ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 230, s. 235 og s. 239.

¹¹ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 223 og s. 235f.

¹² Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 238f.

¹³ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 239.

¹⁴ Jf. Dan Frände, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, s. 240.