

# **Retssikkerhed**

## **Begreb og indhold i forandring**

*Læg mærke til, at ordet ret ikke modsiger ordet magt, men det første er snarere en modifikation af det andet, nemlig den modifikation, der er nyttigst for flertallet.*

Beccaria, Om forbrydelse og straf

Besvarelse af Advokatrådets Prisopgave 2009

Gert Dyrn, Advokat (L)

Ellebye Advokater

# Indholdsfortegnelse

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. Indledning</b>  | <b>6</b>  |
| 1.1 Problemformulering  | 6         |
| 1.2 Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi                          | 7         |
| 1.3 Retssikkerhedsbegrebets retlige indhold                           | 8         |
| 1.4 Retssikkerhedsbegrebet i den retspolitiske debat                  | 8         |
| 1.5 Perspektiver  | 9         |
| 1.6 Afhandlingens metode  | 9         |
| <br>  |           |
| <b>2. Retssikkerhedsbegrebet</b>                                      | <b>10</b> |
| 2.1 Hvad er retssikkerhed?  | 10        |
| 2.1.1 Almindelige opfattelser   | 10        |
| 2.1.2 Retssikkerhed som ideologi                                      | 13        |
| 2.1.3 Retssikkerhed som mytologi                                      | 15        |
| 2.2 Analytisk forståelse af retssikkerhedsbegrebet                    | 19        |
| 2.2.1 Retssikkerhed som juridisk grundnorm                            | 19        |
| 2.2.2 Retsstatens historiske forudsætninger                           | 21        |
| 2.2.3 Retsstaten som retssikkerhedsbegrebets forståelsesramme         | 23        |
| 2.2.4 Forudsætninger for retsstatens retssikkerhedsbegreb             | 25        |
| 2.2.5 Analytisk sammenfatning af retsstatens retssikkerhedsbegreb     | 29        |
| 2.2.6 Grundrelationer for retsstatens retssikkerhedsbegreb            | 32        |
| 2.2.7 Retfærdighed, retsstat og retssikkerhed                         | 33        |
| 2.2.8 Retssikkerhedsbegrebets fundamentale beskyttelsesinteresser     | 36        |
| 2.2.9 Diskussion og sammenfatning af retsstatens retssikkerhedsbegreb | 39        |
| 2.3 Det sammensatte retssikkerhedsbegreb                              | 41        |
| 2.3.1 Teknologiske og globale udfordringer til retssikkerhedsbegrebet | 41        |
| 2.3.2 Retsstat og socialstat  | 42        |
| 2.3.3 Socialstatslige udfordringer til retssikkerhedsbegrebet         | 44        |
| 2.3.4 Det sammensatte retssikkerhedsbegreb                            | 48        |
| 2.4 Retssikkerhedsbegrebets strukturerende funktion                   | 49        |
| 2.5 Retssikkerhedsbegrebets balance                                   | 53        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>3. Retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger</b>                  | <b>56</b>  |
| 3.1 Retsstatens operative elementer - grundprincipper og grundrettigheder | 56         |
| 3.2 Retsstaten lever  | 57         |
| 3.3 Grundlovens retsstatslige karakter                                    | 58         |
| 3.4 Friheds- og menneskerettigheder                                       | 59         |
| 3.4.1 Rækkevidden af friheds- og menneskerettighederne                    | 62         |
| 3.4.2 Afsluttende om friheds- og menneskerettighederne                    | 68         |
| 3.5 Domstolskontrollen  | 70         |
| 3.5.1 Afsluttende om domstolskontrol                                      | 73         |
| 3.6 Retfærdig rettergang  | 74         |
| 3.7 Legalitetsprincippet  | 77         |
| 3.7.1 Legalitetsprincippet i strafferetligt perspektiv                    | 79         |
| 3.7.1.1 Legalitetsprincippet og strafferetlig fortolkning                 | 82         |
| 3.7.1.2 Afsluttende om strafferetlig fortolkning                          | 85         |
| 3.7.2 Legalitetsprincippets betydning for strafferetsplejen               | 86         |
| 3.7.2.1 Afsluttende om legalitetsprincippet i strafferetsplejen           | 93         |
| 3.8 Diskussion af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger          | 94         |
| <br>  |            |
| <b>4. Den retspolitiske debat</b>   | <b>101</b> |
| 4.1 Analyse af den retspolitiske debat                                    | 101        |
| 4.2 Udvidelser af det strafbare område                                    | 103        |
| 4.2.1 Terrorkomplekset  | 103        |
| 4.2.1.1 Den bærende juridiske begrundelse                                 | 105        |
| 4.2.1.2 Den demokratiske fortolkningsgrundsætning                         | 108        |
| 4.2.1.3 Terrorismebegrebet i straffeloven §§ 114 og 114a                  | 112        |
| 4.2.1.4 Det udvidede medvirkensbegreb                                     | 116        |
| 4.2.1.5 Sammenfatning og vurdering af terrorisme                          | 119        |
| 4.2.2 Bandekriminalitet   | 123        |
| 4.2.2.1 Bandedefinitionen   | 123        |
| 4.2.2.2 Tilknytning til bander og varetægtsfængsel                        | 126        |
| 4.2.2.3 Zoneforbud  | 128        |
| 4.2.2.4 Indførelse af minimumsstraf                                       | 130        |
| 4.2.2.5 Sammenfatning og vurdering af bandekriminalitet                   | 134        |

|  |            |
|--|------------|
| 4.3 Indgreb i borgernes friheder                                 | 137        |
| 4.3.1 Indgreb i meddelelseshemmeligheden                         | 139        |
| 4.3.1.1 Datalogning  | 139        |
| 4.3.1.2 Dataaflysning  | 143        |
| 4.3.1.3 Aflytning på person                                      | 145        |
| 4.3.2 Indgreb i privatlivets fred                                | 150        |
| 4.3.2.1 Gentagen hemmelig ransagning                             | 151        |
| 4.3.3 Sammenfatning og vurdering af indgreb i frihedsrettigheder | 153        |
| 4.4 Retfærdig rettergang   | 157        |
| 4.4.1 Begrænsning af forsvarets aktindsigt                       | 157        |
| 4.4.1.2 Vurdering af forsvarets aktindsigt                       | 162        |
| 4.4.2 Hemmelig retspleje   | 164        |
| 4.4.2.1 Lidt mindre hemmelig retspleje                           | 169        |
| 4.4.2.2 Vurdering af hemmelig retspleje                          | 172        |
| 4.5 Afsluttende drøftelse af den retspolitiske debat             | 173        |
| 4.5.1 Klassisk ret og forebyggende regulering                    | 173        |
| 4.5.2 Retssikkerhedsbegrebets balance – vægtningen af hensyn     | 175        |
| 4.5.3 Retssikkerhedsbegrebets processuelle kerne                 | 178        |
| <b>5. Konklusioner, perspektiver og anbefalinger</b>             | <b>180</b> |
| 5.1 Konklusioner   | 180        |
| 5.1.1 Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi                   | 180        |
| 5.1.2 Parallelle retsopfattelser                                 | 182        |
| 5.1.3 Retssikkerhedsbegrebets retlige udtryk                     | 183        |
| 5.1.4 Retspolitiske balancer                                     | 184        |
| 5.2 Perspektiver og anbefalinger                                 | 185        |
| 5.2.1 Domstolenes ændrede rolle                                  | 185        |
| 5.2.1.1 Anbefaling om øget vægt på præjudikater                  | 187        |
| 5.2.1.2 Anbefaling om undersøgelse af domspraksis                | 187        |
| 5.2.2 Retsgrundlagets globalisering                              | 188        |
| 5.2.3 Lovkvalitet  | 188        |
| 5.2.3.1 Anbefaling om fire ugers høringsfrist                    | 189        |
| 5.2.3.2 Anbefaling om mere præcise hørings svar                  | 189        |

|   |     |
|---|-----|
| 5.2.4 Det virkelige retssikkerhedsproblem               | 190 |
| 5.2.4.1 Anbefaling om en ny prisopgave                  | 191 |
| 5.2.4.2 Anbefaling om retsforståelse til sagsbehandlere | 191 |
| 6. Litteratur og praksis                                | 193 |
| 7. Noter  | 197 |

# 1. Indledning

Denne afhandling er min besvarelse af Advokatrådets Prisopgave om retssikkerhed. Afhandlingens fokus er retssikkerhedsbegrebet i lyset af nyere lovgivning på det strafferetlige område, fortrinsvis rettet mod terrorisme og organiseret kriminalitet.

Afhandlingen drøfter retssikkerhedsbegrebet i bred forstand og kunne principielt være baseret på udviklingen i den brede offentligretlige regulering af forholdet mellem stat og borger herunder særligt på det socialretlige felt. I overensstemmelse med prisopgavens formål henter afhandlingen sine eksempler fra de lovgivningsinitiativer, som går under betegnelsen Terrorpakkerne, Bandepakken og indsatsen mod organiseret kriminalitet. Afhandlingens behandling af retssikkerhedsbegrebet fokuseres derfor på det strafferetlige område efterhånden som afhandlingen skrider frem.

## 1.1 Problemformulering

Advokatrådets Prisopgave angiver mange mulige indfaldsveje til en behandling af ovenstående hovedtema. Denne afhandling koncentrerer sig om at undersøge præmisserne for prisopgaven, herunder besvare om den grundlæggende antagelse i prisopgaven om, at der er sket et skred i retssikkerhedsbegrebet, kan anses for opfyldt.

Prisopgaven er udskrevet med baggrund i Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009. Det anføres heri, ”at der igennem de senere år er sket et væsentligt skred i den traditionelle opfattelse af begrebet retssikkerhed.”<sup>1</sup>

Opfattelsen er ikke ny, idet Advokatrådets Retssikkerhedsprogram fra 1994 også giver udtryk for, at der er sket ”et skred i balancen mellem hensynet til at beskytte det enkelte individ og hensynet til at beskytte staten og borgerne mod angreb mod samfundet og dets institutioner.”<sup>2</sup> Efter Advokatrådets opfattelse gav skredet sig i 1994 udtryk i et øget fokus på ”statens pligt til at beskytte statens borgere i almindelighed dels på statens pligt til at beskytte ofre for forbrydelser, herunder offerets mulighed for oprejsning.” Skredet indebar dengang en ”risiko for relativisering af centrale retssikkerhedsprincipper som f.eks. retfærdig rettergang og uskyldsformodningen.”

I retssikkerhedsprogrammet fra 2009 gives udtryk for, at skredet har manifesteret sig i den retspolitiske debat. Således har den retspolitiske debat ”i meget høj grad koncentreret sig om, hvorledes man sikrer staten (og dens borgere) mod terrorisme og anden alvorlig kriminalitet”. Advokatrådet anerkender samfundets og statens beskyttelsesinteresser som legitime, men ser

det dog som hovedopgaven ”at sikre, at vidtrækkende beslutninger, som berører den enkelte borgers og virksomheds retssikkerhed, sker på et tilstrækkeligt oplyst grundlag, og at diskussionen ikke – som det i vidt omfang sker – sammenblandes med diskussionen om sikkerhed.” Advokatrådets forståelse af retssikkerhedsbegrebet synes således at udelukke hensynet til statens og borgernes sikkerhed fra retssikkerhedsbegrebet. Advokatrådets prisopgave 2009 rejser endvidere spørgsmålet, om det postulerede skred i retssikkerheden skal ses som ”udtryk for et mere systematisk og gennemtænkt ønske om en ny tilgang til begreber som retssikkerhed, retstatsprincipper mv., eller om udviklingen foregår mere glidende og som konsekvens af en flertal af politiske initiativer.” Advokatrådet synes således at mene, at den retspolitiske debat i vidt omfang foregår på et utilstrækkeligt oplyst grundlag og uden fornøden indbyrdes koordination mellem de forskellige retspolitiske initiativer.

Prisopgaven tager herefter sigte på ”at belyse og vurdere udviklingen de senere år og navnlig siden 11. september 2001 i balancen mellem beskyttelsen af det enkelte individ mod såvel generelle som konkrete indgreb fra statsmagten (retssikkerhed) og statens beskyttelse af borgerne og egne institutioner mod terror og anden alvorlig kriminalitet (sikkerhed).” Det fremgår således som Advokatrådets opfattelse, at retssikkerhedsbegrebet fortsat skal forstås inden for rammerne af den traditionelle forståelse af retssikkerhed, hvis væsentligste formål er at beskytte individet mod overgreb fra staten.

Denne afhandling rejser spørgsmålet, om denne retssikkerhedsopfattelse fortsat kan betragtes som dominerende og tidssvarende, herunder om retssikkerhedsbegrebet har nogen analytisk værdi i forhold til afgrænsningen af, hvorvidt der inden for det strafferetlige område kan antages at være sket et skred i balancen mellem retssikkerhedsbegrebets beskyttelsesinteresser. Afhandlingen analyserer endvidere dele af den retspolitiske debat med henblik på at afklare hvilke retssikkerhedsforståelser, der bevæger lovgiver og kritikere i forbindelse med lovgivningsprocessen.

## **1.2 Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi**

I afhandlingens afsnit 2 behandles retssikkerhedsbegrebet ud fra en begrebsanalytisk synsvinkel. Formålet er at afdække, om retssikkerhedsbegrebet kan tillægges en analytisk værdi. Afhandlingen anskuer i den forbindelse retssikkerhedsbegrebet som en retlig grundnorm og som et koblingsbegreb mellem almenmenneskelige retfærdighedsforestillinger og en retligt relevant terminologi. Retssikkerhedsbegrebet anskues som strukturerende for disse retfærdighedsforestillinger og retsordenen. Det er især i den retspolitiske debat, at koblingen

mellem værdier og retsorden foretages. Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi ligger således hovedsagligt i den logiske struktur, hvorigennem koblingen foretages. Af koblingen kan udledes en række retlige grundprincipper og begreber, som dominerer en given retlig struktur. Som følge heraf anskues retssikkerhedsbegrebet som et indholdsmæssigt dynamisk begreb, som til hver en tid kan optage de givne retfærdighedsforestillinger og omsætte disse til en retlig struktur. Afsnit 2 afdækker de retlige grundbegreber, som kan udledes af det klassiske retssikkerhedsbegreb og sætter disse begreber i relief i forhold til nyere opfattelser af ret og retssikkerhed.

### **1.3 Retssikkerhedsbegrebets retlige indhold**

Afhandlingens afsnit 3 behandler den grundlæggende retlige regulering af de begreber og principper, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebet. Afsnittet fokuserer på de grundrettigheder og grundprincipper, som antages at udtrykke retssikkerhedsbegrebets klassiske kerne, dvs. friheds- og menneskerettigheder, legalitetsprincippet, procesrettigheder - ”retfærdig rettergang” - samt domstolenes funktion. Afhandlingen afgrænser den almindelige juridiske opfattelse af rækkevidden og karakteren af den beskyttelse denne klassiske kerne tilbyder. Analysen gennemføres tillige med henblik på at afdække rækkevidden af den grundlæggende retsbeskyttelse inden for strafferetten og strafferetsplejen. Afsnittet peger på, at den reelle beskyttelse først og fremmest består i opstillingen af procesgarantier frem for reel indholdsmæssig beskyttelse af grundrettigheder. Som procesretligt kerneområde anskues strafferetsplejen som et af de områder, der fortsat domineres af den klassiske retssikkerhedsforståelse.

### **1.4 Retssikkerhedsbegrebet i den retspolitiske debat**

I afhandlingens afsnit 4 analyseres en række udvalgte lovgivningsinitiativer inden for strafferettens og strafferetsplejen. Fokus for analysen er på den retspolitiske debat. Afsnittet analyserer de kerneargumenter, som anvendes af lovgiver og kritikere, med henblik på at afdække, hvilke retssikkerhedsopfattelser disse argumenter udtrykker. Afsnittet behandler endvidere nogle af de sammenhænge, som opstår i retssikkerhedsbegrebets kobling af værdier til retsregler. Afsnittet analyserer endvidere i hvilket omfang de analyserede lovgivninger kan siges at bevæge sig uden for de rammer, som kan opstilles af det herskende retssikkerhedsbegreb.



## **1.5 Perspektiver**

Afhandlingens afsnit 5 fungerer som opsamling for afhandlingens konklusioner og indeholder en række perspektiveringer og anbefalinger til, hvorledes nogle af de afdækkede problemstillinger kan angribes.

## **1.6 Afhandlingens metode**

Analysen af retssikkerhedsbegrebet er baseret på nyere retsvidenskabelig litteratur samt fremstillinger af menneskerettighederne og forfatningsretten. Analyserne af de aktuelle lovgivningskomplekser er i udpræget grad baseret på motiver og forarbejder til de aktuelle lovindgreb, herunder de arbejdsrapporter, som har fundet vej til Folketinget i forbindelse med vedtagelsen af lovene. Folketingets arbejdsrapporter er i fornødent omfang understøttet af kommentarer fremsat i fagtidsskrifter af juridisk observans. Analysen af den retspolitiske debat anvendes som en case, hvorigennem de forskellige modsatrettede retssikkerhedsopfattelser søges illustreret. Det kan her være vigtigt at understrege, at afhandlingens fokus således ikke udgøres af lovgivningskomplekserne som sådanne.

Omend ønskeligt er inddragelsen af komparative aspekter i afhandlingen nedtonet, idet alene EMRK, som relaterer sig snævert til afhandlingens kerneområde om at afdække retssikkerhedsbegrebet, som dette fremtræder i dansk ret, er inddraget. Nedtoningen af komparative analyser er fundet forsvarlig dels af hensyn til, at retssikkerhedsbegrebet som sådan er relativt godt belyst i dansk retsteori, og dels af hensyn til omfanget af afhandlingen, hvor det snit, der er lagt, inddrager et bredt felt af problemstillinger.

Lovgivningen inddrages og analyseres kun i det omfang, den afgiver fortolkningsdata til det dybereliggende spørgsmål om retssikkerhedsbegrebets udvikling. Det er således ikke målet med denne afhandling at analysere en given lovgivning med henblik på fastlæggelse af gældende ret, men at beskrive eventuelle ændringer i grundlæggende retssikkerhedsopfattelser, herunder afdække om disse ændringer i større perspektiv kan anskues som led i en reformulering af retssikkerhedsbegrebet.

## 2. Retssikkerhedsbegrebet

*Enhver myndighedshandling, som udføres af et menneske mod et andet menneske, og som ikke udspringer af nødvendighed, er tyrannisk.*

Beccaria, Om forbrydelse og straf.

### 2.1 Hvad er retssikkerhed?

#### 2.1.1 Almindelige opfattelser

Der gives ingen entydig definition af retssikkerhed. Litteraturen er omfattende og uoverskuelig. Nogle jurister betragter retssikkerhedsbegrebet som følelsesladet og dermed uden selvstændig juridisk værdi.<sup>3</sup> Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt kommer vel nærmest en kort og fyndig formulering, idet ”retssikkerhed betyder sikkerhed for at retten sker fyldest eller blot virkeliggørelse af gældende ret.”<sup>4</sup> Så kort og klart kan det altså siges. Men i formuleringen ligger en række underliggende betydninger, som i realiteten gør begrebet langt vanskeligere at afgrænse – endsige gøre anvendeligt som analytisk begreb. En del af disse betydninger fremgår af de leksikale definitioner.

Juridisk Ordbog beskriver således retssikkerhed som et ”udtryk for samfundsforholdenes regulering ved klare og gennemtvungelige retsregler”.<sup>5</sup> Begrebet knyttes uløseligt sammen med begrebet om retsstaten, som den juridiske ordbog definerer som ”udtryk for en samfundsordning, der hviler på faste retsregler; bruges også som udtryk for det princip, at der bør være retskontrol med forvaltningen, enten gennem de alm. domstole el. ved særlige forvaltningsdomstole.”

Nudansk Ordbog definerer ikke retssikkerhedsbegrebet som sådan, men beskriver til gengæld en retsstat som ”en stat, hvor den udøvende magt ikke egenhændigt kan krænke borgernes personlige frihed ell. ejendomsret; modsat ’politistat’”.<sup>6</sup>

En mere udførlig definition kan findes på internetsiden Leksikon.org.<sup>7</sup> Ifølge denne definition udgør begrebet retssikkerhed et flertydigt og følelsesladet begreb, som ofte anvendes i politisk agitation. Der er altså først og fremmest tale om et retspolitisk begreb. I begrebets juridiske variant knyttes retssikkerhed tæt sammen med begrebet om retsstaten.

Retssikkerhed udlægges i to perspektiver. Det ene perspektiv udlægges som ”den grad af beskyttelse, som staten giver den enkelte borgers rettigheder, og nok også hvor langt staten

går i definitionen af det, der tilkommer borgerne som en juridisk ret. Det indebærer, at et samfund hvor der bliver slået hårdt og effektivt ned på tyverier, underslæb og bedragerier har en høj grad af retssikkerhed.” Det andet perspektiv udgøres af hensynet til ”borgernes beskyttelse overfor staten selv, garantiene mod overgreb og vilkårlighed i udøvelsen af statsmyndigheden.” Dette perspektiv beskrives tillige som den mere fagligt juridiske udformning af retssikkerhedsbegrebet og dets indhold. I dette perspektiv bliver retssikkerhedsbegrebets grundlag ”at borgerne skal have udstrakt adgang til at få deres rettigheder afprøvet ved uafhængige domstole - også når modparten er staten selv.” Sammenhængen til retsstatsbegrebet er dermed tydeliggjort, idet retssikkerhedsbegrebet bygger på en fundamental forudsætning om, at staten skal optræde som garant for borgernes rettigheder. I Leksikon.orgs perspektiv kommer retssikkerhedsbegrebet dermed til at udgøre balancepunktet i en grundlæggende og kontinuerlig konflikt mellem afvejningen af statens og borgernes interesser og rettigheder. Balancegangen kommer bl.a. til udtryk i strafferetten, som på den ene side f.eks. kan siges at beskytte den private ejendomsret gennem kriminalisering af tyveri, og på den anden side skal varetage hensynet til, at forbrydere ikke dømmes vilkårligt.

Også Wikipedia udlægger retssikkerhedsbegrebet i to perspektiver. Således afgrænses den såkaldte materielle retssikkerhed som et krav om, at indholdet af ”retsreglerne skal være klare, og det skal være muligt for den enkelte borger at kende sine rettigheder og pligter ved at læse den relevante lov. Når forvaltningen træffer afgørelser skal de have baggrund i loven, ligesom de skal være i overensstemmelse med grundlæggende retsprincipper. De skal være truffet på et grundlag, som hviler på lighed for loven.”<sup>8</sup> Der er tale om indholdsmæssige krav til lovgivningen og dens anvendelse. Krav, som traditionelt opsamles under betegnelsen legalitetsprincippet, og som bygger på hjemmelskravet og den formelle lovs princip. Princippet skal sikre, at myndighederne ikke foretager sig noget med virkning for borgerne, som ikke er tilladt i lovgivningen, og at lovgivningen udgør et hierarki, hvor en laverestående regel skal kunne afledes af en højerestående regel – f.eks. ved, at en lov skal kunne afledes af Grundloven, mens en bekendtgørelse skal kunne afledes af en lov.

Heroverfor stiller Wikipedia den såkaldte processuelle retssikkerhed, som handler om kravene til sagsbehandlingen – processen - og som sikres ”ved regler om partshøring, aktindsigt og begrundelsespligt fra forvaltningsloven, ligesom borgeren ifølge den processuelle retssikkerhed skal sikres adgang til at klage over det offentlige afgørelser.”

Som udgangspunkt beskrives retssikkerhed som ”et princip som indebærer at samfundsforholdenes regulering sker ved retsregler, som er klare og gennemskuelige. Retssikkerheden

*betyder, at borgerne kan forvente, at en række hensyn og garantier opfyldes i deres møde med myndighederne - først og fremmest at der er lighed for loven. Det vil altså sige, at der ikke er vilkårlighed i retshåndhævelsen, men at de samme forbrydelser også straffes ens.*” Det anerkendes, at begrebet ikke er entydigt og kun vanskeligt lader sig fyldestgørende sammenfatte.

Også i myndighedsregi anerkendes, at begrebet ikke er entydigt. For eksempel udskiller Folketingets Ombudsmand på linje med Wikipedia retssikkerhedsbegrebet i et materielt og processuelt aspekt.<sup>9</sup> Den materielle retssikkerhed knyttes også her til legalitetsprincippet, som forudsætter, at *”der skal være lovhjemmel til et indgreb.”* Kravet om hjemmel sikrer bl.a., at borgerne kan forudsige deres retsstilling. I forhold til de leksikale definitioner fremhæver Ombudsmanden tillige proportionalitetsprincippet som et væsentligt element i den materielle retssikkerhed. Princippet indebærer, at der ikke må anvendes mere indgribende midler end formålet tilsiger. Princippet skal således sikre, at de indgreb, som anvendes over for borgerne, ikke går videre end nødvendigt for at sikre formålet med indgrebet. Ombudsmanden fremhæver endvidere det forvaltningsretlige forbud mod at opstille faste regler for skønsudøvelse, forbuddet mod at varetage usaglige hensyn, den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, forbuddet mod tilbagevirkende kraft samt sagsoplysningsprincippet som elementer i den materielle retssikkerhed. Hovedsigtet med den materielle retssikkerhed bliver således at sikre, at indholdet af en given myndighedsafgørelse hviler på saglige hensyn.

Den processuelle retssikkerhed indeholder bl.a. krav om uvildighed hos beslutningstagerne, adgang til bistand, borgervejledning, aktindsigt, adgang til at udtale sig om en sag, krav om begrundelse af afgørelser, forbud mod selvinkriminering, klageadgang, tavshedspligt og domstolskontrol. Den processuelle retssikkerhed vedrører således samspillet mellem myndighed og borger samt regler om afgørelses tilblivelse og form.

Ingen af de nævnte definitioner forholder sig videre begrebsanalytisk til retssikkerhedsbegrebet. Der er i overvejende grad tale om opremsninger af funktioner, som opfattes som væsentlige aspekter af retssikkerhedsbegrebet afhængig af, hvilket perspektiv det anskues fra. Fra et mere overordnet perspektiv giver definitionerne grundlag for at anskue retssikkerhedsbegrebet som et koblingsbegreb forstået på den måde, at begrebet kæder en række retlige idealer og værdier sammen. Definitionerne angiver imidlertid ikke efter hvilke kriterier – om nogen – denne kobling foregår. Definitionerne bekræfter derfor det generelle billede af retssikkerhedsbegrebet som stærkt tvetydigt og uden selvstændig analytisk værdi. Opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet uden eller med meget begrænset analytisk værdi åbner for, at begrebet mere eller mindre omkostningsfrit kan anvendes i den retspolitiske debat.

### 2.1.2 Retssikkerhed som ideologi

Advokatrådets lægger da også i sine retssikkerhedsprogrammer til grund, at retssikkerhedsbegrebet ikke er entydigt. I programmet fra 2009 udtales således, at retssikkerhed *”ikke er et entydigt veldefineret begreb, men ikke desto mindre er det et ideal som har en mening for langt de fleste mennesker.”*<sup>10</sup> Opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet som tvetydigt og uden analytisk værdi indebærer, at begrebet kan udfyldes og rettes i mange forskellige retninger. Begrebet bliver åbent for ideologiske vinklinger. Man får indtryk af, at begrebet nærmest anvendes på må og få, idet der *”næppe er tvivl om, at der i de senere år er stadig større forskel på, hvad forskellige grupperinger i samfundet opfatter som retssikkerhedsidealets egentlige kerne.”*<sup>11</sup> Det fremgår ikke klart, hvilke grupperinger, der er tale om. Advokatrådet fremhæver dog den retspolitiske udvikling på det strafferetlige og straffeprocessuelle område i relation til *”det, der i den politiske verden kan henføres til `krigen mod terror`.”*<sup>12</sup> Også indsatserne mod organiseret kriminalitet og integrationsproblematikken på indvanderområdet fremhæves som politikområder, der har undergået store forandringer med konsekvenser for retssikkerhedsbegrebet.<sup>13</sup> Det fremgår klart, at Advokatrådet anser udviklingen for uheldig, og at der – som nævnt i indledningen – er sket et skred i retssikkerhedsopfattelsen, som indebærer øgede muligheder for statslig magtanvendelse. Formålet med retssikkerhedsprogrammet for 2009 er således at sikre, at *”vidtrækkende beslutninger, som berører den enkelte borgers og virksomheds retssikkerhed, sker på et tilstrækkelig oplyst grundlag, og at diskussionen om retssikkerhed ikke – som det i vidt omfang sker - sammenblandes med diskussionen om sikkerhed.”*<sup>14</sup> Advokatrådets retssikkerhedsprogram fra 2009 udgør derved et retspolitisk indlæg, hvor en særlig opfattelse af retssikkerhedsbegrebet lægges til grund for fremhævelsen af visse aspekter af begrebet frem for andre.

Advokatrådet lægger afgørende vægt på en forståelse af retssikkerhedsbegrebet som en beskyttelsesmekanisme for individet. Programmet fra 1994 beskriver f.eks. retssikkerhedsbegrebet som skueplads for en balancegang, idet *”det aktuelt beskyttede retssikkerhedsniveau udgør altid et skæringspunkt eller en politisk afvejning mellem forskellige interesser eller hensyn.”*<sup>15</sup> Retssikkerhedsidealet placeres således altid i skæringspunktet mellem en række modsatrettede samfundsinteresser, inden for strafferetten illustreret ved afvejningen af den tiltaltes rettigheder – eller samfundets interesse i, at kun skyldige personer dømmes – overfor borgernes interesser i at blive beskyttet mod kriminalitet. Denne afvejning foretages løbende, og retssikkerhedsbegrebet opfattes dermed som en dynamisk størrelse.

I programmet fra 2009 synes netop retssikkerhedsbegrebets dynamiske karakter at være fremtrædende i forhold til afgrænsningen af retssikkerhedsbegrebet. Begrebets dynamiske karakter synes at komme til udtryk i balancegangen mellem beskyttelsen af individet og behovet for *”at værne om retsstaten ved til stadighed at forklare og forsvare dens værdier.”*<sup>16</sup> Balancen udtrykkes i lighed med de leksikale definitioner i to perspektiver på retssikkerhedsbegrebet.

I 1994-programmet beskrives det ene perspektiv som *”anerkendelsen af at begrænse magtudøvende organers adfærd til den, der sker i henhold til retlige normer tilvejebragt i henhold til et demokratisk samfunds spilleregler og med nødvendig respekt for mindretalsgarantier.”*<sup>17</sup> Det andet perspektiv udgøres af *”kravet om beskyttelse af den enkelte person og frihed mod forvaltningens indgreb og kravet om en retfærdig rettergang”*. Der hersker ikke tvivl om, at dette perspektiv med *”beskyttelsen af den enkelte mod navnlig vilkårlige og uforholdsmæssige indgreb fra offentlige myndigheders side”* i fokus opfattes som det egentlige kerneområde i retssikkerhedsbegrebet.<sup>18</sup>

Denne opfattelse underbygges yderligere i programmet fra 2009, hvor det erklæres, at *”frihedsrettighederne er af helt afgørende betydning og efter Advokatrådets opfattelse er værnet af den enkelte borgers personlige frihed det egentlige udgangspunkt for enhver diskussion af begrebet retssikkerhed.”*<sup>19</sup> Internationale menneskeretsstandarder inddrages tillige som udtryk for, at denne beskyttelse af individet er opprioriteret. Det er således individets rettigheder, der prioriteres i Advokatrådets retssikkerhedsbegreb. Disse rettigheder er endvidere ikke udelukkende beskyttet gennem regulær lovgivning, idet retssikkerhedsbegrebet også indebærer *”som sin forudsætning, at såvel domstole som forvaltningsmyndigheder er forpligtet til at respektere en række fundamentale retsprincipper i deres virke, også de som ikke er kommet til udtryk i en forfatning eller egentlig lovgivning.”*<sup>20</sup> Formålet med retssikkerhed bliver således stedse at udbygge og udvikle individets rettigheder.

Advokatrådet kæder endvidere retssikkerhedsbegrebet sammen med kravet om en demokratisk styreform.<sup>21</sup> Retssikkerhed opfattes således som en demokratisk grundnorm, som indebærer en anerkendelse af *”at begrænse magtudøvende organers adfærd til den, der sker i henhold til retlige normer tilvejebragt i henhold til et demokratisk samfunds spilleregler og med nødvendig respekt for mindretalsgarantier.”* Det *”afgørende er imidlertid, at de regler, som skaber eller begrænser rettigheder for den enkelte borger eller virksomhed, har en demokratisk legitimitet.”* Retssikkerhedsbegrebets egentlige funktion bliver således at virke som styrende princip for en specifik samfundsopbygning. Sammenkædningen er formentlig begrundet i opfattelsen af, at et demokrati – efter Advokatrådets opfattelse vel nærmest pr. defi-

nition - indeholder det karakteristiske ”træk, at der er indbygget forskellige garantier, som sikrer et mindretals rettigheder i forskellige sammenhænge. Dette sikrer, at et tilfældigt flertal ikke uden videre kan ændre på regler, som er af fundamental betydning for den måde, samfundet er indrettet på.”<sup>22</sup> Begreberne demokrati og retsstat er dermed tæt forbundne. Det står ikke helt klart, om der med mindretalsbeskyttelse sigtes til Grundloven, som ved siden af tronfølge-loven, udgør den eneste lov i Danmark, som forudsætter et særligt kvalificeret flertal for at kunne ændres. Hvis det er tilfældet, kan man med rette spørge, hvilke mindretalsgarantier, det danske demokrati sikrer på den måde, som Advokatrådet synes at forudsætte som det karakteristiske ved en demokratisk styreform. Moderne dansk demokratipraksis synes jo netop at bygge på det modsatte princip - evnen til at tælle til 90 - og dermed være i stand til at gennemtrumfe, at et ”tilfældigt flertal” kan tilsidesætte interesserne hos endog størrelsesmæssigt betydelige mindretal.

Ovenstående viser, at Advokatrådets retssikkerhedsprogrammer udgør retspolitiske indlæg vendt mod en udvikling, som Advokatrådet opfatter som negativ. Der er næppe tvivl om, at programmerne finder stor tilslutning blandt landets advokater og således må antages at udtrykke advokatstandens grundlæggende juridiske ideologi. Programmerne udtrykker en retssikkerhedsideologi, som klart vægter hensynet til beskyttelsen af individuelle rettigheder og individets frihedssfære højest. På baggrund af udtalelserne om, at hensynet til statens sikkerhed ikke må sammenblandes med hensynet til borgernes retssikkerhed kan man få den opfattelse, at Advokatrådets retssikkerhedsbegreb helt udelukker hensynet til statens interesser. Programmerne viser tillige retssikkerhedsbegrebets anvendelse som koblingsbegreb, idet programmerne kobler en række positive værdier sammen med en række mere eller mindre velafgrænsede normer under betegnelsen retssikkerhed. Advokatrådets retssikkerhedsprogrammer viser tillige en række af de relationer, som retssikkerhedsbegrebet indgår i. Vinklingen er imidlertid retspolitisk og som sådan er programmernes analytiske begrebsbestemmende anvendelse begrænset.

### **2.1.3 Retssikkerhed som mytologi**

Anvendelsen af retssikkerhedsbegrebet i juridisk praksis synes også at bekræfte opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet som stærkt tvetydigt og uden selvstændig analytisk værdi.

Der findes efter det foreliggende kun ganske få danske analyser af, hvorledes retssikkerhedsbegrebet udmøntes i praksis. Turf Böcker Jakobsen har undersøgt forståelsen og anvendelsen af retssikkerhedsbegrebet med fokus på praksis i det sociale klagesystem.<sup>23</sup>

Til belysning heraf kan nævnes, at klagesystemet på det sociale område består af de sociale nævn, som udgør første klageinstans. Den Sociale Ankestyrelse udgør det centrale, statslige og sidste klageorgan på det sociale område. I både de sociale nævn og i Den Sociale Ankestyrelse er det hovedsageligt fagjurister, som står for sagsbehandlingen. Både de sociale nævn og Den Sociale Ankestyrelse lægger udtrykkeligt i deres formålsbeskrivelser til grund at sikre borgernes retssikkerhed. Dette tages som udtryk for, at retssikkerhedsbegrebet indgår som en del af myndighedernes grundlæggende juridiske selvopfattelse og ideologi.

Jakobsen har bl.a. analyseret praksis omkring forståelsen af integrationslovens regler om tvungen boligplacering i relation til modtagelse af integrationsydelse. Spørgsmålet opstod i forbindelse med, at nogle udlændinge ikke ønskede at bo, hvor den ansvarlige kommune havde anvist bopæl. Ifølge daværende § 32 i integrationsloven kunne integrationsydelsen bortfalde eller reduceres, hvis en udlænding uden tilladelse tog ophold uden for det anviste sted. Flere kommuner ønskede derfor ikke at udbetale integrationsydelsen.

Retssikkerhedsproblematikken blev aktuel, fordi tvungen boligplacering strider mod en grundlæggende menneskeret i EMRK artikel 2, stk. 1, 4. tillægsprotokol. Ifølge denne bestemmelse har en person, som befinder sig lovligt på en stats territorium, ret til frit at vælge sit opholdssted. Rettigheden kan dog indskrænkes under hensyntagen til en række undtagelser, heriblandt hensynet til andres friheder, den offentlige orden, sikkerhed og tryghed.

I forbindelse med vedtagelsen af boligplaceringsreglerne i integrationsloven var det integrationsministeriets opfattelse, at hensynet til integrationsindsatsen kunne begrunde tvangsmæssig boligplacering. Reglerne skulle dog administreres under iagttagelse af proportionalitetsprincippet. Herefter skulle myndighederne ved lovens administration vælge det mindst indgribende middel til opnåelse af lovens formål. Proportionalitetsprincippet fandt efter Jakobsens opfattelse udtryk i integrationsloven § 18. Reglen betød, at integrationsprogrammer kunne gennemføres på tværs af kommunegrænser, hvis flytning af udlændingen var ”*af væsentlig betydning*” for integrationsforløbet. Var dette tilfældet kunne en udlænding altså flytte fra den oprindelige boligplacering i en kommune til en anden kommune og samtidig bevare sin integrationsydelse.

Kommunerne havde imidlertid administreret loven således, at integrationsprogrammer som hovedregel ikke kunne flytte med over kommunegrænserne. Udlændinge, som ikke ville bo i den oprindelige boligplacering, mistede derfor integrationsydelsen, hvis de flyttede til en anden kommune. I den af Jakobsen undersøgte case havde kommunen i overensstemmelse med denne fortolkning nægtet at udbetale integrationsydelse. Det Sociale Nævn opretholdt



fuld integrationsydelse. Den Sociale Ankestyrelse reducerede ydelsen med 30 pct. - på det tidspunkt det maksimale, ydelsen kunne beskæres uden at bortfalde.

Jakobsens undersøgelse peger på, at opfattelsen af retssikkerhed er forskellig i de sociale nævn og i Den Sociale Ankestyrelse. Jakobsen mener, at forskellen består i opfattelsen af, hvilke grundhensyn, der skal lægges til grund for fortolkningen af boligplaceringsreglerne. Således udsprang fortolkningen i de sociale nævn ”*af nogle grundlæggende, menneskeretlige overvejelser om relationen mellem individ og stat*”. Det Sociale Nævn lagde afgørende vægt på grundlæggende menneskerettigheder, som disse bl.a. havde fundet udtryk i internationale konventioner. Det afgørende hensyn var således at beskytte individets rettigheder. Retten til frit at vælge opholdssted fik derved fortolkningsmæssig forrang i forhold til udfyldelsen af proportionalitetsprincippet i integrationsloven § 18. I Den Sociale Ankestyrelse var perspektivet et andet, idet fokus ifølge Jakobsen her var på ”*en juridisk korrekt administration af reglerne*” og ikke på regelgrundlaget som sådan. Hensynet til at sikre en ensartet administration af reglerne blev således afgørende for Ankestyrelsens fortolkning. Forskellen i fortolkningsperspektiver viser efter Jakobsens opfattelse en modstilling mellem en retssikkerhedsforståelse, som sigter på beskyttelse af individets grundlæggende rettigheder og en forståelse, som sigter på ensartet retsanvendelse og forudsigelighed i administrationen af reglerne.

Det er Jakobsens opfattelse, at årsagen til disse fortolkningsforskelle hovedsageligt skal findes i klageorganernes opfattelse af formålet med klagesystemet. Er det klagesystemets rolle at kontrollere kommunerne og sikre ensartet administration, eller er det klagesystemets rolle at sikre borgernes rettigheder? Den første opfattelse fører til, at den generelle retstilstand stilles i forgrunden og den enkelte borger i baggrunden, mens den anden opfattelse naturligt indebærer det omvendte forhold. Jakobsen konkluderer, at klageinstansernes formål om at sikre borgernes retssikkerhed således kan opfyldes på vidt forskellige måder. Jakobsens konklusion er opsigtsvækkende for, ”*hvis retssikkerhedsfiguren dækker over, at varierende grundhensyn kan imødekommes i prøvelsen af sociale klagesager, så ophører begrebet imidlertid med at være et brugbart redskab til en sociologisk forståelse af klagesystemets praksis.*”<sup>24</sup> Retssikkerhedsbegrebet som analytisk begreb er hermed udtømt, idet begrebet ikke angiver fortolkningsprioriteter, men tilsyneladende lader sig udfylde nærmest på må og få afhængig af den retsideologi, som behersker den enkelte myndighed. Jakobsens undersøgelse bekræfter således den almene juridiske opfattelse af, at retssikkerhedsbegrebet ikke indeholder et selvstændigt meningsindhold.

Jakobsen går imidlertid videre, formentlig fordi han som antropolog er besjælet af tanken

om at finde en mening med den menneskelige praksis. Ifølge Jakobsen kan retssikkerhedsbegrebet anskues som en rationalitetsmyte, som legitimerer den offentlige praksis. Heri ligger, at retssikkerhedsbegrebet udgør ”*det institutionaliserede strukturelement, der mere eller mindre uafhængigt af konkret organisatorisk praksis forklarer og legitimerer klagesystemets tilstedeværelse som rationelt og meningsfyldt...Varetagelsen af borgernes retssikkerhed udgør samtidig så abstrakt og værdiladet en målsætning, at den sjældent gøres til genstand for nærmere overvejelser.*”<sup>25</sup>

Som Jakobsens undersøgelse viser, lader den offentlige praksis sig ikke beskrive entydigt. Det kan derfor være vanskeligt at opretholde påstanden om retssikkerhed, medmindre den afkobles fra den konkrete praksis og løftes op på institutionelt niveau. Denne afkobling foregår netop fordi retssikkerhedsbegrebet ikke kan angive præcise retningslinier for praksis samtidig med, at praksis kontinuerligt stilles over for modsatrettede hensyn og interesser. Populært kan man sige, at retssikkerhedsbegrebet opnår en form for mytisk status, hvortil der henvises, når talen falder på systemets begrundelse. Begrebet anvendes ikke til afgørelse af enkeltsager – måske ville en sådan konkret anvendelse betyde, at retssikkerhedsbegrebet ville ophøre med at eksistere?

Afkoblingen er efter Jakobsens opfattelse nødvendig for retssikkerhedsbegrebets overlevelse og sikrer samtidig, at begrebet bevarer sin argumentatoriske appel. Jakobsen ser retssikkerhedsbegrebet som ”*et usædvanligt autoritativt og magtfuldt begreb. Samtidig er det omkostningsfrit at bringe i spil, da det ikke i sig selv fortæller noget videre om, hvad det er for aktiviteter, der forventes at ligge til grund for bestræbelserne.*”<sup>26</sup> I dette perspektiv er retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi ikke eksisterende. Til gengæld besidder begrebet stor og afgørende værdi som politisk argument. I Jakobsens optik er der altså først og fremmest tale om et retspolitisk begreb – forstået både som retsideologisk selvopfattelse hos en given myndighed og som decideret argument i den politiske kamp.

Med baggrund i Jakobsens undersøgelse kan retssikkerhedsbegrebet ikke beskrives som en selvstændig juridisk kategori. Undersøgelsen bekræfter retssikkerhedsbegrebet som et normativt koblingsbegreb, som virker legitimerende for den juridiske praksis, og udgør et potent retspolitisk, men analytisk tomt, begreb.

Hvis Jakobsens undersøgelse kan generaliseres, kan der med god ret stilles spørgsmålstegn ved begrebets normative rækkevidde som rettesnor for den juridiske fortolkning og praksis. Undersøgelsen synes at antyde, at begrebet hælder mod at afgrænse myndighedernes praksis fra hinanden og adskille den juridiske selvopfattelse eller retsideologi, som hersker i

en myndighed fra den selvopfattelse, som hersker i en anden myndighed. Retssikkerhedsbegrebet virker derfor ikke integrerende og koordinerende for myndighedernes samlede praksis, men optræder nærmest som en hindring for retsenheden. Opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet som en juridisk grundnorm er dermed bragt i fare.

Udover dette spørgsmål indeholder retssikkerhedsbegrebet som normativt koblingsbegreb en række af de elementer, som indgår i den grundlægende juridiske ideologi. Begrebet har derfor – om ikke andet – værdi som juridisk værktøjskasse. I det følgende beskrives enkelte forsøg på at afgrænse retssikkerhedsbegrebet mere præcist, herunder forsøg på at give begrebet et selvstændigt analytisk indhold.

## **2.2 Analytisk forståelse af retssikkerhedsbegrebet**

### **2.2.1 Retssikkerhed som juridisk grundnorm**

Carsten Henrichsen er en af de danske teoretikere, som mest dybtgående har analyseret retssikkerhedsbegrebet. I en af hans analyser af den klassiske retssikkerhedsforståelse tages udgangspunkt i retssikkerhedsidealet.<sup>27</sup> Forskellen mellem retssikkerhedsbegrebet og retssikkerhedsidealet fremgår ikke klart. Muligvis er der blot tale om en sproglig benævnelse for det samme fænomen. Muligvis hentyder retssikkerhedsidealet til en dybereliggende værdirelation. Henrichsen beskriver retssikkerhedsidealet som ”den grundlæggende, ultimative norm, hvorefter alle slags juridiske problemer må vurderes.” Retssikkerhedsidealet udgør således selve den juridiske grundnorm.

Grundnormen opfattes som et koblingsbegreb, hvorigennem retlige grundværdier kobles sammen med specifikke retlige krav og foranstaltninger. I det omfang grundnormen kan identificeres med retssikkerhedsbegrebet, kan dette begreb altså også anskues som en formidler af værdier til regler – af retspolitik til jura. Grundnormen dækker derfor over en række forskellige og ofte modsatrettede elementer, som kan hentes frem og betones forskelligt afhængigt af, hvilken konkret brug af retssikkerhedsbegrebet, der mest hensigtsmæssigt tjener det givne formål. Der er således tale om et pragmatisk retssikkerhedsbegreb i den forstand, at begrebet bevidst kan tilpasses og formes efter både den omgivende virkelighed som efter den, der anvender begrebet.

Et eksempel herpå kan være den analytiske beskrivelse af et retsområde, som fagjurister udfører med henblik på at fastslå, hvad der er gældende ret. Her anvendes retssikkerhedsbegrebet som samlebetegnelse for det værdisæt, som antages at være grundlæggende for det på-

gældende retsområde. Det er således almindeligt i retsanalytiske fremstillinger at beskrive retsområdets grundlæggende principper – som oftest under betegnelsen ”retssikkerhedsgarantier”, ”retssikkerhedsprincipper” eller lignende benævnelser. For eksempel fremhæves inden for straffeprocessen ofte begreber som ”uskyldsformodningen”, ”den materielle sandheds princip”, ”proportionalitetsprincippet” og ”anklageprincippet” som helt fundamentale retssikkerhedsgarantier for den sigtede i en straffesag. Garantierne antages at sikre den sigtedes muligheder for at opnå en såkaldt retfærdig rettergang, herunder sikre, at der ikke benyttes mere indgribende midler over for sigtede end formålet tilsiger. De styrende principper inden for strafferetten angives ofte at være ”legalitetsprincippet” og ”ækvivalensprincippet”. Principperne antages her at give den sigtede sikkerhed for kun at blive straffet for handlinger, som udtrykkeligt er ulovlige og at den pådømte straf står i et rimeligt forhold til den begåede forbrydelse. I fremstillinger om andre retsområder fremhæves andre garantier. Retssikkerhedsbegrebets spændvidde gør det derfor muligt at fremhæve særlige aspekter afhængig af, hvilket retsområde, der behandles, men svækker samtidig begrebets selvstændige analytiske værdi og udsætter begrebet for at blive meningsomt. Af samme grund tillægges retssikkerhedsbegrebet i juridisk forstand sjældent nogen selvstændig analytisk værdi, men anvendes som en betegnelse for det sæt af værdier, som opfattes som grundlæggende for den måde, vi har indrettet samfundet og dets juridiske system på.<sup>28</sup>

Carsten Henrichsen synes dog at være af den opfattelse, at retssikkerhedsbegrebet indeholder visse betydninger, som følger af ”*selve eksistensen af en retsorden.*”<sup>29</sup> Den blotte tilstedeværelse af en retsorden opfattes som ensbetydende med, at der kan indlægges visse grundlæggende betydninger i retssikkerhedsbegrebet, herunder et vist sæt af grundlæggende beskyttelser af individet. En retsorden forudsætter så at sige et begreb om retssikkerhed. Var dette ikke tilfældet, kunne man ligeså godt nøjes med enevælden. De grundlæggende retlige værdier er således knyttet til selve retsordenen, som er begrundet i begrebet om retsstaten.

Heri ligger muligvis også svaret på den eventuelle forskel mellem retssikkerhedsidealet og retssikkerhedsbegrebet, idet retssikkerhedsidealet i så fald begrebsmæssigt kan knyttes til begrebet om retsstaten, mens retssikkerhedsbegrebet finder sit udtryk gennem retsordenen. Forholdet kan også betragtes således, at retssikkerhedsidealet gennem retsordenen konkretiseres til retssikkerhedsbegrebet. Det væsentlige er, at både idealets og begrebets værdirelationer ligger i begrebet om retsstaten. Det er derfor almindeligt at betegne det retssikkerhedsbegreb, som er vokset ud af retsstatsbegrebet, for det retsstatslige retssikkerhedsbegreb. Betegnelsen angiver begrebets hovedelementer og oprindelse, og kan derfor anvendes, selvom begrebet

har undergået væsentlige ændringer siden retsstatens glansperiode i 1800-tallet.

### 2.2.2 Retsstatens historiske forudsætninger

Historisk kan retsstaten siges at hvile på en forudsætning om adskillelse af samfundets private og offentlige sfære.<sup>30</sup> Forud for retsstatens fremkomst i Danmark i begyndelsen til midten af 1800-tallet blev myndighed typisk udøvet af privatpersoner, som fik tildelt et offentligt hverv. Tildelingen var knyttet til statusovervejelser primært begrundet i social rang og standsprivilegier. Denne embedsform førte til en sammenblanding af private og offentlige interesser, hvilket i fraværet af egentlige retlige kompetenceregler ofte medførte, at myndighedsudøvelsen blev vilkårlig, og det kunne nærmest være umuligt at gennemskue bevæggrundene for en given myndighedsbeslutning. Myndighedsstrukturen skelnede heller ikke mellem lovgivende, udøvende og dømmende magt. I stedet var standsprivilegierne i vidt omfang afgørende for borgernes retsstilling og hvilke sanktioner, der kunne indtræde. Der var på alle måder tale om en enhedsstat afledt af suverænenes – kongens – enevældige magt.

I løbet af oplysningstiden og den tidlige industrielle revolution blev der stillet spørgsmål ved denne interessesammenblanding. I Vesteuropa blev kritikken især formuleret i form af tanken om retsstaten.<sup>31</sup> Teoretisk voksede begrebet ud af naturretstænkningen og blev retspolitisk forbundet med kampen mod enevælden. En vigtig del af denne kamp bestod i formuleringen af grundlæggende rettigheder, som principielt tilkom alle mennesker uanset rang og stand. Vigtige eksponenter for denne formulering kan findes hos blandt andre John Locke, Montesquieu og Voltaire.

Der er næppe tvivl om, at den afgørende retlige forudsætning for retsstatens udvikling skal findes i princippet om adskillelse af statens konstituerende funktioner - lovgivning, forvaltning og fortolkning - og fordeling af magten mellem disse.<sup>32</sup> Der er næppe heller tvivl om, at ønsket om at sætte en stopper for vilkårligheden på det strafferetlige og straffeprocessuelle område udgjorde den drivende kraft bag etableringen af magtfordelingsprincippet som styrende princip.<sup>33</sup> Det må i relation til denne afhandling ikke undervurderes, at magtfordelingslæren i sin tilblivelse kan anskues som en ”*strafferetlig doktrin om, at en borger skal have begået en forud fastlagt forbrydelse for at kunne blive dømt.*”<sup>34</sup> Ofte fremhæves fængslingen af John Lilburne som magtfordelingslærens udgangspunkt. Lilburne deltog i den engelske borgerkrig i 1642-1649 på Oliver Cromwells side mod den engelske konge. Som tilhænger af lige stemmeret og afskaffelse af adelen kom Lilburne på kant med Cromwell, som forsøgte at få ham dømt. Da dette mislykkedes, vedtog parlamentet ved lov, at Lilburne skulle fængsles. I

fængslet forelæste Lilburne ud af vinduet om engelsk ret til tilhørere uden for.<sup>35</sup> Lilburne udviklede en lære om fribårne rettigheder, som er medfødte og uafhængelige. Lilburne udviklede også en lære om adskillelse af statsmagts funktioner, således at parlamentet ikke kunne optræde som både lovgiver og dommer.

Magtfordeling er endvidere tæt forbundet med en demokratisk grundopfattelse, hvor folket i et eller andet omfang gennem valg af repræsentanter deltager i statens styrelse og gennem denne deltagelse forventes at blive medansvarlige og engagerede. Det demokratiske princip er således afgørende for legitimeringen af retsstaten. Som påpeget af Henrichsen kan de tidlige retsstater ikke betragtes som demokratier i vor forstand.<sup>36</sup> Der var nærmere tale om begrænsede demokratier med valgretten forbeholdt mændene i de ejendomsbesiddende klasser. Et bredt funderet folkestyre i vor forstand blev anskuet som en trussel mod retsstaten, idet kerneområdet for denne var etableringen af stabilitet og forudsigelighed. Idealet for den klassiske retsstat kan således siges at være den afpolitiserede statsmagt. Dette hindrer dog ikke, at demokratibegrebet udgør den afgørende legitimerende faktor for staten.

Idealet om den afpolitiserede statsmagt blev inspireret af den klassiske adskillelse og fordeling af statsmagten mellem den lovgivende, udøvende og dømmende magt. Herved kunne der etableres deciderede embedsstande – bureaukratier - som i deres myndighedsudøvelse alene stod til ansvar over for lovgivningen, som denne i sidste ende blev autoritativt fastlagt af domstolene. Udviklingen af en embedsstand fremhæves af både Ketscher og Dahlberg-Larsen som væsentlig for retsstaten, idet embedsstanden så at sige garanterer, at offentlig magtudøvelse foretages efter fagligt-professionelle kriterier uafhængigt af private og politiske interesser.

Retsstaten blev primært opfattet som en ramme omkring udfoldelsen af det private liv.<sup>37</sup> Retsstaten blev ideelt opfattet som den lovbundne og begrænsede statsmagt, hvor statens magtudøvelse holdt sig til de mest nødvendige funktioner, og hvor ønsket om stabilitet var fremherskende. Hovedvægten blev derfor lagt på sikring af individets friheder og beskyttelse af ejendomsretten.

England kan fremhæves som det europæiske land, hvor retsstatsbegrebet først slår igennem.<sup>38</sup> I løbet af 1600-tallet etableres ”the Rule of Law” som grundlæggende styringsprincip for staten. ”The Rule of Law” indebærer bl.a., at statens styrelse og statsorganerne er underlagt en retlig orden, og at magtudøvelsen er underlagt domstolskontrol. Der blev også indført et lovgivende parlament og etableret et sæt grundlæggende borgerrettigheder.

Den franske Menneskerettighedserklæring fra 1789 formulerede i en række rettigheder de

klassiske grundelementer i retsstaten, heriblandt demokratibegrebet, lighedsgrundsætningen, borgernes frihedssfære, ytringsfriheden, ejendomsretten, og legalitetsprincippet samt - på det strafferetlige område - uskyldsformodningen.<sup>39</sup>

I Danmark blev retsstatstankerne først formuleret retligt i forbindelse med udfærdigelsen af den såkaldte ”Constitution” i 1768.<sup>40</sup> Constitutionen tog sigte på at skabe et retligt fundament for statens styre, herunder sikre borgerne mod overgreb. Med Constitutionen blev det først og fremmest muligt at sætte grænser for kongens enevældige magtudøvelse. Der var dog ikke tale om en decideret lovsikret beskyttelse af frihedsrettigheder, men mere tale om at indrette staten på en sådan måde, at overgreb mod borgerne ikke kunne ske. Disse tanker kom fuldt til udtryk i forbindelse med udfærdigelsen af den såkaldte Magistratsinstruks i 1795. Det endelige gennembrud kom med Grundloven i 1849, hvor retsstatsprincipperne udtrykkeligt blev indført som grundlag for dansk ret.

### **2.2.3 Retsstaten som retssikkerhedsbegrebets forståelsesramme**

I begrebsanalytisk sammenhæng kan det juridiske begreb om retsstaten opfattes som ”*indbegrebet af de garantier, der er etableret i forfatningen til beskyttelse af borgerne mod vilkårlig statslig magtudøvelse.*”<sup>41</sup> Begrebet anvendes i den forstand til at beskrive en række bestemte retsgarantier som bærende for retsforståelsen i en retsstat og dermed også som afgørende for opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet.

Ifølge Henrichsen kan en retsstat kendes på særligt tre tegn.<sup>42</sup> For det første forudsættes retsgarantierne at være organiseret i en forfatning. Forfatningen beskriver rækkevidden af borgernes beskyttelse og forpligter staten til at respektere denne beskyttelse. Henrichsen beskriver forpligtelsen som ”*af absolut karakter, for så vidt som der ikke kan foretages ændringer af forfatningen, som på afgørende måde bryder med de ovennævnte principper, uden at statsstyret mister sin karakter af retsstat.*” Heri ligger ikke, at forfatningen og dens retsgarantier ikke kan ophæves eller omstyrtes. Sker dette, skifter staten imidlertid begrebsmæssig karakter fra at være en retsstat til at være noget andet. Af forfatningens forpligtende karakter kan således udledes et princip om borgernes friheder og rettigheder som grænse for statens magtudøvelse. Forfatningen forudsætter endvidere et princip om demokratisk kontrol med statsmagten.

For det andet kendetegnes en retsstat ved at være en lovstat. Dette betyder, at samfundet reguleres gennem generelle love, og at disse love fremkommer som resultat af særlige procedurer, som skal følges af statens lovgivende organ. Statens lovgivningskompetence er alene

begrænset af forfatningen. Således kan en retsstat lovgive om alt, som ikke strider mod forfatningen, mens borgerne til gengæld frit kan gøre alt, hvad der ikke er direkte forbudt. Heraf udledes et princip om forvaltningens lovmæssighed, som indebærer, at forvaltningen på sin side kun kan gøre det, som direkte er tilladt.

Endelig kendetegnes retsstaten ved at være en processtat. Ifølge Henrichsen betyder dette, at ”*personer, som er berørt af myndighedshandlinger, kan få deres rettigheder prøvet ved uafhængige domstole.*” Denne prøvelsesmulighed bygger på en forudsætning om, at domstolene kan prøve forvaltningens myndighedsudøvelse, og et deraf afledt princip om domstolenes uafhængighed. De tre kendetegn, forfatning, lov og proces, indebærer et strukturerende princip om adskillelse af statsmagts funktioner på indbyrdes uafhængige organer og en fordeling af magten mellem disse.

Dahlberg-Larsen anlægger også de samme hovedperspektiver på retsstatsbegrebet, men med en anderledes analytisk vinkling end Henrichsen.<sup>43</sup> Kravet om en skreven forfatning ansues primært som udtryk for en demokratisk statsopfattelse baseret på borgernes adgang til at vælge det lovgivende organ. Frihedsrettighederne betragtes som udslag af en liberal og materiel statsopfattelse, idet frihedsrettighederne på væsentlige områder begrænser statens lovgivningskompetence. Heri ligger formentlig både et krav om lovmæssig forvaltning og et krav om indholdsmæssige grænser for statsmagten. Dahlberg-Larsen er interesseret i en retssociologisk analyse af retsstaten og dens udvikling, mens Henrichsen er fokuseret på en begrebsanalytisk tilgang. Begge tilgange resulterer dog ikke i afgørende forskelle mellem de principper og garantier, som knyttes til retsstatsbegrebet.

Både Dahlberg-Larsen og Henrichsen beskæftiger sig også med retsstatsidéen i retspolitisk forstand. Sammenhængen til det juridiske retsstatsbegreb etableres gennem identifikationen af et materielt og et formelt aspekt ved retsstatsbegrebet. Disse aspekter ses som udtryk for fremherskende positioner i den retspolitiske debat gennem det 19. og det tidlige 20. århundrede. Under den industrielle revolution i det 19. århundrede blev de retspolitiske krav til statens formål især formuleret med baggrund i det materielle aspekt. Statens hovedformål var at sikre individets frihed og selvansvarlighed samt sikre rammerne for privat ejendomsret og produktion. Dette indebar en ret begrænset statsindblanding i det private liv, hvilket blev sikret gennem etablering af forfatningens retsgarantier.

I takt med samfundets konsolidering skiftede fokus fra beskyttelsen af rettigheder til måden, hvorpå statsmagten udøvede sin virksomhed. Dette gav anledning til udviklingen af det formelle retsstatsbegreb, hvis retspolitiske kerneområde handlede om at fastlægge rammer og



procedurer for udøvelse af forvaltningsvirksomhed. Et væsentligt element heri bestod i udfærdigelsen af præcise retsregler, som kunne begrænse forvaltningens skønsudøvelse. Vigtigt var endvidere at sikre sagligheden i grundlaget for forvaltningens afgørelser – dvs. at afgrænse hvilke hensyn, der var relevante, sikre lige behandling for alle borgere og balance mellem indgreb og formål. Centralt stod endvidere kravet om uafhængig domstolsprøvelse.

Det materielle aspekt ved retsstaten refererer således til de indholdsmæssige begrænsninger for magtudøvelsen, mens det formelle aspekt henviser til de former og procedurer, hvorunder magtudøvelse skal foretages. Disse to aspekter ”*konstituerer under ét den klassisk-liberalistiske opfattelse af, hvad der skal forstås ved retssikkerhed.*”<sup>44</sup> Samlet set udtrykker de to aspekter selve den klassiske idé om retssikkerhed i den forstand, at statslige indgreb skal være forudsigelige og ”*dels på det materielle plan respekterer og sikrer en vis frihedssfære for den enkelte og dels på det formelle plan er baseret på regler, der så vidt muligt indeholder en fuldstændig materielretlig normering af borgernes retsstilling.*” Begrebslogisk er vi således fremme ved kernen i det retsstatslige retssikkerhedsbegreb.

Retsstatsbegrebet kan derfor betragtes som konstituerende for et mere juridisk specifikt retssikkerhedsbegreb. Konstitueringen foretages igennem den retsorden, som nødvendigvis må udvikle sig omkring retsstaten. I den klassiske retsstat består konstitueringen i formuleringen af præcise retsregler (retsordenen), hvorigennem retsstaten kan realiseres. I denne formuleringsproces integreres retsstatens retspolitiske krav i retsordenen. Retsordenen er ikke identisk med de retspolitiske krav, men afspejler disse i en retlig operativ terminologi, som retsregler, hvorved retsstatens principper kan konkretiseres. I relation til det tidligere anførte om, at de retlige værdier er knyttet til retsordenen, kan retsordenen ansues som retsstatens centrale formidler af retspolitiske krav til retlige normer. Gennem retsordenen forvandles retsstatens retspolitiske krav til juridisk anvendelige regler som så at sige kastes ud i den juridiske virkelighed som genstand for administrativ fortolkning og domstolsprøvelse. Retsordenen repræsenterer i sig selv det afgørende retssikkerhedsprincip i den klassiske forståelse, nemlig princippet om retsanvendelsens forudsigelighed. Forudsigelighedsprincippet kan hermed betragtes som indlejret i retsstatens konstituerende element.

#### **2.2.4 Forudsætninger for retsstatens retssikkerhedsbegreb**

Retsordenen konstituerer den klassiske retsstat og udfylder i hvert tilfælde to hovedfunktioner. Retsordenen yder retsbeskyttelse til samfundets individer, dvs. stiller konfliktløsningsmodeller til rådighed således at krænkelser af rettigheder autoritativt kan adresseres.

Retsordenen yder også individuel retssikkerhed, dvs. regulerer adfærden ved at fastsætte stabile mønstre for, hvorledes individer og myndigheder skal handle i forhold til hinanden. Det grundlæggende krav om forudsigelighed kan genfindes her. På baggrund af retsordenen kan en række mere specifikke retssikkerhedsprincipper udledes. I Henrichsens perspektiv bliver dette til en typologi over grundelementerne i det klassiske retssikkerhedsbegreb.<sup>45</sup> Elementerne har karakter af gensidigt understøttende forudsætninger og som styrende for en nærmere afgrænsning af et eventuelt selvstændigt analytisk indhold i retssikkerhedsbegrebet.

Med udgangspunkt i det retssikkerhedsmæssige aspekt af retsordenen og på det mest generelle niveau udsondres to hovedtyper i kollektiv og individuel retssikkerhed.<sup>46</sup> Kollektiv retssikkerhed retter sig mod hensynet til ”*rettens objektive realisering. Retssikkerhed betyder i denne sammenhæng sikkerhed for effektivering og håndhævelse af de til retsordenen hørende handlingsnormer i form af forbud og påbud*”. Retssikkerhed i kollektiv forstand kan dermed ligestilles med hensynet til beskyttelsen af fællesskabets interesser, herunder formentlig også beskyttelse af staten og dens institutioner som sådan. Ifølge Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt træder den kollektive retssikkerhed ”*frem i sin rene form, når spørgsmålet om tilsidesættelse eller respekt for gældende ret ikke medfører skadevirkning for nogen identificerbar interesse*”.<sup>47</sup> Beskyttelsesinteressen for den kollektive retssikkerhed er altså samfundsordenen som sådan, herunder tillige sikkerheden for samfundsmedlemmerne. Derfor beskrives den kollektive retssikkerhed også af Ketscher som ”*afgørende for rettens funktion som styringsmiddel og for legitimeringen af offentlig virksomhed.*”

Karsten Revsbech har udviklet en kategorisering af de kollektive retssikkerhedshensyn som systemhensyn.<sup>48</sup> Revsbechs analyse er udviklet med henblik på en kritik af den moderne forvaltning. Hans kategorisering sammenfatter dog ganske godt de forskellige aspekter af de hensyn, som traditionelt rubriceres under betegnelsen kollektiv retssikkerhed. Revsbechs systemhensyn sammenfatter således ”*en række hensyn, der vedrører forvaltningens bredere samfundsmæssige rolle og funktionsmåde. Disse hensyn tilgodeser fællesinteresser, hvilket kan være interesser, der knytter sig til samfundet eller dele deraf eller til den offentlige forvaltning som sådan.*”<sup>49</sup> Disse hensyn omfatter bl.a. forvaltningens muligheder for at føre lovgivningen ud i livet, herunder sikre, at reglerne håndhæves. Dette aspekt tillægger den kollektive retssikkerhed en væsentlig retlig sammenhængskraft i retsstaten, idet det sikres, at lovene efterleves, og at overtrædelser sanktioneres. Systemhensyn omfatter imidlertid også en række myndighedsinterne hensyn såsom ressourcehensyn og organisatoriske hensyn. Dette kan have den effekt, at forvaltningen foretrækker en fortolkning af reglerne, som tilgodeser de interne

hensyn, selvom lovgivningen i øvrigt lægger op til en anden forståelse.

Heroverfor placeres traditionelt den individuelle retssikkerhed. Individuel retssikkerhed handler om hensynet til *”beskyttelsen af den enkeltes retskrav og -positioner efter loven og andre gældende retsnormer.”*<sup>50</sup> Det bør i den forbindelse næppe undervurderes, at tyngdepunktet i det klassiske retssikkerhedsbegreb *”har været at beskytte den præsumptivt svagere borger mod statens magtudøvelse. Det er altså borgeren som undersåt, der er retssikkerhedstankens primære beskyttelsesobjekt.”*<sup>51</sup> Hvor den kollektive retssikkerhed virker generelt og samlende virker den individuelle retssikkerhed partikulært og spredende i den forstand, at beskyttelsen af individuelle rettigheder kan antage et sådant omfang, at samfundet som samlet system nedbrydes.

Ifølge Henrichsen virker de to retssikkerhedstyper da også i hver sin retning, men de opfattes dog som begrebsmæssigt sammenhængende, idet bestræbelserne på at udbygge den kollektive retssikkerhed begrænses af bestræbelserne på at udbygge den individuelle retssikkerhed. Revsbech tilslutter sig denne opfattelse, idet *”systemhensyn og retssikkerhedshensyn ikke er absolutte modsætninger, men kun er, hvad man kan betegne tendensmodsatninger. Det er et spørgsmål om synsvinkel, det vil sige, hvorvidt en given retlig regel eller problemstilling i den forvaltningsretlige teori ansues fra systemets eller fra den enkelte borgers vinkel”*.<sup>52</sup> I den retlige praksis giver sammenhængen sig til kende i den daglige retlige regulering, hvor hensynet til myndighedernes effektivitet og opgaveløsning altid opvejes mod hensynet til beskyttelsen af individets rettigheder.

På et mere konkret plan konkretiserer retsordenen også princippet om retsanvendelsens forudsigelighed.<sup>53</sup> Forudsigelighedsprincippet kan i negativ forstand udtrykkes som en forudsætning om *”den enkeltes beskyttelse mod overgreb og vilkårlig behandling”*. I positiv forstand kan forudsigelighedsprincippet udtrykkes ved forudsætningen om, at *”den enkelte skal have mulighed for at kunne forudberegne sin retsstilling”*. I al sin enkelhed udtrykker disse forudsætninger *”kernen i det traditionelle juridiske retssikkerhedsbegreb”*. Ketscher formulerer det således, at *”det karakteristiske for en retsafgørelse i modsætning til en politisk beslutning bliver således retsafgørelsens regelbundethed og den heraf afledte forudsigelighed.”*<sup>54</sup> Forudsigelighed, regelbundethed, forbud mod vilkårlighed udgør dermed kernen i det retstatslige retssikkerhedsbegreb.

Forudsigelighedsprincippet funktion som bærende for retssikkerhedsbegrebet forudsætter imidlertid nogle mere konkretiserede retlige foranstaltninger, som igen virker tilbage på retsordenen, idet disse foranstaltninger stiller krav til både retsordenens indhold og form.<sup>55</sup>

Grundlæggende forudsættes naturligvis etableringen af en fælles retsorden. Indholdsmæssigt forudsættes, at retsordenen indeholder klar information om retstilstanden, som er forbundet med klare ansvarsregler, og som håndhæves ensartet og effektivt. For så vidt angår udøvelsen af offentlig myndighed forudsættes retsordenen at indeholde visse forfatningsmæssige bindinger på den offentlige forvaltning, dvs. regler og formkrav til både frembringelsen af regler og afgørelser samt administrationen heraf.

Med baggrund i kravene til den offentlige myndighedsudøvelse udledes en forfatningsretlig forudsætning om den ”*demokratiske legitimering af statsstyrets indgreb*”.<sup>56</sup> Denne legitimering konkretiseres yderligere i retsordenens grundlæggende frihedsrettigheder eller menneskerettigheder som ramme om statens indflydelse over individet og som forudsætning for en effektiv demokratisering. På det mere specifikke forvaltningsretlige område konkretiseres en forudsætning om ”*de administrative retsakters lov- og regelbundethed*.” Heri ligger, at myndighedsudøvelse ikke kan foretages uden hjemmel i lov, og at borgernes frihed omvendt kun kan begrænses ved lov. Den klassiske opfattelse af retssikkerhedsbegrebet som primært et princip om forudsigelighed indebærer tillige en forudsætning om, at ”*forvaltningens virksomhed så vidt muligt er underkastet en fuldstændig materielretlig normering gennem lovgivning*”. Den præcise lovgivning forudsætter på sin side etableringen af uafhængige domstole, som kan efterprøve lovligheden af myndighedernes magtudøvelse. Det klassiske ideal er sådan set, at al forvaltningsvirksomhed er præcist beskrevet i loven, som forudsætning for domstolens prøvelse af myndighedsudøvelsen.

Beccaria har på det strafferetlige område formuleret idealet således, at ”*ved enhver forbrydelse bør dommerne drage en fuldstændig, syllogistisk slutning. Den overordnede præmis bør være den almene lov, den underordnede præmis, om handlingen er i overensstemmelse med loven eller ej, og konklusionen frifindelse eller straf*.”<sup>57</sup> I dette perspektiv udgør myndighedernes skønsudøvelse en trussel mod retsansvendelsens forudsigelighed og virker dermed til skade for retssikkerheden, idet ”*intet er farligere end det almindelige aksiom, at lovenes ånd skal spørges til råds*.”<sup>58</sup> Skønsudøvelse udgør i dette perspektiv også en trussel mod den uafhængige domstolsprøvelse, idet relevante retningsgivere for prøvelsen ikke kan udledes af selve regelgrundlaget. Risikoen for vilkårlighed bliver derfor overhængende.

Forudsætningen om forvaltningens fuldstændige normering kan også formuleres som et mere konkret krav om forvaltningens lovmæssighed og konstituerer hermed en yderligere retssikkerhedstypologi i form af den materielle retssikkerhed.<sup>59</sup> Materiel retssikkerhed indebærer i dette perspektiv, at myndighedsudøvelse ”*skal have hjemmel i en lov (eller i en admi-*

*nistrativ retsforskrift udstedt med hjemmel i lov) og dels ikke må være i strid med gældende ret i øvrigt.*” Sidste led i denne beskrivelse omtaler Henrichsen som den materielle lovs princip, og navnlig dette princip kolliderer med myndighedernes skønsudøvelse, idet skønsmæssige afgørelser er underlagt en række retsgrundsætninger, som ikke er beskrevet i loven, heriblandt læren om saglige hensyn, princippet om ensartet retsanvendelse og proportionalitetsprincippet. Når skønsudøvelsen ikke er lovbundet ligger heri en latent trussel om retsusikkerhed, idet rammerne og grundlaget for skønsudøvelsen forskydes i takt med udviklingen i de ubeskrevne retsgrundsætninger. Modstykket hertil finder udtryk i den formelle retssikkerhed, som kommer til udtryk gennem en forudsætning om ”*garantier for lovlige og rigtige afgørelser*”. Dette indebærer specifikke krav til udøvelsen af myndighed, herunder krav om myndighedernes habilitet og kompetence, høring, begrundelse, sagsoplysning og klageadgang. Med retssikkerhed i materiel og formel forstand er retssikkerhedsbegrebet således fuldt ud konkretiseret på det forvaltningsretlige område.

### **2.2.5 Analytisk sammenfatning af retsstatens retssikkerhedsbegreb**

Henrichsens analyse opstiller en sammenhængende fremstilling af retssikkerhedsbegrebets kernestruktur og indhold. Hans fremstilling kan bruges som udgangspunkt for analyser af begrebet på specifikke retsområder. På det generelle plan siger analysen intet om indholdet af de enkelte elementer i retssikkerhedsbegrebet, men fremstiller begrebet som en logisk struktur. Analysen er derfor åben for andre vinklinger, og gør det muligt at fokusere på andre retsområde end den generelle forvaltningsret. Analysemetoden ligner på sin vis det begreb, den skal analysere for så vidt retssikkerhedsbegrebet kan beskrives som et almenbegreb eller en retlig standard, dvs. et begreb, som tager form efter det indhold, man putter i det. Dette bekræftes for så vidt af Advokatrådets tidligere omtalte retssikkerhedsprogrammer og Jakobsens undersøgelse af praksis i det sociale klagesystem. Af samme årsag er analysemetoden også åben over for andre perspektiveringer og forståelser af retssikkerhed end den klassisk retsstatslige.

Henrichsen opstiller således en række dimensioner, hvori retssikkerhed kan forstås. Dimensionerne angiver til hvilke retsvidenskabelige formål retssikkerhedsbegrebet kan anvendes. Afhængig af den konkrete anvendelse betones forskellige aspekter af retssikkerhedsbegrebet frem for andre. Analyseres retsstatsbegrebet ud fra et retsdogmatisk formål betones således de aspekter i begrebet, som fra en juridisk betragtning påkalder sig definatorisk interesse – dvs. begrebets karakter af retligt fænomen. Anderledes hvis sigtet er en retssociologisk be-

skrivelse, hvor vægten vil ligge på begrebets karakter af statslig styringsmekanisme.

Dimensionerne fremgår af følgende oversigt:<sup>60</sup>

| <b>Dimensioner</b>             | <b>Abstrakte kategorier</b>   | <b>Historisk-specifikke kategorier</b>                                     |
|--------------------------------|---|--|
| <b>Realtypiske kategorier</b>  | <b>Retsdogmatisk:</b><br>Forfatningsstat<br>Lovstat<br>Processtat     | <b>Retssociologisk:</b><br>Retsstat<br>Socialstat<br>Miljøstat             |
| <b>Idealtypiske kategorier</b> | <b>Retshistorisk:</b><br>Patromonial<br>Konstitutionel<br>Demokratisk | <b>Retspolitisk:</b><br>Klassisk liberal<br>Social-liberal<br>Post-liberal |

I vort perspektiv kan oversigten anvendes som sammenfatning på den klassiske retspolitiske opfattelse af retsstaten som indeholdende de retsdogmatiske, definatoriske elementer forfatning, lovgivning og procesgarantier – tilsammen udtrykt i en retsorden. På et mere grundlæggende begrebsanalytisk niveau udgør retsordenen det konstituerende element for retsstaten og fungerer som det medie, hvor igennem retspolitiske krav formuleres til retsregler som konkrete udtryk for retssikkerhedsbegrebet. Det er på dette område, at retssikkerhedsbegrebets karakter af koblingsbegreb mellem retspolitiske værdier og retsregler kommer klarest til udtryk.

Det er imidlertid med hovedvægt på forfatnings- og forvaltningsretten, at retsstaten træder i karakter som en relativ tilbagelænet statskonstruktion, hvis hovedformål er at sikre borgerne friheds- og ejendomsrettigheder til brug for produktionen af private velstandsgoder inden for stabile rammer. Tilvejebringelse af forudsigelighed i samfundsforholdene og i retsanvendelsen udvikles derfor til retsstatens væsentligste retlige kendetegn. Retsordenens formål bliver således at skabe sikkerhed og klarhed gennem syntesen af den materielle og formelle side af retsstatsbegrebet – dvs. gennem respekt og beskyttelse af individets rettigheder og gennem etablering af regler, som sikrer ensartethed og saglighed i retsanvendelsen. Retsstatens karakter af beskyttelsesmekanisme om borgerne afspejler sig naturligt nok direkte i det retssikkerhedsbegreb, som retsstaten skal fungere under. Hovedvægten lægges således på forudsigelig retsanvendelse og en relativt klar og gennemskelig offentlig embedsstruktur.

Henrichsens analyse af det retsstatslige retssikkerhedsbegreb leder til den følgende retssikkerhedstypologi:

### Typologi over det retsstatslige retssikkerhedsbegreb

| <b>Retsorden – Princip: Forudsigelighed</b>                         |   |               |  |
|---|---|---------------|--|
| <b>Funktioner</b>   | <b>Retssikkerhed:</b><br>Adfærdsregulering                                    |               | <b>Retsbeskyttelse:</b><br>Konfliktløsning   |
|   |   |               |  |
| <b>Typologier/<br/>forudsætninger/<br/>grader af konkretisering</b> | <b>Individuel:</b><br>Beskyttelse af individuelle retskrav og retspositioner  | ← Afvejning → | <b>Kollektiv:</b><br>Rettens objektive realisering, beskyttelse af samfundsordenen |
|   |   |               |  |
|   | <b>Negativ:</b><br>Forbud mod overgreb og vilkårlighed                        | Kernebegrebet | <b>Positiv:</b><br>Forudberegnelighed  |
|   |   |               |  |
|   | <b>Offentlig ret:</b><br>Forfatningsmæssige bindinger på statsstyret          |               | <b>Privatret:</b><br>Klar information om retstilstand, ansvarsregler, håndhævelse  |
|   |   |               |  |
|   | <b>Forvaltningsret:</b><br>Regelbundethed, lighed for loven, domstolsprøvelse |               | <b>Statsforfatningsret:</b><br>Demokratisk legitimering af indgreb                 |
|   |   |               |  |
|   | <b>Materiel:</b><br>Legalitet, proportionalitet                               |               | <b>Formel:</b><br>Garantier for lovlige og rigtige afgørelser                      |

Oversigten viser de begrebsmæssige sammenhænge i det retsstatslige retssikkerhedsbegreb på det generelle forvaltningsretlige område. De elementer, der er adskilt med en sort blok, udgår af strukturen efterhånden som retssikkerhedsbegrebet konkretiseres. Det vil sige, at de elementer, der ikke er adskilt af en sort blok, står i et umiddelbart begrebsmæssigt forhold til hinanden.

Henrichsens analyse afdækker en række gensidige forudsætninger som konstituerende for retssikkerhedsbegrebet på et stadig mere konkretiseret niveau. Mest generel er forudsætning-

gen om en retsorden. Det styrende princip om forudsigelighed opfattes som indlejret i og flydende af retsstatens retsorden. Retsordenens funktioner består i etablering af stabile mønstre for adfærden mellem statsmagten og borgerne og mellem borgerne indbyrdes samt i at tilvejebringe effektive og autoritative midler til løsning af konflikter.

I analysen tages udgangspunkt i adfærdsreguleringen som det egentlige retssikkerhedsmæssige aspekt af retsordenens funktioner. Denne funktion kan konkretiseres i afvejningen af de to grundlæggende perspektiver på retssikkerhed som sikring af individets rettigheder eller fællesskabets interesser. Denne afvejning er grundlæggende og danner netop udgangspunkt for Advokatrådets prisopgave, idet afvejningen her er konkretiseret i hensynet mellem statens, samfundets og borgernes sikkerhed over for hensynet til beskyttelsen af individets rettigheder. Den individuelle beskyttelse, som må siges at udgøre fokus for det klassiske retssikkerhedsbegreb, forudsætter, at begrebets kerne – forudsigeligheden – reformuleres som et mere anvendeligt retsprincip i form af et forbud mod overgreb og vilkårlighed.

Henrichsens analyse stopper ved det niveau, der normalt omtales som retsgrundsætninger eller retsprincipper, men dette udelukker ikke, at der på det mest konkrete plan kan opstilles specifikke retsregler. Metoden ligner derfor også her det begreb, som analyseres, idet metoden afspejler det retsstatslige retssikkerhedsbegreb som et systembegreb, dvs. som en struktur, hvor hvert element logisk kan deduceres fra et overordnet generelt princip. I Henrichsens perspektiv udgør dette overordnede princip et princip om forudsigelighed.

### **2.2.6 Grundrelationer for retsstatens retssikkerhedsbegreb**

Med baggrund i ovenstående begrebsanalyse kan retsstatens retssikkerhedsbegreb endvidere operationaliseres i et sæt generelle grundrelationer. Ketscher beskriver i den forbindelse mindst fire relationer, som retssikkerhedsbegrebet fungerer i.<sup>61</sup> Retssikkerhed fungerer således i forbindelse med formuleringen af selve retsgrundlaget, som udgangspunktet for *”fordringen om forudsigelighed og ensartethed.”* Her stiller retssikkerhedsbegrebet krav om en vis grad af præcision og sammenhæng i regelsættet således, at *”de faktiske og retlige omstændigheder, der er relevante for at udløse retsvirkningen, med høj grad af entydighed lader sig afgrænse.”* Retsstatens ideelle måde at træffe afgørelser på foretages i henhold til et stærkt formaliseret og entydigt tankeskema, hvor konkrete afgørelser nærmest kan deduceres fra de generelle og abstrakte regler.

Retssikkerhedsbegrebet retter sig endvidere mod myndighedernes sammensætning og virkemåde, her især med vægt på etablering og rekruttering af en embedsstand – en bureau-



kratisering som omtalt i forbindelse med retsstatens historiske forudsætninger. Som følge af forståelsen af retsgrundlaget som et overvejende entydigt og deducerbart tankeskema, besættes magtorganerne i den klassiske retsstat med en overvægt af jurister.

Retssikkerhedsbegrebet står endvidere i forbindelse med udformningen af processuelle rammer og former, hvori afgørelser træffes – typisk formuleret i en række sagsbehandlingskrav. I klassisk forstand opfattes procesreglerne som underordnet den indholdsmæssige, normerende del af retsgrundlaget. Procesreglerne tager sigte på, at hjemmelsgrundlaget gennemføres i den konkrete afgørelse, og skal sikre, at afgørelserne bliver lovlige og rigtige. Heri ligger, at jo mere præcist retsgrundlagets indholdsmæssige normering er, des mindre væsentlige bliver procesreglerne. Retsstatens ideal om retsgrundlagets fuldstændige normering indebærer, at procesregler får en tilbagetrukket tilværelse.

Endelig indgår retssikkerhedsbegrebet i en relation til den retlige kontrol med afgørelserne – i den klassiske retsstat udelukkende repræsenteret ved domstolene. At den retlige kontrol udelukkende eller i langt overvejende grad består i domstolskontrol kan ses som et udslag af idealet om retsgrundlagets fuldstændige normering samt af retsstatens tilbagetrukne indblanding i samfundet. Retsreglernes forudsatte præcision samt de relativt få og begrænsede samfundsområder, som reglerne skal dække, nedtoner behovet for fortolkende myndighedsorganer med dertil hørende selvstændige klageinstanser. I den ideelle retsstat forudsættes domstolene derfor at være fuldt kompetente til at efterprøve alle aspekter af myndighedernes begrænsede praksis.

De nævnte grundrelationer er generelle i den forstand, at de repræsenterer nogle strukturelle kategorier for alle statssamfund uanset den konkrete styreform. Sammen med den begrebsanalytiske model giver kategorierne således et fuldstændigt tankeskema til forståelse og analyse af retssikkerhedsbegrebet. Begrebsanalysen afgrænser begrebet og dets bestanddele, kategorierne angiver i hvilke grundrelationer, begrebet realiseres.

### **2.2.7 Retfærdighed, retsstat og retssikkerhed**

Spørgsmålet, om retfærdighedsbegrebet udgør et retligt begreb, er stærkt omtvistet i både den almenfilosofiske og den retsfilosofiske debat.<sup>62</sup> Traditionelt betragtes folkeretsjuristen Hugo Grotius fra 1600-tallet som det ene yderpunkt og Alf Ross fra 1900-tallet som det andet.

Grotius var eksponent for den naturretlige opfattelse. Naturretten udgør en såkaldt idealistisk retsopfattelse, idet den forudsætter, at retsordenen kan vurderes objektivt i forhold til en udenforstående målestok – et ideal. I naturretten udgør retfærdighedsbegrebet en væsentlig

del af dette ideal. For naturretten vil en given retsorden kunne være ugyldig som stridende mod retfærdigheden. Retfærdighedsbegrebet står derfor over eller ved siden af den positive lovgivning og legitimerer denne. Naturretten udgjorde det retsfilosofiske grundlag for oplysningstiden og det tidlige 1800-tal og dermed også for formuleringen af det klassiske retsstatsbegreb. Retfærdighedsbegrebet står derfor i en grundlæggende konstituerende forbindelse til retsstaten og dermed også til retssikkerhedsbegrebet. Det kan derfor have interesse at behandle retfærdighedsbegrebet, selvom retsstatsbegrebet og retssikkerhedsbegrebet har udviklet sig siden naturrettens storhedstid.

Stik imod naturretten står Ross som en fremtrædende eksponent for retspositivismen eller retsrealismen, som denne opfattelse også betegnes. For retspositivismen handler det primært om at begrunde, hvad der er gældende ret. Ross legitimerede gældende ret i det demokratiske princip. Når en lov er vedtaget efter de foreskrevne procedurer, så er den gyldig og kan kun tilsidesættes, hvis demokratiet ophæver den. Dette gælder principielt, uanset om loven måtte være i strid med etiske, religiøse eller andre idealer. Retspositivismen opfatter derfor retfærdighed som et tomt og følelsesladet begreb uden retlig relevans.

Dette hænger formentlig sammen med, at retfærdighed i materiel forstand ikke kan gives noget entydigt indhold. Hvad der opfattes som en retfærdig beskatning eller en retfærdig straf veksler således både over tid i takt med udviklingen i de historiske og kulturelle forhold, men også fra person til person afhængig af personens rent subjektive opfattelser. Den indholdsmæssige side af retfærdighedsbegrebet er således foranderlig og kan derfor ikke udgøre grundlaget for en retsorden – dertil er begrebet for uforudsigeligt.

Efter Stig Jørgensens opfattelse er det *”især denne nødvendige forskel i materielt indhold, som har ført til forkastelsen af retfærdighedsbegrebet”*.<sup>63</sup> Dette er dog ikke ensbetydende med, at retfærdighedsbegrebet ikke kan tillægges retlig relevans, idet *”der er intet i vejen for at betragte retfærdigheden som en logisk struktur, der har forskelligt indhold”*. Jørgensen synes i den forbindelse at opfatte retfærdigheden som en del af en bredere etisk fordring til retssystemet. I denne optik giver naturret og retfærdighedsbegrebet *”udtryk for etikkens krav til retten, men der er tale om forskellige krav. Naturretsteorien har især angået gyldighedsproblemet, medens retfærdighedskravet snarere har angået indholdet og proceduren. Retfærdighedskravet er imidlertid et krav med en vis struktur...medens moralen kan stille andre og mere diffuse krav til rettens indhold.”*<sup>64</sup>

Kernen i retfærdighedsbegrebet indeholder efter Jørgensens opfattelse et krav om lighed. Dette synes også at være den herskende opfattelse i retsfilosofien.<sup>65</sup> Lighedsbegrebet optræ-

der i forskellige former. Jørgensen nævner den forholdsmæssige lighed, som bl.a. udmøntes i vurderingen af forholdet mellem forbrydelse og straf eller mellem ydelse og vederlag, herunder også ligebehandling i forhold til andre mennesker, lighed for loven. Der nævnes også lighed forstået som fordelingsinstrument, f.eks. at ydelser skal fordeles efter fælles og faste kriterier. Fælles for disse lighedsopfattelser er, at de er identiske ”med kravet om, at retten skal udtrykkes i regler i modsætning til vilkårlige befalinger”.<sup>66</sup>

Som sådan opfattes retfærdighedsbegrebet som selve forudsætningen for et samfund, og som primært begrundet i menneskets biologiske og antropologiske natur.<sup>67</sup> I en vis forstand kan man ”kalde moralske og retlige normer for surrogater for de instinkter, som holder andre dyrearter i social balance.”<sup>68</sup> Retfærdighedsbegrebet indgår derfor i et uløseligt forhold til den menneskelige vurderingsevne og behov for orden. Der er med andre ord tale om en erkendelseskategori, og som sådan er retfærdighedsbegrebet så at sige indlejret i samfundet.

Jørgensen opfatter retfærdighedsargumenter og retlige argumenter som pligtargumenter, idet begge argumentationstyper henviser til eksisterende pligter - de retlige argumenter henviser til en retsorden, retfærdighedsargumenter henviser til strukturerede moralske vurderinger.<sup>69</sup> Der er altså tale om en fælles analytisk struktur i argumenterne blot med forskellig referenceramme.

Selvom retfærdighed er et moralsk begreb, får begrebet selvstændig betydning som retligt begreb i takt med, at det overgår til at blive et samfundsmæssigt styringsinstrument. Historisk blev overgangen oprindeligt foretaget gennem den guddommeliggjorte sædvaneret, hvor ret og retfærdighed udgjorde to sider af samme sag. I det moderne samfund udtrykkes retfærdigheden gennem moralske krav til rettens indhold og forvaltning. Retfærdighedsbegrebet ytrer sig således som moralske og politiske principper i samfundsordenen, hvorved de også bliver til retlige principper, ”som derfor naturligvis indgår i den retlige tolkning eller argumentation.”<sup>70</sup> Det praktiske juridiske hovedspørgsmål bliver derfor i hvilket omfang disse moralske og politiske principper tillægges værdi som styrende for afgørelsesvirksomheden hos de rets-anvendende organer.

Ifølge Jørgensen er der tale om en proces, hvor retfærdighedsbegrebet operationaliseres i en retsorden. Denne operationalisering foretages gennem en politisk proces, hvor moralske vurderinger omtolkes til retlige normer. Og det er netop her, at retfærdighedsbegrebet har retlig relevans – ikke som retlig norm, men som ophav til og fortolkningsrum for en retlig norm.

Jørgensens analyse af retfærdighedsbegrebets retlige relevans frembyder betydelige ligheder med Henrichsens analyse af retsstaten og retssikkerhedsbegrebet. Begge forfattere tager

afsæt i begreberne som logiske strukturer for en række andre værdier. Retfærdighedsbegrebet og retssikkerhedsbegrebet kan analytisk ses som to parallelle begreber, som hver især på samme måde viser tilbage til forpligtelser – blot af forskellig karakter. Forpligtelserne angår de samme forhold, nemlig hvorledes relationerne mellem staten og borgerne samt mellem borgerne indbyrdes skal struktureres. Denne struktur finder udtryk i en retsorden.

Begge begreber kan endvidere ses som koblingsbegreber. Retfærdighedsbegrebet kobler moralske vurderinger og opfattelser til retsordenen, retssikkerhedsbegrebet foretager en tilsvarende kobling men virker samtidig udad mod den praktiske juridiske virkelighed i form af strukturer for regelfortolkende virksomhed. I det omfang, man kan identificere retfærdighedsideer med politik, bliver retsordenen i dette perspektiv det medie, hvorigennem moral formidles til retspolitik. Retssikkerhed kan i forlængelse heraf anskues som formuleringen af de retlige normer samt opstilling af formelle strukturer for anvendelsen af disse normer.

I andre relationer afviger de to begreber fra hinanden. Jørgensens opfattelse af retfærdighedsbegrebet som begrundet i den menneskelige psyke og antropologi indebærer, at begrebets logiske strukturer samtidig er mere eller mindre uforanderlige. Retfærdighedsbegrebet udtrykker i dette perspektiv nogle grundlæggende menneskelige behov – i bund og grund som et instinkt for social balance. Henrichsens begreb om retssikkerhed er derimod knyttet til specifikke historiske sammenhænge – her med vægt på opfattelsen af retssikkerhed inden for en retsstatslig tradition. Heri ligger samtidig, at retssikkerhedsbegrebet er foranderligt. Skal man forsøge at skabe en sammenhæng mellem de to begreber kan man populært sige, at retssikkerhedsbegrebet siden introduktionen af retsstaten har været den dominerende måde at udtrykke retfærdighed på i Vesten.

### **2.2.8 Retssikkerhedsbegrebets fundamentale beskyttelsesinteresser**

Retsstatens primære beskyttelsesinteresser udgøres af individets frihed fra statslig indblanding samt tilvejebringelse af en forudberegnelig retstilstand til brug for udnyttelsen af friheden. Som nævnt var disse beskyttelsessfærer oprindeligt begrundet i modstanden mod enevælden klædt i naturretlig sprogdragt. Opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet som i bund og grund en individorienteret beskyttelsesmekanisme er forsøgt filosofisk begrundet uden brug af naturretten. Justus Hartnack sammenfatter i sin bog om menneskerettigheder disse teoridannelser nærmere.<sup>71</sup> Hartnack er af den opfattelse, at frihed og en ret til ikke at blive uretfærdigt behandlet udgør de to mest grundlæggende rettigheder for mennesket. Statens opgave er at beskytte disse rettigheder samt at *”forhindre og afbøde de forskellige menneskelige afsavn og*

*lidelser.*”<sup>72</sup>

I lighed med Jørgensen tager Hartnack udgangspunkt i retfærdighedsbegrebet og en erkendelse af, at dette begreb ikke lader sig afgrænse positivt. Det er Hartnacks opfattelse, at positive begrebsbestemmelser af hvad retfærdighed er, alle kommer til kort, fordi begrebet kan antage det indhold, som man ønsker at lægge i det. Hartnack afgrænser derimod begrebet negativt, idet begrebet således kun har ”*mening i situationer, hvor der foreligger et konkret tilfælde af uretfærdighed. Foreligger der ikke et sådant tilfælde af uretfærdighed har det ingen mening at tale om retfærdiggørelse og derfor heller ikke om retfærdighed.*”<sup>73</sup> Retfærdighedsbegrebet kan derfor kun meningsfuldt anvendes, når det bruges til at konstatere eller imødegå en uretfærdighed. Retfærdighedsbegrebet er altså i første række et såkaldt redresseringsbegreb – det bringes i anvendelse, når noget opleves som uretfærdigt og som begrundelse for at rette uretfærdigheden op.

Hvad der opfattes som uretfærdigt afhænger imidlertid af moralbegreber.<sup>74</sup> I modsætning til de fleste retsfilosoffer, herunder Stig Jørgensen, henviser Hartnack altså kernen i retfærdighedsbegrebet til moralske vurderinger og ikke til et lighedsbegreb.<sup>75</sup> Efter Hartnacks opfattelse forudsætter lighedsbegrebet tværtimod en idé om, at noget er uretfærdigt, idet ”*betingelsen for at ophæve en ulighed er, at den betragtes som uretfærdig;...uden et begreb om det uretfærdige kunne ingen ulighed elimineres til fordel for en lighed.*” Erkendelsen af det uretfærdige ligger således begrebsmæssigt forud for erkendelsen af lighed. Hvad der opleves som uretfærdigt beror imidlertid på en moralsk vurdering, og kernen i retfærdighedsbegrebet udgøres derfor ikke af lighedsbegrebet, men noget, som ligger forud for dette. Erkendelsen af det uretfærdige er samtidig en erkendelse af, at noget ikke er lige, og at denne ulighed er uretfærdig. Dermed opnår begrebet om ulighed begrebslogisk forrang frem for begrebet om lighed. Dette begrundes med, at uligheden er en empirisk kendsgerning, mens kravet om lighed er et moralsk krav. Ulighederne foreligger så at sige liggende omkring os som et empirisk faktum. Det er erkendelsen af, at nogle af disse uligheder er uretfærdige, som konstituerer lighedsbegrebet. Lighedsbegrebet kan derfor bestemmes som en ret til ikke at blive behandlet uretfærdigt, og dette er en moralsk vurdering.

Som norm for praktisk anvendelse kræver lighedsbegrebet imidlertid differentiering. Et princip om, at alle skal behandles ens, vil efter Hartnacks opfattelse ikke være acceptabelt, idet et sådant princip ville negere sig selv. Ens behandling af handicappede og raske ville f.eks. medføre øget ulighed for de handicappede. Et anvendeligt lighedsprincip indebærer derfor, at princippet kvalificeres i forhold til konkrete uligheder f.eks. i forhold til lige løn for

lige arbejde eller ens straffe for samme forbrydelser. Konsekvensen bliver, at det ikke er ulighederne, der skal retfærdiggøres, men lighederne. Det reelle indhold af lighedsbegrebet bliver således et krav om ensartet behandling i relation til ensartede forhold – dvs. igen en ret til ikke at blive behandlet uretfærdigt. Efter min vurdering forudsætter ensartet behandling af ensartede forhold en vis grad af forudsigelighed. Retten til ikke at blive behandlet uretfærdigt kan derfor opfattes som identisk med kernen i det retsstatslige retssikkerhedsbegreb - kravet om forudsigelighed og forbud mod vilkårlighed.

I analysen af frihedsbegrebet mener Hartnack imidlertid, at dette begreb kan afgrænses positivt. Begrebslogisk har frihedsbegrebet forrang for begrebet om ufrihed, for at *”forbyde er med nødvendighed at forbyde noget; dette 'noget'...er derfor forudsætningen for at anvende begrebet forbud.”*<sup>76</sup> Forbuddet forudsætter derfor, at friheden eksisterer. Populært sagt skaber friheden som positivt begreb således forudsætningen for ufriheden, mens ulighed som negativt begreb skaber forudsætningen for lighed – i begrebslogisk sammenhæng. Frihed eksisterer overalt og i den udstrækning, der ikke er nedlagt forbud. I det perspektiv bliver frihed en grundforudsætning for den menneskelige eksistens. Parallellen til beskyttelsesobjektet i det retsstatslige retssikkerhedsbegreb er indlysende.

Hartnack konkluderer sin analyse af frihed og lighed med, at *”retten til frihed og den lige nævnte ret til ikke at blive behandlet uretfærdigt etc. konstituerer således menneskets to primære rettigheder. Den ene følger af selve menneskets eksistens; den anden er en følge af retfærdighedsbegrebets uomstødelighed.”*<sup>77</sup> Konklusionen er i fuld overensstemmelse med det retsstatslige retssikkerhedsbegreb.

I modsætning til retsstatsteorien, som er vokset ud af naturretlig tankegang, og som af flere moderne retsfilosoffer søges begrundet i tilsvarende idealistiske teoridannelser, bygger Hartnacks konklusion på en begrebslogisk analyse.<sup>78</sup> Herved undgår man at skulle forholde sig til spørgsmålet om værdiers begrundelse, men kan skride direkte til analysen af sammenhængen mellem værdierne. Hartnacks metode kan derfor operationaliseres i tilsvarende omfang som Henrichsens og Ketschers analyser af retsstaten og retssikkerhedsbegrebet og Jørgensens analyse af retfærdighedsbegrebet. Metoderne peger derfor fremad i forhold til eventuelle udviklinger i forholdet mellem stat og individ eller i samfundet som sådan, og kan i meget vidt omfang rumme analyser af disse udviklingers betydning for de behandlede begreber uden, at det grundlæggende begrebsapparat skal udskiftes. Analysemetoderne peger tillige bagud i den forstand, at metoderne er egnede til at afdække de væsentlige elementer i de behandlede begreber, som disse fremtræder i et historisk forløb.

### 2.2.9 Diskussion og sammenfatning af retsstatens retssikkerhedsbegreb

Sammenfattende hviler retsstatens retssikkerhedsbegreb på en forudsætning om forudsigelighed i retsanvendelsen som fundament for en beskyttelse af individet mod magtudøvelse fra statens side. Sikringen heraf forudsætter et demokratisk fundament som legitimering af retsordenen, hvor borgerne inddrages i tilvejebringelsen af magtgrundlaget, og hvor lovgiveren står til ansvar over for borgerne. Retsstaten er således i bund og grund baseret på et demokratisk princip forstået meget bredt på den måde, at statens magtudøvelse over borgerne ikke kan udspilles uantastet og ubegrænset. I den klassiske retsstat spillede det demokratiske princip i praksis en tilbagetrukket rolle, idet valgretten var forbeholdt en begrænset andel af den samlede befolkning.

Den juridiske rækkevidde af dette demokratiske princip drøftes fortsat. Jens Teilberg Søndergaard argumenterer efter min mening overbevisende for, at Højesteret i den såkaldte Grundlovssag fra 1998 har lagt til grund, at Grundloven hviler på en demokratisk forudsætning, og at der heri ligger noget andet og mere end den blotte organisatoriske indretning af statens styreform.<sup>79</sup> Det fremgår ikke, om Søndergaard mener, at der kan udledes retlige virkninger direkte fra den demokratiske forudsætning. I vort perspektiv synes der imidlertid ikke at være tvivl om, at retsstatens fundamentale krav om forudsigelighed og de retssikkerhedsbeskyttelser, der følger heraf – fortrinsvis legalitetsprincippet – er nært forbundet med den demokratiske forudsætning.

Det kan konstateres, at retsstatens grundlag udgøres af et sæt kompetencenormer, som adskiller statens lovgivende organ fra selve forvaltningen af lovene, og som etablerer et selvstændigt og uafhængigt organ til varetagelse af den autoritative fastlæggelse af lovenes rækkevidde i konfliktsituationer. Kompetencenormerne angiver samtidig en procedure for vedtagelsen af lovene, som skal sikre, at magt ikke udøves arbitrært og uden inddragelse af befolkningen – eller dele af denne - som absolut legitimering af magtudøvelse.

Retssikkerhedsbegrebet virker tillige som koblingsbegreb mellem en række mere eller mindre velfunderede retspolitiske værdier eller retfærdighedsforestillinger og en konkret retlig orden. Koblingen hviler dybest set på antagelsen om, at borgerne har rettigheder, som det er statens opgave at beskytte. Denne antagelse angiver tillige den fundamentale sondring mellem retssikkerhedsbegrebets individuelle og kollektive side.

Sondringen indebærer imidlertid også, at staten kan have beskyttelsesværdige interesser. Udover borgernes beskyttelse mod overgreb fra staten består et væsentligt aspekt af borgernes beskyttelse jo også i at blive beskyttet mod overgreb fra andre borgere. Såfremt staten ikke

ønsker at overlade denne beskyttelse til borgerne selv, er den nødsaget til at intervenere i forholdet mellem borgerne. Staten opnår derfor en interesse i at kunne regulere borgernes indbyrdes forhold, herunder interesser i at kunne foretage indgreb over for enkelte borgere. Statens interesse i denne form for ”intern” regulering viser desuden direkte tilbage på staten selv, idet manglende opretholdelse af en vis orden medfører, at fundamentet for staten - samfundet – nedbrydes, og staten dermed selv står i fare.

I relation til begrebsanalysen anerkender Henrichsen, at statens interesser også omfattes af retssikkerhedsbegrebet, som dette kommer til udtryk i den såkaldte kollektive retssikkerhed, dvs. retssikkerhed forstået som den objektive realisering af retsordenen, herunder beskyttelse og opretholdelse af samfundets orden. Det er dog væsentligt at bemærke, at den kollektive retssikkerhed i de fleste fremstillinger synes at være nedtonet eller helt udelukket af retssikkerhedsbegrebet. Advokatrådets retsideologiske position i de tidligere omtalte retssikkerhedsprogrammer synes ikke at anerkende, at statsmagten som sådan kan have beskyttelsesinteresser endsige, at sådanne interesser vægter på lige fod med borgernes interesser og derfor påkalder sig tilsvarende status i den retssikkerhedsmæssige balancegang. Statens rolle og statens interesser afledes i afgørende omfang af borgernes beskyttelsesinteresser. Således begrundes og afgrænses statens behov for at intervenere i samfundslivet alene ud fra borgernes interesser i at leve i fred. Statens intervention skal i øvrigt foretages på en regelbundet måde, som gør det muligt for borgerne at indrette sig eller reagere herimod.

Retsstatens ideal om forudsigelighed søges gennemført gennem etablering af en så vidt mulig fuldstændig lovmæssig normering af forholdet mellem stat og borger samt mellem borgerne indbyrdes. Retsstatens konstituerende element udgøres derfor af en retsorden forstået som det samlede sæt af retsregler og retsgrundsætninger opstillet med det formål at begrænse skønsmæssige afgørelser. Retsstatens retssikkerhedsbegreb kan dermed identificeres med retsordenen, idet retsordenen giver udtryk for retssikkerhedsbegrebets praktiske gennemførelse. Retsordenen forudsætter et internt hierarki mellem de forskellige regler, som skal sikre, at den fortolkning, som ikke kan undgås, bliver så entydig som muligt. Modstykket hertil udgøres af etableringen af et afpolitiseret bureaukrati til sikring af, at regelansvaret foretages på baggrund af sagligt-professionelle kriterier. Retsordenen og bureaukratiet skal samtidig sikre en ensartet regelansvar på tværs af samfundet. Retsstatens ideal om forudsigelighed indeholder derfor også et krav om retsenhed. Retsheden indebærer, at retsreglerne ideelt set udgår fra ét sted – lovgivningsorganet – og at fortolkningen af reglerne så vidt muligt foretages efter samme paradigme – det juridiske.



Svifter en eller flere af disse forudsætninger bliver det mere eller mindre umuligt at opretholde det retsstatslige retssikkerhedsbegreb.

## **2.3 Det sammensatte retssikkerhedsbegreb**

### **2.3.1 Teknologiske og globale udfordringer til retssikkerhedsbegrebet**

Den klassiske retsstat var i udpræget grad domineret af en samfundsøkonomi baseret på selvforsyning eller yderst begrænset international handel for så vidt angik produktionen og distributionen af de basale goder. Der var således en tæt sammenhæng mellem lokal produktion og lokalt forbrug, ligesom de begrænsede offentlige funktioner blev udført relativt tæt på lokalsamfundene. Den enkelte borgers liv og velfærd var i høj grad afhængig af lokale fællesskaber og familien.

Den teknologiske udvikling, som fandt sted samtidig med udviklingen af velfærdsstaten, skabte behov for nye og mere komplekse samarbejdsstrukturer til afløsning af selvforsyningen og den nære lokale sammenhæng mellem produktion og forbrug, som i stigende grad blev oplevet som ineffektiv til opfyldelse af borgerens velfærdsbehov. Det moderne samfunds funktioner og produktionsmetoder er i dag mere indbyrdes afhængige end for bare 50 år siden. Således forudsætter driften af samtlige samfundsfunktioner såsom energi- og fødevarerforsyning, infrastruktur, sygehuse og skoler et komplekst samspil mellem flere indbyrdes afhængige funktioner, herunder tillige funktioner, som ikke behøver at være geografisk baseret inden for statsgrænserne. Ikke blot samfundsfunktionerne er underlagt en kompleks og sammenhængende, globaliseret arbejdsdeling. Det er faktisk muligt at kortlægge en hel international arbejdsdeling og et statsligt reguleringskompleks bag f.eks. salget af en banan i det lokale supermarked, et offentligt tilbud om en kørestol til en handicappet, eller det at åbne for det varme vand i badet. Den enkelte borgers liv og velfærd er således langt i højere grad end tidligere bundet op i et uigennemskueligt net af indbyrdes afhængigheder, som på sindrig vis tillige forudsætter en eller anden grad af regulering, og som derfor fordrer et vidt omfang af regel-intervention.

Tilsvarende gør sig gældende i relation til udviklingen af private megakorporationer, som har overtaget væsentlige servicefunktioner fra tidligere lokalt baserede virksomheder, og som indebærer, at den enkelte borgers interesser risikerer at blive tilsidesat grundet den helt naturlige magtbalance i megakorporationernes favør. Som eksempler kan nævnes etableringen af de såkaldte finansielle supermarkeder eller fødevarerkoncernerne, som i kraft af sine markedspos-

sitioner kan presse kunder eller leverandører til at acceptere vilkår, som det ikke ville være muligt at gennemføre tidligere. I forhold til denne udvikling kan der med føje peges på, at offentlig intervention har karakter af beskyttende omsorg for borgerne og ikke karakter af indgreb i borgernes friheder.

Det er umuligt i denne afhandlings sammenhæng at beskrive det samlede kompleks af de påvirkninger, den teknologiske udvikling påfører samfundet. De nævnte eksempler illustrerer, at det ikke længere er muligt klart at adskille statens eller det offentliges funktioner og ansvar fra den enkelte borgers. Skillelinjerne mellem stat og borger er således i vidt omfang og i til-læg til de påvirkninger, som velfærdsstatens forvaltningsmodel påfører, visket ud.

En særlig problematik i relation til det strafferetlige område aktualiseres i forholdet mellem teknologi og globalisering. De teknologiske muligheder indebærer, at løse netværk på tværs af landegrænser kan kommunikere, planlægge og udføre kriminalitet i lande, som netværkene måske ikke engang har tilknytning til. Muligheden for etablering af globaliserede samarbejds-mønstre kan introducere helt nye former for forståelsen af grænserne for strafbar medvirken til kriminelle handlinger, som udfordrer de nuværende danske regler herom. Teknologien indebærer også, at skadevirkningerne af f.eks. terrorhandling kan have langt videre konsekvenser end tidligere – f.eks. i forbindelse med forgiftning af drikkevandsforsyning, ødelæggelse af vital infrastruktur eller fremstillingen af højeksplosive bomber. Dette udfordrer naturligt den traditionelle måde at opfatte borgernes beskyttelsessfære på, idet risikoen for skadevirkninger i sig selv fører til et øget ønske om yderligere muligheder for overvågning og dermed om indgreb i borgernes klassiske retsstatslige rettigheder.

### **2.3.2 Retsstat og socialstat**

Det klassiske retssikkerhedsbegreb blev idémæssigt udviklet i Oplysningstiden og form-givet gennem den industrielle revolution og det tidligt borgerligt-liberale samfund frem til ud-gangen af 1800-tallet. Retsstatens ideelle stat kunne beskrives som en natvægterstat, dvs. en stat, som i videst mulige omfang ikke intervererede i det private liv, og som reserverede sin magtudfoldelse til de områder af det offentlige liv, som kunne understøtte udfoldelsen af pri-vat initiativ. De frie markedsmekanismer blev anset for at kunne varetage eventuelle forde-lingspolitiske spørgsmål, og det blev derfor ikke betragtet som nødvendigt med en vidtgående statslig indblanding i borgernes indbyrdes forhold.

Som påpeget af Henrichsen kunne den klassiske retsstat i lyset af de sociale omstændig-heder ikke indfri de forventninger, som knyttede sig til borgerrettighederne og natvægtersta-

ten.<sup>80</sup> Markedsmekanismerne var ikke i stand til at løse væsentlige fordelingspolitiske spørgsmål i samfundet, men førte til en øget social forarmelse af store dele af befolkningen. Det blev uomgængeligt at forholde sig til dette såkaldte ”sociale spørgsmål”, som i Danmark kulminerede i den såkaldte forfatningskamp med indførelse af parlamentarismen i 1901 og i den gradvise udvidelse af valgretten til at omfatte alle mænd og kvinder – senest i 1917. Løsningen på det ”sociale spørgsmål” bevirkede, at det klassiske retssikkerhedsbegreb ikke kunne opretholdes uforandret.

Dahlberg-Larsen har i den forbindelse beskrevet dette ”sociale spørgsmål” som en hoveddrivkraft bag udviklingen af en ny statsopfattelse - socialstaten eller velfærdsstaten - til afløsning af den klassiske retsstat.<sup>81</sup> Løsningen af de sociale problemer i kølvandet på industrialiseringen blev således toneangivende for de perspektiver, som siden er lagt på statens forhold til samfundet og til borgerne. Et definerende element i begrebet om socialstaten består af udviklingen af en egentlig socialpolitik. Socialpolitikken afføder en række retlige discipliner, som var ukendte for retsstaten, herunder socialretten og arbejdsretten. Socialstatens begrebmæssige elementer kan læses i den tyske forfatning af 1949, som bekender sig til en statsform baseret på demokrati, retsstatsidealene og socialstatens sociale forpligtelser. Den franske forfatning fra 1946 udtrykker forholdet således i art. 3, at statens opgave også er at ”*overvinde de forhindringer af økonomisk og social karakter, der faktisk indskrænker borgernes frihed og lighed.*” Socialstaten omfatter for så vidt dermed også de retsstatslige idealer. Disse idealer fremtræder dog i modificeret form fortolket i retning af socialstatens formål.

I relation til drøftelsen af retssikkerhedsbegrebet kan man anlægge et perspektiv om øget demokratisering som afgørende for udviklingen af den klassiske retsstat til den moderne velfærdsstat. Dahlberg-Larsen mener, at indførelsen af den almindelige valgret udgør et afgørende brud med den klassiske opfattelse af retsstaten.<sup>82</sup> Demokratiseringen indebærer, at flere interessegrupper får indflydelse på udformningen af retssystemet, og at retssystemet som sådant udsættes for kontinuerlige forandringer, som nedbryder retssystemets stabilitet. Demokratiseringen indebærer tillige et skifte i opfattelsen af statens hovedformål. Arbejderklassens behov for indførelse af sociale garantier – i første række om skolegang og forsørgelse – stiller således ”*klart formulerede krav om ganske bestemte sociale og politiske rettigheder*”<sup>83</sup>, som involverer staten i borgernes liv på en mere omfattende og direkte måde end i den klassiske retsstat. Hovedformålet i socialstaten bliver således ”*at fastslå statens sociale forpligtelser som det primære udgangspunkt for statens politik*”, hvorimod hovedformålet i retsstaten var at etablere et værn om borgernes friheds- og ejendomsrettigheder.

Socialstatens formål kan bl.a. aflæses i FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som bl.a. indeholder retten til passende ernæring, beklædning og bolig samt retten til kontinuerlig forbedring af levevilkårene. Socialstaten eller velfærdsstaten kan herefter passende beskrives som *"en stat, der varetager en række funktioner, der fremmer velfærden for landets borgere."*<sup>84</sup> Det indgår typisk heri, at det offentlige yder en række sociale ydelser, stiller uddannelsesmuligheder samt en række øvrige goder til rådighed for statens borgere. Omfanget af velfærdsydelserne, herunder om ydelserne i tillæg til sikring af fysisk velfærd også skal omfatte borgernes mentale velfærd og kulturelle forhold, er genstand for en kontinuerlig debat. Velfærdsydelseernes omfang udgør en indikator for statens intervention i samfundet og i borgernes liv.

### 2.3.3 Socialstatslige udfordringer til retssikkerhedsbegrebet

Det er klart, at de forskellige hovedformål, som opstilles af de retsstatslige og socialstatslige idealer indeholder iboende modsætninger. Retsstaten forudsætter stabilitet og beskyttelse mod statsmagtens indblanding, mens socialstaten tværtimod forudsætter kontinuerlig forandring og statslig indblanding. Henrichsen konstaterer således, at *"den redistributive socialstat...i flere – om ikke i alle – henseender repræsenterer retsstatens modsætning."*<sup>85</sup> I Henrichsens perspektiv betyder dette, at *"den retlige grundværdi, som retssikkerhedshensynet repræsenterer, har på den måde skiftet betydning fra at være centreret om borgerlige "friheder" til i stigende grad at fokusere på sociale rettigheder i vid forstand."*<sup>86</sup> Dette skifte i fokus afspejles bl.a. i socialstatens opfattelse af retsordenen som middel til social regulering og forandring.<sup>87</sup> Ikke blot lovgivning men også retsanvendelsen anskues herefter i stigende grad som *"aktiv samfundsstyring, hvor den hidtil havde fundet anvendelse som et mere passivt, opfølgende redskab"*.<sup>88</sup>

Socialstatens aktive samfundsstyring sætter sig spor i en meget kompleks og omfattende regulering om fordeling af goder – især i form af en detaljeret skatte- og afgiftslovgivning til finansiering af goderne og i form af en – om muligt endnu mere - detaljeret ydelseslovgivning til fordeling af goderne. Lovgivningens kompleksitet kendetegnes bl.a. ved, at stadig flere love griber ind i hinanden og således ikke længere alene tjener *"en konkret politik, som f.eks. boligpolitikken... men...en lang række formål på samme tid, uden at der fremgår nogen klar prioritering af målsætningerne."*<sup>89</sup> Komplexiteten gør det vanskeligt at opretholde det retsstatslige ideal om lovgivningens evne til fuldstændigt at normere retstilstanden.

Socialstatens behov for retlig aktivisme indebærer tillige, at tidligere tiders relativt stati-

ske lovgivning ikke længere opfattes som tidssvarende. Nødvendigheden af at udvikle passende retlige styringsredskaber medfører en øget brug af ramme- og planlovgivning. Den øgede anvendelse af ramme- og planlovgivning kan ses som et forsøg på at opretholde en vis lovgivningsmæssig ramme og legitimitet om de retlige afgørelser. Men selve indholdet – de enkelte afgørelser – flyder i større og større omfang som resultat af en skønsmæssig virksomhed baseret på fortolkningen af retsprincipper og vurderinger af de konkret foreliggende forhold, og ikke som følge af en direkte anvendelse af lovens ordlyd. Agnete Weis Bentzon og Torben Agersnap mener, at den udvidede brug af rammelovgivning ikke har ”*styrket rettens legitimitet. Det er sværere at finde frem til, hvad der er gældende ret og kendskab til reglerne er ikke tilstrækkeligt, men må suppleres med information om praksis.*”<sup>90</sup>

Ketscher og Rønsholdt har hertil påpeget, at den meget åbne karakter, som præger socialstatens lovgivning, ikke indeholder reelle retssikkerhedsgarantier.<sup>91</sup> Endvidere at retsanvendelsen bliver præget af vurderinger, som ikke er præget af en bestemt profession, herunder økonomiske, sociale, politiske og endda etiske vurderinger for ikke at tale om de vurderinger, som tilføres retsanvendelsen fra de konkrete ikke-juridiske offentlige sagsbehandlere. Risikoen for, at retsordenen under sådanne forhold mister sin entydighed og bliver mudret og uigenemskuelig er overhængende. Ligeledes mister legalitetsprincippet sin betydning som dækkende for beskrivelsen af retsordenen, dels fordi retsordenen ikke længere fremtræder som eneste retskilde, og dels fordi retsordenen ikke udgør et fyldestgørende grundlag at finde gældende ret på.

Retsgrundlagets åbne karakter samt udvidelsen af den offentlige intervention indebærer tillige en svækkelse af domstolenes monopol på konfliktløsning. Domstolene traditionelle retsstatslige rolle som konfliktorgan i private retstvister kan som udgangspunkt betragtes som opretholdt også i socialstaten. Antallet af retskonflikter med det offentlige som part er imidlertid vokset i et sådant omfang, at private konflikter nu udgør et mindretal af samfundets samlede retlige konflikter. Sideløbende hermed er antallet af offentlige klageorganer og rådgivende organer vokset. Disse forvaltningsretlige nævn og råd behandler langt størstedelen af retskonflikterne mellem borgerne og det offentlige eller optræder som rådgivere for det offentlige. I forhold til domstolene, hvis personale er organisatorisk og funktionelt uafhængige af forvaltningen, besættes nævn og råde ifølge Ketscher og Rønsholdt ofte med ”*repræsentanter for de persongrupper og interesser, som er den offentlige regulerings genstand.*”<sup>92</sup> Sammensætningen af organerne bevirker således, ”*at organet ofte slet ikke kan forudsættes at være uvildigt eller upartisk.*” Hertil kommer, at klageorganernes faglige ekspertise ofte virker som yderlige-

re indskrænkning af borgernes adgang til uvildig domstolsprøvelse, idet domstolene – som nærmere omtalt i afsnit 3.5 – er tilbøjelige til at lægge rekursorganernes faglige vurderinger til grund for sine afgørelser.

Endelig fremhæver Ketscher og Rønsholdt den øgede kommunalisering af forvaltningens virksomhed som et moment, der svækker ikke bare retsenheden og gennemskueligheden af retsordenen men selve grundlaget for det retsstatslige retssikkerhedsbegreb om adskillelse af den politiske og udøvende magt. Som fremhævet af Ketscher og Rønsholdt indeholder overladelsen af forvaltningskompetence til politisk valgte kommunalbestyrelser et ”*væsentligt brud på dogmet om den udøvende magt som et neutralt rent fuldbyrdende element i magtsystemet.*”<sup>93</sup> Det fremhæves hertil, at særligt de kommunale myndighedsområder er præget af et åbent og fleksibelt retsgrundlag, som i forvejen forudsætter et vist politisk element.

Henrichsen opfatter socialstatens interventionsstrategi som generelt nedbrydende for skellene mellem politik og administration og mellem stat og borger.<sup>94</sup> Heri ligger, at lovgivningen har mistet sin primært retsstatsligt begrundede funktion som begrænsende og styrende for magtudøvelsen. Socialstaten opfatter tværtimod lovgivning som et legitimt middel til opnåelse af skiftende samfundsmæssige prioriteringer, og ikke som noget, der står i vejen derfor. Henrichsen synes at mene, at retsstatsbegrebet som ramme om forståelsen af retssikkerhedsbegrebet kun har historisk interesse.<sup>95</sup> Den moderne statsopfattelse udgør efter Henrichsens opfattelse en syntese af retsstatslige og socialstatslige elementer med konturer af nye statsopfattelser i horisonten. Retsstatens krav om forudsigelighed i retsanvendelsen kan ikke oprettholdes under indtrykket af socialstatens mangesidige regulering og forvaltningens tildeling af skønsomæssig afgørelseskompetence.<sup>96</sup> Retssikkerhed får derved tillagt nye aspekter og betyngninger, som i høj grad baseres på det, som Henrichsen betegner som den ”*korporative kanal*”.<sup>97</sup> Begrebet betegner en videreudvikling af den demokratiseringsproces, som muliggjorde socialstaten, i retning af, at ”*de berørte befolkningsgrupper gennem deres respektive interesseorganisationer [har] opnået indflydelse på både lovskabelses- og implementeringsprocesserne i kraft af hørings- og repræsentationsordninger.*” Denne demokratiseringsproces spiller efter Henrichsens opfattelse en stadig større rolle som legitimering af staten og har den virkning, at ”*retssikkerhedens idé om stabilitet og bundethed genskabes på et ”højere niveau*””. Denne korporative stat integrerer så at sige gennem de demokratiske repræsentationsprocesser de forskellige interesser og sikrer en kontrol og stabilitet i lovgivningsprocessen. Til forskel fra retsstaten er statens magtudøvelse ikke så meget knyttet til detaljerede lovværker, men mere til en tæt ”*regulering af arbejdsrutiner i kraft af administrative forskrifter og*

*planer,*” samt til den øgede professionalisering af personalet i den offentlige forvaltning. Legalitetskontrollen foretages ikke så meget ved efterfølgende domstolskontrol men består i stadig stigende omfang af forudgående forebyggelse af fejl gennem etableringen af ”interne kontrolmekanismer med repræsentanter fra organiserede interessegrupper, høringsordninger, administrative klageordninger og parlamentariske kontrolmyndigheder.”<sup>98</sup>

Med henvisning til den norske teoretiker Thomas Mathiesen skitserer Henrichsen de eventuelle magttilslørende aspekter ved socialstatens retsanvendelse. Disse aspekter kan behandles i spændingsfeltet mellem såkaldt ”styringsjura” og ”retssikkerhedsjura”. Styringsjura beskrives som en retsanvendelse, der tager udgangspunkt i ”styringsteknologiske tankebaner.”<sup>99</sup> Styringsjura er velegnet til socialstatens retsanvendelse, idet den åbner retsanvendelsen op for andre faktorer end de traditionelt juridiske, herunder bl.a. udstrakt anvendelse af ramme- og planlovgivning, behovsanalyser, introduktionen af samfundsvidenskabelige metoder i retsvidenskaben og inddragelse af såkaldte ”reale hensyn” i den juridiske metodelære. Ifølge Henrichsen påpeger Mathiesen, at styringsjuraen indeholder ”skjulte repressive træk”, og risiko for, at retssystemet ”åbnes for magtstærke interesser og en teknokratisk orientering af myndighedernes praksis, hvor værdigrundlaget og statens undertrykkelsespotentialer nedtones.”<sup>100</sup>

Forholdet er behandlet af Bettina Lemann Kristiansen i relation til en række analyser af samspillet mellem forvaltningsmyndighed og borger foretaget som led i den danske magtudredning.<sup>101</sup> Analyserne er foretaget med afsæt i en forståelse af velfærdsstaten, der som ”den gode hyrde, vogter over sin flok og bekymrer sig om det enkelte individs velfærd”, og med dette sigte udøver ”en blid, normaliserende disciplinering.”<sup>102</sup> Magtanvendelsen foretages skjult og omdefineres så at sige til andre termer – f.eks. til udøvelse af hjælp eller vejledning. Denne stærkt symbolske omskrivning har til formål at formå borgerne til ”at bøje sig, uden at de føler, at de er udsat for magt.” Omskrivningen af magtforholdene finder stærkest udtryk i den øgede anvendelse af aftaler<sup>103</sup> Aftalerne skaber illusionen om, at borgerne frivilligt opfylder forvaltningens krav, f.eks. ved frivilligt at betale gælden til det offentlige, underlægge sig misbrugsbehandling eller sætte sit barn i pleje. Den øgede anvendelse af aftaler som forvaltningsretligt instrument betragtes som et udslag af ”ikke-juristernes generelle pragmatiske tilgang til retsanvendelse, herunder deres opfattelse af retsprincipper”. Aftaler muliggør således en mere åben tilgang til retsanvendelsen, men nedtoner til gengæld de juridiske elementer, herunder de traditionelle retssikkerhedsgarantier til afgørelsers form og grundlag.

Ifølge Lemann viser analyserne, at forvaltningens magtudøvelse ”åbenlyst” ikke begræn-

ser sig til legal myndighedsudøvelse, men tillige omfatter en række uhjemlede magtpraktikker såsom støtte, overtalelse, forhandling, disciplinering og kontrol i et sammenblandet forløb. Som eksempel nævnes den ofte forekommende situation, at forvaltningen undlader at oplyse borgeren om dennes procesrettigheder. Undladelsen begrundes som led i forvaltningens forsøg på at etablere positive og imødekommende rammer omkring et møde med borgeren. Introduktion af procesrettigheder risikerer at afsløre det reelle magtforhold mellem forvaltning og borger, idet fokus fjernes fra løsninger og flyttes til rettigheder og krav. Ifølge Lemann indebærer situationen stik imod hensigten, at borgeren efterlades i et retsløst rum. Forvaltningens omtolkning af de reelle magtrelationer øger derfor ikke blot forvaltningens magt, men øger tillige borgerens afmagt.

### **2.3.4 Det sammensatte retssikkerhedsbegreb**

Det er således klart, at en række forudsætninger for det retsstatslige retssikkerhedsbegrebet enten er svigtet eller er noget slidte i koderne. Således udsættes retssikkerhedsbegrebet for udfordringer i forbindelse med faktorer, som kan betegnes som eksterne, dvs. faktorer, som har sin oprindelse i processer uden for statens umiddelbare kontrol - f.eks. den teknologiske udvikling og globaliseringstendenserne. Andre faktorer, som kan kaldes interne i den forstand, at de beror på de politiske processer inden for statsapparatet, påvirker retssikkerhedsbegrebet ”indefra”. De to typer af faktorer virker naturligvis i sammenhæng. Opdelingen i eksterne og interne faktorer anvendes alene som en midlertidig kategorisering af visse analytiske træk ved faktorerne. Således indebærer de eksterne faktorer i almindelighed, at de kan underlægges det til enhver tid værende retssikkerhedsbegreb. Statens svar på sådanne faktorer vil typisk bestå i at regulere faktorernes indflydelse på samfundet. Reguleringen finder sted på baggrund af den herskendes retsopfattelse i staten, og faktorerne indebærer ikke nødvendigvis, at der stilles grundlæggende spørgsmål ved denne opfattelse.

Anderledes med de interne faktorer, idet disse indebærer, at der stilles grundlæggende spørgsmål til selve opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet. Disse interne faktorer giver sig endvidere udslag i en omfattende retsteoretisk udvikling som skitseret af Henrichsen.<sup>104</sup> De interne faktorer vedrører noget fundamentalt og rører ved selve retssikkerhedsparadigmet. Den væsentligste interne faktor består i udviklingen af socialstatens forvaltningsapparat til indfrielse af borgernes velfærdsbehov. Etableringen af socialstaten indebærer, at lovgivningen ansues som middel til social forandring, hvorved en stigende statslig eller offentlig intervention i individets retsstatslige frihedssfære legitimeres. Interventionen forfølger først og fremmest



sociale udligningsformål, men har efterhånden antaget en omfattende karakter, hvor også borgernes økonomiske og kulturelle forhold anses for at udgøre relevante offentlige opgaver. I samspil med teknologiseringen og globaliseringen understøttes behovet for yderligere intervention og gør samtidig de samfundsmæssige sammenhænge mere komplekse og uigennemskuelige.

Tilsammen udsætter disse udviklingstendenser det klassiske retsstatslige retssikkerhedsbegreb for en række udfordringer, herunder især i relation til bevarelsen eller udviklingen af nye opfattelser af retssikkerhedsbegrebets grundlæggende fordring om forudsigelighed. Det er formentlig en rigtig antagelse, når Henrichsen konstaterer, at udviklingen efterlader flere lag, og at den socialstatslige retsopfattelse således fungerer sideløbende med det retsstatslige retssikkerhedsbegreb. Der kan i så fald tales om en retsforståelse, som er sammensat af flere retsopfattelser, hvor den konkrete situation så at sige påkalder sig den retsmodel eller retsanvendelse, som findes bedst egnet til situationen. Om man i relation hertil kan tale om retssikkerhed i traditionel forstand er tvivlsomt. Til gengæld udelukker opfattelsen ikke, at der for visse områder fortsat opereres med et klassisk retsstatsligt retssikkerhedsbegreb, mens der på andre områder tages afsæt i socialstatens styringsmæssige retsaktivisme.

## **2.4 Retssikkerhedsbegrebets strukturerende funktion**

Den klassiske forståelse af retssikkerhedsbegrebet som koblingsbegreb kommer til udtryk på mange niveauer. Begrebsanalysen viste, at et vigtigt aspekt i den klassiske forståelse bestod i sammenkoblingen af moralske værdier med retlige forestillinger. Retssikkerhedsbegrebet kan således siges at have to sider – en politisk side og en juridisk side. Den politiske side opsamler moralske værdiforestillinger og retfærdighedsforestillinger. Gennem den retspolitiske proces konkretiseres disse værdier til en operativ retlig terminologi. Retssikkerhedsbegrebet virker her som en slags katalysator for en stadigt stigende konkretisering af disse værdier til retsprincipper og retsregler, som kan anvendes på juridisk relevant måde. Dette aspekt ved retssikkerhedsbegrebet kan betegnes som det klassiske retssikkerhedsbegrebs juridiske funktion. Denne retlige konkretiseringsproces er i det foregående illustreret ved dels at påvise en sammenhæng mellem grundlæggende retfærdighedsforestillinger og fundamentale retspolitiske værdier og dels at vise, hvorledes disse værdier udtrykkes i retlig terminologi som udtryk for konkrete og operative juridiske termer – retsprincipper og retsregler. Konkretiseringsprocessen etablerer herved en retlig orden som udtryk for et retligt værdisystem. Retsordenen fungerer som grundlag og ramme for realisering af de retlige værdier i staten, i samfundet og

mellem borgerne indbyrdes. Konkretiseringsprocessen kan således også ses som en mekanisme, hvorigennem almenmenneskelige erfaringer og værdiforestillinger transformeres til samfundsrelevante styringsbegreber.

I samfundsteoretisk perspektiv udgør det retlige værdisystem blot et af flere parallelle værdisystemer, idet man også kan tale om en økonomisk orden, en social orden og en række andre sideløbende værdisystemer, som virker normgivende og regulerende inden for deres respektive referenceområder. Den retlige orden har dog et særtræk, som adskiller denne orden fra mange andre parallelle ordner, idet den retlige orden virker på tværs af de øvrige ordner. Retsordenen virker normgivende og regulerende for adfærden i samfundet som helhed, og er ikke begrænset til et eller flere særegne referenceområder. Retsordenens fokus er rettet mod den samlede aktivitet i samfundet, og ideelt set virker den retlige orden derfor som koordinerende mellem de øvrige værdisystemer. I tillæg til at optage almenmenneskelige forestillinger om værdier og retfærdighed optager retsordenen også værdier fra de øvrige værdisystemer, som den koordinerer.

Retsordenens centrale værdiformidlende position, herunder retssikkerhedsbegrebets juridiske funktion er for så vidt upåvirket af, hvilken retsopfattelse der er den fremherskende. Dette aktualiseres særligt klart i forhold til socialstatens opfattelse af retten som åben for deltagelse og fortolkning af ikke-jurister. Det er muligt, at retsordenens sammenhængende og entydige karakter nedbrydes eller fragmenteres under indtryk af særligt påvirkningerne fra socialstatens styringsbehov. Det er ikke muligt fyldestgørende at vurdere, om dette tillige vil indebære, at selve retsordenen som værdiformidlende system også nedbrydes. Det må imødeses, at både retssikkerhedsbegrebet såvel som retsordenens funktion vil udsættes for reformuleringer – formentlig i ganske vidtgående retninger – men dette vil ikke medføre et sammenbrud. Denne opfattelse støttes på, at retssikkerhedsbegrebet og retsordenen som sådanne kan betragtes som udslag af fundamentale almenmenneskelige værdi- og retfærdighedsforestillinger. Retssikkerhedsbegrebets centrale position som koblingsbegreb mellem disse værdier og den retlige orden bevirker, at retssikkerhedsbegrebet ikke kan være andet end dynamisk og sammensat af en række andre værdisystemer. Retssikkerhedsbegrebet er dermed i selve sin grundstruktur åben for reformulering. Retssikkerhedsbegrebets konkrete udtryk kan derfor ikke opfattes som andet og mere end historisk betingede værdiopfattelser. Retssikkerhedsbegrebet kan endvidere opfattes som en forståelses- og fortolkningsramme om de til enhver tid gældende værdisystemer. Retssikkerhedsbegrebets kerne om forudsigelighed – legalitet – udtrykker i dette perspektiv begrebets aktuelle væsentligste funktion som strukturerende princip

for forholdet mellem de øvrige værdisystemer.

Et eksempel herpå kan findes i Per Andersens historiske analyse af proportionalitets- og ækvivalensprincippet i strafferetten.<sup>105</sup> Andersen opfatter ækvivalensprincippet som et princip, der handler om at ”*genoprette balancen, ligevægten, mellem de involverede parter.*”<sup>106</sup> Proportionalitetsprincippet udtrykker et princip om forholdsmæssighed, at der skal være et passende forhold mellem forbrydelsen og den udmålte straf. Fokus i ækvivalensprincippet er et lighedsideal, at noget er ligeværdigt, mens fokus i proportionalitetsprincippet kredser om muligheden for at kunne differentiere.

Inden for strafferetten har ækvivalensprincippet historisk været udlagt mellem to positioner – enten ”*at der for forbrydelser af samme grovhed skal foretrækkes straffe af samme strengthed*”, eller ”*at der skal være et lige forhold mellem forbrydelsens følger og straffens strengthed.*”<sup>107</sup> Positionerne er ikke identiske. Den første position indebærer ens straf for ens forbrydelser, mens den anden position antyder, ”*at forbrydelse og straf er ligeværdige, f.eks. at drab straffes med en livstidsdom eller ligefrem henrettelse.*” Andersens analyse viser, at de to ækvivalenspositioner har været skiftende over tid. Proportionalitetsprincippet har mere stabilt været anvendt i forhold til den konkrete strafudmåling, men har over tid udviklet sig fra et skærpende princip til et formildende princip ved strafudmålingen.

Andersen mener, at strafferetten i middelalderen blev domineret af ækvivalensprincippet forstået som ligeværdighed mellem forbrydelse og straf, som gengældelse - i sin reneste form som hævn drab som straf for drab.<sup>108</sup> Middelalderen introducerede imidlertid også proportionalitetsprincippet som fast bestanddel af strafferetten. Proportionalitetsprincippet blev især aktualiseret på baggrund af udviklingen af et sindrigt bødesystem til afløsning af især hævn drab. Bødesystemets dominans indebar, at middelalderens strafferet hørte til i den mildere ende, men også at straffen kunne differentieres – udmåles i penge i forhold til brøden.<sup>109</sup> I tiden frem til Oplysningstiden blev strafferetten i stigende grad domineret af ækvivalensprincippet i den strengeste forståelse af gengældelse. Proportionalitetsprincippet blev her inddraget som et skærpende redskab ved strafudmålingen. Udviklingen siden Oplysningstiden har imidlertid gået i retning af ækvivalens forstået som ens straffe for ens forbrydelser og anvendelsen af proportionalitet i retning af en moderation af straffen.

Udviklingen ses i høj grad som båret af udviklingen i selve formålet med at straffe. I tidlig middelalder synes strafferetten at hvile på et ønske om at skaffe den forurettede oprejsning. Som følge af en svag statsmagt var fuldbyrdelsen overladt til den forurettede selv. Ækvivalensprincippet synes da at finde udtryk i positionen om straf som ligeværdig med for-

brydelsen, og som skulle fuldbyrdes som et spejlbillede heraf. Proportionalitet blev i middelalderen inddraget som et moment, der ofte virkede i formildende retning. Anderledes frem til Oplysningstiden, hvor proportionalitet virkede i skærpende retning. Denne retning for proportionalitetsprincippet begrundes formentlig i, at opfattelsen af strafferettens formål gik fra oprejsning til fysisk afskrækkelse. Oplysningstiden tilførte til gengæld en humanisering, således at straffens præventive formål blev søgt opnået gennem en stigende anvendelse af frihedsberøvelse. Dette indebar tillige en mulighed for at differentiere straffen yderligere – blot i tid til forskel fra i penge, som i middelalderens bødesystem.

Andersens analyse konkluderer, at *”den strafferetlige udvikling kun giver mening, hvis den ses som udtryk for nogle principielle overvejelser om, hvorfor det er nødvendigt at straffe, og hvad straf er eller bør være.”*<sup>110</sup> Andersens analyse finder, at princippernes konkrete udtryk forandres i takt med tidens udvikling og behov, men principperne bevarer alligevel en kerne primært forstået som et tankeskema, hvori strafferettens formål og indhold udvikles. Med henvisning til Jørgensens opfattelse af retfærdighedsbegrebet udtrykker ækvivalens og proportionalitet således nogle grundlæggende almenmenneskelige retfærdighedsforestillinger og retlige erkendelseskategorier. Principperne virker stabiliserende ved at strukturere måden, hvorpå det foranderlige indhold udtrykkes, og kan derfor på en og samme tid anskues som både uforanderlige og foranderlige.

Tilsvarende gør sig gældende for retssikkerhedsbegrebet, idet dette begreb dog favner bredere end ækvivalens- og proportionalitetsprincipperne. I kraft af retssikkerhedsbegrebets centrale funktion som strukturerende princip for en række andre værdisystemer, integrerer begrebet tillige disse værdisystemer i et samlet retligt hele, og fungerer dermed som et væsentlig bærende element for statens og samfundets sammenhængskraft. Dette kan også ses som en direkte følge af begrebets uadskillelige sammenhæng med den demokratiske styreform som absolut legitimerende faktor. Dette aspekt fik sit afgørende gennembrud i demokratiseringsprocesserne forbundet med udviklingen af socialstaten. Retssikkerhedsbegrebet hænger således uløseligt sammen med demokratiet og dermed tillige med selve kernen og omdrejningspunktet i de moderne vestlige statsdannelser og samfundsformer. I dette perspektiv bliver retssikkerhedsbegrebets funktion således gennem kontinuerlig strukturering af værdisystemer i en retlig terminologi at understøtte og opretholde den demokratiske stats- og samfundsmodel.

## 2.5 Retssikkerhedsbegrebets balance

Analysen af retssikkerhedsbegrebet afdækker en forudsætning om forudsigelighed i rets-anvendelsen som fundament for en beskyttelse af individet mod magtudøvelse fra statens side. Denne afgrænsning hviler på antagelsen om, at borgerne har rettigheder, som det er statens opgave at beskytte. Dette aspekt ved retssikkerhedsbegrebet betegnes som individuel retssikkerhed. Analysen afdækker også, at staten kan have beskyttelsesværdige interesser, og at disse interesser især kommer til udtryk i form af et krav om objektiv realisering af retsordenen, herunder beskyttelse og opretholdelse af samfundets orden. Dette aspekt af retssikkerheden betegnes som kollektiv retssikkerhed. Et væsentligt element i den kollektive retssikkerhed omfatter hensynet til borgernes, statens og samfundets sikkerhed. Det er balancen mellem den individuelle og den kollektive retssikkerhed, som udgør omdrejningspunktet for Advokatrådets Prisopgave og dermed også for denne afhandling.

I lyset af retssikkerhedsbegrebet som strukturerende og bærende i forhold til den demokratiske samfundsmodel træder grundlaget for den kollektive retssikkerhed klart frem. Den demokratiske styreform kan siges at udgøre selve forudsætningen og det praktiske fundament for, at retssikkerhed overhovedet kan udspilles, ligesom det demokratiske princip gennemsyrrer selve statsopfattelsen og forståelsen af, hvorledes forandringer gennemføres i samfundet som helhed. Interessen i at opretholde denne styreform udgør dermed udgangspunktet for den kollektive retssikkerhed.

Hensynet til den kollektive retssikkerhed har været fremtrædende i dansk ret frem til ca. 1980'erne. Således bemærker Jens Johansen, at hensynet til den kollektive retssikkerhed kan spores som dominerende helt tilbage til 1825.<sup>111</sup> Johansen har i en undersøgelse af begrebets anvendelse ved domstolene vist, at den kollektive betydning stort set forsvandt fra sprogbru- gen i løbet af 1980'erne. Omvendt spores anvendelsen af retssikkerhed i den individuelle be- tydning til 1978. Johansens resultater dokumenterer, at domstolene på under ti år skifter an- vendelse af retssikkerhedsbegrebet fra den kollektive til den individuelle betydning. Udvik- lingen sker samtidig med en stigende juridisk debat om begrebet. Hos mange moderne forfat- tere synes hensynet til den kollektive retssikkerhed tillige at være nedtonet eller helt udeluk- ket fra retssikkerhedsbegrebet. Det er således den grundlæggende præmis om retssikkerheds- begrebets kerneområde som beskyttelsen af individet over for indgreb fra statsmagtens side, som udgør Advokatrådets opfattelse af retssikkerhedsbegrebet. Advokatrådets retssikkerheds- program fra 2009 opstiller nærmest et katalog over relationer, hvori retssikkerhed indgår og bør overvejes. Ved nærmere eftersyn indeholder kataloget imidlertid ikke nye perspektiverin-

ger udover de klassiske dyder som modsætningen mellem individbeskyttelse og statsmagt, spørgsmålet om lovmæssighed – legalitetsprincippet – offentlighed og forudsigelighed samt sammenhængen mellem procesregler og selve indholdet af de beskyttede rettigheder. Som et muligt nyt perspektiv indgår dog spørgsmålet om balancen mellem effektivitet, håndhævelse og samfundsøkonomiske betragtninger. Det er ikke nærmere beskrevet, hvad der ligger heri, men der tænkes formentlig på de tidligere omtalte systemhensyn. De retlige udfordringer for det klassiske retssikkerhedsbegreb, som er forbundet med fremvæksten af socialstaten, øger kravene til retssikkerhedsbegrebets spændvidde, såfremt dette fortsat skal opfattes som centralt for samfundets sammenhængskraft. Retssikkerhedsprogrammet indeholder ikke betragtninger om dette forhold. Udover passager, hvor statens interesse i kriminalitetsbekæmpelse anerkendes, og at *”almindelige borgere skal kunne føle sig trygge, og at der kan være behov for at forbedre beskyttelsen af ofrene for kriminalitet”*<sup>112</sup>, giver kataloget ikke grobund for at antage, at Advokatrådet anerkender den meget fundamentale interesse i at opretholde den demokratiske model som et hensyn, der vægter på linje med hensynet til den individuelle retssikkerhed. Der er alt i alt tale om en forholdsvis ”tekstnær” læsning af det klassiske retssikkerhedsbegreb omsat til den moderne virkelighed uden, at dette i øvrigt giver anledning til drøftelse af, hvilke eventuelle konsekvenser denne virkelighed kan have for selve retssikkerhedsbegrebet.

Det er tværtimod et af formålene med retssikkerhedsprogrammet at sikre, *”at diskussionen om retssikkerhed ikke – som det i vidt omfang sker – sammenblandes med diskussionen om sikkerhed.”*<sup>113</sup> Advokatrådet synes således ikke at anerkende, at hensynet til statens og samfundets sikkerhed udgør en relevant del af retssikkerhedsbegrebet. Dette kan undre, idet statens og samfundets sikkerhed i almindelighed fremhæves som retspolitisk begrundelse for en række af de lovændringer, som drøftes senere, og som har givet direkte anledning til denne prisopgave. Rådets opfattelse undrer endnu mere, når det tages i betragtning, at en række af de legitime hensyn, som betinger fravigelse fra udgangspunkterne om individets beskyttelse i EMRK, netop henviser til sikkerhedsbetragtninger. Den politiske og den retlige virkelighed i form af EMRK peger således i retning af en anderledes og mere udbygget retssikkerhedsforståelse end det klassiske retssikkerhedsbegreb rummer. Det forekommer herefter hverken politisk eller retligt relevant at udelukke hensynet til den kollektive sikkerhedsinteresse fra fortolkningen af retssikkerhedsbegrebets rækkevidde og dermed fra fastlæggelsen af begrebets betydning i forskellige konkrete sammenhænge. Den begrebsmæssige sammenhæng mellem retssikkerhedsbegrebet og den demokratiske samfundsmodel, herunder især retssikkerhedsbe-

grebets strukturerende og bærende funktion, indebærer, at hensynet til beskyttelsen af samfundsmodellen må danne udgangspunktet for fortolkningen af retssikkerhedsbegrebet og dets praktiske regulering. Det er så at sige begrebsmæssigt uomgåeligt at sammenblande retssikkerhed med sikkerhed, idet disse aspekter tilsammen udgør det fortolkningsrum, hvori retssikkerhedsbegrebet udfolder sig.

### 3. Retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger

*For at en straf aldrig skal blive en voldshandling begået af en eller mange mod en privat borger, må den frem for alt være offentlig, hurtig, nødvendig, så lille som mulig efter de givne omstændigheder, udmålt i forhold til forbrydelsen og dikteret af loven.*

Beccaria, Om forbrydelse og straf.

#### 3.1 Retsstatens operative elementer - grundprincipper og grundrettigheder

Dette afsnit tager sigte på at vise, at den herskende juridiske teori fortsat i meget vidt omfang baserer sig på det retsstatslige retssikkerhedsbegreb, og at dette begreb er klart dominerende indenfor visse strafferetlige discipliner. Afsnittet belyser en række juridiske grundrettigheder og grundprincipper ud fra den antagelse, at disse rettigheder og principper i retlig terminologi udtrykker centrale retlige forestillinger i retssikkerhedsbegrebet

Begrebet grundrettigheder er på det seneste ved at vinde fodfæste som betegnelse for det samlede sæt af rettigheder, der i almindelig juridisk teori opfattes som grundlæggende for et retssamfund. Betegnelsen finder anvendelse uanset rettighedernes karakter af menneskerettigheder, frihedsrettigheder, sociale, økonomiske eller andre rettigheder og uanset, om rettighederne er nedfældet på skrift eller optræder som uskrevne retsgrundsætninger.<sup>114</sup>

Henrik Palmer Olsen angiver et perspektiv, som opfatter grundrettigheder som ”*principper, der udgør en slags matrix for det samlede retssystem, og som får indflydelse på, hvilke blandt flere mulige fortolkningsprincipper, der skal finde anvendelse.*”<sup>115</sup> Det kan diskuteres, om denne sprogbrug er hensigtsmæssig. Betegnelsen grundrettighed leder tanken hen på noget mere håndfast end et princip. Endvidere at rettigheden vedrører et fundamentalt spørgsmål. Ikke alle rettigheder er derfor grundrettigheder. De skal samtidig værne om noget, som i almindelighed opfattes som en væsentlig værdi. Det er klart, at en sådan værdi vil få afgørende indflydelse på hvilke fortolkningsprincipper, der skal anvendes. Med til rettighedsbegrebet hører tillige, at værdien har fundet konkret udtryk i en retsregel. Har den ikke det, er der ikke tale om en rettighed, men om et princip. Principper kan også angå – og gør vel for det meste – væsentlige og grundlæggende værdier. I så fald betegnes de som grundprincipper, og har som sådanne også afgørende indflydelse på fortolkningen.

Det forekommer mest naturligt at betegne de principper, der har fået konkret udtryk i Grundloven eller EMRK som grundrettigheder. Uskrevne principper, som betragtes som udtryk for væsentlige værdier, kan herefter betegnes som grundprincipper. I forlængelse af den



foregående begrebsanalyse vil sådanne principper ofte ikke være udledt af grundrettigheder. Forholdet er nærmere omvendt, idet rettigheder typisk forudsætter et princip, som rettigheden herefter udtrykker konkret. Begrebsanalysen betragter principperne som begrundet i mere dybtliggende værdier, herunder forestillinger om retfærdighed, som principperne så at sige giver retligt liv til. Der er altså tale om en konkretisering af værdier til rettigheder – om en retlig operationalisering af værdier.

Dette afsnit fokuserer på en række af disse operationaliserede værdier i form af principper og rettigheder, som traditionelt betragtes som fundamentale for en retsstat. Afsnittet tager sigte på at konkretisere nogle aspekter af den foregående begrebsanalyse og vise, hvorledes retssikkerhedsbegrebets grundforudsætninger finder konkrete udtryk i den retlige regulering i form af styrende retsgrundsætninger. Afsnittets formål er at afdække, om det retsstatslige retssikkerhedsbegreb fortsat kan betragtes som styrende for den juridiske forståelse af den aktuelle retlige orden samt hvilke krav, der kan udledes heraf. Afsnittet introducerer tillige på et generelt plan nogle strafferetlige og straffeprocessuelle temaer som afsæt for drøftelsen af de udvalgte lovtæmaer i afhandlingens retspolitiske del.

### **3.2 Retsstaten lever**

Uagtet de svigtende forudsætninger for det retsstatslige retssikkerhedsbegreb opfattes de vestlige demokratier fortsat i almindelighed som retsstater. Traditionelt sondres mellem kontinentaleuropæisk og angelsaksisk retstradition.<sup>116</sup> Storbritannien, Irland, USA og Canada udgør kernelande i den angelsaksiske retstradition, som yderligere kan opdeles i en europæisk og oversøisk tradition. Angelsaksisk retstradition – og især den oversøiske variant fra USA – er i langt højere grad end den kontinentaleuropæiske tradition baseret på konkrete retsafgørelser – såkaldt ”caselaw”. Af samme grund udgør retsafgørelser et afgørende grundlag for retsfortolkningen og retsanvendelsen i denne tradition. Forholdet har naturligvis også sat sig igennem i statens organisation. Domstolene får en meget fremtrædende rolle – igen eksemplificeret med USA, hvor domstolene på mange områder udgør en egentlig politisk autoritet.

Anderledes i den kontinentale tradition, hvor lovgivning spiller en central rolle. Dette kan også ses i forhold til organiseringen af staten i administrative enheder opbygget omkring hver sit lovgivningsmæssige hovedområde. Domstolene lever et mere tilbagetrukket liv – formentlig med den tyske Forbundsforfatningsdomstol som den mest aktive, og den danske Højesteret som en af de mest passive. Det kan her bemærkes, at den tyske Forbundsforfatningsdomstol ligesom den tyske forfatning i øvrigt er baseret på angelsaksisk tradition udformet efter Anden

Verdenskrig efter især amerikansk forlæg. Kuriøst kan yderligere nævnes, at tysk ret, som en af retshistoriens fremmeste eksponenter for kontinental retstradition, i efterkrigstiden kan siges at udgøre en syntese af begge traditioner.

I takt med EU's integrerende funktion er der tegn på, at kontinental og angelsaksisk tradition smelter sammen. Dette kan bl.a. ses ved, at omfanget af lovgivning i Storbritannien er stærkt stigende i kølvandet på, at den EU-retlige reguleringstradition er udpræget kontinental. På den anden side kan den angelsaksiske tradition muligvis genfindes i EU-domstolens og Menneskerettighedsdomstolens nærmest aktivistiske praksis.

Uanset forskellene i retstradition udviser samtlige vestlige demokratier de formelle retlige kendetegn, som Henrichsen opstillede som kendetegn for en retsstat. Alle demokratierne er baseret på en forfatning, de reguleres i høj grad af love, og de er tillige processtater i og med, at borgerne har adgang til at få prøvet retsanvendelsen ved uafhængige prøvelsesorganer.

### **3.3 Grundlovens retsstatslige karakter**

Den danske Grundlov fra 1849 udgør – på trods af tre efterfølgende revisioner (senest i 1953) – fortsat en retsstatslig forfatning. Grundloven fastlægger således en række grundlæggende principper og rettigheder. Retsstatens legitimerende demokratiske princip kan genfindes i Grundloven § 29 om valgretten og § 31 om valg til Folketinget. Grundloven opererer i § 3 med en traditionel magtfordeling mellem Folketinget, Kongen (regeringen) og domstolene. Regeringens kompetence er nærmere afgrænset i en række bestemmelser, hvor særligt § 15 om parlamentarismen kan fremhæves som udtryk for retsstatens demokratiske forudsætning.

Den demokratiske variant, som består i parlamentarismen, befæster parlamentets – Folketingets – magt i forhold til regeringen, idet parlamentet som udtryk for folkeviljen i sidste instans kan tvinge en regering til at gå af, hvis parlamentet udtrykker mistillid til regeringen. Parlamentarisme sikrer, at regeringen ikke udnytter sin beføjelse til at forhale lovgivningsprocessen ved at nægte at underskrive lovene. Parlamentarisme indebærer derfor i realiteten, at Folketinget udgør den øverste myndighed, idet regeringen er afhængig af et folketingsflertal.<sup>117</sup> Ganske uagtet de aktuelle forfatningsretlige diskussioner om den nærmere afgrænsning af regeringens selvstændige beføjelser antages derfor også i almindelighed, at et folketingsflertal kan tilsidesætte en regeringsbeslutning.<sup>118</sup> Folketingets kompetence er såkaldt omnipotent og kun afgrænset i forhold til domstolenes kompetence som prøvelsesorgan i medfør af §§ 3 og 61-65 samt friheds- og ejendomsrettighederne.<sup>119</sup> Hertil kan endvidere henregnes adgangen til at opkræve skatter, som indeholder et særligt skærpet krav til udformningen af skat-

telove. Ikke uvæsentlige er endvidere de retsprincipper, som i overensstemmelse med den gennemførte begrebsanalyse udledes af selve retsstatsbegrebet, herunder især legalitetsprincippet, som udgør kernen i retssikkerhedsbegrebet.

Det er herefter klart, at Grundlovens struktur tilhører den retsstatslige gruppe af forfatninger. Grundloven fokuserer således på ordningen af statens styre ud fra et demokratisk princip og en fordeling af magten på de organer, som opfattes som centrale i en retsstat – parlament, forvaltning og domstole – som ramme om det, man kan kalde statens indre magt, dvs. statens evne til at lovgive og føre lovene ud i livet. I tråd med den klassiske opfattelse af retsstaten opstilles et værn om borgernes frihed som ramme om det, man kan kalde statens ydre magt, dvs. grænserne for statens evne til at lovgive overhovedet. Grundlovens struktur afspejler således i vidt omfang den klassiske forståelse af retsstaten med beskyttelsen af individet i centrum.

### 3.4 Friheds- og menneskerettigheder

Traditionelt antages frihedsrettighederne at udgøre en yderste grænse for statsmagtens – Folketingets - kompetence til at lovgive. Henrik Vædele Elmquist opsummerer hovedformålene med frihedsrettighederne således, at de sikrer borgernes retssikkerhed ”*gennem en vis beskyttelse af den enkeltes personlige frihed, privatliv og ejendomsret*”.<sup>120</sup> Herudover sikrer rettighederne ”*en fri meningsdannelse, hvilket udgør en forudsætning for såvel et politisk som religiøst liv*.” Endelig sikrer rettighederne visse sociale og kulturelle minimumsrettigheder.

Grundlovens frihedsrettigheder grupperes forskelligt afhængig af hvilke forfattere, der henvises til. Henrik Zahle grupperer rettighederne bredt som omfattende religionsfriheden, undervisningsfriheden, erhvervsfriheden, den personlige frihed, privatlivets fred, herunder boligens ukrænkelighed, ejendomsrettens grænser, ytringsfriheden, herunder forenings- og forsamlingsfriheden samt nødretten.<sup>121</sup> Hertil kan føjes en yderligere beskyttelse af ejendomsretten i form af et skærpet krav til lovgrundlaget, når der skal opkræves skatter og afgifter.

I 1992 blev Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) inkorporeret som en del af dansk ret.<sup>122</sup> Ifølge Elmquist indebærer dette imidlertid ingen umiddelbar begrænsning i Folketingets lovgivningskompetence.<sup>123</sup> EMRKs retlige stilling i forhold til dansk ret og Grundloven beskrives som dobbelt. På den ene side opfattes EMRK på linje med øvrig lovgivning. Dette betyder, at EMRK har forrang frem for love, som er vedtaget før inkorporeringen, og som strider mod EMRK. Til gengæld har senere love forrang frem for EMRK. Dette betyder, at EMRK ikke har lovskraft over almindelige love, og derfor ikke kan tilsidesætte

Grundloven eller virke bindende for fortolkningen af denne. På den anden side har EMRK også virkning som traktat. Efter de anerkendte fortolkningsprincipper vedrørende forholdet mellem dansk lov og traktater betyder dette, at traktatbrud så vidt muligt skal undgås.<sup>124</sup> Herefter vil domstolene forsøge at fortolke de danske love, så de bliver i overensstemmelse med traktaten – såkaldt konventionskonform fortolkning. Kan dette ikke lade sig gøre, opretholdes den danske lov. Fortolkningsprincippet bygger således på et ønske om at harmonisere dansk lovgivning med Danmarks internationale forpligtelser på en sådan måde, at den internationale forpligtelse opretholdes. Fortolkningsprincippet betyder dog, at traktatbestemmelser tilsidesættes, hvis de strider mod en nyere dansk lov, idet man så går ud fra, at Folketinget har ønsket at tilsidesætte traktatens bestemmelser. I forhold til inkorporeringen af EMRK i dansk ret betyder det, at bestemmelser i EMRK kan tilsidesættes ved en senere dansk lov. Som anført af Jonas Christoffersens er der ”en ubrudt parlamentarisk tradition for, at lovgiver vil overholde Danmarks internationale forpligtelser inden for menneskerettighedsområdet”. Bevist lovgivning i strid med EMRK vil derfor næppe forekomme.<sup>125</sup> I juridisk teori drøftes, om EMRK kan få en betydning for fortolkningen af Grundloven. Også her gælder fortolkningsprincippet om harmoni mellem dansk og international ret, således at fortolkningen af Grundloven i videst mulige omfang vil søge at skabe overensstemmelse med EMRK. Kan overensstemmelse ikke opnås, vil Grundloven have forrang.<sup>126</sup> Peer Lorenzen giver udtryk for, at domstolene er tilbageholdende med at ”tage selvstændig stilling til fortolkningen af konventionen, hvor der ikke foreligger praksis fra konventionsorganerne og en underkendelse af den gældende danske retstilstand vil have indgribende følger.”<sup>127</sup> Det betyder, at på områder, hvor der ikke foreligger praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), vil domstolene som udgangspunkt opretholde den danske retstilstand.

Et beslægtet spørgsmål består i, om den fortolkningsstil, som EMD har anlagt i forhold til EMRK vil smitte af på danske domstole, når de skal prøve grundlovsbestemmelser – enten isoleret i forhold til dansk ret eller i forhold til EMRK. EMDs fortolkningsstil kendetegnes ved at være dynamisk og aktivistisk. EMD har således tiltaget sig en fortolkningskompetence, som efter danske forhold kan virke politiserende. Spørgsmålet er, om danske domstole vil blive påvirket i mere aktivistisk retning, fordi EMRK er inkorporeret. Loven, som inkorporerede EMRK i dansk ret, bygger på en forudsætning om, at domstolene i første omgang skal lade Folketinget foretage den løbende tilpasning af dansk ret til EMRK gennem lovgivning. Udgangspunktet er således, at den fortolkningsstil, som danske domstole traditionelt anvender, ikke ændres, fordi EMRK er inkorporeret i dansk ret. Domstolene må således formodes at af-

vente en tilkendegivelse fra lovgiver, før de begiver sig ud i en mere aktivistisk fortolkningsstil. Ifølge Lorenzen er forudsætningen for en mere aktivistisk fortolkning ved danske domstole, ”at de danske bestemmelser eller begreber ikke efter deres ordlyd eller forarbejder tilsigter et snævrere beskyttelsesområde” end EMRK.<sup>128</sup> Det betyder, at danske domstole formentlig ikke kan forventes at ændre fortolkningen af dansk lov alene fordi EMRK er inkorporeret. På trods af tilløb i den juridiske teori til at anbefale en udvidet konventionskonform grundlovsfortolkning viser retspraksis ingen klare indikationer i denne retning.

Efter inkorporeringen af EMRK i dansk ret er det almindeligt at inddrage menneskerettighederne i behandlingen af de danske frihedsrettigheder. Zahle benævner konsekvent frihedsrettighederne som menneskerettigheder.<sup>129</sup> Louise Nan Rasmussen og Søren Schönberg opfatter også frihedsrettighederne som menneskerettigheder.<sup>130</sup> De opstiller en sondring mellem to kategorier af menneskerettigheder, hvoraf frihedsrettighederne udgør den ene kategori. Frihedsrettigheder kendetegnes ved ikke at indeholder krav om offentlige ydelser. Frihedsrettighedernes hovedsigte er, at ”beskytte imod indgreb – eller i det mindste betinge indgreb af domstolsprøvelse, der fungerer som garanti for, at indgrebet er berettiget ud fra visse almene hensyn.” Frihedsrettighederne er passive i den forstand, at de udelukkende kræver beskyttelse. Disse rettigheder genfindes i Grundloven og FN’s menneskerettighedserklæring fra 1948. Den anden kategori af menneskerettigheder indeholder til gengæld udtrykkelige krav på ydelser. Disse såkaldte ydelsesrettigheder er begrundet i, at ”de personlige og politiske rettigheder ikke er meget værd for den, som er for fattig eller for uvidende til at få glæde af dem. Deres formål er at sikre ret til visse (minimale) ydelser fra statens side.” Efter denne opfattelse vil f.eks. undervisningsfriheden kunne udlægges som en ydelsesrettighed om et krav på gratis folkeskoleundervisning. Elmquist sonder mellem positive og negative menneskerettigheder.<sup>131</sup> De positive menneskerettigheder svarer til ydelsesrettighederne, idet de pålægger staten forpligtelser til at yde noget til borgerne, mens de negative nedlægger forbud mod statens indgriben. Grundlovens frihedsrettigheder kan således opfattes som en delmængde af de negative menneskerettigheder. Ydelsesrettighederne, eller de positive menneskerettigheder, hører til den del af det menneskeretlige kompleks, som også betegnes de økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Dette kompleks blev etableret fra begyndelse af 1960-erne og udgør et supplement til de oprindelige – negative - menneskerettigheder. Ydelsesrettighederne omtales ofte som 2. generationsrettigheder. De oprindelige negative menneskerettigheder - frihedsrettighederne eller 1. generationsrettighederne - er opbygget efter samme princip som de klassiske frihedsrettigheder i Grundloven og fokuserer på personlig og politisk frihed samt visse

procesgarantier i forbindelse med strafforfølgning af individer. EMRK hører til den frihedsretlige 1. generation af menneskerettigheder. Uanset de forskellige kategoriseringer af rettighederne er det klart, at rettighederne opstiller et værn om borgerne i forhold til statsmagten.

### 3.4.1 Rækkevidden af friheds- og menneskerettighederne

Det drøftes stadig i juridisk teori, om Grundlovens frihedsrettigheder og EMRK indeholder nogen reel indholdsmæssig eller materiel beskyttelse af borgerne. Der er bred enighed om, at udtrykkene i Grundloven om, at den personlige frihed, boligen og ejendomsretten er ukrænkelig ikke skal opfattes som andet end ”*politiske programerklæringer*” uden konkret retligt indhold, men dog muligt som retningsgivende for fortolkningen.<sup>132</sup>

Der synes således ikke at være tvivl om, at Grundlovens beskyttelse af den personlige frihed i § 71 kun i begrænset omfang begrænser lovgivers kompetence.<sup>133</sup> Bortset fra et forbud mod diskrimination indeholder beskyttelsen af den personlige frihed alene garantier af processuel karakter. Det har således ikke været hensigten at opstille en generel beskyttelse af den personlige frihed forstået bredt som overbegreb for en række rettigheder og friheder af personlig karakter.<sup>134</sup> Grundloven § 71 begrænser sig til at regulere de fundamentale, processuelle fremgangsmåder i forbindelse med anholdelse og varetægtsfængsling samt frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen. Bestemmelsen indeholder krav om en kvalificeret hjemmel til at frihedsberøve, krav om dommerfremstilling samt udelukkelse af varetægtsfængsling for bøde- og hæftestrafte. Udover forbuddet mod diskrimination er der ingen begrænsning på, hvad der kan føre til frihedsberøvelse. Forbuddet mod diskrimination kan derfor opstilles som eneste materielle værn om borgerne, idet der ikke kan lovgives om at frihedsberøve borgere på grund af deres ”*politiske eller religiøse overbevisning eller sin afstamning*”. Dette forbud omfatter oveni købet kun danske statsborgere. Det er omtvistet, om begrænsningen til danske statsborgere kan opretholdes i relation til det generelle diskriminationsforbud i EMRK art. 14, idet denne artikel bl.a. forbyder diskrimination som følge af national oprindelse.<sup>135</sup>

Grundloven § 71 har sit modstykke i EMRK art. 5. EMRK art. 5 har et dobbelt sigte i forhold til Grundloven § 71, idet art. 5 i tillæg til den personlige frihed også beskytter den personlige sikkerhed. Det er uklart, hvad der ligger heri, idet retspraksis vedrørende kravet på personlig sikkerhed er sparsom. Der er dog enighed om, at kravet ikke indeholder forpligtelser for staten til at beskytte borgere mod overgreb fra andre borgere.<sup>136</sup> EMRK art. 5 indeholder endnu færre materielle garantier end Grundloven § 71, idet art. 5 opstiller et omfattende katalog af situationer, hvor frihedsberøvelser er lovlige. I forhold til spørgsmålet om den kon-

ventionskonforme fortolkning af dansk ret kan EMRK art. 5 således anskues som et bredt legitimerende fortolkningsrum for Grundloven § 71.<sup>137</sup> En række af de lovlige frihedsberøvelser i EMRK art. 5 har således udmøntet sig i dansk lovgivning, f.eks. i udleveringslovene, udlændingelovgivningen eller om frihedsberøvelse inden for psykiatrien. Væsentligt er dog, at både Grundloven § 71 og EMRK art. 5 indeholder et grundlæggende processuelt krav om lovhjemmel for indgreb i den personlige frihed. Således kan frihedsberøvelse kun finde sted i henhold til lov ligesom frihedsberøvelsen skal foregå efter en forud fastlagt proces samt kunne indbringes for en domstol.

Heller ikke Grundloven § 72 om privatlivets fred og meddelelshemmeligheden antages at sætte materielle grænser af betydning for statens adgang til at lovgive om bestemmelsens beskyttelsesområde.<sup>138</sup> Grundloven § 72 beskytter boligen og andre steder, hvortil der ikke er almindelig adgang, herunder erhvervslokaler og jordarealer mv., hvad man opbevarer dér, samt meddelelshemmeligheden. Udgangspunktet er, at indgreb i beskyttelsen kun kan foretages efter retskendelse, dvs. at en domstol skal have taget stilling til lovligheden og omfanget af et brud på beskyttelsen. Der stilles ikke krav om, at retskendelsen skal indhentes, inden indgrebet foretages. Kravet om retskendelse er stort set kun opretholdt inden for strafferetsplejen, herunder også i form af efterfølgende indhentelse heraf. Kravet omfatter ransagning og indgreb i meddelelshemmeligheden, hvilket behandles senere. Ifølge Grundloven § 72 kan beskyttelsen af privatlivets fred fraviges ved ”*særegen undtagelse*” fastsat ved lov. Særegne undtagelser har fundet udtryk i en række love, som giver offentlige myndigheder adgang til boligen – typisk med henblik på at efterse eller kontrollere installationer eller tekniske fremgangsmåder – levnedsmiddelkontrol, kontrol af el-anlæg mm. Elmquist antager, at domstolene vil være tilbageholdende med at underkende disse ”*særegne*” undtagelser.<sup>139</sup> Germer mener ligefrem, at anvendelsen af ”*særegne*” undtagelser har antaget et sådant omfang, at tingene er ”*stillet på hovedet. Det, der skulle være enkeltstående undtagelser, er tæt på at blive den praktiske hovedregel.*”<sup>140</sup> Der er efter det foreliggende over 200 særskilte hjemler, som fraviger kravet om retskendelse. Det er ikke misvisende at opfatte kravet om retskendelser som illusorisk. Kravet har dog den betydning, at fravigelsen i det mindste forudsætter en lovhjemmel.

EMRKs beskyttelse af privatlivets fred er bredere end Grundloven § 72. EMRK art. 8 fastsætter således, at ”*enhver har ret til respekt for privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance*”. Betingelserne for, hvornår der kan gøres indgreb i privatlivets fred fremtræder noget snævrere i EMRK art. 8 end i Grundloven § 72. For det første opstilles et krav om, at

indgrebene skal have udtrykkelig lovhjemmel. Dernæst må indgrebene ikke forekomme, med mindre det er ”nødvendigt i et demokratisk samfund”. Endelig skal indgrebene specifikt forfølge hensynet til ”den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.” Der ses ikke i den foreliggende litteratur at være taget stilling til spørgsmålet om overensstemmelsen mellem de mangfoldige danske ”særegne” undtagelser til Grundlovens § 72 og de krav, som opstilles i EMRK art. 8 som betingelser for, at undtagelser kan foretages. I lyset af den voksende betydning, som EMRK tillægges, kan det formentlig antages, at EMRK art. 8 med tiden vil yde stigende inspiration til de danske domstole i relation til vurderingen af indgreb i privatlivets fred, som finder sted uden for strafferetsplejen.<sup>141</sup>

Grundloven § 73 om ejendomsrettens beskyttelse ligger på et tilsvarende lavt indholdsmæssigt beskyttelsesniveau som § 71 og § 72.<sup>142</sup> Bestemmelsen kan anskues som en procedurebestemmelse i forbindelse med gennemførelsen af ekspropriation - især med hensyn til fastsættelsen af en erstatning. Der er med andre ord tale om en ren processuel bestemmelse, hvor efter ekspropriation kan ske, ”hvor almenvellet kræver det”, ved særskilt lov og ”mod fuldstændig erstatning.” I dansk ret anvendes især inden for planlovgivningen begrebet ”erstatningsfri regulering”. Afhandlingen skal ikke gå nærmere ind i dette begreb, bortset fra at bemærke, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger ekspropriation eller en ”erstatningsfri regulering” beror på en såkaldt samlet vurdering, hvor bl.a. indgrebets konkrete eller generelle karakter indgår med betydelig vægt.<sup>143</sup> Det bør nævnes, at lovgivningen på plan- og miljøområdet indeholder adskillige hjemler til at foretage også relativt konkrete indgreb i ejendomsretten uden, at dette betragtes som ekspropriation. Den eneste materielle begrænsning, som kan udledes af Grundloven § 73 knytter sig således til begrebet om almenvellet. Med henvisning til, at indgreb kan prøves af domstolene, afviser Germer nærmest behovet for en nærmere afklaring af begrebet.<sup>144</sup> Orla Friis Jensen kommer ikke begrebet nærmere end, at det efter almindelig opfattelse må ”forstås som ensbetydende med almene samfundshensyn. En udtømmende bestemmelse af begrebet er ikke mulig, men der må tages forbehold for rene særinteresser.”<sup>145</sup> Almenvellet rækker dog videre end offentlige interesser, idet også private interesser kan være omfattet. Det vil også her føre for vidt at gå dybere ind i denne diskussion. Det kan dog konstateres, at begrebet om almenvellet i dansk ret ikke er udviklet til et sådant stade, at der kan drages retligt relevante konsekvenser heraf i forhold til Grundloven § 73. Væsentligt at bemærke er dog, at kravet om lovhjemmel i retspraksis har haft den virkning, at grænserne



for almenvellet i konkrete sager reelt drages af Folketinget og ikke af domstolene.<sup>146</sup> Elmquist rejser i den forbindelse spørgsmålet, om 1. tillægsprotokol til EMRK art. 1 indebærer eventuelle materielle begrænsninger for lovgivningskompetencen.<sup>147</sup> Det fremgår af tillægsprotokollen, at ekspropriation alene må ske i ”*samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper.*” For så vidt angår betingelsen om samfundsinteressen fremgår af kommentaren til EMRK, at staten er tillagt en bred margen til at skønne, hvornår samfundsinteressen er tilgodeset.<sup>148</sup> EMD vurderer dog, om staten kan anses for at have handlet i god tro. Kravet om god tro indebærer, at ”*statens vurdering skal være ’manifestly without foundation’*”, før god tro antages ikke at foreligge. Dette krav kan ikke anses for at begrænse statens skøn i væsentligt omfang. Elmquist anfører dog, at forskellen i formuleringen mellem Grundloven § 73 og art. 1 i tillægsprotokollen til EMRK kan ”*føre til forskellige syn på ejendomsretten*” mellem dansk ret og EMRK.<sup>149</sup> Det fremhæves, at Grundloven § 73 er formuleret som en procesbestemmelse om fremgangsmåden ved ekspropriation, mens art. 1 i tillægsprotokollen er formuleret som et forbud. Dette kan på den lange bane muligvis få en fortolkningsmæssig betydning for danske domstoles vurdering af både ukrænkelighedsprincippet, almenvellet samt erstatningsudmålingen. Indtil videre er dette ikke målbart.

Grundlovens beskyttelse af ytringsfriheden består af flere regler. Hovedbeskyttelsen i Grundloven § 77 suppleres af foreningsfriheden i § 78 og forsamlingsfrihed i § 79 med dennes begrænsning ved opløb i § 80. Ytringsfriheden antages at udgøre den afgørende forudsætning for retsstatens demokratiske legitimering.<sup>150</sup> Rettighederne omtales derfor også som de politiske rettigheder. Det kan derfor ikke undre, at rækkevidden heraf har været underlagt heftig diskussion – på det seneste især i forbindelse med den såkaldte Muhammedkrise, hvor tegninger af den muslimske profet Muhammed i danske aviser fik global betydning i form af højroastede politiske og folkelige protester fra mellemøstlige lande. De politiske friheder udgør et varmt politisk og retspolitisk emne, som viser frihedernes altid aktuelle betydning i demokratiske såvel som ikke-demokratiske stater.

Der er bred opbakning i den juridiske teori om, at Grundloven § 77 indeholder en såkaldt formel beskyttelse af ytringsfriheden. Det fremgår således direkte af § 77, at ”*enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker*” og, at ”*censur og andre forebyggende forholdsregler kan ingensinde på ny indføres.*” Der kan derfor ikke være væsentlig tvivl om, at Grundloven tildeler alle en ubegrænset adgang til ytre sig. Det fremgår imidlertid også af § 77, at udnyttelsen af ytringsfriheden sker ”*under ansvar for domstolene.*” Formuleringen

har medført betydelig usikkerhed omkring den materielle rækkevidde af beskyttelsen. Umiddelbart lægger formuleringen op til, at staten frit kan indskrænke ytringsfriheden, blot der ikke er tale om foranstaltninger, som forhindrer ytringerne i at blive fremsat. Germer er dog af den opfattelse, at ytringsfriheden skal fortolkes under hensyn til en grundsætning ”*om uindskrænket ytringsfrihed vedrørende offentlige anliggender.*”<sup>151</sup> Denne skulle indebære, at der ikke kan pålægges strafansvar for ytringer fremsat om staten og samfundet i bred forstand. Ytringsfriheden opfattes derved som hovedsagelig rettet mod det politiske liv. Heroverfor har Zahle opstillet en tese om ytringsfriheden som en grundlæggende kulturel værdi.<sup>152</sup> Denne værditese baserer afgrænsningen af ytringsfrihedens materielle beskyttelse ”*på en bedømmelse af de interesser, som anfægtes af den pågældende ytring, interessen i at ytringen offentliggøres, og at dette sker sanktionsfrit, ligesom sanktionens tyngde må stå i et rimeligt forhold til den eventuelle krænkelse.*” Tesen yder dog ikke nogen umiddelbar konkret vejledning om rækkevidden af beskyttelsen.

Domstolene synes at basere afgrænsningen af beskyttelsen på den såkaldte konkrete interesseafvejningsteori suppleret af Germers grundsætning om offentlige anliggender.<sup>153</sup> Herefter går domstolene ind i en konkret afvejning af formålet og sammenhængen med en konkret ytring i forhold til en eventuel samfundsmæssig interesse i, at ytringen fremsættes, afvejet over for eventuelle krænkelse, som ytringen måtte have forårsaget. Den journalistiske ytringsfrihed udgør et kernepunkt for denne praksis. En sådan meget konkret baseret afgrænsning kan imidlertid ikke udtrykke nogen klar eller principielt begrundet linje, men må snarere opfattes som en pragmatisk – og for så vidt tidsbunden – tilgang til problemstillingen. Retspraksis indebærer derfor, at ytringsfrihedens grænser lider af en vis retsusikkerhed, idet forudsigeligheden i forbindelse med udnyttelsen af ytringsfriheden er svækket. Som påpeget af Germer bør ”*indholdet af den grundlovssikrede ytringsfrihed...ikke afhænge af skiftende højesteretsflertals konkrete præferencer, men bør fastlægges ud fra principielle synspunkter.*”<sup>154</sup>

Ytringsfriheden beskyttes også af EMRK art. 10. Denne beskyttelse omfatter et bredere område end Grundloven § 77, idet EMRK også beskytter ”*meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.*” EMRK opstiller imidlertid herefter det sædvanlige katalog af hensyn, som kan betinge indgreb i friheden, for så vidt indgrebene er ”*nødvendige i et demokratisk samfund*” og forfølger ”*den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udsprelse af for-*

*trolige oplysninger eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.*” Elmquist fremhæver, at EMRK trods sine undtagelser principielt harmonerer med Zahles værditese og fremhæver, at danske domstole i stigende omfang henviser til EMRK art. 10 i sager om Grundloven § 77.<sup>155</sup> Zahle synes også at mene, at de hensyn, som EMRK opstiller som undtagelser til ytringsfriheden kan inddrages som fortolkningsmomenter i forhold til Grundloven § 77.<sup>156</sup> Albæk Jensen gør dog opmærksom på, at EMRK’s undtagelser *”er meget bredt formulerede og derfor i høj grad overlader det til de retsanvendende myndigheder – herunder lovgivningsmagten – at fastlægge det nærmere indhold i disse hensyn.”*<sup>157</sup> EMRK art. 10 bidrager derfor i realiteten ikke til at afklare retstilstanden eller forudsigeligheden af denne yderligere. Det må herefter konstateres, at heller ikke beskyttelsen af ytringsfriheden indebærer væsentlige begrænsninger i lovgivningskompetencen dog med det forbehold, at domstolene synes at tildele ytringsfriheden en vis konkret begrundet materiel beskyttelse. I den forbindelse har praksis ved EMD haft en vis indflydelse på de danske domstole.

Grundloven § 78 og § 79 indebærer på tilsvarende vis som § 77, at borgernes stiftelse af foreninger samt deltagelse i forsamlingsforeninger ikke på forhånd kan forbydes. Det antages, at forbuddet i § 78 mod forudgående censur af foreninger alene retter sig mod stiftelse af foreninger til ideelle formål, herunder videnskabelig og oplysende virksomhed.<sup>158</sup> Forskellige former for betingelser og vilkår kan således opstilles som forudsætning for stiftelse af erhvervsdrivende sammenslutninger, investeringsforeninger mv. Den formelle foreningsfrihed betyder endvidere, at opløsning af foreninger kun kan finde sted ved lov eller dom.<sup>159</sup> Den materielle beskyttelse af foreningsfriheden i § 78 er endvidere begrænset til *”ethvert lovligt øjemed”*, ligesom foreninger, der *”virker ved eller søger at nå deres mål ved vold, anstiftelse af vold eller lignende strafbar påvirkning af anderledes tænkende, bliver at opløse ved dom.”* Kerneområdet udgøres naturligt nok af politiske partier, som antages at indebære, at der ikke kan opstilles regler, som hæmmer partiernes adgang til den politiske proces.<sup>160</sup> Tilsvarende antages religiøse foreninger at være særligt beskyttede. Foreningsfrihedens voldsbegrænsninger antages tilige kun at vedrøre foreninger, som udøver konkret og vedvarende vold eller trussel herom. Abstrakt voldsforherligelse i revolutionær terminologi er således ikke forbudt.<sup>161</sup> Det udgør endvidere en meget praktisk væsentlig betingelse, at *”de ulovlige aktiviteter er forbundet med foreningens virksomhed, og ikke blot kan tilskrives dens enkelte medlemmer.”*<sup>162</sup> Udover politiske og religiøse foreninger er det vanskeligt at angive det materielle beskyttelsesområde præcist. Elmquist konkluderer da også, at Grundloven § 78 på dette område har *”karakter af et retspolitisk princip.”*<sup>163</sup>

Forsamlingsfriheden i Grundloven § 79 antages at udgøre en grundlæggende rettighed af tilsvarende betydning for demokratiet som ytringsfriheden.<sup>164</sup> Blandt frihedsrettighederne nyder forsamlingsfriheden formentlig den bredeste materielle beskyttelse. Det følger direkte af § 79, at alle ubevæbnede forsamlinger er beskyttede. Forsamlinger forudsætter heller ikke tilladelse. Der kan dog af hensyn til politiets ret til at overvære forsamlinger og regulere færdsel mv. i forbindelse med demonstrationer stilles krav om anmeldelse, herunder krav om at forsamlingen skal følge bestemte ruter. I praksis kan anmeldelse indgives umiddelbart efter beslutning om forsamlingens afholdelse.<sup>165</sup> Anmeldelsespligten har således alene karakter af en ordensforskrift. Politiet har endvidere ret til at overvære offentlige forsamlinger, ligesom forsamlinger ”under åben himmel” kan forbydes, såfremt ”der af dem kan befrygtes fare for den offentlige fred.” Det er forudsat af Henning Koch, at faren for den offentlige fred alene omfatter kvalificerede ”anslag mod almene interesser af betydelig værdi dvs. trusler mod borgernes liv eller velfærd, omfattende tingsødelæggelser, angreb på offentlige...bygninger og kontorer eller på samfundsvigtige institutioner”.<sup>166</sup> Forbuddet skal endvidere være nødvendigt for at afværge eller stoppe faren.<sup>167</sup> Det er altså ikke enhver ”ballade i gaden”, der kan begrunde et forbud mod en forsamling. I denne forbindelse kan nævnes, at forsamlingsfriheden ikke omfatter opløb. Opløb defineres som ”en tilfældig og helt uorganiseret sammenstimlen af mennesker”.<sup>168</sup> Selv opløb nyder dog en vis beskyttelse, idet Grundloven § 80 foreskriver, at væbnet magt mod et opløb forudsætter, at opløbet tre gange forgæves er opfordret til at opløses. En forsamling kan overgå til opløb, når forsamlingens organisation og formål er brudt sammen. Forbud mod en forsamling på grund af frygt for den offentlige fred kan nedlægges forinden forsamlingen afholdes. Af den foreliggende sparsomme praksis kan formentlig udledes, at forsamlinger nyder en vid beskyttelse, og at der skal kunne befrygtes omfattende ødelæggelser, før forsamlinger kan forbydes. Det er tvivlsomt hvilken reel vejledning, der kan hentes i EMRK art. 11, som omfatter både forenings- og forsamlingsfriheden. På samme måde som ved ytringsfriheden opstiller EMRK art. 11 et tilsvarende katalog over undtagelser, som overlader Folketinget et relativt ubegrænset skøn til at fastsætte indskrænkninger i rettighederne. På den baggrund kan Grundloven § 78 og § 79 betragtes som et bedre materielt værn om borgernes rettigheder end EMRK art. 11.

### 3.4.2 Afsluttende om friheds- og menneskerettighederne

Sammenfattende kan det konkluderes, at Grundlovens frihedsrettigheder - muligvis med forbehold for forsamlings- og foreningsfrihederne – ikke yder nogen materiel beskyttelse af

betydning i relation til Folketingets lovgivningskompetence.

Det kan dog konstateres, at domstolene for så vidt angår ytringsfriheden har anlagt en fortolkning, som yder en vis materiel beskyttelse, men at denne beskyttelse har karakter af konkret interesseafvejning, og derfor ikke har udviklet principielle overvejelser og begrundelser. Der kan rejses spørgsmål ved, om en sådan afgrænsning er egnet til at opfylde Grundlovens retsstatslige forudsætning om forudsigelighed i retsanvendelsen.

Det kan endvidere konkluderes, at de tilsvarende rettigheder i EMRK, trods deres umiddelbare indtryk af udvidelser til Grundlovens frihedsrettigheder, i realiteten ikke indeholder synderlig bedre materielle garantier. Dette kan i høj grad tilskrives formuleringen af de legitime undtagelser til rettighederne, som indebærer, at staterne er overladt en betydelig skønsmargen i forbindelse med vedtagelse af indskrænkninger i rettighederne. Også her tages forbehold for forholdene vedrørende ytringsfriheden, idet EMDs praksis har medført en udvidelse af den danske fortolkning af ytringsfrihedens grænser i relation til den journalistiske frihed. Det samlede billede af rettighedernes materielle rækkevidde frister imidlertid til at betegne både Grundloven og EMRK som et katalog over undtagelser frem for et katalog over rettigheder.

Endelig kan konkluderes, at frihedsrettighederne og de tilsvarende menneskerettigheder i EMRK – på trods af 101 års tidsmæssig adskillelse - indeholder betydelige strukturelle og indholdsmæssige ligheder, og således fremtræder som modelleret over samme model med rod i det klassiske retsstatslige retssikkerhedsbegreb.

Med henvisning til den relativt spinkle materielle beskyttelse, der kan udledes af de to regelsæt, er det dog tvivlsomt, hvilke reelle begrænsninger rettighederne stiller som grænse for statsmagtens muligheder for at gribe ind i borgernes liv. Rettighederne stiller sig således ikke umiddelbart hindrende i vejen for yderligere offentlig intervention, og kan som sådan ikke betragtes som stridende mod den socialstatslige forståelse af retten som middel til social forandring. Rettighederne indeholder som udgangspunkt dog den væsentlige retssikkerhedsgaranti, at indgreb skal foretages efter en forudgående fastlagt proces, skal være hjemlet i lov og skal kunne indbringes for domstolene. Rettighederne har således mere karakter af processuelle minimumsgarantier frem for egentlige materielle rettigheder. Dette fokus indebærer, at domstolene får en central rolle i forbindelse med afgrænsningen af rettighedernes eventuelle materielle beskyttelse, og med at påse, om de processuelle fremgangsmåder er opfyldt. Domstolene bliver således i mere end én forstand dørholdere for statens indtrængen i borgernes retssfærer.

### 3.5 Domstolskontrollen

Om man vil anskue reglerne om domstolskontrol med forvaltningen som en frihedsrettighed eller som en konstitutionel begrænsning af Folketingets lovgivningskompetence beror på en smagssag. Elmquist betragter Grundloven § 63 om domstolsprøvelse af ”*ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser*” som en frihedsrettighed, idet det ”*primære sigte er sikringen af borgernes retssikkerhed og et demokratisk samfund.*”<sup>169</sup> Som tidligere anført udgør en uafhængig domstolskontrol et bærende element i retsstaten. Domstolskontrollen antages at sikre den lovmæssige forvaltning. Det bør måske her nævnes, at EMRK art. 13 tillige opstiller et krav om adgang til effektive retsmidler til imødegåelse af indgreb i menneskerettighederne. Ifølge EMRK-kommentaren påberåbes bestemmelsen ofte uden den store selvstændige betydning.<sup>170</sup> Med effektive retsmidler menes, at der skal være adgang til at påtale en krænkelse ved et organ, som kan tage selvstændig stilling til, om der foreligger en krænkelse, som kan give oprejsning. Adressering af krænkelse kan ske ved administrative klageorganer, såfremt organet har tilsvarende kompetence som en domstol. Med effektivt retsmiddel menes endvidere, at borgeren skal sikres mulighed for at kunne føre en relevant sag, dvs. typisk har adgang til det relevante afgørelsesgrundlag, således at f.eks. en påstand om straf kan imødegås.

Domstolenes position som en integreret del af statsstyrets øverste myndigheder fremgår af Grundloven § 3, hvorefter ”*den dømmende magt er hos domstolene.*” Dette antages i almindelighed at indebære en organisatorisk såvel som funktionel uafhængighed for domstolene i forhold til de øvrige statsmagter.<sup>171</sup> Den funktionelle uafhængighed er beskrevet i Grundloven § 64, 1. led, hvoraf fremgår, at ”*dommerne i deres kald alene har at rette sig efter loven.*” Denne bestemmelse til hensigt at sikre uafhængigheden af regeringen og Folketing. Bestemmelsen er således et blandt flere udtryk for den væsentlige adskillelse mellem lovgivende og dømmende magt, som ligger i det klassiske retssikkerhedsbegreb. Grundloven § 64, 1. led indebærer f.eks., at tilkendegivelser fra regering og Folketing om afgørelsen af konkrete retssager ikke binder domstolene. Endvidere at tilkendegivelser fra en minister eller embedsmand om fortolkning af loven heller ikke binder domstolene. Folketingets udtalelser i forbindelse med vedtagelsen af lovene, herunder udtalelser fra det lovensvarlige ministerium i lovens bemærkninger har alene betydning som fortolkningsbidrag. Det er klart, at sådanne fortolkningsbidrag har større betydning, hvor lovens ordlyd er uklar, hvor loven er ny, eller hvor de omhandlede bestemmelser ikke har været anvendt tidligere.

Grundloven § 63 indebærer en begrænsning i Folketingets lovgivningskompetence, idet

Folketinget ikke kan fratage domstolene adgangen til at prøve rækkevidden af lovgivningen. Domstolene anses for kompetente til at underkende love som grundlovsstridige – udøve såkaldt forfatningskontrol.<sup>172</sup> Tvind-sagen fra 1999 anses af Peter Germer som et ”*ubestridelig*” bevis på dette.<sup>173</sup> Forfatningskontrol fremgår ikke af Grundloven § 63, idet denne alene tager stilling til ”*øvrighedsmyndighedens grænser*”, hvorved der i almindelighed tænkes på forvaltningens virkeområde. Det har derfor været drøftet, om forfatningskontrollen er knyttet til andre bestemmelser. Pernille Boye Koch konkluderer, at forfatningskontrollen er begrundet i en ”*forfatningsretlig sædvane med grundlovsrang, og at kompetencen således ikke kan opheves ved almindelig lov.*”<sup>174</sup> Som anført af Boye Koch har spørgsmålet formentlig ingen aktuel praktisk betydning, idet der er bred politisk opbakning til, at domstolene kan udøve forfatningskontrol.

Noget andet er, at domstolene traditionelt har været meget tilbageholdende med at underkende love som grundlovsstridige. Ifølge Germer har Højesteret uden grund anlagt den betragtning, at underkendelse af en lov som grundlovsstridig forudsætter sikker og utvivlsom uoverensstemmelse mellem loven og Grundloven.<sup>175</sup> Underkendelsen af loven om tilskud til Tvindskolerne udgør efter Germers opfattelse ikke ”*en radikal kursændring*” i forhold til udgangspunktet.<sup>176</sup> Synspunktet støttes af Boye Koch, idet den såkaldte Tvind-sag ”*alene ikke kan udgøre fundamentet for en påstand om, at domstolenes prøvelse af loves grundlovs-mæssighed har undergået en markant forandring og ikke længere kan karakteriseres som tilbageholdende*”.<sup>177</sup> For fuldstændighedens skyld bemærkes, at Tvind-sagen omhandlede et enestående tilfælde af lovgivning, som reelt måtte betragtes som rettet mod én part. Højesteret fandt, at Folketinget derved havde tiltaget sig reel dømmende magt, og at dette var i strid med Grundloven § 3. Sagen skal ses på baggrund af, at Højesteret normalt er vejet tilbage fra at underkende love som grundlovsstridige. Germer synes at mene, at domstolene ikke udnytter deres prøvelsesret i tilstrækkeligt omfang. Faktum er, at kun tre love siden Grundlovens indførelse i 1849 kendt grundlovsstridige.<sup>178</sup>

Karsten Hagel-Sørensen udtrykker den almindelige opfattelse af domstolenes prøvelsesadgang i forhold til almindelige love således, at ”*domstolene foretager en legalitetsprøvelse, dvs. en prøvelse af forvaltningsaktens retsgrundlag, myndighedens kompetence, iagttagelsen af formelle forskrifter mv., mens domstolene ikke prøver forvaltningens frie skøn.*”<sup>179</sup> Heri ligger, at domstolsprøvelsen som udgangspunkt er begrænset til det skriftlige hjemmelsgrundlag for en myndighedsafgørelse. Forvaltningens skønsudøvelse er således undtaget fra prøvelsen. Domstolene påser således kun, om forvaltningen f.eks. har haft hjemmel til at nægte at udste-

de en tilladelse, og om de formelle procedurer er overholdt. Domstolene prøver ikke selve beslutningsgrundlaget for nægtelsen, fordi denne beslutning beror på et skøn over de konkrete omstændigheder, og dette skøn er ved lov henlagt til forvaltningen. Prøvelsesbegrænsningen udtrykker for så vidt en logik, som kan udledes af legalitetsprincippet, idet Folketinget jo netop ved bestemmelser om skøn har overladt det til myndighederne at udfylde lovens rammer. Hagel-Sørensen bemærker dog, at prøvelsesbegrænsningen er kraftigt modificeret, idet ”*det frie skøn reelt normeres af en række principper, der er udviklet i domspraksis, f.eks. forbuddet mod at forfølge usaglige formål (magtfordrejning), kravet om, at ligeartede tilfælde skal behandles på samme måde, og et krav om, at en retsfølge ikke må stå i misforhold til sagens omstændigheder.*” Som begrebsanalysen af retssikkerhedsbegrebet viste, kan disse principper udledes af retsstatens retssikkerhedsbegreb. Det kan i den forbindelse nævnes, at EMRK art. 6 forudsætter et krav på domstolsprøvelse, hvis der er ”*uenighed af retlig karakter*” mellem borgeren og forvaltningen.<sup>180</sup> Det vil således ”*i almindelighed næppe være tilstrækkeligt, at klageren er uenig i skønsudøvelsen som sådan, men sagen må rejse spørgsmål om, hvorvidt skønsudøvelsen har været retlig korrekt.*” EMRK anerkender således, at domstoles prøvelsesret i almindelighed er begrænset til spørgsmål af retlig karakter.

En beslægtet problemstilling opstår i forbindelse med områder, hvor forvaltningens afgørelse har været underlagt forudgående prøvelse hos fagkyndige organer eventuelt af domstolslignende karakter. Det er her den almindelige opfattelse, at domstolene er tilbageholdende med at underkende afgørelser fra sådanne organer, forstået på den måde, at kravene til afgørelsernes uforenelighed med lovgrundlaget skrues i vejret.

Et særligt spørgsmål vedrører såkaldte endelighedsbestemmelser. Endelighedsbestemmelser er bestemmelser i lovgivningen, som afskærer domstolene fra at prøve afgørelser i henhold til pågældende lov. Sådanne bestemmelser kan fastsætte, at domstolene alene kan prøve retlige spørgsmål eller at domstolene slet ikke kan prøve. Endelighedsbestemmelser udgør således en begrænsning af domstolenes kompetence til fordel for en udvidelse af Folketingets kompetence, som er i principiel modstrid med udgangspunktet i Grundloven § 63 om, at domstolenes kompetence ikke kan begrænses. Som anført af Elmquist tyder meget dog på, at domstolene har accepteret sådanne endelighedsbestemmelser.<sup>181</sup> Et eventuelt forbud mod endelighedsbestemmelser kan muligvis udledes af EMRK art.6, som bl.a. bestemmer, at ”*enhver har ret til...rettergang...når der skal træffes afgørelse...i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser...*”. Ifølge EMRK-kommentaren vil endelighedsbestemmelser formentlig være i strid med EMRK art. 6.<sup>182</sup> På baggrund af, at EMRK anerkender, at domstolenes prø-



velsesadgang er begrænset til retlige spørgsmål, står det ikke klart, hvorledes endelighedsbestemmelser, som alene begrænser prøvelsen til retlige spørgsmål, kan antages at begrænse den almindelige prøvelsesadgang. Der er jo her tale om, at domstolene i forvejen ikke prøver det forvaltningsretlige skøn. Det forekommer anstrengt at indfortolke et forbud mod i hvert fald sådanne begrænsede endelighedsbestemmelser i EMRK. Uanset dette må det formentlig konstateres, at Grundloven ikke forbyder endelighedsbestemmelser, og at sådanne accepteres i praksis. Det skal dog hertil retfærdigvis nævnes, at endelighedsbestemmelser forekommer meget sjældent, og således må anses for en yderst begrænset problemstilling. Principielt har det dog den betydning, at Folketinget anses for beføjet til at begrænse domstolenes prøvelsesadgang.

I det omfang domstolene anser sig for beføjet til at prøve forvaltningsretlige afgørelser, foretages prøvelsen på baggrund af det, der kan beskrives som en proportionalitetsgrundsætning. Heri ligger, at jo mere indgribende en afgørelse antages at være, desto dybere prøves lovgrundlaget og det foreliggende grundlag for et eventuelt skøn.

### **3.5.1 Afsluttende om domstolskontrol**

Det kan herefter opsummeres, at Grundloven tillægger domstolene en adgang til at udøve forfatningskontrol, men at denne adgang indtil nu ikke har haft et omfang af bred samfundsmæssig betydning. Domstolene synes i overvejende grad at acceptere et meget bredt område for Folketingets lovgivningskompetence, hvilket formentlig også giver sig udtryk i en principiel accept af endelighedsbestemmelser. Dette afspejler sig endvidere i en generel tilbageholdenhed i forbindelse med prøvelse af afgørelser, som har været prøvet af fagkyndige organer. Endelig viger domstolene tilbage fra at prøve selve skønsudøvelsen, idet der dog med begrundelse i retsstatsidéen er opstillet en række retsprincipper, som skal sikre, at grundlaget for skønnet lever op til bl.a. krav om saglighed og ensartethed. Intensiteten af domstolsprøvelsen afhænger i vidt omfang af karakteren af den afgørelse, som prøves, og kan beskrives ud fra en betragtning om proportionalitet. Herefter vil prøvelsens intensitet være desto stærkere des mere indgribende en afgørelse antages at være.

Domstolenes administration af prøvelsesretten kan på herefter ikke siges at være i strid med kravet om åbenhed i retsgrundlaget, som socialstaten fordrer som udgangspunkt for en omfattende og intensiv offentlig intervention i borgernes liv. Man kan måske snarere tale om, at domstolene i vidt omfang respekterer socialstatens retlige behov. Denne respekt er formentlig baseret på en respekt for retsordenens demokratiske forudsætning. Denne forudsætning

kunne - som tidligere omtalt – opstilles som afgørende for udviklingen af socialstaten.

### 3.6 Retfærdig rettergang

Begrebet retfærdig rettergang knytter sig til kernen i retssikkerhedsbegrebet. Begrebet omfatter en række elementer, som tilsammen antages at styrke borgernes sikkerhed for, at indgreb foretages lovmæssigt. Begrebet kan endvidere anskues som det forum, hvori retsstatens retlige udfoldelser i relation til indgreb over for borgerne udspilles. Begrebet om den retfærdige rettergang skal således sikre, at retsstatens idealer også kan gennemføres i konfliktsituationer. Der fokuseres her særligt på begrebets betydning, hvor konflikten mellem stat og borger er tegnet skarpt op, dvs. inden for strafferettens område, og hvor begrebet får en særlig processuel tyngde.

Begrebet er ikke entydigt defineret i dansk ret. I EMRK art. 6 er en række af begrebets elementer direkte omtalt, herunder et princip om offentlighed. Endvidere et princip om, at sagen skal bedømmes af uafhængige og upartiske domstole. Inden for strafferetsplejen nævner EMRK art. 6, stk. 2 udtrykkeligt uskyldsformodningen, som derved kommer til at udgøre en del af grundlaget for en retfærdig straffeprocess. En retfærdig straffeprocess i medfør af EMRK art. 6, stk. 3 omfatter som det væsentlige i denne afhandling endvidere adgang til forsvarerbi-stand og adgang til at afhøre vidner. Samlet set er formålet med art. 6, stk. 3 at sikre, at den tiltalte er i stand til på forsvarlig måde at varetage sine interesser.

Det antages i almindelighed at udgøre en betydningsfuld retssikkerhedsgaranti, at retshandlingerne – domsforhandlingen – foretages i offentlighed. Grundloven § 65 fastsætter således, at der ”i retsplejen gennemføres offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang.” Offentlighedsprincippet antages at øge parternes sikkerhed for, at sagerne afgøres lovmæssigt, og at der ikke tages uvedkommende hensyn.<sup>183</sup> Princippet kan betragtes som fundamentalt for den retsstatslige opfattelse af retssikkerhed, og udgør en reaktion på de hemmelige og inkvisitoriske processer, som var udgangspunktet i retsplejen forud for Grundloven. Offentlighedsprincippet så at sige løfter rettens virke ud i lyset og tvinger rettens aktører til åben argumentation for deres synspunkter.

Det er i kommentaren til EMRK art. 6 anført, at offentlighedsprincippet udgør en del af de garantier, som omkranser begrebet om retfærdig rettergang.<sup>184</sup> Dette udelukker dog ikke, at offentlighedsprincippet kan fraviges. EMRK tillader således, at parterne kan give afkald på offentligheden, ligesom offentlighedens adgang til domsforhandlingen kan begrænses ”af hensyn til sædeligheden, den offentlige orden eller den nationale sikkerhed i et demokratisk samfund, når det kræves af hensynet til mindreårige eller til beskyttelse af parternes privatliv

*i det efter rettens mening strengt nødvendige omfang, når offentlighed ville skade retfærdighedens interesser.*” Denne formulering af undtagelserne til offentlighedsprincippet gør det klart, at der skal gøre sig tungtvejende grunde gældende som begrundelse for at fravige kravet om offentlighed. I Danmark fremgår fravigelserne af retsplejeloven § 28 – 32d. Reglerne omfatter undtagelser fra den rene udelukkelse af offentligheden til referat- og navneforbud samt udelukkelse af enkelte personer og forbud mod billedgengivelser og andre optagelser. Undtagelserne ligger i forlængelse af kataloget i EMRK art. 6.

Inden for strafferetsplejen antages EMRK at indeholde et princip om ligestilling mellem anklagemyndigheden og tiltalte eller dennes forsvarer.<sup>185</sup> Heri ligger, at tiltaltes forsvarer principielt skal have adgang til det materiale, der er afdækket ved efterforskningen, ligesom forsvaret skal have lejlighed til at møde for domstolene i de tilfælde, hvor et efterforsknings-skridt er betinget af retskendelse. Reguleringen af forsvarerens adgang til sagens materiale er reguleret i bl.a. retsplejeloven og vil blive drøftet nærmere i afsnit 4.4.1.

Vedrørende adgangen til vidneafhøringer er det særligt førelse af anonyme vidner, som tiltrækker sig opmærksomhed. Anonyme vidner kan anvendes i medfør af retsplejeloven § 856, stk. 2, nr. 2, men kun *”hvis det må antages at være uden betydning for tiltaltes forsvar”*, og *”afgørende hensyn til vidnets sikkerhed gør det påkrævet.”* Det er retten, som træffer afgørelse herom, og retten kan bestemme, at tiltalte skal forlade retssalen under vidnets forklaring. Rettens afgørelser kan kæres til højere ret.

Anonyme vidner antages af Jørgen Jochimsen at være begrænset til såkaldte tilfældige vidner, dvs. vidner, *”som tiltalte ikke kender i forvejen, og som ved en ren tilfældighed overværer eller bliver offer for en forbrydelse”*.<sup>186</sup> Af lovforslaget fremgår tillige, at i disse *”tilfælde vil det nemlig kun helt undtagelsesvist have betydning for tiltaltes forsvar at kende den pågældendes identitet.”*<sup>187</sup> Begrænsningen til tilfældighedsvidner er formentlig baseret på en generel opfattelse af, at anonymitet ikke bør dække over eventuelle hævn togter fra personer, som tiltalte har eller har haft et samarbejde med eller kendskab til.

Anonymiteten angår kun vidnets identitet og adresse. Der er ikke tale om hemmeligholdelse af vidnets forklaring. Det er domstolen, som tager stilling til vidners anonymitet, og det skal påses, at vidnerne ikke har relationer til tiltalte, herunder indgår i samme sagskompleks eller i øvrigt har skjulte motiver til at vidne. En udløber af anonymiteten findes i retsplejeloven § 748, stk. 5, hvor man kan undlade at underrette den sigtede om et retsmøde, *”hvis hensynet...til tredjemand undtagelsesvist gør det påkrævet.”* Dette indebærer, at den sigtede i realiteten afskæres fra at deltage i et retsmøde. Betingelserne for den manglende underretning

fremgår ikke af lovforslaget. Det er herefter uklart, om tilsvarende betingelser som ved anonym vidneførelse skal være opfyldt, eller om mindre kan gøre det.

EMRK-kommentaren forholder sig uafklaret til anonyme vidner, idet det dog antages, at EMRK som udgangspunkt ikke afskærer førelsen af vidnerne.<sup>188</sup> Den i kommentaren refererede retspraksis fra EMD synes imidlertid at forudsætte, at forsvarets rettigheder skal være respekteret, herunder særligt at forsvaret skal have adgang til effektiv modafhøring af det anonyme vidne. Denne forståelse fremgår af en sag fra Den Europæiske Menneskerettighedskommission (EMK), hvor anonyme vidner blev tilladt. Forsvareren i sagen havde under tavshedspligt med hensyn til vidners identitet haft adgang til at modafhøre vidnerne.

Efter Justitsministeriets opfattelse foretager EMD en konkret vurdering af, hvorvidt der ved anonymiteten er ”foretaget en rimelig afvejning af de ulemper, en sådan fremgangsmåde medfører for tiltalte, over for hensynet til det eller de pågældende vidner.”<sup>189</sup> I EMDs vurdering indgår bl.a. hensynet til forsvarerens muligheder for modafhøring, ligesom vidnets karakter og straffesagens alvorlighed kan inddrages som momenter. Anvendelsen af anonymitet er endvidere underlagt proportionalitetsprincippet, dvs. kun kan foretages i det omfang det er nødvendigt for at beskytte vidnet. Anonym vidneførelse antages at være forbudt af EMRK, hvis vidnet er det eneste eller det afgørende bevis mod tiltalte.

Begrebet retfærdig rettergang indeholder også andre elementer, som det vil føre for vidt at komme nærmere ind på i denne afhandling. For nuværende er det tilstrækkeligt at fastslå, at begrebet om retfærdig rettergang indgår som et afgørende element i retsstatens retssikkerhedsbegreb. En retfærdig rettergang danner således rammerne om det forum, hvori statens adgang til at gribe ind over for borgerne udspilles på det retlige plan. Begrebet om en retfærdig rettergang opstiller en række processuelle krav, som ikke umiddelbart kan antages at tilgodese den socialstatslige retsopfattelse. De processuelle krav stiller f.eks. relativt høje krav til hjemmelsgrundlaget, og udelukker således i vidt omfang skønmæssige afgørelser. Begrebet indebærer tillige, at kun særlige juridiske faggrupper kan betragtes som kompetente til at forvalte retsprocessen, og udelukker derfor at ikke-juridiske hensyn og fortolkninger får afgørende indflydelse på afgørelsen. Begrebet om den retfærdige rettergang må derfor siges i vidt omfang at opretholde det retsstatslige retssikkerhedsbegreb. I kraft af, at begrebet om den retfærdige rettergang har væsentlig betydning for både civil- og straffeprocessen, kan det klassiske retssikkerhedsbegreb tillige siges at danne udgangspunkt for de vesteuropæiske proceslovgivninger.

### 3.7 Legalitetsprincippet

Grundloven § 3 antages i den juridiske teori at normere magtfordelingslæren som grundlæggende for dansk ret.<sup>190</sup> Retsstatens styrende princip om forudsigelighed, og dermed også retssikkerhedsbegrebets kerneområde i form af forbuddet mod vilkårlighed, udledes af Grundloven § 3. Kerneområdet operationaliseres i vidt omfang gennem det, som fagjurister betegner som legalitetsprincippet. Dette princip udgør Grundlovens og retsstatens logiske forudsætning. Legalitetsprincippet kan beskrives som *”et normativt princip om, at loven er det foretrukne og tilstrækkelige hjemmelsgrundlag, og at loven – eller retskilder, der kan sidestilles hermed (f.eks. en praksis) – efter omstændighederne kan være det nødvendige hjemmelsgrundlag”*.<sup>191</sup> Legalitetsprincippet udtrykker i juridisk terminologi – og med reference til Henrichsens førnævnte retssikkerhedstypologier - retssikkerhedsbegrebets grundlæggende forudsætning om forudsigelighed og lovmæssig forvaltning. Legalitetsprincippet udgør således i vidt omfang det praktiske grundlag for statens udøvende funktioner. Legalitetsprincippet fremgår udtrykkeligt flere steder i Grundloven. I relation til denne afhandling kan særligt fremhæves § 61, som beskytter domstolenes formelle uafhængighed ved, at deres virksomhed fastsættes ved lov og § 62, hvorefter retsplejen ordnes ved lov. Også frihedsrettighederne omtaler legalitetsprincippet. Således kan indskrænkninger i ejendomsretten, ekspropriation, kunne ske ved lov. Tilsvarende gælder indgreb i privatlivets fred og den personlige frihed.

Legalitetsprincippet antages at indeholde to sider. Den ene side omtales normalt som den formelle lovs princip.<sup>192</sup> Princippet indebærer, at love går forud for administrative regler. Det forudsættes således, at den lovgivende magt udgør øverste myndighed, og at den udøvende magt – forvaltningen - ikke selvstændigt kan opstille regler med bindende virkning for borgerne. Den formelle lovs princip aktualiseres især ved konflikter mellem forskellige regelsæt, hvor love og bekendtgørelser antages at have fortolkningsmæssig forrang frem for forvaltningens egne, interne regler i form af f.eks. cirkulærer og vejledninger. Af princippet er endvidere udledt nogle fortolkningsregler, som finder anvendelse i konflikter mellem regler på samme niveau, hvor en nyere regel fortrænger en ældre og en specialregel fortrænger en generel regel. Den formelle lovs princip betyder endvidere, at retsregler kun kan ændres af andre retsregler på samme eller højere niveau.

Legalitetsprincippets anden side omtales normalt som kravet om hjemmel eller som den materielle lovs princip. Det betyder, at forvaltningens adgang til at udøve myndighed skal være afledt af en lov.<sup>193</sup> Myndigheden kan være afledt direkte eller indirekte i form af en be-

kendtgørelse, som i så fald selv skal være hjemlet i en lov. Princippet kan sammenfattes som et krav om, at *”retsfølgens art skal være beskrevet i loven eller anordningen.”*<sup>194</sup> Der er dermed tale om et krav til hjemmelsgrundlaget om en vis grad af klarhed i beskrivelsen af, hvad der normeres. Opfattelsen af legalitetsprincippet som et normativt princip indebærer dog tillige, at den fornødne hjemmel kan udgøres af andet end love, herunder en fast og langvarig administrativ praksis eller en retsgrundsætning. Forholdet bevirker, at den materielle lovs princip på trods af sit udgangspunkt om klarhed i hjemmelsgrundlaget alligevel er lidt vagt i konturerne. Heri ligger, at forvaltningsretlige regler kan have *”en meget varierende præciseringsgrad og ikke sjældent nærmer sig det meget upræcise eller tomme”*.<sup>195</sup> Legalitetsprincippet må derfor suppleres af fortolkning, dvs. under inddragelse af samtlige de faktorer, som påvirker retsudviklingen, herunder national og international ret, rets- og administrativ praksis, retsgrundsætninger samt udtalelser om forståelsen af lovene afgivet af lovgiver og den forvaltningsretlige fortolkningslære i øvrigt. Samtidig må det erkendes, at international ret - især i form af EU-retten - direkte eller indirekte konkret inddrages i dansk ret og derved også får indflydelse på forståelsen af legalitetsprincippets indhold og rækkevidde samt i hvilke fortolkningspoler, princippet skal rettes. For denne afhandling er det ikke afgørende at tage yderligere stilling til dette problemområde, idet udgangspunktet for dansk såvel som EU-ret findes i de samme fundamentale opfattelser af retsstaten og retssikkerhedsbegrebet.

Der er således ikke rykket ved, at juridisk teori fortsat anskuer legalitetsprincippet som udgangspunktet for dansk retsforståelse, og at eventuelle afvigelser herfra fortsat opfattes som *”modifikationer, som muligvis ikke afgørende forrykker udgangspunktet, men som dog ikke er uvæsentlige.”*<sup>196</sup> Det er derfor ikke misvisende at anskue legalitetsprincippet som et fundamentalt princip for operationaliseringen af retsstaten og dens retssikkerhedsbegreb, og som *”bærer af retssikkerhedsmæssige hensyn.”*<sup>197</sup> Legalitetsprincippet udgør således også i den moderne retsopfattelse udgangspunktet for retsstatens konstituerende element i form af retsordenen, idet denne orden hverken kan skabes eller praktiseres uden legalitetsprincippet.

Legalitetsprincippet forudsætter i sit udgangspunkt et retligt hierarki – en retlig trinfølge - med Grundloven øverst og love og bekendtgørelser på lavere niveauer som afgørende for retssystemets sammenhængskraft og muligvis tillige for sammenhængskraften i samfundet som sådan. Legalitetsprincippet afspejles således i den bureaukratiske statsopfattelse, som dominerede den klassiske retsstat og som fortsat genfindes i den måde, hvorpå statsfunktionerne aktuelt er organiseret. I relation til drøftelsen af socialstaten er det imidlertid ikke indlysende, at legalitetsprincippet spiller den dominerende rolle, som den juridiske teori antager.

### 3.7.1 Legalitetsprincippet i strafferetligt perspektiv

Inden for strafferetten træder retsstatens fundamentale krav om forudsigelighed og forbud mod vilkårlighed særlig klart frem i Grundloven § 71, stk. 2, hvorefter ”*frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i lov*”. Kravet er udbygget yderligere i Straffeloven § 1, hvorefter straf kun kan ”*pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant.*” Dette såkaldte strafferetlige legalitetsprincip beskytter mod vilkårlighed på straffeområdet og blev indsat – i anden skikkelse men principielt med samme indhold som den nuværende § 1 - ved den første samlede straffelov i 1866.<sup>198</sup> I medfør af straffeloven § 2 gælder det strafferetlige legalitetsprincip også på strafbare forhold i medfør af den øvrige forvaltningsretlige lovgivning – i strafferetlig sprogbrug benævnt som særlovgivningen.

Det strafferetlige legalitetsprincip refererer til fastlæggelsen af det objektive moment i en kriminaliseret handling. Spørgsmålet om gerningsmandens tilregnelser – om der har været det fornødne forsæt eller ej – udgør den anden ”subjektive” side af gerningsindholdet. Spørgsmålet om tilregnelser vil ikke blive analyseret nærmere i denne forbindelse. Blot skal det dog fastslås, at både den objektive og den subjektive side af gerningsindholdet skal være realiseret, før der kan pålægges straf.

Det strafferetlige legalitetsprincip ligger i klar forlængelse af retsstatens retsideologiske grundlag i magtadskillelsesprincippet jf. det tidligere omtalte om magtfordelingslæren som oprindeligt en strafferetlig doktrin. For denne afhandling er det væsentligt at fremhæve, at doktrinen især var – og stadig er - rettet mod at afskære statsmagten fra at anvende sin strafmyndighed til at forfølge borgere på grund af borgernes politiske synspunkter.<sup>199</sup>

Grundloven § 57 om beskyttelse af folketingsmedlemmer mod frihedsberøvelse samt beskyttelse af deres ytringsfrihed fremdrages ofte som et udslag af dette. Doktrinen kommer endvidere klart til udtryk i Grundloven § 71, hvorefter ”*ingen dansk borger kan på grund af sin politiske eller religiøse overbevisning eller sin afstamning underkastes nogen form for frihedsberøvelse.*” Doktrinen ligger endvidere bag en række bestemmelser om frihedsberøvelse i EMRK. I forlængelse heraf gælder det strafferetlige legalitetsprincip generelt som sikring af, at borgerne kun straffes for de handlinger, som lovgiver har ønsket at kriminalisere, at straf ifaldes på baggrund af rimeligt håndfaste regler og at borgerne på baggrund heraf skal kunne forudberegne deres retsstilling med en rimelig grad af sikkerhed. Princippet udtrykker således den klassiske retsstatslige grundsætning om, at ingen skal kunne pålægges straf uden lov.<sup>200</sup>

Denne grundsætning betragtes af nogle ”som så fundamental, at lovgiver næppe kan ændre den.”<sup>201</sup> Det strafferetlige legalitetsprincip antages dog ikke at være til hinder for, at straffebestemmelser kan fastsættes i bekendtgørelser forudsat, at bekendtgørelsens straffebestemmelse har fuld dækning i en bemyndigelseslov.<sup>202</sup>

Straffeloven § 1 indeholder en fortolkningsgrundsætning om fuldstændig lovanalogi, som indebærer, at en handling kan straffes, enten hvis handlingen er beskrevet direkte i loven, eller hvis handlingen fuldstændigt kan ligestilles med en handling, som er beskrevet i loven. Det strafferetlige legalitetsprincip tillader således en begrænset anvendelse af analogislutninger i forhold til afgrænsningen af de handlinger, der kan udløse straf.<sup>203</sup> Dette udgangspunkt er særegent for Danmark, idet de fleste andre stater, vi normalt sammenligner os med, ikke har adgang til at straffe ved analogislutninger.<sup>204</sup> I modsætning til den gængse ”folkelige” opfattelse kan det strafferetlige legalitetsprincip således ikke tages til indtægt for et synspunkt om, at der i strafferetten generelt gælder en grundsætning om indskrænkende fortolkning. Forholdet er derimod, at der er lovfæstet en grundsætning om begrænset udvidende fortolkning.

Indholdet af fortolkningsgrundsætningen er af Knud Waaben udlagt således, at det tilfælde, som loven skal anvendes analogt på ”skal have en høj grad af lighed med lovens forhold, og der skal i alt væsentligt være lige så stærke grunde til at straffe.”<sup>205</sup> Fortolkningsgrundsætningen aktualiseres kun i tilfælde, hvor det erkendes, at loven ikke beskriver den foreliggende handling, men hvor der er så væsentlige lighedspunkter med den handling, som loven kriminaliserer, at strafansvar forekommer som en nærliggende mulighed. Vigtigt at bemærke vil dette ikke gøre sig gældende, hvis gerningsindholdet er uklart beskrevet eller indeholder mere vurderingsprægede kriterier. I så fald antages lovgiver at have overladt en skønsmargen til domstolene, som domstolene herefter kan frit kan udfylde.

Fortolkningsgrundsætningen om fuldstændig lovanalogi adskiller dog strafferetten fra forvaltningsretten på den måde, at den begrænser arten og indflydelsen af de retskilder, der kan inddrages i fortolkningen. I den øvrige forvaltningsret kan der lægges selvstændig og afgørende vægt på andre retskilder end selve lovteksten. Dette hænger sammen med, at legalitetsprincippet i den almindelige forvaltningsret – som omtalt tidligere - opfattes som et normativt princip, som tillader, at den fornødne hjemmel kan findes i andre kilder end loven. Fortolkning er så at sige udgangspunktet. Denne spændvidde er kraftigt indskrænket i det strafferetlige legalitetsprincip, idet den afgørende retskilde er begrænset til straffebestemmelsen. Der stilles således et skærpet hjemmelskrav, når det drejer sig om pålæggelse af straf.<sup>206</sup> Fortolkning i strafferetten foretages således direkte mellem straffebestemmelsen og den begåede



handling.<sup>207</sup> Ved fastlæggelsen af straffebestemmelsens indhold inddrages naturligvis lovens forarbejder, eventuelle præjudikater, forholdets natur samt kulturtraditionen, som ingen domstol kan løbe fra.<sup>208</sup> Men vedrørende fortolkningens egentlige formål om at fastlægge, om den begåede handling er beskrevet i straffebestemmelsen, afskærer grundsætningen om fuldstændig lovanalogi andre retskilder fra at blive inddraget som selvstændigt grundlag. Straffeloven udgør således ”den nødvendige og dermed eneste egentlige retskilde. De øvrige retskildefaktorer kan alene betragtes som bidrag til forståelsen af lovens mening.” Det meget stærke udgangspunkt er derfor, at fortolkning foretages på baggrund af lovteksten og ”nok så mange tilkendegivelser fra Folketingets talerstol eller udvalgsværelser kan ikke i sig selv danne grundlag for pålæggelse af straf. Tilkendegivelserne må omsættes til lov vedtaget i overensstemmelse med lovgivningsproceduren, stadfæstet af regenten og kundgjort for borgerne, for at de kan få retsvirkning efter deres indhold.”<sup>209</sup> Det strafferetlige legalitetsprincip ligger dermed tæt på det klassiske, retsstatslige ideal om fuldstændig normering i loven.

Af samme grund kan en forkert anvendelse af hjemmelsgrundlaget heller ikke afhjælpes, når det gælder straffebestemmelser.<sup>210</sup> Det strafferetlige legalitetsprincip har således en indholdsmæssig side, som i videre omfang end det almindelige legalitetsprincip stiller krav til myndighedernes korrekte retsanvendelse. Herudover adskiller fortolkningen af straffeloven eller straffebestemmelser sig ikke afgørende fra fortolkningen af det almindelige forvaltningsretlige legalitetsprincip.<sup>211</sup>

I forlængelse heraf indebærer fortolkningsgrundsætningen om fuldstændig lovanalogi, at straffebestemmelsens ordlyd danner det afgørende udgangspunkt for fortolkningen.<sup>212</sup> Det har i den forbindelse været drøftet i juridisk teori, om der gælder et særligt krav til klarheden af en straffebestemmelse. Trine Baumbach anfører, at klarhedskravet ikke bør forveksles med hjemmelskravet, og at hjemmelskravet udgør en mere passende sprogbrug til beskrivelse af retspraksis.<sup>213</sup> Efter hendes opfattelse refererer klarhedskravet til ordlyden og dermed formuleringen af loven, mens hjemmelskravet refererer til fortolkningen af loven. Anvendelsen af klarhedskravet til analyse af retspraksis er derfor ikke velegnet, ”hvis forholdet i virkeligheden er det, at domstolene efter at have fortolket og udfyldt den relevante bestemmelse ikke finder, at forholdet med sikkerhed er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde.” Baumbach vil derfor reservere klarhedskravet forstået som et ”forbud mod uklare gerningsindholdsbeskrivelser” til den tekniske udformning af lovgivningen.

Baumbachs opfattelse af forholdet virker overbevisende, hvis det skal forstås således, at domstolene ikke forholder sig til klarheden af en straffebestemmelse, men udelukkende vur-

derer om bestemmelsen indeholder fornøden hjemmel til at straffe den foreliggende handling. Falder vurderingen ud til, at hjemmelskravet er opfyldt, er det irrelevant, hvor klart eller uklart bestemmelsen efter en almindelig sproglig opfattelse måtte være formuleret. Noget andet er, at klar og præcis ordlyd i sig selv kan øge forudsigeligheden, og af blandt andre Justitsministeriet betragtes som nødvendig for retssikkerheden.<sup>214</sup>

Der kan således næppe opstilles et krav til formuleringen af straffebestemmelser, som afviger væsentligt fra kravene til den øvrige lovgivning.<sup>215</sup> Domstolene er på sin side kun forpligtet til at straffe, hvis de efter en konkret vurdering finder, at der er hjemmel til det, dvs. hvis de finder, at den begåede handling er beskrevet i straffebestemmelsen og forudsat, at gerningsmanden har haft det fornødne forsæt.

### 3.7.1.1 Legalitetsprincippet og strafferetlig fortolkning

Blandt de fortolkningsfaktorer, som kan inddrages til fastlæggelse af en straffebestemmelser indhold, indgår hensynet til den tiltaltes retssikkerhed, dvs. hensynet til den tiltaltes muligheder for at forudberegne sin retsstilling som et bærende hensyn bag legalitetsprincippet. Hensynets fundamentale karakter indebærer tillige, at der formentlig er tale om et pligtmæssigt hensyn, som domstolene skal inddrage i den strafferetlige vurdering.<sup>216</sup>

Hensynet indebærer imidlertid ikke, at der ved tvivl om hjemmelsgrundlaget skal vælges den fortolkning, som er mest gunstig for den tiltalte.<sup>217</sup> Retssikkerhedshensynet knytter sig derfor ikke til forudberegneligheden, som den måtte tage sig ud for den konkrete tiltalte, men til forudberegneligheden af retsordenen som sådan.

Waaben formulerer hensynet således, at borgeren skal have mulighed for at *”se en strafriksiko, hvis han skulle ønske at kende lovgiverens standpunkt.”*<sup>218</sup> Der er derfor ikke tale om, at hensynet kan anføres som grundlag for bortfald eller nedsættelse af straffen, fordi den tiltalte befandt sig i undskyldelig uvidenhed om loven. Dette følger for så vidt af et andet grundlæggende hensyn til den demokratiske legitimitet bag straffebestemmelserne, som også kan opfattes som et pligtmæssigt hensyn.<sup>219</sup> Hensynet afkræver domstolenes respekt af lovgrundlaget, herunder at der ikke straffes for handlinger, som lovgiver ikke har kriminaliseret. Omvendt betyder dette også, at der skal straffes for forseelser, som lovgiver har kriminaliseret, og i det omfang forseelsen er beskrevet i loven. Hensynet til den tiltaltes retssikkerhed indeholder som udgangspunkt således ikke nogen beskyttelse mod at blive straffet endsige mod de forhold, der kan straffes for. Hensynet indebærer alene, at tiltalte har sikkerhed for, at anvendelsen af straf sker i snævert forhold til loven.

En væsentlig del af legalitetsprincippet forudsætning om forudsigelighed kan afgrænses som en lighedsgrundsætning. Dette indebærer generelt, at lovene skal administreres ensartet, og at ens forhold skal bedømmes med samme målestok. På baggrund af Hartnacks bestemmelse af lighedsbegrebet kan lighedsgrundsætningen også formuleres negativt som en sætning om, hvornår et konkret forhold ligner andre forhold så meget, at forholdene i retlig henseende skal behandles ens. Der bliver herved snarere tale om en ulighedsgrundsætning forstået på den måde, at det er lighederne, og ikke ulighederne, som skal retfærdiggøres.

Lighedsgrundsætningen er snævert knyttet til læren om saglige hensyn, dvs. spørgsmålet om hvilke hensyn der lovligt kan inddrages som grundlag for en afgørelse. I denne skikkelse knyttes lighedsgrundsætningen også til skønsmæssige afgørelser, hvor den bl.a. inddrages til at afgrænse grundlaget for skønnet. I strafferetligt perspektiv får en lighedsgrundsætning således alene fortolkningsmæssig betydning, såfremt det underliggende lovgrundlag ikke er tilstrækkeligt entydigt. Dette begrænser i sig selv lighedsgrundsætningens fortolkningsmæssige værdi inden for strafferetten, idet lovgrundlaget her som følge af det strafferetlige legalitetsprincip i almindelighed må antages at være formuleret mere præcist end i den øvrige forvaltningsret. Det forholder sig muligvis anderledes vedrørende straffebestemmelser fastsat uden for straffeloven.

Under alle omstændigheder træder lighedsgrundsætningens strafferetlige betydning i karakter i de situationer, hvor en tidligere fortolkning afløses af en anden fortolkning af den samme bestemmelse, og herefter fører til frifindelse eller en mildere praksis for udmåling af straffen. Lighedsgrundsætningen får da den betydning, at tidligere straffede kan anmode om at få deres sag genoptaget eller søge om benådning.

Menneskerettighederne anføres undertiden også som hensyn, der kan inddrages i den strafferetlige fortolkning. I den forbindelse bemærkes, at EMRK art. 7, som omhandler den menneskeretlige udformning af det strafferetlige legalitetsprincip, indeholder et forbud mod straf med tilbagevirkende kraft. Efter optagelsen af EMRK i dansk lov må det anses for tvivlsomt, om straffeloven § 1 kan fortolkes uden at tage hensyn til dette forbud. Herudover har Baumbach på baggrund af en analyse af retspraksis konkluderet, at menneskerettighederne udgør en pligtmæssig fortolkningsfaktor.<sup>220</sup>

Det diskuteres i juridisk teori, om menneskerettighederne indebærer et krav om indskrænkende fortolkning af straffebestemmelser. Baumbach anfører, at domstolene inddrager menneskerettighederne som en særlig anvendelseskategori forstået på den måde, at menneskerettighederne opstiller nogle situationer, hvor straffen bortfalder. Der er således tale om, at

en handling indholdsmæssigt kan opfylde et gerningsindhold i en dansk lov, men at handlingen er begået under sådanne omstændigheder, at handlingen ligger inden for et af de områder, som EMRK undtager fra straf. Som eksempel kan nævnes journalisters overtrædelse af lovgivningen for at kunne belyse et forhold af væsentlig samfundsmæssig betydning. Baumbach mener, at der er analytisk forskel på, om *”forholdet holdes uden for bestemmelsens anvendelsesområde, fordi anvendelsen af reglen på sådanne forhold er overflødig til opnåelse af lovens formål, eller..., hvor indskrænkning generelt er motiveret af modgående hensyn, og..., hvor bestemmelsen efter fortolkning objektivt er realiseret, men hvor denne realisation ansvarsmæssigt strider mod andre (konkrete) hensyn”*.<sup>221</sup> I det sidste tilfælde er der ikke tale om en indskrænkende fortolkning men om en – nærmest indskrænkende - anvendelse af særlige undtagelsesbestemmelser. EMRK indeholder i denne optik således ikke noget krav om indskrænkende fortolkning af straffebestemmelser, men opstiller til gengæld et katalog over grunde, som fritager en ellers strafbar handling for straf. EMRK kan dermed opfattes som supplement til straffelovens regler om straffrihed og strafbortfald.

En særlig strafferetlig fortolkningsgrundsætning knytter sig til begrebet om materiel atypicitet. I kommentaren til straffeloven udlægges materiel atypicitet som en *”indskrænkende undtagelsesfortolkning”*, som tilskrives *”en ikke ubetydelig plads i strafferetten.”*<sup>222</sup> Materiel atypicitet knyttes endvidere sammen med beskrivelsen i straffebestemmelser af den strafbare adfærd som *”retsstridig”*, *”uretmæssig”*, *”ulovligt”* eller lignende begreber.

Efter Vagn Greve og Jørn Vestergaards opfattelse dækker materiel atypicitet over en adfærd, som kan være *”præget af så utypiske omstændigheder i forhold til den virksomhed, som ønskes kriminaliseret, at det ville være urimeligt at bedømme det pågældende forhold som strafbart.”*<sup>223</sup> I sådanne tilfælde kan en indskrænkende fortolkning baseret på straffebestemmelsens beskyttelsesinteresser over for hensynet til gerningsmandens forhold bevirke, at der ikke idømmes straf for et ellers strafbart forhold.

Som påpeget af Baumbach refererer begrebet om materiel atypicitet til afgrænsningen af straffebestemmelsens mening, *”således at kun de forhold, som det var lovens mening at ramme, blev henført til bestemmelsen.”*<sup>224</sup> Efter hendes opfattelse er der således tale om en fortolkningsgrundsætning som finder anvendelse *”som et nødvendigt afgrænsningsredskab”*, idet lovgivningen ofte er præget af brede og uklare straffebestemmelser. Baumbachs analyse af lovgivnings- og retspraksis munder ud i, at fortolkningsgrundsætningen om materiel atypicitet har *”tabt sin kontur”*, idet *”snart sagt alle retlige (og politiske) grunde for ved fortolkning at holde et forhold uden for det strafbares område er blevet blandet sammen.”*<sup>225</sup> Efter hendes

opfattelse er der gået inflation i anvendelsen af begreber som ”retsstridig”, ”uretmæssig”, ”ulovlig” og lignende i straffebestemmelser, hvilket indebærer en overhængende risiko for udvanding af fortolkningsgrundsætningen. Fortolkningsgrundsætningen gælder generelt for al strafferetlig fortolkning, og yderligere fremhævning eller sammenkædning med andre begreber i enkelte straffebestemmelser bør derfor kun ske, når det er strengt nødvendigt.

Baumbach identificerer tre pejlemærker for, hvornår et forhold kan betragtes som materiel atypisk.<sup>226</sup> For det første må handlingen ikke have en forbrydelses kendemærker, dvs. handlingen skal være udført i en ikke-straftbar hensigt eller sammenhæng. For det andet må handlingen med rimelighed ikke kunne siges at udgøre en krænkelse. For det tredje skal strafriheden flyde af omstændighederne. Denne sidste betingelse refererer til den naturlige, sproglige forståelse af meningen med en given straffebestemmelse. Det er tvivlsomt, hvad der yderligere ligger heri. Baumbachs gennemgang af lovgivning og praksis på området dokumenterer dog på den ene side en stigende anvendelse af retsstridighedsbegreber i lovteksterne, og på den anden side, at fortolkningsgrundsætningen om materiel atypicitet trods den betydelige historiske og teoretiske interesse, begrebet har påkaldt sig, i realiteten er af begrænset rækkevidde og praktisk betydning. Baumbach konkluderer da også, at fortolkningsgrundsætningen udgør ”en slags særlig fremhævet forbeholdsklausul, der alene angår nogle bestemte fortolkningsstilfælde.”<sup>227</sup> Grundsætningen udtrykker derfor ikke en generelt gældende maksime om indskrænkende fortolkning i strafferetten.

### **3.7.1.2 Afsluttende om strafferetlig fortolkning**

Sammenfattende kan det konkluderes, at strafferetlig fortolkning med ganske få undtagelser foretages efter tilsvarende retningslinier som den almindelige forvaltningsretlige fortolkning. Det er naturligvis klart, at straf udgør et særligt indgribende retsmiddel, og at straffens karakter således medfører et skærpet hjemmelskrav jf. i øvrigt straffeloven § 1. Dette udgør i sig selv en begrænsning af retskildegrundlaget, som kan få en vis indskrænkende betydning for den generelle fortolkning - forstået på den måde, at mere eller mindre velfunderede retskilder ikke kan inddrages som selvstændigt grundlag. Der kan muligvis heraf tillige udledes en slags klangbund for fortolkningen af straffebestemmelser, som tilsiger en vis tilbageholdenhed. Der er ikke grundlag for at konkludere, at denne klangbund klinger særlig højt. Det bringes herved tillige i erindring, at Straffeloven § 1 også indeholder en adgang til begrænset udvidende fortolkning i form af fuldstændig lovanalogi om end denne adgang har meget begrænset betydning.

En generelt gældende maksime om indskrænkende fortolkning til gunst for den tiltalte kan heller ikke udledes af de væsentligste fortolkningsfaktorer eller fortolkningsgrundsætninger. De pligtmæssige hensyn i form af retssikkerhedshensyn og hensynet til den demokratiske legitimitet giver alene sikkerhed for, at straffen følger loven, men indeholder ingen begrænsninger i, hvilke forhold der kan gøres strafbare. Sådanne begrænsninger må eventuelt udledes af frihedsrettighederne eller menneskerettighederne, der – som tidligere omtalt – udgør bunden for lovgivningsmagtens kompetence.

Der kan heller ikke opstilles retligt bindende krav til formuleringen af straffebestemmelser, som indebærer, at brede, upræcise bestemmelser skal fortolkes til gunst for den tiltalte. Lighedsgrundsætningen spiller en tilbagetrukket rolle, men kan dog få den betydning, at tidligere straffe kan genoptages, hvis praksis om identiske straffehjemler ændres.

Inddragelsen af menneskerettighederne tilfører strafferetten en ekstra dimension bestående i et yderligere sæt af undtagelsesbestemmelser, som kan medføre, at ellers strafbare forhold bliver straffrie, men dette kan ikke tilskrives en grundsætning om indskrænkende fortolkning.

Fortolkningsgrundsætningen om materiel atypicitet må derimod siges at finde anvendelse i retspraksis som en indskrænkende fortolkningsmetode. Grundsætningen er dog reserveret et særligt område med indtil videre begrænset rækkevidde.

Det er derfor ikke misvisende at karakterisere den strafferetlige fortolkning som en afart af den almindelige forvaltningsretlige fortolkning dog med et skærpet hjemmelskrav i form af en begrænsning af de retskilder, som kan inddrages til fastlæggelse af en straffebestemmelser rækkevidde i forhold til den foreliggende handling. Det strafferetlige legalitetsprincip kan herefter ikke siges at bygge på en forståelse af retssikkerhedsbegrebet, som afviger væsentligt fra forståelsen i den øvrige forvaltningsretlige lovgivning. Princippet anvendelse inden for strafferetten stiller sig dermed ikke afgørende i vejen for de styringsmæssige behov, som socialstaten stiller til udformningen af lovgrundlaget.

Formålet med det strafferetlige legalitetsprincip kan opsummeres derhen, at *”domstolene kun skal domfælde, hvis de finder, at der er hjemmel til at dømme...i retlige tvivlstilfælde skal domstolene...med andre ord efter endt fortolkning have fået tvivlen ryddet af vejen og dermed føle sig overbevist om, at der er realiseret et strafbart gerningsindhold.”*<sup>228</sup> Dette svarer som udgangspunkt til domstolenes virke i den almindelige forvaltningsret.

### **3.7.2 Legalitetsprincippet betydning for strafferetsplejen**

Strafferetsplejen eller straffeprocessen opfattes ofte som et redskabsfag for strafferet-

ten.<sup>229</sup> Strafferetsplejen angår ”*alle spørgsmål om straf*”, som ikke er henlagt til anden proces.<sup>230</sup> Strafferetsplejen omfatter derfor som udgangspunkt ikke bare overtrædelser af straffeloven men også af straffebestemmelser fastsat uden for denne, i særlovgivningen. De fleste bestemmelser, som pålægger straf, findes i særlovgivningen. Spørgsmålet om, hvornår en overtrædelse af en regel i særlovgivningen skal behandles efter de straffeprocessuelle regler, er - som omtalt af Gorm Toftegaard-Nielsen - kompliceret og rejser en række særdeles interessante problemstillinger.<sup>231</sup> Det vil dog føre for vidt at behandle disse i denne sammenhæng.

Strafferetsplejen fungerer i tæt samspil med strafferetten som det rum, hvori strafferetten kan udfoldes, og ”*strafferetten er i praksis derfor ikke bedre, end straffeprocessen tillader.*”<sup>232</sup> Strafferetsplejen omfatter reglerne om straffesagers forløb, herunder om politiets efterforskningsmetoder, anklagemyndighedens arbejde, rettighederne, som er tillagt den sigtede og den tiltalte samt forsvarets beføjelser. Domstolenes bevisvurdering opfattes normalt også som et procesretligt spørgsmål.

Straffeprocessretten kan på mange måder ses som skuepladsen for den retssikkerhedsmæssige balancegang mellem først og fremmest den individuelle og den kollektive retssikkerhed, mellem hensynet til ”*kriminalitetsbekæmpelsen over for hensynet til individets retsbeskyttelse.*”<sup>233</sup> Strafferetsplejen regulerer statsmagtens indgreb i Grundlovens frihedsrettigheder særligt § 71, stk. 3 – stk. 5 om anholdelse, domstolsprøvelse og varetægtsfængsling og § 72 om beskyttelse mod ransagning og om meddelelseshemmeligheden, når indgrebene foretages som led i efterforskningen af forbrydelser.

Strafferetsplejen opstiller et meget kompliceret sæt af formelle spilleregler som ramme om straffeprocessen. Ifølge Hans Gammeltoft-Hansen kan de straffeprocessuelle regler inddeles i tre kategorier.<sup>234</sup> De såkaldte systemregler omfatter organisatoriske og proceduremæssige regler omkring processystemet og den mere teknisk prægede sagsbehandling. Endvidere er der opstillet regler omkring de beføjelser, som tilkommer det offentlige, herunder som det væsentlige, betingelserne for politiets anvendelse af tvangsindgreb og yderligere efterforskningskridt. Endelig er der opstillet regler om den beskyttelse, der tilkommer sigtede, tiltalte og domfældte, men også vidner og ofre. Reglerne skal ”*værne mod, at uskyldige dømmes, men samtidig sikre, at skyldige drages til ansvar.*”<sup>235</sup>

Den rette balance har i høj grad betydning for retssikkerhedsbegrebets praktiske gennemslagskraft i samfundet, idet tilliden til retsstatens konstituerende element i form af retsordenen i vidt omfang afhænger af, at der ikke afsiges forkerte straffedomme. Tilliden til retsordenen kan i øvrigt opfattes som ensidigt afhængig af, om myndighederne generelt træffer indholds-

mæssigt rigtige afgørelser, men strafferetten påkalder sig traditionelt stor offentlig bevågenhed, og forkerte straffedomme har derfor en langt mere direkte effekt på tilliden til retsordenen end øvrige myndighedsafgørelser normalt har.

Udgangspunktet for straffeprocessen er derfor at sikre, at den, der er dømt for en forbrydelse, i virkeligheden også har begået den. Eva Smith kan derfor beskrive straffeprocessens egentlige formål som en sandhedssøgen.<sup>236</sup> Gammeltoft-Hansen formulerer det således, at straffeprocessens formål består i at virkeliggøre strafferettens intentioner, dvs. konstatere om der er grundlag for straf og i så fald hvilken.<sup>237</sup> I den skikkelse kan formålsbeskrivelsen knyttes direkte til retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning, som også indebærer, at lovgiverens vilje skal efterleves.

Straffeprocessens principielle omdrejningspunkt kan dermed anskues som konstateringen af de objektive kendsgerninger og tilstedeværelsen af det subjektive tilregnelsermoment bag en handling, dvs. konstateringen af, om der er begået en handling, der er beskrevet som strafbar i straffeloven, og om handlingen er begået med det fornødne forsæt. Disse konstateringer er i sidste ende et spørgsmål om bevis. Det straffeprocessuelle omdrejningspunkt betegnes derfor i almindelighed som den materielle sandheds princip. Princippet har afgørende betydning for udformningen af det straffeprocessuelle regelsæt i retsplejeloven og som styrende princip for fortolkningen af regelsættet.

Den materielle sandheds princip har således fundet udtryk i retsplejeloven § 96, stk. 2, som pålægger anklagemyndigheden en forpligtelse til at være objektiv. Det er anklagemyndighedens opgave at ”*påse ikke blot at strafskyldige drages til ansvar, men også at forfølgning ikke finder sted.*”<sup>238</sup> Objektivitetsprincippet antages også at gælde for den politimæssige efterforskning, som finder sted, før sagen indbringes for domstolene.<sup>239</sup> Princippet antages således også at ligge bag Retsplejeloven § 743 som styrende for efterforskningens formål om at ”*klarlægge om betingelserne for at pålægge strafansvar eller anden strafferetlig retsfølge er til stede*”, herunder forberede sagen til domsforhandling.<sup>240</sup>

I relation til legalitetsprincippet er det særligt de af politiets efterforskningskridt, som betegnes som straffeprocessuelle tvangsindgreb, der påkalder sig interesse. De straffeprocessuelle tvangsindgreb griber ind i de grundlovsbeskyttede frihedsrettigheder. Det er formentlig derfor, Gammeltoft-Hansen afgrænser de straffeprocessuelle tvangsindgreb som foranstaltninger, ”*der efter deres almindelige formål udføres som led i en strafforfølgning, og hvorved der realiseres en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mod legeme, frihed, fred, ære eller privat ejendom.*”<sup>241</sup> Denne afgrænsning betyder for det første, at indgrebet udføres i forbindelse med ef-



terforskning af en forbrydelse. Den fundamentale betingelse for at indgrebet kan foretages er derfor, at der foreligger en begrundet mistanke om et strafbart forhold. Gør der ikke det, kan et straffeprocessuelt indgreb ikke anvendes. Det er dog især indgrebets karakter af strafbar gerningsbeskrivelse, som adskiller et straffeprocessuelt tvangsindgreb fra andre efterforskningsskridt. Heri ligger, at indgrebet i sig selv opfattes som ulovligt og ville udgøre en strafbar handling, såfremt der ikke var opstillet en særlig hjemmel til at foretage indgrebet. Efterforskningsskridt, som i sig selv udgør ulovlige og strafbare handlinger, og som foretages uden hjemmel, vil derfor udgøre forbrydelser. Omvendt vil efterforskningsskridt, som ikke i sig selv udgør ulovlige og strafbare handlinger, ikke udgøre tvangsindgreb, og de kan derfor foretages uden særskilt hjemmel.

De traditionelle straffeprocessuelle tvangsindgreb omfatter herefter afhøring af sigtede, anvendelse af agenter, anholdelse, varetægtsfængsling, indgreb i meddelelshemmeligheden, herunder aflytning, brevåbning, observation, dataaflysning samt afbrydelse af radio- eller telekommunikation og legemsundersøgelser, ransagning, beslaglæggelse og forevisning af fotografier af sigtede for personer uden for politiet.

Karakteren af hjemmelskravet diskuteres fortsat. Sammenhængen mellem strafferetten og de straffeprocessuelle regler, herunder at formålet med regelsættene er sammenfaldende, medfører, at der ikke kan stilles ringere krav til hjemmelsgrundlaget inden for straffeprocessen end de krav, som stilles i strafferetten. Et straffeprocessuelt tvangsindgreb skal således enten være beskrevet i loven eller i dennes fuldstændige analogi og må underlægges de samme fortolkningsgrundsætninger som nævnt under omtalen af det strafferetlige legalitetsprincip.

Der synes dog hertil at gælde en maksime om udtrykkelighed for så vidt angår betingelserne for anvendelse af de enkelte tvangsindgreb. Karakteren af hjemmelskravet fremgår således direkte af reglerne om de enkelte tvangsindgreb i retsplejeloven – typisk således, at indgrebet kun kan foretages under visse kvalificerede omstændigheder som hensyntagen til graden af en konkret mistanke, karakteren af forbrydelsen og indgrebets betydning for efterforskningen. Man kan dog også se dette udtrykkelighedskrav som et udslag af et princip om proportionalitet.

Gammeltoft-Hansen betragter også de straffeprocessuelle tvangsindgreb ”*som udslag af nødretsbetragtninger i videste forstand*”.<sup>242</sup> Tvangsindgreb kan således anskues som undtagelser foretaget med henblik på ”*retshåndhævelsens gennemførelse og de almene goder, der antages at knytte sig til den konkrete strafforfølgning som led i den almindelige strafforfølgning*”.<sup>243</sup> Nødret indebærer, at en ellers strafbar handling bliver straffri.

Uden at gå for dybt ind i læren om nødret, antages nødretten, herunder også forstået som omfattende nødværge, at være gældende som en almindelig retsgrundsætning, der giver personer adgang til at beskytte sig selv eller andre samt egen eller andres ejendom mod overgreb eller truende overgreb. Nødretten udgør grundlaget for det, som populært kaldes selvforsvar, men kan også inddrages i forbindelse med rednings- eller afværgehandlinger. Grundsætningen er for så vidt beskrevet i straffeloven §§ 13 og 14.<sup>244</sup> Et kerneelement ved nødretten er herefter, at nødretshandlinger skal være *”nødvendige...og ikke åbenbart gå ud over, hvad der under hensyn til angrebets farlighed, angriberens person og det angrebne retsgodes betydning er forsvarligt.”* Der er dermed opstillet et krav om proportionalitet som ramme om anvendelsen af nødret.

Opfattelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb som udslag af nødretten bevirker, at proportionalitetsprincippet får en central placering i forbindelse med den praktiske rækkevidde af tvangsindgrebene. På baggrund heraf opstiller den procesretlige teori to grundsætninger som styrende for anvendelsen af tvangsindgreb.<sup>245</sup> For det første *”må en mere indgribende foranstaltning aldrig anvendes, dersom et mindre indgreb havde været tilstrækkeligt.”* Denne sætning udtrykker reelt proportionalitetsprincippets kerne og er rettet mod selve udførelsen af et indgreb. Sætningen forudsætter, at formålet med tvangsindgrebet nøje vurderes forud for indgrebets foretagelse, herunder vurderes om formålet kan opnås med et indgreb af mindre indgribende karakter. For det andet *”må anvendelsen af tvangsforanstaltninger ikke antage en mere indgribende karakter end den (eventuelle) senere sanktion”*. Denne sætning indebærer udover, at selve det anvendte tvangsindgreb konkret skal være afpasset efter formålet tillige, at indgrebet ikke må være hårdere end den straf, som kan idømmes for den forbrydelse, som betinger indgrebet. Der er for så vidt tale om et dobbelt proportionalitetsprincip. Proportionalitetsprincippets betydning for strafferetsplejen fremgår af, at princippet er optaget udtrykkeligt i flere af retsplejelovens bestemmelser om tvangsindgreb - typisk formuleret således, at et indgreb *”må ikke foretages, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelser og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb”* eller at indgrebet skal *”foretages så skånsomt, som omstændighederne tillader.”*<sup>246</sup> Proportionalitetsprincippet får således direkte betydning for fortolkningen af de enkelte tvangsindgreb. Til karakteristik af tvangsindgrebenes karakter af undtagelser kan anvendelsen af nødretten således være velegnet. Det virker derimod ikke naturligt at inddrage nødret som karakteriserende element i afgrænsningen af de enkelte tvangsindgreb, idet hjemmelskravet med tilhørende proportionalitetsprincip her synes

at udgøre det tilstrækkelige kriterium for indgrebenes straffrihed.

Det fremhæves endvidere ofte som en væsentlig retssikkerhedsgaranti, at domstolene er tillagt beføjelse til at godkende eller afvise de mere indgribende straffeprocessuelle tvangsindgreb. Det er således udgangspunktet, at politiet skal anmode om domstolens forudgående godkendelse af indgrebet. I særlige tilfælde, kan indgrebet dog foretages uden domstolsprøvelse. De enkelte tvangsindgreb omtaler typisk indledningsvis, at indgrebet skal forelægges for domstolene, men hvis *”foranstaltningernes øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at gennemføre foranstaltningerne.”*<sup>247</sup> Normalt gives politiet 24 timer til at forelægge beslutningen for en domstol til efterfølgende godkendelse eller afvisning. Overholdes tidsfristen for efterfølgende forelæggelse ikke, må tvangsindgrebet opgives.

Kravet om domstolsprøvelse kan dermed anses som en samtidig afgrænsning af de tvangsindgreb, som anses for særligt indgribende. Domstolsprøvelse er således forudsat ved anvendelse af agenter, anholdelse, varetægtsfængsling, indgreb i meddelelshemmeligheden, herunder aflytning, brevåbning, observation, dataaflæsning og afbrydelse af radio- eller telekommunikation og ved visse legemsundersøgelser, ransagning af boliger og husrum, dokumenter, papirer og lignende samt aflåste genstande, og forevisning af fotografier af ofre og vidner, som ikke har givet samtykke.

I tilknytning til kravet om domstolsprøvelse opstår spørgsmålet om anvendelsen af både ulovligt tilvejebragte beviser og de såkaldte tilfældighedsfund. Tilfældighedsfund er betegnelsen for beviser på en forbrydelse, som ikke dannede baggrund for den i øvrigt lovlige anvendelse af et tvangsindgreb.<sup>248</sup> Beviset er fundet på utilsigtet, tilfældig måde, f.eks. ved at politiet under jagt på en flygtet fange i et hus finder våben, som opbevares ulovligt af husets ejer. I dette tilfælde har politiet adgang til at forfølge fangen ind i huset som følge af det uopsættelige formål at få gerningsmanden pågrebet. Dette formål omfatter imidlertid ikke fundet af våben, som under normale omstændigheder ville kræve en kendelse til ransagning. Ulovligt tilvejebragte bevismidler er derimod beviser, som er fundet ved ulovlig anvendelse af tvangsindgreb. Politiet har således fremskaffet bevismidler ad principielt forbryderisk vej.

Det antages i teorien, at dansk ret som udgangspunktet tillader bevisførelse ved både ulovligt tilvejebragte beviser og tilfældighedsfund, således at *”den disciplinære påtale over for politiet...og eventuelt anklagemyndigheden foretrækkes frem for en ”annullation” af beviset.”*<sup>249</sup> Dette udgangspunkt kan ses som en følge af straffeprocessens grundlæggende formål som udtrykt i den materielle sandheds princip.<sup>250</sup> Det opfattes derfor som mere væsentligt at

dømme den skyldige i en forbrydelse – også selvom forbrydelsen blev opdaget ”ulovligt” eller ved et ”tilfælde” - end at lade den skyldige gå fri på grund af formelle overvejelser over bevisets stilling. Udgangspunktet er anderledes i angelsaksisk ret, der ikke er styret af et princip om at finde sandheden. Her handler det alene om at kunne samle tilstrækkeligt med beviser til at dømme en mistænkt – principielt uanset om den mistænkte er skyldig eller ej. Der er derfor opstillet en række formelle krav til beviser, som håndhæves i mere håndfast form, end tilfældet er i Danmark. Udgangspunktet i dansk ret kan naturligvis fraviges afhængig af, hvorvidt der er tale om en grov forbrydelse, om betingelserne for anvendelsen af tvangsindgrebet er groft tilsidesat eller af styrken af de fundne beviser. Smith beskriver retstilstanden således, at hvis sagen er ”*tilstrækkeligt alvorlig, vil det materielle sandhedsprincip ofte få fortrinnet, idet domstolene traditionelt har anlagt en pragmatisk holdning til anvendelse af disse bevismidler.*”<sup>251</sup>

Smith anfører dog tillige, at retspraksis under indtryk af praksis ved EMD muligvis er ved at udvikle sig i retning af en strammere tilgang til anerkendelse af ulovligt tilvejebragte beviser i hvert fald hvad angår bevidste ulovligheder fra politiets side samt i tilfælde, hvor ulovlighederne kan have skadet bevisets pålidelighed.<sup>252</sup> Retsplejeloven § 789 kan fremhæves som et eksempel på, at der måske er ved at strammes op. Ifølge § 789 kan tilfældighedsfund i forbindelse med indgreb i meddelelshemmeligheden kun anvendes i efterforskningen, men ikke som bevis i retten. På den anden side giver Retsplejeloven § 791, stk. 3 fortsat adgang til at bruge tilfældighedsfund fundet i korrespondance med f.eks. vidner eller tiltaltes forsvarer, såfremt fundet giver anledning til at rejse tiltale mod pågældende vidne eller hvis forsvareren kan fratages sit hverv. Det principielt betænkelige i at tillade ulovligt tilvejebragte beviser modereres noget i forbindelse med, at domstolenes - i øvrigt frie bevisbedømmelse - i straffesager skal baseres på den såkaldte uskyldsformodning.

Uskyldsformodningen er optaget i EMRK art. 6, stk. 2 som et krav om, at den tiltalte ”*skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven.*” Ifølge Smith betyder uskyldsformodningen, at beviset skal ”*have en sådan styrke, at der ikke længe er nogen rimelig tvivl om, at tiltalte er skyldig.*”<sup>253</sup> Gammeltoft-Hansen opfatter uskyldsformodningen som en del af begrundelsen for den materielle sandheds princip, som ”*knytter sig til nødvendigheden af at indrette det straffeprocessuelle system således, at urigtige domfældelser (”justitsmord”) forebygges.*”<sup>254</sup> Ifølge ham er ”*der ingen tvivl om*”, at hensynet til, at uskyldige ikke straffes vægter tungere end hensynet til, at skyldige straffes. Uskyldsformodningen knytter sig dermed til selve formålet med straffeprocessen og lægger i praksis så

at sige bunden for bevisbedømmelsen. Ifølge Smith indebærer formodningen således, at ”*selv om dommerne er af den subjektive opfattelse, at tiltalte er skyldig, er retten forpligtet til at frifinde, hvis dommerne må erkende, at der er objektiv tvivl om, at anklagemyndighedens version er korrekt.*”<sup>255</sup> Uskyldsformodningen antages at indeholde ”*meget høje beviskrav i straffesager*”<sup>256</sup> og udgør dermed en af de vigtigste straffeprocessuelle retssikkerhedsgarantier.

Det nærmere juridiske indhold af uskyldsformodningens rækkevidde lader sig næppe afgrænse yderligere udover kravet om, at enhver rimelig tvivl skal være bortvejret, før der kan idømmes straf. Der synes dog at være enighed i teorien om, at der er tale om fastlæggelse af et sandsynlighedsniveau i den enkelte sag.

Gammeltoft-Hansen opererer i den forbindelse med begreberne generel og konkret sandsynlighed.<sup>257</sup> Generel sandsynlighed refererer til almindelig livserfaring, statistiske undersøgelser eller beskrivelse af adfærdsmønstre hos kriminelle grupperinger. Konkret sandsynlig sigter til iagttagelser og vidneudsagn samt kendsgerninger, der objektivt kan knyttes til den konkrete tiltalte. Beviskravene stiger, des mere generel en oplysning er. Efter hans opfattelse vil der yderligere ”*næppe kunne ske domfældelse udelukkende på grundlag af generel sandsynlighed, den være sig nok så høj.*”<sup>258</sup> Der kræves herudover tillige et konkret bevis, som forbinder den tiltalte med gerningen. Udgangspunktet om en meget høj grad af sandsynlighed fastholdes uanset om der er tale om alvorlig eller mindre alvorlig kriminalitet, idet det dog ikke kan udelukkes, at beviskravet er svækket i forhold til bagatelagtige forbrydelser.<sup>259</sup>

I relation til de straffeprocessuelle tvangsindgreb giver uskyldsformodningens karakter af sandsynlighedsvurdering sig udtryk i de forskellige grader af mistanke, som kan begrunde et tvangsindgreb. Graden af mistanke strækker sig fra ”*rimelig grund*” i f.eks. § 755, stk. 1 over ”*begrundet mistanke*” i § 762, stk. 1 til ”*særlig bestyrket mistanke*” i § 762, stk. 2. I relation til det tidligere anførte om det strafferetlige legalitetsprincip er der ved disse formuleringer overladt en vis skønsmargen til domstolene, som kan anses for yderligere begrænset gennem uskyldsformodningen.

### **3.7.2.1 Afsluttende om legalitetsprincippet i strafferetsplejen**

På baggrund af ovenstående kan konkluderes, at legalitetsprincippet stiller højere krav til hjemmelsgrundlaget for straffeprocessuelle tvangsindgreb end der stilles til de underliggende straffebestemmelser, hvad enten disse fremgår af straffeloven eller af særlovgivningen. Dette hænger utvivlsomt sammen med, at strafferetsplejen ansues som den klassiske scene for afvejningen af grundlæggende retssikkerhedshensyn, og at tvangsindgreb betragtes som undta-

gelses til borgernes friheds- og ejendomsrettigheder.

Det skærpede hjemmelskrav indebærer bl.a., at betingelserne for anvendelse af de enkelte tvangsindgreb fremgår direkte af de enkelte bestemmelser, herunder også formuleringen af den grad af mistanke, der skal gøre sig gældende som efterforskningsmæssig begrundelse for at anvende det pågældende indgreb. Denne tilgang til anvendelsen af tvangsindgreb afspejles tillige i, at de tvangsindgreb, som berører væsentlige personlige interesseområder såsom meddelelseshemmeligheden og privatlivets fred er underlagt domstolskontrol.

Hertil kommer en dominerende formodning om, at tiltalte er uskyldig, indtil det modsatte er bevist. På det formelle plan indebærer uskyldsformodningen, at graden af den mistanke, som betinger et tvangsindgreb, er beskrevet direkte i forbindelse med det pågældende indgreb. På det materielle plan indeholder formodningen et krav om, at straf alene kan pålægges, såfremt der kan etableres en konkret forbindelse mellem den tiltalte og den strafbare handling, som med en meget høj grad af sandsynlighed bortvejrer enhver rimelig tvivl om tiltaltes uskyld.

Strafferetsplejen kommer derved til at virke som styrende for udnyttelsen af straffeloven og straffebestemmelserne i særlovgivningen, herunder bestemmende for, hvornår de objektive og subjektive krav til opfyldelse af gerningsindholdet er opfyldt. I retssikkerhedsterminologi kan strafferetsplejen således siges at udtrykke forholdet mellem den individuelle og den kollektive retssikkerhed, hvor hensynet til den individuelle retssikkerhed for tiden vejer tungest i strafferetsplejen. Strafferetsplejens system og opbygning udtrykker således i vidt omfang det klassiske retsstatslige retssikkerhedsbegreb i form af en meget høj grad af lovmæssighed og direkte normering i selve lovteksten suppleret af domstolsprøvelse med samtlige efterforskningsmæssige skridt af betydning og flankeret af et beviskrav, som tager afsæt i, at den tiltalte er uskyldig.

### **3.8 Diskussion af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger**

Et af formålene med dette afsnit er – inden for de begrænsede rammer, som afhandlingen giver – at opsummere nogle af de grundregler og retsprincipper, som er særligt vigtige for retsstaten samt antyde den retlige rækkevidde af disse, herunder hvorledes disse forholder sig til den socialstatslige retsopfattelse. Dette formål er opnået ved at vise, hvorledes retsstatens retssikkerhedsideal på en række væsentlige punkter konkretiserer sig i retsregler og retsprincipper.

Et andet formål er at angive nogle temaer til brug for drøftelsen i afhandlingens analyse af

den retspolitiske debat. Afsnittet har forsøgt at kombinere disse formål, idet en række af de præsenterede grundregler og retsprincipper, herunder særligt drejningen mod det strafferetlige område, ligger til grund for en stor del af den retspolitiske debat, som drøftes senere.

Der er taget udgangspunkt i Grundlovens frihedsrettigheder som en delmængde af menneskerettighederne, som disse har fundet udtryk i EMRK. Både Grundloven og EMRK bygger i deres indhold og struktur på en traditionel klassisk forståelse af retsstaten som et værn om borgernes frihed og ejendom mod indgreb fra statsmagtens side.

Den sproglige udformning af Grundloven er naturligvis anderledes end formuleringen af EMRK, som bl.a. specificerer en række undtagelser til de enkelte reglers beskyttelsessfære. I det store og hele kan der dog konstateres et sammenfald mellem forståelsen af Grundloven og EMRK. Principielt har EMRK ikke forrang for Grundloven. EMRK skal heller ikke behandles anderledes end andre love. Dette indebærer, at EMRK ikke tillægges bindende virkning for fortolkningen af Grundloven, og at senere love vil have forrang for EMRK – også selvom de måtte stride imod EMRK. Dette forhold ændres ikke af traktatrettens grundsætning om konventionskonform fortolkning. Som et udslag heraf ønsker Folketinget endvidere formelt at bevare kompetencen til selv at tilrette dansk lovgivning, hvilket i øvrigt også har fundet udtryk i forarbejderne til den lov, hvorved EMRK blev inkorporeret i dansk ret. Den sammenfaldende forståelse af EMRK kan således ikke tilskrives EMRKs formelt bindende virkning, men må bero på overvejelser af mere retspolitisk og retskulturel karakter. Det er da også antaget, at der er stor politisk opbakning til at efterleve den fortolkning af EMRK, som EMD lægger for dagen. Det fælles retskulturelle ophav, som Danmark deler med resten af Vesteuropa, bør i den forbindelse ikke undervurderes. Med rod i analysen af retssikkerhedsbegrebet kan den danske version af retsstaten ses som et blandt flere mulige udtryk for det vestlige retsideal. Det er derfor naturligt, at fortolkningen af regler skabt på tværs af disse forskellige udtryk går i samme retning.

Som påpeget af flere forfattere kan det samtidig formentlig antages, at EMDs fortolkning af EMRK med tiden vil antage en mere håndfast og direkte anvendelse i dansk ret. Det er således konstateret, at der i stigende omfang henvises til EMRK i domsbegrundelser særligt vedrørende ytringsfriheden. EMRK har endvidere haft direkte indflydelse på domstolenes opfattelse af habilitetskravet og underkendt den danske praksis, hvor samme dommer, som tager stilling til skyldsspørgsmålet, tidligere har taget stilling til, om der forelå særlig bestyrket mistanke ved anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb.<sup>260</sup> EMRK har tillige rettet øget fokus på anvendelsen af varetægtsfængsling i relation til kravet om, at retssager, herunder

særligt straffesager, skal overstås inden rimelig tid.

I betragtning af, at Grundlovens frihedsrettigheder og EMRK principielt skal beskytte kernen i retsstatsbegrebet, nemlig borgernes frihed og ejendom, er det alligevel slående, hvor lidt denne materielle beskyttelse dækker. Således kan samtlige Grundlovens regler om beskyttelse af individets frihed, fred og ejendom anskues som regler om, hvordan denne beskyttelse kan brydes. Tilsvarende gør sig gældende vedrørende EMRK, idet de opstillede undtagelser til beskyttelsen er formuleret på en sådan måde, at staterne er overladt en meget bred skønsmargin til at bryde beskyttelserne. Det er for de politiske friheders vedkommende, at man generelt kan spore en bredere materiel beskyttelse, herunder særligt for så vidt angår ytringsfriheden, som i EMRK yderligere omfatter retten til at søge information. EMRKs beskyttelse rækker som følge af EMDs fortolkning af ytringsfriheden videre end Grundlovens, hvorimod Grundloven vedrørende forsamlings- og foreningsfriheden efter ordlyden formentlig må antages at give en bedre materiel beskyttelse end EMRK. At det netop er for de politiske friheders vedkommende, at den materielle beskyttelse som udgangspunkt rækker videre, kan ikke undre. Det er jo netop disse friheder, som udgør en afgørende og bærende forudsætning for retsstatens etablering og fortsatte dominans.

Bortset herfra kan samtlige beskyttelsesregler i meget vidt omfang anskues som hovedsageligt procesregler, som opstiller visse minimumsgarantier vedrørende den fremgangsmåde, som staten skal følge, når der gøres indgreb i rettighederne. Indgreb i frihedsrettighederne kan således alene foretages på baggrund af lovhjemmel, efter opfyldelsen af en formaliseret procedure samt med mulighed for indbringelse af indgrebet til domstolsprøvelse. Frihedsrettighedernes beskyttelse retter sig således ikke hovedsageligt mod indholdet af borgernes frihed og ejendom, som herefter må betragtes som undergivet en meget bred adgang for offentlig intervention. Rettighedernes reelle område omfatter de fremgangsmåder, som staten skal følge, når der gøres indgreb. Denne forståelse af frihedsrettighederne indebærer en meget bred adgang for statslig indblanding i borgernes liv, blot det sker på den foreskrevne måde. Den aktuelle juridiske fortolkning af frihedsrettighederne medfører således, at disse ellers retsstatslige kernerettigheder i realiteten ikke på afgørende måde står i vejen for socialstatens adgang til intervention. Det er klart, at domstolene på denne baggrund får en central rolle i forbindelse med både at afgrænse et eventuelt materielt beskyttelsesindhold, og med at påse, om staten har overholdt de formelle fremgangsmåder.

Grundloven lever på det formelle plan op til standarderne om en retfærdig rettergang i EMRK. Domstolene er således organisatorisk uafhængige og ikke underlagt nogen instruk-



tionsbeføjelse fra staten udover, at de skal dømme efter loven. De er tillagt kompetence til at udøve forfatningskontrol og i øvrigt tage stilling til forvaltningens retlige grænser. Den endelige fortolkningskompetence ligger således hos domstolene. På tilsvarende vis som ved frihedsrettighederne er det derfor også her slående, hvor lidt domstolene udnytter adgangen til at udøve forfatningskontrol. Dette kan undre, idet forfatningskontrol i flere vesteuropæiske lande indgår som en integreret og anvendt del af domstolenes virke. Denne såkaldte forfatningsaktivisme ligger tillige til grund for EMDs og for så vidt også EU-Domstolens selvforståelse. I Tyskland er der som omtalt nedsat en særlig domstol til dette formål. Denne Forbundsforfatningsdomstol kan ikke siges at hvile på laurbærrene. På baggrund af begrebsanalysen af retssikkerhedsbegrebet forekommer det endvidere indlysende, at forfatningskontrol må stå som en af grundpillerne i retsstaten, og udgøre borgernes sidste værn mod vilkårlig magtanvendelse. Der kan være flere årsager til domstolenes tilbageholdenhed, heriblandt at grundlovsstridige love ikke forekommer i Danmark. Værdien af dette udsagn skal ikke forfølges nærmere her. Det formodes, at Højesterets praksis baseres på, at det er Folketingets opgave at udforme lovene, og at det ikke tilkommer domstolene at tage stilling til eventuelle politiske uklarheder. Der skal herefter formentlig foreligge sikker og utvivlsom modstrid mellem en lov og Grundloven, før domstolene begiver sig ud i en underkendelse af loven. Som antydning af Germer, er denne stillingtagen ikke prisværdig.<sup>261</sup>

Domstolenes prøvelse af almindelige love udviser ikke samme næsten maniske tilbageholdenhed, selvom udgangspunktet for prøvelsen både kan karakteriseres som konservativt og i myndighedernes favør. Standpunktet er ikke empirisk underbygget, og det erkendes, at domstolene prøver det formelle retlige grundlag for en administrativ afgørelse uanset, om afgørelsen er skønsmæssig eller ej. Svaghederne opstår i relation til prøvelsen af de mere eller mindre frie administrative skøn, hvor selve skønnet ikke prøves. Der er dog opstillet en række principper, som skal sikre, at skønnet udøves på korrekt grundlag, dvs. at der ikke tages uvedkommende hensyn, at skønnet ikke reelt er bundet af interne retningslinjer mv. Det kan diskuteres, om disse principper – eller fortolkningen heraf - i tilstrækkeligt omfang dæmper op for administrationens muligheder for så at sige at ”formulere sig ud af sagen”. Det skal herved ikke undervurderes, at mange afgørelser kan repareres i klagesystemet, dvs. at oprindelige mangler ved afgørelsen kan rettes op under klageprocessen, hvorved man i realiteten risikerer, at klageorganet omformer den oprindelige afgørelse fra en uigennemførlig afgørelse til en gennemførlig afgørelse – og derved i realiteten begrænser domstolsprøvelsen. Dette er så at sige et nødvendigt udslag af den socialstatslige forståelse af retten som et aktivt instrument.

Det må i den forbindelse heller ikke undervurderes, at domstolenes prøvelse begrænses yderligere ved, at de er tilbøjelige til at lægge administrative klageorganers fortolkning til grund. Denne proces er for så vidt i tråd med en del af retsstatens begrundelse om, at lovgivningsmagtens vilje skal gennemføres. Formålet er derfor korrekte afgørelser uanset, at dette for de berørte borgere kan forekomme uforståeligt og krænke borgernes opfattelse og oplevelse af egen retssikkerhed. Domstolsprøvelsen i Danmark må imidlertid anses for at ligge inden for de rammer, som opstilles af EMRK. Domstolsprøvelsens karakter kan sammenfattes derhen, at domstolene i vidt omfang alene prøver det formelle retlige grundlag for en afgørelse, og at denne prøvelsesform afspejler sig i relation til prøvelsen af administrative skøn, hvor vægten således også lægges på grundlaget for skønnet, men ikke dets indhold. Domstolsprøvelsen i relation til forfatningskontrollen og i relation til den almindelige prøvelse kan således i overvejende grad siges at udgøre en prøvelse af procesgarantier. Domstolsprøvelsens rækkevidde respekterer således socialstatens behov for åbenhed i retsgrundlaget med følgende adgang til skønsmæssige afgørelser.

Heller ikke legalitetsprincippet opstiller grænser af betydning for den materielle beskyttelse af borgerne i relation til udøvelse af forvaltningsmyndighed. Legalitetsprincippets betydning skal findes i princippet konstituerende funktion i forhold til den klassiske opfattelse af retsordenen som sådan. Princippet kan anskues som et i udpræget grad formelt princip, som angiver den indre sammenhæng i retssystemet og dermed også sammenhængen i retsstaten som sådan. Princippet forholder sig ikke direkte til det materielle indhold af lovgivningen, men opstiller en række krav til fremkomsten og fortolkningen af lovgivningen, som forudsætter en vis grad af ensartethed og retsenhed. Der er i dette perspektiv for vidt tale om en procesgaranti forstået på den måde, at princippet inden for den klassiske retssikkerhedsforståelse afdækker, om der er formel dækning for et indgreb. Dette blev søgt anskueliggjort med afsæt i legalitetsprincippets betydning inden for strafferetten. Straffens karakter af særligt indgribende retsmiddel giver sig udslag i et skærpet hjemmelskrav, men i realiteten afskærer hjemmelskravet blot en række retskilder, som anerkendes i den øvrige forvaltningsret, fra at få afgørende betydning for den strafferetlige fortolkning. Der gælder heller intet krav om en særlig klarhed i formuleringen af straffebestemmelser. Der kan endvidere ikke udledes en generelt gældende maksime om indskrænkende fortolkning af straffebestemmelser til gunst for den tiltalte. Legalitetsprincippet giver således alene sikkerhed for, at straffen følger loven, men indeholder ingen begrænsninger i, hvilke forhold der kan gøres strafbare, eller hvorledes disse forhold skal fortolkes, udover at fortolkningen skal foretages i tæt samspil mellem lovens ger-

ningsbeskrivelse og den foreliggende handling. Der ligger som udgangspunkt således ingen begrænsninger for statens intervention i form af udvidelser af det strafbare område.

Det er især i relation til udmøntningen af begrebet om en retfærdig rettergang, at retsprincippernes og retsreglernes karakter af procesforskrifter bliver tydelig. Selvom dansk ret ikke definerer begrebet retfærdig rettergang, kan man med en vis ret anskue retsplejeloven i sin helhed som udtryk for dette begreb, idet retsplejeloven udgør en lov om domstolsprocessen. Samtlige over 1.000 paragraffer har således til hensigt i et eller andet omfang at sikre faste og forudsigelige rammer omkring den retlige konfliktløsning og kan i dette perspektiv knyttes direkte til EMRK art. 6 og art. 13. Det er tillige inden for procesretten, at retsstatens afgørende forudsætning om forudsigelighed kommer klarest til udtryk. Procesretten udgør således aktuelt den fremmeste moderne retlige eksponent for det retsstatslige retssikkerhedsbegreb. Straffeprocessen er anvendt som et særligt udtryksfuldt eksempel på, hvorledes forudsigelighedsforudsætningen gennem legalitetsprincippet operationaliseres til en retlig terminologi. De anvendte begreber og betingelser for anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb betoner således det meget stærke krav om hjemmel, som behersker området omkring frihedsrettighederne. Det klassiske retsstatslige perspektiv om at værne borgerne mod statsmagten underbygges inden for strafferetsplejen tillige af, at samtlige efterforskningskridt af betydning som udgangspunkt er underlagt domstolsprøvelse. Endelig opstilles et værn i form af en fundamental forhåndsformodning for, at den tiltalte er uskyldig.

Det kan diskuteres, om den udprægede processuelle karakter i den moderne forståelse af retssikkerhed er identisk med den oprindelige forståelse af begrebet. Begrebsanalysen i afsnit 2 synes at vise, at det klassiske retssikkerhedsbegreb indeholdt en forudsætning om lovmæssighed forstået som den tilnærmelsesvis fuldstændige normering af borgernes retsstilling i selve loven. Endvidere at der skulle opstilles et effektivt værn om borgernes friheds- og ejendomsrettigheder mod indgreb fra statsmagtens side. Denne opfattelse forudsætter på den ene side, at der eksisterer en frihedssfære af et vist materielt indhold og på den anden side, at kun loven kan angive betingelser og fremgangsmåder for, hvornår dette indhold kan brydes. Begrebsmæssigt forudsættes således både et materielt beskyttelsesindhold af en vis betydning og en normering, som i tillæg til processen angiver klare materielle betingelser for, hvornår indgreb kan foretages. Begrebsanalysen i afsnit 2 synes at vise, at retssikkerhedsbegrebets materielle side oprindeligt rangerede på linje - muligvis endda over - den processuelle side. Samtidig viste analysen, at det klassiske retssikkerhedsbegreb i vidt omfang er fraveget, erstattet eller udhulet som følge af introduktionen af socialstatens behov for øget offentlig intervention

og deraf følgende behov om åbenhed i retsgrundlaget. Disse behov nedbryder det klassiske retssikkerhedsbegreb, og kan formentlig også ses som bærende for en eventuel ændret fortolkning af især frihedsrettighedernes materielle rækkevidde. Begrebsanalysen pegede dog også på, at det klassiske retssikkerhedsbegreb kan eksistere parallelt med den socialstatslige retsopfattelse. Den netop foretagne analyse af retssikkerhedsbegrebets grundlæggende regulering synes at bekræfte, at retsstatens retssikkerhedsbegreb fortsat udgør den styrende forståelse for reguleringen og udmøntningen af procesretten, herunder særligt straffeprocessretten.

## 4. Den retspolitiske debat

*En kilde til fejltagelser og uretfærdigheder er de falske forestillinger, som lovgiverne gør sig om nytte...Den forestilling om nytte er falsk, som opofrer tusinde virkelige fordele for en enkelt indbildt eller uvæsentlig ulempe...Sådanne love kan ikke siges at være forebyggende, men snarere ængstelige for forbrydelser, og de bliver til under det forvirrede indtryk af nogle specielle omstændigheder, ikke ud fra en fornuftig overvejelse af fordele og ulemper ved en almenlydig forordning.*

Beccaria, Om forbrydelse og straf.

### 4.1 Analyse af den retspolitiske debat

Det kan måske her være formålstjenligt indledningsvis kort at opsummere de forudsætninger, som analysen af retssikkerhedsbegrebets og dets grundlæggende juridiske regulering opstiller for den videre drøftelse. Analysen konkluderer i afsnit 3.8, at den materielle beskyttelse af frihedsrettighederne bortset fra de politiske rettigheder må betragtes som svag. Der kan ikke opstilles retligt bindende rammer, som i væsentligt omfang begrænser lovgivningskompetencen i relation til normeringen af borgernes materielle retsforhold. Der er en vis beskyttelse af friheds- og grundrettigheder, men omfanget lader sig ikke afgrænse generelt. Den aktuelle beskyttelse af rettigheder har i overvejende grad karakter af en processuel beskyttelse, dvs. fokus for beskyttelsen retter sig mod afklaring af hjemmel, fastlæggelse og opretholdelse af procedure samt mulighed for prøvelse. Det processuelle perspektiv genfindes i prøvelsen af skønsmæssige afgørelser, hvor grundlaget for skønnets udøvelse samt rækkevidden af skønnet i form af proportionalitetsprincippet står i centrum. Domstolenes forfatningskontrol er nærmest ikke-eksisterende, og den almindelige prøvelse kan karakteriseres som en tilbageholden prøvelse af procesgarantier uden derved at give køb på muligheden for at tilside sætte urimeligt indhold som ugyldigt. På tilsvarende vis kan legalitetsprincippet ses som en grundlæggende processuel garanti om, hvorvidt det formelle grundlag for en afgørelse er til stede. Der kan således ikke udledes væsentlige retligt bindende krav til klarheden i formuleringen af hverken almindelige forvaltningsretlige regler eller til straffebestemmelser. Legalitetsprincippet begrænser dog feltet af retskilder, der kan inddrages som afgørende i den strafferetlige fortolkning. Vægtningen af de processuelle forhold viser sig klart i strafferetsplejen,

hvor især legalitetsprincippet antages at opstille krav til både formuleringen af betingelser for indgreb som til domstolskontrollen med indgrebene. Det er denne forståelse af retssikkerhedsbegrebets juridiske dimension, som udgør rammen om den følgende analyse af den retspolitiske debat. Retssikkerhedsbegrebets mere værdibaserede dimension kommer naturligvis også til udtryk i denne analyse, idet værdidimensionen optræder som fødekilde for den retlige terminologi. Analysen søger i denne henseende at afdække dele af de komplekse sammenhænge bag retssikkerhedsbegrebets funktion som koblingsbegreb.

Analysen tager udgangspunkt i et antal lovgivningsinitiativer med henblik på at afdække, i hvilket omfang de pågældende initiativer kan siges at stride mod retssikkerhedsbegrebets juridiske dimension. Det er endvidere hensigten at afdække de retssikkerhedsforståelser, som ligger bag henholdsvis motiveringen og kritikken af initiativerne. Analysen er motiveret i den opfattelse, at det skred eller den udvikling i retssikkerhedsbegrebets balance, som Advokatrådet i begge sine retssikkerhedsprogrammer samt i prisopgaveteksten giver udtryk for, vil manifestere sig i den retspolitiske debat, som knytter sig til de pågældende lovinitiativer. Der er hermed tale om en analyse med fokus på de argumentationer, som udspiller sig i den retspolitiske debat om de pågældende lovinitiativer, og med fokus på, om lovinitiativerne indeholder elementer, som kolliderer med de juridiske krav, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger. Analysen vil derfor i et vist omfang forholde sig til det retsdogmatiske indhold af lovinitiativerne, selv om dette ikke er analysens formål. Det vil føre for vidt i regi af denne afhandling at gennemføre en tilbundsgående analyse. Der fokuseres derfor alene på elementer i de enkelte lovinitiativer, som er fundet mest relevante for afhandlingens problematik.

Analysen baseres i overvejende grad på forarbejder til de pågældende lovinitiativer suppleret af Folketingets forhandlinger i form af relevante udvalgsbehandlinger og ministerbesvarelser. Heri indgår tillige officielle høringssvar samt kritik fra universitetsjurister. Analysen suppleres med retspraksis, hvor dette findes relevant. Analysen bygger på en forudsætning om, at den retspolitiske debat, som udfolder sig snævert omkring fremsættelsen og vedtagelsen af lovforslag tillige udgør det relevante fortolkningsmateriale for domstolene, når ny lovgivning skal tages i anvendelse. Denne forudsætning udgør samtidig et udslag af legalitetsprincippet i klassisk forstand, idet dette princip tilsiger, at fortolkningen af lovgivningen foretages på baggrund af den retlige trinfølge, hvor de relevante momenter i tilfælde af tvivl om lovens ordlyd først og fremmest skal findes i lovens forarbejder. Analysens grundlæggende metodik bygger således på den klassiske opfattelse af retssikkerhedsbegrebet. Dette udgangs-

punkt er bl.a. begrundet i, at analysen omhandler tiltag inden for det strafferetlige område, som i vidt omfang fortsat domineres af det retsstatslige retssikkerhedsbegreb.

Analysen er opdelt i to hovedtemaer – en analyse af lovgivning, som vedrører udvidelser af det strafbare område og en analyse af lovgivning, som vedrører straffeprocessuelle indgreb og andre processuelle spørgsmål. Denne sontring er baseret på den gennemførte analyse af retssikkerhedsbegrebet med et fokus dels på den materielle beskyttelse, og dels på den formelle beskyttelse. Således vedrører udvidelser af det strafbare område Folketingets kompetence til at normere borgernes materielle retsforhold – dvs. det man mener, skal være kriminelt – og omfattes således af retssikkerhedsbegrebets materielle beskyttelsesområde. Initiativerne vedrørende de processuelle regler falder inden for retssikkerhedsbegrebets processuelle beskyttelsesområde. Som anført er der forskel i de begrænsninger, retssikkerhedsbegrebets juridiske dimension opstiller for regulering af disse to områder. Lovinitiativerne vedrørende udvidelser af det strafbare område omfatter terrordefinitionen og definitionen af bandekriminalitet. Lovinitiativerne vedrørende straffeprocessuelle tvangsindgreb omfatter reglerne om aflytning, datalogning og dataaflysning, teleaflytning på person, gentagen hemmelig ransagning samt forsvarets adgang til sagens materiale og udlændingelovens regler om proceduren for administrativ udvisning.

## **4.2 Udvidelser af det strafbare område**

### **4.2.1 Terrorkomplekset**

Straffelovens regler om terrorisme blev i alt væsentligt gennemført ved Terrorpakke I i 2002 og Terrorpakke II i 2006.<sup>262</sup> Terrorpakkerne indeholdt en række ændringer til straffeloven, retsplejeloven, telekonkurrenceloven, udleveringslovgivningen, våbenloven, tv-overvågningsloven, luftfartsloven og hvidvaskloven. For fuldstændighedens skyld kan nævnes, at komplekset omkring Terrorpakke I også indeholdt ændringer i udlændingelovgivningen, i skatte- og afgiftslovgivningen samt inden for erhvervs- og økonomiministeriets område. Som det fremgår, er der altså tale om ganske omfattende lovpakker, og det vil ikke være formålstjenligt at gennemgå samtlige ændringer i denne sammenhæng. I relation til nærværende afsnit er det særligt straffelovens definition af terrorisme, som påkalder sig interesse.

Terrorpakke I erstattede den gamle terrordefinition i straffelovens § 114 – den såkaldte terrorismeparagraf. Terrorismeparagraffen og det tilhørende regelkompleks er placeret i straffelovens kapitel 13 om forbrydelser mod statsforfatningen og de øverste statsmyndigheder,

terrorisme mv. Der er altså tale om meget alvorlige forbrydelser, som rangerer på linje med angreb på regenten, statsministeren, Folketinget og valgsystemet. Terrorismeparagraffen fastlægger en strafferamme med fængsel op til livstid. Ifølge den nye definition i straffeloven § 114 indebærer terrorisme et *”forsæt til at skræmme en befolkning i alvorlig grad, eller uretmæssigt at tvinge danske eller udenlandske offentlige myndigheder eller en international organisation til at foretage eller undlade at foretage en handling, eller at destabilisere eller ødelægge et lands eller en international organisations grundlæggende politiske, forfatningsmæssige, økonomiske eller samfundsmæssige strukturer begår en eller flere af følgende handlinger, når handlingen i kraft af sin karakter eller den sammenhæng, hvori den begås, kan tilføje et land eller en international organisation alvorlig skade.”*

Terrorismeparagraffen kan opfattes som et såkaldt kvalificeret forsæt. Det betyder, at paragraffen for så vidt ikke beskriver nye forbrydelser, men derimod hvad der skal til for at allerede kendte forbrydelser så at sige løftes op og betragtes som terrorisme. Således henvises til en række forbrydelser, som i sig selv ikke udgør terrorisme, men som straffes med fængsel op til livstid, hvis forbrydelserne begås i den hensigt at udøve terror. Bestemmelsen skærper således straffene for f.eks. drab, grov vold, frihedsberøvelse, forstyrrelse af samfærdsel, groft hærværk, kapring, trusler samt ulovlig besiddelse af våben eller sprængstoffer. Visse af de omfattede forbrydelser forudsætter i tillæg til selve terrorforsættet, at de er begået på en måde, *”der kan bringe menneskeliv i fare eller forvolde betydelige økonomiske tab”*. Terrorismeparagraffen kan tillige opfattes som en selvstændig gerningsbeskrivelse, idet de omfattede forbrydelser ikke blot behøver at være begået i Danmark, men også mod andre lande eller internationale organisationer. Terrorismeparagraffen retter sig således mod den globale kamp mod terrorisme.

Terrorismeparagraffen i § 114 suppleres af § 114a, der blev indført ved Terrorpakke II i 2006. Straffelovens § 114a udgør en regel om strafskærpelse for handlinger, som ikke er omfattet af det kvalificerede terrorismeforsæt i § 114. Strafskærpelserne omfatter handlinger beskrevet i en række forskellige internationale konventioner – dvs. forbrydelser, som kan betegnes som konventionsfjendtlige. Disse omfatter konventioner om ulovlig kapring af luftfartøjer, beskyttelse af luftfarten og lufthavne, beskyttelse af diplomater, gidseltagning, beskyttelse af nukleare materialer, ulovlige handlinger mod søfartssikkerheden, beskyttelse af platforme samt mod terrorbombninger. Straffeloven § 114a specificerer en række forbrydelser, herunder drab, vold, trusler, røveri, hærværk, ildspåsættelse samt en række former for almenfarlige forbrydelser. Begås disse forbrydelser under forhold, som er omfattet af de nævnte konventioner,



kan der idømmes en tillægsstraf svarende til det halve af de normale strafferammer.

Herudover indsatte begge terrorpakker en række nye bestemmelser i straffeloven §§ 114b – 114h. Der eksisterer nu seks særskilte specifikationer af strafbare former for medvirken til terrorisme samt en bestemmelse om ulovlig spredning af masseødelæggelsesvåben. Lovsystematikken betyder, at terrorhandlingerne beskrives i §§ 114-114a, mens forskellige former for medvirken og bistand omfattes af §§ 114b-114h. Man kan derfor tale om et egentligt terrorkompleks. Det er særligt straffeloven § 114e om det udvidede medvirkensbegreb, som er interessant for denne afhandling. Herudover er en række andre regler i straffeloven og strafferechtsplejen tilknyttet terrorkomplekset. Samlet set udgør terrorkomplekset et omfattende regelsæt af stor kompleksitet. Som følge heraf blev terrorpakkerne voldsomt kritiseret fra mange sider. I det følgende fokuseres på dele af den kritik, som rejste sig mod de argumenter, som blev anført som juridisk bærende for gennemførelsen af terrorkomplekset samt mod formuleringen og rækkevidden af de centrale bestemmelser om terrorisme i straffeloven § 114 og § 114a. Endelig kommenteres en række forhold til det udvidede medvirkensbegreb i § 114e.

#### **4.2.1.1 Den bærende juridiske begrundelse**

Baggrunden for gennemførelsen af terrorkomplekset findes i den øgede bevågenhed over for internationale terrorgruppers kapacitet, som fulgte i kølvandet på terrorangrebene i USA i september 2001. Justitsministeren motiverede således Terrorpakke I med direkte henvisning til angrebet i USA samt med henvisning til, at dette angreb havde ”forandret vores syn på, hvad der er nødvendigt og hvilke redskaber, der skal tages i brug for at bekæmpe terrorisme.”<sup>263</sup> Angrebene i Madrid og London i 2005 og 2006 skærpede denne bevågenhed og resulterede i Terrorpakke II. Der var brede flertal i Folketinget for at gennemføre terrorpakkerne.

Det konkret juridisk bærende argument for at indføre reglerne i terrorkomplekset var, at dette blev anset for påkrævet for at opfylde Danmarks internationale forpligtelser. Det blev således i Terrorpakke I fremhævet, at ”formålet med lovforslaget er for det første at gennemføre de ændringer, der er nødvendige for at Danmark kan ratificere FN-konventionen af 9. december 1999 til bekæmpelse af finansiering af terrorisme”.<sup>264 265</sup> Endvidere at lovforslaget indeholder ”de ændringer på Justitsministeriets område, som FN’s Sikkerhedsråds resolution nr. 1373 (2001) nødvendiggør.”<sup>266</sup> Disse FN-regler omhandler især spørgsmålet om finansiel medvirken, dvs. bl.a. indsamling af midler til finansiering af terrorisme. Det var tillige reglerne om strafbar medvirken i form af finansiering eller anden tilvejebringelse af økonomiske midler i FN’s terrorfinansieringskonvention art. 2. stk. 1 og Sikkerhedsrådets resolution 1373

art. 1, litra d, som dannede forlæg og tankeskema for de danske regler om finansiel medvirken i daværende straffelov § 114a. Endvidere blev FN's terrorfinansieringskonvention art. 2, stk. 5, litra c anført som begrundelse for den særlige regel om udvidet medvirken i daværende § 114c. Disse regler blev siden flyttet til henholdsvis § 114b og § 114e.

Selve indførelsen af terrorismebegrebet i straffeloven § 114 blev begrundet med, at *”bestemmelsen skal samtidig gennemføre EU's rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme.”*<sup>267</sup> Rammeafgørelsen art. 1 blev anset for at *”indebære en forpligtelse for medlemsstaterne til særskilt at kriminalisere terrorisme.”*<sup>268</sup> Det var navnlig straffeloven § 114, som skulle *”gennemføre EU's rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme.”*<sup>269</sup> Gerningsbeskrivelsen i § 114 svarer herefter i alt væsentligt til den beskrivelse, som findes i rammeafgørelsen. Rammeafgørelsen indeholder herudover beskrivelser af forskellige former for medvirken, bl.a. om ledelse og forskellige former for deltagelse i en terrorgruppes aktiviteter. Rammeafgørelsen omhandler også strafansvaret for juridiske personer samt staternes jurisdiktion og retsforfølgning.

Tilsvarende begrundes ændringerne og udvidelserne til terrorkomplekset i Terrorpakke II i alt væsentligt med gennemførelsen af Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme og FN's konvention om nuklear terrorisme.<sup>270</sup> Den supplerende terrorbestemmelse i straffeloven § 114a bygger direkte på Europarådets konvention. Konventionen fastlægger herudover visse minimumsstandarder for den nationale lovgivning, herunder fastlæggelse af begreberne ”opfordring, hvervning og oplæring” til terrorisme. Disse definitioner er indoptaget i straffeloven §§ 114c og 114d. Herudover indførte Terrorpakke II en særegen dansk regel om forbud mod at lade sig hverve til terrorisme.

Under behandlingen af Terrorpakke I i Folketinget blev der rejst tvivl om, i hvilket omfang Danmark var forpligtet til at gennemføre EU's rammeafgørelse. Eksempelvis mente Det Danske Center for Menneskerettigheder, *”at der kan stilles spørgsmålstegn ved, om EU's rammeafgørelse nødvendigvis stiller krav om en selvstændig terrorismeparagraf.”*<sup>271</sup> Efter centrets opfattelse udelukkede rammeafgørelsen ikke, at den særlige grovhed ved terrorisme i stedet kunne tillægges vægt ved udmålingen af straffen i henhold til den eksisterende regel om skærpene omstændigheder i straffeloven § 80.

Jørn Vestergaard har både før og efter vedtagelsen af Terrorpakke I markeret sig som kritiker af den teknisk-juridiske afgrænsning og udformning af terrorkomplekset. Hans samlede kritik er kompliceret og omfattende, og bygger på et særdeles indgående kendskab til terrorkompleksets baggrund og udvikling. Hans kritik sammenfatter de væsentlige juridisk funde-

rede indvendinger mod terrorkomplekset. Kritikken anvendes derfor som repræsentativ for den juridisk baserede kritik, som begge terrorkonventioner blev mødt med.

I relation til rækkevidden af Danmarks internationale forpligtelser fandt Vestergaard det ”*langt fra utvivlsomt*”, at EU’s rammeafgørelse forpligtede til en selvstændig kriminalisering af terrorisme.<sup>272</sup> Han har andet sted anført, at rammeafgørelsen alene forpligter staterne til at kvalificere de relevante handlinger som terrorhandlinger, når de gennemføres med en række specifikke formål for øje og henviser til, at reglerne er implementeret anderledes i andre EU-lande.<sup>273</sup> Vestergaard synes at læse rammeafgørelsen art. 1 således, at denne ikke forpligter til at adoptere rammeafgørelsens formuleringer eller systematik, herunder hverken forpligter til at ”*operere med et kvalificeret delikt, der er udformet med en fælles strafferamme for en række lovovertrædelser*” eller til at ”*lade lovens strengeste straf, fængsel på livstid, være den fælles maksimumstraf for de kvalificerede delikter*”.<sup>274</sup> Rammeafgørelsen art. 1 forpligter således blot til at sikre, at visse allerede kriminaliserede lovovertrædelser ”*betragtes*” som terrorisme, når de udøves med et særligt kvalificeret forsæt. Han nævner endvidere, at rammeafgørelsen i art. 1a på samme måde stiller krav om at ”*betragte*” tyveri, forfalskning og afpresning som knyttet til terrorisme, men at disse overtrædelser ganske uproblematisk ikke er omfattet af straffeloven § 114. I bemærkningerne til Terrorkonvention I anførte Justitsministeriet imidlertid, at handlinger omfattet af rammeafgørelsens art. 1a ”*kunne straffes som medvirken til den konkrete terrorhandling*” og derfor ikke forudsatte selvstændig kriminalisering.<sup>275</sup> Det er derfor tvivlsomt, om Vestergaards kritik vedrørende art. 1a kan opretholdes.

Folketingets Lovsekretariat mente, at Danmark var forpligtet til at gennemføre terrorkomplekset, om end det ikke klart fremgår, om sekretariatet mente, at forpligtelsen indebar direkte adoption af rammeafgørelsens beskrivelser.<sup>276</sup> Justitsministeriet tilkendegav under høringsfasen, at rammeafgørelsen indeholdt en forpligtelse til selvstændig kriminalisering af gerningsindholdet men medgav, at kriminaliseringen kunne foretages på forskellige måder.<sup>277</sup> Samlet set udgjorde den valgte fremgangsmåde med en særskilt terrorismeparagraf baseret på rammeafgørelsen art. 1 efter Justitsministeriets opfattelse ”*den lovteknisk set bedste løsning*”. Dette skal formentlig forstås i sammenhæng med, at rammeafgørelsen i præamblen pkt. 5 udtaler, at medlemsstaternes terrordefinitioner ”*bør tilnærmes hinanden...herunder definitionerne af strafbare handlinger med relation til terroristgrupper*.” Det kan formentlig antages, at den valgte fremgangsmåde også udtrykte en politisk beslutning baseret på opfattelsen af, at en tilnærmelsesvis ensartet ordlyd i rammeafgørelsen og dansk ret var bedst egnet til at sikre præambelens formål om at fastlægge en fælles europæisk definition af terrorisme.<sup>278</sup>

For så vidt angår pligten til at implementere FN's terrorfinansieringskonvention og Sikkerhedsrådets resolution anføres i bemærkningerne til Terrorpakke I, at *”resolutionen er bindende for Danmark på samme måde som en traktat, der er tiltrådt af Danmark. Danmark er derfor forpligtet til at indrette sin lovgivning og administrative praksis i overensstemmelse med bestemmelserne i den vedtagne resolution.”*<sup>279</sup> På tilsvarende vis argumenteres i Terrorpakke II for, at Europarådets konvention *”indebærer en forpligtelse for de kontraherende stater til at kriminalisere visse forberedende handlinger til terrorhandlinger.”*<sup>280</sup> Ifølge gængs juridisk opfattelse kan konventionsforpligtelser gennemføres i dansk ret på flere måder. Konventionens bestemmelser kan adopteres uændret i en dansk lov. Man kan også vælge blot at henvise til konventionen, eller man kan omskrive dens forpligtelser i en dansk lov – så at sige fordanske disse. Endelig kan forpligtelserne efterleves i praksis alene på baggrund af Danmarks tiltrædelse af konventionen. Som omtalt i afsnit 3.4.1 vil Danmark under alle omstændigheder søge at opretholde en konventionskonform fortolkning af dansk ret, hvor ikke senere dansk lovgivning strider mod internationale traktatforpligtelser. Der er som udgangspunkt valgfrihed til at vælge den metode, som findes mest hensigtsmæssig. Da der ikke af hverken FN's terrorfinansieringskonvention eller Europarådets konvention til bekæmpelse af terrorisme fremgår en forpligtelse til at implementere konventionerne på en bestemt måde, kan Justitsministeriets metode ikke ansues som udslag af en folkeretlig forpligtelse. Den valgte løsning er formentlig båret af et retspolitisk hensyn til at skabe størst mulig sproglig overensstemmelse mellem dansk og international ret.

Som ovenstående viser, beror implementeringen af de internationale forpligtelser i relation til terrorkomplekset i vid udstrækning på politiske valg. I relation til EU-rammeafgårelsen beroede implementeringen på Justitsministeriets fortolkning af rammeafgårelsens bindende virkning i lyset af rammeafgårelsens retspolitiske formål om en fælleseuropæisk terrorbekæmpelse. I relation til konventionerne fra FN og Europarådet har det formentlig været udslagsgivende, at der fra politisk hold har været ønske om størst mulig overensstemmelse mellem dansk og international ret. Ingen af de nævnte hensyn kan betragtes som illegitime i hverken juridisk eller politisk forstand, om end valgene afhængig af retspolitisk observans kan betragtes som mere eller mindre hensigtsmæssige.

#### **4.2.1.2 Den demokratiske fortolkningsgrundsætning**

I betænkningen over Terrorpakke I blev det erkendt, at terrorkomplekset balancerede i *”dilemmaet mellem at beskytte de grundlæggende frihedsrettigheder i et demokratisk og åbent*

*samfund samtidig med, at bestemmelsen ikke må kunne misbruges til at underminere selv-samme rettigheder og samfundsform.*”<sup>281</sup> Dette dilemma udgjorde en væsentlig del af de politiske drøftelser forud for vedtagelsen af Terrorpakke I.

Drøftelserne gik især på rækkevidden af den centrale definition af terrorisme i straffeloven § 114 i forhold til aktiviteter, som virker destabiliserende for ikke-demokratiske stater, *”hvor i hvert fald Enhedslisten går ind for, at man netop ødelægger landenes strukturer.*”<sup>282</sup> Bekymringen gik således på terrordefinitionens forhold til frihedsbevægelser og frihedskamp mod diktaturstater. Advokatrådet mente i sit høringssvar, at bestemmelsen var for vidtgående idet, den *”ikke indeholder en præcis definition på begrebet terrorisme, ligesom den foreslåede bestemmelse omfatter enhver opstand på den i bestemmelsen anførte måde mod et land eller en international organisation, herunder også handlinger som man fra dansk side har bedømt som udtryk for en persons legitime udøvelse af modstand mod et diktatorisk og undertrykkende styre.*”<sup>283</sup> I lovbetænkningen blev der henvist til, at præamblen til den EU-rammeafgørelse, som lå til grund for store dele af Terrorpakke I, indeholdt en forudsætning om, at *”intet i denne rammeafgørelse kan fortolkes på en måde, som indskrænker eller er til hinder for de grundlæggende frihedsrettigheder som f.eks. strejkeret, forsamlings-, forenings- eller ytringsfrihed og herunder retten til sammen med andre at oprette fagforeninger og blive medlem af fagforeninger for at forsvare sine interesser og den dertil knyttede ret til at demonstrere.*”<sup>284</sup> En samtidig erklæring fra EU’s Ministerråd udtalte, at rammeafgørelsen omfattede handlinger *”begået af personer, hvis mål er en trussel mod deres demokratiske samfund, der respekterer retsstatsprincippet, og mod den civilisation, disse samfund bygger på.*”<sup>285</sup> I lovbemærkningerne til Terrorpakke I udtalte Justitsministeriet, at terrorkomplekset *”må fortolkes i lyset af denne rådserklæring.*”<sup>286</sup>

Rammeafgørelsens forudsætning blev i Folketingets lovbetænkning udtrykt således, at straffeloven § 114 *”skal læses med de begrænsninger, der følger heraf”,* og at *”begrebet terrorisme er defineret i forhold til den legitime stat”,* som *”bygger på princippet om demokrati og retsstatsprincippet.*”<sup>287</sup> Ved afgrænsningen af, hvornår et styre er legitimt, kan *”i den forbindelse indgå, hvorledes det internationale samfund stiller sig i forhold til det pågældende land f.eks. ved en FN-resolution.”* Det kunne ligeledes indgå som et element i vurderingen, *”om en handling er rettet mod besættelsesmagter m.v.”* Anvendelsen af § 114 skulle således være rettet mod overgreb på såkaldte legitime regimer, dvs. stater, som baserede sig på demokratiske værdier. Angreb på diktaturstater eller besættelsesmagter skulle ikke kriminaliseres. Folketingets formulering af denne forudsætning minder om den klassiske modstandsret. Justitsmini-

steren gjorde endvidere klart, at § 114 ikke forhindrede politiske tilkendegivelser i form af demonstrationer, og at det ville være ”*vanskeligt at forestille sig, at eventuelle lovovertrædelser, der måtte blive begået som led i en faglig konflikt her i landet, ville falde ind under*” de handlinger, som § 114 kriminaliserede.<sup>288</sup>

Folketinget havde dermed opstillet en forudsætning om, at bestræbelserne på at bekæmpe terrorisme foretages med henblik på at bevare de demokratiske frihedsrettigheder, og derfor ikke må strækkes så vidt, at disse rettigheder sættes i fare. Forudsætningen er endvidere udtrykkeligt tillagt virkning som et fortolkningsprincip. Forudsætningen omtales flere gange i lovbemærkningerne til Terrorpakke I, og må på den baggrund tillægges betydelig fortolkningsmæssig værdi.<sup>289</sup> Det kan derfor ikke undre, at Vagn Greve fandt det uacceptabelt, at forudsætningen om terrorbegrebets begrænsninger ikke fandt udtryk i selve lovteksten, og at dette måtte være i strid med justitsministeriets lovvejledning.<sup>290</sup> Justitsministeren oplyste, at forudsætningen havde en ”*karakter, som vanskeligt kan skrives ind i en straffebestemmelse.*”<sup>291</sup> Ministeriet havde derfor fundet det mest hensigtsmæssigt at beskrive begrænsningerne af § 114 i selve lovbemærkningerne.

Forudsætningen gentages i bemærkningerne til Terrorpakke II. Det fremgår således som et væsentligt hensyn, at balancen mellem sikkerhed og retssikkerhed skal bevares, ”*således at indsatsen for at beskytte samfundet som sådan ikke kommer til at ske på bekostning af hensynet til den enkeltes frihed.*”<sup>292</sup> I betænkningen til Terrorpakke II fremgår som flertallets opfattelse, at Terrorpakke II ikke på ”*nogen måde kan siges at gå på kompromis med grundlæggende retsprincipper.*”<sup>293</sup> Betænkningen henviste herefter til bemærkningerne omkring forudsætningen, som blev afgivet i den ovenfor omtalte betænkning til Terrorpakke I.

I relation til spørgsmålet om forudsætningens status som fortolkningsforudsætning eller som egentlig retligt bindende grundsætning spiller det en afgørende rolle, at Europarådets konvention til bekæmpelse af terrorisme, som lå til grund for Terrorpakke II, i art. 12 fastlægger, at kriminaliseringen skal respektere de menneskeretlige forpligtelser, herunder ytrings- og forsamlingsfriheden, og skal fortolkes i overensstemmelse med ”*proportionalitetsprincippet med hensyn til de legitime mål, der forfølges, samt nødvendigheden deraf i et demokratisk samfund*”. Dette indikerer, at forudsætningen kan opfattes som egentlig bindende. I kraft af sin universelle gentagelse i både EMRK og EU’s retsgrundlag også bindende for Terrorpakke I. I betragtning af, at både fortolkningsforudsætningen og retssikkerhedsbegrebet hviler på en demokratisk forudsætning, forekommer det naturligt at betegne fortolkningsforudsætningen som en demokratisk fortolkningsgrundsætning.

I juridisk teori rejser der sig betydelig usikkerhed til rækkevidden af en sådan grundsætning. Baumbach har analyseret straffeloven § 114 i relation til det tidligere i afsnit 3.7.1.2 omtalte strafferetlige begreb om materiel atypicitet.<sup>294</sup> Analysen er motiveret af, at Justitsministeriet i bemærkningerne til Terrorpakke I ligestiller den demokratiske fortolkningsgrundsætning med det strafferetlige begreb om materiel atypicitet.<sup>295</sup> Justitsministeren tilkendegav tillige, at den demokratiske fortolkningsgrundsætning bl.a. også lå bag kravet i § 114 om, at tvang mod myndigheder eller organisationer skal være uretmæssig for at kunne straffes som terrorisme.<sup>296</sup>

Baumbach konkluderer for det første, at § 114 ikke kriminaliserer ”*handlinger udført af mennesker, der handler for at bevare eller genskabe et demokratisk samfund, der bygger på retsstatsprincippet.*”<sup>297</sup> For det andet, at ikke alle handlinger er straffrie, selvom de er rettet mod diktaturer og besættelsesmagter. Hun henviser til Henning Koch, som i forbindelse med en høring over Terrorpakke I afgrænsede modstandsretten som legitim anvendelse af vold til at genskabe demokratiske værdier ”*hvis ikke andre afværgeforanstaltninger er mulige eller tilstrækkelige, og hvis de anvendte midler står i et fornuftigt forhold til opnåelsen af dette legitime formål.*”<sup>298</sup> Dette indebærer bl.a., at drab og angreb på civile efter omstændighederne kan være omfattet af § 114, selvom om drabene foretages som led i kampen mod et diktatur eller en besættelsesmagt. Justitsministeren afviste modstandsretten som egnet til at afgrænse rækkevidden af straffeloven § 114.<sup>299</sup> Højesteret må dog efterfølgende siges at have tiltrådt Kochs udlægning af modstandsrettens begrænsning i den såkaldte *Fighters and Lovers-sag*.<sup>300</sup> Sagen omhandlede finansiell medvirken i form af salg af T-shirts, hvor overskuddet gik til PFLP og FARC. I denne sag gjorde de tiltalte gældende, at Israel måtte anses for en besættelsesmagt og at Columbia ikke respekterede retsstatsprincippet således at den finansielle medvirken ikke var strafbar. Højesteret fandt, at forholdet var strafbart ”*uanset om det måtte forholde sig som anført af de tiltalte*”, idet ”*omfanget og karakteren af de handlinger, som FARC og PFLP...har begået mod civile, også efter en samlet vurdering må føre til at handlingerne ikke falder uden for området for § 114.*” Dommen indebærer, at Højesteret principielt må anses for at have anerkendt den demokratiske fortolkningsgrundsætning som ledetråd for afgrænsningen af det strafbare område i straffeloven § 114.

Bemærkningerne henviste endvidere til den eksisterende regel om påtalekompetence i straffeloven § 118a, hvorefter sager om overtrædelser af bl.a. terrorkomplekset alene kan rejses efter påtale fra Justitsministeren. Ifølge bemærkningerne ville påtalebegrænsningen sikre, at ”*der ikke rejses tiltale i sager omfattet af rådserklæringen*”<sup>301</sup> Som påpeget af Greve inde-

bar dette, at man samtidig erkendte, ”at der er tale om en noget vag og elastisk bestemmelse”.<sup>302</sup> Det virkede derfor ikke betryggende, at man overlod den praktiske afgrænsning af bestemmelsens rækkevidde til en politisk beslutning. Justitsministeren tilkendegav i den anledning, at påtalekompetencen skulle udøves under hensyntagen til ”de generelle juridiske principper, der gælder for anklagemyndighedens virksomhed, herunder krav om saglighed og objektivitet. Der er således ikke tale om, at påtalekompetencen kan anvendes frit i forhold til, hvad den pågældende minister måtte anse for politisk hensigtsmæssigt.”<sup>303</sup> I betænkningen over Terrorpakke I tilkendegav Folketingets flertal, at vurderingen af, hvornår der skulle rejses tiltale principielt skulle foretages på juridisk grundlag, og at ”vurderingen af, om en handling falder ind under bestemmelsen i § 114, i sidste ende foretages af domstolene.”<sup>304</sup> Som anført af Vestergaard ”bidrager en sådan ordning ikke til at klargøre den materielle retstilstand for borgerne, og den indebærer risiko for politisering, vilkårlighed og magtmisbrug.”<sup>305</sup>

Sammenfattende finder Baumbach, at omfanget af den demokratiske fortolkningsgrund sætning trods de nævnte forsøg på afgrænsning fortsat er uklar.<sup>306</sup> Hun finder det hverken ”rimeligt eller i overensstemmelse med hensynet til borgernes retssikkerhed”, at afklaringen af en så vidtrækkende bestemmelse som straffeloven § 114 ”kræver indgående studier.” Endvidere finder hun, at udfyldelsen af bestemmelsen herefter overlades til domstolene, ”der jo i straffesager også beklædes af lægfolk.” Efter hendes opfattelse burde man have valgt en lovgivningsteknik baseret på en undtagelsesbestemmelse, som i et eller andet omfang formulerede under hvilke omstændigheder, handlingerne i straffeloven § 114 kunne udføres straffrit.

#### **4.2.1.3 Terrorismebegrebet i straffeloven §§ 114 og 114a**

I mere specifik juridisk forstand blev straffeloven § 114 også anset for at være vag og elastisk. Rigsadvokaten bemærkede således i sit høringssvar, at ”lovforslaget og bemærkningerne kun i begrænset omfang indeholder fortolkningsbidrag til forståelsen af begreberne ”terrorisme” og ”terrorhandling”. Det kan derfor ikke udelukkes, at der vil komme til at opstå tvivl ved bestemmelsernes anvendelse i praksis.”<sup>307</sup> Vestergaard har også givet udtryk for, at ”den benyttede lovgivningsteknik kan næppe påstås at opfylde sædvanlige krav til læsbarhed, endsige klarhed og præcision.”<sup>308</sup> Justitsministeriets generelle opfattelse var imidlertid, at terrorparagraffen i tilstrækkeligt omfang ”definerer de handlinger, der kan karakteriseres som terrorisme”, og at ”de nævnte begreber netop [er] defineret i selve lovteksten.” Justitsministeriet henviste endvidere til, at ovennævnte erklæring fra EU’s Ministerråd begrænsede anvendelsesområdet for terrorismedefinitionen.<sup>309</sup>



Vestergaard har kritiseret den sproglige affattelse og systematik i straffeloven § 114 for at være et ”udtryk for en særdeles uheldig lovgivningsteknik.”<sup>310</sup> Opfattelsen bygger på, at begreber anvendt i ”en mellemstatslig retsakt som en rammeafgørelse” ofte udtrykker principerklæringer i brede og vage formuleringer, som derfor ikke er ”egnede til anvendelse ved udformning af strafferetlige delikter.” Han kritiserer f.eks. anvendelsen af begreber som ”alvorlig skade” for at være uklar. Det nævnes samtidig, at det ikke har ”været meningen at begrænse bestemmelsens anvendelsesområde til nogen specifik form for skade, f.eks. økonomisk, så principielt omfatter den enhver form for alvorlig skadevirkning.”<sup>311</sup> På tilsvarende vis anser han bestemmelsen for at være ”særdeles åben og vidtgående” i relation til anvendelsen af konstruktionen ”grundlæggende politiske, forfatningsmæssige, økonomiske eller samfundsmæssige strukturer” i beskrivelsen af beskyttelsesobjektet. Ifølge lovbemærkningerne omfatter beskyttelsesobjektet ”ikke blot... et lands eller en organisations øverste statsmyndigheder, men også på lokale, administrative og retlige myndigheder, ligesom handlingen kan tilsigte at ramme landets økonomiske struktur.”<sup>312</sup> Bestemmelsen er således ikke begrænset til handlinger af politisk karakter, men omfatter alle handlinger ”hvis mål er at skabe almindelig uro og økonomisk kaos”. Efter Vestergaards opfattelse kan begrebet herefter omfatte ”infrastruktur, erhvervsstruktur, organiseringen af statslige og kommunale institutioner, medier, private organisationer mm., i særdeles bred forstand”.<sup>313</sup>

Denne bredde i bestemmelsens anvendelsesområde anses for særlig uheldig, idet § 114 grupperer en række forskellige lovovertrædelser ”af særdeles forskelligartet beskaffenhed og strafværdighed” under den samme strafferamme med fængsel indtil på livstid. Vestergaard betragter det ”som et forvirrende signal at sende til domstole og almenhed, at forhold som de opregnede alle skulle være ligestillede” i forhold til strafværdigheden. Det står ikke klart, hvorfor denne systematik anses for problematisk, da forudsætningen for anvendelsen af strafferammen jo netop i straffeloven § 114 angives som et kvalificeret terrorismeforsæt. De i bestemmelsen nævnte lovovertrædelser, som ikke knyttes til dette forsæt, omfattes af de normalt gældende og mildere strafferammer. Det vil i princippet være muligt at lade alle straffelovens overtrædelser være omfattet af strafferammen i § 114, såfremt overtrædelserne knyttes til terrorforsættet. Det afgørende er, at overtrædelser, som ikke knyttes til terrorforsættet, straffes efter de mildere og mere differentierede, normale strafferammer. Terrorforsættet så at sige ophæver de enkelte overtrædelsers forskelligartede ”beskaffenhed og strafværdighed” og stiller dem ligeværdige. Denne ordning udgør selve logikken bag bestemmelsens systematik. Strafferammen udtrykker i den forbindelse blot et politisk valgt signal om, at terrorisme ikke tole-

rerer, og – med Vestergaards ord – ”*kan meget vel bero på berettigede ønsker om at opnå tydeliggørelse af beskyttelsesinteressernes vægt*”.<sup>314</sup>

Vestergaards kritik skal muligvis ses i lyset af, at § 114 efter hans opfattelse lovteknisk varetager flere funktioner. Den praktisk mest væsentlige er, at bestemmelsen ”*udgør et omdrejningspunkt for mange af de øvrige komponenter i anti-terrorpakken*”.<sup>315</sup> De største betæneligheder knytter sig til ”*anvendelsen i efterforskningsmæssig sammenhæng, hvor risikoen for udglidning vil være betragtelig*”.<sup>316</sup> Betænelighederne vedrører især risikoen for ”*overdreven beredvillighed med hensyn til at give grønt lys for indgribende efterforsknings-skridt over for grupper, som betjener sig af voldsforherligende retorik eller på anden måde kan give indtryk af at have et militant beredskab*.” Kernen i Vestergaards kritik går således på, at straffeloven § 114 kan anvendes som løftestang for anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb – overvågning mv. – over for lovlige grupperinger i samfundet, hvis særegne udnyttelse af ytringsfriheden udgør deres eneste brøde. Denne problematik er aktuel og relevant, men knytter sig først og fremmest til spørgsmålet om betingelserne for anvendelse af de straffeprocessuelle indgreb og ikke til omfanget af kriminaliseringen. Spørgsmålet drøftes også i afsnit 4.3.3.

Ifølge Vestergaard udgør EU’s rammeafgørelse art. 2 det egentlige kerneområde for de handlinger, som man var forpligtet til at kriminalisere. Rammeafgørelsens art. 2, stk. 1 definerer begrebet ”terroristgruppe”, og stiller i stk. 2 udtrykkeligt krav om at kriminalisere ledelse og deltagelse i en sådan, herunder ”*tilvejebringelse af informationer, eller materielle midler eller gennem finansiering af dens aktiviteter, vel vidende, at denne deltagelse bidrager til gruppens kriminelle aktiviteter*”.<sup>317</sup> Rammeafgørelsen art. 2 synes at udgøre den model, som Vestergaard synes at foretrække i relation til den selvstændige kriminalisering af terrorisme. Efter hans opfattelse indebærer denne model, at der indføres differentierede strafferammer samtidig med, at modellen kriminaliserer netop de handlinger, som rammeafgørelsen tager direkte sigte på. Han opstiller således selv et forslag til nye terrorregler baseret på rammeafgørelsens art. 2, men medgiver, at dette forslag kan ”*ganske vist også give anledning til betydelig tvivl, men slet ikke i en grad som det, der gør sig gældende, for så vidt angår de med anti-terrorpakken indførte paragraffer og den særprægede måde, hvorpå de tilsigter at dække fjerne og diffuse former for bidrag til kernen i de aktiviteter, som søges modvirket, nemlig terrorhandlinger som sådanne*”.<sup>318</sup> Vurderingen af Vestergaards forslag ligger uden for denne afhandling, men det bør nævnes, at forslaget umiddelbart forekommer mere overskueligt og anvendeligt – samt i øvrigt fuldt dækkende – i forhold det resultat, som kom ud af Terrorpak-

ke I.

I relation til behandlingen af straffeloven § 114a i Terrorpakke II gjorde Vestergaard gældende, at straffeloven ikke indeholder ”*nogen anden bestemmelse, der har en blot tilnærmelsesvist så uoverskuelig og kompliceret ordlyd.*”<sup>319</sup> Som omtalt indledningsvis blev § 114a motiveret af Europarådets konvention om forebyggelse af terrorisme. Det egentlige sigte med konventionen var at kriminalisere visse forberedende handlinger, herunder opfordring, hervedning og træning til terrorisme samt forsøg og medvirken hertil. Disse bestemmelser findes i konventionens art. 5 – 7 og art. 9. Konventionen afgrænser i art. 1 imidlertid også terrorhandlinger som handlinger omfattet af ti andre konventioner, som der henvises til. Som påpeget af Vestergaard var det da også hensigten at definere terrorisme i Europarådets konvention, men dette blev opgivet til fordel for en ”*blanket-definition af såkaldte terrorist offences*”.<sup>320</sup> Det var ikke politisk muligt for Europarådet at adoptere den definition, som fremgik af den tidligere nævnte rammeafgørelse fra EU, og som dannede forlæg for straffeloven § 114.<sup>321</sup> Konventionen kom herefter til at henvide til andre internationale ”*retsakter, som ikke er afgrænset ud fra en generisk eller konsistent fastlæggelse af de handlinger, der ønskes modvirket, men ud fra de værnede beskyttelsesobjekter eller de anvendte metodikker.*”<sup>322</sup> De konventioner, som der henvises til, tilgodeser i vidt omfang sikkerhedshensyn til diplomater, luft- og søfart, kernekraftanlæg og olieplatforme på kontinentalsoklen og tillige forhold, som efter Vestergaards opfattelse ikke kan betegnes som terrorhandlinger.

Støttet af Straffelovrådet var det imidlertid Justitsministeriets opfattelse, at konventionen stillede krav om kriminalisering af handlingerne i de ti konventioner, hvilket blev gennemført i § 114a.<sup>323</sup> Justitsministeriets begrundelser synes at antyde, at ministeriet mente, at kriminalisering af opfordring, hervedning og oplæring – som udgjorde konventionens kerne – forudsatte kriminalisering af handlingerne i de ti konventioner. Det blev således anført, at § 114a skulle indsættes ”*som supplement til den gældende bestemmelse i straffelovens § 114*”, hvorved man kunne afgrænse ”*de handlinger, som det ud over § 114 skal være strafbart at finansiere og at hverve og oplære til.*” Efter Vestergaards opfattelse udgør dette en misforståelse af konventionens art. 1.<sup>324</sup> Han bemærker, at konventionens art. 2 stiller staterne frit med hensyn til ratifikation af de ti konventioner. Heri må tillige ligge, at staterne heller ikke er forpligtet til at kriminalisere handlingerne i disse konventioner. Som anført af Vestergaard beror Justitsministeriets opfattelse formentlig på en fejlagtig sammenkædning af konventionens kriminaliseringsforpligtelser vedrørende opfordring, hervedning og oplæring med konventionens afgrænsning af terrorhandlinger. Sammenkædningen forbereder ”*tanken næsten umærkeligt for den*

*forståelse, at det senere præsenterede forslag til ny § 114a vedrører "terrorhandlinger", hvilket det netop ikke gør."*<sup>325</sup> Han fremhæver, at formålet med konventionen ikke er *"at forholde sig til andre forhold omfattet af de ti separate andre konventioner, der som udslag af et praktisk betonet kompromis er anvendt som referencepunkter i mangel af bedre grundlag."*<sup>326</sup>

Formålet med konventionen er derimod at forebygge terrorisme ved at kriminalisere visse forbedrende handlinger til terrorisme, særligt opfordring, hvervning og oplæring. Dette formål følger udtrykkeligt af konventionens art. 2, art. 5-7 samt art. 9. Til opnåelse af dette formål er det efter Vestergaards opfattelse unødvendigt at indføre § 114a, idet § 114 allerede kriminaliserer terrorisme som sådan, og passende kan anvendes som referencepunkt for afgrænsningen af eventuelle forberedende handlinger.

Efter Vestergaards opfattelse knytter § 114a falskt an til kriminaliseringen af de forberedende handlinger. Dette skal ses på baggrund af, at lovgivningsteknikken bag § 114a udgør en nyskabelse, som betyder, at strafbarheden af et forhold *"ikke alene skal bedømmes i forhold til straffelovens gerningsindhold, men tillige i forhold til en given konventionsbestemmelse."*<sup>327</sup>

Heri ligger en væsentlig risiko for en uklar retstilstand, idet konventionsbestemmelser som udtryk for tværnationale kompromisser, bygger på *"forskellige retstraditioner, doktriner og begrebsbrug."* Denne risiko skal efter Vestergaards opfattelse ses på baggrund af, at § 114a i samspil med § 114 fungerer som *"forankringspunkt for en lang række bestemmelser i anden lovgivning, der er afgørende for arten og rækkevidden af de særlige beføjelser som andre myndigheder har i relation til sager med berøring"* til terrorisme.<sup>328</sup> Disse beføjelser omfatter – som tidligere nævnt - anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb. Ifølge Vestergaard bliver bestemmelsens væsentligste anvendelsesområde således ikke kriminaliseringen af handlinger i en række mere eller mindre "tilfældige" konventioner, men at tilvejebringe et udvidet grundlag for myndighedernes anvendelse af tvangsindgreb også for handlinger, som ikke kan betragtes som terrorhandlinger.

#### **4.2.1.4 Det udvidede medvirkensbegreb**

Terrorpakke I introducerede det såkaldte udvidede medvirkensbegreb i dansk strafferet. Begrebet blev senere udvidet yderligere i Terrorpakke II. Det udvidede medvirkensbegreb fremgår i dag af straffeloven § 114e, hvorefter *"den, som i øvrigt fremmer virksomheden for en person, en gruppe eller en sammenslutning, der begår eller har til hensigt at begå"* terrorhandlinger, kan straffes med fængsel i op til 6 år. Bestemmelsen kriminaliserer ikke alene medvirken til selve terrorhandlingerne, som disse er beskrevet i hovedparagrafferne 114 og

114a. Det udvidede medvirkensbegreb kriminaliserer tillige medvirken til direkte eller indirekte finansiering, hvervning og oplæring jf. §§ 114b – 114d. Det udvidede medvirkensbegreb kriminaliserer dermed også medvirken til medvirken.

Ifølge lovbemærkningerne til Terrorpakke I omfatter det udvidede medvirkensbegreb ”*enhver form for støtte til terrororganisationer eller til organisationer, der fremmer terrorhandlinger, selv om støtten ikke kan henføres til konkrete terrorhandlinger.*”<sup>329</sup> Således vil en person kunne straffes alene på baggrund af kendskab til en organisations generelle terrorformål også ”*selv om den pågældende ikke har forsæt til at medvirke til en konkretiseret terrorhandling.*” Begrebet omfatter ikke blot medvirken til rene terrororganisationer, men også ”*støtte til en organisation, der både har humanitære formål og terrorformål*”.

Justitsministeriet var klar over, at denne afgrænsning af medvirken ”*rækker videre end de danske medvirkensregler. Efter dansk ret skal medvirkensforholdet således være rettet mod en konkretiseret forbrydelse for at gerningsmanden kan siges at have det fornødne forsæt.*”<sup>330</sup> Det var imidlertid ministeriets opfattelse, at FN’s terrorfinansieringskonvention art. 2, stk. 5, litra c, forudsatte, at man kriminaliserede medvirken til ikke-konkretiserede terrorhandlinger. Denne forståelse indebar, at der kunne ”*blive tale om at straffe en person, der i relation til den konkrete terrorhandling kan være medvirkende i tredje eller fjerde led.*” Dette generelle forsæt blev af ministeriet begrundet med, at ”*der er tale om yderst farlige forbrydelser af almenfarlig karakter.*” For de tilfælde, hvor der forelå medvirken til en konkretiseret terrorhandling skulle dansk rets almindelige medvirkensregler finde anvendelse. Det udvidede medvirkensbegreb er derfor subsidiært i forhold til de almindelige regler om forsøg og medvirken i straffeloven §§ 21 og 23.

Som påpeget af Vestergaard bygger den danske forståelse på, at ”*den bistand, konventionen beskæftiger sig med, vedrører selve terrorhandlingen.*”<sup>331</sup> Ifølge Vestergaard handler konventionen imidlertid alene om finansiering af terror, og det er udelukkende medvirken til denne finansiering, som omfattes af f.eks. art. 2, stk. 5, litra c. Dette synes da også erkendt af Justitsministeriet, idet det under høringsfasen over for Advokatrådet tilkendegav, at ”*bestemmelsen dog omfatter medvirken til alle terrorhandlinger og ikke kun terrorfinansiering, og dermed er videregående i forhold til terrorfinansieringskonventionen.*”<sup>332</sup> Uden yderligere bemærkninger tilføjes, at ministeriet ikke fandt det ”*hensigtsmæssigt*” at begrænse medvirken alene til finansiering. Denne passus indikerer, at udvidelsen af medvirkensbegrebet til at omfatte enhver form for medvirken således var resultatet af et bevidst – formentlig – politisk motiveret valg. Dette indikeres da også i selve lovbemærkningerne, hvor det udtales, at for ”*at*

opnå det stærkest mulige strafferetlige værn mod terrorisme er det nødvendigt at kriminalisere i et videre omfang, end hvad der i øvrigt gælder for andre forbrydelser.”<sup>333</sup> I forbindelse med høringen bad Rigsadvokaten om et eksempel på anvendelsen af begrebet.<sup>334</sup> Ifølge Justitsministeriets eksempel omfatter medvirkensbegrebet ”*professionel generel rådgivning, der ikke direkte angår en konkret terrorhandling, til en organisation, der har til hensigt at begå terrorhandlinger, hvilket er den pågældende rådgiver bekendt.*”<sup>335</sup> Det blev endvidere fremhævet, at begrebet forudsætter, ”*at der er tale om en medvirken, som på en eller anden måde ”fremmer” den kriminelle virksomhed.*” Det blev i den forbindelse understreget, at det udvidede medvirkensbegreb ikke indeholdt begrænsninger i ytringsfriheden for så vidt angår ”*rene sympatibegivelser i forhold til terrororganisationer*”, hvorimod ”*påskønnelse og anerkendelse af konkrete terrorhandlinger*” efter omstændighederne kunne være omfattet af straffeloven § 136, stk. 2 om den som ”*udtrykkeligt offentligt billiger*” f.eks. en terrorhandling.

Som påpeget af Vestergaard rækker begrebet meget videre end Justitsministeriets eksempel og omfatter tillige ”*medvirken til fjernere deltagelse af en karakter, der ikke i sig selv kvalificerer til betegnelsen medvirken.*”<sup>336</sup> Det er meget kompliceret at afdække samtlige relationer, som det udvidede medvirkensbegreb kan tænkes at dække. Begrebet må dog forstås på den måde, at f.eks. finansiering af en terrorhandling udgør medvirken til terrorhandlingen i så at sige første led. Det udvidede medvirkensbegreb omfatter hertil f.eks. indsamling af midler til personer, som finansierer terrorhandlinger – dvs. at indsamlingen udgør medvirken i andet led i forhold til personerne, som udfører selve finansieringen, og som udgør medvirken i første led. I princippet kan medvirkenskæden sprede sig ud i mange led.

Efter lovbemærkningerne bedømmes den medvirkendes forsæt efter det almindelige strafferetlige forsætsbegreb. Det almindelige forsætsbegreb omfatter som den laveste grad af forsæt det såkaldte eventualforsæt. Uden at gå dybere ind i dette begreb kan eventualforsættet beskrives som på grænsen til den bevidste grove uagtsomhed – dvs. det forhold, at en person holder sig i uvidenhed om en forbrydelse. Waaben sammenfatter eventualforsættet således, at ”*gerningsmanden har anset det for muligt (men ikke som overvejende sandsynligt) at et til forbrydelsen hørende gerningsmoment var til stede eller dog at en følge kunne indtræde.*”<sup>337</sup> Forsætsbedømmelsen indebærer en stillingtagen til enten, om gerningsmanden ville have handlet som han gjorde, selvom han havde vished om en forbrydelse eller, om gerningsmanden kan antages at have accepteret muligheden af, at en forbrydelse kunne indtræde. Ifølge Waaben er der retspraksis for, at begge vurderinger selvstændigt kan føre til domfældelse. Justitsministeriet tilkendegav i forbindelse med behandlingen af Terrorpakke I, at eventualforsæt

*”i forhold til foreslåede bestemmelser i L 35 normalt vil være af meget teoretisk karakter.”*<sup>338</sup> Opfattelsen byggede på, at det ikke ville være udelukket at anvende eventualforsæt, men at de bevismæssige forhold i forbindelse med medvirken nærmest ville gøre det utænkeligt at påvise eventualforsæt. Folketinget tilsluttede sig i betænkningen over Terrorpakke I denne opfattelse, og forudsatte i relation til finansiel medvirken, at *”bidragyderen i det konkrete tilfælde skal have været bekendt med eller have indset det som overvejende sandsynligt, at der var tale om en terrororganisation.”*<sup>339</sup> Disse betragtninger fandt imidlertid ikke vej til selve lovbemærkningerne. I lovbemærkningerne til Terrorpakke II blev det derimod udtrykkeligt afvist at udelukke eventualforsæt fra det udvidede medvirkensbegreb.<sup>340</sup> Med Vestergaards ord i forbindelse med Terrorpakke II indebærer terrorkomplekset herefter *”bevislættelser i mangfoldige tænkelige typer af sager om angiveligt forberedende handlinger, hvor det ikke er tilstrækkeligt klart, at den ultimative forbrydelse er en egentlig terrorhandling.”*<sup>341</sup> Rækkevidden af det udvidede medvirkensbegreb kan dermed ikke anses for afklaret, og der er hermed tale om en ganske betydelig udvidelse af det strafbare område.

Begrebet er formentlig etableret med henblik på at imødekomme eller forudskikke efterretningstjenestens reelle eller formodede operationelle behov for at kunne afdække, overvåge og optrevle til tider meget løst sammenhængende terrornetværk. Det er da også især i forhold til anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb, at begrebet viser sin styrke. Det er meget muligt, at de efterforskede personer ikke kan straffes, fordi deres forsæt er så fjernt, at det ikke engang lever op til eventualforsættet. I hele efterforskningsforløbet har man imidlertid haft adgang til diverse former for teleaflytning - også af familie og personer i ”terrornetværkets” omgangskreds - hemmelig ransagning og rumaflytning, aflæsning af datakommunikation og åbning af post samt adgangen til at anvende agenter med henblik på at opfordre eller fortsætte udviklingen af en eventuel forbrydelse. Som følge af dansk rets almindelige stillingtagen til tilfældighedsfund, kan sådanne anvendes til eventuel strafforfølgelse af personer i ”netværket” for helt andre forbrydelser, som måske ikke en gang i sig selv kunne betinge anvendelsen af de faktisk anvendte tvangsindgreb, og hvis strafværdighed måske i almindelighed anses for meget ringe. Endelig kan de overvågede og ikke-straffede personer ikke efterfølgende være sikre på at få besked om overvågningen.

#### **4.2.1.5 Sammenfatning og vurdering af terrorisme**

Analysen af terrorpakkerne har afdækket, at implementeringen af terrorkomplekset i vidt omfang beror på politiske valg og mindre på folkeretlige forpligtelser. Justitsministeriets for-

tolkning af rammeafgørelsens bindende virkning i lyset af rammeafgørelsens retspolitiske formål om en fælleseuropæisk terrorbekæmpelse er afgørende for formuleringen af den danske terrordefinition. Tilsvarende betragtninger gør sig gældende i relation til implementeringen af konventionerne fra FN og Europarådet. Den valgte implementeringsmetode kan ikke begrundes som resultat af en retlig forpligtelse, men må ses som udslag af et politisk ønske om størst mulig overensstemmelse mellem dansk og international ret. I relation hertil påpeger Vestergaard, at de adopterede bestemmelser kriminaliserer i videre omfang end de internationale retsakter forpligter til. Dette ses klart i forbindelse med adoptionen af § 114a og implementeringen af det udvidede medvirkensbegreb, som i forhold til de internationale retsakter ikke er begrænset til finansiering af terrorhandlinger, men omfatter alle forberedende handlinger. Vestergaard synes i den forbindelse at tillægge det selvstændig værdi ikke at kriminalisere i videre omfang, end internationale forpligtelser klart angiver. Der er ikke konstateret nogen internationale eller nationale retlige forpligtelser, som forhindrer den valgte implementeringsmetode, eller som forpligter til en snæver implementering af internationale retsakter. Kritikken af implementeringsmetoden beror således på overvejelser af primært retsideologisk karakter knyttet til en forudsætning om, at omfanget af lovgivningen skal begrænses. Denne retsideologi kan knyttes til det klassiske retssikkerhedsbegreb for så vidt som et element heri er, at borgernes frihed har prioritet frem for omfanget af lovgivningen.

Analysen har endvidere afdækket uoverensstemmelser vedrørende klarheden i de adopterede bestemmelser. Efter Vestergaards opfattelse indebærer den valgte implementeringsmetode en betydelig uklarhed i bestemmelsernes systematik og formulering. Hans kritik er især motiveret af, at bestemmelserne fungerer som forankringspunkt for en række retsvirkninger, herunder ikke mindst som begrundelse for anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb. Der er påpeget en relevant og betydelig risiko for, at vage straffebestemmelser kan medføre en udviskning af grænserne for anvendelsen af tvangsindgreb. Det er hertil påpeget, at terrorkomplekset med § 114a også kriminaliserer handlinger, som ikke udgør terrorhandlinger, og derved åbner yderligere for anvendelsen af straffeprocessuelle indgreb. I dette perspektiv udgør det udvidede medvirkensbegreb med dets meget brede anvendelsesområde en foranstaltning med nærmest uoverskuelig rækkevidde og konsekvenser. Konsekvenserne begrænses næppe af, at vurderingen af det kriminelle forsæt ikke udelukker eventualforsæt. De brede og uklare bestemmelser kan endvidere opfattes som problematiske i relation til en effektiv og ensartet retshåndhævelse fra både myndigheders og domstoles side. Vestergaard ser således helst et terrorkompleks snævert begrænset til den regulering, som de internationale retsakter



forpligter til, og som bygges over en model med differentierede strafferammer afhængig af gerningens forbindelse og relevans for konkrete terrorhandlinger. Justitsministeriets er generelt af den opfattelse, at betingelserne for bestemmelsernes anvendelse klart fremgår af bestemmelserne. Lovbemærkningerne efterlader endvidere det indtryk, at bred adgang til anvendelse af tvangsindgreb i forbindelse med efterforskning og bekæmpelse af forbrydelser, som er omfattet af bestemmelserne, er fuldt tilsigtet og ikke giver anledning til principielle juridiske overvejelser. Der henvises endvidere til, at placeringen af påtalekompetencen hos Justitsministeren bidrager til, at der kun rejses relevante tiltaler.

Der er hverken i analysen af retssikkerhedsbegrebet eller i analysen af retsstatens juridiske grundlag konstateret en retlig forpligtelse til at opfylde særlig intensive krav til klarheden ved formuleringen af straffebestemmelser. I betragtning af, at terrorkomplekset stort set uændret er adopteret fra internationale retsakter forekommer det ikke nærliggende at antage, at EMD vil tilsidesætte det danske terrorkompleks som følge af sproglig uklarhed. Der er i forbindelse med analysen af retsstatens juridiske grundlag imidlertid konstateret særlige krav til legalitetsprincippet inden for strafferetsplejen, som indebærer skærpede krav til hjemmel og angivelse af betingelser for anvendelsen af tvangsindgrebene i selve lovteksten. Disse krav udspringer af det klassiske retssikkerhedsbegrebs særlige status inden for strafferetsplejen, hvor begrebet i dag udgør det tætteste, vi kommer det klassiske begreb om retssikkerhed. I kraft af, at strafferetten i vidt omfang angiver begrundelserne for anvendelsen af straffeprocessuelle indgreb, vil brede og uklare straffebestemmelser også have en indflydelse på afgrænsningen af indgrebenes anvendelse. I relation til retssikkerhedsbegrebet rejser dette en problemstilling om den klassiske strafferetlige forståelse af legalitetsprincippet er under pres. Denne problemstilling udgør en central problemstilling i debatten om retssikkerhed.

Problemstillingen omkring brede og upræcise straffebestemmelser rejser endvidere en problemstilling omkring afgrænsningen af sådanne bestemmelser. I forlængelse af begrebsanalysen og analysen af retsstatens juridiske grundlag er det indlysende, at domstolene tager over, hvor lovgivningen slipper, og at området for domstolenes selvstændige fortolkningskompetence udvides i det omfang, lovgivningen ikke magter at normere retstilstanden klart og præcist. Domstolenes betydning øges med andre ord i takt med lovgivningens uklarhed. I relation til afgrænsningen af terrorkomplekset henviser Justitsministeriet til, at terrorkomplekset skal fortolkes indskrænkende i overensstemmelse med erklæringen fra EU's ministerråd. Der er i forlængelse heraf konstateret en grundsætning om demokratisk fortolkning af terrorkomplekset, som Folketinget har formuleret i terrorkompleksets retspolitiske grundlag. Grundsæt-

ningen indeholder et kerneområde om, at terrorhandlinger, som anvendes til at etablere eller genskabe en demokratisk styreform baseret på retsstatsprincipper, eller som rettes mod en besættelsesmagt, kan være straffrie, såfremt gerningerne ikke forsætligt rettes mod civilbefolkningen. Fortolkningsgrundsætningen motiveres direkte i retsstatens demokratiske forudsætning og står dermed i direkte forbindelse til retssikkerhedsbegrebet kerne. Fortolkningsgrundsætningen kan opfattes som en retlig standard primært rettet til domstolene og som angiver de yderste grænser for fortolkningen af terrorkomplekset rækkevidde. Den nærmere fastlæggelse heraf er herefter overladt til domstolene. Dette opleves af både Baumbach og Vestergaard som problematisk formentlig baseret på klassiske betragtninger om forudsigelighed, hvorefter idealet om så vidt mulig fuldstændig normering som udgangspunkt indebærer en afvisning eller begrænsning af domstolenes fortolkningskompetence.

Den skitserede debat om terrorpakkerne viser tillige, hvorledes koblingen mellem retssikkerhedsbegrebets retspolitiske og retsdogmatiske side foregår – eller nærmere i dette tilfælde – ikke foregår. På baggrund af bemærkningerne til terrorpakkerne er der næppe tvivl om den politiske vægtning af balancen mellem statens og samfundets sikkerhed overfor individets retsbeskyttelse. Det tilkendegives dog flere steder, at reguleringen foretages med udgangspunkt i at sikre og bevare borgernes demokratiske friheder. Betydningen af disse tilkendegivelser bør ikke undervurderes – især ikke i lyset af, at begge terrorpakker blev vedtaget med et stort flertal i Folketinget. Tilkendegivelserne ligger bl.a. til grund for den demokratiske fortolkningsgrundsætning. Tilkendegivelserne skal dog vurderes på baggrund af det erklærede formål om at komme terrorisme til livs, herunder gennem anvendelsen af til tider vidtgående muligheder for indgreb i borgernes frihed og privatliv. Dette formål forudsætter – uanset i hvilken form – betydelige ændringer i den hidtidige retstilstand med tilhørende ændringer i retsopfattelsen. Opgaven for de juridiske aktører, herunder Vestergaard og øvrige høringsparter går i et vist perspektiv ud på at sikre en juridisk forsvarlig gennemførelse af Folketingets politiske vilje. Dette indebærer, at de juridiske aktører udover kritik og ønsker om bevarelse af den kendte tilstand, muligvis også kunne byde aktivt ind med konkrete forslag til, hvordan denne politiske vilje kan gennemføres på forsvarlig vis. Lovbehandlingen vidner ikke om, at der er foretaget den store kobling mellem Folketingets politiske ønsker og kritikernes retsdogmatiske opfattelser. Behandlingen giver nærmere indtryk af to modsatrettede verdener uden indbyrdes forståelse og evne til at føre en konstruktiv dialog om omsætningen af retspolitiske krav til en operationel retlig terminologi, som opleves som forsvarlig af alle eller de fleste aktører.

## 4.2.2 Bandekriminalitet

Den såkaldte Bandepakke blev fremsat den 29. april 2009.<sup>342</sup> Lovforslaget bar undertitlen ”styrket indsats mod bandekriminalitet”, og var direkte begrundet i, at en række ”skudepisoder, der bl.a. har fundet sted i tæt bebyggede bolig- og butiksområder i hovedstadsområdet, har skabt frygt og utryghed i befolkningen, således at konflikterne på rocker- og bandeområdet har udviklet sig til at være en trussel mod det normale samfundsliv i de berørte områder.”<sup>343</sup> Justitsministeren fremhævede, at der var ”skabt en ny situation”, idet almindelige borgere også blev direkte berørt af opgørene i bandemiljøet. Det var derfor nødvendigt for samfundet, at ”sige fra med ekstraordinært skrappe modforholdsregler over for rockergrupperne og banderne.” Formålet med Bandepakken var således at beskytte befolkningen og skabe tryghed i lokalmiljøet.

Bandepakken indeholdt initiativer i straffeloven, retsplejeloven, våbenloven, politiloven, straffuldbyrdsloven og forvaltningsloven. Bandepakken indeholdt flere skærper, heriblandt straffeloven § 81a om en definition af bandekriminalitet til brug for afgrænsningen af skærperne samt til brug for retsplejeloven § 769, stk. 2 om retshåndhævelsesarrest. Der blev endvidere indført skærpet minimumsstraf for ulovlige og farlige våben i det offentlige rum i straffeloven § 192a samt foretaget en udvidelse af zoneforbuddet i medfør af odensbekendtgørelsen § 6 med dertil hørende skærpelse af straffen. I det følgende afdækkes væsentlige elementer i debatten om disse regler.

### 4.2.2.1 Bandedefinitionen

Ifølge straffeloven § 81a kan en række lovovertrædelser straffes med indtil det dobbelte af den normale strafferamme. Hertil kræves, at ”lovovertrædelser har baggrund i et gensidigt opgør, som foregår mellem grupper af personer, og hvor der flere gange som led i opgøret enten er anvendt skydevåben, eller anvendt våben eller eksplosivstoffer, som på grund af deres særdeles farlige karakter er egnede til at forvolde betydelig skade, eller begået brandstiftelse omfattet af denne lovs § 180.” Bestemmelsen omfatter vold og trusler mod embedsmænd i funktion og mod vidner, grov vold og vold med døden til følge samt forvoldelse af fare for færlighed og person. Det blev endvidere præciseret, at det skulle betragtes som en ”særdeles skærpende omstændighed”, hvis ildspåsættelse, sprængning eller drab begås som følge af sådanne gensidige opgør.

Bandedefinitionen udgør således en straffskærpsregel, idet bestemmelsen ikke gør det

ulovligt at deltage i bander, men alene forhøjer strafferammerne for allerede kriminaliserede handlinger, hvis disse udføres som led i bandeopgør. Bestemmelsen blev indsat i forlængelse af den almindelige regel om skærpende omstændigheder i straffeloven § 81. Justitsministeriet fremhævede, at en række eksisterende forhold i den gældende straffelov § 81 kunne anvendes til at skærpe straffen.<sup>344</sup> På den baggrund blev der under høringsfasen stillet spørgsmål ved det retlige behov for bandedefinitionen. Den Danske Dommerforening fandt således, at straffeloven § 81a ville være ”overflødig” og anførte som en ”selvfølgelighed, som ikke bør være genstand for lovgivning, at grove forbrydelser, som begås under sådanne omstændigheder, at uskyldige personer dræbes eller kommer i fare, skal straffes hårdt.”<sup>345</sup> Efter Dommerforeningens opfattelse ville det være mere passende at indføje betragtningerne om bander i anklagemyndighedens instruks. Advokatrådet udtrykte en tilsvarende tvivl om behovet for bandedefinitionen. I sit svar henviste Justitsministeriet til, at ”der findes i dag ikke bestemmelser i straffeloven, der tilsigter, at straffen som udgangspunkt skal fordobles” for banderelaterede forbrydelser. Der blev endvidere henvist til, at der ”var skabt en situation, som truer det almindelige samfundsliv”, og at det efter regeringens opfattelse således var nødvendigt at ”sige fra med ekstraordinært skrappe modforholdsregler”. Endvidere skulle skærpelsen kunne anvendes med det samme. Formuleringen leder tanken i retning af, at indførelsen af en bandedefinition hviler på et politisk ønske om at signalere handlekraft frem for på mere retligt prægede overvejelser over det juridiske behov for en sådan definition.

Netop spørgsmålet om bestemmelsens praktiske anvendelighed udgjorde omdrejningspunktet for den kritik, som fremkom i høringsfasen. I bemærkningerne er begrebet om et bandeopgør beskrevet som ”en konflikt mellem to (rivaliserende) parter af en betydelig intensitet, som gennem en vis periode giver sig udslag i angreb.”<sup>346</sup> Grundlæggende skal opgøret udspilles mellem grupper af personer. Dette begreb omfatter udover mere formelle grupperinger også ”mere løse grupperinger, hvis gruppen dog virker med et fælles sigte eller mål og/eller har et fast reaktionsmønster”. Enkeltstående angreb uden indbyrdes sammenhæng er ikke omfattet af bandedefinitionen. Der skal tillige være tale om angreb i en aktuel konflikt, hvilket indebærer, at angreb udført før eller efter, at konflikten er påbegyndt eller ophørt ikke er omfattet.<sup>347</sup> Dette gælder også, selvom et efterfølgende angreb er udført som hævn for angreb, som blev begået mens konflikten var i gang – også selvom der skabes ”risiko for at den gensidige konflikt blusser op igen.” Endelig skal angrebet være motiveret i den aktuelle konflikt. Her spiller det til gengæld ikke nogen rolle, om angrebet tillige kan være begrundet i andre mere personlige motiver, så længe angrebet også har været motiveret af bandekonflikten. En særlig

problemstilling opstår, hvor et bandemedlem ”*får en udenforstående til som led i opgøret at begå en af de omfattede forbrydelser mod en person, der tilhører en rivaliserende gruppe.*” Bandedefinitionen vil her omfatte bandemedlemmet som bagmand, mens den udenforstående alene er omfattet, såfremt han ”*har haft det fornødne forsæt til, at forbrydelsen har baggrund i bandeopgøret*” - dvs. har været motiveret også i ønsket om at deltage heri. En yderligere afgørende betingelse for anvendelsen af straffeloven § 81a, som ikke knytter sig til selve bandedefinitionen, består i, at der flere gange skal være anvendt skydevåben eller andre farlige våben eller sprængstoffer i konflikten. Er det konstateret, at der foreligger et bandeopgør, er det imidlertid ikke en betingelse, at våben anvendes til et konkret overgreb, så længe angrebet finder sted inden for rammerne af bandeopgøret.<sup>348</sup>

Som det fremgår, er anvendelsen af betingelserne for at skærpe straffen i medfør af bandedefinitionen ikke uden fortolkningsproblemer. Det er formentlig ikke vanskeligt at konstatere, om de omfattede våben har været anvendt flere gange. Det er muligvis heller ikke praktisk umuligt at påvise et fast handlemønster mellem personer. Som påpeget af Rigsadvokaten vil det formentlig også i flere tilfælde stå klart, om der er tale om et bandeopgør, men derudover indeholder bandedefinitionen ”*en række meget vanskelige bevisspørgsmål, således at det derfor er meget usikkert, hvilket nærmere praktisk anvendelsesområde bestemmelsen vil få.*”<sup>349</sup> Rigsadvokatens opfattelse byggede bl.a. på udtalelser fra politikredsene og statsadvokaturene, som på baggrund af en analyse af de aktuelle sager vurderede, at der ville opstå bevismæssige vanskeligheder i relation til påvisning af, hvornår en bandekonflikt er påbegyndt og ophørt, og i forbindelse med påvisning af tilhørsforholdet til de mere løse grupperinger.<sup>350</sup> Endvidere i forbindelse med påvisning af, hvornår et angreb er foretaget som led i et bandeopgør og ikke blot som udslag af en personlig hævnakt. Rigsadvokaten henviste yderligere til, at ”*der er tale om sager, hvor det er almindeligt, at hverken den tiltalte eller vidner, herunder forurettede, vil udtale sig om sagens nærmere omstændigheder*”, og det derfor vil være vanskeligt at løfte bevisbyrden for strafskærpelsen. Denne opfattelse blev understøttet af Foreningen af Offentlige Anklagere, som anførte, at sager med rod i bandemiljøet efterforskningsmæssigt er meget vanskelige og ressourcetunge, og at straffeloven § 81a måtte formodes at besværliggøre sagerne.<sup>351</sup> Landsforeningen af Forsvarsadvokater anførte, at det som følge af bestemmelsens uklare formulering kunne befrygtes, at den ville være uanvendelig i det praktiske liv.<sup>352</sup> Det blev således påpeget, at de bevismæssige vanskeligheder ved at konstatere, om et forhold er omfattet af straffeloven § 81a, ”*langt vil overstige bevisførelsen om, hvorvidt den tiltalte overhovedet er skyldig i selve grundforbrydelsen. Reglen kan således også*

være en hindring for, at sager kan afgøres som tilståelsessager.” Det bemærkes, at straffeloven § 81a efter det foreliggende materiale ikke har været anvendt endnu. Endelig bemærkes, at Institut for Menneskerettigheder ikke påviste direkte modstrid med EMRK.

En særlig kritik blev rejst i relation til, at straffeloven § 81a ikke omfatter angreb på sagesløse, tilfældige ofre. Af bemærkningerne fremgår, at bandedefinitionen omfatter angreb på embedsmænd i funktion og vidner samt tilfældige ofre, såfremt ”*gerningsmanden fejlagtigt troede, at offeret havde tilknytning til en rivaliserende gruppe.*” Derimod er angreb på personer eller grupper, som ikke sætter sig til modværge samt helt tilfældige ofre ikke omfattet, idet opgøret skal være gensidigt.<sup>353</sup> Denne bemærkelsesværdige forskel på tilfældige ofre, hvor skærpsen af straffen helt og holdent afhænger af gerningsmandens formodninger, ligger formentlig bag Rigsadvokatens kritik om, at der ”*kunne blive tale om at udmåle straffe, som er strengere for straffene for forbrydelser, som i almindelighed anses for grovere*”, og at det ”*ikke kan udelukkes, at der vil forekomme konkrete tilfælde, hvor forskellen kan fremtræde som vanskeligt forklarlig.*”<sup>354</sup> Denne forståelse ligger i hvert fald bag høringssvaret fra Retspolitisk Forening, som finder, at forskellen i straffene for vold mod sagesløse og vold mellem bandemedlemmer, som straffes mildere, udtrykker en ”*uforståelig og uacceptabel forskelsbehandling.*”<sup>355</sup> At dømme efter regeringens svar på kritikken af straffeloven § 81a erkendte regeringen, at bestemmelsen ”*i nogle tilfælde*” kunne resultere i en skævhed i strafudmålingen, hvor forbrydelser, som ellers regnes for grovere, bedømmes mildere, hvis de ikke omfattes af bandedefinitionen.<sup>356</sup> Det var regeringens opfattelse, at indsatsen mod bandekriminalitet, som kan udgøre en ”*helt meningsløs trussel mod det normale liv*” krævede ”*ekstraordinært skrappe modforholdsregler*”. Med hensyn til spørgsmålet om beviset for, hvornår bandedefinitionen finder anvendelse, henviste regeringen til ”*den dømmende magt, der har den endelige afgørelse om skyld og straf i hver enkelt konkrete sag.*”<sup>357</sup>

#### **4.2.2.2 Tilknytning til bander og varetægtsfængsling**

Bandedefinitionen blev endvidere indsat i retsplejeloven § 769, stk. 2. Ifølge lovbemærkningerne er det herefter muligt at varetægtsfængsle dømte personer med tilknytning til bandemiljøet under hensyntagen til, at der verserer et bandeopgør. Fængslingen er tiltænkt virkning i perioden efter domfældelse i første instans og indtil endelig upåanket dom foreligger. Der er hermed tale om en såkaldt retshåndhævelsesarrest. Retshåndhævelsesarrest indebærer principielt, at en uskyldig fængsles, idet der ikke er faldet endelig dom. Retshåndhævelsesarrest kendes også fra retsplejeloven § 762, stk. 2. Fængsling efter § 769, stk. 2 kan foretages,

når der er faldet dom i første instans om ubetinget fængsel i mere end 30 dage. Fængslingen skal ramme tilfælde, hvor ”*hensynet til retshåndhævelsen skønnes at kræve, at tiltalte ikke er på fri fod, selv om dommen ikke er endelig*”, og fordi der verserer et bandeopgør, og den tiltalte har tilknytning til en gruppering, som deltager deri.<sup>358</sup> Bestemmelsen er således motiveret i, at det kan virke krænkende for retsfølelsen, at en person med tilknytning til bandemiljøet er på fri fod, når personen har begået kriminalitet, som giver mere end 30 dages fængsel, når det i øvrigt er kendt, at tiltalte har tilknytning til bandemiljøet. Dette indebærer, at fængslingen kan foretages på baggrund af andre forbrydelser end dem, som omfattes af straffeloven § 81a. Fængslingen kan foretages, selvom den handling, som den pågældende er dømt for, ikke er foretaget som led i et aktuelt bandeopgør. Det er alene en betingelse, at den tiltalte har tilknytning til grupper, som deltager i et bandeopgør, dvs. at ”*den pågældende tager aktivt del i gruppens virke*.” Det forudsættes, at fængslingen alene anvendes ”*i klare tilfælde, hvor det skønnes, at der utvivlsomt foregår et gensidigt opgør...og hvor der skønnes ikke at være tvivl om, at den tiltalte har et aktivt tilhørsforhold til en gruppe, som deltager i det aktuelle opgør*.” Heri ligger, at den pågældende ikke behøver at have taget personlig del i bandeopgøret. Tilknytningen til bandemiljøet forudsættes heller ikke at være genstand for omfattende bevisførelse. Retsplejeloven § 769, stk. 2 vil således indebære, at en person kan varetægtsfængsles alene på baggrund af hans mere eller mindre klare tilknytning til en gruppe, og ikke på grund af grovheden af den forbrydelse, som han har begået. Det er indres dog, at personen er fundet skyldig i første instans, og har modtaget en straf på mindst 30 dages fængsel.

På tilsvarende vis som ved straffeloven § 81a blev det fra bl.a. Advokatrådet anført, at anvendelsesområdet for retsplejeloven § 769, stk. 2 ”*umiddelbart forekommer snævert eller ikke-eksisterende*” i lyset af, at retshåndhævelsesarrest også kan foretages i medfør af andre af retsplejelovens regler.<sup>359</sup> Rigsadvokaten og Rigspolitiet anførte hertil, at forudsætningen om, at bestemmelsen kun skulle finde anvendelse i klare tilfælde naturligt ville bevirke, ”*at bestemmelsen i praksis kun vil finde anvendelse i et begrænset antal tilfælde*.”<sup>360</sup> De praktiske bevisproblemer blev f.eks. også bemærket af Rigsadvokaten, som anførte, at der ville være tilsvarende praktiske bevisproblemer knyttet til påvisningen af et bandeopgør som ved straffeloven § 81a samt at bestemmelsen tilsyneladende forudsatte bevisførelse om andre forhold – nemlig gruppertilknytningen – end det forhold, som konkret skulle pådømmes – den konkrete forbrydelse. Det var netop spørgsmålet om arrestens anvendelse på baggrund af en persons gruppertilknytning, som gav anledning til den mest principielle kritik. Ifølge Østre Landsret indebar tilknytningen til en gruppe et ”*principielt betænkeligt brud med hidtidig tradition på*

området, hvorefter retshåndhævelsesarrest knytter sig til retsfølelsen i forhold til et påsigtet eller pådømt forhold af en vis og ofte betydelig grovhed, og ikke...i forhold til en gruppetilknytning, som ikke har givet anledning til, at der er rejst sigtelse”.<sup>361</sup> Det var i øvrigt et gennemgående tema i den samlede kritik, at retsplejeloven § 769, stk. 2 ikke skelnede mellem den konkret begåede forbrydelse og bandetilknytningen, herunder at en forbrydelse uden relation til et bandeopgør kunne medføre varetægtsfængsling alene fordi den tiltalte havde en ikke nærmere defineret tilknytning til en gruppe. Institut for Menneskerettigheder fandt anledning til at påpege, at dansk lovgivning skal respektere legalitetskravet i EMRK art. 5, hvorefter lovgivningen skal opfylde visse krav til klarhed og forudsigelighed.<sup>362</sup> Instituttet fandt, at de anvendte begreber var upræcise, og at der burde udvises ”tilbageholdenhed med yderligere indgreb i den personlige frihed med disse begrundelser.” Instituttet konstaterede dog ikke områder i direkte strid med menneskerettighederne.

Regeringens svar på kritikken af retsplejeloven § 769, stk. 2 bestod i det væsentligste i en henvisning til teksten i lovbemærkningerne, hvilket formentlig ikke har afklaret de rejste spørgsmål, idet de jo netop var rejst på baggrund af bemærkningerne. Regeringen uddybede dog den politiske motivation for at indføre udvidet adgang til varetægtsfængsling med, at ”*talene for, hvor mange formodede rockere og bandemedlemmer mv., der endnu ikke er indsat til afsoning af en idømt fængselsstraf, efter at dommen er blevet endelig, bør søges nedbragt.*”<sup>363</sup> Dette blev begrundet i hensynet til ”*omfanget og karakteren af den kriminalitet, der udspringer af rocker- og bandemiljøet*”, hensynet til retshåndhævelsen og et generelt hensyn til politiets muligheder for at opretholde ro og orden.

En umiddelbar analyse af disse bevæggrunde afdækker for det første, at regeringens politik ikke alene retter sig mod personer med en påvist banderelation men også omfatter formodede bandemedlemmer. For det andet at det generelle omfang af bandekriminaliteten i sig selv findes at begrunde, at formodede og ægte bandemedlemmer kan fængsles uanset om den konkrete kriminalitet, som de har begået, har relation til et bandeopgør. For det tredje, at varetægtsmuligheden skal ses som led i politiets mulighed for at opretholde ro og orden. Regeringen vil med andre ord have ”ro i gaden”. Det er regeringens ønske at tilbageholde så mange personer med tilknytning til bandemiljøet som muligt, og det opfattes i den forbindelse ikke som væsentligt eller afgørende, om personernes tilknytning er reel eller formodet.

#### **4.2.2.3 Zoneforbud**

Hensynet til at skaffe ”ro i gaden” søgtes endvidere opnået gennem en ændring af ordensbe-



kendtgørelsen.<sup>364</sup> Teknisk blev ændringen gennemført ved en ændring af politiloven § 23, stk. 3, således at overtrædelse af ordensbekendtgørelsen § 6 kunne sanktioneres med indtil 6 måneders fængsel. Der blev herefter indsat en ny bestemmelse i ordensbekendtgørelsen § 6, stk. 4, således at har ”en person udvist en særligt utryghedsskabende adfærd, kan politiet meddele den pågældende forbud imod at færdes frem og tilbage eller tage ophold inden for en radius af 500 meter fra det sted, hvor adfærden har fundet sted. Det er en betingelse for meddelelse af forbud, at der er grund til at tro, at den pågældende ellers vil gentage den særligt utryghedsskabende adfærd inden for det område, som forbudet vil omfatte.”<sup>365</sup> Dette såkaldte zoneforbud skulle forhindre, at ”bandevagter standser beboere og tilfældige forbipasserende”.<sup>366</sup> Zoneforbud er ikke nyt i dansk ret, idet der tidligere blev indsat hjemmel i ordensbekendtgørelsen til at udstede sådanne. Det nye består i, at zoneforbud nu kan udstedes på grund af ”utryghedsskabende adfærd”, og at forbuddet gælder i en radius af 500 meter samt – naturligvis – at overtrædelse nu kan straffes med indtil 6 måneders fængsel.

Ifølge bemærkningerne skal der være tale om en ”særlig utryghedsskabende adfærd”, idet der især tænkes på bandevagter, som standser og undersøger forbipasserende og optræder truende i et område. På samme måde som ved bandedefinitionen og ved adgangen til udvidet vare-tægtsfængsel kan den utryghedsskabende adfærd også straffes efter andre bestemmelser, herunder straffeloven § 260 om ulovlig tvang i forbindelse med f.eks. kropsvisitering af personer. Væsentligt er endvidere at bemærke, at bestemmelsen også kan ”anvendes i andre særlige tilfælde, hvor enkeltpersoner eller grupper udviser en særligt utryghedsskabende adfærd i et lokalområde.” Det er ikke nærmere omtalt, hvad der ligger heri. Et zoneforbud kan påklages til Rigsadvokaten og indbringes for domstolene.

Institut for Menneskerettigheder anbefalede at præcisere den udløsende betingelse om ”særligt utryghedsskabende adfærd” eventuelt ved at ”angive de handlemåder, som konkret kan begrunde meddelelse af et sådant forbud.”<sup>367</sup> Anbefalingen skal ses på baggrund af, at EMRK beskytter personers ret til at færdes frit. Instituttet påviste imidlertid ikke en direkte uoverensstemmelse med EMRKs og EMDs praksis men anførte, at særligt kravet om proportionalitet skulle have for øje ved implementeringen. Instituttet gjorde særskilt opmærksom på risikoen for såkaldt ”etnisk profilering” i forbindelse med indsatsen mod indvandrerbander.<sup>368</sup> Gentagne anvendelse af zoneforbud over for ”lovlydige borgere af anden etnisk herkomst” kunne efter omstændighederne blive opfattet som ulovlig diskrimination. Advokatrådet anførte i sit hørings svar som betænkeligt, at der ikke stilles krav om konkret mistanke som betingelse for udstedelse af et zoneforbud.<sup>369</sup> Justitsministeriet bemærkede hertil, at zoneforbuddet udgjorde

en foranstaltning uden for strafferetsplejen, og at der i øvrigt var adgang til domstolsprøvelse. Endvidere oplyste ministeriet, at sager om overtrædelse af zoneforbud skulle behandles som domsmandssager og med beskikkelse af forsvarer.

#### 4.2.2.4 Indførelse af minimumsstraf

Regeringens ønske om at bekæmpe bandekriminalitet gav sig endvidere udtryk i en skærpelse af straffeloven § 192a. Denne bestemmelse var indsat i straffeloven i 2008. Den for denne afhandling mest interessante problemstilling knytter sig til indførelsen af en minimumsstraf i § 192a, stk. 1 for ulovligt at ”*indføre, udføre, transportere, erhverve, overdrage, besidde, bære, anvende, tilvirke, udvikle eller med henblik på udvikling forske i*” skydevåben, sprængstoffer og andre våben, som ”*på grund af deres særdeles farlige karakter er egnet til at forvolde betydelig skade.*” Minimumsstraffen på 1 års fængsel udløses, når den ulovlige anvendelse foregår under ”*særlig skærpende omstændigheder*”. Af § 192a, stk. 2 fremgår, at ”*den, der i øvrigt overtræder*” våbenlovgivningen ”*under særlig skærpende omstændigheder*” kan straffes uden minimum. Bestemmelsens samlede strafferamme går til fængsel i 6 år. Oprindeligt var det foreslået at begrænse bestemmelsen til visse former for besiddelse og anvendelse på offentligt tilgængelige steder. Straffeloven § 192a, stk. 1 blev senere udvidet til at gælde alle former for besiddelse mv. på offentligt sted af alle våben ”*med tilhørende ammunition*”, som har en ”*særdeles farlig karakter*”.<sup>370</sup> Uagtet at det ikke fremgår af § 192a, stk. 1 må det således antages, at bestemmelsen angår alle former for besiddelse mv. på offentligt sted og med tilhørende ammunition. Straffeloven § 192a, stk. 2 omfatter herefter tilsvarende besiddelse mv. uden tilhørende ammunition samt besiddelse mv. på private steder uanset om der forefindes ammunition. I sådanne tilfælde er der ikke fastsat en minimumsstraf. Ulovlig våbenbesiddelse uden for straffeloven § 192a skal straffes efter våbenloven § 10. Det bemærkes, at en stor del af de tilfælde, som tidligere var omfattet af våbenloven nu omfattes af straffeloven § 192a, hvilket indebærer en udvidelse af området for anvendelsen af de skærpede strafferammer.

Ifølge bemærkningerne var bestemmelsen motiveret af Rigspolitiets vurdering af, at der er en betydelig mængde våben i omløb i kriminelle kredse.<sup>371</sup> I 2008 havde politiet således beslaglagt 400 skydevåben alene i bandekredse. I 2009 frem til 16. marts var der registreret 38 voldsepisoder med skydevåben involveret. Regeringen måtte herefter erkende, at tidligere skærpselser af straffene ikke havde virket efter hensigten, og - særligt med hensyn til de bandeopgør, som var i gang på tidspunktet for lovens forberedelse - var der ”*behov for, at sam-*

*fundet helt utvetydigt slår fast...at man ikke under nogen omstændigheder vil acceptere en udvikling, hvor ulovlige våben mv. bliver almindeligt "udstyr" for kriminelle grupperinger."* Der var bred politisk opbakning om at søge våben fjernet fra gaden hurtigst muligt. Således stemte f.eks. Socialistisk Folkeparti for regeringens forslag, *"fordi vi vil medvirke til at sikre, at bandemedlemmer ikke står på gaden med et nyt våben 2 måneder efter den første anholdelse."*<sup>372</sup> Regeringen var opmærksom på, at minimumsstraffe rejste principielle problemstillinger, men kunne ikke afvente en nærmere analyse heraf. En række høringsindlæg kritiserede, at man ikke afventede virkningerne af den skærpelse, som var indført året før. Af regeringens besvarelser fremgik, at regeringen vurderede situationen som så alvorlig, at virkningerne af den tidligere indførte skærpelse ikke kunne afventes.<sup>373</sup>

Lovbemærkningerne komme ikke nærmere ind på eventuelle principielle overvejelser vedrørende anvendelsen af minimumsstraffe. Minimumsstraffe er ikke ukendte i dansk ret, men er - som påpeget af Dommerforeningen - indtil videre kun forbeholdt få og meget alvorlige forbrydelser.<sup>374</sup> En hastig gennemgang af straffeloven viser f.eks., at minimumsstraffe anvendes i § 112 om drab på kongefamilien (6 år), § 237 om drab (5 år) og nu også § 192a om ulovlig våben besiddelse mv. (1 år). Det blev i lovbemærkningerne oplyst, at regeringen ville anmode Straffelovrådet om at vurdere, hvorledes lovgivers ønske om at fastlægge rammerne for straffeudmålingen fremover kunne foretages, herunder spørgsmålet om minimumsstraffe.<sup>375</sup> Kritikken af minimumsstraffe var massiv. Østre Landsret henledte opmærksomheden på, at Straffelovrådet allerede havde taget stilling til spørgsmålet i en betænkning fra 2002.<sup>376</sup> Heraf fremgik, at minimumsstraffe *"som udgangspunkt bør afskaffes, og at man i almindelighed bør afstå fra at indføre nye forhøjede minima."*<sup>377</sup> Dette begrundes med vanskelighederne med på forhånd at overskue variationen af mulige strafbare handlingsforløb, og at minimumsstraffe kan føre til, at *"domstolene tvinges til at udmåle straffe, der i enkelttilfælde ikke forekommer rimelige og proportionale"*. Straffelovrådet havde i den anledning anbefalet, at markeringer af forbrydelsers grovhed bør ske *"i lovtæksten, herunder ved anvendelsen af sidestrafferammer"*, hvorved det tydeligere beskrives hvilke omstændigheder, der tillægges betydning i skærpene retning. Østre Landsret anbefalede, at man anvendte den af Straffelovrådet allerede foreslåede løsning. Rigsadvokaten fandt *"ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag"* for anvendelsen af minimumsstraf eller strafskærpelser.<sup>378</sup> Den Danske Dommerforening fandt ligefrem skærpelsen af straffen for overflødig, og at den mest hensigtsmæssigt kunne indgå i en instruks til anklagemyndigheden.<sup>379</sup> Retspolitisk Forening fandt minimumsstraffen på 1 år som udtryk for *"proportionsforvrængning"* sammenholdt med, at straffeloven § 192a ikke blot

kriminaliserer anvendelsen af våbenet men tillige den blotte besiddelse.<sup>380</sup> Hertil kan tilføjes, at også den blotte besiddelse på bopælen er omfattet. Advokatrådet fandt anledning til at præcisere, at minimumsstraffe principielt stred imod den grundlæggende tredeling af magten, som indebar at det var domstolenes opgave at udmåle straffe.<sup>381</sup> Institut for Menneskerettigheder påpegede, at straffeloven § 192a udtrykkeligt burde fremhæve en adgang for domstolene til at fravige minimumsstraffen. Stort set samtlige høringsparter anbefalede, at regeringen afventede Straffelovrådets vurdering.

Til brug for Folketingets vurdering af strafferammer, blev det fra Justitsministeriet oplyst, at der i 2007 var fastsat frihedsstraf efter straffeloven § 192a i 8 tilfælde, og at gennemsnitsstraffen udgjorde 405 dage – dvs. godt og vel 1 år og 1½ måned.<sup>382</sup> I samme periode var der i henhold til våbenloven afsagt 1.888 bødestrafte og 145 betingede og ubetingede domme med en gennemsnitslængde på 52 dage. Lovbemærkningerne beskæftiger sig næsten udelukkende med mere eller mindre konkrete anbefalinger til forhøjelser af strafudmålingen i forskellige situationer. Eksempelvis ”forudsættes, at straffen” i medfør af straffeloven § 192a, stk. 1, ”mindst fordobles”.<sup>383</sup> Herefter beskrives nogle eksempler på konkrete udmålinger. Også denne form for ”lovgivning i bemærkningerne” blev massivt kritiseret. Eksempelvis fandt Det Kriminalpræventive Råd det ”uhensigtsmæssigt” med denne detaljerede beskrivelse af strafudmålingen, idet regeringen samtidig gav udtryk for, at strafudmålingen i konkrete sager skulle overlades til domstolene.<sup>384</sup> Landsforeningen af Forsvarsadvokater støttede op om dette synspunkt, idet der ”er tale om meget specifikke anvisninger, der klart går ind over grænsen for domstolenes kompetence til at udmåle de konkrete straffe.”<sup>385</sup> I sin besvarelse af kritikken af minimumsstraffe og lovbemærkningernes anvisninger på strafudmåling undlod regeringen at forholde sig til Østre Landsrets henvisning til betænkningen fra Straffelovrådet men henviste til, at der nu skulle foretages en ny vurdering.<sup>386</sup> Endvidere henvises generelt til regeringens begrundelse for Bandepakken, herunder at ”regeringen lægger vægt på, at der er tale om forbrydelser, som potentielt indebærer betydelig fare for menneskers liv eller helbred, hvor der normalt ikke vil være nogen som helst undskyldende omstændigheder, og som er uforenelige med almindelige borgeres ønske om at leve i et fredeligt og trygt samfund, hvor man ikke skal være bange for at blive et tilfældigt skudoffer.”

Samtidig med indførelse af minimumsstraf blev den øvre strafferamme hævet til 6 års fængsel. Dette indebærer samtidig en udvidelse af området for anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb i forbindelse med efterforskning af de tilfælde, som omfattes af straffeloven § 192a. Dette skyldes, at en række tvangsindgreb forudsætter en strafferamme på netop

6 år for at kunne bringes i anvendelse. Dette gælder således for anvendelse af agenter, aflytning, hemmelig observation og dataaflysning. Endvidere er der skabt specifik hjemmel for anvendelse af telefonaflytning på person ved overtrædelse af straffeloven § 192a. Endelig fremgår det af retsplejeloven § 799, at der kan foretages hemmelige ransagninger i tilfælde omfattet af § 192a, stk. 2 – dvs. også for besiddelse af ulovlige og farlige våben på bopælen. Advokatrådet tilkendegav betænkeligheder ved denne udvidelse, idet det øger risikoen for, at *”der i vid udstrækning under henvisning til våbenlovsovertrædelser vil blive gennemført hemmelige ransagninger og gennemført indgreb i meddelelseshemmeligheden i forhold til alle medlemmer af rockergrupper og bander, som formodes at være involverede i den aktuelle konflikt.”*<sup>387</sup> Det fremgik også af kritikken, at anvendelsen af tvangsindgreb burde reguleres selvstændigt og ikke opfattes som en ren refleksvirkning af strafferammerne. Regeringens svar må forstås således, at øget anvendelse af tvangsindgreb - som følge af regeringens generelle vurdering af situationens alvor - var klart tilsigtet. Indgrebene skulle *”naturligvis”* opfylde de krav, der i almindelighed stilles til deres anvendelse. Det fremgår dog tillige af lovbemærkningerne, at der *”næppe kan antages at være et praktisk behov for at foretage hemmelige ransagninger”* i sager omfattet af straffeloven § 192a, stk. 1, idet *”der er tale om forbrydelser, som begås på offentligt sted.”*<sup>388</sup> Dette må nærmest forstås som ensbetydende med, at reguleringen af strafferammer anses som et effektivt middel til at regulere adgangen til anvendelsen af processuelle indgreb.

Der knytter sig nogle interessante betragtninger til betingelsen om, at anvendelsen mv. af det ulovlige våben skal foretages under *”særlig skærpende omstændigheder”*. Sådanne omstændigheder antages på den ene side at foreligge alene på baggrund af våbnets objektive farlighed.<sup>389</sup> Våbenlovens klassifikationssystem lægges til grund for denne vurdering, således at der foreligger en særlig skærpende omstændighed, hvis man på offentligt sted uden tilladelse besidder mv. et våben, hvortil der kræves tilladelse efter våbenloven. På den anden side kan den situation, hvorunder den ulovlige besiddelse mv. forekommer, bevirke, at der ikke foreligger skærpede omstændigheder. Der er nærmest tale om en vurdering af situationens subjektive omstændigheder, f.eks. at *”en person uden tilladelse transporterer våbnet for en anden, som har våbentilladelse”* eksempelvis et skyttemedlem, som ikke selv kan nå at transportere våbnet hjem efter endt skydning. Man kan også forestille sig, at en person med våbentilladelse bærer våbnet i strid med tilladelsen. Foreligger sådanne særlige undtagelsessituationer, skal der alene straffes efter våbenloven. På et spørgsmål fra Retsudvalget, om personer, som var truet til at opbevare våben, ville være omfattet af minimumsstraffen, svarede Justitsministeri-

et, at grænsedragningen må ”bero på rettens konkrete vurdering af den enkelte sag”.<sup>390</sup> Man kan på den baggrund overveje, om bestemmelsen mest hensigtsmæssigt kunne være formuleret som en generel skærpelse med tilhørende formildende omstændigheder i retning af ”den, som på offentligt tilgængeligt sted ulovligt besidder...mv...et våben af særdeles farlig karakter straffes med fængsel fra 1 år til 6 år med mindre der foreligger særligt formildende omstændigheder. Straffen kan i så fald reduceres til bøde.” Denne formulering løser ikke alle problemer, men bidrager til gengæld med det tankeskema, som efter bemærkningerne synes at være det relevante.

#### **4.2.2.5 Sammenfatning og vurdering af bandekriminalitet**

Debatten om Bandepakken afdækker en forskel i opfattelsen hos de retlige aktører og hos Folketinget vedrørende det retlige behov for Bandepakkens skærper i straffeloven § 81a og retsplejeloven §769, stk. 2. Dette fremtræder tydeligt i relation til bandedefinitionen i straffeloven § 81a, hvor særligt domstolene ikke kan identificere et retligt behov for yderligere strafskærper i selve loven. Opfattelsen er baseret på en vurdering af, at de retlige forudsætninger for skærpelse af straffene i relation til bandekriminalitet allerede er til stede i straffeloven § 81. Det relevante myndighedsskridt er herefter at anmode anklagemyndigheden om at søge de eksisterende betingelser for skærpelse af straffene gennemført gennem tilrettelæggelsen af anklagemyndighedens praksis i sådanne sager. Tilsvarende gør sig gældende i forhold til anvendelsen af minimumsstraffe i straffeloven § 192a, hvor bl.a. Østre Landsret gennem henvisning til en vurdering foretaget af Straffelovrådet klart tilkendegiver, at behovet for minimumsstraffe ikke er til stede. Kritikken af det retlige behov hænger tæt sammen med overvejelser over Bandepakkens praktiske betydning, hvor særligt politi- og anklagemyndigheden gør gældende, at bandedefinitionen vil resultere i vanskelige bevismæssige problemstillinger af et sådant omfang, at bandedefinitionen ligefrem risikerer at besværliggøre sagerne. Kritikken af det retlige behov har i det væsentlige karakter af en praktisk juridisk kritik forstået på den måde, at de retsanvendende myndigheders analyse tager afsæt i en forståelse af de eksisterende rammer for strafudmåling som tilstrækkelige til at omfatte også skærper i forbindelse med bandekriminalitet. Det er i den forstand, at behovet for ny lovgivning ikke kan erkendes. Dette behov kommer til gengæld klart til udtryk i Folketingets retspolitiske begrundelser for Bandepakken, hvor et bredt flertal opfatter situationen som så alvorlig, at der straks bør sættes ind for at reducere truslen mod samfund og borgere. Ønsket om at skabe ”ro i gaden” opfattes som så presserende, at forberedende lovudvalg og tidligere skærper ikke kan

afventes. På baggrund af bemærkningerne er der heller ikke tvivl om, at Bandepakken vægter hensynet til samfundets og borgernes sikkerhed højere end det traditionelle hensyn til reelle og formodede forbrydere. Denne vægning udtrykker en klar politisk beslutning, hvis demokratiske legitimitet må vægtes på linje med Terrorpakke I. Debatten omkring behovet for Bandepakken afdækker således to forskellige tilgange til problematikken om formålet med lovgivning. De retlige aktører anskuer formålet på baggrund af systematiske juridiske ønsker om at skabe sammenhæng i retsordenen. Denne forståelse knytter sig direkte til det klassiske retssikkerhedsbegreb, hvor lovgivning opfattes som et passivt redskab til at skabe orden på et generelt niveau, og ikke udgør et mål i sig selv, men tværtimod skal begrænses til det mest nødvendige. Denne opfattelse afspejles ikke af de politiske aktører, som i relation til Bandepakken mere eller mindre klart tilkendegiver, at lovgivning opfattes som et middel til at signalere værdier og gennemføre konkrete handlinger. I relation til retssikkerhedsbegrebet berører denne problemstilling spørgsmålet om lovgivningsmagts kompetence. Der kan ikke i forbindelse med Bandepakken konstateres retlige hindringer for lovgivningsmagts erkendelse af behovet for lovgivning, herunder heller ikke af behovet for specifikke regler tilegnet specielle situationer, så længe reglerne ikke har karakter af singular lovgivning. Dette er ikke tilfældet her.

I lighed med debatten om terrorpakkerne afdækker Bandepakken også en problemstilling knyttet til ordlyden af de strafudlødende omstændigheder i straffebestemmelser. Denne kritik rettes mod samtlige væsentlige elementer i Bandepakken, herunder bandedefinitionen som sådan, kriteriet om ”*utrygskabende adfærd*” ved udstedelse af zoneforbud samt begrebet ”*særlig skærpende omstændigheder*” i forbindelse med våbenforbuddet i straffeloven § 192a. Indførelsen af gruppetilknytning som en del af kriterierne for anvendelse af retshåndhævelsesarrest i retsplejeloven § 769, stk. 2 kan også anskues ud fra vinklen om klarhed i lovgrundlaget. Problemstillingen opsummeres bl.a. i, at Institut for Menneskerettigheder i relation til zoneforbuddet fandt anledning til at anbefale, at man i selve lovteksten beskrev de handlemåder, som kan udløse et zoneforbud i selve lovteksten. Instituttet fandt endvidere anledning til at henlede opmærksomheden på klarhedskravet i EMRK art. 5 i relation til bandedefinitionen i retsplejeloven § 769, stk. 2. Bortset fra Instituttets hørings svar er den øvrige kritik af upræcis lovgivning i vidt omfang båret af praktiske hensyn til bl.a. de bevis- og efterforskningsmæssige vanskeligheder knyttet til brede og upræcise straffebestemmelser. Denne kritik baseres i lige linje direkte på legalitetsprincippet og fordringen om forudsigelighed i det klassiske retssikkerhedsbegreb som dette er analyseret i det foregående. I lighed med den tilsvarende kritik

af terrorpakkerne kan der ikke konstateres retlige hindringer for den valgte lovgivningsteknik.

Det er et gennemgående træk i kritikken af Bandepakken, at gennemførelsen af de forskellige strafskærper ikke afventer yderligere undersøgelser. Denne kritik gør sig tydeligt gældende i forhold til indsættelsen af minimumsstraf i straffeloven § 192a, stk. 1. Den samstemmende kritik går på, at minimumsstraffen bør afvente Straffelovrådets anbefalinger. Endvidere at Bandepakkens strafskærper fremkommer under ét år efter vedtagelsen af tidligere skærper, og at man burde afvente virkningen heraf, før man skærpede yderligere. Spørgsmålet er ikke selvstændigt dokumenteret i gennemgangen af kritikken, men næsten alle hørings svar udtrykker utilfredshed med korte høringsfrister og mangel på nedsættelse af forudgående bredt sammensatte lovforberedende fagudvalg. Samlet set centrerer kritikken om det, man kan kalde forudsætningerne for lov kvalitet. Kritikerne knytter lov kvalitet til mulighederne for faglig vurdering og bearbejdelse forud for fremsættelse og vedtagelse af lovforslag. Denne kritik kan opfattes som begrundet i teknisk faglige ønsker om at indfri forudsætningerne til en sammenhængende retsorden, som stilles af det klassiske retssikkerhedsbegreb. Der kan imidlertid ikke konstateres nogen retlige forpligtelser for Folketinget til at gennemføre omfattende lovforberedende udvalgsarbejder på strafferettens område.

Kritikken peger endvidere på en problemstilling knyttet til forskellen i strafudmålingen for angreb på bandemedlemmer og tilfældige borgere i medfør af straffeloven § 81a. For en umiddelbar betragtning forekommer det ikke velbegrunderet, at bandemedlemmers angreb på tilfældige udenforstående straffes mildere end angreb bandemedlemmer imellem. I betragtning af begrundelserne i lovbemærkningerne skulle man nærmest forvente det omvendte forhold. Kritikken kan knyttes til det klassiske retsstatslige udgangspunkt om lighed for loven og ensartet straf for samme type forbrydelser. Der er ikke konstateret retlige hindringer for denne lovgivningsteknik, hvor specielle funktioner og omstændigheder knyttes til højere strafværdighed end ellers – f.eks. som i terrorkomplekset eller i forbindelse med straf for misbrug af offentlig stilling.

En anden væsentlig problemstilling vedrører kritikken af de forhøjede strafferammer på 6 år for ulovlig våbenbesiddelse i straffeloven § 192a. De forhøjede strafferammer indebærer, at adgangen til anvendelse af en række straffeprocessuelle tvangsindgreb udvides. Som påpeget i forbindelse med analysen af terrorpakkerne består der en betydelig risiko for, at adgangen til tvangsindgreb i kombination med uklare straffebestemmelser medfører en udviskning af grænserne for anvendelsen af tvangsindgreb. Kritikken går tilsvarende på, at sådanne udvidelser bør baseres på en vurdering af de konkrete behov for udvidelserne, og ikke blot betragtes



som en automatisk følge af strafferammerne. Lovbemærkningerne efterlader indtrykket af, at bred adgang til anvendelse af tvangsindgreb i forbindelse med efterforskning af ulovlige våben, er fuldt tilsigtet og ikke giver anledning til principielle juridiske overvejelser. Regeringens svar til Advokatrådet efterlader heller ikke tvivl om, at udvidet adgang til tvangsindgreb er tilsigtet, og at dette ikke giver anledning til principielle overvejelser, idet de hidtidige procesgarantier opretholdes. Det konstateres, at regeringen ikke finder det problematisk at regulere adgangen til tvangsindgreb gennem regulering af strafferammer frem for selvstændige vurderinger af behovet for de enkelte indgreb. Som omtalt i forbindelse med terrorkomplekset er der konstateret særlige krav til legalitetsprincippet inden for strafferetsplejen, som indebærer strammere krav til hjemmel end i den øvrige lovgivning. I kraft af strafferettens refleksvirkning på strafferetsplejen vil brede og uklare straffebestemmelser have indflydelse på afgrænsningen af indgrebenes anvendelse. Som anført er det muligt, at dette rejser en principiel diskussion af legalitetsprincippet i strafferetsplejen, herunder om princippet kan udstrækkes til også at omfatte formuleringen af straffebestemmelser, om princippet må søges opretholdt på anden måde med specifikke straffeprocessuelle virkemidler eller om princippet må genfortolkes og ligestilles med princippets anvendelse i den almindelige forvaltningsret. Der kan imidlertid ikke konstateres aktuelle retligt bindende forpligtelser, som forhindrer lovgiver i at anvende den omtalte lovgivningsteknik.

Endelig rettes der massiv kritik mod lovgivers ønske om at kunne tilkendegive konkrete strafniveauer. Denne kritik kommer meget klart til udtryk i forbindelse med debatten om straffeloven § 192a. Lovgivers ønske bliver kritiseret ud fra en teknisk juridisk argumentation om det uhensigtsmæssige i minimumsstraffe, fordi det i praksis indebærer risiko for urimelige og uproportionale straffe. Kritikken henviser imidlertid også til selve retsstatens grundlag i adskillelsen mellem lovgiver og domstole og de deri liggende retssikkerhedsgarantier. Kritikken giver klart genlyd af den klassiske retssikkerhedsforståelse, og reagerer derfor relativt skarpt på brud i kompetencefordelingen mellem lovgiver og domstole. Der er imidlertid intet i de foregående analyser af retssikkerhedsbegrebet eller af retsstatens juridiske grundlag, som forhindrer lovgiver i at lovgive om konkret strafudmåling eller at tilkendegive sin opfattelse heraf i lovbemærkningerne.

### **4.3 Indgreb i borgernes friheder**

Adgangen til og omfanget af indgreb i borgernes friheder inden for det strafferetlige område reguleres udelukkende i strafferetsplejen. Analysen af retssikkerhedsbegrebet i afsnit 2

viste, at retssikkerhedsbegrebet hviler på en demokratisk forudsætning. Analysen viste også, at borgernes frihedsrettigheder udgør begrebets fundamentale beskyttelsesinteresse. Analysen viste endvidere, at retsstatens retssikkerhedsbegreb kan identificeres med retsordenen, idet denne udtrykker retssikkerhedsbegrebets praktiske gennemførelse. Analysen af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger i afsnit 3 viste, at retssikkerhedsbegrebet fungerer som koblingsbegreb mellem en række moralske værdiforestillinger og den retlige terminologi i form af stadig stigende konkretiseringer af værdierne fra retsgrundsætninger til retsregler. Retssikkerhedsbegrebet indeholder således en mere værdibaseret dimension, hvor kravene til hvad, der betragtes som retssikkerhedsmæssigt uproblematisk, fremtræder mere tvetydige og luftige end de krav, som kan udledes af begrebets juridiske dimension. Afgrænsningen af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger afdækkede endvidere, at den materielle beskyttelse af borgernes frihedsrettigheder uden for området af de politiske rettigheder kan betragtes som svag. Der kan i almindelighed ikke opstilles generelle og væsentlige retlige krav, som begrænser indholdet af, hvad der kan lovgives om, og dermed heller ikke for, hvor intensiv reguleringen af frihedsrettighederne kan være. Det blev vist, at sikringen af frihedsrettighederne hovedsagelig skal forstås som en processuel beskyttelse, hvorefter der opstilles krav om lovhjemmel, procedure og uafhængig prøvelse. I juridisk perspektiv kan retssikkerhedsbegrebet i relation til beskyttelsen af grundrettigheder herefter anskues som en række procesgarantier. Analysen afdækkede tillige i afsnit 3.7.2.1, at det klassiske retssikkerhedsbegreb i vidt omfang fortsat dominerer retssikkerhedsopfattelsen inden for strafferetsplejen. Dette indebærer, at der stilles skærpede krav til procesgarantierne, dvs. til formuleringen af hjemmelen for det enkelte indgreb, fastlæggelse af proceduren, der skal følges for at realisere indgrebet samt krav om domstolsprøvelse for indgreb, som griber ind i frihedsrettighederne. Opfattelsen af retssikkerhedsbegrebet som en række procesgarantier indebærer tillige, at en lovgivning eller en afgørelse, som opfylder disse garantier, ikke i juridisk forstand kan opfattes som retssikkerhedsmæssig problematisk. Dette udelukker ikke, at den samme lovgivning eller afgørelse kan fremstå som mere eller mindre hensigtsmæssig vurderet ud fra den mere værdibaserede – retspolitiske - dimension af retssikkerhedsbegrebet.

Strafferetsplejen indeholder et omfattende katalog af straffeprocessuelle tvangsindgreb, som kan anvendes af myndighederne til efterforskning af forbrydelser. Genstanden for den følgende analyse udgøres af debatten omkring indgreb i meddelelshemmeligheden - aflytning på person, datalogning og dataaflæsning – og indgreb i boligens ukrænkelighed i form af hemmelig ransagning. Formålet er at vise, hvorledes debatten omkring vedtagelsen af disse

indgreb forholder sig til retssikkerhedsbegrebets juridiske dimension, herunder afklare de områder, der ud fra denne betragtning kan anskues som retssikkerhedsmæssigt betænkelige.

#### 4.3.1 Indgreb i meddelelseshemmeligheden

Indgreb i meddelelseshemmeligheden er omfattet af retsplejeloven kapitel 71 og relaterer sig primært til de rettigheder, som er beskyttet af Grundloven § 72 og EMRK art. 8 og art. 10. Indgreb i meddelelseshemmeligheden er foretaget i flere omgange. Begge terrorpakker foretog således i 2002 og 2006 ændringer og udvidelser i politiets adgang til at aflytte både telefoner og dataforbindelser mv. I forbindelse med indsatsen mod organiseret kriminalitet blev adgangen til telefonaflytning i 2009 yderligere udvidet fra terrorrelaterede forbrydelser til andre forbrydelser.<sup>391</sup> I retsplejeloven er indgrebene omtalt i kapitel 71 om ”*indgreb i meddelelseshemmeligheden, observation, dataaflysning og forstyrrelse eller afbrydelse af radio- eller telekommunikation*” omfattende § 780 – § 791c.

##### 4.3.1.1 Datalogning

Terrorpakke I indsatte en forpligtelse for teleudbydere til at foretage registrering af data- trafik samt at opbevare de registrerede oplysninger i et år – datalogning. Forpligtelsen blev indsat i retsplejeloven § 786, stk. 4, hvorefter teleudbydere skal ”*foretage registrering og opbevaring i 1 år af oplysninger om teletrafik til brug for efterforskning og strafforfølgning af strafbare forhold.*” Registreringen er altså ikke begrænset til terrorrelateret kriminalitet, idet registrering skal foretages af al kommunikation. Af bemærkningerne fremgår, at datalogning er direkte inspireret af en betænkning vedrørende børnepornografi.<sup>392</sup> Formuleringen af logningsforpligtelsen er foretaget under hensyn til et hørings svar fra Det Danske Center for Menneskerettigheder, som gjorde gældende, at EMRK art. 8 stillede krav om, at omfang, indhold og tidsmæssig udstrækning af forpligtelsen skulle fremgå af lovteksten.<sup>393</sup> Med hensyn til hjemmelen for datalogningen henvises i bemærkningerne til et EU-direktiv om beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren.<sup>394</sup> Det fremgår heraf, at personoplysninger som udgangspunkt skal slettes, men at direktivet i art. 14 tillader fravigelse under hensyn til bl.a. ”*statens sikkerhed, forsvaret, den offentlige sikkerhed, forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager*”.<sup>395</sup> Reguleringen af personoplysninger er siden optaget i persondataloven. Denne tager hensyn til politiets behov for datalogning. Justitsministeriet havde oprindeligt forestillet sig at etablere hjemmelen ved bekendtgørelse, idet ”*både praktiske og lovtekniske forhold taler for*”, at reguleringen af logningsforpligtelsen burde foretages

administrativt.<sup>396</sup> Der var imidlertid under høringsfasen rejst kritik af denne lovgivningsteknik, og ministeriet havde herefter fundet, at der skulle skabes direkte lovhjemmel for reguleringen.

Bemærkningerne begrundede behovet for logning med, at ”*politiets erfaringer med hensyn til de kriminelles anvendelse af moderne kommunikationsmidler*” indebærer, at det er ”*nødvendigt at sikre, at der sker opbevaring af de teleoplysninger, som politiet kan få brug for ved bekæmpelsen af alvorlig kriminalitet*”.<sup>397</sup> Det Danske Center for Menneskerettigheder havde konkluderet, at forpligtelsen ”*bør formuleres som et selvstændigt indgreb i privatlivet, dvs. som en tilføjelse til listen af typer af indgreb i meddelelshemmeligheden i § 780, stk. 1*”. Dette ville indebære, at der skulle indhentes kendelse forud for hver logning. Som anført af justitsministeriets tager Centrets forslag kun ”*sigte på fremadrettede indgreb, dvs...vedr. kommunikation, der endnu ikke har fundet sted*.” Formålet med datalogningen er imidlertid at sikre adgangen til historiske oplysninger. Datalogning knytter sig særligt til de efterforsknings-skridt, som betegnes som teleoplysning og udvidet teleoplysning i retsplejeloven § 781, stk. 1, nr. 3 og 4. Teleoplysning indebærer, at politiet kan skaffe sig overblik over de kommunikationsveje, der er forbundet med et bestemt kommunikationsmiddel. Udvidet teleoplysning indebærer, at der kan skabes et tilsvarende overblik over kommunikationen mellem bestemte eller ubestemte kommunikationsmidler i et nærmere afgrænset geografisk område. Der var endvidere fra Politidirektøren i København og Politifuldmægtigforeningen gjort opmærksom på, at teleudbydere ikke fulgte en fast praksis i forbindelse med registrering af oplysningerne, som besværliggjorde politiets indgreb.<sup>398</sup> Det var derfor nødvendigt at indføre en forpligtelse til at logge.

Ifølge bemærkningerne omfatter de registrerede oplysninger alene ”*trafikdata og ikke selve indholdet af kommunikationen*.”<sup>399</sup> De konkrete fremgangsmåder ved datalogningen blev fastsat i den såkaldte logningsbekendtgørelse, som gav anledning til megen offentlig omtale.<sup>400</sup> Ifølge bekendtgørelsen skal teleudbydere opbevare oplysninger om hvilke adresser eller telefonnumre, en borger kommunikerer med i en sådan form, at identiteten på det kommunikationsmiddel, som der kommunikeres med kan stadfæstes samt identiteten af den person, som kommunikationsmidlet er registreret til. Der skal således opbevares data om kommunikationsveje, herunder hvilke internetsider og telefonnumre en borger har kontaktet på hvilke tidspunkter og varigheden af kontakten. Udbydere skal ikke foretage en kortlægning af aktiviteter, men alene foranledige en passiv opbevaring af trafikdata.<sup>401</sup> Lovbemærkningerne beskæftiger sig herudover detaljeret med den praktiske tilrettelæggelse af logningen, herunder

teleudbydernes samarbejde med politiet.

Store dele af høringssvarene fra telebranchen vedrører de tekniske og økonomiske problemstillinger, og der ses ikke at være væsentlige indvendinger mod behovet for datalogning som sådan. Denne kritik kom fra de retspolitiske foreninger. Således fandt Retspolitisk Forening, at datalogningen *”udgør en betydelig udvidelse af reglerne for overvågning af borgerne, især elektronisk overvågning.”*<sup>402</sup> Foreningen Digital Rights mente, at logning af data *”udelukkende for politiets skyld er en farlig udvikling, der kan blive en glidebane mod et overvågningssamfund. Lagring af trafikdata er indgribende i borgernes privatliv, og giver politiet mulighed for at kortlægge den enkelte borgers færden og handlinger”*. Justitsministeriet anførte hertil, at logningen ikke udgør et overvågningsmiddel, men alene *”vil sikre tilstedeværelsen af de oplysninger, som politiet kan få adgang til.”* Retsplejeloven § 786 omhandler som helhed den tekniske og praktiske bistand, som udbydere af meddelelsesveje – f.eks. Post Danmark, telefonselskaber og internetudbydere - skal stille til politiets rådighed i forbindelse med gennemførelsen af teleoplysning. Der er derfor ikke opstillet procesgarantier omkring selve datalogningen, idet det er politiets underliggende tvangsindgreb i meddelelseshemmeligheden, der opfattes som det processuelt relevante indgreb. Der er ikke foretaget ændringer i de generelle betingelser, som skal opfyldes, før et indgreb i meddelelseshemmeligheden kan foretages. De loggede oplysninger kan således kun *”kræves, udleveret af politiet, hvis der er grundlag for at foretage indgreb i meddelelseshemmeligheden.”*<sup>403</sup>

Det er ikke hensigten her at afklare den nærmere rækkevidde af disse betingelser, men det findes formålstjenligt kort at skitsere dem. Politiets indgreb i form af teleoplysning og udvidet teleoplysning - og dermed adgangen til de loggede oplysninger - er generelt reguleret i retsplejeloven § 781, stk. 1. Der kan foretages indgreb ved en række særskilt nævnte forbrydelser, herunder f.eks. terrorisme, rufferi, pædofile billedoptagelser, trusler, afpresning, gentagne fredskrænkelser og databedrageri. Der kan også foretages indgreb i andre forbrydelser, når strafferammen er på minimum 6 års fængsel. Kravet om 6 års fængsel indebærer, at en lang række almindelige forbrydelser også giver adgang til indgreb i meddelelseshemmeligheden – f.eks. den i afsnit 4.2.2.4 omtalte ulovlige våbenbesiddelse i straffeloven § 192a, grov skatte-svig eller røveri eller voldtægt - kan begrunde indgrebet. For udvidet teleoplysning gælder tillige, at mistanken skal vedrøre *”en forbrydelse, som har medført eller kan medføre fare for menneskers liv eller velfærd eller for betydelige samfundsværdier.”* Retsplejeloven § 781 forudsætter endvidere, at der er *”bestemte grunde til at antage, at der på den pågældende måde gives meddelelser eller foretages forsendelser til eller fra en mistænkt”* og *”indgrebet må an-*

tages at være af afgørende betydning for efterforskningen.” Den første betingelse gælder dog ikke for udvidet teleoplysning.

Hertil kommer en yderligere begrænsning i form af proportionalitetsprincippet i retsplejeloven § 782. Indgrebet må således ikke foretages, hvis det under hensyn til formålet, sagens betydning, krænkelsen og ulempen må betragtes som et uforholdsmæssigt indgreb. Endelig er indgrebet betinget af forudgående retskendelse omfattet af retsplejeloven § 783. Dette krav kan dog omgås, hvis ”indgrebets øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes”. I så fald skal indgrebet forelægges retten inden 24 timer efter indgrebets foretagelse. Yderligere procesgarantier består i, at der skal beskikkes en advokat for den, indgrebet vedrører jf. retsplejeloven § 784. Når indgrebet er afsluttet, skal der som hovedregel gives underretning til den, som har været udsat for indgrebet jf. retsplejeloven § 788. I særlige tilfælde kan underretning undlades efter politiets begæring. Der skal i så fald føres en selvstændig sag om dette spørgsmål.

Som det fremgår svarer betingelserne for foretagelse af teleoplysning og udvidet teleoplysning til de generelle retssikkerhedsgarantier, der blev udledt af legalitetsprincippet inden for strafferetsplejen i afsnit 3.7.2. Man kan herefter ikke karakterisere adgangen til datalogning for at være i strid med den grundlæggende juridiske regulering af retssikkerhedsbegrebet. På den baggrund virker kritikken af datalogningen ikke funderet på en juridisk baseret opfattelse af retssikkerhedsbegrebet, men på mere brede retspolitiske overvejelser, som bl.a. også fandt udtryk i betænkningen. Det fremgår heraf, at både Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten fandt, at datalogning repræsenterede en øget overvågning, og at rammerne for anvendelsen ikke var klarlagt.<sup>404</sup>

Peter Blume har anført et væsentligt retspolitisk argument mod logning i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt datalogning udgør et egnet middel til bekæmpelse af kriminalitet – konkret terrorisme.<sup>405</sup> Ifølge ham er tilsvarende krav om datalogning ikke gennemført i USA, og følger ikke af Danmarks internationale forpligtelser. Ifølge Blume synes rationalet bag datalogning at være, at sandsynligheden for at opfange kriminalitet øges, når al kommunikation opbevares. På den baggrund forekommer det mindre velovervejet, at der kun skal logges et år, og at indholdsdata ikke logges. Årsagen til disse begrænsninger skal efter hans opfattelse ikke findes i retlige problemstillinger, men i rent praktiske forhold, idet logning af indhold og ubegrænset opbevaring ikke er praktisk muligt. Ifølge Blume var det heller ikke forudsat ved datalogningen, at denne skulle være altomfattende. Han henviser herved til, at offentlige myndigheder og mindre antenneforeninger mv. i logningsbekendtgørelsen er undtaget fra log-

ningsforpligtelsen. Dette udhuler nemlig efter hans opfattelse værdien af datalogningen, idet personer med kriminelle intentioner kan anvende offentligt tilgængelige kommunikationsmidler på f.eks. biblioteker og skoler og derved undgå logningen. Der er dermed ingen garanti for, at formålet med logningen indfries, hvorimod svækkelsen af individets databeskyttelse er forøget. Ifølge Blume svarer det til at kaste et hullet net ud et tilfældigt sted i havet og så håbe på en fangst. Denne kritik tager ikke højde for, at datalogning ikke i sig selv anvendes til noget formål udover at blive indsamlet. Der er ingen, som - lovligt i hvert fald - kan få adgang til oplysningerne, medmindre der er et konkret formål. Logningen kan således sammenlignes med et hav, men til forskel fra at kaste nettet ud et tilfældigt sted, så kastes nettet ud på særligt udvalgte steder, hvor sandsynligheden for en fangst er større end andre. Nettet er dog stadig hullet. Blumes kritik indebærer imidlertid, at *”ordningen skaber en oplevelse af at være overvåget”* og der herved er *”skabt en situation, hvor borgerne ikke oplever deres kommunikation som fri.”* Denne konsekvens er for så vidt uafhængig af logningens føromtaltte praktiske problemer og reelle huller. Følelsen af, at kommunikationen ikke er fri, beror på selve eksistensen af logningen. Blume anbefaler derfor, at lovgiver ikke lader sig lede af de rene tekniske muligheder men, at overvågningen og anvendelsen af data ikke *”får et videre omfang end nødvendigt i forhold til formålets opfyldelse i et demokratisk samfund.”* Et bredt folketingsflertal fandt imidlertid, at reglerne om datalogning *”sikrer en rimelig balance mellem på den ene side hensynet til politiets efterforskningsmuligheder i sager om alvorlig kriminalitet og på den anden side hensynet til privatlivets fred.”*

#### **4.3.1.2 Dataaflæsning**

Terrorpakke I indsatte også mulighed for såkaldt dataaflæsning i retsplejeloven § 791b. Dataaflæsning beskrives som *”aflæsning af ikke offentligt tilgængelige oplysninger i et informationssystem ved hjælp af programmer eller andet udstyr”*. Dataaflæsning betyder, at politiet kan fjerninstallere et sporingsprogram på et informationssystem – f.eks. en lokal computer. Afhængig af sporingsprogrammets egenskaber kan politiet efterfølgende følge med i tastaturindtastninger, programindhold, internetsurfing samt mailkorrespondance, chats mv. Politiet kan kort sagt få tilgang til alle oplysninger på informationssystemet, samt hvad systemet aktuelt bruges til. Det er i den forbindelse ikke en betingelse, at en eventuel mail er åbnet af en overvåget computer blot mailen er modtaget af computeren.<sup>406</sup> Det er endvidere uden betydning, hvem informationssystemet tilhører. Dataaflæsning omfatter ikke offentligt tilgængelige oplysninger, idet sådanne oplysninger ikke er omfattet af strafferetsplejen.<sup>407</sup>

Betingelserne for dataaflæsning er selvstændigt beskrevet i retsplejeloven § 791b. Herefter kan dataaflæsning kun foretages for forbrydelser med en strafferamme på mindst 6 års fængsel, eller er omfattet af straffeloven kapitel 12 eller 13 – dvs. statsforbrydelser og terrorisme. Heri ligger efter bemærkningerne, at dataaflæsning i forbindelse med efterforskning af f.eks. fremstilling af falske pas ikke kan foretages, ”*medmindre der samtidig foreligger mistanke om, at fremstillingen sker som led i forberedelsen af*” f.eks. terrorisme eller narkotikaforbrydelser. Der skal endvidere være ”*bestemte grunde til at antage, at informationssystemet anvendes af en mistænkt i forbindelse med planlagt eller begået kriminalitet.*” Indgrebet skal endvidere være af afgørende betydning for efterforskningen samt følge proportionalitetsprincippet. Processuelt er dataaflæsning underlagt tilsvarende regler som datalogning, dvs. at der skal indhentes forudgående retskendelse, eller umiddelbar efterfølgende godkendelse, hvis indgrebet er foretaget fordi, øjemedet ikke kunne afvente forudgående kendelse. Der skal tillige gives efterfølgende underretning. Adgangen til dataaflæsning er således også underlagt de krav, som generelt kan udledes af retssikkerhedsbegrebets betydning for strafferetsplejen i afsnit 3.7.2.

Adgangen til dataaflæsning er ifølge bemærkningerne bl.a. begrundet i en dom fra Højesteret, som ikke tillader anvendelse af dataaflæsning i medfør af reglerne om ransagning.<sup>408</sup> Dommen kan ses som et udslag af den tidligere i afsnit 3.7.2 omtalte særlige status legalitetsprincippet tillægges inden for strafferetsplejen. I dommen havde politiet anmodet om tilladelse til at installere et dataaflæsningsprogram med henvisning til, at dette måtte være omfattet af reglerne om ransagning eller analogien heraf. Dette var for så vidt naturligt, idet politiet ved en ransagning kunne kopiere harddiske, breve mv. Dataaflæsning kunne således ses som en mindre indgribende form for ransagning. Både by- og landsretten gav politiet medhold, hvorimod Højesteret som nævnt fandt, at ransagningsbestemmelserne ikke kunne udstrækkes til at omfatte dataaflæsning. I lyset heraf, og idet ransagning som følge ”*af tekniske forhold og som følge af risikoen for afsløring af indgrebene*” ikke altid lader sig gennemføre, var det Justitsministeriets opfattelse, at der var et praktisk behov for særskilt hjemmel til dataaflæsning.<sup>409</sup> Bestemmelsen kan således anskues som en særlig form for ikke-fysisk ransagning, og supplerer således de øvrige bestemmelser herom.

Politi- og anklagemyndighed fandt mulighederne for dataaflæsning ”*særdeles velbegrundede.*”<sup>410</sup> Advokatrådet var mere skeptisk, og udtrykte betænkelighed ved dataaflæsning, som ”*et særdeles vidtgående indgreb navnlig som følge af indgrebets fremadrettethed.*” Efter Advokatrådets opfattelse vil dataaflæsning ”*efter sin egenskab...omfatte kommunikation mellem*



*en lang række ubestemte personer, som ikke er mistænkte, og hvis helt lovlige kommunikation via den pågældende computer vil blive genstand for politiets dataaflysning.*” På den baggrund anbefalede Advokatrådet, at kriteriet om, at indgrebet skulle være ”afgørende” blev skærpet til, at indgrebet kun kunne benyttes, ”*hvis ikke andre efterforskningskridt fandtes egnede*”. Rådet anbefalede endvidere, at mistankekravet blev skærpet fra ”bestemte grunde” til ”særlig bestyrket” mistanke. Landsforeningen af Beskikkede Advokater tilsluttede sig denne opfattelse. Det var derimod Justitsministeriets opfattelse, at dataaflysning ikke adskilte ”*sig så væsentligt fra indgreb i meddelelseshemmeligheden...eller fra indgreb i form af hemmelig ransagning, at der er grundlag for at fravige de almindelige betingelser for sådanne indgreb.*” Vurderingen af mistankekravet og indikationskravet måtte overlades til domstolene. En særlig kritik blev rettet fra organisationer, som repræsenterede massemedia. En del af kritikken var centreret om mulighederne for overvågning af pressens aktiviteter, herunder pressens kildebeskyttelse. Danske Dagblades Forening bemærkede således, at ”*overvågning kun bør tages i anvendelse, hvor det er absolut nødvendigt, og at pressen friholdes*”. I den forbindelse ønskede foreningen proportionalitetsprincippet nærmere præciseret. Dansk Journalistforbund anbefalede, at der blev henvist til retsplejeloven § 172 om kildebeskyttelse, således at det af retsplejeloven § 791b ville fremgå, at ”*hensynet til opklaringen klart skal overstige massemediernes behov for at kunne beskytte deres kilder*”. Dataaflysning skulle således afgrænses på tilsvarende måde som ransagning. Justitsministeriet bemærkede, at hensynet til informations- og ytringsfriheden kunne indgå som et led i vurderingen af om dataaflysning var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Det var imidlertid domstolenes opgave at tage stilling til dette spørgsmål. Vedrørende kildebeskyttelsen var det efter ministeriets opfattelse afgørende, at der ikke på forhånd kunne sorteres i det datamateriale, som en dataaflysning gav adgang til. Det måtte efter ministeriets opfattelse tillige ”*anses for udelukket at etablere en dataaflysning, en telefonaflytning eller et andet indgreb i meddelelseshemmeligheden over for en journalist med det sigte at skaffe oplysninger om forhold*”, som journalisten var fritaget for at vidne om. Spørgsmålet om dataaflysning tiltrak sig ikke særskilt opmærksomhed fra folketingsflertallet bag lovbetænkningen.

#### **4.3.1.3 Aflytning på person**

Med Terrorpakke II i 2006 fik politiet udvidet mulighederne for at foretage aflytning af telekommunikation og teleoplysning. Tidligere kunne aflytning og teleoplysning alene foretages på konkrete telefonnumre. Dette er stadig væk hovedreglen i retsplejeloven § 783, stk. 1.

Aflytning mv. er underlagt de samme processuelle betingelser som ved datalogning og dataaf-læsning, herunder krav om forudgående retskendelse, beskikkelse af advokat samt efterføl-gende underretning. I kendelsen fastsættes et tidsrum for aflytningens varighed. Kravet om retskendelse betyder, at politiet skal angive specifikke telefonnumre, SIM-kort eller telefoner som aflytningens genstand. Politiet var i den forbindelse blevet underkendt i en sag, hvor mis-tænkte skiftede telefoner så hurtigt, at politiet altid kom for sent med en aflytning, og derfor mistede væsentlige oplysninger til brug for sagens efterforskning.<sup>411</sup> Som følge heraf og i ly-set af ”den teknologiske udvikling” blev det foreslået, at adgangen til aflytning af telekommu-nikation og teleoplysning skulle udvides til at omfatte den person, som indgrebet vedrører.<sup>412</sup> Det angives i den forbindelse, at ”den hastige teknologiske udvikling indebærer i sagens natur betydelige udfordringer for politiet i forbindelse med efterforskning...Politiet må således i dag ofte indhente et større antal retskendelser vedrørende samme mistænkte person, herunder kendelser på andre personers – f.eks. familiemedlemmers eller arbejdsgiveres – telefonnumre, som den mistænkte har adgang til.”<sup>413</sup> Heri ligger f.eks., at de mistænkte bevidst anvender flere kommunikationsmidler i hurtig rækkefølge for at sløre deres forehavender. Udviklingen gjorde det derfor vanskeligt for politiet at være på forkant med hensyn til identifikation af konkrete telefonnumre mv., idet indhentning af specificeret retskendelse ofte ville være for sent. Det blev oplyst, at adgangen til at foretage aflytning begrundet i, at formålet ville for-spildes, hvis forudgående kendelse skulle afventes, derfor blev anvendt i et voksende omfang. Det fremgår ikke umiddelbart, hvorfor denne – praktiske - løsning ikke kunne fortsættes, men det hænger formentlig samme med, at efterfølgende kendelse har karakter af en undtagelse, og at denne karakter ikke kan opretholdes, hvis muligheden udvikler sig til hovedreglen. Justits-ministeriet fandt, at ”der kan være anledning til i hvert fald på terrorområdet og inden for rammerne af efterfølgende kontrol fra rettens side...at tilpasse bestemmelsen”.<sup>414</sup>

Der blev herefter indsat en ny § 783, stk. 2, hvorefter der i ”rettens kendelse...udover be-stemte telefonnumre anføres den person, som indgrebet angår (den mistænkte).” Politiet skal således ved kendelsen anføre både person og kendte telefonnumre, men kan under aflytnings-perioden udvide denne til at omfatte andre personer og telefoner. Inden for det tidsrum på fire uger, som en kendelse maksimalt kan vare, skal politiet orientere retten om de telefonnumre, der har været aflyttet. Politiet skal samtidig angive de ”bestemte grunde, der er til at antage, at der fra de pågældende telefonnumre gives meddelelser til eller fra den mistænkte.” Indgrebet kan herefter indbringes særskilt for domstolene. Aflytning på person indebærer således, at politiet kan aflytte alle kommunikationsmidler, som sættes i forbindelse med mistænkte, her-

under også mailkommunikation og kommunikation over internettet.<sup>415</sup> Gennem anvendelse af teleoplysning kan politiet løbende få oplysninger om, hvilke kommunikationsmidler som sættes i forbindelse med mistænkte. Efter lovbemærkningerne vil aflytning på person ”ikke udvide politiets adgang til at iværksætte telefonaflytning eller teleoplysning, men derimod alene forenkle den formelle procedure, så politiet kun behøver at indhente én forudgående retskendelse.” Begrundelsen inddrog således også ressourcemæssige overvejelser. Kravet om, at der skal angives bestemte grunde omfatter hvert af de aflyttede numre. Retten skal således i relation til hvert nummer vurdere indgrebets proportionalitet, tidsrum og øvrige grundlag. Den beskikkede advokat forudsættes i relation til aflytningen at repræsentere samtlige aflyttede personer.

Der blev rejst en del kritik af muligheden for aflytning på person. Jonas Christoffersen rejste spørgsmål om, hvorvidt ordningen kunne anses for at være i strid med Grundloven § 72, idet en kendelse til aflytning af én person blev anvendt til at krænke en anden person. Justitsministeriet meddelte, at ”der i grundloven eller den forfatningsretlige litteratur [ikke] er belæg for, at en sådan ordning skulle være i strid med grundlovens § 72.”

Generelt var politi- og anklagemyndigheden positive, men Politifuldmægtigforeningen anførte dog, at ordningen i realiteten indebar, at afgørelsen af, hvilke aflytninger, der var legitime, var overladt til politiet, idet domstolene først efter udløbet af en tidsfrist på op til fire uger fik mulighed for at tage konkret stilling til aflytningerne.<sup>416</sup> Efter foreningens opfattelse var det ikke sikkert, om formålet med at bekæmpe terror nødvendiggjorde ordningen, men at vurderingen heraf var et politisk spørgsmål.

Det var især omfanget af aflytningen, som tiltrak sig kritik. Efter Advokatrådets opfattelse udgjorde ”koblingen mellem en bestemt mistænkt og et bestemt telefonnummer mv.” således ikke nogen formssag, idet aflytning på person kunne involvere aflytning af en meget bred personkreds. Kravet om specifik kendelse burde derfor opretholdes for at sikre kontrollen med politiets vurderinger. Efter Advokatrådets opfattelse udgjorde ressourcemæssige hensyn ikke tilstrækkeligt grundlag til at fjerne den forudgående domstolskontrol. Advokatrådet henviste endvidere til, at muligheden for efterfølgende kendelse, hvis formålet forspildes, var tilstrækkelig til at varetage politiets behov. Også Forbrugerrådet fandt det ”betænkeligt, at reglen i praksis vil betyde, at kommunikationsmidler, som ejes af andre end den mistænkte, også kan overvåges uden retskendelse”, og at forudgående retskendelse derfor burde opretholdes. Institut for Menneskerettigheder sluttede derimod op om aflytning på person, idet Instituttet var enig i, at ”den foreslåede nye bestemmelse i retsplejelovens § 783, stk. 2, bidrager til at opda-

*tere politiets efterforskningsmidler, og at der med den foreslåede ordning er fundet en effektiv løsning, som tager afsæt i bestående retssikkerhedsgarantier og dermed sikrer borgernes rettigheder og friheder.”*

Justitsministeriet oplyste i sit svar, at der skulle angives bestemte grunde til at aflytte, og at den eksisterende praksis som følge heraf allerede indebar, at der ofte anmodes om kendelse på aflytning af andre personer end den mistænkte. Det blev betragtet som en uundgåelig konsekvens af aflytning på person, at tilfældige personer, som ringer til en mistænkt, også kunne risikere at blive aflyttet. Justitsministeriet fandt dog anledning til at ændre tidsfristen for politiets efterfølgende orientering til retten således at orienteringen i særlige tilfælde skal ske inden for 24 timer efter aflytningens iværksættelse.<sup>417</sup> Denne mulighed tænkes anvendt i forbindelse med aflytning af journalister, advokater, læger eller arbejdsgivere, hvor der kan være et særligt behov for at få aflytningen prøvet på et tidligt tidspunkt.

I betænkningen over lovforslaget tilkendegav et bredt politisk flertal, *”forståelse for en række af de principielle betragtninger, som har været gjort gældende”*.<sup>418</sup> Flertallet opfattede det af *”væsentlig betydning”*, at der ikke *”vil kunne foretages f.eks. telefonaflytninger, som ikke allerede ville kunne foretages i dag.”* Sammenholdt med, at der var mulighed for forudgående domstolskontrol, og at indgrebet kun vedrørte statsforbrydelser og terrorisme, var det således flertallets opfattelse, at *”der i meget væsentligt omfang er taget højde for de principielle overvejelser”*, hvorefter aflytning på person blev vedtaget.

Aflytning på person var oprindeligt begrænset til statsforbrydelser og terrorisme i straffeloven kapitel 12 eller 13. I Terrorpakke II varslede Justitsministeriet imidlertid, at ordningen *”kan siges at have en vis principiel karakter, og at en ordning, hvorefter den udstrækkes til at gælde generelt, derfor bør overvejes i en bredere sammenhæng.”* Denne bredere sammenhæng oprandt i 2009, hvor der blev stillet forslag om at udvide området for aflytning på person fra statsforbrydelser og terrorisme til vold og trusler mod vidner, skærpet brandstiftelse, sprængning, narkotikakriminalitet, ulovlig våbenbesiddelse, rufferi, drab, grov vold og vold med døden til følge, grov fareforvoldelse, grov kidnapning, menneskehandel og røveri. Forslaget var begrundet i, at de teknologiske muligheder, som f.eks. terrorister anvender også anvendes af andre kriminelle, *”navnlig når sådanne forbrydelser begås som led i mere systematisk og mere organiseret kriminalitet.”*<sup>419</sup> Der blev endvidere henvist til, at Politiets Efterretningstjeneste havde positive erfaringer med aflytning på person i terrrorsager.<sup>420</sup> Efter Justitsministeriets opfattelse ville en udvidelse være særlig relevant for de situationer, hvor aflytning kan foretages uden forudgående retskendelse, fordi formålet med aflytningen kan forspildes.

Ved vurderingen af, om aflytning på person burde udvides, blev der *”navnlig lagt vægt på hensynet til at fremme den nødvendige politiindsats mod bl.a. banderelateret kriminalitet samtidig med, at reglerne på området ikke går videre, end der er behov for, og at der vil være adgang til efterfølgende domstolskontrol”*. På et spørgsmål om afgrænsningen af personkredsen, som kunne risikere aflytning, oplyste Justitsministeren, at *”der skal være oplysninger, som understøtter formodningen om, at den pågældende telefon benyttes til at give meddelelse til eller fra den mistænkte.”*<sup>421</sup> Således kan kærester, familie, venner, bekendte og arbejdsplads aflyttes, såfremt der er *”bestemte grunde til at antage”*, at telefonerne benyttes til at kommunikere med den mistænkte. Af sammenhængen fremgår dog, at de rene personrelationer ikke er nok til at udløse aflytning. Der skal noget mere til, men dette mere er altså ikke defineret, og må således anses for at være overladt til domstolenes vurdering.

CEPOS kritiserede lovforslaget for ikke være fremsat i den *”bredere sammenhæng”*, som lovet i Terrorpakke II.<sup>422</sup> Der var således ikke nedsat sagkyndigt lovforberedende udvalg. Dette kritikpunkt deltes af næsten alle høringsparter. Efter CEPOS’ opfattelse var det betænkeligt, at aflytning på person indebar aflytning af andre personer, som af forskellige årsager kommunikerede med mistænkte. Idet domstolsprøvelsen alene er begrænset til mistænkte, betyder dette ifølge CEPOS, at der åbnes *”mulighed for indgreb overfor personer, som ikke er mistænkt, mens domstolsprøvelsen reelt kun sker i forhold til den mistænkte.”*<sup>423</sup> CEPOS mente endvidere, at forudgående domstolskontrol kan have en præventiv effekt på politiets adfærd, hvorimod den efterfølgende kontrol i realiteten medfører, at grundlaget for politiets selvkontrol skrider. Samlet betragter CEPOS lovforslaget som udtryk for en *”retssikkerhedsmæssig glidebane, hvorved indgrebsmuligheder, indført i lyset af og baseret på truslen om terrorangreb, nu overføres til almindelig kriminalitet”*. Dette aspekt ved lovforslaget blev fulgt op af Retssikkerhedsfonden, som i sit høringssvar anførte, at *”vidtgående politibeføjelser har en tendens til at brede sig fra et særrområde...til andre straffelovsområder af mindre alvorlig karakter.”*<sup>424</sup> Fonden fandt endvidere, at forslaget manglede en stillingtagen til de principielle problemstillinger forbundet med at udvide aflytningsmuligheden. Samtlige advokatorganisationer udtrykte tilsvarende betænkeligheder over lovforslaget begrundelse. Eksempelvis anførte Danske Advokater, at forslaget *”har en sådan principiel karakter...at politiets behov for en praktisk forenkling - i hvert fald på det foreliggende grundlag - ikke i sig selv bør kunne begrunde den foreslåede udvidelse”*. Advokatrådet anførte, at forslaget ville berøre en langt større persongruppe end hidtil, men at domstolskontrollen *”er reelt uden indhold og retter sig ikke specielt mod andre end den mistænkte.”* Advokatrådet kunne derfor ikke anbefale, at for-

slaget blev vedtaget. Justitsministeriet gentog i det væsentlige blot lovforslagets bemærkninger, men fremhævede specielt forslagets begrundelse i ønsket om effektiv kriminalitetsbekæmpelse. Det blev samtidig fremhævet, at de processuelle garantier ikke var ændret, og at der således fortsat skulle indhentes retskendelse, afgives begrundelse og mistanken konkretiseres mv.. På et spørgsmål fra Retsudvalget oplyste Justitsministeriet, at lovforslaget var ”*udtryk for en passende afvejning mellem hensynet til retssikkerheden for de personer, som aflyttes, over for hensynet til at fremme politiets efterforskning i sager om alvorlig personfarlig kriminalitet.*”<sup>425</sup>

En særlig problemstilling i relation til domstolene blev rejst af Retssikkerhedsfonden.<sup>426</sup> Efter fondens opfattelse var der ”*behov for generelt at skabe større selvindsigt hos danske dommere med hensyn til, hvad deres kendelser på efterforskningsstadiet...fører til.*” Der blev henvist til, at der i 2006 blev udført 3.572 indgreb i meddelelseshemmeligheden, men kun 374 førte til domfældelse. Det ville efter Fondens opfattelse således være hensigtsmæssigt at dommerne løbende blev orienteret om, hvad deres kendelser resulterede i. Spørgsmålet er interessant af flere grunde. Spørgsmålet peger i retning af en erkendelse af, at ansvaret for anvendelsen af straffeprocessuelle indgreb i takt med de øgede muligheder for deres anvendelse i stigende omfang lægges hos domstolene. Erkendelsen udgør den naturlige konklusion på udviklingen i anvendelsen af tvangsindgreb, og det kan derfor undre, at erkendelsen ikke ses omtalt i de høringssvar, som er fremkommet til den øvrige lovgivning, som gennemgås i nærværende afsnit 4. Justitsministeriet forholdt sig ikke aktivt til problemstillingen, men henviste til, at domstolenes afgørelser altid foretages konkret. Et bredt flertal i Folketinget vedtog lovforslaget uden ændringer.

#### **4.3.2 Indgreb i privatlivets fred**

Indgreb i privatlivets fred omfatter traditionelt de indgreb, som er omfattet af retsplejeloven kapitel 69 om anholdelse, kapitel 70 om varetægtsfængsling, kapitel 72 om legemsindgreb, kapitel 73 om ransagning og kapitel 75 om personundersøgelse samt visse indgreb i kapitel 75a om bl.a. fotografering. Man kan også opfatte agentreglerne i retsplejeloven §§ 745a – 745e som indgreb i privatlivets fred. Der er således tale om indgreb, som primært relaterer sig til beskyttelsen i Grundloven §§ 71 og 72 samt EMRK art. 5 og art. 8. Der er tale om en meget bred og broget samling af indgreb, som stort set altid påkalder sig interesse, når de ændres. I relation til denne afhandling fokuseres på de retspolitiske betragtninger bag reglerne om gentagen hemmelig ransagning.

#### 4.3.2.1 Gentagen hemmelig ransagning

Adgangen til at foretage gentagen hemmelig ransagning blev indført med Terrorpakke I. Hemmelig ransagning kunne gennemføres også før Terrorpakke I. Det nye i Terrorpakke I var, at grundene til hemmelig ransagning i retsplejeloven § 799, stk. 1 blev udvidet, og at der i § 799, stk. 3 blev indsat hjemmel til at foretage gentagne hemmelige ransagninger inden for samme retskendelse. Hemmeligholdelse af en ransagning kan være nødvendig, dels af hensyn til eventuelle medgerningsmænd, og dels af hensyn til at bevare en reel mulighed for at finde forhold, som enten beviser eller indikerer en forbrydelse.<sup>427</sup> Udvidelsen af gerningsområdet, som begrunder hemmelig ransagning, er begrundet i ”*det nye trusselsbillede, der er opstået i forlængelse af terrorangrebene mod USA den 11. september 2001*”. Hemmelig ransagning kan efter justitsministeriets opfattelse ”*have afgørende betydning for efterforskningen af visse meget alvorlige straffelovsovertrædelser, der efter sin karakter f.eks. kan forekomme i forbindelse med eller som led i egentlige terrorhandlinger, og som ikke er omfattet af politiets nuværende adgang til at foretage sådanne indgreb.*” Heri ligger en intention om at begrænse hemmelig ransagning til terrorrelaterede forbrydelser, som også kommer til udtryk i karakteren af en række af de forbrydelser, som nu giver adgang til hemmelig ransagning jf. retsplejeloven § 799, stk. 1. Det drejer sig om statsforbrydelser og terrorisme efter straffeloven kapitel 12 og 13, kvalificeret brandstiftelse, sprængning og spredning af skadevoldende luftarter, forvoldelse af jernbaneulykker, flykapring, sundhedsfarlig forgiftning af bl.a. vandforsyning samt ulovlig våbenbesiddelse efter den tidligere omtalte straffelov § 192a, nuklear kriminalitet og drab. Narkotikakriminalitet er også omfattet, selvom det umiddelbart er vanskeligt at forbinde denne forbrydelse med terror. Tilsvarende gør sig principielt gældende for de øvrige forbrydelser, idet disse jo også kan begås uden terrorforsæt. Såfremt det var intentionen alene at begrænse gentagen hemmelig ransagning til de forbrydelser, som giver adgang til terror, kunne det være gjort ved ganske enkelt at lade bestemmelsen henvise til straffeloven kapitel 12 eller 13. Det må derfor antages, at det også har været hensigten at lade almindelige forbrydelser fra ulovlig besiddelse af våben uden ammunition på bopælen til særlig skærpet narkokriminalitet isoleret set være omfattet af bestemmelsen.

I bemærkningerne anfører Justitsministeriet, at der i flere tilfælde kan være behov for gentagne hemmelige ransagninger eksempelvis, hvis en ransagning efter våben ikke resulterer i noget, fordi leverancen endnu ikke er ankommet, men hvor man ved, at det vil ske inden for

kort tid, eller hvis en ransagning er gennemført under tidspres, og man derfor ikke har nået at undersøge alt.<sup>428</sup> Det ville i sådanne situationer ”være ubetænkeligt, at retten ved én kendelse kan tillade politiet at foretage flere ransagninger. Det overlades således til retten at vurdere, om der i den konkrete sag er behov derfor.” Flere hemmelige ransagninger kan herefter foretages inden for en periode på indtil fire uger jf. retsplejeloven § 799, stk. 3. Ransagning må ikke finde sted hos nogen, der er enten fritaget eller udelukket fra at vidne – f.eks. læger, advokater eller nærmeste familie til tiltalte. Som udgangspunkt skal der i kendelsen fastsættes et begrænset antal ransagninger, men dette krav kan fraviges, hvis ”særlige grunde taler derfor.”

De almindelige regler for ransagning finder tillige anvendelse, dvs. at der skal være en ”rimelig grund” til en konkret mistanke og ransagningen skal være af ”væsentlig betydning” for efterforskningen jf. retsplejeloven § 794. Endvidere skal ransagning af boliger være begrundet i, at der efterforskes en forbrydelse, som kan give fængselsstraf eller at ”der er bestemte grunde til at antage”, at ransagningen kan resultere i bevismidler. Endvidere skal der indhentes forudgående retskendelse, medmindre formålet forspildes ved at afvente sådan kendelse. Ransagningen skal forelægges retten inden 24 timer efter foretagelsen, hvorefter retten kan tage stilling til, om der skal gives adgang til gentagen ransagning. Der skal endvidere beskikkes en advokat, og som udgangspunkt gives efterfølgende underretning til ejeren af den ransagede lokalitet. Adgangen til gentagen hemmelig ransagning er således på samme måde som de ovenfor gennemgåede indgreb i meddelelshemmeligheden underlagt de krav, som generelt kan udledes af retssikkerhedsbegrebets betydning for strafferetsplejen i afsnit 3.7.2.

Udvidelsen af adgangen til hemmelig ransagning mødte stærk kritik fra advokaternes interesseorganisationer.<sup>429</sup> Det var Advokatrådets opfattelse, at gentagen hemmelig ransagning i princippet overlod ”det til politiets frie skøn, om der under en hemmelig ransagning er blevet indhentet og fundet de nødvendige og tilstrækkelige oplysninger, som gav grundlag for indgrebet”. Den situation, hvor en ransagning havde været nyttesløs indikerede tværtimod, at ”mistankegrundlaget er afsvækket, eller at indikationsbetingelsen ikke længere begrundet indgrebet.” Gentagen hemmelig ransagning afskar retten fra at tage stilling hertil. På den baggrund kunne praktiske hensyn efter Advokatrådets opfattelse ikke begrunde, at politiet efter en nyttesløs ransagning blot uden kendelse kunne foretage en ny, idet politiets besvær med at indhente en ny kendelse, måtte ”antages at være helt ubetydeligt i forhold til indgrebets intensitet.” Landsforeningen af Beskikkede Advokater påpegede, at gentagen hemmelig ransagning svarede til at ”udstede blancochecks”, som også ville kunne anvendes til indgreb i forbindelse med forbrydelser, som ikke var relateret til terror. I det hele fandtes Terrorpakke I at være et



forsøg på at ”gennemføre en forrykkelse af balancen mellem statsmagten og borgerne.” Justitsministeriet præciserede i sit svar, at gentagen hemmelig ransagning var underlagt domstolskontrol, og at retten i hvert tilfælde skulle ”vurdere, hvorvidt der er tilstrækkelig begrundelse for at iværksætte gentagen hemmelig ransagning”, herunder ”fastsætte antallet af ransagninger”. På den baggrund og med henvisning til, at indgrebet skulle være af afgørende betydning for efterforskningen og alene kunne rettes mod alvorlige forbrydelser, opretholdt ministeriet sin opfattelse om, at gentagen hemmelig ransagning var ubetænkeligt. Som bekendt blev Terrorpakke I vedtaget med et meget stort folketingsflertal.

### 4.3.3 Sammenfatning og vurdering af indgreb i frihedsrettigheder

Som det fremgår af analysen af de straffeprocessuelle indgreb i frihedsrettighederne, udgør datalogning ikke et straffeprocessuelt indgreb. Datalogningen udgør blot et reservoir af oplysninger, som i varierende omfang også blev opbevaret, før obligatorisk logning blev indført. Formelt strider datalogning ikke mod retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger, idet der ikke er tale om et tvangsindgreb. Det er derimod adgangen til de loggede oplysninger, som udgør det processuelt relevante indgreb. Denne adgang følger de generelle garantier, der er opstillet for indgreb i meddelelshemmeligheden. Det kan fremhæves, at det skærpede hjemmelskrav blev indfriet i forbindelse med, at Justitsministeriet tilpassede retsplejeloven § 786, stk. 4 således at de grundlæggende vilkår for logningen fremgår direkte af loven. Disse betingelser er ikke draget i tvivl og må da også anses for at indfri de krav, som retssikkerhedsbegrebet stiller. Det kan derfor ikke siges, at datalogning i juridisk forstand udgør et retssikkerhedsmæssigt problem.

Det stiller sig lidt anderledes i relation til dataaflysning, idet dette indgreb i sig selv udgør et straffeprocessuelt indgreb. Den fremførte kritik ses ikke at påpege retssikkerhedsmæssige problemer forbundet med dataaflysning som sådan. Kritikken peger på, at betingelserne for anvendelse af indgrebet ikke står i rimeligt forhold til indgrebets intensitet. Kritikerne fremhæver, at dataaflysning også kan aflæse mediernes informationssystemer på en mere systematisk og omfattende måde end tidligere. Kritikken peger her på en væsentlig processuel grund-sætning om proportionalitet – her forstået således at indgrebets intensitet stiller skærpede krav til dets anvendelse. Kritikerne anbefaler, at kravene til mistanke og indikation skærpes i forhold til andre indgreb i meddelelshemmeligheden. Justitsministeriets opfattelse af, at dataaflysning ikke er mere intensivt end andre indgreb, forekommer ikke indlysende. Mediernes frihed og generelle virke forudsætter en effektiv kildebeskyttelse. Mediefriheden udgør tillige

flæsning. Dette kan imidlertid næppe i sig selv siges at udgøre et retssikkerhedsmæssigt problem, idet adgangen til uafhængig prøvelse udgør en del af kernen i retssikkerhedsbegrebet.

Kritikken af aflytning på person rejser i den forbindelse en juridisk problemstilling om karakteren af domstolsprøvelsen. Kritikerne synes at være af den opfattelse, at prøvelsen ikke kan være fuldstændig, fordi den alene retter sig mod den mistænkte og ikke andre personer, som også aflyttes. Ifølge lovbemærkningerne er der tale om en totrinsraket – først prøves aflytningen i forhold til den mistænkte. Aflytningen kan udvides, indtil der senest fire uger efter skal foretages en selvstændig prøvelse af grundlaget for hvert kommunikationsmiddel, som har været udsat for aflytning. Dette fremgår udtrykkeligt af retsplejeloven § 783, stk. 2, 4. pkt., hvorefter underretningen til retten ”skal indeholde en angivelse af de bestemte grunde, der er til at antage, at der fra de pågældende telefonnumre gives meddelelse til eller fra den mistænkte.” Dette må betyde, at aflytningen af hver enkelt person udover mistænkte underlægges en særskilt prøvelse. På den baggrund forekommer kritikken at være grundløs. Er dette tilfældet, bortfalder grundlaget for en væsentlig del af den juridisk baserede kritik også, idet aflytning på person herefter må konstateres at leve op til de processuelle krav, som følger af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger. Det er da heller ikke fra de retligt funderede kritikere gjort gældende, at aflytning på person som sådan i specifik juridisk forstand strider mod grundlæggende rettigheder. Institut for Menneskerettigheder finder, at aflytning på person tager afsæt i eksisterende retssikkerhedsgarantier, og ikke er retssikkerhedsmæssig betænkelig. Tilbage bliver således i det væsentlige retspolitiske indvendinger, som kan have en vis tyngde. Det må dog her tillige konstateres, at retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning må anses for opfyldt, idet forslaget blev vedtaget med et bredt politisk flertal.

I forhold til gentagen hemmelig ransagning giver Justitsministeriets begrundelse for ind-

grebet anledning til overvejelser. Hvis det var hensigten at begrænse anvendelsen af indgrebet til terrorrelaterede forbrydelser, kunne det være foretaget ved at henvise til straffeloven kapitel 12 eller kapitel 13. Det forekommer ikke troværdigt at begrunde et indgreb med en begrundelse, som klart ikke er fyldestgørende. Dette er imidlertid ikke afgørende for forståelsen af rækkevidden af gentagen hemmelig ransagning, og heller ikke for vurderingen af indgrebets forhold til retssikkerhedsbegrebets retlige aspekter. Som anført af kritikerne er der i et vist omfang udskrevet ”*blancochecks*” til politiet i relation til vurderingen af, om en ransagning har givet det fornødne resultat. Dette skal imidlertid forstås med den tidsmæssige begrænsning på højst fire uger, inden der skal indhentes fornyet retskendelse. Det skal endvidere forstås under hensyn til, at retten som udgangspunkt skal fastsætte et bestemt antal ransagninger. Der vil derfor i almindelighed ikke være tale om, at politiet i hemmelighed over fire uger kan ransage uden begrænsninger. Det er samtidig klart, at politiet i forhold til tidligere ikke behøver at indhente retskendelse, hver gang en ransagning skal gennemføres, og at der heri ligger en forringelse af domstolskontrollen. Dette behøver imidlertid ikke i sig selv at være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, såfremt det i øvrigt kan antages, at domstolene forvalter prøvelsen forsvarligt. Der er da heller intet, som indikerer, at indgrebet strider mod de juridiske krav, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebets juridiske dimension. Hverken i relation til det processuelle værn om indgrebets foretagelse eller i relation til selve indholdet af indgrebet. Der kan derfor vanskeligt rettes kritik af indgrebet udelukkende baseret på juridisk analyse. Vægtningen af, hvor ofte et indgreb skal forelægges for domstolene, afgøres af Folketinget, som i øvrigt ikke fandt anledning til særskilte bemærkninger, men vedtog forslaget med et meget stort flertal.

Kritikken fra Retssikkerhedsfonden peger på det udglidningsproblem, som Vestergaard rejste i forbindelse med sin kritik af terrorkomplekset i afsnit 4.2.1.4. Retssikkerhedsfonden konstaterer problemet i dets generelle udtryk i form af, at særlige indgreb har en tendens til over tid at blive almindelige indgreb. Vestergaards kritik var mere fokuseret på, at straffebestemmelseres vage formuleringer i praksis kommer til at omfatte flere tilfælde, end de tilfælde, som begrundede bestemmelserne, og at de trak straffeprocessuelle indgreb med i kølvandet. Netop strafferettens styrende funktion i forhold til strafferetsplejen gør det relevant her at behandle spørgsmålet om tilfældighedsfund og ulovligt tilvejebragte beviser. Som anført i afsnit 3.7.2 er udgangspunktet i dansk ret, at sådanne bevismidler tillades. Dette skyldes forudsætningsvis det straffeprocessuelle udgangspunkt i den materielle sandheds princip, hvorefter det er mere væsentligt at dømme den skyldige end at lade ham gå fri på grund af formelle overve-

jelser over bevisets stilling. Retsplejeloven §§ 789, 791, stk. 3 og 800 regulerer tilfældighedsfund i forhold til indgreb i meddelelseshemmeligheden og ved ransagning. På den ene side udtrykker reglerne en begrænsning i anvendelsen af sådanne beviser, idet beviserne ikke kan anvendes som bevis for den forbrydelse, som de indikerer, men alene kan bruges i efterforskningen af forbrydelsen. Det betyder, at politiet må skaffe andre beviser på forbrydelsen end det tilfældigt fundne bevis. På den anden side kan retten tillade, at det tilfældigt fundne bevis alligevel anvendes, hvis andre efterforskningskridt ikke er egnede, og hvor retten finder det ubetænkeligt. Dertil kommer, at der skal opfyldes et krav om grovheden af den forbrydelse, som det tilfældigt fundne bevis indikerer. I relation til Vestergaards og Retssikkerhedsfondens kritik, er det klart, at både upræcise straffebestemmelser såvel som udvidelser af de straffeprocessuelle indgreb medfører, at flere personer kan risikere at blive omfattet af tilfældighedsfund. Det er muligt, at adgangen til at anvende tilfældighedsfund vil blive begrænset som følge af EMDs praksis, men det er fortsat udgangspunktet, at sådanne fund kan og bliver anvendt. Tilfældighedsfund udgør således ikke noget nyt fænomen i strafferetsplejen. Der var også før udvidelsen af de analyserede indgreb adgang til at anvende tilfældighedsfund. I dette perspektiv knytter den egentlige retssikkerhedsmæssige problemstilling sig ikke til, at man kan finde flere tilfældige beviser på én kendelse, men at man overhovedet tillader den slags beviser. Der er så vidt vides ingen, som har påstået, at dansk praksis vedrørende tilfældighedsfund er i strid med EMRK, eller i øvrigt ligger uden for rammerne af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger. Det nye er, at udvidelserne i tvangsindgrebene så at sige betyder, at der ikke kræves retskendelse til hvert fund, men at man kan samle dem sammen over en periode, og at flere personer kan komme i søgelyset. Den processuelle garanti i form af domstolsprøvelse, hvis tilfældighedsfund skal tillades i forbindelse med de analyserede indgreb, indebærer, at domstolene også på dette felt blive afgørende for at sikre en retssikkerhedsmæssig forsvarlig praksis. Men sådan var det også før. Den processuelle karakter, som beskyttelsen af frihedsrettighederne har, indebærer, at domstolene får en central betydning. Der kan muligvis knyttes retssikkerhedsmæssige problemstillinger til den måde, domstolene forvalter prøvelsen på – ikke blot i relation til de analyserede indgreb, men i forhold til alle straffeprocessuelle tvangsindgreb. Retssikkerhedsfondens kritik af aflytning på person peger på en mulig problemstilling omkring domstolenes prøvelse af tvangsindgreb. Dette er problematisk al den stund domstolene i et så udpræget processuelt system som strafferetsplejen udgør de eneste reelle dørvogtere for borgernes retssikkerhed.

Sammenfattende er der imidlertid ikke grundlag for at konstatere, at de analyserede ind-

greb i frihedsrettighederne strider mod de juridiske krav, der kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger. Der er heller ikke grundlag for at konkludere, at anvendelsen af tilfældighedsfund vil antage en principielt anderledes karakter, alene fordi adgangen til tvangsindgreb er udvidet. Det kan herefter ikke konstateres, at indgrebene i juridisk forstand er retssikkerhedsmæssigt uforsvarlige, eller repræsenterer et afgørende brud med tidligere tilstande.

#### **4.4 Retfærdig rettergang**

Som anført under 3.6 udgør begrebet om den retfærdige rettergang en del af kernen i retssikkerhedsbegrebet. Begrebet kan anskues som en ramme omkring hele det komplekse af retlige spilleregler, som omfattes under det, der betegnes som retsplejen. Som omtalt er begrebet ikke nærmere afgrænset i dansk ret, men gennemsyrrer hele det procesretlige system. Som omtalt indeholder EMRK art. 6 en nærmere afgrænsning af begrebet, herunder en opregning af væsentlige elementer heri. Der blev peget på offentlighedsprincippet og princippet om ligestilling mellem anklager og forsvarer som væsentlige elementer heri. I det følgende belyses den retspolitiske debat i relation til ændringer af disse elementer både inden for uden for strafferetsplejen.

##### **4.4.1 Begrænsning af forsvarers aktindsigt**

Princippet om forsvarers ligestilling med anklagemyndigheden blev justeret i forbindelse med gennemførelsen af en række tiltag mod rockerkriminalitet og organiseret kriminalitet i 2003.<sup>430</sup> Oprindeligt blev reglerne indsat i retsplejeloven §§ 745 – 745e, men siden de relevante regler i uændret form flyttet til retsplejeloven § 729a, stk. 3 og 4 og § 729c.

Reglerne indebar for det første, at forsvarers adgang til sagens materiale generelt blev beskåret. Tidligere kunne forsvareren modtage alle oplysninger i en sag, herunder også oplysninger om f.eks. meddelere og generelle baggrundsoplysninger som f.eks. politiets vurderinger af sammenhænge i bandemiljøer mv. Efter den nye regel i retsplejeloven § 729a, stk. 3 kan forsvareren kun ”gøre sig bekendt med det materiale, som politiet har tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen angår.” Heri ligger efter bemærkningerne, at alene materiale, som den efterforskende politikreds selv har indsamlet eller modtaget fra andre er omfattet af aktindsigten.<sup>431</sup> Materiale, som er indsamlet i anden sammenhæng af en anden politimyndighed, og som ikke er overgivet til den efterforskende kreds, er ikke omfattet. Det fremgår tillige, at materiale, som er tilvejebragt af den efterforskende politimyndighed, kun er omfattet af akt-

indsigten, såfremt det er tilvejebragt til brug for den sag, som sigtelsen angår. Generelt baggrundsmateriale, eller materiale, som vedrører sigtede, men handler om en anden sag, er derfor ikke omfattet af aktindsigten. Det forudsættes, at identiteten på meddelere, som vil være anonyme, heller ikke er omfattet af aktindsigten. Alt materiale, som fremlægges af politiet i under sagen er dog omfattet af aktindsigten. Efter Justitsministerens opfattelse vil ”*det traditionelle efterforskningsmateriale...fortsat være omfattet af sagen og dermed af forsvarerens aktindsigt. Bestemmelsen sikrer imidlertid, at politiet ikke er nødt til at udlevere mere generelt baggrundsmateriale.*”<sup>432</sup> Det blev samtidig fremhævet, at materiale, som skal holdes uden for aktindsigten tillige skal være ”uden betydning for skyldsspørgsmålet.” Politiets afgørelse af aktindsigten kan indbringes for domstolene, som hermed skal stå for den nærmere grænsedragning.

For det andet er der nu udvidet adgang til at pålægge forsvareren tavshed over for sigtede med hensyn til en række oplysninger. Tavshedspålæg fandtes også tidligere, men den grundlæggende betingelse for pålægget var, at de underliggende hensyn ”undtagelsesvis” skulle gøre pålægget påkrævet. Denne generelle begrænsning er nu erstattet af begrebet ”nødvendigt” som udløsende betingelse for pålægget i retsplejeloven § 729a, stk. 4. Kredsen af hensyn er endvidere udvidet fra hensynet til fremmede magter, statens sikkerhed, tredjemand og sagens opklaring til også at omfatte hensynet ”til efterforskningen af en anden verserende sag”, som kan straffes med fængsel i 6 år eller til overtrædelser omfattet af straffeloven kapitel 12 eller kapitel 13. Tavshedspålægget vedrørende hensyn til andre sager blev begrundet med, at ”oplysninger ikke må videregives, hvis en videregivelse vil være ødelæggende for en anden verserende efterforskning”.<sup>433</sup> Tavshedspålægget kan være generelt, men skal administreres under hensyntagen til proportionalitetsprincippet. Et generelt pålæg ”kan derfor kun meddeles, hvor det på baggrund af...sagens konkrete omstændigheder skønnes at være den eneste måde, hvor de pågældende hensyn kan varetages.” Det fremgår endvidere, at pålægget skal ophæves, når det har tjent sit formål. Pålægget kan indbringes for domstolene.

For det tredje kan forsvarerens aktindsigt begrænses helt eller delvis i medfør af retsplejeloven § 729c ”hvis det er påkrævet” af hensyn til samme beskyttelsesinteresser som ovenfor men med den yderligere tilføjelse, at aktindsigt i ”fortrolige oplysninger om politiets efterforskningsmetoder” også kan begrænses. De sidste oplysninger omfatter tekniske oplysninger som f.eks. oplysninger om politiets aflytningsudstyr og -metoder.<sup>434</sup> Oplysningerne forudsættes at være uden betydning for skyldsspørgsmålet. Det er retten, som afgør, om aktindsigt kan begrænses. Aktindsigten kan være uden tidsbegrænsning og således indebære, at forsvareren

og sigtede aldrig får indsigt i dem. Tidligere ophørte begrænsningen ved retssagens begyndelse eller indtil tiltalte have afgivet forklaring. Betingelsen om, at begrænsningen skal være påkrævet indebærer, at det pågældende hensyn ”skal være af meget væsentlig betydning”. Der blev her henvist til, at EMD i sin praksis anvender kriteriet ”strictly necessary” som betingelse for begrænsning af forsvarerens aktindsigt. Denne betingelse kan genfindes i, at aktindsigt efter retsplejeloven § 729c, stk. 2 ikke kan begrænses, ”hvis det giver anledning til væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtedes forsvar.” Dette gælder uanset, om et hensyn i øvrigt måtte trænge sig på som påkrævet.

Der er endvidere indført en ”dobbelt-advokat”-ordning i forbindelse med sager om begrænsning af forsvarerens aktindsigt. I sådanne sager skal der beskikkes en såkaldt ”tys-tys advokat” efter reglerne i retsplejeloven § 784, stk. 2. Disse advokater er særligt udpeget og sikkerhedsgodkendte til at føre sager om hemmelige oplysninger. Systemet betyder, at forsvareren og sigtede kobles af, indtil spørgsmålet om forsvarerens aktindsigt er afgjort. Systemet indebærer tillige, at den særlige advokat ikke må drøfte sagen med forsvareren eller sigtede. Den særlige advokat har indsigt i alle oplysninger.

Justitsministeren anerkendte, at reglerne ”ændrer...på flere punkter på den retstilstand, der har været gældende i en lang årrække. Og det er klart, at dette skaber debat – det er helt forståeligt.”<sup>435</sup> Reglerne blev overordnet begrundet i tre forhold.<sup>436</sup> For det første kunne det konstateres, at de eksisterende regler ikke udelukkende bagmændene bag organiseret kriminalitet fra at få kendskab til politiets oplysninger. For det andet medførte den internationale karakter af kriminalitetsbekæmpelsen et behov for at kunne hemmeligholde generelle baggrundsoplysninger modtaget fra samarbejdspartnere. For det tredje var der et behov for at kunne beskytte konkrete oplysninger om forhold og efterforskning i andre politikredse vedrørende det samme netværk, som en konkret mistænkt var en del af. Det var herefter ”af afgørende betydning, at politiets muligheder for at modtage informationer, der er helt nødvendige for en effektiv bekæmpelse af rockerkriminalitet og anden organiseret kriminalitet, ikke begrænses udover, hvad der er nødvendigt for at varetage retssikkerhedsmæssige hensyn.”

Ændringerne mødte massiv modstand fra alle parter uden for politi- og anklagemyndigheden. Således fandt alle landsretterne, Københavns Byret, Dommerforeningen, Advokatrådet og Landsforeningen af Beskikkede Advokater samstemmende, at reglerne ville indebære grundlæggende ændringer i forholdet mellem anklagemyndigheden og sigtede, og derved tillige have stor virkning på domstolenes behandling af straffesager.<sup>437</sup> Reglerne burde derfor henlægges til yderligere afklaring i et bredt sammensat lovforberedende udvalg før vedtagel-

sen. Justitsministeriet oplyste, at reglerne var fremkommet på baggrund af en plan, som var udarbejdet i samråd med politimyndighederne om midlerne til bekæmpelse af organiseret kriminalitet, og at planen ”*indebærer en prioritering og intensivering af den politimæssige indsats overfor rockerne*”. Det var opfattelsen, at rockerrelateret kriminalitet havde ”*en sådan karakter og et så massivt omfang, at der er tale om et betydeligt samfundsproblem.*” Det fremgår som regeringens opfattelse, at den nødvendige ”*styrkelse af politiets indsats...ikke bør afvente en tidkrævende egentlig udvalgsbehandling.*” Der er således tale om en klar politisk prioritering af hensynet til bekæmpelse af organiseret kriminalitet samt et klart ønske om, at denne bekæmpelse skal iværksættes hurtigst muligt.

Særligt reglerne om begrænsning af forsvarerens aktindsigt tiltrak sig opmærksomhed. De tilsvarende høringsparter som ovenfor anførte samstemmende, at der manglede en begrundelse for, hvorfor de eksisterende regler om tavshedspålæg og begrænsning af aktindsigt til forsvareren ikke kunne videreføres.<sup>438</sup> Landsforeningen af Beskikkede Advokater anførte, at den yderligere begrænsning af aktindsigten var udtryk for ”*mistillid til forsvarerstanden.*” Advokatrådet anførte, at eventuelle brud på tavshedspålægget kunne strafforfølges. Justitsministeriet oplyste, at behovet for hemmeligholdelse af oplysninger også kunne foreligge efter retssagens afslutning, og at reglerne om tidsbegrænset hemmeligholdelse af konkrete oplysninger skulle sikre dette. Reglerne om tavshedspålæg var begrundet i ”*et meget stærkt ønske hos bl.a. meddelere og udenlandske politimyndigheder*”, herunder hensynet til risikoen for, at meddelere og udenlandske myndigheder ville ophøre at samarbejde med politiet, såfremt identitetsoplysninger og andre oplysninger ikke kunne sikres. Konkret til Advokatrådet blev oplyst, at ”*for meddelerne er det i den forbindelse ofte ikke tilstrækkeligt, at politiet oplyser dem om, at hvis forsvareren bryder et eventuelt tavshedspålæg, kan der rejses tiltale mod forsvareren eller ske indberetning til Advokatrådet.*”

Det blev endvidere påpeget fra advokatside, at den særlige advokat, som skal udpeges i forbindelse med sager om begrænsning af aktindsigt, ”*ikke vil have et ordentligt grundlag for at vurdere relevansen af materialet for sigtedes/tiltaltes forsvar.*” Efter Justitsministeriets opfattelse burde det af ”*retssikkerhedsmæssige hensyn*” overlades til retten at vurdere hvornår forsvarerens aktindsigt kan begrænses. Retten ville således have fuld indsigt i sagens samlede oplysninger. Den særlige advokat ville ligeledes have adgang til at gøre sig bekendt med alle oplysninger. Det var herefter opfattelsen, at advokaten på ”*betryggende måde vil være i stand til at varetage den sigtedes...interesser...herunder særligt ved at henlede rettens opmærksomhed på omstændigheder, der kan begrunde, at en undtagelse af materialet fra aktindsigt vil*



*medføre væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtede...forsvar.*” Det blev i forlængelse heraf tillige påpeget, at aktindsigt ikke kunne begrænses, hvis det fandtes at være betænkeligt for forsvarrets varetagelse, og at betingelsen for at begrænse i øvrigt skulle fortolkes i overensstemmelse med EMRK art. 6.

Forslaget mødte også kritik fra Eva Smith, som i en kronik i Politiken bl.a. anførte, at ”dobbelt-advokat”-ordningen ville indebære en reel svækkelse af sigtedes muligheder for at få aktindsigt.<sup>439</sup> Heri lå, at erfaringerne med ”dobbelt-advokat”-ordninger på f.eks. aflytningsområdet viste, at retten fulgte anklagemyndigheden i over 97 pct. af tilfældene. Efter Smiths opfattelse skyldes dette *”formentlig, at det er meget vanskeligt for forsvarerne, der jo fører en ganske abstrakt sag, at komme med argumenter, som kan assistere dommeren i beslutningen om ikke at tillade indgrebet.”* Smith fandt det endvidere generelt problematisk, at ordningen indebar, at sigtedes advokat kunne være i besiddelse af flere oplysninger end sigtede selv. Dette måtte efter Smiths opfattelse *”være et helt basalt krav i en retsstat, at den dømte kender hele det grundlag, han er dømt på.”* Som antydnet af Justitsministeriet synes Smith at have misforstået forudsætningen bag begrænsningen af aktindsigten. Reglerne indebærer jo netop indsigt i de oplysninger, som knytter sig til sagen, og i andre oplysninger, som anklagemyndigheden herudover vælger at fremlægge som en del af sagens bevismateriale. Oplysninger i dette materiale kan alene udgå, hvis de ikke væsentligt forringer mulighederne for at føre et forsvarligt forsvar. Denne vurdering er overladt til domstolene, som har fuld indsigt i sagen, og som kan vejledes af en advokat med tilsvarende indsigt. Det må forventes, at genstanden for rettens prøvelse vil være de undtagne oplysningers relevans for vurderingen af skyldsspørgsmålet. Kan oplysningerne have afgørende indflydelse herpå, må det forventes, at oplysningerne tillades fremlagt, idet oplysningerne jo i så fald må betragtes som væsentlige for forsvaret. Der kan i regelsættes struktur ikke indlægges en forudsætning om, at tiltalte kan dømmes alene på baggrund af oplysninger, som er hemmeligholdte. Hvis det var tilfældet, ville sådanne oplysninger jo være væsentlige for forsvaret, og dermed omfattet af aktindsigten. Noget andet er, hvorledes domstolene reelt forvalter prøvelsesadgangen. Smith’s bekymring er da også i væsentligt omfang baseret på tvivl omkring intensiteten af dommernes prøvelse – ikke blot i relation til begrænsning af aktindsigt, men i relation til hele det straffeprocessuelle område.

Institut for Menneskerettigheder bemærkede, at begrænsningen af muligheden for at begrænse aktindsigten generelt og ikke alene i relation til konkrete oplysninger kunne stride mod relevanskriteriet i EMRK.<sup>440</sup> Tilsvarende gjorde sig gældende for undtagelseskriteriet i

forhold til EMDs praksis om ”strictly necessary”. Efter Justitsministeriets opfattelse stillede EMRK art. 6 ikke krav ”om nogen absolut ret til aktindsigt”, idet indsigt kunne begrænses bl.a. under hensyn til vidners liv, statens sikkerhed og politiets efterforskningsmetoder. Efter ministeriets opfattelse lå begrænsningen af aktindsigten inden for disse rammer. Tilsvarende var begrænsningerne konkret begrundet og kunne ophæves af hensyn til varetagelsen af forsvaret. Kriteriet om ”strictly necessary” måtte herefter anses for opfyldt.

I betænkningen anførte et flertal i Folketinget, at reglerne om begrænsning af forsvarerens aktindsigt er ”på dette område velbegrundet og rummer en rimelig balance i forhold til retssikkerhedsmæssige hensyn.”<sup>441</sup> Reglerne blev anset for nødvendige for at sikre efterforskningsmulighederne samtidig med, at ”begrænsningen alene vedrører materiale, som enten slet ikke er tilvejebragt til brug for den konkrete sag og ikke skal bruges i sagen, eller som efter rettens konkrete vurdering forsvarligt kan undtages fra adgangen til aktindsigt.” Der blev herved henvist til, at retten ”ganske som hidtil” måtte frifinde tiltalte, såfremt grundlaget for en domfældelse ikke var til stede. I relation til ”dobbelt advokat”-ordningen udtalte flertallet i tillægsbetænkningen, at ordningen som udgangspunkt er ”retssikkerhedsmæssigt forsvarligt”, idet ordningen indeholder obligatorisk domstolsprøvelse af aktindsigtsbegrænsningen.<sup>442</sup> I lyset af formålet om at forbedre politiets muligheder for at bekæmpe organiseret kriminalitet fandt flertallet, at reglerne ikke gik ”længere end formålet tilsiger, og flertallet lægger i den forbindelse vægt på, at de foreslåede begrænsninger er udformet på en måde, som tilgodeser hensynet til varetagelsen af den sigtedes eller tiltaltes forsvar.” Reglerne blev herefter vedtaget af et bredt flertal i Folketinget.

#### **4.4.1.2 Vurdering af forsvarers aktindsigt**

Som omtalt i afsnit 3.6 udgør princippet om ligestilling mellem anklager og forsvarer et fundamentalt retssikkerhedsprincip. Princippet er omfattet af de juridiske rammer, som danner grundlag for det retsstatslige retssikkerhedsbegreb i form af bl.a. EMRK art. 6 og gennemsyrrer retsplejelovens regler om forsvarerens stilling og beføjelser. En væsentlig forudsætning for forsvarerens udnyttelse af ligestillingen ligger naturligt i forsvarers adgang til indsigt i det materiale, som anklagemyndigheden ønsker at dømme den tiltalte på. Adgangen til materialet udgør således udgangspunktet for forsvarerens muligheder for at føre sagen og udøve effektiv kontradiktion. Dette princip omfattes tillige af EMRK art. 6 og art. 13 om tiltaltes adgang til effektive retsmidler. Hemmelig retspleje må derfor betragtes som retssikkerhedsbegrebets diametrale modsætning. Det er derfor – som anført af Justitsministeren – forståeligt, at der rej-

ses omfattende indvendinger, når man ændrer ved forsvarerens muligheder. Gennemgangen af begrænsningerne i forsvarerens aktindsigt afdækker da også en stærkt kritisk stillingtagen fra domstole og advokater.

Der rejses samstemmende kritik af, at begrænsningerne i aktindsigten gennemføres uden et bredt sammensat lovforberedende udvalg. Kritikken går på, at ændringerne i balancen mellem forsvaret og anklagemyndigheden forudsætter undersøgelser af behovet, før der fremsættes lovforslag. Kritikken omhandler problemstillingen omkring lov kvalitet og forudsætningerne derfor. Kritikken kan på samme måde som kritikken, der blev rettet mod terror- og bandepakkerne, opfattes som begrundet i teknisk-faglige ønsker om at indfri forudsætningerne til en sammenhængende retsorden, som stilles af det klassiske retssikkerhedsbegreb. Der kan imidlertid heller ikke i relation til straffeprocessuel lovgivning konstateres nogle retlige forpligtelser for Folketinget til at gennemføre lovforberedende udvalgsarbejder. I dette tilfælde blev behovet undersøgt i samråd med politi- og anklagemyndigheden som de parter, som måtte være nærmest til at definere behovene. Afklaringen af politi- og anklagemyndighedens behov er ikke afhængige af, at domstole og advokater inddrages heri. Fremgangsmåden til afdækning af behovene kan næppe kritiseres ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt. Undladelsen af at inddrage domstolene og advokaterne i de forberedende drøftelser om de tekniske løsninger kan til gengæld kritiseres som et brud med traditionen og ud fra mere retspolitisk baserede hensigtsmæssighedsvurderinger. Dette er ikke ensbetydende med, at undladelsen er retssikkerhedsmæssig betænkelig. Undladelsen var begrundet i et bredt politisk ønske om at gennemføre ændringerne hurtigst muligt. Ud fra dette perspektiv kan det opfattes som forsvarligt at udskyde inddragelsen af domstolene og advokaterne til høringsfasen, hvor de kan fremsætte kritik af de juridisk tekniske løsningsforslag. Høringen medførte da også, at enkelte punkter blev ændret, bl.a. fik domstolene fuld indsigt i det hemmeligholdte materiale. Den valgte fremgangsmåde kan også vurderes i forhold til, at et meget bredt politisk flertal stod bag ændringerne og fandt, at forholdet mellem kriminalitetsbekæmpelse og individets retssikkerhed havde fundet en rimelig balance. Retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning må derfor anses for opfyldt.

På baggrund af gengivelsen af høringssvarene i den kommenterede høringsoversigt fremgår, at kritikken af selve aktindsigtsbegrænsningen primært går på, hvorfor de hidtidige regler om tavshedsplæg ikke betragtes som tilstrækkelige. Der gives tillige udtryk for, at yderligere regulering udtrykker mistillid til forsvarerstanden. Der ses ikke at være anført argumenter for, hvorfor adgangen til oplysninger, som ligger udenfor skyldsspørgsmålet i den konkrete sag, er

afgørende for forsvaret. Ordningen med den særlige advokat i forbindelse med domstolsprøvelse af fortrolige oplysninger blev kritiseret for at udhule forsvarets adgang til information, idet den særlige advokat ikke kunne forventes at have et fyldestgørende grundlag at vurdere sagen på. Den samlede kritik af ordningen medførte, at Justitsministeriet ændrede reglerne, således at både den særlige advokat og domstolene fik fuld indsigt i oplysningerne og i selve den underliggende straffesag. Det er uklart, om denne ordning er i overensstemmelse med EMRK og EMDs praksis. Institut for Menneskerettigheders tilkendegivelser herom angiver ikke klare holdepunkter for den ene eller den anden konklusion. Justitsministeriets opfattelse af, at EMDs krav om ”strictly necessary” er opfyldt, kan ikke afvises, idet begrænsninger i aktindsigten skal ophæves, såfremt de væsentligt forringer et effektivt forsvar. Under alle omstændigheder indfrier de processuelle garantier de krav, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebet i forhold til sikring af forsvarets muligheder for at anfægte en begrænsning af aktindsigten. Der er således krav om begrundelse, advokatbeskikkelse og fuld domstolsprøvelse af begrænsningen.

#### 4.4.2 Hemmelig retspleje

Regulær hemmelig retspleje blev indført i dansk ret i forbindelse med lovgivningen mod terrorisme i 2001/02. Reglerne blev siden tilpasset i 2009.<sup>443</sup> I det følgende behandles både de tidligere og de nye regler, idet udviklingen illustrerer, hvorledes den politisk motiverede opfattelse af retssikkerhed respekterer udviklingen i international ret.

Som en del af det omfattende lovkompleks i kølvandet på Terrorpakke I foreslog Integrationsministeriet i 2001 en række ændringer til udlændingeloven.<sup>444</sup> Det fremgik af lovforslagets titel, at der var tale om opfølgning på FN’s Sikkerhedsråds resolution 1373. Resolutionen indeholder en række bestemmelser af betydning for udlændingelovgivningen bl.a. i art. 2, litra c., som fastsætter, at staterne ”skal nægte tilflugtssted til den”, der begår eller medvirker til terrorisme. Det fremgår tillige af art. 3, litra f og litra g, at staterne skal sikre, at flygtningestatus ikke tildeles personer, som har deltaget i terrorisme, herunder sikre, at ”flygtningestatus ikke misbruges af personer, der har begået, organiseret eller fremmet terrorhandlinger.” Integrationsministeriet oplyste i et høringssvar, at formålet med lovforslaget var, at ”sikre fuld efterlevelse” af resolution 1373.<sup>445</sup> Der blev fra en række høringssvar rejst tvivl om omfanget af forpligtelsen til at efterleve resolution 1373 i forhold til omfanget af lovforslaget. Dansk Flygtningehjælp påpegede, at lovforslaget indeholdt udvidelser af f.eks. adgangen til udvisning, som ikke kunne begrundes med terrorbekæmpelse.<sup>446</sup> Det Danske Center for Menneske-

rettigheder fandt det ”*ude af proportioner*” at indføre andre skærpselser, som ikke kunne begrundes i resolution 1373. Ministeriet oplyste hertil, at lovforslaget også tog sigte på at ramme udlændinge, ”*der har begået kriminalitet, der ikke kan kategoriseres som terrorisme, men som har en sådan karakter, at det efter Integrationsministeriets opfattelse er nødvendigt at præcisere – og i visse tilfælde skærpe - udlændingelovens regler om udvisning, udelukkelse mv.*” Der er således ikke tvivl om, at lovforslaget også var begrundet i generelle udvidelser af adgangen til at udvise og udelukke udlændinge fra ophold i Danmark. Lovforslaget blev vedtaget med et stort flertal i Folketinget. Det er debatten om lovforslagets regler om administrativ udvisning af udlændinge, der mistænkes for terrorisme, som skal behandles her.

Den tidligere udlændingelov § 25 indeholdt hjemmel til at udvise udlændinge, hvis det fandtes ”*påkrævet af hensyn til statens sikkerhed.*” I lovbemærkningerne fremgår, at betingelsen i den tidligere § 25 ”*er i praksis givet et meget snævert anvendelsesområde.*”<sup>447</sup> Denne praksis var efter ministeriets opfattelse ikke ”*tilstrækkelig til at sikre Danmark og lande som er Danmark nærtstående mod terrortrusler.*”<sup>448</sup> Denne betingelse blev derfor ændret således, at udvisning ”*ikke kun kan ske, når det er påkrævet af hensyn til statens sikkerhed, men allerede hvis udlændingen må anses for en fare for statens sikkerhed*”. En tilsvarende betingelse blev indsat i udlændingeloven § 10 om at nægte opholdstilladelse. Vurderingen betyder, at udlændingen kan nægtes visum og opholdstilladelse, at eksisterende opholdstilladelse kan inddrages samt at udlændingen kan udvises. Vurderingen af faremomentet skal som hidtil foretages af Politiets Efterretningstjeneste. Til forskel fra terrorkomplekset omkring straffeloven § 114 behøver sikkerhedsvurderingen ikke at baseres på en bedømmelse af udlændingens tilregnelighed, idet der ikke er tale om en strafferetlig sanktion.<sup>449</sup> Bemærkningerne er sparsomme med oplysninger om vurderingen af faremomentet. Det fremgår således alene, at der konkret skal ”*være tale om en mere kvalificeret fare*”, før en udlænding kan udvises. Netop faremomentet blev genstand for en omfattende juridisk baseret kritik.<sup>450</sup> Kritikken tog afsæt i FN’s Flygtningekonvention af 1951 art. 32, hvorefter flygtninge kun må udvises under ”*hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige orden.*” Dansk Flygtningehjælp påpegede, at det ifølge forarbejderne til og ordlyden af konventionens art. 32 var en betingelse for udvisning, at ”*flygtningen konkret udgør en fare - og ikke blot må anses for en alvorlig trussel – mod den pågældende nations sikkerhed*”, at der skal ”*være tale om en meget alvorlig fare*”, at ”*der skal foretages en proportionalitetsafvejning*” mellem flygtningens beskyttelsesbehov og statens interesser samt at udvisningen skal være ”*påkrævet*”. Synspunktet blev støttet af Det Danske Center for Menneskerettigheder, som hertil anførte, at det måtte anses for ”*tvivlsomt om...den*

*foreslåede bestemmelse...er fuldt forenelig med flygtningekonventionens art. 32*". Integrationsministeriet anførte, at udlændinge - trods beslutning om udvisning – er beskyttet mod faktisk udvisning som følge af udlændingeloven § 31, hvorefter udlændinge ikke kan sendes til lande hvor de ”risikerer dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig behandling eller nedværdigende behandling eller straf, eller hvor udlændingen ikke er beskyttet mod videresendelse til et sådant land.” Det bør hertil bemærkes, at denne beskyttelse rækker videre end flygtningekonventionen, som i art. 33 alene indeholder et forbud mod at udvise flygtninge til områder, hvor ”liv eller frihed ville være truet” på grund af forskellige diskriminerende handlinger f.eks. religiøs eller politisk overbevisning. Konventionens forbud mod udvisning gælder endvidere ikke, hvis udlændingen anses for at være en fare for statens sikkerhed eller den offentlige orden. Ministeriet bekræftede tillige i et svar til UNHCR, at administrationen af bl.a. udlændingeloven § 25 skulle ske i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser i øvrigt.<sup>451</sup> Heri ligger formentlig en henvisning til det almindelige udgangspunkt om konventionskonform fortolkning af dansk ret.

Selve afgørelsesproceduren omkring udvisning og nægtelser eller inddragelser af visa og opholdstilladelser blev indsat som et nyt kapitel 7a i udlændingeloven med §§ 45a – 54c. Proceduren blev nærmere beskrevet i § 45b, hvorefter integrationsministeren på baggrund af en indstilling fra justitsministeren kunne vurdere, om en udlænding måtte anses for at være til fare for statens sikkerhed. Integrationsministerens vurdering skulle lægges uprøvet til grund for sagens afgørelse i alle andre administrative led. På tilsvarende vis kunne integrationsministeren begrænse både udlændingens og udlændingeforvaltningens adgang til aktindsigt i grundlaget for sikkerhedsvurderingen. Efter bemærkningerne forudsattes, at integrationsministeren modtager samtlige oplysninger bag sikkerhedsvurderingen.<sup>452</sup> Hvis justitsministeren vurderede, at offentliggørelse kunne skade efterretningstjenesternes virksomhed, kunne ministeren undlade at foretage en indstilling til integrationsministeren og på den måde beskytte oplysninger fra eventuel offentliggørelse. Dette ville så ikke indebære nogen forandring i udlændingens forhold. Sikkerhedsvurderingen kunne ikke indbringes for anden administrativ myndighed. Ifølge bemærkningerne havde proceduren ”til formål at sikre den nødvendige hemmeligholdelse af oplysninger om bl.a. statens sikkerhed og forholdet til fremmede magter.” En eventuel domstolsprøvelse blev ikke tillagt opsættende virkning for effektueringen af udvisningen.

Muligheden for hemmelig proces, som proceduren byggede på, blev udsat for en omfattende kritik. Flygtningenævnet anså det ”af principielle grunde betænkeligt”, at udlændinge-

myndighederne og nævnet selv kunne risikere at træffe afgørelse i en sag uden at kende grundlaget for sikkerhedsvurderingen.<sup>453</sup> UNHCR anførte, at en udvisningsafgørelse bør baseres på en afvejning, hvor ”*faren for tilflugtslandets sikkerhed*” bør være større end udlændingens konkrete beskyttelsesbehov, og at sådanne afgørelse ”*skal træffes i overensstemmelse med retsplejelovgivningens regler, som kan underbygge sikkerhedstruslen og give den pågældende mulighed for at fremkomme med eventuelle beviser*”, som kan modbevise sikkerhedsvurderingen. Det Danske Center for Menneskerettigheder fandt proceduren ”*retssikkerhedsmæssigt stærkt betænkelig*”, idet procedurens mulighed for at afskære grundlæggende partsrettigheder kunne være i strid med EMRK art. 8. Som omtalt under 3.4.1 og 3.4.2 kan der stilles spørgsmål ved den reelle rækkevidde af EMRK art. 8 såvel som ved de øvrige frihedsrettigheder i EMRK. Således kan EMRK art. 8 fraviges under hensyn til ”*den nationale sikkerhed*” og yder derfor ikke materiel beskyttelse mod den slags lovgivning som udlændingeloven § 45b er udtryk for. Som anført under 3.4.2 må frihedsrettighederne i EMRK mere opfattes som procesgarantier end materielle beskyttelsesbestemmelser. Menneskerettighedscentrets kritik går da også på den processuelle beskyttelse, som centret mener følger af, at indgreb i privatlivet efter EMRK art. 8, stk. 2 kun må ske ”*i overensstemmelse med loven*” og, hvis indgrebet ”*er nødvendigt i et demokratisk samfund*”. Integrationsministeriet erkendte, at EMRK art. 8 i praksis indeholder processuelle garantier i form af bl.a. aktindsigt og begrundelsespligt. Ministeriet var ikke overbevist om, at EMRK art. 8 omfattede sager om udvisning af udlændinge. Uanset dette spørgsmål anlagde ministeriet en formaliseret fortolkning af EMRK art. 8, stk. 2, som indebar, at kravet om lovmæssighed alene betød, at der skulle være formel hjemmel i dansk lov, og at procesgarantierne også var omfattet af de hensyn, som kunne begrunde fravigelse af privatalivsbeskyttelsen. Idet disse betingelser efter ministeriets opfattelse var opfyldt – der var formel hjemmel og hemmeligholdelsen var begrundet i statens sikkerhed – kunne proceduren ikke anses for at være i strid med EMRK art. 8. Ministeriet bemærkede tillige, at der ved afgørelsen af, om oplysninger skal hemmeligholdes ”*i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet altid skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt og i hvilket omfang oplysninger om en udlænding skal videregives*”. Ministeriet bemærkede endvidere, at ”*hovedreglen fortsat er, at enhver udlænding skal inddrages i processen...ligesom den pågældende skal have en fyldestgørende begrundelse...Den foreslåede bestemmelse i § 45b, stk. 2 har karakter af en undtagelse, som kun indebærer, at udlændingen ikke får kendskab til de oplysninger...hvis oplysningerne af sikkerhedsmæssige grunde ikke kan videregives til udlændingen.*” Dette fjernede dog ikke alle betænkeligheder ved proceduren for admini-

strativ udvisning. Omfanget heraf kom bl.a. til udtryk i, at Socialdemokraterne og Det Radikale Venstre betingede sin tilslutning til lovforslaget af dels, at ansvaret for administrativ udvisning påhviler regeringen – formentlig som et både politisk og retligt ansvar - og ikke administrationen samt at afgørelsen af om en konkret udvisning er i strid med udlændingeloven § 31 i sidste instans træffes af Flygtningenævnet.

I tiden efter vedtagelsen fremhævede bl.a. Jonas Christoffersen procedurens skadevirkninger i forhold til domstolenes muligheder for at opretholde en administrativ udvisning.<sup>454</sup> Efter Christoffersens mening stilles domstolene i en urimelig situation, idet de ikke har adgang til grundlaget, og derfor vil være henvist til den frie bevisbedømmelse, og i det ”*omfang domstolene ikke uden videre accepterer integrationsministerens sikkerhedsvurdering, vil den blive tilsidesat.*”<sup>455</sup> Domstolene placeres således i ”*et ubehageligt dilemma*” mellem den enkeltes retssikkerhed og statens sikkerhed, hvor de enten må give køb på retssikkerheden og acceptere en vurdering, hvis grundlag de ikke kender, eller give køb på statens sikkerhed, fordi de ikke kender grundlaget. Dette indebærer både risiko for, at personer, som er forkert vurderet, bliver udvist, men nok så interessant også, at personer, som er vurderet rigtigt ikke bliver udvist. Hemmeligholdelsen risikerer således at virke mod hensigten med udvisningerne. Det bør efter Christoffersens opfattelse være muligt at etablere en ordning, hvorefter en ”*moderne retsstat*” kan varetage hensynet til fortrolighed uden at stille domstolene over for valget mellem statens eller individets sikkerhed. Christoffersen rejste tillige tvivl om procedurens overensstemmelse med EMRK art. 13 og art. 5, stk. 4. Som anført under 3.5 opstiller EMRK art. 13 et krav om effektive retsmidler, art. 5, stk. 4 omhandler det tilsvarende spørgsmål i relation til frihedsberøvelse. På baggrund af EMDs dom i en sag mellem Bulgarien og Al-Nashif konkluderer Christoffersen, at dette krav bl.a. omfatter adgangen til ”*en reel prøvelse i sager om statens sikkerhed.*”<sup>456</sup> Heri ligger et krav om tilstrækkelige processuelle garantier og et krav om et prøvelsesorgan, der er uafhængigt og upartisk. Dette krav om prøvelse er uafhængigt af, om EMD i øvrigt tillader staterne at begrænse de processuelle garantier under hensyn til bl.a. statens sikkerhed. Udgangspunktet er således, at grundlaget for myndighedernes afgørelse i et eller andet omfang skal kunne prøves. Dette indebærer, at en administrativ procedure, hvor grundlaget for sikkerhedsvurderingen kan hemmeligholdes efter Christoffersens opfattelse strider mod EMRK art. 13 og art. 5, stk. 4.

Tuneser-sagen, som bl.a. omhandlede spørgsmålet om frihedsberøvelse i forbindelse med udvisning efter en sikkerhedsvurdering, synes at bekræfte Christoffersens opfattelse. I sagen fandt Højesteret med henvisning til EMRK art. 5, stk. 4 generelt, at ”*der må kræves en rimelig*



sandsynliggørelse af, at der har været et sådant faktisk grundlag for farevurderingen, at frihedsberøvelsen ikke kan anses for uhjemlet eller ubegrundet”.<sup>457</sup> Heri lå tillige en ”passende adgang til kontradiktion.” I sagen, som den forelå for by- og landsret, forelå alene en enkelt oplysning om mistanke mod udlændingen. På den baggrund fandt Højesteret, at byrettens og landsrettens prøvelse ”ikke har levet op til de krav, der efter det foran anførte, må stilles til domstolskontrollen” i sådanne sager. Sagen blev herefter hjemvist til byretten til fornyet prøvelse.

Christoffersens opfattelse af forholdet til EMRK art. 13 fik støtte af EMD i en dom mod England.<sup>458</sup> Dommen omhandler også EMRK art. 5, stk. 4 om anholdelse og fængsling. Dommen vurderede det engelske system. Dette system indebærer, at en særlig sikkerhedsgodkendt myndighed (SIAC) tager stilling til udvisninger, hvor der er tale om trusler mod statens sikkerhed. Myndigheden har et antal sikkerhedsgodkendte advokater tilknyttet – de såkaldte Special Advocates. Sagsmaterialet deles op i en åben og en lukket del. Alene SIAC og advokaterne har adgang til det lukkede materiale. Den mistænkte har således kun adgang til det åbne materiale. EMD udtalte, at den mistænkte skulle have adgang til tilstrækkelige informationer til at kunne instruere sin advokat, så denne effektivt kunne imødegå anklagerne. Denne indsigt kunne etableres enten ved, at det åbne materiale indeholdt tilstrækkelige informationer om afgørelsen, eller at den mistænkte modtog en så tilstrækkelig præcis beskrivelse af relevante oplysninger i det lukkede materiale, at dette kunne danne grundlag for effektiv kontradiktion. Efter CEPOS’ opfattelse indebærer dommen, at den mistænkte effektivt skal kunne kommunikere med sin advokat og at oplysninger skal stilles til rådighed i så konkret form, at den mistænkte effektivt kan sætte sin advokat i stand til at modbevise oplysningerne.<sup>459</sup> CEPOS anbefalede herefter, at en dansk model burde omfatte ”særligt godkendte advokater underlagt tavshedspligt” og med mulighed for, at disse kan drøfte oplysningerne med den mistænkte.

#### **4.4.2.1 Lidt mindre hemmelig retspleje**

Den omfattende kritik, men nok især ovennævnte dom fra EMD, fik i 2009 regeringen til at stille forslag om en model bygget efter engelsk forbillede. Proceduren blev forenklet derved, at det nu er justitsministeren alene, som foretager sikkerhedsvurderingen, der herefter umiddelbart lægges til grund af udlændingemyndighederne. Det er endvidere justitsministeren alene, som afgør, om oplysninger skal hemmeligholdes for udlændingen, myndighederne eller begge parter. I bemærkningerne er muligheden for hemmeligholdelse begrundet med at være

af ”*afgørende betydning for PET’s samarbejde med andre landes efterretningstjenester og andre samarbejdspartnere og dermed en grundlæggende forudsætning for en effektiv indsats for at forebygge terrorhandlinger og bekæmpe terrorisme.*”<sup>460</sup> Det blev oplyst, at udvisning med baggrund i sikkerhedsvurderingen efter § 25, stk. 1 ”*ikke har været anvendt over ti gange*” siden vedtagelsen af de oprindelige regler i 2002.<sup>461</sup> Det blev tillige oplyst, at Flygtningenevnet havde truffet afgørelse om udvisning i tre sager, og afvist udvisning i tre sager. Integrationsministeriet omtalte i den forbindelse, at fokus i den offentlige debat særligt havde været på ”*at udlændingen – og dennes eventuelle advokat – har været afskåret fra at blive gjort bekendt med det materiale fra PET, der danner grundlaget*” for udvisningen. Det var bl.a. dette forhold, som de nye procedureregler skulle rette op på.

De nye procedureregler fremgår af et nyt kapitel 7b i udlændingeloven - §§ 45d – 45k. De indebærer, at domstolene kan tage stilling til en konkret sikkerhedsvurdering eller en afgørelse om bl.a. udvisning truffet på baggrund af en sikkerhedsvurdering. Københavns Byret er udpeget som eneste kompetente domstol, og sagerne kan ankes efter de almindelige regler. Sagerne har endvidere opsættende virkning, således at en udlænding ikke udsendes, før der er afsagt endelig dom. Sagens materiale deles op i lukket materiale og åbent materiale. Tilsvarende behandles sagen for åbne og lukkede døre. Retten har adgang til alt materiale. Udlændingen får beskikket to advokater. Den ene advokat repræsenterer udlændingen direkte og har på tilsvarende vis som udlændingen kun adgang til det åbne materiale. Den anden – særlige – advokat repræsenterer udlændingen indirekte, men har til gengæld adgang til alt materiale. Fra det tidspunkt, hvor den særlige advokat får indsigt i det lukkede materiale, må han ikke drøfte eller på anden måde kommunikere med udlændingen om sagen. Udlændingen kan dog løbende skriftligt fremsende kommentarer eller oplysninger til den særlige advokat, men denne må ikke kommunikere tilbage. Denne ordning er begrundet med, at der kunne ”*være en risiko for, at den særlige advokat ved f.eks. at stille supplerende spørgsmål til udlændingen uforvarende kan komme til at afsløre kendskab til oplysninger, som af sikkerhedsmæssige grunde ikke kan videregives*”.<sup>462</sup> Den særlige advokat kan derfor kun effektivt varetage udlændingens interesser ved at udnytte sin mulighed for at begære, at nogle eller samtlige oplysninger videregives til udlændingen. Hvis retten bestemmer, at oplysninger fra det lukkede materiale skal videregives til udlændingen, kan justitsministeren beslutte, at oplysningerne skal udgå af sagen. Dette er justitsministerens mulighed for at bevare oplysninger hemmelige. Til gengæld indgår oplysningerne ikke længere i sagen, og der ses bort fra oplysningerne ved domsafsigelsen. Heri kan efter omstændighederne ligge en betydelig risiko for, at myndighe-

derne taber sagen. Det er umiddelbart vanskeligt at forestille sig, at udelukkelsen af oplysninger, som retten har vurderet som så væsentlige for udlændingens muligheder for at varetage sin sag, at oplysningerne bør videregives, kan have andet end negativ indflydelse på myndighedernes sag. For at afbøde virkningen heraf, er det derfor bestemt, at en dommer, som har truffet beslutning om videregivelse af oplysninger, eller har kendskab til sådanne oplysninger, ikke kan videreføre sagen. En dom, som går udlændingen imod anses for anket til landsretten, medmindre udlændingen accepterer dommen. Også anken har opsættende virkning og sagen behandles efter samme procedure som ved byretten. Et særligt spørgsmål rejser sig i forhold til begrundelsen af dommen, idet denne ikke må indeholde de hemmeligholdte oplysninger. Østre Landsret havde i sit høringssvar anmodet om yderligere præciseringer af begrundelsens omfang.<sup>463</sup> Af ministeriets svar fremgår, at bemærkningerne efterfølgende er præciseret. Det fremgår således af bemærkningerne, at dommen kan udformes med henvisning til, at *”oplysninger i det åbne materiale er godtgjort eller sandsynliggjort i de fortrolige oplysninger, som er fremlagt for retten og den særlige advokat.”*<sup>464</sup> Begrundelsen skal - som følge af EMRK art. 5, stk. 4 - indeholde tilstrækkelige faktuelle oplysninger til, at beskyldningerne er konkretiseret. En begrundelse kan endvidere ikke hvile alene på de lukkede oplysninger.

De fleste høringssparter anerkendte disse regler som en retssikkerhedsmæssig forbedring i forhold til tidligere. Institut for Menneskerettigheder anførte således, at modellen lever op til EMRK og EMDs praksis i sådanne sager.<sup>465</sup> Integrationsministeriet var i bemærkningerne også af den opfattelse, idet ordningen både indebærer domstolsprøvelse og advokatbistand med indsigt i de hemmelige oplysninger samt at proceduren tillige indebærer, at udvisningen kan ophæves.<sup>466</sup> Foreningen af Udlændingeretsadvokater kritiserede dog, at modellen fortsat var udtryk for hemmelig retspleje, idet *”kendskab til grundlaget for indgrebet er af afgørende retssikkerhedsmæssig betydning. Uden det vil personen ikke kunne værgе for sig.”* Vedrørende domstolsprøvelse blev det fra Retssikkerhedsfonden anført, at hemmeligholdelse af oplysninger indebar, at *”der er opgaver vedrørende sagens oplysning, som bliver forsømt.”*<sup>467</sup> Danske Advokater bemærkede, at det *”kan diskuteres, om ordningen med særligt sikkerhedsgodkendte advokater kan siges på fornøden måde at sikre en kontradiktionsmulighed”*, idet advokaten ikke kan drøfte sagen med udlændingen. Institut for Menneskerettigheder præciserede, at den mistænkte skal have tilstrækkelige oplysninger, *”således at han effektivt kan instruere den særlige advokat.”* Ministeriet henviste i sit svar til, at bemærkningerne var tilrettet, således at det nu fremgik, hvilke oplysninger, der skal gives til udlændingen i det åbne materiale, så han effektivt kan instruere sin advokat. Af bemærkningerne fremgår, at EMDs krav til oplysning-

gerne i det åbne materiale medfører, at udlændingen ”skal således gennem det åbne materiale have adgang til tilstrækkelige oplysninger om beskyldningerne imod sig, således at den pågældende er i stand til at give effektive instruktioner til den særlige advokat.”<sup>468</sup> Samtlige partier i Folketinget undtagen Enhedslisten stemte for den nye procedure.

#### 4.4.2.2 Vurdering af hemmelig retspleje

Det findes ikke relevant at gå nærmere ind på den i dag indlysende kendsgerning, at den oprindelige procedure var retssikkerhedsmæssig uforsvarlig. Procedurens betingelser om hemmeligholdelse afskar således udlændingen fra enhver form for effektive midler til at imødegå anklagerne, og proceduren var således i klar strid med de krav, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebet. Proceduren viste på mange områder ligheder med den form for retspleje, som retssikkerhedsbegrebet blev udviklet som reaktion imod. Det er på den baggrund slående, at proceduren overhovedet kunne vedtages. Dette perspektiv sætter tillige værdien af retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning i relief. I betragtning af, at området for statens lovgivningskompetence i relation til grundlæggende rettigheder er ganske bredt, er det bemærkelsesværdigt, at Integrationsministeriet anlagde en fortolkning af EMRKs procesgarantier, som indebærer, at legalitetsprincippet blev beskåret til et rent formelt krav om hjemmel i lov. Ministeriet så således bort fra den dynamiske fortolkning, som anlægges af EMD, og som – trods staternes meget brede beføjelser – dog betyder, at EMRK ikke kan reduceres til rent papir. På den anden side må det samtidig erkendes, at proceduren blev lavet om, da det stod klart, at proceduren formentlig ikke ville overleve det første sammenstød med verdenen uden for Danmark.

Ifølge Institut for Menneskerettigheder må den nye procedure imidlertid anses for at være i overensstemmelse med EMRK. Der er da heller ikke tvivl om, at proceduren formelt set indfrier de krav til processen, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebet. Der er således adgang til domstolsprøvelse og advokatbistand og proceduren indebærer tillige, at udvisningen kan ophæves. Der er dog fortsat tvivl om proceduren for så vidt angår karakteren og omfanget af det materiale, som skal stilles til rådighed for udlændingen som grundlag for, at han effektivt kan instruere den særlige advokat. Det kan heller ikke udelukkes, at proceduren kan blive underkendt, selvom udlændingen har modtaget tilstrækkeligt materiale. Dette hænger sammen med, at udlændingen ikke kan indtræde i en eller anden form for dialog med den særlige advokat. Der kan således rejses tvivl om, hvorvidt udlændingen effektivt kan instruere advokaten, når advokaten ikke kan få uddybet udlændingens indsigelser. Det kan således ikke afvi-

ses, at proceduren ikke lever op til EMRK.

## **4.5 Afsluttende drøftelse af den retspolitiske debat.**

### **4.5.1 Klassisk ret og forebyggende regulering**

Først og fremmest peger analysen på, at flere forskellige opfattelser af retssikkerhed gør sig gældende i den retspolitiske debat. Dette kommer klarest til udtryk på de områder, hvor retstilstanden normeres materielt, dvs. i forbindelse med fastlæggelsen af det strafbare område i straffeloven. Dette er samtidig det område, som er svagest beskyttet af retssikkerhedsbegrebets retlige dimension. I den forbindelse afdækker analysen en grundlæggende forskel i argumentationen, som fremføres af høringsparterne, og den, som lovgiver anvender. Høringsparternes begrundelser er ofte teknisk-fagligt baserede som f.eks. i relation til erkendelsen af behovet for skærpelsen af strafferammerne i forbindelse med bandedefinitionen i afsnit 4.2.2. Det var her vanskeligt for domstole, advokater og i et vist omfang også for politi- og anklagemyndigheden at erkende et reelt juridisk behov for bandedefinitionen, idet der allerede fandtes bestemmelser om strafskærpelse, som kunne anvendes. Der blev endvidere peget på mere praktisk-juridiske problemstillinger knyttet til bevisførelsen, som kunne bevirke, at sagerne blev vanskeligere at gennemføre. Tilsvarende gjorde sig gældende i relation til behovet for at implementere de internationale beskrivelser af terrorisme i terrorpakkerne i afsnit 4.2.1. Det Danske Center for Menneskerettigheder anførte f.eks. at skærpelsen af straffen for terrorhandlinger kunne foretages i straffeloven § 80. Vestergaard mente, at man under alle omstændigheder ikke var forpligtet til at lovgive så bredt, som man gjorde. Høringsparternes argumentation kan henføres til en klassisk forståelse af retssikkerhed, hvor lovens formål er at skabe forudsigelighed for de borgere, loven retter sig imod, og at loven derfor skal være så præcis som mulig. Det er bl.a. også i dette perspektiv, at kritikken af straffebestemmelsernes uklarhed kan anskues. Ud fra en klassisk retssikkerhedsforståelse indebærer uklare bestemmelser, at sikkerheden i rets anvendelsen bringes i fare. Lovgivningen anskues endvidere som et teknisk sammenhængende system. Elementer, som virker for upræcise eller normerer noget, som ud fra en systematisk forståelse allerede er normeret, virker derfor uhensigtsmæssige og kontraproduktive. Lovgivning forudsætter derfor også et omfattende forberedende arbejde og en tilbunds gående behovsanalyse.

Denne forståelse af retssikkerhedsbegrebet gør sig ikke i tilsvarende omfang gældende for

lovgiver. Analysen af den retspolitiske debat antyder, at lovgivers forståelse af retten og retssikkerhedsbegrebet inden for det strafferetlige område er under udvikling i retning væk fra det klassiske retssikkerhedsbegreb. Lovgivers argumentation synes således i udpræget grad at være baseret på et klart værdisæt om at beskytte borgere mod overgreb fra kriminelle bander, terrorister og anden organiseret kriminalitet. Dette formål opleves som så presserende, at det overskygger traditionelle hensyn til loves forberedelse. Det blev således i forbindelse med f.eks. Bandepakken klart signaleret, at bandekriminaliteten havde taget overhånd, og der skulle skabes ro hurtigst muligt. Samtidig opleves dette formål som styrende for selve lovgivningsteknikken. Dette ses mest tydeligt i forbindelse med det udvidede medvirkningsbegreb i straffeloven § 114e om den, som ”*fremmer virksomheden*” for terrorister, bandedefinitionens anvendelse af begrebet ”*gensidigt opgør*” i straffeloven § 81a, kravet om gruppetilknytning som betingelse for retshåndhævelsesarrest i retsplejeloven § 769, stk. 2 og anvendelsen af begrebet ”*utrygskabende adfærd*” ved udstedelse af zoneforbud. Der lægges således vægt på, at straffeloven skal signalere værdier frem for at være en præcis normering af specifikke handlinger. Vestergaard har i den forbindelse givet udtryk for, at en ny kriminaliseringsmetode synes at vinde indpas i strafferetten.<sup>469</sup> Metoden indebærer, at det strafbare område udvides til at omfatte forhold, som ikke i sig selv er strafbare, men bliver strafbare, hvis de begås under særlige omstændigheder. Strafferettens kriminaliseringsfokus skifter således fra konkret skade til abstrakt fare, hvilket tillige efter Vestergaards opfattelse indebærer, at det konkrete forsæt mister betydning for ansvarsbedømmelsen. Metoden omtales som pre-aktiv strafferet. På baggrund af drøftelsen af forskellen mellem lovgivningens funktioner i retsstaten og socialstaten i afsnit 2.2.8 kan denne pre-aktive lovgivningsmetodik placeres inden for socialstatens forståelse af retten som socialt styringsinstrument.

Lovgivers retsforståelse rækker muligvis endnu videre, idet anvendelsen af ovennævnte begreber også kan ses som udtryk for et ønske om at forebygge forbrydelser. Denne tendens kan indlæses i udvidelserne på det straffeprocessuelle område og det samspil, som opstår med de brede straffebestemmelser. Udvidelserne af politiets muligheder for at aflytte på person, dataaflæse og foretage gentagen hemmelig ransagning kan ses som led i en forebyggende indsats, idet nettet så at sige er bredt ud og vil kunne ramme flere personer og forbrydelser end tidligere – også forbrydelser eller forsøg herpå, som formentlig ikke ville være opdaget med de tidligere gældende regler. I forhold hertil bliver det også væsentligt at begrænse forsvarrets adgang til information om eventuelle sammenhænge og forbindelser i og imellem de kriminelle netværk, som står bag konkrete forbrydelser. I dette perspektiv kan lovgivers intentioner

tolkes til ikke blot at være begrænset til at gøre det lettere at opklare forbrydelser, men også at gøre det vanskeligere at begå forbrydelser.

Såfremt lovgivers retsforståelse kan antages også at være rettet mod forebyggelse, er afstanden til det klassiske retssikkerhedsbegreb formentlig større end umiddelbart antaget. Ønsket om at forebygge står på visse punkter i klar modstrid med den klassiske opfattelse af lovgivning som et primært bagudrettet instrument. Som nævnt i bl.a. afsnit 2.2.4 fungerer den klassiske lovgivning som en forudgående normering af lovlig adfærd, som domstolene kan anvende til bagudrettet sanktionering. Heri ligger at borgeren på forhånd skal vide, hvad han har at rette sig efter. Det er klart beskrevet – og naturligvis forebyggende i den forstand, at han ved, at han bliver straffet, hvis han foretager en nærmere beskrevet handling. Han kan derfor afstå fra at foretage den. Klassisk lovgivning er i den forbindelse også rettet til domstolene forstået som direktiver til disse om betingelserne for, hvornår en overtrædelse foreligger. Domstolenes rolle er primært at konstatere overtrædelsen i historisk perspektiv. I den forebyggende retsforståelse er det ikke med tilsvarende præcision beskrevet, hvad borgeren kan straffes for. Borgeren kan således ikke i tilsvarende omfang som ved den klassiske lovgivning indrette sig efter lovens ord, men er nødt til at have kendskab til en række andre faktorer for at kunne afklare sin retsstilling. Tilsvarende ændres karakteren af domstolsprøvelsen fra at være konstaterende til at være normerende. Den forebyggende retsforståelse medfører, at domstolene i langt videre omfang end tidligere bliver retsskabende. Området for domstolenes fortolkende virksomhed bliver så at sige åbnet op af en bred og upræcis lovgivning. Der er momenter i den retspolitiske debat, som tyder på, at dette er lovgivers ønske. Det fremgår således af lovbemærkningerne og de politiske motiveringer af hele den analyserede lovgivning, at afgrænsningen af de anvendte begreber og betingelser for indgreb overlades til domstolene. På baggrund af, at de analyserede lovgivninger alle er vedtaget med brede til meget brede flertal i Folketinget kan det ikke afvises, at Folketinget på det strafferetlige område ønsker en ændret rollefordeling mellem lovgiver og domstole. Den ændrede rollefordeling resulterer i så fald i en udvidelse af domstolenes fortolkningskompetence. Som beskrevet i afsnit 2.3 er udviklingen allerede i gang eller delvis overstået på en række retsområder uden for strafferetten og straffeprocessen. Spørgsmålet er blot, hvor langt udviklingen drives inden for strafferettens område. Lovgivers tilkendegivelser i denne retning må konstateres at ligge klart inden for lovgivers kompetence, og er i relation til den analyserede lovgivning klart i overensstemmelse med retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning.

#### 4.5.2 Retssikkerhedsbegrebets balance – vægtningen af hensyn

Analysen af den retspolitiske debat afdækker, at lovgivers argumentation i alt væsentligt kan betragtes som baseret på reelle overvejelser over karakteren af den kriminalitet, som samfundet står over for. Som antydnet i afsnit 2.3 bliver retsforståelsen udfordret af de udviklinger, der sker i samfundet som helhed, herunder globaliseringen og teknologiseringen, som kriminelle naturligvis også benytter sig af. Der henvises således flere gange i både lovbemærkninger og de politiske motiveringer til teknologiske og kriminologiske begrundelser for lovgivningen. Således omtales f.eks. den øgede globalisering af den organiserede kriminalitet som en del af begrundelsen for at begrænse forsvarets aktindsigt. Tilsvarende omtales globaliseringen som en del af begrundelsen for terrorpakkerne. Teknologiargumentet skimtes endvidere bag terrorpakkerne i det omfang fastlæggelsen af beskyttelsesinteresserne i straffeloven §§ 114 og 114a angiver omfanget og karakteren af den skadevirkning, moderne terrorisme konkret kan resultere i. Teknologiargumentet var tillige dominerende i argumentationen bag indgreb i meddelelshemmeligheden, hvor argumentet blev benyttet både direkte for en udvidelse af adgangen til at foretage indgreb, og indirekte i forbindelse med de ressourcemæssige problemstillinger, som kriminelles anvendelse af teknologien stillede politiet overfor. De grundlæggende motiveringer for lovgivers ønsker om at styrke kriminalitetsbekæmpelsen kan således ikke alene henføres til tilfældige folkestemninger omkring dagsaktuelle medieomtalte uretfærdigheder – eller til den ”*konsekvens af en flerhed af politiske initiativer*” - som Advokatrådets prisopgave lægger op til. Udviklingen må også anskues som et led i bredere forståelse hos lovgiver om, at ændringer i kriminalitetsbilledet kræver ændringer i bekæmpelsen. Denne mere konkrete eller specifikke problematik skal ses i sammenhæng med den ovenfor nævnte mere generelle udviklingstendens i selve retsforståelsen. Det er klart, at en mere værdibaseret regulering i samspil med skærper inden for strafferettens område tilsammen virker overvældende.

Den retspolitiske analyse gør det klart, at lovgivers ønsker konkret er begrundet i hensynet til kriminalitetsbekæmpelse, og således kan placeres i den ende af retssikkerhedsbegrebet, som omtales som kollektiv retssikkerhed. Straffelov og straffeproses anskues i dette perspektiv som midler til at forhindre og straffe forbrydere, og ikke som værn om forbryderes friheder eller muligheder for at undgå eller reducere strafrikoen. Denne opfattelse ligger for så vidt i forlængelse af straffelovens formål og også inden for det klassiske retssikkerhedsbegreb. Som anført i afsnit 3.7.1 udgjorde retssikkerhedsbegrebets konstituerende forudsætning om magtens adskillelse oprindeligt en strafferetlig doktrin primært rettet imod vilkårlig straf



for politiske afvigelser. Det er som beskyttelsesmekanisme omkring politiske friheder, at retssikkerhedsbegrebet har sit udspring, og tillige aktuelt yder den bredeste materielle beskyttelse. Analysen af retssikkerhedsbegrebet som sådan indebærer ikke en udvidet materiel beskyttelse af personer, som begår forbrydelser, der ligger uden for retssikkerhedsbegrebets politiske kerneområde. Modstykket hertil er, at der ikke inden for strafferetten stilles væsentlige anderledes krav til formulering af loven end der stilles i den almindelige forvaltningsret. Legalitetsprincippet inden for strafferetten indebærer dog, at omfanget af gyldige retskilder begrænses i forbindelse med fortolkningen af en straffebestemmelse. Dette indebærer imidlertid ikke, at der skal vælges den mindst indgribende straf. Udgangspunktet inden for strafferetten er således at finde den skyldige og at tildele ham en passende straf. Der kan ikke af retssikkerhedsbegrebets materielle beskyttelser udledes betingelser, som begrænser lovgivers muligheder for at vægte hensynet til kriminalitetsbekæmpelse højere end andre hensyn. Analysen af den retspolitiske debat viser tillige, at den foretagne vægtning har fornøden dækning i retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning, idet vægtningen af de analyserede lovgivninger har samlet et bredt politisk flertal.

Analysen viser endvidere, at lovgiver respekterer de juridiske rammer, der kan opstilles omkring lovgivningskompetencen. Dette kommer klart til udtryk i forbindelse med forløbet omkring proceduren for administrativ udvisning i udlændingeloven. Her valgte lovgiver at ændre proceduren i en retning, som formentlig vil være i overensstemmelse med EMRK i relation til at sikre udlændingen effektive retsmidler. Spørgsmålet kan dog ikke anses for afklaret, og det kan ikke udelukkes, at adgangen til effektiv kontradiktion forudsætter en form for dialog mellem udlændingen og den særlige advokat, som i praksis skal varetage dennes interesser. Denne tvivl kunne være afværget ved at tillade en vis dialog. Afvisningen heraf kan muligvis ses som udtryk for, at lovgiver ønsker at ”gå til stregen” og afsøger de juridiske rammer for lovgivningskompetencen. Dette ses også i udvidelserne af de processuelle indgreb, hvor lovgiver i alle tilfælde tilkendegav at tilstræbe en balance mellem hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen og hensynet til borgernes retsbeskyttelse. Det må derfor konstateres, at vægtningen af de retssikkerhedsmæssigt relevante hensyn holder sig inden for de rammer, der kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger som disse er afgrænset i afsnit 3. Afvejningen af hensynene er reelt lovgivers prærogativ, og skønt der kan rejses kritik af afvejningen, kan det ikke påvises, at lovgivningsstrategien er i strid med retssikkerhedsbegrebet – hverken i relation til de begrebmæssige eller retlige forudsætninger, som kan udledes heraf.

### 4.5.3 Retssikkerhedsbegrebets processuelle kerne

Analysen bekræfter, at beskyttelsen af borgernes rettigheder uden for de politiske frihedsrettigheder, som med nogen væsentlighed kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger, er af processuel karakter. Som anført i afsnit 3.4.2 har grundrettighedernes regulering i Grundloven og EMRK mere karakter af processuelle minimumsgarantier end egentlige materielle rettigheder. Dette harmonerer med det moderne retssikkerhedsbegrebs karakter af procesbeskyttelse. Grundloven og EMRK kan i et vist perspektiv læses som kataloger over fremgangsmåder for at gennembryde de materielle rettigheder. Således er undtagelserne til de fleste rettigheder i EMRK så omfattende, at der næppe kan opstilles et velafgrænset kerneområde for den indholdsmæssige beskyttelse. Tilsvarende gør sig for vidt gældende i relation til strafferetsplejen, der samlet set udgør undtagelser til Grundlovens beskyttelse af den personlige frihed, privatlivets fred og meddelelseshemmeligheden. Konstruktionen af rettigheder med tilhørende fravigelser begrundes i sig selv, at fokus falder på fremgangsmåderne ved anvendelsen af undtagelserne frem for på selve indholdet af rettighederne. De egentlige grundrettigheder bliver hermed procesrettighederne. Opfattelsen af grundrettigheder som procesrettigheder ligger i umiddelbar forlængelse af retsforståelsen i socialstaten og passer for så vidt også til den forebyggende forståelse af retten. For disse retsforståelser er det ikke afgørende at fastlægge et velafgrænset indhold af en regulering, idet reguleringen skal opfylde en række styremæssige behov, som måske ikke engang er kendte på reguleringstidspunktet. Borgerens beskyttelse i relation til selve indholdet af reguleringen er derfor svækket. Den eneste praktiske måde at sikre borgernes rettigheder på bliver således gennem udviklingen af et omfattende processystem, som sikrer, at myndighederne følger fastlagte fremgangsmåder og ikke tager uvedkommende hensyn. Opfattelsen er ikke ny, men udviklingen i retning af en processuel orienteret forståelse af rettighederne er accelereret i takt med udviklingen i retsforståelsen fra den klassiske retsopfattelse til den mere moderne retsaktivisme.

Kernen i procesrettighederne udgøres af kravet om lovhjemmel, en forud fastlagt procedure og muligheden for uafhængig prøvelse. Disse krav står i direkte forbindelse med det klassiske retssikkerhedsbegreb som vist i afsnit 2. De formelle krav om hjemmel og procedure afgiver i sig selv ikke tilstrækkelig sikkerhed for, at betingelserne for at fravige en beskyttelse er opfyldt. Som anført i afsnit 3.5 afhænger den procesretlige beskyttelse i praksis og i realiteten derfor alene af domstolenes kontrol med disse betingelser. Denne konstatering er heller

ikke ny. Analysen af den retspolitiske debat viser, at samtlige udvidelser af området for de analyserede tvangsindgreb er underlagt de kendte processuelle fremgangsmåder, herunder også kravet om domstolsprøvelse. Det er derfor vanskeligt i denne henseende at konstatere et decideret skred i retsbeskyttelsen.

## 5. Konklusioner, perspektiver og anbefalinger

*At forbyde en mængde ligegyldige handlinger er ikke ensbetydende med at forebygge de forbrydelser, som disse handlinger kan give anledning til. Det betyder snarere at skabe nye forbrydelser og efter forgodtbefindende at definere begreberne dyd og last.*

Beccaria, Forbrydelse og straf.

### 5.1 Konklusioner

#### 5.1.1 Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi

Afsnit 2 afdækker, at retssikkerhedsbegrebet har et begrebsmæssigt kerneområde, som samtidig udgør begrebets analytiske værdi. Den analytiske værdi ligger først og fremmest i, at begrebet kan anvendes til at afgrænse de retlige rammer om det fænomen, vi kalder retssikkerhed, og dermed sikre, at debatten herom foregår på et nogenlunde velafgrænset grundlag. Retssikkerhedsbegrebets analytiske værdi kan udledes af begrebets funktion som koblingsbegreb mellem en række grundlæggende værdier og selve retsordenen. Generelt kan de grundlæggende værdier knyttes til nogle almenmenneskelige retfærdighedsforestillinger, som strukturelt modsvarer af strukturen i retssikkerhedsbegrebet. Det er dog først i mødet med en ideologi, at retfærdighedsforestillingerne konkretiseres som udtryk for retlige forestillinger, der kan indlejres i en retsorden. I den klassiske retsstat optræder retssikkerhedsbegrebet integrerende og strukturerende for retsstatsideologiens retlige forestillinger. Retssikkerhedsbegrebet udgør således i analytisk forstand grundlaget og udgangspunktet for et juridisk normsæt og virker dermed som en juridisk grundnorm, som sikrer, at retsstatens værdiforestillinger konkretiseres i en retsorden.

Retssikkerhedsbegrebets kerneområde centrerer omkring en forudsætning om forudsigelighed i retsanvendelsen som fundamentet for beskyttelsen af individet mod magtudøvelse fra statens side. Retssikkerhedsbegrebet opstiller både en materiel beskyttelse af borgernes rettigheder og en formel ramme af procedurer som værn om borgernes retsbeskyttelse. Samlet set udtrykker de to aspekter den klassiske idé om retssikkerhed i den forstand, at statslige indgreb skal respektere et vist indhold af de borgerlige friheder og være forudsigelige. Sikringen heraf

forudsætter et demokratisk princip som legitimerende for retsstaten, således at statens magtudøvelse ikke kan udspilles uantastet og ubegrænset. Fordringen om forudsigelighed forudsætter endvidere eksistensen af en retsorden som konstituerende for retsstatens virksomhed. Retsordenen udgør den samlede formulering af retsstatens værdier i en retlig operativ terminologi, hvorigennem retsstatens mål kan realiseres. Retsstatens ideal om forudsigelighed indebærer en tilnærmelsesvis fuldstændig normering i loven som forudsætning for borgernes handlinger og domstolenes prøvelse af myndighedsudøvelsen. I dette perspektiv udgør skønsudøvelse en trussel mod retsanvendelsens forudsigelighed. Primært i forhold til borgerne, idet skønselementer gør det vanskeligt at forudberegne de retlige konsekvenser af handlinger. I relation til domstolsprøvelsen betyder et skønselement principielt, at relevante retningsgivere for prøvelsen ikke kan udledes af selve regelgrundlaget. Risikoen for vilkårlighed bliver derfor overhængende.

Afhandlingen viser tillige, at retssikkerhedsbegrebets funktion som koblingsbegreb mellem værdier og den retlige orden bevirker, at retssikkerhedsbegrebet besidder en indre dynamik, som kan omfatte flere forskellige værdisystemer. Retssikkerhedsbegrebets konkrete udtryk kan derfor ikke opfattes som andet end historisk betingede værdiopfattelser. Retssikkerhedsbegrebet kan endvidere opfattes som en fortolkningsramme om disse opfattelser. Retssikkerhedsbegrebets kerne om forudsigelighed – legalitet – udtrykker i dette perspektiv begrebets aktuelle væsentligste funktion som strukturerende princip for forholdet mellem de øvrige værdisystemer. I kraft af retssikkerhedsbegrebets centrale funktion som strukturerende princip for en række andre værdisystemer, integrerer begrebet tillige disse værdisystemer i et samlet retligt hele, og fungerer dermed som et væsentligt bærende element for statens og samfundets sammenhængskraft. Dette kan også ses som en direkte følge af begrebets uadskillelige sammenhæng med den demokratiske styreform som absolut legitimerende faktor. Retssikkerhedsbegrebet hænger uløseligt sammen med demokratiet og dermed tillige med selve kernen og omdrejningspunktet i de moderne vestlige statsdannelser og samfundsformer. I dette perspektiv bliver retssikkerhedsbegrebets funktion således gennem kontinuerlig strukturering af værdisystemer i en retlig terminologi at understøtte og opretholde den demokratiske stats- og samfundsmodel.

Dette perspektiv bevirker tillige, at retssikkerhedsbegrebet udspiller sig i - og ikke kan forstås uafhængigt af - fortolkningsrummet mellem kollektive interesser og individuelle interesser. De kollektive interesser udtrykkes i form af statens krav om objektiv realisering af retsordenen, herunder hensynet til borgernes, statens og samfundets sikkerhed. I lyset af rets-

sikkerhedsbegrebet som strukturerende og bærende i forhold til den demokratiske samfundsmodel træder grundlaget for den kollektive retssikkerhed klart frem. Den demokratiske styreform kan siges at udgøre selve forudsætningen og det praktiske fundamentet for, at retssikkerhed overhovedet kan udspilles, ligesom det demokratiske princip gennemsyrrer selve statsopfattelsen og forståelsen af, hvorledes forandringer gennemføres i samfundet som helhed. Interessen i at opretholde denne styreform udgør dermed udgangspunktet for den kollektive retssikkerhed.

### **5.1.2 Parallelle retsopfattelser**

Afhandlingen afdækker, at det klassiske retssikkerhedsbegreb ikke kan opretholdes uændret. Dette skyldes påvirkninger af både intern og ekstern karakter. Afhandlingen peger på, at især udviklingen af velfærdsstaten - med dens krav om statens sociale forpligtelser som statens hovedformål - ændrer forudsætningerne for det klassiske retsstatsparadigme. Dette skifte i fokus afspejles bl.a. i socialstatens opfattelse af retsordenen som socialt styringsinstrument, som især sættes igennem ved en omfattende lovgivning til finansiering og fordeling af samfundets goder. Socialstatens kompleksitet kendetegnes bl.a. ved, at lovene ikke længere alene tjener konkrete politiske formål, men griber ind i hinanden og opfylder en række sammensatte formål, herunder styringsformål. Socialstatens retlige aktivisme indebærer tillige, at lovgivningen antager karakter af rammelovgivning omkring styringen af samfundet. Socialstatens retsopfattelse nedbryder derved det retsstatslige ideal om lovgivningens evne til fuldstændigt at normere retstilstanden. Den øgede anvendelse af ramme- og planlovgivning kan ses som et forsøg på at opretholde en vis lovgivningsmæssig ramme og legitimitet om de retlige afgørelser. Men selve indholdet – de enkelte afgørelser – flyder i større og større omfang som resultat af en skønsomhed baseret på fortolkningen af retsprincipper og vurderinger af de konkrete foreliggende forhold, og ikke som følge af en direkte anvendelse af lovens ordlyd.

Sideløbende hermed udfordres det klassiske retsstatsparadigme af den teknologiske udvikling og globaliseringstendenserne, som i relation til kriminalitetsbekæmpelse indebærer helt nye udfordringer, herunder at muligheden for etablering af globaliserede samarbejds mønstre kan introducere nye forståelser af begreber som f.eks. strafbar medvirken. Teknologien indebærer tillige, at skadevirkningerne af f.eks. terrorhandlinger kan have langt videre konsekvenser end tidligere. Dette udfordrer den traditionelle måde at opfatte borgernes beskyttelsessfære på, idet risikoen for skadevirkninger i sig selv fører til et øget ønske om yderligere muligheder for overvågning og dermed om indgreb i borgernes klassiske retsstatslige rettigheder.

Tilsammen udsætter disse udviklingstendenser det klassiske retsstatslige retssikkerhedsbegreb for en række udfordringer, især i relation til bevarelsen eller udviklingen af nye opfattelser af retssikkerhedsbegrebets grundlæggende fordring om forudsigelighed. Udviklingen foregår i flere lag og består således af flere parallelle retsforståelser, hvor den konkrete situation påkalder sig den retsmodel eller retsanvendelse, som findes bedst egnet til situationen.

### **5.1.3 Retssikkerhedsbegrebets retlige udtryk**

Afhandlingen afdækker, hvorledes det klassiske retssikkerhedsideal er konkretiseret i retsregler og retsprincipper. Således udtrykker grundrettighederne og de juridiske grundsætninger retssikkerhedsbegrebets retlige forestillinger i juridisk terminologi. Afhandlingen viser, at beskyttelsen af grundrettigheder i dag i meget vidt omfang har karakter af procesregler. Beskyttelsen retter sig således mere mod de fremgangsmåder, som staten skal følge, når der gøres indgreb i rettigheder frem for på selve indholdet af rettighederne. Denne processuelle retsforståelse af retsbeskyttelsen indebærer, at de klassiske kernerettigheder ikke på afgørende måde står i vejen for socialstatens adgang til intervention.

Den processuelle forståelse af retsbeskyttelsen bevirker tillige, at domstolene får en central rolle i forbindelse med både at afgrænse et eventuelt materielt beskyttelsesindhold, og med at påse, om staten har overholdt de formelle fremgangsmåder. Domstolsprøvelsens reelle karakter kan imidlertid sammenfattes derhen, at domstolene i vidt omfang alene prøver det formelle grundlag for en forvaltningsafgørelse, herunder prøvelsen af grundlaget for et administrativt skøn uden at lægge afgørende vægt på skønnets resultat. Domstolsprøvelsen i relation til både forfatningskontrol og den almindelige prøvelse udgør i overvejende grad en prøvelse af procesgarantier. Domstolsprøvelsens rækkevidde respekterer således de nye retlige styringsbehov for åbenhed i retsgrundlaget med følgende adgang til skønsmæssige afgørelser.

På tilsvarende vis opstiller legalitetsprincippet heller ikke grænser af afgørende betydning omkring den materielle beskyttelse af borgerne. På det begrebsmæssige plan er princippet afgørende for den retlige sammenhæng i den klassiske retsforståelse. På det praktiske plan forholder princippet sig ikke direkte til indholdet af en afgørelse, men til dennes formelle grundlag. Inden for strafferetten indebærer legalitetsprincippet en begrænsning af de retskilder, som kan få afgørende betydning for den strafferetlige fortolkning. Der gælder herudover ikke væsentligt anderledes krav til lovgrundlaget og fortolkningen indenfor strafferetten, end i den almindelige forvaltningsret. Legalitetsprincippet giver alene sikkerhed for, at straffen følger loven, men indeholder ingen begrænsninger i, hvilke forhold der kan gøres strafbare, eller

hvorledes disse forhold skal fortolkes, udover at fortolkningen skal foretages i tæt samspil mellem lovens gerningsbeskrivelse og den foreliggende handling. Der ligger som udgangspunkt således ingen begrænsninger for statens intervention i form af udvidelser af det strafbare område eller formuleringen heraf.

Forståelsen af retsbeskyttelsen som en processuel beskyttelse kommer klart til udtryk i procesretten. Procesbeskyttelsen sammenfattes i begrebet om den retfærdige rettergang, som ramme om en række detaljerede krav om forudsigelighed, hjemmel og prøvelse. Procesretten udgør således aktuelt den fremmeste moderne retlige eksponent for det klassiske retssikkerhedsbegreb. De anvendte begreber og betingelser for anvendelsen af straffeprocessuelle tvangsindgreb betoner således det meget stærke krav om hjemmel, som behersker området omkring frihedsrettighederne. Det klassiske retsstatslige perspektiv om at værne borgerne mod statsmagten underbygges inden for strafferetsplejen tillige af, at samtlige efterforskningskridt af betydning som udgangspunkt er underlagt domstolsprøvelse. Endelig opstilles et værn i form af en fundamental forhåndsformodning for, at den tiltalte er uskyldig.

#### **5.1.4 Retspolitiske balancer**

Afhandlingen påviser en forskel i argumentationen, som fremføres af lovgiver og kritikere i forbindelse med lovgivningsprocessen. Kritikernes argumentation kan i alt væsentligt føres tilbage til den klassiske retsforståelse, hvor forudsigelighed i retsanvendelse udgør et af hovedformålene med lovgivningen. Heroverfor står en forståelse af retten og retssikkerhedsbegrebet inden for det strafferetlige område, som er under udvikling i retning væk fra det klassiske retssikkerhedsbegreb. Lovgivers retsforståelse kan placeres inden for de nyere retsopfattelser af retten som et fremadrettet socialt styringsinstrument og måske tillige som et forebyggende middel i kampen mod kriminalitet. Tilsvarende ændres vilkårene for domstolsprøvelsen, hvor den traditionelle bagudrettede konstatering af en overtrædelse ikke længere vil være tilstrækkelig til at udmønte statens styringsbehov. Domstolens rolle udvides til i langt videre omfang end tidligere at omfatte retsskabende virksomhed.

Analysen af den retspolitiske debat afdækker, at lovgivers motiveringer i vidt omfang kan henføres til overvejelser af værdipolitisk karakter om en styrket kriminalitetsbekæmpelse. Udviklingen må anskues som et led i en bredere forståelse hos lovgiver om, at ændringer i kriminalitetsbilledet kræver ændringer i bekæmpelsen. Vægtningen af hensynet til kriminalitetsbekæmpelse ligger inden for den kreds af hensyn, som omfattes af det klassiske retssikkerhedsbegreb. Lovgivers vægtning af kriminalitetshensynet har tillige fornøden dækning i



retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning. Afhandlingen viser endvidere, at vægtningen af de retssikkerhedsmæssigt relevante hensyn respekterer de rammer, der kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger, og skønt afvejningen kan give anledning til retspolitisk kritik, kan det ikke påvises, at lovgivningsstrategien er i strid med retssikkerhedsbegrebet.

## **5.2 Perspektiver og anbefalinger**

Afhandlingens konklusion er i grove træk, at den analyserede lovgivning ikke i retlig forstand kan antages at være i strid med retssikkerhedsbegrebet. Vægtningen af kollektive og individuelle retssikkerhedsinteresser er et rent retspolitisk spørgsmål, så længe vægtningen udspiller sig inden for de retlige grænser, som retssikkerhedsbegrebet opstiller. Afhandlingen giver dog alligevel anledning til nogle nærmere overvejelser og anbefalinger.

### **5.2.1 Domstolenes ændrede rolle**

Analysen af straffelovens gerningsbeskrivelser giver grundlag for at antage, at de opfattelser af retten som socialt styringsinstrument, som i længere tid har domineret området uden for straffelovgivningen, nu også er begyndt at bevæge sig ind på dette område. Anvendelsen af brede, upræcise gerningsbeskrivelser og adfærdskodeks tyder på, at lovgiver i stigende omfang anskuer også strafferetten som et styringsinstrument. Heri ligger, at straffelovgivningen opfattes som et middel til pre-aktivt at forebygge og skride ind over for en adfærd, som det ikke opleves muligt på forhånd at afgrænse mere præcist. Antagelsen understøttes af, at de straffeprocessuelle virkemidler er udvidet, således at politiets muligheder for at skride ind, før en forbrydelse begås, herunder også afværge og opklare flere forbrydelser end tidligere, er blevet styrket. Som antydet i afhandlingen indebærer samspillet mellem brede straffebestemmelser og en udvidet adgang til brug af straffeprocessuelle indgreb en risiko for, at borgerens retsbeskyttelse, herunder også beskyttelsen af borgere, som ikke er kriminelle, skrider. Dette skyldes, at straffelovens gerningsbeskrivelser åbner adgang til brug af straffeprocessuelle indgreb. Straffebestemmelser, som vanskeligt lader sig afgrænse, giver dermed mulighed for, at anvendelsen af straffeprocessuelle indgreb udvides.

Udviklingen udfordrer som nævnt den traditionelle opfattelse af retssikkerhed på straffedområdet, men kan ikke herudover ses at være retssikkerhedsmæssig uforsvarlig i begrebets retlige forstand. I det traditionelle retssikkerhedsperspektiv er afgrænsningen af gerningsind-

holdet en opgave, som ligger hos lovgiver. Lovgiver formodes i videst mulige omfang at præcisere, hvilke handlinger, der ønskes straffet. Det betyder i det traditionelle perspektiv – som behersker straffeområdet – at der i det omfang, hvor lovgivningen er upræcis, reelt overlades en retspolitisk opgave til domstolene. Den styringsorienterede, pre-aktive retsforståelse betyder, at lovgiver må forventes i stigende omfang at undlade at præcisere gerningsbeskrivelser nærmere i lovgivningen. Afhandlingen viser, at lovgiver i relation til de analyserede lovgivninger mere eller mindre bevidst afstod fra at beskrive de strafbare gerninger præcist. Denne opgave blev overladt til domstolene. Det er tillige en naturlig følge af den konstituerende kerne i retsstaten, at hvad lovgiver ikke præciserer i lovene, må afgrænses af forvaltningen eller domstolene – typisk i et samspil mellem disse. Den egentlige retssikkerhedsgaranti, som kan udledes af det moderne processuelt orienterede retssikkerhedsbegreb, ligger hos domstolene som den ultimative procesgaranti. Det er således alene domstolene, som gennem deres praksis udvikler og opstiller betingelserne for, hvornår straf og tvangsindgreb kan foretages.

Som følge af den generelle udvikling må det forventes, at domstolene fremover vil skulle udøve en større grad af egentlig retsskabende virksomhed end tidligere. Dette vil i parentes bemærket uundgåeligt placere domstolene i et politisk spændingsfelt, hvilket også kan spores i den øgede tendens til at kritisere domme fra politisk hold. Udfordringen til domstolene inden for strafferetten består i, at de i tillæg til at konstatere, at en gerningsbeskrivelse er opfyldt, nu også selv skal udfylde gerningsbeskrivelsen i langt højere grad end tidligere. I relation til afklaring af skyldsspørgsmålet – dvs. egentlig afklaring af gerningsindholdet - indebærer dette en udvidet kompetence til strafferettens civile deltagere i form af domsmænd og nævninge. I relation til anvendelsen af tvangsindgreb skal tilstanden vurderes i sammenhæng med, at den gerningsbeskrivelse, som den juridiske dommer finder frem til, giver adgang til et bredere spektrum af tvangsindgreb end tidligere. En sådan retstilstand indebærer i sagens natur risiko for retsusikkerhed.

Uden for strafferettens område har denne afgrænsningsproces som følge af velfærdsstatens styringsbehov stået på i en længere periode. Uden for straffeområdet er det – som anført i afhandlingen – i vidt omfang udgangspunktet, at domstolene støtter sig til den fortolkning af retsgrundlaget og sagen, som administrationen og klageorganerne har anlagt. Der foretages naturligvis en selvstændig vurdering af sagens kendsgerninger mv., men ved fortolkningen af loven er det udgangspunktet, at opfattelsen hos fagkyndige organer lægges til grund. Hertil kommer, at domstolene ikke prøver indholdet af det forvaltningsretlige skøn, men begrænser sig til at konstatere, om procesgarantierne er opfyldt. Uden for straffeområdet er der således

en række faktorer, som domstolene kan støtte sig til, når loven skal afgrænses. Tilsvarende gør sig ikke gældende inden for straffeområdet, idet legalitetsprincippet her indebærer en begrænsning af de relevante retskilder. Det ville i øvrigt være stridende mod uskyldsformodningen, såfremt man blot adopterede det civilretlige bevisgrundlag i strafferetten. Dette ville svare til, at politiets og anklagemyndighedens opfattelser af sagen ville lægges til grund i tvivlstilfælde. Realiteten er, at domstolene inden for strafferetten er overladt til sig selv, lovens forarbejder og de civile deltagere, når gerningsindholdet skal fastlægges.

#### **5.2.1.1 Anbefaling om øget vægt på præjudikater**

På ovennævnte baggrund er det nærliggende at antage, at anvendelsen af præjudikater kan få større betydning for den strafferetlige retsanvendelse. Når fastlæggelsen af gerningsindholdet ikke med en vis klarhed fremgår af lov og forarbejder, er det naturligt at forestille sig, at domstolene, forsvarere og anklagemyndigheden vil søge vejledning i tidligere domspraksis. Dette forudsætter, at præjudikaterne klart beskriver, hvilke momenter, der lægges vægt på i relation til afgrænsningen af et givent gerningsindhold. Mit kendskab til strafferetlig domspraksis giver ikke grundlag for at antage, at det nuværende niveau for beskrivelse af de strafbare gerninger kan anvendes som fyldestgørende præjudikater. Det er især vedrørende nævningesager utilstrækkeligt, at nævningene ikke er pålagt en forpligtelse til offentligt og skriftligt at begrunde, hvorfor en handling anses for strafbar. Problematikken kan muligvis adresseres gennem øgede krav til anlageskriftet eller til den juridiske dommers begrundelsespligt eller til selve offentliggørelsen af dommen i de juridiske ugeskrifter. Det anbefales under alle omstændigheder, at problemstillingen omkring domsbegrundelser vurderes i lyset af ovenstående med henblik på at styrke offentlighedens indsigt i de konkrete afgrænsninger af gerningsbeskrivelserne.

#### **5.2.1.2 Anbefaling om undersøgelse af domspraksis**

I forbindelse med sin kritik af ”dobbelt-advokat”-ordningen i afsnit 4.3.3 gav Smith udtryk for betænkeligheder over domstolenes forvaltning af kontrollen med straffeprocessuelle tvangsindgreb. Tilsvarende betænkeligheder ligger formentlig bag Retssikkerhedsfondens anbefalinger i afsnit 4.3.1.3 om en mere konkret feedback til dommerne om resultatet af de indgreb, som de har tilladt. På baggrund af domstolenes centrale placering som den egentlige retssikkerhedsgaranti, samt under hensyn til den nævnte risiko for udglidning, der ligger i samspillet mellem procesreglerne og de brede straffebestemmelser, er det af meget væsentlig

retssikkerhedsmæssig betydning at afdække karakteren og omfanget af domstolenes praksis vedrørende tvangsindgreb. Efter det oplyste foreligger der ikke selvstændige og sammenhængende analyser af indholdet af domstolenes begrundelser for tvangsindgreb, ligesom der heller ikke foreligger studier af, hvilken betydning tvangsindgrebene har haft for efterforskning og domfældelse i konkrete straffesager. Det anbefales derfor, at der – eventuelt i forbindelse med fremtidige prisopgaver – rettes fokus på at belyse disse sammenhænge, herunder udvikle et informationssystem, som sikrer, at dommerne jævnlige orienteres om resultaterne af de tvangsindgreb, de har tilladt.

### **5.2.2 Retsgrundlagets globalisering**

Afhandlingen viser, at dansk ret i stigende omfang udsættes for internationale retlige påvirkninger i form af konkrete krav om specifik normering, som ikke oprindeligt er fremkommet fra Danmark. Afhandlingen viser således, at EMRK og EMDs praksis formentlig vil få stadig større betydning for forståelsen af procesrettighedernes rækkevidde og den materielle beskyttelse af de politiske frihedsrettigheder i dansk ret. Tilsvarende indebærer EU-reguleringen en naturlig tilpasning og udvikling af dansk ret, herunder tillige på strafferetlige områder, som baggrunden for især Terrorpakke I viste. Terrorpakkerne viste endvidere, at mere globale retsdannelser i form af FN-konventioner kan få vidtrækkende direkte betydning for dansk ret afhængig af, hvor tvingende de omstændigheder, som konventionerne bliver til under, opleves af verdenssamfundet. Dansk ret kan således ikke længere ses som isoleret fra resten af verden, og de retlige aktører er derfor i et vist omfang nødsaget til at forholde sig aktivt til denne udvikling. For lovgiver kommer tilpasningen af sig selv, idet lovgiver ikke kan undslå sig for at forholde sig aktivt til retsudviklingen. For domstolene kan det formentlig indebære en øget retlig aktivisme og en mere pågående prøvelse af loves overensstemmelse med Grundloven og andre grundlæggende rettigheder. For advokaterne bør det resultere i en øget faglig orientering mod internationale retlige fora og den forberedende virksomhed, som foregår dér – hovedsageligt med henblik på at analysere den eventuelle lovgivningsmæssige betydning, som udviklingen kan få i Danmark.

### **5.2.3 Lovkvalitet**

I relation til samtlige de lovgivninger, som er analyseret i afsnit 4 blev det i et eller andet omfang gjort gældende af de kritisk indstillede høringsparter, at forberedelsen af lovgivningerne ikke fulgte det traditionelle mønster med nedsættelse af bredt sammensatte lovforbere-

dende udvalg. Kritikken var baseret på den opfattelse, at lovkvaliteten blev bedre, såfremt flere parter havde været inddraget i forberedelsen.

Lovkvalitet er et særdeles luftigt begreb, som omfatter både rent lov-tekniske hensyn til formulering og systematik så vel som hensyn til behovet for lovgivningen samt hvilke interesser, der tilgodeses heri. Lovkvalitet i form af bredt sammensatte udvalg medvirker tillige til at indfri retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning. Heroverfor står imidlertid betragtninger om nødvendigheden af bredt sammensatte udvalg i relation til afklaringen af de konkrete behov, som en given lovgivning skal varetage. Indsatsen mod organiseret kriminalitet i afsnit 4.3 og 4.4 kan fremhæves som eksempler på, at behovet for ændringerne formentlig alene kunne findes hos politi- og anklagemyndigheden, og at yderligere udvidelse af kredsen til afklaring af behovet hos disse myndigheder således formentlig heller ikke ville bidrage med noget væsentligt af betydning herfor. Det kan samtidig her påpeges, at lovgiver af en række forskellige årsager kan opleve, at lovgivningen haster så meget, at omfattende forudgående udvalgsarbejder ikke kan afventes. Der kan således opstilles flere grunde til, at lovforslag ikke nødvendigvis behøver at sendes i lovforberedende udvalg.

Udgangspunktet i lovgivningsprocessen er endvidere indrettet således, at kritikere og berørte parter har mulighed for at modificere eller påpege egne behov i forbindelse med lovforslagernes høringsfase. Også her har der været kritik af korte høringsfrister – både i forhold til den analyserede lovgivning, men også senest i forbindelse med vedtagelsen af udlændingelovens bestemmelser om differentieret adgang til opholdstilladelse. Det forekommer ikke indlysende, at høringsfrister tilsyneladende kan beskæres så kraftigt, at de berørte parter i realiteten afskæres fra at fremkomme med relevant og gennearbejdet kritik. Dette skal endvidere ses på baggrund af, at retssikkerhedsbegrebets demokratiske forudsætning også kan udstrækkes til at omfatte et krav om, at berørte parter skal inddrages i lovgivning, som vedrører dem. Adgangen til reel høring kan dermed opfattes som en del af retssikkerhedsbegrebets retlige forudsætninger.

#### **5.2.3.1 Anbefaling om fire ugers høringsfrist**

På baggrund heraf anbefales, at Advokatrådet tager initiativ til, at der fremsættes forslag til folketingsbeslutning om, at der i Folketingets Forretningsorden indsættes en bestemmelse om, at lovforslag skal have været i offentlig høring i minimum 4 uger, forinden lovforslag kan enten fremsættes til første behandling eller overgå til anden behandling.

### **5.2.3.2 Anbefaling om mere præcise høringsvar**

Arbejdet med analysen af den retspolitiske debat afdækkede, at mange høringsparter i deres kritik undlod at konkretisere deres anvendelse af retssikkerhedsbegrebet. Tilsvarende synes kritikerne i et vist omfang at have vanskeligt ved at omsætte kritikken til argumenter, som blev oplevet som relevante af lovgiver. En del kritik havde decideret useriøs karakter, og en del kritik var baseret på misforståelser af lovgrundlaget.

Det anbefales, at høringsvar fremover præciserer de argumenter og betænkeligheder af ren retlig karakter, som et lovforslag måtte give anledning til, herunder at anvendelsen af retssikkerhedsbegrebet altid konkretiseres eller eksemplificeres, idet begrebet ellers risikerer at fremstå som et tomt og useriøst argument.

### **5.2.4 Det virkelige retssikkerhedsproblem**

Afhandlingens konklusioner om, at de analyserede lovgivninger ikke i retlig forstand kan karakteriseres som retssikkerhedsmæssigt uforsvarlige, hænger bl.a. sammen med, at de grundlæggende procesgarantier, som kan udledes af retssikkerhedsbegrebets retlige dimension, er overholdt. I straffeprocessen opereres endvidere med den materielle sandheds princip og uskyldsformodningen, som tilsammen skærper kravene til bevisbyrden betydeligt i forhold til civile sager mellem forvaltning og borger. I strafferetten stilles endvidere krav om, at de afgørende retskilder i almindelighed begrænses til lov, forarbejder, kendsgerningerne omkring handlingen og de konkrete beviser. Der er således på forhånd opstillet et detaljeret og omfattende værn om den mistænkte og dennes rettigheder, som efter min vurdering betyder, at der skal noget til, før en ændring kan betragtes som et skred i retssikkerheden. Tilsvarende garantier er ikke opstillet for retsområder uden for straffeområdet.

Afhandlingen peger på eksistensen af flere parallelle retsforståelser, hvoraf de dominerende uden for strafferettens område alle i et eller andet omfang opfatter lovgivning som udtryk for et aktivt og fremadrettet socialt styringsinstrument. Dette genfindes i en omfattende anvendelse af ramme- og planlovgivning, normering af retstilstand i bekendtgørelser og interne retningslinjer samt en udpræget anvendelse af administrative skøn. Dette modsvarer af en række administrative rekursorganer, nævn og råd, som alle medvirker til at filtrere retstilstanden og i vidt omfang dermed begrænser og tilrettelægger grundlaget for domstolenes prøvelse i et hidtil uset omfang. Modstykket hertil er, at domstolene accepterer både prøvelsesbegrænsningen i relation til indholdet af administrative skøn, samt at de administrative organers fagkyndige opfattelser danner udgangspunktet for den øvrige prøvelse.

Udviklingen skal endvidere ses på baggrund af stigende teknologiske og administrative ønsker om øget anvendelse og samkøring af data omkring borgernes forhold, som i det væsentlige betyder, at borgerne ikke længere har mulighed for at bevare store dele af sit privatliv uden for myndighedernes søgelys. Der er endnu ikke udformet tilstrækkelige procesgarantier for indsamling, anvendelse og sikring af disse oplysninger. Der er ikke høstet tilstrækkelige erfaringer omkring oplysningernes konkrete anvendelighed, samt i hvilket omfang oplysninger kan indgå i beslutningsgrundlaget, eller hvordan de skal vurderes. Ovenstående skal tillige ses i sammenhæng med, at store dele af disse oplysninger indsamles og administreres af ikke-jurister til formål, som ikke er reguleret på forhånd. På denne baggrund forekommer det som om, de reelle retssikkerhedsproblemer ligger uden for strafferettens område, og vedrører almindelige borgeres daglige liv.

#### **5.2.4.1 Anbefaling af en ny prisopgave**

På den baggrund anbefales, at Advokatrådet - eventuelt i samarbejde med andre aktører - tager initiativ til at udskrive en prisopgave med henblik på at afdække udviklingen i retssikkerhedsbegrebet i relation til forholdet mellem borger og forvaltning, herunder belyse eventuelle forskydninger i balancen mellem beskyttelsen af borgernes rettigheder og forvaltningens adgang til gribe ind i disse. Det anbefales, at opgaven primært besvares inden for det socialretlige, miljøretlige eller skatte- og afgiftsretlige område, eller med fokus på emner, som berører forvaltningens adgang til at indsamle og anvende oplysninger om borgerne. Opgaven bør i øvrigt problematisere udviklingens betydning for ensartet retsanvendelse.

#### **5.2.4.2 Anbefaling af retsforståelse til sagsbehandlere**

Retssikkerhedsbegrebets kernebegreb om ensartet retsanvendelse sættes naturligt under pres i takt med, at store dele af forvaltningsapparatet varetages af ikke-jurister i den kommunale eller regionale sektor. Heri ligger ikke, at de lokale sagsbehandlere og specialister ikke kan antages at udføre deres opgaver samvittighedsfuldt og ordentligt. Heri ligger alene, at det lokale personale ikke nødvendigvis er i besiddelse af en grundlæggende juridisk forståelse for væsentligheden af en retlig sammenhæng i samfundet som sådan. Det lokale personale kan heller ikke forventes nødvendigvis at være i besiddelse af grundlæggende viden om de basale retlige rammer omkring skønsmæssige afgørelser samt faktisk forvaltningsvirksomhed. Disse mangler indebærer en overhængende risiko for en uensartet retstilstand på tværs af forvaltningsgrænser, og for at retsenheden på det fundamentale niveau nedbrydes. I betragtning af, at

retssikkerhedsbegrebet også kan anskues som bærende for sammenhængskraften i samfundet som sådan, er det væsentligt at sikre en vis ensartet forståelsesramme omkring de mere specialiserede retsopfattelser og retlige praktikker, som udspiller sig i lokale forvaltninger.

Det anbefales derfor, at advokaternes organisationer i samråd med de relevante faglige organisationer udarbejder og superviserer et korterevarende efteruddannelsesforløb for ikke-juridiske sagsbehandlere i kommuner og regioner. Forløbet bør især fokusere på at bibringe deltagerne en grundlæggende forståelse for retlig tænkning og problemløsning samt tilbyde praktiske redskaber til varetagelse af skønsmæssig afgørelsesvirksomhed.



## Litteratur og praksis

### Litteratur:

- Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 1994, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009.
- Andersen, Per*, En historie om nogle almindelige retsprincipper i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Anners, Erik*, Den europæiske rets historie, Universitetsforlaget, 4. oplag, 1991.
- Baumbach, Trine*, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Beccaria, Cesare*, Om forbrydelse og straf, 1764, dansk udgave, Museum Tusulanums Forlag, 1998.
- Bentzon, Agnete Weis og Torben Agersnap*, Retssikkerhed, legitimitet og tillid i Ret og usikkerhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Blume, Peter* Sikkerhed og usikkerhed – e-kommunikation og retspolitik i Ret og usikkerhed, Jurist- og Økonomforbundet Forlag.
- Blume, Peter*, Rejsen til Amerika – persondata, terror, ret, UfR 2004B.407.
- Bormann, Anne Louise, m.fl., Loven*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
- CEPOS, Den private ejendomsret som menneskerettighed, notat af 10. maj 2006.
- CEPOS, Menneskerettighedsdomstol underkender fuldstændig hemmeligholdelse af beviser i sager om national sikkerhed, notat af 26. februar 2009.
- CEPOS, Lovforslag om udvidet adgang til aflytning er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, notat af 23. marts 2009.
- Christoffersen, Jonas*, Domstolsprøvelse i terrørsager mv., UfR 2004B.97.
- Christoffersen, Jonas* i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Dahlberg-Larsen, Jørgen*, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984.
- Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.
- Elmqvist, Henrik Vædele*, Singular lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.
- Eyben, W. E. von*, Juridisk Ordbog, G. E. C. Gads Forlag, 8. udgave, 1991.
- Folketingets Lovsekretariat, Regeringens anti-terrorepakke (bekæmpelse af terrorisme), 21. januar 2002.
- Folketingets Ombudsmand, Direktør Jens Møller, Borgernes retssikkerhed efter reformen, indlæg på Arbejds-skadestyrelsens konference april 2004.
- Hartnack, Justus*, Menneskerettigheder, C. A. Reitzels Forlag, 1994.
- Gammeltoft-Hansen, Hans*, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg.
- Gammeltoft-Hansen, Hans*, Strafferetspleje II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989, 1. udg.
- Gammeltoft-Hansen, Hans*, Afgrænsningen af ”straffeprocessuelle tvangsindgreb”, UfR 1979B.1.
- Germer, Peter*, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.
- Greve, Vagn og Jørn Vestergaard*, Strafansvar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002.
- Greve, Vagn*, Om terrorismedefinitionen og tiltalebeføjelser, 8. april 2002, Retsudvalget L 35 – bilag 93.

- Hagel-Sørensen*, Karsten i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Henrichsen*, Carsten, Retfærdighed – en begrebsanalyse, Suum Quige, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- Henrichsen*, Carsten, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Suum Quige, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- Henrichsen*, Carsten, Retsstaten – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- Henrichsen*, Carsten, Om grundværdier og grundrettigheder i Grundrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.
- Henrichsen*, Carsten, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.
- Jakobsen*, Turf Böcker, Retssikkerhed som rationalitetsmyte, Dansk Sociologi, nr. 2/16, årg. 2005.
- Jensen*, Jørgen Albæk, Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis, UfR 1992B.349.
- Jensen*, Jørgen Albæk i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006.
- Jensen*, Orla Friis i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Jensen*, Svend Gram, Alm. retslære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988.
- Jochimsen*, Jørgen i Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008.
- Johansen*, Jens Chr. V., Om anvendelsen af begrebet retssikkerhed ved danske domstole, UfR 1994B.172.
- Jørgensen*, Stig, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.
- Ketscher*, Kirsten og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987.
- Kristiansen*, Bettina Lemann i Retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Kristiansen*, Jens i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Koch*, Henning i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Koch*, Pernille Boye i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006.
- leksikon.org, <http://www.leksikon.org/art.php?n=2158>.
- Lorenzen*, Peer i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Nudansk Ordbog, Politikens Forlag, 13. udgave, 1987.
- Olsen*, Henrik Palmer, Noget nyt og noget gammelt i Grundrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.
- Olsen*, Henrik Palmer, Magtfordeling, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.
- Olsen*, Henrik Palmer, Rationalitet, ret og moral, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.
- Poulsen*, Jakob Lund i Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008.
- Rasmussen*, Louise Nan og Søren Schönberg, EU-menneskeret, en udfordring til dansk ret, Karnov Forlag, 1993.
- Revsbech*, Karsten, Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992.
- Smith*, Eva, Straffeprocessen, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991.
- Smith*, Eva, Der var engang en retsstat, Politiken 7. maj 2003.
- Smith*, Eva i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Smith*, Eva i Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008.
- Straffelov, kommenteret, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001.
- Straffelov, kommenteret, Speciel del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 9. omarbejdede udgave, 2008.

*Søndergaard*, Jens Teilberg, Grundlovens forudsætning om demokrati, UfR 2001B.248.  
*Sørensen*, Jørgen Steen, i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006.  
*Tamm*, Ditlev, Dansk Retshistorie, Studieudgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.  
Tankens magt, Vestens idehistorie, bind 2, Lindhardt & Ringhof, 2006.  
*Toftegaard-Nielsen*, Gorm, Centrale straffeprocessuelle principper, UfR 2004B.77.  
*Toftegaard-Nielsen*, Gorm, Magtfordeling og Grundlovens §3, UfR 2005B.358.  
*Vestergaard*, Jørn, Anti-terrorepakken – den strafferetlige del, Lov & Ret, 1/2001.  
*Vestergaard*, Jørn, Knivforbud og visitation som udtryk for pre-aktiv strafferet, UfR 2004B.373.  
*Vestergaard*, Jørn, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006.  
*Vestergaard*, Jørn, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006.  
wikipedia.org, <http://da.wikipedia.org/wiki/Retssikkerhed>.  
[wikipedia.org, http://da.wikipedia.org/wiki/Velfærdsstat](http://da.wikipedia.org/wiki/Velfærdsstat).  
*Waaben*, Knud, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991.  
*Zahle*, Henrik, Dansk Forfatningsret 2, Christian Ejlers Forlag, 1987.  
*Zahle*, Henrik, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003.

#### Lovforslag:

L 32 af 13. december 2001 m. betænkning og høring.  
L 35 af 13. december 2001 m. betænkning og høring.  
L 139 af 27. februar 2002 m. betænkning og høring.  
L 218 af 23. april 2003 m. betænkning og høring.  
L 217 af 31. marts 2006 m. betænkning og høring.  
L 124 af 4. februar 2009, m. betænkning og høring.  
L 209 af 28. april 2009 m. betænkning og høring.  
L 211 af 29. april 2009 m. betænkning og høring.

#### Internationale retsakter:

FN International konvention til bekæmpelse af finansieringen af terrorisme, 9. december 1999.  
Rådets Rameafgørelse om bekæmpelse af terrorisme, 14845/1/01 m. Rådserklæring.  
FN Resolution 1373 (2001) tiltrådt af Sikkerhedsrådet den 28. september 2001.  
Europarådets Konvention om forebyggelse af terrorisme, Warszawa 16. maj 2005.

#### Domme:

UfR 1913.457H.  
UfR 1971.299H.  
UfR 1980.955H.  
UfR 1998.800H.  
UfR 1999.841H.  
UfR 1999.1771Ø.  
UfR 2001.1276H.

UfR 2008.1587H.

UfR 2008.2394H.

UfR 2009.1453H.

A. and others v. United Kingdom af 19. februar 2009.

- 1 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009.
- 2 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 1994, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- 3 Karsten Revsbech, Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992, s. 13.
- 4 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987.
- 5 Juridisk Ordbog, W. E. von Eyben, G. E. C. Gads Forlag, 8. udgave, 1991.
- 6 Nudansk Ordbog, Politikens Forlag, 13. udgave, 1987.
- 7 <http://www.leksikon.org/art.php?n=2158>.
- 8 <http://da.wikipedia.org/wiki/Retssikkerhed>.
- 9 Folketingets Ombudsmand, Direktør Jens Møller, Borgernes retssikkerhed efter reformen, indlæg på Arbejdsskadestyrelsens konference april 2004.
- 10 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 11 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 12 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 6.
- 13 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 9-11.
- 14 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 11.
- 15 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 1994, s. 17-26.
- 16 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 17 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 1994, s. 17.
- 18 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 1994, s. 18.
- 19 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 20 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 21 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 22 Advokatrådets Retssikkerhedsprogram 2009, s. 8.
- 23 Turf Böcker Jakobsen, Ph..D, Retssikkerhed som rationalitetsmyte, Dansk Sociologi, nr. 2/16, årg. 2005. Artiklen bygger på Jakobsens ph.d.-afhandling, Legitimitetens logik: Institutionelle dilemmaer i det sociale klagesystem, Sociologisk Institut, Københavns Universitet, 2004.
- 24 Turf Böcker Jakobsen, Ph..D, Retssikkerhed som rationalitetsmyte, Dansk Sociologi, nr. 2/16, årg. 2005, s. 20.
- 25 Turf Böcker Jakobsen, Ph..D, Retssikkerhed som rationalitetsmyte, Dansk Sociologi, nr. 2/16, årg. 2005, s. 21.
- 26 Turf Böcker Jakobsen, Ph..D, Retssikkerhed som rationalitetsmyte, Dansk Sociologi, nr. 2/16, årg. 2005, s. 22.
- 27 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Suum Quige, s. 24-25, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 28 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984., s. 30.
- 29 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 25-26, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 30 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X4.
- 31 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984.
- 32 Henrik Palmer Olsen, Magtfordeling, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005, Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001 og Henrik Zahle, Dansk Forfatningsret 2, Christian Ejlers Forlag, 1987.
- 33 Gorm Toftegaard-Nielsen, Magtfordeling og Grundlovens §3, UfR 2005B.358.
- 34 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008, s. 55.
- 35 Tankens magt, Vestens idehistorie, bind 2, Lindhardt & Ringhof, 2006, s. 789-791.
- 36 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 15-16.
- 37 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 13-16.
- 38 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 32-33.
- 39 Baseret på oversættelsen af Menneskerettighedserklæringen i Ditlev Tamm, Dansk Retshistorie, Studieudgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- 40 Ditlev Tamm, Den danske ”Constitution” og den franske revolution, UfR 1989B.449.
- 41 Carsten Henrichsen, Retsstaten – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 9, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 42 Carsten Henrichsen, Retsstaten – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 10-11, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 43 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 32-33.
- 44 Carsten Henrichsen, Retsstaten – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 18, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 45 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 26-31, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 46 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 26-27, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 47 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X.
- 48 Karsten Revsbech, Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992, s. 11-16.
- 49 Karsten Revsbech, Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992, s. 12.
- 50 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 26-27, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>

- 
- 51 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. VII.
- 52 Karsten Revsbech, Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992, s. 11.
- 53 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 27-28, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 54 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X.
- 55 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 28-29, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 56 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 29-30, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 57 Cesare Beccaria, Om forbrydelse og straf, 1764, dansk udgave, Museum Tusulanums Forlag, 1998, s. 59.
- 58 Cesare Beccaria, Om forbrydelse og straf, 1764, dansk udgave, Museum Tusulanums Forlag, 1998, s. 59.
- 59 Carsten Henrichsen, Retssikkerhed – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 30-31, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 60 Carsten Henrichsen, Retsstaten – en begrebsanalyse, Rettens fremtider, Københavns Universitet, 2000, s. 20, på <http://jura.ku.dk/ansatte/hjemmesider/carstenhenrichsen/rettensfremtider/>
- 61 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X.
- 62 Svend Gram Jensen, Alm. retslære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, 23-24.
- 63 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 19.
- 64 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 71-72.
- 65 Svend Gram Jensen, Alm. retslære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, 30-32.
- 66 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 75.
- 67 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 40.
- 68 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 49.
- 69 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 77.
- 70 Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991, s. 34.
- 71 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994.
- 72 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 99.
- 73 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 74 ff.
- 74 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 79.
- 75 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 67 ff.
- 76 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 15.
- 77 Menneskerettigheder, Justus Hartnack, C. A. Reitzels Forlag, 1994., s. 38.
- 78 For eksempel nævner Hartnack Platons begreb om det Gode, John Rawls teori om det ubundne rationelle valg og Robert Nozicks berettigelsesteori. Man kunne tillige nævne Jürgen Habermas og den herredømmefri dialog eller John Finnis' begreb om de syv basale værdier. Thomas Høilund repræsenterer en dansk form for idealistisk retsopfattelse. Om man vil kalde alle de nævnte eksempler for idealister kan diskuteres. Dette ligger uden for rammerne af denne afhandling.
- 79 Jens Teilberg Søndergaard, Grundlovens forudsætning om demokrati, UfR 2001B.248 jf. UfR 1998.800H.
- 80 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 16-19.
- 81 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 94-100.
- 82 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 109.
- 83 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 110.
- 84 <http://da.wikipedia.org/wiki/Velfærdsstat>
- 85 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 17.
- 86 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 91.
- 87 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 125.
- 88 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 17.
- 89 Jørgen Dahlberg-Larsen, Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så?, Akademisk Forlag, 1984, s. 117.
- 90 Agnete Weis Bentzon og Torben Agersnap i Ret og usikkerhed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- 91 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X3.
- 92 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X4.4.
- 93 Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, Offentlig ret: Retsanvendelse og retssikkerhed, G.E.C Gad, 1987, kap. X4.5.
- 94 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 18.
- 95 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 82.
- 96 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 19.
- 97 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 19.
- 98 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 22.
- 99 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 123.
- 100 Carsten Henrichsen, Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 124.
- 101 Bettina Lemann Kristiansen i Retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 70-73.
- 102 Bettina Lemann Kristiansen i Retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 71.
- 103 Bettina Lemann Kristiansen i Retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 70.
- 104 bl.a. Moderne Retsvidenskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.
- 105 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 147-179.

- 
- 106 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 154.
- 107 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 155.
- 108 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 175-176.
- 109 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 173.
- 110 Per Andersen, En historie om nogle almindelige retsprincipper, i Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 176.
- 111 Jens Chr. V. Johansen, Om anvendelsen af begrebet retssikkerhed ved danske domstole, UfR 1994B.172.
- 112 Advokatrådets retssikkerhedsprogram 2009, s. 10.
- 113 Advokatrådets retssikkerhedsprogram 2009, s. 10-11.
- 114 Henrik Palmer Olsen i Grundrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.
- 115 Henrik Palmer Olsen i Grundrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 37.
- 116 Erik Anners, Den europæiske rettens historie, Universitetsforlaget, 4. oplag, 1991, s. 224-230 og s. 330-338.
- 117 Jørgen Albæk Jensen i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006 og Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 31-33.
- 118 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 4.
- 119 Jørgen Steen Sørensen i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 126 ff.
- 120 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 387.
- 121 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003.
- 122 Lov nr. 285 af 29. april 1992.
- 123 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 412.
- 124 Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 15-39.
- 125 Jonas Christoffersen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 18.
- 126 Jonas Christoffersen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 27.
- 127 Peer Lorenzen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 34.
- 128 Peer Lorenzen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 37.
- 129 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003.
- 130 Louise Nan Rasmussen og Søren Schönberg, EU-menneskeret, en udfordring til dansk ret, Karnov Forlag, 1993, s. 26-28.
- 131 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 386.
- 132 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 211 og 237 og Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 422 samt Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 435.
- 133 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 431.
- 134 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 211 og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 225-226.
- 135 Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 436.
- 136 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 106.
- 137 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 432.
- 138 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 433.
- 139 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 433.
- 140 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 235.
- 141 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 434.
- 142 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 435.
- 143 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 242-243.
- 144 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 251.
- 145 Orla Friis Jensen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 480.
- 146 UfR 1913.457 H.
- 147 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 437-439.
- 148 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 459.
- 149 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 438.
- 150 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 74.
- 151 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 280.
- 152 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 91.
- 153 Jørgen Albæk Jensen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 551.
- 154 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 4-8 og 278.
- 155 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 450.
- 156 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 90.
- 157 Jørgen Albæk Jensen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 540.
- 158 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 294.
- 159 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 142.

- 
- 160 Jens Kristiansen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 563.
- 161 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 296.
- 162 Jens Kristiansen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 566.
- 163 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 456.
- 164 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 303.
- 165 Henning Koch i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 574.
- 166 Henning Koch i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 579.
- 167 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Menneskerettigheder, 3. udg., Christian Ejlers Forlag, 2003, s. 131.
- 168 Henning Koch i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 588.
- 169 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 457.
- 170 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 298.
- 171 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 166-177.
- 172 Jørgen Steen Sørensen i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 126 ff.
- 173 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 4-8.
- 174 Pernille Boye Koch i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 57.
- 175 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 188.
- 176 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 191.
- 177 Pernille Boye Koch i Grundloven, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006, s. 60.
- 178 UfR 1971.299H, UfR 1980.955H og UfR 1999.841H.
- 179 Karsten Hagel-Sørensen i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 391.
- 180 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 183.
- 181 Henrik Vædele Elmquist, Singulær lovgivning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 461.
- 182 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 172.
- 183 Eva Smith i Grundloven, kommenteret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 407.
- 184 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 156.
- 185 Jakob Lund Poulsen i Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 285.
- 186 Jørgen Jochimsen i Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 730.
- 187 L 139 Forslag til Lov om ændring af retsplejeloven (Forbedret vidnebeskyttelse), 27. februar 2002, pkt. 1.3.
- 188 Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 210.
- 189 L 139 Forslag til Lov om ændring af retsplejeloven (Forbedret vidnebeskyttelse), 27. februar 2002, pkt. 5.1.
- 190 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 46.
- 191 Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 2, 3. udg., 2001, s. 29.
- 192 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 4-8 og 77-78.
- 193 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 62.
- 194 Citat fra Bent Christensen som gengivet i Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 62.
- 195 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 96.
- 196 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 95.
- 197 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 96.
- 198 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 140.
- 199 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 31-32.
- 200 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 70.
- 201 Kommenteret straffelov, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001, s. 93.
- 202 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 197.
- 203 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 154-155.
- 204 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 80-82.
- 205 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 82.
- 206 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 71.
- 207 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 172-173.
- 208 Kommenteret straffelov, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001, s. 95.
- 209 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 568.
- 210 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 188-189.
- 211 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 100-101 og Kommenteret straffelov, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001, s. 95.
- 212 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 73-77.
- 213 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 161-164.
- 214 Anne Louise Bormann m.fl., Loven, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, 14.
- 215 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 72.
- 216 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 299-301.
- 217 Kommenteret straffelov, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001, s. 95.
- 218 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 72.
- 219 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 302.
- 220 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 303-315.
- 221 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 314.



- 
- 222 Kommenteret straffelov, Almindelig del, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, 7. omarbejdede udgave, 2001, s. 97.
- 223 Vagn Greve og Jørn Vestergaard, Strafansvar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 154.
- 224 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 465-466.
- 225 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 527.
- 226 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 530-532.
- 227 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 538.
- 228 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 551.
- 229 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E. C. Gad Forlag, 2. oplag 1991, s. 3-5.
- 230 Retsplejeloven § 683 i lbk. nr. 1069 af 6. november 2008.
- 231 Se yderligere herom i Gorm Toftegaard Nielsen, Centrale straffeprocessuelle principper, UfR 2004B.77.
- 232 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 13.
- 233 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989, 1. udg., s. 81.
- 234 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 12.
- 235 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 17.
- 236 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 17.
- 237 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 13.
- 238 Retsplejeloven, lbk. nr. 1069 af 6. november 2008, § 96, stk. 2.
- 239 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 17.
- 240 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 193.
- 241 Hans Gammeltoft-Hansen, Afgrænsningen af ”straffeprocessuelle tvangsindgreb” i UfR 1979B.1, s. 8.
- 242 Hans Gammeltoft-Hansen, Afgrænsningen af ”straffeprocessuelle tvangsindgreb” i UfR 1979B.1, s. 7.
- 243 Hans Gammeltoft-Hansen, Afgrænsningen af ”straffeprocessuelle tvangsindgreb” i UfR 1979B.1, s. 6.
- 244 Straffeloven, lbk. nr. 1068 af 6. november 2008, §§ 13 og 14.
- 245 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989, 1. udg., s. 82 og Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 90.
- 246 Formuleringerne er f.eks. anvendt i §§ 782, stk. 1, 791c, stk. 2, 792e, stk. 1, 797, og 758, stk. 1 og 798, st. 1 i Retsplejeloven, lbk. nr. 1069 af 6. november 2008.
- 247 Retsplejeloven, lbk. nr. 1069 af 6. november 2008, § 754c, stk. 3.
- 248 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 148.
- 249 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1989, 1. udg., s. 93.
- 250 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 18.
- 251 Eva Smith, Straffepoces, grundlæggende regler og principper, G. E. C. Gad Forlag, 2. udg., 1991, s. 20.
- 252 Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 642.
- 253 Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 598.
- 254 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 67.
- 255 Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 599.
- 256 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 95.
- 257 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 96-98.
- 258 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 96.
- 259 Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje I, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, 2. udg., s. 98-101.
- 260 EMD 154, Hauschildt som omtalt i Den europæiske menneskerettighedskonvention, kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, s. 177.
- 261 Peter Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, s. 192.
- 262 Terrorpakke I ved L 35 af 13. december 2001, vedtaget som L 378 af 31. maj 2002 og Terrorpakke II ved L 217 af 31. marts 2006, vedtaget som L 542 af 8. juni 2006.
- 263 Justitsministerens indlæg under fremlæggelsesdebatten af L 35 af 13. december 2001.
- 264 L 35 af 13. december 2001, pkt. 1.2.
- 265 International konvention til bekæmpelse af finansieringen af terrorisme, 9. december 1999.
- 266 Resolution 1373 (2001) tiltrådt af Sikkerhedsrådet den 28. september 2001.
- 267 Rådets Rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme, 14845/1/01, Retsudvalget L 35 – bilag 15.
- 268 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 269 L 35 af 13. december 2001, specielle bemærkninger til nr. 4.
- 270 Europarådets Konvention om forebyggelse af terrorisme, Warszawa 16. maj 2005 – L 217 af 31. marts 2006, bilag 1.
- 271 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 272 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 273 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 6.
- 274 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 7.
- 275 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.2.
- 276 Folketingets Lovsekretariat, Regeringens anti-terrorpakke (bekæmpelse af terrorisme), 21. januar 2002, Retsudvalget L 35 – bilag 10, s. 39-44.
- 277** Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 278 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.1.2.
- 279 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.1.1.2.
- 280 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 1.4.

- 
- 281 Betænkning over L 35 afgivet den 21. maj 2002, pkt. 3, Retsudvalget L 35 – bilag 141, pkt. 3.
- 282 Søren Søndergaard (EL) under 1. lovforslagets 1. behandling.
- 283 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 284 Rådets Rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme, 14845/1/01, Retsudvalget L 35 – bilag 15, pkt. 10.
- 285 Rådets erklæring, pkt. 2 i Retsudvalget L 35 – bilag 15.
- 286 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 287 Betænkning over L 35 afgivet den 21. maj 2002, pkt. 3, Retsudvalget L 35 – bilag 141, pkt. 3.
- 288 Justitsministerens svar på spørgsmål 23 og 113.
- 289 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 509.
- 290 Vagn Greve, Om terrorismedefinitionen og tiltalebeføjelser, 8. april 2002, Retsudvalget L 35 – bilag 93.
- 291 Justitsministerens besvarelse af spørgsmål 120, pkt. 3.
- 292 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 1.2.
- 293 Betænkning over L 217 afgivet den 30. maj 2006, pkt. 4, Retsudvalget L 217 – bilag 54.
- 294 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 497-510.
- 295 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 296 Justitsministerens besvarelse af spørgsmål 101.
- 297 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 506.
- 298 Citeret efter Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 500.
- 299 Justitsministerens svar på spørgsmål 99.
- 300 UfR 2009.1453H.
- 301 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 302 Vagn Greve, Om terrorismedefinitionen og tiltalebeføjelser, 8. april 2002, Retsudvalget L 35 – bilag 93.
- 303 Justitsministerens svar på spørgsmål 274, pkt. 7.
- 304 Betænkning over L 35 afgivet den 21. maj 2002, pkt. 3, Retsudvalget L 35 – bilag 141, pkt. 4.
- 305 Jørn Vestergaard, Anti-terrorpakken – den strafferetlige del, Lov & Ret, 1/2001, Retsudvalget L 35 – bilag 28, s. 4.
- 306 Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 509.
- 307 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 308 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 6.
- 309 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 310 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 5.
- 311 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 3.
- 312 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.3.1.
- 313 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 4.
- 314 Jørn Vestergaard, Anti-terrorpakken – den strafferetlige del, Lov & Ret, 1/2001, Retsudvalget L 35 – bilag 28, s. 4.
- 315 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 14.
- 316 Jørn Vestergaard, Anti-terrorpakken – den strafferetlige del, Lov & Ret, 1/2001, Retsudvalget L 35 – bilag 28, s. 4.
- 317 Rådets Rammeafgørelse om bekæmpelse af terrorisme, 14845/1/01, Retsudvalget L 35 – bilag 15, art. 2, stk. 2.
- 318 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 15.
- 319 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 41.
- 320 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 35-36.
- 321 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 39-40.
- 322 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 36.
- 323 LF 217 af 31. marts 2006, pkt. 2.5.1.
- 324 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 41.
- 325 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 43.
- 326 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 45.
- 327 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 41.
- 328 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 44.
- 329 L 35 af 13. december 2001, Specielle bemærkninger, nr. 5 - § 114b.
- 330 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.1.1.
- 331 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 12.
- 332 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.

- 
- 333 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.1.1.
- 334 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6.
- 335 L 35 af 13. december 2001, pkt. 2.3.1.1.
- 336 Jørn Vestergaard, Strafferetlig lovgivning om bekæmpelse af terrorisme, TfK 1/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 12, s. 12.
- 337 Knud Waaben, Strafferettens almindelige del, G. E.C. GAD Forlag, 2. oplag 1991, s. 146.
- 338 Justitsministerens svar på spørgsmål 117.
- 339 Betænkning over L 35 afgivet den 21. maj 2002, pkt. 3, Retsudvalget L 35 – bilag 141, pkt. 3.
- 340 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 2.4.2.1 og 2.5.1.
- 341 Jørn Vestergaard, Det strafferetlige værn mod terrorisme – nye konventionsforpligtelser mv., TfK 4/2006, Retsudvalget L 217 – bilag 2 til bilag 54, s. 44.
- 342 L 211 som fremsat den 29. april 2009.
- 343 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 1.1.
- 344 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 2.1.
- 345 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 2.
- 346 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 2.2.3.
- 347 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 2.2.4.
- 348 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 2.2.4.
- 349 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 3.
- 350 Rigsadvokatens høringsvar af 21. april 2009.
- 351 Høringsvar fra Foreningen af Offentlige Anklagere af 19. april 2009.
- 352 Høringsvar fra Landsforeningen af Forsvarsadvokater af 20. april 2009.
- 353 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 2.2.3.
- 354 Rigsadvokatens høringsvar af 21. april 2009.
- 355 Høringsvar fra Retspolitiske Forening af 20. april 2009.
- 356 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 4.
- 357 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 5.
- 358 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 5.2.2.
- 359 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 12.
- 360 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 12.
- 361 Høringsvar fra Østre Landsret af 21. april 2009, s. 5.
- 362 Høringsvar fra Institut for Menneskerettigheder af 1. maj 2009.
- 363 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 13.
- 364 BEK nr. 511 af 20. juni 2005.
- 365 Indsat ved BEK 540 af 11. juni 2009.
- 366 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 7.1.
- 367 Høringsvar fra Institut for Menneskerettigheder af 1. maj 2009, s. 3.
- 368 Høringsvar fra Institut for Menneskerettigheder af 1. maj 2009, s. 4.
- 369 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 16.
- 370 Betænkning til L 211, Retsudvalget, L 211 – bilag 10, s. 4.
- 371 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 3.2.1.
- 372 Tillæggbetænkning til L 211, Retsudvalget L 211 – bilag 13, s. 4.
- 373 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 5.
- 374 Høringsvar fra Dommerforeningen af 21. april 2009.
- 375 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 3.2.1.
- 376 Betænkning 1424/2002 om straffastsættelse og strafferammer.
- 377 Høringsvar fra Østre Landsret af 21. april 2009, s. 2.
- 378 Rigsadvokatens høringsvar af 21. april 2009, s. 5.
- 379 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 5.
- 380 Høringsvar fra Retspolitiske Forening af 20. april 2009, s. 2.
- 381 Høringsvar fra Advokatrådet af 22. april 2009, s. 1.
- 382 Spørgsmål 36 fra Retsudvalget.
- 383 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 3.2.4.
- 384 Høringsvar fra Det Kriminalpræventive Råd af 15. april 2009.
- 385 Høringsvar fra Landsforeningen af Forsvarsadvokater af 20. april 2009, s. 3.
- 386 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 10.
- 387 Kommenteret høringsoversigt af 29. april 2009, Retsudvalget L 211 – bilag 1, s. 55.
- 388 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 3.4.
- 389 L 211 som fremsat den 29. april 2009, pkt. 3.2.2.
- 390 Spørgsmål 42 fra Retsudvalget.
- 391 L 124 som fremsat den 4. februar 2009.
- 392 L 35 af 13. december 2001, pkt. 1.2.
- 393 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.1.
- 394 Direktiv 97/66/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren.

---

395 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.1.1.2.  
396 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.1.3.3.  
397 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.1.3.1.  
398 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.2.  
399 L 35 af 13. december 2001, pkt. 1.2.  
400 BEK nr. 988 af 28/09/2006.  
401 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.1.3.2.  
402 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.1.  
403 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.1.3.1.  
404 Betænkning over LF 35 afgivet den 21. maj 2002, pkt. 3, Retsudvalget L 35 – bilag 141, pkt. 4.  
405 Peter Blume, Rejsen til Amerika – persondata, terror, ret, UfR 2004B.407.  
406 L 35 af 13. december 2001, specielle bemærkninger til nr. 4.  
407 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.4 og Eva Smith, Straffeprocessen, Forlaget Thomson, 2. udg., 2008, s. 455.  
408 UfR 2001.1276H.  
409 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.4.2.  
410 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.4.  
411 UfR 1999.1771Ø.  
412 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 1.5.2.  
413 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 4.2.1.  
414 L 217 af 31. marts 2006, pkt. 4.2.2.  
415 L 217 af 31. marts 2006, specielle bemærkninger til nr. 4.  
416 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 217 – bilag 8, pkt. 5.  
417 Betænkning over L 217 af 30. maj 2006, Retsudvalget L217 – bilag 54, s. 14.  
418 Betænkning over L 217 af 30. maj 2006, Retsudvalget L217 – bilag 54, pkt. 5.  
419 L 124 som fremsat den 4. februar 2009, pkt. 1.  
420 L 124 som fremsat den 4. februar 2009, pkt. 3.2.  
421 Svar på spørgsmål 4 fra Retsudvalget.  
422 CEPOS, Lovforslag om udvidet adgang til aflytning er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, notat af 23. marts 2009.  
423 CEPOS, Lovforslag om udvidet adgang til aflytning er retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, notat af 23. marts 2009, s. 3.  
424 Kommenteret høringsoversigt af 9. februar 2009, Retsudvalget L 124 – bilag 1, pkt. 1.  
425 Svar på spørgsmål 8 fra Retsudvalget.  
426 Kommenteret høringsoversigt af 9. februar 2009, Retsudvalget L 124 – bilag 1, pkt. 2.  
427 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.3.2.1.  
428 L 35 af 13. december 2001, pkt. 3.3.2.2.  
429 Kommenteret høringsoversigt, Retsudvalget L 35 – bilag 6, pkt. 3.3.  
430 L 218 om ændring af straffeloven og retsplejeloven (Bekæmpelse af rockerkriminalitet og organiseret kriminalitet) som fremsat den 23. april 2003.  
431 L 218 som fremsat den 23. april 2003, pkt. 3.3.1.  
432 Besvarelse af spørgsmål B i åbent samråd den 22. maj 2003, pkt. 2.  
433 L 218 som fremsat den 23. april 2003, specielle bemærkninger til § 2, nr. 9.  
434 L 218 som fremsat den 23. april 2003, specielle bemærkninger til § 2, nr. 9.  
435 Besvarelse af spørgsmål B i åbent samråd den 22. maj 2003, pkt. 13.  
436 L 218 som fremsat den 23. april 2003, pkt. 3.3.1.  
437 Kommenteret høringsoversigt af 24. april 2003, pkt. 2.  
438 Kommenteret høringsoversigt af 24. april 2003, pkt. 4.2.  
439 Eva Smith, Der var engang en retsstat, Politiken 7. maj 2003, optrykt i spørgsmål 40 til Retsudvalget.  
440 Tillæg til kommenteret høringsoversigt, justitsministeriet, sagsnr. 2003-730-0753, pkt. 3.  
441 Betænkning L 218 af 22. maj 2003.  
442 Tillægsbetænkning L 218 af 3. juni 2003.  
443 Fremsat som L 209 den 28. april 2009, vedtaget den 28. maj 2009.  
444 Forslag til lov om ændring af udlændingeloven (Initiativer mod terrorisme m.v. - opfølgning af FN's Sikkerhedsråds resolution nr. 1373 af 28. september 2001 om bekæmpelse af terrorisme), L 32 som fremsat den 13. december 2001.  
445 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 2.1.  
446 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 2.2.  
447 L 32 som fremsat den 13. december 2001, specielle bemærkninger til nr. 6.  
448 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 4.3.  
449 Svar på spørgsmål 4 til Retsudvalget.  
450 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 4.3.  
451 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 2.2.  
452 L 32 som fremsat den 13. december 2001, specielle bemærkninger til nr. 18.  
453 Kommenteret høringsoversigt af 30. januar 2002, pkt. 3.4.  
454 Jonas Christoffersen, Domstolsprøvelse i terrørsager mv., UfR 2004B.97.  
455 Jonas Christoffersen, Domstolsprøvelse i terrørsager mv., UfR 2004B.97, s. 99.

- 
- 456 Jonas Christoffersen, Domstolsprøvelse i terrorsager mv., UfR 2004B.97, s. 101.  
457 UfR 2008.2394H.  
458 A. and others v. United Kingdom af 19. februar 2009.  
459 CEPOS notat om Menneskerettighedsdomstol underkender fuldstændig hemmeligholdelse af beviser i sager om national sikkerhed af 26. februar 2009.  
460 L 209 som fremsat den 28. april 2009, pkt. 2.2.1.  
461 L 209 som fremsat den 28. april 2009, pkt. 2.7.  
462 L 209 som fremsat den 28. april 2009, pkt. 4.1.4.  
463 Kommenteret høringsoversigt af 30. april 2009, pkt. 3.5.  
464 L 209 som fremsat den 28. april 2009, specielle bemærkninger til nr. 7 § 45h.  
465 Kommenteret høringsoversigt af 30. april 2009, pkt. 3.1.  
466 L 209 som fremsat den 28. april 2009, pkt. 4.1.5.  
467 Kommenteret høringsoversigt af 30. april 2009, pkt. 3.5.  
468 L 209 som fremsat den 28. april 2009, specielle bemærkninger til nr. 7 § 45h.  
469 Jørn Vestergaard, Knivforbud og visitation som udtryk for pre-aktiv strafferet, UfR 2004B.373.