

Forældelse af strafansvar i miljø sager

Af adjunkt, ph.d. ANNETTE NØRBY MØLLER-SØRENSEN,
Afdelingen for Proces- og Kriminalvidenskab, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Indledning

I denne artikel behandles udvalgte spørgsmål vedrørende forældelsen af strafansvar i *miljø sager*.¹ De behandlede problemstillinger knytter sig dels til forældelsesfristens længde, dels fastlæggelsen af tidspunktet for forældelsesfristens påbegyndelse.

Miljøstraffesagerne er navnlig specielle, fordi *retsgrundlaget* overvejende har et forebyggende sigte. Miljøkravene er udformet med henblik på at undgå uønsket menneskelig påvirkning af natur og miljø. Dette får afgørende betydning for fastlæggelsen af det strafbare gerningsindhold: Oftest vil det alene være den uønskede påvirkning, der er omfattet af bestemmelsens ordlyd. Den tilstand, eksempelvis en forurening, som tilsidesættelsen af miljøkravet resulterer i, vil dermed ikke i sig selv være strafbar. Tilsvarende har det ikke betydning for strafansvaret, om tilsidesættelsen af reglerne har resulteret i netop den tilstand, som reguleringen sigtede mod at undgå.

Karakteristisk for miljø sagerne er det derfor også, at der kan foregå en *administrativ lovliggørelsesproces* uafhængigt af den strafferetlige håndhævelse. Såfremt der er etableret en ulovlig

tilstand, vil der i en række tilfælde være hjemmel til at udstede et lovliggørelsespåbud, hvis overtrædelse er selvstændigt strafsanktioneret. Er den ulovlige tilstand af mindre miljømæssig betydning, vil tilsynsmyndigheden omvendt ofte have mulighed for at træffe afgørelse om ændringer i retsgrundlaget (retlig lovliggørelse), således at det ulovlige forhold bliver lovligt for fremtiden.

Hvad angår spørgsmålet om *forældelsesfristens længde* giver ovennævnte navnlig anledning til overvejelser om nødvendigheden af en særlig lang forældelsesregel for strafansvaret ved overtrædelser af miljøbeskyttelseslovgivningen. I artiklen kritiseres det desuden, at forældelsesfristen ikke i alle henseender er den samme for fysiske og juridiske personer.

Vedrørende tidspunktet for *forældelsesfristens påbegyndelse*, samler interessen sig først og fremmest om spørgsmålet, hvornår den strafbare virksomhed eller unkladelse kan anses for »ophørt«, jf. strfl. § 94, stk. 1. I artiklen redegøres der for, hvordan forbrydelsen kan bringes til ophør både ved fysisk og retlig lovliggørelse. Ved fysisk lovliggørelse vil tidspunktet, hvorfra forældelsesfristen skal regnes, variere under hensyn til, om der er tale om en strafbar aktivitet, tilstand eller unkladelse. Særlige fortolkningsproblemer knytter sig til fastlæggelsen af gerningsindholdets tidsmæssige udstrækning ved de strafbare unkladelser, hvor der er fastsat en tidsfrist for opfyldelsen. Anvendelsesområdet for fænomenet »fortsat forbrydelse« er desuden uklart, ligesom det i forureningssager, hvor den strafbare virksomhed eller unkladelse, der har

1. Med »miljø sager« sigtes til sager vedrørende den regulering, der er rettet mod erhvervsvirksomheders og enkeltpersoners påvirkning af de ydre omgivelser, hvilket primært vil sige reglerne om forureningsbekæmpelse, naturbeskyttelse og arealanvendelse, se tilsvarende Karsten Revsbech: *Lærebog i miljøret*, 3. udg., 2002, s. 2. Gennemgangen tager dermed navnlig udgangspunkt i strafbare overtrædelser af de 3 hovedlove; miljøbeskyttelsesloven (mbl.), naturbeskyttelsesloven (nbl.) og planloven (pl.).

forårsaget forureningen, tidsmæssigt er adskilt fra selve forureningens indtræden, kan give anledning til overvejelser om forældelsesfristen eventuelt først skal beregnes fra forureningens indtræden, jf. strfl. § 94, stk. 2.

1. Forældelsesfristens længde i miljøsager

En række *hensyn* fremhæves almindeligvis til støtte for, at strafansvaret forældes en vis tid efter, at det strafbare forhold er begået. Således antages både special- og generalpræventive hensyn samt processuelle hensyn at tale for, at et pådraget ansvar kan ophøre ved forældelse.² Hertil kommer de af Hurwitz betegnede »følelsesmæssige komponenter«, der fører til, at forældelsesfristens længde bør afhænge af forbrydelsens grovhed: »Trangen til repression med alle dens emotionelle forudsætninger og udslag aftager stærkt med tiden og giver plads for en mere medfølelse indstilling overfor lovovertræderen«. Imidlertid fortrænges de omtalte følelser »ved meget grove forbrydelser let af en retsfølelse, der ubetinget insisterer på straf uanset tidsforløbet«.³

Hensynet til en *effektiv* bekæmpelse af forbrydelser ses ofte anført som argument for en længere forældelsesfrist i tilfælde, hvor der kan være særlige vanskeligheder med at opdage det strafbare forhold.⁴ Også inden for miljøområdet har *ringe opdagelsesrisiko* været fremført som argument for at indføre særregler om forældelsesfristens længde, se nedenfor i afsnit 1.2.

2. Se nærmere Stephan Hurwitz: Den danske kriminalret, *Alm. del*, 4. rev. udgave, 1971, s. 140, Knud Waaben: Strafferettens almindelige del I, *Ansvarslæren*, 4. udgave, 2. oplag, 1999, s. 97 f., Vagn Greve: *Det strafferetlige ansvar*, 1999, s. 246, og Gorm Toftegaard Nielsen: Strafferet I, *Answaret*, 2001, s. 287 f.
3. Hurwitz, *Alm. del*, s. 139 f. Toftegaard Nielsen beskriver tankegangen således, at »jo større såret er, jo længere tid er det om at læge«, se *Answaret*, s. 287.
4. Se eksempelvis bet. nr. 433/1966 om strafferetlig forældelse (Forældelsesbetænkningen) s. 15 f. (vedrørende overtrædelser af skatte- og afgiftslovgivningen) og s. 37 ff. (vedrørende behovet for længere forældelsesfrister i anden særlovgivning).

Udgangspunktet er, at forældelsesfristerne i strfl. § 93, stk. 1 også gælder ved særlovsovertrædelser, jf. strfl. § 2. I overensstemmelse med de ovenfor nævnte hensyn er strfl. § 93, stk. 1, opbygget således, at forældelsesfristens længde afhænger af forbrydelsens grovhed. Som udgangspunkt skal der dog ikke foretages en konkret vurdering af, hvilken straf den pågældende overtrædelse måtte føre til. Forældelsesfristen beregnes derimod på baggrund af den generelle vurdering af strafværdigheden af den pågældende forbrydelsestype, der kommer til udtryk ved strafferammen.⁵ Udgangspunktet fraviges for så vidt angår fysiske personer, såfremt overtrædelserne ikke vil medføre højere straf end bøde. I disse tilfælde er forældelsesfristen altid 2 år, jf. strfl. § 93, stk. 1, nr. 1, 2. led, og nedenfor i afsnit 1.1.

Inden for *miljøområdet* beregnes forældelsesfristen efter den almindelige regel i strfl. § 93, stk. 1, i sager om grov miljøkriminalitet, jf. strfl. § 196, samt ved overtrædelser af eksempelvis planloven, byggeloven og råstofloven. For en række overtrædelser af natur- og miljøbeskyttelseslovgivningen gælder imidlertid *særreglerne* i nbl. § 89, stk. 9, og mbl. § 110, stk. 7, se afsnit 1.2.

1.1. Strfl. § 93, stk. 1. Forskellige forældelsesfrister for fysiske og juridiske personer

Frem til juni 2002 var straffelovens forældelsesregler ens for fysiske og juridiske personer. Reelt var reglerne imidlertid mest lempelige for juridiske personer, da strfl. § 93, stk. 1, nr. 1, 2. led, altid førte til en forældelsesfrist på 2 år for juridiske personers bødeansvar.⁶ Retsstillingen førte i visse tilfælde til besynderlige resultater: Eksempelvis gjaldt der en 5-årig forældelsesfrist

5. Om baggrunden for indførelsen af strafferammekriteriet, se Vagn Greve m.fl.: *Kommenteret straffelov*, Almindelig del, 7. udgave, 2001, s. 403 f.
6. Forskelsbehandlingen bundede således i det rent tekniske, at juridiske personer ikke kan idømmes frihedsstraf, jf. strfl. § 25.

for juridiske personers overtrædelser af en lang række af miljøbeskyttelseslovens regler, jf. mbl. § 110, stk. 7, hvorimod forældelsesfristen kun var 2 år, såfremt der var tale om grov miljøkriminalitet i henhold til strfl. § 196.⁷

Ved lov nr. 378 af 6. juni 2002 (terrorpakken) blev strfl. § 93, stk. 1, nr. 1, ændret således, at reglen om 2-årig forældelse af strafansvar, der konkret vil medføre bøde, ikke gælder for juridiske personer, jf. strfl. § 93, stk. 1, 2. pkt. Herefter er retsstillingen den, at forældelsesfristen for juridiske personers bødeansvar altid skal beregnes med udgangspunkt i strafferammen for den forskyldte forbrydelse. Er forbrydelsen derimod begået af en fysisk person, vil forældelsesfristen være 2 år i sager, der konkret ville have medført bøde, mens den i tilfælde, hvor frihedsstraf er relevant, vil bero på strafferammen. Forældelsesfristen vil således blive *kortere for fysiske end for juridiske personer* i bødesager, hvor strafferammen for den pågældende forbrydelse er mere end 1 års fængsel.

I *miljøsager* vil straffebestemmelserne almindeligvis kun hjemle bøde,⁸ hvorfor forældelsesfristen typisk vil være 2 år både for så vidt angår fysiske og juridiske personer. Ved kvalificerede overtrædelser som omfattet af mbl. § 110, stk. 2, er strafferammen imidlertid 2 års fængsel, hvorfor fristen i praksis ofte må antages at blive forskellig for henholdsvis fysiske og juridiske personer.⁹

7. I forbindelse med den særlige forældelsesregel i mbl. blev det i lovens forarbejder forudsat, at meget alvorlige overtrædelser skulle kriminaliseres i straffeloven, og at forældelsesproblematikken ville blive taget op i forbindelse med fastsættelsen af strafferammen for sådanne forbrydelser, se Ft. 1983-84 (2. samling), tillæg A, sp. 1560. I forarbejderne til strfl. § 196 ses forældelsesproblematikken imidlertid ikke behandlet, se Ft. 1996-97, tillæg A, s. 3334 ff.

8. Se eksempelvis mbl. § 110, stk. 1, nbl. § 89, stk. 1 og pl. § 64, stk. 1.

9. I sager om grov miljøkriminalitet er strafferammen 4 års fængsel, jf. strfl. § 196. I praksis er det imidlertid vanskeligt at forestille sig, at et strafbart forhold, begået af en fysisk person, vil blive henført under strfl. § 196, såfremt

At der ved forældelsesfristens beregning skal sondres imellem henholdsvis fysiske og juridiske personers strafansvar, synes vanskeligt at kunne begrundes ud fra de hensyn, der almindeligvis fremhæves at ligge bag forældelsesreglerne. Det strafbare forhold bliver næppe grovere af at være begået af en juridisk person. Det bliver næppe heller vanskeligere at opdage eller bevise af denne grund. Ved særregler om forældelsesfristens længde sondres der da heller ikke imellem fysiske og juridiske personer, se afsnit 1.2.

Under behandlingen af lovforslaget, der blandt andet førte til ændringen af strfl. § 93, stk. 1, nr. 1,¹⁰ blev Folketinget opfordret til at ændre formuleringen med henblik på forældelsesmæssig ligestilling mellem juridiske og fysiske personers strafansvar.¹¹ Dette førte imidlertid ikke til ændringer i det oprindelige lovforslag. Efter Justitsministeriets opfattelse vil det kunne give anledning til vanskeligheder, såfremt der skal foretages en vurdering af, om den konkrete forskyldte straf ville have oversteget bøde, hvis den pågældende overtrædelse i stedet var blevet begået af en fysisk person. Ifølge ministeriet hænger betænkelighederne ved en sådan »fiktiv (hypotetisk) omregning« sammen med, at strafansvar for juridiske personer også omhandler de såkaldte anonyme og kumulerede fejl, og at det »næppe i alle tilfælde vil være muligt at foretage en klar udsondring af de handlinger, som udløser den juridiske persons strafansvar – en udsondring, der imidlertid ville være

forholdet i det konkrete tilfælde ikke vil medføre højere straf end bøde (hvilket i øvrigt også ville kræve, at der forelå en strafnedsættelsesgrund, jf. strfl. §§ 84 eller 85). Ved grov miljøkriminalitet vil forældelsesfristen derfor almindeligvis være 5 år for både fysiske og juridiske personer, jf. strfl. § 93, stk. 1, nr. 2.

10. Se lovforslag nr. 35 af 13.12.2001 i Ft. 2001-02, tillæg A, s. 808 ff.

11. Se bilag 14 til Retsudvalgets betænkning af 21. maj 2002 over lovforslag L 35 (Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven mv.): Notat af 30.1.2002 fra professor Gorm Toftegaard Nielsen til Folketingets Retsudvalg.

en nødvendig forudsætning for at kunne foretage den omtalte fiktive (hypotetiske) omregning af den forskyldte straf.¹² Argumentationen forekommer ikke overbevisende. Vurderingen bliver næppe i disse tilfælde mere »hypotetisk« end den konkrete vurdering, der allerede efter de gældende regler skal foretages med henblik på at konstatere, om en fysisk person ville blive idømt bødestraf. Ved selskabsansvar ses den juridiske person som et samlet hele, jf. strfl. § 27, stk. 1, men de objektive og subjektive strafbarhedsbetingelser skal stadig være opfyldte. Det er muligt at foretage en konkret vurdering af, hvilken straf en fysisk person ville blive idømt, såfremt de tilsvarende objektive og subjektive omstændigheder havde foreligget.

1.2. De særlige forældelsesregler i natur- og miljøbeskyttelseslovene

I nbl. § 89, stk. 9, og mbl. § 110, stk. 7, er der særlige forældelsesfrister for strafbare overtrædelser af nbl og for en række overtrædelser af mbl.¹³ I modsætning til strfl. § 93, stk. 1 gælder disse frister generelt, det vil sige uafhængigt af, om strafansvaret vedrører en fysisk eller en juridisk person, og uafhængigt af forholdets grovhed. Dermed er det ikke nødvendigt at foretage en subsumering under den rigtige straffebestemmelse før stillingtagen til forældelses-spørgsmålet.

Nbl. § 89, stk. 9, har rødder tilbage til bet. nr. 433/1966 om forældelse af strafansvar (forældelsesbetænkningen), hvor Straffelovrådet efter at have foreslået, at forældelsesfristerne for henholdsvis straffelovsovertrædelser og særlovs-overtrædelser almindeligvis skulle være de

samme,¹⁴ antog, at der inden for visse særlovs-områder var behov for længere forældelsesfrister på grund af *særlige vanskeligheder ved at opda-ge de strafbare forhold*.¹⁵ Straffelovrådet endte blandt andet med at anbefale, at der i naturfredningsloven blev indsat en særlig forældelsesfrist på 5 år.¹⁶ Begrundelsen var, at tilsynet med lovens overholdelse i praksis kun indebar inspektioner hvert 3 år, og at der derfor var behov for at kunne gøre strafansvaret gældende mere end 2 år efter, at overtrædelserne var blevet begået. Med vedtagelsen af naturbeskyttelsesloven i 1992 blev den særlige forældelsesregel videreført. I lovens forarbejder henvises til håndhævelsesbetænkningen¹⁷ s. 158, hvor det som argument for en særlig forældelsesfrist på 5 år i naturfredningssager er anført, at en sådan skal forebygge, at en forholdsvis beskedne opdagesrisiko begrænser den anvendelse af (bøde)straf, som kan være nødvendig for at sikre lovens overholdelse, fordi det ofte vil være sådan, at den *eneste adækvate reaktion på en overtrædelse vil være straf*, da fysisk lovliggørelse ikke er mulig.¹⁸ I modsætning hertil fremhæves

14. Før 1967 gjaldt der ingen obligatoriske forældelsesfrister ved særlovs-overtrædelser, idet spørgsmålet om forældelse i disse sager beroede på rettens skøn, når straffelovens almindelige betingelser for forældelse i øvrigt var opfyldt, se eksempelvis dommen refereret i U 1957.429 Ø, hvor landsretten med henvisning til forseelsens beskaffenhed ikke fandt grundlag for at statuere forældelse i en sag vedrørende nogle bageovne, der var opført i strid med brandloven. I forældelsesbetænkningen s. 13 ff. foreslår Straffelovrådet reglerne ændret, således at særlovs-overtrædelser i almindelighed undergives samme forældelsesregler som straffelovsovertrædelser, dog således at der i enkelte speciallove kan fastsættes længere frister ud fra retshåndhævelsessyn. Rådets forslag til ændring af strfl. § 93 blev gennemført ved lov nr. 248 af 9.6.1967.

15. Se rådets udkast til lov om ændringer i forskellige lovbestemmelser om forældelse af strafansvar i forældelsesbetænkningen s. 35 ff.

16. Forældelsesbetænkningen s. 39 f. En sådan bestemmelse blev senere indsat i nfl. § 66, stk. 7.

17. Bet. nr. 981/1983: Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen.

18. Se Ft. 1991-92, tillæg A, sp. 1503.

sager om byggeri i strid med byggeloven samt by- og landzonenloven (nu planloven), hvor det ofte vil være muligt at gennemføre fysisk lovliggørelse, hvorfor der ikke er behov for længere forældelsesfrister. Sammenkædningen af muligheden for fysisk lovliggørelse og behovet for straf forekommer både fornuftig og nødvendig ud fra præventions- og retshåndhævelsessyn.

På miljøbeskyttelsesområdet blev spørgsmålet om længere forældelsesfrister først rejst ved håndhævelsesbetænkningen (1983), hvor udvalget argumenterer for en forældelsesfrist på 5 år ved overtrædelser af lovens generelle forbud til beskyttelse af jord, grundvand og undergrund samt tilsidesættelse af vilkår knyttet til eventuelle tilladelser eller miljøgodkendelser.¹⁹ Ifølge udvalget vil opdagelsesrisikoen i sådanne sager, på trods af en »rimelig og hensigtsmæssig tilsynsvirksomhed«,²⁰ ofte være begrænset, idet den pågældende type overtrædelser – i modsætning til eksempelvis overtrædelser af nbl. – *ikke vil være umiddelbart synlige* som fysiske ændringer i terrænet.²¹ Da sådanne overtrædelser desuden kan medføre *betydelig skade på miljøet*, vil straf efter udvalgets opfattelse »fortsat være en adækvat reaktion, selv om der er forløbet mere end 2 år fra det tidspunkt, hvor handlingen blev foretaget«.

Den 5-årige forældelsesfrist blev indsat i dagældende mbl. § 83, stk. 6 (nu mbl. § 110, stk. 7) ved håndhævelsesloven i 1984.²² I overensstemmelse med anbefalingerne i håndhævelsesbetænkningen skulle ifølge det oprindelige lovforslag kun overtrædelser af visse generelle

forbud samt vilkår i tilladelser og godkendelser være omfattet.²³ På baggrund af et ændringsforslag fra et mindretal i Folketingets Miljø- og planlægningsudvalg²⁴ kom den 5-årige forældelsesfrist også til at omhandle manglende efterkommelse af forbud og påbud samt anlæg, påbegyndelse eller drift af forurenende virksomhed i strid med dagældende mbl. § 35 (nu § 33).²⁵ Det fremgår også af forhandlingerne forud for håndhævelseslovens vedtagelse, at der var *betydelig uenighed* om, hvilke strafbare forhold der skulle omfattes af den særlige forældelsesregel.²⁶ Daværende miljøminister Christian Christensen udtrykte skepsis m.h.t., hvorvidt der var behov for en så lang forældelsesfrist ved overtrædelse af forbud og påbud: »I disse tilfælde er myndighederne jo fuldt ud opmærksomme på, at der er problemer, og der er ikke noget særligt behov for at give en 5-årig periode til forberedelsen af en straffesag«.²⁷

Der er da næppe heller tvivl om, at miljøbeskyttelseslovens forældelsesregel har fået et anvendelsesområde, der går videre end nødvendigt, idet den ikke blot gælder i de sager, hvor der kan være særlige opdagelsesvanskeligheder, men eksempelvis også ved overtrædelser af konkrete miljøkrav, der er fastsat på baggrund af konstaterede miljøproblemer eller risiko herfor,

19. Jf. (dagældende) mbl. § 83, stk. 1, nr. 1 og 3 (i vidt omfang svarende til mbl. § 110, stk. 1, nr. 1 og 4).

20. Tilsynsmyndighederne har pligt til at føre et *aktivt tilsyn* med miljøbeskyttelseslovgivningens overholdelse, se Annette Møller-Sørensen: *Administrativ håndhævelse*, Natur- og miljøbeskyttelse, 2002, s. 87 ff.

21. Der er med andre ord tale om overtrædelser, der ikke umiddelbart kan opdages ved almindelige tilsynsbesøg på virksomheden.

22. Lov nr. 250 af 23. maj 1984 om ændring af forskellige miljø- og planlægningslove.

23. Se Ft 1983-84 (2. samling), tillæg A, sp. 1539 og sp. 1573 f.

24. Se Ft. 1983-84 (2. samling), tillæg B, sp. 511 ff.

25. Herefter gjaldt den særlige forældelsesregel forhold som omfattet af dagældende mbl. § 83, stk. 1, nr. 1-4, og § 11, stk. 2. Anvendelsesområdet er i store træk videreført med § 110, stk. 7, der gælder for overtrædelser som omhandlet i mbl. § 110, stk. 1, nr. 1-6, og § 19, stk. 5.

26. Ændringsforslaget blev vedtaget med 61 stemmer for og 57 imod, se Folketingets forhandlinger, Ft. 1983-84 (2. samling), sp. 6165.

27. Folketingets forhandlinger, Ft. 1983-84 (2. samling), sp. 6164. Også udvalget bag håndhævelsesbetænkningen havde afvist behovet for en særlig 5-års regel i sådanne tilfælde under henvisning til, at »fristen først [begynder] at løbe fra det tidspunkt, hvor den pågældende afgørelse er efterkommet«, og at kommunalbestyrelsen efter lovens § 49 (nu § 65, stk. 2) har pligt til at påse, at påbud og forbud efterkommes (tilsynspligt).

og ved (synlig) drift uden godkendelse. Særlig vanskeligt er det at se begrundelsen for en 5-årig forældelsesfrist ved overtrædelser af lovliggørelsespåbud, der udstedes efter at tilsynsmyndigheden har konstateret et ulovligt (og strafbart) forhold.²⁸ Tilsynsmyndigheden, der har pligt til at føre et aktivt tilsyn, og som har en *håndhævelsespligt*, herunder pligt til om nødvendigt at foretage politianmeldelse,²⁹ bør i de pågældende tilfælde kunne nå at reagere, således at der kan foretages rettergangsskridt, og derved indledes en straffesag, inden der er gået 2 år fra den strafbare virksomheds eller unkladelses ophør. Navnlig er der grund til at fremhæve, at spørgsmålet om forældelsesfristens længde *ikke* hænger sammen med diskussionen om, hvor lang tid tilsynsmyndigheden skal have til at reagere, herunder om nødvendigt til at forsøge at gennemtvinge de pågældende påbud og forbud ved administrativ håndhævelse, inden sagen overgives til politiet med henblik på straf: Den administrative håndhævelse er kun relevant, så længe der fortsat eksisterer et strafbart forhold, og i dette tidsrum er *den strafferetlige forældelsesfrist end ikke begyndt at løbe*, jf. strfl. § 94, stk. 1.³⁰ Er der omvendt tale om en ophørt overtrædelse af et påbud eller forbud, vil politianmeldelse være det primære reaktionsmiddel. Det er vanskeligt at se, hvorfor der i disse sager skulle være et særligt behov for 5 års forberedelse af straffesagen.

28. Lovliggørelsespåbuddet har kun et begrænset anvendelsesområde i miljøbeskyttelsessager, idet der i praksis i stedet gives indskærpelser, se note 50. Problemstillingen er derimod relevant ved lovliggørelsespåbud i henhold til nbl. § 73, stk. 6. Overtrædelser heraf er tilsyneladende, uden at det har været genstand for nærmere overvejelser om, hvorvidt en særlig lang forældelsesfrist i sådanne tilfælde er nødvendig, blevet omfattet af den 5-årige forældelsesfrist i nbl. § 89, stk. 9.

29. Se Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, s. 127.

30. Se nærmere herom i afsnit 2.2.2.

2. Forældelsesfristens påbegyndelse

2.1. Strfl. § 94, stk. 1 eller 2?

Som hovedregel regnes forældelsesfristen fra den dag, da den strafbare virksomhed eller unkladelse er *ophørt*, jf. strfl. § 94, stk. 1, og nærmere herom i afsnit 2.2.

Når strafbarheden afhænger af eller påvirkes af en indtrådt følge eller anden senere begivenhed, regnes fristen dog først fra *følgen eller begivenhedens indtræden*, jf. strfl. § 94, stk. 2. Det er nærliggende at overveje, om stk. 2 er anvendelig i de miljøbeskyttelsessager, hvor en forurening først opstår et tidsrum efter, at den handling eller unkladelse, der førte til forureningen, har fundet sted. Et eksempel kunne være noget miljøfarligt affald, der i strid med mbl. § 19, stk. 1, nr. 1 anbringes i tønder og nedgraves i jorden uden tilladelse. Efter en årrække er tønderne gennemtærede, og jorden bliver forurennet. I dette tilfælde er kriterierne i strfl. § 94, stk. 2, imidlertid ikke opfyldte: I overensstemmelse med lovens overordnede forebyggende formål sætter mbl. § 19 allerede ind over for sådanne aktiviteter, der fører til *fare* for forurening af jord og grundvand. Da faren i sig selv er tilstrækkelig, *afhænger* strafbarheden i medfør af mbl. § 110, stk. 1, nr. 1, ikke af, at der er indtrådt en forurening. Strafbarheden kan næppe heller siges at være *påvirket* af, om der er indtrådt forurening, se den skærpende straffebestemmelse i mbl. § 110, stk. 2, nr. 1, der både omhandler tilfælde, hvor der er voldt skade på miljøet og hvor der er fremkaldt fare derfor.³¹ I lyset heraf må den strafferetlige forældelsesfrist antages at skulle beregnes fra nedgravningen af tønderne, jf. strfl. § 94, stk. 1. Såfremt der går mere end 5 år, fra tønderne bliver gravet ned, til det strafbare forhold bliver opdaget (eksempelvis ved, at der konstateres en omfattende forure-

31. Noget andet er, at en indtrådt alvorlig miljøskade kan påvirke den konkrete strafudmåling, se til eksempel U 1994.267 H (Dansk Kabelskrot).

ning), vil strafansvaret for den ulovlige nedgravning dermed være forældet.

Ovenstående vil ikke have praktisk betydning, såfremt det er den *nuværende grundejer, der har nedgravet tønderne*: Ifølge mbl. § 19, stk. 2 må beholderen med forurenende stoffer nemlig ikke uden tilladelse *være nedgravet* i jorden. Dermed vil, som fremhævet af Gormard,³² en grundejers »undladelse af at opgrave sådant affald, efter at dets tilstedeværelse og farlighed er blevet kendt, uagtet at opgravning er mulig«, være strafbar, jf. strfl. § 110, stk. 1, nr. 1. Og da der er tale om et tilstandsdelikt, vil forældelsesfristen i medfør af strfl. § 94, stk. 1, først begynde at løbe fra det tidspunkt, hvor beholderen er opgravet, eller hvor rådigheden over tilstanden er ophørt, eksempelvis ved salg af ejendommen.³³ Selv om strafansvaret for selve nedgravningen af tønderne (overtrædelsen af mbl. § 19, stk. 1, nr. 1) er forældet, kan grundejeren derfor straffes for overtrædelsen af mbl. § 19, stk. 2.

Har den, der har nedgravet tønderne, efterfølgende *solgt ejendommen*, vil vedkommende dog antagelig »gå fri«, såfremt det lykkes at holde tøndernes tilstedeværelse skjult i 5 år fra salgstidspunktet, idet strafansvaret for overtrædelsen af mbl. § 19, stk. 1, nr. 1, herefter vil være forældet, jf. mbl. § 110, stk. 7, jf. stk. 1, nr. 1. Og den nye grundejer vil kun kunne straffes for overtrædelse af mbl. § 19, stk. 2, såfremt denne har udvist mindst uagtsomhed, jf. strfl. § 19.

Heller ikke i de tilfælde, hvor det ifølge gerningsbeskrivelsen er selve *forureningen, der er strafbar*, er strfl. § 94, stk. 2, aktuel: Det er ken-

detegnende for miljøbeskyttelsesområdet, at reguleringen i høj grad foregår ved emissionsnormer, det vil sige grænseværdier for udledningen af forurenende stoffer til vand, jord, luft eller undergrund.³⁴ Hvordan sådanne grænseværdier skal sikres overholdt, er imidlertid overladt til de regulerede. Såfremt der er sket en strafbar udledning, vil uagtsomhedsbedømmelsen tage udgangspunkt i handlingsforløbet forud for forureningen – om der burde være handlet anderledes – men selve det strafbare forhold er ikke de handlinger (eller mangel på samme), der har ført til, at grænsen for det lovlige er overskredet. Det strafbare er selve forureningen, og dermed skal forældelsesfristen først regnes fra forureningens ophør, selv om årsagen til forureningen eventuelt kan spores tilbage i tid, jf. strfl. § 94, stk. 1.

Ved overtrædelse af mbl. § 27, stk. 1, 1. pkt., 1. led, ifølge hvilken stoffer, der kan forurene vandet, ikke må tilføres vandløb, søer eller havet, må det antages at være selve udledningen, der er strafbar, således at forældelsesfristen først begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor der ikke længere løber forurenende stoffer ud i vandet. I Vestre Landsrets dom af 25.6.1987 (Rosenholmsagen) synes landsretten imidlertid at have lagt vægt på ophørstidspunktet for den handling, der (senere) forårsagede overtrædelsen af mbl. § 17 (nu § 27).³⁵

Et aktieselskab havde opstillet en tankvogn indeholdende perchlorethylen på en mark. Ved et uheld gik en påmonteret pumpe i gang, og 13.000 liter væske løb ud på jorden. Gradvis fortsatte en del af væsken ned i drænledninger i jorden og videre ud i et vandløb. Selskabet blev tiltalt for overtrædelse af mbl. § 11 (nu § 19) for så vidt angik selve udledningen på

32. Se U 1978 B.53, s. 58.

33. Tilsvarende Jørgen Bjerring og Gorm Møller: Miljøbeskyttelsesloven af 1991 med kommentarer (*Kommenteret mbl.*), 1998, s. 247. Det gælder som et almindeligt forvaltningsretligt princip, at forpligtelsen kun påhviler den, der har rådighed over den ejendom eller virksomhed, som miljøkravene vedrører, se Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, s. 112 og 138.

34. Grænseværdier for virksomhedens emission kan enten være fastsat konkret, typisk som vilkår i virksomhedens miljøgodkendelse, eller fremgå af de såkaldte branchebekendtgørelser, se nærmere vedrørende sidstnævnte i Bjerring og Møller, *Kommenteret mbl.*, s. 175 ff.

35. Også i *Kommenteret straffelov*, s. 406, sættes spørgsmålstegn ved dommens rigtighed, dog her med den begrundelse, at »[a]fgørelsen synes at stride imod princippet i strfl. § 93, stk. 4«.

jorden og for overtrædelse af mbl. § 17 (nu § 27) for tilførslen af forurenende stoffer til vandløb. Landsretten frifandt tiltalte under henvisning til, at forholdene var forældet: Overtrædelsen af mbl. § 11 blev anset for forældet, idet en vis tvivl om gerningstidspunktet kom tiltalte til gode.³⁶ For så vidt angår den efterfølgende udledning til vandløb, udtalte landsretten med henvisning til handlingsforløbet, at »den strafbare virksomhed også i relation til § 17 [findes] at måtte anses for ophørt, da væsken var løbet ud på jorden (min fremhævelse)«.

2.2. Den strafbare virksomheds eller undladelses ophør

Forældelsesfristen løber ifølge strfl. § 94, stk. 1, fra det tidspunkt, hvor den strafbare virksomhed eller undladelse er ophørt. Hvornår den strafbare virksomhed eller undladelse kan anses for ophørt, beror på en fortolkning af den relevante straffebestemmelse, jf. strfl. § 1, jf. § 2. Det kan i den forbindelse ikke blot give anledning til vanskeligheder at fastlægge, hvad der er strafbart, se afsnit 2.2.1, der kan også opstå tvivl om strafansvarets tidsmæssige udstrækning, se afsnit 2.2.2.

Tidspunktet for forældelsesfristens påbegyndelse afhænger af den måde, hvorpå den strafbare virksomhed eller undladelse bringes til ophør, se afsnit 2.2.3. Endelig drøftes i afsnit 2.2.4 anvendelsesområdet for »fortsat forbrydelse« i miljøstraffesager.

2.2.1. Det strafbare gerningsindhold

2.2.1.1. Strafbar virksomhed

– aktivitet eller tilstand?

Miljøbeskyttelseslovgivningen indeholder en række *forbud* mod bestemte aktiviteter, der fører til uønskede tilstande eller fare for sådannes indtræden. Eksempelvis er der i mbl. §§ 19 og 27 generelle forbud mod udledning af forurenende stoffer til jord, grundvand og overfladevand uden tilladelse.³⁷

36. Se også Mogens Moe: *Miljøret*, 4. udg., 2000, s. 313.

37. Såfremt der meddeles tilladelse til udledning af spildevand, jf. mbl. § 28, vil tilladelsen typisk være ledsaget af en række vilkår, der fastsætter grænserne for udledningen.

Så længe forbud tilsidesættes uden tilladelse, foregår der en *strafbar aktivitet*. Den strafbare aktivitet kan således strække sig over længere tid.³⁸ Fremhæves skal i denne forbindelse mbl. § 33, ifølge hvilken en række særligt forurenende virksomheder³⁹ ikke må »anlægges eller påbegyndes« uden miljøgodkendelse. Ud fra en ordlydsfortolkning omhandler bestemmelsen alene de aktiviteter, der fører til virksomhedens etablering.⁴⁰ Det fremgår imidlertid af mbl. § 110, stk. 1, nr. 6, at også den fortsatte drift af en virksomhed, der er påbegyndt uden fornøden godkendelse, er strafbar.⁴¹ Dermed adskiller retsstillingen sig fra andre (miljø)lovområder, hvor der forekommer lignende generelle forbudsbestemmelser, eksempelvis ved opførsel af bygninger mv. i strid med pl. § 35, stk. 1 (»opføres ny bebyggelse«). I sådanne tilfælde gælder det, at selve opførelsen er at betragte som en strafbar *aktivitet*, hvorimod den endeligt opførte bygning ikke i sig selv er en strafbar *tilstand*.⁴² Ligeledes

38. Greve synes at opfatte aktiviteter, der strækker sig over tid, som tilstandsforbrydelser, se *Det strafferetlige ansvar* s. 250. Den nærmere kategorisering har dog næppe betydning for forældelsesspørgsmålet.

39. Det gælder de såkaldte »listevirksomheder«, det vil sige virksomheder, der er opregnet på den i henhold til mbl. § 35 udfærdigede liste, se bilag 1 i bkg. nr. 646 af 29.6.2001 (godkendelsesbekendtgørelsen).

40. Se nærmere nedenfor om en tilsvarende fortolkning af lignende forbudsbestemmelser inden for andre (miljø)lovområder.

41. Tilføjelsen kom ved lov nr. 250 af 23. maj 1984 (håndhævelsesloven) ved en ændring af straffebestemmelsen i mbl. § 110, stk. 1, nr. 4 (nu nr. 6).

42. En tilsvarende fortolkning lægges til grund i håndhævelsesbetænkningen s. 147, ligesom den synes forudsat i den i afsnit 2.2.1.2 nærmere behandlede dom fra MAD 1997.872 V, hvor landsretten i forældelsesspørgsmålet sonderer mellem henholdsvis strafansvar for selve det ulovlige byggeri og for tilsidesættelsen af et lovliggørelsespåbud.

Som tilsvarende eksempler fra tilgrænsende områder kan navnlig fremhæves dommene i U 1969.56 H og U 1969.59 H vedrørende overtrædelse af byreguleringslovens § 9. Se også U 1973.170 H, der vedrørte en overtrædelse af bygningsreglementet, og U 1989.492 H om ibrugtagning uden tilladelse som påkrævet i byggelovens § 16, stk. 2.

gælder det formentlig ved overtrædelser af naturbeskyttelseslovgivningen, se eksempelvis nbl. § 3, der forbyder ændringer i en række nærmere opregnede naturtilstande, at der er tale om en strafbar aktivitet, så længe ændringen er i gang, hvorimod den ændrede naturtilstand ikke i sig selv er strafbar.

Udvidelsen af det straffbare gerningsindhold i mbl. § 33 har gode grunde for sig i lyset af, at eventuelle miljømæssige konsekvenser af overtrædelser forværres, så længe driften foregår.⁴³ Tilsvarende kan det af hensyn til miljøbeskyttelsen være nødvendigt at forbyde bestemte tilstande: Mbl. § 19, stk. 2 indeholder et forbud mod at beholdere med forurenende materialer uden tilladelse *er nedgravet* i jorden.⁴⁴ Desuden kan der som vilkår i en virksomheds miljøgodkendelse eller ved konstitutive påbud i henhold til mbl. § 41 nedlægges forbud mod miljømæssigt uacceptable tilstande eller omvendt stilles krav om etablering af bestemte miljømæssigt nødvendige tilstande. Eksempelvis kan tilsynsmyndigheden forbyde oplag af affald i større mængder⁴⁵ eller stille krav til indretning af oplagspladsen. Tilsidesættelse af sådanne miljøkrav vil antageligt skulle betragtes som en strafbar tilstand, således at forældelsesfristen ikke begynder at løbe, så længe oplaget fortsat er ulovligt.

43. Ændringen skete under henvisning til godkendelsesordningens baggrund og formål, se Ft. 1983-84 (2. samling), Tillæg A, sp. 1573, og håndhævelsesbetænkningen s. 158 f.

44. I sag nr. 12 refereret i Miljøstraffesager II s. 33 ff. blev forældelsesfristen derfor først regnet fra opgravningstidspunktet.

45. Se til illustration dommen refereret i MAD 2000.960 B. Dommen blev anket til landsretten, hvor forældelsesindsigelsen imidlertid ikke blev genfremsat, se MAD 2001.547 V. Ofte vil vilkår, der skal forebygge ophobning af forurenende affald på ejendommen dog være formuleret således, at der løbende er pligt til at bortskaffe affaldet. I dommen refereret i MAD 2001.512 H (Promsagen) anså Højesteret en årelang overtrædelse af vilkår og påbud om bortskaffelse af affald for en fortsat forbrydelse, se nærmere i afsnit 2.2.4.

Behovet for at regulere tilstande, der løbende fører til forurening, førte i dommen refereret i MAD 2000.156 B byretten til at gå så vidt, at et vilkår i en virksomheds miljøgodkendelse, hvorefter der ikke måtte »etableres overløb«, blev fortolket således, at *tilstanden* i sig selv var strafbar, idet *formålet med vilkåret havde været at forhindre overløb*.⁴⁶ Herefter var strafansvaret ikke forældet, på trods af at det var mere end 5 år siden,⁴⁷ at overløbet var blevet etableret.

Ved dommen går byretten antageligt for vidt ved fortolkningen af vilkåret, jf. princippet i strfl. § 1. Noget andet er, at vilkåret kunne have været formuleret som et forbud mod at »anvende overløb«, såfremt tilsynsmyndigheden fra begyndelsen havde været bevidst om problemstillingen, ligesom der efterfølgende kunne have været udstedt et lovliggørelsespåbud, hvis overtrædelse så ville være selvstændigt strafsanktioneret, se umiddelbart nedenfor i afsnit 2.2.1.2 med omtalen af dommen i MAD 1997.872 V.

2.2.1.2. *Strafbar unkladelse*

Miljølovgivningen foreskriver i et vist omfang *handlepligter*, hvis manglende efterkommelse er at betragte som straffbare unkladelser.

Som primære forpligtelser findes handlepligter navnlig som vilkår i de miljøgodkendelser, som særligt forurenende virksomheder har pligt til at indhente, førend de anlægges eller påbegyndes, jf. mbl. § 33. Formålet med godkendelserne er at forebygge, at der sker uønsket forurening eller opstår fare herfor. Virksomhederne har eksempelvis pligt til løbende at foretage målinger af forureningsniveauet og til at indsende måleresultaterne til tilsynsmyndigheden (egenkontrol). Ofte vil der også i godkendelsen være fastsat krav til virksomhedens og/eller produktionens indretning, se i den forbindelse dommen refereret i U 2001.2045 H (Promsagen), der vedrørte en kemisk virksomheds manglende bortskaffelse af produktionsaffald.⁴⁸

En særlig form for strafbar unkladelse forekommer i forbindelse med de såkaldte *lovliggørelsespåbud*, hvor manglende efterkommelse af

46. Se byrettens henvisning til de af anklagemyndigheden anførte grunde.

47. Der gælder i sådanne sager en særlig 5-årig forældelsesfrist, jf. mbl. § 110, stk. 7, og ovenfor i afsnit 1.2.

48. Dommen er nærmere omtalt i afsnit 2.2.4.

lovgiggørelsespligten inden en nærmere fastsat frist er særskilt strafsanktioneret.⁴⁹ Lovliggørelsespåbuddet anvendes i praksis primært ved den administrative håndhævelse af naturbeskyttelsesloven og planloven.⁵⁰ I disse tilfælde vil lovgiggørelsespåbuddet *selvstændigt konstituere en strafsanktioneret handlepligt*, idet den ulovligt ændrede tilstand indtil da ikke i sig selv har været strafbar, se afsnit 2.2.1.1. Manglende efterkommelse af lovgiggørelsespåbuddet er dermed en strafbar undladelse, der i forældelsesmæssig henseende skal behandles uafhængigt af forældelsen af den primære strafbare overtrædelse.

Toftgaard Nielsen fremhæver dommen refereret i U 1986.628 H som et eksempel på, at det er uden betydning for et eventuelt strafansvar, at et lovgiggørelsespåbud er ugyldigt, hvis tiltale kan rejses for den bagvedliggende forpligtelse.⁵¹ Såfremt der i loven er hjemmel til at udstede et lovgiggørelsespåbud og en eventuel overtrædelse heraf er selvstændigt strafsanktioneret, vil der imidlertid gælde *forskellige forældelsesfrister*

49. Se mbl. § 110, stk. 1, nr. 2, nbl. § 89, stk. 1, nr. 4, og pl. § 64, stk. 1, nr. 4.

50. Inden for *miljøbeskyttelsesområdet* er det almindeligt antaget, at det i tilfælde, hvor der udøves en strafbar aktivitet, ikke er påkrævet at udstede et formelt påbud, så længe tilsynsmyndigheden alene påpeger over for den forpligtede, at der foreligger et strafbart forhold, og at forholdet skal lovgiggøres for fremtiden. Derfor anvendes som udgangspunkt ikke lovgiggørelsespåbud, men derimod *indskærpelser*. Indskærpelsen har ikke et selvstændigt retligt indhold, og ved straffesagen rejses tiltale alene for overtrædelsen af den primære forpligtelse. Indskærpelsen har dermed heller ikke betydning i relation til den strafferetlige forældelse. Se nærmere om indskærpelsen som håndhævelsesmiddel i Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, s. 188 ff.

51. Se Gorm Toftgaard Nielsen: *Dansk miljøstrafferet*, s. 52 ff., i Ellen Margrethe Basse (red): *Håndhævelse af miljølovgivning*, 1997. I den pågældende sag havde tilsynsmyndigheden udstedt påbud om at standse et byggeri, der var under opførelse uden den nødvendige tilladelse i henhold til byggelovens § 16, stk. 1. Højesteret fandt, at der ikke var hjemmel for et sådant påbud i byggeloven, hvorfor tiltale blev frifundet for overtrædelsen heraf.

for henholdsvis den primære forpligtelse og lovgiggørelsespåbuddet. I tilfælde, hvor der er gået så lang tid fra ophøret af den strafbare aktivitet til udstedelsen af et lovgiggørelsespåbud, at strafansvaret for den primære overtrædelse i mellemtiden er forældet, er det dermed ikke uden betydning, om tiltale rejses for overtrædelse af den primære forpligtelse eller for manglende efterkommelse af et lovgiggørelsespåbud, se dommen i MAD 1997.872 V:

T1 havde i foråret 1992 opført et »væksthus« uden fornøden landzonetilladelse, jf. pl. § 35, stk. 1 og i strid med nbl. § 18, der indeholder et forbud imod bebyggelse inden for 100 m fra fortidsminder (i dette tilfælde en voldgrav).

I marts 1995 påbød amtet bygningen fjernet med hjemmel i pl. § 63, stk. 1. Påbuddet blev stadfæstet af Naturklagenævnet i marts 1996. Ved anklageskrift af 4. juni 1996 blev der rejst tiltale for overtrædelsen af nbl. og for manglende efterkommelse af lovgiggørelsespåbuddet. T 1 blev fundet skyldig i begge forhold og ingen af disse blev anset for forældede: For så vidt angik overtrædelsen af nbl. var forældelsesfristen 5 år, jf. nbl. § 89, stk. 9. Og med hensyn til overtrædelsen af planloven udtalte landsretten: »Tiltalen for overtrædelse af planloven angår ikke selve det ulovlige byggeri, men alene undladelsen af at efterkomme påbuddet om lovgiggørelse. Den omstændighed, at et eventuelt strafansvar for selve det ulovlige byggeri måtte være forældet, kan derfor ikke i sig selv bevirke, at strafansvaret for ikke at efterkomme et påbud, der måtte være afgivet efter udløbet af fristen for forældelse af et strafansvar for selve det ulovlige byggeri, også er forældet.«

I dommen refereret i U 1982.532 H var der rejst tiltale både for etablering af en autoophugningsvirksomhed uden tilladelse og for manglende efterkommelse af et zonetovspålæg. Strafansvar vedrørende førstnævnte var forældet, idet forældelsesfristen blev regnet fra afslutningen af opførelsen, og zonetovspålægget kunne ikke danne grundlag for strafansvar, da det var ugyldigt. Havde påbuddet imidlertid været gyldigt, kunne T antagelig have været straffet for manglende efterkommelse heraf.

Det er ikke uden praktisk relevans, at strafansvaret på denne vis kan »nyetableres«, idet der ved håndhævelsen af nbl. og pl. kan gå meget lang tid, inden tilsynsmyndigheden opdager det ulov-

lige forhold og følger op på dette med et lovlig-gørelsespåbud.⁵²

2.2.2. Gerningsindholdets tidsmæssige udstrækning

Så længe det strafbare forhold ikke er ophørt, er forældelsesfristen endnu ikke begyndt at løbe. Det afgørende bliver i den forbindelse, om den fortsatte virksomhed eller undladelse er omfattet af gerningsindholdet.⁵³ Svaret giver oftest sig selv, når det drejer sig om strafbare aktiviteter, idet det ligger i selve gerningsbeskrivelsen, at så længe aktiviteten udøves, er denne strafbar. Ved strafbare undladelser er fortolkningen mere problematisk, fordi disse ikke har en naturlig tidsmæssig afslutning.

2.2.2.1. Strafbar virksomhed

En strafbar *aktivitet* vil ofte strække sig over en længere periode: Er eksempelvis en ny bebyggelse under opførelse i strid med pl. § 35, stk. 1, vil der foreligge en strafbare aktivitet indtil det tidspunkt, hvor byggeriet standses eller fornøden tilladelse er indhentet.⁵⁴

Ved en godkendelsespligtig virksomheds drift uden miljøgodkendelse eller i strid med gældende miljøkrav vil aktiviteten være strafbar, så længe driften foregår ulovligt. Er virksomheden eller produktionen sådan indrettet, at grænseværdierne umuligt kan overholdes, vil der foreligge en igangværende strafbar aktivitet, så længe grænserne overskrides.⁵⁵

52. På disse områder føres ikke et aktivt tilsyn svarende til miljøtilsynet. Bemærkes skal det i øvrigt, at der ikke i pl. er en særlig 5-årig forældelsesfrist, hvorfor forældelse vil indtræde allerede 2 år efter opførelsen af bygningen mv., jf. strfl. § 93, stk. 1, nr. 1.
53. Se, for så vidt angår strafbare undladelser, Hurwitz, *Almindel. s. 147*, og tilsvarende Johannes Andenæs: *Almindelig strafferet*, 4. udgave, Oslo 1997, s. 489.
54. Se nedenfor i afsnit 2.2.3 om ophør ved henholdsvis retlig og fysisk lovliggørelse.
55. Er der derimod tale om gentagne enkeltstående udslip melder spørgsmålet sig, om disse enkeltudslip skal behandles som selvstændige strafbare forhold, eller om de eventuelt er at anse som en fortsat forbrydelse, se afsnit

Det er ikke usædvanligt, at grænseværdier er knyttet til bestemte perioder, eksempelvis årlige produktionsgrænser i virksomhedernes miljøgodkendelser eller dambrugernes årlige foderkvoter.⁵⁶ Ifølge husdyrgødningsbkg.⁵⁷ § 28 må der på en landbrugsbedrift højst udbringes en husdyrgødningsmængde svarende til 1,4 dyreenheder pr. ha pr. planperiode (1. august-31. juli). Det er i retspraksis antaget, at forældelsen i sådanne tilfælde begynder at løbe, når den aktivitet, der medfører, at grænsen overskrides, ophører, se U 1997.509 Ø:

En landmand var tiltalt for at have overskredet den årlige gødningsplan i perioden fra den 1. august 1993 til den 31. juli 1994. Grænsen på 3.702 kg kvælstof årligt blev overskredet ved udbringning af gødning den 20. april 1994. Efterfølgende blev der også gennemført gødskning den 26. april 1994. Anklageskrift var indleveret til retten d. 1. juli 1996. T blev frifundet i byretten idet »den omstændighed, at den pågældende planperiode først udløb den 31. juli 1994, ikke [findes] at være af afgørende betydning for, at den strafbare handling må anses for ophørt den 26. april 1994, hvorfor forældelsesfristen regnes fra denne dag, jfr. straffelovens § 94, stk. 1«. Landsretten tilsluttede sig byrettens præmisser med bemærkning om, at T ikke efter den 26. april 1994 havde udbragt gødning i planperioden, og at der ikke fandtes fornødent grundlag for en udvidende fortolkning af straffelovens § 94, stk. 1, hvilket ville være en forudsætning for ikke at anse forholdet forældet.

Det afgørende er således *ikke udløbet af planperioden, men derimod den strafbare aktivitets udstrækning i tid*; den strafbare aktivitet stod på, fra gødningsplanen første gang blev overskredet, og indtil gødskning blev indstillet for den pågældende planperiode. Landsretten fremhæver i dommen udtrykkeligt, at der ikke ulovligt er udbragt gødning efter den 26. april 1994. Havde de ulovlige udbringninger derimod fortsat indtil planperiodens udløb, må forældelsesfristen imidlertid anta-

2.2.4. Se også den af Andenæs, *Almindelig strafferet*, s. 332 foretagne sondring imellem henholdsvis »kollektivforbrydelser« og »fortsat forbrydelse«, hvor der lægges afgørende vægt på, om den strafbare virksomhed »fortsætter i sammenhæng«.

56. Jf. bkg. nr. 204 af 31.3.1998 § 2.

57. Bkg. nr. 604 af 15.7.2002.

ges at skulle have været beregnet fra dette tidspunkt.

2.2.2.2. *Strafbar undladelse*

Om undladelserforbrydelser ses det traditionelt anført, at forældelsesfristen ikke begynder at løbe, før handlepligten er opfyldt, bortfaldet eller dens opfyldelse er blevet umulig.⁵⁸ Dermed vil strafbare undladelser reelt være uforældelige, såfremt den forpligtede, der fortsat har muligheden, nægter at opfylde sine forpligtelser.

For de tilfælde, hvor handlepligten er knyttet til en *tidsfrist*, må det imidlertid antages, at forældelsesfristen skal regnes fra udløbet af fristen for handlepligtens rettidige opfyldelse i stedet for først (om nogensinde) fra opfyldelsen.⁵⁹ En sådan fortolkning af strfl. § 94, stk. 1, forekommer naturlig i lyset af, at bestemmelsen vedrører spørgsmålet om forældelse af strafansvar, ikke gennemtvangelse af handlepligter. Udtrykket »ophør« i strfl. § 94, stk. 1, kan næppe uden videre fortolkes som »opfyldelse«, når det gælder undladelserforbrydelser. I tilfælde, hvor der er fastsat en frist for handlepligtens opfyldelse, vil formålet med straf være at sikre, at handlepligten opfyldes på det relevante tidspunkt. Sker dette ikke, udløses strafansvaret. At det offentlige stadig har en væsentlig interesse i at handlepligten opfyldes, gør derimod ikke i sig selv den fortsatte undladelse strafbar.⁶⁰ For at lade forældelsesfristen løbe fra det tidspunkt, hvor handlepligten skulle have været opfyldt, taler i øvrigt

også, at det vil være i modstrid med forældelsesreglernes formål, at selv mindre alvorlige undladelser reelt bliver uforældelige, såfremt handlepligten ikke opfyldes.⁶¹

Ovennævnte problemstilling har blandt andet været fremme i en række skatte- og afgiftsstraffesager, og dommen i U 1980.1016 H udlægges almindeligvis således, at forældelsesfristen først begynder at løbe fra opfyldelsen, når det gælder undladt indbetaling af A-skat.⁶² Ved dommen i U 1990.649 V om undladt momsangivelse kom landsretten imidlertid til det modsatte resultat, idet forældelsesfristen her, på baggrund af en ordlydsfortolkning af momslovens § 20, stk. 1, fandtes at måtte løbe fra det tidspunkt, hvor angivelsen til toldvæsenet senest skulle have fundet sted. Også inden for en række andre særlovsområder har domstolene uden tøven lagt vægt på fristens udløb.⁶³

Umiddelbart synes U 1980.1016 H således at stå alene i sin fortolkning af strfl. § 94, stk. 1, for de tilfælde, hvor der gælder en tidsfrist for handlepligtens opfyldelse.⁶⁴ I den juridiske teori ses

58. Se Johannes Andenæs: *Straffbar umlatelse*, Oslo 1942, s. 496 ved nt. 2, forældelsesbetænkningen s. 20 og Hurwitz, *Alm. del*, s. 147.

59. Tilsvarende Waaben, *Ansvarslæren*, s. 102.

60. Situationen minder på sin vis om de ovenfor i afsnit 2.2.1.1 beskrevne tilfælde, hvor en række forbudsbestemmelser fortolkes således, at en strafbar aktivitet resulterer i en ulovlig (men ikke strafbar) tilstand. Dog ligger der naturligvis en forskel i, at i sidstnævnte tilfælde ændrer det strafbare forhold karakter fra en aktivitet til en tilstand, hvorimod fortolkningen af det strafbare forholds tidsmæssige udstrækning ved undladelserne alene beror på tidsfristen.

61. Se i samme retning Andenæs, *Straffbar unnløstelse*, s. 499 f., hvor det blandt andet anføres, at det næppe er tilstrækkelig sagligt begrundet, at ulovlig opførelse af en bygning (efter dagældende norsk ret) forældes i løbet af 1 år fra opførelsen, hvorimod undladelse af at efterkomme et påbud om lovliggørelse aldrig forældes. Andenæs fremhæver desuden *det psykologiske aspekt* – at det for den forpligtede afgørende tidspunkt vil være fristens udløb: »Det er nå han må ta sitt standpunkt. Den fortsatte unnløstelse er bare den naturlige følge av den opprinnelige beslutning.« Såfremt ansvaret først bliver gjort gældende efter mange år, vil det derfor både for ham og for omverdenen fremstå som gengældelse for gamle synder, ikke som straf for et fortsat strafbart forhold.

62. Se *Kommenteret straffelov* s. 410 med henvisninger.

63. Se eksempelvis dommen i U 1988.185 H vedrørende undladelse af at søge tilladelse til erhvervelse af fast ejendom. For en række yderligere eksempler, se *Kommenteret straffelov* s. 410 f.

64. Jan Pedersen konkluderer, at den foreliggende praksis næppe kan sammenfattes, og at det er tvivlsomt, om dommen i U 1980.1016 H kan udstrækkes til andre skatte- og afgiftsstrafferetlige overtrædelser, herunder om Højesteret i givet fald ville have ændret U 1990.649 V

der ikke stillet spørgsmålstejn ved dommens rigtighed, det er tilsyneladende almindelig antaget, at A-skattesagerne skiller sig ud, når det gælder forældelsesfristens påbegyndelse.⁶⁵

I *miljøsager* ses spørgsmålet ikke at have givet anledning til problemer. Eksempelvis blev forældelsesfristen i den i afsnit 2.2.4 refererede Prom-sag uden videre regnet fra udløbet af fristen for handlepligten. Situationen, hvor den forpligtede undlader at opfylde en handlepligt, hvortil der er knyttet en tidsfrist, vil dels kunne forekomme i tilfælde, hvor der er knyttet tidsfrister til materielle handlepligter, eksempelvis en miljøgodkendt virksomheds undladelse af at foretage egenkontrol,⁶⁶ dels ved strafansvar for manglende efterkommelse af et lovliggørelsespåbud inden en nærmere fastsat frist. Lignende situationer må i øvrigt antages at kunne opstå,

om undladt momsangivelse, se Jan Pedersen: *Skatte- og afgiftsretten*, 2. udg., 2001, s. 261.

65. Derimod argumenterede Engholm Jacobsen i Juristen og Økonomen 1979 s. 426 ff. for, at forældelsesfristen også i sådanne tilfælde bør regnes fra fristens udløb. Dette ud fra overvejelser svarende til de ovenfor introducerede; at den fortsatte undladelse ikke er selvstændigt kriminaliseret. Resultatet i dommen (U 1980.1016 H) ville antagelig kunne begrundes med, at tiltalen vedrørte adskillige undladelser, herunder en ubrudt række af undladelser i perioden fra juni til september 1974. Såfremt sidstnævnte anses for en fortsat forbrydelse, således at forældelsesfristen regnes fra udløbet af fristen for indbetaling af A-skat for september 1974, vil med Højesterets formulering »ingen del af strafansvaret« være forældet i det pågældende tilfælde. Muligvis er det netop en sådan tankegang, der ligger bag Højesterets bemærkninger i præmisserne, hvor der ikke udtrykkeligt lægges vægt på, om og i givet fald hvornår indbetalingspligten er opfyldt, men hvor det blot udtales, at forældelsesfristen ikke løber »så længe indbetaling til statskassen undlades på en efter kildeskattelovens § 74, stk. 1, nr. 2, strafbar måde«, (min fremhævelse). Henvisningerne til praksis og litteratur i dommens note 3 tyder dog ikke umiddelbart på, at det er fortsat forbrydelse, Højesteret har haft i tankerne i dette tilfælde.

66. Ved egenkontrol foretager virksomhederne løbende prøveudtagning mv. og indsender resultaterne til tilsynsmyndigheden, se nærmere om egenkontrol i Ellen Margrethe Basse (red): *Miljøretten bind IV*, Forurenende anlæg og processer, 2001, s. 253 ff.

hvor handlepligten er knyttet til *faktiske omstændigheder* på en sådan måde, at en fortolkning må føre til, at *handlepligten ophører med disses ophør*. Eksempelvis må underretningens pligt i mbl. § 71, der gælder i tilfælde af driftsforstyrrelser eller uheld, som medfører væsentlig forurening eller fare herfor, antages at ophøre, når den relevante situation er ophørt, altså når det er blevet for sent at give underretning efter mbl. §71, se i den forbindelse dommen refereret i MAD 1999.978 B, hvor underretning 2 timer efter et uheld blev anset for at være for sen.⁶⁷ Tilsvarende må det antages, at undladelse af at efterkomme de vilkår, der ifølge virksomhedens miljøgodkendelse er en forudsætning for lovlig drift, efter omstændighederne vil kunne anses for ophørt, såfremt driften indstilles.

2.2.3. Forskellige former for ophør

Igangværende strafbar virksomhed eller undladelse kan bringes til ophør ved *fysisk lovliggørelse*, se afsnit 2.2.3.1, eller eventuelt ved *retlig lovliggørelse*, se afsnit 2.2.3.2.

Ved strafbare undladelser antages også indtrådt *umulighed* at bevirke, at handlepligten bortfalder, hvorefter forældelsesfristen begynder at løbe. Det gælder dog ikke umulighed på grund af pengemangel, se U 2000.493 Ø (Promsagen), hvor landsretten afviste Proms påstand om straffrihed på grund af periodevise vanskeligheder med at komme af med det ulovligt opbevarede kemikalieaffald til Kommuneke-mi.⁶⁸

Ligeledes må den omstændighed, at det *offentliges interesse* i, at handlepligten opfyldes,

67. Se i samme retning Toftegaard Nielsen, *Ansaret*, s. 294, hvor det antages vedrørende overtrædelser af strfl. § 253 (undladelse af at hjælpe nogen der er i øjensynlig livsfare mv.), at handlepligten må anses for ophørt (og at forældelsesfristen dermed begynder at løbe), når den skyldige forlader stedet.

68. Se nærmere om umulighed som straffrihedsgrund i Toftegaard Nielsen, *Ansaret*, s. 117 ff., og Greve, *Det strafferetlige ansvar*, s. 132 ff.

bortfalder, antages at kunne bevirke, at forældelsesfristen begynder at løbe.⁶⁹

2.2.3.1. Ophør ved fysisk lovliggørelse

Ved fysisk lovliggørelse vil den strafbare virksomhed eller undladelse ophøre fra det tidspunkt, hvor gældende miljøkrav opfyldes for fremtiden: Ved strafbare *aktiviteter* indebærer fysisk lovliggørelse, at aktiviteten fremover *indstilles*. Det giver sjældent anledning til vanskeligheder at fastslå, hvorvidt en strafbar aktivitet er ophørt.⁷⁰ Inden for miljøbeskyttelsesområdet har afgrænsningen imellem enkeltstående overtrædelser og fortsat forbrydelse dog vist sig at give anledning til visse problemer, se afsnit 2.2.4.

Ved fysisk lovliggørelse af en strafbar *tilstand* er det påkrævet, at der foretages handlinger, der fører til *genopretning* af den oprindelige (lovlige) tilstand. Først når genopretning fuldt ud er sket, er den strafbare tilstand bragt til ophør, og forældelsesfristen kan begynde at løbe.⁷¹

Endelig er der ved strafbare *undladelser* først sket fysisk lovliggørelse, når handlepligten er *opfyldt*. Forældelsesfristen begynder med andre ord ikke at løbe, så længe den strafbare undladelse står på. Som redegjort for i afsnit 2.2.2.2 vil en nærmere fortolkning af handlepligten imidlertid kunne føre til, at den fortsatte undladelse ikke er strafbar. Det gælder navnlig i tilfælde, hvor der er fastsat en frist for handlepligtens opfyldelse. I sådanne tilfælde vil forældelsesfristen antagelig begynde at løbe ved fristens udløb og dermed før lovliggørelsestidspunktet.

2.2.3.2. Ophør ved retlig lovliggørelse

Såfremt det offentlige interesse i forpligtelsen er bortfaldet, eller fastholdelsen af miljøkravet ud fra en konkret vurdering må vige for andre hensyn, kan tilsynsmyndigheden foretage retlig

lovliggørelse ved ændringer i retsgrundlaget. Herefter er den oprindelige forpligtelse bortfaldet.⁷²

Retlig lovliggørelse er som *reaktionsmiddel* navnlig relevant i sager, hvor der ulovligt er sket ændringer i bestående *tilstande*, eksempelvis en landmands nedpløjning af et dige i strid med nbl. § 4 eller opførelse af en bygning i strid med pl. § 35, stk. 1. I sådanne tilfælde kan tilsynsmyndigheden ud fra en skønsmæssig afvejning efterfølgende meddele tilladelse/dispensation, hvorefter tilstanden for fremtiden er lovlig.⁷³ I *forældelsesmæssig* henseende er retlig lovliggørelse imidlertid *ikke* relevant i de tilfælde, hvor den endeligt etablerede tilstand er ulovlig, men ikke i sig selv er strafbar. Det strafbare forhold er ophørt, og forældelsesfristen er dermed allerede begyndt at løbe fra det tidspunkt, hvor ændringen endeligt er etableret.

Retlig lovliggørelse kan derimod være relevant for den strafferetlige forældelse i tilfælde, hvor en *igangværende* strafbar virksomhed eller undladelse bliver lovliggjort ved ændringer af de gældende (konkret fastsatte) miljøkrav. Af særlig praktisk relevans er de sager, hvor tilsynsmyndigheden *forlænger en tidsfrist* knyttet til en materiel handlepligt, eksempelvis et vilkår, der – for at forebygge forurening eller fare herfor – stiller bestemte krav til indretningen af virksomheden eller produktionen. Her vil forældelsesfristen først begynde at løbe fra udløbet af den forlængede frist.⁷⁴ Retlig lovliggørelse vil lige-

69. Hurwitz, *Alm. del*, s. 147.

70. Se afsnit 2.2.2.1.

71. Som uddybet ovenfor i afsnit 2.2.1.1 vil det dog typisk kun være *etableringen* (aktiviteten), der er strafbar.

72. Ophør ved retlig lovliggørelse kan kun finde sted, såfremt tilsynsmyndigheden i loven er bemyndiget til at træffe en sådan afgørelse. Også hvor en sådan bemyndigelse ikke foreligger, må det imidlertid gælde, at den strafbare undladelse er at anse for ophørt, såfremt det offentlige interesse i, at handlepligten opfyldes, bortfalder, se afsnit 2.2.3.

73. Se nærmere om retlig lovliggørelse ved ulovligt etablerede tilstande i Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, s. 157 ff.

74. Tilsvarende må i øvrigt antages at gælde ved strafansvar for manglende efterkommelse af et lovliggørelsespåbud, såfremt lovliggørelsesfristen forlænges. I sådanne tilfælde er der imidlertid ikke tale om retlig lovliggørelse, men

ledes være relevant ved de såkaldte *formelle overtrædelser*, eksempelvis hvor en forurenende virksomhed etableres uden fornøden miljøgodkendelse, men hvor efterfølgende godkendelse umiddelbart kan meddeles, fordi virksomheden er anlagt og drives i overensstemmelse med gængse miljøkrav.⁷⁵

Såfremt den strafbare virksomhed eller undladelse bringes til ophør ved retlig lovliggørelse, vil eksempelvis en utilfreds nabo have mulighed for at *klage* over afgørelsen. Hvis klageren ikke får medhold, vil tilsynsmyndighedens (førsteinstansens) afgørelse stå ved magt. Selv om det først er med klagemyndighedens stadfæstelse af den retlige lovliggørelse, at der er truffet en endelig administrativ afgørelse, taler meget for i de pågældende tilfælde at anse det strafbare forhold for ophørt, og dermed lade forældelsesfristen løbe allerede fra *førsteinstansens afgørelse*, idet klage over begunstigende afgørelser ikke har opsættende virkning, jf. mbl. § 96.

2.2.4. Ophør eller fortsat forbrydelse?

Hvis den sigtede har begået flere strafbare handlinger eller undladelser, skal forældelsesfristen som udgangspunkt beregnes for hver overtrædelse for sig. I visse tilfælde vil flere handlinger eller undladelser imidlertid kunne betragtes under ét; som en fortsat forbrydelse.⁷⁶ Såfremt dette er tilfældet, løber forældelsesfristen først fra *ophøret af den sidste* i rækken af ensartede handlinger/undladelser, og samtlige af disse kan

blot om, at den forpligtede får endnu en chance for at lovliggøre forholdene, inden sagen eventuelt videregives til politiet.

75. Udtrykket *formelle overtrædelser* anvendes blandt andet af Moe i *Miljøret*, s. 314 f.

76. Som det fremgår af de i *Kommenteret straffelov* s. 413 f. fremhævede eksempler fra retspraksis, vil fortsat forbrydelse kunne forekomme både ved strafbare handlinger og undladelser.

herefter inddrages under straffesagen, uanset hvornår de har fundet sted.⁷⁷

Kriterierne for, at der foreligger en fortsat forbrydelse, er ikke ganske klare. Waaben anfører, at der skal være »et præg af ensartethed, kontinuitet og indre sammenhæng over de gentagne handlinger«. ⁷⁸ Ifølge Greve er det en forudsætning for at anse flere handlinger som en fortsat forbrydelse, »at de er begået på samme måde, at de rammer det samme retsgode, og at der er tidsmæssig nærhed«. ⁷⁹ Disse to sæt af kriterier er næppe ganske sammenfaldende. Navnlig må der antages at være en vis forskel på henholdsvis kravene om »kontinuitet« og »tidsmæssig nærhed«: Hvor førstnævnte synes at fordrer, at der foreligger en mere eller mindre ubrudt række af overtrædelser,⁸⁰ ligger der i kravet om tidsmæssig nærhed formentlig det yderligere, at der ikke må være for lang tid imellem de gentagne strafbare forhold.

I *miljøsager* må fortsat forbrydelse navnlig antages at være aktuel inden for miljøbeskyttelsesområdet, hvor den strafbare aktivitet foregår i forbindelse med den løbende drift af en forurenende virksomhed.⁸¹

77. Greve betragter problemstillingen således, at »alle handlingerne betragtes som delhandling af den samme forbrydelse«, se *Det strafferetlige ansvar*, s. 251.

78. Waaben, *Ansvarslæren*, s. 103.

79. Greve, *Det strafferetlige ansvar*, s. 251.

80. Se eksempelvis om praksis vedr. skatte- og afgiftslovgivningen i *Kommenteret straffelov* s. 413 f., hvor det s. 414 konkluderes, at »[p]raksis synes at vise, at der foreligger fortsat forbrydelse, hvis angivelserne uafbrudt ikke afgives eller er urigtige«. Se også de i note 81 nævnte domme vedrørende ulovlig sommerhusudlejning.

81. Ud over miljøbeskyttelsessagerne har der i de senere år verseret en række sager om ulovlig sommerhusudlejning. Se dommen refereret i MAD 2001.281 B vedrørende privat udlejning af et sommerhus i strid med pl. § 40, stk. 1. Udlejningen havde fundet sted i samlet 19 uger i vinterhalvåret. Retten lagde til grund, at der var tale om en fortsat forbrydelse, selv om udlejningen flere gange havde været afbrudt i en uge og i ét tilfælde i en periode af 2 ugers varighed. Se også dommen i MAD 2000.863 V vedrørende overtrædelse af sommerhusloven (lovbkg. nr. 924 af 22. december 1989 om sommerhuse og campe-

Fortsat forbrydelse vil typisk forekomme ved flere overtrædelser af det *samme miljøkrav*. Som illustrativt eksempel fremhæver Moe en sag, hvor en virksomhed igennem en årrække havde udpumpet kemikalieaffald på en losseplads med 1½ måneds mellemrum.⁸² Sagen blev først rejst 1½ år efter sidste udpumpning, men landsretten fandt, at der var tale om en fortsat forbrydelse, hvorfor ingen af forholdene var forældede.⁸³ Også i de tilfælde, hvor den strafbare aktivitet eller undladelse er knyttet til en bestemt *tidsperiode*, vil fortsatte overskridelser efter omstændighederne kunne anses for en fortsat forbrydelse. Situationen kunne eksempelvis opstå ved en virksomheds gentagne undladelser af at foretage løbende egenkontrol og indsende måleresultaterne til tilsynsmyndigheden. Kravet om »tidsmæssig nærhed« vil dog kunne være til hinder for, at domstolene statuerer fortsat forbrydelse i tilfælde, hvor der går for lang tid imellem de kriminaliserede handlinger/undtagelser, eksempelvis hvor gerningsbeskrivelsen er knyttet til en ét-årig periode, se dommen i U 1972.735 H vedrørende gentagne overtrædelser af skattekontrollovens § 13, stk. 1 (urigtig selvangivelse).⁸⁴ I det pågældende tilfælde var det selve indsendelsen af den urigtige selvangivelse, der var strafbar. Derved adskiller sagen sig antageligt fra de tilfælde, hvor der nok skal indsendes oplysninger til myndighederne én gang om året, men hvor den strafbare overtrædelse er resultatet af en aktivitet, der har fundet sted i årets løb, ek-

ring m.v.) § 1, stk. 1, nr. 1, der forbyder erhvervmæssig udlejning uden tilladelse. Landsretten fandt, under henvisning til at der havde været tale om regelmæssig og omfattende erhvervmæssig udlejning af sommerhuse, at der forelå en fortsat forbrydelse.

82. Moe, *Miljøret*, s. 312

83. Østre Landsrets dom af 25.6.1982 (8. afd. a.s. 142/1981).

84. Toftegaard Nielsen påpeger i *Ansaret* s. 298, at anklagemyndigheden i den pågældende sag ikke havde påstået, at der forelå fortsat forbrydelse. I ugeskriftets referat henvises dog i note 2 (s. 736) til dommen i U 1971.727 Ø, hvor landsretten i en lignende sag udtrykkeligt afviste anklagemyndighedens påstand om fortsat forbrydelse.

sempelvis et dambrugs overskridelse af det maksimalt tilladte foderforbrug, der skyldes, at der løbende er blevet anvendt for meget foder.

Se i modsætning hertil dommen refereret i MAD 1997.601 B, der vedrørte et dambrugs overforbrug af foder i årene 1991 og 1992. Anklageskrift var indleveret til retten i februar 1994, og anklagemyndigheden gjorde under sagen gældende, at der forelå en fortsat forbrydelse. Byretten anfører i præmisserne: »Foderforbruget er fastsat for de enkelte kalenderår og overtrædelser kan konstateres ved kalenderårets udløb. Forældelsesfristen findes herefter at måtte regnes fra kalenderårets udløb, og strafansvar for så vidt angår tiltalen for 1991 findes forældet.«

Fænomenet »fortsat forbrydelse« kan også optræde som flere overtrædelser af *ikke fuldt ud identiske miljøkrav*. I dommen refereret i U 2001.2045 H (Prom-sagen) blev tiltaltes forældelsesindsigelse afvist under henvisning til, at den årelange tilsidesættelse af vilkår og en række påbud om bortskaffelse af affald var at betragte som en fortsat forbrydelse:

En kemisk virksomhed havde i ca. 15 år undladt at bortskaffe produktionsaffald som foreskrevet. Af virksomhedens miljøgodkendelse fra 1982 fremgik det, at et eksisterende udenørs affaldsoplag skulle fjernes inden 3 år. Alligevel fortsatte virksomheden med at oplagre kemikalieaffald på grunden. Efter 8 år blev godkendelsen revideret, og endnu engang blev der fastsat en frist for fjernelse af gammelt affald.⁸⁵ Herudover blev der løbende meddelt forskellige påbud, der både vedrørte bortskaffelse af gammelt ophobet affald (der allerede ifølge godkendelsen fra 1982 skulle have været fjernet) og løbende bortskaffelse af nyt genereret affald.⁸⁶ Påbudene var dermed i deres indhold dels konstaterende, idet der for så vidt angik det gamle affaldsoplag reelt var tale om håndhævelse af allerede gældende krav, dels konstitutive, da der også blev stillet krav vedrørende bortskaffelsen af fremtidigt genereret affald. At påbudene var forskellige, skyldtes, at det efterhånden gik op for amtet, at virksomhedens manglende økonomiske formåen umuliggjorde en samlet løsning på affaldsproblemerne. Der blev taget ét skridt ad gangen – og stadig

85. Godkendelsesvilkåret blev stadfæstet ved Miljøklagenævnets delafgørelse i 1996, se MAD 1996.424.

86. Påbudene blev meddelt med hjemmel i affaldsbekendtgørelsen, se (nugældende) bkg. nr. 619 af 27.6. 2000 § 62, stk. 2.

mindre skridt – indtil Miljøklagenævnet i 1997 nedlagde forbud mod fortsat drift.⁸⁷

I 1997 blev der rejst tiltale for tilsidesættelse af godkendelsesvilkår og diverse påbud.⁸⁸ For landsretten gjorde de tiltaltes forsvarere gældende, at strafansvaret for overtrædelser af påbudene var forældede, idet de omhandlede påbud reelt havde afløst hinanden.⁸⁹ Landsretten fastslog uden yderligere begrundelse, at der var »tale om ensartede og kontinuerlige unladelser, som må bedømmes som en fortsat forbrydelse«. Højesteret tiltrådte landsrettens begrundelse, med den tilføjelse, at »det ikke kan føre til andet resultat, at der tidligere er meddelt påbud vedrørende til dels samme affald«.

Prom-sagen er kompliceret, blandt andet fordi påbudene kun delvis vedrørte samme affald, og fordi det har været vanskeligt overhovedet at skelne imellem nyt og gammelt affald. Højesterets præmisser må dog antageligt læses således, at resultatet (fortsat forbrydelse) havde været det samme, selv om der utvivlsomt havde været tale om det samme affald og om enslydende påbud. Dette skal ses i lyset af, at der foreligger et nyt strafbart forhold, hver gang et nyt påbud tilsidesættes, jf. mbl. § 110, stk.1, nr. 2. Et andet spørgsmål er, om tilsynsmyndigheden opfylder sin håndhævelsespligt, jf. mbl. § 68, såfremt den vedblivende udsteder ensartede påbud vedrørende det samme ulovlige forhold.⁹⁰

87. Se MAD 1997.177.

88. Tiltale blev rejst mod henholdsvis selskabet, der aktuelt var ansvarlig for driften af virksomheden, samt selskabets ejer og direktør.

89. Se U 2001 s. 2054.

90. Det må antages, at der i håndhævelsespligten ligger et krav om, at tilsynsmyndighedens reaktioner over for den forpligtede skal følge en stigende skala af intensitet, se Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, s. 128 f.

Grundlovens § 3, 2. pkt., og politimyndighed

Af adjunkt, ph.d. HELLE KRUNKE og lektor, ph.d. HENRIK PALMER OLSEN

Dissensen i U 2001.2065 H antyder, at grl. § 3, 2. pkt., har et retligt indhold. Dommen vedrører specifikt udøvelse af politimyndighed. I artiklen overvejes det med udgangspunkt i dommens dissens, om udøvelse af politimyndighed kan henføres til grl. § 3, 2. pkt., samt om denne myndighed udgør et personelt ene-kompetenceområde for regeringen.

1. Afgrænsning og præsentation af emnet

Ifølge grundlovens § 3, 2. pkt., er den udøvende magt hos kongen, hvilket i dag udlægges således, at den udøvende magt ligger hos regeringen. Inspireret af dissensen til U 2001.2065 H og Justitsministeriets notat om visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks tiltrædelse af Schengenkonventionen vil vi undersøge, om der kan indlæses/udledes et retligt indhold i/af grl. § 3, 2. pkt. Vi vil hverken kommentere spørgsmålet, om dommen harmonerer med U 1996.1300 H eller i øvrigt er udtryk for en videreførelse eller ændring af praksis vedrørende adgangen til at få prøvet retsspørgsmål ved domstolene, eller spørgsmålet, om Danmarks tiltrædelse af Schengenkonventionen er grundlovsstridig.¹ Emnet for artiklen er alene

grundlovens § 3, 2. pkt. Nærmere bestemt undersøger vi, om politimyndighed² alene er en lovreguleret kompetence, eller om grl. § 3, 2. pkt., kan fortolkes som indeholdende en regulering af denne kompetence. Analysen intenderer således ikke at være udtømmende med hensyn til at fastsætte et juridisk indhold for bestemmelsen, men vil være knyttet til den antydning af et indhold for bestemmelsen, som er fremført i dissensen til U 2001.2065 H. Analysen munder heller ikke ud i et entydigt resultat, men skal ses som et bidrag til en diskussion af spørgsmålet, der ikke udelukker, at andre opfattelser kan lægges til vores.

Artiklen falder i to dele. I afsnit 3.1 behandler vi spørgsmålet, om udøvelse af politimyndighed kan henføres til § 3, 2. pkt. Såfremt dette er tilfældet, vil sådan myndighed skulle udøves af »kongen«, medmindre andet er bestemt ved lov. Betydningen af at henføre politimyndighed til § 3, 2. pkt., er altså, at bestemmelsen kommer til at virke som et fortolkningsprincip, hvis der opstår tvivl om, hvilken myndighed der er berettiget til at udøve en nærmere specificeret kompetence.³

en *mellemfølgelig myndighed*. Uddrag af notatet er gengivet i dommen på s. 2069-73.

1. Vi skal dog nævne, at vi er enige i den opfattelse, som er fremsat i Justitsministeriets notat af 4. december 1996 om visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks tiltrædelse af Schengenkonventionen, hvorefter grl. § 20 ikke finder anvendelse, allerede fordi konventionen ikke indebærer, at der overlades beføjelser til

2. Det skal understreges, at vi med termen »politimyndighed« refererer til en bestemt form for *kompetence*, jf. nedenfor note 10.

3. Et eksempel på, hvor en sådan tvivl måske kan opstå, er ved afgrænsningen af fogedrettens kompetence i forhold til politiets. Retsplejelovens § 498, stk. 2, bestemmer, at »Fogedretten kan anvende den for fuldbyrdelsen nødvendige magt. Politiet yder efter anmodning fogedretten bistand hertil.« Bestemmelsen kan give anledning til at

Herefter undersøger vi, om lovgiver, som følge af at politimyndighed ved grl. § 3, 2. pkt., er henlagt til »kongen«, er forhindret i ved lov at tiltage sig denne kompetence eller henlægge den til domstolene. Dette spørgsmål behandles i afsnit 3.2. En sådan omfordeling kunne bestå i konkret ved lov at pålægge politiet at undersøge bestemte begivenhedsforløb eller at pålægge anklagemyndigheden at rejse tiltale i en konkret sag. Alternativt kunne en omfordeling have en mere generel karakter og bestå i at henlægge ledelsen af politiet eller anklagemyndigheden til Folketingets Retsudvalg, eller i at tildele dommere ledelsesmæssige beføjelser i forhold til politiet i forbindelse med opklaringen af bestemte forbrydelser. Selv om sådanne tiltag ikke umiddelbart synes nært forestående,⁴ er det ikke irrelevant at behandle problemstillingen. Da Alf Ross i 1959 bestred den opfattelse, at § 3, 3. pkt., ikke indskrænker den lovgivende magts kompetence, anså han det sandsynligvis for helt urealistisk, at lovgiver nogen-

diskutere, i hvilket omfang fogeden selv må anvende fysisk magt over for en skyldner. Det skal dog bemærkes, at denne problemstilling ikke direkte er dækket af den problemstilling, der diskuteres i indeværende artikel, jf. nedenfor ved note 10. Problemet om fogedrettens adgang til selv at anvende fysisk magt opstår dog også før dom, jf. eksempelvis retsplejelovens § 596, stk. 1, hvorefter: »Besiddelseskrav som nævnt i § 528 kan gennemtvinges af fogedretten ved en umiddelbar fogedforretning uden sædvanligt tvangsfuldbyrdsgrundlag, såfremt den berettigede (rekvirenten) i fogedretten kan godtgøre eller sandsynliggøre sit krav mod den forpligtede (rekvisitus).«

4. Se dog Ft 1983/84 (2) B 1361 om et beslutningsforslag i den såkaldte Harpoon-missil sag om at pålægge forsvarsministeren at foranledige den militære anklagemyndighed til at trække en tiltale mod den implicerede orlogskaptajn tilbage samt Ft 2001/02 (2) B 103 om et beslutningsforslag om at pålægge regeringen at søge foreningen Hizb-ut-Tahrir opløst ved dom, jf. grl. § 78. Ingen af de to beslutningsforslag blev vedtaget, og i begge sager blev det fremført, at beslutningerne kunne være i strid med grl. § 3. De to sager illustrerer, at der i hvert fald blandt nogle medlemmer af Folketinget er politisk vilje til at blande sig i konkrete afgørelser, der hører under anklagemyndigheden. Derimod er der ikke pt. udsigt til en mere generel omlægning af de personelle kompetenceforhold i relation til politi- og anklagemyndighed.

sinde kunne finde på at vedtage en lov som Tvindloven. Såfremt han havde overvejet muligheden heraf, havde han muligvis nået en anden konklusion end den, at grl. § 3 ikke indskrænker lovgivers kompetence.⁵ Eksemplet viser det rigtige i Peter Germers betragtning om, at det ikke er en bæredygtig betragtning i forfatningsretlig sammenhæng at pege på, hvad der er realistisk: »Grundlovens retssikkerhedsgarantier tager ikke kun sigte på normale tilstande, men får deres særlige betydning i ekstreme situationer.«⁶ Vi kan tilslutte os dette og mener endvidere at det har principiel betydning at søge at afdække de forfatningsretlige grænser, der gælder for lovgivers kompetence.

2. U 2001.2065 H og grl. § 3, 2. pkt.

U 2001.2065 H vedrører direkte spørgsmålet, om en forening som mandatar for en række personer kunne føre sag mod statsministeren med henblik på at få anerkendt, at Danmarks tiltrædelse af Schengenkonventionen var grundlovsstridig. Som bekendt blev Statsministerens afvisningspåstand taget til følge i såvel Landsretten som Højesteret. Inden sagen kom så langt, havde spørgsmålet om, hvilken procedure der skulle tages i brug for at tiltræde konventionen, været forelagt Justitsministeriet, som udtalte – efter vor mening med rette – at der kun kunne blive tale om at anvende en § 19-procedure eller en § 88-procedure. I tilknytning hertil udtalte ministeriet:

»Ved vurderingen af dette spørgsmål må det undersøges, om ordningen indebærer overladelse af beføjelser, som efter grundlovens § 20 kun vil kunne overlades til mellemfolkelige myndigheder og kun efter den i bestemmelsen angivne procedure.« (Citeret efter dommen s. 2069).

Tankegangen bag dette er formentlig, at såfremt de omtalte beføjelser er af en karakter som de, der i henhold til grl. § 20 kan overføres til mel-

5. Se Alf Ross: »Statsretlige studier«, 1959, s. 68.

6. Se Peter Germer: »Statsforfatningsret«, 2001, s. 6.

lemfolkkelige myndigheder, så vil en overførelse af disse til fremmede landes myndigheder kræve grundlovsændring. Er beføjelserne ikke af en sådan karakter, kan beføjelserne overlades ved at følge proceduren i grl. § 19. Man anvender altså kriterierne i § 20 til at afgøre, om man skal følge en § 19- eller en § 88-procedure. Justitsministeriet udtaler i fortsættelse af ovenstående citat:

»Til støtte for at den påtænkte ordning efter Schengenkonventionens art. 40 og 41 angår beføjelser, der er omfattet af grundlovens § 20, og som derfor kun kan overlades til mellemfolkkelige myndigheder, kan det anføres, at § 20 efter sin ordlyd omfatter enhver beføjelse, som tilkommer rigets myndigheder, herunder den udøvende magt, som efter grundlovens § 3, 2. pkt., er hos kongen.« (Citeret efter dommen s. 2069).

Det må på denne baggrund antages, at ministeriet er af den opfattelse, at de omtalte beføjelser kan siges at tilkomme rigets myndigheder (nærmere bestemt kongen) i henhold til grl. § 3, 2. pkt. At § 20's »Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder ...« omfatter udøvende magt er utvivlsomt, jf. også Forfatningskommissionens betænkning af 1953, hvor det i bemærkningerne til § 20 hedder:

»Ved rigets myndigheder forstås såvel den lovgivende som den udøvende og dømmende myndighed.« (Betænkningen s. 31, 2. sp.).

Det vigtige set i forhold til vor analyse er, at Justitsministeriet henfører de omtalte beføjelser til grl. § 3, 2. pkt. Hvis beføjelserne alene havde hjemmel i lov, ville det jo slet ikke have været relevant at nævne grl. § 3, 2. pkt.

Denne opfattelse af, at de overførte beføjelser kan henføres til grl. § 3, 2. pkt., genfindes hos de dissentierende dommere (Walsøe og Grubbe). De skriver:

7. Der er en fejl i dette citat, som må være overset ved korrekturlæsningen. § 20 omfatter efter sin ordlyd alene enhver beføjelse, som *efter grundloven* tilkommer rigets myndigheder.

»Appellanterne gør gældende, at Danmarks tiltrædelse af Schengenkonventionen indebærer overladelse af udøvende magt til fremmede landes myndigheder i kraft af bestemmelserne om observation, forfølgelse og Schengen-informationssystemet, og at en sådan overladelse er i strid med grundlovens § 3.

Vi finder, at udøvelse af politimyndighed er en central del af den udøvende magt, især når den – som her – angår et væsentligt livsområde som det strafferetlige.« (Citeret efter dommen s. 2076).

Mindretallet anfører altså – som et led i deres argumentation for at hjemvise sagen til realitetsbehandling – en opfattelse, som er helt lig Justitsministeriets. Det skrives godt nok ikke direkte, at udøvelse af politimyndighed kan henføres til § 3, 2. pkt., men når 2. afsnit i ovenstående citat læses i sammenhæng med 1. afsnit, kan der næppe være tvivl om, at det er det, der menes. Flertallet i dommen udtaler sig slet ikke om spørgsmålet, men henholder sig alene til det rent processuelle spørgsmål om appellanternes retlige interesse i sagen. Der kan derfor ikke af dommen udledes noget om disse dommeres opfattelse af spørgsmålet.

3. Grl. § 3, 2. pkt., og politimyndighed

Indledningsvis må det afvises, at en henførelse af politimyndigheden til grl. § 3, 2. pkt., skulle indebære en *materiel* kompetence til regeringen til at udøve politimyndighed. Både det almindelige retsprincip om proportionalitet mellem et offentligt indgreb over for private og klarhed i hjemmelsgrundlaget⁸ og den almindelige opfattelse i teorien tilsiger dette.⁹

8. Se f.eks. grl. § 72. Se også Jon Andersen: »Forvaltningsret«, 2000, der på s. 80 formulerer proportionalitetsprincippet således: »Jo mere direkte og byrdefulde indgreb i borgernes interessesfære, der er tale om, jo sikrere må hjemmelen være.«
9. Selvom det i teorien har været foreslået, at grl. § 3, 2. pkt., kan udgøre selvstændigt kompetencegrundlag for regeringen, jf. eksempelvis Peter Germer: »Statsforvaltningsret«, 2001, s. 92 ff., om kompetencen til at udstede anordninger, findes der ikke i teorien – hverken nyere eller ældre – eller i praksis eksempler på, at materiel poli-

Dernæst skal det præciseres, at vi med politimyndighed alene mener den del af den politimæssige virksomhed, som vedrører lovens håndhævelse forud for en evt. domsafsigelse. Det skyldes, at spørgsmålet i U 2001.2065 H alene vedrører denne form for håndhævelse (overvågning og forfølgelse af mistænkte). Den politimyndighed, der udøves i forbindelse med håndhævelse af en afsagt dom, tager vi således ikke stilling til i artiklen.¹⁰

I henhold til den netop foretagne afgrænsning af emnet er det spørgsmål, der skal diskuteres, således, om den politimyndighed, der udøves i henhold til lov, og som ikke tager sigte på at fuldbyrde en afsagt dom, kan henføres til grl. § 3, 2. pkt., samt om denne myndighedsudøvelse er et personelt enekompetenceområde for regeringen/forvaltningen.

3.1 Kan politimyndighed henføres til grl. § 3, 2. pkt.?

I forbindelse med overvejelsen af spørgsmålet, om grl. § 3, 2. pkt. har betydning for den personelle placering af kompetencen til at udøve politimyndighed, må det overvejes, om grl. § 3 overhovedet angår faktiske handlinger. Selv om sondringen mellem faktiske handlinger og retshandlinger er langt fra klar, anfører Alf Ross således i sin analyse af magtfordelingslæren fra 1959 i et afsnit, der omhandler den udøvende magt, at:¹¹

timyndighed skulle kunne udøves direkte på grundlag af § 3, 2. pkt.

10. Politimyndighed må i hvert fald omfatte eftersættelse, overvågning, anholdelse, efterforskning samt udfærdigelse af anklager og gennemførelse af straffesager ved domstolene. Uden for begrebet falder administrative opgaver som f.eks. udstedelse af pas og kørekort. Herimellem findes et grænseområde, hvor f.eks. administration af forsamlingsfriheden vil falde inden for begrebet, medens diverse former for rene serviceorienterede handlinger falder udenfor. Afgørende for at karakterisere noget som politimyndighed er således efter vor opfattelse, at der er tale om handlinger, der tager sigte på at opretholde den offentlige orden.

11. Se Alf Ross, 1959, s. 65.

»... magtfordelingslæren alene angår kompetencen til at udstede retsakter. Mangfoldige, utvivlsomt de fleste, handlinger foretaget af forvaltningsorganer er ikke udslag af udøvende magt, fordi de er af faktisk natur (efterforskning af forbrydelser, drift af statsvirksomheder osv.).«

Det kan formentlig diskuteres, hvordan Ross' sondring mellem faktiske handlinger og udstedelse af retsakter nærmere skal forstås, men meget tyder efter vor opfattelse på, at synspunktet, at § 3 ikke angår faktiske handlinger, ikke har vundet tilslutning hos efterfølgende forfattere.

Går man tilbage til grundlovens forarbejder, kan man finde en kort diskussion af spørgsmålet på den grundlovgivende forsamling. Grundtvig anfører således, at anvendelsen af ordet »magt« i relation til samtlige de tre statsfunktioner er forkert, fordi det kun er i forhold til den udøvende statsfunktion, at man kan tale om magt – altså udøvende magt. For så vidt angår vedtagelsen af love samt afsigelsen af domme, er der ikke tale om magt, men alene om myndighed, hvorfor man bør tale om lovgivende og dømmende myndighed.¹² Dette peger efter vor opfattelse i retning af at opfatte udøvende magt som den kompetence, der er knyttet til egentlig magtudøvelse over for borgerne, d.v.s. politimyndighed. At Grundtvig ikke får medhold i sit synspunkt om, at § 3 burde omformuleres, er ikke ensbetydende med, at hans opfattelse afvises. David anfører blot at Grundtvig »drive[r] Ømfindtligheden i denne Henseende for vidt« (Beretning sp. 1575), og herefter bliver Grundtvigs kommentar ikke behandlet yderligere.

Ser man herefter på den første litteratur efter grundlovens vedtagelse, er det klart at fuldbyrdelse af gældende ret opfattes som omfattet af udøvende magt. Dette fremgår klart af f.eks. Holcks fremstilling, hvor han skriver følgende om kongens myndighed med hensyn til lovens fuldbyrdelse:¹³

12. Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848/49, sp. 1574-75.

13. Carl Georg Holck: »Den Danske Statsforfatningsret«, 1869, s. 234. Det bemærkes, at Holck i dette afsnit hen-

»Den udøvende Magts Virksomhed indskrænker sig derfor her til at drage Omsorg for, at de under offentlig Paataale henhørende Lovovertrædelser bringes under Domstolenes Paakjendelse, samt til at fuldbyrde de idømte Straffe og bestyre Straffeanstalterne.«

Dette må forstås således, at kompetencen til fuldbyrdelse – som er en del af den udøvende magt – indbefatter de handlinger, som er nødvendige for, at lovovertrædelser kan bringes under domstolenes påkendelse. Det fremgår implicit af Holcks fremstilling, at denne kompetence på samme tid kan henføres til § 22, 2. pkt., og § 3, 2. pkt. Dette skyldes, at man i ældre litteratur betragtede regeringsprærogativerne som en del af den udøvende magt. Denne opfattelse er forladt i nyere teori, men dette er ikke ensbetydende med, at der ikke konkret kan være et overlap mellem § 3, 2. pkt., og § 22, 2. pkt. Vi skal ikke her tage stilling til spørgsmålet.

At faktiske handlinger i henhold til lov er omfattet af grl. § 3, finder også støtte i nyere litteratur. Max Sørensen skriver således:¹⁴

»For det andet, og navnlig, omfatter begrebet udøvende magt den funktion der betegnes som forvaltning eller administration. ... En typisk administrativ funktion er det at påse, at borgerne overholder gældende love og andre retsfor skrifter i deres daglige livsudfoldelse, hvad enten det drejer sig om erhvervsmæssig eller anden virksomhed. Denne kontrolfunktion indbefatter normalt også den funktion at sætte retshåndhævelsesapparatet i gang, når lovovertrædelser konstateres eller formodes. Endvidere er det en principielt vigtig funktion at gennemtvinge – om nødvendigt ved magtanvendelse – konkrete afgørelser truffet ved administrativ eller juridisk beslutning.«

viser til grl. § 24 (nu § 22), der direkte omhandler fuldbyrdelse, jf. afsnit 4.1 ovenfor. Imidlertid behandler Holck spørgsmålet som en del af den kompetence, der kan udledes af »udøvende magt«, og det må antages, at Holck ville være nået til samme resultat, hvis den særlige bestemmelse om fuldbyrdelse ikke havde fundet vej til grundloven. Dette antyder Holck også selv: »Ifølge den i Grl. § 24 udtalte, med Sagens Natur og almindelige, konstitutionelle Regler stemmende Forskrift ...« (ibid.).

14. Max Sørensen, 1973, s. 255-56.

Henrik Zahle forsøger ikke at definere indholdet af de enkelte magter, men anfører, at grl. § 3 giver en opdeling af de opgaver, der indgår i den offentlige myndighed.¹⁵ Det er ikke helt klart, hvad Zahle mener med »opgaver«, men efter en umiddelbar sproglig forståelse synes udtrykket at kunne omfatte faktiske handlinger.

Man ser altså i såvel ældre som nyere litteratur en tendens til at opfatte grl. § 3 som omfattende ikke blot en kompetence til at udstede retsakter, men også til at foretage faktiske handlinger i henhold til lov. Endvidere ser man i både ældre og nyere litteratur en opfattelse af, at det, man med et fælles bredt udtryk kan kalde politimyndighed, er omfattet af den udøvende magt.

Dissensen i U 2001.2065 H peger i samme retning. Som redegjort for i afsnit 2 udtales det i dissensen, at politimyndighed er en central del af den udøvende magt. Dissensen må som nævnt ovenfor forstås således, at udøvelse af politimyndighed skal henføres til grl. § 3, 2. pkt. Spørgsmålet er imidlertid, hvilken retskildeværdi man kan tillægge en sådan dissens.

Først må det bemærkes, at der er tale om en enkelt dom. Eftersom der findes meget lidt retspraksis på området for grl. § 3, har selv en enkelt dom dog en stor retskildeværdi. Udtalelsen om grl. § 3, 2. pkt., er som nævnt indeholdt i dissensen i dommen, der var en 5:2 afgørelse. Omvendt er det vigtigt at bemærke, at flertallet alene forholder sig til den processuelle del af spørgsmålet og således slet ikke forholder sig til det materielle spørgsmål, herunder om politimyndighed kan henføres til grl. § 3, 2. pkt. Flertallets afgørelse taler således ikke imod, at der skulle kunne indlægges et indhold i grl. § 3, 2.

15. Zahle skriver under overskriften »Magtfordelingslæren i dansk ret«: »Grl. § 3 giver – udover institutionsopdelingen – en opdeling af de opgaver eller »magter«, der indgår i den offentlige myndighed og disse magters lokalisering hos de forskellige institutioner (eller kombination af disse). Lokaliseringen af denne tredelte offentlige magt – lovgivende/udøvende/dømmende – sætter en grundlæggende struktur for den offentlige magt.« Se Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret 1«, 2001, s. 246.

pkt. Det bemærkes endvidere, at der er tale om en højesteretsdom, hvilket øger den betydning, som dissensen kan tillægges.

På denne baggrund mener vi, at udtalelsen i dissensen sammenholdt med den anførte teori på området taler for, at politimyndighed er omfattet af grl. § 3, 2. pkt. At politimyndighed er omfattet af grl. § 3, 2. pkt., indebærer for det første, at såfremt andet ikke er bestemt ved lov, skal politimyndighed udøves af »kongen«. For det andet indebærer det, at såfremt der opstår tvivl om, hvilken myndighed det tilkommer at udøve politimyndighed, så udgør § 3, 2. pkt., en fortolkningsfaktor, der peger på, at myndigheden skal udøves af »kongen«. Spørgsmålet bliver nu, om der herudover gælder en begrænsning af lovgivers kompetence.

3.2. Lovgivningsmagten og grl. § 3, 2. pkt., i relation til udøvelsen af politimyndighed

I afsnit 3.2 konstateredes det, at politimyndighed må henregnes til udøvende magt i grl. § 3, 2. pkt. Spørgsmålet er imidlertid, om lovgiver kan fratage regeringen/forvaltningen de funktioner, som er knyttet til den udøvende magt herunder politimyndighed. Med andre ord: Findes der et kerneområde af udøvende magt, som lovgiver ikke kan gøre indhug i?

3.2.1. Teorien

For så vidt angår den dømmende magt, antages det i teorien, at der eksisterer et kerneområde, som lovgiver ikke kan omfordele.¹⁶ Derimod har

16. Der er ikke fuldstændig enighed i den retlige teori om, præcis hvilke områder som udgør kernen i den dømmende magt, men der er overvejende enighed om, at der eksisterer en sådan kerne, som ikke kan fratages domstolene ved lov. De tre områder, som nævnes i teorien, er afgørelse af retssager mellem private, straffesager og sager mellem en privat og en administrativ myndighed. Alf Ross anser dog formentlig ikke lovgivers indgreb på kerneområdet for værende direkte grundlovsstridigt, men han anser det som minimum for værende betænkeligt. Se Alf Ross: »Dansk Statsforfatningsret 2«, 1983, s. 534-535 samt Alf Ross: »Dansk Statsforfatningsret 1«, 1983,

man i den retlige teori, som det vil fremgå af det følgende, traditionelt tillagt grl. § 3, 2. pkt., en meget ringe betydning i relation til udstrækningen af lovgivningsmagtens kompetence.

Det skal herefter undersøges, hvorledes teorien forholder sig til spørgsmålet, om grl. § 3, 2. pkt., indeholder en kerne af funktioner, som begrænser lovgivers kompetence.

Det bemærkes indledningsvis, at der ikke synes at herske enighed i teorien om, hvorvidt regeringsprærogativerne er omfattet af den udøvende magt i grl. § 3, 2. pkt.¹⁷ Under alle omstændigheder er prærogativerne hjemlede selvstændigt ved specielle grundlovsbestemmelser, f.eks. grl. § 19 og grl. § 26. Anser man prærogativerne som værende omfattet af den udøvende magt i grl. § 3, 2. pkt., kan man fremføre, at de udgør et kerneområde af udøvende magt, som begrænser de andre statsorganer.¹⁸

Poul Andersen er af den opfattelse, at lovgivningsmagten ikke er undergivet nogen almindelig begrænsning i forhold til den udøvende

s. 262. I Tvindsagen (U 1999.841 H) udtalte Højesteret, at den endelige afgørelse af en konkret retsvist henhører under domstolene og ikke lovgiver. Tvindloven ansås derfor for stridende mod grl. § 3, 3. pkt.

17. I den ældre teori betragtede man regeringsprærogativerne som en del af den udøvende magt. Se Carl Georg Holck, 1869, s. 234 ff. samt 272 ff., Henning Matzen: »Den Danske Statsforfatningsret«, 1910, s. 122 ff. og 126 ff., samt Knud Berlin: »Den Danske Statsforfatningsret«, 1943, s. 158-59. Se også Poul Andersen: »Dansk Statsforfatningsret«, 1964, s. 98-99. Max Sørensen forholder sig ikke direkte til spørgsmålet, men gengiver den traditionelle opfattelse i teorien samt Alf Ross' teori om en fjerde statsmagt bestående af prærogativerne. Se Max Sørensen, 1973, s. 255. Alf Ross henfører som nævnt prærogativerne til en såkaldt fjerde statsmagt benævnt regeringsmagten. Se Alf Ross, 1983, s. 235-237. Peter Germer er øjensynlig ikke af den opfattelse, at regeringsprærogativerne har hjemmel i grl. § 3, 2. pkt. Se Peter Germer, 2001, s. 22. Formentlig i samme retning Henrik Zahle. Se Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret 2«, 2001, s. 35 ff. I nyere teori synes opfattelsen således at være, at regeringsprærogativerne ikke har hjemmel i grl. § 3, 2. pkt.

18. Dette udelukker dog ikke, at enkelte prærogativer med tiden kan miste deres betydning og bortfortolkes.

magt, jf. grl. § 3, 2. pkt.¹⁹ Dette følger af, at udtrykket »den udøvende magt« ifølge Poul Andersen er så ubestemt, at det har svært ved at sætte sig igennem som en begrænsning af lovgivers magt. Endvidere henviser Poul Andersen til det afhængighedsforhold, som det parlamentariske system i Danmark sætter regeringen i i forhold til Folketinget.²⁰

Alf Ross tilslutter sig en udlægning af grl. § 3, 2. pkt., hvorefter bestemmelsen ikke begrænser lovgivningsmagten.²¹ Dette skyldes, at det, som gør en administrativ akt til en retsakt, ifølge Ross ikke er et specifikt indhold, men derimod et specifikt gyldighedsgrundlag. Den administrative akt er foretaget i henhold til lov.²² Alf Ross angiver dog, at grl. § 3 sætter visse yderste grænser for, hvor langt lovgiver kan gå i retning af omfordeling af de i § 3 nævnte magter. Således kan hele lovgivningsmagten ikke delegeres, ligesom lovgiver ikke kan fratage domstolene hele domsmagten.²³ Dette kunne tyde på, at grl. § 3 ifølge Ross indebærer, at de tre statsorganer i grl. § 3 ikke kan fratages (eller bortdelegere for så vidt angår lovgivningsmagten) hele deres respektive magtområder. Det bemærkes dog, at Ross' eksempler ikke angår den udøvende magt, og at en slutning hertil derfor ikke med sikkerhed kan drages.²⁴ En overførsel i henhold til lov af alle de funktioner, som udøves af regeringen/forvaltningen til et andet statsorgan, ville fuldstændig udhule grl. § 3, 2. pkt.

Også Max Sørensen er af den opfattelse, at den udøvende magt ikke er i besiddelse af en enekompetence, som indskrænker lovgivningsmagtens kompetence.²⁵ Begrundelsen herfor er øjensynlig, at dette er »almindeligt anerkendt og

accepteret«.²⁶ Peter Germer tilslutter sig dette og henviser i den forbindelse til Poul Andersen, Alf Ross og Max Sørensen samt U 1999.1798 H.²⁷

Henrik Zahle indlægger ikke et materielt indhold i grl. § 3, 2. pkt. Han fremfører således, at grl. § 3, 2. pkt., ikke er en hjemmelsbestemmelse, og at bestemmelsen derfor ikke giver regeringen en almindelig beføjelse til at »udøve« umiddelbart på grundlag af grl. § 3.²⁸ Endvidere fremhæver Zahle den udøvende funktions karakter af politisk *underordnet* fuldbyrdelse af beslutninger truffet af lovgivningsmagten.²⁹ Det må herefter antages, at Zahle ikke er af den opfattelse, at grl. § 3, 2. pkt., begrænser lovgivers kompetence.³⁰

Der synes således at herske enighed i de generelle forfatningsretlige fremstillinger om, at grl. § 3, 2. pkt., ikke begrænser lovgivningsmagtens kompetence.³¹ Betydningen af grl. § 3, 2. pkt., i forhold til lovgivers kompetence er ifølge de nævnte teoretikere minimal.

Ovenfor er der redegjort for den generelle tendens i den forfatningsretlige litteratur. Der findes imidlertid i den forfatningsretlige speciallitteratur forsøg på at indfortolke en begrænsning af lovgivers kompetence i grl. § 3, 2. pkt. Gorm Toftegaard Nielsen fremfører således bl.a., at det har formodningen imod sig, at en bestemmelse er uden betydning.³² Ifølge Toftegaard Nielsen er der ingen grund til at opstille en formodning for lovgivers kompetence til ved lov at træffe afgørelser vedrørende enkelte borgers

19. 1964, s. 307-08.

20. Ibid, s. 306.

21. 1966, s. 242 ff. og s. 266 samt 1983, s. 237 ff. og s. 262.

Se endvidere Alf Ross, 1959, s. 68-70.

22. 1966, s. 266 og 1983, s. 262.

23. 1983, s. 206.

24. Se også Alf Ross, 1983, s. 534.

25. 1973, s. 200.

26. Ibid.

27. 2001, s. 4-5 og s. 73.

28. 2001, s. 22.

29. Ibid, s. 21.

30. Dette understøttes af, at Zahle i forbindelse med omtale af Harpoon-Missil sagen fremfører, at det som udgangspunkt ikke er i strid med grl. § 3, såfremt et forretningsudvalg træffer beslutning vedrørende anklagemyndighedens optræden under en straffesag, ibid. S. 97.

31. Se også Justitsministeriets notat af 13. maj 1996 i Tvindsagen, J.nr. 1996-7779-0048.

32. Gorm Toftegaard Nielsen: »Grundlovens § 3. Retssikkerhed eller demokrati«, utrykt licentiatafhandling, 1977, s. 163.

forhold. Tværtimod må det kræves, at der kan påvises en særlig grund til en sådan lovs vedtagelse.³³ Denne udlægning af grl. § 3, 2. pkt., bygger Toftegaard Nielsen på retssikkerhedshensynet i forhold til borgerne.

I to afhandlinger af nyere dato indtager forfatterne en tilsvarende holdning og indlægger på baggrund af retssikkerhedsbetragtninger et retligt indhold i grl. § 3, 2. pkt., for så vidt angår den del af den udøvende magt, som vedrører konkret anvendelse af lovregler. Henrik Vædele Elmquist fremfører således i sin guldmedaljeafhandling, at bebyrdende singulære love, der fremstår som en konkret anvendelse af gældende lovregler, er i strid med grl. § 3, 2. pkt.³⁴ Øjensynlig i samme retning Michael Borring Andersens specialeafhandling »De forfatningsretlige grænser for singulær lovgivning« fra 2001.³⁵ ³⁶ Henrik Vædele Elmquist sonder imidlertid mellem, hvad han betegner som funktionsudøvelsspørgsmålet og funktionsomfordelingsspørgsmålet. Mens han, for så vidt angår singulær lovgivning, tillægger grl. § 3, 2. pkt., en retlig betydning som grænse for lovgivers kompetence i forhold til funktionsudøvelse, mener han ikke, at der er grundlag for at antage, at lovgiver er retligt begrænset i relation til funktionsomfordelingsspørgsmålet, udover at der til enhver tid skal eksistere en udøvende magt.³⁷ I forhold til funktionsomfordeling indskrænker han sig i bogen »Singulær lovgivning« til at

opstille et retspolitisk princip, for så vidt angår adgangen til at træffe konkrete beslutninger, jf. hans konklusioner angående singulær lovgivning.³⁸ Imidlertid går Elmquist i artiklen i Lov & Ret øjensynlig længere i retning af at opstille retlige grænser for lovgivers omfordelingskompetence, idet han her anfører, at lovgiver næppe helt kan fjerne den kompetence, som består i at træffe konkrete beslutninger, fra forvaltningen, idet denne kompetence udgør et kerneområde for forvaltningen.³⁹

Der skal gøres en enkelt bemærkning om betydningen af sondringen mellem funktionsudøvelse og funktionsomfordeling. Selv om begreberne funktionsudøvelse og funktionsomfordeling ganske vist ikke er sammenfaldende, er der en nær sammenhæng mellem dem. Således vil lovgivers udøvelse af en funktion, der tilkommer et andet statsorgan, jo i sig selv være udtryk for en omfordeling i det konkrete tilfælde. Tvindloven er netop et eksempel på en sådan partikulær omfordeling. Skal man reformulere Elmquists sondering, kan man sige, at han opstiller et forbud mod partikulær omfordeling, medens han tilsyneladende ikke ser noget problem ved generel omfordeling. Dette har efter vor opfattelse formodningen imod sig – i hvert fald hvis synspunktet ikke præciseres yderligere. Hvorfor skulle lovgiver været afskåret fra at tiltage sig dømmende magt i et enkelttilfælde som ved Tvindloven, men ikke afskåret fra generelt at tiltage sig dømmende magt i sager, der vedrører tilskud til friskoler? En generel funktionsomfordeling er mere indgribende end en partikulær omfordeling (funktionsudøvelse i Elmquists terminologi).⁴⁰ Dette skyldes bl.a., at en partikulær omfordeling (funktionsudøvelse) vil være begrænset i omfang og tid, mens en generel funktionsomfordeling normalt vil være af mere

33. Ibid, s. 164.

34. Henrik Vædele Elmquist: »Singulær lovgivning«, 2002, s. 278. Se endvidere Henrik Vædele Elmquist: »Magtfordelingen og de singulære love«, Lov & Ret nr. 8, 2002, s. 27-33. Af særlig interesse i forhold til denne artikels emne er det i øvrigt, at Elmquist uden yderligere argumentation anfører, at håndhævelsesfunktionen ikke begrænser lovgiver, jf. ibid s. 29.

35. Specialeafhandlingen kan findes i det elektroniske tidsskrift Rettid, 2001, s. 61-107, på www.rettid.dk.

36. De to afhandlinger er inspirerede af Tvinddommen (U 1999.841 H), selvom Højesteret alene baserede dommen på grl. § 3, 3. pkt., og ikke på § 3, 2. pkt.

37. S. 375-76. Se formentlig i samme retning Ross (1983, s. 206) samt ovf. ved note 23.

38. S. 376.

39. S. 33.

40. Men partikulær omfordeling vil naturligvis føles mere indgribende i forhold til den enkelte berørte end en generel omfordeling.

varig karakter. Der synes derfor efter vor opfattelse at måtte gælde en formodning for, at generel funktionsomfordeling fra den udøvende til den lovgivende magt er i strid med grl. § 3, 2. pkt., såfremt partikulær fordeling (funktionsudøvelse) antages at være det. Derimod er der ikke noget til hinder for, at lovgiver i Tvindsagen helt kunne have omlagt tilskudsordningen, således at der ikke længere eksisterede et retskrav på tilskud. Herefter ville det stå lovgiver frit selv at administrere en sådan tilskudsordning eller henlægge den til andre ikke-judicielle myndigheder efter behag.

I det følgende skal spørgsmålet, om udøvelse af politimyndighed udgør et kerneområde i den udøvende magt, som ikke kan fratages regeringen ved lov, diskuteres videre. På dette sted kan det konstateres, at noget sådant ikke tidligere har været gjort gældende i den retlige teori. For så vidt angår afgørelser vedrørende enkelte borgeres forhold, har dele af teorien, som det fremgår, indfortolket en begrænsning af lovgivningsmagtens kompetence i grl. § 3, 2. pkt., på baggrund af retssikkerhedsbetragtninger.

3.2.2. Nyfortolkning af grl. § 3, 2. pkt.

Spørgsmålet om det nærmere indhold af den udøvende magt er ikke reguleret i grundloven, og forarbejderne giver heller ikke noget væsentligt bidrag til fortolkningen. Anlægger man imidlertid en lidt bredere vurdering af spørgsmålet, kan man gennem inddragelse af de hensyn, der i teorien om magtfordelingslæren antages at udgøre rationalet bag læren, hævde, at det ikke vil være i overensstemmelse med princippet om magtfordeling, såfremt den lovgivende eller den dømmende magt selv skulle kunne råde over politimyndigheden, da dette vil indebære en fjernelse eller i hvert fald en reduceret mulighed for at kontrollere denne magtanvendelse og dermed en svækkelse af retssikkerheden.⁴¹ Disse

41. Teorien på området er omfattende, hvis man medregner ikke-dansk litteratur. I dansk teori er det hovedsageligt

statsmagters gennemslagskraft beror alene på deres autoritet – eller som Grundtvig formulerer det – »myndighed«. Kun i det omfang der sættes fysisk magt ind på at håndhæve lovgivende og dømmende myndighed, kan de få den gennemslagskraft, de er tiltænkt, og denne håndhævelse udgør en del af den udøvende magt. En sådan opfattelse kan måske finde støtte hos Montes-

retssikkerhedsbetragtninger, der har været fremført, og da oftest i relation til princippet om domstolenes uafhængighed. Imidlertid har det samme princip været angivet som begrundelse for at sikre kontrol med den udøvende magt. Toftegaard Nielsen skriver således: »Da grundloven blev vedtaget i 1849, havde administrationen længe haft et omfang, så den var en central del af forholdet mellem borgere og stat, og administrationen blev opfattet som en del af den udøvende magt. For at give borgerne retssikkerhed også over for administrationen vedtog man derfor en særlig regel om, at borgeren kunne gå til domstolene og få prøvet, om administrationens afgørelser over for ham var lovlige. Foruden at domstolene skulle kontrollere administrationen, var det meningen, at Rigsdagen skulle kontrollere ministrene, der var chefer for hver deres del af administrationen.« Se Gorm Toftegaard Nielsen. »Domstolene som den tredje statsmagt«, s. 151-52, i Gorm Toftegaard Nielsen (red.): »Parlamentarismen – hvem tog magten?«, 2001. Magtfordelingslæren i den form, vi kender den i dag, blev første gang formuleret i midten af 1600-tallet, og allerede på dette tidspunkt blev det synspunkt fremført, at parlamentet ikke skal udføre udøvende magt. Isaac Penington the Younger skrev således i 1650: »... the goodness and safety of every government lyes in that well ordering and well bounding of it for speedy and due administration of the lawes ... upon this ground it seemeth to me improper for parliaments to intermeddle with matters of government, further than to settle it in fit hands, and within just bounds: because they are entrusted with an arbitrary power, which is absolutely necessary to the work whereunto they have been called; they are to redresse things at present for which there is as yet no law, and to provide future remedies for things amisse, which the law did not foresee ... this is exceedingly useful to the people, and necessary for the people in such cases, but if this power shall be drawne out into acts of government; so far as it is so drawne out, the people are governed arbitrarily by an arbitrary power, which power the people did put into their hands, not to make use of to this end, but to enable them to prevent in any whatsoever.« Se Isaac Penington: »A Word for the Commonweale«, 1650, s. 9-10.

quieu, der om forholdet mellem den lovgivende og den udøvende magt skriver:⁴²

»Når den lovgivende og den udøvende myndighed er samlet hos samme person eller i det samme korps af embedsmænd, er der ingen frihed, for så kan man frygte at den samme monark eller det samme råd som indfører tyranniske love, udfører dem tyrannisk.«

Dette kan udlægges som en påstand om, at den magt, som den lovgivende magt under alle omstændigheder har til at vedtage tyranniske love, vil blive forstærket, hvis de personer, der besidder den lovgivende magt, også besidder den udøvende magt, fordi der i så fald ingen lov-mæssige begrænsninger (i form af retspleje m.v.) vil være i de metoder, som vil blive anvendt til at håndhæve loven. Dette gælder såvel i forhold til den politimyndighed, der vedrører overvågning og forfølgelse, som i forhold til den del, der vedrører udøvelsen af anklagemyndighed.⁴³ En sammenblanding af disse kompetencer vil betyde, at de regler, der almindeligvis er knyttet til udnyttelsen af henholdsvis politi- og anklagemyndighed vil forsvinde. Selv om man ikke kan sige, at hvis den lovgivende og den udøvende magt besiddes af samme person (eller samme gruppe af personer), så vil enhver udøvende handling være lovlig (det er muligt at opstille regler og at følge disse, selvom de/den,

der opstiller reglerne, er de/den samme som den, der følger dem), så må det være Montesquieus budskab, at der i praksis vil ske en udviskning af sondringen mellem lovgivende og udøvende magt, hvis magterne forenes i den samme person eller gruppe af personer. En afledet effekt heraf er, at der vil ske en betydelig beskæring af domstolens adgang til at kontrollere udøvelsen af politimæssig kompetence. Den normale kompetence, domstolene har til at kontrollere, om politiet holder sig inden for grænserne af gældende ret, vil blive betydelig beskåret, såfremt den politimæssige kompetence udøves under ledelse af lovgiver.

Man kan således fremføre, at rationalet i magtfordelingslæren er, at lovgiver og domstole ikke selv råder over den fysiske magtudøvelse, hvorfor politimyndigheden bør høre under regeringen. Det bemærkes i den forbindelse i forhold til U 2001.2065 H, at lovgiver ved tiltrædelse af Schengensamarbejdet ikke ønskede at overføre politimyndigheden til sig selv, men derimod til andre landes politimyndigheder. Dermed forbliver den fysiske magtudøvelse adskilt fra den lovgivende og den dømmende myndighed. Man kan endvidere fremføre, at de (udenlandske) myndigheder må antages at være indrettet med henblik på at varetage politimyndighedsfunktionen, og at omfordelingen derfor set i forhold til Ross' funktionsteori er mindre betænkelig.⁴⁴

Over for argumentet om, at rationalet bag magtfordelingslæren er, at politimyndigheden bør være adskilt fra lovgivningsmagten og den dømmende magt, står et argument om, at parlamentarismens indførelse og udvikling op igennem det

42. Se Charles de Secondat Montesquieu: »Om Lovenes Ånd«, oversat af Merete Klenow With, 1998, s. 168. Se også samme: »L'esprit des lois«, 1968 [1748], s. 188-89: »Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.«

43. Se endvidere Gorm Toftegaard Nielsen, 1977, s. 150, som bl.a. anfører, at Montesquieu tilsyneladende forudsætter, at den udøvende magt kan foretage midlertidig indespærring og er indehaver af anklagefunktionen. Montesquieus henlæggelse af disse funktioner til den udøvende magt synes i øvrigt at underbygge antagelsen om, at faktiske handlinger er omfattet af den udøvende magt, jf. diskussionen ovenfor i afsnit 3.1.

44. Ifølge Ross har magtadskillelsesprincippet i den parlamentarisk-demokratiske stat den betydning, at der består en arbejdsteknisk sammenhæng mellem organ og funktion. Enhver omfordeling af en funktion til et organ, som ikke er organiseret med henblik på at varetage den pågældende funktion (men derimod nogle andre funktioner), må anses for betænkelig. En funktion bør så vidt muligt kun udføres af et organ, som efter sin sammensætning og procedure er organiseret til varetagelse af netop denne funktion. Se Alf Ross, 1983, s. 202-03.

20. århundrede må påvirke en nutidig udlægning af grl. § 3 i retning af, at lovgiver kan gøre indhug i grl. § 3, 2. pkt., i det omfang, denne ønsker det. Det er den sidstnævnte opfattelse, som øjensynlig skinner igennem i store dele af teorien. Det opfattes som mere demokratisk, at lovgiver ikke er begrænset af grl. § 3, 2. pkt. Problemet ved dette argument er, at retssikkerhedshensynet til den enkelte borger – som også må anses for værende et tungtvejende hensyn – ikke nødvendigvis varetages ved en sådan udlægning af grl. § 3. Retssikkerhedshensynet må inddrages ved fortolkningen af grl. § 3. I den forbindelse kan henvises til Tvinddommen, hvor Højesteret udtalte følgende:^{45 46}

»I overensstemmelse med den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur må det antages, at grundlovens § 3, 3. pkt., sætter visse grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan træffe bestemmelse om enkelte personers retsforhold (singular lovgivning). Denne forståelse er i overensstemmelse med det retssikkerhedshensyn, der er et bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3.« (Vor fremhævelse).

Der kan også henvises til f.eks. Jens Peter Christensen: »Forfatningsretten og det levende liv«, hvor det som led i en kritik af den vægt, som Alf Ross og Henrik Zahle tillægger parlamentarisme/demokrati-argumentet ved fortolkningen grl. § 3, anføres:⁴⁷

»Vanskeligere er det imidlertid at se rimeligheden i, at dette demokratiargument skal gøres til det eneste hensyn ved fortolkningen af en bestemmelse, hvis ideologiske baggrund, alle er enige om, er at værne om retssikkerheden og sikre borgeren mod vilkårlige indgreb fra magthavernes side.«

45. U 1999.841- 851. Citatet findes på s. 850.

46. Se også Claus Haagen Jensens responsum til SF i Tvind-sagen (Folketingets Uddannelsesudvalg, Alm. Del, bilag 336, 1996). Hvorefter det anføres at den helt overvejende opfattelse i den statsretlige litteratur, hvorefter grl. § 3, 2. pkt. ikke begrænser lovgivningsmagtens kompetence ikke harmonerer er godt med retssikkerheds formålet. Claus Haagen Jensen følger dog alligevel den almindelige opfattelse.

47. 1990, s. 207.

og videre:⁴⁸

»Den demokratiske legitimation tilsiger nok lovgivningsmagten en vidtgående kompetence, men den begrænses af det fundamentale retssikkerhedshensyn, der er baggrunden for grl. § 3.«

Endvidere kan en række af de hensyn, der begrundes, at lovgiver ikke kan overtage forvaltningens eller domstolenes kompetence til konkret retsanvendelse, overføres på udøvelse af politimyndighed. For så vidt angår konkret anvendelse af loven, er borgerne formentlig bedre stillet ved, at det er forvaltningen eller domstolene, som træffer afgørelse ud fra saglige kriterier, end lovgiver, som måske af politiske årsager ønsker at anvende loven på en bestemt måde i et konkret tilfælde. Forvaltningen og domstolene er underlagt en række procedureregler og materielle regler i forbindelse med retsudøvelsen. Endvidere sidder disse organer ofte inde med en specialviden på det konkrete retsområde samt et indgående kendskab til praksis på området, som kan medvirke til at sikre opretholdelsen af et lighedsprincip. Noget lignende gør sig gældende på området for politimyndighed; i hvert fald for så vidt angår den del af politimyndigheden, som vedrører den fysiske magtudøvelse og anklagemyndigheden. Af retssikkerhedsmæssige grunde kan det være mere betryggende for borgerne, at den fysiske håndhævelse og anklagemyndigheden er adskilt fra den lovgivende magt og den dømmende magt.

Når politimyndigheden ligger hos regeringen, kan der føres kontrol med udøvelsen af funktionen dels fra Folketingets side dels via domstolsprøvelse. Folketinget udøver som bekendt sin kontrol med forvaltningen gennem forespørgsler til ministeren, jf. grl. § 53, § 20-spørgsmål, jf. Folketingets forretningsorden § 20, ministerredegørelser, jf. Folketingets forretningsorden § 19, udvalgsspørgsmål og gennem samråd med ministeren i de stående udvalg, jf.

48. 1990, s. 208.

Folketingets forretningsorden § 8, stk. 6. De nævnte kontrolmuligheder må ses i sammenhæng med det parlamentariske ansvar i grl. § 15. Justitsministeren er endvidere underlagt ministeransvar i forhold til udøvelsen af politimyndighed, når funktionen hører under regeringen, jf. grl. § 13 og ministeransvarlighedsloven. For så vidt angår domstolsprøvelse, har domstolene kompetence til at efterprøve øvrighedsmyndighedens grænser, jf. grl. § 63. Når politimyndigheden udøves af regeringen, er kontrol via domstolsprøvelse således mulig. Overføres politimyndighedsfunktionen til de andre statsorganer, bortfalder disse delvis grundlovssikrede kontrolmuligheder. De kontrolmuligheder, som er knyttet til regeringens myndighedsudøvelse, udgør et argument for at henføre udøvelsen af politimyndighed til disse organer, og for at omfordeling af funktionen er betænkelig.

Fortolkes grl. § 3, 2. pkt., i lyset af det hensyn til borgernes retssikkerhed, som må antages at udgøre baggrunden for grl. § 3, må § 3, 2. pkt., således sætte visse grænser for lovgivers omfordeling af politimyndighed.⁴⁹

49. Spørgsmålet om, hvilken vægt henholdsvis retssikkerhedshensynet og den retlige litteratur skal tillægges ved fortolkningen af grl. § 3, er ikke ukontroversielt. I forlængelse af Tvinddommen førtes en længere diskussion i Ugeskrift for Retsvæsen mellem Steen Rønsholdt og Jens Peter Christensen om bl.a. dette spørgsmål. Se 1999 B. 227-37, 333-45, 531-33 og 2000 B. 94-97. Der er paralleller mellem den diskussion, som blev ført om fortolkningen af grl. § 3 i Tvindsagen, og fortolkningen af grl. § 3, 2. pkt., i den problemstilling, som vi rejser i denne artikel. Begge problemstillinger vedrører retlige problemer, som litteraturen ikke har troet kunne få en praktisk relevans, og i begge tilfælde opstår der en konflikt mellem den retlige litteraturs udlægning af grl. § 3 og den fortolkning, som en udlægning af bestemmelsen baseret på retssikkerhedsmæssige betragtninger vil føre til. Mens Jens Peter Christensen øjensynlig tillægger den retlige litteratur en meget stor retskildemæssig vægt, argumenterer Sten Rønsholdt for en fortolkning baseret på retssikkerhedshensynet til borgerne, idet han argumenterer for en dynamisk fortolkningsmetode, og for at juridisk metode ikke alene baserer sig på den juridiske litteratur, men også på andre forhold som f.eks. bestemmelsens ordlyd og forholdets natur/kulturtraditionen. Se

4. Konklusion

Eftersom ordlyden af grundlovens § 3 og dennes forarbejder ikke giver megen vejledning om omfordelingsspørgsmålet, og eftersom retssikkerhedshensynet må inddrages som et bærende hensyn ved fortolkningen af grl. § 3 – hvilket blev bekræftet ved U 1999.841 H – synes der at kunne argumenteres for at indfortolke et retligt indhold i grl. § 3, 2. pkt., hvorefter politimyndighed udgør en del af den udøvende magt i bestemmelsen, og hvorefter lovgiver ikke kan tiltage sig den funktion, som består i udøvelse af politimyndighed eller omfordele den til andre statsorganer. Dette gælder i hvert fald, for så vidt angår den del af politimyndigheden, som består i fysisk magtudøvelse og anklagemyndighedsfunktionen.⁵⁰ Det er primært disse funktioner, som de anførte retssikkerheds- og magtfordelingsbetragtninger vedrører. Om end dele af den retlige litteratur angiver retssikkerhedshensynet som et bærende hensyn bag grl. § 3,⁵¹ drager teoretikerne øjensynlig ikke konsekvensen i forhold til grl. § 3, 2. pkt. – måske fordi teoretikerne ikke har været opmærksomme på problemstillingen omkring omfordeling af politimyndighed og de retssikkerhedsbetæneligheder, som kan knytte sig til en sådan omfordeling. Omfordeling af politimyndighed fremhæves således ikke særskilt i litteraturen. På trods af at der ikke kan findes sikker støtte i litteraturen, er der meget, der peger i retning af et omfordelingsforbud, for så vidt angår politimyndighed, ved en inddragelse af retssikkerhedshensynet til borgerne i fortolkningen af grl. § 3, 2. pkt. Som nævnt i afsnit 1 skal vores analyse ses som et

f.eks. U 1999 B. s. 338. Efter vor opfattelse er det, hvor overbevisende teoretikernes argumentation er og ikke den retlige doktrin i sig selv, som har betydning for fastlæggelsen af gældende ret. For så vidt angår spørgsmålet om den retlige doktrins retskildeværdi henviser vi i øvrigt til Henrik Palmer Olsen: »Overraskelser og prognoser i retsvidenskaben«, Juristen 2001, s. 173-85.

50. Se hertil afgrænsningen af politimyndighed i note 10.

51. Se Max Sørensen, 1997, s. 197, og Poul Andersen, 1964, s. 565.

bidrag til en videre diskussion af spørgsmålet, om grl. § 3, 2. pkt., har et retligt indhold på det politimæssige område. Udover – motiveret af dissensen i U 2001.2065 H – at fremhæve et retligt problem, som teorien ikke har ofret megen opmærksomhed, har vi forsøgt at indkredse nogle relevante argumenter i en diskussion af grl. § 3, 2. pkt., og politimyndighed og har på baggrund heraf udlagt grl. § 3, 2. pkt., i relation til politimyndighed.⁵²

Vi konkluderer, at der inden for rammerne af den juridiske metode kan argumenteres for et omfordelingsforbud.⁵³ Om der i praksis vil være tilslutning til et sådant omfordelingsforbud kan kun fremtiden vise.

52. Til slut skal vi pege på to vanskelige problemer, der kan opstå i forlængelse af, at man anerkender et sådant forbud. For det første vil der opstå et sædvanligt afgrænsningsproblem, der vil blive særlig vanskeliggjort af, at politimyndighed som begreb slet ikke optræder i bestemmelsen. Problemet er ikke uoverkommeligt og adskiller sig ikke principielt fra afgrænsningen af, hvilke singulære love der er omfattet af grl. § 3, 3. pkt. Begrebet »singulær lovgivning« optræder heller ikke i § 3. For det andet opstår spørgsmålet, om og i hvilket omfang politimyndighed ved lov kan henlægges til private eller offentlige myndigheder, der ikke kan karakteriseres som lovgivende eller dømmende. Heller ikke dette problem er formentlig uoverkommeligt – lignende problemstillinger kendes fra andre områder.

53. Der kan dog eksistere forfatningsretlige sædvaner, der bryder med omfordelingsforbuddet.

Rentenydelseskapitaler – en konfliktskaber?

Af afdelingsdirektør NIELS KIIL, Nordea Forvaltning

En rentenydelseskapital er en kapital, hvor en testator har bestemt, at et arvebeløb efter ham skal tilfalde en person eller en organisation (A), mens indtægten af kapitalen skal tilkomme en anden (B).

Rentenydelsesretten kan være tillagt B for livstid, men den kan også være tidsbegrænset til et bestemt åremål, eller til en i testamentet beskrevet begivenhed indtræder, fx at B færdiggør en uddannelse og dermed bliver i stand til at forsørge sig selv.

1. Bestyrelse i en godkendt forvaltningsafdeling

Rentenydelseskapitaler bestyres normalt i en godkendt forvaltningsafdeling. Baggrunden herfor er, at kapitalen betragtes som båndlagt, så længe rentenydelsesretten består. Med »båndlagt« menes der ikke båndlagt i arvelovens forstand, men blot dette, at kapitalejeren (A) ikke har rådighed over kapitalen (kapitalen er kun båndlagt i arvelovens forstand, hvis dette udtrykkeligt er bestemt i testamentet). På den baggrund benævnes de rene rentenydelseskapitaler ofte som »uegentlige båndlæggelser«.

En anden god grund til at lade kapitalen bestyre i en godkendt forvaltningsafdeling er, at kapitalen dermed er anbragt på neutral grund. Forvaltningsafdelingen er en garant for, at begge parter interesser bliver varetaget inden for de rammer, testamentets bestemmelser har sat.

2. Parterne har ikke altid sammenfaldende interesser

I den forbindelse er det imidlertid et ofte forekommende problem, at testamentets bestemmelser ikke er detaljerede nok. Det ligger nemlig i sagens natur, at A og B ikke altid har sammenfaldende interesser. Den klassiske konflikt består i, at kapitalejeren (A) gerne ser størst mulig vækst i kapitalen (fx ved investering i aktier), mens rentenyderen (B) foretrækker, at kapitalen giver størst muligt direkte afkast (fx ved investering i højt forrentede obligationer med stor kursrisiko). Hvis testator gjorde sig sådanne konfliktmuligheder klart, når testamentet udfærdiges, kunne bestemmelserne affattes så præcist, at konflikten undgås.

Som det er antydnet ovenfor, er det ofte kapitalens anbringelse i værdipapirer, der kan skabe konflikt. Hvis testator ikke forholder sig til, hvem der kan bestemme over kapitalens sammensætning, er der her kimen til en konflikt, der meget let kan gå helt i hårdknude. Borum m.fl.¹ skriver:

Rentenyderen er ikke berettiget til at forlange ombytning af den båndlagte formues aktiver, men båndlæggelsesinstituttet må naturligvis, såremt en ombytning ønskes af kapitalejeren, drage omsorg for at renten eller sikkerheden ikke forringes.

1. O. A. Borum, Stig Iuul og Otto Schegel »Båndlæggelsesinstituttet i dansk ret«, 1958, Bikuben, København, s. 185.

Den udlægning er i teorien god nok, men efterlader forvaltningsinstituttet i en noget vanskelig situation, hvis rentenydelsesdepotet fx indeholder realkreditobligationer, der efter et rentefald er steget til over kurs 100. Sådanne obligationer er ofte udtrækningstruet, og derfor ønsker A dem solgt, således at kursgevinsten hjemtages. Dette vil imidlertid forringe rentenyderens situation, fordi salgsprovenuet ikke kan reinvesteres i obligationer med samme høje rente. Skal forvaltningsinstituttet tillade ombytningen eller ej?

3. Hvordan forebygges konflikter?

En løsning, der kan forebygge en del konflikter, kan være, at testator i testamentet specificerer, hvilke værdipapirer kapitalen skal anbringes i (fx højst muligt forrentede, danske obligationer, der kan erhverves under kurs 100), eller at det i testamentet angives, at investering skal besluttes af parterne i enighed, og hvis parterne ikke kan blive enige: af forvaltningsafdelingen efter bedste skøn. I det første tilfælde vil investering ske efter tilnærmelsesvis objektive kriterier, og i andet tilfælde er der med forvaltningsafdelingens mulige intervention skabt sikkerhed for, at uenighed mellem A og B ikke udvikler sig til, at spørgsmålet om investering går i hårdknude med det resultat, at der slet ikke investeres – i øvrigt til skade for begge parter.

I Nordea Forvaltning har vi jævnligt været vidner til sådanne konflikter og med henblik på ikke oftere at komme i denne situation, der tærer både på tid og kræfter, har vi i såvel depotbestemmelserne som i forvaltningsbegæringen² anført:

For rentenydelseskapitaler gælder, at såfremt det ikke entydigt fremgår af bestyrelsesgrundlaget, i hvilke værdipapirer kapitalen skal anbringes, og der ikke kan opnås enighed mellem kapitalejer og rentenyder, forbeholder Forvaltningsafdelingen sig ret til undtagelsesvis at træffe en afgørelse om kapitalens anbringelse.

2. Jfr. Båndlæggelsescirkulærets § 1

Forvaltningsafdelingen vil i givet fald, efter bedste skøn, tilstræbe, at både kapitalejerens og rentenyderens interesser varetages.

Den, der indleverer kapitalen til Nordea Forvaltning, må således acceptere denne bestemmelse, og hvis han ikke kan affinde sig med den, vil konsekvensen være, at kapitalen må indleveres til et andet forvaltningsinstitut.

Som det fremgår af teksten, er der tale om en undtagelsesklausul. Vi ser naturligvis helst, at kapitalejeren og rentenyderen kan blive enige, eller at testamentet er affattet så præcist, at der overhovedet ikke er grundlag for nogen konflikt.

Det er derfor mit håb, at advokater, der bistår klienter med at udfærdige testamenter, vil tænke lidt mere over de indbyggede konfliktmuligheder, der er knyttet til rentenydelseskapitaler, og derefter forebygge, at de opstår, ved at være noget mere detaljeret i udformningen af testamentets bestemmelser.

Baseret på vores erfaring kan der umiddelbart peges på følgende forhold, som bør medtænkes, hvis konflikter skal forebygges:

- Hvem skal have den endelige kompetence til at træffe beslutninger om kapitalens anbringelse?
- Hvem skal betale depot- og forvaltningsgebyrer? Skal rentenyderen (B) betale for opbevaringen af A's værdipapirer? Eller er det på den anden side rimeligt, at A skal betale for et depot, som han ikke oppebærer indtægten fra?
- Hvem skal betale kurtage og andre omkostninger, når der handles værdipapirer? Hovedreglen her er, at kurtagen tillægges købesummen, når der købes værdipapirer, og at den fratrækkes salgsprovenuet, når der er tale om salg. Dermed er det kapitalejeren (A), der afholder omkostningerne, når der handles på depotet. Men er det rimeligt, hvis en omlægning af værdipapirerne sker på foranledning af rentenyderen (B) eller i dennes interesse?

- Fortjeneste ved salg af aktier eller investeringsbeviser kan udløse aktieskat. Det er kapitalejeren (A), der pålignes denne skat, og hvis der ikke er nævnt noget om det i testamentet, skal A betale skatten ud af sine frie midler, da B's rentenydelse ellers vil blive angrebet. Dette kan afholde A fra at sælge aktier eller investeringsbeviser på et tidspunkt, hvor det ellers kunne være en fordel for både A og B. Hvis A skal have mulighed for at betale aktieskatten med midler fra den »båndlagte« kapital, hvilket ikke forekommer urimeligt, bør dette nævnes i testamentet. Man kan også tage skridtet fuldt ud og skrive, at enhver gældende og fremtidig skat, der pålignes A i dennes egenskab af kapitalejer, kan betales af kapitalen. På den måde er der også taget højde for, at skattereglerne ikke er statiske.
- Må der investeres i investeringsbeviser? Obligationsbaserede investeringsbeviser adskiller sig fra investering i obligationer på to væsentlige områder:
 - De fleste obligationer bliver udtrukket hen ad vejen, og derfor skal der med jævne mellemrum geninvesteres for de udtrukne beløb. I investeringsforeningen sker udtrækninger og genkøb i investeringsforeningens depot, og derfor sker der ingen nedskrivning af det enkelte investeringsbevis. Hvis der derimod er obligationer i rentenydelsesdepotet, skal genkøbet foretages til depotet med de handelsomkostninger, det fører med sig. Der er naturligvis også knyttet handelsomkostninger til genkøbet i investeringsforeningen, men her er kurtagen en del af administrationsomkostningerne, der fragår i udbyttebetalingen. Dermed betales de indirekte af rentenyderen, men da der er stordriftsfordele, når investeringsforeningen foretager genkøb, er handelsomkostningerne her mindre end de, der er knyttet til obligationsdepotet, hvor hovedreglen er, at handelsomkostningerne betales af kapitalejeren.
 - I et obligationsdepot tilhører kursgevinster den bundne kapital, og den er dermed kapitalejerens ejendom. I investeringsforeninger udloddes realiserede kursgevinster som udbytte, og de lander derfor på rentenyderens konto.
 - Essensen af dette er, at rentenyderen i de fleste tilfælde har fordel af, at der til depotet købes investeringsbeviser, mens kapitalejeren vil foretrække obligationer.

Som jeg har givet udtryk for, er de konflikter, vi som medarbejdere i en forvaltningsafdeling er vidner til, ofte både tids- og ressourcekrævende. Vi bruger meget ufrugtbar tid på at dele sol og vind lige mellem kapitalejeren (A) og rentenyderen (B), og A og B bruger på tilsvarende vis ufrugtbar tid på at udveksle synspunkter, som måske alligevel ikke fører til noget resultat. Alt i alt tid, der kunne spares, hvis der var nogle klare bestemmelser at administrere kapitalerne efter.

Ved siden af de pekuniære konflikter ser vi også, at uoverensstemmelserne undertiden udvikler sig til personlige konflikter mellem nærtstående familiemedlemmer. Hvis testator havde set denne situation for sig, da han fik testamentet udfærdiget, havde han nok efterspurgt forholdsregler, der kan forebygge, at det kommer så vidt. Altså endnu en god grund til at gennemtænke konfliktmulighederne, når advokater eller andre bistår med testamenteudarbejdelsen.

Konstruktionen med rentenydelseskapitaler er et ikke-lovreguleret område. Arvelovens båndlæggelsesbestemmelser gælder kun for rentenydelseskapitaler, hvis båndlæggelsen fortsætter, når rentenydelsen ophører, og det betyder bl.a., at konflikter mellem kapitalejer og rentenyder, som absolut hovedregel må indbringes for retten, hvis parterne ikke kan blive enige. Hverken statsamtterne eller Civilretsdirektoratet har kompetence til at træffe afgørelser i disse sager, og man går også forgæves, hvis man som

forvaltningsinstitut efterlyser guidelines for god skik i bestyrelsen af kapitalerne. Jeg ved ikke, om det siddende arvelovsudvalg har øje for dette, men jeg kan varmt anbefale, at man tager under overvejelse at medtage (gerne deklaratoriske) regler om rentenydelseskapitaler, når der skal skrives betænkning og lovudkast.

Det er min faste overbevisning, at der vil være vindere og ingen tabere, hvis der blev vedtaget en standard-regelsæt for rentenydelseskapitaler, i hvilket der også blev tillagt en offentlig myndighed kompetence til at finde juridiske eller salomoniske løsninger, når konflikterne går i hårdknude.

Godtgørelse til efterladte ved dødsfald

Af kontorchef HENRIK ØE og fg. kontorchef JENS RØN, Justitsministeriet

1. Indledning

Folketinget vedtog i januar 2003 en ændring af erstatningsansvarsloven, der indsatte en regel om godtgørelse til efterladte ved dødsfald, der er forvoldt forsætligt eller groft uagtsomt.¹ Hermed er der som noget nyt skabt mulighed for i særlige tilfælde at tilkende de efterladte en godtgørelse for lidelse eller krænkelse som følge af en nærtståendes død.²

Lovændringen indebærer endvidere, at den særlige regel i erstatningsansvarsloven om, hvornår krav på godtgørelse for personskade falder i arv, ophæves. Krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af en personskade, f.eks. godtgørelse for svie og smerte og for varigt mén, vil herefter falde i arv uden begrænsninger, dvs. uanset om skadelidte har gjort kravet gældende inden sin død.

Lovændringen trådte i kraft den 23. januar 2003³ og finder anvendelse på erstatningsansvar for skader, der indtræder efter ændringens ikrafttræden.

Lovændringen bygger på betænkning nr. 1412/2002 om godtgørelse til efterladte ved dødsfald, som er afgivet af en arbejdsgruppe under

Justitsministeriet (herefter »betænkningen« og »arbejdsgruppen«). Lovændringen svarer til arbejdsgruppens lovudkast.

2. Godtgørelse til efterladte ved dødsfald

2.1 De hidtidige regler i

erstatningsansvarsloven

Den, der forvolder en andens død, skal efter reglerne i erstatningsansvarsloven betale erstatning for de efterladdes *økonomiske tab* som følge af dødsfaldet. Efter erstatningsansvarslovens § 12 skal der således betales erstatning for tab af forsørger og for rimelige begravelsesudgifter, ligesom der efter § 14 a – med virkning for skader, der indtræder efter den 1. juli 2002⁴ – tilkommer den efterlevende ægtefælle eller samlever et overgangsbeløb.⁵

Erstatningsansvarsloven har derimod hidtil ikke indeholdt regler om godtgørelse for *ikke-økonomisk skade* hos de efterladte som følge af et dødsfald, f.eks. tort, psykisk smerte og lidelse. Der er heller ikke givet tortgodtgørelse mv. efter erstatningsansvarslovens § 26 til pårørende til ofre.⁶

1. Lov nr. 35 af 21. januar 2003 om ændring af lov om erstatningsansvar og lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser (Godtgørelse til efterladte ved dødsfald). Der henvises til lovforslag nr. L 4, jf. Folketingstidende 2002-03, tillæg A, s. 80 ff. og 94 f., Forhandlingerne, s. 201 ff., 3073 ff. og 3535 samt tillæg B, s. 493 ff.
2. § 2 i lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser er samtidig blevet ændret, således at der også efter denne lov kan ydes en godtgørelse til efterladte ved dødsfald, jf. lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 3.4.
3. Dagen efter bekendtgørelsen i Lovtidende, jf. ændringslovens § 3.

4. Lov nr. 463 af 7. juni 2001 om ændring af bl.a. erstatningsansvarsloven.
5. Reglerne er nærmere beskrevet i betænkningen s. 19 ff. Der kan om den nye regel om overgangsbeløb i øvrigt henvises til Jens Møller og Michael Wiisbye: Erstatningsansvarsloven med kommentarer (6. udgave, 2002), s. 333 ff., og Jens Røn: Revision af erstatningsansvarsloven, Juristen 2003, s. 68 f.
6. Se f.eks. UfR 1988.733 Ø, 1997.721 H og 2000.1924 H samt betænkningen s. 19 ff.

2.2. Overvejelserne om at indføre en regel om godtgørelse for ikke-økonomisk skade

Dansk erstatningsret bygger på det princip, at der som hovedregel kan kræves erstatning for økonomisk skade, mens godtgørelse for ikke-økonomisk skade alene gives, hvor der er et særligt behov herfor. Tilkendelse af godtgørelse for ikke-økonomisk skade forudsætter, at der er en særlig hjemmel i loven hertil.⁷

En ikke-økonomisk skade er karakteriseret ved, at vurderingen af skaden beror på mere subjektivt prægede kriterier som lidelse, tort, ubehag mv., hvor der ikke uden videre kan opstilles en objektiv økonomisk målestok for skadens omfang/tabets størrelse. Skaden kan med andre ord ikke opgøres i »kroner og øre«.

Det anføres i betænkningen,⁸ at en almindelig regel om, at enhver ikke-økonomisk skade kan kræves erstattet, som følge af den manglende objektive målestok for vurdering af skaden vil medføre betydelig uforudsigelighed og dermed retsuisikkerhed i den praktiske rets anvendelse. Det er på denne baggrund arbejdsgruppens generelle opfattelse, at regler om godtgørelse for ikke-økonomisk skade kun bør indføres, hvor der er et ganske særligt behov herfor, og hvor der samtidig kan opstilles visse objektive kriterier for reglens anvendelsesområde.

Med hensyn til godtgørelse til de efterladte for ikke-økonomisk skade i anledning af et dødsfald peger arbejdsgruppen på, at ethvert dødsfald indebærer en betydelig følelsesmæssig belastning for de efterladte i form af sorg, savn, psykisk smerte mv. Det gælder både dødsfald, der skyldes sygdom eller lignende, og dødsfald, der skyldes en ansvarspådragende handling, hvor der findes en erstatningsansvarlig skadevolder.

Arbejdsgruppen finder bl.a. på denne baggrund ikke, at der er grundlag for at indføre en *generel* regel om godtgørelse til efterladte ved *ethvert* dødsfald, der skyldes en ansvarspådra-

gende handling. En sådan generel godtgørelse vil endvidere antagelig i vidt omfang blive oplevet som en almindelig forhøjelse af erstatningsniveauet ved dødsfald og ikke som en særskilt kompensation for psykisk lidelse og smerte mv. som følge af dødsfaldet. Arbejdsgruppen peger i den forbindelse på, at der med ændringen af erstatningsansvarsloven pr. 1. juli 2002⁹ er sket en væsentlig forhøjelse af det generelle erstatningsniveau, herunder ved dødsfald, og at der ud fra hensynet til at dække de efterlades økonomisk skade ved dødsfaldet (tab af forsørger mv.) ikke er behov for en yderligere forhøjelse af det almindelige erstatningsniveau.

Arbejdsgruppen anfører dog samtidig, at et dødsfald kan ske under så kvalificerende omstændigheder, at det typisk vil indebære en helt særlig følelsesmæssig belastning for de efterladte. Det gælder f.eks. forsætligt drab, hvor de efterlades psykiske smerte og lidelse i almindelighed må antages at blive forstærket som følge af deres viden om, at en nærtstående forsætligt er blevet dræbt – navnlig hvis drabet er begået under voldsomme og brutale omstændigheder.

Arbejdsgruppen foreslår på denne baggrund, at der indsættes en ny regel i erstatningsansvarsloven om godtgørelse til efterladte ved dødsfald. Lovændringen bygger på arbejdsgruppens synspunkter, og den nye regel i erstatningsansvarslovens § 26 a svarer til arbejdsgruppens lovudkast.¹⁰

2.3. Den nye regel om godtgørelse til efterladte ved dødsfald

2.3.1. Den nye godtgørelsesregel i erstatningsansvarsloven har følgende ordlyd:

»§ 26 a. Den, der forsætligt eller ved grov uagtsomhed forvolder en andens død, kan pålægges at betale en godtgørelse til efterlevende, der stod den afdøde særligt nær.

9. Lov nr. 463 af 7. juni 2001 om ændring af bl.a. erstatningsansvarsloven. Se herom bl.a. Jens Røn: Revision af erstatningsansvarsloven, Juristen 2003, s. 60 ff.

10. Se nærmere betænkningen s. 51 ff. og lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 3.1.

7. Betænkningen s. 15 ff. og s. 51.

8. S. 51 ff.

Stk. 2. Ved vurderingen af, om der skal betales godtgørelse efter stk. 1, og ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse, skal der lægges særlig vægt på karakteren af skadevolderens handling og på den lidelse eller krænkelse, som må antages at være påført den eller de efterlevende.«

Reglen indebærer som nævnt ovenfor, at der som noget nyt bliver mulighed for i særlige tilfælde at tilkende de efterladte en godtgørelse for lidelse eller krænkelse som følge af en nærtståendes død. Der er således ikke tale om en generel adgang til at tilkende de efterladte en godtgørelse ved ethvert dødsfald, der skyldes en ansvarspådragende handling. Reglens anvendelsesområde er begrænset til tilfælde, hvor dødsfaldet er sket under så kvalificerende omstændigheder, at der må antages at være tale om en særlig følelsesmæssig belastning for eller krænkelse af de efterladte.¹¹

Reglen er fakultativ, jf. ordene »kan pålægges« i stk. 1. Det må afgøres efter en konkret vurdering af den enkelte sags omstændigheder, om der skal tilkendes en godtgørelse til en eller flere af de efterladte.

2.3.2. Reglen omfatter alene efterlevende, der stod den afdøde særligt nær, dvs. nære pårørende til den afdøde. Det omfatter som udgangspunkt ægtefælle, samlever, mindreårige børn og forældre til mindreårige børn. Der skal ikke foretages en nærmere vurdering af de konkrete følelsesmæssige relationer mellem de efterlevende og den afdøde. Der vil dog normalt ikke være grundlag for at tilkende en godtgørelse, hvis ægtefællernes samliv på tidspunktet for dødsfaldet var ophævet på grund af uoverensstemmelser.

»Samlever« skal forstås på samme måde som i erstatningsansvarslovens § 13 om forsørgertabs-erstatning og § 14 a om overgangsbeløb. Dette indebærer bl.a., at der ikke stilles bestemte krav til varigheden af det forudgående samliv. Det afgø-

rende er, om der ved dødsfaldet bestod et samliv af en art, der konkret gør det rimeligt at sidestille den efterlevende med en ægtefælle, herunder om der ved dødsfaldet var fælles bolig, fælles husholdning og fælles økonomi i øvrigt.¹²

Forholdet mellem forældre og deres hjemmeboende og/eller mindreårige børn må normalt også anses for omfattet af reglen – uanset om det er et barn eller en af forældrene, der dør. Der bør i almindelighed tilkendes en godtgørelse til mindreårige børn uanset deres alder, dvs. at der også kan tilkendes en godtgørelse til helt små børn, selv om de endnu ikke er i stand til at opfatte og forstå de særlige omstændigheder omkring dødsfaldet, der begrunder godtgørelsen. Hvis der er tale om voksne børn, der er flyttet hjemmefra, vil der derimod i almindelighed ikke være grundlag for at tilkende en godtgørelse i anledning af barnets eller en af forældrenes død, medmindre de pågældende må antages at have bevaret en helt særlig tilknytning, eller barnet f.eks. først er flyttet hjemmefra umiddelbart før dødsfaldet.

Efter omstændighederne kan også andre end ægtefælle, samlever, børn eller forældre anses for omfattet af reglen. Dette forudsætter dog, at der har været et sådant særligt forhold mellem den pågældende og den afdøde, at der må antages at være tale om en tilsvarende særlig følelsesmæssig belastning som følge af dødsfaldet. Det kan f.eks. være en søster eller bror, der som voksen i mange år har haft fælles bolig og husholdning med den afdøde.

2.3.3. Muligheden for at tilkende en godtgørelse til de efterladte er begrænset til dødsfald, der er forvoldt forsætligt eller groft uagtsomt.

Den nærmere afgrænsning af begrebet grov uagtsomhed må ske gennem retspraksis. Ved vurderingen af, om der i en konkret sag er tale

11. Lovforslagets specielle bemærkninger til § 1, nr. 4 (forslag til erstatningsansvarslovens § 26 a).

12. Se herom f.eks. Jens Møller og Michael Wiisbye: Erstatningsansvarsloven med kommentarer (6. udgave, 2002), s. 310 ff.

om grov uagtsomhed, vil der – som efter erstatningsansvarslovens § 19, stk. 2, nr. 1 (hvorefter der ved forsæt og grov uagtsomhed er erstatningsansvar for skadevolderen, selv om skaden er dækket af en forsikring) – kunne tages udgangspunkt i, om skadevolderens adfærd har indebåret en indlysende fare for den indtrådte skade.¹³

Ved siden af denne begrænsning til dødsfald forvoldt forsætligt eller groft uagtsomt skal der efter stk. 2 lægges særlig vægt på karakteren af skadevolderens handling og på den lidelse eller krænkelse, som må antages at være påført den eller de efterlevende.

Tilkendelse af godtgørelse til en efterladt forudsætter ikke, at den pågældende har fået en egentlig psykisk skade (personskade) som følge af dødsfaldet. Der skal i stedet foretages en helhedsvurdering af, om dødsfaldet er forvoldt under sådanne omstændigheder, at det i almindelighed må forventes at påføre de efterladte en ekstraordinær psykisk og/eller følelsesmæssig belastning (lidelse eller krænkelse). Der er således tale om en *generel vurdering* af dødsfaldets »egnethed« til at medføre en sådan særlig belastning af de efterladte og ikke en konkret medicinsk vurdering af, i hvilket omfang dette faktisk har været tilfældet.

Ved dødsfald, der er forvoldt forsætligt, vil der normalt være tale om en overtrædelse af straffelovens § 237 om drab. I disse tilfælde vil vurderingen efter stk. 2 efter forarbejderne som udgangspunkt føre til, at der bør tilkendes de efterladte en godtgørelse, idet et drab i almindelighed indebærer en helt ekstraordinær belastning for og krænkelse af de efterladte.

Hvis dødsfaldet er forvoldt ved grov uagtsomhed, indebærer vurderingen efter stk. 2, at der ud over skadevolderens grove uagtsomhed som udgangspunkt konkret skal foreligge om-

stændigheder, der må antages at indebære, at de efterladte i særlig grad påføres lidelse eller krænkelse som følge af dødsfaldet.

Der kan ved denne vurdering bl.a. lægges vægt på, om dødsfaldet er forvoldt på en særlig brutal og/eller krænkende måde, f.eks. at ofret har været udsat for omfattende vold eller seksuelle overgreb inden døden eller er død på en særlig pinefuld måde. Der kan også lægges vægt på, om de efterladte har været til stede, da ofret blev dræbt, eller er kommet til stede umiddelbart efter. Hvis skadevolderens adfærd har været af særlig grov karakter og f.eks. må betegnes som grov hensynsløshed, kan dette i sig selv tale for, at der tilkendes de efterladte en godtgørelse.

Godtgørelsesreglen forudsættes efter forarbejderne navnlig anvendt i tilfælde, hvor dødsfaldet er forvoldt under omstændigheder, der samtidig indebærer en overtrædelse af straffelovens regler om beskyttelse af menneskers liv og legeme, f.eks. straffelovens § 246 (grov vold, der har medført døden) eller § 252 (bl.a. fremkaldelse af nærliggende fare for nogens liv eller forlighed).

Forudsat at der konkret er tale om grov uagtsomhed i relation til dødens indtræden, kan godtgørelsesreglen f.eks. anvendes, hvor ofret har været udsat for grov vold i et sådant omfang og/eller af en sådan karakter, at han eller hun afgår ved døden, eller hvor en bilist under hasarderet og hensynsløs kørsel omfattet af straffelovens § 252 forvolder en medtrafikants død.

Der vil omvendt være en række tilfælde, hvor skadevolderen kan blive dømt for overtrædelse af straffelovens § 241 om uagtsomt manddrab, som ikke vil være omfattet af godtgørelsesreglen. Dette hænger bl.a. sammen med, at straffelovens § 241 ikke er begrænset til dødsfald forvoldt ved grov uagtsomhed, men også omfatter dødsfald forvoldt ved simpel uagtsomhed.

2.3.4. Godtgørelsens størrelse må fastsættes ud fra en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder i den enkelte sag. Karakteren af skade-

13. Se herom f.eks. Jens Møller og Michael Wiisbye: Erstatningsansvarsloven med kommentarer (6. udgave, 2002), s. 418 ff.

volderens handling og den lidelse eller krænkelse, som må antages at være påført den eller de efterlevende, skal også tillægges særlig vægt ved udmålingen af godtgørelse, jf. stk. 2.

Den maksimale godtgørelse forudsættes efter forarbejderne i almindelighed at være i størrelsesordenen 100.000 kr. Dette beløb svarer nogenlunde til den højeste tortgodtgørelse til et voldtægtsoffer efter ændringen af erstatningsansvarslovens § 26 ved lov nr. 463 af 7. juni 2001, der lægger op til ca. en fordobling af den tortgodtgørelse, der tilkendes ofre for sædelighedsforbrydelser mv. Det anføres samtidig i forarbejderne, at der i sager om forsætligt drab som udgangspunkt bør tilkendes en godtgørelse i denne størrelsesorden. Det er dog ikke udelukket i helt ekstraordinære tilfælde at tilkende en højere godtgørelse.¹⁴

Hvis dødsfaldet er forvoldt ved grov uagtsomhed, må godtgørelsen normalt fastsættes til et mindre beløb, idet det dog er forudsat, at der ikke udmåles helt bagatelagte beløb.

Godtgørelsen kan udbetales ved siden af eventuelle andre ydelser i anledning af dødsfaldet, f.eks. forsørgertabserstatning efter erstatningsansvarslovens §§ 12-14 og overgangsbeløb efter § 14 a. Godtgørelsen kan endvidere udbetales ved siden af en eventuel erstatning til den efterladte for personskade i form af psykisk skade som følge af dødsfaldet. Godtgørelsens størrelse i den enkelte sag skal fastsættes uafhængigt af sådanne ydelser.

Der kan i anledning af det samme dødsfald tilkendes en godtgørelse til flere efterladte, der hver især opfylder betingelserne herfor, f.eks. både til den afdødes ægtefælle og til den afdødes

mindreårige børn. I givet fald vil hver af de efterladte kunne få en godtgørelse på som udgangspunkt indtil ca. 100.000 kr.

3. Erstatning til efterladte for psykisk skade

I forbindelse med lovændringen blev det overvejet, om der i stedet for eller ved siden af en regel om godtgørelse til efterladte ved dødsfald burde ske en lovregulering af de efterladedes muligheder for at få erstatning for personskade i form af psykisk skade som følge af et dødsfald.

Erstatningsansvarsloven indeholder dansk rets almindelige regler om udmåling af erstatning og godtgørelse ved personskade mv. Erstatningsansvarsloven angiver ikke, hvad der nærmere skal forstås ved en »personskaade«, men det antages, at en personskaade både kan være fysiske og psykiske følger af en ansvarspådragende handling, herunder f.eks. en egentlig psykisk lidelse, der medfører midlertidig eller varig arbejdsudygtighed.¹⁵

Betænkningen¹⁶ indeholder en nærmere gennemgang af gældende ret med hensyn til mulighederne for at få erstatning for personskaade i form af psykisk skade. Det fremgår heraf, at der efter retspraksis som udgangspunkt kan kræves erstatning for psykisk skade, hvis skaden er opstået i forbindelse med, at skadelidte har lidt direkte fysisk overlast, f.eks. hvis skadelidte i forbindelse med et færdselsuheld pådrager sig en egentlig psykisk lidelse. Dette forudsætter dog, at der i øvrigt efter dansk rets almindelige erstatningsregler er grundlag for at pålægge skadevolderen erstatningsansvar for den psykiske skade, herunder at der bl.a. kan påvises årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende handling og skaden.

Retspraksis har endvidere i flere tilfælde tilkendt erstatning for psykisk skade i tilfælde, hvor den erstatningssøgende var impliceret f.eks. i en ulykke uden at lide direkte fysisk

14. Nævnet vedrørende erstatning til ofre for forbrydelser har behandlet sin første sag om godtgørelse efter den nye § 26 a i erstatningsansvarsloven: Tre mindreårige søskende mistede deres ved mor ved et drab. Den ene af pigerne på 16 år nærmest overværede det meget blodige drab og gerningsmandens efterfølgende selvmord. Den 16-årige fik som ansøgt tilkendt en godtgørelse på 115.000 kr., mens de to yngre søskende hver fik tilkendt 100.000 kr.

15. Betænkningen s. 21.

16. S. 21 ff.

overlast, men hvor den psykiske skade skyldes, at den pågældende var eller anså sig for at være i fare for at komme fysisk til skade. Retspraksis har også i visse tilfælde tilkendt erstatning, selv om den erstatningssøgende ikke har lidt fysisk overlast og heller ikke uden videre kan siges at have været i fare herfor, hvis skadevolderens handling har været udtryk for grov kåthed eller lignende.¹⁷

Den erstatningsretlige litteratur har dog været åben over for, at der også i andre tilfælde i et vist omfang kan tilkendes erstatning for psykisk skade – f.eks. hvis den erstatningssøgende har fået en psykisk skade ved at overvære eller blive underrettet om, at en nær pårørende er blevet dræbt eller kvæstet.¹⁸ Hidtil er der dog ikke i retspraksis givet erstatning i sådanne tilfælde, men der peges i betænkningen på, at hverken erstatningsansvarsloven – der som nævnt ikke regulerer, hvad der skal forstås ved en »personskade« – eller anden lovgivning vil være til hinder for en sådan udvikling.¹⁹

Den nævnte retstilstand svarer i det væsentlige til retsstillingen i Finland og Island. Derimod er der i retspraksis i Sverige og Norge i videre omfang givet erstatning for psykiske skader, herunder for psykiske gener eller lidelser ved at overvære eller blive underrettet om et dødsfald. I Sverige er der med virkning fra den 1. januar 2002 endvidere sket en lovregulering af dette område, som i forhold til hidtidig retspraksis udvider mulighederne for at få erstatning.²⁰

Efter arbejdsskadesikringsloven, der gælder, uanset om der findes en erstatningsansvarlig skadevolder, kan der i øvrigt gives erstatning for psykisk skade ved arbejdsskader også i tilfælde, hvor der hidtil ikke er givet erstatning efter

dansk rets almindelige erstatningsregler.²¹ Der kan f.eks. gives erstatning efter arbejdsskadesikringsloven, hvis den ansatte har været indblandet i en voldsom begivenhed, selv om han eller hun ikke selv har været i fare for at lide fysisk overlast, f.eks. en lokomotivfører, der påkører en person.

I det omfang der hos de pårørende faktisk kan påvises en personskade i form af en psykisk lidelse eller lignende som følge af, at en nærtstående bliver dræbt eller kvæstet, bør det efter arbejdsgruppens opfattelse – også i lyset af udviklingen i Sverige og Norge og retsstillingen på arbejdsskadeområdet – overvejes i videre omfang end i dag at give erstatning herfor efter de almindelige regler i erstatningsansvarsloven. Arbejdsgruppen finder imidlertid ikke, at der på nuværende tidspunkt er tilstrækkeligt grundlag for at foreslå lovregler om de efterladtes muligheder for at få erstatning for psykiske skader som følge af et dødsfald mv.

Der anføres herom i forarbejderne, at spørgsmålet om, i hvilket omfang der bør gives erstatning for psykisk skade til de efterladte, er bedst egnet til at blive løst gennem domstolenes løbende udvikling af dansk rets almindelige erstatningsregler på grundlag af stillingtagen til konkrete enkeltsager.²²

Der peges bl.a. på, at erstatningsansvarsloven ikke regulerer, hvad der skal forstås ved en »personskade«, og heller ikke angiver de almindelige betingelser for, hvornår en personskade kan kræves erstattet (ansvarsgrundlag, krav om årsagssammenhæng mv.), og at der som udgangspunkt ikke bør indføres særlige lovregler vedrørende et enkelt element af personska-debegrebet.

Det anføres endvidere, at det i retspraksis er anerkendt, at en »personskade« også kan være en

17. Betænkningen s. 23 ff., hvor der bl.a. er en gennemgang af trykt retspraksis.

18. Betænkningen s. 26 ff. med yderligere henvisninger.

19. Betænkningen s. 57. Se også lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 3.2.

20. Se om reglerne i de andre nordiske lande betænkningen s. 35 ff.

21. Betænkningen s. 30 ff. og Arbejdsskadestyrelsens vejledning om anerkendelse af psykiske lidelser, der er optrykt i betænkningen s. 89 ff.

22. Betænkningen s. 57 ff. og lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 3.2.

psykisk skade, f.eks. en egentlig psykisk lidelse, der medfører tab af erhvervsevne. Spørgsmålet i retspraksis har derimod bl.a. været, under hvilke omstændigheder en sådan psykisk skade bør kunne kræves erstattet, herunder f.eks. hvor tæt den erstatningsføgende skal have været på ulykken.

En lovregulering af mulighederne for at få erstatning for psykisk skade ville endvidere rejse en række andre vanskelige spørgsmål bl.a. om den nærmere fastlæggelse af begrebet »psykisk skade« (i hvilket omfang skal der f.eks. være tale om en egentlig psykisk lidelse), om beviset for årsagssammenhæng mellem dødsfaldet og den psykiske skade og om afgrænsningen mellem »sædvanlig« sorg mv. og en egentlig psykisk skade. Disse spørgsmål findes i forarbejderne bedst egnede til at blive løst i retspraksis på grundlag af dansk rets almindelige erstatningsregler.

Lovændringen indeholder på denne baggrund ikke regler om erstatning til de efterladte for psykiske skader. Det er i den forbindelse forudsat, at den nye godtgørelsesregel ikke vil være til hinder for en udvikling i retspraksis mod i videre omfang end i dag at give erstatning for personskade i form af psykisk skade.²³

4. Arv af krav på godtgørelse for personskade
Lovændringen indebærer som nævnt i punkt 1 ovenfor, at den særlige regel i erstatningsansvarslovens § 18, stk. 2, om, hvornår krav på

godtgørelse for personskade falder i arv, ophæves.

Efter den tidligere § 18, stk. 2, falder krav på godtgørelse for personskade først i arv, når det er anerkendt eller gjort gældende ved sagsanlæg mv. Dette gælder for krav om godtgørelse for svie og smerte (erstatningsansvarslovens § 3) og for varigt mén (erstatningsansvarslovens § 4) samt for godtgørelse for tort mv., jf. erstatningsansvarslovens § 26, stk. 4.

Baggrunden for reglen er, at krav på godtgørelse for personskade er anset for at være af personlig karakter, således at beslutningen om at gøre kravet gældende bør træffes af den skadelidte selv og ikke efterfølgende af hans eller hendes arvinger. Når skadelidte har rejst kravet, er der derimod ikke grund til, at det ikke skulle falde i arv.²⁴

§ 18, stk. 2, omfatter kun godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Det er således overladt til retspraksis at fastlægge, hvornår krav på erstatning for økonomisk skade ved personskade mv. falder i arv. Krav på erstatning for helbredelsesudgifter, tabt arbejdsfortjeneste og begravelsesudgifter antages at falde i arv uden begrænsninger, dvs. uanset om skadelidte har gjort kravet gældende inden sin død. Andre krav på erstatning for økonomisk skade, f.eks. erstatning for tab af erhvervsevne, antages at falde i arv i hvert fald, hvis kravet er gjort gældende ved sagsanlæg mv. i overensstemmelse med § 18, stk. 2, eller hvis kravet er anerkendt af skadevolderen. Det er dog i dag i almindelighed antaget, at også disse erstatningskrav som udgangspunkt uden videre falder i arv.²⁵

Godtgørelse for svie og smerte skal i første række kompensere for skadelidtes fysiske lidelse (smerte) umiddelbart efter skaden og godtgørelse for varigt mén for de varige fremtidige ulemper og gener i skadelidtes personlige livsførelse.

24. Betænkningen s. 65 f. og lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 2.3.

25. Betænkningen s. 66 f. og lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 2.3.

Selv om der kan siges at være tale om forhold af personlig karakter, peges der i betænkningen på, at disse godtgørelseskrav i praksis må anses for at være en helt sædvanlig del af skadelidtes samlede erstatningskrav i anledning af en personskade. Tilsvarende må det antages, at skadelidte sædvanligvis vil kræve godtgørelse for tort mv., hvis betingelserne herfor er opfyldt.

På denne baggrund kan det vanskeligt begrundes, at kun en del af det samlede krav (nemlig erstatning for økonomisk skade) falder i arv, medmindre godtgørelseskravet er gjort gældende ved sagsanlæg mv. Med denne retstilstand

kommer det således skadevolderen til gode, hvis skadelidte tilfældigvis afgår ved døden, inden godtgørelseskravet er gjort gældende i overensstemmelse med § 18, stk. 2.²⁶

Lovændringen indebærer på denne baggrund, at § 18, stk. 2, ophæves, således at der ikke længere gælder en særregel om, hvornår krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af en personskade falder i arv. Sådanne godtgørelseskrav vil herefter som udgangspunkt falde i arv fra samme tidspunkt som krav på erstatning for økonomisk skade i anledning af personskade, uanset om skadelidte har gjort kravet gældende inden sin død.

26. Betænkningen s. 69 ff. og lovforslagets almindelige bemærkninger punkt 3.3.

Udlændingelovens § 7, stk. 2. Svaret må blive: Fakta

Svar på Kim U. Kjærs artikel:

»Afskaffelsen af de facto-begrebet – fup eller fakta?«

Konsekvenserne af ændringen af udlændingelovens § 7, stk. 2

Af fuldmægtig i Dokumentationskontoret i Udlændingestyrelsens Asylafdeling
ANDERS HENRIKSEN¹

1. Indledning og baggrund

Med vedtagelsen af lov nr. 365 af 6. juni 2002, der trådte i kraft den 1. juli 2002, blev udlændingelovens § 7, stk. 2, ændret og det såkaldte de facto-begreb blev erstattet af et nyt begreb, beskyttelsesstatus, også kaldet »B-status«. Den nye § 7, stk. 2, har følgende ordlyd:¹

»Efter ansøgning gives der opholdstilladelse til en udlænding, hvis udlændingen ved en tilbagevenden til sit hjemland risikerer dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.«

Bestemmelsen er udformet i overensstemmelse med navnlig Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 3, hvorefter:

»Ingen må underkastes tortur og ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf«,

og artikel 1 i konventionens 6. tillægsprotokol, hvorefter:

»Dødsstraffen skal afskaffes. Ingen må idømmes en sådan straf eller henrettes.«

Både EMRK artikel 3 og artikel 1 i 6. tillægsprotokol er af Menneskerettighedsdomstolen (EMD)

1. Artiklen er udelukkende et produkt af forfatterens personlige betragtninger.

blevet tillagt såkaldt *ekstraterritorial virkning*, hvorved forstås, at de kontraherende stater ikke blot skal afholde sig fra at udøve den »forbudte« adfærd på statens eget område, men tillige er afskåret fra at udsende en person til en stat, hvor denne risikerer at blive udsat for pågældende behandling, eller hvorfra den pågældende risikerer at blive videresendt til et sådant land.²

Udover EMRK er også FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder, FN's konvention om barnets rettigheder og FN's Torturkonvention fra 1982 af interesse for fortolkningen af den nye § 7, stk. 2.³ Af første led i Torturkonventionens artikel 3 fremgår, at

»Ingen deltagende stat må udvise, tilbagelevere (»refoulere«) eller udlevere en person til anden stat, hvor der er vægtige grunde for at antage, at han vil være i fare for at blive underkastet tortur.«

Af bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2001-02, der dannede baggrund for vedtagelsen

2. Se bl.a. Jens Vedsted-Hansen: *Torturforbud som udsendelsesbegrænsning: Non-refoulementvirkningen af EMRK artikel 3 i EU-ret & Menneskeret* 2/1998, s. 49 ff.
3. Det fremgår af forarbejderne, at man fra lovgivers side er af den opfattelse, at de nævnte konventioner generelt ikke giver en bedre beskyttelse end EMRK art. 3 og art. 1 i 6. tillægsprotokol, se bemærkningerne til lovforslaget, s. 46.

af den nye regel i udlændingelovens § 7, stk. 2, fremgår, at den nye B-status skal fortolkes i lyset af ovennævnte konventioner. Det betyder i praksis, at de danske udlændingemyndigheder skal meddele B-status til de asylsøgende udlændinge, som en stat ville krænke konventionerne ved at udsende; dvs. til de personer, som en stat er internationalt forpligtet til at yde beskyttelse.

Konstruktionen af B-status betyder derfor også, at udlændingemyndighederne i hver enkelt sag skal vurdere, hvorvidt meddelelsen af et afslag på opholdstilladelse, og en efterfølgende udsendelse, vil bevirke, at Danmark risikerer at krænke EMRK artikel 3 og artikel 1 i 6. tillægsprotokol,⁴ og kun i de tilfælde, hvor udlændingemyndighederne konkret måtte finde, at Danmark vil krænke konventionerne ved en udsendelse, skal de meddele B-status.⁵ Det er derfor ganske korrekt at konkludere, som det da også er blevet gjort i litteraturen, at Danmark på det asylretlige område nu »går lige til grænsen«.⁶

Siden afskaffelsen af de facto-status blev en realitet, og dermed den deraf følgende begrænsning i muligheden for at få opholdstilladelse i henhold til udlændingelovens § 7, er der fra flere sider blevet spekuleret i, hvorvidt der nu i højere grad end under tiden med de facto-status, vil blive fokuseret på Flygtningekonventionens rækkevidde. Det er bl.a. blevet hævdet, at man tidligere i en lang række tilfælde »nøjedes med« at meddele de facto-status til personer, der i henhold til UNHCR's Guidelines havde krav på meddelelse

af flygtningekonventionsstatus, hvorfor lovændringen »blot« ville bevirke, at et stort antal asylsøgere ikke, som påtænkt af regeringen, vil blive meddelt afslag, men derimod i stedet opnå flygtningestatus i henhold til udlændingelovens § 7, stk. 1.⁷

I betragtning af, at Flygtningenævnet alene har truffet afgørelse i et mindre antal asylsager, der har skullet vurderes efter den nye lov, bør man være varsom med at konkludere for kategori om konsekvenserne af lovændringen. Forfatteren til denne artikel er imidlertid af den opfattelse, at der allerede nu er fremkommet interessante fortolkningsbidrag fra Flygtningenævnet, og der vil i denne artikel, på baggrund af praksis fra EMD og FN's Torturkomité (CAT), samt udvalgte afgørelser fra Flygtningenævnet, blive givet en vurdering af, inden for hvilke asylretlige delområder de danske udlændingemyndigheder hidtil har givet beskyttelse i højere grad, end Danmark har været internationalt forpligtet, og dermed samtidig inden for hvilke områder, der kan spores en ændring af praksis (stramning) for så vidt angår meddelelse af opholdstilladelse til asylsøgende udlændinge i henhold til udlændingelovens § 7.

2. Subjektiv frygt

2.1. Regeringens intentioner

Uanset fraværet af en velbegrundet risiko for forfølgelse er asylsøgende udlændinge undertiden i Danmark blevet meddelt opholdstilladelse i henhold til begrebet »subjektiv frygt«, udfra en antagelse om, at en person ikke altid bør pålægges at vende tilbage til en stat, hvor pågældende tidligere har været udsat for voldsomme overgreb, såsom tortur eller voldtægt.

Det fremgår således af Flygtningenævnets praksis, at der kan meddeles opholdstilladelse i tilfælde, hvor det kan lægges til grund, at en asylsøger har været udsat for tortur inden flugten til Danmark, og hvor den pågældendes betydeli-

4. Danmark ifalder alene ansvar i tilfælde af en udsendelse af pågældende udlænding. Menneskerettighedsdomstolen stiller således ikke noget krav om meddelelse af nogen konkret form for opholdstilladelse.
5. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2001-02 s. 14, at det er regeringens opfattelse, at Danmark alene skal yde beskyttelse i de tilfælde, hvor Danmark er internationalt forpligtet hertil, og at det hidtidige de facto-begreb giver retskrav på opholdstilladelse i flere tilfælde, end Danmark er internationalt forpligtet til.
6. Se bl.a. Kim U. Kjær: *Afskaffelsen af de facto-begrebet – fup eller fakta?*; Juristen 1/2003, s. 4.

7. Se igen Kim U. Kjær s. 11.

ge subjektive frygt som følge af overgrebene derfor anses for velbegrunder, selvom der efter en objektiv vurdering ikke anses at være en risiko for yderligere forfølgelse ved en tilbagevenden.⁸

Af bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2001-02 fremgår, at det er regeringens opfattelse, at ændringen af § 7, stk. 2, vil indebære, at personer, der f.eks. på grund af tortur nærer en betydelig subjektiv frygt for forfølgelse, uden at frygten længere kan antages at være objektivt begrundet – f.eks. fordi der har fundet et systemskifte sted i hjemlandet – ikke længere kan få opholdstilladelse. Det bemærkes imidlertid samtidig, at sådanne asylsøgere i enkelte tilfælde kan være omfattet af flygtningekonventionen.⁹

2.2. Praksis fra

Menneskerettighedsorganerne

2.2.1. Menneskerettighedsdomstolen

Menneskerettighedsorganerne i Strasbourg har ofte været konfronteret med klagere, der i tilknytning til deres påstande om, at de risikerer behandling i strid med artikel 3 i traditionel forstand i deres hjemlande, alternativt har påberåbt sig, at det vil være traumatisk og *i sig selv* i strid med artikel 3, hvis de blev sendt tilbage til et land, hvor de tidligere har været udsat for tortur eller andre alvorlige overgreb.

Menneskerettighedsorganerne har i enkelte afgørelser anerkendt, at det *kan* være smertefuldt at blive sendt tilbage til et sted, hvor man har været udsat for mishandling, og domstolen ses ikke principielt at have taget afstand fra begrebet subjektiv frygt.¹⁰ Imidlertid har den endnu ikke statueret en krænkelse af artikel 3 alene på baggrund af, at en person *tidligere* har været forfulgt i en stat og derfor skulle føle det traumatisk og umenneskeligt at skulle vende tilbage.

Påstande om, at en udsendelse *i sig selv* vil være i strid med artikel 3, fordi det er traumatisk for pågældende at vende tilbage, afvises ofte af menneskerettighedsorganerne med en henvisning til, at den grad af ængstelse og psykisk lidelse, der vil være forbundet med klagerens udsendelse ikke opfylder kravene til styrke og intensitet for at falde ind under beskyttelsen i artikel 3.

2.2.2. Praksis fra FN's Torturkomité

Torturkonventionens artikel 3 forbyder staterne at udsende bl.a. asylsøgere til tortur. Vurderingen af, hvorvidt artikel 3, eventuelt læst i sammenhæng med artikel 16, hvorefter staterne forpligtes til at forhindre *andre handlinger, som indebærer grusom, umenneskelig eller nedværdigende straf*, tillige hindrer udsendelse til umenneskelig eller nedværdigende behandling, er tilsyneladende ikke helt afklaret i komitéens praksis. Enkelte forfattere har fortolket komitéens praksis i retning af, at Torturkonventionens udsendelsesforbud tillige omfatter umenneskelig eller nedværdigende behandling.¹¹ Uagtet, at der med nogen ret kan argumenteres mod en sådan fortolkning af komitéens afgørelser, er spørgsmålet af mindre relevans på dette sted. Mere væsentligt er det at bemærke, at komitéen endnu ikke har statueret, at det *i sig selv* kan være så traumatisk og smertefuldt at blive sendt tilbage til en stat, hvor man tidligere har været udsat for tortur, at den udsendende stat alene på den baggrund vil krænke artikel 3.

2.3. Sandsynlige konsekvenser af ændringen af § 7, stk. 2

2.3.1. Beskyttelsesstatus

Som en konsekvens af, at hverken Menneskerettighedsdomstolen eller FN's Torturkomité hidtil konkret har fundet, at en udsendende stat har krænket konventionernes artikel 3 ved at udsen-

8. Flygtningeævnets 10. beretning (2001) s. 75.

9. Bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2001-02 s. 53.

10. Se bl.a. *Bhuyian mod Sverige, appl.* 26516/95.

11. Se Morten Kjærum; *Flygtningeret – Menneskeret*; Euret & Menneskeret, 2/1999, s. 8-17, samt henvisningen hertil i Kim U. Kjær s. 3-14.

de en asylsøgende udlænding, alene på grund af, at pågældende udlænding nærer en betydelig subjektiv frygt for at vende tilbage til modtagerstaten, må det antages, at der næppe vil være hjemmel til at meddele asylsøgende udlændinge, der nærer en sådan betydelig subjektiv frygt – uden at denne frygt er objektivt begrundet – beskyttelsesstatus i henhold til den § 7, stk. 2.

2.3.2. Flygtningestatus

Af UNHCR's Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, pkt. 41, fremgår, at en *overdreven* frygt for forfølgelse kan være velbegrundet, hvis en sådan sindstilstand kan anses for berettiget ud fra en samlet vurdering af sagen. Der eksisterer derfor den mulighed, at asylsøgende udlændinge, der nærer en betydelig subjektiv frygt, meddeles opholdstilladelse med konventionsstatus, jf. udlændingelovens § 7, stk. 1.¹² Hertil bør imidlertid knyttes et par bemærkninger.

Indledningsvis bør det være et krav for meddelelse af opholdstilladelse i henhold til § 7, stk. 1, at asylsøgeren tidligere har været udsat for overgreb af en vis styrke, der har været rettet imod pågældende selv eller dennes nærmeste. Opstillingen af et sådant krav, der er i tråd med UNHCR's principper, bevirker, at asylsøgere, der har forladt deres hjemlande af generelle årsager, eventuelt pga. borgerkrigs-lignende tilstande, uden at de eller deres nærmeste har været udsat for grove overgreb, såsom tortur eller voldtægt, ikke kan meddeles opholdstilladelse med konventionsstatus.

Det bør endvidere være et krav for konventionsstatus, at den subjektive frygt er knyttet til en af konventionens fem årsager.¹³

Et stort antal asylsøgere oplyser i forbindelse med deres asylsagsbehandling, at de af den ene

eller anden årsag lider af forskellige psykiske lidelser, såsom Post Traumatisk Stress Disorder (PTSD). Ansøgerne vil typisk have dokumentation herfor i form af diverse udtalelser fra speciallæger og/eller psykologer.

Det kan ofte være vanskeligt for udlændingemyndighederne at vurdere, hvorvidt de psykiske lidelser stammer fra tidligere oplevede traumatiske oplevelser i oprindelseslandet, såsom tortur eller voldtægter, eller eventuelt fra asylsørgernes ophold i Danmark, hvor ikke mindst sagsbehandlingstiden, og den dertil forbundne usikkerhed om fremtiden, under visse omstændigheder, kan være egnet til at fremkalde psykiske problemer.

I betragtning af, at meddelelsen af opholdstilladelse med konventionsstatus, som ovenfor nævnt, vil være reserveret til tilfælde, hvor pågældende asylsøger har psykiske lidelser, der er begrundet i grove overgreb i *hjemlandet*, kan den vanskelige vurdering af, hvornår, og af hvilken årsag, en asylsøgers psykiske lidelser er opstået imidlertid undertiden være af relevans for den asylretlige vurdering.

2.3.3. Konklusion

På baggrund af ovennævnte kan der argumenteres for, at det for asylansøgere, der nærer en betydelig subjektiv frygt for at vende tilbage til deres hjemlande, vil være konventionsstatus eller ingenting.

I betragtning af, at beskyttelsesstatus ikke som den hidtidige de facto-status kan benyttes som en »sikkerhedsventil«, kan det ikke udelukkes, at der, til trods for den relativt snævre adgang hertil, i fremtiden vil blive meddelt flygtningekonventionsstatus til i hvert fald nogle af de ansøgere, der nærer en voldsom subjektiv frygt for at vende tilbage til deres hjemlande, og som må forventes ikke længere at kunne meddeles opholdstilladelse efter § 7, stk. 2.

Det kan i den forbindelse nævnes, at Flygtningenævnet den 12. august 2003 stadfæstede Udlændingestyrelsens afslag på asyl til en kvin-

12. Af Flygtningenævnets årsberetninger fremgår, at nævnet hidtil har undladt at meddele konventionsstatus til asylsøgere, der nærer en betydelig subjektiv frygt.

13. Race, religion, nationalitet, tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller politiske anskuelser.

delig statsborger fra Serbien-Montenegro. For så vidt angik ansøgerens påstand om, at hun og familien var stærkt traumatiserede, hvilket blev understøttet af de lægelige oplysninger, bemærkede Flygtningenævnet, at den tiltagende dårlige psykiske tilstand i familien måtte antages også at skyldes det lange ophold i Danmark, hvilket ikke i sig selv kunne føre til asyl. Ansøgeren opfyldte således ikke betingelserne for meddelelse af opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, stk. 1. Nævnet fandt heller ikke, at ansøgeren ved en tilbagevenden til hjemlandet risikerede dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, jf. udlændingelovens § 7, stk. 2.

3. Uforholdsmæssig streng straf/afsoningsforhold

3.1. Regeringens intentioner

Asylansøgere påberåber sig undertiden, at de ikke bør pålægges at vende tilbage til deres hjemlande, hvor de risikerer at blive retsforfulgt, fordi de risikerer en straf, der er uforholdsmæssig streng i forhold til en eventuel begået lovovertrædelse eller fordi de forhold, hvorunder pågældende straf skal afsones, er umenneskelige.

Flygtningenævnet har ved flere lejligheder meddelt asylsøgere opholdstilladelse med de facto-status, hvor det måtte lægges til grund, at pågældende ved en hjemsendelse risikerede en efter danske retstraditioner uforholdsmæssig streng straf.¹⁴

Af bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2001-02 fremgår, at risiko for afsoning af en længerevarende fængselsstraf i oprindelseslandet ikke i almindelighed vil føre til meddelelse af opholdstilladelse. Det bemærkes i den forbin-

delse endvidere, at asylsøgere, der som asylmotiv alene påberåber sig militærunddragelse i almindelighed, ej heller kan meddeles opholdstilladelse – heller ikke selvom en militærunddragelse medfører risiko for en længerevarende fængselsstraf.¹⁵

3.2. Praksis fra Menneskerettighedsorganerne

3.2.1. Menneskerettighedsdomstolen

Menneskerettighedsorganerne i Strasbourg har gentagne gange udtalt, at en risiko for afsoning af en længerevarende fængselsstraf i hjemlandet som udgangspunkt ikke vil være omfattet af beskyttelsen i EMRK artikel 3. Domstolen har således bl.a. udtalt, at

*» the fact that an applicant who is subject to a deportation order may risk imprisonment in the receiving country cannot per se give rise to an issue under Art. 3. Furthermore, to the extent that the complaint relates to the severity of the prison sentence which will be imposed by the authorities of the receiving state, it would observe also that it is only in exceptional circumstances (min fremhævning) that the length of a prison sentence will raise such an issue.«*¹⁶

Sådanne »exceptional circumstances« har tilsyneladende endnu ikke foreligget for Domstolen.

Menneskerettighedsorganerne har taget stilling til et betragteligt antal sager vedrørende militærunddragere og desertører, der har gjort gældende, at de ved en eventuel hjemsendelse vil blive straffet uforholdsmæssigt strengt for deres forseelse. Menneskerettighedskommissionen har i den forbindelse udtalt, at pligten til at udføre militærtjeneste ikke rejser spørgsmål i henhold til artikel 3, uanset en sådan pligt måtte strække sig over en unaturlig lang periode.¹⁷ Kommissionen har endvidere udtalt, at stort set alle Europarådets medlemsstater straffer desertører, hvorfor en risiko for straf for desertering ikke *i sig selv* vil

14. Se bl.a. Flygtningenævnets beslutning af 20. august 2002 (11. beretning 2002, s. 282), hvor der blev meddelt opholdstilladelse i henhold til udlændingelovens § 7, stk. 2, til en irakisk statsborger, der efter at have forvoldt en læges død risikerede en forfølgelse og dom, der ikke var i overensstemmelse med danske retstraditioner.

15. Bemærkningerne til lovforslaget s. 53.

16. *Alidjah-Anyame mod England*, appl. 39633/98.

17. *A. og K. mod Tyrkiet*, appl. 14401/88.

rejse spørgsmål i henhold til artikel 3,¹⁸ og at det faktisk, at et forhold straffes hårdere i en stat end i en anden, ikke er tilstrækkeligt til at rejse spørgsmål i henhold til artikel 3.¹⁹

I tilknytning til en eventuel påstand om, at der eksisterer en risiko for en uforholdsmæssig streng straf, påberåber klagerne for Menneskerettighedsorganerne sig undertiden, at de forhold, hvorunder de skal afsone en forventet straf, er umenneskelige eller nedværdigende.

I den berømte *Soering-dom*, hvor Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at England krænkede artikel 3 ved at udlevere en person til retsforfølgning i USA, udtalte Domstolen, at den påførte lidelse og ydmygelse, for at falde ind under beskyttelsen i artikel 3, under alle omstændigheder må overgå den lidelse og ydmygelse, der er uløseligt forbundet med enhver legitim strafpålægelse.²⁰

Menneskerettighedsorganerne har i en række tilfælde afvist klagerens påstande om, at de ikke bør pålægges at returnere til deres hjemlande på grund af en frygt for umenneskelige afsoningsforhold, ved at bemærke, at klagerne enten ikke i tilstrækkelig grad har forsynet organerne med tilstrækkeligt detaljerede oplysninger om de givne afsoningsforhold eller, at det, ifølge de foreliggende baggrundsoplysninger, alene er politiske fanger, der risikerer at blive udsat for tortur i et givent land.²¹ I en enkelt afgørelse afviste menneskerettighedsorganerne endvidere, at en risiko for afsoning af en straf på op til 15 års fængsel i Syrien udgjorde en krænkelse af EMRK art. 3 uagtet situationen i de syriske fængsler.²²

18. *X mod Tyskland*, appl. 4162/69. Menneskerettighedsorganerne har ikke fundet, at risiko for deltagelse i aktiv krigstjeneste faldt ind under beskyttelsen i artikel 3. Der vil derfor næppe heller være hjemmel til at meddele opholdstilladelse med B-status til ansøgere, der frygter indkaldelse til deltagelse i aktiv krigstjeneste.

19. *C mod Tyskland*, appl. 11017/84.

20. *Soering mod England*, appl. 14038/88.

21. *Se bl.a. Z.Y mod Tyskland*, appl. 16846/90.

22. *H mod Sverige*, appl. 22408/93.

Menneskerettighedsorganerne har således foreløbig konkret afvist de rejste påstande om, at en strafafsoning i et givent land *i sig selv*, på grund af de generelle forhold i fængslerne, vil være i strid med EMRK artikel 3.

3.2.2. *Praksis fra FN's Torturkomité*

Torturkomitéen har ved en enkelt lejlighed udtalt, at udsendelsesværet i Torturkonventionens artikel 3 som udgangspunkt ikke beskytter imod udsendelse til risiko for retsforfølgning for civile retlige forbrydelser.²³ Komitéen har endvidere udtalt, at risiko for at blive fængslet ikke *i sig selv* er nok til, at et forhold falder ind under beskyttelsen i artikel 3.²⁴

Komitéen har imidlertid udtalt, at en konkret udlevering til retsforfølgelse og efterfølgende risiko for fængsling, pga. en mistanke om deltagelse i terrorisme og undergravende virksomhed, krænkede artikel 3, idet det af baggrundsoplysningerne fremgik, at personer, der var mistænkt for sådanne forbrydelser, risikerede at blive udsat for tortur i fængslerne i modtagerstaten.²⁵

3.3. Sandsynlige konsekvenser af ændringen af § 7, stk. 2.

3.3.1. *Beskyttelsesstatus*

Med udgangspunkt i ovennævnte praksis fra menneskerettighedsorganerne vil der kun i ekstraordinære sager være hjemmel til at meddele opholdstilladelse med beskyttelsesstatus i henhold til udlændingelovens § 7, stk. 2, til asylsøgere, der i modtagerstaten risikerer at blive idømt fængselsstraf.

Ved vurderingen af, hvorvidt påleggelsen af en eventuel straf *i sig selv* vil udgøre en krænkelse af EMRK art. 3, kan der nok med fordel sondres mellem straffeformer, der er anerkendte og i overensstemmelse med europæiske retsstra-

23. *P.Q.L. mod Canada*, sag nr. 57/1996.

24. *V.X.N. og H.N. mod Sverige*, sag nr. 130-131/1999.

25. *Chipana mod Venezuela*, sag nr. 110/1998.

ditioner, og korporlige straffeformer, der *i sig selv* vil være umenneskelige og følgelig i strid med europæiske retstraditioner. Menneskerettighedsdomstolen har da også udtalt, at straffeformerne stening og piskning *i sig selv* er umenneskelige og derfor i strid med artikel 3.²⁶

Menneskerettighedsorganernes praksis for så vidt angår foreneligheden af visse landes afsøningsforhold med konventionernes artikel 3 er særdeles sparsom. Det er således for tidligt at udelukke, at fængselsforholdene i visse lande er af en sådan karakter, at de, i visse tilfælde, *i sig selv* vil være egnede til at krænke EMRK artikel 3. I den forbindelse er det interessant, at Flygtningenævnet den 9. september 2003 stadfæstede Udlændingestyrelsens afgørelse om afslag på opholdstilladelse til en mandlig statsborger fra Nigeria, der ved en højesteretsafgørelse var blevet udvist for bestandig. Flygtningenævnet fandt ikke, at det ved lovændringen indføjede udsendelsesværn i udlændingelovens § 31 var til hinder for, at pågældende klager kunne udsendes.²⁷ Flygtningenævnet bemærkede i afgørelsen bl.a., at dette gjaldt uanset, at klageren risikerede dobbeltstraf i Nigeria, og uanset, at han risikerede at skulle afsone en fængselsstraf i et nigeriansk fængsel.

3.3.2. Flygtningestatus

Det er indledningsvis væsentligt at holde sig for øje, at selvom en risiko for en fængselsstraf ikke i sig selv kan karakteriseres som forfølgelse i flygtningekonventionens forstand, kan idømmelse af en fængselsstraf for overtrædelse af en almindelig strafferetlig bestemmelse, der reelt er

politisk begrundet, naturligvis godt begrunde flygtningestatus.

For så vidt angår militære forhold fremgår det af UNHCR's Guidelines, at en frygt for strafforfølgning og straf for desertering eller unddragelse af værnepligt ikke i sig selv udgør velbegrundet frygt for forfølgelse i flygtningekonventionens forstand.²⁸ Det fremgår ligeledes, at en person ikke er flygtning, hvis hans eneste grund til desertering eller unddragelse af værnepligt er modvilje mod militærtjeneste eller frygt for kamp.²⁹

En desertør eller militærunddrager kan imidlertid anses som flygtning i konventionens forstand, hvis det kan bevises, at han vil blive udsat for en uforholdsmæssig streng straf for overtrædelse af militærlovgivningen på grund af sin race, religion, nationalitet, sit tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller sine politiske anskuelser.³⁰

UNHCR åbner endvidere for, at flygtningestatus kan tildeles personer, der kan godtgøre, at udførelse af militærtjeneste vil kræve, at de skal deltage i militære aktioner, der strider imod deres oprigtige politiske, religiøse eller moralske overbevisning eller mod gyldige samvittighedsgrunde. UNHCR bemærker imidlertid i den forbindelse, at det ikke er enhver overbevisning, der kan udgøre tilstrækkeligt grundlag for at påberåbe sig flygtningestatus.³¹

UNHCR anfører også, at staterne ved vurderingen af, hvorvidt man bør anerkende en militærunddrager/nægter som flygtning, bør lade sig influere af den seneste udvikling inden for dette område, hvorefter et stigende antal stater har indført lovgivning eller administrative forskrifter, der medfører, at personer, der kan påberåbe sig oprigtige samvittighedsgrunde kan fritages

26. *Jabari mod Tyrkiet*, appl. 40035/98.

27. Udlændingelovens § 31, stk. 1, er ligesom § 7, stk. 2, bygget op omkring udsendelsesværet i EMRK artikel 3. Det følger af § 31, stk. 1, at »en udlænding ikke må udsendes til et land, hvor den pågældende risikerer dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, eller hvor udlændingen ikke er beskyttet mod videresendelse til et sådant land.«

28. Håndbog om procedurer og kriterier for fastlæggelse af flygtningestatus, pkt. 167.

29. Pkt. 168.

30. Pkt. 169.

31. Pkt. 170-171.

for militærtjeneste, enten fuldstændigt eller gennem udførelse af alternativ tjeneste.³²

3.3.3. Konklusion

I betragtning af, at de danske udlændingemyndigheder ikke længere skal vurdere, hvorvidt længden af en given straf vil krænke dansk retstradition, kan der i hvert fald på området for almindelig borgerlig kriminalitet argumenteres for, at der i fremtiden vil blive meddelt færre opholdstilladelser end hidtil.

Det må imidlertid også forventes, at strafpåleggelse for militærunddragelse/nægtelse vil komme i fokus. Det skyldes ikke mindst, at det i praksis ofte vil være således, at det for asylsøgeren (som det er tilfældet på området for »subjektiv frygt«) vil være »flygtningestatus eller ingenting«.

Problemstillingen kan illustreres med et eksempel.

En afrikansk asylsøger og militærunddrager oplyser, at han ved en tilbagevenden til sit hjemland risikerer at blive sendt til fronten i en blodig borgerkrig, hvor han skal deltage i regeringens væbnede kamp mod oprørsbevægelser. Hvis han nægter at deltage i krigen, risikerer han at blive idømt 5 års fængsel.

Hvis man ved afgørelsen må lægge til grund, at han ikke bør meddeles beskyttelsesstatus, »blot« fordi han risikerer 5 års fængsel for militærunddragelse i pågældende land,³³ bliver det afgørende for sagens udfald, hvorvidt ansøgerens unddragelse er af en sådan art, at den kan »puttes ind« under Flygtningekonventionen.

I den konkrete sag vil ansøger eventuelt kunne påberåbe sig, at hans militærunddragelse er oprigtig, fordi han kan blive tvunget til at kæmpe mod folk med hans egen baggrund eller etnicitet. Han kan alternativt påberåbe sig, at den pågældende konflikts karakter og den måde, hvorpå konflikten føres, eventuelt ved overgreb

32. Pkt. 173.

33. Det forudsættes her, at fængselsforholdene i pågældende land ikke i sig selv er egnede til at krænke EMRK art. 3.

på civilbefolkningen, gør, at hans unddragelse er moralsk betinget og udtryk for en reel afstandtagen fra den pågældende krig, der måske endda er fordømt af det internationale samfund. I begge tilfælde må det antages, at konventionen åbner for muligheden for konventionsstatus.³⁴

Med UNHCR's guidelines *in mente* kan man nok med nogen ret argumentere for, at der under ganske særlige omstændigheder er hjemmel til at meddele opholdstilladelser med flygtningestatus til asylsøgere i Danmark, der har militærunddragelse/nægtelse som asylmotiv.

På grund af den sparsomme praksis på området fra Menneskerettighedsdomstolen kan det endvidere ikke udelukkes, at konkrete baggrundsoplysninger om afsoningsforhold i visse hjemlandes fængsler vil komme mere i fokus end hidtil. Ekstremt umenneskelige afsoningsforhold i en konkret stat kan muligvis komme til at spille en reelt udslagsgivende rolle for vurderingen af, hvorvidt det vil udgøre en krænkelse af EMRK artikel 3 at hjemsende en udlænding til en risiko for afsoning. En afklaring af, hvor »umenneskelige« afsoningsforhold man må sende udlændinge tilbage til, forekommer derfor påkrævet.

4. Generelle forhold, borgerkrige osv.

4.1. Regeringens intentioner

Det er et grundlæggende asylretligt udgangspunkt, at en asylsøgende udlænding over for udlændingemyndighederne skal godtgøre, at pågældende er *individuel og konkret forfulgt* i sit hjemland.

I nogle områder af verden er den generelle sikkerhedssituation imidlertid enten så dårlig eller så flydende, typisk pga. eksistensen af kaotiske borgerkrigs-lignende tilstande, at det ikke er muligt med sikkerhed at afvise, at et stort antal personer, der kommer fra et sådant område risikerer forfølgelse eller overgreb i en eller anden form ved en tilbagevenden. Af afgørende betydning for vurderingen af asylansøgninger fra Somalia har

34. Håndbogens pkt. 171.

således traditionelt i Danmark været, fra hvilket område i Somalia pågældende asylansøger kom, idet den enkelte ansøgers asylmotiv og klan-tilhørsforhold skulle vurderes i forhold til de respektive regioner i Somalia.³⁵ Udfra tilsvarende betragtninger er asylansøgere fra Burundi generelt meddelt de facto-status.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslag nr. L 152/2201-02, at udlændingemyndighederne skal foretage en konkret og individuel vurdering i hver enkelt sag, og at der ikke for fremtiden skal meddeles opholdstilladelse, alene fordi der i et land hersker kaotiske forhold, der gør, at det ikke kan udelukkes, at udlændingen i forbindelse med indrejsen i landet vil være i risiko for en sådan behandling.³⁶ Af bemærkningerne fremgår endvidere, at dette forhold bl.a. har betydning for den hidtidige praksis for meddelelse af de facto-status til somaliere.³⁷

4.2. Praksis fra menneskerettighedsorganerne

4.2.1. Menneskerettighedsdomstolen

Menneskerettighedsdomstolen har ved flere lejligheder slået fast, at et forhold alene falder ind under beskyttelsen i konventionens artikel 3, når

» ... *substantial grounds have been shown for believing that the person in question (min fremhævning), if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country ...* »

I sagen *Vilvarajah m.fl. mod England*,³⁸ hvor Domstolen skulle vurdere, hvorvidt England havde krænket artikel 3 ved at hjemsende fem afviste tamilske asylsøgere til det borgerkrigshægede Sri Lanka, udtalte Domstolen endvidere, at

» ... *a mere possibility of ill-treatment, in such circumstances, is not in itself sufficient ...* «

I den konkrete sag fandt Domstolen, at det reelt var alle unge mænd på Sri Lanka, og ikke blot de fem afviste asylansøgere, der dengang risikerede en eller anden form for arbitrær mishandling på Sri Lanka. Det faktum, at ingen af de fem tamiler havde nogen *særlige kendetegn* gjorde, at der ikke var noget, der indikerede, at de skulle være *mere udsatte end andre unge tamilske mænd*.⁴⁰ Af den grund var det ikke i strid med EMRK art. 3 at udsende de unge mænd til Sri Lanka.

Det fremgår imidlertid også af domstolens udtalelser i sagen, at man ikke vurderede, at den generelle situation på Sri Lanka på daværende tidspunkt, på trods af den generelle risiko for arbitrær mishandling, var så alvorlig, at det *i sig selv* ville krænke artikel 3 at udsende personer dertil.

Domstolen ses ved afgørelsen således ikke principielt at have udelukket, at der kan opstå situationer, hvor den generelle situation i en stat, eller i et område af en stat, er så alvorlig og faretruende, at en udsendelse af en person dertil *i sig selv* vil være en krænkelse af artikel 3 uagtet, at pågældende person ikke er mere udsat end andre personer fra staten eller området.

Af principperne fra *Vilvarajah*-dommen, som menneskerettighedsorganerne genkalder sig med stor automatik i sine afgørelser om foreneligheden af udsendelsen af personer med forbudet mod tortur i artikel 3, kan man konkluderende udlede, at en stat krænker artikel 3 ved at udsende en person til en stat, hvor der er *vægtige grunde* til at antage, at der er en *reel risiko* for, at personen bliver behandlet i strid med artikel 3, men at den *blotte risiko* for mishandling som udgangspunkt ikke *i sig selv* er tilstrækkelig til at statuere en krænkelse.

39. Pr. 111.

40. Pr. 112.

35. Se bl.a. Flygtningenævnets beretning 2002, s. 262.

36. Bemærkningerne til lovforslaget s. 44.

37. Bemærkningerne s. 46.

38. *Vilvarajah m.fl. mod England, appl. 13164/87*. Afgørelsen findes, på trods af sin alder, fortsat at være af relevans for vurderingen af, hvilke momenter Menneskerettighedsdomstolen tillægger betydning ved artikel 3 vurderingen.

4.2.2. Praksis fra FN's Torturkomité

Komitéen benytter i sine afgørelser en standard-formulering, der lyder:

» ... the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to paragraph 2 of Article 3, including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. The aim of the determination, however, is to establish whether **the individual concerned** would be **personally** at risk of being subjected to torture in the country to which he or she would return. The existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a particular person would be in danger of being subjected to torture upon his or her return to that country; **specific grounds** must exist indicating that **the individual concerned** would be **personally** at risk (mine fremhævninger).«

Af formuleringen kan udledes, at eksistensen af et mønster af alvorlige krænkelser af menneskerettighederne tillægges en vis vægt, uden dog at være udslagsgivende, idet det afgørende vil være, hvorvidt »*the individual concerned would be personally at risk*«.

4.3. Sandsynlige konsekvenser af ændringen af § 7, stk. 2.

4.3.1. Beskyttelsesstatus

Som en konsekvens af ovenstående praksis fra menneskerettighedsorganerne, hvorefter en udlænding skal kunne godtgøre, at netop han/hun vil være i risiko for at blive udsat for en behandling i strid med konventionernes artikel 3 ved en hjemsendelse, vil der næppe længere være hjemmel til at meddele opholdstilladelse med beskyttelsesstatus til asylsøgere, alene fordi de tilhører en persongruppe, der i større eller mindre grad risikerer at blive udsat for overgreb ved en tilbagevendende. Hver enkelt ansøger må således efter lovændringen enten godtgøre, at alle personer fra pågældende persongruppe risikerer forfølgelse/ overgreb⁴¹ eller, at netop han/ hun er stillet ringere end

41. Der kan naturligvis opstå konflikter, hvor samtlige personer med et bestemt objektive kendetegn som led i en generel politik forfølges og derfor ikke kan hjemsen-

andre personer fra samme gruppe, og derfor er i større risiko for at lide overgreb, jf. præmisserne i Vilvarajah-afgørelsen (se ovenfor).

Den nye praksis kan illustreres med et eksempel.

En ung mandlig asylansøger fra Tjetjenien henviser som motiv for sin ansøgning om asyl til, at han i Tjetjenien risikerer at blive udsat for forfølgelse fra de russiske myndigheders side, idet disse ofte tilbageholder og mishandler unge tjetjenske mænd, som de mistænker for tilhøre oprørsbevægelserne.

Hvis det ved afgørelsen kan lægges til grund, at stort set alle unge tjetjenske mænd er i risiko for på et eller andet tidspunkt at blive tilbageholdt af myndighederne på et mere eller mindre tilfældigt grundlag, bør ansøgeren alene meddeles opholdstilladelse, hvis han kan godtgøre, at lige netop han er mere udsat end andre unge tjetjenske mænd.

Ovenstående betragtninger lader til at være i overensstemmelse med praksis i de sager, som Flygtningenævnet har truffet afgørelse i efter den nye lovændring. Flygtningenævnet stadfæstede således den 30. juni 2003 Udlændingestyrelsens afslag på asyl til en kvindelig statsborger fra det sydlige Somalia, der frygtede at blive udsat for overgreb på grund af de generelt vanskelige forhold i Somalia. Nævnet fandt ikke, at ansøgeren havde sandsynliggjort, at hun ved en tilbagevendende ville være i en konkret og individuel risiko for dødsstraf eller for at blive underkastet tortur

des uden en krænkelse af EMRK art. 3. Under borgerkrigen i Rwanda blev alle etniske tutsier således forfulgt uanset køn og alder, ligesom alle etniske muslimer i visse perioder blev forfulgt i Bosnien. Selvom der ikke nødvendigvis var »særlige kendetegn«, der adskilte den enkelte tutsi-flygtning eller den enkelte bosniske muslim fra andre tutsier og bosniske muslimer, må det antages, at de alle var tilstrækkeligt individuelt og konkret forfulgt i henholdsvis Rwanda og Bosnien til, at de opfyldte betingelserne for at være beskyttet imod udsendelse. Det må da også antages at være i forbindelse med netop sådanne konflikter, at EMD i Vilvarajah-sagen tilsyneladende forbeholder sig en ret til at konkludere, at alle tilbage-sendelser principielt kunne krænke artikel 3.

eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, jf. udlændingelovens § 7, stk. 2. Hverken den omstændighed, at ansøgeren tilhørte marehan-klanen og var kvinde, eller de generelt vanskelige forhold i Somalia fandtes i sig selv at kunne begrunde opholdstilladelse.

I en tilsvarende afgørelse, hvor Flygtninge-nævnet den 9. juli 2003 stadfæstede Udlændingestyrelsens afslag på asyl til en mandlig statsborger fra Somalia, bemærkede nævnet bl.a., at de overgreb, som pågældende ansøger havde været udsat for, lå langt tilbage i tiden og ikke var udtryk for asylbegrundende forfølgelse af ansøgeren, men havde et mere tilfældigt præg pga. de lovløse og kaotiske tilstande. I en anden sag meddelte Flygtninge-nævnet den 13. juni 2003 opholdstilladelse med B-status til en kvindelig statsborger fra Somalia, idet der ikke kunne bortses fra, at ansøgeren ved tilbagevenden til det sydlige Somalia risikerede umenneskelig og nedværdigende behandling omfattet af udlændingelovens § 7, stk. 2. Ved afgørelsen lagde Flygtninge-nævnet bl.a. vægt på, at ansøgeren var en enlig kvinde uden familie og andet netværk i Somalia, at hun tilhørte en minoritetsklan, og at hun i en årrække havde levet i skjul i sin nu afdøde mosters hus af frygt for overgreb, som hun var blevet udsat for fra medlemmer af en rivaliserende klan, da hun en enkelt gang forlod huset.

Den 28. april 2003 stadfæstede Flygtninge-nævnet Udlændingestyrelsens afslag på asyl til en 17-årig kvindelig statsborger fra Burundi. Hverken den omstændighed, at ansøgeren var hutu og kvinde og ikke havde familie i Burundi, eller de generelle forhold i Burundi kunne begrunde opholdstilladelse.

Endelig kan det nævnes, at Flygtninge-nævnet i en afgørelse den 11. august 2003 stadfæstede et afslag på asyl til en kvindelig statsborger fra Elfenbenskysten. Det fremgår bl.a., at nævnet ved sin afgørelse tilsyneladende lagde vægt på, at ansøgeren efter sin forklaring ikke kunne anses for at være mere udsat end andre, der vendte tilbage til Elfenbenskysten. Heller ikke det forhold, at ansøgeren

var kojaga og kvinde, eller de generelle vanskelige forhold på Elfenbenskysten fandtes i sig selv at kunne begrunde opholdstilladelse.

4.3.2. Flygtningestatus

Det fremgår af Flygtningekonventionens flygtningedefinition, at en flygtning skal være individuelt og konkret forfulgt for at falde ind under konventionens beskyttelse. Hver enkelt ansøger skal således godtgøre, at han/ hun er individuelt og konkret forfulgt i hjemlandet.

I praksis kan der for så vidt angår kravene til den individuelle forfølgelsesintensitet nok sættes lighedstegn mellem risikoen for forfølgelse i flygtningekonventionens forstand og risikoen for overgreb i beskyttelsesstatus forstand, hvorfor der kan henvises til det foregående afsnit.

Forskellen på henholdsvis flygtningestatus og beskyttelsesstatus bør derfor alene være årsagen til risikoen for pågældende forfølgelse/overgreb.⁴²

4.3.3. Konklusion

Der er efter lovændringen i større omfang end tidligere blevet meddelt afslag på opholdstilladelse i henhold til udlændingelovens § 7 til asylsøgere fra borgerkrigsplagede områder, der tidligere var »de facto-områder«. Generelle betragtninger om usikre forhold i en asylansøgers hjemområde er som det klare udgangspunkt ikke længere tilstrækkelige til, at der kan meddeles opholdstilladelse, ej heller selvom det på baggrund af oplysningerne om situationen i pågældende asylansøgers hjemområde ikke med sikkerhed kan udelukkes, at enkelte medlemmer fra asylansøgers persongruppe i forbindelse med en hjemsendelse risikerer at blive udsat for overgreb.

42. Der kan alene meddeles Flygtningekonventionsstatus (§ 7, stk. 1) til ansøgere, der risikerer forfølgelse pga. race, religion, nationalitet, tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller politiske anskuelse, mens beskyttelsen i henhold til EMRK art. 3 omfatter »enhver«.

Offererstatningslovens dækningsområde

– en replik til Eva Smiths artikel i Juristen nr. 1, 2004

Af sekretariatschef i Erstatningsnævnet GERD SINDING

I Juristen nr. 1, 2004, gør Eva Smith sig til talsmand for, at offererstatningsloven¹ bør ændres, således at det bliver lettere at opnå erstatning fra staten i tilfælde, hvor der rejses tiltale mod en person, som senere frifindes. Forslaget synes at bygge på et begrænset kendskab til den eksisterende danske offererstatningsordning. I det følgende vil jeg derfor kort redegøre for den eksisterende ordning og nævnets praksis i forhold til offererstatningslovens § 1.

Efter offererstatningslovens § 1, stk. 1, yder staten erstatning og godtgørelse for personskade, der forvoldes ved overtrædelse af borgerlig straffelov. Staten yder ikke erstatning ved overtrædelse af færdselsloven, hundeloven eller anden særlovgivning.

I langt de fleste tilfælde har Erstatningsnævnet, der træffer afgørelser efter loven, ingen vanskeligheder ved at konstatere, om straffeloven er overtrådt i forbindelse med en ansøgers tilskadekomst.

Er skadevolderen dømt for at have overtrådt straffeloven, foretager nævnet slet ingen selvstændig vurdering af, om straffeloven er overtrådt ved tilskadekomsten, jf. princippet om dommes retskraft og princippet i offererstatningslovens § 11 a.

Har der været rejst tiltale mod en person, som frifindes, er sagen straks lidt vanskeligere. I disse

tilfælde vurderer nævnet nøje årsagen til frifindelsen.

- A. Skyldes frifindelsen, at retten ikke finder, at den tiltaltes handlinger er omfattet af straffeloven, kan nævnet ikke betale erstatning, idet den statslige offererstatningsordning kun omfatter personskade, der er sket ved overtrædelse af straffeloven.
- B. Fastslås det ved den frifindende dom, at ansøgeren nok har været udsat for vold, røveri, voldtægt, eller hvad sagen nu drejer sig om, men at det ikke er den tiltalte, der er gerningsmanden, kan nævnet som udgangspunkt betale erstatning efter offererstatningsloven. Nævnet må i disse tilfælde lægge til grund, at straffeloven er overtrådt, men at gerningsmanden er ukendt, jf. offererstatningslovens § 6. Er det ansøgeren selv, der har udpeget den senere frifundne skadevolder, gælder dette dog ikke altid, idet nævnet ikke kan lægge til grund, at skadevolderen er ukendt. Nævnet lægger i almindelighed kun vægt på ansøgerens udpegning af gerningsmanden, hvis denne er sikker, f.eks. hvis den er sket ved den første kontakt med politiet og med navns nævnelse. Har ansøgeren imidlertid udpeget gerningsmanden på fotos eller lang tid efter anmeldelsen til politiet, lægger nævnet som udgangspunkt ikke afgørende vægt på ansøgers udpegning af gerningsmanden.

1. Lovbekendtgørelse nr. 470 af 1.11.1985, som ændret senest ved lov nr. 35 af 21. januar 2003.

Hvis en sag ikke har været i retten, men er afsluttet af anklagemyndigheden ved en påtaleopgivelse, gør de samme overvejelser sig gældende. Nævnet er naturligvis ikke bundet af anklagemyndighedens vurdering af sagen. Men dens vurdering vil dog som regel blive tillagt betydelig vægt ved nævnets afgørelse. Er en påtaleopgivelse meddelt, fordi det ikke kan lægges til grund, at straffeloven er overtrådt ved de begåede handlinger, vil nævnet derfor som udgangspunkt ikke betale erstatning, jf. ovenfor under A. Fastslås det derimod ved påtaleopgivelsen, at ansøgeren nok har været udsat for vold, røveri, eller hvad sagen nu drejer sig om, men at det ikke er sigtede, der er gerningsmanden, vil sagen blive afgjort som anført ovenfor under B.

Har der ikke været nogen mistænkte eller sigtede under efterforskningen, træffer nævnet selvstændigt afgørelse om, hvorvidt det anmeldte forhold er omfattet af straffeloven. Afgørelsen træffes på grundlag af ansøgere

rens og eventuelle vidners forklaring til politirapport. Anser nævnet forholdet for omfattet af straffeloven, betaler nævnet erstatning, jf. offererstatningslovens § 6.

Hvis en sag af procesøkonomiske årsager er henført under politivedtægten, eller hvis påtalen af procesøkonomiske årsager er blevet begrænset med henblik på at afgøre sagen som tilståelsessag, foretager nævnet også en selvstændig vurdering af, om samtlige de anmeldte handlinger er omfattet af straffeloven. Er dette tilfældet, udbetaler nævnet erstatning for samtlige skader, der kan henføres til de skadevoldende handlinger, men gør kun regres mod skadevolderen, i det omfang denne er dømt for overtrædelse af straffeloven,

eller der foreligger andet sikkert grundlag for at fastslå skadevolderens erstatningsansvar.

Erstatningsnævnets afgørelser kan uden videre indbringes for domstolene.

Erstatningsnævnet har således allerede i dag temmelig vide muligheder for selvstændigt at vurdere, om der foreligger en overtrædelse af straffeloven, der kan berettige en ansøger til erstatning fra staten. Domstolene har ligeledes mulighed for at efterprøve nævnets afgørelser.

Der er derfor kun behov for en ændring af offererstatningsloven, i det omfang man synes, at det i videre omfang, end det er tilfældet i dag, er staten, som skal være ansvarlig for borgernes skadevoldende handlinger. Personligt synes jeg ikke, at det er hensigtsmæssigt, at staten i videre omfang end i dag skal påtage sig ansvaret for borgernes skadevoldende handlinger. For det første ville dette medføre betydelige merudgifter for staten. For det andet synes jeg ikke, det er statens opgave at agere som forsikringsselskab bortset fra i de trods alt få tilfælde, hvor der er sket personskade som følge af straffelovsovertrædelser. Det bemærkes i den forbindelse, at staten i medfør af reglen om, at staten indtræder i den erstatningssøgendes krav mod skadevolderen, modtog godt 8 mio. kr. i 2003. Den samlede erstatningsudbetaling i medfør af offererstatningsloven udgjorde godt 67 mio. kr. Statens tilbagesøgningsret er således ikke uden betydning.

Det er klart, at de 4 domme fra EMD, der er omtalt af Jonas Christoffersen og Eva Smith, kan få stor betydning for retsstillingen mellem borgerne i forbindelse med civile søgsmål om erstatning, men der er næppe grund til at inddrage den statslige offererstatningsordning i denne diskussion.

