

»Ingen straf uden lov«
– gælder princippet også i Danmark?

af

Birgit Feldtmann

Der findes muligvis nogle læsere, som vil mene, at en artikel med denne titel er dømt til at blive ret kort. Selvfølgelig gælder princippet »ingen straf uden lov« i Danmark: Princippet er lovfæstet i straffelovens § 1, såvel som i art. 7, stk. 1, EMRK, og betyder, at der i Danmark kun må pålægges straf, hvis der er hjemmel herfor i en lov.

Kravet om lovhjemmel gælder både med hensyn til de handlinger og undladelser, hvis overtrædelse kan straffes, og med hensyn til strafferetlige sanktioner.¹ Kravet synes i Danmark at blive opfyldt gennem reglerne i straffeloven og i retsplejeloven, som bestemmer, hvad der er strafbart, hvilke strafferetlige sanktioner der anvendes, hvordan proceduren for straffastsættelsen er, og hvilke former for forkortet sagsbehandling og sanktionering der kan anvendes. Kan man så forvente, at spørgsmålet kan besvares bekræftende uden stor umage? Kan læseren læne sig tilbage og gå videre til den næste artikel i vores samling?

Muligvis – men måske er det værd at vente lidt med den næste artikel. Artiklens påstand er, at det i hvert fald er værd at se lidt nærmere på spørgsmålet. Ved nærmere betragtning af det danske strafferetssystem kan man nemlig med god grund komme i tvivl om, hvorvidt princippet virkelig altid gælder i Danmark.

Et nyt syn på det danske strafferetssystem

Menneskernes – og ikke mindst juristernes – måde at opfatte verden på, kan illustreres ved et lille græk fra Piet Hein:

Det eneste rigtige

Når klokken er 11 i Danmark,
er den 5 i U.S.A.,
10 i London, og 18 i Kina,
og 13 omkring Moskva.

Hvor er vi danske et udvalgt folk,
at vi netop er født i selve
det lille velsignede land,
hvor klokken er 11, når den er 11.

¹ Se nærmere nedenunder.

Det, som vi er vant til, opfatter vi som det rigtige, mens vi anser det fremmede som en mere eller mindre mærkelig undtagelse. Dette syn findes også i retsvidenskaben: Lov og ret og den videnskabelige behandling af begge er først og fremmest nationalt orienteret. Der findes ikke en universel opfattelse af, hvad ret er, og behandlingen af retlige spørgsmål foregår traditionelt inden for det eksisterende nationale system.

Et nyt syn på ens eget system kan derfor gavne forståelsen. Den kan bidrage med nye synsvinkler på bekendte problemstillinger, og den kan henlede opmærksomheden på nogle aspekter, som normalt ikke er i fokus, fordi de bliver taget for givet.² For at fremme forståelsen for, hvorfor man kan komme i tvivl om princippet »ingen lov uden straf« virkelig altid gælder i Danmark, er det derfor nødvendigt at forlade sin sædvanlige måde at tænke på og i stedet prøve at se på det danske system med nye øjne.

Ud fra denne overvejelse er udgangspunktet for artiklens analyse ikke det sædvanlige danske perspektiv, men et udefrakommende. Konkret inviteres læseren til at betragte det danske strafferetssystem med tyske øjne: Hvordan virker det danske system ud fra en tysk synsvinkel? Hvorfor kan man komme i tvivl om, hvorvidt princippet »ingen straf uden lov« uindskrænket gælder, når man kigger fra Tyskland på det danske system?

En tysk perspektiv på princippet »ingen lov uden straf«

Et første skridt i undersøgelsen er spørgsmålet, hvordan forstås det strafferetlige princip »ingen straf uden lov« i Tyskland? En udefrakommende betragtning af et retssystem forudsætter, at man konkretiserer de centrale begreber eller koncepter, som bliver brug under analysen, ellers er der fare for misforståelser eller fejlfortolkninger.

Princippet »ingen straf uden lov« (»*keine Strafe ohne Gesetz*«) er i Tyskland, lige som i Danmark, normeret i straffeloven (§ 1 *Strafgesetzbuch (StGB)*)³. Princippet findes med samme ordlyd som i *Strafgesetzbuch* også i den tyske forfatning, art. 103, stk. 2 *Grundgesetz (GG)*. Derudover har Tyskland tilsluttet sig nogle folkeretlige konventioner, for eksempel den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som indeholder tilsvarende eller lignende principper.⁴ Den dobbelte normering i national tysk lovgivning viser betydningen, som »ingen straf uden lov«-princippet har efter tysk opfattelse. Princippet har ikke kun almindelig lovvirkning, men er et konstitutionelt princip, hvilket betyder, at det ikke kan indskrænkes ved almindelig lovgivning, og at en krænkelse kan blive forelagt den tyske forfatningsdomstol *Bundesverfassungsgericht*.⁵

² Se *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 16 ff.

³ § 1 *StGB*: »Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde«.

⁴ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, s. 133.

⁵ *Schönke/Schröder-Eser*, Strafgesetzbuch; Kommentar, § 1 Rdnr.2.

Princippet indeholder efter tysk forståelse to elementer: For det første indeholder princippet et krav om lovhjemmel med hensyn til de handlinger/undladelser, hvis overtrædelse kan straffes. Dette omtales i litteraturen som »nullum crimen sine lege«-princip. For det andet omfatter princippet et krav om, at også de strafferetlige sanktioner er lovbestemt, hvilket bliver betegnet som »nulla poena sine lege«-princippet.⁶ Princippet »ingen straf uden lov« bliver derudover også set i tæt sammenhæng med bestemmelsen i § 2 *StGB*, som indeholder et forbud mod tilbagevirkende kraft af straffebestemmelser. Med bestemmelserne i § 1 (art. 103, stk.2 GG) og § 2 *StGB* som baggrund har den tyske teori udviklet fire generelle betingelser for anvendelsen af strafferetten:⁷

- For det første kræves i strafferetten en »*lex scripta*«, hvilket betyder, at ingen kan straffes uden skriftlig lovgrundlag eller idømmes en hårdere straf end den, som er angivet i loven. Kravet forudsætter anvendelsen af materielle love⁸, og udelukker dermed anvendelse af uskrevne retsregler/sædvaner i strafferetten (i hvert fald hvis dette ikke er til fordel for vedkommende).
- Kravet om »*lex stricta*« betyder for det andet, at straffebestemmelserne skal anvendes restriktivt. Nye straffebestemmelser kan ikke indføres ved retspraksis, og en højere straf end den hjemlet i loven kan ikke idømmes. »*Lex stricta*«-kravet betyder efter tysk opfattelse, at analogi er forbud i strafferetten.
- For det tredje kræves i strafferetten en »*lex certa*«, altså en lov som er tilstrækkelig præcis i sin formulering af gerningsindholdet, og som indeholder klare bestemmelser om lovovertrædelsens følger. Kravet vedrørende sanktioner forstås imidlertid ikke således, at lovgiveren er afskåret fra at bruge strafferammer. Præciseringen er altså højere for beskrivelsen af gerningsindholdet, mens lovgiveren kun sætter ramme for sanktionerne, som i de enkelte sager udmåles af domstolen.
- Den fjerde konsekvens af §1 og § 2 *StGB* er »*lex praevia*«-påbud, som betyder, at tilbagevirkende kraft udelukkes i strafferetten, hvis dette vil betyde en forringelse af den mistænkte situation. Forbud mod tilbagevirkende kraft retter sig både mod tilbagevirkende kraft af selve straffebestemmelser og af andre forskrifter, som forringer den mistænkte retsstilling, dog gælder forbudet ikke for processuelle regler.

⁶ Se *Schönke/Schröder-Eser*, Strafgesetzbuch; Kommentar, § 1 Rdnr.1.

⁷ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 134 ff. og *Schönke/Schröder-Eser*, Strafgesetzbuch; Kommentar § 1 Rdnr.6 ff.

⁸ Det betyder, at der også kan anvendes *Rechtsverordnungen* (bekendtgørelser) i strafferetten. Dette er imidlertid udelukket i forbindelse med frihedsstraf, jf. art. 104, stk. 1 GG. I praksis spiller *Rechtsverordnungen* ikke nogen rolle i strafferetten, idet forfatningsdomstolen har indtaget en meget restriktiv holdning vedrørende anvendelse af ikke-formelle love i strafferetten. Se hertil *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, s. 133 f.

Sammenfattende kan det konstateres, at den tyske forståelse af »ingen straf uden lov«-princippet betyder, at der stilles højere krav vedrørende legitimitet og hjemmel til strafferetten, end på andre retsområder. Dermed adskiller den tyske forståelse af princippet sig som udgangspunkt ikke fra den danske.⁹ I Tyskland konkretiseres princippet således, at strafferetten skal være præget af, at lovgiveren meget præcist bestemmer, hvad der kan straffes, og hvordan der kan straffes. Dermed bliver strafferetten mere formaliseret end andre retsområder, hvilket må betyde, at praksis kun kan spille en indskrænket rolle. Den følgende undersøgelse af det danske retssystem sker på baggrund af denne forståelse af »ingen straf uden lov«-princippet: Den går ud fra, at strafferetten er et retsområde, hvor formelle love skal være den centrale retskilde hvad angår betingelser for at pålægge strafansvar, og hvordan der kan reageres på en lovovertrædelse.

Et nyt syn på det danske retssystem

Fortolkningen af »ingen straf uden lov«-princippet (og i sammenhæng dermed, § 2 *StGB*) i Tyskland viser en vigtig forskel mellem det tyske og det danske retssystem. Vist nok bliver princippet også i Danmark anset for meget fundamentalt,¹⁰ og nogle af de betingelser for anvendelsen af straf, som opstilles i den tyske teori, findes også i den danske.¹¹ Men samtidig bliver princippet forholdsvis kort behandlet i dansk litteratur. En indgående teoretisk abstrakt behandling af princippets indhold og fortolkning foretages ikke, i stedet fokuseres i litteraturen på princippets formål og på spørgsmålet, hvad princippet betyder i praksis.¹² I Tyskland bliver, som den korte fremstilling her har vist, princippets indhold derimod nøje undersøgt og konkretiseret, hvilket udmøntes i dannelsen af et (abstrakt) system af principper og underprincipper. Denne forskel i den teoretiske tilgang til strafferetlige principper antyder, at der findes en grundlæggende forskel mellem det tyske og det danske system: Set med danske øjne virker det tyske system ofte stærkt dogmatisk orienteret, mens en tysk observatør oftest oplever det danske system som meget pragmatisk orienteret.¹³ En sådan forskel præger naturligvis opfattelsen af retlige principper og problemstillinger i begge retssystemer. For artiklens fremstilling betyder det, at en tysk analyse af det danske system sandsynligvis vil pege på nogle problemstillinger, som ikke nødvendigvis bliver opfattet som sådanne inden for Danmark. Det er netop en af fordelene ved at indtage et grænseoverskridende perspektiv.

⁹ Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93 ff. (s. 95 ff.).

¹⁰ Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93.

¹¹ For eksempel bruges »*lex certa*«-kravet også i den danske litteratur, se Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 96.

¹² Se for eksempel Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93, *Greve*, Det strafferetlige ansvar, s. 53 ff. og *Toftegaard Nielsen*, Strafferet I, s. 33.

¹³ Om denne retskulturelle forskel mellem det danske og det tyske retssystem se *Feldtmann*, Anklagemyndighedens rolle, NTfK 2002, s. 161 f.

Man kan på den anden side selvfølgelig spørge, hvilken værdi et nyt perspektiv på dansk strafferet har. Hvis nogle aspekter af det danske retssystem kun opfattes som problematiske fra et udefrakommende syn, er de så relevante for den interne danske diskussion? Mod denne indvending kan der føres mindst to argumenter: For det første kan man argumentere, at et nyt syn på systemet altid er værdifuldt, fordi det kan inspirere til nytænkning og videreudvikling. Retssystemer er netop ikke ubevægelige systemer, de er derimod i en konstant udvikling, og hertil kan et andet syn bidrage ved at sætte fokus på nogle aspekter af systemet. For det andet er nationale strafferetssystemer ikke (længere) et rent nationalt anliggende: På den ene side påvirker samarbejdet i den Europæiske Union i stigende grad nationale strafferetssystemer.¹⁴ På den anden side har Danmark tilsluttet sig (implementeret) Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvilket betyder, at der med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol findes en udefrakommende institution, som har kompetence til at bl.a. at vurdere danske strafferetlige problemstillinger, og hvis fortolkning af konventionen er dynamisk.¹⁵ Udefrakommende påvirkninger på det danske strafferetssystem er derfor en realitet, uanset om man mener, at dette er en ønskelig udvikling eller ej.

Gælder princippet »ingen straf uden lov« altid i Danmark?

Formålet med analysen er at belyse, hvordan det danske strafferetssystem virker på den tyske observatør. Hvorfor kan en tysk kollega komme i tvivl om, hvorvidt princippet »ingen straf uden lov« altid gælder i Danmark?

Fremgangsmåden i artiklen er at koncentrere sig om nogle udvalgte emner, hvor der – ud fra en tysk synsvinkel – kan sættes spørgsmålstegn ved princippet gyldighed. Derved indgår der ikke i artiklen en fuldstændig analyse af princippet betydning i det danske retssystem. Udvalget af emner er sket på grundlag af erkendelser vundet i min tyske doktorafhandling¹⁶ og ved at arbejde som tysk jurist med dansk strafferet. Udvælgelsen er foretaget ud fra et ønske om at behandle emner, som viser områder, hvor det danske strafferetssystem muligvis adskiller sig fra andre, ikke mindst det tyske.

¹⁴ Se hertil *Elholm*, Nyttet EU's harmonisering af strafferetten?, *Lov & ret* O5/2001, s. 21 ff.

¹⁵ Om Konventionens og domstolens betydning for det danske strafferetssystemet se *Toftgaard Nielsen*, Straffesagens gang, s. 22 ff. Om Domstolens dynamiske fortolkning af konventionen se *Toftgaard Nielsen*, Domstolene som den tredje statsmagt, i *Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001. s. 174 f.

¹⁶ Afhandlingens titel er: »Zwangloses Strafverfahren? – Verfahrensbeendigung aus Gründen der Opportunität durch die Anklagebehörde in Dänemark aus deutscher Sicht«. Afhandlingen udgives som bog i Tyskland i slutningen af 2002.

1. Analogi og konkretiseringsgraden af centrale bestemmelser i straffelovens almindelig del

Det første aspekt, som – ikke kun set med tyske øjne – er meget i påfaldende ved det danske strafferetssystem, er, at analogi ikke er udelukket.¹⁷ Straffelovens § 1 kræver som udgangspunkt lovhjemmel for pålæggelse af straf, dog kan der pålægges straf for forhold, som ikke har lovhjemmel, men »som ganske må ligestilles« med et forhold, som har lovhjemmel. Dermed accepteres i dansk strafferet anvendelsen af *fuldstændig lovanalogi*.

Som det fremgår af ovenstående, er analogi forbudt i tysk strafferet, idet princippet »ingen straf uden lov« efter tysk opfattelse udelukker enhver brug af analogislutning, som betyder en nyskabelse af ret (dog kun hvis der er tale om strafbegrundelse, sanktioner eller en forringelse af borgernes situation).¹⁸ I denne sammenhæng kan man dog spørge, hvor grænsen mellem analogi og udvidende fortolkning i realiteten går. Også i Tyskland anvendes udvidende fortolkning, grænsen bliver dog sat der, hvor en mulig fortolkning ikke ville være omfattet af meningen med de i bestemmelsen brugte formuleringer (»*Wortsinn*«).¹⁹ I Danmark kan domstolen overskride denne grænse ved at bruge analogi. Der påpeges dog i den danske litteratur, at domstolene anvender analogihjemlen meget restriktivt, og at Højesteret i nyere tid har afvist af anvende analogi.²⁰ Det bliver også påpeget i litteraturen, at en udpræget brug af analogihjemlen i dag sandsynligvis er i strid med EMRK art. 7, stk. 1.²¹

Et andet aspekt, som er iøjnefaldende ved det danske system, vedrører centrale bestemmelser i straffelovens almindelige del. Indledende er det i denne sammenhæng værd at notere, at de almindelige dele i begge lande ligner hinanden, idet de indeholder grundlæggende bestemmelser for strafferetten og behandler stort set de samme emner. I begge lande er straffelovgivning altså opbygget således, at grundlæggende strafferetlige spørgsmål, for eksempel vedrørende lovens anvendelsesområde, medvirken, tilregnelser og forsøg, bliver behandlet i almindelig del, der som udgangspunkt gælder for alle strafferetlige bestemmelser, uanset om de findes i selve straffeloven eller i særlove.

Men når man ser nærmere på nogle bestemmelser i almindelig del, opdager man en vigtig forskel mellem de danske og de tyske bestemmelser: De tyske bestemmelser behandler som regel problemstillingerne meget nøje, medens de danske bestemmelser hyppigt er meget bredt formuleret.

¹⁷ Greve, Det strafferetlige ansvar, s. 87 ff.

¹⁸ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 134 ff.

¹⁹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 158 ff. Der findes dog enkelte eksempler i tysk retspraksis, hvor man kan spørge, om denne grænse ikke blev overtrådt, se hertil Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch; Kommentar § 1 Rdnr.55 f.

²⁰ Toftgaard Nielsen, Strafferet I, s. 47 f. Se også U 1995.836 H.

²¹ Greve, Det strafferetlige ansvar, s. 89.

Et eksempel på forskellen er bestemmelserne vedrørende medvirken. De tyske bestemmelser (§§ 25-31 StGB) skelner mellem forskellige former for hovedmandsvirksomhed og medvirken, medens den danske bestemmelse (strl § 23) ikke skelner mellem forskellige gerningsmandsvirksomhed- og medvirkensformer («*Einheits-täterbegriff*»). Baggrunden for forskellen mellem det danske og det tyske medvirkensbegreb er, at dansk strafferet lægger meget stor vægt på det subjektive element («den kriminelle vilje»), mens den tyske løsning bygger mere på en kombination af subjektive og objektive elementer.²² Med danske øjne virker de tyske medvirkensregler sandsynligvis meget teoretisk, men samtidig er de et forsøg fra lovgiveren på at bestemme så nøje som muligt, under hvilke betingelser borgerne kan blive straffet. De danske bestemmelser er derimod mindre konkretiserede og overlader dermed mere spillerum til retsnavenderen.

Et andet eksempel er forsøgsbestemmelserne: I Tyskland begynder det strafbare forsøg først, når gerningspersonen umiddelbart er ved at påbegynde udførelsen af den strafbare handling (§ 22 StGB). Det betyder, at forberedelseshandlinger ikke er omfattet af forsøget i Tyskland. Den danske forsøgsbestemmelse (strl § 21, stk.1) er derimod kendetegnet ved, at der kan straffes for forsøg på et meget tidligt tidspunkt. Greve nævner som eksempel på det danske forsøgsbegreb, at indkøb af en æske tændstikker kan – i teorien – straffes som forsøg på brandstiftelse og således straffes med fængsel på livstid.²³ Det brede danske forsætsbegreb bliver i praksis begrænset ved, at anklagemyndigheden har udviklet en fast praksis for, hvornår der rejses tiltale i forsøgssager og hvornår det ikke gøres. Anklagemyndigheden vil normal kun rejse tiltale, hvis forberedelseshandlingen objektivt er mistænkelig, eller hvis den mistænkte tidligere domme eller andre forhold støtter mistanken om, at der er tale om et forsøg.²⁴ Dermed er det i Danmark i realiteten ikke lovgiveren, som har begrænset/ konkretiseret omfanget af forsøgsstrafbarhed, men anklagemyndigheden.

Den danske løsning med brede formuleringer har den fordel, at den ikke prøver at konstruere et abstrakt system, som er vanskeligt at anvende i praksis. I Danmark er forsøgsområdet bredt defineret, og det er dermed op til retsnavenderen at indskrænke anvendelsen. Men fra en tysk synsvinkel skal denne fremgangsmåde ses i lyset af »*lex certa*«-kravet. Det skal være lovgiveren – og ikke retsnavenderen – som bestemmer de væsentlige betingelser for pålæggelse af straf. »Ingen straf uden lov«-princippet betyder efter tysk forståelse bl.a., at strafferetlige bestemmelser skal være præcist formulerede og klare i deres indhold.

2. Sanktions- og afgørelsesformer, som ikke er lovregulerede

Både i det danske og det tyske retssystem har anklagemyndigheden en meget central rolle ved behandling og afslutning af straffesager. Dette er særdeles interessant, fordi anklagemyndighedens rolle i straffeprocessen som udgangspunkt synes at være

²² Se *Toftgaard Nielsen*, *Strafferet I*, s. 193.

²³ *Greve*, *Det strafferetlige ansvar*, s.78, som dog peger på, at der selvfølgelig skal foreligge tilstrækkeligt forsæt.

²⁴ *Toftgaard Nielsen*, *Strafferet I*, s.169.

forskellig på et vigtigt punkt: Danmark bliver normalt antaget for at bekende sig til opportunitetsprincippet, mens Tyskland regnes som klassisk eksempel på et land med et rodfæstet legalitetsprincip.²⁵ Samtidig viser en nærmere undersøgelse af anklagemyndighedens kompetence, at den i begge lande har hjemmel til at afgøre og slutte straffesager og til at pålægge en sanktion/sanktionslignende reaktion. I begge lande betragtes legalitet som hovedregel og opportunitet som undtagelse, der kræver lovhjemmel²⁶

I begge lande har anklagemyndigheden blandt andet kompetence til at frafalde tiltalen med eller uden vilkår. Det er altså ikke selve det faktum, at der overhovedet findes hjemmel til at frafalde tiltale i rpl § 722, som ud fra et tysk perspektiv er bemærkelsesværdigt. Det, som er af særlig interesse i forbindelse med »ingen straf uden lov«-princippet, er, hvordan der med rpl § 722 som baggrund kan udvikles en praksis.

Et område, som danner et godt eksempel på forskellen mellem det tyske og det danske retssystem i forbindelse med udvikling af praksis, er straffesager vedrørende unge lovovertrædere. I Tyskland findes et specielt straffe- og proceduresystem for unge, som blandt andet omfatter nogle specielle regler for tiltalefrafald i sager mod unge (§ 45 *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*). I Danmark findes derimod intet særligt system for unge. Her arbejder man med enkelte specielle lovbestemmelser, hvori der tages højde for unges særlige behov, blandt andet ved at åbne mulighed for at vælge en mildere sanktion. Et eksempel på en sådan bestemmelse er rpl § 722, stk. 1, nr. 2 og nr. 3, som hjemler mulighed for at frafalde tiltale med vilkår i sager mod unge.

Ud fra princippet »ingen straf uden lov« er lovhjemlen for tiltalefrafald i sager mod unge ikke specielt problematisk. Det interessante er imidlertid, at vilkårsfastsættelsen i praksis ikke alene sker inden for reglerne i retsplejeloven, men ofte i form af en ungdomskontrakt. Ungdomskontrakten er en reaktionsform, som ikke er hjemlet i hverken retsplejeloven eller andre love. Ungdomskontrakten bliver dog omtalt i Rigsadvokatens Meddelelse 7/1998 (Behandlingen af unge lovovertrædere): Den skal som regel anvendes, hvis sagen mod den unge skal afsluttes med tiltalefrafald med vilkår. Teknisk set sker afslutningen af sagen i forbindelse med en ungdomskontrakt som et tiltalefrafald med vilkår efter rpl § 722, stk. 1 nr. 2 eller nr. 3, men i realiteten anvendes her en ny reaktionsform.²⁷

Det interessante i forbindelse med ungdomskontrakter er ikke, at man i det danske strafferetssystem prøver at udvikle hensigtsmæssige reaktionsformer, men den måde det sker på. Ungdomskontrakter har været genstand for en indgående parlamentarisk

²⁵ Om indholdet af begreberne opportunitets- og legalitetsprincip se *Feldtmann*, Anklagemyndighedens rolle, NtfK 2002, s. 158 f.

²⁶ *Feldtmann*, Anklagemyndighedens rolle, NtfK 2002, s. 159 ff.

²⁷ Om anvendelsesområde og gennemførelse af ungdomskontrakter se Rigsadvokatens Meddelelse 7/1998.

behandling i Folketinget,²⁸ alligevel blev den landsdækkende introduktion af denne reaktionsform ikke foretaget ved lov. I stedet blev det overladt til rigsadvokaten at bestemme, i hvilke tilfælde ungdomskontrakten skal anvendes, og hvordan den i praksis skal gennemføres. Eksemplet med ungdomskontrakter er ikke enestående, idet der i dansk praksis findes andre eksempler, hvor reaktionsformer er introduceret i anklagemyndighedens egen regi: I forbindelse med rpl § 722 stk.1, nr.1, har det været fast praksis, at forbinde tiltalefrafald med en (skriftlig) advarsel. Denne form for advarsel er ikke hjemlet i loven, igen er det rigsadvokatens interne bestemmelser, som oplyser om reaktionsformen.²⁹

Eksemplerne viser, at den danske anklagemyndighed har en retsskabende funktion. Den fremgangsmåde, at hjemle nye reaktionsformer i rigsadvokatens interne meddelelser, har imidlertid to vigtige implikationer: For det første betyder den, at anklagemyndighedens reaktionsmuligheder ikke alene baseres på lovgivningen. Loven synes at danne rammen for behandlingen af straffesager, dog bliver denne udfyldt og udviklet i praksis. For det andet betyder fremgangsmåden, at en del af den strafferetlige praksis baseres på interne (forvaltningsretlige) instrukser, hvilket rejser spørgsmålet, om disse kan påberåbes af borgeren, hvis han mener, at hans sag ikke bliver behandlet i overensstemmelse med de i tilsvarende sager anvendte instrukser.

Den retsskabende funktion, som den danske anklagemyndighed har, er til en vis grad hjemlet i loven: Rpl § 722, stk.1, nr. 7, indeholder et hjemmel for justitsministeren og rigsadvokaten til at definere nye anvendelsesområder for tiltalefrafald. I praksis har justitsministeren delegeret sin kompetence til rigsadvokaten, som i »Bekendtgørelse nr.816/2000 om politimestrenes og statsadvokatens adgang til at frafalde tiltale« definerer yderligere muligheder for tiltalefrafald. Men anklagemyndighedens retsskabende funktion er ikke nødvendigvis begrænset af den i retsplejeloven hjemlede kompetence. I dansk litteratur omtaler Henricson forskellige situationer, hvor sager i praksis afsluttes, uden dette baseres på et (klart) lovgrundlag.³⁰ Henricson uddyber ikke, hvor udbredt disse fremgangsmåder er, men fra en tysk synsvinkel er det værd at notere, at en dansk vicepolitimester omtaler ikke-lovregulerede afslutningsgrunde, uden at dette fremprovokerer særlige reaktioner. En lignende hændelse vil i Tyskland med al sandsynlighed føre til en intenst debat om overskridelsen af anklagemyndighedens kompetence.

Det kan altså konkluderes, at den danske anklagemyndighed har en retsskabende funktion, og at ikke alle reaktionsformer, som anvendes i praksis, er hjemlet i loven. Dette rejser spørgsmålet om virkningen af »ingen straf uden lov«-princippet. På den

²⁸ *Rentzmann/Reimann*, Samfundstjeneste og ungdomskontrakter, s. 37 ff., Folketingstidende 1989-1990, F bind VI, sp. 8699-8730 og F bind VII, sp. 10472-10484.

²⁹ Tidligere anvendtes politiets advarsel for eksempel i visse butikstyveri-sager (RM 14/1977 og RM 16/1982). I dag bliver disse sager først og fremmest afgjort med bødeforlæg, men i rigsadvokatens såkaldte »bøde-katalog« (»Vejledning om bødetakster i politisager«) gives der stadigvæk hjemmel til at afslutte sager med advarsel (punkt 3.2.-1.). Også i sager mod unge kan der bruges advarsel, RM 7/1998, s.7 f.

³⁰ *Henricson*, Politiret, s.178 ff.

ene side kan man argumentere, at princippet ikke bliver krænket, hvis der anvendes ikke-lovregulerede reaktionsformer, som forbedrer borgernes situation, fordi de er mindre indgribende end de i loven fastsatte reaktioner. På den anden side har rigsadvokaten udtalt, at advarslen er en sanktion,³¹ og dette rejser spørgsmålet, om sanktionerne, som bruges mod borgeren, altid skal være lovbestemt. Fra et tysk perspektiv er lovgiveren – og ikke praktikerne – den centrale kilde i strafferetten. Selvfølgelig spiller praksis også i Tyskland en vigtig rolle, men der findes ingen information om en lignende introduktion af egne reaktionsformer af anklagemyndigheden i Tyskland. Den praksis, som findes i Danmark, synes ikke at være acceptabel i Tyskland. Men uanset om man mener, at de her nævnte eksempler er på grænsen af »ingen straf uden lov«-princippet eller ej, så giver de anledning til at overveje, hvordan forholdet mellem lovregulering og praksis bør være. Hvor meget praksis kan der accepteres, når der er tale om afgørelses-/reaktionsformer? Hvilke områder er forbeholdt lovgiveren? Disse spørgsmål er indtil videre ikke nærmere behandlet i Danmark.

3. Behandling af »kronvidner«

Et sidste eksempel, som behandles her, er spørgsmålet om behandling af »kronvidner«. »Kronvidne-problematikken« vedrører på første øjekast ikke »ingen straf uden lov«, idet den først og fremmest vedrører strafprocesretlige spørgsmål. Men »kronvidne«-problematikken berører også spørgsmål om strafudmåling. Fra et tysk perspektiv stiller behandlingen af »kronvidner« bl.a. spørgsmål om kompetencefordelingen mellem lovgiveren og praksis, hvilket er et spørgsmål, som netop også er centralt i forbindelse med »ingen straf uden lov«.

»Kronvidne«-problematikken vedrører spørgsmålet om, hvordan retssystemet forholder sig til situationer, hvor en person, som er involveret i en lovovertrædelse, som er del af et stort sagskompleks, hjælper til med at opklare sagskomplekset mod en reduktion af sin egen sanktion. Spørgsmålet om »kronvidner« kan for eksempel opstå i forbindelse med terrorvirksomhed eller i forbindelse med organiseret kriminalitet og narkotikakriminalitet. Spørgsmålet om »kronvidner« bliver både i Danmark og i Tyskland diskuteret kritisk, dog indtager diskussionen en mere fremtrædende rolle i Tyskland.³² Diskussionen vedrørende »kronvidner« berører nogle fundamentale spørgsmål i strafferetten. Den rejser bl.a. spørgsmålet om aftaler i straffeprocessen og spørgsmålet om, hvilken værdi »købte« vidneforklaringer kunne have.³³

I Tyskland er spørgsmålet om »kronvidner« et emne, som mange gange har været genstand for lovgivning, og de forskellige bestemmelser har været genstand for

³¹ *Toftegaard Nielsen*, Straffesagens gang, s.110.

³² Se for eksempel DJØF, Faglig etiske problemer i strafferetsplejen, J 1994, s. 292 (Danmark), *Gössner*, Kronzeugen a.D., Neue Kriminalpolitik. 2000, s. 5 f. og Weigend, Das »Opportunitätsprinzip« zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, ZStW 109 (1997), s. 111 f. (Tyskland).

³³ Se *Toftegaard Nielsen*, Straffesagens gang, s. 125 ff.

stærk kritik i litteraturen.³⁴ I Danmark er spørgsmålet om »kronvidner« derimod ikke reguleret ved lov, dvs. der findes ingen lovhjemmel, som direkte regulerer behandlingen af »kronvidner«. Alligevel spiller spørgsmålet også i den danske strafferetspleje en rolle.³⁵

Baggrunden for behandlingen af »kronvidner« i Danmark kan ses i forbindelse med to forhold. For det første giver anklagemyndighedens egen kompetence mulighed for at begrænse eller undlade strafforfølgning af et samarbejdsvillig »kronvidne«. Henricson mener for eksempel, at anklagemyndigheden i drabssager kan love sælgeren af et våben straffrihed, hvis denne kommer frem og giver vigtige informationer om drabsmanden. Begrundelsen for denne fremgangsmåde er, at anklagemyndigheden undlader at forfølge en mindre lovovertrædelse for at få mulighed til at opklare en alvorlig lovovertrædelse.³⁶

For det andet kan et »kronvidnes« samarbejde tilgodeses i straffeudmålingen, ikke mindst i forbindelse med en tilståelsessag (rpl § 922), altså en sag med en summarisk procedure, hvor tiltalte tilstår lovovertrædelsen.³⁷ Domstolens strafudmåling sker efter bestemmelserne i strl § 80 ff. Strafudmålingen er en kompleks vurdering, hvori der kan indgå forskellige aspekter.

I »Kronvidne«-situationer giver strl § 80 mulighed for ved strafudmålingen at tage hensyn til den tiltaltes bidrag til at opklare et sagskompleks og hans informationer om en medgerningsmand.³⁸ Den almindelige lovgivning giver altså mulighed for at tilgodeses »kronvidnets« samarbejde.

Den danske behandling af »kronvidne«-situationer er i høj grad præget af Højesteret. I U 1982.1027 HK har Højesteret taget stilling til spørgsmålet, hvorvidt en vidneforklaring af et »kronvidne« kunne anvendes i en sag mod andre personer. Baggrunden for sagen var et sagskompleks i forbindelse med narkotikakriminalitet: Anklagemyndigheden ønskede at anvende et vidneudsagn fra et »kronvidne«, som i USA havde indgået en aftale med anklagemyndigheden. Aftalen gik ud på, at »kronvidnet« skulle vidne mod de i sagen tiltalte personer, mod at anklagemyndigheden lovede at undlade strafforfølgning efter domsforhandlingen og at trække udleveringsansøgningen. En del af aftalen var også, at »kronvidnet« efter sit vidneudsagn skulle strafforfølges i USA for nogle lovovertrædelser. Aftalen lagde til grund, at »kronvidnet« skulle afgive »fuldstændige, sandfærdige og nøjagtige oplysninger«. Hvis det kunne konstateres, at »kronvidnet« ikke har afgivet sand forklaring, skal aftalen ophæves.

³⁴ Gössner, Kronzeugen a.D., Neue Kriminalpolitik, 2000 s. 5 f.

³⁵ Rasmussen, Om plea-bargaining og andre studehandler inden for strafferetsplejen, UfR 1980 B, s. 153 ff.

³⁶ Henricson, Politiret, s. 181.

³⁷ Om tilståelsessager, *Toftegaard Nielsen*, Straffesagens gang, s.113 ff.

³⁸ Se U 1998.1317 H.

Højesteret nægtede tilladelse til brug af kronvidnet. I sin kendelse gik Højesteret ud fra, at det mulige vidne havde en stor interesse i at udtale nøjagtig det samme, som under efterforskningen. Med henblik på hvordan udsagnet opstod, anså Højesteret det for betænkeligt at tillade brug af vidnet, selv om sagen drejede sig om alvorlige lovovertrædelser. Højesteret udelukkede i sin kendelse ikke den generelle brug af »kronvidner«, men konkluderede, at bevisværdien af det konkrete udsagn var tvivlsom.

Højesterets holdning vedrørende »kronvidne«-spørgsmålet er på den ene side præget af erkendelsen af, at »kronvidner« kan være en vigtig kilde i store sager, men på den anden side begrænser Højesteret muligheden for aftaler. I U 1998.1317 H kommer denne ambivalente holdning tydeligt til udtryk. Her udtalte domstolen, at »kronvidner« kan bidrage til opklaringen af et sagskompleks, og at en nedsættelse af straf kan motivere en involveret person til at udtale sig i sagen. Højesteret mener derfor, at straffen for et »kronvidne« kan reduceres, selv om omgang med »kronvidner« rejser nogle principielle betænkeligheder. I en konkret sag er det derfor vigtigt at vurdere »kronvidnets« bevisværdi, bl.a. netop med hensyn til, at dette udsagn kan bevirke en nedsættelse af egen straf. Højesteret drager en grænse for aftaler med mulige »kronvidner« der, hvor der loves kronvidnet en begrænsning af hans/hendes egen strafforfølgning, idet risikoen for falske forklaringer her anses som værende for stor. Afgørelsen betyder, at Højesteret vil forbeholde domstolene at vurdere »kronvidnets« indsats og at beslutte strafnedsættelsen. Det skal ikke være anklagemyndigheden, som bruger sin kompetence til at tilgodese »kronvidnets« samarbejde ved at afslutte eller begrænse sagen.

Som reaktion på U 1998.1317 H har rigsadvokaten formuleret en vejledning for anklagemyndighedens praksis i sager, hvor spørgsmålet om »kronvidner« opstår: Ifølge RM 11/1998 må anklagemyndigheden kun benytte sig af »kronvidner« i alvorlige sager, hvor en aftale med henblik på efterforskningen anses som nødvendig. Det er en forudsætning for en aftale, at en overordnet anklager godkender fremgangsmåden. Derudover skal det være en jurist, som informerer den sigtede om muligheden for en »kronvidne«-aftale, og forsvareren skal altid informeres. Anklagemyndigheden skal gøre det tydeligt, at aftalen ikke automatisk betyder en nedsættelse af straffen, og at det er forbeholdt domstolene at vurdere, om der skal gives strafnedsættelse og dermed foretage strafudmålingen. Aftalen skal altid fremgå af et skriftligt notat i sagsakterne, og hvis anklagemyndigheden ønsker at føre »kronvidnet« i en sag mod en tredjeperson, skal denne i domsforhandlingen udtrykkeligt gøre opmærksom på, at der foreligger en aftale med vidnet.

Den danske behandling med »kronvidne«-spørgsmålet er dermed præget af et ønske om, at gøre brugen af »kronvidner« transparent. Der skal ikke indgås »hemmelige« aftaler, og det er forbeholdt domstolene at vurdere »kronvidnets« bevisværdi i en sag mod tredjemand og at udmåle »kronvidnets« straf. Anklagemyndigheden formidler aftalen, men skal ikke være den aktør i strafferetsplejen, som afgør de væsentlige aspekter i konkrete sager. Fra et tysk perspektiv kan man konstatere, at der i Danmark er udviklet et system, som er præget af en fornuftig pragmatisme, idet det prøver at skabe en balance mellem ønsket om at bruge »kronvidner« i sager, som er meget vanskeligt at efterforske, samtidig med at man

forsøger at tage hensyn til de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, som er knyttet til dette emne. Det interessante er derfor ikke den danske løsning som sådan, men måden den blev etableret på. Det er her igen ikke lovgiveren, som tager stilling til et centralt spørgsmål i strafferetsplejen, men aktørerne i praksis: Anklagemyndigheden ønskede at bruge »kronvidner«, og domstolene sikrede sig de afgørende kompetencer ved at gøre spørgsmålet til et spørgsmål om bevisværdi og strafudmåling.

Tyskerne har ikke overladt problemstillingen vedrørende »kronvidner« alene til praksis. Efter tysk opfattelse skal rammerne for strafferetsplejen være lovbestemt. På den anden side kan man spørge, om den danske »retspraksisskabte« fremgangsmåde ikke er mere hensigtsmæssig, end den tyske, som lovbestemt? Besvarelsen af spørgsmålet ville sprænge rammerne for denne artikel. Men med hensyn til spørgsmålet om forhold mellem lovgiveren og praksis kan man konstatere, at der åbenbart findes en vigtig forskel mellem det danske og det tyske retssystem. Mens man i Tyskland satser på lovgiveren, som den centrale kilde i strafferetsplejen, stoler man i Danmark i større omfang på, at retsanvenderen kan udvikle hensigtsmæssige løsninger.

Konklusionen

Gælder princippet »ingen straf uden lov« altid i Danmark? Det er i sidste ende op til læseren at vurdere, hvorvidt der opstår en berettiget tvivl om princippet gyldighed eller ej. Artiklen undlader bevidst at drage en klar grænse mellem tilladt fortolkningsskøn og spillerum for pragmatiske afgørelsesmuligheder på den ene side, og en krænkelse af »ingen straf uden lov«-princippet i strafferetten på den anden side. Formålet med udvælgelsen af de her behandlede eksempler er ikke at præsentere svarene, men at rejse spørgsmål, som kan give anledning til en videregående tænkning.

Problemstillingen omkring »ingen straf uden lov«-princippet berører nogle fundamentale strafferetlige spørgsmål: Hvem har definitionsmagten i strafferetten? Hvem skal præge udviklingen på dette retsområde? I forbindelse med grundlovens 150 års fødselsdag og med 150-årsdagen for indførelse af det moderne demokrati i Danmark, har århusianske jurister og politologer spurgt om, hvordan det står til med parlamentarismen, og hvem tog magten.³⁹ I denne sammenhæng belyser Toftegaard Nielsen domstolenes retsskabende funktion meget kritisk. Toftegaard Niensens kritik retter sig mod en voksende »domstolsbegejstring«, hvor det anses for rigtigt, hvis domstolene (især på grund af den Europæiske Menneskerettighedskonvention) afskærer lovgiverens kompetence.⁴⁰ Dette bevirker, at vigtige samfundsmæssige

³⁹ *Gorm Toftegaard Nielsen (red.)/Jens Peter Christensen/Jørgen Grønnegård Christensen/Erik Damgaard/Jens Hartwig Danielsen/Jørgen Albæk Jensen: Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001.

⁴⁰ *Toftegaard Nielsen, Domstolene som den tredje statsmagt, i Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001., s. 147 ff. (s. 164 ff.)

beslutninger ikke tages i folketinget, men ved domstolene, som ikke har et direkte demokratisk mandat.

En sådan »domstolsbegejstring« er i Tyskland stærkere udviklet end i Danmark. Men en anden vinkel af spørgsmålet om parlamentets betydning og forhold til domstolene og retspraksis er de i denne artikel rejste spørgsmål. Fra et tysk perspektiv kan man spørge, om det danske folketing ikke reducerer sin egen betydning, hvis den undlader at tage stilling til vigtige strafferetlige spørgsmål.

Hvis Folketinget for eksempel ikke lovgiver om spørgsmål som »kronvidner«, så er det oplagt, at domstolene udvikler en praksis. Det er i et tysk perspektiv påfaldende, hvor stor en rolle praksis spiller i dansk strafferet – ikke kun på domstolsniveau, men også ved anklagemyndigheden. Et blik over den tysk-danske grænse efterlader spørgsmålet, hvilke strafferetlige eller straffeprocessretlige emner er i Danmark forbeholdt lovgiveren? Hvordan forstås »ingen straf uden lov«-princippet i Danmark?