

SUUM CUIQUE

Retsvidenskabelige afhandlinger
Københavns Universitet 1991

Under redaktion af
Peter Blume, Ditlev Tamm
Vibeke Vindeløv



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1991

Suum cuique
Retsvidenskabelige afhandlinger. Københavns Universitet 1991

© 1991 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers
Printed in Denmark 1991
ISBN 87-574-5950-9

Corpus Juris Civilis Romani
er afskrevet i mange håndskrifter.
På bogens omslag er som baggrund gengivet
et udsnit af et fransk håndskrift fra 1200-årene
(GKS 393,2°, fol 2 recto),
hvorfra ordene *suum cuique* er udhævet.
Efter foto fra Det kgl. Bibliotek.

SUUM CUIQUE

Retsvidenskabelige afhandlinger

Københavns Universitet 1991

Bogen er udgivet med støtte fra

**Bikubefonden
Margot og Thorvald Dreyers Fond
G.E.C. Gads Fond**

Indholdsfortegnelse

Forord

De retsvidenskabelige institutter og det juridiske studium	IX
Forfatterne	XI

Almene emner

Retslære og retsfilosofi

<i>Bo von Eyben:</i> Om politik og retspolitik	3
<i>Sv. Gram Jensen:</i> Om retfærdighed	14
<i>Ole Krarup:</i> Retfærdighed og juridisk seismologi	21
<i>Lars Adam Rehof:</i> På sporet af pragmatismen i dansk retspleje	30
<i>Henrik Zahle:</i> Seks teser om den retlige pyramide	50

Retshistorie

<i>Inger Dübeck:</i> Den juridiske humanisme og Osterssøn Veylles Glossarium	56
<i>Henning Koch og Henrik Stevnsborg:</i> Fra politiret til politividenskab	66
<i>Ditlev Tamm:</i> Østersø og Middelhav – et retshistorisk perspektiv	73

Retssociologi

Ulla V. Bondeson:

Teorier om ret og moral 86

Berl Kutchinsky:

Om retfærdighedsforestillinger blandt jurastuderende 98

Edb-ret og retsinformatik

Mads Bryde Andersen:

Er edb-retten kommet for at blive? 110

Peter Blume:

Retten i informationssamfundet 121

Steen Rønsholdt:

Teknologi i den offentlige ret 131

Privatret

Bernhard Gomard:

Bestyrelsens funktion og ansvar 145

Holger Hansen:

Miljøret i 1990'erne 159

Mogens Koktvedgaard:

Immaterialretten på vej mod år 2000 168

Anders Vinding Kruse:

Erstatningsretten i internationalt perspektiv. Behovet for reformer 177

Joseph Lookofsky:

Internationale købekontrakter: Et skandinavisk perspektiv 188

Linda Nielsen og Vibeke Vindeløv:

Familieretten på vej mod år 2000. Vue over Familierettens placering
i systemet 195

Lise Skovby:

Transportørens sikkerhed i gods. Et internationalt perspektiv 204

Ivan Sørensen:

Status over forbrugerbeskyttelsens udvikling i dansk privatforsikring 220

Finn Taksøe-Jensen:

Om fremtidens arvesystem 230

Offentlig ret

<i>Ole Espersen:</i> Demokratibegrebet og en vurdering af aktuelle udviklingstendenser	247
<i>Hans Gammeltoft-Hansen:</i> Forvaltningsretten på vej mod år 2000	257
<i>Carsten Henrichsen:</i> Retsstaten – et begrebsanalytisk studie	263
<i>Kirsten Ketscher:</i> Når det usynlige arbejde bliver synligt. Nogle udviklingstendenser i omsorgspligter og -rettigheder	276
<i>Lars Nordskov Nielsen:</i> Ombudsmandens rolle i år 2000	286
<i>Hanne Petersen:</i> Arbejdsrettens fortid og fremtid	298
<i>Anita Rønne:</i> Re-regulering af energiforsyningen	308

Strafferet, proces og kriminologi

<i>Flemming Balvig:</i> Det strafferetlige system vs. narkotika	319
<i>Gerda Rump Christensen:</i> Er det civile tvangsfuldbyrdelsessystem tidssvarende? Udviklingstendenser og tilbageblik	334
<i>Eva Smith:</i> Udviklingen inden for straffeprocessen i Danmark	346
<i>Jørn Vestergaard:</i> Psykiatriloven og tvangsbehandling	355
<i>Knud Waaben:</i> Aut dedere aut judicare	372

International ret

<i>Frederik Harhoff:</i> Normer uden for retten. Den informelle rets rationalitet i en global sammenhæng	383
<i>Erik Siesby:</i> Om mindretal og menneskerettigheder	394

Forord

En af de gamle romeres definitioner af rettens opgave var, at det var den stadige vilje til at sikre enhver, hvad der var hans – ordene »*suum cuique*« indeholder essensen af denne tankegang. Latin er ikke længere juristernes fagsprog, men alligevel har juristernes virke igennem tiden været, og er stadig, præget af traditioner. Domstole, advokatvirksomhed og forvaltning er også i dag de grundlæggende beskæftigelsesområder for juristerne, og uddannelsen af jurister foregår stadig ved universiteterne, hvor en i forhold til den samlede juriststand numerisk lille gruppe af professorer, lektorer og adjunkter varetager undervisning og forskning.

De fleste af de juridiske fag har traditioner langt tilbage i tiden, men ikke mindst i de seneste år har samfundet gennemgået en udvikling, som har stillet tilvante retlige forestillinger over for nye udfordringer. Det er denne bogs mål at søge at give et indtryk af de udfordringer, som juraen møder i disse år.

Anledningen til udsendelsen af værket er, at der i år afgår fire af de juridiske professorer ved Københavns Universitet. Det betyder, at der i flere fag sker et generationsskifte, som kan være en lejlighed til netop at præsentere nogle af de nye eller traditionelle juridiske problemstillinger, som universitetets lærere beskæftiger sig med. Bogen er derfor samtidig en præsentation af den juridiske forskning, som foregår ved Københavns Universitet i dag.

Den juridiske forskning foregår inden for rammerne af et antal universitetsinstitutter. Ældst er Kriminalistisk Institut, der oprettedes 1957, og som forskningsmæssigt dækker emneområderne strafferet, kriminalpolitik, kriminologi, retssociologi og retspsykologi. De tre andre institutter, Det retsvidenskabelige Institut A, B og C er ikke på samme måde emnemæssigt afgrænset. Institut B har dog sin hovedvægt inden for den offentlige ret, forfatningsret og forvaltningsret, men de privatretlige discipliner varetages af både institut A og C. De såkaldte almene fag, retshistorie og almindelig retslære varetages af institut A og familieretten af institut C.

Nye fag som energiret, kvinderet, retsinformatik og miljøret er kommet til, og er eksempler på dynamikken i den juridiske forskning. Fælles for alle fag har været betydningen af den stigende internationalisering, som også har sat et tydeligt præg på indlæggene i denne bog. Retssystemet kan ikke længere forstås som et rent nationalt anliggende, men må ses i forhold til udenlandske strømninger og internationale aftaler. International kontakt er derfor en livsnerve for den retsvidenskabelige forskning idag.

Universiteternes juridiske forskning foregår i en vekselvirkning med undervisning og praksis. Det juridiske studium skal give de studerende et godt teoretisk grundlag for et senere virke som jurist. Den juridiske studieordning er i tidens løb blevet ændret utallige gange. Ved den sidste studiereform i 1987 opdeltes studiet i en treårig grunduddannelse og en såkaldt overbygningsuddannelse på to år, hvor de studerende har valgmulighed inden for et større tilbud af fag. Det stiller store krav til variationerne i fagudbudet. Undervisningen varetages da også til dels af udefra kommende særlige fagkyndige lærere, men derudover betyder det store studentertal (der optages hvert år ca. 700 nye studerende), at det traditionelle system, hvorefter begynderundervisningen varetages af manuduktører, er bibeholdt.

De samlede ressourcer, som står til rådighed for juridisk forskning i dette land er ikke store. Antallet af faste universitetsstillinger er sammenlignet med udlandet ikke imponerende. Gennem stipendier har det dog være muligt for kortere perioder at knytte andre til universitetet med henblik på forskning. Alligevel er det en begrænset kreds af jurister, som har ansvaret for den teoretiske videreførelse af de juridiske traditioner. Denne bog skulle give et indtryk af, hvorledes disse traditioner søges videreført ved Københavns Universitet.

København i september 1991

Peter Blume Ditlev Tamm Vibeke Vindeløv

Forfatterne

Mads Bryde Andersen (f. 1958)

Dr.jur., lektor i formueret

Retsregler med berøring til ny teknologi såsom edb og bioteknologi.

Flemming Balvig (f. 1944)

Dr.jur. et mag.scient.soc., docent i

retssociologi og kriminologi

Sammenligninger over tid og

mellem lande af retssystemer

og kriminalitet ud fra sociologiske synsvinkler.

Peter Blume (f. 1950)

Dr.jur., lektor i retsinformatik

Retlige informationssystemer,

registerlovgivning, automatiseret

retsanvendelse.

Ulla Viveka Bondeson (f. 1937)

Fil.dr., professor i kriminologi

Sanktionsvalg og -anvendelse, straf-

udmåling, retsbevidsthed, det moralske

klima i Norden.

Gerda Rump Christensen (f. 1940)

Cand.jur., forskningsrådsstipendiat i

proces- og obligationsret

Konkursret, fogedret, tvangsfuldbyrdelse

af civile krav, modregning.

Inger Dübeck, (f. 1933)

Dr.jur., (nu) professor (Aarhus Universi-

tet) i person-, familie- og arveret

Retshistorie, arkivret, kvinderet, person-

lighedsret, familieret.

Ole Espersen (f. 1934)

Dr.jur., MF, Professor i statsforfatningsret

Statsret, folkeret.

Bo von Eyben (f. 1946)

Dr.jur., professor i formueret

Erstatningsret, forsikringsret, konkursret.

Hans Gammeltoft-Hansen (f. 1944)

Dr.jur., Folketingets Ombudsmand,

professor i procesret

Straffepoces, udlændingeret, forvalt-

ningsproces.

Bernhard Gomard (f. 1926)

Dr.jur., professor i obligationsret

og selskabsret

Erhvervsret, civilproces.

Holger Hansen (f. 1929)

Lic.jur., lektor i ejendomsret

Stats- og forvaltningsret, miljøret.

Frederik Harhoff (f. 1949)

Cand.jur., lektor i folke- og EF-ret

International hav- og miljøret, regulering

af væbnede konflikter, menneskerettig-

heder, retten til selvbestemmelse,

Færøernes og Grønlands stats- og

folkeretlige status.

Carsten Henrichsen (f. 1947)

Cand.jur., lektor i offentlig forvaltning og

offentlig ret

Statsforfatningsret, forvaltningsret og

forvaltningslære.

Svend Gram Jensen (f. 1930)
Ph.D., docent i skatteret
Almindelig retslære, skatteret.

Kirsten Ketscher (f. 1947)
Dr.jur., lektor i offentlig ret med særligt
henblik på kvinders retsstilling
*Socialret, kvinderet, børns sociale rettig-
heder; tilknyttet forskningsprojektet
»Polycentri i retten«.*

Henning Koch (f. 1949)
Ph.D., lektor i statsforfatningsret
*Konstituel nødret, komparativ europæisk
statsret, politiret.*

Mogens Koktvedgaard (f. 1933)
Dr.jur., professor i retsvidenskab
*Retsbeskyttelse af teknologi, kunst og
videnskab; dansk og international
immaterialret; dansk og international
konkurrenceret.*

Anders Vinding Kruse (f. 1921)
Dr.jur., professor i formueret
*Obligationsret, erstatningsret, professions-
ansvar, købsret, herunder ejendomskøb.*

Ole Krarup (f. 1935)
Dr.jur., professor i arbejdsret og
samfundsjura
Arbejdsret, offentlig ret, retsteori.

Berl Kutchinsky (f. 1935)
Cand.psych., docent i kriminologi
Kriminologi, retssociologi, retspsykologi.

Joseph Lookofsky (f. 1945)
J.D. (New York University), dr.jur., lektor
i obligationsret og international privatret
*Komparativ kontraktsret, internationale
køb, international privat- og procesret.*

Lars Nordskov Nielsen (f. 1924)
Cand.jur., 1971-81 Folketingets
Ombudsmand, professor i forvaltningsret
*Forvaltningsproces, kontrol med
forvaltningen.*

Linda Nielsen (f. 1952)
Cand.jur., lektor i familieret og
formueret
Familieret, formueret, humanteknologi.

Hanne Petersen (f. 1951)
Dr.jur., lektor i arbejdsret
*Arbejdsret, kvinderet, informel ret,
ret og økologi.*

Lars Adam Rehof (f. 1958)
Cand.jur. et exam.art., lektor i folke-
og EF-ret
*International offentlig ret,
menneskeretsbeskyttelse, lægers og
patienters retsstilling.*

Anita Rønne (f. 1954)
Cand.jur., adjunkt i energiret
*National og international energiret,
energiforbrugets miljøbelastning.*

Steen Rønsholdt (f. 1944)
Dr.jur., professor i forvaltningsret
Almindelig forvaltningsret, kommunalret.

Erik Siesby (f. 1921)
Dr.jur., professor i international
privatret
*International privatret,
menneskerettigheder.*

Lise Skovby (f. 1948)
Cand.jur., lektor i formueret
*Ejendomsret, international handels-
og transportret.*

Eva Smith (f. 1942)

Dr.jur., professor i procesret
*Vidnebeviset, menneskerettigheder,
lægdommere, straffeprocessuelle
tvangsindgreb.*

Henrik Stevnsborg (f. 1948)

Lic.phil., adjunkt i retshistorie
Retshistorie.

Ivan Sørensen (f. 1949)

Lic.jur., adjunkt i obligationsret
og forsikringsret
Forsikringsret.

Finn Taksøe-Jensen (f. 1934)

Dr.jur., professor i person-, familie-
og arveret
*Personret, familieret, arveret,
dødsboskifteret.*

Ditlev Tamm (f. 1946)

Dr.jur. et phil., professor i retshistorie
*Dansk og europæisk retshistorie, romerret,
kirkeret.*

Jørn Vestergaard (f. 1948)

Lic.jur., lektor i strafferet
*De strafferetlige sanktioner,
tilståelsessager og tiltalefrafald,
strafferettens ansvarslære,
politiets beføjelser og ansvar,
tvang i psykiatrien.*

Vibeke Vindeløv (f. 1947)

Lic.jur., lektor i ret og samfund
*Forhandlings- og konfliktløsning,
økologi, familieret.*

Knud Waaben (f. 1921)

Dr.jur., professor i strafferet
*Strafferet, herunder spørgsmål om
tilregnelser og tilregnelighed,
retspsykiatri, international og
komparativ strafferet; emner fra
strafferettens historie.*

Henrik Zahle (f. 1943)

Dr.jur., professor i statsforfatningsret
*Offentlig ret, statsforfatningsret, bevisret,
ret og økologi.*

Almene emner

Retslære og retsfilosofi 3-55

Retshistorie 56-85

Retssociologi 86-109

Edb-ret og retsinformatik 110-142

Om politik og retspolitik

Af Bo von Eyben

Retspolitikernes politik og politikernes retspolitik

Det er en kendsgerning, at mange jurister som led i deres videnskabelige arbejde udfolder en vis – større eller mindre – retspolitisk virksomhed, dvs. at de fremkommer med anbefalinger navnlig til lovgivningsmagten om at gennemføre ændringer i den bestående retstilstand. Denne form for virksomhed har været indgående behandlet inden for den almindelige retslære, hvor man navnlig har drøftet, om den (eller dele af den) overhovedet kan karakteriseres som en videnskabelig virksomhed, og hvilke krav den i så fald må honorere. Opfattelsen heraf har ikke været statisk.

For *Alf Ross* var kun en begrænset del af den retspolitiske virksomhed af videnskabelig karakter, nemlig den »retsso-ciologiske« indsigt i den retlige regulerings mulighed for at indvirke på menneskelig adfærd, hvorimod den konkluderende afvejning af modstående hensyn og dermed den anbefalende indstilling om bestemte ændringer i retstilstanden var a-teoretisk og dermed udtryk for politisk stillingtagen.¹ Dette betød ikke, at retspolitikeren skulle afholde sig fra det ikke-videnskabelige »spring« til en beslutning,

men blot, at han måtte gøre det klart for sig selv og andre, at denne del af virksomheden ikke var videnskabelig, men politisk. Ud fra denne opfattelse er der principielt et skarpt skel mellem videnskabelig og politisk virksomhed. Samtidig henføres hovedparten af den retspolitiske virksomhed hermed til politisk aktivitet, således at den unddrager sig videnskabelig interesse. Retspolitikeren henvises til at vælge sine målsætninger m.v. på en sådan måde, at hans anbefalinger bliver egnet til at påkalde sig politisk interesse.

Senere teori har accepteret – og advokeret for – en friere retspolitisk virksomhed. *Preben Stuer Lauridsen* har således understreget, at de teoretiske og etiske krav, der i almindelighed må opstilles for videnskabelig virksomhed, også må gælde og faktisk gælder for alle dele af den retspolitiske virksomhed, og at dette bl.a. indebærer, at ikke kun snævre, fagligt-juridiske analogiovervejelser, men også videregående, alment samfundsmæssige overvejelser må inddrages i den retspoliti-

1. Jfr. *Alf Ross: Om ret og retfærdighed*, København 1953, pp. 413 ff.

ske argumentation.² Andre har hævdet en endnu friere retspolitisk virksomhed, bl.a. under henvisning til, at en karakteristik af retspolitikken som mere eller mindre vidtgående analogiovervejelser i for høj grad binder den til det eksisterende retssystem og den bestående samfundsorden i øvrigt.³

Uanset hvor man vil sætte grænsen mellem retspolitik og politisk virksomhed, er det klart, at den er blevet mere flydende end f.eks. efter Ross' kriterium. Selv om grænsen er flydende, synes dette dog ikke at føre til, at man vil ophæve sondringen. Retsvidenskabelig virksomhed – og herunder den del, som omfatter retspolitik – er underkastet nogle krav, som ikke kan opstilles for (anden) politisk virksomhed.⁴ Spørgsmålet er imidlertid, om dette indebærer, at der slet ikke kan stilles nogle krav til udøvelsen af politisk virksomhed, og om det gælder for al politisk virksomhed. Hvis grænsen er flydende, må det umiddelbart undre, at der kan stilles vidtgående krav om saglig korrekthed, efterprøvelighed m.v. til den retspolitiske virksomhed, mens den politiske virksomhed tilsyneladende går helt fri.

Den politiske virksomhed, som her haves for øje, er navnlig den, som består i fremsættelse af lovforslag i Folketinget. Formelt er dette retspolitisk virksomhed i den ovenfor omtalte forstand. Hvad enten lovforslaget er fremsat af en minister eller er et »privat« lovforslag, indeholder det jo – standardmæssigt – en »anbefaling« til »velvillig behandling« i Folketinget og dermed til gennemførelse af ændringer i retstilstanden.

Imidlertid kan i hvert fald dele af lovgivningsaktiviteten ikke meningsfuldt underkastes de krav til rationel argumentation, som opstilles for videnskabelig virk-

somhed. Man kan tale om politik i snæver forstand vedrørende lovgivningsinitiativer, der har en vis umiddelbar sammenhæng med holdninger hos de politiske beslutningstagere. Et sådant kriterium er selvsagt heller ikke skarpt, men det kunne formentlig udbygges nærmere, f.eks. i kraft af en analyse af spørgsmål, der er optaget i de politiske partiers programerklæringer og lign., eller (i øvrigt) gøres til temaer i valgkampe, til genstand for »politiske« forlig osv. Også indholdsmæssigt kunne man sikkert udsondre nogle lovgivningsområder som mere politiske end andre; i centrum ville da formentlig stå lovgivning, der har fordelingsmæssige konsekvenser for væsentlige samfundsgrupper. Det er så indlysende umuligt på rationelt grundlag at nå frem til en »sand« opfattelse af f.eks., hvor stort skattetrykket skal være, eller hvordan skattebyrden skal fordeles, eller hvordan omfanget og niveauet for overførselsindkomster skal lægges, at man ikke kan tage dem (politikere eller andre), der måtte hævde noget andet, alvorligt. Sammenhængen mellem politiske grundholdninger og indstillingen til et givet lovgivningsinitiativ på sådanne områder er umiddelbart gennemskuelig.

Det er den derimod sjældent ved lovgivning på de »klassiske« privatretsområder. Det er nærmest utænkeligt, at spørgsmålet om f.eks. revision af købeloven optages i

2. Jfr. Preben Stuer Lauridsen: *Studier i retspolitisk argumentation*, København 1974, kap. X, og samme: *Retslæren*, København 1977, § 16.

3. Jfr. f.eks. Jørgen Dalberg-Larsen: *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, København 1977, pp. 506 ff.

4. Jfr. f.eks. Preben Stuer Lauridsen, 1977, pp. 151 f og 187 f.

politiske programmerklæringer. Begrundelserne for lovgivningsinitiativer på disse områder og for reformernes nærmere indhold vil derfor oftest minde mere om den argumentationsform, som er karakteristisk for det, der traditionelt benævnes retspolitisk virksomhed. Også selv om der måtte kunne trækkes en direkte linie mellem erklærede (parti)politiske målsætninger og et givet lovgivningsinitiativ, vil begrundelsen for det sjældent fremtræde på denne måde. Mens politikere på de ovenfor nævnte lovgivningsområder normalt ikke er tilbageholdende med at relatere lovforslag til deres politiske overbevisning (f.eks. om nedbringelse af skattetrykket eller af arbejdsløsheden, målsætninger om privatisering etc.) eller til den politiske baggrund i øvrigt (f.eks. udmøntning af et forlig mellem politiske partier), foretrækker de tilsyneladende på politisk mindre kontroversielle områder at lade lovforslag fremtræde som rent »sagligt« begrundede (herunder bl.a. som blot »tekniske« tilpasninger), selv om den virkelige begrundelse involverer politiske vurderinger og afvejninger. Politikerne forsøger med andre ord at fornægte eller at dølge det politiske i deres handle måde ved at foregive, at den udelukkende eller primært er båret af og udslag af rationel argumentation.⁵

Det kan undre, at retsvidenskabens forsøg på at camouflere sine politiske islæt har tiltrukket sig langt større opmærksomhed end politikernes forsøg på det samme. Det anses for forkasteligt, at retspolitikeren forsøger at tiltage sig mere autoritet, end der tilkommer ham, ved at undertrykke de politiske islæt i sin retspolitik. Det er jo præcis det samme, politikeren gør ved – så at sige – at lege retsvidenskabsmand. Skal

vi så blot med et skuldertræk konstatere og acceptere, at det er en naturlig del af det politiske spil – præget, som det hævdes at være, af fordrejninger, fortelser og skingement?⁶

Selv om det måtte være rigtigt, at politikernes retspolitik (må) mødes med en skepsis, der gør det nemmere at gennemskue de politiske islæt end ved retspolitikernes politik, er den i en vis forstand farligere, fordi den har en højere grad af autoritet, både i relation til retsanvendelsen og i relation til retspolitikken. Politikernes begrundelser for et lovforslag og deres angivelser af formålet og meningen med dets enkelte bestemmelser indgår jo som lovmotiver som en – stadig væsentligere – autoritativ retskildefaktor ved de retsanvendende myndigheders fortolkningsvirksomhed.⁷ Det er således karakteristisk, at de forsøg, der undertiden gøres, på at fratage lovmotiver deres sædvanlige retskildemæssige autoritet ved at reducere dem til retsvidenskabelige udredninger, ikke vinder genklang hos domstolene.⁸ Og hvad angår retspolitikken, er det klart, at de

5. Jfr. Bo von Eyben: *The Danish System in the Perspective of the Swedish Alternative. Compensation for Personal Injury in Sweden and other Countries*, Carl Oldertz & Eva Tidefelt (ed.), Stockholm 1988, pp. 256 ff.

6. Jfr. Preben Stuer Lauridsen, 1977, p. 152.

7. Jfr. W. E. von Eyben: *Juridisk Grundbog I*, 4. udg., København 1988, pp. 23 ff.

8. Jfr. f.eks. Bernhard Gomard & Ditlev Wad: *Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven*, København 1986, pp. 27 ff, og hertil Jørgen Nørgaard i *Juristen* 1987 pp. 216 f og afgørelsen i *UfR* 1988.109 H om forståelsen af begrebet selvforsikring i erstatningsansvarsloven § 20, sml. Bernard Gomard & Ditlev Wad, *ibid.* pp. 132 f.

målsætninger, analogiseringsgrundlag, samfundsmæssige hensyn m.v., som bør indgå i den retspolitiske diskussion, bl.a. må søges i den legislative udvikling (enten specifikt på vedkommende retsområde eller mere generelt i målsætninger, tendenser og hensyn, som kommer til udtryk i lovgivningen).

Der er derfor grund til at beskæftige sig mere indgående med politikerens retspolitik. Pladsen tillader ikke en generel undersøgelse af argumentationsformer bag den nyere tids formueretlige lovgivning.⁹ I stedet skal i det følgende peges på nogle enkelte træk, som forekommer karakteristiske for lovreformarbejdet, og i forlængelse heraf omtales nærmere et enkelt eksempel på den politiske behandling af et enkelt reforminitiativ, nemlig forslaget om indførelse af en lovreguleret patientforsikringsordning.

Nogle fællestræk ved politikernes retspolitik

En væsentlig grund til problemstillingens stigende aktualitet er ganske enkelt den øgede politiske interesse for retsområder, der tidligere regnedes som mere teknisk-juridiske og derfor blev overladt til juristerne – reelt også i forbindelse med den sporadiske lovgivningsaktivitet, idet politikernes kommentarer til et fremsat lovforslag oftest alene bestod i henvisninger til indholdet af en betænkning fra et sagkyndigt udvalg. Retspolitikken blev således reelt drevet i udvalgsarbejdet, og denne virksomhed kunne meningsfuldt underkastes de krav, der i øvrigt stilles til retsvidenskabeligt de lege ferenda-arbejde.

Den øgede politisering af i hvert fald dele af formueretten har formentlig mange årsager. En af de vigtigste har sikkert været ønsket om at give forbrugere en vis minimumsbeskyttelse ved hjælp af præceptiv lovregulering. Men helt generelt indrages flere og flere retsområder under lovregulering, undertiden uden at der er konstateret noget væsentligt behov for lovgivning. En del af disse tilfælde beror på ydre pres, især EF-direktiver, der tvinger landet til at gennemføre lovgivning i overensstemmelse med direktivet. Selve den omstændighed, at et vist retsområde (skal) sættes på lovgivningsmagtens dagsorden, kan skabe opmærksomhed om hidtil – politisk – upåagtede problemstillinger. Et klart eksempel herpå er spørgsmålet om produktansvar for udviklingsskader, som tilsyneladende ikke bekymrede politikere, før et EF-direktiv, der gav mulighed for at medtage ansvar for udviklingsskader eller at fravælge dette, aktualiserede problemstillingen.

Den øgede mængde lovgivning gør den i sig selv mere kompleks. Der opstår større risiko for problemer vedrørende afgrænsning, overlappning og inkonsistens mellem de forskellige love. Det bliver stadig vanskeligere at overskue sammenhængen i lovgivningen – eller manglen herpå, ikke mindst fordi privatretslovgivningen i stigende grad influeres af den offentlige ret.

Som et enkelt, nyere eksempel på, at denne sammenhæng er blevet overset, kan nævnes, at en regel, der udelukkede regres mod en ansvarlig skadevolder, blev ophævet ved gennemførelse af

9. Jfr. herved fra Sverige, Jan Hellner: *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*, Stockholm 1990.

en ny lov om sygedagpenge, således at det herefter ifølge motiverne skulle være op til kommunen at afgøre, om regreskrav skal gøres gældende. Her ved overså man fuldstændigt, at en regresudelukkelsesregel i mellemtiden var blevet indsat i erstatningsansvarsloven, hvor den stadig står.

Forholdet til hidtil gældende ret kan yderligere komplicere ny lovgivning, når denne – som i en række tilfælde af EF-direktiv baseret lovgivning (produktansvarslov, forbrugeraftalelov og kreditaftalelov) – så at sige klistres uden på de eksisterende regler, hvad enten disse var udtrykt i lovgivning eller ej. En lovgivning, der både præges af politisk »indblanding« (eventuelt både nationalt og som et politisk kompromis på EF-plan) og af en kompliceret teknisk tilpasning til et forud eksisterende regelsæt, kan blive så uklar og fortolkningskrævende, at den nærmer sig det uforståelige – i hvert fald for de forbrugere, som angiveligt skulle beskyttes (bedre) gennem lovgivningen.

Et godt, nyligt eksempel er kreditaftaleloven, som afløste og udbyggede den i forvejen svært tilgængelige kreditkøbslov. En forenkling var eksplicit et af formålene med den nye lov, men den bestod hovedsagelig i, at en række bestemmelser om ikke-forbrugerkreditforhold blev samlet i ét kapitel. Men udvidelsen af lovens område til kreditgivning, der ikke står i forbindelse med køb, medførte nye sondringer i loven af betydning for omfanget af forbrugerbeskyttelsen, som gør den endnu mere kompliceret end forgængeren.

Samtidig er det karakteristisk for en del af denne lovgivning, at den ikke bliver forberedt gennem en betænkning fra et sagkyndigt udvalg. Forberedelsen sker alene ved en departemental behandling i forbindelse med en høring af berørte interesseorganisationer m.v. Beklagelser over, at denne procedure kan svække den juridiske ekspertises indflydelse på – og dermed den »tekniske« kvalitet af – lovforslaget, kom navnlig til udtryk ved gennemførelsen af kreditaftaleloven.¹⁰ Talrige ændringsforslag blev fremsat og gennemført, og der var næppe mange, der kunne overskue deres fulde konsekvenser. Kun en enkelt, vist nok helt

upåagtet, besynderlighed i loven skal nævnes her. Lovens § 22 hjemler en rimelighedscensur, hvorefter vederlag for eller omkostninger ved kreditgivningen kan nedsættes. Ifølge § 49 gælder denne regel også i kreditkøb, der ikke er forbrugerkøb. I disse køb følger det imidlertid af § 7, stk. 2, at reglerne er deklaratoriske (hvis der ikke er taget ejendomsforbehold). Men det kan naturligvis ikke være meningen, at parterne skal kunne aftale, at reglen om rimelighedscensur af aftalen ikke finder anvendelse. En deklaratorisk rimelighedscensurregel er en meningsløshed.

De tekniske svagheder ved denne lovgivningsteknik er dog naturligvis et større problem for retsanvendelsen end for den retspolitiske virksomhed. For den er det væsentligere, at lovgivningen gennemføres uden nogen kvalificeret debat om dens mål og midler. Et eventuelt til grund liggende EF-direktiv indeholder ikke lovmotivbidrag i sædvanlig forstand, men til gengæld pompøse politiske programerklæringer, der oftest er så almindeligt holdte, at de bliver helt intetsigende. Dette kan ikke undgå at smitte af på den hjemlige gennemførelseslovgivning. Et hovedpunkt i EF-direktivet om produktansvar var således indførelsen af et såkaldt »objektivt« ansvar for (visse) skader, der er forårsaget af »defekte« produkter. I og med at ansvar for udviklingsskader ikke blev medtaget i den danske produktansvarslov, og at defektbegrebet ikke kan inkorporere de såkaldte systemskader, kunne der rejses spørgsmål om omfanget af den (tilsigtede) reelle ansvarsskærpelse. Spørgsmålet blev faktisk rejst politisk, men karakteristisk nok blev det kun besvaret ved en rent formel hen-

10. Jfr. Lennart Lyng Andersen: *Lov om Kreditaftaler med kommentarer*, København 1990, pp. 34 f.

visning til forskellen mellem culpansvar og objektivt ansvar.¹¹

Manglen på retspolitisk relevante motivbidrag behøver imidlertid ikke at skyldes, at lovgivningsinitiativet kommer udefra (og måske ikke ville være kommet indefra). Det er ofte tilfældigt, hvilke problemer der tiltrækker sig politisk opmærksomhed, og de forskellige mediers betydning i så henseende bliver stadig større. Særlig betydning har dette formentlig i et land som Danmark, hvor regeringen oftest er en mindretalsregering, der må se i øjnene, at der uden om den kan samles et flertal om et lovgivningsinitiativ.

Et godt eksempel herpå er loven om erstatning for skader ved LSD-behandling, der som et ad hoc-indgreb efterlader væsentlige, uafklarede spørgsmål om den reelle motivering for, at netop disse personer fik erstatningsmæssig særbehandling. Loven griber ind i afgørende problemstillinger (bl.a. om culpaansvar ctr. objektivt ansvar, ansvaret for udviklingsskader, kravene til kausalitet), uden at den mulige betydning behandles i motiverne. Hvis man nemlig erkendte, at disse problemstillinger rakte ud over den konkret berørte personkreds, måtte man også erkende det vilkårlige i dette lovindgreb, og det er netop det, politikerne ikke ønsker.

Hvis man tager den saglige argumentation for et givet lovgivningsinitiativ alvorligt, vil den ofte forpligte ud over området for vedkommende lovforslag. Begrundelsen kan eksplicit eller implicit involvere forudsætninger om de faktiske forhold, om midlernes egnethed til at realisere målsætninger, om forholdet til andre målsætninger etc. – med den følge, at lovforslaget bør få konsekvenser for reguleringen på andre områder. Det er imidlertid tydeligt, at politikere – ligesom i øvrigt domstole og andre retsanvendende myndigheder – gerne viger tilbage for risikoen for for-

pligtende konsekvensdragnin ved understregning af indgrebets konkrete karakter eller ved tilsløring af de afgørende målsætninger og forudsætninger. Den hyppigst forekommende begrundelse i lovmotiverne er da formentlig også, at det pågældende indgreb findes »rimeligt«, eventuelt underbygget med nogle almene betragtninger, der som facade skal tilsløre de grundlæggende postulater. Motiverne til erstatningsansvarsloven rummer en variant af en sådan tilsløring ved hverken at erklære sig for eller imod princippet om »fuldstændig« erstatning for personskade og forsørgertab, men kun for noget, der kunne opfattes som *rimeligt* fuld erstatning.¹² Herved tilstræbes – bevidst eller ubevidst – at der lægges låg på diskussionen, for hvem kan ikke tilslutte sig, at reglerne skal være rimelige? Og det lykkedes faktisk politikerne at undgå enhver diskussion om dette spørgsmål, der jo ellers måtte være et af de centrale, når der skal lovgives om erstatningsudmåling, således at den politiske debat – som så ofte – alene kom til at dreje sig om nogle perifere detailspørgsmål i lovforslaget, som tilfældigt havde tiltrukket sig opmærksomhed.

Særligt primitiv er den del af argumentationen, som kan henføres til retssociologien. Ønsket om lovgivning udspringer ofte af en vurdering af, at den gældende

11. Jfr. justitsministeriets svar på retsudvalgets spørgsmål nr. 28, gengivet i *Forbrugersynspunkter på produktansvarsregulering*, NEK 1987, Peter Møgelvang-Hansen (ed.), København 1987, p. 119.

12. Jfr. Bo von Eyben: *Lovgivning om erstatningsudmåling*, UFR 1984 B p. 97, og Bo von Eyben: *Standardized or Individual Assessment of Damages*, Scandinavian Studies in Law, vol. 29, 1985, pp. 65 f.

retlige regulering af et givet forhold bedømt ud fra visse målsætninger m.v. ikke er tilfredsstillende.

Selv om disse målsætninger lægges åbent frem, og selv om ønsket om lovgivning begrundes i en korrekt beskrivelse og analyse af den gældende retstilstand, er det langt fra sikkert, at den retlige regulering afspejler de faktiske forhold, eller at en ændret regulering er egnet til at påvirke disse forhold. Som eksempel på, at en alt for løst baseret retsociologisk indsigt har haft afgørende betydning for en lovreform, kan nævnes de antagelser om bilføreres erstatningsopnåelse og forsikringsdækning, som blev lagt til grund for ændringerne i 1986 af erstatningsreglerne i færdselsloven.¹³ Selv om der på empirisk grundlag foreligger viden om en betydelig afstand mellem den retlige regulering og de faktiske forhold, influerer den ikke nødvendigvis på indholdet af den foreslåede lovreform; som eksempel kan nævnes kendskabet til den manglende efterlevelse i praksis af rentelovens bestemmelser, hvorom det sagkyndige udvalg kun mente at kunne pege på behovet for bedre informering om loven.¹⁴

Endog den virkning af en lovgivning, som ofte interesserer politikere mest – nemlig spørgsmålet om, hvad dens gennemførelse vil koste – underkastes som en fast ingrediens i lovmotiverne en – forekommer det – yderst primitivt empirisk grundet vurdering, hvis overensstemmelse med de faktiske økonomiske konsekvenser af en gennemført lovgivning derfor normalt heller ikke gøres til genstand for nogen prøvelse.

Det samlede indtryk, som de her fremdragne træk efterlader, er en forringet kvalitet af det lovforberedende arbejde, der ikke honorerer de krav, der stilles til retspolitisk virksomhed. Dette ville vel ikke være noget principielt problem, hvis der i lovforberedelsen fortsat kunne opstilles en forholdsvis klar skillelinie mellem den juridisk-tekniske, »saglige« del og den rent »politiske« del,¹⁵ men pointen er, at udvik-

lingen i stigende grad bidrager til at udviske denne skillelinie i den formueretlige lovgivning, og at dette bestyrkes af politikernes ønske om at fremtræde som »saglige« i deres argumentation. Det er vel givet, at politikeren er mindre bundet i sin argumentation end retspolitikeren, men denne større grad af frihed udnyttes helst ikke. Dette betyder samtidig, at retspolitikeren ikke får megen reel vejledning, når han henvises til at vælge sine forudsætninger på en objektiv måde, navnlig ved – som anbefalet af Ross¹⁶ – at studere de indstillinger m.v., som faktisk er dominerende i »indflydelsesrige socialgrupper« (hvortil vel primært må henregnes politiske partier og politisk prægede interessegrupperinger i øvrigt). Problemet er netop, at den fragmentarisk og pragmatisk prægede lovgivning gør det svært at udlede noget mere generelt om sådanne herskende målsætninger og hensyn i øvrigt, som ville være egnede til at danne en »objektiv« ramme om den retspolitiske argumentation. Og selv når man møder nogenlunde klart

13. Jfr. *Betænkning om erstatning og forsikring for skader opstået ved benyttelse af motordrevne køretøjer* (betænkning nr. 1036), København 1985, pp. 135 f og 191 f, og hertil Bo von Eyben: *Kompensation for personskade II – En retsociologisk undersøgelse*, København 1988, pp. 20, 354, 488 og 654.

14. Jfr. betænkning om *Renteloven* (betænkning nr. 1161), København 1989, pp. 15 f og 25 f; se generelt om empiriske undersøgelser i forbindelse med (formuerets)lovgivning, Jan Hellner, 1990, pp. 163 og 171 ff.

15. Jfr. herved Jan Hellner, 1990, pp. 136 ff, der – trods denne skillelinie – mener, at også den rent politiske beslutningstagning kan underkastes visse krav om rationalitet, hvortil bl.a. hører en eksplicit problemanalyse (som dog sjældent fremføres, jfr. *ibid.* pp. 168 ff).

16. Jfr. Ross, 1953, p. 424.

opstillede målforestillinger, løber man en betydelig risiko for, at de i virkeligheden kun er efterrationaliseringer eller skalleskjul for de egentlige, politiske motiveringer.

Forslag om indførelse af patientforsikring i Danmark

Forslaget om indførelse af en lovreguleret patientforsikringsordning er egnet til at illustrere nogle af de ovenfor omtalte spørgsmål om forholdet mellem politik og retspolitik.

Lægers erstatningsansvar for skader i forbindelse med patientbehandling havde efterhånden tiltrukket sig betydelig politisk opmærksomhed, først og fremmest foranlediget af mediernes indgående behandling af en række sager, hvor patienterne efter de gældende regler ikke havde opnået – eller ikke havde udsigt til at opnå – erstatning (bl.a. den ovenfor nævnte LSD-sag, men også en mere almindelig sag om komplikationer ved et kirurgisk indgreb,¹⁷ der i en TV-rekonstruktion under den ironisk mente overskrift »Hændeligt uheld« anvendtes til at illustrere en påstand om, at lægerne prøvede at skubbe ansvaret fra sig). Den ansvarlige minister så sig efterhånden nødsaget til at gøre noget ved sagen, hvilket resulterede i nedsættelsen af et udvalg, der skulle undersøge, hvordan en eventuel patientforsikringsordning kunne udformes, og hvad den ville koste. Udvalgets opgave var således ikke at tage stilling til, om der burde indføres en sådan ordning og endnu mindre at udarbejde et lovforslag herom. Udvalget bestod derfor ikke af eksperter på området, men af repræsentanter for de involverede interessegrupper (især læger og sygehusejere) og myndigheder.¹⁸ Det skinnede dog ret tydeligt igennem udvalgets rapport, at det fandt, at overvejende grunde talte for indførelse af en patientforsikring.¹⁹ Ministeren besluttede herefter at udarbejde og fremsætte et lovforslag direkte på grundlag af udvalgets rapport.

Det, der gør den politiske indstilling til lovforslaget interessant i nærværende

sammenhæng, er, at det først blev fremsat – i to omgange i 1987 og 1988 – af regeringen, hvor det ved 1. behandling i Folketinget fik bred tilslutning, men ikke nåede vedtagelse på grund af udskrivningen af valg i maj 1988; efter dette valg, der medførte en mindre ændring af sammensætningen af den borgerlige regering, viste regeringen mindre og mindre interesse for forslaget, mens oppositionspartierne (navnlig socialdemokratiet) pressede på og til sidst – i foråret 1990 – fremsatte et lovforslag, der var identisk med det, som den tidligere regering senest havde fremsat i 1988. Ved 1. behandlingen af dette lovforslag viste det sig, at regeringspartierne nu var modstandere af, at der blev gennemført en patientforsikringsordning. Interessen knytter sig derfor navnlig til disse partiers begrundelser for denne markante holdningsændring.²⁰

Den begrundelse, som partierne (deres ordførere) gav for tilslutningen til lovforslaget i 1987 og 1988, var navnlig, at det ville give en tiltrængt lettelse af patienters mulighed for at opnå erstatning (lettelse af bevisbyrden og afskaffelse af kravet om culpa som ansvarsgrundlag), således at deres retsstilling blev forbedret og betrygget. Videre blev der henvist til, at dette ville kunne afdramatisere forholdet mellem læger og patienter og dermed bidrage til at styrke tilliden til sundhedsvæsenet. De

17. Jfr. UfR 1985.416 V.

18. Det bør tilføjes, at jeg fungerede som konsulent for ministeriet i denne sag og som sådan deltog i udvalgets arbejde.

19. Jfr. Rapport fra den af indenrigsministeriet nedsatte arbejdsgruppe: *Patient- og Lægemiddelforsikring*, København 1986, pp. 16 ff.

20. Jfr. Folketingstidende 1986/87 spalte 8625 ff, 1987/88, 1. samling, spalte 6278 ff og 1989-/90 spalte 8282 ff.

spørgsmålstegn, der blev sat (kun af oppositionspartierne) ved forslaget, vedrørte hovedsagelig ønsker om at give ordningen en bredere dækning i forskellige henseender. Ingen satte spørgsmålstegn ved finansieringen, hverken med hensyn til beregningen af omkostningerne (som det ifølge ministeren var vanskeligt at skønne over) eller med hensyn til, hvem der skulle bære dem.

Disse begrundelser fremtræder som en rationel argumentation, der i hvert fald i princippet tilfredsstillende krav, som stilles til retspolitisk argumentation: Der konstateres nogle negative konsekvenser af de gældende regler (som næppe kan bestrides), og de foreslåede ændringer findes egnede til at forbedre reglernes funktion i disse henseender. Argumentationen er vel ikke særligt dybtborende, men traditionelt beskæftiger politikere sig ved 1. behandlingen af et lovforslag kun med de mere almene principper i forslaget, og det har formentlig også spillet en rolle, at man i dette tilfælde forventede bred consensus og ikke så megen »politik« i forslaget.

Ved 1. behandlingen af oppositionens – som nævnt – identiske forslag to år senere var tonen imidlertid en anden fra de tre (borgerlige) regeringspartiers side.

Nu henvistes der tværtimod det tidligere anførte til, at en patientforsikring ville kunne skabe problemer for tilliden til sundhedsvæsenet, fordi erstatningstildeling ville kunne efterlade det indtryk, at der var begået fejl ved behandlingen. Argumentet har ingen vægt, eftersom erstatningsgrundlaget i patientforsikringen netop ikke er culpereglen; højst rejser ændringen et informationsproblem. Desuden henvistes til, at en patientforsikring kunne fremme en udvikling i retning af »amerikanske tilstande« på dette erstatningsområde (bl.a. med uhensigtsmæssig forsigtighed fra lægernes side, begrundet i frygten for at blive mødt med erstatningskrav). Heller ikke dette

argument har nogen vægt; forholdene i USA beror på en række særegne omstændigheder, som ikke gør sig gældende her, hvortil kommer, at et af formålene med en patientforsikring netop kunne være at hindre, at praktiseringen af de nuværende erstatningsregler udarter i den retning, man har set i USA. Tendenser i denne retning kan faktisk spores i den nyeste (landsrets)praksis i lægeansvarssager.

Det er karakteristisk, at man kun beskæftiger sig med hævdede, negative konsekvenser af en patientforsikring, men helt ignorerer de tidligere erkendte svagheder ved de gældende erstatningsregler. Tydeligst kommer modsigelsen i forhold til det tidligere standpunkt til udtryk hos ordføreren i et af regeringspartierne (Det radikale Venstre), der hævdede, at partiets holdning var, at hændelige uheld ikke umiddelbart burde berettigede patienter til erstatning, mens den tidligere ordfører havde hævdet, at lovforslaget imødekom et længere næret ønske i partiet, idet det ikke burde være sådan, at en læge skulle have begået en påviselig fejl, for at der kan udbetales erstatning til patienten.

Forsøgene på at camouflere holdningsændringen bag saglige argumenter efterlader en kraftig fornemmelse af, at den egentlige begrundelse er en ganske anden. Det kommer imidlertid kun antydningvis frem, at forklaringen kan være nogle nye beregninger fra sygehusejerne, der angiveligt skulle vise, at ordningen ville blive væsentligt dyrere end tidligere anslået. Men heller ikke dette lægges klart frem. I så fald måtte grundlaget for disse beregninger diskuteres, og man kunne videre diskutere, hvordan patientforsikringsforslaget eventuelt kunne modificeres, således at omkostningerne blev holdt nede på det niveau, som man tidligere fandt acceptabelt.

Realiteten er, at der er tale om en rent politisk nedprioritering af spørgsmålet. Årsagen hertil kan man kun gisne om; presset fra medierne var væk (LSD-sagen blev »løst« ved ad hoc-lovgivning), og i forhold til nedskæringer på basale ydelser inden for sundhedssektoren (især medicin-tilskud) kunne en patientforsikringsordning opfattes som noget af et »luksusproblem«. Ingen rationel argumentation kan løse sådanne prioriteringsproblemer; det er netop et politisk valg – hvad enten det træffes implicit eller eksplicit. Nærmest en erkendelse heraf kom den ordfører, der anvendte et citat fra en tidligere socialdemokratisk statsminister: Man har et standpunkt, til man tager et nyt. Dette er politikerens privilegium frem for retspolitikeren, men politikernes ulyst til at påberåbe sig det er tydelig.

Dette gjaldt også Det Radikale Venstre, som – efter at være trådt ud af regeringen – atter skiftede holdning og dermed bidrog til at sikre et flertal for lovforslaget, der i modificeret skikkelse blev vedtaget d. 27/5 1991.

Konsekvenser for retspolitikken

To konklusioner kan udledes af den beskrevne udvikling og de – spredte – eksempler, som er fremdraget her:

Den ene er behovet for en kritisk efterprøvelse af politikernes retspolitik. Den tiltagende sammenblanding af rent politiske begrundelser, målsætninger og hensyn og retspolitisk prægede argumentationsformer i forberedelsen og behandlingen af lovforslag bør ikke føre til en passiviserende konstatering af, at der til syvende og sidst ikke kan opstilles nogen skillelinje mellem politik og retspolitik, men tvært-

imod til en granskning af, hvor den rationelle argumentation hører op, og hvor de politiske hensyn sætter ind. I det omfang politikere argumenterer retspolitisk, bør de holdes fast på de krav, der i øvrigt stilles hertil, og på konsekvenserne af argumentationen, og i det omfang politikere ikke ønsker det, bør de holdes fast på et krav om, at de politiske begrundelser, målsætninger og hensyn lægges åbent frem.

Den anden er behovet for en mere offensiv retspolitik. Det er ikke nok at undersøge, hvad politikerne egentlig gør – efter at den kritiske efterprøvelse har skrællet facadeargumentationen bort. Det afgørende er, at man bag facaden ofte vil lede for-gæves efter de politiske indstillinger m.v., som skulle være en væsentlig del af retspolitikeren referencegrundlag. Det nytter ikke noget, at man – for at efterstræbe et ønske om objektivitet i retspolitikken – henviser retspolitikeren til at indordne sig under fremherskende politiske indstillinger eller at søge sine målsætninger og hensyn i almene legislative tendenser el. lign., når retspolitikeren normalt ikke finder andet end holdningsløshed, pragmatisme, mangel på sammenhæng og en udtalt tilbøjelighed til undertrykkelse af en eventuel bagvedliggende, politisk ideologi. Politikernes stræben efter retspolitisk autoritet begrænser deres værdi som talerør for de mål og forudsatte holdninger, som retspolitikeren kunne tage sit udgangspunkt i.

Spørgsmålet, om der bør indføres en patientforsikringsordning, er egnet til at illustrere »springet« fra den »retssociologiske« analyse til den vurderende indstilling. Der er næppe uenighed om, at retspolitikeren er »berettiget« til at tage dette spring (men nok om, hvorvidt han er »forpligtet« til det, og om denne del af retspolitikken

kan have karakter af »videnskabelig« virksomhed). Spørgsmålet er kun, hvor frit retspolitikeren står ved valget af vurderingspræmisser. Den omstændighed, at politikerne ikke vil vedkende sig *deres* vurderingspræmisser, og at – som eksemplet viste – det ofte er umuligt at udlede nogle, giver retspolitikeren et friere spillerum.²¹ Selv om den endelige beslutning om, hvorvidt et forslag skal gennemføres eller ej, naturligvis til syvende og sidst beror på et politisk valg, bør retspolitikeren ikke af den grund stoppe op på halvvejen.²² Retspolitikeren må blot være opmærksom på, at den politiske beslutning kan blive påvirket af andre faktorer, navnlig i det omfang forslaget involverer brug af ressourcer og (dermed) prioriteringer mellem forskellige problemer og grupper. Retspolitikeren risikerer ellers at stirre sig blind på det problem, der optager ham, så at han ikke har øje for, at det for politikerne kun er ét problem blandt mange andre, som på grund af ressourceknaphed ikke alle kan løses. Retspolitikeren kan således f.eks. ikke med nogen form for autoritet argumentere for, hvad en patientforsikringsordning »må« koste, eller for, at dette problem er vigtigere at løse end f.eks. nedbringelse af ventetiden på hofteoperationer. Men når retspolitikeren blot

viser åbenhed herfor (f.eks. ved at anvise forskellige, mere og mindre omkostningskrævende løsningsmodeller), er den nødvendige, efterfølgende politiske prioritering over for andre opgaver ret beset ikke hans problem.

En vis realisme er således påkrævet i forhold til de valg, som det er politikernes privilegium at træffe. Men bortset herfra har udviklingen gjort det mindre relevant for retspolitikeren at undersøge og underkaste sig det, som kan forventes at opnå politisk accept. Jo mere politikerne foregiver at være »saglige« (uden at være det), jo mindre bidrag yder de, som retspolitikeren kan bruge til noget. Derved åbner politikernes retspolitik op for en friere politik for retspolitikere.

21. Se som eksempel på manglende udnyttelse heraf, *No Fault Compensation in Medicine*, Ronald D. Mann & John Havard (ed.), London 1989, p. 73.

22. Se som eksempel herpå Jan Hellner: *Enhellige regler eller områdeanpassede ersätningar – lapptäcke eller ej?*, *Nordisk Forsikringstidsskrift* 1990 p. 225.

Om retfærdighed

Af Sv. Gram Jensen

Prolegomena

Betydningen af retfærdighedsbegrebet afhænger i vidt omfang af, hvorvidt man antager eksistensen af objektive retsprincipper eller ej. Det er derfor hensigtsmæssigt at indlede et essay om retfærdighed med et *credo*.

Lad mig da bekende, at min første grundsætning er, at *retsregler* i den sidste analyse må opfattes som regler om et retligt ansvar.¹ Inden for læren om forholdsnormer og kompetencenormer har det hidtil været sædvanligt at definere forholdsnormer ved hjælp af pligtbegrebet, f. eks.

påbud F = pligt F;²

men når det samtidig fastslås, at mellem pligt og ansvar består relationen

pligt F = ansvar ikke-F,³

kommer pligtbegrebet efter min mening til at fremtræde som et unødigt omsvøb, idet det er åbenbart, at i forening udtrykker de ovennævnte relationer intet andet end

påbud F = ansvar ikke-F.

At anvende en på ansvarsbegrebet baseret terminologi i stedet for en terminologi, hvor pligtbegrebet udgør fundamentet, indebærer efter mit skøn flere fordele, hvoraf den vigtigste er, at juraen kan overlade pligtbegrebet til moralfilosofien. I

modsætning til pligtbegrebet er begrebet *det retlige ansvar* et forholdsvis veldefineret juridisk begreb, hvis hovedformer udgøres af 1) *strafansvar*, 2) *erstatningsansvar* og 3) *naturalopfyldelse* (i det omfang en sådan overhovedet lader sig gennemtvinge). Opregningen er langt fra udtømmende, f.eks. spiller *ugyldighed* en særlig rolle for kompetencenormernes vedkommende. I den af mig introducerede ansvarsterminologi lader forholdsnormer, der pålægger adressaterne byrder, sig éntydigt beskrive som påbud/forbud og de dermed korrelerede krav, ligesom forholdsnormer, hvorved sådanne byrder ophæves, éntydigt kan beskrives som fritagelser/tilladelser og de dermed korrelerede ikke-krav.

Mit anden grundsætning er, at *moraliske normer* alene udtrykker en social eller kul-

1. Se Sv. Gram Jensen: *Hvad er retfærdighed?*, København 1983, p. 21 ff., Sv. Gram Jensen: *Retssystemets struktur og Kernepunkter i retskildelæren. To bidrag til den almindelige retslære*, København 1986, p. 3 ff. og Sv. Gram Jensen: *Almindelig retslære. En introduktion*, København 1989, p. 43 ff.

2. Således Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, København 1953, p. 198 og Preben Stuer Lauridsen: *Retslæren*, København 1977, p. 252.

3. Således Preben Stuer Lauridsen, *ibid.* p. 253.

turel vurdering.⁴ I den forbindelse vil jeg vedkende mig det non-cognitivistiske standpunkt, hvorefter etiske påstande af typen »Du skal elske din næste som dig selv« (Matt. 22,39) hverken kan være sande eller falske. Som følge heraf må jeg bestride, at der skulle eksistere objektive retsprincipper. I min tankeverden er der ikke plads for nogen moralsk censur af retsreglernes indhold. Om en regel er en retsregel eller ej, afhænger altså alene af, hvorvidt den i den sidste analyse er en regel om et retligt ansvar. Nogen moralsk lakmus-prøve, der på afgørende vis skiller retsregler fra regler, som blot er emanationer af magt, kender jeg ikke til.

Selv om forestillingen om en af tid og sted uafhængig retsorden med nogen føje kan karakteriseres som »en kjon Tanke«, så har jeg det med naturretten som Storke-moder i H.C. Andersens eventyr om *Dynd-Kongens Datter* har det med en helt anden tanke: »Jeg forstaaer den ikke rigtigt! ... og det er ikke min Skyld, men Tankens, dog det kan da ogsaa være det samme, jeg har Andet at tænke paa!«.

Hvad forholdet mellem ret og moral angår, tilslutter jeg mig Alf Ross (1899-1979), der i næsten aforistisk form ytrer sig således: »Samtidig med at rubricere en vis orden som en »retsorden« kan jeg anse det for min højeste moralske opgave at omstyrte denne orden.«⁵ Men det må ikke overses, at samme forfatter også har fastslået: »Moralske forestillinger er uden tvivl blandt de kausale faktorer der bestemmer retsudviklingen; og retten, på sin side, påvirker igen den i samfundet herskende moral. Det er også velkendt at loven gennem de såkaldte standarder kan henvise til og inkorporere gængse moralske vurderinger i retsordenens system. Om

ikke alle, kan dog mange retsregler gøres til genstand for en moralsk vurdering. I den virksomhed der består i at skabe og anvende ret indgår også moralske vurderinger. Der er ingen grund til at en positivist skulle benægte disse og andre relationer mellem retlige og moralske fænomener.«⁶

Abstrakte retfærdighedsforestillinger

I en tankeverden, hvor objektive retsprincipper ikke antages at eksistere, kommer retfærdighedsbegrebet til at indtage en underordnet plads. Det er i hvert fald en kendsgerning, at retfærdighedsbetragtninger kun spiller en ringe rolle i den aktuelle juridiske debat i Danmark.

Anderledes forholder det sig i den politiske debat. Her formelig fyger det med adjektiver som »retfærdig« og »uretfærdig« og med substantiver som »retfærdighed« og »uretfærdighed«. Dette gælder ikke mindst, når debattens genstand er byrdefordelingen i samfundet. Man kan næppe tænke sig en debat om en skattereform, hvor fortalere for den foreslåede reform ikke vil påberåbe sig, at reformen vil medføre en mere retfærdig fordeling af skattebyrderne end den hidtidige.

Selv opfatter jeg retfærdighedsbegrebet som en til *tid* og *sted* bunden størrelse, hvori der gives udtryk for en alment accepteret opfattelse. Når man hævder, at dette

4. Se Sv. Gram Jensen: *Almindelig retslære. En introduktion*, København 1989, p. 61 ff.

5. Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, København 1953, p. 44.

6. Alf Ross: »Naturret contra retspositivisme«, *TfR* 1963 p. 507.

eller hint er retfærdigt eller uretfærdigt, giver man udtryk for en kulturel eller social vurdering, der selvsagt er undergivet en tidsmæssig og stedlig begrænsning. Formentlig opfatter enhver dansker det i dag som indlysende retfærdigt, at brødre og søstre har samme arveret efter deres forældre, og at arveloven altså ikke diskriminerer efter køn. Men denne vurdering forudsætter, at vor tids alen anvendes, idet det ikke må overses, at *Danske Lov* (5-2-29) i mændenes favør fastslog: »Mands-Person tager to Loder imod een Qvindis-Person tager een, i alle Arve«. (Det kan tilføjes, at Danske Lovs regel, der går helt tilbage til Jyske Lov fra 1241, først blev ophævet i 1857.)

Retfærdighedsbegrebet i den her anvendte betydning rækker videre end til lighedsprincippet og omfatter f.eks. også et princip som, at anvendelse af straf (som alt-overvejende hovedregel) forudsætter subjektiv skyld. Reglen i *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (II 20 § 95), hvorefter der var hjemmel til at holde en højforræders børn i vedvarende fængsel, selv om børnene ikke havde begået noget strafbart forhold,⁷ er målt med vor tids målestok – der i så henseende altså afviger markant fra oplysningstidens – oprørende uretfærdig.

I denne sammenhæng kommer jeg til at tænke på J.L.Runebergs digt »Landshøvdingen« fra *Fänrik Ståls sägner*, hvor den finske nationalskjald skildrer et møde mellem den russiske overgeneral og en finsk landshøvding, efter at den russiske armé har besejret de svenske hære. Situationen er den, at overgeneralen forlanger, at landshøvdingen skal bekendtgøre, at russerne vil tilsikre enhver finsk soldat, der opgiver kampen og vender hjem til sin

gård, »gods och liv«, hvorimod den soldat, der fortsætter kampen under de svenske faner, må påregne, at »hans släkt skall jagas utan nåd och frid / ifrån hans gård och mark«. Landshøvdingen afviser imidlertid dette forlangende, og med hånden lagt på Sveriges Rikes Lag udtaler han de vakre ord:

*I den, sen sekler ren, det stadgat stått,
Att bryter en, all skuld är endast hans,
Att mannen böter ej för hustruns brott,
Ej hustrun för sin mans.*

Med disse eksempler har jeg villet fremhæve, at prisen for at benytte sig af retfærdighedsbegrebet i den her angivne betydning er, at det derved uvægerligt knyttes til tid og sted. Derfor kan jeg ikke tages til indtægt for en naturretlig opfattelse. Når f.eks. Frede Castberg (1893-1977) anså »det å rette baker for smed og det å straffe krypskytteri med hengning, for å være forkastelig ut fra objektivt gyldige retsprinsipper«,⁸ så må jeg hertil bemærke, at vel ville jeg opfatte et forslag til en lov, der muliggjorde, at baker kunne rettes for smed, som værende himmelråbende uretfærdigt; men jeg ville aldrig gå så vidt som til at hævde, at en sådan regel skulle være i strid med objektivt gyldige retsprinsipper. Eksistensen af sådanne retsprinsipper må jeg tværtimod på det bestemteste bestride.

Den klassiske sondring mellem den udjævnende (eller genoprettende) retfærdighed på den ene side og den fordelende retfærdighed på den anden side hidrører fra

7. *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe, ed. Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main und Berlin 1970, p. 670.

8. Citeret efter Torstein Eckhoff: *Retten og samfunnet*, Oslo 1976, p. 153.

Aristoteles. I eftertidens debat skelnes der sædvanligvis mellem *justitia commutativa* (eller *correctiva*) og *justitia distributiva*.⁹ Denne distinktion genfinder man endnu i norsk og svensk retsteori,¹⁰ thi det er jo denne eller en helt tilsvarende sontring, som Torstein Eckhoff (f. 1916) opererer med, når han i en afhandling om »Rett og rettfærdighet«¹¹ skelner mellem henholdsvis »utveksling eller fordeling av positive eller negative verdier«. Med »utveksling« sigter Eckhoff til »situationer hvor to aktører tildeler hverandre goder eller onder«, hvorimod der i »fordelingssituationer« optræder »en distributør som deler ut goder, byrder eller straffer til et antall mottagere«. ¹² Denne sontring forekommer mig at være af mindre interesse, når man ikke bekender sig til en dualistisk retsteori. Sagen stiller sig anderledes, dersom man 1) antager eksistensen af en ideel ret, som står over den positive ret, og hvorfra den sidstnævnte afleder sin gyldighed, og 2) på samme tid antager, at retfærdighed udgør gyldighedskriteriet. Men Eckhoff er, hvad noget sådant angår, af samme mening som alle andre »retspositivister«, idet han ingen tro nærer til, »at det finnes objektivt gyldige svar på hva som er mest rettfærdig«. ¹³ Men hvorfor så bidrage til at holde den gamle sontring i live?

Konkrete retfærdighedsforestillinger

Men selv om retfærdighedsforestillinger sjældent påberåbes i den juridiske debat, vil jeg ingenlunde hævde, at de slet ikke spiller nogen rolle. Hvad jeg hermed sigter til, kan jeg bedst illustrere med et eksempel:

I 1984 afsagde Højesteret en skelsættende dom,¹⁴ hvorved der tillagdes en kvinde et beløb på 200.000 kr., efter at hun havde forladt sin mand og dermed bragt et *papirløst* samliv til ophør. Det pågældende samliv havde varet i mere end 16 år, og under dets beståen havde kvinden født manden tre børn. Manden var fabrikant, hvorimod kvinden – i overensstemmelse med mandens ønske – næsten udelukkende havde været hjemmearbejdende. Denne rollefordeling resulterede i, at mandens formueforhold under samlivet udviklede sig yderst tilfredsstillende, således at hans skattepligtige formue ved samlivets ophør oversteg 1 mio. kr. (hans reelle formue antoges at være langt større), hvorimod kvinden var forblevet nøjagtig lige så uformuende, som hun havde været, da hun som 19-årig flyttede sammen med manden.

Om nogen formuedeling kunne der ved samlivets ophør ikke blive tale, da parterne jo netop ikke havde indgået ægteskab og således ikke havde etableret det formuefællesskab, der i Danmark er det gængse, hvorfor de *familieretlige* regler var uanvendelige. Lige så lidt var der mellem parterne etableret et egentligt sameje, for hvis opløsning de sædvanlige *formueretlige* regler gjaldt. Det ville derfor være nærlig-

9. Konrad Marc-Wogau: »Aristoteles' lära om den utjämnande rättvisan och vedergällningen«, *Kungl. humanistiska vetenskaps-samfundet i Uppsala Årsbok* 1948 p. 23 ff., især p. 24-26.

10. Se for svensk retsteoris vedkommende Stig Strömholm: *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 3. uppl., Stockholm 1988, p. 276.

11. *TfR* 1989 p. 1 ff.

12. Se også Torstein Eckhoff: *Rettskildelære* (2. utg., Oslo 1987) p. 317 ff.

13. Torstein Eckhoff i *TfR* 1989 p. 5.

14. *UfR* 1984 p. 166.

gende, om kvindens kompensationskrav var blevet afvist af Højesteret med den begrundelse, at det savnede enhver hjemmel.

Ved sagens pådømmelse i Højesteret deltog 9 dommere. 4 dommere ville frifinde manden med den begrundelse, at der savnedes lovhjemmel for at tage kvindens påstand til følge. Selv om mindretallet med fuld ret kunne anføre i sit votum, at det foreliggende problem – hvorvidt et langvarigt faktisk samliv i retlig henseende kunne sidestilles med et ægteskabeligt samliv – var et spørgsmål af en sådan betydning, at det burde afgøres af lovgivningsmagten og ikke af domstolene, kviede 5 dommere sig ved denne løsning. Flertallet fandt herefter den fornødne hjemmel i billigheds- eller forudsætningsbetragtninger, idet disse dommere påpegede, at kvindens indsats – til trods for, at hun ikke havde bidraget med indtægter hidrørende fra arbejde uden for hjemmet – havde været af væsentlig betydning for opbygningen og opretholdelsen af det fælles hjem. Under disse omstændigheder fandt flertallet, at kvinden havde været berettiget til at forudsætte, at hun ved samlivets ophævelse ikke kom til at stå praktisk talt uden midler, når manden havde kunnet oparbejde en så stor formue, som der her måtte antages at være tale om. (Hvorvidt manden på sin side havde kunnet påregne, at han ved *ikke* at indgå ægteskab med kvinden ved en eventuel opløsning af samlivet kunne beholde sin formue ubeskåret, tager disse dommere af gode grunde ikke stilling til!).

At denne dom bygger på en retfærdighedsbetragtning turde være indlysende. Men dette vedgås ikke åbenlyst af flertallet, hos hvem retfærdighedsbetragtningen

optræder forklædt som et *forudsætnings-synspunkt*. Derimod fremgår det udtrykkeligt af mindretallets begrundelse for det modsatte resultat, at efter disse dommers opfattelse afgiver hverken billigheds- eller forudsætningsbetragtninger den fornødne hjemmel for at tilkende kvinden noget som helst beløb ved samlivets ophævelse. Det er altså kun mindretallets ordvalg, der røber, at retfærdighedsbetragtninger har været inde i billedet, for efter almindelig sprogbrug betegner billighed den konkrete retfærdighed. Se hertil *Ordbog over det danske Sprog*, 2. bind, København 1920, sp. 663, der forklarer betydningen af det til substantivet »billighed« svarende adjektiv således: »stemmende med sund og naturlig retsopfattelse, med rimelighed og sund fornuft (under hensyntagen til de foreliggende omstændigheder)«.

Med fuld respekt for mindretallets principielle betæneligheder må man dog nære sympati for flertallets standpunkt, der lod det hensyn – at undgå, at den svagere part blev ladet i stikken – veje tungest ved sagens afgørelse. Selv om det må erkendes, at en dom efter sit indhold og egentlige formål er en afgørelse mellem processens parter, og at det indebærer principielle betæneligheder, når retten går herudover, er der tradition for, at domstolene – og da især Højesteret – også påtager sig et medansvar for retsudviklingen.

Bl.a. af hensyn til det penible spørgsmål om kompetencefordelingen mellem lovgivningsmagten og den dømmende magt er det imidlertid forståeligt, at dommere oftest holder en lav profil og ikke blæser i trompet, når de skaber ny ret. Den omtalte dom fik da også i en kommentar – hidrørende fra en dommer, som tilhørte majoriteten – de ord med på vejen, at man bør

mærke sig, at flertallets afgørelse er »en syntese af en række konkrete omstændigheder, der næppe i mange tilfælde vil foreligge på tilsvarende måde«. ¹⁵

Supplementum

At retfærdighedsbetragtninger – som hævdet gentagne gange i det foregående – blot er af underordnet betydning inden for juraen, er imidlertid en sandhed med modifikation. Sådanne betragtninger indtager nemlig en særegen plads inden for ganske enkelte juridiske discipliner. Jeg tænker her først og fremmest på strafferetten, hvor der er brug for både abstrakte og konkrete retfærdighedsbetragtninger.

Når anvendelse af straf – i modsætning til så mange andre samfundsmæssige foranstaltninger, f. eks. tvungen skolegang – kræver en begrundelse bl.a. ud fra *abstrakte* retfærdighedsbetragtninger, beror det på, at straf indebærer den bevidste tilføjelse af et onde eller en lidelse, normalt meget imod den domfældtes eget ønske. Oxford-filosoffen K.G. Armstrong har udtrykt denne tankegang således: »... punishment involves the deliberate infliction of pain, i.e. distress of some sort, normally against the wishes of the recipient, and this is something to which there is a *prima facie* moral objection, the overriding of which requires justification«. ¹⁶ Det er dette etiske problem, som der tages stilling til i de såkaldte straffeteorier.

En tidssvarende straffeteori må efter min opfattelse tage udgangspunkt i, at anvendelse af straf er en art social teknik med henblik på en hensigtsmæssig regulering af individernes adfærd. På et sådant realitetsbetonet grundlag må teorien opbygges, og

ved at inddrage kriminologiske forskningsresultater må den gøre rede for, hvorvidt straffen rent faktisk opfylder sit formål. Herudover må teorien tage stilling til, om anvendelsen af en sådan social teknik lader sig retfærdiggøre – og i bekræftende fald: i hvilket omfang. Kun den teori, hvori der er taget behørigt hensyn til såvel de empiriske som de etiske aspekter, vil opfylde de krav, man efter min mening med rimelighed kan stille til en moderne straffeteori.

Et område, hvor der er behov for *konkrete* retfærdighedsbetragtninger, udgør strafudmåling.

Som bekendt er strafudmåling en opgave, der stiller domstolene meget frit. ¹⁷ Strafudmålingen beror i mangt og meget på domstolenes vurderinger. Dette gælder således, når der skal udmåles straf for nye eller ikke hyppigt forekommende delikter. Og det gælder, når domstolene undertiden skifter kurs i bestemte typer af sager.

Især strafudmålinger, der radikalt afviger fra tidligere praksis, frembyder problemer. For en menneskealder siden, i 1958, vakte det således international opmærksomhed, at ni unge mænd, hvoraf seks kun var fyldt 17 år, ved kriminalretten i »Old Bailey« i London blev idømt 4 års fængsel for deltagelse i raceuroligheder (med voldsanvendelse over for farvede) i Notting Hill distriktet. Disse domme afveg radikalt fra tidligere praksis, hvor der i lignende forhold kun var blevet idømt fængselsstraffe af en varighed fra 6 uger til 3 måneder.

15. Sverre Mondrup i *UfR* 1984 B p. 295 f.

16. K.G. Armstrong: »The Retributivist Hits Back«, *Mind*, vol. LXX, 1961, p. 471 ff., (*ibid.* p. 473-474).

17. Jfr. Knud Waaben: *Strafferettens almindelige del*, København 1989, p. 319.

Med rette er det af Johs. Andenæs (f. 1912) blevet fremhævet, at afgørelserne var etisk problematiske. »Selv om dommeren handler innenfor lovens strafferammer, er dommen i realiteten ikke en anvendelse av tidligere etablerede normer, dommeren lager seg en lov for anledningen.«¹⁸

Selv om man nok så meget er overbevist om, at der ikke gives objektivt gyldige

retsprincipper, undgår man altså ikke at måtte beskæftige sig med retfærdighedsbegrebet, når man begiver sig ind på straffeteoriernes eller strafudmålingens gebet.¹⁹

18. *TfR* 1966 p. 46.

19. Jfr. Sv. Gram Jensen: »Retfærdighed, straf og strafudmåling«, *TfR* 1989 p. 640 ff.

Retfærdighed og juridisk seismologi

Af Ole Krarup

1. Utopien om det universelle retfærdighedsbegreb

De hovedspørgsmål jeg diskuterer i det følgende tager udgangspunkt i de metafysiske retfærdighedsforestillinger der har været rådende præcis ligeså længe som retsbegrebet. Det er – i det mindste i individ-centrerede samfund som særlig afspejles i europæisk kulturhistorie – et universelt træk at menneskene (som i den historiske efterforskning repræsenteres af skrivende folk, d.v.s. retsteoretikere og filosoffer) forestiller sig at der ved siden af eller over den positive ret svæver en legitimerende retfærdighedsidé der kan både forklare og korrigere den positive ret, som det beskrives nærmere nedenfor afsnit 2.

I den Skandinaviske realisme som (i hvert fald på papiret) har behersket dansk retstænkning gennem det meste af et halvt århundrede afvises tanken om et universelt, af alle accepteret retfærdighedsbegreb. I den konsekvente antimetafysiske afvisning af naturretten erklærer Alf Ross således at retfærdighed kun kan have mening som et formelt begreb: En korrekt anvendelse af den positive ret.¹ Hverken mere eller mindre. Hvad der ligger herudover er metafysik og som sådant videnskabeligt uinteressant.

På baggrund af gængs juridisk tænkemåde kan det være vanskeligt at vælge imellem accepten og forkastelsen af retfærdighedsbegrebet. På den ene side er retfærdighedsideologien indgroet i de fleste juristers forestillingsverden. På den anden side er den realistiske retsteoris afvisning af metafysikken i samsvar med en udbredt forestilling om retsvæsenet som *rationelt* og *dokumenterbart*. Hvad der ligger herudover er enten tomt eller postulerende/vilkårligt.

Hvordan kan denne modsigelse forklares?

Det følgende forklaringsforsøg bygger på at retfærdighedsbegrebet omtydes til at udgøre en *tankeform* hvori mennesker (jurister, politikere og lægfolk) formulerer forventninger og krav eller deres tro og tvivl (illusioner og frustrationer), og at århundreders selvmodsigelser, fejlslutninger og anden forvirring kan forklares med at denne tankeform forveksles med et *indholdsmæssigt* bestemt regelsystem eller kodeks til supplement eller korrektion af den positive ret.

1. Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (København 1953) side 356.

Indledningsvis diskuterer jeg retfærdighedsforestillingernes gennemslagskraft i europæisk teoriehistorie (nedenfor 2); i afsnit 3 vil jeg forsøge at forklare *hvorfor* ikke blot vore forfædre, men også nutidens højt oplyste mennesker (som forlængst har afsvoret metafysikken) tilsyneladende ligger under for forestillinger om en højere retfærdighed. Endelig vil jeg konfrontere disse iagttagelser med den dogmatiske jura og dens forskningsprogram. Derimod tillader pladsen ikke nogen nærmere demonstration af hvorledes jurister og lægfolk balancerer mellem retfærdighedsforestillinger og accept af den positive ret.

Jeg skal ikke gøre meget ud af spørgsmålet om hvorvidt der findes retsforestillinger der kan formuleres i et *universelt* retfærdighedsbegreb, dvs. en idé om retfærdighed i form af umistelige rettigheder der tilkommer alle, og desuden universelt i den forstand at et bestemt retfærdighedsindhold tiltrædes af alle. Jeg anser det på forhånd for givet at et sådant universelt retfærdighedsbegreb er rent tankespind. Selv om historien rummer adskillige tilbud, ligefra Platon til FN's Verdenserklæring, er det indlysende at alle de rettigheder der f.eks. i FN's Charter opregnes som »umistelige«, ikke respekteres og heller ikke officielt accepteres overalt. Retten til livet – som vel må anses for retfærdighedens fundamentale materialisering – accepteres ikke i det store antal retsforfatninger der anerkender dødsstraf som en legal straffemetode. Reaktionen mod dødsstraf og andre overgreb har ikke noget retsteoretisk, men et etisk og politisk grundlag.

2. Retfærdighedsbegrebets naturretlige basis

Det er nemt (og nærmest banalt) at påpege at europæisk juridisk tænkning og retsfilosofi gennemsyres af retfærdighedsforestillinger. At der bagved eller ovenover det til enhver tid gældende retssystem, »den positive ret« og som legitimering af denne findes en »guddommelig«, »naturlig«, »fornuftsbestemt« eller »videnskabelig« ret der kan korrigere eller ligefrem fortrænge den positive ret, er velbeskrevet i europæisk naturretshistorie. Fra denne historie, som ikke kan genfortælles her, fremdrager jeg tre sammenhængende hovedpointer, som er af særlig betydning i mine drøftelser.

For det første bygger *al* europæisk retstænkning – fra den præ-Aristoteliske retstænkning (Homer, Hesiod, Solon), stoikerne og katolsk retsfilosofi til de rationalistiske skoler og dette århundredes menneskerettighedsbølger – på den sikre antagelse at retten skal kunne *retfærdiggøres*. Den bagvedliggende antagelse er altså at der findes et sammenhængende retfærdighedsprincip som dels er den positive rets ud-spring, dels indgår i et (med forskellig nuancer beskrevet) vekselvirkningsforhold med den positive ret.

Den første pointe er med andre ord at retfærdighedsforestillingen er med *overalt* uanset retssystemernes forskellighed og uanset forestillingens forankring i henholdsvis naturfilosofiske, religiøse, fornuftspostulerende eller videnskabeligt legitimerende trossætninger. Metafysikken, det ubevislige postulat om en ikke verificerbar retfærdighed, hænger ved i alle former.

Naturretshistoriens anden hovedpointe angår retfærdighedsbegrebets kamæleonagtige indhold. Som Ross skriver² viser erfaringen »at de doktriner man har ment at kunne hente fra disse kilder så langt fra at være evige og uforanderlige har vekslet med tid, sted og person. I naturretens noble klædebon har man i tidens løb, forsvaret eller kæmpet for alle tænkelige krav, øjensynlig affødt af en bestemt livssituation og bestemt af økonomiske og politiske klasseinteresser, tidens kulturelle overleveringer og fordomme, dens aspirationer – kort sagt alt det, der indgår i det, man plejer at kalde en ideologi. – Byder naturen, at mennesker skal være lige som brødre, eller er dens lov, at den stærke skal herske over den svage, og at derfor slaveri og klasseforskel hører til Guds mening med tilværelsen? Begge dele er blevet hævdet med samme styrke og samme »ret«.«

I god overensstemmelse med materialistisk retsopfattelse peger Ross på de skiftende retfærdighedsbegrebets magtlegitimerende funktion; det er således karakteristisk at lighedsideologien blev hævdet af såvel sofisterne i det 5. århundrede f.v.t. som af Rousseau i det 18. århundrede, i begge tilfælde som udtryk for en classes politiske aspirationer (samme-steds). Og i fortsættelse heraf betones det³ at »en naturret der oprindeligt var revolutionær vil, efter at de samfundsklasser hvis interesser den forfægtede har vundet sejr, efter sagens natur blive konservativ.«

Den anden pointe følger kort sagt Marx's ideologiforståelse: De herskende tanker er de herskendes tanker, d.v.s: De til enhver tid dominerende retfærdighedsforestillinger er *projektioner* af de

nuværende eller kommende magthaveres politiske-økonomiske interesser.

Den tredje pointe – egentlig blot en særlig uddybning af den første – er at den metafysiske retfærdighedsafhængighed ikke blot gør sig gældende blandt erklærede naturretsfilosoffer, men også hos positiver og utilitarister, såsom Comte, Bentham, Stuart Mill og Spencer – som alle, med Ross' ord,⁴ er eksempler på at en »metafysisk naturret og apriorisk retfærdighedsideologi florerede videre i det 19. århundrede, formummet i teorier der anså sig selv for naturretsfjendske og i visse tilfælde bekendte sig til en videnskabelig empirisme«. Ja, selv hos den ivrigste krypto-naturrets modstander, Uppsala-skolens store antimetafysiker, Alf Ross selv, øjner man spor af en overordnet, ikke nærmere forklaret retfærdighedsforestilling, således når han⁵ giver følgende beskrivelse af retsudøvelsen:

»Dommeren vil så vidt muligt forstå og fortolke loven i lys af sin materielle retsbevidsthed, således at han kan acceptere sin afgørelse ikke blot som »korrekt«, men også som »retfærdig« eller »samfundsmæssig«. Dersom spændingen mellem formel og materiel retsbevidsthed overstiger en vis grænse, vil dommeren endog sætte sig udover hvad en konstaterende lovfortolkning fører til. Hans konstruktive fortolkning er i såfald ikke blot en præcisering, men en korrektion af det resultat en ren konstaterende fortolkning af loven fører til.

2. Op. cit. side 341.

3. Op. cit. side 346.

4. Op. cit. side 336.

5. Op. cit. side 162.

Når dommeren i de fleste tilfælde bliver stående ved en afgørelse inden for den konstaterende lovforklørnings spillerum, er dette udtryk for, at hans retsbevidsthed har kunnet godkende afgørelsen, eller i hvert fald ikke fundet den i så høj grad stridende mod det »retfærdige« eller socialt ønskelige, at han har fundet det påkrævet at søge udvej til at frigøre sig fra lovens bånd. Dersom dommeren havde fundet afgørelsen uacceptabel udfra sin retsbevidstheds moralsk-retlig-politiske postulater, ville han også gennem en passende argumentation have kunnet finde udvej for en anden og bedre løsning«.

Selve erkendelsen og accepten af at retsudøveren nærer forskellige, ikke nærmere definerede retfærdighedsforestillinger, der udmønter sig i en »materiel retsbevidsthed« – der ikke afledes af, men tværtimod kan være i modstrid med den positive ret – er et særdeles veltalende vidnesbyrd om at retfærdighedsforestillingen er på det nærmeste uafrystelig. Den trænger ind overalt, i antimetafysikernes tilfælde nærmest ad bagdøren. Jeg har her – naturligt nok – nævnt Alf Ross som eksempel. Selv nævner han (jf. ovenfor) en række andre eksempler på at erklærede positivister er tilsvarende afhængige af naturretlige forestillinger om et overordnet retfærdighedsprincip. Og mig bekendt findes der ikke et eneste eksempel i europæisk teorihistorie på retsteorier der ved nærmere eftersyn viser sig at være totalt rensat for metafysik.

Denne undtagelsesfri (omend modstræbende og uerkendte) bekendelse til metafysikken lægger op til følgende spørgsmål:

3. Er naturretten naturlig?

Det er en populær antagelse at:

»Medens det videnskabelige livssyn vel har sejret med hensyn til opfattelsen af naturen, stikker vi derimod, hvad angår spørgsmål om samfund, moral og ret, endnu dybt i en uovervunden infantilisme.«⁶

Skal vi virkelig afskrive samtlige den europæiske histories bedste tænkere som »infantile«?

Selve den omstændighed at naturretlige retfærdighedsforestillinger synes på det nærmeste uudrydelige i europæisk idéhistorie, jf. ovenfor 2, gør det nærliggende at søge en forklaring, som på den ene side ikke forudsætter at 2-3.000 års tænkere alle over én kam skulle kunne afskrives, og som på den anden side ikke kompromitterer kravene til videnskabelig verifikation, i særdeleshed argumentation på metafysisk plan.

Først en korrektion af den citerede erklæring om den naturvidenskabelige positivisme: At det »videnskabelige livssyn« skulle have sejret med hensyn til opfattelsen af naturen, som mange forestiller sig, og som f.eks. Alf Ross har sat ord til, jf. ovenfor, er en sandhed med modifikationer. Siden Kurt Gödels berømte teorem der blev offentliggjort i 1931, er det blevet mere og mere åbenbart, inden for såvel matematik som biologi og kvantemekanik – trods positivistiske videnskabsidealer – at selv naturvidenskaben i sidste ende har

6. Op. cit. side 311.

en metafysisk forankring,⁷ altså standser ved et grundpostulat om menneskets muligheder/begrænsninger m.h.t. at erkende og tolke omverdenen. Videnskaben (dvs. den iagttagende og analyserende menneskehed) *selv* – dens sprog og bevidsthedsformer, dens begreber og metode – definerer den »virkelighed« der forestilles som videnskabens – uafhængige – objekt.

Fra denne naturvidenskabelige endestation er der ikke langt til at antage at menneskers retfærdighedsforestillinger har sammenhæng med grundstrukturer i selve vores erkendelseevne (inklusive evnen til selverkendelse). Denne antagelse fremføres blandt andet af den svenske forfatter P.C. Jersild.⁸ Jersild går ud fra at al intellektuel virksomhed, altså »videnskab«, dybest set drejer sig om at udforske mennesker og deres omverden med den aspiration at *få verden til at hænge sammen*. Men måske, skriver Jersild, kan denne bestræbelse forklares som udtryk for en slags tvangstanke i den menneskelige hjerne. Sandsynligvis er en sådan forestilling om orden og mening uundværlig for at mennesker kan leve et sammenhængende liv uden at blive aldeles forvirrede.⁹

Naturligvis udtrykkes sammenhængsforestillingen forskelligt i forskellige kulturelle rammer, i forskellige videnskabsgrene og til forskellige tider og med så forskellige sprog og koder at ingen i dag har overblik over dem alle. Men ikke desmindre er sammenhængspostulatet den fælles strukturelle ramme: Hvad enten fysikeren med sine måleapparater, biologen med sine mikroorganismer og eksperimenter, humanisten med sine tekster og tegn eller samfundsforskeren med tal, statistikker og skemaer, udforsker det ene eller det andet hjørne af virkeligheden,

sker det med den ambition at skaffe struktureret viden, dvs. netop konstatere *sammenhænge*. Videnskaben står og falder med at der findes – i det mindste nogle – basale sammenhænge i den verden der er videnskabens objekt. Postulatet om sammenhæng er den motor der har drevet de videnskabelige ambitioner med usvækket kraft fra Arkimedes' dage til vore dages kvantefysik og kaosteorier.

Sammenhængspostulatet som erkendelsesramme er nøglen til forståelse af retfærdighedsbegrebet: Overalt hvor menneskelige mellemværender – som i et par tusinde års europæisk retshistorie – defineres som subjekt-objekt relationer (retsforhold), er enhver »retsvidenskab«s (og moralfilosofi's) – udtalte eller udtalte – sammenhængsforestilling netop en idé om retfærdighed. »Retfærdighed« er et postulat om en overordnet (ideel) sammenhæng i retssystemet.

Efter denne forståelse er retfærdighed et (*social*)-*psykologisk begreb*. »Retfærdighed« indeholder altså intet om den ydre virkelighed, kun om menneskers opfattelse eller programmering af denne virkelighed.

7. Jf. Tor Nørretranders, *Det Udelelige* (København 1985), særlig side 207 ff. Hovedpunktet i Gödels teorem (som senere er uddybet af andre matematikere) er at en matematisk teori ikke på en gang kan være modsigelsesfri og fuldstændig.
8. P.C. Jersild, *Humpty-Dumpty's fall*, Stockholm 1990, dansk udgave samme år.
9. Denne antagelse støttes ifølge Jersild af moderne drømmeforskning (Harvard-forskerne McCarley og Hobson) der har konkluderet at »hjernen er i den grad indstillet på at finde sammenhænge at den producerer drømme på grundlag af helt tilfældige signaler«. Hvis dette gælder den sovende hjerne, må den vågne så meget desmere være indstillet på at producere mening af det tilfældige og usammenhængende, skriver Jersild.

Tydningen forklarer at årtusinders naturretstænkning ikke er udtryk for »infantilisme«; naturetten afspejler simpelthen en realitet, ikke nødvendigvis i den sociale virkelighed, men i vores forestillingsverden.

Alternativet til det »metafysiske« postulat om at mennesker – jurister såvel som lægfolk – hver og en opfatter retssystem og (egne) retsforhold i en sammenhæng der udtrykkes i retfærdighedsforestillinger er en afskrivning af begrebet retsbevidsthed. I så fald er »retfærdighed«, som antimetafysikerne hævder det (men, som nævnt ikke konkret fastholder, jf. 2), ene og alene den korrekte anvendelse af gældende ret. Som tidligere nævnt, er jeg aldrig stødt på nogen retsteoretiker, og for den sags skyld noget andet medmenneske, der i ord og gerning udelukkende henholder sig til dette positivistiske retfærdighedsbegreb. Man affinder sig ikke med at ret blot er den vold der er blevet vane. Retfærdighedsbegrebet kan, som Sven Clausen skriver, tydes som et fænomen »i æt med et lang rad forekomster i sindet, hvis kerne er en forældreløs følelse af fortabthed, dersom mennesket må medgive at magt er ret og ret er magt og andet er der ikke«. ¹⁰

Tydningen af retfærdighedsbegrebet som (uforarbejdet) erkendelsesramme frembyder således en plausibel forklaring på naturretlige fænomeners uafrystelighed, jf. ovenfor 2. Der er ikke længere grund til at diskutere postulatet om »universel retfærdighed«. Det eneste universelle er netop *et anlæg for at strukturere* den sociale omverden (og egen plads heri) i retfærdighedsbaner; en slags åben retfærdighedskode, hvis indhold varierer. Spørgsmålet om variationsrytmen er der givet (forsøgs-

vis) svar på i marxistisk eller marxistisk inspireret tænkning, jf. ovenfor 2.

Hvis anlægget for at tænke i retfærdighedsbaner har en social-psykologisk forankring, betyder dette at hvert menneske principielt har individuelle retfærdighedsbegreber, hvilket er særlig iøjnefaldende når retfærdighed defineres i forhold til ens egen verden. Når det enkelte menneskes interesser går for nær, udløses der forskellige former for (fysisk) forsvar. Men forsvarshandlinger i forhold til integriteten udløses af det psykologiske, følelsesmæssige forsvar der på det indre plan giver sig udslag i *forurettelse*. Det er troligt at retfærdighedskoderne – individual-psykologisk set – virker som en art social selvopholdelsesdrift. Den menneskelige retfærdighedskode er med andre ord en bestanddel af det sociale immunforsvar der har et individuelt psykofysisk fundament og udstyr. Arbejderklassen ønsker »brød og retfærdighed«, sagde Laurits V. Birck under folketingets forhandlinger i 1910 om det skelsættende lovforslag om Arbejdsretten (Den faste Voldgiftsret) der for første gang i dansk retshistorie introducerede den organiserede arbejderklasse i den retlige sfære. Og retfærdighedsforestillinger kan »tjene som midler til at beskytte selvagtelsen«, skriver Eckhoff. ¹¹

Man kan hævde at en af retsvæsenets hovedfunktioner kan forstås som en bestræbelse på at institutionalisere og synkronisere de individuelle retfærdighedsforestillinger. I den klassiske historicisme blev det tillagt afgørende betydning at den

10. Sven Clausen, *Essays om Naturet* (1954), side 12.

11. Torstein Eckhoff, *Retfærdighet* (Oslo 1971), side 88.

positive lovgivning ikke greb ind og forstyrrede samfundets »indre kræfter«,¹² og retsinstitutionernes troskonsoliderende og ideologiskabende funktion kan fremhæves som udtryk for samme indsigt.¹³

Der består altså et både vekselvirknings- og spændingsforhold mellem retfærdighedsforestillinger og positiv ret: Den positive ret kan støde an mod stærke retfærdighedsforestillinger; og omvendt påvirkes disse forestillinger til en vis grad af selve den positive rets eget indhold.

Det nærmere studium af dette komplicerede samspil forudsætter

4. En juridisk seismologi

Seismologi er videnskaben om overfladerystelser fremkaldt af spændinger under jordoverfladen. Dette er en problematisk videnskabsgren. Studiet af overfladefænomener har den fordel at disse fænomener kan iagttages af alle, og gennem tiden er der udviklet nogenlunde alment accepterede metoder til gennemførelse af disse studier, som på elementært plan overvejen- de indskrænker sig til *beskrivelser*.

Anderledes med hensyn til seismologien. Vor viden om forekomst, for slet ikke at tale om årsager og bredere kausalitetsforløb er sparsom, og dette er en hovedforklaring på at seismologiens metodiske grundspørgsmål langt fra er afklaret. En anden grund er at rettens metafysiske forankring er uerkendt. I den herskende juridiske selvforståelse er »jura« ensbetydende med retsdogmatik. Den positive ret udfylder stort set hele det juridiske verdenskort. Der anerkendes principielt ingen grænser for dogmatikkens formåen. Ideen om retsvæsen og jura som »social

engineering«¹⁴ lever – omend uudtalt – i bedste velgående.

Der er et ejendommeligt misforhold mellem juraens fokusering på retlig regulering – og den heri indbyggede professionelle blindhed over for spændingerne under overfladen, altså seismologien – og på den anden side disse underjordiske forestillingers gennemslagskraft i forhold til positiv regulering.

Fokuseringen på regelværket og tyrker- troen på at en »retliggørelse« af sociale relationer i sig selv er en kvalitet kan muligvis forklares som udtryk for jurist- standens forsøg på at fastholde de positioner som den borgerlige stat, markedsko- nomien og den økonomiske liberalisme skabte i løbet af forrige århundrede.

Men retlig regulering bevæger ikke samfundet i nævneværdig grad. De blivende og varige retsinstitutioner i de borgerlige samfund, de regelsystemer der »virker« er netop dem der bygger på ædruelige seismologiske målinger og sætter paragrafer til en registreret samfundsudvikling.

Hvis der omvendt er uoverensstemmelser mellem den positive lov og dominerende retfærdighedsforestillinger, falder det dogmatiske gyldighedsbegreb til jorden. Gyldighedskriterierne er i den dogmatiske forestillingsverden løsrevet fra den sam-

12. Jf. F. C. von Savigny, *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, bind I 1815, side 1 ff. og A.S. Ørsted, *Håndbog over den Danske og Norske Lovkyndighed I* (1822) side 90-91.

13. Jf. Alf Ross, *Retlige Fiktioner*, i *Sanning, Dikt og Tro*, festskrift til Ingemar Hedenius (Stockholm 1968), side 268. Og Ole Krarup *Den juridiske virksomhed* 1987, kapitel III.

14. Jf. navnlig Harold D. Lasswell, *The Analysis of Political Behaviour* 1947, side 21 f.

fundsmæssige virkelighed. I den dogmatiske jura forklares grundbegrebet: Retsakters gyldighed med selvdefinerende, dogmatik-interne – og dermed cirkulære – begreber. Der er nuanceforskelle mellem de forskellige juridiske forfattere; så længe juraen har eksisteret har der bestået en spænding mellem håndfast positivisme og friretlige tendenser – og til en vis grad korresponderende hermed mellem retninger der opfatter sig selv som registrerende (den deskriptive retskildelære) og normative. Normativister er mindre tilbøjelige til at anvende gyldighedskriterier der refererer til retsmyndighedernes (forventede) adfærd; i stedet finder man gyldighedskriteriet i den pågældende retsakts overensstemmelse med faglig juridisk tradition og udvikling, altså tilslutning fra den dominerende juriststand.¹⁵

Uanset nuanceforskelle er det centrale i al dogmatisk (selv)forståelse at den positive regulering – og dogmatikken selv – overordnes den samfundsmæssige virkelighed, der defineres af samfundsmedlemmernes/klassernes retfærdighedsforestillinger – som følgelig ignoreres. Men disse forestillings gennemslagskraft kan indimellem være voldsom og direkte. Jeg nøjes med et enkelt illustrerende eksempel:

I 1979 vedtog folkettingen en regel som skulle forhindre at arbejdsgiverne sendte arbejdsstyrken på ferie på arbejdsløsheds-kassens regning. Fremover skulle arbejdsgiverne refundere arbejdsløshedsdagpengene, (medmindre en lukning mellem jul og nytår og i lignende perioder var fremtvunget af materiale-mangel eller lignende). Efter den første jul-nytårsperiode begyndte arbejdsløsheds-kasserne at sende regninger til arbejdsgiverne. Men arbejdsgiverne ville ikke acceptere reglen. De ankede af-

gørelsen eller lod være med at betale, så en inkassosag blev nødvendig. Sagerne hobe sig op i tusindevis hos myndighederne. Omkring påske var der en ny periode af samme art. Det fordoblede bunken. Efter mindre end et år gav arbejdsministeren op og fik folkettingen til at ophæve reglen – med tilbagevirkende kraft. Inkassosagerne blev opgivet og indkrævede beløb tilbagebetalt.¹⁶

Altså en illustration af den klassiske regel: I tilfælde af uoverensstemmelse mellem kort og terræn, anbefales det at følge terrænet.

Juridisk seismologi er ikke nogen anerkendt bestanddel af juridisk virksomhed. Traditionel juridisk visdom siger at studiet af overfladefænomenerne – altså dogmatikken – er tilstrækkelig. Denne dogmatik kan man så kalde »blød«, »ny« eller »mo-

15. Jf. f.eks. Kirsten Ketscher, *Offentlig børne-pasning i retlig belysning* (København 1990), side 81. Og fra ældre litteratur Knud Illum, *Lov og ret* (1945), side 53.

16. Administrationsdepartementet: Redegørelse om arbejdsløshedsforsikringens administration, København 1971-73 ff, citeret efter Mogens Moe, *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 1986, side 271.

derne«,¹⁷ men den er og forbliver begrænset til jordoverfladen.

I tilsvarende omfang er juristverdenen ude af stand til at registrere, endsigse forstå de jævnlig indtrædende jordskælv.

17. Jf. Kirsten Ketscher op. cit. side 78, der forklarer »nynormativisme« eller »moderne dogmatik« på følgende måde: »Udtrykket moderne anvender jeg i meningen, at der må ske en løbende udvikling af normative forestillinger i takt med den samfundsmæssige udvikling og dermed de retsområder, der skal beskrives og analyseres«. Dette afspejler selvsagt *al* dogmatiks selvforståelse.

Den »bløde jura« forklares af H. Zahle, indlæg i *Rätts-Dogmatikkens Alternativ*, side 239, med følgende: »Pointen kan bestå i at tage en bestemmelse på ordet og fastholde den orddækkede regel som den gældende ...; men pointen kan i stedet være den modsatte, at indsnævre den orddækkede beskyttelse ...«. »Hvad der er fremstillet som en hovedregel med få undtagelser, kan omskrives, således at undtagelsen bliver hovedreglen« ... »Argumentationen kan føre til styrkelse af den socialstatslige menneskerettighedsbeskyttelse ..., men kan også have en retsstatslig karakter ...«. Denne – absolut u-ironiske – beskrivelse af den juridiske atletik passer på *al* dogmatisk virksomhed.

På sporet af pragmatismen i dansk retspleje¹

Af Lars Adam Rehof

I. Pragmatismen

I.1. Den danske retstradition og international integration

Den danske retstradition konfronteres i øget omfang med dynamiske fortolkningsprincipper og en vilje – navnlig fra de internationale domstoles side – til at realisere ånden og hensigten bag traktatretlige bestemmelser, undertiden også ud over ordlyden af de tilgrundliggende bestemmelser.² Med en dualistisk inspireret statsretsordning som den danske vil der til stadighed opstå spændinger i forhold til politisk betydningsfulde traktatfællesskaber, der ofte af de kompetente internationale judicielle organer vil blive underkastet en dynamisk fortolkning.

Åbningen af det danske retssystem mod den internationale retsudvikling på alle områder af samfundslivet er kun begyndt, og der er ingen grund til at antage, at denne påvirkning ikke bliver mere mærkbar. Den vil ikke blot som nu påvirke lovgivers kompetence, men vil også i stigende grad komme til at påvirke den måde, hvorpå danske jurister tænker og arbejder med danske regler.

Det er ikke ualmindeligt, at der fra forskellig side tages afstand fra, at centrale nationale retsområder (f.eks. arbejdsmar-

kedsregulering, straffeprocessordenen etc.) normeres af traktatretlige forpligtelser, bl.a. fordi man anser den nationale (danske) fremgangsmåde for bedre/mere avanceret end den internationale ordning.³ Ud over at den danske Grl § 19 er udtryk for en streng dualistisk holdning til folkeretlige forpligtelser, skyldes den (fortrinsvis politisk begrundede) modvilje, som mange nærer mod internationalretlig fastlæggelse af den danske retstilstand formentlig den stærkt polariserende holdning i befolkningen til det danske EF-medlemskab før og efter 1972.

1. Artiklen er en bearbejdet version af et foredrag holdt under titlen »Arven efter Ross« i Juridisk Forening den 25. februar 1991.
2. Se om EF-domstolen Hjalte Rasmussen *On law and policy*, Dordrecht 1986, og om den europæiske menneskeretsdomstol Lars Adam Rehof & Tyge Trier *Menneskeret*, Kbh. 1990, s. 118f. En dynamisk fortolkning vil ofte kunne være folkeretsmæssig, jf. Wienertraktatretskonventionens art. 31. Se om forholdet til dansk ret Bent Christensen i U1990B.73, især s. 80ff.
3. I den forbindelse må det til stadighed erindres, at megen folkeretlig og til dels EF-retlig regulering har karakter af minimumsstandarder. Nationalstaten kan selvstændigt fastsætte et højere beskyttelsesniveau. Ofte vil der dog være uenighed om, hvorvidt en national standard faktisk er på et højere niveau end fordret af internationale regler.

Det synes som om de politiske synspunkter, som udvikledes i forbindelse med beslutningen om tiltrædelse af De europæiske fællesskaber overføres til andre traktatfællesskaber, uanset at de faktiske omstændigheder ikke er ens. I den forbindelse er det ikke ganske ligegyldigt, hvorledes dansk kritik af udenlandske dynamiske domsafgørelser, der er bindende for Danmark, udformes. Der må sondres mellem to forskellige standpunkter med vidt forskellige konsekvenser. Dels det standpunkt, som bygger på en accept af international judiciel kontrol med hensyn til fundamentale rettigheder, men som indebærer, at den internationale retstilstand bør søges ændret på de punkter, hvor retstilstanden skaber u hensigtsmæssige resultater ved detailreguleringen i national ret. Dels det standpunkt, som indebærer, at international judiciel kontrol med den nationale retstilstand helt eller delvis bør afvises. Det sidste synspunkt vil i sin konsekvens eksempelvis indebære et opgør med de sidste årtiers landvindinger på menneskeretsområdet, hvor netop dynamisk international kontrol er en altafgørende forudsætning for sikringen af borgernes rettigheder.

I.2. Pragmatismen

En del af denne afstandtagen suppleres af en modvilje mod dynamiske fortolkninger og hensyntagen til »ånden« i nationale bestemmelser, navnlig grundlovsbestemmelser og dele af den følgelovgivning, som kan siges at udfylde grundlovens garantier (især retsplejeloven). Fra flere sider er den danske retstradition blevet betegnet som »pragmatisk«. Nogle anser det for et fortrin ved den danske tradition, andre fokuserer mere på de negative aspekter.

Man kan måske tale om to betydninger af pragmatisme. Én betydning synes at være, at den judicielle eller administrative beslutningsproces ses som målrettet og resultatorienteret og skal lede frem mod hensigtsmæssige afgørelser, som kan siges at være udtryk for en varetagelse af »ånden« bag eller formålet med bestemmelserne, uanset at det undertiden kan blive nødvendigt at modificere uheldigt formulerede bestemmelser eller skære igennem i ulovregulerede situationer. Denne form

for pragmatisme kunne kaldes »principrettet pragmatisme«. Der tales også om en anden form for eller betydning af pragmatisme, der indebærer konkrete løsninger i enkeltsager på trods af, at sagsindholdet lægger op til en principiel stillingtagen, som i stedet løses på kasuistisk vis, og undertiden med den faktiske bivirkning, at fundamentale retsprincipper trædes under fode. Denne form for pragmatisme kunne kaldes »kasuistisk pragmatisme«. Hvorvidt virkningerne af disse to fremgangsmåder skal klassificeres som gavnlige, skadelige eller neutrale er naturligvis i ikke ringe omfang afhængig af den enkelte observatørs egne præmisser og vurderinger. En mere objektiviseret vurdering kan dog anlægges på grundlag af gængse principper for forfatningsfortolkning m.v. Anvendelse af ulovligt tilvejebragte bevismidler betragtes som legalt af nogle, medens andre finder, at en sådan pragmatisme ikke virker motiverende på den udøvende magt. Det er vigtigt at holde de to betydningsnuancer ude fra hinanden. Den fra engelsk tankegang overtagne understregning af vigtigheden af »common sense« betragtninger bestrides ikke her. I et hvilket som helst retssystem skal der være mulighed for at undgå retlige resultater, som åbenbart strider mod almindelig fornuft. Dermed kan et pragmatisk træk i retstraditionen meget vel være udtryk for et værdifuldt supplement og korrektiv til traditionelle retsstatstankegange. Der opstår imidlertid problemer, når pragmatismen søges anvendt på retsområder af grundrettigheds-relevans. Kravet til holdbarheden af begrundelserne stiger, hvis man ønsker at betræde denne vej. Ligeledes bliver det vigtigt at udstikke en generel kurs, idet vejen ellers er åbnet for en kasuistisk domsstil, der i sig selv kan udarte til et retssikkerhedsmæssigt problem. Dette kan sammenfattes i et krav om, at den pragmatisk rigtige afgørelse bør hvile på en god og generelt holdbar begrundelse, der er egnet til at tjene som princip for afgørelse af senere lignende sager.

Den positive vurdering af den pragmatiske fremgangsmåde er muligvis årsagen til, at argumentation for at gennemføre (eller blot konsekvent respektere) bestemte principper i danske retspleje, undertiden mødes med en beskyldning for formalisme. Det er vel igen, fordi der er to forskellige betydninger af »formalisme«, som blandes eller søges blandet sammen under en overskrift. Dels

den variant, hvor givne fundamentale principper søges fastholdt på tværs af en række konkrete sager. Dels den variant, hvor man af ydre formelle grunde holder fast i nogle regler til skade for afgørelsen af den konkrete sag.⁴

De følgende bemærkninger knytter sig til den form for pragmatisme, som synes dominerende i dansk retspleje, nemlig den kasuistiske pragmatisme. Roden til denne udvikling skal formentlig søges i mange og komplekse forhold, hvoraf kunne nogle få kan berøres her. Vægten vil blive lagt på en gennemgang af domstolenes forhold til retsskabende virksomhed, navnlig i henseende til fastlæggelsen af den enkelte borgers retsposition. De virkninger af den pragmatisk arbejdsform, der muligvis kan påpeges, har navnlig indfundet sig i skæringspunktet mellem stat og borger. De har indfundet sig i grundlovsfortolkningen og i den praktiske implementering af grundloven, bl.a. i den straffeprocessuelle regulering.⁵

Først opridses nogle af de historiske forudsætninger for den pragmatisk arbejdsform, herunder embedsmandstraditionen i den danske dommerstand (afsnit II). Dernæst søges udtrykket »dommerskabet ret« indkredset og det understreges, at dommerskabet ret kan ytre sig i både udbygning og indskrænkning af borgernes retspositioner (afsnit III). En væsentlig medvirkende faktor i pragmatismens vækst synes at være kombinationen af en embedsmandstradition i domstolene og fraværet af en indholdsmæssig (materiel) bestemmelse af borgernes grundlovmæssige retspositioner i Alf Ross' statsretlige tænkning (afsnit IV), hvilket øger risikoen for en kasuistisk-pragmatisk retspleje, og en hermed forbundet manglende interesse for at gøre mindretalsbeskyttelse til en del af demokratidefinitionen (afsnit V). Det søges demonstreret, at udmøntningen af den kasuistisk-pragmatisk fremgangsmåde i retspraksis fører til væsentlige skadevirkninger for borgerens retsposition i sager af grundlovmæssig relevans, hvor statslige interesser er på spil (afsnit VI).

II. Den pragmatisk tradition og embedsmandsånden

Spørgsmålet er, om de første skridt til den kasuistisk-pragmatisk tradition blev taget allerede i forrige århundrede, udvikledes i første halvdel af dette århundrede for at blive fortsat efter den 2. verdenskrig. Politikeren, embeds- og retsvidenskabsmanden A.S. Ørsted kan muligvis ses som en af de facto ophavsmændene til den danske pragmatisk tradition. På den ene side hævdede Ørsted loven som den højeste retskilde, på den anden side fremhævede han nødvendigheden af – i fortolkningen og ved formuleringen af selve lovgivningen – at overlade et vidt skøn til dommerne.⁶ Ørsteds forfatterskab var i vidt

4. International regulering af nationale retsområder vil undertiden bevirke – til dels uløselige – spændinger mellem dels hensynet til at sikre og hæve en fælles international mindstestandard, dels hensynet til at finde en konkret tilfredsstillende løsning i national ret, jf. eksempelvis Eva Smiths indlæg under 32. nordiske juristmøde i Reykjavik 1990, Forhandlingerne, Del 1, s. 11ff., Se for en kritik af menneskeretsdomstolens dynamiske fortolkningsstil hhv. Brydenscholt i DJØF-Bladet 1988, nr. 5, s. 40ff, især s. 42 og Eva Smith i DJØF-Bladet 1991, nr. 7, s. 10f. Smlgn. Lars Adam Rehof & Tyge Trier, *Menneskeret*, Kbh. 1990, s. 95f.
5. Også forvaltningsrettens tendens til at anlægge en modificeret generel væsentlighedsvurdering kan ses som et udslag af pragmatismen.
6. Se nærmere herom Ditlev Tamm i Fra »Lovkyndighed« til »Retsvidenskab«, Kbh. 1976, s. 367ff., der s. 369, note 73, citerer Ørsted for følgende udtalelse vedrørende dommerskabet ret: dommerne bør »hverken hænge dem i det sjæleløse Bogstav, eller vove dem til at gaee efter Lovens Aand, men de bør rette dem efter dens Mening«. Udtalelsen er til dels meningsløs, omend der er tale om en klar advarsel mod at forfølge det principielle formål med bestemmelsen ud over en for-

omfang præget af hans interesse for især privatretlige problemstillinger.⁷ Heri ligger muligvis forklaringen på, at Ørsted betone- de nødvendigheden af og det gode i dom- merskønnet og det legitime i anvendelsen af henvisninger til forholdets natur, hvilket kan ses som en mulig med-årsag til prag- matismens vækst i den danske retspleje.⁸

Til forståelsen af Ørsteds synspunkter og den senere udvikling hører også det historiske forhold, at der ikke bestod nogen klar adskillelse mellem dommerstanden og embedsstanden før 1849- grundloven og at en formel (men ikke nødvendig- vis fuldt ud reel) adskillelse først gennemførtes med vedtagelsen af retsplejeloven i 1919, bl.a. på grundlag af proceskommissionens udkast fra 1899 om domsmagtens ordning. Det kan næppe ganske afvises, at den embedsmandstradition, der – i modsætning til især den anglo-amerikanske tradi- tion – udgjorde grundlaget for den danske dom- merstand, fortsat har betydelige mentalitetsmæssige, social-psykologiske og muligvis retspleje- mæssige virkninger helt op til vore dage. Det er også mere almindeligt at betone Højesterets ubrud- te eksistens fra enevælden, end at fejre domstole- nes formelle frigørelse fra den udøvende og vel principielt også den lovgivende magt. Den fortsat forholdsvis ensidige rekruttering af danske dom- mere blandt embedsmænd/kvinder medvirker muligvis til en bevarelse af embedsmandsånden i det danske retsvæsen. En ændring af retsplejeloven, hvorefter ingen kan udnævnes til dommer, før vedkommende har virket som praktiserende advo- kat i tre år, og oprettelsen af en retssikkerhedsaf- deling i Justitsministeriet kunne muligvis forbedre forholdene.

Højesterets domme i de såkaldte lensaf- løsningsager (U1921.148 og 153), som omstødte Østre Landsrets forholdsvis udførligt begrundede tilsidesættelse af lov nr. 563 af 4. oktober 1919 som grundlovs- stridig, udgør formentlig en væsentlig del af pragmatismens arvegods. Højesterets ar- gumentation er ganske kortfattet; indgre- bene er »meget byrdefulde« og virker reelt »som en Tvang« og er dermed vel omfattet af grundlovsbestemmelsen (U1921.152),

men indgrebet ligger inden for lov- givningsmagtens grundlovmæssige frie skøn. I grundbyrdeafløsningssagen (U1921.168), der stadfæstede en Østre Landsrets dom, udtaltes, at lov nr. 505 af 28. september 1918 ikke kunne tilsidesæt- tes som grundlovsstridig. I fæsteaflø- sningsagen (U1921.644) opretholdt Høje- steret Østre Landsrets dom, idet »efter Alt, hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulle kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridi- ge« fandtes grundlag for en tilsidesættelse af loven.⁹ Her er tale om særdeles prin- cipielle (overvejende konkret og ordknapt formulerede) afgørelser, som i praksis lag-

holdsvis ordret fortolkning. For Ørsted spille- de begrebet »forholdets natur«, især i be- tydningen retsforholdets natur, en afgørende rolle, jf. Ditlev Tamm a.st. s. 410ff., hvilket i praksis begrunder en kasuistisk, pragmatisk domsstil. Som et historisk bi-fænomen, men næppe ganske uden betydning i den fore- liggende sammenhæng, skal det nævnes, at den senere højesteretspræsident, dr.jur. Troels G. Jørgensen fra 1930 nærede en betydelig interesse for Ørsted og redigerede et stort udvalg af hans skrifter.

7. I dag vil en række af de retsspørgsmål, som Ørsted beskæftigede sig med, bl.a. på grund af en stigende statslig regulering, uden tvivl blive henregnet til den offentlige ret.
8. Den pragmatisme, som synes til stede i Ør- steds forfatterskab, kan muligvis ses som et middel til at slippe ud af et tysk inspireret deduktivt retssyn uden dog at havne i en engelsk præjudikatslære.
9. I bogen Erstatning for Ejendomsafstaaelse (1905) s. 67ff. fandt den senere høje- steretspræsident Troels G. Jørgensen, at domstolene ikke havde kompetence til at på- dømmes loves grundlovmæssighed, og i en artikel i U1921B.9 foreslog han, at, såfremt der måtte blive statueret en grundlovskræn- kelse, førte dette ikke nødvendigvis til lovens ugyldighed, men derimod uanvendelighed ex nunc.

de en linje, der uden tvivl har haft stor betydning for neutraliseringen – i både teori og praksis – af den nuværende Grl. § 73.¹⁰

Ud fra en parlamentarisk-demokratisk synsvinkel er det vanskeligt at bebrejde domstolene, at de som udgangspunkt anerkender, at lovgiver har en forholdsvis vid kompetence og at grundloven navnlig tjener til en negativ afgrænsning af lovgivers kompetence. Det man derimod kan fremhæve er, at domstolene så at sige udsteder en blanco check, idet man ikke søger at udvikle nogle principper eller grænser for lovgivers kompetence på området.¹¹ Derved løber man en risiko for at bidrage til en retspraksis, som let ender i løserevet kasuistik.

Ved Højesterets kendelser af 8. september 1941 (U1941.1070 og 1071) godkendes, at bl.a. kommunistiske rigsdagsmænd blev interneret. Disse kendelser, som er afsagt under ganske ekstraordinære historisk-politiske omstændigheder, kan ikke anses som et generelt udtryk for domstolenes grundlovsfortolkning. Når de alligevel fremdrages her, er det fordi baggrunden for afsigelsen af kendelserne og den ganske ordknappe formulering, var en principløs blanco check, der påkaldte sig opmærksomhed. Allerede i samtiden vakte det betydelig opsigt, at højesteretspræsident Troels G. Jørgensen i en artikel i et fagtidsskrift (J1941.497) mere eller mindre direkte gjorde sig til talsmand for nødvendigheden og grundlovmæssigheden af at internere danske kommunister.¹² Han fremhævede bl.a., at af det forhold, »at Strafferetsplejen og dens Frihedsindgreb [af den daværende grundlov] stilles under judicial Kontrol, kan der ikke slutes til, at der overhovedet ikke maa gives Love om præventiv Frihedsberøvelse« (s. 501) og konkluderer: »som Resultat maa da fastholdes, at der her er lovgivet helt uafhængig af Grundloven« (s. 502). Her anlægges med andre ord en indskrænkende fortolkning af grundlovens beskyttelse mod frihedsberøvelser, således at grundloven ikke skulle være til hinder for politisk motiverede fængslinger, når de ikke er udtrykkeligt omfattede af bestemmelsen. Ud over, at interneringslovgivningen muligvis modsvarede Troels G. Jørgen-

sens egen politiske overbevisning, kan hans bemærkninger måske forklares ved embedsmands-traditionen, der indebar betydelig tilbageholdenhed med at underkende regeringens foranstaltninger.

Spørgsmålet er, hvorvidt denne tendens fortsat kan spores. I det følgende lægges til grund, at pragmatismen er et grundlæggende element i den danske retstradition, herunder navnlig i den ret, som plejes og udvikles ved de danske domstole. Pladsen vil i stedet blive brugt på en opsporing af nogle af de stier, som ledte frem mod de slutresultater i den danske retspraksis, vi nu står tilbage med.

III. Retsskabende virksomhed

III.1. Domstolenes retsskabende virksomhed og pragmatismen

Den pragmatiske tradition kan principielt være forbundet med eller direkte forud-

10. Der kan gives gode samfundsmæssige grunde til at tømme forfatningsmæssige bestemmelser om ekspropriationsværn for judiciabelt indhold, hvis disse kan siges at udgøre hindringer for væsentlige politiske beslutninger af generel samfundsmæssig betydning. Det er imidlertid ikke afgørende i denne sammenhæng at søge at fastslå, hvorvidt fortolkningen konkret er »god« eller »dårlig«.
11. Smlgn. Mogens Munch i J1989.43, der (s. 44) omtaler prøvelse af loves grundlovmæssighed som et »i reglen teoretisk forbehold«, og anfører s. 45, »at dommerne bør udvise særlig varsomhed ved behandling af spørgsmål, som har betydelig politisk interesse. Uden nogen udtrykkelig hjemmel i Grundloven har der udviklet sig en praksis, hvorefter domstolene kan prøve loves grundlovmæssighed«.
12. Jf. også Ditlev Tamm, Retsopgøret efter besættelsen, Kbh. 1984, s. 59ff.

sætte en betydelig grad af retsskabende virksomhed fra dommernes side. I selve pragmatismens væsen ligger uden tvivl et betydeligt element af retsskabende virksomhed. For udenforstående kan det dog være vanskeligt at følge de mere præcise konturer heri, især fordi retsudviklingen foregår kasuistisk uden samtidig udvikling af principper og generelle (endsige udførlige) begrundelser for holdbarheden heraf.¹³ I den forbindelse bør det understreges, at den retsskabende virksomhed har to sider. Dels den retsskabende virksomhed, som skaber nye rettigheder i retstomme rum eller udvider allerede givne retspositioner (her – uden præjudice – betegnet »positiv retsskabelse«).¹⁴ Dels den retsskabende virksomhed, der indskrænker rettigheder i forhold til den retsposition, der – på grundlag af de for det enkelte retsområde grundlæggende fortolkningsprincipper – normalt ville være gældende (her – atter uden præjudice – betegnet »negativ retsskabelse«). Det er samtidig vigtigt at fastslå, at såfremt disse former for retsskabende virksomhed anses for »politiske«, da er de begge i lige grad politiske.¹⁵

Det vil blive søgt sandsynliggjort, at den første form for retsskabende virksomhed især kan konstateres på det privatretlige område og/eller hvor de modstående parter er private eller der i alt fald ikke er nogen klar offentligretlig interesse. Den anden form for retsskabende virksomhed kan især konstateres på offentligretlige områder af klar grundlovmæssig relevans,¹⁶ og navnlig hvor parterne er en privat overfor det offentlige og der består en klar offentligretlig interesse,¹⁷ jf. nærmere nedenfor under afsnit VI.

III.2. Afgrænsning af området for dommerskabt ret

En sondring mellem domstolenes retsskabende, retsudfyldende og fortolkende funktioner, hvor forskellen mellem retsskabende virksomhed over for de øvrige to

13. Jf. Bernhard Gomard, i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 45, der tager udgangspunkt i den ejendommelige mangel på principielle overvejelser i retspraksis. Hertil kan føjes, at den ofte fremførte kritik af danske domstoles ordknappe eller manglende »begrundelser« i vidt omfang er berettiget, men navnlig når det gælder stillingtagen til principielle, af lovgivningsmagten uløste retsspørgsmål er kravet herom uomgængeligt – alene fordi det ellers er umuligt at konstatere, i hvilket nærmere omfang domstolene er eller ønsker at være retsskabende. Torben Jensen anfører i Højesteret 1661-1986, s. 134ff, navnlig s. 139, at domsudkast gennemgås minutøst og »hver enkelt sætning i de foreliggende udkast ... endevendes grammatikalsk og juridisk«.
14. Positiv retsskabelse i retsforhold mellem to private vil ikke sjældent indebære, at den ene parts retsposition forbedres med tilsvarende forringelse for den anden part til følge.
15. Der er naturligvis også eksempler på, at den dømmende magt generelt har afslået at tage stilling til et spørgsmål, som klart fandtes at henhøre under den lovgivende magt, jf. U1978.314 (Christiania-dommen). Se i øvrigt Bent Christensen i U 1990B.73, især s. 74f, som anfører en række eksempler kategoriseret på grundlag af retskildernes karakter.
16. Hermed menes enten at fortolkningen angår en grundlovsbestemmelse eller lovbestemmelser, som kan siges at være en direkte og forudsat implementering af grundlovsbestemmelser (eksempelvis anvendelse af straffelovgivningens strafammer i overensstemmelse med eller imod lovgivers intention, strafferetsplejen, ombudsmandslovgivningen, sidsygdomslovgivningen etc.).
17. Hermed menes, at afgørelsen af retsforholdet direkte vil berøre en offentlig myndigheds kompetence, eksempelvis anklagemyndigheden, et andet administrativt eller et politisk organ.

kategorier navnlig er, at den retsskabende virksomhed i et vist omfang udspiller sig i et retstomt rum uden klare retsregler, kan være en nyttig begrebsdannelse.¹⁸ Ved retsskabende virksomhed vil i denne sammenhæng også blive forstået de situationer, hvor der søges anlagt fortolkninger, som er i modstrid med de for området gældende fortolkningsprincipper.

Grænsen mellem disse kategorier er flydende og den pragmatiske fremgangsmåde vil i vidt omfang kunne influere alle tre kategorier. Det er i øvrigt vanskeligt at angive nærmere grænser for dommernes retsskabende virksomhed. En mulig grænsedragning kan formentlig tages i følgende forhold: der er ikke adgang til retsskabende virksomhed, såfremt det er i modstrid med grundlovens bogstav og ånd, såfremt det er i strid med lovgivningen og endelig såfremt det er i strid med lovgivers klart udtrykte intentioner. Selv om retsskabende virksomhed kan beskrives som politisk i den forstand, at der kan være tale om en de facto lovgivende funktion, jf. nedenfor i afsnit III.3.-4., vil retsskabelse som er et direkte udslag af partipolitisk virksomhed være uacceptabelt. I traditionen/sædvanen samt i lovgivningen kan dog findes grundlag for en af lovgivningsmagten tolereret eller ønsket retsskabende virksomhed.

III.3. Lovgivers brug af åbne bestemmelser og retlige standarder: den lovmæssige retsskabende virksomhed

Det er velkendt, at lovgiver i en række situationer eksplicit eller implicit ønsker, at dommerne overtager lovgivende funktioner. Eksplicit foreligger en sådan situation, hvor der så at sige tilvejebringes lovhjemmel for denne partielle kompetencetildeling. Det sker f.eks. i form af så-

kaldte generalklausuler, »gummiparagrafer«, retlige standarder samt i et vist, men i praksis betydningsfuldt omfang gennem strafammebestemmelser. Implicit vil »hjemmel« til retsskabende virksomhed kunne findes i traditionelle eller sædvanemæssige forhold. Visse retsområder er traditionelt ved passivitet eller stiltiende »aftale« overladt til fastlæggelse og udvikling i retspraksis, navnlig visse privatretlige forhold.¹⁹ Betydningep heraf aftager dog i takt med den stigende EF-retlige regulering.

III.4. Er dommerskabt ret politisk virksomhed?

Det er prisværdigt, at to højesteretsdommere har taget spørgsmålet om domstolernes retsskabende virksomhed op og fremlagt en række synspunkter til debat.²⁰ Det fremgår, at domstolene på visse områder bevidst skaber ret, navnlig på det privatret-

18. Jf. Torben Jensen i U1990B.441, s. 444.

19. Se Mogens Munch i J1989.43. Tilsvarende foreteelse kendes fra andre stater, jf. f.eks. Hans Joachim Faller, Richterliche Unabhängigkeit, i Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin 1987, s. 81ff., som anfører (s. 84): »Bisweilen unterlässt er [lovgiver] es bewusst – oft unter dem Druck von Lobbyisten –, ganze Materien, die dringend einer gesetzlichen Neuregelung bedürften, neu zu ordnen«, hvorfor domstolene må træde til. Eksempler herpå fra tysk ret er f.eks. udviklingen i personskaadeerstatninger, hvor »der Bundesgerichtshof musste in die Bresche springen und in einer bis an die Grenzen richterlicher Kompetenz gehenden Rechtsprechung, die das Bundesverfassungsgericht gebilligt hat, für Lösungen sorgen, die den modernen Gerechtigkeitsansprüchen genügen«. Se om dansk ret Jørgen Nørgaard, i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 97ff.

20. Mogens Munch i J1989.43, der dog anvender udtrykket »regelskabende virksomhed«, og Torben Jensen i U1990B.441.

lige område og især på formuerettens område. Generelt vil domstolene dog være tilbageholdende med at skabe ret, bl.a. når det drejer sig om »nye eller hidtil uprøvede retsområder« eller ved behandling af spørgsmål, som har betydelig politisk interesse, herunder må tages hensyn til om uafklarede retsproblemer har en i offentligheden omdiskuteret kontroversiel karakter.²¹

Det nærmere indhold af denne kompetenceafgrænsning afhænger ganske af, hvordan kriteriet »betydelig politisk interesse« bestemmes – er det spørgsmål om skattelovgivning, som har en betydelig politisk interesse, eller er det f.eks. spørgsmål om opretholdelse af grundlæggende garantier i forholdet mellem stat og borger? Der er næppe tvivl om, at f.eks. strafprocessuelle spørgsmål jævnligt vil være af betydelig politisk interesse. Det typiske område for den retsskabende virksomhed er blevet sammenfattet under betegnelsen den »ortodokse civilret«, jf. afsnit VI.2.3. nedenfor. I praksis går virksomheden imidlertid videre. Det søges illustreret gennem nogle eksempler, hvor grænse-udvidningen i praksis kommer til gå, jf. afsnit VI nedenfor.

I en vis forstand er væsentlige dele af dommer- og advokatvirksomheden politisk, bl.a. i den forstand, at dommere træffer beslutninger, som indeholder elementer af ad hoc lovgivning i den enkelte sag eller for en gruppe af sager. Dertil kommer, at bl.a. Max Weber og Alf Ross overbevisende har argumenteret for, at dommere som alle andre borgere er produkter af (og skal være) påvirkelige af det omgivende samfund. Hvorvidt dommer- og advokatvirksomheden er partipolitisk er et herfra forskelligt spørgsmål, og der er ikke tvivl om, at dommerideologien og principperne bag retsplejen stiller det ideelle krav, at en dommer ikke må tage partipolitiske hensyn ved afgørelsen af sager. Dette er et centralt krav i de fleste retssikkerhedsordninger og rule of law-principper. Hvorvidt virkeligheden

lever op til idealet, er der ikke mulighed for at tage stilling til her. Ikke sjældent vil forskellige retsafgørelser imidlertid af omverdenen blive tillagt en partipolitisk begrundelse eller blive set i et partipolitisk lys. Vanskelige spørgsmål opstår i forbindelse med judicielle afgørelser, som indebærer ressourcemæssige konsekvenser af betydeligt omfang. Er og skal domstolene da være påvirkelige af f.eks. den til enhver tid siddende regerings økonomiske politik? Udgangspunktet ved besvarelsen heraf er, at domstolene ikke må lade sig påvirke af rent politiske synspunkter og ikke bør udøve politiske funktioner, selvom f.eks. strafudmåling kan siges at være skabelse af ret in concreto.

Det, der er af betydning her, er spørgsmålet om, hvorvidt der til erkendelsen af, at dommere undertiden udøver og bliver bedt om at udøve politisk virksomhed (i betydningen lovgivende funktioner), bør knyttes et krav om, at denne virksomhed udøves balanceret. Hermed menes, at for så vidt dommerskabt ret accepteres, da bør den udfolde sig efter nogle generelle principper²² og på en afbalanceret måde både

21. Torben Jensen i U1990B.441, s. 443f. med henvisning til Bent Christensen i U1990B.83. Spørgsmålet er, hvorvidt dette kriterium f.eks. blev respekteret i U1984.81 (anonyme vidner). Se også Bernhard Gomard i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 52, med note 19.

22. Se herom Bernhard Gomard, i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 45ff., der selv fremsætter en række relevante forslag. Torben Jensen anfører (U1990B.441, s. 443), at en eventuel retsskabende virksomhed fra domstolens side bl.a. (i civile sager) forudsætter, »...at der under proceduren er fremsat anbringender, der skaber mulighed for principudtalelser«. Denne anvendelse af forhandlings- og dispositionsprincippet er formentlig udtryk for et for restriktivt synspunkt og bør under alle omstændigheder ikke hindre domstolene i at søge at udvikle generelt holdbare principper.

når det gælder emnevalg (retsområder), de anlagte fortolkninger og partskonstellationer (private overfor private, private overfor det offentlige).

Dette balancesynspunkt skulle indebære, at når domstolene bevæger sig ud i rets-skabende virksomhed, da bør de tilstræbe at gøre det på en sådan måde, at et overblik over retsudviklingen ikke tegner et mønster af ensidig interesse for bestemte retsområder og bestemte retspositioner, og at den retsskabende virksomhed søges udfoldet i overensstemmelse med ånden bag eventuelle relevante bestemmelser og fundamentale retsprincipper.

Denne generelle og abstrakte betragtning kan søges anskueliggjort gennem et eksempel. Såfremt en hypotetisk oversigt over dommerskabt ret tegner et mønster af en udvikling, hvor domstolene f.eks. har skabt ret på det familieformueretlige område (f.eks. ved opløsning af papirløse samlivsforhold), der begunstiger den ene private part på den andens bekostning (positiv retsskabelse), hvor det konstateres, at den lovgivende magts intentioner om udnyttelse af strafammer eller anvendelse af strafbestemmelser ikke er blevet fulgt (negativ retsskabelse), og hvor strafferetsplejegarantier er blevet fortolket indskrænkende på trods af klare principper, som tilsiger det modsatte, kan det være et indicium for en retsudvikling, som ikke bør befordres. Enkelte dele af retsudviklingen kan i sig selv være velbegrundede, f.eks. kan ændringer i den familieformueretlige retsstilling skyldes et ønske om øget retlig ligestilling af parterne (ligebehandlingshensyn), men det samlede billede viser, at domstolene på nogle områder ønsker at udvide retspositioner, mens de på andre fraviger fortsat gyldige principper og spørgsmålet opstår da: hvad er årsagen til denne prioritering af retsområder og hvad er principperne bag de rets-skabende (positive eller negative) skridt.

Balancesynspunktet kan ikke udmøntes i klare krav, men skal snarere ses som et indicium blandt flere andre for, om totalbilledet af den skabte ret kan siges at være udtryk for en samlet afvejning og prin-

cielt forsvarlig kurs. Såfremt dette ikke synes at være tilfældet, kan der opstå en formodning for enten en ad hoc præget retstilstand med de deraf følgende retssikkerhedsmæssige problemer, eller en retstilstand præget af et overmål af politiserende virksomhed fra domstolenes side.

I bl.a. amerikansk retsteori er der gennem nogle år fremført argumenter for, at en dommer altid bør have generelle principper for øje, og derfor kun bør træffe konkrete afgørelser, som kan forsvares ud fra generelle principper. I den seneste tid er der, måske som en modreaktion, opstået en diskussion om det legitime i en mere kasuistisk pragmatisk arbejdsform.²³

IV. Ross og pragmatismen

IV.1. Den statsretlige teoris indflydelse på neutraliseringen af grundlovens frihedsrettigheder

Det postuleres her, at Alf Ross' demokratiopfattelse, forfatningsteori og forfatningsfortolkninger – i faktisk samvirken med embedsmandstraditionen ved domstolene – har haft en ikke-ubetydelig indvirkning på mentalitet og tænkemåde hos en generation af jurister, herunder de em-

23. Se Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard 1990, og Steven D. Smith, *The Pursuit of Pragmatism*, *The Yale Law Journal*, vol. 100, No. 2, 1990, s. 409ff., med henvisninger til bl.a. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986) og Richard Posner i *Southern California Law Review*, vol. 63, 1990, s. 1653ff.

bedsmænd, som senere blev dommere.²⁴ Ross lever ikke i dag, og han kan ikke længere selv forsvare sig. Men han taler med høj stemme fra graven.

Måske kan temaet lidt paradoksalt formuleres som et spørgsmål om, hvordan en erklæret demokrat som Alf Ross – i faktisk samvirke med embedsmandstraditionen ved domstolene – kom til at forårsage en forringet frihedsrettighedsbeskyttelse, eller hvordan en retsfilosof, der i den grad har betjent sig af begrebernes renhed, kom til at fremme en pragmatisk retstradition.

Med »arven efter Ross« forstår her de synspunkter om demokratiet, som Ross har givet udtryk for navnlig i bøgerne *Hvorfor demokrati?*²⁵ *Ret og Retfærdighed* (1953) og *Dansk Statsforfatningsret* (opr. 1959-60). Ross' i mange henseender berettigede sondring mellem ret og retfærdighed har – givet imod Ross' eget ønske – i sig selv været med til faktisk at legitimere fraværet af et selvstændigt moralsk etisk ansvar for jurister ved hans påpegning af, at der ikke er nogen logisk sammenhæng. Herefter behøver danske jurister ikke at kære sig om de etisk-faglige implikationer af deres arbejde eller lade sig anfægte af spørgsmålet om, i hvilket omfang den enkelte jurist har et personligt ansvar for de beslutninger, som træffes. Hvordan er det i det hele taget blevet sådan, at retfærdighed er blevet til et ukvemsord? Der er en bemærkelsesværdig mangel på interesse blandt danske jurister for at beskæftige sig med deres egen stands professionelle etik (f.eks. de i dagligdagen særdeles relevante og for udenforstående ofte ret presserende spørgsmål om juristens moralske medansvar for de utallige indgribende beslutninger, som træffes under medvirken af jurister). Andre professionelle sammenslutninger, f.eks. lægelige foreninger, har igennem en længere årrække søgt at udvikle en professionel etikkodeks, som virker ved siden af og supplerer lovgivningsmæssige krav.

Det er samtidig klart, at når man kritiserer Ross, må man gøre afbigt og nødvendigvis fremhæve det nyttige og det gode i hans arbejde. Det er en truisme, at vi ikke kan frigøre os fra, at hans analyse og begreber

spiller en rolle for os alle. Vi bruger ham – om vi vil eller ej – i en lang række forskellige analytiske sammenhænge – heraf hans fortsatte livskraft.

IV.2. Konsensuskommissionens betydning

Ross havde vel det retspolitiske grundsyn, at jurister var en art samfundsmæssige teknologer, eksponenter for 'human or social engineering'. Politikerne skulle udstikke målet og juristen skulle finde den egnede fremgangsmåde. Det er nok forestillinger, som navnlig kan trives og fortsat trives i det, der i et vidt omfang har karakteriseret det danske samfund, nemlig konsensuskommissionen.

Ved konsensuskommissionen forstår her, at det – af alle de væsentligste politiske grupperinger – faktisk anses for et overordnet politisk mål at nå til et politisk kompromis om selv særdeles principielle spørgsmål. I praksis ofte uanset at kompromisset betyder en udviskning eller direkte underkendelse af den enkelte parts principielle politiske standpunkt, således som det f.eks. kan findes afspejlet i partiernes principprogrammer eller i valgkampens hede. Denne udvikling har forstærket tendensen til, at det i dag er særdeles vanskeligt at skelne nogle af de større politiske partier fra hinanden. Partierne har i de seneste årtier ført samme realpolitik, bl.a. i vekselvirkning med det forhold, at regeringsmagten måtte baseres på min

24. Det må imidlertid erindres, at Alf Ross' lærebog i statsret ikke har spillet nogen væsentlig rolle i undervisningen ved Aarhus Universitets jura-studium. I stedet har bl.a. Max Sørensens statsretlige fremstilling været anvendt. Der kan derfor argumenteres for, at adskillige af generationens jurister ikke i samme grad skulle være påvirket af Alf Ross' tankeskema.
25. Bogen kom i første udgave i 1946 og senere i en 2. udgave fra 1967. 2. udgaven, som må formodes at være det nyeste udtryk for Ross' tanker på dette område, danner grundlaget for de følgende bemærkninger.

dretsregeringer af skiftende politisk observans, der har været tvunget til – både i regeringen og i Folketinget – at søge politiske kompromisser for at overleve. Ross fremhæver, at demokratiets væsen er kompromiseret,²⁶ og det er vel som udgangspunkt rigtigt, men problemet er, hvornår man skal stå fast på nogle principper i stedet for at gå på kompromis.

Det er ikke sikkert, at en sådan forestilling i samme omfang kan trives i det samfund, vi formentlig er på vej ud i, hvor en overordnet samfundsmæssig konsensus ikke længere eksisterer.²⁷

De følgende bemærkninger drejer sig især om domstolenes rolle, selv om navnlig centraladministrationens praksis på mange måder måske er vigtigere. Kasuistisk lovgivning kan også bidrage til at sløre eller underminere hensynet til de generelle principper, som bør udgøre fundamentet for centrale lovgivningsområder. Bortset fra, at det er lettere at gå til det kildemateriale, domstolene producerer, hører det med i billedet, at domstolene skal udgøre borgernes retssikkerhedsgaranti mod usaglige indgreb fra den udøvende og – i alt fald teoretisk set – den lovgivende magt.

Et eksempel fra den udøvende magt (regeringen), billigt af den lovgivende magt, kunne være den senere ændrede lov nr. 406 af 13. juni 1990 (ændring af retsplejeloven vedr. dommerundersøgelser), hvor justitsministeren (i praksis viste det sig at være statsministeren) kunne give direktiver til dommere om, hvorvidt disse undersøgelser skal foregå for lukkede eller åbne døre. Justitsministeren var i sit skøn ikke bundet af lovfæstede kriterier og kunne principielt i samme sag beslutte at lukke og åbne dørene efter forgodtbefindende. Det kan undre, at domstolene (som vel blev hørt forinden?) kunne acceptere denne ordning, der indebærer en væsentlig risiko for korrumpation af tilliden til domstolenes uafhængighed. Dertil kommer, at disse undersøgelser de facto kunne og fortsat kan komme til at virke som retssager uden reel oprejsningsmulighed for de involverede, der

forekommer at være på kanten af princippet i Den europæiske menneskeretskonventions art. 6. Om ikke andet vil medierne betragte denne undersøgelsesform som en retssag.²⁸

IV.3. Sygdomstegnet

I følge et avisreferat fra afhøringerne af en højt placeret embedsmand i en aktuel sag skulle pågældende have udtalt, at når han afsendte en skrivelse på ministeriets vegne, bestod der »ingen sjælelig forbindelse« mellem ham og indholdet af det skrevne. Hvad er roden til en sådan udtalelse? Hvordan kan en embedsmænd i ramme alvor fremsætte et sådant udsagn? Er der tale om et enkeltstående tilfælde – en enkelt person, som ved et fejlgreb kommer til at formulere sig lidt ufikst. Eller er der blot tale om, at pågældende, ud fra mere ideelle betragtninger, i det konkrete tilfælde så at sige ser sig som Montesquieus dommer, der »taler loven gennem sin mund«, den mekaniserede justits? Eller et praktisk udtryk for idealet om den professionelt 'uinteresserede' embedsmand? Eller er der i virkeligheden tale om et symptom på et dyberegående sygdomskompleks, en arbejdsbetinget skade kunne man sige, hvis diagnose, det er muligt at stille. Pragmatismen?

26. Hvorfor demokrati?, s. 146.

27. Denne udvikling har mange og komplekse årsager. Nogle af årsagerne skal formentlig søges i den internationale økonomiske (og deraf følgende retlige) integration, nationalstatens aftagende betydning, den globale arbejdsdeling, en stigende grad af heterogenitet i befolkningens etniske oprindelse, manglende fast tilknytning til bestemte politiske og moralske anskuelse, den stigende mængde informationer om samfundsmæssige forhold.

28. Se i øvrigt Eva Smith, i Administrativ Debat, 1990, nr. 2, s. 1ff.

Udsagnet kan som antydet udlægges på forskellig vis. Spørgsmålet er, om én blandt flere mulige forklaringer kan søges i (eftertidens forvaltning af) Ross' syn på juristens rolle, således som det kan siges at komme til udtryk i hans demokratibegreb og hans faktiske forfatningstolkninger.

IV.4. Ross' demokratibegreb: majoritetsprincippet

Ross definerede i *Hvorfor demokrati?* (s. 147) demokratiet som en politisk metode udtrykt ved majoritetsprincippet, der bygger på individets autonomi. Der ligger ikke umiddelbart i begrebet nogen fordring til det indhold, altså den ordning af samlivsforholdene, der fastsættes via majoritetsprincippet. Demokratiet (eller med Ross' udtryk: folkedemokratiet) reduceres herved til en metode, ikke en værdi. Det er en nødvendig og tilstrækkelig definition efter Ross' opfattelse. Dog bemærker Ross flere steder, at demokratiet ikke bør udarte til et demokratur, hvor flertallet altid gennemtrumfer sin mening – »et sådant demokrati ville have forrådt idealer, jeg ikke kan kompromisere om« (s. 147). Men det afgørende er, at dette hensyn til mindretallet aldrig gøres til en del af demokratidefinitionen og at det aldrig, ej heller i hans statsretlige fremstillinger, gøres til en retsbeskyttet mindretalsgaranti, som begrænser lovgivers kompetence.

Denne opfattelse, der står i modsætning til Poul Andersens og Stephan Hurwitz' demokratiopfattelse, støttes senere af Henning Fonsmark i bogen om *Historien om den danske utopi*, Kbh. 1990, s. 52. Han bruger det imidlertid til et opgør med socialstaten, og et opgør med socialismen, hvilket Ross ikke nødvendigvis kunne tilslutte sig i samme omfang.²⁹ Fonsmark, der betegner Ross som socialdemokratisk statsretsprofessor, kan med sin politiske overbevisning tilslutte sig det af Ross

opstillede formelle demokratibegreb. I *Hvorfor demokrati?* anvender Ross ikke udtrykket frihedsrettigheder, men derimod udtrykket »friheder«.

IV.5. Pragmatismen og Ross: hvorfor tømmes demokratibegrebet?

Det, der måske kan undre en nutidig læser af *Hvorfor demokrati?*, er: hvordan kan det være, at Ross netop udvikler en demokratidefinition, som er så reduceret set i lyset af den 2. verdenskrigs erfaringer.³⁰ Man kan sige, at netop den tilsidesættelse af fundamentale rettigheder, som fandt sted som forspil til og under den 2. verdenskrig, synes at nødvendiggøre en indholdsmæssig bestemmelse af demokratiet. Årsagerne hertil er formentlig en blanding af historiske erfaringer og et bestemt videnskabsyn (bl.a. den logiske positivisme).

En mulig grund kunne være, at de totalitære systemer, som opstod i mellemkrigstiden definerede sig selv indholdsmæssigt. De havde taget patent på sandheden og den rette indretning af staten, og samtidig kom nogle af regimerne til magten på fuldt demokratisk vis, bl.a. ved hjælp af flertalsprincippet. Indretningen af staten førte som bekendt til katastrofale resultater. Denne historiske erfaring kan have medført en vis defaitisme med hensyn til opstilling af indholdsmæssige krav til demokratiet (værdinihilisme) – for hvad nyttede det under alle omstændigheder? Derfor tillægger Ross den demokratisk valgte lovgiver stort set ubegrænsede beføjelser, idet det er det eneste demokratisk legitimerede organ – et synspunkt, som de fleste som udgangspunkt, men netop kun

29. I *Hvorfor demokrati?* s. 137 anføres dog, at »demokratiet fungerer utvivlsomt lettere under liberalistisk økonomi«.

30. Samme spørgsmål kan naturligvis rettes til 1953-grundloven og den forfatningskommission (hvor Ross havde sæde), som udarbejdede udkast til grundlovsrevisionen.

som udgangspunkt, vil tilslutte sig. En anden mulig årsag er, at menneskerettigheder (in casu frihedsrettigheder) kommer i miskredit i mellemkrigsstiden. En række af diktaturstaterne havde de mest luksuriøst udstyrede grundlove, med et overflødighedshom af indholdsmæssig beskyttelse af borgerens rettigheder. Disse grundlove blev imidlertid notorisk ikke overholdt. Dette empirisk korrekte udgangspunkt kan muligvis have ført til en kortslutning, som indebar, at når man konstaterer, at grundlovens ord ikke bliver overholdt, så mister man tiltroen til papiret og til ordene. Det er hverken en nødvendig eller rigtig slutning, men kan ikke desto mindre være en forklaring på den manglende interesse for materielle grundlovs-garantier. Den tredje grund er formentlig en videnskabs-intern grund, nemlig Ross' tidlige fascination af den logiske positivisme i Wien og hans deraf følgende interesse for begrebslogik. For Ross har denne motivation muligvis været væsentligere end de to førnævnte årsager.

IV.6. Neutraliseringen af de politiske rettigheder som *judiciable garantier*

I en nylig analyse af Ross' statsretlige tænkning³¹ er det overbevisende påvist, hvorledes Ross gang på gang understreger frihedsrettighedernes helt afgørende betydning som ideologiske faktiske forudsætninger for et demokratisk forfatnings-systems opretholdelse og funktion. For Ross' retsdogmatiske fortolkninger af Grl §§ 77, 78 og 79 er disse synspunkter imidlertid uden betydning.

I sine grundlovsfortolkninger holder Ross sig tæt til bestemmelsernes ordlyd og forarbejder, og når endda ofte frem til en mere snæver fortolkning af bestemmelsernes rækkevidde end tidligere eller samtidig teori (især Poul Andersen og Max Sørensen) har slået til lyd for. Det retsdogmatiske spørgsmål, om mulighederne for at gribe ind over for politiske ytringer og forbyde politiske foreninger, afviser Ross eksempelvis at diskutere nærmere, da det angiveligt er uden praktisk interesse, selv om det netop er i sådanne situationer, at grundloven bør have sin betydning. Ross skriver i sit afsnit om forfatningens ideologiske forudsætninger, at det forekommer ham ufatteligt, at man skulle kunne docere statsforfatningsret uden

at forsøge at besvare spørgsmål om, hvad begrebet demokrati dækker. Det er imidlertid vanskeligt at se, siger Jens Peter Christensen (s. 129), at Ross' retsdogmatiske fremstilling af de politiske frihedsrettigheder på overbevisende måde vidner om det ufattelige ved et sådant forehavende.

Ross tømmer systematisk de politiske frihedsrettigheder for indhold, på trods af påstanden om, at de er nødvendige forudsætninger for demokratiet. Ross finder reelt ikke, at der bør være nogen grænser for, hvad folkedemokratiet i givet fald kan vedtage, ej heller f.s.v.a. den dømmende magt.³² Det kan synes ejendommeligt, allerede fordi grundloven og grundlovs-mæssige reguleringer bl.a. netop har til formål at begrænse lovgivers kompetence.

31. Jens Peter Christensen Forfatningsretten og det levende liv, Kbh. 1990. Afhandlingen er anmeldt af Søren Stenderup Jensen i U1991B.91 og af Lars Adam Rehof i J1991.78, hvortil generelt henvises.

32. Bernhard Gomard påpeger med rette i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 59 med note 35, at Ross' statsretlige udvikling »om friheds- ejendoms-kriteriet har alene lovgivningsmagtens kompetence for øje«. Gorm Toftegaard Nielsen anfører i Fuldmægtigen 1985.118, at Ross' tolkning af bl.a. Grl. § 3 indebærer, at der ikke er grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan tiltage sig dømmende myndighed og træffe afgørelse om den enkelte borgers strafskyld. Det konkluderes (s. 122): »Gennem Ross' (vrang)lære har vi således opfostret et par generationer uden den fornødne indsigt i værdien af et uafhængigt retsvæsen og uden forståelse for den måde, vor grundlov har søgt at hindre en politiseret strafferetspleje«.

Det postuleres her, at fraværet af materielle grænser for indgreb i borgernes grundlovmæssige retspositioner i Ross' grundlovsfortolkninger – især i faktisk samvirken med domstolenes embedsmandstradition – kan have medført en øget risiko for, at en i forvejen pragmatisk orienteret retspleje i retspraksis er udartet til kasuistisk pragmatisme. Og at denne form for pragmatisme har resulteret i visse skadevirkninger i henseende til fundamentale retsprincipper og borgernes grundlovmæssige retspositioner.

V. Demokratideinitionen og mindretalsbeskyttelse

Ross udvikler sin begrebsdannelse og forfatningstolkninger ikke blot på baggrund af de ovennævnte historiske forudsætninger, men også på baggrund af FNs Verdenserklæring om menneskerettigheder fra 1948 og vedtagelsen af Den europæiske menneskeretskonvention (EMRK) i 1950, hvor Danmark er en af de første kontraherende stater.³³ Nødvendigheden af en udtrykkelig minoritetsbeskyttelse, bl.a. som en begrænsning af lovgivers kompetence, fremgår af FN Konventionen om civile og politiske rettigheder (CPR).³⁴ Men disse internationale udviklinger spiller ingen rolle for Ross,³⁵ og har i det hele taget ikke spillet nogen særlig rolle for revisionen af grundloven i 1953 og udviklingen i dansk retspraksis. Dermed er ikke sagt, at der ikke ved dansk lovgivning er søgt sikret visse mindretalsrettigheder. Men det har aldrig haft nogen betydning for den herskende mentalitet.

Ikke desto mindre forekommer det indlysende, at en formel fastlæggelse af demokratibegrebet uden hensyn til mindre-

talshensyn – bl.a. som kompetencebegrænsende faktor for lovgiver – er utilstrækkelig. Navnlig når der ikke i forfatningen er sket en udtrykkelig sikring heraf, har den dømmende magt en selvstændig rolle at spille. Dels ved en udvikling af det materielle indhold i grundlovens frihedsrettigheder på grundlag af de her gældende fortolkningsprincipper. Dels ved en sikring af, at lovgivningsmagten ikke på formelt fuldt demokratisk vis vedtager utilbørlige indgreb i mindretalsrettigheder.

Dertil kommer, at den danske stat allerede i vidt omfang er folkeretligt forpligtet til i lovgivning og retspraksis at respektere og aktivt sikre en række mindretalsgarantier.

Et eksempel herpå er forslaget om, at lovgivningsmagten bør underlægges visse sagligheds-kriterier ved affattelsen af lovgivningens indhold.³⁶

33. EMRK art. 14 (diskriminationsforbud m.h.t. de i konventionens sikrede rettigheder) indebærer indirekte en vis minoritetsbeskyttelse, jf. Lars Adam Rehof & Tyge Trier, *Menneskeret*, Kbh. 1990, s. 391ff. Konventionen trådte i kraft for Danmarks vedkommende i 1953 umiddelbart efter Grundloven af 1953, jf. Lars Adam Rehof i U1987B.193, s. 197.
34. CPR art. 27 indeholder en væsentlig materiel beskyttelse af mindretal, jf. Lars Adam Rehof & Tyge Trier, *Menneskeret*, Kbh. 1990, s. 434ff. Konventionen, der blev vedtaget i 1966, trådte i kraft for Danmarks vedkommende i 1976.
35. Dette synes uforståeligt, da Ross i sit forfatterskab var med til at analysere og popularisere FN-samarbejdet, bl.a. i bogen *De Forenede Nationer* (1963) og i en tidligere engelsksproget udgivelse. Hertil kommer, at han var dansk udnævnt dommer i den europæiske menneskeretsdomstol, der ganske vist – som Ross udtrykte det – var en arbejdsløs domstol på daværende tidspunkt (hvilket som bekendt har forandret sig markant).
36. Karsten Revsbech, i TfR 1991.50.

Sådanne forslag, der i vidt omfang vil udgøre et nationalt supplement til forpligtelser (navnlig rettet til den nationale lovgiver) indeholdt i menneskeretskonventionerne, kan vise sig nødvendige i en situation, hvor den nationale forfatning kun beskytter et begrænset udsnit af de menneskeretlige krav og hvor menneskeretskonventionerne ikke er gjort til bestanddel af national ret, jf. nu Bet. 1220/1991.

VI. Retspraksis

VI.1. Domstolenes argumentation: nogle tilfælde kategorier

De mulige virkninger af embedsmandstraditionen samt Ross' forfatningsteori og -fortolkninger (især den manglende angivelse af materielle grænser for lovgivers kompetence over for den dømmende magt og neutraliseringen af et materielt indhold i grundlovens politiske frihedsrettigheder) søges i det følgende sammenholdt med retspraksis, der gennem de sidste ca. ti år har påkaldt sig opmærksomhed qua sagernes principielle indhold. Formålet er at belyse, om der eventuelt kan tegnes et samlet mønster, en kategorisering af de forskellige retsafgørelser, som er et resultat af disse to påvirkninger. Et resultat, som kan sammenfattes under betegnelsen ka-suistisk pragmatisme.

Det er her tesen, at der kan opstilles en sådan kategorisering, hvor hovedkriteriet er, om Højesteret skal tage stilling til en konflikt mellem private indbyrdes, eller om der skal tages stilling til en konflikt mellem stat og borger. Det søges sandsynliggjort, at når Højesteret skal tage stilling til spørgsmål mellem borgerne (typisk det privatretlige område) eller et offentligretligt område, hvor der ikke er en klar statslig defineret interesse, synes Højesteret villig til både i teorien og i praksis at gå ind i en positiv retsskabelse, herunder undertiden med en udbygning af individets retspositioner (positiv retsskabelse). Når det derimod gælder afvejningen af individets rettigheder, selv

på områder hvor der er klare principielle udgangspunkter for fortolkningen,³⁷ over for en forholdsvis veldefineret statsinteresse, er Højesteret i og for sig lige så villig til at gå ind i en retsskabende virksomhed, men denne retsskabende virksomhed synes at have en anden retning, idet der ofte vil være tale om en udvidende fortolkning til skade for individet eller efter omstændighederne indskrænkende fortolkning af individets rettigheder, som modsætningsvis medfører større rettigheder for statsmagten (negativ retsskabelse).

Hvis der tages udgangspunkt i de ovenfor under afsnit III.1. og III.4. nævnte kategorier, er en mulig forklaring, at forholdet mellem borgerne indbyrdes på visse områder af Højesteret ikke ses som værende omfattet af kriteriet »politisk interesse«. Derimod ser Højesteret tvister mellem stat og borger på bl.a. det strafprocessuelle område, hvor domstolene har en klar funktionel forpligtelse, og har et klart idealt regelgrundlag at støtte sig på (nemlig grundloven), som særdeles politiske. Der kan samtidig iagttages en betydelig afholdenhed fra domstolens side med hensyn til en udbygning (og undertiden fastholden af) borgernes retsposition på netop det strafprocessuelle område. Det samme gør sig gældende f.s.v.a. fastlæggelse af retspositioner, som har ressourcemæssige (især økonomiske) konsekvenser.

37. F.eks. kan grundlovens frihedsrettigheder som udgangspunkt vanskeligt fortolkes indskrænkende til skade for borgeren, der søges beskyttet med bestemmelserne. Retsplejelovens regler om straffeprocessen må i vidt omfang, bl.a. som følge af at der i nogen grad er tale om en lovgivningsmæssig implementering af grundlovskrav, undergives en lignende fortolkning.

VI.2. Eksempler fra retspraksis

VI.2.1. Offentligretlige spørgsmål

Ved U1989.148 fandt Højesteret, at en række politiske partier kunne udelukkes fra en politisk afslutningsdebat i fjernsynet (DR-TV). Der var tale om »oplysende udsendelser med ligelig deltagelse af repræsentanter for de forskellige synspunkter. Navnlig under hensyn hertil« fandt Højesteret, at det ligebehandlingshensyn, som normalt ville være gældende i forbindelse med et folketingsvalg, ikke var til hinder for at begrænse antallet af deltagere i afslutningsdebatten forud for folkeafstemningen til de partier, som i Folketinget havde været med til at tage stilling til EF-pakken. Det bemærkes, at sagsøgerne ikke havde søgt at få dom for en ny afstemning. Med formuleringen »navnlig under hensyn hertil« skaber Højesteret ikke klarhed om de bagvedliggende principper, og i en efterfølgende kommentar anføres udtrykkeligt, at man er vejet tilbage fra at indtage et principielt standpunkt til det forelagte spørgsmål, da den generelle retsstilling på området var »vanskelig at afgrænse, bl.a. som følge af de tilgrundliggende retsreglers vage indhold og retssagernes fåtal«. ³⁸

Man kan i den forbindelse spørge, hvad er en højeste rets principielle opgave i sådanne sager. Er det ikke netop at nå frem til generelt holdbare principper i retsspørgsmål, som ikke hidtil har været genstand for en generel regulering, men som frembyder betydelig retlig tvivl, og som kan siges at angå væsentlige forfatningsmæssige principper?

I modsætning til Højesteret var Ombudsmanden rede til at afgøre spørgsmålet på grundlag af tidligere udviklede generelle principper. Ved FOB 1986.123 fastslog Ombudsmanden (s. 126 f), at selv om den nærmere rækkevidde af en ligheds-

grundsætning i forbindelse med valgudsendelse i TV og radio kunne give anledning til vanskelige afgrænsningsproblemer, fandtes det »imidlertid ikke påkrævet af hensyn til min stillingtagen til en foreliggende klage at gå nærmere ind herpå«. ³⁹

Der var i den foreliggende sag næppe tale om en afvejning mellem to ligeværdige hensyn. Sammenstød mellem den journalistiske ytrings- og arbejdsfrihed og hensynet til alsidigheden vil ofte resultere i en afvejning mellem ligeværdige hensyn i en offentlig medievirksomhed. I dommen drejede det sig imidlertid ikke om en normal del af radio- og tv-spredningsvirksomheden, men om en folkeafstemning. Det må derfor overvejes, om hensynet til den journalistiske arbejdsfrihed må tillægges

38. Torben Jensen i U1989B.136.

39. Ombudsmanden tilføjede, at det efter hans »opfattelse er uden betydning i den foreliggende sammenhæng, at der aktuelt er tale om vejledende – og ikke som i de tidligere tilfælde en bindende – folkeafstemning«. Højesteret anlagde en sondring mellem valg (mellem forskellige partier) og afstemninger (om et tema).

en lavere rang end hensynet til den politiske ytringsfrihed.⁴⁰

Højesterets argumentation og den ledsagende kommentar udgør ikke et incitament for undergivne retsinstanser til at søge at udvikle generelle principper, og at applicere disse generelle principper i konkrete retsafgørelser.

Et eksempel på sammenstød mellem fortolkningsprincipper (her hjemmelspørgsmål), som i øvrigt navnlig kan iagttages på det strafprocessuelle område, findes i U1988.1, som var en 4-1 afgørelse. Sagen drejede sig om tilkendelse af arbejdsløshedsdagpenge til løsarbejdere i Esbjerg Havn i en strejkesituation. Et flertal fandt, at arbejderne ikke havde krav på dagpenge, medens mindretallet fandt, at der ikke var lovhjemmel til at nægte dem dagpenge.

VI.2.2. *Straffeprocessuelle spørgsmål*

U1984.81 drejede sig om legaliteten af brugen af anonyme vidner i strafferetsplejen. Under dissens (5-2) fandt Højesteret, at en fortolkning af retsplejeloven muliggjorde en accept af anonyme vidner, såfremt der var nærliggende risiko for, at vidnet eller vidnet nærtstående personer ville lide overlast, og såfremt hensynet til retshåndhævelsen på grund af sagens alvor, samt forklaringens betydning ganske undertagelsesvis måtte gøre det påkrævet.

Flertallet tog ikke stilling til den af landsretten accepterede (og af anklagemyndigheden fremførte) særdeles betænkelige betragtning om, at der kunne anlægges en principiel fortolkning af retsplejeloven, hvorefter fraværet af et direkte forbud måtte tolkes som en tilstrækkelig hjemmel. Mindretallet fandt, at retsplejeloven og principperne bag retsplejeordningen indebar en ret til at kende vidnernes identitet, og at der ikke var fornøden lovhjemmel til at fravige dette udgangspunkt. Min-

dretallet afviste dermed en tolkning, der byggede på fraværet af et udtrykkeligt forbud i retsplejeloven, og var således i god pagt med den principielle fremgangsmåde, som bør følges ved fortolkning af retsplejelovens strafprocessuelle bestemmelser og ønsket om at bevare et grundlæggende princip i strafferetsplejen.

Dommen er udtryk for en retsskabende eller eventuel retsudfyldende virksomhed, hvor Højesterets flertal i en sag mellem anklagemyndigheden og borger fraviger eller forringer individets retsbeskyttelse.⁴¹

Kendelsen i U90.713 betegner en fortsættelse af denne tendens, hvor Højesteret med en lignende argumentation under dissens (4-1) godkendte brug af retshånd-

40. Østre Landsret (refereret i U1989.150) lagde vægt på den »agitationsmæssig betydning overfor vælgerne, også med hensyn til mulighederne for at søge at påvirke et fremtidigt valgresultat« og ville hermed tage sagsøgerens påstand til følge. I U1989.399, »Grøn-jakke-sagen«, stod valget derimod mellem to ligeværdige hensyn til bekæmpelse af racediskriminerende udtalelser over for hensynet til en fri offentlig debat om væsentlige samfundsanliggender, hvor det ikke på forhånd er givet, hvilket hensyn, der skal tillægges afgørende vægt, jf. også Lars Adam Rehof & Tyge Trier, *Menneskeret*, Kbh. 1990, s. 91 og 259. Andre eksempler på ligestillede hensyn er U1989.726 (Nordvang-sagen) og U1990.636 (Skjern-sagen). Et eksempel på hensyn af forskellig rang er U1980.1037 (Penicillinstruttende svin).

41. Der blev ikke taget stilling til det af anklagemyndigheden fremsatte argument om, at der skulle lægges vægt på et tilbud fra et vidne om at vidne som led i bedømmelsen af retmæssigheden af anvendelsen af anonyme vidner, selv om dette må anses for principielt betænkeligt at tillægge tilbud fra enkeltpersoner betydning ved fastlæggelsen af partsbeføjelser i straffesager. Se om dommen Rønnow, Rørdam og Unmack Larsen i J1985.273, samt Bet.1056/1985, hvor flertallet (s. 35f) tager afstand fra dommen. Lovgivningsmagten tog senere afstand fra dommen ved lov nr. 321 af 4. juni 1986. Se muligvis også U 1991.410.

hævelsesarrest efter dom i første instans. Flertallet lægger vægt på, at den relevante bestemmelse sprogligt giver mulighed herfor og forarbejderne samt andre omstændigheder ikke findes at udelukke det. Mindretallet lægger vægt på, at der ikke er udtrykkelig hjemmel til denne forringelse af den domfældtes retsposition. Atter må mindretallets fremgangsmåde anses for den korrekte.

VI.2.3. Privatretlige spørgsmål: den ortodokse civilret

På det civilretlige område er der en udtrykkeligt formuleret tradition for dommerskabt ret, f.eks. udviklingen af culpa-begrebet og familieformueretlige spørgsmål. Denne tradition udfolder sig indenfor det område, der er blevet sammenfattet under betegnelsen den »ortodokse civilret«.⁴²

I U1984.166 blev det i en 5-4 afgørelse med en konkret begrundelse fastslået, at en igennem mange år papirløst samlevende hjemmearbejdende kvinde var berettiget til at få tilkendt et beløb ved ophøret af samlivet. Flertallet lagde vægt på forudsætnings-, billigheds- og ligestillingsmæssige synspunkter. Mindretallet fandt, at den resulterende ringere retsposition for den anden part kun kunne følge af lovgivning, som ikke eksisterede.⁴³ U1984.1061 vedrørte et krav på procesrenter, som ikke havde udtrykkelig hjemmel i renteloven, men som fandtes rimelig og i overensstemmelse med almindelige retsgrundsætninger. Det bemærkes i den forbindelse, at den i sagen omhandlede tvist udspillede sig mellem en privat part og ministeriet for skatte- og afgifter.

Den første dom angik forholdet mellem to private parter. Den anden sag angik forholdet mellem en borger og en offentlig myndighed. I begge sager anså Højesteret det for berettiget at videreudvikle retstilstanden og i begge situationer på en sådan måde, at det svagt stillede individ fik tillagt en bedre retsbeskyttelse, end hvad

der umiddelbart måtte fremgå af lovgivning.

VI.2.4. Ressourcespørgsmål

I U1985.368 fastslog Højesteret, at man ikke ville skride ind over for ressourcemæssige beslutninger truffet af et politisk organ, uanset at disse beslutninger qua et forringet serviceniveau i det konkrete tilfælde muligvis resulterede i et dødsfald. I U1990.181 afslog Højesteret at drage den mulige konsekvens af visse internationale regler, bl.a. under henvisning til, at konsekvenserne af en sådan afgørelse ville have væsentlige ressourcemæssige virkninger, som henhørte under lovgiver.

VI.2.5. Realisering af lovgivers intentioner i retspraksis

Det er et velkendt fænomen, at der ikke nødvendigvis er overensstemmelse mellem lovgivningens formål og retspraksis.⁴⁴ Det peger på spørgsmålet om, hvorvidt domstolene ved en form for negativ retsskabende virksomhed undertiden – mere eller mindre bevidst – ’beslutter sig til’, at man ikke vil efterkomme den lovgivende magts ønsker om en bestemt retspraksis på områder, hvor domstolene besidder en betydelig skønsmæssig frihed, men alligevel kan siges at være underlagt klare politisk-retlige direktiver (f.eks. i form af forarbej-

42. Torben Jensen, i U1990B.441.

43. Se om dommen og om U1985.607 Jørgen Nørsgaard, i Højesteret 1661-1986, Kbh. 1986, s. 104ff.

44. W.E. von Eyben, Strafadmåling, Kbh. 1950, s. 287f. vedr. forholdet mellem strafformål og strafudmåling.

der)⁴⁵. Manglende brug af lovbestemmelser (f.eks. strfl. § 267a) kan også undertiden ses som udtryk for retsskabende virksomhed. Samtidig er det vigtigt, at domstolene kan modstå de hyppige, impulsprægede politiske udtalelser i pressen eller i Folketingets debatter om skærpelse af dette eller hint strafniveau og dermed forhindre pøbeljustits.

Den form for retsskabende virksomhed, hvor domstolene i praksis nægter at følge en retskilderelevant og klart udtrykt politisk intention op, vil ikke blive berørt nærmere i denne sammenhæng, men hører naturligvis med i den samlede beskrivelse af domstolenes retsskabende virksomhed. Det må dog fastholdes, at domstolene gennemgående loyalt følger lovgivers ønsker. F.eks. i forbindelse med samfundstjeneste synes der fra domstolenes side at herske betydelig lydighed overfor lovgivningsmagtens ønske om en øget anvendelse af alternative sanktionsformer.

VII. Generalisering på grundlag af kasuistikken

De ovennævnte eksempler kan rubriceres på forskellig vis. En mulig kategorisering kan ske på grundlag af partskonstellationen (privat overfor privat eller privat overfor det offentlige). En anden kategorisering kan ske på grundlag af graden af offentlig interesse i det enkelte forelagte spørgsmål, jf. ovenfor i note 17. En tredje kategorisering kan ske på grundlag af domstolenes mere eller mindre omfattende ekspertise på området (f.eks. processuelle spørgsmål over for mere tekniske spørgsmål). Og en fjerde kategorisering kan ske på grundlag af det konkrete retsområdes karakter i henseende til retningsgivende underliggende fundamentale retsprincipper (f.eks. områder af frihedsretlig relevans over for

områder uden sådanne forholdsvis klare udgangspunkter for fortolkningen).

Der kan naturligvis ikke drages generelle konklusioner på grundlag af de ovennævnte eksempler, men måske kan nogle strømpe skelnes. Hvis de nævnte kategoriseringer lægges til grund, synes følgende indicier at fremkomme: I sager med to private parter og fravær af en klar offentligretlig interesse vil domstolene undertiden skride til positiv retsskabelse til fordel for den ene svagt stillede private part (og ofte til skade for den anden). I sager mellem en privat part og det offentlige, hvor der er en klar offentlig interesse, hvor domstolene er specialister og hvor der er klare grundlovsmæssige fortolkningsprincipper til stede, vil domstolene ikke nødvendigvis være tilbageholdende med negativ retsskabelse til skade for den private part. Sager mellem det offentlige (ofte en politisk myndighed, f.eks. en kommunalbestyrelse, et politisk sammensat råd) og en privat part, som indebærer ressourcemæssige konsekvenser, vil enten ikke blive behandlet i substansen eller vil blive afgjort til skade for parten. Domstolene vil som udgangspunkt ikke være tilbøjelige,

45. Preben Wilhelm, *Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85*, Kbh. 1988, s. 327ff. vedr. anvendelse af straffeprocessuelle tvangsindgreb samt Gorm Toftegaard Nielsen, i *Fuldmægtigen 1985.122*, hvor det påpeges, at »domstolene ikke vil efterkomme flere henstillinger fra lovgiver om at anlægge en hårdere kurs overfor miljøovertrædelser. Domstolenes vægring nærmer sig på dette område en obstruktion af den politik, lovgiver som kompetent myndighed har afstukket«. Se om betænkelighederne ved at anvende bl.a. ministerudtalelser som retskilde Preben Stuer Lauridsen i U1980B.317.

især ikke på grundlovsrelevante områder, til at udvikle generelle retningsgivende principper som vejledning i fremtidige sager. Det skal bemærkes, at en række af de nævnte afgørelser er truffet af en delt Højesteret. Såfremt flertallet skifter i de kommende år, vil meget muligvis kunne se anderledes ud.

Man må nødvendigvis spørge, hvilken reaktion domstolene i givet fald ville møde fra politisk side, såfremt de viste en øget villighed til at udbygge den frihedsretlige beskyttelse af borgernes retspositioner. Her må det erindres, at domstolene ikke er tilbageholdende med at indskrænke rettigheder, uanset den politiske reaktion. Hensynene bag de frihedsretlige bestemmelser er i vidt omfang entydige og klare og giver dermed gode direktiver for fortolkning og retsskabende virksomhed, som ikke kan

kritiseres fra lovgivningsmagtens side. Der burde derfor ikke være noget i vejen for, at domstolene søgte at øge beskyttelsen af individuelle retspositioner i forhold til statsmagten, og generelt ville det utvivlsomt blive accepteret af lovgiver. Såfremt domstolene undtagelsesvis blev underkendt af lovgivningsmagten, ville dette ikke nødvendigvis kunne tolkes som en afstandtagen fra lovgivningsmagtens side, men kunne f.eks. skyldes ønsket om en anden retsteknisk løsning end den, domstolene havde valgt eller havde mulighed for at vælge. Domstolene ville efter denne opfattelse være berettigede til at foretage retsskabende virksomhed til styrkelse af individuelle retspositioner. Det er derfor én god grund til at forlade den kasuistisk-pragmatiske arbejdsmetode.

Seks teser om den retlige pyramide

Af Henrik Zahle

Jurister beskæftiger sig med regler. Jurister har lært om regler, da de studerede, nogle lærte dem mere grundigt end andre, men det, man lærte, var *regler*, deres indhold, fortolkning, ikrafttræden, konflikt med andre regler osv. Og den færdige jurist, som praktiserer sin juridiske kunnen, beskæftiger sig med regler – bistår klienter på deres farefulde færd gennem regelvildniset, anvender selv regler som grundlag for afgørelser, stiller forslag om ændring af regler. De regler, som jurister beskæftiger sig med, behandles ofte enkeltvis eller i små portioner. Hvis en jurist skal gøre sig en forestilling om den samlede mængde af regler, danner der sig et billede, en model. Ikke et billede eller en model, der indeholder samtlige regler – for ingen kan i sit hoved rumme samtlige regler – men et billede eller en model, som udtrykker en struktur eller et skema, hvortil samtlige regler kan henføres.

I. Pyramiden præsenteres

Den model, som udtrykker formentlig de fleste juristers opfattelse af det samlede sæt af regler, kan billedligt bedst gengives som en pyramide. En pyramide er som

bekendt en figur, som har en spids top, og som nedad består af en række lag, der efterhånden bliver bredere og er bredest ved basis, der hviler på jorden. Pyramiden er en velegnet model for det samlede sæt af regler, fordi pyramiden afspejler vores indplacering af normer i forskellige lag. Hver enkelt given regel kan indplaceres på et bestemt lag eller niveau, og hver regel kan derfor karakteriseres som højere end, lavere end eller jævnbyrdig med enhver anden regel. I toppen har vi grundloven, under grundloven har vi lovgivningen, men også anden regelfastsættelse, som sker umiddelbart med hjemmel i grundloven. Nedefter fortsættes der så med administrativ regulering, der forekommer i forskellige typer og dermed med forskellige niveaumæssige indplaceringer, og længere nede har vi den lokale, kommunale regulering, institutionsreglementer osv.

Det er ikke nogen tilfældighed, at dette billede ofte dannes på den juridiske nethinde. Det er nemlig et billede, som den juridiske underviser ofte præsenterer de studerende for, gerne i studiets begyndelse, for dermed at præsentere nogle principielle grundregler: En regel på et lavere niveau *afledes* af en regel på et højere niveau. Det er reglen på det højere niveau, der giver

hjemmel for en regel på et lavere niveau eller *hjemmel* for en afgørelse, der kan placeres på et lavere niveau. Hjemmelsreglen selv afledes af eller finder sin *hjemmel* i en regel på et højere niveau. Afledningen eller opbygningen af retssystemet fører tilbage til toppen, nemlig grundloven. Selv om det har været noget omtvistet, hvad der så var grundlovens ankerpunkt, har denne usikkerhed ligget så fjernt fra almindelige juristers daglige virksomhed, at man har kunnet overlade den til retsfilosofferne. Pyramiden som sådan er lige god for det.

Den retlige pyramide er imidlertid ikke blot et pædagogisk hjælpemiddel, som udtrykker forenklede struktureringer af det ellers uoverskuelige sæt af juridiske regler, men afspejler retsopfattelser, som stadig er dominerende. Der findes en række retsfilosofiske og retsdogmatiske opfattelser, der trods indbyrdes forskelligheder udtrykker eller lader sig udtrykke i denne pyramidale struktur.

Det, som her er kaldt den retlige pyramide eller den pyramidale struktur, findes i en række forskellige elementære og videregående juridiske fremstillinger. Den pyramidale struktur kan være udformet på forskellig måde hos forskellige forfattere, men selv om disse forskelle kan være af stor betydning for vurderingen af den enkelte forfatter, gås der ikke ind på dem i det følgende.

Det følgende har som emne en kritik af den pyramidale struktur. Kritikken styrke er afhængig af, hvordan den enkelte forfatter nærmere har udformet sin retsteori, og disse enkeltheder gås der, som nævnt, ikke ind på. Eftersom den kritiske synsvinkel er dominerende, drøfter jeg ikke i hvilket omfang elementer af afledning eller

pyramidal struktur trods kritikken må antages at være gældende.

II. Pyramiden kritiseres

I. Hvor begynder det? Som nævnt er det almindeligt erkendt, at en hierarkisk opfattelse af retssystemet, hvor administrativ forskrift står under lov, lov står under grundlov, efterlader det problem, om der er en regel der er den øverste, og *hvilken* regel dette i bekræftende fald er. Den øverste regel omtales undertiden i stedet som den fundamentale. Den praktiske betydning af problemet er som nævnt beskeden. Den pyramidale struktur kan udmærket praktiseres, uden at man får svar på det stillede spørgsmål. Men for pyramiden som sådan er spørgsmålet fatalt. Svarene har varieret. Man har henvist til en »rule of recognition« (H.L.A. Hart) eller til den basale »grundnorm« (H. Kelsen). I dansk retsteori har problemet særlig optaget Alf Ross.

Uanset hvilket indhold denne yderste spids af pyramiden tildeles, er det klart, at den ikke selv kan bero på en simpel *afledning*. Mens pyramidens øvrige indhold af regulering hævdes at kunne afledes på forskellig måde af pyramidens udgangspunkt, kan udgangspunktet som sådant ikke afledes. Det kan søge sin legitimation et andet sted, f.eks. i en praktiseret »sædvane«, i en norm af moralsk karakter, i en guddommelig indsigt, eller i et postulat om en transcendental egenskab, som herefter karakteriserer hele pyramiden af regulering. Diskussionen om disse forskellige løsninger overlader jeg til retsfilosofien. Afgørende er, at afledningen som strukturelt kendetænkning for forholdet mellem de

enkelte reguleringer ikke giver pyramiden som sådan et fast fæste, der om nødvendigt må søges andetsteds. Allerede dette indikerer, at der måske er problemer i afledningsforholdet også andre steder af større praktisk betydning.

2. Andre retskilder relevante: En skærpet opfattelse af det pyramidale regelhierarki går ud på, at reglens indhold kan fastslås inden for pyramiden. I det omfang retskilder uden for pyramiden inddrages, nedbrydes det pyramidale.

Dette træk ved den radikale pyramideopfattelse er relevant, fordi det må erkendes, at andre retskilder end den egentlige hjemmelsbestemmelse (den trin-højere regel) ofte er relevante for bedømmelsen af et normspørgsmål.

I almindelighed finder vi altså, at »afledningen« inden for det pyramidale hierarki kun afspejler en del af den juridiske argumentation, idet resultatet ofte tillige er betinget af erkendelsen af andre retskilder, f.eks. hensynet til praksis eller til formål, som beslutningstageren tillægger betydning, men som ikke er udtrykt i det forhåndenværende regelsystem.

3. Såvel i beskrivelsen af det samlede system af regler som i argumentationen for den enkelte regels gyldighed og holdbarhed, indgår hensynet mellem de »højere« og »lavere« regler i overvejelsen. Fundamentalt i denne henseende er princippet om »lex superior derogat inferiori«: En regel på et trin-højere niveau går forud for en regel på et trin-lavere niveau, en regel på et trin-lavere niveau udstedt i medfør af en regel på et trin-højere niveau må respektere de grænser og betingelser, som den trin-højere regel fastsætter.

Dette fortolkningsprincip er en praktisk relevant prioriteringsregel, der følger af det pyramidale eller hierarkiske regelsystem. Princippet forudsætter, at enhver regel kan indplaceres på et bestemt niveau, og det udtaler sig om forholdet mellem regler, der er indplaceret på forskelligt niveau. Princippet forudsætter endvidere, at indholdet af reglen på et trin-højere niveau fastsættes uafhængigt af eksistensen og indholdet af den et trin-lavere regel.

Selv om sådanne »niveaumæssige« overvejelser utvivlsomt finder udtryk i praksis, må det dog samtidig erkendes, at forholdet mellem regler af disse typer ofte bedømmes under inddragelse af en række *andre* elementer, som ikke bekræfter betydningen af den pyramidale struktur. Navnlig påvirkes vores antagelse om de »trin-højere« regler af eksistensen af og indholdet af de »trin-lavere« regler. Vi taler om »fortolkning« og bruger dette til at forebygge regelkonflikter, som ellers skulle være løst af en automatisk anvendelse af princippet om »lex superior«.

Det er ikke meningsfuldt at søge fastlagt indholdet af en norm, der hævdes at befinde sig på et trin-højere niveau, uden at have i tankerne, hvilke normer og afgørelser der findes (eller som kunne ønskes) på et niveau, som opfattes som et trin-lavere. Der sker en integration af overvejelserne, hvor niveauforskellen træder i baggrunden. Og hvor niveauforskellen i resultatet træder frem som afgørende begrundelse, er denne tilsyneladende afgørende henvisning til niveauforskellen for en bredere analyse betinget af, at beslutningstageren ikke på anden måde har kunnet eller ønsket at afværge regelkonflikten.

4. I den pyramidale struktur har regelhi-

erarkiet en parallel i et pyramidalt myndighedssystem. Ligesom den kommunale vedtægt står under bekendtgørelsen, som på sin side står under loven, således står kommunalbestyrelsen under ministeren, der på sin side står under lovgivningsmagten.

Men også i det organisatoriske er der vanskeligheder ved at etablere et acceptabelt afledningsforhold. Myndighedsetableringen foregår ikke *blot* på den måde, at en højerestående myndighed etablerer den laverestående, der så til gengæld eventuelt videredelegerer sin kompetence til en af den etableret endnu lavere myndighed. Tværtimod er de enkelte organer ofte indbyrdes sammenhængende på den måde, at »lavere« institutioner bidrager til etableringen af »højere« institutioner. Det er således ikke muligt at gennemføre en valghandling til et parlament, uden at administrative myndigheder deltager, f.eks. til afgrænsning af berettigede stemmer, tilrettelæggelse af valghandling, optælling af stemmer m.v. »Lavere« institutioner deltager i konstitutionen af »højere« institutioner. Hvis der skal tales om en afledning, går der en afledning i begge retninger.

5. Den pyramidale regelstruktur forudsætter, at en hvilken som helst regel hører hjemme et bestemt sted i pyramidens lagdeling.

Men det er ofte vanskeligt at afgøre, i hvilket lag en regel hører hjemme, og afgørelsen er ikke altid entydig. Når det gælder regler uden for pyramidens, som ellers ikke nøjere skal omtales, kan det undertiden være særligt vanskeligt at afgøre, på hvilket niveau en sådan regel skal indplaceres.

Eksempelvis er i dansk ret spørgsmålet

om de forfatningsretlige sædvaners indplacering omstridt – nemlig spørgsmålet om disse sædvaner skal indplaceres som gældende på »grundlovsniveau« eller med lavere rang. Dette meget almene spørgsmål er egnet til at lede opmærksomheden bort fra det, som er det praktisk og politisk vigtige. For selv om den pågældende sædvane blev indplaceret »korrekt«, er den jo netop ikke afledt inden for pyramidens rammer. Den er konstitueret på anden måde. Indplaceringens funktion er derfor at give udtryk for en stillingtagen til et andet spørgsmål, oftest anvendelsen af »lex superior-princippet«. Når sædvanen er indplaceret på et niveau, kan det hævdes, at sædvanen ikke lader sig ændre af regelsættelse på lavere niveauer. Men sædvaneretten er et fremmedelement i dette hierarki, for den er jo ikke afledt af nogen højerestående norm, men har en helt anden oprindelse. I dansk forfatningsret drøftes, om domstolenes prøvelsesret med hensyn til lovens grundlovsmæssighed, der ikke har hjemmel i grundloven, men er hjemlet i en sædvane, gælder med »grundlovsrang«, dvs. med samme kraft som hvis den var hjemlet i grundloven selv, eller gælder den kun med lovkraft, dvs. den vil kunne ophæves ved lov. Det første er den almindelige opfattelse, det sidste er hævdet af Alf Ross. Efter min opfattelse er kriterierne for denne sædvanerets indplacering i hierarkiet kun omsvøb, der tilslører en stillingtagen til, om en sådan sædvane bør kunne ophæves ved lov, eller bør sikres en mere bestandig eksistens. Lad os da hellere diskutere dette spørgsmål direkte.

6. Mens jeg i de foregående afsnit har betragtet den retlige pyramide som sådan, og anskuet nogle af de problemer, som er

forbundet med dens etablering og anvendelse, set indefra, vokser mængden af problemer i den pyramidale billeddannelse, når man erkender pyramiden som én blandt flere.

Der er en verden uden for den enkelte pyramide. Der er regler, som ikke er en del af »vores« nationale retssystem.

Grundlov eller lov kan have taget stilling til den nationale anvendelse af international ret. Men international ret har videregående betydning.

Det er en tendens, som har international udbredelse, at søge anvendelsen af international ret legitimeret i forhold til det pyramidale system. Anvendelsen af international ret legitimeres ved henvisning til grundsætninger om »fortolkning« og »formodning«, begge grundsætninger der som sit subjekt har lovgivningsmagten. Afgørende for, i hvilket omfang international ret skal kunne anvendes, er efter disse grundsætninger, hvordan *lovgivningsmagtens* holdning til anvendelsen af international ret må »fortolkes« eller »formodes« at være. Imidlertid er disse forestillinger om lovgivningsmagtens holdning til anvendelsen af international ret i almindelighed ganske uden fundament i nogen erkendelse af, hvad lovgivningsmagten i historisk forstand har ment om spørgsmålet. Der er jo netop ikke taget stilling til spørgsmålet fra lovgivningsmagtens side. Fiktionen om lovgivningsmagtens opfattelse er derfor i almindelighed en argumentation, der blot søger at give en opfattelse, der har sin begrundelse et andet sted, et fodfæste hos lovgivningsmagten, og dermed relateres anvendelsen af international ret til den retlige pyramide.

Anvendelsen af international ret har i de enkelte retssystemer, også i de retssystemer der traditionelt har taget et dualistisk udgangspunkt, taget et sådant omfang, at rammerne ikke længere kan sættes som (fiktive) forestillinger om, hvad lovgivningsmagten har ønsket.

III. Pyramider og polycentri

Den pyramidale hierarkisering af det retlige kan ikke opretholdes som integrerende struktur af det totale retlige materiale. Er der et ordnende mønster i det retlige materiale, er det mere kompliceret. Denne erkendelse er forlængst gjort af retsantropologer og retssociologer, der beskriver retten som et *pluralistisk* fænomen: Retten produceres ikke blot i staten eller i offentlige myndigheder, men udgår tillige i forskellige former fra en række private og halvoffentlige enheder. Denne mangfoldighed lader sig ikke forene med en teori om en pyramidal struktur som den dominerende.

Den retssociologiske indsigt har en normativ eller retsdogmatisk relevans: At retten udgår fra *flere* centre, altså er *polycentrisk*, anfægter de normative principper, som i almindelighed afledes af den pyramidale struktur, og begrunder andre, mere nuancerede normative principper for eller argumentationsmønstre om forholdet mellem forskellige retskilder.

Den pyramidale hierarkisering af det retlige er ikke en adækvat model for det samlede retssystem – hverken når det gælder (ekstern) beskrivelse eller (intern) afgørelse af, hvad der er gældende ret.

Henvisninger

ad I

Den pyramidale struktur findes blandt andet hos H.Kelsen: *General Theory of Law and State*, og H.L.A.Hart: *The Concept of Law*, Oxford 1961, og i dansk retsteori Alf Ross: *Ret og Retfærdighed*, København 1953. Pyramidens pædagogiske gennemslag ses i adskillige lærebøger i privat ret og i offentlig ret.

ad II

Om pyramidens top/bund, H.L.A.Hart (*a.st. 1961*) kapitel VI, Alf Ross (*a.st. 1953*) § 16, jf. Alf Ross: *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig og Wien 1929, kapitel XIV.

Om lex superior-princippet, navnlig T.Opsahl: *Delegasjon*, Oslo 1965, se endvidere Alf Ross (*a.st. 1953*), p 155.

Om de forfatningsretlige sædvaner, Henrik Zahle: *Dansk Forfatningsret*, bd. 1, København 1989, kapitel 4, Peter Germer: *Statsforfatningsret I*, København 1988, pp 44, 106f. Særligt om domstolenes prøvelsesret, Henrik Zahle (*a.st. 1989*), bd. 2, p 330f med henvisninger.

Formodnings- og fortolkningsreglen er gængse i international ret. Se C.Gulmann, J.Bernhard og T.Lehmann: *Folkeret*, København 1988, p 87f, og S.Stenderup Jensen, *UfR 1990 B p 1f*, kritisk Henrik Zahle (*a.st. 1989*), bd. 2, p 97f.

ad III

Den pyramidale struktur kan ses som en bestræbelse på at integrere retten i en sammenhængende og harmonisk model. Harmonisk integration er tilstræbt på anden måde, og den anførte kritik angår ikke disse bestræbelser.

Den juridiske humanisme og Osterssøn Veylles Glossarium

Af Inger Dübeck

I. Den juridiske humanisme

Humanismen som åndelig europæisk strømning i perioden 1500 til 1700 satte mennesket og dets muligheder i centrum og var følgelig også optaget af de store problemer om rettens væsen, om ret og etik, og om retfærdighed. Men humanismen medførte også en ny måde at tænke på inden for juraen. Man forlod den middelalderlige, skolastiske forestilling om, at retten var en struktur, hvorpå samfundet kunne bygge (»Med lov skal land bygges«). Retten blev et vindue, hvorigennem man kunne iagttage samfundet.

Man genoptog studiet af de klassiske kilder med en fornyet sproghistorisk og retshistorisk metode og fejede postglossatorernes overlæssede og notetunge kompilationer af bordet.¹ Det blev første gang i historien, men ikke den sidste, hvor en ny teknologi, bogtrykkerkunsten, kom til at influere på humanistisk forskning. Bedre og lettere tilgængelige kildeudgaver, kommentarværker og fremstillinger af lexikografiske værker førte til fremvækst af en egentlig tekstkritik. Den videnskabelige kildekritik blev afgørende for enhver humanistisk forskning.

Ikke kun klassiske, romerretlige og byzantiske retskilder blev sendt i trykken.

Også de nationale landretter og lokale sædvaneretlige samlinger sikredes på denne måde en bredere læserkreds. Med den forstærkede interesse for videnskabelig metode fulgte et behov for mere effektive oversigter og hjælpemidler. En hyppigt forekommende humanistisk litteraturtype blev kommentarværket til romerske retskilder. Med den forenkledede teknologiske fremstilling fulgte imidlertid muligheden for misbrug. Forestillinger om beskyttelse af ophavsretlige interesser opstod som følge af en ukontrolleret kommerciel udnyttelse af andres manuskripter til pirattryk.

Den juridiske lexikografi blomstrede i det 16. århundrede. Trykkeskabet viste sig fortræffeligt netop til opstilling af »massedata«. Med forsigtighed tør man vel sammenligne dette teknologiske tigerspring med den moderne datateknologis betydning for den ny humanistiske forskningsbølge, som er i færd med at bibringe os bedre videnskabelige metoder og øget kritisk formåen.

Den humanistiske epoke kendte især to slags juridiske lexika, nemlig de, som for-

1. O.F. Robinson, T.O. Fergus and W.M. Gordon, *An Introduction to European Legal History*, 1985, 284-85.

klarede sjældne, tekniske termini og de, som først og fremmest tjente et praktisk informationsformål, og som bestod af alfabetisk ordnede småartikler skrevet i et almenforståeligt sprog. De fleste opfyldte dog begge formål.

Det klassiske forbillede for humanisternes lexika hentedes fra Digesterne D 50,16 *De verborum significatione*, som især fik betydning for udviklingen af sproglexika, mens D 50,17 *De diversis regulis iuris antiqui* blev retningsgivende for reallexika. I løbet af det 17. og 18. århundrede opstod også lexika til nationalretlige begreber og institutter. Området for lexika og håndbøger skulle i øvrigt blive jagtmark for boghandlerspekulation, hvortil kom, at også større og berømte forfattere brugte »negre« til udarbejdelsen af deres kommercialiserede lexikografi.²

II. Christen Osterssøn Veylles »Glossarium Juridicum«

I 1641 udkom i Danmark et Glossarium Juridicum-Danicum som dels falder ind under gruppen af nationalretlige lexika, dels nærmest må betegnes som et reallexikon. Dette glossarium var forfattet af rådmand i Roskilde, Christen Osterssøn Veylle. Førsteudgaven hvilede på et trykkeprivilegium udstedt af Christian IV af 19. oktober 1641. Det gav ham beskyttelse imod andres eftertryk eller udnyttelse af værket i 10 år. Den akademiske censur på værket var udført af den juridiske professor Claus Plum (1585-1649), der i øvrigt meget ivrigt støttede Osterssøn Veylle med råd og dåd under udarbejdelsen.

Anden udvidede og forbedrede udgave kom i 1652 og hvilede på et privilegium af

1. august 1650 udstedt af Frederik III. Heri fik han sikkerhed for at ingen i 15 år måtte lade trykke her i riget eller andetsteds fra trykt lade indføre glossariet uden hans eller hans arvingers samtykke.

Sidste udgave fremkom i 1665, netop 15 år efter det andet privilegium. 2. udgaven blev trykt hos universitetsboghandler og bogtrykker Melchior Martzau og Jørgen Holst, mens 3. udgaven var trykt hos Henrick Gøde på Joachim Moltkes arvingers bekostning. Joachim Moltke havde været kompagnon med Martzau. Osterssøn Veylle må nok antages død inden 1665-udgaven. Moltkes arvinger synes at have haft en økonomisk interesse i at stå for den tredje udgave.

Man ved næsten intet om Osterssøn Veylle, end ikke hvor eller hvornår han var født, og hvornår han døde. Han havde i 7 år været kgl. beskikket herredsfoged i Fakse. Desværre eksisterer der ingen retsprotokoller fra Fakse Herred eller Sjællands Landsting fra 1600-tallet. Vi kan ikke ad denne vej skaffe oplysninger om hans indsats som dommer.

Stig Juul mente, at Veylle oprindelig havde været skriver hos de 4 brødre Jørgen, Christoffer, Sivert og Frederik af slægten Urne, og at Jørgen Urne (1598-1642), der i 1624 var blevet eneejer af Alslev i Fakse Herred, havde skaffet ham beskikkelsen som herredsfoged.³

En drabssag, der blev afgjort af Kongens Retterting 26. april 1639 udsprang af begi-

2. Hans Erich Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, i: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II*, 1, 1977, 615-795.

3. *Dansk Biografisk Leksikon XXV*, 1943, 281-82.

venheder, der havde fundet sted i Roskilde mellem rådmand Marcus Matzen og en person, Søren Møller.⁴ Den anklagede rådmand havde tidligere været byfoged i Roskilde og udnyttede øjensynligt alle processystemets muligheder i sit forsvar. Han blev dog dødsdømt og eksekveret. I forbindelse med et af vidnerne, Karen Michelsdatter, optrådte Christen Osterssøn Veylle som advokat for den dræbtes efterladte.

Søren Møller var hin ulyksalige dag ankommet til rådmandens hus sammen med adelsfrue Hilleborg Holck, enke efter rigsgreve og feltmarskal Henrik Holck. Osterssøn Veylle kan være blevet bedt om at bistå de efterladte af fru Holck, under hvem Søren Møller kan have tjent. Veylle fik pigen til at ændre sit vidneudsagn ved at true hende med fængsel for falsk vidnesbyrd og som medvider i drabet. Både landsdommeren og Rettertinget blev overbeviste om, at hun havde ønsket at støtte Marcus Matzen og »sådan drab og gerning med ham at dølge«.

Christen Osterssøn Veylle var nok væsentlig dygtigere end de fleste herredsfogder på den tid. Man kan spekulere på, om hans energiske indsats i denne sag mon var medvirkende til, at han kom til at overtage (den dømtes?) position som rådmand i Roskilde i 1639. Måske havde Sivert Urne (1603-61), der var lensmand på Roskildegård 1632-41, gjort sin indflydelse gældende, og måske stod Jørgen Urne bagved, fordi han som dommer på Kongens Retterting kunne bekræfte Osterssøn Veylles store indsats i sagen mod Marcus Matzen.

Det kan ikke udelukkes, at han som ung mand har fulgt en af brødrene på dennes uddannelsesrejse til udenlandske universi-

teter som tjener og derigennem tilegnet sig et vist indblik i tidens jura og videnskabelige strømninger. Han ses ikke at have været indskrevet ved noget fremmed universitet.⁵ Måske har han rejst sammen med Jørgen Urne på dennes studierejse i 1617 i Holland og Frankrig. Jørgen Urne blev medlem af rigsrådet i 1632, efter at kongen havde fået ham udpeget til rigsmarsk.⁶

Måske vil det være muligt at lære Osterssøn Veylle lidt bedre at kende ved at nærlæse hans værk. Han fortæller i sit forord, at han til personlig brug var begyndt at udarbejde et register til den eksisterende lovgivning efter forbillede af Blasius Eckenbergers *Repertorium Alphabeticum*.

Blasius Eckenberger var landrets- og amtsskriver i Flensborg i midten af det 16. århundrede. I »En Dansk Lovhistorie« fortæller retshistorikeren Peder Kofod Ancher (1710-88), at allerede i håndskrifterne til »vore gamle love« fandtes »få som ikke tillige havde nogen forklaring over lovens mørke ord«. Nogle forklaringer var gode og rigtige, men oftest var de til »liden opbyggelse«.

Efter Peder Kofod Ancher var repertoiret til dels en »ordbog til at forklare hvad ord der forekommer i love og forordninger«, men til dels kun et register til at finde de materier, der søges efter. Han var ret kritisk over for kvaliteten af mange ordforklaringer og forvanskede stoveformer. Den

4. Vivian Etting, *En mordsag i Roskilde*, i: *Romu, Årsskrift fra Roskilde Museum*, 1987, 33-40; *Danmarks Riges Dombog 1639*, Nr. 41 fd. 151-162, Rigsarkivet.

5. Denne oplysning er venligst givet mig af overarkivar, dr.phil. Vello Helk.

6. *Dansk Biografisk Leksikon XXIV*, 1943, 539-40.

fortegnelse over lovgivningen, Eckenberger havde tilføjet, var som lovhistorie betragtet »meget ufuldkommen og urigtig«. Dens eneste berettigelse var, at den var den første af sin art.⁷

Nære venner (Urne-brødrene?) havde opfordret Veylle til at delagtiggøre andre i sit register. Han fik råd og hjælp fra flere sider og skabte herefter sit »Glossarium Juridicum«, der af mange blev modtaget med begejstring. Det var det første mere omfattende arbejde på dansk, der forsøgte på en overskuelig måde at bringe overblik over lov og ret. Første oplag blev, som han selv oplyser, efterspurgt af mange og sikkert ret hurtigt udsolgt.

I 1652-udgaven udvidede han Glossariet til også at omfatte norsk ret, en udvidelse, der kunne være inspireret af rigskansler Christoffer Urne, som i en længere periode (1629-42) var norsk statholder. »Glossarium Juridicum Danico-Norvegicum«, som det nu kaldtes, karakteriserede Osterssøn Veylle selv på titelbladet som et »General-Register over alt, hvad de danske og norske love indeholder beregnet for alle, som forårsages enten active eller passive Retten at bruge«.

Titelbladet indeholder også hans motto kendt fra den apokryfe Jesus Syrachs Visdomsbog 10: »Fordøm ingen førend du tilforn ved sagen, forstå det først og straf der efter«. Syrachs Visdomsbog fra ca. 170 f.kr. er også den kilde, hvorfra han øser i store dele af sin nye dedikation til Frederik III og rigsrådet. Den synes tillige et forbillede for Osterssøn Veylle i henseende til at ville oplyse om alle tænkelige livsforhold, herunder lovstudier.

Dedikationen, der fyldte 19 sider og var holdt i en højstemt stil, var spækket med bibelske citater om vise regenter, retfær-

dighed og Guds lov efterfulgt af en på grundlag af Saxo og Arild Huitfeldt (1546-1609) opbygget historisk oversigt over de danske og norske konger, der især berømmes for gode love med opregning af disse.

Han håbede sikkert via sin dedikation på nødvendig protektion fra rigsrådet, idet han mente, at hans værk tjente almenvellet, *publici boni causa*, men også fordi han som fattig mand havde brug for beskyttelse. Han krydrede dette ved nogle bibelcitater i tidens ånd: »Når den rige taler, da tier hvermand, og løfter hans ord op til Himmelen, men når den Fattige taler, da spørges, hvem er det?«

Lidt af Osterssøn Veylles personlighed afsløres både i »Dedicatio'en« og i det derefter følgende forord til »alle christne og lovkærelskende læsere«, der fylder 8 sider, og som efterfølges af en lovoversigt på 9 sider. Når man har skrællet datidens højtidelige fraser og manerer væk, fremstår billedet af en klog og varm person med stærkt engagement. Han har næppe været helt så ydmyg eller bange af sig, som han giver udtryk for med tidens stilistiske underdanighed. Det var vigtigt at sikre sig såvel majestætens som de stores bevågenhed. Dem kritiserer han ikke, men nok de lavere myndigheder.

Hvis noget utilbørligt sker eller lovene tilsidesættes, »kan det ikke tilskrives den høje øvrighed som giver lovene, men underøvrigheden, som ikke alvorligt efter underdanig pligt overholder, hvad der er

7. Peder Kofod Ancher, *En Dansk Lovhistorie I*, 1769, 215 ff, se også Poul Johs. Jørgensen *Dansk Retshistorie*, 1971, 133, hvor de øvrige juridiske hjælpeværker fra 1600-tallet nævnes.

foreskrevet, men af forsømmelse og uagtsomhed eller måske for venskabs, frygts eller egen fordels skyld lader en stor del ustraffet passere, som ikke burde«.

Det er nok lidt koketteri, når han undskylder, at bogen er blevet vel omfattende, men at det skyldes, at han ikke har »vidst at bruge nogen høj subtil stil eller fremmede ord«. Han bestræbte sig jo netop på at forklare tingene på godt dansk.

Mange fremtrædende folk skulle have anmodet ham om at fremstille en oversigt over de almindelige procesretlige regler i sin bog. Sin egen kritik af det uoverskuelige processystem slørede han med den elegante bemærkning, at han da gerne ville omtale den, men at han ikke havde kunnet, da hvert land og hver provins har haft sine særlige former for procesregler. Han har derfor ikke vovet at foreskrive det ganske kongerige Danmark en særlig procesform, hvor der ikke forelå særlig kgl. befaling.

Han indrømmede, at det ville have været en fordel, og at det ville have kunnet hindre megen »ulempe, som både uforstand og vankundighed medfører, såvel som forhindre hine gamle tingstude og trættebelle udi deres foretagne lovkroge og udflugter, hvorved de hidser folk tilsammen og udsuger de fattige og simple, som ikke forstår systemet samt forvirrer underdommerne«. Det blev i øvrigt netop ønsket om en overskuelig proceslovgivning, der kort tid efter enevældens indførelse satte gang i den lovreform, der førte til skabelsen af Danske Lov i 1683.

Osterssøn Veylle mødte også kritiske røster, hvortil han svarede, at han da gerne ville forbedre sit arbejde, men at mange mennesker, som han havde ventet hjælp fra, i stedet havde mødt ham med »had, misgunst og eftertale«. Nogle havde endog

ytret »Hvad kommer det ham ved? Han burde tage sig andet til. Det er aldrig hans gerning, men andre har hjulpet ham derudi. Hvad komme Guds Lov, som han indføre, det ved. Man skal jo dømme efter loven og ikke efter Bibelen, etc.« Han antyder, at det på baggrund af disse »hadske, misundelige eller falske menneskers domme« måske havde været bedre »for mig og mine«, om han havde holdt sig fra dette arbejde, og »som de sige«, »taget mig andet til«.

Men arbejdet har bygget på »Lyst og Kærlighed til lovens overensstemmelse og concordans at gøre«. Han var besjælet af forskerens kærlighed og iver til sit projekt. Han kunne slet ikke lade være, så meget mere som de, der både kunne bedre eller havde bedre forudsætninger, ikke for deres bestillinger havde tid til det. »Skulle det oc forbydes den som havde lyst til umage uden al fortjeneste, da fremkom jo aldrig noget til almenhedens nytte«.

Det pinte ham, at man påstod, at det ikke var hans eget arbejde. Han tilstod gerne, at han havde rådspurgt »retsindige lærde og forstandige folk«. I forbindelse med førsteudgaven havde nu afdøde professor i jura Claus Plum bakket ham kraftigt op og nærmest befalet ham at udføre arbejdet.

Kritikken af henvisningen til Guds Lov som »rette grund og fundament på alle verdslige love« blev imødegået med en henvisning til, at vi må lære af de samme love, som Gud har givet sit eget folk, så vi kan dømme, hvilke synder der er aller mest vederstyggelige for Gud, og hvorledes samme synder »efter Guds og den Naturlige Lov, og ikke som menneskene syntes selv retten skal være, skulle straffes«. Hvis ikke regenten og øvrigheden vidste, at de handlede efter Guds befaling, da kunne de

aldrig have en god samvittighed, når de skulle afgøre sager, som gjaldt livet.

Flere punkter var måske mere stilistiske end egentlig udtryk for en faktisk erfaring, mens andre snarere udtrykte en fremherskende opfattelse i samtiden. Om Christian IVs »kongelige og faderlige omsorg« sagdes, at den lod sig til syne, når han selv sad i retten til Herredagen, hvilket var almindeligt, og at man med stor glæde hørte hans kongelige »høje visdom udi dom og ret«, hvilket de, som besøgte retten, hørte på med forundring og med god samvittighed kunne bære vidne om. Denne bemærkning var ikke fri for tillige at ose lidt af kongerøgtelse.⁸

Men skønt kongen havde skabt gode love, kunne folk i almindelighed, ja endog dommere ikke få fat i alle udgivne love, og det medførte efter Osterssøn Veylle tvivl og usikkerhed. Skånske Lov og de Sjællandske love var næsten ikke til at opdrive, og hvor de fandtes, var de »på den gamle stil og meget ulæselig og ej til grund af den gemene mand at forstå. Osterssøn Veylles mission var derfor at forklare lovenes »gamle ord og mørke gloser«.

Han havde hørt fremtrædende folk udtrykke ønsket om, at Danmark, som havde »een Gud, een Tro, een Konge og Herre«, også måtte være under »een Lov, nemlig den Jydske, eftersom den er mest fuldkommen og best læselig og for den gemene mand lettest at forstå«. Det er både en politisk iagttagelse og samtidig udtryk for datidens statsretsfilosofiske forestillinger om enhed eller uniformitet, »unus rex, una lex et grex unus« (en konge, en lov, et samfund).⁹

Sammen med rigsrådet, hvoriblandt Christoffer Urne befandt sig, besluttede Christian IV i 1643 at udsende en samling

af de vigtigste love under titlen »Kong Valdemars Low«, fordi kongen havde bragt i erfaring, at der i riget skulle være »mærkelig stor brøst på de jyske lovbøger«, såvel de trykte som de utrykte. Hertil kom, at mange af dem var mangelfulde, »ganske sentenser på samme steder at være udeladt«, en del var »vrangeligen prentet og skrevet«, en del var skrevet på et dansk som var »formørket«, og meningen så uklar, at almindelige mennesker kun dårligt kunne forstå dem.

Dommerne, og især herredsfogderne var ofte i stor tvivl om, hvilke lovbøger de skulle følge, og hvorpå de skulle begrunde deres domme. En del af kritikken havde samme retning, som den kritik Osterssøn Veylle fremsatte i 1641-udgaven af glosariet. Måske havde han påvirket kongen og regeringen.

En anden samtidig, praktisk uddannet jurist havde for Skånes vedkommende udarbejdet en oversigt over dansk ret, dog med et andet formål. David Svensen, der fungerede som landsdommer i Halland, blev efter Brømsebrofreden 1645 af guvernør C.O. Sperling bedt om at skrive en slags håndbog i dansk retspleje, idet Halland fortsat skulle følge dansk ret, selv om der indsattes svenske embedsmænd.

Håndbogen, der blev udarbejdet i 1648, bærer titlen »Breviarium Juridicum Hallandicum«. Den kan i form af afskrifter have

8. Ditlev Tamm, *Christian den Fjerdes Kanslere*, 1987, 105-108, tegner et mere nuanceret billede af Christian IV som dommer.

9. I sin *Danmarks Riges Krønike* fra 1603, Bind I, udtrykte Arild Huitfeldt den tanke, at Jyske Lov burde forordnes i brug over hele riget, 206. I Bind II, om Christian I, i fortalen fremhævede han forestillingen om retsenhed.

været brugt af underrettsdommere i en kortere periode, hvorefter den blev glemt, og den blev først trykt 1895 som et historisk kuriosum.

Den gengav og forklarede regler fra Jydske Lov, Skånske Lov, de sjællandske Love og Rigens Rets Dele, 1643-recessen samt nogle af de ældre recesser og andre vigtige love fra det 16. og 17. århundrede. David Svensen var bekendt med Christen Osterssøn Veylles Glossarium.¹⁰

Vi ved lige så lidt om David Svensens uddannelsesmæssige baggrund, som vi ved om Osterssøn Veylles. Begge synes at have et vist kendskab til både tysk-romersk og national ret. Heller ikke om David Svensen findes oplysninger om immatrikulation ved noget udenlandsk universitet. Det er nok mest sandsynligt, at begges kendskab til den lærde ret stammer fra praktisk erfaring som sekretær eller ting-skriver, fra selvstudium og en slags privat-manuduktion fra lærde velydere.

Osterssøn Veylle selv blev måske undervist af en eller flere af brødrene. I 1641-udgaven, der indledes med en særlig dedikation til dem, »mine mægtige befordrere og gunstige husbonder«, udtrykte han sin taknemlighed over deres mangfoldige velgerninger imod ham »siden jeg uværdig er kommen udi (brødrenes) kundskab og tjeneste«.

III. Enkeltartikler

De enkelte artikler har normalt et ledende stikord på dansk eller norsk efterfulgt af en latinsk oversættelse. Kofod Ancher kritiserede skarpt den efter hans mening overdrevne anvendelse af latinske ord. Han kunne »gerne have udeladt de fleste« enten

fordi de er unødvendige eller forkert oversat. Ancher mente, at Veylle havde villet vise »alt det latin, han vidste«.¹¹

Efter det ledende stikord fulgte en nærmere forklaring på begrebet, eventuelt som et citat fra en angivet lov eller fra anden retskilde med detailleret angivelse af de konkrete bestemmelser. I mange artikler findes krydshenvisninger til andre opslagsord samt henvisninger til den lærde, også historiske litteratur eller til bibelen. En del artikler er pædagogiske oversigtsartikler, hvilket muligvis også skyldes inspiration fra Blasius Eckenberger.

Kofod Ancher afslørede et lille mysterium vedrørende en tegning forestillende et slægts- og svogerskabstræ. I 1665-udgaven findes den indklæbet ved artiklen om slægtskabsnærhed, (»linier«). Den burde imidlertid være indføjet ved artiklen »svogerskab«. Efter Ancher havde førsteudgaven imidlertid to tegninger: en forestillende et slægtsskabstræ vedrørende arv ved artiklen om »linier«, og en anden ved artiklen om svogerskab, der forestillede det omtalte slægts- og svogerskabstræ.¹²

Mange artikler handler om procesretlige forhold, og flere af dem har form af pædagogiske oversigter, således f.eks. over edstyper i processammenhæng og hvorledes disse skulle aflægges. Yderligere opregnes de eder, der skulle aflægges ved indsættelse i gejstlige og verdslige embeder af enhver art. Ordlyden af de vigtigere eder gengives under stikordene: hyldnings-ed, borgmestered, borgered, dommered.

10. Inger Dübeck, *Fra gammel dansk til ny svensk ret. Den rettlige forsvenskning i de tabte territorier 1645-1683*, 1987, 69-74.

11. Peder Kofod Ancher, I 226.

12. Peder Kofod Ancher, I 222.

I forbindelse med omtalen af nævninger, *nominati*, gives en beskrivelse af de geografiske forskelle med hensyn til udpegning og funktioner samt en oversigt over de 7 forskellige nævningearter og over 11 sagstyper med ransnævninger. Også til omtalen af sandemandsnævnet er føjet en oversigt over de 12 sagstyper, hvori sandemænd skulle sværge.

Glossariet afsluttes i øvrigt med en for datiden sikkert nyttig oversigt eller »Tractat over alle de faldsmål og bøder, som findes udi alle vores (her udi Glossario allegerede) love og statutter« begyndende med 1 skillings-bod via højere bøder indtil den højeste, som er 1000 dalers bøder, som kunne ramme adelen samt jøder, der forsøgte at trænge ind i riget uden lejdebrev. En-skillingsboden kunne idømmes den, der bandede i retten; det var en bøde til dommeren.

Osterssøn Veylle definerede flere retsbe- greber, som ikke direkte fremgik af be- stemte lovtekster, således f.eks. »Landslov og Ret«, »Lov« og »Sædvane«. Om Landslov og Ret, *Jus civile* siger han, at ingen er mægtig at tilsidesætte eller »*cassere*« den med nogen »*exception*«. Om Lov, *Jus* eller *Lex* siger han, at »den første lov blev gjort og given af Gud selv«, mens »lov som vi her udi Dannark bruge, kaldes kong Valde- mars Lov. Thi den er given af Kong Valde- mar, dog ikke af een konge, men to«. Her henvistes til Arild Huitfeldt. Kofod Ancher var meget kritisk over for Osters- søn Veylles almindelige historiske over- sigter, som han fandt fulde af fejl, fordi han havde støttet sig mere på Huitfeldt og Saxo end på kilderne.

Sædvane, *consuetudo*, beskrives som »vis og skik eller og gammel brug og vedtægt«. Artiklen er forsynet med en

længere note. Det tilføjes heri, at gammel vis og brug kan følges i de sager, som i loven ej findes »klarlig specificeret« efter enhver steds gammel herkomst, lejlighed og sædvane, hvortil han føjede: Hvor ingen skreven lov og ret er, der gjælder vane og brug, når den ej strider mod Guds og Naturens Lov, thi den Sædvane eller brug, som er åbenbart mod Gud og Retten, bør ey at efterfølges, men afskaffes. Resten af noten omtaler flere eksempler på ulov- lige sædvaner, som ikke må følges.

Der er næppe tvivl om, at Osterssøn Veylle har været åben for mere specifikke retshistoriske problemer. Et enkelt stikord foranledigede ham således til en indgående retshistorisk fremstilling, nemlig begrebet *vornede*, hvorom han oplyste, at han »tit og ofte har hørt fornemme folk tale om, hvad sådan vorneders ufriheds årsag og begyndelse havde været«. Ingen af dem, han selv havde rådspurgt, havde været i stand til at svare derpå, skønt han »end også (har) søgt hos vores Lands scribenter, så vel som vores love efterslået«.

Han forkastede ældre forklaringer, hvor- efter ufriheden skulle stamme fra Valde- mar 2's frikøbelse fra fængsel, som alle i Danmark bidrog til bortset fra bønderne på Sjælland og Lolland, hvorfor de skulle være blevet straffet med vornedskabet. Osterssøn Veylle påpegede, at ordet fore- kommer i kilder ældre end Valdemar Sejrs frikøbelse, og nævner tillige, at han har »fundet udi en gammel på pergament skreven bog, hvor udi findes Copier af skøder og adkomst på alt det gejstlige gods, som udi de store biskoppers tider har været givet, købt og mageskiftet, så og ligget til ærkebiscopens bord i Lund udi Skåne Stift og biskopsdømme, oplysnin- ger, som viser, at de vornede var dem, der

med lyst boede på stedet, og som var under herremandens beskyttelse«.

Den gamle pergamentsbog kan han have set i landsdommer Jørgen Seefelds (1594-1662) meget store bibliotek på Ringsted Kloster eller hos professor Stephanus (1599-1650) i Sorø, der både havde kong Valdemars Jordebog, Roskilde Bisps Jordebog 1370, samt Odensebogen 1470. Jørgen Seefeld sagdes at eje over 26.000 bøger, og at give adgang til lærde fra ind- og udland.¹³ Han kendte ihvertfald Jørgen Seefeldt fra sit hverv som advokat for arvingerne efter den dræbte i sagen mod rådmand Marcus Matzen, hvor Jørgen Seefeldt havde fungeret som landsdommer.¹⁴

De vornede på Sjælland, Lolland, Falster og Møn havde været betragtet som trælle og slaver, ja som bæster. Osterssøn Veylle vovede ikke at slutte noget endeligt om denne ufriheds årsager, bortset fra lang tids brug og hævd, en opfattelse, som Kofod Ancher tilsluttede sig.

Men han oplyste, at Christian IV for nylig havde forsøgt at ændre forholdene for disse bønder og skaffe dem frihed. Samtlige medlemmer af rigsrådet og størstedelen af adelen havde samtykket deri. Trods dette havde kongens »gode og længe ønskede forsæt ... ikke haft sin formodede ... fremgang, af årsag nogle få adelspersoners imodsættelse og påståede friheder, som hans kgl. May. ikke uden deres samtlige bevilling og tilladelse i nogen måder ville forandre ...«.

De gode intentioner blandt de bedst uddannede i højadelen faldt til jorden på grund af et mindretal af magt- (og pengegriske?) landadelsfolk. Noget kunne tyde på, at Osterssøn Veylle havde sin viden som inside-information. Det var netop

Jørgen Urne, som havde forelagt kongens forslag om afløsning af vornedskabet, og som ledede forhandlingerne i rigsrådet, hvorunder man afviste forslaget.¹⁵ Osterssøn Veylles interesse for disse problemer må ses på denne baggrund.

IV Afslutning

Rådmand Christen Osterssøn Veylle var nok en slags humanist, men lærd var han ikke. Det kommer nok sandheden nærmest, at karakterisere ham som en velbegavet mere eller mindre autodidakt, men videbegærlig og samfundsenget person, der havde det held at blive hjulpet frem i verden af indflydelsesrige folk.

Ligesom den ældre Blasius Eckenberger og den yngre David Svensen var Osterssøn Veylle først og fremmest praktiker af baggrund. Arbejdet med det mangelfulde retskildegrundlag var den umiddelbare inspiration til at søge overblik og systematik i det juridiske kaos. På den anden side var Osterssøn Veylle påvirket af humanismens strømninger, og han efterlader indtryk af en vis belæsthed. Måske udførte han et arbejde som Urne-brødrene gerne selv havde gjort, hvis deres embedsgeringer havde levnet dem tid, men under deres vejledning.

Han gjorde brug af tidens videnskabelige metode og kildekritik. Dette indtryk be-

13. *Håndbog i bibliotekskundskab* ved Svend Dahl, II, 1927, 49.

14. Vivian Etting, 38-39.

15. *Dansk Biografisk Leksikon*, 15. Bind, 1984.

styrkes af, at han klart havde indset den retshistoriske metodes betydning for en dybere forståelse af den ældre lovgivning. Han havde sans for pædagogiske fremstillinger og var i det hele behersket af forskerens idealistiske ildhu, selv om han nok også har været tilfreds med at få en indtægt af bogsalget.

Glossarium Juridicum var et pionerarbejde, som utvivlsomt fik stor betydning i samtiden. Ligesom David Svensen i Halland gjorde brug af det, tør man nok antage, at det har ligget på de fleste embedskontorer. Det har med sikkerhed udgjort et vigtigt arbejdsredskab for nogle af de indflydelsesrige personer, der efter 1660 blev involveret i udarbejdelsen af Danske Lov. Efter Stig Iuul var det »hævet over enhver tvivl«, at Rasmus Vinding (1615-84) i sine forarbejder til Danske Lov havde gjort flittig brug af Osterssøn Veylles Glossarium.¹⁶ Peder Resen (1625-88) efterlod sig i sit overvældende bibliotek både 1641- og 1652-udgaven af Osterssøn Veylles glossarium.¹⁷ Han var medlem af 3. revisionskommission.

Selv om den yngre, professionelle og meget vidende retshistoriker Peder Kofod Ancher var kritisk i sin bedømmelse af Osterssøn Veylles arbejde, måtte han dog

indrømme, at Glossariet var et »hovedværk« for den, der søgte oplysning om lovenes oprindelse, og at han selv og »ventelig mange andre tillige med mig« stod i en stor taknemlighedsgæld til Osterssøn Veylles Glossarium.¹⁸

Osterssøn Veylles Glossarium blev indirekte netop via Kofod Ancher model for et ordbogsarbejde af langt yngre dato. Juristen Gustav Ludvig Baden (1764-1840) udgav i 1814 »Forsøg til et dansk-norsk juridisk Ord- og Sag-Leksikon af selve Lovene, ergangne Domme og de Lovlærdes Fortolkninger«. Han var inspireret af Kofod Anchers »Anvisning for en dansk Jurist« fra 1777, der anbefalede sådanne ordbøger som hjælpemiddel til grundige lovkundskaber.

16. Stig Iuul, *Kodifikation eller Kompilation. Christian V's Danske Lov på Baggrund af Ældre Ret*, 1954, 39 f, 43, 46 og 49-50.

17. *Petri Johannis Resenii Bibliotheca Regiæ Academiæ Hafniensis Donata cui præfixa est ejusdem Resenii Vita*, Hafniæ 1685, 122.

18. Peder Kofod Ancher I, 228.

Fra politiret til politividenskab

Af Henning Koch og Henrik Stevnsborg

Universitetsfag

Ved forordning af 26. januar 1821 blev den juridiske embedseksamen omlagt. Viften af obligatoriske fag udvidedes, således at der nu tillige skulle undervises og eksamineres i specialfagene: Sø- og handelsret, landboret, kirkeret samt *politiret*. Formålet var, som det hed, at de studerende skulle gøres »bekendte med sådanne grene af fædrelandets lovgivning, hvis anvendelse (lå) inden for de fleste endog underordnede juridiske embedsmænds virkekreds«. Det fremgik samtidig af studiereformen, at de klassiske »diktatforelæsninger« skulle begrænses, og at der skulle udarbejdes lærebøger i de nævnte discipliner.

Politiretten tilfaldt den 29-årige ekstraordinære professor Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge. Han er idag kendt for sine banebrydende retshistoriske arbejder, mindre opmærksomhed er blevet hans lærebog i politiret til del. Denne kom i 1. udgaven i 1825, men blev allerede 3 år senere omarbejdet og forøget. Kolderup-Rosenvinge påpeger i denne lærebog, at når talen er om politi, lader mål og midler sig kun vanskeligt adskille. Eftersom politiforvaltningens opgaver dengang stort set var synonyme

med hele den civile statsforvaltning, søgte han imidlertid at karakterisere politiet som organ ved dets *midler*. Kolderup-Rosenvinge definerede derfor politiet som »den del af statsmagten, som ikke alene i almindelighed ved umiddelbare foranstaltninger, opsyn og fysisk tvang sørger for at afvende alment skadelige onder i statens indre, men også søger at befordre almenvellet i de tilfælde, hvor de øvrige grene af statsmagten ikke ifølge deres ejendommelige bestemmelse, er virksomme.«¹ Som polititeoretiker under enevælden måtte Kolderup-Rosenvinge naturligvis fremhæve politiets velfærdsfremmende formål, ligesom han parafraiserede præcis de to opgavebeskrivelser – håndhævelsen af orden og sikkerhed, der indgik i politiets dagældende generalfuldmagt i § 1 i plakat af 4. april 1809 om politimesterembedet i København. For så vidt angår midler fik Københavns politidirektør heri carte blanche til »at træffe alle de foranstaltninger, som er betroet politiets udførende myndighed«. I sin eksemplificering af tvangsindgrebene

1. J.L.A. Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af Den danske Politiret. Til brug ved forelæsninger*, 2. udg., København 1828 pp. 7-8.

nævner Kolderup-Rosenvinge dog kun de to, som fortsat er politiets helt centrale midler, nemlig anholdelse og husundersøgelse.

I modsætning til udenlandske offentligretsteoretikere² beskæftigede Kolderup-Rosenvinge sig ikke med et spørgsmål som politiets ideologi. Sådanne »betragtninger« afviste han som værende politividenskab og derfor faget uvedkommende. Politiret definerede han som »de lovbestemmelser i en stat, som angår politiet, dets organisation, rettigheder og pligter, og bestemmer dets virkekreds«.³ Følgen var – med den ældre professorkollega J.F.W. Schlegels ord fra 1833 – at politiretten, som Kolderup-Rosenvinge docerede faget, ikke blev »stort andet end et klassificeret aggregat af vilkårlige, tildels temporære, bestemmelser.«⁴ Side op og side ned med forordninger, plakater, reskripter, cancelliskrivelse, reglementer og instrukser!

Schlegels kritiske bemærkning skyldtes, at der samme år var nedsat en kommission til påny at overveje ændringer i det juridiske studium. Dels var der utilfredshed med den omsiggribende privatmanuduktion, dels erkendtes det, at eksamensbyrden var urimelig stor. Fag måtte udgå.⁵ Schlegel leverede argumentationen for politiretens fjernelse. Han skrev: »Sådanne discipliners optagelse i den akademiske cyklus skader agtelsen for lovkyndigheden, thi den bliver derover mere og mere anset for en blot hukommelsesvidenskab.« Studiet af politilovgivningens myriader af detailbestemmelser måtte embedsmændene selv gøre i praksis, ikke gennem »en lovlærds akademiske foredrag.«⁶ Ved ændringen af den juridiske embedseksa-

men i forordning af 30. december 1839 blev politiretten derfor skudt ud som selvstændigt eksamensfag.⁷

Stænderforsamlingerne

Mens universitetet drøftede politiret, debatterede de rådgivende stænderforsamlinger i de samme år problemstillinger, der ville have været relevante, om faget havde været politividenskab. Debatten gjaldt politiets ret til husundersøgelse.

I 1838, på overgangen fra det enevældige til det konstitutionelle monarki, krævede stænderne sig forelagt »udkast til en lov, der bestemmer betingelserne for og formerne ved enhver af justitien (d.v.s. domstolene) eller politiet fore-

2. F.eks. Johann Stephan Pütter, *Institutiones Juris Publici Germanici*, Ed. IV auct. et emend., Göttingen 1787. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* I, Edinburgh 1843, pp. 101-102, og Bentham, *A general View of a complete Code of Laws* (1802), ibid. III, p. 169.
3. J.L.A. Kolderup-Rosenvinge, 1828, p. 8, jf. fortalen.
4. J.F.W. Schlegels betænkning af 30. august 1833 i Danske Kancelli. Direktionen for Universitetet og de lærde skoler, forestilling nr. 2013/1839, i Rigsarkivet.
5. H.P. Selmer (udg.), *Københavns Universitets Årbog for 1839*, pp. 62-79.
6. J.F.W. Schlegel, 1833.
7. Om den tilsvarende udvikling i Tyskland, se David F. Lindenfeld, *The Decline of Polizeiwissenschaft: Continuity and Change in the Study of Administration in German Universities during the 19th Century*, *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, nr. 1, 1989, pp. 141-159.

tagende husundersøgelse.« Det var for stænderforsamlingerne en selvfølge, at politiet måtte ransage en bolig som led i efterforskningen af kriminalitet. Spørgsmålet var, om politiet derudover – som almindelig forvaltningsmyndighed – kunne foranstalte administrative husundersøgelser. Stænderne fik ikke den ønskede lov. Regeringen henviste til, at politiet havde hjemmel i generalfuldmagten fra 1809.⁸ I øvrigt tilføjede den kgl. kommissær, A.S. Ørsted, at »husundersøgelser netop i de lande, hvis love indeholder de omstændeligste forskrifter desangående, hører til dagens orden, mens husundersøgelser her er meget sjældne ...« Lovbestemmelser ville altså »næppe bidrage til at sikre imod misbrug af det omhandlede slags undersøgelser, men ville snarere, når de ikke anvendtes med særdeles konduite og varsomhed, give slige undersøgelser en større vidde.«⁹

Grundloven

I det hele taget nærrede Ørsted megen skepsis over for det at lovgive – i lighed med samtidens største tyske retslærde, v. Savigny.¹⁰ Samme holdning havde også Justitsministeren under Den grundlovgivende Rigsforsamlings forhandlinger om grundlovsudkastet 1848-1849. Ministeren afviste kategorisk optagelse af frihedsretlige bestemmelser, i særdeleshed måtte han fraråde en regel om boligens ukrænkelighed.¹¹

Ikke desto mindre optoges der i grundlovens § 86 en bestemmelse til beskyttelse mod husundersøgelser. Det har i teorien været omtvistet, hvorvidt denne regel

gælder såvel ved efterforskning af kriminelle sager som ved udførelsen af administrative politiforretninger.¹² I den seneste fremstilling af den danske statsret antages dog, at grundlovens nugældende § 72 også gælder uden for strafferetsplejen.¹³ Der har til gengæld ikke hersket tvivl om, at reglen om beskyttelsen af den personlige frihed – dagældende § 85, idag § 71 – indtil grundlovsrevisionen i 1953, udelukkende vedrørte frihedsberøvelser inden for strafferetsplejen. Denne grundlovsregel havde til formål at begrænse den tidligere herskende vide adgang for politiet til at »belægge enhver med arrest« i henhold til 1809-plakatens § 6.¹⁴ For eftertiden skulle der som betingelse for en fængsling afholdes et grundlovsforhør dvs. afsiges domstolskendelse inden 24 timer. Politiets ret til anholdelse

8. Christen Boye Jacobsen, Nogle bemærkninger om den første Junigrundlovs § 86 og om boligens beskyttelse i dansk ret før denne, *Juristen* 1968, pp. 459-460.

9. *Kollegialtidende* 1840, p. 591.

10. A.S. Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, I, København 1822, især pp. 91-95. Se nærmere F.C. v. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

11. Christen Boye Jacobsen, Junigrundlovens frihedsrettigheder - nogle bemærkninger om deres forudsætninger og tilblivelse, *Studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100 års jubilæet 1967*, O.A. Borum m. fl. (red.), København 1967, p. 27.

12. Christen Boye Jacobsen, 1968, pp. 469-470. Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret II*, København 1966, pp. 618-622.

13. Henrik Zahle, *Menneskerettigheder*, Dansk forfatningsret 3, København 1989, p. 193.

14. *Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen*, København 1848-1849, p. 2587, jf. Forordning af 3. juni 1796 om rettens pleje.

reguleredes modsætningsvist kun ved sin kortvarighed. Beføjelsen til at frihedsberøve uden for strafferetsplejen var fortsat ubegrænset og i øvrigt hjemlet i 1809-generalfuldmagten. C.G. Holck pointerer da også i sin statsforvaltningsret, at man ved udformningen af grundlovens frihedsrettigheder »har søgt at begrænse disse således, at øjemedet med politiets organisation ikke forfejles.«¹⁵

Og hvad var så dette øjemed ? Det kan ikke besvares ud fra 1849-grundloven. Men ved grundlovsændringen i 1855 opregnede statsforvaltningens forskelligartede opgaver, hvorved fremgik, at politivæsenet ikke længere var altomfattende. Eksempelvis blev hele sundhedsvæsenet, i lighed med fattigvæsenet, unddraget politiets ressort. På denne vis kanoniseredes det konstitutionelle monarkis politideologi. Det var nu ikke længere politiets opgave at »befordre almenvellet«, som i enevældens tid. Politiet skulle alene opretholde sikkerhed, fred og orden.¹⁶

Lov og instruks

Politiets opgaver blev først nærmere reguleret ved politilovene af 11. februar 1863 og 8. februar 1871 henholdsvis for København og provinsen. I 1863-loven fik Justitsministeren endvidere en bemyndigelse til at give forskrifter om opgaverne i særlig instruks. I denne instruks af 23. juni samme år genfandt i § 1 den enevældige generalfuldmagts fareafværgende politivirksomhed omkring sikkerhed og orden. Disse opgaver blev optaget direkte i 1871-loven. *Sikkerhed* sås i hovedstads-instruksen defineret

som forhindring af forbrydelser og forseelser samt disses efterforskning. *Ordenen* dækkede derimod hele den del af politiets administrative virksomhed, der retter sig mod sådanne handlinger, som ikke er strafbelagte i en politivedtægt (d.v.s. forseelserne). *Fred* er uomtalt. Begrebet, der refererede til egentlige oprørstilstande,¹⁷ var introduceret med grundlovens § 93 – nu § 79 – om myndighedernes adgang til at forbyde forsamlinger under åben himmel, »når der af dem kan befrygtes fare for den offentlige fred.« Politiets øvrige midler til opretholdelse af freden hjemles udtømmende i lovene fra 1863 og 1871.

Hvad angår de politimæssige midler til sikkerhedens håndhævelse fandt ligeledes en præcisering sted i politilovene. Anholdelse og husundersøgelse kunne selv sagt nu kun finde sted inden for grænserne af grundlovens §§ 85 og 86.

Til gengæld er midlerne til den almindelige ordensopretholdelse ubeskrevet i lovene. De findes i instruksens § 1. Det hedder her: Det er »politiets pligt at træffe de til offentlig ordens overholdelse fornødne foranstaltninger og at våge over disses iværksættelse« – lige så bred en fuldmagt som politidirektørens i 1809.

15. C.G. Holck, *Den Danske Statsforvaltningsret*, København 1870, p. 248.

16. *Ibid.*, p. 233. Se også Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten af 1. juni 1794, § 10 II 17. Om begrebernes historiske udvikling se John Christensen, Henning Koch og Henrik Stevnsborg, *Sikkerhed, fred og orden. »Opløb« og »Oprør« i 17-1800-tallets København*, *Den Jyske Historiker* nr. 25, 1983, pp. 39-61.

17. Henning Matzen, *Den danske statsforvaltningsret* III, 4. udg., København 1909, pp. 420-421.

Det første eksempel fra retspraksis på et tvangsindgreb finder vi fra 1891. I en Landsover- samt Hof- og Stadsretsdom anerkendtes politiets beføjelse til at beslaglægge løbesedler, hvori strejkende cigararbejdere opfordrede til boykot af en fabrikant. Beslaglæggelsen hjemledes »i den politiet i almindelighed tilkommende myndighed til varetagelsen af den offentlige orden.«¹⁸

Praksis, teori og hjemmel

Denne dom skulle blive indledningen til den endnu ikke afsluttede akademiske diskussion om, hvorvidt politiet overhovedet har hjemmel til tvangsindgreb uden for strafferetsplejen i den generalfuldmagt, som fra instruksens overførtes til retsplejeloven i 1916. Denne bestemmelse, der fortsat er gældende som § 108, stk. 1, lyder: »Politiets opgave er at opretholde sikkerhed, fred og orden, at påse overholdelsen af love og vedtægter samt at foretage det fornødne til forhindring af forbrydelser og til efterforskning og forfølgning af sådanne.« Intet i lovens forarbejder antyder, at denne omtale af opretholdelsesmidlerne tilsigtede nogen- somhelst ændring i retstilstanden, skønt glosen »foranstaltninger« ikke genfindes.

Siden retsplejelovens ikrafttræden i 1919 er der, så vidt ses, kun faldet to domme om generalfuldmagten som hjemmelsgrundlag. De handler begge om anbringelse i detention. Den ene, fra Østre Landsret, drejede sig om beruselse i forbindelse med et husspektakel; den anden, fra Vestre Landsret, drejede sig om sindsforvirring p.g.a. hash på offentligt sted. I begge tilfælde fandt retten, at

politiet havde været beføjet til at gribe ind i den personlige frihed på grundlag af § 108. Den seneste afgørelse finder hjemmelen til »denne dagligdagen tilhørende foreteelse i bestemmelsen i retsplejelovens § 108, stk. 1, der beskriver politiets opgaver som bl.a. at opretholde sikkerhed, ro og orden ...«¹⁹ Endnu har Højesteret ikke tilkendegivet sin mening.

Den juridiske teori har præcis som praksis koncentreret opmærksomheden omkring administrative frihedsberøvelser, hvoraf alene detentionsanbringelserne ifølge Politiets Årsberetning androg 26.783 tilfælde i 1989. Hovedspørgsmålet for teorien har været spørgsmålet om hjemmelens kvalitet. Det har været krævet, at en hjemmel til frihedsberøvelse skal have en »særlig klarhed og bestemthed«.²⁰ Denne diskussion er blevet forstærket gennem tilføjelsen i 1953 til grundlovens værn om den personlige frihed. § 71 fik indsat følgende stykke: »Frihedsberøvelse kan kun finde sted med hjemmel i loven.« Forarbejderne er 3 1/2 linie fra forfatningskommissionen: »I stk. 2, der er nyt, grundlovfæstes i overensstemmelse med hidtidige retsprincipper, at frihedsberøvelse ikke kan ske

18. *UfR* 1891 p. 926. Se også Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., København 1963, pp. 547-548.

19. *UfR* 1979 p. 662 med dissens, jf. *UfR* 1955 p. 173.

20. Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret* II, 2. udg., København 1966, pp. 594-595. *UfR* 1925 p. 277, der ikke vedrørte politimyndigheden.

uden hjemmel i lov.«²¹ Selve kravet om lovhjemmel er med andre ord identisk før og efter 1953 og samtidig i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettigheds Konventions art. 5 stk. 1. I den kommenterede retsplejelov indtages nu også – med en vis forsigtighed – det standpunkt, at politiets detentionsanbringelser er hjemlet i § 108.²²

Politiets ordensopretholdende tvangsindgreb uden for strafferetsplejen har som påvist uafbrudt været hjemlet i de sidste par hundrede år: fra 1809 i kongens plakat, efter 1863 i Justitsministerens instruks i henhold til loven og siden 1916 i selve loven. Den fornødne »klarhed og bestemthed« skulle således være skabt.

Lovgivning. Eller undervisning?

At hjemmelen findes udelukker naturligvis ikke, at den kunne eller burde forbedres. Tværtimod taler meget for, at dette ville være mest hensigtsmæssigt – ikke mindst fordi uenigheden også deler praktikere. Dette sås, da en arbejdsgruppe nedsat af Justitsministeriet i 1988 afgav redegørelse om BZ-sikring af bygninger. Det er Justitsministeriets opfattelse heri, at politiet – ud over adgangen til den administrative frihedsberøvelse i § 108 – som et accessorium kan skaffe »sig adgang til den bygning, hvor besættene befinder sig og eventuelt (foretage) en nærmere ransagning af bygningen for at finde deres opholdssted.«²³ Københavns politidirektør bestred, for så vidt angår frihedsberøvelse, Justitsministeriets tolkning. Han karakteriserede retsplejelovens

§ 108 »som en ren formålsbestemmelse for politiets arbejde.«²⁴ Henrik Zahle, der søger hjemmelen til frihedsberøvelser udenfor strafferetsplejen i politipraksis, tog af samme betænkning anledning til retorisk at spørge: »hvis denne hjemmel ikke må forstås med de begrænsninger, der følger af den hidtidige administrative praksis, har lovgivningsmagten med vedtagelsen af § 108 bemyndiget politiet til at afgøre, hvornår frihedsberøvelsen skal anvendes uden for de særligt regulerede områder.«²⁵

Dette kunne tale for en revideret politilovgivning, således som blandt andre Folketingets ombudsmand har været inde på. Han har udtalt, at der er tilstrækkeligt grundlag for at tage et automobil i forvaring netop i politiets pligt til at opretholde orden. Ombudsmanden måtte »imidlertid finde det ønskeligt, om en klarere lovhjemmel fandtes.«²⁶ Det er

21. Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946, *Rigsdagstidende*, 1952-1953, Tillæg A, p. 3563.
22. *Den kommenterede retsplejelov*, 4. udg., København 1989, p. 105 med henvisninger til de forskellige teorier.
23. *BZ-sikring af bygninger*. Redegørelse afgivet af den af Justitsministeriet den 29. oktober 1987 nedsatte arbejdsgruppe. Betænkning nr. 1147, København 1988, p. 45.
24. Københavns Politidirektør 9. november 1988 til Justitsministeriet, j. nr. 01PD-10171-10067-88.
25. Henrik Zahle, Politihjemmel. Kommentar til Betænkning nr. 1147 1988 om BZ-sikring af bygninger, *Juristen* 1989, p. 188.
26. *Folketingets Ombudsmands Beretning* 1973, p. 410, jf. ibid. 1974, p. 261. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation*, København 1987, p. 72.

dog næppe sandsynligt, at en politilov vil blive vedtaget. Sidst Folketinget i forbindelse med revisionen af retsplejeloven havde lejlighed til at sætte rammer for politiets anholdelsesbeføjelse, undlod tinget dette. Det hedder i lovens forarbejder, »at borgernes retssikkerhed ... ikke i første række bør søges beskyttet ved udformningen af snævre anholdelsesbetingelser. Den bør snarere sikres ved en opretholdelse af politiets faglige og etiske standard ...«. ²⁷

Allerede den britiske polititeoretiker Colquhoun stillede år 1800 berettigede fordringer i så henseende: »Next to the blessings which a nation derives from an excellent constitution and system of general laws, are those advantages which result from a wellregulated and energetic plan of police, conducted and enforced with *purity, activity, vigilance, and discretion*.« ²⁸

Det erkendtes i 1821, at juristerne i dansk politi havde behov for politikundskab som led i universitetsundervisningen i offentlig ret. Behovet består stadigvæk. På grund af det komplekse hjemmelsgrundlag for politiets omfattende virksomhed giver det ingen mening – som Kolderup-Rosenvinge – at ville gribe denne opgave an alene som *politiret*. Hverken etik, ideologi eller samfundsforskning kan undværes. Derved dyrkes *politividenskab*.

27. *Anholdelse og varetægt*. Betænkning nr. 728, København 1974, p. 60.
28. P. Colquhoun, *A Treatise On the Police of the Metropolis*, 6th ed., London 1800, p. 1. Vor udhævning.

Østersø og Middelhav

– et retshistorisk perspektiv

Af Ditlev Tamm

Retshistorien må som andre juridiske fag følge med tiden. Kendskab til rettens historiske dimension giver den juridiske uddannelse bredde og perspektiv. Men de emner, der tages op af retshistorikerne, og de metoder, som anvendes ved deres udforskning, ændrer sig. De spørgsmål, som jurister stiller til retshistorien, vil, ligesom de spørgsmål, der stilles til den almindelige historie, være forskellige fra generation til generation. I en periode var retshistorien meget national. Den søgte rødderne til dansk rets oprindelse i de gamle landskabslove fra 1200-årene og undertiden også i mere eller mindre vovede rekonstruktionsforsøg af en ældre ret. Nogle mente endda, at man gennem sådanne rekonstruktioner ligefrem kunne finde frem til en fælles »germansk ret«. Denne opfattelse er helt forladt idag, hvor det i højere grad er karakteristisk, at retshistorikerne søger at finde berøringspunkterne mellem dansk og fremmed ret. Romerretten, der tidligere ansås som noget dansk ret helt fremmed, er efter en sådan opfattelse snarere at betragte som det videnskabelige grundlag, som enhver europæisk retsvidenskab og herunder også den danske har måttet bygge på. Dansk ret har i tidens løb været udsat for utallige påvirkninger sydfra, og selv om romerretten ikke i

Danmark har været gældende som *ius commune*, har både den kirkelige ret, kanonisk ret, og romerretten ydet dansk ret talrige lån af retlige figurer. På den måde hører dansk ret med i et større europæisk retsfællesskab.

I det følgende er perspektivet imidlertid Danmark som Østersønation og spørgsmålet om, i hvilket omfang, der i forholdet mellem de lande, der ligger ved Østersøen, har hersket en eller anden form for retlig consensus. Dette spørgsmål er naturligvis blevet aktualiseret af det sidste års liberaliseringer i Øst, og er dermed, især når det også formuleres som et spørgsmål om at skabe ensartede retsgrundsætninger, et af dem, som kan stilles idag, men som for blot kort tid siden ville have været mindre aktuelt.

1. »Eftersom der nu er en passende lejlighed dertil, forekommer det mig på sin plads at fortælle lidt om det Baltiske Hav«, således indleder magister Adam af Bremen den del af sin beskrivelse af øerne i Norden,¹ der vedrører Østersøen og dens omliggende lande. Adam af Bremen skrev

1. Adam af Bremen: *Beskrivelse af øerne i Norden*. Oversat og kommenteret af Allan A. Lund (1978), s. 32.

sin beretning i anden halvdel af 1000-årene. Hos ham blandes egne iagttagelser med rygter på anden og tredje hånd. Efter en omtale af de vigtigste danske øer, og hvad de har at byde på især af byer og kirker, følger fantasifulde beretninger om amazoner, der føder mænd med hundehoveder, om alanere, der fødes gråhårede, og om antropofager, som lever af menneskekød. Vi er langt fra Middelhavets civilisation. Det gælder også de få bemærkninger hos Adam af Bremen om retsforholdene. Danskerne er »troløse og ubarmhjertige over for hinanden«, og de viger ikke tilbage for at sælge en fange som slave. Slavehandelen spillede en vigtig rolle i Østersøområdet i 900- og 1000-årene. Meget i dansk lov – *in legibus* – strider »direkte« mod ret og rimelighed, mod *aequo bonoque*, konstaterer Adam af Bremen. Kvinder, som gribes i ægteskabsbrud bliver straks solgt, og der kendes ikke anden straf end dødsstraf og slaveri. Disse oplysninger skal naturligvis tages med et vist forbehold, men der er dog næppe tvivl om, at retsordenen omkring Østersøen og også i Danmark i 1000-årene ikke havde en sådan ideel og ophøjet karakter af »germansk ret« med respekt for frihed og lighed, som en romantisk dyrkelse af det gamle nordiske undertiden forleder til at tro. Da Adam af Bremen skrev om Norden, havde romerretten allerede mere end et årtusinde bag sig. I 530-erne blev kejser Justinians store samling af romerretten – senere kaldet *Corpus juris civilis* – til i Konstantinopel, og omtrent ved den tid – formentlig i 1070-erne – hvor Adam af Bremen hjemme i Hamborg forfattede sit værk, begyndte i Bologna det studium af den romerske retsvidenskab, som længe havde været glemmt, og som førte til den europæiske

retsvidenskabs blomstring i Bolognaskolen og efterhånden ved utallige universiteter over hele Europa. Ofte omtales perioden fra omkring 1150-1250, hvor retskulturen ved universitetsstudier og nedskrivning af retten tog et vældigt skridt fremad, for det »juridiske århundrede«. I denne periode kom også Østersøområdet med i den kulturelle ekspansion, som fulgte med Kristendommen på dens vej mod nord. Den nye »lærde« ret satte sig sine tydelige spor i nedskrivninger af retten i de nordiske lande og i Tyskland. Med kirken fulgte en ny retskultur. De ændringer, som skete i retten i Østersøområdet i de år, var så gennemgribende, at vi formentlig ligesom Adam af Bremen ville have svært ved at forbinde den forudgående retstilstand med »ret og rimelighed«.

»Østersøen – Nordens middelhav«. ² Umiddelbart forekommer sammenligningen dristig. Middelhavet er en verden for sig, har den franske historiker Fernand Braudel engang sagt. Han, der i sit store værk fra 1966 om Middelhavet *La Méditerranée a l'époque de Philippe II* skabte prototypen på en historieskrivning, der med udgangspunkt i de geografiske og økonomiske realiteter i en region, skildrede regionens historie og kultur på et givet tidspunkt. Et tilsvarende værk om Østersøen findes ikke. Alligevel har også Østersøen som vejen mellem øst og vest og som det sted, hvor en overlegen tysk handels-

2. Således f.eks. Henryk Samsonowicz: Schwedisch-Pommerellische Wirtschaftsbeziehungen im Spätmittelalter, i *Visby-colloquium des hansischen Geschichtsvereins 1984. Quellen und Darstellungen zur Hansischen Geschichte* N.F. XXXII, Köln-Wien 1987.

teknik afløste skandinaverne som formidlere af handelsforbindelsen østpå, spillet en vigtig rolle i nordisk historie, som med de nødvendige forbehold kan sammenlignes med Middelhavets i syd. Det spørgsmål kan også rejses, om Østersøen er en verden for sig. De store fund af møntskatte vidner om Østersøområdet betydning i fjernhandelen allerede i 800- og 900-årene. Den professionelle købmandsstands opståen i 1100-årene og den rige bykultur særlig langs Østersøens sydkyst blev i de nordiske lande og ikke mindst Danmarks historie vigtige formidlere af europæisk kultur nordpå. Østersøen har været og er igen ved at blive en korsvej mellem øst og vest og nord- og sydeuropæisk kultur. Geografisk er der lighedspunkter. Både Middelhavet og Østersøen er lukkede rum med få indsejlingsmuligheder. De danske bæltter og især Øresund modsvarer Gibraltarstrædet og Dardanellerne. Klimatisk er der store forskelle. Isen lukker en stor del af året dele af Det baltiske Hav, men overhovedet var vintersejls farlig, og denne realitet kom i de hanseatiske byers praksis til udtryk gennem et forbud mod at sejle mellem Mortensdag (11. november) og festen for Petri Stol (22. februar), der spillede en særlig rolle i Lübeck.

Mange folkeslag har boet ved, og mange sprog tales langs Østersøens kyster. »Vift stolt på Codans bølger, blodrøde Dannebrog«, lyder en af de danske nationale sange. Østersøen har ikke altid været et fredens hav, men været skuepladsen for mange opgør mellem de omliggende stater. I den forstand er også Østersøen en egen lille verden. De seneste års omvæltninger i Østeuropa har givet Østersøen en ny status og er nu med til at fremkalde en bevidsthed om fællesskab langs Østersøens

kyster. Billedet af fjendtlige u-både i skærgården og af landgangsfartøjer langs kysterne er vejet for en vision om samarbejde på tværs af landegrænserne henover et hav, som også tidligere, trods mange søtræfninger, har været søgt fastholdt som et fredens hav, hvortil kun kyststaternes egne orlogsskibe havde adgang. Den etniske mangfoldighed omkring Østersøen er stor – tyskere, polakker, baltiske folkeslag (estere, letter og lithauere), russere og i nord finner, svenskere og danskere. Med et areal, som er mindre end en femtedel af Middelhavets, er Østersøen i sammenligning kun et beskedent område, men historisk og politisk er det vigtigt nok til at forskelle og ligheder kan påpeges uden at virke helt ude af proportion. Og baglandet er stort. Det strakte sig så langt, de floder var sejlbare, som munder ud i Østersøen. Om Østersøen kan blive et nordeuropæisk kraftcenter i et fremtidigt Europa på linie med eller som et modstykke til middelhavskulturen er et spørgsmål, der presser sig på. Det skal ikke søges besvaret her, hvor perspektivet er forskelle og ligheder i de retlige bånd, som i tidens løb har knyttet Østersønationerne sammen.

2. Østersøen og de omgivende stater har på intet tidspunkt været undergivet en fælles retsorden. I et brev stilet til beboerne på Gotland, som er tillagt en af regionens store middelalderjurister, ærkebiskop Anders Sunesen af Lund, forklares nødvendigheden af, at hvert sted har sin retsorden: »Men hvert land har sine egne og fra andre forskellige love, alt efter deres art og dets sædvaners særlige beskaffenhed. Thi loven bør, som Isidor siger, være afpasset for stedet og landet. Deraf kommer det, at ligesom øen Gotland skilles fra

andre lande ved et bredt hav, således adskiller indbyggerne sig i høj grad fra andre folk i henseende til fastsat ret og sædvaneret, det være sig verdslig som kirkelig ret.« Anders Sunesen var en lærd teolog med kendskab også til romerret og kirkelig ret, kanonisk ret. Er brevet hans, må det stamme fra 1220-erne, men meget tyder imidlertid på, at brevet er uægte og en rekonstruktion fra 1300-årene eller senere til dels med benyttelse af ældre breve.³ Men citatet af Isidor er godt nok. Anders Sunesen, eller hvem der nu er koncipist af brevet, citerer Isidor, biskop af Sevilla o. 600 og forfatter til værket »Etymologiae«, som foruden meget andet også indeholdt betragtninger om lov og ret, der ofte citeres i middelalderen. Isidors opfattelse af diversiteten i retssystemerne vandrede videre over i den kanoniske ret. Anders Sunesen har under alle omstændigheder kendt hans værk i uddrag, og det gælder også dem, som skrev fortalen til Jyske Lov.

Gotland fik senere sin egen lovbog. Det skete formentlig i slutningen af 1200-årene. På det tidspunkt var i Danmark i den skånske og den sjællandske ret nedskrevet. Anders Sunesen havde yderligere forfattet en latinsk gengivelse af den skånske ret, *Liber legis Scaniae*. Jyske Lov fulgte i 1241. Også Sverige fik efterhånden nedskrevet retten i de enkelte lande eller provinser, og allerede i midten af 1300-årene skabtes retsenhed med Magnus Erikssons love for land og by. Om finsk lov er vi dårligt underrettet. Formentlig kom i middelalderen den svenske Hälsingelag til at gælde også her. Russerne kendte en sædvaneret, den såkaldte »russkaja pravda«. Mod syd var den saksiske ret blevet nedskrevet af Eike von Repgow som »Sachsenspiegel« i 1230-erne.

Særlig vigtig for den retlige udvikling i Østersøen blev imidlertid de byretter, der kom til at gælde i den række af handelsbyer, som efterhånden grundlagdes langs Østersøen. Vigtigst af dem alle var Lübeck, hvis stadsret ligefrem er blevet kaldt for de tyske stadsretters dronning. Mere end et hundrede byer fra Tønder i Vest til Narva i øst fik byretter, der var inspireret af lybsk ret.⁴ Til denne række af byer hører så vigtige handelssteder som Wismar, Rostock, Stralsund, Greifswald, Reval (Talinn), Memel og de ikke-tyske byer Visby og Stockholm. Af større tyske byer langs Østersøkysten var det kun Stettin, Danzig, Königsberg og Riga, der havde reciperet Hamburgs ret, som formåede at holde sig fri af indflydelsen fra den lybske retsfamilie, som også omfattede en række mindre byer inde i land. På Gotland kom den lybske ret til at præge stadsretten for Visby, der var blevet et fra øens øvrige befolkning afsondret købmandssamfund. Den lybske rets indflydelse var så stor, at man ligefrem har talt om Østersøen som »mare lybecense« – det lybske hav.

Retsenheden blandt de byer, som hørte til den lybske retskreds sikredes ved, at afgørelser fra »datterbyernes« domstole ved appel kunne indbringes direkte for rådet i Lübeck som såkaldt »Oberhof«. Den lybske ret var nedskrevet og udsendes i 1586 i en revideret udgave. Der var tale om en ren byret. Det betød, at byen

3. Se *Diplomatarium Danicum* I,7 nr. 334.

4. Se Wilhelm Ebel: *Lübisches Recht* I, Lübeck 1971, s. 7 og samme: *Über skandinavisch-deutsche Stadtbeziehungen im Mittelalter, Acta Visbyensia* I (1965), s. 152-164 og samme: *Lübisches Recht im Ostseeraum, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westphalen* H. 143 (1967).

Lübecks domstole spillede en afgørende rolle ved retsfastsættelsen. Byen lededes af borgmestre og råd, og denne forfatningstype spredtes i løbet af det 13. århundrede nordpå, hvor den latinske betegnelse for bystyret på samme måde som i Lübeck blev *proconsul* og *consules*. Det var rådet i Lübeck, som trådte sammen som appeldomstol og som en slags højesteret for byen Lübeck.

Den store udbredelse over hele Østersøområdet, som den lybske ret efterhånden fik, hang sammen med Lübecks dominerende rolle i Østersøhandelen. Selve byen var et handelscentrum, men også den omstændighed, at købmænd fra Lübeck slog sig ned i andre byer langs Østersøen, bidrog til receptionen af den lybske ret. Også den materielle lybske ret indeholdt regler, der var fremmede for handelslivet, f. eks. den praksis, at en ægtemand kunne anvende den formue, som konen bragte med ind i ægteskabet, som basis for låneoptagelse. Lybsk ret indeholdt udførlige regler om proceduren ved konkurs, og også den lybske søret var en veludviklet del af retssystemet.

Omkring 1400 var lybsk ret den tyske partikulære retsorden, som gjaldt for flest mennesker. Det anslås, at mere end 300.000 personer på det tidspunkt hørte under lybsk ret. Sin førerstilling i Østersøen mistede Lübeck gradvis i slutningen af det 15. århundrede, efterhånden som også hollandske og engelske skibe begyndte at besejle Østersøen.⁵ Det kunne ikke undgå at påvirke Lübecks stilling som toneangivende inden for retsfastsættelsen, selv om lybsk ret endnu langt frem i tiden kom til at spille en rolle i Østersøens retsliv. Lybsk ret var således med til at bane vejen

for den tyske handelsrettlige kodifikation i 1861.

3. Inden det var kommet så vidt, at de tyske handelsbyer havde overtaget Østersøhandelen, havde nordboerne domineret handelen på Østersøen. Handelsruten gik over Slesvig fra Novgorod i øst og mod vest til Flandern eller England. I de bevarede retskilder fra Østersøområdet kan vi endnu finde reminiscenser af retsregler, som de må have været gældende blandt de søfarende. Slesvig havde en af Østersøområdet's ældste nedskrevne stadsretter fra begyndelsen af 1200-årene. Her fandtes også regler om handel, og sejladserne til Gotland var nævnt.

En vigtig station på vejen mellem den vestlige og den østlige del af Østersøen var Visby på Gotland – her mødtes købmændene fra øst og fra vest og øen spillede en rolle som mødested for handelsruter og kulturelle påvirkninger, der kan minde om Kretas i Middelhavet.⁶ I løbet af 1100-årene skete en forskydning i forholdene. Lübeck grundlagdes, og efterhånden vandt tyske købmænd overtaget i handelen, mens Slesvig trængtes tilbage. Tyske købmænd bosatte sig også fast i Visby, der gradvis

5. Om ældre engelsk handel i baltikum, se Helen Clarke: *English and Baltic Trade in the middle ages*, i *Society and Trade in the Baltic during the Viking age*, Visby 1985.

6. Litteraturen om Gotland er meget omfattende. Herom kan henvises til art. Gotlandshandel i Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder m. henv. *Economy and Culture in the Baltic 1650-1700*, Acta Visbyentia VIII (1989) og senest bl.a. D.R. Bohn: *Das Handelshaus Donner in Visby und der Gotländische Aussenhandel im 18. Jahrhundert* Quellen und Darstellungen zur Hansischen Geschichte N.F. XXXIII, Köln-Wien 1989.

blev en tysk by, hvis befolkning og interesser adskilte sig fra øens iøvrigt. Tyske bosatte købmand grundlagde deres eget købmændsgilde – »Theutonici in Gotlandia manentes«, der stod i modsætning til gildet for de købmænd, som blot gæstede byen som »frequentantes.« Fra første halvdel af 1300-årene er bevaret en stadsret for Visby, hvis betydning som handelsby i Østersøen da var på retur. Stadsretten er bevaret i en tysk version. Den svenske retshistoriker Gösta Hasselberg har undersøgt lovens kilder og bl.a. påvist nogle meget gamle lag i loven, som viser hen til de ældste handelsforhold.⁷ Der er tale om en kerne af regler, der viser tilbage til den gamle såkaldte Bjärköarätt. Andre regler er nyere og i overensstemmelse med lybsk ret.

Den ældste ret mellem søfarende i Østersøen synes at være begrundet i et fællesskab mellem skipper og besætning på langskibet, knorren, som var det vigtigste transportmiddel. Skibets besætning – hásetar – var berettigede til at medbringe varer med videresalg for øje. Hver af fællesskabets deltagere kunne medbringe samme last, dog at skibsføreren – styrismaðr – yderligere kunne medbringe noget til skibets behov. Sørenlige regler, der bygger på et fællesskab som dette, finder vi i den gamle Slesvigske stadsret fra omkring 1200.

Fremkomsten af en ny skibstype, koggen, som var langt større, og som bedre kunne anvendes som handelsskib, var med til at fremme de tyske købmænds indflydelse på Østersøhandelen. Retsforholdene var her anderledes. Mellem skibsfører og købmænd bestod ikke samme art af fællesskab. Skibsføreren var ofte ikke skibets ejer, men det tilhørte et rederi, og køb-

mændene var kontraktspartnere, som lejede sig ind på skibet uden noget ansvar for eller del i dets drift. Skibsfører og købmænd havde en fælles interesse i at skibet kom frem, og i forholdet mellem dem gjaldt i tilfælde af havari regler, der mindede om groshavarireglerne, som vi kender dem fra romerrettens *lex Rhodia de jactu* – altså en udligning af sådant tab på alle interesserede. Men det var skipper, som havde kommandoen, omend han i visse situationer skulle rådføre sig med mandskabet.

I Visbys stadsret findes bl.a. regler om afbrydelse af skibsrejsen, som viser tilbage til de gamle regler. Befragterne kunne således ansvarsfrit kræve, at skibet vender om, så længe det ikke er ude af syne fra havnen – »ut der kenninge«. Tilsvarede regler fandtes i den gamle svenske Bjärköarät, hvor det gamle fællesskab imidlertid er baggrund for reglerne, mens Visbys stadsret forudsætter den nye type af relation mellem skibsfører og befragtende købmænd.

4. Om årsagerne til at tyske købmænd efterhånden overtog Østersøhandelen har der hersket uenighed blandt historikerne. Et stridsspørgsmål har også været omfanget af den nordiske handel, førend de tyske handelsbyer kom til. Eksisterede allerede en blomstrende handel, eller kom de tyske købmænd til i et handelsmæssigt vakuum, således at det alene var deres fortjeneste, at handelen udviklede sig og fik de dimensioner, som Hansestædernes blomstringstid er

7. Gösta Hasselberg: *Studier rörande Visby Stadslag och dess källor*. Uppsala 1953.

Hertil R. Wagner: *Beiträge zur Geschichte des Seerechts und der Seerechtsquellen I*, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht N.F. Bd. 12, s. 393-416.

vidnesbyrd om? Spørgsmålet skal her kun berøres kort. Den herskende opfattelse idag er vistnok den, at den tyske hansehistoriker Rörig gik for vidt, når han omkring århundredeskiftet henviste til et særlig tysk »Gründungsunternehmenskonsortium«, som med et slag samtidig med Lübecks grundlæggelse under Henrik Løve i 1159 trådte frem og organiserede handelen. Særlig den danske historiker Aksel E. Christensen har kritiseret denne opfattelse og henvist til kilder, der tyder på en intens handel øst-vest, allerede inden de tyske byer blev grundlagt.⁸ Først gradvis lykkedes det Lübeck at erobre førerstillingen, og i dens kølvand følger siden 1200-årene de øvrige tyske bygrundlæggelser på Østersøens sydkyst. En anden sag er, at handelen med de tyske byer og efterhånden hanseforbundets organisering fik et kolossalt opsving og kom til at forløbe på en helt anderledes professionel måde end tidligere.

Med de tyske bygrundlæggelser nåede Europa, når det drejede sig om handelens organisation, frem til Østersøens bredder. Reglerne om køb og salg, om kreditforhold og udviklingen af et tvangsfuldbyrds-system med arrest og konkurs som ingredienser, var, foruden søretten og regler om selskabsforhold med deling af udbytte og om veksler, nogle af bidragene til fremme af handelsretten i Nordeuropa. I køberetten udvikledes regler om mangler med udgangspunkt i grundsætningen »Wer den Augen nicht aufzut, der tut den Beutel auf.« Der indførtes erstatningsklager for vanhjemmel begrænset af en forældelsesfrist på år og dag, når varer var indført ad søvejen.

Lübeck blev på mange måder byen Slesvigs arvtager som et knudepunkt i

Østersøhandelen. Lübeck var fra sin grundlæggelse indstillet på søhandel, og også i det net af handelsforbindelser, som spandtes med Lübeck som centrum, var Visby et vigtigt led, hvorfra den østlige del af Østersøen kunne nås. Den lybske ret indeholdt oprindeligt ikke mange bestemmelser om handels- og søret. Det meste kom til i praksis i de år, hvor Lübeck var en førende handelsby. En stor del af de afgørelser, der blev truffet af rådet i Lübeck i handelsretlige sager, er bevaret. Gennem dem kan vi få et indtryk af den rige handelsretlige praksis, som kun ufuldstændigt kommer til udtryk i lovteksterne i de vigtige år, indtil lybsk ret kodificeres i 1586. Den tyske retshistoriker Wilhelm Ebel har i bogen *Lübisches Kaufmannsrecht* (1952) tegnet et billede af den lybske ret på grundlag af udvalgte afgørelser fra 1400- og 1500-årene. Blandt de grundlæggende regler inden for køberetten, der naturligvis stod som den centrale retsinstitution i lybsk ret, kan fremhæves princippet »Kauf vor Augen«, at køber ser, hvad han køber, og derfor ikke senere kan påberåbe sig mangler ved det købte. Allerede i en tysk-russisk handelstraktat fra 1228 kommer princippet til udtryk. Fyrsten af Smolensk havde med tyske købmænd indgået en aftale, hvorefter det var reglen, at »Når en russer køber en vare af en tysker og bærer den bort fra stedet, så kan han ikke komme tilbage med den, men russeren må betale«.

8. Aksel E. Christensen: Danmark, i Det nordiske syn på forbindelsen mellem *Hansestæderne og Norden*, Det nordiske historikermøde i Aarhus 1957. Samme: *Scandinavia and the Advance of the Hanseatics*, i *Danmark, Norden og Østersøen. Udvalgte afhandlinger* (1976), s. 119 ff.

To forudsætninger måtte være opfyldt, for at køber i denne situation, som kan betragtes som normaltildfældet, var forpligtet: Han skulle have set tingen og have båret den væk. Denne regel, der udelukkede købers mangelsbeføjelser, som havde en parallel i Hamburgs ret, fastholdtes i lybsk ret, og den blev fastslået i den reviderede lybske ret 1586, hvorefter køber måtte betale for varen, som den var, når han havde besigtiget den. Var der tale om skjulte mangler var sælger derimod ansvarlig. Det blev for eksempel fastslået i en lybsk dom fra 1494,⁹ hvor en svendborgenser havde fået leveret løgfrø, som viste sig ubrugelige. I dette tilfælde blev sælger dømt til at betale købesummen tilbage, efter at rådet i Svendborg havde afgivet erklæring om frøenes dårlige kvalitet, og køber havde bekræftet, at det drejede sig om de frø, som han havde købt, og som måtte være blandet med andet frø. I dette tilfælde forelå ikke »copmans gud«, den lybske betegnelse for mangelfri varer.

Som en særrregel i forhold til den middelalderlige grundregel, at køber skal se sig for, fordi han ved købet har adgang til at besigtige salgsgenstanden, stod reglen om leveringskøb. Viste det sig, at varer, der var bestilt, og som køber ikke forinden havde set, var mangelfulde, havde han ret til at hæve købet. I lybsk ret udvikledes begrebet »Kaufmannsgut« eller »copmans gud« om varer, der havde den kvalitet, der måtte forventes. Det var altså et begreb, som benyttedes ved bestemmelsen af, hvad vi kalder det generelle mangelsbegreb. I en sag fra 1403 var det en jysk leverandør, som beklagede sig over, at hans lybske forbindelse ikke ville aftage et parti byg. Denne var imidlertid berettiget til at afvise modtagelsen, da han kunne godtgøre, at

byggen ikke var »copmans gud«.¹⁰ Sager af denne art kendes fra hele det baltiske rum.

Befragtningsaftaler kendes fra den tidlige hanseperiode. Det var almindeligt at indgå sådanne aftaler, og ofte kunne mange befragtere dele et skib, op til 37 befragtere af en kogge er der eksempler på. Kontrakterne kunne give anledning til proces, og sådanne retssager er ofte belysende for den måde, hvorpå handelsforbindelserne i Østersøen fungerede. Ved at befragte varer med fremmed skib undgik købmanden risikoen for tab af både skib og ladning. De tider var forbi, hvor købmanden selv som rorgænger førte sine varer frem til deres bestemmelsessted. Men helt ualmindeligt var det alligevel ikke, at en købmand rejste med skibet som »mitfahrender Kaufmann.« I tilfælde af groshaveri repræsenterede denne købmand de øvrige købmænd over for skibets fører.

Hvis en af parterne i en befragtningskontrakt ikke opfyldte sin del af aftalen fuldt ud, var det reglen, at halvdelen af den aftalte fragt skulle betales som godtgørelse. Et lidt særegent eksempel frembyder en lybsk afgørelse fra 1497 i en sag, som var appelleret fra de hanseatiske fogders ret i Falsterbo i Skåne. Her fandt det store årlige sildemarked sted, hvor en væsentlig del af den danske udenrigshandel i denne periode var koncentreret. Anledningen var

9. Lübecker Retsurteile (LRU), hg. von W. Ebel I, s. 360. Sml. F.Ebel: Aufzeichnungen von Ratsurteilen und Schöffensprüchen im Lübecker und Magdeburger Rechtskreis, i: *Juridical Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, ed. by John H. Baker, Berlin 1989.

10. W. Ebel: Lübisches Kaufmannsrecht (1952), s. 18.

sildefangsten, hvor hansestæderne spillede en stor rolle som opkøbere og eksportører af saltet sild. Hele tangen ved Skanør og Falsterbo var opdelt i såkaldte fed, hvor sildepakningen foregik. En lang række af både hansestæderne ved Østersøen og de nederlandske hansestæder ved Zuidersøen havde her deres fed, som nød en vis eks-territorialitet med egne fogder som retshåndhævende myndigheder. I en sag, som kort skal refereres her, havde købmænd fra Stettin indgået aftale med en skånsk skipper om at udleje skibsrum med henblik på at fragte sild til Stralsund. I stedet for at indlade silden solgte han sit skib til købmænd fra Danzig. Fogden, for hvis ret sagen blev indbragt, traf afgørelse efter grundsætningen, at køb går for leje – »Koep breckt hure« – og dømte skipperen til at betale halv fragt som godtgørelse. Sagen blev indbragt for den lybske appelret, der stadfæstede afgørelsen. Fragtforpligtelsen blev således ved at bestå, og gav anledning til et erstatningskrav.¹¹ Kun i tilfælde af »force majeure« kunne skibsføreren løsnes fra sin forpligtelse.

En vigtig vare i Østersøhandelen var salt, der importeredes fra Frankrig, hvor saltet fra Baie de Borgneuf ansås for at være af særlig høj kvalitet. I en sag, der kom for i 1463, havde syv lybske købmænd indgået aftale om befragtning af sådant salt til Reval. Under skibets passage af Øresund blev en del af den værdifulde last tvangskøbt af den danske konge, som tog det meste af saltet på kredit. Det var en ret, som den danske konge hævdede, at købe de varer, som førtes gennem Sundet, til den pris, som skibsføreren angav dem til. I den foreliggende sag blev skibet iøvrigt af kongen sendt på andre veje. Skipperen forlangte nu, at købmændene

betalte fuld fragt, men denne fordring nød ikke fremme. Han kunne kun forlange forholdsmæssig fragt for den distance, som saltet rent faktisk var blevet transporteret: »so scholde he nicht mehr hebben tor fracht denne na avenante des weges«.¹²

Et vigtigt led i handelens organisation var etableringen af selskabsforhold. I modsætning til romerretten var det anerkendt, at en tjener kunne optræde som fuldmægtig for sin herre og dermed forpligte denne umiddelbart. Undertiden kunne det imidlertid være vanskeligt at afgøre, om tjeneren selv var deltager i selskabsforholdet, eller om han alene var at betragte som en fuldmægtig. I 1544 afgjorde Lübecks råd en sådan kompliceret sag, hvor en mand havde indgået en aftale i Antwerpen om køb af pebber »krafft der gesellschup und vulmacht.« Også romerrettens regler om institorer og skibsførere blev påberåbt under sagen, som dog endte med, at det ikke anerkendtes, at den pågældende kunne anses som interessent i selskabet.¹³

De udgivne dombøger for Lübeck for perioden indtil 1550 indeholder en skat af handelsretlige afgørelser fra Lübecks storhedstid som Østersøens ledende handelsby og er et vidnesbyrd om tænkemåden hos Buddenbrookernes forgængere.

5. Når det gælder søretten er billedet af Østersøens retsforhold mangfoldigt. Lybsk ret var en vigtig del af søretten. I den

11. Ebel, 1.c., s. 68. Sml. D. Schäfer: *Das Buch des Lübeckischen Vogts auf Schonen*, Hansische Geschichtsquellen IV, Lübeck 1927, s. 18.

12. LRU I, s. 38.

13. LRU 3, 373 ff.

samling af søretten i Østersøen, som kom til at gå under betegnelsen den Visbyske Søret, indgik også lybsk ret.¹⁴ Andre dele af denne søretlige samling havde en endnu mere international karakter. Det drejede sig dels om 24 såkaldte »Vonnisse van Damme«. Damme lå ikke langt fra hansekontoret i Brügge, hvor et håndskrift opbevarede af denne retskilde, som var en oversættelse af de for den franske Atlanterhavskyst gældende »Rôles d'Oléron«. Disse regler fik nu gyldighed i Østersøområdet som »Waterrecht« sammen med en række nederlandske bestemmelser fra sidste halvdel af 1300-årene, den såkaldte »Ordinancie«. På grund af en henvisning ved trykningen i København i 1505 til, at det var regler »die gemeene Coopmans ende Schippers gheordineert ende ghemaect hebben tot Wisbuy« fik dette konglomerat af retsregler betegnelsen Visbys søret uden i øvrigt at have nogen tilknytning til byen på Gotland. Lignende søretlige regler som i Østersøområdet fik det vestlige Middelhav med samlingen *Conso-lat del Mar*.

Men fuld ensartethed inden for søretten på Østersøen opnåedes ikke, selvom en stor del af reglerne i de mange sølove havde samme oprindelse og gik igen fra lov til lov. Den danske konge Frederik II udsendte en Søret i 1561, som byggede på bl.a. lybsk ret og en nederlandsk forordning udstedt af Karl V i 1551, og også Visbys Søret spillede en rolle ved redaktionen. Frederik II's søret blev på sin side en del af det grundlag, som den reviderede lybske stadsret 1586, Hamborgs stadsret 1603 og den hanseatiske søret fra 1614 byggede på. Sverige fik en ny søret i 1667, som også optog en stor del af det fælles grundlag. Denne søret anvendtes som en

del af forlægget ved udarbejdelsen af det søretlige afsnit i Danske Lov 1683, der imidlertid også optog bestemmelser fra Hamborgs stadsret 1603, en forordning om søret udstedt af Filip II i 1561 og den franske Ordonnance de la Marine 1681.

Som et eksempel på de regler, som var fælles for hamburgsk og hanseatisk søret og for den Visbyske søret kan nævnes bestemmelsen for det tilfælde, at nogen af mandskabet blev syg ombord på skibet. I det tilfælde var det skippers pligt at lade den pågældende bringe ud af skibet og skaffe ham plads i et herberg med lys, så han kunne se om natten, og med opvarning af en af mandskabet eller en anden. Skipper skulle også sørge for mad og drikke som i skibet, men så heller ikke mere. Men idealet om den barmhjertige samaritan synes dog næsten nået. Skipperen var ikke forpligtet til at vente på den syge, men kunne sejle.¹⁵ Blev den syge rask havde han krav på sin hyre. Døde han undervejs fik hans arvinger den halve hyre, var det på tilbagerejsen dog den fulde hyre udbetalt.

6. Østersøen ikke blot lettede handelsforbindelserne mellem kyststaterne. På den anden side af Østersøen lå også andet end handelens centrum, nemlig lærdomssæder, hvorfra vejen førte videre sydpå. For den lærde verdens kontakt med Europa gik vejen derfor også over havet. Siden begyndelsen af 1400-årene grundlagdes nye universiteter langs Østersøen. Det ældste

14. Trykt i C.S. Schlyter: *Corpus juris sueco-gotorum antiqui* VIII, Lund 1853, s. 183 ff.

15. Sml. hertil Götz Landwehr: Die Hanseatischen Seerechte des 16. und 17. Jahrhunderts, i *1667 års Sjölag i et 300-årigt perspektiv*. Rättshistoriske Studier Bd. 8 (1984).

var universitetet i Rostock, der oprettedes i 1413. I 1458 fulgte Greifswald, som i sin oprindelse var en aflægger af universitetet i Rostock. I Norden grundlagdes universiteterne i Uppsala og København i 1477 og 1479. Et universitet i det preussiske Königsberg oprettedes i 1544. Den svenske ekspansion i stormagtstiden gav anledning til nye universitetsgrundlæggelser i Dorpat 1632, i Åbo 1640 og i de fra Danmark erobrede skånske provinser i Lund 1668. Kort forinden havde Gottorperhertugen i 1665 i Kiel grundlagt et eget universitet for sine dele af hertugdømmerne Slesvig-Holsten. Langt senere er yderligere universiteter i Riga og Leningrad kommet til. De to nærliggende tyske universiteter i Rostock og Greifswald var særlig søgt af nordiske studenter både for deres egen skyld, og fordi man herfra kunne komme videre til andre protestantiske universiteter i Tyskland, først og fremmest Wittenberg og derfra videre ud i Europa.

I forholdet mellem Danmark og Sverige måtte spørgsmålet om, hvem der havde herredømmet over Østersøen – *dominium maris Baltici* – komme til at spille en vigtig politisk rolle. Oprindeligt var herredømmet ubetinget dansk, men særlig siden slutningen af 1500-årene kompliceredes situationen efterhånden som ikke-Østersø stater som Holland og England fik stadig større betydning for den baltiske handel, og også Rusland begyndte at blive en ekspanderende magt. Foruden de nordiske lande var Polen og Rusland de vigtigste magter nu, hvor de gamle bystater som Lübeck måtte vige for territorialfyrsternes nye magtpositioner. Hansaen fik nok at gøre med at søge at bevare sine positioner i forhold til Nederlandene.

Men først og fremmest skærpedes forholdet mellem Danmark og Sverige. I årene 1563-1570 udkæmpedes den nordiske syvårskrig, der afsluttedes med freden i Stettin uden store territoriale forandringer. Både Sverige og Danmark fastholdt en *mare clausum* -doktrin og hævdede retten til herredømmet over Østersøen. Det var et vigtigt spørgsmål, som diskuteredes i tidens folkeretlige litteratur. Hollænderen Hugo Grotius havde i 1609 gjort sig til talsmand for en *mare liberum* -doktrin, mens englænderen John Selden forsvarede *mare clausum*, og det var også nærmest i den retning, at de nordiske konger gik i deres højhedskrav. En praktisk følge var, at andre staters flåde ikke gaves adgang til Østersøen, som var i en art sameje, condominium. På det tidspunkt var Gotland (dansk 1361) og Øland danske, og også Øsel kom nu under dansk herredømme, mens Sverige i 1561 erhvervede Reval. Først krigene mellem Danmark og Sverige i midten af 1600-årene ændrede magtbalancen, således ved Brömsebrofreden 1645, hvor øerne i Balticum afstodes til Sverige, og Roskildefreden 1658, hvorved Danmark afstod bl.a. Skåne til Sverige. Da Sverige i 1600-årene også erhvervede territorierne i de baltiske randstater og Pommern blev Østersøen svensk domineret.

Indgangen til Østersøen var dog først og fremmest Øresund, der beherskedes af den danske konge: »Selv om Danmark hverken besidder guldførende årer eller vingårde, hvorover det kan være stolt, tåler det alligevel sammenligning med Arabien, Spanien, Ungarn, Italien eller Tyskland på følgende vis: Thi landet frembringer bortset fra metalminer sine egne vældige rigdomme. Til visse er denne Balterhavets mun-

ding en sand guldgrube og ægte vingård. Havet flyder nemlig med vin og guld. I kraft af disse umådelige indtægter vokser kongens skatkammer og rigdom ...«, skrev præsten Jon Jensen i 1594.

Siden 1400- årene forlangtes Sundtold ved indsejlingen. De bevarede Sundtoldsregnskaber giver den dag i dag et billede af handelen på Østersøen og er den bedste kilde til viden om, hvilke landes skibe, der besejlede Østersøen udefra, og hvilke varer, som førtes ind og ud og i hvilke mængder.¹⁶

Rav, pelsværk, træ, tjære, harpiks, hør og hamp, oksetælle, huder og skind, korn, sild og Gotlansk kalksten er nogle af de mange varer, der produceredes i Østersøregionen eller dens opland, og som kunne eksporteres. Til gengæld indførtes salt, klæde og en lang række luksusvarer eller nydelsesmidler som vin og efterhånden også tobak, kaffe og te. Det skete foruden på danske og svenske efterhånden først og fremmest på hollandske og britiske skibe, der blev hansestædernes store konkurrenter på Østersøhandelen. I slutningen af 1700-årene var flertallet af skibe, som ikke hørte til i en Østersønation engelske.

I det 19. århundrede stod den førhen så blomstrende baltiske handel ikke højt i kurs i udlandets bevidsthed. En engelsk kaptajn, der i 1833 var indkaldt som sagkyndig for en parlamentskomité erklærede, at mange af de skibe, som anvendtes var »near hundred years old«, og at de kun benyttedes da, »they can be used for nothing else«. Også andre vidnesbyrd tyder på, at skibsfarten på Balticum, der især drejede sig om tømmer, rangerede lavt.¹⁷ »Go the Baltic if nothing else is available«, skal en canadisk skibsreder have sagt. Muligt er dette billede tegnet for

mørkt. De store dage, hvor handelen domineredes af den hanseatiske kogge eller den florissante tid i det 18. århundredes slutning, hvor handelen bragte store rigdomme til Danmark var forbi.

7. Søretten udgør også idag kun en lille del af det regelsæt, der skal bringes i samklang, hvis Østersøen skal fremstå som et retsområde med ensartede regler. Handels- og kontraktsretten, reglerne om bilæggelse af konflikter ved voldgift, selskabs- og forsikringsretten er andre vigtige områder, hvor harmonisering kan drøftes.

I middelalderen og i nyere tid var Østersøen domineret af hansestæderne og deres på mange handelsretlige områder overlegne ret, som der i det foregående er givet prøver på. I debatten om det nye Europas struktur dukker forestillingen om Nordeuropa og Østersøregionen som et nyt hansefællesskab undertiden op igen. Meget har ændret sig siden 1500-årene. Det er idag øststaterne, som må styrke deres retsorden og indføre et vestligt system, hvis handelen skal kunne følge med. En Østersø domineret af et enkelt land eller dets retsforestillinger er ikke ønskelig. I den forstand er tanken om en ny »Hansa« mindre tiltrækkende. Menes der derimod et fællesskab, som kan danne en modvægt mod et europæisk tyngdepunkt i Middelhavsområdet og bidrage til skabelsen af et andet

16. Hertil Hans Chr. Johansen: *Shipping and Trade between the Baltic area and Western Europe 1784-95*. Odense 1983.

17. Hertil Lewis R. Fischer and Helge W. Nordevik: *Myth and Reality in Baltic Shipping: The Wood Trade to Britain, 1863-1908*, i *Scandinavian Journal of History* 12 (1990), s. 99-116.

center mod Nord, er tanken som vision om en ny forbindelse mellem Øst og Vest mere tillokkende. Østersøen har aldrig været og ikke er stor nok til at være en

verden i sig selv. Men mulighederne er nu til stede for at samarbejde og fællesskab omkring Østersøen kan finde en naturlig plads i det nye fællesskabernes Europa.

Teorier om ret og moral

Af Ulla V. Bondeson

Relationen mellem ret og moral er afhængig af definitionen af de respektive begreber. Ret og moral kan defineres således, at sfærerne næsten er sammenfaldende, ligesom definitioner kan afstedkomme, at de bliver næsten totalt adskilte. Det er naturligt at forestille sig, at området for retten og moralen er som cirkler, der delvis dækker hinanden, og hvor graden af overlapning også beror på de uformelle og formelle normer i det enkelte samfund.

En behandling af forholdet mellem ret og moral må inddrage mange spørgsmål. Er retsudviklingen påvirket af moral? Er moral påvirket af retsudviklingen? Burde strafferet anskues ud fra moralsynspunkter? Skal en henvisning til moral inddrages i afgrænsning af retten? Er en kritik af retten ud fra moralsynspunkter berettiget (jfr. Hart 1968, s. 1 ff.)? I det følgende søges forholdet mellem ret og moral belyst ud fra flere synsvinkler med betoning af det sidste tema, som det er behandlet inden for retsfilosofi og retssociologi i Skandinavien.

Naturret og retspositivisme historisk set

Gennem retsfilosofiens historie kan vi finde to begreber i relation til rettens natur,

som har skilt sig ud. Denne sondring kan groft klassificeres som den positivretlige og den naturretlige (Jørgensen 1979). Den ene henviser til, at der bagved retten står magt og tvang, og den anden refererer til, at retten må styres af fornuft, moral eller retsopfattelse. Den positivretlige går ud fra gældende ret med mulighed for tvangsmagt bag, medens den naturretlige går ud fra, at retten skal være retfærdig, hvorved retsfilosofferne i forskellige perioder har henvist til den guddommelige orden, den menneskelige orden, den naturlige orden eller »forholdets natur«.

Konflikten mellem den positive ret og den indre samvittigheds lov er et velkendt tema i de græske skæbnedramaer, som f. eks. Sofokles' »Antigone« og Aischylos' »Eumeniderne«. I en af Platons dialoger diskuterer Sokrates forskellige opfattelser af retten med en af sine lærlinge, idet han starter med en definition af legalitet – retten er noget, som er fastlagt i korrekt form af korrekt myndighed –, og fortsætter med en opfattelse af retfærdighed – det rette må relateres til det sande og det gode.

Disse forskellige opfattelser af rettens natur kan også læses ud af den græske historie. Under rationalismen, som karakteriserede Grækenland i det 6. århundrede før Kristus, brød man med det gamle retssystem, som baserede sig på traditioner

fortolket af slægtens ældste. Sofisterne lancerede en form for retspositivisme, idet de hævdede, at retten er menneskeskabt og udformet i overensstemmelse med menneskers fornuftsmæssige vilje.

Efter den peloponnesiske krig indtrådte imidlertid en mistro til demokratiet og den principielle retspositivisme. På baggrund af Platons idealisme opstår en ny »etisering« af retten i det 4. århundrede før Kristus, hvilket primært kan ses i Aristoteles' forfatterskab.

Den historiske udvikling af naturretten i dens forskellige former fra antikken til moderne tid er et for omfattende emne til at behandles i det følgende (se videre Ross 1953; Tamm 1990). Her skal blot erindres om, hvordan den rationalistiske naturret vokser frem efter reformationen, da kanonisk ret ophører med at være retskilde i de protestantiske lande. Såvel Thomasiaus som Pufendorf er blevet tilskrevet æren for først at have sondret mellem ret og moral (S.G. Jensen 1983, s. 40). Grotius skriver om en naturens lov (lex naturalis), og Hobbes skriver om en naturlig ret (ius naturale). Frihedsrettighederne, som først formuleredes af Locke og derefter af Montesquieu, kom til udtryk i den amerikanske forfatning af 1776 og i den franske menneskerettighedserklæring af 1789. Disse principper er således overgået fra at være naturretlige krav til at blive positiv ret gennem kodifikation.

Det turde imidlertid ikke være nogen overdrivelse at påstå, at den retlige tænke-måde i den vestlige verden gennem dette og forrige århundrede domineredes af retspositivismen. Den logiske positivisme i 1920-tallets Wien gav god næring til den retspositivistiske teori, således som den udformedes af Kelsen. Denne udviklede

med stor konsekvens den såkaldte rene retslære og mente, at retsvidenskaben ikke burde sysle med problemer, som ligger uden for den positive ret i et givet samfund. Såkaldte metafysiske spørgsmål, d.v.s. sådanne, som refererer til rettens etiske og politiske formål, eller sociologiske spørgsmål, hvilke refererer til rettens holdning til den sociale virkelighed, betragtedes som ligegyldige for retsvidenskaben. I Norden har Uppsala-filosoffen Axel Hägerström indtaget en lignende positivistisk retsopfattelse, idet han afviser naturretten. Han har påvirket såvel Uppsala-skolen som Alf Ross' retsrealisme.

Konflikten om retsteoriene i moderne tid

Det forekommer, som om det grundlæggende retsfilosofiske problem, hvorvidt retten er det herskende samfunds love eller noget, som snarere er relateret til menneskenes retsfølelser, aktualiseres – og at retsfilosofferne specielt er tilbøjelige til at indtage det senere standpunkt -, hvor folket undertrykkes ved krig og okkupation, eller hvor revolutionære bevægelser bryder frem. Som eksempel kan nævnes Platon i det sammenfaldne athenske samfund, østrigeren Ehrlich i det vaklende østrig-ungarnske kejserdømme, polakken Petrazycycki i det førrevolutionære Rusland, Illum og Ross ved nazisternes okkupation af Danmark, amerikaneren Cahn efter 2. Verdenskrig og senere naturretlige skolars fremvækst i forbindelse med Vietnamkrigen.

En filosofisk nyorientering hvad angår teorier om retssystemet kan fornemmes efter 2. Verdenskrig, da nazismens tvangs-

system af en del betragtedes som et udtryk for retspositivismens instrumentelle retsopfattelse. Et naturretligt grundet princip om ret og endog pligt for medborgerne til at gøre modstand mod angreb på forfatningens demokratiske institutioner kom i begrænset form til og med at blive positiv ret i Tyskland.

Vietnam-krigen og nymarxismen førte i 60'erne til ungdomsoprøret, og kampagner vedrørende »civil ulydighed« blev bl.a. af Marcuse legitimeret som naturretligt grundet oprørsret. Hvad der opfattedes som uretmæssigt udøvet magt fra myndighedernes side, ligestillede med vold, og »myndighedsvold« skulle bekæmpes med »frihedsvold«.

I de seneste år har en diskussion af den socialistiske ret givet yderligere næring til et naturretligt tankesæt. Det er vanskeligere ud fra en retspositivistisk teori at fordømme de misgerninger, som har fundet sted indenfor eksempelvis Stalins retssystem.

Den fornyede kraft, som kravet om menneskelige rettigheder har fået i den senere tid, kan også ses som en modreaktion mod undertrykkelsesregimernes ugerninger. Retssociologisk set kan man imidlertid diskutere det rimelige i de krav på universelle menneskelige rettigheder, som forskellige internationale organer fremfører. Kodifikationer af samme rettigheder i lande med uensartet socio-økonomisk udviklingsgrad kan opfattes som en form for kultur- og retsimperialisme. Fremgange hos en sådan kan være lige så begrænset som den Weber-inspirerede *Law and Development*-bevægelse i u-lande (se Dalberg-Larsen 1990, s. 282ff.).

Fremkomsten af diverse græsrodsbevægelser i de seneste årtier er også udtryk

for, hvorledes forskellige grupper i samfundet med forskellige midler søger at påvirke politikerne, oftest via massemedierne. Man har prøvet at ændre på området for det kriminaliserede, ændre straffeni-veauerne for, hvad der er kriminaliseret, eller hvad der bør kriminaliseres.

For Danmarks vedkommende kan henvises til de svingende opfattelser omkring pornografi, hvor hensyn til individets frie selvudfoldelse i høj grad bar afkriminaliseringerne i 1967 (skrifter) og 1969 (billeder), medens modsatrettede hensyn til en særlig udsat offergruppe lå bag nykriminaliseringen af børnepornografi i 1980 (skærpet 1989), ligesom kvindegrupper kræver yderligere kriminaliseringer, særlig af den såkaldte videovold (se Waaben 1989a, s. 64ff.). Udvidelsen af området for straffelovens § 266b i 1971 og 1987, hvor race og seksuel orientering medtoges som beskyttelsesobjekter, og flere handlinger kriminaliseredes, udgør et lignende eksempel. Stuer Lauridsen har lavet en udførlig analyse af homoseksualitet og prostitution set i belysning af forholdet mellem ret og moral (1965).

Den Hägerström-Lundstedtske fejltagelse og værdinihilismen

Den såkaldte værdinihilisme baseret på Hägerströms filosofi er blevet kritiseret fra forskellig side. Den skarpeste kritiker blandt filosofferne er vel nok Ingemar Hedenius. I et antal artikler, samlet i bogen *Om rätt och moral* (1941), gør Hedenius op med såvel Hägerström som retsrealismen, repræsenteret først og fremmest af Lundstedt. I artiklen »Rättsmedvetandet på glid« beskyldes retsfilosofferne for at døde

den intellektuelle samvittighed. Det siges bl.a.: »Talet om vad sanning 'egentligen' innebär fungerar som en vädjan till det gamla samvetet, avsedd att tysta dess krav på sådan sanning, som enligt teorien icke är egentlig« (s. 129).

Theodor Geiger har fortsat diskussionen i bogen *Debat med Uppsala om moral og ret* (1946). Han indleder med at påpege, at Hedenius' analyser forekommer ham at være de mest skarpsindige og tankevækkende i diskussionen omkring Uppsala-skolens moral- og retslære, men som denne har fået alt for lidt anerkendelse for. Geiger fremhæver også, at man næppe kan forundres over, at kritikken hos det største publikum på den tid fordømte Uppsala-filosofien som moralopløsende og som en kulturfare. Selv om man kan sætte spørgsmålstegn ved Hägerströms kundskabsteori og hans syn på værdibegrebets metafysiske karakter, så kunne han faktisk alligevel indse værdiforestillingernes sociale nytte.

Geiger foretager nærmest en sociologisk analyse af moralens bud og den såkaldte moralforvirring. »Moralen har ophav i sæder, der virker dels gennem vane, dels gennem omgivelsernes pres« (s. 62). Moralens egentlige forstand siges at indfinde sig som en ideel overbygning over sæderne. »Moralen er således tredie led i trinrækken vane (brug) – sæd (skik) – moral« (s. 68).

Denne inddeling følges op af Blegvad i bogen *Moral og samvittighed* (1963), hvor forfatteren sonderer mellem moralregler, retsregler og sædvaner (god tone, korrekt optræden o. lign.). Forfatteren definerer forskellen mellem ret og moral som sanktionsbestemt: negligerer man retsreglerne, risikerer man f.eks. bøde eller fængsel, hvor en negligering af moralreglerne med-

fører, at man kan pådrage sig negative sanktioner i form af foragt og bebrejdelser. En yderligere forskel består i regelændringsmulighederne. Retsregler kan ændres ifølge særlige regelbestemte fremgangsmåder, mens moralregler ændres langsomt og uden egentlige fælles beslutninger.

Forskellen mellem moralregler og sædvaner er mere en gradsforskel, således at det normalt er mere dadelværdigt at overtræde moralregler end selskabelig skik og brug. Der kan imidlertid ligge en komplikation i, at hensynsløs overtrædelse af sædvaneregler kan indeholde et særligt moralsk forkasteligt element.

Moralforvirring kan i korthed defineres som individets/kollektivets reaktion på en ikke-konsistent moralpåvirkning. Geiger fremhæver, at det moralske kaos opstår på baggrund af uensartede moralforestillinger.

Som eksempel på tidligere ensartede moralsystemer indenfor forskellige samfundsgrupper kan nævnes, hvorledes der i middelalderen fandtes forskellige moralske normsystemer for adel og præsteskab, bønder og borgere. Dels havde enkelte grupper, for eksempel ridderskabet, et specifikt kooperativt moralkodeks, hvor vigtigste bud var »esprit de corps«, som pålagde den enkelte specielle pligter overfor gruppens øvrige medlemmer. Dels var også den almenmenneskelige moral forskellig efter den enkeltes livsholdning, men forenet af et praktisk taget af alle erkendt moraldogme, nemlig det af den kirkelige teologi forkyndte, som gennemsyrede de differentierede standsmoraler.

De moralske normsystemer var således forskellige, men stod under samme moralprincip. I dag kan intet moraldiktat, ingen heterongen moral længere regne med en

tvungen autoritet. Dette menes at gælde både for kollektive, klasseideologisk bestemte moralbetragtninger, såvel som for de individuelle.

Morallærer

Moderne morallærer bygger i høj grad på de gamle græske teorier (se Peczenik 1988, s. 68ff.). MacIntyres sædelære (*After Virtue*, 1981) kan således føres tilbage til Aristoteles. Moralsk godhed forbindes ofte med det sokratiske »areté-begreb«. Areté oversættes med »duelighed« (i oprindelsen i form af mod udvist på slagmarken) og »dyd«.

Den *etisk* »duelige« har både evne og tilbøjelighed til at vælge den »rigtige midte« mellem de ofte modstridende krav, som forskellige former for virksomheder stiller. Et metodeproblem er, om man virkelig kan stadfæste de interne værdier, fortræffelighedsmaal og endemaal, som karakteriserer forskellige, ofte komplekse, former for virksomhed.

En anden morallære er udviklet af R. M. Hare (1981), som bygger på en logisk analyse af det etiske sprog. Han går ud fra, at moralske værdisatser er 1) overordnede andre slags værdisatser, 2) universaliserbare og 3) præskriptive.

Hare antager, at man bør handle i overensstemmelse med andres præferencer, ifølge gammel tradition indenfor engelsk utilitarisme, omfattende bl.a. Bentham og Mills.

Et originalt bidrag er hans teori om den moralske tænkemådes to niveauer. Det kritiske niveau, hvor man beregner andres præferencer på alle tænkelige måder og vejer disse mod hinanden. Kun en »ærke-

engel« skulle helt kunne løse denne opgave. Dens modsætning, kaldet »prole«, må nøjes med den moralske tænkemådes intuitive niveau. Dette består i, at man følger sin moralske intuition og visse etablerede moralske principper. Hares teori turde dog nok i lighed med de fleste naturretligt inspirerede lærer forudsætte en vis teori om menneskers natur og de menneskelige rettigheder.

Retfærdighedsteorier

Ifølge græsk filosofi hænger det moralske gode sammen med det retfærdige. Peczenik laver følgende klassifikation af retfærdighedsteoriene:

- 1) Almenfilosofiske teorier indbefatter enten en definition af begrebet retfærdighed eller en generel teori om, hvad der skal anses for at være retfærdigt.
- 2) Kasuistiske teorier opfatter retfærdighed som et system af visse angivne normer.
- 3) Psykologiske og sociologiske teorier afstår ofte fra sådanne definitioner og omfatter i stedet hypoteser om årsags-sammenhæng mellem menneskers retfærdighedsopfattelse og visse fakta.

Ideen om, at retfærdighed består i, at »lige skal behandles lige«, er blandt andet udviklet af Chaim Perelman (1963) og Torstein Eckhoff (1971).

En naturretligt farvet retfærdighedsteori er beskrevet af John Rawls i *A Theory of Justice* (1971). Ifølge denne er retfærdighed den højeste moralværdi, ja til og med den højeste værdi overhovedet. Hans teori bygger på hypoteser om individets »oprindelige position« og på en samfundskontrakt.

Robert Nozick har i arbejdet *Anarchy, State and Utopia* (1974) kritiseret bl.a. Rawls' teori om distributiv retfærdighed. Han antager, at mennesker har visse rettigheder, for eksempel ejendomsret, der ikke beror på den etablerede ret og samfundsmæssige moralkonventioner eller andre samfundsmæssige institutioner. Ifølge denne teori skulle forholdene mellem staten og individerne kun være retfærdige i en minimalstat, men næppe i nutidige velfærdsstater.

Peczenik forsøger at give en syntese af kognitivismen og ikke-kognitivismen i den mening, at sandhedsværdien i værdisatser fornægtes, men endda godkendes muligheden for at motivere dem. Han giver sproglige krav på den etiske argumentation, beskriver overgribende lærer om moralsk godhed og angiver kriterier for moralsk godhed. Retsrationalisme præsenteres som en tredje vej (Peczenik et al 1990), som ifølge naturretens lære godkender sammenkoblingen mellem ret og etik, men i strid med naturretten underkender sammenkoblingen mellem etik og den menneskelige natur og i stedet udgår fra den historiske tradition.

Retten og retssystemet

Retsfilosofferne og samfundsvidenskabsmændene har gjort utallige forsøg på at definere, hvad ret er. Beskrivelserne varierer, dels afhængige af forfatterens opfattelse af mennesket og samfundet, dels af formålet med analysen.

Eckhoff & Sundby (1976) diskuterer i *Retssystemer* muligheden for at stille *etiske krav* til indholdet i retssystemets regler eller praksis, således at man kræver

en vis overensstemmelse med de moralopfattelser, som findes i det aktuelle samfund, eller således at man anvender sin egen (eller sit samfunds) moralopfattelse som målestok, eller eventuelt således, at man påberåber sig noget, som man anser som en objektivt gyldig moral. »Det først nevnte alternativ kunne kanskje ha noe for seg. Vi antar at det faktisk er visse sammenhenger mellom rett og moral i de fleste (kanskje alle) de tilfelle hvor vi på basis av andre kriterier vil si at det foreligger et 'rettssystem'« (s. 243).

De påpeger imidlertid, at retssystemet også har grænser fælles med ikke-retslige sociale normer. Hertil regnes blandt andet de værdinormer, som styrer vore forestillinger om, hvad der er nyttigt, og hvad der er retfærdigt. Selv om disse udøver indflydelse på både lovgivning, forvaltning og retspraksis, anses de ikke som dele i retssystemet.

Enkelte personers normer og vurderinger behandles både som retssystemets in- og output. Dels fungerer disse som et reservoir, retsapparatet kan øse af og anvende som råstof til sin egen normproduktion, dels som faktorer, der kan støtte retslige krav og positioner, og dels som faktorer, der modvirker retslige målsætninger og derfor bør modarbejdes.

Mange af rettens egenskaber hænger sammen med, at retssystemet er et mødested for politik og moral. Der stilles både krav om, at systemet skal være et effektivt middel til at gennemføre politiske målsætninger og krav om, at det skal afspejle menneskers moralske holdninger. Disse krav kommer ofte i konflikt med hinanden, og mange meningsudvekslinger indenfor retsfilosofferne gengiver disse spændingsforhold.

Som vigtigst for modtagersiden anses det at være, at retssystemet får *ideologisk støtte*. Med dette sigtes til holdninger, opfattelser og vurderinger, som opretholder og styrker systemet. For det første gælder det holdninger til retsmyndighederne, såsom lovgiverne og domstolene. Størst betydning har det, at folk anser dem for at være legitime og accepterer deres kompetence til at fastsætte generelle og specielle normer. Men det giver systemet yderligere styrke, hvis der oven i købet knyttes positive vurderinger til myndighederne og til resultaterne af deres virksomhed, f. eks. at lovene betragtes som gode, dommerne som upartiske og deres afgørelser som retfærdige. For det andet kan det også gælde holdninger til indehavere af andre retslige positioner, som f. eks. at være ejer, kreditor eller idømt straf. For det tredje gælder det holdninger til enkelte retsnormer og de typer af handlinger, som disse sigter til.

Udover handlingsprogram anses retssystemet for at producere *værdibekræftelse* og information. Med værdibekræftelse menes, at retslige aktiviteter kan påvirke folks holdninger om, hvad der er værdifuldt og forkasteligt, rigtigt og forkert, godt og ondt. Det kan påny gælde dels holdninger til retssystemet i det hele taget, f. eks. om det er egnet til at fremstille retssikkerhed og retfærdighed, dels holdninger til de enkelte elementer indenfor systemet, f. eks. at retsmyndighederne er legitime, at man bør rette sig efter, hvad de bestemmer, selv om man misbilliger det, at rettigheder og pligter bør tages så alvorligt, at kriminalitet er forkasteligt.

De mange betydninger af begrebet »ret« siges at øge sandsynligheden for, at der skal knyttes gyldighedsbegreber og moral-

ske holdninger til retslige normer. I daglig tale anvendes ordet »ret« dels for at give udtryk for, at noget er rigtigt eller sandt (f. eks.: »Han gjorde det rette«, »Det har du ret i!«), dels som en beskrivelse af normer og positioner, som hører hjemme i retssystemet. Der kan derfor let ske overgange i tankegangen fra den ene betydning til den anden. Dette kan bidrage til at styrke retsreglernes prestige og gennemslagskraft. Andre forhold, som styrker retssystemet, er dets anvendelse af fysisk tvang og lignende symboler, samt ritualer, der understreger rettens højtidelighed og alvor.

Retskultur

I sin bog *The Legal System* går Friedman (1975) ud fra en videre definition af retssystemet end Eckhoff & Sundby. Han vil ikke se på retten som en samling regler, skrevne eller uskrevne, om ret eller forkert adfærd, pligter og rettigheder. Bristen ved denne af juristerne oftest brugte definition siges at være, at den tilskriver retten en slags uafhængigt, meta-socialt liv; den ser bort fra forholdet, at regler og strukturer ser ud på én måde på papiret, men fungerer anderledes i virkeligheden.

Blandt retssociologer er der almindelig enighed om, at retten i princip er et socialt produkt, og at loven i bogen og loven i virkeligheden ikke nødvendigvis er den samme. Regler og strukturer alene siger os intet om, hvordan retsmaskinen faktisk fungerer. De giver os ikke den mulighed at udskille død lov fra levende lov. De beretter ikke om, hvordan og hvorfor regler skabes, og hvilken effekt de har på menneskers liv.

De sociale kræfter, som påvirker retten

og får den til at fungere godt eller dårligt, kaldes i mangel af bedre term for *legal kultur*. Friedman fremhæver i en definition af legal kultur, at der må være tale om elementer af mere generel karakter, som påvirker sociale kræfter i relation til loven. Dette kan tage form af såvel anerkendelse af som afstandtagen til den positive ret. Helt generelt mener Friedman, at man kan opfatte det legale system som formidler og opretholder af nogle værdier, som samfundet finder rigtige – en forklaring, som kan sammenfattes med ordet *retfærdighed*.

Friedman stiller videre spørgsmålet om, hvornår loven er effektiv og udgår fra en multipel teori om legal adfærd. Tre hovedelementer udskilles: sanktioner, gruppetilhørighed og interne værdier. Til den sidste kategori, som i denne sammenhæng har speciel relevans, regnes samvittighed og relaterede attituder, følelsen af, hvad der er legitimt, respektivt ikke er legitimt, og hvad der er værd, respektivt ikke værd, at efterkomme.

Terminologien angående den tredje kategori, interne værdier, er rig, og Friedman gør her et forsøg på begrebsanalyse. »At gøre, hvad som er ret« kan sigte til forskellige, skønt relaterede motiver. Et kaldes »civic-mindedness«, og det tilsigter, at vi bør følge en regel, selv om den ikke ligger i vor egen interesse, fordi den er god for andre mennesker. Man ser i dette princip en klar parallel til Kants kategoriske imperativ. Man kan kalde »morality« et ønske om at følge regler, fordi de er Guds vilje eller god etik, snarere end fordi de skulle være nyttige for andre eller én selv. Et andet motiv udgøres af »fairness«, tanken at en regel fortjener støtte på grund af dens formelle egenskaber, f. eks. fordi reglen gælder for alle.

Samtlige disse motiver er uafhængige af nogen almen tiltro til retten eller autoriteter. Men en sådan »faith« kan være et motiv for sig. »Trust« indebærer, at mennesker i en autoritetsposition skal vide, hvad de gør, skal være eksperter, skal være vise, etc.

En anden type af tillid består i fortrolighed med strukturer og procedurer. Dette er, hvad vi kalder *legitimitet*. Dette indebærer ikke en tro på reglens substantielle værdi, men på dens form, procedure eller kilde. Legitimitet bliver en generel holdning til retten eller retssystemet.

Hvad skaber følelser af legitimitet respektive illegitimitet? Man taler ofte om en »spill-over«-effekt, hvis man mister tilliden til en instans på et område, så kan det få en generaliserende effekt på andre områder. Hykleriet omkring den amerikanske forbudslovgivning anses for at have bragt hele retssystemet i vanry. På tilsvarende måde har visse retslærde og kriminologer hævdet, at marihuanalovene »..hasten the erosion of respect for the law« (Packer 1968, s. 340). Spørgsmålet om indlæring af legitimitet respektivt illegitimitet er centralt, herunder ikke mindst, hvordan disse indlæringsprocesser foregår.

Friedman foretager en distinktion mellem ekstern og intern legal kultur. Med *ekstern* retlig kultur sigtes til den legale kultur hos en befolkning. *Intern* retlig kultur sigter til den legale kultur, som findes hos de samfundsmedlemmer, der udfører specialiserede retlige opgaver.

I en empirisk undersøgelse studeres den interne og den eksterne retskultur (Bonde-son 1980). Undersøgelsen omfatter interviews af dommere og et repræsentativt udvalg af befolkningen indenfor samme

geografiske område. Herved opnås mulighed for at sammenligne den eksterne med den interne retlige kultur, hvilket er et område, som Friedman ikke behandler, men som åbner interessante indfaldsvinkler ved studiet af retten og samfundet, samt feedback-processer mellem forskellige legale kulturer.

Definition af moral- og værdibegreber

Klassikere, såsom Montesquieu, Durkheim og Weber, beskrev forskellige samfunds sociale og retlige tilstande, set ud fra et bredt kulturelt perspektiv og med iagttagelse af menneskers værdier og normer. Senere tiders sociologer synes i højere grad at have været inspireret af en delvis marxistisk analyse, og de har overvejende beskrevet samfundssystemet ud fra den sociale og økonomiske struktur, hvorved den kulturelle analyse i højere grad er blevet forsømt.

Inden for samfundsvidenskaben er empiriske studier af værdinormer noget relativt nyt. Problematikken omkring værdibegreberne er blevet diskuteret inden for filosofien og økonomien. Først i senere oplag af Encyclopedia Britannica (1973-4) udvidedes selve moralbegrebsperspektivet til også at omfatte sociale, psykologiske og antropologiske aspekter. Selv om forskningen vedrørende værdinormer er øget i de senere år, eksisterer der ingen consensus omkring definition eller metodologi. Ved en gennemgang af 400 relevante arbejder fandtes ikke mindre end 180 forskellige definitioner af værdibegrebet (se Harding & Phillips 1986, s. 1).

Eksplicit i mange definitioner er fore-

stillingen om, at latent i vedtagne værdinormer er vurderinger af, hvad der opfattes som godt og dårligt, eller hvad der er ønskeligt og ikke-ønskeligt. Antropologen Gluckman's definition af værdinormer/moral tager udgangspunkt i homogene, d.v.s. primitive samfund. Moral er i disse samfund regler, der er accepteret af alle »normale« medlemmer af samfundet, og som fastlægger rettigheder og forpligtelser og den fornøftigste måde, hvorpå individerne bør omgås hinanden, herunder de måder, på hvilke man opnår beskyttelse af sine rettigheder.

En anden antropolog, Turiel, tager udgangspunkt i det moderne samfund, hvor han definerer moral som regler, der 1) vedrører retfærdighed, rettigheder og velfærd, samt 2) foreskriver, hvordan folk bør opføre sig i forhold til hinanden. Punkt 1) er individets krav til staten om beskyttelse, medens 2) omhandler de sociale »trafikregler«.

Som det ses, er der ikke væsentlige forskelle mellem Gluckman's definition af værdinormerne i homogene samfund og Turiel's definition i det langt mere komplekse vestlige statsamfund. Hvor Turiel fremhæver stat/individ-aspektet, er dette implicit i Gluckman's definition, hvor den kollektive sociale kontrol i homogene samfund er vogter af den vedtagne moralopfattelse.

Værdinormer, der omfatter bl.a. sædvaner, etik, moral og ikke mindst jura, er ganske vist adskilte begreber, men ofte overlapper de hinanden. De herskende værdinormer har indbygget i sig begreber som tolerance, reciprocitet, omsorg, altruisme, hæderlighed i alle dets aspekter, anerkendelse af andres rettigheder og egne pligter.

Den i et givet samfund herskende moral er næppe noget samfundsmedlem helt ubekendt, idet den moralske superstruktur er en kulturel skabelse. Den socialisering, som individerne i et heterogent samfund udsættes for, giver moralen forskellige udtryksformer, der er inddelt efter køn, alder, klasser samt undergrupperinger af disse. Uanset at de fleste i det store hele kender den herskende eller den kulturelt skabte moral i sit eget samfund, vil den socialt skabte formentlig have større gennemslagskraft i individets valg af handling. Man kan således definere den moralske vurdering som normativt hævdundne opfattelser, ved hvilke vi evaluerer og regulerer vore sociale handlinger og samfærd.

Værdinormer betragtes ofte som determinanter af attituder og trosforestillinger, hvilke i stedet kan blive objekt for studium. Normbegrebet hæderlighed kan eksempelvis være en dimension, som går igen i attituder til at snyde i skat, at snyde for at betale en restaurationsregning eller at beholde fundne penge.

Traditionelle og post-traditionelle værdier

Ifølge flere sociologer skulle den nye tid bl.a. indebære en vis nedbrydning af moralen. Sekulariseringen skulle således føre til, at både religiøse og moralske normer går i opløsning. Vesteuropa har i de seneste hundrede år gennemgået en omfattende social transformation i form af industrialisering, urbanisering, ændrede familiestrukturer, ændringer i uddannelse og religiøse mønstre etc., processer, der alle kan være medvirkende faktorer til forandringer i værdimønstrene.

Inden for European (World) Value Social System Study Group (EVSSG), som er et stort komparativt projekt vedrørende sociale og moralske værdier, har man for eksempel ladet interviewpersoner besvare en »justification scale«, og ved faktoranalyse af besvarelserne er fundet tre moral-faktorer: personlig/sekualmoral, egennyttemoral samt en moralopfattelse vedrørende lovlighed/lovstridighed. Danmark skulle eksempelvis befinde sig højt på en skala vedrørende personlig/sekualmoral, men lavt vedrørende egennyttemoral og moral, der angår lovlighed/lovstridighed i sammenligning med andre europæiske lande. En streng moral er således ikke noget generelt træk.

Det synes at være en udvikling, der viser bort fra traditionelle moralske værdier – mod en større individuel beslutningstagen i et sekulariseret, pluralistisk samfund. Forfattere som Inglehart (1977; 1990) taler om en vækst i post-traditionelle personlige værdier eller post-materielle værdier. I henhold til MacIntyre (1981) skulle det tyvende århundredes moral kunne karakteriseres ved »emotivism«, d.v.s. en mangel på moralsk consensus, som opstår fra forestillingen om, at »..no valid justification that objective moral standards exist and hence that there are no such standards« (s. 18). Eftersom den religiøse moral synes at være blevet forkastet, har det været svært at finde et sammenhængende rationelt-sekulariseret alternativ. Andre modeller skulle snarere kunne beskrives som anti-traditionelle end som sammenhængende, nye alternativer.

Den almindelige retsbevidsthed

Det internationale værdiprojekt behandler udførligt sociale og religiøse værdier, delvis på bekostning af de moralske. Det, som på engelsk kaldes »knowledge and opinion about law« (KOL, se Campbell et al. 1973), og på dansk »den almindelige retsbevidsthed«, udgør en anden forskningsretning, som er blevet udført af kriminologer og retssociologer, og som de, der indenfor statsvidenskaben har arbejdet med EVSSG, ikke synes at have inddraget i deres arbejde.

Skæringspunktet mellem de moralske og de retlige forestillinger og sammenhængen herimellem er for en retssociolog og en kriminolog af største interesse at søge at kortlægge. At studere retsbevidstheden, d.v.s. kendskab og attituder til forbrydelser og forbrydere, straf og ansvar, samt forskellige retlige institutioner, er centralt i en undersøgelse af det moralske klima. Waaben (1989b) giver en indgående teoretisk diskussion om kriminalisering og moral, mens en empirisk behandling af emnet forefindes hos Bondeson (1979).

Det moralske klima i Norden

Mit seneste projekt tilsigter at foretage en mere total analyse af den almindelige retsbevidsthed. Dette projekt turde være usædvanligt i den forstand, at jeg prøver på at relatere retsbevidsthed i bred forstand til andre værdier af moralsk, social, økonomisk, religiøs og politisk art. Det er et af de mest omfattende interviewstudier af retlige og moralske normer – både hvad angår bredde og antal spørgsmål, populationens størrelse og forsøg på komparativt

perspektiv i tid og rum. Mere end 2000 personlige interview er udført hos et repræsentativt udsnit af befolkningen i fire nordiske lande. Interviewformularen omfatter flere hundrede spørgsmål.

Norden synes særligt egnet til sammenlignende studier på grund af stor lighed økonomisk og socialt, samtidig med at der eksisterer kulturelle forskelle, som antages at vise sig i forskellige værdimønstre. Danmark og Sverige formodes at skille sig ud med specielt lav religiøsitet og liberale, personlige værdinormer, men kan samtidig opvise større restriktivitet hvad angår visse spørgsmål vedrørende retsbevidstheden. En hypotese er, at forskellige kriterier vil blive tillempt indenfor varierende moralske beslutningssituationer, og at korrelationen mellem disse ikke nødvendigvis er høj.

I denne undersøgelse vil jeg bl.a. teste Ingleharts teori om, hvordan de unge i velfærdssamfundet udvikler såkaldte post-materielle eller post-traditionelle værdier. Jeg vil bl.a. undersøge, om man kan dokumentere en sådan individualisering af det, som opfattes som acceptabel adfærd, bort fra et strengt moralkodeks mod en større tolerance. Kan man specielt hos de unge i Norden finde en udvikling bort fra traditionelle værdier, som lægger vægt på hårdt arbejde, flid, hæderlighed og gode manerer mod en større individuel beslutningstagen i moralske spørgsmål i et successivt mere pluralistisk samfund?

Jeg antager videre, at der er store variationer og forandringer i forskellige befolkningsgruppers retsbevidsthed, som bl.a. giver sig udslag i ændrede vurderinger af forskellige forbrydelser. Man kan endvidere formode, at den strafferetligt punitive indstilling er i aftagende, og at

flere mennesker er åbne for alternative sanktionsformer.

Afslutningsvis vil det være mit håb, at de empiriske data kan bidrage til at kaste lys over sammenhængen mellem ret og moral i et komparativt perspektiv.

References:

- Blegvad, Mogens: *Moral og samvittighed*. København 1963.
- Bondeson, Ulla: Det allmänna rättsmedvetandet – en legal fiktion i *Rationalitet i rättssystemet*, Ulla Bondeson (ed.) Stockholm 1979, 123-143.
- Bondeson, Ulla: Rättsmedvetandet rörande brottens straffvärde och domarens straffmätning i *Påföljdsval, straffmätning och straffvärde*. Brottsförebyggande rådet, Stockholm 1980:2, 54-71.
- Campbell et al. (eds.): *Knowledge and Opinion about Law*. London 1973.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: *Lovene & livet*, 2. udg., København 1990.
- Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian: *Retts-systemer*. Oslo, 1976.
- Eckhoff, Torstein: *Rettfærdighet*, Oslo 1971.
- Fuller, Lon L.: *The Morality of Law*. New Haven and London, rev. ed. 1969.
- Friedman, Lawrence: *The Legal System*. New York 1975.
- Geiger, Theodor: *Debat med Uppsala om moral og ret*. Lund 1946.
- Hare, R. M.: *Moral Thinking, Its Levels, Method and Point*. Oxford 1981.
- Hart, H.L.A.: *Law Liberty and Morality*, Oxford 1968.
- Harding, Stephen & Phillips, David: *Contrasting Values in Western Europe*. London 1986.
- Hedenius, Ingemar: *Om rätt och moral*. Stockholm 1963.
- Inglehart, Ronald: *The Silent Revolution*. Princeton 1977.
- Inglehart, Ronald: *Culture Shift*. Princeton 1990.
- Jensen, Svend Gram: *Hvad er retfærdighed?* København 1983.
- Jørgensen, Stig: Rättspositivism och naturrätt i *Rationalitet i rättssystemet*, Ulla Bondeson (ed.) Stockholm 1979, 35-57.
- Kutchinsky Berl: *Den almindelige retsbevidsthed*. Stockholm 1970.
- Lauridsen, Preben Stuer: *Forholdet mellem ret og moral*. Guldmedaljeafhandling, København 1965.
- MacIntyre, Alasdair: *After Virtue, A Study in Moral Theory*. London 1981.
- Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*. New York 1974.
- Peczenik, Aleksander: *Rätten och förnuftet*. Stockholm 1988.
- Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis & Bergholtz, Gunnar: *Juridisk argumentation*. Stockholm 1990.
- Perelman, Chaim: *Justice et Taison*, Bruxelles 1963.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*. Cambridge 1971.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, København 1953.
- Segerstedt, T., Karlsson & Rundblad: A Research into the General Sense of Justice. *Theoria* 1949, 15, 321-338.
- Tamm, Ditlev: *Retshistorie*. København 1990.
- Waaben, Knud: *Strafferettens specielle del*. København 1989a.
- Waaben, Knud: *Strafferettens almindelige del*. København 1989b.

Om retfærdighedsforestillinger blandt jurastuderende

Af Berl Kutchinsky

Her skal berettes om en undersøgelse af retfærdighedsoplevelser blandt jurastuderende ved Københavns Universitet udført i 1989-90. Formålet var primært at give de studerende der læste 'almene fag' (dvs. retshistorie, retslære og retssociologi) lejlighed til at overveje hvorledes de personligt forholdt sig til retfærdighedsbegrebet, forud for et fællesseminar med dette tema. Der knytter sig dog også en almen psykologisk/sociologisk og retspsykologisk/retssociologisk interesse til en undersøgelse af denne art.¹ I betragtning af den beskedne plads der tilskrives retfærdighedsbetragtninger i den juridiske debat i Danmark og i lærebogslitteraturen,² var det interessant at søge afklaret om sådanne forestillinger mon havde en lige så ringe plads i fremtidige juristers dagligdag og livsopfattelser. Endelig var det af interesse at se i hvilket omfang der herskede overensstemmelse mellem de studerendes spontane retfærdighedsforestillinger og diverse (rets)filosofiske anvendelser af retfærdighedsbegrebet.³

Fremgangsmåde

Undersøgelsen gennemførtes blandt to år-gange af jurastuderende i studiets 4. og 5.

semester. I februar 1989 omdeltes ved semesterets start et enquete-skema på hvert

1. Se fx Jean Piaget: *The moral judgment of the child*, London, 1932; Lawrence Kohlberg: Stage and sequence: The cognitive developmental approach to socialisation, in D. Goslin (ed.): *Handbook of socialisation theory and research*, Chicago, 1969; Vilhelm Aubert: Justice as a problem of social psychology, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1970, 56, (4), pp. 465- 483; Edmond Cahn: *The sense of injustice*, New York, 1949; Torstein Eckhoff: *Rettfærdighet ved udveksling og fordeling av verdier*, Oslo, 1971; samme: Rett og rettfærdighet, *TJR*, 1989, pp. 1-12; Berl Kutchinsky: *Den almindelige retsbevidsthed*, Stockholm, 1970; samme: *Retsbevidsthed, Kriminalistisk Instituts Årsberetning 1982*, København, 1983, pp. 77-90.
2. Jf. Sv. Gram Jensens artikel i nærværende festskrift, samt Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, København, 1953; Preben Stuer Lauridsen: *Retslæren*, København, 1977; Sv. Gram Jensen: *Almindelig retslære En introduktion*, København: 1989; Sv. Gram Jensen: *Retfærdighed, straf og strafudmåling*, *TJR*, 1989, pp. 640-649.
3. Jf. Stig Strömholm: *A short history of legal thinking in the West*, Stockholm, 1985; John Rawls: *A theory of justice*, Oxford, 1971; Stig Jørgensen: *Ret og Samfund*, København, 1970; Neal A. Simmonds: *Central issues in jurisprudence: Justice, law and rights*, London, 1986; Brian Barry: *Theories of justice*, London, 1989.

af de 6 hold i almene fag. Skemaet indeholdt en instruktion og 4 åbne spørgsmål med tillægsspørgsmål (se nedenfor) der skulle besvares på stedet på et uddelt 4-sidet ark. Det tog ca. 25-45 minutter. Besvarelsen var anonym, kun køn skulle oplyses. Størsteparten af de fremmødte deltog, og der indløb i alt ca. 250 brugbare besvarelser, der dannede basis for en forelæsning til et fællesseminar i efteråret.

Med udgangspunkt i denne pilotundersøgelse blev et nyt spørgeskema udarbejdet til uddeling på 1990-årgangen, denne gang i starten af den retssociologiske forelæsningsrække for hvert hold. Skemaet indeholdt en let revideret udgave af det forrige instruktion og spørgsmål, men svarene skulle skrives direkte på skemaet. Ud over de åbne spørgsmål, der lagde op til essaybesvarelser, skulle et enkelt spørgsmål besvares ved afkrydsning af givne svarmuligheder. Der indløb i alt 247 brugbare besvarelser, heraf 102 fra mandlige og 145 fra kvindelige studerende. Da der er nogenlunde lige mange studerende af begge køn, er der således et ganske stort frafald blandt de mandlige studerende, der formentlig både skyldes færre fremmødte til forelæsningerne og færre der var villige til at udfylde og aflevere skemaet.

Nærværende artikel tilsigter ikke en dyberegående kvantificeret indholdsanalyse af besvarelserne. Besvarelserne for hvert enkelt spørgsmål er af forfatteren klassificeret i det mindste antal a posteriori etablerede kategorier de nogenlunde dækkende kunne indpasses i. I det følgende gennemgås og beskrives disse kategorier med hovedvægt på ordrette, om end ofte afkortede, citater fra besvarelserne. For besvarelser på spørgsmål 2-4 angives som regel i parentes efter hvert citat svarerens

køn (K=kvinder; M=mænd). Et citats afslutning betegnes ved punktum; eventuelle punktummer i originalen inden for samme citat er erstattet af semikolon. Spørgsmålene citeres efter den let reviderede version. De ordrette citater er fra begge delundersøgelser.

Definition af retfærdighed

Første spørgsmål lyder: »Hvordan vil du *personligt definere* begrebet retfærdighed? Herunder: Hvad vil det sige at noget er retfærdigt eller uretfærdigt? (Skriv svaret på resten af siden)«

At det er svarerens personlige definition og ikke lærebogsviden der efterspørges er forinden stærkt fremhævet i en detaljeret introduktion. Alligevel er der et mindre antal besvarelser der mere eller mindre direkte afspejlede lærebogsopfattelser. Sådanne svar kom oftest fra mænd og var, som man kunne forvente, noget hyppigere på det hold i 1990 der umiddelbart før besvarelsen havde haft faget retslære, hvor temaet retfærdighed i juridisk sammenhæng blev behandlet.⁴

Ikke langt fra lærebogsdefinitionen ligger den opfattelse at retfærdighed er en *følelse* eller en *moralsk vurdering*:

En slags lykkefølelse man har, når tilstandene er som de skal være; ...uretfærdighed er den følelse vi har over for noget, som ikke er som det burde være. En følelse, der sonder mellem godt og ondt,

4. Som lærebog benyttedes her Sv. Gram Jensen: *Almindelig retslære. En introduktion*, 1989.

rigtigt og forkert. Opfattelsen af hvad der er godt og tjener ens interesser. Et af flere moralske parametre, som vi bruger til at bedømme hinandens handlinger og reaktioner.

Man bemærker at der refereres dels til en art vejning og kategorisering af handlinger efter en særlig 'parameter', dels til de følelser og reaktioner der udspringer heraf. Som vi skal få at se, er det især de handlinger, der vurderes som uretfærdige, der fremkalder stærke ofte meget sammensatte følelser (vrede, ydmygelse, afmagt, skam).

De her nævnte definitioner knytter retfærdighedsfølelsen eller -vurderingen til den enkelte, til tider på en helt konkret og egocentreret måde («retfærdigt er hvad der gavner mig»). Men adskillige definitioner relaterer retfærdighed til samfundet. De følgende er typiske for flere:

Retfærdighed er det flertallet bestemmer skal gælde. Det der gavner det største antal mennesker og dermed samfundet i sig selv. Udtryk for samfundets selvjustits... en opretholdelse af status quo.

Her er elementer af et demokratiideal – det harmoniske retssamfund som Sokrates/-Platon efterlyser,⁵ og af utilitarisme – for John Stuart Mill er retfærdighed en særlig form for nytte, mens Rawls opfatter utilitarismen som retfærdighedens modsætning.⁶

Distributiv og kommutativ retfærdighed

Godt halvdelen af definitionerne refererer mere eller mindre direkte til, at retfærdighed har noget at gøre med balance, ligevægt, lighed, eller ligelighed.

Når tingene er i balance. Noget for noget. Når der er balance mellem nogle ligevægtsprincipper. At

der tages ligevægtige hensyn til flest mulige variable.

Henvielse til retfærdighedskravet i sammenhænge hvor der er tale om fordeling eller udveksling af værdier er velkendt siden Aristoteles.⁷ I sin *Etik* (femte bog) peger han på at der i daglig brug henvises til to former for materiel retfærdighed, nemlig *distributiv retfærdighed*, dvs. retfærdighed i *fordelingssituationer*, hvor der forventes en eller anden form for *lighed* eller *ligelighed*; og *korrektiv* eller (efter Aquinas) *kommutativ retfærdighed*, der gælder retfærdighed i *udvekslingssituationer*, herunder gengældelsessituationer, hvor der forventes en passende *balance* eller *ligevægt*. Den norske retsteoretiker Torstein Eckhoff har indgående beskæftiget sig med brugen af retfærdighedsbegrebet i disse sammenhænge og i sin tur inspireret psykologen Siri Næss til en serie empiriske undersøgelser af brugen af retfærdighedsargumenter hos børn i skoleklassesammenhæng.⁸

5. Platon: *Staten*. Oversat af Otto Foss, København, 2. udg. 1990.

6. Cf. Edmond Cahn: *Justice*, i David L. Sills (ed.): *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 8, New York, 1972, p. 345; John Rawls: *A theory of justice*, 1971.

7. Cf. Stig Strömholm: *A short history of legal thinking in the West*, 1985, p. 35-41; Neal A. Simmonds: *Central issues in jurisprudence*, 1986, p. 72ff; og Edmond Cahn: *Justice*, 1972, p. 344.

8. Torstein Eckhoff: *Retfærdighet ved udveksling og fordeling av verdier*, 1971; Siri Næss: *Retfærdighets- holdninger. En undersøkelse av skolebarn og lærere*, Oslo, 1969.

I nærværende undersøgelse vedrører langt de fleste svar af denne art forskellige former for *fordelingsretfærdighed*:⁹

At fordele goderne lige, så alle får lige meget ud af det, både gode og dårlige ting. At dele sol og vind lige (adskillige). At blive behandlet lige og have ensartede muligheder. Lighed for loven. Lige ret for alle mennesker. At behandle folk ligeværdigt uden forskelsbehandling. Menneskerettigheder. Personlig frihed.

Færre henviste til *udvekslingsretfærdighed* – ligeledes i mere eller mindre klassiske udformninger:

Retfærdighed er den tilstand hvor folk får hvad der tilkommer dem. At man belønnes efter indsats. Opnår noget efter fortjeneste – godt eller skidt. Øje for øje – tand for tand. Man skal behandle andre som man gerne vil have at de skal behandle en selv. Yde efter evne, modtage efter behov. At give godt for godt er retfærdighed, at give godt for ondt er kærlighed.

Endelig var der enkelte der formåede at inddrage begge former i en mere udbygget definition:

Retfærdighed har noget at gøre med ligelig fordeling af nogle goder; hvis goderne fordeles skævt vil nogle få en uberettiget/ufortjent fordel i forhold til andre, hvilket er uretfærdigt; omvendt vil det være retfærdigt, hvis goderne fordeles ligeligt efter fortjeneste; desværre er det jo nok bemærkelsesværdigt, at vi mere lægger mærke til når vi føler os uretfærdigt behandlet end omvendt, idet man ofte føler at retfærdighed er en selvfølge.

Det sidste er utvivlsomt en rigtig iagttagelse, der blev klart understøttet af svarene på de følgende spørgsmål.

Retfærdighedens rolle for den enkelte

Det andet spørgsmål lød: »Hvilken rolle

spiller retfærdighed for dit liv og din opfattelse af tingene? Herunder: Har din opfattelse forandret sig siden du var barn?»

Der var delte meninger, såvel om retfærdighedens betydning som om ændringer i opfattelsen siden barndommen. Fælles for de fleste er dog at retfærdighed spiller en væsentlig rolle og har gjort det siden barndommen. Flere giver udtryk for, at de over for uretfærdigheder har nogle stærke reaktionsmønstre med sig fra barndommen, selv om de som voksne godt kan se tingene i et større perspektiv.

Jeg tror retfærdighedens betydning for én har sammenhæng med ens temperament; mit eget temperament udmøntes i stadige forsøg på at overbevise omverden om, at det jeg siger er rigtigt; hvis ikke det lykkes, opfattes det som uretfærdigt: jeg har jo ret, men jeg får det ikke...; hvor jeg tidligere ikke skyede mange midler for at hævde min ret, har jeg nu af de knubs dette har givet mig lært, at det måske er nok at jeg selv er overbevist (M). Jeg har vist altid reageret mod uretfærdig behandling – forskellen er måske at jeg nu overvejer om uretfærdigheden er af en slags så jeg kan leve med den; ...samtidig opdager man som voksen at verden er fuld af uretfærdigheder, og at man ikke ene mand kan udrydde dem alle; og at man også selv ind imellem behandler andre uretfærdigt eller er med til at opretholde et system som ikke er retfærdigt (K). Som barn levede jeg... i en lykkelig uvidenhed omkring dette spørgsmål, der først senere i gymnasiet 'bed' på mig (K). Retfærdighed er for mig altafgørende; jeg er enebarn af enlig, ubemidlet mor, opdraget i streng disciplinær skole... husker mange situationer der gav mig følelsen af uretfærdighed (K). Jeg har ikke ændret opfattelse siden min barndom, hvor følelsen af en uretfærdig behandling fra andre børn eller voksne ligeledes kunne være sårende, ydmygende og medføre oprør fra min side (K). Retfærdighed har altid spillet en stor rolle i mit liv, måske fordi vi er

9. Noget tilsvarende synes at være tilfældet i en undersøgelse af Ulla Bondeson: Det almännä rättsmedvetandet – en legal fiktion, i Ulla Bondeson (red.): *Rationalitet i rättssystemet*, Stockholm, 1979, p. 130.

to søskende; ...jeg tror at alle børn i en søskendeflok på et eller andet tidspunkt føler sig forfordelt og får deres første fornemmelse af begrebet retfærdighed; jeg har stadig en meget stærk retfærdighedssans, hvor alt enten er sort eller hvidt; det der... kan gøre mig mest rasende er hvis jeg føler mig uretfærdigt behandlet (K). Jeg har altid været 'berømt', 'berygtet' for min retfærdighedstrang, fx ved at gribe ind når andre bliver gjort til syndebukke (K). Som lille oplevede jeg to slags retfærdighed – mors og fars; uden at far var 'streng men retfærdig' oplevede jeg nok hans lidt barske retfærdighed som uretfærdig, mens mors bløde trøst og medfølelse var retfærdig; at blive voksen handler om at man selv gradvist accepterer mors og fars retfærdighedsformer som en nødvendig dualisme.

Som spørgsmål 3 blev deltagerne bedt om at sætte et kryds i en liste med seks svarmuligheder for at angive, hvilken sætning der bedst resumerede deres svar på spørgsmål 2 om retfærdighedens rolle. Resultatet fremgår af tabel 1.

TABEL 1. Procentfordeling for mænd og kvinder af afkrydsede svar på spørgsmålet om, hvilken rolle retfærdighed spiller.

	Mænd	Kvinder	I alt
	%	%	%
Retfærdighed spiller en altafgørende rolle for mig	7	12	10
Retfærdighed spiller en meget vigtig rolle for mig	44	44	44
Retfærdighed spiller en temmelig vigtig rolle for mig	20	21	21
Retfærdighed spiller til tider en vis rolle for mig	16	20	18
Retfærdighed er ikke noget jeg tænker ret meget på	9	2	5
Retfærdighed spiller overhovedet ingen rolle for mig	3	1	2
I alt	99	99	100
Antal afkrydsninger	99	142	241
Antal der ikke foretog klar afkrydsning	3	3	6

Det ses at for lidt over halvdelen spiller retfærdighed en meget vigtig eller ligefrem altafgørende rolle. For tre ud af fire er retfærdighed i det mindste temmelig vigtig. Kønsforskellene er generelt beskedne, men gør sig dog gældende i yderområderne: Der er næsten dobbelt så mange kvinder som mænd for hvem retfærdigheden spiller en altafgørende rolle, og fire gange så mange mænd som kvinder for hvem retfærdighed spiller en ringe rolle. Denne kønsforskel ses også i de kvalitative besvarelser, hvor kvinder langt oftere end mænd giver udtryk for stærke følelser og reaktioner i forbindelse med (u)retfærdighedsoplevelser. Det er muligvis den samme kønsforskel der ligger bag det ret betydelige frafald af besvarelser fra mænd, idet ligegyldighed over for retfærdighedsbetragtninger selvsagt må indebære manglende motivation til at udfylde skemaet.

Konkrete (u)retfærdighedsoplevelser

Det fjerde og sidste spørgsmål lød således: »Beskriv en konkret situation i dit liv, hvor oplevelsen af retfærdighed eller uretfærdighed har været særligt fremtrædende. (Beskriv evt. mere end én situation, fx én fra din barndom og én fra voksenalderen.)«

Det store flertal af besvarelser indeholdt mindst ét, men ofte to eller flere konkrete eksempler. Næsten alle refererer til oplevelser i fordelings- og udvekslingssituationer, også hos personer der ikke har *defineret* retfærdighed på denne måde. I det følgende markeres citater der kan fortolkes i retning af udvekslingsretfærdighed med U, og fordelingsretfærdighed med F. Desuden forekommer B, der står for billig-

hedssynspunkter: opleves behandlingen/afgørelsen som rimelig/urimelig, alle konkrete forhold taget i betragtning? Denne form for retfærdighedsbetragtning (*aequitas*) er også påpeget af Aristoteles.¹⁰

Langt de fleste eksempler handler om situationer hvor man har oplevet *uretfærdighed*. Jf. citatet ovenfor s. 100, synes de fleste mennesker at betragte retfærdig behandling af selv og andre i dagligdagen som en selvfølge; først når der sker brud på denne forventning fremtræder situationen markant med stærke følelser og præger sig i erindringen. Der er dog en del undtagelser, som vi skal se.

De fleste konkrete eksempler stammer fra *barndommen*. Her grundlægges vore vurderinger, forventninger og følelsesmæssige reaktionsmønstre, som det er bemærket i flere af citaterne ovenfor. Der er to hovedtyper af barndomshændelser: De store begivenheder – fx dødsfald og skilsmisse – hvor det kan opleves at en uretfærdig skæbne griber ind; og de tilsyneladende små begivenheder, ofte i forbindelse med straf og belønning, der også sætter sig varige spor.

Det var uretfærdigt da mine forældre blev skilt. Det havde jeg og mine søskende ikke fortjent (KUB). Uretfærdigt at min mor fik forældremyndighed mod min vilje (KB). Som barn blev jeg altid bebrejdet at jeg lignede min far, derfor skulle jeg betale for mine forældres mislykkede forhold; til min stedfars 50 års fødselsdag blev min lillesøsters kæreste inviteret, men ikke min mand, så jeg deltog heller ikke (KUB).

Til min fætters fødselsdag fik jeg det mindste stykke lagkage; da jeg protesterede sagde min fætters mor at der ikke altid var nok til at gøre alle tilfredse; jeg forlod fødselsdagsbordet i vrede (MF). Min lillebror skød en dartpil i låret på mig, fordi vores storesøster havde spist hans chokoladepåklædt kiks; min mor tror stadig det er mig der åd den (MU).

At blive straffet for noget man ikke har begået føles intenst uretfærdigt, ikke mindst hvis man kender misdæderen der går fri:

Min bedstemor beskyldte mig for at have plukket alle hendes elskede kirsebær, og det var min fætter der havde gjort det (KU). Min kusine stjal min farmors slik, som hun fandt i en skuffe ved et tilfælde; jeg fik skylden for det, for jeg var den eneste der havde fået at vide hvor det lå, og fik smæk af min farfar (KFU). Engang blev jeg slået for noget min søster havde gjort (KFU). Jeg fik en lussing i gymnastiktimen, det var en anden der havde lavet uro (MU).

Måske især når man er barn kan det være næsten lige så oprørende at blive straffet for noget man ganske vist har gjort, men ikke har gjort med vilje:

I skolen kom jeg ved et rent uheld til at vælte et skab med stoftryksfarver; senere blev jeg 'straffet' for det ved ikke at komme med i lodtrækningen om farverne efter at de var brugt (KFU).

Det er også slemt at blive straffet for en forsyndelse mens andre går fri...

På ferie på Bornholm måtte vi ikke gå ned til vandet uden følgeskab med en voksen; da vi gjorde det alligevel, var jeg den eneste der fik smæk (MFU).

...eller hvis straffen er for streng i forhold til brøden:

Jeg havde taget 1 kr. fra min mors pung [og fik] stuearrest i 2 dage; dette var på det tidspunkt efter min opfattelse uretfærdigt, idet afstraffelsen var for hård i forhold til gerningen; senere hen [forstod] jeg, at afstraffelsen var ligevægtig/modsvarende ud fra en præventiv betragtning (MUB).

10. Jf. Stig Strömholm: *A short history of legal thinking in the West*, 1985, p. 36.

Det billighedshensyn der her refereres til er vel i virkeligheden en utilitaristisk retfærdighedsopfattelse: straf kan retfærdiggøres af præventive hensyn.¹¹ Det er også et eksempel på, at noget der i barndommen oplevedes som uretfærdigt senere vurderes som retfærdigt, fordi det ses i et større perspektiv. I det følgende eksempel er oplevelsen af 'retfærdig straf' formentlig til stede allerede på oplevelsestidspunktet:

Jeg havde fået et spil kort af min søster; ved en lejlighed hvor vi blev uvenner, rev jeg kortene i stykker og kaldte så på hende, for at hun skulle se det... hun blev utrolig såret og fortalte i gråd min mor det lige efter... hun gav mig med det samme en endefuld, ikke hårdt men 'symbolsk' – det var retfærdighed (MU).

Konstellationen af *køn og plads i søskenderækken* synes ofte at spille en vigtig rolle:

Jeg er midterste barn i en søskendeflok på 3; jeg oplevede som barn at min 2 år ældre storesøster måtte alting, »fordi hun var den store«; min bror der var 4 år yngre end jeg måtte også alting (synes jeg), »fordi han var en dreng«; jeg stod i midten – og måtte efter min opfattelse ikke noget; uretfærdigt syntes jeg dengang (KF).

Her antydes et tema der går igen i mange besvarelser fra kvinder: kønsdiskriminationen – især i forhold til en lillebror.

Fra min barndom med min lillebror har jeg mange oplevelser som alle ligner hinanden; de går alle på at vi blev forskelligt behandlet, hvilket jeg dengang syntes var utrolig uretfærdigt (KF). Mine forældre sov med min lillebror imellem sig... jeg bliver afvist og lægger mig i protest til at sove på gulvet (KF). Mine forældre elskede og respekterede min bror mere end mig; jeg følte afmagt og ligeegyldighed; jeg kunne intet gøre for at ændre det trods ihærdige forsøg (KFU).

Tilfælde af kønsdiskriminering refereres ikke blot i de tidlige barndomsår:

Mine brødre slap 'usanktionerede' fra at nægte at hjælpe i køkkenet trods opfordringer, hvorimod min søster og jeg følte os forpligtede af opfordringerne og hjælp (KFU). Da jeg var teenager oplevede jeg det som uretfærdigt, at jeg *altid* skulle følges til døren, når jeg var ude om aftenen, hvorimod min (1½ år yngre) bror aldrig havde problemer i denne retning (KF). Da min søster fik sit kørekort, måtte hun ikke låne fars bil, for hun var jo en pige og far havde ikke tillid til at hun kunne køre en bil uden at han sad ved siden af hele tiden; samme aften som min lillebror fik sit kørekort, fik han nøglerne af far stukket i hånden (KF). Begge mine forældre havde udearbejde, men min mor klarede desuden alt det huslige, mens min far læste avis (KFU).

Barndommens anden store øvelsesplads i omgangen med mennesker er *skolen*. Pligter, straf, karakterer og eksamen har givet stof til intense (u)retfærdighedsoplevelser.

Sad efter i skolen for en ting man ikke havde gjort, og kunne derefter aldrig tilgive den pågældende lærer (MU). Fik en lussing for noget jeg ikke havde gjort uden en chance for at forsvare mig (KU). Uretfærdigt at nogle kunne slippe for hjemmearbejde uden de normale følger, når man selv – og andre pligtopfyldende – kæmpede med at få tingene færdig til tiden (KFU).

Eksamenssituationen i gymnasiet og på universitetet er den største kategori næst efter barndomsoplevelserne. For mange er eksamen prototypen på en situation, hvor retfærdigheden skal stå sin prøve. Måske skyldes det at her er begge former for retfærdighed på spil: udvekslingsretfærdighed (i forholdet mellem præstation og karakter) og fordelingsretfærdighed (i forhold til andre eksaminander). Når begge

11. Jf. Edmond Cahn: Justice, 1972, pp. 345f. Almindeligvis anses præventive betragtninger for nyttehensyn der står i modsætning til eller konkurrerer med retfærdighed, jf. fx Rawls: *A theory of justice*, 1971; og Torstein Eckhoff: Rett og rettfærdighed, *TfR*, 1989, pp. 7f.

disse former gør sig gældende bliver retfærdighedsoplevelsen særligt påtrængende:

Jeg var bedre end en anden, men hun fik bedre karakterer (KFU). En kammerat havde hjulpet mig ved eksamensrepetitionen, men fik mindre end jeg ved eksamen (MFU). De fleste eksaminer er uretfærdige – der er for mange ukontrollable faktorer (KFU). Nogle klarer nervøsiteten bedre end andre (KF).

Der er åbenbart ikke store forventninger om, at eksamenssituationen er retfærdig. Det er formentlig forklaringen på at der netop i denne kategori optræder adskillige konkrete eksempler på *retfærdighedsop-*levelser.

Jeg læste til eksamen 2½ måned og fik en god karakter; det var retfærdigt (KU). Da jeg efter 1½ år med nød, slid, gråd, og ensomhed bestod min studentereksamen, syntes jeg der var retfærdigt; jeg blev den første student i familien nogen sinde (KU). I sommer fik jeg stukket et 7-tal i ansigtet; surt – men retfærdigt; jeg havde ikke udnyttet mine evner fuldt ud (MU).

Fra studiesammenhæng skal også nævnes, at *adgangsbegrænsningen* og *Statens Uddannelsesstøtte* i flere detaljerede eksempler fremhæves som meget uretfærdige.

Også *arbejdslivet* giver anledning til en stribe (u)retfærdighedsoplevelser. Selv om det nok grundlæggende drejer sig om fordelingen eller udvekslingen af værdier (ansættelse/fyring, løn, advancement, ros, kritik), vil der på arbejdspladser ofte være et islæt af manipulation, sladder og intriger, der tillige gør billighedsargumentet aktuelt.

Min chef kritiserede mit arbejde uden grund; han havde problemer på hjemmefronten (KUB). På en arbejdsplads fik nogle med rundsave på albuerne manipuleret så én blev forflyttet (KUB). Jeg blev

fyret fra job efter uretfærdig bagtalelse; fik ikke lov at forklare sagens rette sammenhæng (MUB).

Også i denne sammenhæng omtales *køns-*diskriminering:

I min tidligere uddannelse det private erhvervsliv oplevede jeg stor forskel i hvordan kvindelige og mandlige elever blev behandlet; de mandlige blev bedre stimuleret af deres chefer til at gøre karriere, hvorimod kvindelige elever kun blev stimuleret hvis de var meget dygtige, og i øvrigt [efter]-lignede mænd (KF). Det er topmålet af uretfærdighed, at jeg som kvinde er nødt til at vælge i hvor høj grad jeg i fremtiden vil lægge vægt på karriere eller familieliv, mens manden i langt højere grad har mulighed for at kombinere de to (KF).

Mange af besvarelserne vedrører oplevet uretfærdighed i *parforhold*:

Min kæreste forlod mig (KU). Min kæreste så på andre piger til en fest (KU). Mange situationer i mit kærlighedsforhold: hvorfor gør hun det? Hvorfor er hun sådan? (MUB). Min kæreste blev forelsket i en anden men benægtede det; det krænkede min retfærdighedsfølelse fordi vi tidligere havde aftalt ærlighed i en sådan situation (MUB).

Efter ordlyden peger disse eksempler ikke umiddelbart mod (udvekslings)retfærdighed – men har tilsyneladende at gøre med 'hjertesorg', jalousi og såret selvfølelse. Når de alligevel uden tøven bruges som eksempler på uretfærdighed, skyldes det nok at der i et kæresteforhold mere eller mindre udtalt indgås en kontrakt om gensidig troskab, kærlighed og ærlighed; når denne kontrakt krænkes ensidigt, opstår der en ubalance i udvekslingsforholdet, der tilsætter den i øvrigt diffuse blanding af følelser i en sådan situation et stærkt element af uretfærdighed. Denne uretfærdighedsfølelse er måske i mange tilfælde lettere at forholde sig til end så mange andre af de blandede følelser der melder sig hos den svigtede part i et parforhold.

Også i denne sammenhæng er det uretfærdighedsfølelserne der er de dominerende. Her skal dog citeres en besvarelse fra kærlighedslivet, som den pågældende kalder et eksempel på 'skæbnens retfærdighed':

På et tidspunkt havde jeg to kæresten på en gang og havde til hensigt at lade det fortsætte sådan uden at nogen af dem vidste dette; min straf blev at begge (stadig uden at vide noget) næsten samtidig forlod mig; sorgen var stor – men *retfærdig* (MU).

I dette tilfælde er det ikke en modspillens bevidste handling der giver hovedpersonen løn som forskyldt. Han oplever det som 'skæbnens' retfærdige straf – næsten som hybris der straffes af guderne.

Skæbnens uretfærdighed er på spil i en række eksempler, der vedrører *dødsfald*, *sygdom*, *ulykker* hos den nærmeste familie. De opleves grundlæggende som uretfærdige, for man (almindelige mennesker, unge og børn) har aldrig gjort sig 'fortjent' til den slags.

Det mest uretfærdige i mit liv var at 2 børn i min folkeskoleklasse døde. Ufatteligt uretfærdigt!! De var børn og havde livet for sig (KFU). Det år jeg blev konfirmeret døde først min farfar og knap en måned senere min mormor; det var trist at begge døde så tæt på hinanden, men min umiddelbare følelse var uretfærdighed (KFU). Uretfærdighed var det første ord, som jeg tænkte på, da jeg fik at vide at min far havde kræft; ...hvorfor ramte den ikke min 90 år gamle farfar, som i forvejen er træt af livet? (KFU).

Selv om det ikke nødvendigvis fremgår af ordlyden, er der vel i slag af skæbnens elementer af både fordelings- og udvekslingsretfærdighed: »Hvorfor netop mig/han/hende«? Og »det har jeg/han/hun ikke fortjent«. Det er formentlig denne dobbeltthed der også her gør retfærdighedselementet særlig prægnant.

De fleste af de temaer der er berørt indtil nu er af temmelig personlig art: de vedrører situationer hvor man selv eller en nærtstående er genstand for (u)retfærdig fordeling eller udveksling. Den *socialt betingede uretfærdighed*, der udgør en stor hovedgruppe af besvarelser, kan opleves lige så stærkt, selv om der blandt de jurastuderende oftest vil være tale om en oplevelse fra sidelinien. En markant underkategori udgør her oplevelser i forbindelse med *retslivet*.

En dag jeg overværede en retssag... det var ikke retfærdigt at den sigtede (en 20-årig narkoluder) havde det så dårligt i forhold til mig; hendes situation var afgjort skabt af de langt ringere opvækstvilkår hun havde haft i forhold til mig (MF). Engang som ledsager til en asylsøger som politiet ville udvise oplevet en særdeles uretfærdig behandling af denne person (KB). Oplevelser fra dommervagten, hvor man nærmest på ekspeditionsmanér sender folk i varetægtsfængsel og ofte i isolation for ganske små overtrædelser (KU). Ordensmagten viser tænder over for mennesker der rangerer lavt på den sociale rangstige (MF). Uretfærdigt at vi dømmer narkomaner og småfisk til gentagne fængselsophold, de stjæler af nød, mens fx en [velstående forretningsmand] har penge nok til at unddrage sig retsforfølgelse (KFU).

Institutionspladser – den der råber højest kommer foran i køen (KF). Invalid på bistandshjælp kunne ikke få startkapital til at starte forretning (KFB). Der gives hjælp til glædelige begivenheder (barselsorlov) men ikke når folk skal dø, her er man alene (KF).

Min venindes mand kan ikke få job fordi han er muhamedaner (KF). En tyrker, taler dansk, integreret, har praktikplads, blev udvist fordi han blev separeret fra dansk pige ½ år før udløbet af den 2 års periode der ellers ville have givet ham opholdstilladelse (KFB). Som au-pair i USA, Georgia oplevede jeg tydeligt skel mellem sorte og hvide som uretfærdigt (KF).

Med det sidste eksempel er vi nået frem til den kollektive undertrykkelse, racisme, folkedrab, krig og katastrofer – de *kollekti-*

ve tragedier der ligesom de personlige tragedier udgør en særlig kategori af grundlæggende uretfærdigheder. Mange omtaler:

Apartheid i Sydafrika; udryddelse af indianere; udnyttelse af slaver; jødeudryddelserne under 2. verdenskrig; undertrykkelsen i Østeuropa under kommunismen; mishandling af politiske fanger; overgreb på civile; tortur; diktatur; hungersnød; elendigheden i 3. verden.

Afslutning

I denne enquete vedrørende retfærdighedsforestillinger blandt jurastuderende er hovedvægten lagt på de kvalitative aspekter. Alligevel tør man konkludere, på basis af såvel svarenes fordeling som deres indhold, at retfærdighedsoplevelser spiller en væsentlig rolle for en meget stor del af de studerende. Mange giver udtryk for et personligt engagement for 'retfærdighedens sag' og reagerer med stærke følelser af krænkelser og vrede når de oplever uretfærdighed i stort og småt – oftest når denne går ud over dem selv, men også når det er andre der forurettes.

I langt de fleste tilfælde er retfærdighedsoplevelserne knyttet til situationer hvor der i bredeste forstand fordeles eller udveksles værdier – materielle eller åndelige, positive eller negative, simultant, succesivt eller kontinuerligt, individuelt eller kollektivt, styret af en menneskelig vilje eller af en 'blind skæbne'. Det bemærkes, at 'Guds vilje', der andre steder og i ældre tid givetvis ville have haft en fremtrædende plads, sjældent nævnes blandt danske jurastuderende.

Resultaterne mere end antyder en snæver sammenhæng mellem de nuværende holdninger til retfærdighed og barndomsop-

levelser. Mange eksempler tyder på at der i løbet af barneårene etableres et psykologisk beredskab, der både skærper opmærksomheden over for retfærdighedsaspekter af afgørelser og hændelser og fremkalder stærke følelsesbetonede reaktioner når retfærdighedsforventninger krænkes. Det lader til at dette psykologiske beredskab – denne så at sige skærpede 'retfærdigheds-sans' – især udvikles hos personer der i barndommen gentagne gange eller i særligt traumatiserende sammenhæng har oplevet sig selv som den tabende part i fordelings- og udvekslingssituationer. Frem for alt fordelingen mellem søskende af kærlighed, mange slags goder, privilegier, pligter osv, hvor forældrene er distributører; og den udveksling mellem børn og forældre af kærlighed, omsorg, forventninger og opfyldelse, belønning og straf, der er grundlaget for al socialisering. Omvendt vil den der til stadighed har været vinderen i sådanne situationer, eller har oplevet at der var rigeligt til alle, ikke på samme måde have fået skærpet sin vagtsomhed over for uretfærdigheder.

Det er i denne sammenhæng påfaldende at de stærkeste tilkendegivelser af hudløs-
hed over for uretfærdigheder kommer fra kvindelige studerede, der da også som regel henviser til at denne sensitivitet stammer fra barndommen, hvor de har følt sig forfordelt, ofte i forhold til en eller flere (små)brødre.¹² Omvendt er der en

12. Siri Næss: *Retfærdigheds-holdninger*, 1969, p. 20ff, finder ganske vist kun svage sammenhænge mellem retfærdighedsbegrundelser og køn/søskende-relationer i skolesammenhæng, men hendes problemstilling og undersøgelsesdesign er meget forskelligt fra nærværende undersøgelse.

stærk overvægt af mandlige studerende blandt dem der tilkendegiver at retfærdighed ikke er noget der optager dem. Hertil skal formentlig lægges en del af de, især mandlige, studerende der undlod at udfylde skemaet. Både Eckhoff og Næss omtaler – under henvisning til Thomas Mathiesen – retfærdighedsbegrundelser som 'de svages forsvar', og Eckhoff henviser i forlængelse heraf til den vigtige rolle retfærdighedsargumentet spiller i *kvinderetten* (cf. Tove Stang Dahl, der fremhæver at retfærdighed, ved siden af frihed, må være den grundlæggende værdi i kvinderetten).¹³ Synspunktet er det, at den der ikke kan sætte magt bag sine krav og derigennem opnå særlige fordele, vil søge at gøre indtryk på distributøren ved at henvise til det moralske krav om retfærdighed, for i det mindste ikke at blive forfordelt. Retfærdighedskravet skal i denne sammenhæng forstås som et krav om større eftertryk på formel lighed (fx ved kvoteringsordninger) med mindre hensyntagen til individuelle forskelle og konsekvenser. Nærværende undersøgelse tyder på at dette er en for snæver brug af ordet.

Eckhoff er af den opfattelse, at »det hverken i strafferetten eller kvinneretten eller på noe annet område er grunn til å skyve rettferdigheten så sterkt i forgrunnen som det er tendenser til i dag. Man bør nok ta sin rettferdighetsfølelse med sig når man optrer som jurist – slik at man holder sig unna de klare urettferdigheter. Men svært ofte står man i jusen overfor kontroverser hvor i og for sig berettigede hensyn står mot hverandre, slik at begge parter kan påberope sig hver sine rettferdighetsprinsipper. Og noe overordnet principp som gir svar på hvem som har rett i slike tilfelle, har jeg... ingen tro på.«¹⁴

Bag Eckhoffs betænkeligheder mht overdreven vægt på retfærdighedsargumenter ligger bl.a. det synspunkt at de også kan benyttes – og ofte har været brugt – til at fremme repressive tendenser og fx modvirke en konsekvensorienteret humanisering af strafferetten, der ville stride mod kravet om 'retfærdig gengældelse'. Det er imidlertid tydeligt i nærværende undersøgelse at det slet ikke er den strenge og 'blinde' retfærdighed der optager de jurastuderende. Så godt som alle de konkrete eksempler fra en retlig sammenhæng handler i virkeligheden om en dybereliggende *social* uretfærdighed: i retssystemet tages der for lidt hensyn til den socialt svage part, når retten skal ske fyldest.

Man kan med Eckhoff – og til dels også Ross¹⁵ – fastslå at det kan være vanskeligt at nå til fuld enighed om, hvilke materielle fordelingsprincipper der skal lægges til grund når sol og vind skal deles lige. Men på denne baggrund, som Ross, helt at afvise retfærdighedskravet som et tom og indholdsløst følelsesudbrud, et slag i bordet, »en patetisk underbygning der afskærer rationel argumentation,« en påberåbelse i hvis navn et hvilket som helst materielt postulat kan fremføres¹⁶ – forekommer urimeligt. Det svarer til at ville afvise krav om frihed og demokrati under henvisning til, at det kan være vanskeligt at blive enige om kriterier for den materi-

13. Ibid. p. 87ff; Torstein Eckhoff: *Rett og rettferdighet*, 1989, p. 7f; Thomas Mathiesen: *The defences of the weak*, London, 1965; Tove Stang Dahl: *Kvinnerett*, Oslo, 1987, p. 81-85.

14. Torstein Eckhoff: *Rett og rettferdighet*, 1989, p. 10.

15. Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, 1953, p. 352ff.

16. Ibid. p. 358f.

elle opfyldelse af disse idealer, og at de præcis som kravet om retfærdighed er blevet misbrugt til at besmykke snart sagt en hvilken som helst sag.

Vor lille undersøgelse tyder på at retfærdighed i fordeling og udveksling er vigtig for de fleste – ikke kun de svage – men at det især er de svage, eller de der tidligere har været det, der holder øje med

at retfærdighedskravet tilgodeses og råber op når det krænkes. Det lover godt for fremtidens retssamfund at retfærdighedsideen er i høj kurs blandt de unge jurastuderende. Hvis det blandt andet skyldes at der er kommet flere kvinder ind i faget, er det blot endnu en grund til at glæde sig over denne udvikling.

Er edb-retten kommet for at blive?

Af Mads Bryde Andersen

1. Problemstilling

Historien præges og formes af de teknologier, vore skiftende samfund anvender. Med *dampmaskinen* og samlebandet fik vi den industrielle revolution. *Telegraf*en og telefonen muliggjorde handel over afstande og ændrede dermed handelsmønstrene. *Bilen* hidførte en mobilitet, der dels understøttede arbejdsstyrkens specialisering, dels førte til en opbrydning af vore bymønstre. *Radio og TV* gav mulighed for effektiv og billig spredning af masseinformation, hvorved holdninger og idéer formidles til samfundets individer. Med *atomets* spaltning fik vi en ny energikilde, men samtidig nye globale magtmønstre og nye trusler mod miljøet. Lignende løsninger og problemer rummer de nye *bioteknologier*. Og sidst men ikke mindst har *edb-teknologien* præget enhver anvendelse af information – lige fra den, der finder sted, når vi ser, hvad klokken er, på vore digitale armbåndsure, skriver breve v.h.a. tekstbehandling eller modtager vore skatteopgørelser fra skattevæsenets edb-systemer.

Til hver af disse teknologier hører et mere eller mindre vidt spektrum af juridiske spørgsmål med berøring til forskellige fagområder. I *nogle tilfælde* er det relevan-

te retsgrundlag nedfældet i en lovgivning. Offentlig telekommunikation har siden 1897 været underlagt lovhjemlede koncessioner. Færdsel ad offentlig gade og vej reguleres af færdselsloven. Radio- og TV-spredning har stedse været undergivet statslig styring. Og i disse år arbejdes der intenst med at skabe afbalancerede regler om sikkerhed og retsbeskyttelse af de nye bioteknologier. I *andre tilfælde* anvendes retssystemets almindelige regler, f.eks. købeloven, aftaleloven eller straffeloven.

Selv om man for så vidt har talrige »teknologi-retlige« regel-sfærer, er der kun i de færreste opstået tilsvarende juridiske discipliner. Herhjemme er dette indtil videre kun sket i et tilfælde: edb-rettens.

I løbet af 70'erne og 80'erne har edb-retten manifesteret sig som et veletableret fagområde. Alle nordiske lande har forening, der fungerer som fora for møder og debatter om edb og jura. Sverige og Norge har tilmed institutter, der underviser og forsker i emnet. Den litterære produktion (bøger, rapporter og artikler) er ganske høj, i som udenfor disse institutter. Hvert år afholdes der velbesøgte nordiske konferencer om disse emner.

For en udenforstående kan det forekomme overraskende, at edb-teknologien skulle adskille sig så mærkbart fra de andre tek-

nologier m.v., at netop den må tildeles et helt juridisk fag. Hvad er det i givet fald for egenskaber, der adskiller edb fra f.eks. bilen, telefonen, flyvemaskinen og radioen, der jo også repræsenterer nye og samfundsvigtige teknologier?

Erfaringsmæssigt drøftes sådanne spørgsmål hyppigt blandt *praktikere*, når de i deres arbejde med edb-retlige problemer møder fagets litterære manifestationer. Men desværre føres den *teoretiske* debat herom hovedsagelig af jurister, der har en fast forankring i det edb-retlige miljø. Selv om denne kreds langt fra er enig i, hvordan faget skal afgrænses, behandles og sågar betegnes, er der en fare for, at den allerede er fastlåst i de basale spørgsmål om behov og metode.

Som det vil fremgå, kan emneområdet føres tilbage til Kocktvedgaard's indlæg i J1968.157. En større udredning om fagets problemer findes i Peter Seipel's disputats: *Computing law* (1977). Herudover findes et vægtigt bidrag med Jon Bing: *A background analysis for information law* (International Computer Law Advisor, September 1987, p. 12 ff.). Se også Peter Blume: *Retsinformatiøns samfundet* (1986), s. 35 ff., Mads Bryde Andersen: *Edb & ansvar* (1988), s. 72 ff., Kocktvedgaard i U89B.268 ff. og Jacob Nørager-Nielsen i *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmøde*, bd. I, s. 285 ff. De svenske og norske retsinformatik-institutter markerede begge deres 20-års jubilæer med skrifter, der gør status over den hidtidige udvikling af faget. Se hertil Peter Seipel (ed.): *From data protection to knowledge machines* (Kluwer, 1990) og Dag Wiese Schartum (red.): *IRI Spectrum* (Complex 1/90).

En bredere debat om edb-rettens rolle i, og betydning for, vort retssystem er vigtig, hvis faget skal have mere end teoretisk betydning. Formålet med dette indlæg er at åbne denne debat for en bredere kreds ved at formulere et program for den placering, faget efter min opfattelse bør have i fremtidens retsvidenskab.

2. Edb og jura som problemfelt

Emneområdet edb og jura blev første gang i Skandinavien præsenteret af Kocktvedgaard i hans artikel: »Bidrag til elektronrettens almindelige del (elektronisk databehandling)«, J1968.157. I artiklen præsenteres to delområder, der er blevet stående som en fast skillelinie. Det første angår den *juridiske* regulering af edb-teknologien og har siden fået betegnelsen »edb-ret« (»computer law«). Det andet angår den *edb-tekniske* understøttelse af juridisk arbejde, f.eks. i form af juridiske ekspert-systemer, databaser m.v. Dette har siden fået betegnelsen »retsinformatik« (»law and informatics« eller »legal informatics«).

Der findes endnu ingen alment anerkendt betegnelse for fællesmængden af »edb-ret« og »retsinformatik«. Danmark og Holland anvender her betegnelsen »edb og jura«.

Sverige, Norge, Frankrig og Tyskland synes at hælde til begrebet »retsinformatik« – noget inkonsekvent, da dette samtidig vil indbefatte sin egen delmængde. I USA anvender man sjældent samlebegreber – nok ud fra en ubevidst erkendelse af, at de to emneområder er for forskellige. Se hertil min bog *Edb og ansvar* (1988), s. 105 ff.

En udenforstående iagttager må undre sig over, at to så forskellige områder som edb-ret og retsinformatik overhovedet skulle høre sammen. Var en sådan sammenkædning udtryk for et alment princip, måtte entrepriseretten have en tilsvarende tilknytning til de dele af byggeriet, der retter sig mod domstolsbygninger, advokatkontorer og fængsler – et resultat, de fleste nok vil betragte som et kuriosum.

Sammenhængen skyldes først og fremmest den betydning, de tekniske problemstillinger har i begge relationer, jfr. nærmere nedenfor under 7. For at kunne hånd-

tere de spørgsmål, der gør sig gældende, må man gå tværfagligt til værks. Derudover falder visse nyere problemkredse ret beset inden for begge emnekredse. Det gælder f.eks. det relativt nye felt »Forvaltningsautomatisering« (»Legal system management«), d.v.s. arbejdet med at sikre kongruens mellem lovgivningens indhold og de edb-systemer, hovedsagelig i den offentlige forvaltning, der fører den ud i livet. Om man vil placere dette i edb-retten (som et spørgsmål om, hvordan edb-systemer må anvendes til den pågældende administrative opgave) eller i retsinformatikken (som et spørgsmål om opbygningen af det pågældende edb-system) er vist kun en strid om ord.

Da pladsen ikke tillader nogen udtømmende gennemgang af både edb-retten og retsinformatikkens problemer, og da det uden tvivl er edb-rettens problemer, der påkalder sig størst interesse udenfor universiteternes mure, koncentrerer de følgende bemærkninger om dette emneområde.

3. Edb-rettens emne

Oversigtsmæssigt kan edb-retten siges at angå de spørgsmål, der opstår ved udvikling, anvendelse og overdragelse af edb.

I forbindelse med *udvikling* af edb opstår bl.a. problemerne om retsbeskyttelse af edb-teknologien (patenter, ophavsret m.v.), samt de ansættelses- og aftalemæssige spørgsmål, der udspringer af relationerne til ansatte og samarbejdspartnere. Endvidere knytter der sig en række problemer til selve finansieringen af edb-projekter: hvordan får kreditor f.eks. sikkerhed i informationer eller i immaterielle rettigheder?

Regler om *anvendelse* af edb finder man på stadigt flere områder og ofte i lovsform. Registerområdet var det første af sin slags. I nær tidsmæssig og systematisk sammenhæng hermed finder vi reglerne om betalingskortsystemer. Edb-anvendelse er ligeledes genstand for en intens aftalemæssig dækning, f.eks. i forbindelse med aftaler om vedligeholdelse, gensidig sikring og forsikring. Dertil kommer de retsproblemer, der er forbundet med at stifte retsvirkninger via et elektronisk medium. Endelig må man medregne hele det erstatningsretlige område, der i praksis rummer en af de væsentligste motiverende faktorer for, hvordan edb anvendes.

De juridiske problemer om *overdragelse* af edb baserer sig dels på de almindelige kontraktsretlige regler, dels på de aftaler, parterne selv indgår. Denne edb-kontraktsretlige disciplin udgør en af fagets vigtigste. I forlængelse heraf finder man læren om konfliktløsning, der som følge af edb-sagernes størrelse og antal har fået særlig betydning netop her.

4. Fagafgrænsningens begrundelse

At tidens nye teknologier til dato kun har materialiseret sig i en enkelt retsdisciplin, kan ikke forklares med en almen træghed omkring udviklingen af nye retsområder. Tværtimod. Det seneste århundrede har frembragt talrige discipliner med tættere eller fjernere forankring i traditionel jura. Feltet spænder lige fra så velkendte fag som funktionær- og arbejdsretten, forsikringsretten og entrepriseretten over energiretten og miljøretten og til de mindre veletablerede områder som forbruger- og

kvinderetten. Herudover kan der udpeges en række fag, der vel ofte rubriceres under ét, men som dog ikke udgør egentlige samlingspunkter. Hertil hører f.eks. specialstrafferetten og erhvervsreguleringsretten.

Ser man på de faktorer, der bestemmer, at et fagområde opstår, trives og videreføres, synes i hvert fald tre faktorer at være dominerende.

En første faktor ligger i *inertiens lov*. Et fag, der har afstukket sine grænser, markeret sit publikum og etableret sig med et relevant sæt af kanaler og medier, rummer en attråværdig platform for kommende forskere og praktikere, der i det lange løb er med til at cementere faget.

Undertiden medfører presset mod inertien, at nye områder absorberes under eksisterende faggrænser. F.eks. ser man ofte artikler om de juridiske aspekter af moderne bioteknologi publiceret i edb-retlige tidsskrifter.

En anden faktor har at gøre med *retskildegrundlaget*. De fleste specialdiscipliner har rod i et veldefineret retskildemateriale. I nogle tilfælde træder materialet frem som knopskydninger på eksisterende – og typisk mere generelle – retskilder. Det gælder f.eks. om entrepriseretten og den kollektive arbejdsret. I andre tilfælde kommer det til udefra og danner nærmest et nyt retssystem. Det gælder f.eks. om funktionærretten, lejeretten og miljøretten. Endelig kan retskildematerialet komme til gradvist, f.eks. gennem en lovgivningsudvikling eller en stadigt mere indarbejdet rets- eller kontraktspraksis. Dette gælder i vid udstrækning for forbruger- og transportretten.

En tredje faktor, der understøtter en retsdisciplin, finder man i dens evne til at

håndtere *interessekonflikter* af tilbagevendende karakter. Denne faktor er allerede velkendt i fag som f.eks. transportretten og ophavsretten, og har formentlig været med til at frembære et fag som forbrugerretten.

Lad os nu se, hvorledes dette billede passer på edb-retten.

Om nordisk edb-ret med sine mere end 20-årige institutter og foreninger bag sig lever videre i kraft af *inerti*, er nok tvivlsomt. Selv om 20 år vel er en høj alder for et juridisk institut, er et sådant ikke noget bevis for, at et fagområde eksisterer. På det faglige plan har der endnu ikke tegnet sig nogen veletableret undervisnings- eller forskningsmæssig tradition. F.eks. finder man (endnu) ingen veletablerede lærebøger i faget.

Heller ikke *retskildematerialet* »definerer« edb-retten. Ser man bort fra de regler, der for tiden udgår fra EF (hvilket man efterhånden ikke kan!), er det relativt sparsomt med edb-retlig lovgivning. Med enkelte undtagelser (hvortil reglerne om edb-kriminalitet og edb-ophavsret hører) findes den eksisterende edb-lovgivning, enten på politisk følsomme retsområder (f.eks. registerlovene og betalingskortloven) eller på områder, hvor der må lovgivning til for at tilvejebringe en ønsket organisation (f.eks. VP-loven).

Derimod findes der en mangfoldighed af udredninger om forskellige edb-relaterede dele af lovgivningen. Se f.eks. betænkningerne om henholdsvis det obligations- og aktieløse samfund (793/1977), offentlige og private registre (687/1973 og 767/1976), teletekstsystemer (935/1981) betalingskort (965/1982), datakriminalitet (1032/85), lovdatabaser og databaser med konkrete afgørelser (1001/1984 og 1144/1988), ophavsret og edb (1064/86) og om EDB i tinglysningen (1093/87).

Som følge af denne mangel på særlige edb-retlige regler må store og væsentlige

dele af fagets centrale problemstillinger udledes på grundlag af retssystemets almindelige regler. Det gælder f.eks. for de spørgsmål, der har berøring med kontrakts-, erstatnings- og immaterialretten. Til gengæld finder man netop her nogle af feltets væsentligste problemer, jfr. nærmere nedenfor.

Endelig er det vanskeligt at finde edb-retlige fællesnævner i gennemgående *interessesmodsætninger* på edb-området – først og fremmest fordi, der ganske enkelt ingen veldefinerede »brugere« eller »leverandører« findes. Hvor de gennemgående parter og partsinteresser, som vi f.eks. finder på arbejds- eller transportrettens område, ofte fører til en umærkelig interesse-identifikation for disse discipliners udøvere, er edb-områdets interesse-mønster helt kaotisk. Enhver, der udvikler og *sælger* edb, er samtidig bruger og dermed *køber* af samme teknologi. Derfor er det som praktiserende edb-jurist næppe muligt at sværge til enten brugerens eller leverandørens gennemsnitlige partsinteresse. Velkendte interesse-modsætninger kan i det højeste træde frem i enkelte dele af det edb-retlige univers, navnlig de, der har konkurrenceregulerende karakter. Det gælder f.eks. for ophavs- og patentretten, der i disse år er genstand for en interessant polarisering, såvel her i Europa som i USA.

Sammenfattende må man derfor nå til, at edb-rettens identitet og afgrænsning ikke kan finde sit grundlag i de mekanismer, der definerer andre juridiske discipliner. For at komme nærmere et svar på det stillede spørgsmål må man i stedet se på, hvad det er for problemer, der gennem tiderne har præget denne disciplin.

5. Historisk rids

Igennem sit udviklingsforløb – der daterer sig tilbage fra 1946 med opfindelsen af den første elektroniske computer: ENIAC – har edb-teknologien givet anledning til skiftende typer af juridiske problemer. For overblikkets skyld nøjes vi her med at anskue to af de væsentligste del-emner, der indgår i faget; de problemer, der rejser sig ved overdragelse (i.) og retsbeskyttelse (ii.) af edb.

i. Som de fleste vil vide, er edb-teknologien gennem tiderne blevet mindre og billigere. Det, der førhen fremtrådte som »datamaskiner«, og som i sandhed også var at ligne med andre »maskiner«, kan i dag ligge på en lillefingers negl. Ikke alene er systemerne blevet mindre. De er tilmed blevet så avancerede, at de kan indpasses og programmeres til at behandle alle tænkelige informationstyper. I dag finder man edb så forskellige steder som i et digitalt armbåndsur, i en Dankort-automat eller i en grafisk arbejdsstation.

Med fremkomsten af disse nye avancerede og ofte brugervenlige systemer kunne man umiddelbart tro, at de juridiske problemer omkring edb-overdragelse dermed i stigende grad var blevet løst. Men sådan forholder det sig ikke.

Dengang et edb-system fremtrådte som en indretning, der måtte installeres gennem omfattende bygningsændringer (se f.eks. eksemplet i U76.531H) og som kun kunne anvendes af brugere med et detaljeret teknisk kendskab, opstod der forbløffende sjældent juridiske konflikter. Man handlede med teknologien på dens egne præmisser. Når systemet var leveret, stod køberens stab af teknikere parat med den

fornødne viden til at betjene det, og de kendte ofte lige så meget til systemet og dets ydeevne som sælgers folk gjorde, ganske som når forskere indkøber laboratorieudstyr m.v.

Denne situation ændrede sig, da vi i slutningen af 1970'erne fik en række nye generationer af kraftfulde, billige og standardiserede systemer. Da disse systemer var i stand til at håndtere de omfattende og følsomme informationer, enhver moderne virksomhed støtter sig til, effektivt og billigt, dækkede de et åbenbart marked. Men ofte havde køberne ikke de fornødne forudsætninger for at få glæde af den teknologi, de havde købt og betalt for. Edb-konkurrencen var hård. Ofte var der ikke »råd« til den vejledning, der sikrede brugeren reel nytte af det solgte. De heraf følgende skuffelser m.v. skabte dels et behov for koncipering af edb-aftaler, der både i teknisk og juridisk henseende var hensigtsmæssige, dels en særlig indsats omkring udfyldningen af de uklare edb-kontrakter. Hermed fødtes *edb-kontraktsretten*.

I 1980'erne, hvor edb-udviklingen navnlig har stået i den personlige computers og husholdningselektronikkens tegn, har en række nye emner meldt sig i edb-kontraktsretten. Den relativt begrænsede pris for moderne edb har hidført et vidtspændende forbrugsmarked, der i det ydre minder om aftaler vedrørende andet teknisk udstyr. Men trods fysisk lidenhed og prisbillighed er teknologiens iboende skavanker flyttet med over på dette marked. Den stigende edb-tekniske kompleksitet er efterfulgt af en stigende risiko for fejl og mangler.

Medens retssager om andre mangler relativt let kan håndteres i velkendte be-

tragtninger om culpa, typeforudsætninger m.v., fremtræder edb-mangler ofte i sammenhænge, hvor sådanne standarder vanskeligere lader sig indpasse. Manglen opstår typisk i en uforudsigelig del af det komplekse samspil mellem bruger og system, der udgør systemernes »forbrugsproces«. Denne proces består dernæst for en stigende dels vedkommende af en ressource, man ikke tidligere har købt og solgt i maskinform, nemlig information. Og da information besidder ganske andre egenskaber end de materielle fænomener gør, er der opstået en principiel debat om, hvorvidt den køberetlige mangelslære, der jo er skrevet med sigte på materielle fænomener m.v., overhovedet passer til den moderne edb-aftale. Se hertil Edb & ansvar, s. 320 ff., Ellen-Katrine Thrap-Meyer: Forbrugerkjøb og edb (Complex 5/89), og nærmere nedenfor under 7.

ii. Også problemerne om retsbeskyttelse af edb kan opdeles i to kapitler.

I edb-teknologiens barndom var køber og sælger bundet ganske tæt sammen. Typisk omfattede købet både maskinel, programmell og teknisk vedligeholdelse. Leverandørerne »bundlede« så vidt muligt de forskellige del-ydelser. Dette skabte dels et større salg, dels gav det mulighed for at holde systemernes tekniske specifikationer m.v. hemmeligt, men først og fremmest udelukkede det brugeren fra kun at købe maskindelen for dernæst – retsstridigt – at erhverve uautoriserede kopier af de nødvendige programmer.

Da der i 1970'erne og 1980'erne opstod et marked for standardiserede edb-systemer, kunne hardware og software udvikles og markedsføres særskilt. Dette gav brugere mulighed for at købe maskinellen hos

en leverandør og erhverve de hertil hørende programmer hos en anden, under fri konkurrence. Men da enhver computer kan kopiere programmer enkelt og billigt, valgte nogle brugere at kopiere andre brugeres programmer frem for selv at betale for dem. Dette skabte et »pirat-problem«, der i det lange løb kunne retardere udviklingen af disse teknologier.

For at beskytte herimod valgte industri-landene i 1980'erne at lade den i forvejen rummelige ophavsret give retsbeskyttelse for edb-programmer. Men ægteskabet mellem den klassiske ophavsret og de nye edb-teknologier blev alt andet end harmonisk, jfr. i det hele Per Håkon Schmidt's disputats: *Teknologi og immaterialret* (1989). Både den måde hvorpå man (d.v.s. computeren) læser programmet – som jo i ophavsrettens terminologi er et »litterært værk« – og den måde, hvorpå det skrives, adskiller sig så mærkbart fra andre litterære værker, at ophavsretten måtte modificeres. Modifikationen er dels hidført af lovgivningsmagten, dels må den foretages i retsanvendelsen. I hele den industrialiserede verden pågår der derfor en intens diskussion, om hvordan den skrevne ophavsret skal tilpasses edb-programmernes vilkår.

6. Foreløbig sammenfatning

Disse enkle – men toneangivende – eksempler fra edb-rettens verden viser, hvor anderledes fagets problemstillinger træder frem, sammenlignet med andre retsdiscipliner.

For det første præges problemerne af selve edb-teknikken. Edb-systemer behandler information (data), og styres også af

information (programkommandoer m.v.). Dette gælder vel også for visse andre indretninger, men da edb-informationer typisk har en ganske flygtig tilknytning til mediet, bliver man nødt til at forholde sig til informationen som selvstændigt fænomen. Som før nævnt har dette fænomen andre egenskaber end de materielle fænomener, retssystemet sædvanligvis håndterer. Information kan repliceres i det uendelige og kan derfor befinde sig flere steder samtidigt. Information slides ikke. Og den kvalitet, der knytter sig til information, beror helt og holdent på den sammenhæng, hvori den fremtræder.

Disse kendetegn træder navnlig frem, fordi edb-systemer er i stand til at behandle omfattende information af en ganske høj kompleksitet, hurtigt og præcist. Ikke nok med at edb-juraens fænomener fremtræder anderledes end de materielle fænomener, man er vant til at håndtere; deres fremtræden er tilmed så kompliceret og uoverskuelig, at det er vanskeligt at skabe systematisk overblik.

De problemer, der udspringer heraf, kan ikke – som i f.eks. entreprise- og patentretten – skydes bort fra juristens bord som bevismæssige spørgsmål, som f.eks. henskydes til syn og skøn. Der er tale om tilbagevendende spørgsmål, som man må fordre en principiel stillingtagen til. Dertil kræves et indblik, der nødvendiggør en vis form for tværfaglighed – en tværfaglighed, der er problematisk, da teknikken ændrer sig hastigt og derfor stedse frembringer nye spørgsmål.

For det andet og i delvis forlængelse heraf præges faget af vanskelighederne ved at *subsumere* edb-teknikken – eller dele af den – under de velkendte retsbegreber. Edb-programmerne er allerede ved at slå

splinter i den klassiske ophavsret, jfr. ovenfor. Anvendes købelovens regler om overtagelse og tilbagemåling på ydelser i form af information, falder mange af forfatterens klassiske sondringer, f.eks. sondringen mellem varer (løsøre) og tjenesteydelser, jfr. Edb & ansvar (1988), s. 320 ff. Helt kaotisk bliver billedet, når de relativt specifikke skatteretlige regler om afskrivning og fradrag anvendes på edb-programmer i deres forskelligartede fremtrædelsesformer. Se hertil Eskil Nielsen: Edb og skat i Mads Bryde Andersen (red.): Edb-ret for brugere (1987), s. 179 ff. og – om den tilsvarende afgiftsproblematik – Jon Bing: Merverdiavgift og edb, Complex 9/90.

Det er min opfattelse, at edb-retten må søge sin eksistensberettigelse i selve analysen af disse grundlæggende spørgsmål. Jeg skal forsøge at præcisere denne opfattelse i det følgende.

7. Edb-rettens beskrivelsesproblem

I min disputats Edb & ansvar (1988) har jeg introduceret begrebet »beskrivelsesproblematik« som en betegnelse for de forståelsesmæssige og subsumptionsmæssige problemer, der opstår, når et konkret sagsfaktum skal placeres inden for rammerne af en retsregel.

Problemet er i og for sig ikke nyt. Det er velkendt, at retsanvendelse forudsætter klarhed over såvel jus som faktum. Der ligger for så vidt en væsentlig juridisk »beskrivelse« i forbindelse med fortolkning og udfyldning af retsregler.

Dernæst er faktiske beskrivelsesproblemer velkendte. I en sag om svampeskader

ved et hus må juristen f.eks. sætte sig ind i, hvad en svampeskade er, hvordan den opstår og hvad en køber af fast ejendom ved eller burde vide herom. I en patentsag må han bevæge sig ind på det tekniske område, patentet angår.

Når der kan være grund til at beskæftige sig med edb-rettens beskrivelsesproblemer som noget særligt, skyldes det de ovenfor under 6. fremhævede omstændigheder: dels, at edb-teknologien – såvel når den udvikles, overdrages og anvendes – træder frem på en anden måde end de fænomener, vi i øvrigt kender fra juridisk praksis, dels at disse særpræg på forskellig vis virker tilbage på fortolkningen af de relevante regler.

Dette belyses måske bedst med et par eksempler.

Den proces, hvorved edb-programmer udvikles, minder p.d.e.s. om en litterær skabelsesproces (forfatteren anvender »ord«; programmøren »kommandoer«) men p.d.a.s. har processen også karakter af ingeniørmæssig konstruktion (ingeniøren konstruerer det tekniske grundlag for en indretning; programmøren det immaterielle). Synsvinklerne fører imidlertid til vidt forskellige resultater. Anskues programarbejdet i ophavsretlig henseende som en rent litterær proces, er det nærliggende at anvende reglerne om litterære værker ved vurderingen af, om et program har værshøjde. Anskues det som et ingeniørarbejde, er det mere nærliggende at anvende de regler, der gælder for brugskunst og arkitektur, jfr. herom Eric Boesgaard i U1990 B.369 ff.

Også i relation til *overdragelse og anvendelse* af edb, beror de juridiske resultater på, hvilke aspekter af edb-systemet, man vælger at fokusere på. Anskuer man

edb-systemet som en rent maskinel indretning, er der ingen umiddelbar forskel mellem edb-systemer og andre tekniske indretninger. Dette fører f.eks. til, at kbl. uden videre må finde anvendelse. Fokuserer man derimod på de aspekter, der har at gøre med den information – i form af programmer og data – der behandles i systemet, bliver det vanskeligt at forlige købelovens forudsætninger med den edb-tekniske virkelighed. Det forhold, at information ikke kan »slides«, giver mangelsvurderingen en anden karakter. Dernæst er det køberetlige ideal om salgsgenstandens fejlfrihed i praksis umuligt at opnå på programsiden.

Problemerne træder navnlig frem, når loven søges anvendt som retsgrundlag for aftaler, der alene angår information; f.eks. »køb« af oplysninger fra en database. Aftalens genstand kan her dupliseres enkelt og billigt og derfor »overdrages« på vidt forskellig vis; via diskette, gennem telekommunikation eller på anden vis. Hvordan håndterer man her reglerne om overdragelse og tilbagetagelse samt hele spørgsmålet om finansiering?

Mod disse eksempler kan man indvende, at de konkrete problemer, der måtte følge heraf, altid vil finde en praktisk løsning, som de involverede parter kan leve med. Hertil er blot at sige, at sådanne »løsninger« sjældent hidfører den langsigtede klarhed og sikkerhed, som det er ethvert retssystemes ideal at søge tilvejebragt. Selv om vi med dansk rets tradition for pragmatiske resultater nok kan nå frem til de resultater, vi anser for hensigtsmæssige, betales prisen ofte i form af en ringe præjudikatdannelse. Således finder man ingen »leading cases« om nogle af edb-kontraktrettens mest basale problemer – f.eks. om købelovens anvendelighed – til trods for en relativt righoldig domspraksis om edb-aftaler.

Derfor må den nødvendige analyse foretages på det teoretiske plan. Og netop her har den teoretiske edb-jura sin mest iøjnefaldende eksistensberettigelse.

8. Edb-rettens opgaver

Erkender man de skitserede problemer med at tillempe de almindelige retsregler på edb-området, er det lettere at placere edb-retten på det juridiske landkort. Fagets vanskeligste spørgsmål angår da den måde, hvorpå det edb-juridiske problem placeres (»beskrives«) i sin relevante retlige sammenhæng og efter sine relevante tekniske forudsætninger. Når der er sikkerhed omkring denne beskrivelse, er selve retsanvendelsen ofte ukompliceret. Ved vi f.eks., at et edb-program opfylder ophavsrettens krav til »værkshøjde« m.v., følger de øvrige ophavsretlige retsvirkninger af de almindelige hovedregler, for så vidt disse regler ikke allerede er modificeret af lovgiveren.

For så vidt der kan antages at bestå noget behov for at operere med en »edb-ret«, må denne disciplin først og fremmest afklare grundlaget for at anvende vore klassiske retsbegrebet på edb-teknologien, efterhånden som denne teknologi udvikler sig. Edb-retten kommer dermed til at få en noget anden rolle end de traditionelle retsdogmatiske fag. Hvor disse »klassiske« discipliner i højere grad er udredende, kompilerende og derfor i vid udstrækning bagudrettede, må edb-retten stedse være parat til at gribe de nye udviklingstendenser, der opstår.

Edb-retten kommer dermed til at rumme fire delelementer:

Det første delement indbefatter problemerne om edb-rettens *teori og afgrænsning* – herunder de overvejelser, der er gjort i det foregående om beskrivelsesproblematikken m.v. Dette emneområde falder nogenlunde sammen med, hvad man finder i andre juridiske discipliner, men har måske en tættere berøring med den almindelige retslære.

I konsekvens af edb-rettens beskrivelsesproblem rummer faget tillige en *teknisk/beskrivende* del, der præsenterer de relevante tekniske forhold. En sådan teknisk uddannelse af edb-juristen er nødvendig for at kunne præsentere fagets problemer i en teknisk relevant og koncis form. Hermed adskiller faget sig fra andre juridiske fag, hvis fænomenverden er velkendt for rets-anvenderen.

Fagets tredje, *retsdogmatiske*, del – der samtidig er dets væsentligste afsnit – angår selve håndteringen af de retlige konflikter. Hertil hører dels de foregående almene analyser m.v., der skal gøre det muligt at anvende retssystemets almindelige regler på edb-teknologien, dels fremstillingen af de særlige edb-retlige regler, der måtte være frembragt ved domspraksis eller i lovgivningen.

Sidst men ikke mindst rummer edb-retten en *retsskabende* - eller, om man vil: retspolitisk – del. Hertil hører dels læren om koncipering af edb-aftaler, dels den indsats, edb-jurister ofte udfører i forbindelse med forberedelsen af ny edb-lovgivning eller edb-arrangementer.

9. Sammenfatning

Vender vi på denne baggrund tilbage til det spørgsmål, der er stillet i overskriften

til dette indlæg, kan man sige, at edb-rettens muligheder for at overleve med et meningsfuldt indhold, i hvert fald beror på to forhold. For det første på, om de generationer af edb-jurister, der uddannes i disse år, vil påtage sig den – nødvendige – opgave, der ligger i at håndtere de faktiske beskrivelsesproblemer, der givet faget dets væsentligste identitet. For det andet, om edb-teknikken vil frembringe nye beskrivelsesproblemer, der på lang sigt vil holde det i live.

Det sidste spørgsmål er lettest at besvare. Intet tyder på, at den hidtidige eksplosive teknologiske udvikling vil stoppe. Nye områder for edb-anvendelse vil dermed frembringe nye ydelser og værdier, som må indplaceres i de bestående retsregler. Fremtiden ringer allerede på døren til det ophavsretlige univers. Næppe har ophavsretten vænnet sig til at beskytte edb-programmerne, før en ny type af problemer dukker op: beskyttelsen af det udviklingsarbejde, der består i »optræningen« af neurale netværk.

Skulle man imidlertid antage – just for the sake of argument – at den edb-tekniske udvikling stagnerer, vil hovedparten af edb-rettens problemer utvivlsomt gradvist finde deres løsning inden for rammerne af de velkendte discipliner. Grundlaget for en selvstændig afgrænsning af faget vil dermed være fjernet. De edb-ophavsretlige, -kontraktsretlige og andre problemer, vi arbejder med i nutidens edb-ret, vil da finde deres løsning i de velkendte juridiske discipliner.

Om fremtidens edb-jurister må forventes at være klædt på til den tværfaglighed, der skal sætte dem i stand til at håndtere den praktiske edb-rets problemer, beror nok i højere grad på gætterier. Baseret på mine

personlige undervisnings erfaringer er der grund til optimisme på dette punkt. De unge mennesker, der idag uddanner sig som jurister, har for det første en anderledes tæt berøring med edb-teknologien end tidligere generationer har haft. Dertil

er den yngre jurists interesse for og lyst til befatte sig med de teoretiske overvejelser, faget rejser, typisk større end hos den, der først har vænnet sig til traditionelle retsbe greber og tankegange.

Retten i informationssamfundet

Af Peter Blume

Formålet med denne artikel er at give et rids over en række af de hovedproblemstillinger, der konfronterer retsinformatikken på vej mod år 2000. De angivne forskningsområder er både af praktisk og teoretisk natur. I forbindelse med dette rids fremdrages samtidig en række momenter, der karakteriserer retssystemet i det moderne informations-samfund.

Det kommunikative retssystem

Den udviklingstendens, der går under betegnelsen informationssamfundet, har på retsområdet sat fokus på en række almene sammenhænge mellem retssystemet og de samfundsmæssige kommunikationsprocesser. Den har betonet betydningen af at beskrive retssystemet som et kommunikativt system og at anskue retssystemets funktionsevne ud fra dets egnethed til formidling af retlige budskaber. Kommunikation og information er blevet paradigmer, der kan være brugbare ved beskrivelsen af retlige fænomener.

Denne udvikling beror i vid udstrækning på introduktionen af edb-baserede informationssystemer med den deraf

følgende effektivisering af kommunikationsforløbene. Det er dog i højere grad betragtningmåden end selve det retlige system, der herved skifter karakter. Det har således gennem hele de retlige systemers historie været muligt at anlægge en kommunikativ beskrivelsesmetode.¹

Aktualiseringen beror udover den nye teknologi på den retlige regulerings øgede kompleksitet og det voldsomme omfang retskilderne i bred forstand har fået. En anden hovedtendens, internationaliseringen, giver i sig selv anledning til kvalitative nye kommunikative problemer. Denne tendens betoner dermed yderligere den betydning en retskommunikativ betragtningstype kan have.

Den moderne teknologi er ikke i sig selv afgørende for, at en kommunikativ betragtningstype bliver relevant, men er blot anstødsstenen hertil. Selv om denne teknologi i dele af den følgende fremstilling spiller en væsentlig rolle, må det understreges, at de ovenfor nævnte paradigmers brugbarhed ikke er afhængig af en enkelt teknologisk applicering. En sådan tidsbinding afvises således bl.a.

1. Se hertil Kapitel 1 og 2 i Peter Blume: *Fra tale til data* (København 1989).

med den implikation, at der ikke lægges en snæver horisont for retsinformatikken.

Der er først grund til at gå noget nærmere ind på, hvad der ligger i beskrivelsen af retssystemet som et kommunikativt system. Retskilderne, der udgør en væsentlig bestanddel af retssystemet, karakteriseres ved at være et sæt af informationer, som har den særlige egenskab, at de danner grundlaget for fastlæggelsen af gældende ret. Forudsætningen for at retskilderne kan opfylde denne funktion er, at de bliver formidlet ikke nødvendigvis til almenheden, men i hvert fald til de personer, der har normfastlæggende funktioner. Dette indebærer, at der inden for det retlige system sker en stadig formidling af retskilder mellem de enkelte aktører, et forhold som forstærkes af, at de enkelte kilder hele tiden skifter karakter i en gensidig påvirkningsproces, hvor de fleste aktører både fungerer som afsender og modtager af retskilder. Retsystemets funktion kan i en vis forstand karakteriseres som en stor kompleks kommunikationsproces, hvori indgår både institutioner og enkeltpersoner. Som antydnet ovenfor gælder dette ikke blot for det nationale retssystem, men også for det internationale, hvortil kommer, at bevægelserne mellem disse systemer ligeledes kan forstås som kommunikationsprocesser.

Forinden denne analyse fortsættes må det præciseres, at den ikke er baseret på en forudsætning om retssystemet som et fra det øvrige samfund isoleret system. Indholdet i de enkelte retskilder (og heraf afledte normer) er betinget af almene samfundsmæssige forhold, og det er den samfundsmæssige udvikling der giver retssystemet dets dynamik. Kommunika-

tionssynsvinklen er ikke i modstrid hermed, men søger blot at give et forklaringsmønster for, hvorledes en bestemt samfundsmæssig størrelse, in casu retssystemet, fungerer. Forholdet ret/samfund kan i sig selv forstås som en kommunikativ relation, hvor enkelte delelementer i den samfundsmæssige helhed til stadighed påvirker hverandre. Retten er en del af en større kommunikativ bevægelse.

Når det skal vurderes, hvorledes retssystemet faktisk fungerer, er det herefter relevant at inddrage, på hvilken måde den retlige kommunikation forløber. Strømmer de relevante informationer på en optimal måde til dem, der er tænkt som adressater for informationerne. Uden her at gå i detaljer må det konstateres, at en sådan optimal proces sjældent foreligger, men at der optræder en række barrierer, der virker som stopklodser i systemet. Det er en central opgave for retsinformatikken at sætte søgelyset på disse barrierer og anvise forslag til, hvorledes de kan overvindes.

En af disse metoder består i udvikling af nye informationssystemer, der kan binde kommunikationsprocessen sammen på en mere effektiv måde. Dette er en opgave, der i det kommende år, hvor alt tyder på at retssystemet yderligere kompliceres, står højt på den retsinformatiske dagsorden. På længere sigt kan udviklingen af nye informationssystemer have betydning for, om retssystemet kan opretholde sin dominerende position i samfundet. Retliggørelsen fremhæver juristernes position i samfundet, men tilvejebringer samtidigt et ansvar for retssystemet. Det er ikke mindst på denne baggrund, at retsinformatikken bliver et centralt forskningsfelt.

Den kommunikative synsvinkel vil i det følgende blive søgt demonstreret i relation til enkelte spørgsmål, idet en samlet udfoldet analyse selvsagt ikke vil kunne rummes inden for rammerne af en kort afhandling.

Juristens kommunikative funktioner

En central person i den retlige kommunikationsproces er juristen, som funktionelt kan ansues som et informationssystem. Juristers opgaver består således i at opspore, behandle og formidle information. I dette afsnit ses der på, hvorledes disse tre funktioner udøves, og hvilke krav den gode jurist skal opfylde for at indgå på en adækvat måde i kommunikationsprocessen.

Juristen modtager sine informationer fra forskellige kilder. Som udgangspunkt kan der skelnes mellem juridiske og faktuelle oplysninger, der kombineres i den beslutningsproces som sædvanligvis motiverer indhentelsen af informationerne. Det er et almindeligt karakteristikon, at information indhentes for at tilvejebringe et grundlag for en beslutning. Der er tale om formålsbestemt informationsøgning.

I denne artikels kontekst knytter den største interesse sig til de juridiske oplysninger, hvor juristens opgave består i at skaffe sig kendskab til de retskilder, der er relevante for de konkret foreliggende problemstillinger. Dette stiller krav om beherskelse af de informations-systemer, hvorigennem disse kilder formidles, og giver samtidig en basis for, at der kan stilles krav til disse systemers

indretning. Informationssøgningsopgaven er blevet betydelig kompliceret i moderne tid som følge af det voldsomt forøgede antal retskilder og ikke mindst på grund af den internationalisering, der især for Danmarks vedkommende er en følge af medlemskabet af EF.

Disse forhold er baggrunden for, at der siden 1982 ved universitetet er blevet udbudt undervisning i juridisk informationssøgning. I forbindelse med den nye studieordning, der blev iværksat fra 1987, blev det overvejet, hvorledes dette fag fremover skulle placeres. Resultatet var skuffende i den forstand, at faget fortsat ikke er noget eksamensfag, men det blev dog forudsat, at der på grunduddannelsen skal være en sådan undervisning,² hvilket for tiden sker på 1. semester. Da et hovedmål for den juridiske uddannelse bør være, at de færdiguddannede kandidater mestrer metoden, herunder den praktiske del, kan det på længere sigt vise sig at være utilfredsstillende, at faget er så lavt prioriteret. I denne forbindelse bør også nævnes, at undervisning i de moderne elektroniske informationssystemer, herunder især RETSINFORMATION, ikke i synderligt omfang kan gives i dag grundet de økonomiske omkostninger herved, hvorfor det er teknologisk tilbagestående jurister, der uddannes i disse år.

Det er i dag velkendt, at mange jurister ikke kender fagets informationssystemer og derfor har vanskeligheder, når de skal varetage generalistfunktioner, som præsenterer stadig skiftende problemstillinger.

2. Jf. *Bet.1062/1985* p 33.

ger. Det er i den praktiske virkelighed, at den færdige kandidat oplever, at studiet alene beskæftiger sig med toppen af det retlige isbjerg, og at det er svært at dykke på den rigtige måde. Samtidig medfører den meget hastige innovation inden for retssystemet, at behovet for at mestre informationsøgning bliver endnu mere presserende.

For juridiske informationssystemer gælder det almene krav, at de på en hurtig og effektiv måde må kunne tilvejebringe information om de relevante retskilder. Hurtige og dækkende svar på forespørgsler er således målsætningen for disse systemer. Disse krav har de manuelle informationssystemer ikke kunnet opfylde på en tilfredsstillende måde. Dette er baggrunden for, at datateknologien har fået en stadig mere fremtrædende plads, jf. nærmere nedenfor.

Det er i denne forbindelse en væsentlig pointe, at jurister har et ansvar for at formulere de resultater, som de retlige informationssystemer skal kunne præstere. Dette er et ansvar, som kun de færreste jurister i dag lever op til.

Den anden fase er behandling af de indsamlede informationer, hvor den teoretiske side af den juridiske metode appliceres. Det er med henblik på denne fase, at uddannelsen af jurister typisk har været indrettet, og der skal derfor ikke her ofres mange bemærkninger herpå. Det er dog værd at fremhæve, at det er i behandlingsfasen, at det kan blive klart, at informationsøgningen ikke har været tilfredsstillende. Dette kan vise sig enten ved et informationsunderskud eller et informationsoverskud, dvs. at der ikke er blevet foretaget en tilstrækkelig prioritering.

Det er især situationen med informationsoverskud, der har interesse. En af de væsentligste risici ved den voldsomme strøm af retlig information er, at jurister lider informationsdøden, dvs. overvældes af så mange informationer, at det ikke bliver muligt at skelne relevante fra irrelevante. Det er dette problem, der gør det naturligt at foretage en udvælgelse af de informationer, der gøres almindelig tilgængelige. I praksis er det typisk i relation til afgørelser, at der sker en udvælgelse. Selv om denne rejser en lang række væsentlige principielle problemer, er en sådan en praktisk nødvendighed. Risikoen for overflod af unyttig information er ligeledes en væsentlig baggrund for, at der må stilles krav til præcise søgemekanismer i de enkelte informationssystemer. Generelt er det nødvendigt, at jurister har evnen til at prioritere mellem de mulige informationer. Denne færdighed bliver stadig mere vigtig.

Tredje fase er formidlingen af informationerne til brugerne, dvs. f.eks. fra en advokat til en klient eller til en domstol. Det er på dette stadium, at jurister i egentlig forstand fungerer som informationssystemer. Ved behandling af den indsamlede information udkrystalliseres ny information, der herefter formidles til andre. Der bliver ofte formuleret nye normer ved behandlingen af de enkelte kilder. Denne kommunikationsakt kan ske uformelt som i advokat-/klientrelationen eller formelt som i tilfælde, hvor der træffes en afgørelse. Netop afgørelser er et godt eksempel, fordi der via disse kommunikeret retsforskrifter, som er præciseret ved fortolkning. I begge situationer er det ønskeligt, at kommunikationen finder sted på en hensigtsmæssig

måde, idet det især er de uformelle kommunikationsakter, der for tiden ikke er tilstrækkeligt undersøgt.

Det er karakteristisk for den juridiske uddannelse, at denne formidlingsopgave ikke inddrages på nogen systematisk måde. De studerende lærer intet om, hvorledes man skriver et juridisk dokument så det kan forstås, eller hvorledes man mundtligt formidler et forståeligt budskab. Dette er en beklagelig konstatering, fordi denne formidlingsopgave i forhold til andre og især til ikke-jurister er meget central for den juridiske virksomhed. Den vil utvivlsomt blive stadig mere væsentlig. Det er således i fremtiden en vigtig opgave at studere de forskellige kommunikationsprocesser og på denne baggrund at udforme modeller, der kan bruges til at forbedre juristernes beredskab på dette område.

Generelt illustrerer de ovenfor anførte synspunkter, at den kommunikative synsvinkel giver et grundlag for en vurdering af juriststandens funktioner og giver basis for overvejelser i henseende til, hvorledes jurister på en mere hensigtsmæssig måde kan uddannes til at varetage deres funktioner. Denne centrering omkring juristen kan måske umiddelbart forekomme lidt snæver, men det må ikke glemmes, at det er de personer, der virker i retssystemet, som betinger, hvorledes systemet faktisk i den nære dagligdag fungerer. På dette grundlag er det også under en samfundsmæssig betragtningsmåde væsentligt at beskæftige sig med juristens erhvervsprofiler.

Information som paradigma

Ved behandlingen af retsvidenskabelige problemstillinger, der tager henblik på at opnå en overordnet forståelse af et retsområde til gavn for afgørelsen af enkeltstående dogmatiske spørgsmål, kan det tit være hensigtsmæssigt at benytte paradigmaer, der er egnede til generelle beskrivelser. Det er på dette grundlag naturligt at overveje, hvorvidt information (og kommunikation) kan være egnet som et sådant paradigma. Når man kan beskrive det retlige system som kommunikativt og juristen som et informationssystem, er det nærliggende at anskue de enkelte retsområder under et informationsperspektiv. Dette mønster kan efter mit skøn appliceres på en række retsområder, omend det næppe på alle er lige adækvat.

Mest nærliggende er paradigmaet i henseende til processuelle forløb både i judicielle og administrative sammenhænge. Disse forløb kan anskues som udveksling af information mellem de implicerede parter og den afgørende instans. Procesregler regulerer, hvorledes denne informationsformidling må og kan finde sted. Denne synsvinkel kan anvendes uanset, om der er tale om en egentlig partsproces som inden for den dispositive civilproces, eller procesforholdet er ensidigt som det ofte er tilfældet i forvaltningen. Under alle omstændigheder vil en større forståelse af, hvorledes et processuelt forløb kan gøres optimalt, kunne opnås ved at lade information være et centralt begreb.

Medens informationsformidling på processuelle områder er det centrale, er det udformning af information, der på en

række materielretlige områder har væsentlig betydning. Dette gælder f.eks. på formuerettens område. Koncipering af kontrakter tager sigte på at udforme information, der kan forstås af de implicerede kontrahenter og opleves som bindende for disse. Når man skal vurdere, hvorvidt en kontrakt er udformet godt, er det bl.a. en informatorisk bedømmelse der foretages.

Uden for de egentlige kontraktuelle relationer spiller kommunikative momenter også en væsentlig rolle. Dette gælder f.eks. på det stadig mere væsentlige forbrugerretlige område, hvor et hovedkrav er, at forbrugeren skal kunne forstå og overskue de transaktioner den pågældende foretager på markedet. Dette giver grundlag for krav til formulering af aftaler, men også til mærkning af varer etc. Forbrugerretten tager dermed sigte på etablering af en bedre kommunikationsproces, og informationsbegrebet kan dermed indgå med vægt i en beskrivelse af de reguleringer, der faktisk bliver implementeret.

Et andet velegnet område er den del af selskabsretten, der angår styringen af et selskab. Disse regler regulerer bl.a., hvilke oplysninger der skal forelægges for hvilke personer. Regler om minoritetsbeskyttelse tager f.eks. sigte på at sikre, at mindretallet får adgang til i hovedsagen de samme informationer som flertallet. Ved vurderingen af sådanne bestemmelser kan en kommunikativ synsvinkel derfor være hensigtsmæssig.

På andre områder er tankegangen endnu mere nærliggende. Dette gælder således for immaterialretten, hvis reguleringsobjekt netop bl.a. er information. Ved beskrivelsen af den retlige regu-

lering, der tager sigte på beskyttelse af information, er det åbenbart, at begrebet er centralt, men også i forbindelse med specielle fænomener såsom formulering af patentkrav giver paradigmaet mulighed for en speciel adækvat beskrivelse.

Det må generelt konstateres, at information og kommunikation i en række tilfælde vil være anvendelige som paradigmer ved retsvidenskabelige beskrivelser, og det bliver på denne baggrund en teoretisk hovedopgave for retsinformatikken i de kommende år at udfylde denne teori i egentlige dybtgående analyser af udvalgte retsområder. På denne måde vil der ligeledes kunne ydes vigtige bidrag til en modernisering af den almindelige retsteori, der i øvrigt i sig selv er egnet til at blive underlagt et informatorisk koncept.

Elektroniske informationssystemer

Det er som antydnet ovenfor særlig fremkomsten af den moderne datateknologi, der er baggrunden for, at retsinformatikken er udviklet som en særlig retsvidenskabelig disciplin eller betragtningsmåde. Det er derfor naturligt i en fremtidsorienteret sammenhæng at ofre speciel opmærksomhed på denne teknologi, der i stadigt videre omfang vil præge fremtidens retsforhold. Som det vil blive uddybet i næste afsnit, beror dette ikke mindst på den avancerede del af denne teknologi, de kundskabsbaserede systemer. Her vil en række andre almene træk ved den datateknologiske udvikling blive omtalt.

Den almindelige juridiske database er i

dag en relativ gammel teknologi, idet man allerede i 1950'erne i USA begyndte at anvende teknologien på retsområdet. Den første on line tilgængelige juridiske database, LITE, fremkom i 1961. Årsagen til at man hurtigt udviklede juridiske databaser er, at det retlige grundmateriale i så vidt omfang er af tekstuel karakter og derved egnet til automatisering. Herhjemme er det først i 1980'erne, at databaser for alvor gør deres indtog ikke mindst ved igangsættelsen af RETSINFORMATION i 1985. I løbet af imponerende kort tid (1986-1989) er alle gældende retsfor skrifter blevet gjort on line tilgængelige i fuld tekst, således at der for disses databasers vedkommende alene foreligger det løbende problem at sikre den tilstrækkelige opdatering. Denne er blevet effektiviseret, idet retsfor skrifter nu for størstepartens vedkommende indlægges direkte, samtidig med at de bliver sat.³

Med Betænkning 1144/1988 er der taget det næste vigtige skridt i retning af udbygning af systemet med judicielle og administrative afgørelser, således at RETSINFORMATION sandsynligvis inden 1995 vil dokumentere gældende praksis. Den første fase, der er påbegyndt, omfatter de administrative afgørelser, hvor det i sig selv er en nyskabelse, at det overordnede mål er, at gældende administrativ praksis skal være dokumenteret. Sidenhen vil øvrige dokumenterbare retskilder nok komme med i systemet, således at der omkring år 2000 gives adgang til alle sådanne kilder til gældende ret.

Der er således tale om en storstilet udvidelse af det alment tilgængelige retskildemateriale, hvilket vil have væ-

sentlig betydning for juristernes arbejdsbetingelser og ligeledes vil kunne have betydning for den måde, hvorpå gældende ret faktisk fastlægges. Selv om det kun for love og bekendtgørelser er en egentlig gyldighedsbetingelse, at offentliggørelse finder sted, er det givet, at publicering øger anvendelsen af en retskilde. Man kan derfor forvente, at retskildestrukturen undergår forandringer i de kommende år. Eksempelvis kan publicering af administrativ praksis betyde en væsentlig styrkelse af denne retskildes normerende betydning, hvorved den offentlige rets centrale placering understøttes.

Det er en væsentlig opgave for retsinformatikken i de kommende år at observere disse ændringer i retskildestrukturen og at vurdere, om de giver anledning til at ændre informationssystemerne. Der er her tale om en af de brudflader, hvor der er tæt sammenhæng mellem retsinformatikken og den almindelige retslære.

I dag er det karakteristisk, at det kun er et mindre antal jurister, der faktisk benytter de elektroniske informationssystemer, hvilket i og for sig ikke er overraskende i betragtning af den konservatisme, der sædvanligvis præger juriststanden. Der er ikke tvivl om, at denne situation vil ændres i de kommende år. Måske ikke af lyst men af nødvendighed. Når en række retskilder alene er tilgængelige i elektronisk form, må man nødvendigvis skaffe sig adgang til disse.

Det bliver på denne baggrund af interesse at vurdere, på hvilken måde adgan-

3. Jf. hertil Peter Blume: *Retlig kommunikation* (København 1990) p 97.

gen rent teknisk bedst lader sig gennemføre. I dag dominerer on line søgning, men måske vil der være en særlig fremtid for »stationære« baser formidlet på CD-ROM, der vil fungere på samme måde som traditionelle periodica. Det vil her blive muligt at have opdaterede versioner af de relevante baser i huset, således at de kan benyttes på juristens egen PC. En brugerundersøgelse foretaget i efteråret 1989 i RETSINFORMATIONs regi viste, at interessen for CD-ROM i dag alene er knyttet til retskilder, der som f.eks. afgørelser ikke er undergivet konstant opdatering. For de rene databaser er det sandsynligt, at dette resultat også vil være dækkende for fremtiden.

Ved hjælp af CD-ROM-teknologi vil der endvidere kunne tilbydes mere avancerede informationssystemer, hvor man nyttiggør den kundskabsbaserede teknologi. Det er sandsynligt, at der på CD-ROM vil blive udbudt ekspertsystemer,⁴ der udover alle de relevante retskilder i opdateret version indeholder oplysninger om den anerkendte fortolkning og andre råd med hensyn til retsanvendelsen. Specialiseret juristviden vil dermed kunne formidles effektivt på nye måder, hvorved den specialiseringstendens, som er en naturlig følge af retssystemets øgede kompleksitetsgrad, vil kunne modvirkes. Inden for f.eks. advokatsektoren vil de små kontorer kunne have særlig gavn af denne udvikling. Den generalistfunktion, der i mange år har været karakteristisk for jurister, vil kunne understøttes af den moderne teknologi. Det er ikke mindst denne teknologi, der illustrerer det demokratiserende potentiale, der er indeholdt i datateknologien.

En vigtig praktisk retsinformatisk opgave i de kommende år er dermed at medvirke til opbygningen af sådanne CD-ROM-systemer, der på længere sigt sandsynligvis også vil kunne nyttiggøres ved formidling af juridisk viden til ikke-jurister.

Kundskabsbaserede systemer

Moderne datateknologi har ikke blot betydning i henseende til tilgængeliggørelsen af retskilderne og juridisk viden, men spiller også en stadig stigende rolle i henseende til retsanvendelsen.

I snart mange år har en række store retsområder været automatiseret, således at masseadministration har kunnet finde sted. Dette gælder sådanne områder som skatteretten og socialretten. På disse områder har man kunnet observere en teknologisk prægning af retsforskrifterne, der er blevet udformet med henblik på at indgå i automatiseret regelanvendelse. Dette fører til en mere kompleks lovgivning, der ikke er noget problem for edb-systemerne, men som medfører en svækkelse af den menneskelige kontrol med den foretagne sagsbehandling. Det må konstateres, at der ikke her i landet i dag findes særlig dybtgående undersøgelser af den edb-venlige regeldannelse, der rejser betydelige retssikkerhedsmæssige problemer.

4. Anvendelse af betegnelsen »ekspertsystem« er af mange grunde problematisk, men sker her for enkelthedsens skyld.

Den særlige forvaltningssituation, der herved opstår, tages sjældent i betragtning i almindelige fremstillinger af forvaltningsretten, der tilsyneladende fortsat er baseret på den model, at al sagsbehandling foretages på papir af mennesker. Allerede denne efterhånden gamle udvikling illustrerer et behov for nye indfaldsvinkler til mange forvaltningsretlige problemstillinger.

Dette er dog kun den første fase i anvendelsen af edb-teknologi i forvaltningen. I en parentes bemærkes, at de nye systemer også udvikles med henblik på at fungere i den private sektor, f.eks. i advokatrådgivning, men at de principielt har størst interesse i relation til den institutionaliserede retsanvendelse. Der foregår for tiden en lang række forsøg med hensyn til anvendelse af den avancerede kundskabsteknologi, der på en langt mere intens måde vil påvirke selve den retlige beslutningsproces. Internationalt er forskning vedrørende Artificial intelligence and law i disse år et af de højest prioriterede forskningsområder. De heraf afledte ekspertsystemer m.v. vil for alvor tilvejebringe en ny virkelighed i forvaltningen og må derfor påberåbe sig særlig kritisk opmærksomhed fra juristers side. Det man kunne betegne som retssystemets indre struktur kan blive påvirket af den automatiserede retsanvendelse.

Hovedproblemet er, hvor langt den juridiske beslutningsproces kan automatiseres. Denne problemstilling forudsætter en mere nøjagtig analyse af beslutningsprocessens enkelte elementer, end man sædvanligvis har foretaget inden for den almindelige retslære. Der er dels tale om at udkrystallisere hvert enkelt element og for dette at overveje, i hvilket

omfang det kan automatiseres, dels om at analysere forbindelseslinjerne mellem disse elementer, dvs. den logik der præger juridisk argumentation.

Sådanne grundanalyser er meget centrale, ikke mindst fordi kundskabssystemerne ofte udvikles af personer med få eller ingen juridiske forudsætninger og derfor let kan blive baseret på simplificerede og mekaniske opfattelser af, hvorledes en juridisk beslutning træffes. Da der kan være væsentlige rationaliseringsgevinster forbundet med anvendelsen af disse systemer, kan man ikke afvise den mulighed, at argumentationens struktur bliver forandret uden tilstrækkelige dybtgående overvejelser heraf. Det er derfor meget påkrævet, at der er en kritisk juridisk opmærksomhed omkring denne udvikling, uden at dette bliver udtryk for en edb-fjendtlig holdning.

Analysen af beslutningsprocessens grundstruktur skal her blot antydes. Udgangspunktet kan tages i de fire grundelementer, faktum, retsfaktum, jus og resultatet. Det er ikke almindeligt at operere med fire faser som det sker her, men denne opdeling er nyttig for at forstå problemerne ved disse systemer.

For så vidt angår faktum er det klart, at selve indhentelsen af de faktiske oplysninger, der skal indgå i afgørelsen, ikke fuldt ud vil kunne automatiseres, men eftersom der i offentlige myndigheder efterhånden er opbygget meget betydelige elektroniske registre, vil mange af oplysningerne kunne indhentes uden at de implicerede personer direkte involveres.

Mest interessant er dog spørgsmålet om udskillelsen af de fakta, der skal indgå i retsfaktum, vil kunne automatiseres. Denne mulighed kan ikke afvises,

eftersom edb-systemerne vil kunne have indkoblet en ekspertviden, der implicerer, hvilke typer af fakta der har betydning på det pågældende retsområde. Da systemerne udformes, således at de dynamisk skulle kunne optage ny viden, behøver dette ikke at medføre et statisk retssystem, men derimod er der en nærliggende risiko for, at der ikke bliver mulighed for at tage hensyn til særlige individuelle omstændigheder. Skønmæssig udvælgelse af retsfakta bliver således mindre sandsynlig. Tilsvarende problemer foreligger ved prioriteringen mellem de enkelte retsfakta.

Det er ligeledes klart, at automatisering af jus, dvs. de retlige regler, i vidt omfang forudsætter, at der ikke i regelgrundlaget findes diskretionære elementer. Skøn må erstattes med regelanvendelse.

Af særlig interesse er bevægelsen fra retsfakta og jus til resultatet, hvor det er væsentligt at klarlægge den særlige ikke-deduktive logik, der her benyttes. Problemet er, om det er muligt at fastlægge en deontisk logik, dvs. en logik for normer, der har den tilstrækkelige åbenhed og samtidig kan automatiseres. Dette må anses for særdeles tvivlsomt.

De her skitserede analytiske problemer kombineret med praktisk udformning af retlige kundskabsbaserede systemer er en af retsinformatikkens hovedopgaver i de kommende år. Denne opgave er både praktisk og teoretisk betydningsfuld.

Retssikkerheden i det nye retssystem

På vej mod år 2000 er retssystemet midt i en voldsom omkalfatring, der har sammenhæng med retlig informations øgede betydning og de forandringer, som den moderne teknologi tilvejebringer for juristernes arbejdsbetingelser og for retsansværelsen. Det er væsentligt, at disse forandringer ikke blot får lov til at ske uden kritiske overvejelser. Retsvidenskaben må tage disse nye udfordringer op og bedømme dem under retssikkerhedsmæssige synsvinkler. For retsinformatikken foreligger en mængde store opgaver samtidig med, at innovationshastigheden er meget høj. Som beskrevet er disse opgaver både af praktisk og teoretisk beskaffenhed. Kun nogle få har der været plads til at skitsere her, og det vil hele tiden være nødvendigt at overveje, hvilke problemstillinger der bør prioriteres højest.

I udviklingsprocessen må retsvidenskaben således være med til at sætte dagsordenen for de spørgsmål, der skal løses. Dette må ske ud fra den målsætning, at indsatsen skal være fremtidsorienteret med respekt for de grundlæggende principper, der bør håndhæves i civiliserede retssystemer. Det er således en samfundsmæssig bevidst retsinformatik, der er behov for i relation til det nye retssystem i informationssamfundet.

Teknologi i den offentlige ret

Af Steen Rønsholdt

1. Indledning

Når der tales om edb-teknologiens påvirkning af retten tænkes oftest på teknologiens indvirkning på et bestemt reguleringsområde. Tilsvarende vil spørgsmålet om rettens mulighed for at påvirke denne teknologi typisk sigte mod retten som middel til regulering og styring af edb-teknologiens frembringelser og konsekvenser.¹

I forhold hertil vil dette indlæg behandle spørgsmålet om teknologien i retten med henblik på det særlige aspekt som udgøres af edb-teknikkens indtrængen i forskellige former for retlig virksomhed og funktioner.² Emnet er således ikke den retlige regulering af edb-teknologien men nogle sider af denne teknologis indvirkning på den ret i forhold til hvilken teknologien blot skulle være et redskab. Imidlertid kan denne teknologi så langt fra betragtes som et i forhold til retten neutralt middel. Helt grundlæggende bliver således spørgsmålet, hvilken virkning forskellige former for og grader af edb-anvendelse kan tænkes at have på de eksisterende retsformer, og – i snæver sammenhæng hermed – hvilke grænser disse retsformer sætter for edb-teknologiens udbredelse.

Det overordnede perspektiv på retlig anvendelse af edb-systemer er indsamling af retsregler med henblik på at kunne trække disse ud til løsning af konkrete retlige problemer, eller – som den mest vidtgående mulighed – at kunne trække selve løsningen – eksempelvis i form af en retsafgørelse – ud af maskinen. Hertil svarer to forskellige udviklingsretninger eller udviklingsstadier:

Elektroniske *informationssystemer*, som opmagasinerer de indkodede retsregler med henblik på at kunne trække disse ud ved anvendelse af fritekstsøgning. Eller, som det mere vidtgående, *ekspertsystemer*, som ikke blot kan søge den relevante retsregel men også – helt eller delvis – kan forberede eller producere det retlige slutprodukt eksempelvis en konkret retsafgørelse.³ Det er sidst-

1. Se f.eks. Peter Blume: *Personregistrering* (Kbh. 1987).

2. Se f.eks. Cecilia Magnusson: *New Rules in the Shaping of the Law*. (From Data Protection to knowledge machines, Boston 1990, p 135f.).

3. Richard Susskind: *Expert Systems in Law* (Oxford 1987, p 3-34).

nævnte mulighed som sættes i forbindelse med begrebet kunstig intelligens.⁴

Perspektivet er helt enkelt fortalt, at edb-teknikeren henter en given regel fra eksempelvis en juridisk ekspert, hvorefter disse regler – på edb-venligt sprog – indkodes i maskinen. Maskinen kan så anvende reglen på de fakta som – ligeledes på edb-venligt sprog – kodes ind i maskinen. Som output fås alt efter ønske og behov afgørelser, råd eller informationer.⁵

I det følgende anvendes termen ekspertssystem som almindelig betegnelse for den her omhandlede teknik.⁶

Dette er ikke stedet at gå ind i dybere (rets)filosofiske overvejelser over teknikens forhold til og muligheder for at plagiere/erstatte traditionel juridisk metode. Spørgsmålet herom er naturligvis helt centralt og ofres også megen opmærksomhed i teorien og må i det hele ses i sammenhæng med spørgsmålet om den gensidige påvirkning mellem teknologi og metode.⁷ I denne sammenhæng skal blot peges på, at det er computerteknikens formelle logik, som danner grundlag for forestillingen om en høj grad af lighed mellem computerens og den konkrete retsafgørelses funktionsmåde. Retsafgørelsen som resultat af koblingen mellem jus og faktum; dvs. den retlige subsumptionsmodel giver klart associationer til computerfunktionens kausalitetsmønstre.⁸ Selvom computeren er en prædetermineret (lukket) maskine i forhold til retten som en kompleks og fleksibel organisme, og selvom juridisk metode ikke i almindelighed kan reduceres i overensstemmelse hermed, er en tilnærmelse af systemerne en mulighed. Graden af tilnærmelse vil afhænge af rettens

kompleksitet og edb-teknikkens evne til at absorbere denne kompleksitet.

En nærmere gennemgang af disse teknikkers funktionsmåde og aktuelle udviklingsstade falder ganske udenfor denne fremstillings rammer.⁹ Nævnes skal imidlertid, at der – stadig – er tale om et perspektiv på en udvikling, som i den ovenfor nævnte mest avancerede form må behandles på et ret så højt abstraktionsniveau. Teknikken er således

4. Om arbejdet med systemer som i en eller anden forstand kan kaldes intelligente se Peter Wahlgren: *The Concept of Legal Expertise*. (From Data Protection to Knowledge Machines 1990, p 192).
5. Om programmering af henholdsvis Jus og Faktum se Jon Bing: *Rettslige aspekter ved datamaskinbaserte forvaltningssystemer* (Nat.1986/87 p 13).
6. Terminologien er usikker – oftest tales blot om vidensbaserede systemer.
7. Peter Wahlgren: *Artificiell intelligens juridisk metod och nya rättsfrågar*. (Juridisk Tidskrift 1989/90 p 498 med henvisninger. Og samme forfatter *op.cit.* note 4, p 194 og p 197ff.). Jon Bing: *Legal Decisions and Computerized Systems*. (From Data Protection to Knowledge Machines p 249f.). C.Edwina og L.Rissland: *Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning*. (The Yale Law Journal 1990, p 1957ff.). Robert Kowalski: *The Use of Logical Models in Legal Problem Solving*. Ratio Juris 1990, p 201ff.
8. Joseph S. Fulda: *The Logic of Expert Judging Systems and the Rights of the Accused*. (Computer and Law, 1989 p 14ff.).
9. Om ekspertsystemers udviklingsstade og former se Peter Smith: *Expert System Development in Prolog and Turbo-prolog* (1988 p 9-26). C.Edwina: *The Yale Law Journal*, 1990 (p 1963). Richard Susskind: *Pragmatism and Purism in Artificial Intelligence and Legal Reasoning* (AI & Society Vol.3 p 28ff., 1989).

langt fra færdigudviklet og kun sporadisk anvendt i praksis.¹⁰

Disse såkaldte ekspertsystemer repræsenterer nogle åbenbare muligheder hvis realisation også indebærer nogle åbenbare risici. I lighed med alle andre tekniske nyskabelser må man regne med, at også anvendelsen af denne teknologi vil blive søgt optimeret. Med udgangspunkt i denne antagelse bliver det ret afgørende på hvilke præmisser udviklingens betingelser sættes. Man skal i den forbindelse være opmærksom på, at det i nok så høj grad er edb-branchen som brugerne der har initiativet. Det er således edb-branchen som udvikler og ikke mindst udlægger spørgsmålet om teknikens anvendelighed. For edb-branchen er den overordnede målsætning – naturligvis – ekspansion og profit. Dette aspekt understreges i forhold til det her omhandlede anvendelsesområde, som ikke – på linie med eksempelvis rumfarts- og kommunikationsindustrien – har været bærende for den tekniske udvikling men må karakteriseres som en »tilfældig« méraf-sætningsmulighed. Det er derfor af den allerstørste vigtighed, at også jurister på dette tidlige stadium går ind i sagen og bidrager til, at den retlige udvikling ikke blot bliver en følgevirkning af den teknologiske udviklings »tilfældige« frembringelser.¹¹

Det her omhandlede tema implicerer i særlig grad stillingtagen til en række grundlæggende værdier – herunder forholdet mellem hensynet til effektivitet og retssikkerhed. Diskussionen om og i bekræftende fald i hvilket omfang disse værdier er forenelige eller modstridende skal ikke tages op her.¹² I denne sammenhæng er den overordnede (erkendel-

ses) interesse hævde af de værdier det offentligtretlige system og dets enkeltregler er udtryk for. Hermed ikke sagt, at disse regler og værdier ikke også bør være modtagelige for ændringer affødt af den ny teknologi, men sådanne ændringer må være velovervejede og ikke alene fremkomme som en teknologisk følgevirkning.

Dette indlæg skal ses som forløberen for en grundlæggende analyse af edb-teknologiens forhold til og indvirkning på det offentligtretlige system og dets enkeltregler.¹³ Med udgangspunkt i nogle almindelige antagelser om teknikens funktionsmåde vil blive søgt skitseret nogle spørgsmål og problemstillinger. Tematisering og systematik vil følge den

10. Allerede nu er etableret en række spredte forsøg på praktisk anvendelse af mere avanceret art. Se eksempelvis Jon Bing: *Op.cit. note 7* (p 243ff). Peter Wahlgren: *Op.cit. note 7* (p 502). Dag Wiese Schartum: *TjR 1989* (p 651). Mogens Emmerich Hansen og Marianne Sinding: *Om juridisk sagsbehandling og ekspertsystemer* (Nat. 1989, p 39ff.)
11. Ronald Stampen m.fl.: *Expert Systems. Lawyers Beware.* (Konferencepapir Rom, Maj 1988).
12. Se eksempelvis Mads Bryde Andersen, Lene Engelbrecht m.fl.: *Dagbladet Information 2/8 1990.* Om teknikens mulighed for at fremme grundlæggende retssikkerhedsideal, se Jon Bing *op.cit. note 7*, p 223). Dag Wiese Schartum: *TjR 1989*, (p 672). Peter Wahlgren: *Juridisk Tidsskrift* (op.cit. note 7, p 507).
13. En fremstilling heraf med titlen: »Edb automatiseret forvaltning i offentligtretlig belysning«, forberedes til udgivelse af Peter Blume og Steen Rønsholdt på Gads Forlag.

traditionelle forvaltningsretlige disciplinopdeling vedrørende retsafgørelser: Organisation. Hjemmel. Proces. Prøvelse. I denne sammenhæng må fremstillingen være begrænset til en kort præsentation af nogle få elementer fra disse discipliner.

2. Om formel og materiel ret

Der er i de juridiske discipliner tradition for at sondre mellem formel – herunder processuel – og materiel ret. Denne tradition afspejler en opfattelse af retten som opdelt i et system af primære materielle retsregler og et – i forhold hertil sekundært – sæt af retsregler, hvis formål er at sikre konstatering, gennemførelse og håndhævelse af den materielle ret.

I et retssystem hvor selve retsbegrebet er bundet op på spørgsmålet om håndhævelse og tvang, må den materielle og processuelle ret imidlertid nødvendigvis udgøre integrerede elementer i et fælles retsbegreb.¹⁴ Der er da heller ingen tvivl om, at sontringen vil have vanskeligt ved at holde over for en nærmere begrebsanalyse. Spørgsmålet om en regels materielretlige eller procesretlige karakter må ofte besvares med et både/og afhængigt af, hvilke aspekter der haves for øje.¹⁵ Det relative i sontringen kommer måske klarest til udtryk i det forhold, at også procesreglernes pointe jo er »materiel« regulering af det forhold som er procesreguleringens genstand. En (proces)regel om eksempelvis høring udtrykker således et normativt krav til -og dermed forpligtelse for- den myndighed som er reglens adressat. Den af reglen afledte forpligtelse til at foranstalte en høring kan i sig selv håndhæves.

Der er heller ingen forskel i henholdsvis materielretlige og procesretlige reglers strukturelle opbygning. Retsfaktum/retsfølgemodellen er således fælles for alle retsregler.

Endeligt er der principielt heller ingen forskel på de processuelle og de materielle retsreglers retskildegrundlag og status. Også de processuelle regler beror på lovgivningen i såvel formel som bred forstand. Disse regler normerer fuldt ud retlige direktiver til forvaltningen, som denne er retligt forpligtet til at følge.

Da procesreglerne således strukturelt er bygget op på samme måde som materielle retsregler, og

da det processuelle retsgrundlag tilsvarende kan være formuleret med alle tænkelige grader af klarhed, giver procesreglerne anledning til tilsvarende transformationsproblemer som de materielretlige regler.

For så vidt er de spørgsmål som anvendelsen af ekspertsystemer giver anledning til identiske for henholdsvis procesretlige og materielretlige regler. Teknikken kan således siges at fremme eller understrege en udvikling mod sammen-smeltning eller i hvert tilfælde omdefinering af forholdet mellem materielle og processuelle retsregler.¹⁶ Forskellen skal således ikke søges i grundlaget for begreberne procesret/materiel ret men i edb- teknikens indvirkning på *formen* og *processen* som sådan jf. nedenfor under 4.¹⁷

3. Om hjemmel

I hjemmelskravet ligger kort fortalt, at forvaltningens udstedelse af retsafgørelser fordrer eksistensen af en *bemyndigelse*, som typisk må søges i lov eller bekendtgørelse. Hjemmelskravet er en del af legalitetsprincippet som kan spaltes i to retlige krav til forvaltningen: Forvaltningen må ikke handle i strid med loven og forvaltningen skal have hjemmel i loven.

Spørgsmålet om eksistensen af hjemmel og – i snæver sammenhæng hermed – om bemyndigelsens mere eller

14. Bernhard Gomard: *Civilprocessen* (2. udg. p 24).

15. Henrik Zahle: *Det juridiske bevis* (p 67). Om afgrænsningsspørgsmål og flydende overgange se Peter Wahlgren: *Op.cit. note 7* (p 213 med henvisninger).

16. Steen Rønsholdt: *Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet* (Kbhvn. 1987, p 654f).

17. Om edb programmets forhold til centrale bestemmelser i den norske forvaltningslov se Dag Wiese Schartum: *TJR 1989* (p 650ff.).

mindre formidlede karakter har traditionelt givet anledning til diskussion i såvel statsretlig som forvaltningsretlig kontekst. Med introduktionen af ekspertssystemer vil disse diskussioner blive tilføjet en ny dimension. Til illustration heraf kan tages udgangspunkt i problemstillingen delegation af lovgivningsmagt. Traditionelt har denne diskussion fokuseret på spørgsmålet om graden af klarhed og udførlighed i lovgivers formulering af bemyndigelser til forvaltningen. Uafhængigt af den nærmere grænsedragning i denne henseende, har grundlaget for problemstillingen hidtil været, at lovgiver (fuldmagtsgiver) og forvaltning (befuldmægtiget) har benyttet det samme sprog. I det omfang retsanvendelsen har været afhængig af supplerende ved administrativt udstedte regler på trinlavere niveau: bekendtgørelser etc. har den anvendte sprogbrug og form iøvrigt været identisk med den der anvendes af lovgiver selv. Lovgiver og forvaltning har med andre ord talt »samme sprog«.

Anvendelsen af retlige ekspertssystemer forudsætter en omskrivning af retsreglerne fra naturligt til kunstigt – indkodningsvenligt – edb-sprog. Hermed etableres under alle omstændigheder et yderligere formidlingsled i retsskabelsesprocessen. Set ud fra en legitimations-synsvinkel er det naturligvis ikke ligegyldigt, om – og i bekræftende fald i hvilket omfang – denne del af formidlingen ligger i lovgivnings- eller forvaltningsregi. Hvor »transformationen« faktisk ligger i forvaltningsregi, vil transformationen i sig selv nødvendigvis betyde en forøgelse af afstanden mellem beslutningstager (folketingsmedlemmerne) og slutproduktet; retsreglen. Anvendelsen af

retlige ekspertssystemer rejser med andre ord en række nye spørgsmål – som supplement til de allerede eksisterende – om bemyndigelsens eksistens og afgrænsning. Hertil kommer så yderligere, at anvendelsen af ekspertssystemer i sig selv – nødvendigvis – må komme til at indgå som en forudsætning i det primære retsgrundlag. Lovgiver må jo – principielt – kende og godkende forvaltningens anvendelse og dermed transformation af retsgrundlaget til ekspertssystemer.¹⁸ De vanskeligheder der vil melde sig med hensyn til den nærmere bestemmelse og afgrænsning af sådanne forudsætningsindhold og rækkevidde er af mindst samme omfang som de vanskeligheder der er forbundet med afgrænsning af lovens »formål« i forbindelse med bemyndigelses- og skønmæssigt formulerede love. Lovgivers bevidsthed om retsgrundlagets efterfølgende transformation til edb-sprog og form kan således i sig selv virke tilbage på udformningen af det primære retsgrundlag. Karakteren af denne tilbagevirkning kan det være vanskeligt at have en mening om, men en mulig tendens kan være udvikling mod retsregler, som indholdsmæssigt er mål- og resultatorienterede medens fastlæggelsen af (rets) midlerne i højere grad henskydes til transformationsfasen. Som den mest radikale variant af en sådan udvikling kan man forestille sig resultat- og målorienterede bemyndigelser, som – uden yderligere mellemkommende regler – overlades den blandede edb-tekniske/juridiske sagkundskab til gennemfø-

18. Jon Bing: *Automatiseringsvenlig lovgivning* (Tidsskrift for rettsvitenskap 1977, p 197f.).

relse via edb-transformationen. Ganske vist vil »mellemkommende regler« formentlig være en faktisk nødvendighed som grundlag for transformationen herunder for forvaltningspersonellets indbyrdes kommunikation, udfærdigelse af begrundelser etc. Spørgsmålet er imidlertid netop formen. Det må således gøre en forskel, om materialet fremtræder som alment tilgængelige formelt udformede regler i modsætning til formløst »internt materiale«. ¹⁹ Manglen på indsigt og gennemskueligheid kan således bane vejen for mere eller mindre explicit udtrykt accept af transformationsforårsagede retlige forskydninger i forhold til det oprindelige traditionelt vedtagne retsgrundlag. Disse forskydninger kan tænkes at forekomme i alle grader spændende fra uskyldige afvigelser over markante men stadig acceptable afvigelser til egentlige fejl. ²⁰

Centralt i denne forbindelse bliver derfor også spørgsmålet, om transformationen kan anses som udtryk for en »ny« regel, eller om transformationen alene er udtryk for eller dækker den underliggende regel. I benægtende fald aktualiseres spørgsmålet om den nytilkomne regel lader sig henføre til forvaltningens/regeringens regeludstedelseskompetence, herunder de former der i den henseende forudsættes fulgt.

Problemstillingen kan sammenfattes i spørgsmålet om rettens formidling gennem ekspertssystemer vil resultere i etablering af en »egen edb-retlig virkelighed«. ²¹

Det naturlige sprogs indbyggede vaghed afspejles naturligvis også i retsreglerne. Denne vaghed kan i vekslende grader være intenderet og nødvendig.

Men set i forhold til edb-teknikken er denne sproglige vaghed/flertydighed udtryk for en uønsket usikkerhed, som må elimineres. Dette sker via transformationsprocessen, hvor såvel retsreglerne som oplysninger om faktum omskrives fra naturligt sprog til et præcist og entydigt programmeringssprog.

Med den nu kendte teknik sætter skønnet en absolut grænse for anvendelse af ekspertsystemer, men op til denne grænse kan ekspertsystemerne fungere eventuelt som forberedelse til eller i samspil med den endelige konventionelt foretagne subsumption. ²² I litteraturen har det således været ret fast antaget, at ekspertsystemernes anvendelsesområde må begrænses til retsregler, hvor den fornødne klarhed kan etableres på grundlag af *fortolkning*. I modsætning hertil sættes tilfælde, hvor uklarheden er af en sådan art, at retsgrundlaget klassificeres som skønsmæssigt. I forhold til denne sidstnævnte kategori af retsregler afhjælpes uklarheden ikke af fortolkning men ved *udfyldning*. Ved udfyldningen suppleres det ufuldstændige retsgrundlag med de retlige elementer som er fornødne for at

19. Om edb programmets retlige status se Dag Wiese Schartum: *TjR 1989*, (p 675). Peter Blume: *Fra tale til data*. København 1989, p 332 med note 184 om tilgængelighed.
20. Cecilia Magnusson: *Förvaltningsrättsligt Tidsskrift 1989* (p 53ff.). Jf. samme forfatter: *Op.cit. note 8* (p 144f.).
21. Der tegner sig i svensk ret en udvikling i retning af at acceptere edb-programmer/programmering som en fjerde kategori af måder til retlig supplerer. Cecilia Magnusson: *Op.cit. note 2* (p 147).
22. Om forskellige grader af automatisering og samspillet med manuel sagsbehandling se Dag Wiese Schartum: *TjR 1989* (p 652ff.).

kunne træffe en afgørelse *afledt* af retsreglen. Som grundlag for vurderingen af teoriens udsagn om ekspertsystemers uanvendelighed i forhold til skønsmæssige afgørelser kan det være nyttigt at søge forholdet mellem begreberne skøn og retsanvendelse klargjort.

Når fortolkning i modsætning til skøn udpeges som et muligt område for anvendelse af ekspertsystemer beror det formentlig på, at fortolkning begrebsligt består i sproglig udlægning, omskrivning etc. Da (om) tolkning netop er en helt grundlæggende nødvendig proces ved indkodning af retsregler i ekspertsystemer er det nærliggende ikke at betragte fortolkningsproblemer som noget for teknikken fremmed. I forhold til dette – i hvert tilfælde til dels rigtige – udgangspunkt må man imidlertid for det første være opmærksom på, at også fortolkningsresultater kan være afhængig af et kompleks sammenspil mellem sagens faktiske forhold og en række forskellige retskilder. De forskellige fortolkningsstilarter i sammenhæng med udvælgelse og afgrænsning af relevante retskilder kan begrunde problemer, som også set ud fra den edb-tekniske synsvinkel byder på afgørende vanskeligheder i forhold til løsning af den stillede opgave, nemlig *på forhånd* at etablere den grad af retlig klarhed, som er en nødvendig forudsætning for den automatiserede afgørelses-teknik.²³ For det andet må man i denne sammenhæng også være opmærksom på, at den mest usikre del af det retlige spektrum: skønnet også er retligt reguleret. Skønnet er altså ikke »frit«. Den supplerende af retsgrundlaget, som er den konkrete afgørelses nødvendige forudsætning er retligt reguleret. Sammensætningen af

det forvaltningsretlige skøn har i nyere teori påkaldt sig stigende opmærksomhed. Den skønsmæssige afgørelses retlige bestanddele er blevet underkastet en nøje analyse. Karakteristisk for den teoretiske udvikling har været en tendens i retning af at erstatte bredere begreber, som associerer til sociale og kulturelle værdier med mere skarptskårne tekniske begreber som »værdifrit« og minutiøst beskriver retsgrundlaget og retsafgørelsens enkelte bestanddele.²⁴ På grundlag heraf analyseres de retsregler som gælder for supplerende af det skønsmæssigt formulerede retsgrundlag. De grundlæggende retlige spørgsmål er i den sammenhæng: Hvilke kriterier kan lovligt inddrages? Hvilke kriterier skal inddrages? Hvilken vægt kan/skal der tillægges de inddragne kriterier?

Denne teknisk betonedede detailanalyse af forvaltningsskønnet retlige grundlag åbner principielt mulighed for en mere nuanceret diskussion af mulighederne og grænserne for anvendelse af ekspertsystemer i forhold til forskellige typer retsgrundlag. Det afgørende spørgsmål i denne sammenhæng bliver naturligvis muligheden for *på forhånd* at afgøre de respektive kriteriers inddragelse og vægt

23. Se Jon Bing: *Legal Decisions and Computerized Systems* (1990, p 237f.) hvor der med henvisning til Sundby skitseres grænser for prædetermineret transformation af usikre/skønsmæssigt formulerede retsregler. I denne henseende peges især på vanskeligheder forbundet med at forudbestemme kriteriers vægt.

24. Niels Kristian Sundby: *Om normer*. Bent Christensen: *Hjemmelsspørgsmål*, 1980. Thorstein Eckhoff og Niels Kristian Sundby: *Retssystemer*, 1976.

i den enkelte sag. Svaret vil samtidig angive en målestok for muligheden og nødvendigheden af at tilpasse retsgrundlaget på edb-venlig vis.²⁵ Nogle kriterier lader sig – ifølge deres natur – klart bedre afgrænse på forhånd end andre. Retsbeskyttelseskriterier, kriterier vedr. administrativ konvens og værdispild kan tjene som eksempler på retlige elementer som vil være yderst vanskelige eller umulige at fastlægge – og dermed indkode – på forhånd.

Set i forhold til bemyndigelsesproblematikken vil spørgsmålet om tilladeligheden af at begrænse eller evt. helt opheve den retlige usikkerhed og dermed skønnet naturligvis afhænge af årsagen til retsgrundlagets ufuldstændighed. I de mange situationer hvor ufuldstændigheden i højere grad er udtryk for manglende evne til at etablere retlig klarhed end et egentlig ønske om at overlade forvaltningen et skøn vil den med transformationen forbundne regelbinding som sådan kunne være ønskelig. Imidlertid er det jo ikke ligemeget på hvilket grundlag den retlige klarhed etableres. Medens retlig klarhed med hertil hørende regel-dannelse opbygget på grundlag af indvundne erfaringer helt vil afspejle årsagen til den oprindelige retlige uklarhed, og dermed også må antages at være omfattet af bemyndigelsen, kan det forholde sig anderledes med den retlige klarhed som simpelthen etableres som en teknisk/administrativ konsekvens af edb-teknikken. Spørgsmålet herom kan naturligvis ikke besvares uafhængigt af det ovenfor stillede spørgsmål om teknikken som administrativt vilkår indarbejdet i lovgivers bemyndigelsesgrundlag og forudsætning.

Et helt klart sammenstød mellem teknikken og retsformen repræsenterer tilfælde, hvor den retlige ufuldstændighed er udtryk for lovgivers ønske eller krav om individualisering. I forhold til et sådant retsgrundlag kan teknikken og dens funktionsvilkår virke som vold mod bemyndigelsen og dennes forudsætninger.

4. Om sagsbehandling og procedure

At edb-automatisering af forvaltningens sagsbehandling må være problematisk i forhold til et regelsystem som er indrettet med henblik på manuel og papirbaseret behandling af enkeltsager kan ikke undre. Hvordan tilpasses eksempelvis Offentlighedslovens regler om aktindsigt eller Forvaltningslovens regler om begrundelse og habilitet til de nye teknologipåvirkede procedurer? På dette sted begrænses fremstillingen til nogle sider af forvaltningens *sagsoplysning* og til de *kvalifikationsnormer* som udgør den almindelige ramme om alle forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler.

Forholdet mellem ekspertsystemer og de retlige krav til sagens oplysning må ses i snæver sammenhæng med forholdet mellem ekspertsystemer og hjemmelspro-

25. Se Jon Bing: *Op.cit. note 20* (p 233) om kategorier af uklare kriterier og den edbmæssige håndtering af disse. Cecilia Magnusson: *New Rules in the Shaping of the Law* (p 148f) som peger på det i Sverige udviklede system – Pluto – for behandling af sociale bistandsansøgninger som afgøres på skønsmæssigt retsgrundlag.

blematikken jf. ovenfor afsnit 3. Kravene til sagens oplysning styres således i vidt omfang af hjemmelsgrundlaget. Oplysninger svarende til kredsen af lovlige kriterier *kan* inddrages i afgørelsens grundlag. For så vidt hænger afgrænsningen af de faktiske oplysninger samt disses indkodning snævert sammen med afgrænsning og indkodning af retsgrundlaget. Problemerne opstår først for alvor med introduktion af en mere dynamisk variant af forholdet jus/faktum.²⁶ Indenfor retsgrundlagets rammer – som kan være endog meget vide – afgrænses såvel jus som faktum i en dynamisk proces af gensidig forbundethed: Kredsen af lovlige kriterier som inddrages, samt til dels disses vægt bestemmes under hensyntagen til de tilvejebragte oplysninger, og tilvejebringelsen af oplysninger bestemmes af det relevante retsgrundlag o.s.v. o.s.v. Denne samlede proces styres så igen af nogle (forhånds) opfattelser af afgørelsens mulige/ønskelige indhold og disse opfattelser styres igen af (retskildelærens) regler for gyldig retlig argumentation.

Set i forhold til forvaltningen understreges dynamikken af reglen om, at kriterier som svarer til oplysninger bragt ind i sagen »udefra« dvs. fra borgeren *skal* indrages i afgørelsens grundlag. Set i forhold til ekspertsystemer bliver problemet således om og i bekræftende fald i hvilket omfang og på hvilken måde denne dynamik kan opretholdes.

I sammenhæng hermed kan peges på problemer opstået som følge af »automatisk« sagsoplysning via sammenkobling af systemer opbygget med vidt forskellige formål for øje. Sådanne sammenføring/mixing kan resultere i dannelsen

af en virkelighedsopfattelse som ikke bare er kunstig men også inædskvat i forhold til ekspertsystemets primære anvendelsesområde. Hvad bliver f.eks. konsekvensen af at andre myndigheder (kompetencer) ændrer/tilføjer nye oplysninger til brug for deres kompetenceområde? Hvem styrer det samlede billede som bliver resultatet af mange forskellige myndigheders autonome ændringer af og tilførsel til systemet?

Disse spørgsmål leder direkte til de forvaltningsretlige kvalifikationsnormer som udgør den overordnede ramme for diverse kompetencefordelingsregler. Sagslig kompetencefordeling dvs. fordelingen af forskelligeartede sager mellem forskelligeartede myndigheder, bygger på en forudsætning om at nogle myndigheder og myndighedspersoner qua deres sagskundskab/uddannelse etc. er særligt indrettet på og dermed bedst kvalificeret til at behandle og træffe afgørelse i bestemte sager. Denne sammenhæng mellem myndighed og sag/afgørelse er via de sagslige kompetenceregler kvalificeret som et retligt krav til myndigheden og afgørelsen.

Anvendelsen af ekspertsystemer kan i forskellige henseender ændre grundlæggende forudsætninger for de eksisterende kompetencestrukturer og disses retlige udtryk.²⁷ Således vil kravet til sagskundskab blive ændret og skærpet. Ændringen består først og fremmest i tilførelsen af edb-sagskundskab som – hvad enten denne sagskundskab også indehaves af den

26. Se Jon Bing: *Op.cit. note 7* (p 228).

27. Cecilia Magnusson: *Förvaltningsrättsligt Tidsskrift 1989* (p 55). Og samme forfatter: *Op.cit. note 24* (p 153).

juridiske »sagsbehandler« eller er udskilt til særlige teknikere – nu vil blive et nyt og selvstændigt krav til myndighedens kompetence med heraf følgende nye muligheder for kompetencesvigt etc.

Kompetencespørgsmål af denne art vil kunne forekomme i lige så mange kombinationsmuligheder som der er varianter og integrationsgrader af den juridiske og edb-teknologiske sagkundskab. Helt overordnet kan problemet opstå som spørgsmålet om hvem der har kontrol over processen, og hvilke kvalifikationer der må fordres af de pågældende og endeligt om der overhovedet eksisterer et adækvat fælles sprog mellem diverse afsendere og modtagere på forskellige niveauer.²⁸

5. Om retlig prøvelse

Spørgsmålet bliver herefter hvilken betydning første instansens anvendelse af ekspertsystemer kan tænkes at have i prøvelsessituationen. I forhold til traditionel sagsbehandling og afgørelsesteknik indebærer den her omhandlede teknik en forskydning fra retrospektiv prøvelse af en enkelt/individuel sag mod prøvelse af sagen som udtryk for forud truffne beslutninger om alle fremtidige sager. Som udgangspunkt må man vel antage, at ekspertsystemets indvirkning på retsgrundlaget og i det hele første instansens retsanvendelse fuldt ud må slå igennem i forhold til prøvelsesinstansens retsanvendelse. Spørgsmålet er imidlertid hvad gennemslag vil sige i denne sammenhæng. Prøvelsesinstansens retlige virksomhed er ikke blot en afspejling af 1. instansens ditto. Den retlige prøvelse er

således underkastet sine særegne regler og vilkår, som disse traditionelt er blevet formuleret i følgende grundlæggende spørgsmål: Hvad prøves? Hvor vidtgående/intensiv er prøvelsen? Hvilke retsvirkninger kan prøvelsen have?.

En egentlig detailanalyse må naturligvis have et bestemt prøvelsessystem som sin genstand. I denne sammenhæng behandles prøvelsesproblematikken overordnet i betydningen delvist løsrevet fra konkrete prøvelsesformer. Grundlaget for en sådan abstraktion kan naturligvis have domstolsprøvelsens som sin genstand og udgangspunkt. Spørgsmålet om domstolskontrol er særligt gennemarbejdet og tjener som den væsentlige del af grundlaget for en række af de i den almindelige prøvelseslære klassiske og velbearbejdede spørgsmål.

Indledningsvist kan man, i lighed med det ovenfor om forvaltningsprocessen anførte, pege på de problemer der må være knyttet til domstolsprocessens grundlæggende former som disse eksempelvis kommer til udtryk i principperne om mundtlighed og umiddelbarhed.²⁹

28. Peter Wahlgren: *Juridisk Tidsskrift, op.cit.* (p 503 og 508). Dag Wiese Schartum: *Om forholdet mellem juridisk og edb ekspertise i transformationsprocessen* (TfR 1989 p 673). Jon Bing: *Three Generations of Computerized Systems in Public Administration and Some Implications for Legal Decision-Making*. *Ratio Juris* 1990, (p 220f).
29. Jon Bing: *Nat. 1986/87* (p 10 og p 19), hvor der peges på en mulig tendens mod prøvelse af om systemet har fungeret tilfredsstillende og i sidste instans mod ophævelse af klageadgang for i stedet at sigte mod forudgående kontrol af systemet.

For så vidt angår spørgsmålet om prøvelsens grundlag og rækkevidde har man traditionelt kunnet lægge til grund, at førsteinstansens og prøvelsesinstansens virksomhed bygger på den samme afgørelsesteknik. Dette metodefællesskab er blevet understøttet af en høj grad af sammenfald med hensyn til de kompetente myndighedspersoners kvalifikationsgrundlag, rekruttering og hele faglige baggrund. Prøvelsen af en konkret retsafgørelse foretages således i den selv samme konkrete retsafgørelses form.

Med anvendelsen af ekspertsystemer forrykkes dette udgangspunkt. Indbringes en afgørelse truffet af eller ved hjælp af et ekspertsystem for domstolene, er genstanden for domstolsprøvelsen i hvert tilfælde til dels en afgørelsesmetode *som ikke er domstolenes egen*. Forskellen slår igennem på alle de dele af den konkrete afgørelse som berøres af edb-teknikken.

Som udgangspunkt for behandlingen af spørgsmålet om ekspertsystemers indvirkning på den retlige kontrols omfang og intensitet må man konstatere det i hvert tilfælde tilsyneladende paradoksale, at prøvelsesintensiteten er omvendt proportional med den sikkerhed retsgrundlaget frembyder som målestok for den trufne afgørelse. Jo svagere retsgrundlag jo mindre intensiv prøvelse. Det typiske retsgrundlag for konkrete retsafgørelser er formel lov og anordning udstedt i medfør heraf. Uanset graden af indholdsmæssig uklarhed prøver domstolene, om forvaltningen overhovedet har bemyndigelse i loven eller anordningen. Generelt antages, at jo mere abstrakt prøvelsetemaet er jo mindre tilbageholdenhed vil domstolene udvise. Drejer det sig således om abstrakt prøvelse af lovens eller

anordningens *fortolkning* antages domstolene ikke at udvise nogen form for tilbageholdenhed.

I forhold til afgørelser truffet på ufuldstændigt retsgrundlag er formodningen imod intensiv prøvelse, og formodningen er også imod at sådanne afgørelser/retsregler lader sig forvalte via ekspertsystemer. Som anført ovenfor er pointen imidlertid, at ekspertsystemer kan påvirke retsgrundlaget på en sådan måde, at prøvelsessituationen i forhold til retsgrundlag – som principielt lader sig fortolke – tilnærmes prøvelsen af afgørelser truffet på et mere ufuldstændigt/skønsomt retsgrundlag.

Det her anførte må være af central betydning for spørgsmålet om ekspertsystemers indvirkning på den retlige prøvelse. Det anføres således almindeligvis, at prøvelsen af afgørelser produceret af eller under medvirken af ekspertsystemer vanskeligt lader sig foretage uden at acceptere det samlede system – herunder retsgrundlaget – som prøvelsens genstand. Set i forhold til et sådant udgangspunkt fordrer eller afføder ekspertsystemer således generel eller abstrakt prøvelse. Imidlertid vil sondringen mellem konkret afgørelse og generel/abstrakt retsgrundlag tendere mod at blive udvisket, når og i det omfang den konkrete afgørelse kan opfattes som den blotte afspejling af det programmerede regelværk.³⁰ Dette kan igen bevirke at hele spørgsmålet om adgang til *individuel* retlig prøvelse må omformuleres, når prøvelsens genstand kun vanskeligt kan

30. Se Peter Wahlgren: *Juridisk Tidsskrift op.cit.* note 7 (p 509).

afgrænses til den individuelle sag men nødvendigvis må omfatte selve retsgrundlaget og hele det retlige standpunkt og den praksis som edb-programmet er udtryk for.

Hertil kommer så, at anvendelse af ekspertsystemer i sig selv vil kunne begrænse muligheden for og viljen til – i hverttilfælde intensiv – retlig kontrol. Selv en udelukkende abstrakt prøvelse af forvaltningens fortolkning vil således vanskeligt kunne gennemføres uden bistand fra edb-eksperter. Denne ekspertise skydes altså ind mellem prøvelses-

instansen og den del af prøvelsens genstand – nemlig retsgrundlaget – som traditionelt har været domstolenes ubestridte domæne.

Også ifølge traditionel prøvelseslære afhænger prøvelsens intensitet af en række forhold blandt hvilke *særlig sagskundskab, specialistforudsætninger etc.* blot er et enkelt. Den prøvelsesbegrænsning anvendelse af edb-teknologi med hertil hørende ekspertkompetence i sig selv vil kunne afstedkomme kan således vise sig at blive betydelig.

Privatret

Bestyrelsens funktion og ansvar

Af Bernhard Gomard

1. Et program for bestyrelsens arbejde

Ledelsen af et aktieselskab forstås af bestyrelse og direktion, hedder det i den danske Aktieselskabslov (§ 54). En direktør er normalt en heltidsbeskæftiget branchekyndig person, der – med lovens ord – »varetager den daglige ledelse af selskabet«. Bestyrelsen er et kollektivt organ (§ 49: mindst tre medlemmer). Bestyrelsen drøfter og vedtager på møder, der afholdes i overensstemmelse med bestemte formelle regler (§§ 56 og 57) »retningslinier og anvisninger« for direktionen samt træffer afgørelser om »dispositioner der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning«.

Aktieselskabsloven (ASL) pålægger – foruden den almindelige forpligtelse til at udøve en overordnet ledelse – bestyrelsen i et aktieselskab nogle enkelte bestemte, men væsentlige pligter, navnlig at ansætte en direktion (§ 51) og at aflægge regnskab til aktionærerne en gang om året på en ordinær generalforsamling (§ 69). En god grund til, at beskrivelsen i Aktieselskabsloven af kravene til bestyrelsen i øvrigt er holdt i almindelige vendinger er, at bestyrelsen må have en betydelig frihed til at tilrettelægge sit arbejde, som den finder det hensigtsmæssigt og rigtigt; men nogle

væsentlige spørgsmål af generel betydning er, *hvor* aktiv bør bestyrelsen være, *hvor* stor en arbejdsbyrde bør bestyrelsen tage på sig, *hvilke* spørgsmål bør bestyrelsen tage op og blande sig i.¹ Skal bestyrelsen være en tænketank og koncentrere sig om planlægning og fremtiden, eller skal den (tillige eller især) kontrollere, at virksomheden drives lovligt og forsvarligt og i bekræftende fald hvilke kontrolmekanismer bør anvendes.

Aktieselskabsretten blev i Danmark efter et langvarigt forberedelsesarbejde lovfæstet første gang ved Lov om Aktieselskaber nr. 468 af 29. september 1918.² Loven af 1918 blev afløst af Lov om Aktieselskaber nr. 123 af 15. april 1930, der igen på grundlag af et nordisk samarbejde om et

1. Den tyske Aktiengesetz foreskriver, at ingen kan være medlem af mere end 10 bestyrelser (§ 100). *H.J. Mertens* bemærker i *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* bl.a. »Daraus, dass das Gesetz ... zehn ... AufsRMandate gestattet lassen sich gewisse Rückschlüsse auf die Arbeitsleistung ziehen, die von einem AufsRMitglied billigerweise erwartet werden kann«, så meget mere som medlemmerne som oftest har en fuldtidsbeskæftigelse andetsteds, sml. § 100 Anm. 11 og § 111 Anm. 26
2. Tilblivelseshistorien er skildret i *P. Herschend's* kommentar til loven, 1917, og reglerne i loven af 1918 om ledelsen er omtalt i *Torp*: Den danske Selskabsret, 1919 s. 242 ff, og reglerne i loven af 1930 i *Gomard*: Aktieselskabsret, 1970, s. 277 f.

fælles lovforslag, og efter at Danmark var blevet medlem af EF, er afløst af Lov om Aktieselskaber nr. 370 af 13. juni 1973. Denne lov er med en del ændringer, navnlig de ændringer som er nødvendiggjort af EF's selskabsretlige direktiver, stadig gældende. Bestemmelserne om ledelsesorganerne – bestyrelse og direktion – i de danske love viser, som også lovgivningen i nogle andre lande, en udvikling i beskrivelsen af bestyrelsen fra at være et almindeligt administrationsorgan til at være et overordnet planlægnings- og tilsynsorgan.³ Forarbejderne til alle de tre danske love tyder på, at koncipisterne snarere har søgt at beskrive den faktiske tilstand i mange selskaber end at udstikke nye retningslinier. Lovgivningen yder kun medlemmer-

ne af en bestyrelse en beskedent hjælp til løsning af den væsentlige og vanskelige opgave at tilrettelægge deres arbejde, således at de i fællesskab med et beskedent tidsforbrug kan udøve en værdifuld overordnet ledelse af en stor eller større virksomhed i en branche, hvor nogle eller alle medlemmer ikke er fagfolk. ASL overlader det til bestyrelsen selv at opfylde behovet for en fiksering af detaljerede, *formelle retningslinier* for arbejde i bestyrelsen – møderegler – ved at vedtage en forretningsorden. De forretningsordener, som bestyrelser har ladet udarbejde og vedtaget, indeholder normalt kun bestemmelser af teknisk karakter om afholdelsen af møder, såsom regler om indkaldelse til møde, afstemninger etc.⁴

3. Bestyrelsens funktion blev nøje overvejet under udarbejdelsen af det fællesnordiske lovudkast, jfr. Aktielovskommissionen, jfr. Betænkning nr. 540/1969 s. 99 og s. 103 f og den tilsvarende svenske Betænkning SOU 1971.15 s. 208 f, hvoraf fremgår, at det danske udvalg gerne havde valgt et videregående udtryk om direktionens rolle end den »daglige« (svensk »løpende«) ledelse. Synspunkterne i den danske betænkning ligger nær tanker i USA om en »monitoring model«, jfr. *Eisenberg*: The structure of the corporation, 1976, og *Clark*: Corporate Law, 1986, s. 106 og s. 129 f.

Udviklingen bl.a. i Tyskland og England er omtalt i *Karl Lehmann*: Das Recht der Aktiengesellschaften II 1904 s. 230 ff og s. 335 ff samt *A.B. Levy*: Private Corporations I 1950 s. 53 ff. I den tyske Aktiengesetz af 1965 er bestyrelsens opgaver og beføjelser – Aufgabe und Rechte des Aufsichtsrats – i § 111 angivet således:

»(1) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

(2) Der Aufsichtsrat kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen. Er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für

bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen.

(3) Der Aufsichtsrat hat eine Hauptversammlung, einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert. Für den Beschluss genügt die einfache Mehrheit.

(4) Massnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat kann jedoch bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschliesst. Der Beschluss, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen.

(5) Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht durch andre wahrnehmen lassen.«

4. Bestyrelsen skal efter loven (§ 56, stk. 3) ved en forretningsorden »træffe nærmere bestemmelser om udførelsen af sit hverv«. Loven udtaler sig ikke om, hvilke emner der kan eller skal dækkes af bestemmelserne i forretningsordenen.

Nogle forretningsordener indeholder en præcisering af, hvilke dispositioner der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning, og som direktionen derfor efter ASL (§ 54, stk. 2) skal forelægge for bestyrelsen, men et egentligt *materielt program* for bestyrelsens arbejde, der angiver de *mål* bestyrelsen sætter sig for sin indsats, de *opgaver* bestyrelsen vil tage op, et ambitionsniveau med hensyn til *føling med virksomheden* og kendskab til dens og branchens problemer og muligheder er næppe i noget selskab formuleret og skrevet ned i en forretningsorden eller i noget andet dokument.

I mange bestyrelser beror både valget af opgaver, som dette bl.a. umiddelbart manifesterer sig ved opsætning af dagsorden for bestyrelsens møder,⁵ og forbruget af ressourcer bl.a. i form af mødetid, udarbejdelse af rapporter fra direktion til bestyrelsen, der uddeles til medlemmerne til gennemgang i mødet eller til studium uden for møder, for en væsentlig del på *tradition* i virksomheden og på *enkeltstående beslutninger* truffet hen ad vejen, ofte i samarbejde mellem bestyrelsesformand og direktør. Det er nødvendigt og værdifuldt, at arbejdet i bestyrelsen løbende tilpasses efter virksomhedens øjeblikkelige situation og dens behov for afgørelser om aktuelle spørgsmål, men det er også værdifuldt, at bestyrelsen tager sig tid til – i samarbejde med direktionen – på grundlag af en systematisk analyse af virksomhedens situation at tage stilling til, på hvilke områder og på hvilken måde indsatsen fra bestyrelsens side er mest værdifuld for virksomheden. Inspiration har værdi, fordi den åbner op for det ukendte. Plan har værdi, fordi den systematisk afdækker landskabet og sikrer, at intet kendt glemmes

ved fordelingen af de disponible ressourcer.

I nogle selskaber udarbejdes der generelle beskrivelser af selskabets mål og politik(ker). Sådanne beskrivelser offentliggøres undertiden, f.eks. i årsregnskabet, og selskabet præsenterer hermed et image for offentligheden, eller beskrivelsen kommunikerer alene eller tillige internt, f.eks. via et firmablad, for at give medarbejderne nogle almindelige retningslinier og et ståsted i deres arbejde. Beskrivelser af mål og politik må antages at have været set og godkendt af bestyrelsen. Beskrivelser af denne art er hverken bestemt til eller egnet til tillige at tjene som en umiddelbart anvendelig plan for arbejdet i bestyrelsen.

En rationel funktionsbeskrivelse for en bestyrelse må tage hensyn til forholdene i den enkelte virksomhed, bl.a. virksomhedens art og størrelse. Opgaven at deltage i ledelsen af en virksomhed som bestyrelse kan løses på forskellig måde. Bestyrelsesmedlemmer og direktører er som andre mennesker forskellige, og samarbejdet mellem bestyrelse og direktion må tage hensyn til, om de implicerede personer er branchefolk, om de har en særlig kommerciel, teknisk, økonomisk, juridisk eller anden sagkundskab eller er generalister. Der er imidlertid nogle punkter, som altid eller ofte vil høre hjemme i en plan for bestyrelsens arbejde eller – om man vil – i funktionsbeskrivelse for bestyrelsen og stillingsbeskrivelser for dens medlemmer.

5. ASL kræver ikke udsendt dagsordener med indkaldelsen til bestyrelsesmøde, men bestyrelsen må ikke tage beslutning, »uden at så vidt muligt samtlige bestyrelsesmedlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling« (§ 57).

Emner af denne karakter er her samlet i fire punkter. Egnede oplæg til debat og forslag fra direktionen er en væsentlig forudsætning for at nå et godt resultat.

(1) Beskrivelse af virksomhedens *generelle mål og strategier* med nærmere angivelse af emner, der med passende mellemrum skal præsenteres for bestyrelsen til nærmere drøftelse, f.eks.

- produktvalg, produktforældelse og produktudvikling.
- køb eller egen produktion eventuelt med underleverandører.
- markeder, afsætningskanaler og markedsføring.
- virksomhedens økonomi.
- enegang eller samarbejde med andre, og
- vækst ved egen ekspansion eller ved køb og fusion.

Det er væsentligt for en bestyrelse at have klarhed over, hvad der er hovedproblemerne i virksomheden, således at hovedparten både af forberedelse og af mødetid kan anvendes til studie og drøftelse af disse spørgsmål. Bestyrelsen bør sætte både aktuelle problemer og fremtidsperspektiver under debat. Et uundværligt input i debatten må præsteres af direktionen. Bestyrelsen bør bidrage til, at virksomheden får den fremgang og succes, som det under de herskende konjunkturer og markedsforhold er muligt at opnå med virksomhedens ressourcer, men bør kun bruge sin – vide – kompetence med varsomhed. Bestyrelsesmøder bør om muligt være en kilde til inspiration for den daglige ledelse. Møderne bør ikke udvikle sig til en formalitet, som blot skal overstås, og som kun holdes, fordi traditionen, loven og vedtægterne byder det.

(2) Beskrivelse af bestyrelsens *behov for information* med nærmere angivelser af, hvilke oplysninger bestyrelsen skal have og i hvilken form, oplysningerne skal gives.

Mødetiden i bestyrelsen er knap og bør udnyttes bedst muligt. Der kan gives megen information ved at udsende egnet materiale til medlemmerne til hjemmestudium, f.eks. måneds- eller kvartalsoversigter med relevante data, såsom salg med sammenligning af budgettets mål, ordrebeholdning og -indgang, beskæftigelse, likviditet, særlige begivenheder etc. Det er mere givende at bruge bestyrelsens mødetid til at diskutere, hvilke mål virksomheden bør sætte sig i sit budget og i andre planer end til, at medlemmerne blot påhører en gennemgang af tal i perioderegnskab og budget, som de ville kunne ses opstillet i et skema som hovedposterne i et forventet årsregnskab. Også andre opgaver, f.eks. orientering af nye bestyrelsesmedlemmer og en eventuel særlig gennemgang af regnskab eller andet materiale med de medarbejdervalgte medlemmer,⁶ kan løses uden for møderne og med deltagelse alene af rette vedkommende.

6. En sådan gennemgang kan bl.a. tjene til at finde egnede fremgangsmåder til opfyldelse af pligten til i »selskaber, hvor medarbejderne har udnyttet deres ret efter loven til at vælge selskabsrepræsentanter, ... at drage omsorg for, at der tilvejebringes gode og effektivt virkende informationskanaler til selskabets medarbejdere til orientering om selskabets forhold,« som det er sagt i kap. 7 i Bekendtgørelserne om medarbejdernes valg af bestyrelsesmedlemmer nr. 32 og 33 af 12. januar 1989, jfr. ASL § 178, stk. 1, nr. 5 og 6.

(3) Bestyrelsens *arbejdsform*, bl.a. den normale mødehyppighed og placering af drøftelser af faste og aktuelle hovedemner f.eks. over årets møder.

En bestyrelse skal nødvendigvis træffe en række beslutninger og i rette tid bl.a. til forberedelse af den ordinære generalforsamling. Værdien af placering af et kollektivt organ som en overordnet ledelse forskellig fra den direkte (daglige) ledelse har ikke blot til formål at opfylde behovet i nogle selskaber for, at flere interesser kan blive repræsenteret i ledelsen, men også at der gennem fortrolig, åben og fri debat mellem personer, der har gjort virksomhedernes interesser til deres, kan opnås en værdifuld udvikling og afvejning af synspunkter. En arbejdsform, hvorefter bestyrelsen kun får forelagt fuldt færdige forslag og på så sent et tidspunkt, at det er nødvendigt at godkende forslagene, om ikke virksomheden skal lide afbræk, er u hensigtsmæssig. Tanken bag den organisationsmodel, som er knæsat i lovgivningen – og i forslaget til EF's 5. selskabsretlige direktiv (strukturdirektivet) – er at fremme et værdifuldt samspil mellem bestyrelse og direktion.

(4) *Kontrol* er et nødvendigt led i bestyrelsens virksomhed. Regnskab og revision spiller her en meget væsentlig rolle.

Et bestyrelsesmedlem har ikke mulighed for selv at kontrollere, at selskabets bogføring er ordentlig og ajour, og at formueforvaltningen er tilfredsstillende (§ 54, stk. 3), at aktiverne er til stede og er værdisat i regnskabet på fornuftig og forsvarlig måde, at oplysningerne om salget er korrekte; o.s.v. Det er revisors opgave at kontrollere om registrering og rapportering er forsvarlig, og at årsregnskabet er i overensstemmelse med bogholderiet. Bestyrel-

sen må normalt kunne forlade sig på revisors kontrol. Samarbejdet mellem bestyrelse og revision er betydningsfuldt. Spørgsmålet om en bestyrelse har skaffet sig eller har fået tilstrækkelig og klar besked fra direktion og revisor i en krisesituation har givet anledning til debat. Ønsket om at sikre, at bestyrelsen informeres i en kritisk situation har motiveret en bestemmelse i forslaget til det 5. direktiv om, at revisors beretning til bestyrelsen bl.a. skal indeholde »observations concerning any facts noted in the course of the audit which constitute a serious danger to the financial position of the company« (art. 60(c)).⁷

Det er en vigtig opgave for direktionen at medvirke til, at bestyrelsen får den oversigt over virksomhedens muligheder, dens ressourcer og problemer, som er nødvendig for, at der kan lægges en rationel plan for bestyrelsens virke, men det er bestyrelsens opgave at fastlægge planen. En plan bør være en hjælp i arbejdet og ikke en spændetrøje, der hindrer drøftelse af nye og bedre ideer og vedtagelse af forandringer. Det undgås næppe i nogen plan i hvert fald i dens første skikkelser enten at begå fejltagelser eller at søge tilflugt i almindeligheder og vaghed. Der vil være behov for f.eks. en gang om året at gennemgå, revidere og forbedre planen.

7. Bestemmelsen i direktivforslagets art. 60 om revisionens rapport indeholder - vistnok - ikke et krav om, at denne rapport i sin helhed skal indgå som bestanddel af den udtalelse (påtegning) som efter 4. direktiv art. 47 skal offentliggøres sammen med regnskabet, jfr. forslaget til 5. direktiv art. 58 og 4. direktiv art. 51 (Årsregnskabslovens § 61 i). Der er behov for klargøring af teksterne. – Forslaget til 5. direktiv er offentliggjort i EFT nr. C 240 af 9.9.1983 s. 2 og nr. C 7 af 11.1.1991 s. 4.

En systematisk plan bør naturligvis ikke afskære bestyrelsens medlemmer fra at fremsætte (gode) isolerede idéer eller pludselige indskydelser, f.eks. inspireret af oplevelser andetsteds at rejse spørgsmål om virksomheden nu også udnytter en offentlig – national eller EF'sk – støtteordning eller den viden, som let kan hentes i patentlitteraturen om en type produkter, og om virksomheden er tilstrækkelig forsigtig men ikke overdrevent fintfølede med hensyn til at gå tæt på andres enerettigheder.

2. Ansvar

2.1. Organisering af selskabsledelsen i et enstrengt («one-tier») eller et tostrengt («two-tier») system.

Internationaliseringen eller globaliseringen af erhvervsvirksomhed sætter sig spor på næsten alle områder. Mange koncerner består af selskaber med hjemsted i flere lande, og direktører og bestyrelsesmedlemmer har ofte tilknytning både til selskaber med hjemsted i deres hjemland og i andre lande. Kravene til ledelsens funktion og vurderingen af dens ansvar beror på den nationale lovgivning i det enkelte selskabs hjemland.⁸ Kravene til eller målene for en optimal ledelse falder ikke sammen med ansvarsnormerne. Ledelsens funktion og dens ansvar er i ASL reguleret i hver sit regelsæt, som indholdsmæssigt er forskellige (ASL § 54 og § 140). En skærpelse af reglerne om ansvaret vil motivere til indføring af yderligere kontrolforanstaltninger. Det kræver en særlig overvejelse, hvilke kontrolforanstaltninger der kan komme på tale, og hvilke foranstaltninger der kan anses for hensigtsmæssige og hvilke ikke.

I mange lande tager reglerne om ansvar for bestyrelsen udgangspunkt i den almindelige erstatningsret, som bygger på en grundsætning om ansvar for culpa (på dansk skyld – eller med sprogbrugen bl.a. i ASL § 140 – forsætlig eller uagtsom skadetilføjelse i et særligt pligtforhold, på engelsk duty of loyalty samt duty of care og negligence). Der er imidlertid forskelle i enkeltheder i reglerne, og også praktiseringen af regler, som i deres generelle formulering er ens, er vistnok – i hvert fald på nogle punkter – forskellig.

Forslaget til et 5. direktiv »om aktieselskabers struktur og deres organers beføjelser og pligter« står nu højt på dagsordenen i arbejdet i EF med harmonisering af selskabsretten.⁹ Forslaget er – i endnu højere grad end andre selskabsretlige direktiver – kompliceret. En væsentlig grund hertil er, at forslaget for at kunne accepteres af alle kun kræver en vis, ikke en fuldstændig harmonisering af medlemslandenes aktieselskabsret. Direktivforslaget giver i art. 2, 6 og 21 (1) medlemslandene valget mellem at foreskrive, *enten* at deres aktieselskabers ledelse skal organiseres som a two-tier system bestående af bestyrelse (supervisory organ) og direktion (management organ) *eller* i den nationale aktielov at give alle aktieselskaber i landet adgang til at

8. Det europæiske selskab, der endnu kun er på tegnebrættet, skal være undergivet fælleskabsretten, (forslag i EFT nr. C 263 af 16.10.1989 s. 41). I USA er den egentlige selskabsret state law, mens SEC's regulering af værdipapirer er federal law.

9. Forslag til 5. direktiv blev første gang fremsat i 1972 (EFT nr. C 133 af 13.12.1972 s. 49). Forslaget blev ændret i 1983 (EFT nr. C 240 af 9.9.1983 s. 2) og igen i 1991 (EFT nr. C 7 af 11.1.1991 s. 4).

vælge mellem two-tier systemet og et one-tier system, hvor ledelsen er samlet i ét administrativt organ (administrative organ), således som det kendes i England (et board of directors).¹⁰ Det fælles ledelsesorgan (the administrative organ) i direktivets one-tier system skal bestå af ledende (executive) og af ikke-ledende (non-executive) members. Med denne bestemmelse og andre regler i direktivets kapitel IV om forholdet mellem executive og non-executive members i the one-tier system nærmer dette system sig til two-tier systemet. En valgret i national ret mellem en én- og en tostrengt ordning vil formentlig gøre det lettere et få forslaget vedtaget. En sådan valgret kendes allerede i den franske loi no. 66-537 du 24.7.1966 sur les sociétés commerciales.¹¹ Næppe alle medlemslande er villige til at indføre et system som det danske – og tyske –, hvor direktion (Vorstand) og bestyrelse (Aufsichtsrat) er adskilt som en obligatorisk ordning. Den danske Aktieselskabslov ligger navnlig efter ændringen i 1973 nær forslaget two-tier system og det tyske system, men vor lov adskiller sig dog både fra den tyske Aktiengesetz (§ 105) og fra direktivforslaget (art. 6) ved ikke at kræve en fuldstændig adskillelse mellem direktion og bestyrelse, men kun at en direktør ikke kan vælges som formand for bestyrelsen, og at bestyrelsens flertal ikke tillige må være medlemmer af direktionen (§§ 51, stk. 2, og 56, stk. 1).¹²

Direktivets regler om ledelsens erstatningsansvar (civil liability) findes i kapitel III om det to-strengede system (art. 14-20).¹³ Reglerne, der er fælles for bestyrelsesmedlemmer og direktører, finder også anvendelse i det én-strengede system og gælder her for både de ledende (executive)

medlemmer og ikke-ledende (non-executive) medlemmer af administrationsorganet. Ansvarsreglerne i direktivet angår kun ansvaret over for selskabet. Direktivet indeholder ikke regler om ansvar over for enkelte aktionærer, kreditorer eller andre. Dette ansvar er ikke bestemt af det særlige pligtforhold, som direktivet regulerer, men beror på reglerne – både de materielle regler og bevisregler i den almindelige erstat-

10. Hovedbestemmelsen findes i direktivforslagets chapter II, Structure of the Company, art. 2, der lyder:
 - »1. The Member States shall provide that the company shall be organized according to a two-tier system (management organ and supervisory organ) in accordance with Chapter III. They may, however, permit the company to have a choice between a two-tier system organized in accordance with Chapter III and a one-tier system (administrative organ) in accordance with the provisions of Chapter IV.«
11. Se nærmere bl.a. *Philippe Merle: Droit commercial*, 1988, no. 371 ff og no. 422. Brug af outside directors synes at vinde frem både i England og i USA, jfr. *Hopt i Corporate Governance and Directors Liabilities* s. 319 f.
12. Disse to begrænsninger, der er indeholdt i de citerede bestemmelser, blev først indført i Aktieselskabsloven af 1973. Loven af 1973 indeholdt en overgangsbestemmelse, hvorefter bestemmelserne om en delvis adskillelse ikke har virkning for direktører, der ved lovens ikrafttræden den 1. januar 1974 var medlem af eller formand for bestyrelsen (§ 168, stk. 2).
13. Bestemmelser med et tilsvarende indhold findes i Forslaget til en Forordning om det europæiske selskab art. 77-80, samt art. 28 (om de stiftende selskaber). Reglerne er i Forordningen placeret i et afsnit indeholdende fællesregler for det én- og tostrengede system. Forslaget til forordning om et Societas Europaea (der findes i EFT nr. C 263 af 16.10.1989 s. 41) vil formentlig til sin tid så vidt muligt blive givet samme indhold som 5. direktiv om de nationale selskaber.

ningsret, jfr. art. 19, og en harmonisering på dette område er i hvert fald endnu ikke aktuel.

Hovedbestemmelserne i kapitel III om erstatningsansvar lyder således:

»Section 9. Civil liability.

Article 14

1. The laws of the Member States shall make such provision relating to the civil liability of the members of the management organ and of the supervisory organ as to ensure that, at minimum, compensation is made for all damage sustained by the company as a result of breaches of law or of the memorandum or articles of association or of other wrongful acts committed by the members of those organs in carrying out their duties.
2. Each member of the organ in question shall be jointly and severally liable without limit. He may, however, exonerate himself from liability if he proves that no fault is attributable to him personally.
3. The provisions of the preceding paragraphs shall apply even where the powers vested in the organ have been allocated among its members.
4. The authorization given by the supervisory organ shall not have the effect of exempting the members of the management organ from civil liability.
5. Furthermore, any discharge, instruction or authorization given by the general meeting shall not have the effect of exempting the members of the management organ or of the supervisory organ from civil liability.

.....

Art. 19.

The provisions of Articles 14 to 18 shall in no way restrict the personal liability of members of the organs of the company towards shareholders personally and towards third parties, pursuant to the general civil law set down in national legislation.

.....

Art. 21u.

The provisions of Articles 14 to 21 shall apply to the executive and non-executive members of the administrative organ.«

Reglerne om erstatningsansvar i den danske Aktieselskabslov og i direktivforslaget stemmer overens med hinanden, for så vidt som begge regelsæt omfatter både bestyrelsesmedlemmer og direktører (ASL § 140, 1. pkt.).¹⁴ Reglen i den danske Aktieselskabslov, der jo alene angår dansk ret, omfatter ansvaret over for selskabet og ansvar over for trediemand: aktionærer og kreditorer eller andre. At der efter ASL – i modsætning til direktivet og bl.a. til tysk ret¹⁵ – gælder samme regel om ansvaret over for trediemand som om ansvaret i det særlige pligtforhold, som består over for selskabet (§ 140, 2. pkt.) er en naturlig

14. Reglerne om ansvar er også fælles for bestyrelse og direktion i den tyske Aktiengesetz, idet denne om »Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder« i § 116 foreskriver: »Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäss.«

15. Jfr. *Mertens* i *Kölner Kommentar* 2. Aufl. § 93 Anm. 169 ff.

følge af, at ansvaret i det hele bygger på den almindelige erstatningsregel.¹⁶

Ansvaret efter den danske Aktieselskabslov både for bestyrelsesmedlemmer, direktører og revisorer kan nedsættes, når dette findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt (§ 143).¹⁷ Den almindelige adgang til lempelse af erstatningsansvar, som har hjemmel i Erstatningsansvarslovens (EAL § 24) har næppe nogen selvstændig betydning ved siden af ASL § 143. Direktivforslaget indeholder ikke regler om lempelse af erstatningsansvaret, og det synes påkrævet inden vedtagelsen at søge afklaret, om nedsættelsesreglen i ASL § 143 kan opretholdes også for så vidt angår ansvar over for selskabet, således at lempelsen – i modsætning til, hvad der synes at fremgå af art. 14(1) og (2) – også kan være effektiv i forholdet mellem den ansvarlige og selskabet. Reglen i EAL § 25, stk. 2 om, at der ved fordelingen af ansvarsbyrden mellem flere ansvarlige skadevoldere bl.a. tages hensyn til, om nogen af dem er dækket af ansvarsforsikring, angår ikke skadelidte og er derfor – må man tro – forenelig med art. 14 om ansvaret over for selskabet.

Selv om ansvaret for bestyrelsesmedlemmer og direktører både efter den danske Aktieselskabslov og efter direktivforslaget bedømmes på grundlag af samme regel, er ansvaret dog forskelligt. Dette følger af, at medlemmerne af direktionen har videregående og andre pligter end medlemmerne af bestyrelsen. Forskellen i opgaver og i, hvilke pligter der påhviler medlemmerne af de to organer, fremgår klart både af praksis i selskaberne og af Aktieselskabsloven: »Direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet«, mens

bestyrelsen giver almindelige »retningslinier og anvisninger« for ledelsen af selskabet og træffer (godkender) beslutninger, der er af »usædvanlig art eller stor betyd-

16. Ansvar over for andre end selskabet er efter lovens ord begrænset til skade forvoldt »ved overtrædelse af denne lov eller vedtægterne«. Ordene i citationstegn må antages at være uden betydning, da et ansvar for anden fejl eller forsømmelse, om dette kan forekomme (sml. bl.a. § 54), ligeledes er omfattet af den fælles almindelige erstatningsregel. I begrebet fejl eller forsømmelse ligger, at skade er forvoldt på en retsstridig måde, og retsstridighed kan ikke begrænses til overtrædelse af ASL og vedtægter, medmindre der i den meget generelt affattede § 54 om bestyrelsens pligter også indlægges en pligt til ikke at forvolde skade på retsstridig måde. Bestemmelsen i § 140 er for så vidt ude af trit med almindelig dansk terminologi, som den taler om forsæt og uagtsomhed som en isoleret, ren subjektiv ansvarsbetingelse. Den nødvendige tilsætning af en objektiv betingelse består i reglen i 1. pkt. i, at skade er tilføjet selskabet, over for hvilket der består et særligt pligtforhold, og skal i 2. pkt. bestå i, at ASL eller vedtægt er overtrådt. Denne sidste formulering rammer ikke helt præcist, sml. *Gomard* i *Corporate Governance and Directors Liabilities* s. 210 og *Dotevall: Skadestandsansvar* s. 444 ff.
17. Den engelske Companies Act 1985 s. 727 indeholder en regel, der ligner ASL § 143: retten kan fritage en »director« for ansvar på vilkår, der fastsættes af retten, hvis denne findes at have handlet »honestly and reasonably«, jfr. *Gower's Modern Company Law*, 4th ed s. 611 f om den tilsvarende bestemmelse s. 448 i the Companies Act 1948.

ning« (§ 54).¹⁸ Det oprindelige forslag til 5. direktiv indeholdt i art. 2 en bestemmelse af nogenlunde samme indhold som den § 111 i den tyske Aktiengesetz, men denne bestemmelse er ikke medtaget i det ændrede forslag af 1983.¹⁹

2.2. Ansvar efter generelle regler og i konkrete afgørelser.

Reglerne i lovgivningen om ansvar for selskabsledelsen er holdt i almindelige vendinger, og der er derfor givet retspraksis et betydeligt spillerum. Det er vanskeligt at danne sig et sikkert indtryk af gæl-

dende retspraksis, både fordi antallet af pådømte sager er beskedent, og fordi de situationer, der har foreligget til bedømmelse, har været både forskelligartede og særegne.²⁰ Antallet af trykte afgørelser i erstatningssager mod bestyrelsesmedlemmer er beskedent også i andre europæiske lande. De fleste kendte sager angår ansvar for bestyrelse eller direktion, fordi selskabet har stiftet gæld på et tidspunkt, hvor dets konkurs eller økonomiske sammenbrud måtte anses som uafvendelig og nær forestående.²¹ Kun enkelte sager angår skade påført selskabet ved fejl eller for-

18. Sml. For Tyskland *Semler* i Die Aktiengesellschaft 1983.141 ff. Der er forskel i ansvaret for en direktør og et bestyrelsesmedlem, men forskellen ligger ikke i kravet om forsigtighed og omhu, men i indholdet af de pligter, der påhviler medlemmer af de to organer, sml. § 111 i den tyske Aktiengesetz i note 3. Efter engelsk erstatningsretlig terminologi er det almindeligt at beskrive forskellen i ansvar som en forskel i indholdet af pligter (duties), mens forskellen efter almindelig dansk terminologi beror på en forskellig vurdering af, hvad der anses som en fejl eller forsømmelse. Den franske selskabslov indeholder i art. 250 en særrregel om medlemmerne af bestyrelsen i et tostrengt system: »Les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat. Ils n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leur résultat. Ils peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale.«

19. Art. 2 i forslaget af 1972 lød således:

»1. The Member States shall make provision

so that the structure of the company takes the form provided for in Chapters II and III of this Directive, the company thereby having not less than three separate organs:

(a) the management organ responsible for managing and representing the company;

(b) the supervisory organ responsible for controlling the management organ;

(c) the general meeting of shareholders.«

20. Hertil kommer, at der i nogle straffesager, som har fundet deres endelige afgørelse ved byret, synes at være udvist nogen tolerance over for usædvanlig forretningsbrug. Undladelse af at indbetale A-skat og moms har givet anledning til adskillige straffesager, jfr. senest UfR 1991.79 Ø med note 1, og her anlægges, synes det, en streng bedømmelse.

21. Ligeså for Tyskland *Karsten Schmidt*: Gesellschaftsrecht, 1986 s. 629 og for England *Gower's Modern Company Law* 4th ed 1979 s. 613. Sammenligning med engelsk ret vanskeliggøres dog - som det illustreres af Gowers tekst - af den forskellige organisation. Gower mener, at part-time directorships er på retur, og at dette måske vil føre til et strengere ansvar.

sømmelse udvist af bestyrelsesmedlemmer.²²

2.3. Ansvarsgrundlaget: *uforsigtighed og/eller uhæderlighed ?*

Både internationaliseringen af erhvervsvirksomhed, samarbejdet i EF og mellem de nordiske lande gør det naturligt at søge oplysning og inspiration i andre lande til belysning af spørgsmål som en bestyrelses optimale funktion og dens ansvar. Det falder i øjnene, at der i nogle lande sker en differentiering i den retlige vurdering af ansvar, som ikke eller dog ikke fuldt ud er blevet undersøgt og udnyttet i dansk erstatningsret. Adfærd, der forvolder skade og tab, kan kritiseres ud fra to forskellige

synspunkter, enten at adfærden er uredelig eller illoyal, eller at adfærden skyldes mangel på omhu eller forsigtighed.²³ Både i England og i Tyskland er der ud fra regler om trusts og Treuhand udviklet en dobbeltstandard for bedømmelsen af ansvaret for den, der forvalter andres ejendom.²⁴ Også selskabsorganer – bestyrelse og direktion – har to pligter: en duty of loyalty og en duty of care. The duty of loyalty – die Treupflicht – er en pligt til at optræde hæderligt og i overensstemmelse med god og redelig forretningsskik. Loyalitetspligten er krænkert, hvis indflydelse i selskabets ledelse udnyttes til egen fordel, f.eks. ved at skaffe sig en særlig gunstig aftale med selskabet om køb, leje eller

22. Fra dansk praksis kan nævnes UfR 1962.452 H, hvor bestyrelsen i et ejendomsselskab havde underskrevet skøde og pantebreve på store beløb uden at skaffe sig oplyst, hvortil beløbene skulle bruges. Beløbene blev – ulovligt – unddraget selskabet. Dommen pålagde bestyrelsesmedlemmerne en bøde for overtrædelse af Aktieselskabsloven (af 1930 § 47, jfr. § 86). Det fremgår ikke af sagen, om der også blev rejst krav om erstatning. I UfR 1955.1004 H (kommentar i NTfK 1957.297) om et andet ejendomsselskab blev to bestyrelsesmedlemmer frifundet for at tilbagebetale ulovlig lejeforhøjelse.

En virksomhed, der er udsat for at komme i karambolage med et indgribende og kompliceret regelsystem – konkurrenceretligt, miljøretligt eller andet – kan have fordel af at indrette en særlig effektiv legalitetskontrol (et »compliance program«), der sikrer imod ulovlighed. Spørgsmålet om ansvar for en ledelse, alene fordi den ikke har indrettet et sådant system, er drøftet i USA bl.a. i tilslutning til *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.* 188 A 2d 125 (Delaware 1963), jfr. *Clark* s. 130 f).

23. Jfr. for England *Gower: Company Law* 4.ed, s. 572 ff og *Pennington: Directors' personal liability*, 1988, s. 124 ff og for Tyskland *Mertens* i *Kölner Kommentar zum Aktienge-*

setz § 93 Anm. 57 ff og *Günter Henn: Handbuch des Aktienrechts* 2.Auflage, 1983, s. 8 med note 30 og s. 225 f. Forfatterne fremhæver bl.a., at die Treupflicht går ud over den allestedsnærværende § 242 BGB om Treu und Glauben. Den tyske § 93 AktG minder ved fremhævelsen af ordet »die Sorgfalt« om den danske ASL § 140.

Werlauff taler i UfR 1990B.427 ff om selskabsretlig loyalitetspligt og lægger heri en pligt til ikke at skade selskabet, men tværtimod til at fremme dets interesser.

24. Jfr. Generalklausulerne i BGB § 242 om Treu und Glauben og § 826 om erstatningsansvar for forsætlig »sittenwidrig« skadetilføjelse er omtalt i dansk erstatningslitteratur, men har ikke sat sig dybere spor, jfr. bl.a. *Lassen: Obligationsretten*, alm. del s. 240 note 3 og *Ussing: Erstatningsret* s. 63.

Formulering af forpligtelserne eller en del af forpligtelserne for den, der har påtaget sig at varetage en andens interesser, ved hjælp af ordene loyalt og redeligt, er optaget i Direktivet om handelsagenter af 1986 (86/653 EØF) art. 3 og gentaget i Lov om handelsagenter og handelsrejsende nr. 272 af 2. maj 1990 § 4. Erstatningsreglen i § 6 (der ikke findes i direktivet) er formuleret: »forsømmer ... sine pligter ...«.

andet.²⁵ Reglen i ASL om, at hverken et bestyrelsesmedlem eller en direktør må deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem selskabet og ham selv (§ 58) yder i Danmark et væsentligt værn på dette område.²⁶ Som eksempler på andre handlinger, som kan krænke loyalitetspligten, kan nævnes overtagelse for egen regning af »corporate opportunities«, d.v.s. fordelagtige forretninger som er interessante for selskabet²⁷ eller modtagelse af fordele fra selskabets forretningsforbindelser (sml. om returkommission Straffelovens § 299, nr. 2). Brud på loyalitetspligten bedømmes strengere end brud på »forsigtighedsforpligtelsen« bestående i manglende tilsyn og kontrol (lack of care eller prudence).²⁸ Et forretningsmæssigt fejlskøn, der ikke åbenbart er uforsvarligt, er omfattet af en »business judgement rule« om ansvarsfrihed for forretningsmæssige skøn.²⁹ Både i tider med økonomisk fremgang og i tider med tilbagegang eller stagnation klarer nogle virksomheder sig bedre end andre. Dette giver ikke i sig selv grundlag for ansvar for dem, der – af den ene eller den anden grund – ligger særligt lavt eller dog lavere end gennemsnittet.

Både pligten til at være loyal og pligten til at udvise omhu har et forskelligt indhold for et bestyrelsesmedlem og for en direktør. Denne forskel gør sig gældende både i two-tier og i one-tier systems. Som et eksempel på, at loyalitetspligten har et forskelligt indhold for bestyrelsesmedlemmer (outside, non-executive directors) og for direktører (executive directors), kan nævnes, at et bestyrelsesmedlem ikke har samme forpligtelse som en direktør til at undlade enhver konkurrence med selskabet. *Clark* foreslår (i USA) følgende regel om begrænsning af bestyrelsesmedlemmers

adgang til udnyttelse af »business opportunities«, som er væsentlig snævrere end den regel, der gælder om direktører: »an outside director (et bestyrelsesmedlem) may not use the corporation's resources including its information to develop or acquire personal business opportunities« (Corporate law s. 252).³⁰

For the duty of care består der den forskel mellem direktion og bestyrelse, at medlemmerne af bestyrelsen – ligesom the non-executive directors i et one-tier system – ikke deltager i det daglige arbejde i virksomheden, men normalt virker på den måde, at de på grundlag af information fra direktionen i et begrænset antal møder drøfter virksomhedens forhold, tager stilling til generelle spørgsmål og træffer

25. Jfr. *Hopt* s. 285 ff og for USA *Robert Clark: Corporate Law*, 1986, s. 159 ff.

26. Sml. *Pennington: Company Law* 5. ed, 1985 s. 662 ff.

27. »Corporate opportunities« tilkommer selskabet, jfr. *Clark: Corporate Law* s. 223 ff og *Dotevall* s. 324 ff.

28. *Gower* s. 613 og *Clark* s. 126.

29. *Clark* s. 123 f.

30. Den tyske AktG indeholder (i § 88) et Wettbewerbsverbot, der kun omfatter Vorstandsmitglieder, sml. *Hopt* s. 300 f.

afgørelse om dispositioner af ekstraordinær karakter.³¹

2.4. *Bevisbyrde og oplysningspligt.*

Akti Lovskommissionen opfattede reglen om ansvar i Aktieselskabslovens § 140 som en kodifikation af almindelig erstatningsret, og denne opfattelse har fået almindelig tilslutning. Bevisbyrden såvel for skyld som for kausalitet og skadens omfang påhviler – derfor – også på dette område den erstatningssøgende. Sådant omvendt bevisbyrde forekommer kun på særlige områder, f.eks. i transportretten. Dansk ret er på dette punkt i overensstemmelse med, hvad der er almindeligt i de fleste andre lande. I den tyske Aktiengesetz findes der imidlertid en regel om omvendt bevisbyrde, som gælder både direktører og bestyrelsesmedlemmer (§§ 93, stk. 2 og 116). Reglen lyder: »Ist streitig, ob sie (Vorstands- eller Aufsichtsratsmitglieder) die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast«. Denne regel forudsætter formentlig, at det er godtgjort, at en sket skade falder inden for vedkommendes »Verantwortungsbereich« og måske også, at skaden skyldes en fejl.³² Det er formentlig bl.a. denne tyske regel, der har motiveret bestemmelsen i forslaget til strukturdirektivet art. 14(2), hvorefter ethvert medlem af det ansvarlige organ – bestyrelse eller direktion -, som ikke beviser, at der intet er at lægge ham personlig til last, kan drages til ansvar. Formuleringen af reglen er ikke ganske klar, men anvendelse af reglen synes at forudsætte, at det kan lægges til grund, at bestyrelsen eller direktionen som organ har begået en »wrongful act« i udførelsen af sine pligter, og at

bevisbyrden herfor beror på national ret (sml. art. 14(1), d.v.s. at bevisbyrden efter dansk ret påhviler skadelidte. Er det godt-

31. Sml. ovenfor i nr. 1 med note 1 ved omtalen af dansk ASL § 54 og tysk Aktiengesetz § 111. I Tyskland fremhæves »die scharfe Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand (Geschäftsführungorgan) und Aufsichtsrat (Überwachungsorgan)« stærkere end i Danmark, jfr. f.eks. *Günter Henn*: Aktienrecht s. 195 f og *Karsten Schmidt*: Gesellschaftsrecht, 1986 s. 623 ff. Sidstnævnte forfatter udtaler bl.a. s. 629: »Die Aufsichtsratshaftung hat in der Gerichtspraxis lange Zeit keine bedeutende Rolle gespielt«. Derefter siges, at forholdene har ændret sig »mit der Zunahme von Unternehmenszusammenbrüchen in den 70er Jahren«. Som eksempler nævnes Herstattbanken i Köln og et falleret tysk datterselskab i byggebranchen af et – som det synes – uansvarligt udenlandsk moderselskab. Til den tyske vurdering er at sige, at bestyrelsen i Tyskland ikke som tidligere er et Verwaltungsrat men - kun - et Aufsichtsrat, og at forskellen i terminologi og retsgrundlag (bl.a. den citerede § 111 AktG) kan føre til en anden vurdering end reglerne i ASL.
32. Sml. *Mertens* i Kölner Kommentar 2. Aufl. § 93 Anm. 100, 102 og 105, der anser reglen for begrundet i, at ledelsen har lettest ved at tilvejebringe bevis (Beweisnähe) og i, at reglen kun angår ansvar over for selskabet, og derfor naturligt må stemme overens med almindelige regler om kontraktansvar. Efter *Günter Henn*'s Handbuch des Aktienrechts s. 226 er bevisbyrden vendt om, såfremt det er godtgjort, at bestyrelsens pligter er »schuldhaft verletzt«. Meningen synes at være, at har skadelidte bevist, at bestyrelsen som sådan, men ikke f.eks. formanden eller enkelte medlemmer på egen hånd (?), har udvist en ansvarspådragende adfærd, påhviler det derefter dens enkelte medlemmer om muligt at godtgøre, at de ikke har medvirket hertil. Det beskedne antal af citerede relevante afgørelser (i et land med en befolkning der - før genforeningen - var 12 x Danmarks !) tyder på, at reglen ikke har haft stor praktisk betydning.

gjort, at the members, d.v.s et beslutningsdygtigt flertal af medlemmer handlende som organ (§ 57), har begået wrongful acts, må hvert enkelt medlem for ikke at pådrage sig ansvar godtgøre, at der intet er at bebrejde ham, f.eks. fordi han først nylig er indtrådt i bestyrelsen, har været forhindret i deltagelse i arbejdet i det relevante tidspunkt eller -rum på grund af sygdom eller bortrejse eller – efter omstændighederne – har taget afstand fra bestyrelsens beslutning og kan godtgøre dette, f.eks. ved hjælp af en udskrift af bestyrelsesprotokollen (§ 56, stk. 3).³³

Det er ikke hensigtsmæssigt at indsætte en speciel regel om bevis i et direktiv, dels på grund af direktivets overordnede og fragmentariske karakter, dels fordi en sådan regel – trods den fælles ordlyd – antagelig vil blive opfattet på væsentlig forskellig måde i medlemslandene. Spørgsmålet om den rigtige eller rimelige placering af bevisbyrden i erstatningssager for skyld og kausalitet er vanskeligt og har voldt tvivl på adskillige områder, f.eks. i »lægesager«. Lægges bevisbyrden på skadelidte, vil nogle berettigede krav strande på umuligheden eller vanskeligheden ved at bevise, hvad der faktisk er sket. Lægges bevisbyrden på den mulige skadevolder, vil nogle uberettigede krav

blive gennemført på grund af vanskeligheden ved at godtgøre, at der *ikke* er udvist nogen ansvarspådragende adfærd. Den almindelige regel, hvorefter skadelidte må føre bevis for, at den eller dem, af hvem han kræver erstatning, har begået fejl eller forsømmelse, har rimelighed for sig, fordi der formentlig med en sådan regel sker færrest fejl. At bevise noget negativt er ofte sværere end at bevise noget positivt, og det er vanskeligt at bestemme styrkekravene til det nødvendige disculpationsbevis. Endelig kan urigtig frifindelse trods alt som oftest bedre accepteres end urigtig domfældelse.

Fastholdelse af den almindelige bevisret udelukker ikke at pålægge ledelsen en vis oplysningspligt med hensyn til forhold, som ledelsen er nærmest til at kende til; og i tilfælde hvor ledelsens adfærd umiddelbart må forekomme at være illoyal eller uredelig, kan der være behov for en forklaring, som viser, at denne adfærd i hvert fald for nogle medlemmer ikke har fremstået som illoyal eller uredelig.

33. Sml. *Mertens: Kölner Kommentar* § 93 Anm. 17: et overstemt medlem, der på passende måde har gjort indsigelse, er i almindelighed ansvarsfrit.

Miljøret i 1990'erne

Af Holger Hansen

I. Forhistorien

Folketinget vedtog fra slutningen af 1960'erne en række love der langt tættere end tidligere regulerer det fysiske miljø. Kærnen i denne indsats mod forureningen og for en bedre naturbeskyttelse var følgende love: Lov om miljøbeskyttelse fra 1974, By og land-zoneloven fra 1970, Lov om lands- og regionplanlægningen 1974, og Kommuneplanloven 1977. Naturfredningsloven gennemgik en kraftig opstramning i 1970, og den første råstoflov trådte i kraft 1972.

Baggrunden for denne lovgivning var den kraftige økonomiske vækst i 1960'erne, med et deraf følgende pres på miljø og ressourcer. Samtidig hermed bredte der sig, i Danmark som i andre vestlige lande med hastig vækst, en stigende forståelse for, at det ikke udelukkende var økonomisk opdrift der var sagen, men at en beskyttelse af det naturlige miljø og dets ressourcer, og som et led heri, en planlægning af den – dengang – voldsomme byekspansion, var nødvendig.

By- og landzoneloven og den kraftige opstramning af fredningslovgivningen gennemførtes ikke uden sværds slag i de daværende regeringspartier – V.K.R. – Specielt blandt de Konservative og Venstre

var der stærk modstand mod lovenes ganske indgribende reguleringer. Som eksempel herpå skal nævnes, at by- og landzone-loven fastlagde, hvor byggeri og anlæg i fremtiden kunne lokaliseres, og at der ved ændringen af naturfredningsloven gennemførtes en omfattende åbning for offentligheden af hidtil private områder: Strandbredder, private skove og udyrkede arealer, der ikke var indhegnet åbnedes for offentlig adgang; dog med visse begrænsninger.

Denne regulering af ejendomsretten skete som hovedregel uden erstatning, og betragtedes af folketetinget som en almindelig regulering af ejendomsretten!

Enkelte sager blev prøvet ved domstolene: f.eks. om adgang til strand: UfR 1972.192 Ø (Helenekildedommen). Om udnyttelse af materialer: UfR 72-603 H. (Moler-dommen). I Helenekildedommen udtalte Ø.L., at der var tale om »Indgreb af ringe karakter.« I Moler-dommen sagde H.R., at »indgrebet ej (havde) ekspropriationsmæssig karakter!«

I by- og landzoneloven indsattes dog nogle erstatningsbestemmelser for ejere, der med de nye regler blev afskåret fra en økonomisk rimelig og forsvarlig udnyttelse, som ejerne har haft rimelig grund til at påregne.

Erstatningsmuligheden blev ikke af folketinget betragtet som en ekspropriationserstatning, men som det der betegnedes som en billighedserstatning.

Der rejstes mange erstatningssager – o. 28.000 – men kun et lille antal førte til erstatning.

Lov om miljøbeskyttelse trådte i kraft 1. oktober 1974. Denne lov blev det centrale redskab for forureningsbekæmpelsen. Hovedreglen var, at hvad der hidtil var lovligt ville også være det fremover. Men særligt forurenende virksomheder fik pligt til at søge miljøgodkendelse før udvidelse, anlæggelse eller påbegyndelse.

Miljøloven skabte ikke de store politiske spændinger. Der var bred forståelse for nødvendigheden af en indsats mod den tiltagende forurening, og loven er senere strammet væsentligt.

Med by- og landzonelov, Lov om landsog regionplanlægning og Lov om kommuneplanlægning var plansystemet på plads. Nu var det op til administrationen i miljøministeriet og til de kommunale myndigheder, som havde fået tillagt væsentlige beføjelser, at følge lovgivningen op. Set i bakspejlet mener jeg at kunne sige, at embedsværket i miljøministeriet arbejdede ihærdigt videre, med større styringslyst end adskillige af de politikere, der havde været med til at gennemføre disse ramme-love, fandt hensigtsmæssigt. Specielt på planlovområdet spillede administrationen stærkt ud med bekendtgørelser, cirkulærer og vejledninger. Administrationen fortolkede lovgivers intentioner – formentlig længere end flertallet i Folketinget havde forestillet sig: Danmark havde skaffet sig verdens fornemste plansystem, der nu skulle vise hvad det duede til! Tilsyneladende havde embedsværket svært ved at

indstille sig på den decentraliseringside, der var planlovenes særkende.

Heroverfor satte folketinget, ombudsmanden og domstolene nogle gange hælene i. Her skal kun nævnes enkelte eksempler:

På foranledning af miljøministerens redegørelse af 15/12 1979 om landsplanlægning, der indeholdt klare meldinger om det ønskelige i en befolkningskoncentration rejstes en forespørgelsesdebat i folketinget, der mundede ud i en dagsorden. Denne var en klar besked til miljøministeren (og embedsværket) om »en sikring af landsbyernes og de små bysamfunds fremtidsmuligheder.«

I en konkret sag om tilladelse efter By- og landzoneloven om opførelse af beboelseshus efter brand har ombudsmanden henstillet til ministeriet at genoptage sagen (Ombudsmandens beretning 1974 s. 277).

I UfR 1985.125 H har H.R. underkendt et forbud nedlagt i.h.t. Kommuneplanlovens § 45, stk 1 under henvisning til at: »..... en så vidtgående beføjelse måtte kræve lovgivningsmagts medvirken.«

Da energikrisen satte ind i 1973-74 vendte en økonomisk højkonjunktur sig til stagnation, med stigende ledighed og svag bygge- og anlægsaktivitet til følge. Der opstod politisk pres især mod planlovene, og miljøindsatsen tabte intensitet. Et eksempel på dette var, at ganske mange af miljølovens intentioner, i særdeleshed vedrørende emner der reguleres igennem miljøreglementet, ikke blev fulgt op.

Fra slutningen af 70'erne forstærkedes kritikken mod specielt planlovgivningen og det der blev kaldt: Det forkromede plansystem.

Praksis havde vist, at plansystemet med dets system af region-, kommune- og

sektorplanen var udtænkt mere raffineret og dermed mere bureaukratisk end rimeligt i virkelighedens verden.

Folketinget betrådte forenklingsvejen på planlovområdet i midten af 80'erne. Miljøministeren nedsatte i 1983 det såkaldte Arealudvalg, der med betænkning nr. 1051 – 1985 lagde op til en forenkling af især region- og sektorplanlægningen. Forslagene gennemførtes ved lov nr. 355 af 13. maj 1987.

Ændringer i en række plan- og miljølove gjorde administrationen væsentlig enklere, hvilket betød mindre bureaukrati og større politisk forståelse for planlægningen.

Der var i 1970'erne store forventninger til at miljølovkomplekset ville vende udviklingen, og at – som det senere blev udtrykt – forarmningen af miljøet – ville ophøre. Opfattelsen var dengang, at med omfattende kloakering, bygning af rensningsanlæg, krav om godkendelse af forurenende virksomheder, etc. ville miljøet langsomt forbedres.

Men forventningerne blev skuffede.

I begyndelsen af 80'erne blev det klart, at Danmark havde mange flere svære forureningskader end tidligere antaget: Kemi-lossepladser i landdistrikterne og forurenede grunde hidrørende fra nedlagte gasværker og nedlagte industrivirksomheder, særligt lokaliseret i hovedstadsområdet og i købstædernes gamle industrikvarterer.

Efter landsomfattende undersøgelser, der stadig pågår, tyder meget på, at grundvandsforureningen vil blive af alvorlig karakter, og at lokaliteter med kemisk forurening er langt flere og værre end tidligere antaget.

Luftforureningen blev i sidste halvdel af 80'erne et emne, der påkaldte sig stadig

større opmærksomhed, aktualiseret af det stigende forbrug af fossile brændstoffer – i Danmark det stigende kulforbrug. Der kom alvorlige meldinger om skovdød i Centraleuropa.

I 1987 kom forureningen af de ferske vande og af havmiljøet i fokus. Kvælstof og fosfor fra rensningsanlæg og kvælstofudledningen fra landbruget blev søgt begrænset ved iværksættelse af den såkaldte vandmiljøplan.

II. Befolkningens reaktion

Over en bred front *er* der sket en indsats mod forureningen af naturen, og mod et misbrug af naturens ressourcer. Der er opnået resultater til gavn for miljøet, men det er ikke for stærkt sagt, at nye regelsæt på afgørende vis har ændret erhvervenes produktionsvaner og metoder, og har grebet ind i det daglige liv for meget store dele af befolkningen.

Har den danske befolkning haft forståelse for eller dog accepteret en stadig tættere regulering?

Der vil naturligvis være delte meninger, specielt overfor restriktive regler. Men jeg vil alligevel prøve en vurdering:

Det er åbenbart, at et krav om ren luft og rent drikke- og badevand kan vinde tilslutning hos alle mennesker. I hvert fald så længe man ikke direkte skal betale for sådanne goder.

Det er ligeså åbenbart, at for den virksomhed eller det erhverv, der pålægges en rensningsforpligtelse, vil muligheden for at vælte omkostningerne herfor over på forbrugerne, være af meget stor betydning for forståelsen for indgreb.

Der er heller ikke noget at sige til, at den parcelhusejer eller lejer, der pålignes et stort engangsbidrag til kloakering, og derudover en løbende afgift for rensning af spildevand, kan være tilbøjelig til at synes, at netop han skal betale lidt rigeligt.

For landmanden eller fiskeren, der stilles overfor begrænsninger i erhvervsudøvelsen gennem forbud, kvoter eller andre produktionsbegrænsninger, kan det være vanskeligt at indse, at sådanne indskrænkninger i erhvervsudøvelsen er rimelige.

Men uanset usikkerhed om de forskellige befolkningsgruppers opfattelse på konkrete områder, kan det slås fast, at langt den overvejende del af befolkningen prioriterer miljøindsats højt.

III. Folkelig forståelse nødvendig

En bred folkelig forståelse for en tættere regulering, og for sammenhængen i miljøindsatsen er nødvendig, hvis befolkningen skal acceptere begrænsninger i adfærd og handlefrihed.

Befolkningens forståelse, accept og tilslutning vil formentlig kunne opnås, hvis følgende 3 forudsætninger opfyldes.

- 1) Tilstrækkelig og rigtig information om baggrunden for en tættere regulering.
- 2) Indgreb i det frie valg, hvad enten det drejer sig om erhvervsudøvelse eller privat aktivitet, skal have klar lov-hjemmel.
- 3) Retssikkerhed for den enkelte.

Ad 1) Krav til tilstrækkelig oplysning om hvorfor en regulering er nødvendig, er ikke altid let at opfylde.

Eksempel: Dele af den såkaldte vandmil-

jøplan blev iværksat på et meget uklart videnskabeligt grundlag. Ikke fordi noget blev gemt eller glemt, men fordi der ikke – endnu – forelå et rimeligt sikkert videnskabeligt grundlag.

Alligevel valgte Folketinget at iværksætte vandmiljøplanen med dens meget store investeringer, og at gøre dette i en hast som næppe stod i rimeligt forhold til de meget langsigtede virkninger.

Det er vanskeligt at vide om politikerne virkelig skønnede, at en hurtig beslutning var nødvendig af hensyn til forureningen, eller om politikernes hastværk skyldtes, at sagen om døde hummere i Kattegat var blevet blæst sådan op i medierne, at den kølige eftertanke måtte vige.

Læren der kan udtrages af vandmiljøsa-gen er, at politikerne klart bør redegøre for hvad de *ved* om grundlaget for beslutningerne, og ligeså klart fortælle befolkningen såfremt de *ikke ved nok*, men alligevel finder at beslutninger skal træffes, fordi tvivlen bør komme miljøet til gode.

Ad 2) Hjemmel.

Miljøbeskyttelseslovgivningen indeholder mange bemyndigelser. Det kan for borgeren være svært at finde frem til hjemlen for et bestemt indgreb. At følge retskilden til tops er ofte besværligt, idet lovtæksten som regel vil være fulgt op af bekendtgørelser, cirkulærer og evt. vejledninger. Dertil kommer, at administrative afgørelser, selvom de er truffet på et usikkert grundlag, ofte har en tilbøjelighed til at virke styrende på senere afgørelser.

Denne usikkerhed omkring bemyndigelsesloves administration er et gammelkendt fænomen, men problemet er antagelig særligt stort på et område som det foreliggende, hvor der ofte – jfr. ovenfor – kan

herske tvivl om det videnskabelige grundlag for et forbud eller påbud.

At mange lovmyndigheder er en uheldig lovgivningsmetode er alle – også lovgivere – enige om. Men på et område som miljøbeskyttelseslovgivningen vil det ikke være en farbar vej at forsøge at skrive detaljerede regler ind i lovene. En sådan lov ville blive aldeles uoverskuelig, – og det ville ikke gøre administrationen lettere, eller medføre øget gennemskuelig for borgeren. Dertil kommer, at den tekniske og kemiske udvikling sker i en sådan hast, at hyppige lovændringer ville være nødvendige.

Vi er nødsaget til på dette område at leve med mange lovmyndigheder, men må stille store krav til administrationen om kun at skride til forbud eller påbud eller lignende kraftige indgreb i tilfælde, hvor der foreligger klar hjemmel. I situationer, hvor miljømyndighederne skønner, at der er umiddelbar fare for væsentlige miljøskader, og derfor ønsker hurtig udrykning, selvom der måske er diskutabile videnskabelige indikationer derfor, skærpes hjemmelskravet yderligere: Det skal af lovteksten fremgå, at sådanne øjeblikkelige indgreb kun kan foretages, når bestemte forudsætninger er til stede.

Eksempel: I sommeren 1990 ønskede miljømyndighedernes hurtig indgriben. Sagen om forbud mod salg af stråforkortningsmidler til brug ved dyrkning af stråafgrøder.

Miljøstyrelsen udstedte forbud mod salg af disse midler, og besluttede samtidig, at en evt. klage til miljøankenævnet over afgørelsen ikke skulle have opsættende virkning. Herved blev hovedreglen i Lov om kemiske stoffer og produkter, lovens § 53, stk. 1. om opsættende virkning fraveget.

Miljøstyrelsen henviste til lovens § 53, stk. 2, hvorefter hovedreglen om opsættende virkning kan fraviges, når der foreligger særlige grunde.

Forbudet blev i sin helhed anket til Miljøankenævnet, med særligt ønske om hurtigt at få prøvet afgørelsens bestemmelse om ikke at lade anken få opsættende virkning.

Miljøankenævnet omgjorde miljøstyrelsen beslutning om at fravige hovedreglen om opsættende virkning med bemærkning om, at nævnet ikke finder, at Miljøstyrelsen har haft hjemmel til at fravige lovens hovedregel.

Miljøankenævnet tilføjer: »Lovens hovedregel kan ifølge § 53, stk. 2, fraviges, når der foreligger særlige grunde«. Ved »særlige grunde« forstås »alvorlig fare for sundheden eller miljøet«.

Miljøankenævnet har ifølge pressemeddelelse fra nævnet af 17/9 1990 særlig fremhævet bl.a. »at det ikke er godtgjort, at Miljøstyrelsen selv har ment, at der foreligger alvorlig fare for sundheden eller miljøet.« (Miljøankenævnets afgørelse af sagens substans foreligger ikke efterår 1990 og vedrører som sådan ikke denne artikel).

Miljøministeren, som uden tvivl havde været inddraget i denne sag før styrelsen traf sin afgørelse, reagerede ganske skarpt på Miljøankenævnets afgørelse. I en pressemeddelelse af 18/9 1990 kommer ministeren bl.a. med følgende udtalelse:

»Miljøankenævnets afgørelse er naturligvis baseret på gældende ret. Men jura og paragraffer bør ikke diktere udviklingen i dansk miljøpolitik.«

Ministerens holdning – som den her kommer til udtryk – afspejler en manglende forståelse for betydningen af klar lov-

hjemmel. Der var her tale om et stærkt indgreb, som netop skulle få miljøministeren til at efterleve den almindelige forvaltningsretlige grundsætning: Jo stærkere indgreb des klarere hjemmel.

Domstolene har i afgørelser på miljø- og planlovsområdet altid fastholdt kravet om klar lovhjemmel. Der har måske derfor gennem årene været ganske megen kritik af domstolene for at afsige for milde domme i miljøsager. Denne kritik har medført politiske overvejelser om på hvilken måde man kunne få domstolene til at tage hårdere fat!

Regeringen nedsatte i 1981 et udvalg om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen. Dette udvalg afgav betænkning i 1983 – bet. nr. 981.

En række af betænkningens forslag gennemførtes ved lov nr. 250 af 23/5 1984.

Lovændringerne havde til formål at skabe klarhed over og forbedre de retshåndhævelsesmidler, der er tilstede. Det væsentligste var en forbedring af mulighederne for samarbejde mellem de forskellige myndigheder, der er medvirkende ved retshåndhævelsen, og udvidelse af visse muligheder for selvhjælpsforanstaltninger. Endvidere gennemførtes en stramning af tilsyns- og straffebestemmelser.

Ad 3) Retssikkerhed.

Det bør være en selvfølge, at borgeren på miljø- og planlovområdet skal have de samme retssikkerhedsgarantier, som eksisterer på andre områder. Ovenfor er beskrevet, at når mange bestemmelser i miljølovgivningen er udformet som myndigelser til ministeren, kan borgeren ofte have vanskeligt ved at overskue sin situation. Også de processuelle regler f.eks. om anke kan ofte være vanskelige at

overskue. Så meget mere er det væsentligt, at den enkelte ikke skal kunne nære begrundet tvivl om, at han får sin ret.

Administrationen af miljø- og planlægningslovene er udpræget decentral. Kommune og/eller amt er første instans. På de fleste områder – når bortses fra bagatelsager – er en styrelse i miljøministeriet anden instans. Endelig er miljøankenævnet tredje og sidste administrative instans, dog er Overfredningsnævnet sidste administrative instans i fredningssager. I visse særlige sager (ekspropriationssager) o. lign. er ministeren dog sidste administrative instans. Udmåling af erstatninger sker på særlig måde, der ikke skal omtales her.

Det kan fastslås, at dette ankesystem i sin komplicerede form tilstræber høj grad af retssikkerhed for de personer eller selskaber, der måtte være adressat for et forbud, påbud, en ekspropriation, en fredning eller andet indgreb. Udover det administrative ankesystem findes den i grundloven sikrede ret til prøvelse ved domstolene af enhver administrativ afgørelse.

Det er forståeligt, at miljøministeren i 1990 har forelagt Folketinget forslag til forenkling af dette bureaukratiske ankesystem. Tidligere har problemet været genstand for dybtgående overvejelser i Miljøministeriets arealudvalg, bet. nr. 1120, 1987.

Problemerne omkring anke i et flerleddet administrationssystem kan opdeles i 2 hovedspørgsmål:

1. Hvad kan ankes?
2. Hvor langt skal der kunne ankes op i systemet?

Ad 1) I miljøloven er reglen den, at afgørelser truffet af en kommune eller et amt

kan påklages af den, til hvem afgørelsen er rettet, af embedslægen, og af enhver der må antages at have en individuel, væsentlig interesse i sagens udfald. Endvidere kan visse foreninger påklage afgørelser om særlige sagskategorier, og amtet kan påklage en kommunes afgørelse. En anke/klage omfatter hele afgørelsen, d.v.s. at alle dele i afgørelsen kan prøves.

I kommuneplanloven er reglen, at kun retlige spørgsmål kan ankes. D.v.s. at kommunale skøn ikke kan påklages. Dog kan spørgsmål om ekspropriation og om visse forbud eller påbud altid påklages til miljøministeren.

I det reformforslag, som miljøministeren har forelagt Folketinget i januar og igen i oktober 1990 foreslås det, at flere sager end hidtil skal endelig afgøres i første instans: Der er i forslagene på en række punkter indsat endelighedsbestemmelser, der udelukker anke eller klage.

Tilsyneladende betyder dette en svækkelse af den enkeltes retsstilling. En konkret afvejning heraf kræver en vurdering af den enkelte lovbestemmelse. Her skal alene kommenteres hvorvidt endelighedsbestemmelser i almindelighed må betragtes som en svækkelse af retssikkerhedsbegrebet.

En mulighed for anke af en afgørelse er en form for retsbeskyttelse derved, at afgørelsen prøves og kan omgøres, af en instans, der er sammensat af andre personer end første-instansen og som hovedregel af personer, der er tilknyttet et andet administrationsniveau i eller uden for hierarkiet.

Men der kan anføres andre synspunkter: Mulighed for anke *kan* medføre, at første-instansen fristes til ikke at tage sagerne alvorligt: »Der kan jo ankes«. Det kan

således modsætningsvis anføres, at endelighedsbestemmelser placerer *ansvaret* hos førsteinstansen – som ikke vil kunne skyde dette ansvar for afgørelsen fra sig. Dette vil som oftest betyde en mere seriøs overvejelse før afgørelsen træffes.

Det er efter min opfattelse ikke uden videre rimeligt at konkludere, at endelighedsbestemmelser er en svækkelse af adressatens retsstilling. Det er ofte anført, at en kommune gerne af hensyn til beskæftigelsen i området, eller måske endog af mere odiose årsager, vil være tilbøjelig til at se lempeligere på f.eks. en ansøgning om dispensation til byggeri i det åbne land – udenfor byzone, end det amt, der i.h.t. gældende lov er tillagt denne kompetence. Der kan være noget, der taler for denne opfattelse, men det må med i billedet, at netop det forhold, at kompetencen *ikke* ligger hos kommunalbestyrelsen, kan friste til en ansvarsflugt.

Eet af de politiske stridsemner igennem mange år har været, i hvilket omfang myndigheder uden retskendelse skal kunne skaffe sig adgang til privat ejendom.

Jeg skal i det følgende fremdrage et eksempel fra nyeste tid:

I forslaget til lov om naturbeskyttelse, (gen-) fremsat i oktober 1990, hedder det i § 76 stk. 1: »Miljømyndighederne efter loven eller personer, der af disse myndigheder er bemyndiget hertil, har uden retskendelse adgang til private ejendomme for at udøve de beføjelser, der er tillagt dem i medfør af denne lov, herunder for at foretage undersøgelser af betydning for lovens formål. Tilsvarende gælder lokaliteter, der helt eller delvis benyttes erhvervsmæssigt. Legitimation skal forevises efter anmodning.«

I stk. 2 lovfæstes politiets bistand, og i

stk. 3 fastslås »Ved eftersyn af erhvervsvirksomheder skal indehavere og beskæftigede personer efter anmodning yde myndighederne fornøden vejledning og hjælp.«

Dette er en skærpelse af de regler, der hidtil har været gældende på dette lovområde. (Naturfredningsloven).

Den nugældende lovs regler giver fredningsmyndighederne tilladelse til »mod forevisning af behørig legitimation og såvidt muligt efter forudgående meddelelse til ejeren eller brugeren foretage besigtigelse på vedkommende ejendom.« Lovens § 65, stk. 1.

I stk. 2 siges det at: »Besigtigelse kan foretages uden tilladelse af sagens parter.«

I naturfredningslovens § 66 findes den nuværende bestemmelse, der hjemler adgang uden retskendelse mod forevisning af legitimation til, at »foretage eftersyn af en erhvervsvirksomhed med henblik på at påse overholdelse af regler fastsat efter § 59 og 60b, stk. 2.«

Af ovenstående fremgår det, at de foreslåede regler på flere områder er en skærpelse af gældende lov:

Pligten til så vidt muligt at give forudgående meddelelse er forsvundet.

Efter forslaget er det det meget brede begreb, *lovens formål*, der afgrænser undersøgelsesmuligheden.

Endelig er der i lovforslaget åbnet mulighed for at udstrække adgangs- og tilsynsbeføjelserne til også at omfatte lokaliteter, der helt eller delvis benyttes erhvervsmæssigt. Hermed bevæger man sig ind i privatsfæren, hvor vi i dansk ret har tradition for at kræve klar lovhjemmel. Men med den ovenfor citerede meget vide formålsafgrænsning kan hjemmel herfor næppe siges at være til stede.

Efter min opfattelse er regler som disse

med til at problematisere forholdet mellem den gruppe mennesker, der ejer og bruger de omhandlede arealer og lokaler og den lovgivning, der skal sikre naturværdierne for eftertiden. Realiteten er jo, at uden ejere og brugeres forståelse vil beskyttelsen ikke være praktisk gennemførlig. Det offentlige har ikke mulighed for at tage vare på mere end en lille del af de naturværdier, vi gerne skal beskytte.

Hertil kommer det formelle hensyn til den beskyttelse af ejendomsretten, som er sikret ved grundlovens § 73.

IV. Afslutning.

Nye muligheder i miljøpolitikken/miljøretten?

Mens miljøpolitik og miljøret hidtil er opbygget efter »det må du ikke princippet«, vil fremtiden bringe nye reguleringsmetoder til supplerung af de velkendte.

Miljøafgifter er allerede indført, f.eks. for vandafledning og affaldsbortskaffelse, men indtil nu hovedsagelig med det formål at betale for netop rensning eller bortskaffelse. Måske vil miljøafgifter komme til at aflaste vort betrængte skattesystem og udvikles til fiskale formål.

I forslag til lov om miljøbeskyttelse, fra oktober 1990, findes en række bestemmelser med sigte på en forebyggende indsats baseret på principper om renere teknologi. Ideen bag dette begreb er – om muligt – at forureningsbekæmpelse skal være et led i produktionsprocessen eller – kan man sige – integreres heri. Genbrugsforanstaltninger af mange forskellige typer er en anden vej til at mindske brutto-forureningen.

Endelig kan nævnes omsættelige forureningstilladelser. Princippet kendes fra

U.S.A. og kan, sagt meget firkantet, indebære at der – mod betaling – kan gives tilladelse (licitation) til at udlede en bestemt mængde af et forurenende stof. Princippet skulle gennem den almindelige markedsmechanisme føre til, at mest muligt

af et bestemt produkt ville blive produceret med mindst mulig forurening til følge. Sådanne tanker overvejes også i Danmark.

Nye former for miljøregulering vil stille nye udfordringer til miljøretten.

Immaterielretten på vej mod år 2000

Af Mogens Koktvedgaard

Ved indgangen til dette århundrede fremstod immaterielretten som en anerkendt, omend noget ukendt og lidet systematiseret retsdisciplin. Anerkendelsen kan navnlig konstateres gennem den internationale accept, som disciplinen erhvervede ved vedtagelsen af de to store, globale konventioner, der fortsat er ryggraden i det internationale samarbejde: *Pariserkonventionen* om beskyttelse af den industrielle ejendomsret (1883) og *Bernerkonventionen* om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker (1886).

Op igennem århundredet er der sket en meget væsentlig udbygning, differentiering og retsteknisk forfinelse af disciplinen, og den har samtidig vundet en betydelig økonomisk slagstyrke. Dette hænger naturligvis sammen med industrialiseringen og nutidens højteknologiske forbrugersamfund, der nødvendigvis må lægge megen vægt på en effektiv og velnuanceret retsbeskyttelse af viden og kunnen, af anvendt teknologi, kunst og kultur. Immaterielretten er i dag den juridiske nøgle til umådelige rigdomme. Den kontrollerer alle de innovationsprægede industrier, og den styrer alle kommunikationsprocesserne, såvel på nationalt som på internationalt plan. Den har hverken skabt kunsten eller

teknologien, men den regulerer rettighederne hertil.

Ved århundredets begyndelse var immaterielrettens hovedfigurer *ophavsretten* til litterære og kunstneriske værker, *patentretten* til den anvendte teknologi (opfindelserne) og *varemærkeretten* til beskyttelse af erhvervslivets forretningskendetegn. Disse hovedfigurer eksisterer fortsat, og immaterielrettens udvikling har navnlig bestået i en udbygning heraf, ikke mindst af ophavsretten, der i vore dage har en betydelig bredde. Der er dog også opstået nye rettighedstyper. I mange retsforfatninger er den klassiske *mønsterret* blevet udspaltet i en design-beskyttelse og i en brugsmodelbeskyttelse, og i de seneste år er hertil kommet en særlig beskyttelse af halvlederens topografi, der kan give retsværn til edb-teknologiens værdifulde byggesten, de såkaldte chips. Der er også blevet oparbejdet et betydningsfuldt retsværn for planteforædling, navnlig efter der i 1961 blev etableret en »Union Internationale pour la protection des obtentions végétales«. Retsværn for dyreforædling kendes derimod kun i nogle få lande.

Hovedproblemerne i den aktuelle debat vedrører dels indplaceringen og regulerin-

gen af nutidens teknologi – navnlig edb og bioteknologi – dels opbygningen af de nye internationale strukturer, der følger af markedsdannelserne, for Danmarks (og Europas) vedkommende EF og Det indre Marked.

Edb-teknologien gav i mange år efter dens fremkomst anledning til voldsomme stridigheder. Det var vel klart, at edb-verdenens maskinel, dens såkaldte »hardware«, skulle henhøre under patentretten, men det var mindre klart, hvor man skulle indplacere edb-teknologiens programmer og andre former for »software«. I teknologiens hjemland – U.S.A. – opterede man indledningsvis for det patentretlige værn, men den amerikanske højesteret fastslog nogen tid derefter, at programmerne ikke som sådanne kunne anses for patenterbare opfindelser. I U.S.A. valgte man da at slå ind på copyright-beskyttelsen, og dette valg determinerede den globale retsudvikling. I en periode drøftede man ganske vist og med megen iver en »sui generis«-beskyttelse af dataprogrammerne, men navnlig de internationale aspekter førte dog hurtigt til en generel accept af det ophavsretlige retsværn. Det fremgår nu af Den europæiske Patentkonvention (og følgelig også af den danske Patentlov), at der ikke kan fås patent på dataprogrammer. Til gengæld har mange lande ændret deres ophavsretslovgivning, således at der nu er klar hjemmel for den ophavsretlige beskyttelse. Det gælder bl.a. Danmark, hvor lovhjemmelen tilvejebragtes i 1989. Efter lovordene i § 1 stk.2 skal edb-programmer nu »henregnes til litterære værker.« Dette princip vil gælde hele EF-området, når harmoniseringsdirektivet om retsbeskyttelse af dataprogrammer er trådt i kraft.

De retlige problemer vedrørende be-

skyttelsen af edb-programmer er dog langt fra løst hermed. Der vil gå ganske mange år, før man med nogen større sikkerhed kan sige, hvad beskyttelsen i grunden indebærer. Der hersker navnlig ganske stor usikkerhed om beskyttelsens basale forudsætning - hvornår foreligger der et program med fornøden »værkshøjde« – og også betydelig usikkerhed om retsværnets udstrækning – hvornår ligger to programmer så tæt på hinanden, at der er tale om en retskrænkelse. Disse problemer kan ikke løses deduktivt. Man må gå den tunge induktive vej. Samtidig må det erkendes, at grænsefladen overfor patentretten fortsat giver anledning til overvejelser, og i praxis udstedes der da også en del patenter, der har et stærkt programpræg. Alligevel er det globale principvalg om den ophavsretlige beskyttelse en af dette århundredes vigtigste immaterialretlige beslutninger. Principvalget indebærer dels en vidtgående »teknologisering« af ophavsretten, se om dette tema nærmere nedenfor, dels at der ikke kan hævdes enerettigheder til selve den viden, der er nedlagt i et program. Den ophavsretlige beskyttelse indebærer – i modsætning til den patentretlige - alene et værn for værkets »konkrete form«, og selvom denne formbeskyttelses udstrækning kan drøftes, og selvom der for nærværende kan udpeges visse divergencer mellem fx kontinental-europæisk og amerikansk retsopfattelse i så henseende, er det dog klart, at den ophavsretlige beskyttelse giver programindustrien langt større frihedsgrader og udviklingsmuligheder, end tilfældet ville have været, dersom man havde valgt den patentretlige beskyttelse. Da programskabelsen er nøglen til hele edb-verdenen og dermed til fremtidens digitale kommunikationsteknologi, er store

frihedsgrader af meget væsentlig betydning. Den ophavsretlige beskyttelse vil forhåbentlig vise sig at indebære et passende retsværn mod utilbørlig tilegnelse af andenmands programmer ved for nærgående kopiering uden dog at indebære en uhensigtsmæssig blokering af udviklingsmulighederne. Bliver dette tilfældet, har principvalget i så henseende været lykkeligt, og det har samtidig lært os noget om forholdet mellem den patentretlige og den ophavsretlige grundstruktur.

Medens reguleringen af dataprogrammerne således har fundet en løsning, der må antages at have bestand, i hvert fald i nogen tid, er det helt anderledes med *bioteknologien*. Her raser kampen på det voldsomste. Hovedproblemet er, om og i hvilket omfang der kan meddeles patenter indenfor det genteknologiske område, og dette problem har meget betydelige dimensioner, såvel praktisk som principielt. Genteknologien vil forandre denne verden, hvadenten man bryder sig om det eller ej, og den, der har den retlige kontrol over vigtige dele af genteknologien, vil have betydelig magt, måske også betydelig rigdom.

På grund af problemstillingens væsentlighed og almene betydning drejer kampen sig ikke her i første række om, hvilken immaterialretstype, der bør være den foretrukne. Det er en kamp af en ganske anden art end edb-programindustriens. Kampen drejer sig i første række om, hvorvidt der overhovedet bør være noget retsværn for genteknologiens landvindinger. Dette benægtes nemlig af ganske store grupper. Deres grundopfattelse er, at genteknologien er farlig og i det væsentlige uønskværdig. Den truer vort biologiske liv og vort miljø, og vi har ingen rimelig sikkerhed

for, hvorhen den fører os. Disse grupper vil måske nok kunne acceptere visse begrænsede eksperimenter og kontrollerede udnyttelser, men de er på det skarpeste modstandere af økonomiske rettigheder på området, navnlig patenter, idet indehavelser af sådanne rettigheder vedrørende det »levende liv« dels opfattes som uetisk, dels anses for særdeles uheldig: Etableringen af økonomiske rettigheder vil accelerere bioteknologiens udvikling, idet der da kan tjenes store penge på området. Er man modstander af en sådan udvikling, må man følgelig bekæmpe adgangen til patentbeskyttelse.

Har man en mindre angstfyldt holdning til genteknologien, og erkender man, at den – rigtigt styret – kan indebære meget store fordele for jordens befolkning, fx i henseende til lægemiddel- og levnedsmiddelproduktion, ser man naturligvis anderledes på patentspørgsmålet. Immaterialretten beforder erfaringsmæssigt den tekniske innovationsproces, og de tekniske landvindinger kan spredes blandt alle interesserede gennem passende licensarrangementer. Problemet er da af mere retsteknisk art: Hvordan skal beskyttelsen struktureres, og hvilke forudsætninger bør den have.

På EF-plan er der ikke tvivl om Kommissionens grundopfattelse. Kommissionen har konstateret, at Fællesmarkedets store konkurrenter – U.S.A. og Japan – udfolder betydelige aktiviteter på det genteknologiske område, og at man navnlig i U.S.A. har en meget positiv holdning vedrørende retsbeskyttelsen heraf. Her kendes allerede en række betydningsfulde patenter. Kommissionens standpunkt er da, at der også i Fællesmarkedet bør være gode og egnede beskyttelsesmuligheder for de gen-

teknologiske fremskridt, – ellers vil vi ikke kunne stå os i konkurrencen – og man har derfor oparbejdet et direktivforslag om patentbeskyttelse.

EF-kommissionens initiativ er således baseret på nogle overvejelser om den globale konkurrencestruktur, og disse er selvsagt også væsentlige. Patentretten bæres imidlertid også oppe af tungtvejende hensyn til den enkelte opfinder og de forskningsorienterede virksomheder, og man kan derfor hævde, at en manglende adgang til retsbeskyttelse af den genteknologiske forskning indebærer en urimelig forskelsbehandling, set i forhold til andre, mere gængse industrigrene, hvor der længe har været fuld adgang til patentbeskyttelse. Uanset hvilke argumenter man anser for de vigtigste, er det imidlertid klart, at den nugældende danske Patentlov – og iøvrigt også Den europæiske Patentkonvention – ikke er skrevet med henblik på at kunne håndtere de biologiske fænomener, i hvert fald ikke dem alle. Det er nemlig karakteristisk for den gældende Patentlov, at den er baseret på en mærkværdig sondring mellem mikro- og makrobiologi.

Sondringen fremgår af Patentlovens § 1 stk.4, hvorefter der ikke må meddeles patent på »plantesorter eller dyreracer eller væsentligt biologiske fremgangsmåder til fremstilling af planter eller dyr.« Hertil føjes så: »Patent kan dog meddeles på mikrobiologiske fremgangsmåder og produkter af sådanne fremgangsmåder.«

Det kan være vanskeligt at give en helt tilfredsstillende forklaring på, hvorledes denne sondring er kommet ind i patentlovgivningen. I alt væsentligt beror den blot på den europæiske patenttradition, der altid har stillet sig meget afvisende overfor at inddrage de biologiske fænomener under

patentrettens domæne, hvilket måske igen beror på, at patentrettens traditionelle udøvere typisk er uddannet indenfor de klassiske tekniske videnskaber. Formelt støttes udskillelsen af de biologiske fænomener også på, at sådanne ikke opfylder det i loven ikke udtrykkeligt anførte, men dog klart forudsatte krav om »reproducerbarhed«: Man skal være i stand til, vilkårligt, at frembringe identiske fænomener. Dette er ikke muligt ved traditionel plante- eller dyreforædling, hvor der normalt vil være en række forskelle mellem ophav og afkom. Det bør herved erindres, at de nugældende patentretlige grundtekster blev til i 1960'erne. Heri ligger også forklaringen på den venlige holdning overfor mikrobiologien: Det var (også) på det tidspunkt åbenbart, at man ikke kunne udelukke den teknologi, der havde givet menneskeheden de nye, værdifulde antibiotika (penicillin m.v.). Sondringen mellem mikro- og makrobiologi havde således en praktisk begrundelse, da den kom ind i lovgivningen.

Med udviklingen af den moderne bioteknologi, navnlig genteknologien, har billedet ændret sig totalt. Forudsætningerne bag den gældende lov er ikke længere til stede, og der må derfor ske en nyvurdering. Nyvurderingen er imidlertid ikke så ligetil, idet man samtidig skal overveje retsvirkningerne af en udvidelse af det patentretlige virkefelt, og her giver de biologiske fænomener unægteligt anledning til visse vanskeligheder, bl.a. fordi de ofte er selvreproducerende. Vanskelighederne er dog næppe større end de kan overvindes, og hovedproblemet er således fortsat, om bioteknologien skal kunne patenteres, ja eller nej.

Udover de mere følelsesladede argumen-

ter kan der her være grund til at drage en parallel til retsbeskyttelsen af lægemidler. Oprindeligt stillede man sig meget afvisende overfor patentbeskyttelse heraf, idet en sådan retsbeskyttelse fandtes samfundsmæssigt uacceptabel. Op igennem dette århundrede er skrankerne imidlertid faldet: Først tillod man patenter på fremgangsmåder til fremstilling af lægemidler, derpå inddrog man de såkaldte analogifremgangsmåder, hvorefter man sluttede med at give hel og fuld adgang til produktpatenter. Ønsker man en aktivt forskende lægemiddelindustri, må man etablere et sådant retsværn, at investeringerne kan komme hjem. Dette sker bedst ved en stærk og effektiv patentbeskyttelse, og de eventuelle modgående almene samfundshensyn må da varetages gennem priskontrol og adgang til tvangslicens.

De nye internationale strukturer, der følger af markedsdannelserne, har medført og vil medføre betydelige ændringer i den klassiske immaterialret. De enkelte immaterialrettigheder har altid været knyttet tæt til vedkommende lands *territorium*: Har man eksempelvis udtaget patent i Danmark, har man retsbeskyttelse her, men ikke i noget andet land. Ønsker man tillige beskyttelse i fx Tyskland, må man udtage et tysk patent etc. Knytter man nu landene tættere sammen, og giver man regler om fri bevægelighed af varer og tjenester, er det ret indlysende, at man også må oparbejde fælles immaterialretlige systemer. Det har da også strax fra starten af det europæiske Fællesmarked ligger klart, at en harmonisering og integrering af immaterialretten måtte finde sted. Men det har vist sig endog meget vanskeligt at realisere denne målsætning, uanset betydelige anstrengel-

ser i så henseende. I de seneste år er det dog gået fremad, og hvis alt går efter planerne, vil vi have EF-patenter og EF-varemærker, gældende for hele EF's territorium, i løbet af ganske få år. Bliver dette tilfældet, står vi overfor et helt afgørende brud med princippet om de industrielle rettigheders nationale og protektionistiske beskaffenhed.

De nye strukturer indvarsler også på dette felt en overgang fra landekonkurrence til områdekonkurrence: EF som helhed konkurrerer med den asiatiske gruppe (Japan) og med Amerika (USA). Denne globale konkurrence på immaterialrettens område har fundet et prægnant udtryk i de løbende GATT-forhandlinger, hvor der er dukket et helt nyt begreb op: TRIP, d.v.s. Trade Related Industrial Property. For blot nogle få år siden ville sådanne forhandlingstemaer have været utænelige. Da forhandlede man sådanne rettigheder i de dertil oparbejdede internationale organisationer, navnlig WIPO (World Intellectual Property Organization). Trips-drøftelser viser noget om immaterialrettens tiltagende styrke og betydning for verdenshandelen. De er interessante for de store landegrupper, og de er også særdeles interessante, når det drejer sig om de rige landes forhold til de mindre rige.

U-landsproblematikken har præget de sidste årtiers immaterialretsdrøftelser meget stærkt. U-landene har stillet krav om meget væsentlige ændringer i det internationale regime på dette område, idet man gentagne gange har påpeget, at I-landenes immaterialretssystemer indebærer, at de fattige lande ikke har nogen fair chance for at oparbejde en konkurrencedygtig industri. De mangler ikke blot tekniske og økonomiske ressourcer, men

også rettigheder. De finder derfor ikke at kunne respektere vore systemer, eller de finder dog kun at kunne respektere disse, dersom der gives dem vidtgående særrettigheder, fx i form af adgang til at meddele brede tvangslicenser. Og med tilkomsten af de mange nye stater, der har stemmeret i FN og i WIPO (der er et såkaldt »Specialized Agency« under FN), kan de ændre de globale konventioner. Trips-drøftelserne har derfor i nogen grad tilsigtet at sætte dem på plads: Hvis der ønskes samhandel og begunstigelser, må man til gengæld love at respektere immaterialretten.

Hvad disse temaer vil føre til er endnu uvist. Det er utvivlsomt lettere og mere bekvemt at yde U-landsbistand i form af penge, projekter og deslige end at give U-landene del i de industrielle rettigheder (eller ophæve disse rettigheder partielt). Gør man det, vil man nemlig i nogen grad blive mødt med konkurrence af sine egne produkter, nu blot fremstillet med en billigere arbejdsløn og derfor til billigere priser. På den anden side er det klart, at der aldrig kan etableres rimelig balance i denne verden, hvis vi befæster velstandskløften med et arsenal af industrielle rettigheder. Den internationale rettighedsstruktur må derfor blødes op, hvis vi skal undgå et egentligt brud med deraf følgende retsløshed i en række af de lande, der er ved at kæmpe sig op. Det seneste eksempel på en sådan ulykkelig udvikling så vi i forbindelse med forsøget på at skabe en international konvention vedrørende beskyttelsen af halvlederens topografi (chips). Teksten kom her til at indeholde vidtgående tvangslicensregler af hensyn til de lande, der er på vej op, fx Brasilien, og resultatet blev da, at USA og Japan, der er de to lande, der for nærværende behersker næ-

sten hele verdensproduktionen af chips, erklærede, at de ikke agtede at tiltræde konventionen i den således foreliggende skikkelse. Hermed var konventionen reelt blevet meningsløs.

Ved indgangen til år 2000 kan der rejses adskillige spørgsmål vedrørende immaterialrettens skæbne, og det må i mange henseender anses for tvivlsomt, om den grundstruktur vi har levet med i 1900-tallet vil kunne bibeholdes. Problemerne er dog af meget forskelligartet beskaffenhed vedrørende de enkelte discipliner.

F.s.v. angår *varemærkeretten* er der for øjeblikket ikke nogen voldsomme faresignaler. Der har været en kort periode, hvor man forsøgte at forherlige de generiske, navnløse produkter, og i visse brancher har man også set et vist skift fra producentmærker til handelsmærker, men generelt bedømt holder den klassiske varemærkeret ganske godt. Sålænge vi fortsat satser på et forbrugersamfund med et omfattende udbud af differentierede varer og tjenester, vil der være et klart behov for en stærk varemærkeret. Den vil blot få en bredere territorial udstrækning.

På *patentrettens* område er der derimod betydelige problemer. Et af dem beror ganske enkelt på patenternes frygtindgydende væxtrate. Går man tilbage til år 1800, udstedtes der i USA 41 patenter, i Frankrig 16 og i England 96. I året 1850 var tallene henholdsvis 883, 2.272 og 523. Kort efter midten af dette århundrede var man nået op på henholdsvis ca. 48.000, 33.000 og 29.000, og den seneste opgørelse (1988) viser en årlig tilgang på 77.924 (USA), 31.956 (Frankrig) og 29.564 (England). I Tyskland udstedtes der i 1988 38.890 patenter, i Japan 55.300. Bag disse

tal ligger iøvrigt store nationale forskelligheder. I USA gik således ca. halvdelen af de udstedte patenter til udlændinge, medens japanerne kun udstedte ca. 7.000 af de ca. 55.000 patenter til udlændinge. I Danmark er billedet det diametralt modsatte af det japanske: Vi udstedte i 1988 2.815 patenter, og heraf gik kun de 344 til os selv. Resten tilfaldt udlændinge. Det danske Patentdirektorat har for nærværende ca. 25 millioner patentskrifter (danske og udenlandske), og den årlige tilgang er på ca. 500.000.

Et meget betydeligt antal af disse patenter vedrører de samme opfindelser, og antallet kunne således reduceres væsentligt, dersom man havde omfattende systemer med fælles patentudstedelse. En af de vigtigste reformer på patentrettens område er derfor etableringen af Den europæiske Patentorganisation, EPO, der har kompetence til at udstede patenter med gyldighed for alle de tilsluttede lande. EPO modtog i 1989 57.765 ansøgninger og udstedte 22.558 patenter. Havde man en tilsvarende organisation på verdensplan, ville meget være vundet, men der er for øjeblikket intet, der tyder på en sådan udvikling. Det såkaldte PCT-system, baseret på the Patent Cooperation Treaty (Washington, 1970), indebærer blot en lettelse i formaliteterne, ingen adgang til at udstede »verdenspatenter«.

Med patenternes enorme antal foreligger der meget betydelige vanskeligheder, både når det drejer sig om udstedelse af nye patenter, og når det drejer sig om patentovervågningen. De udstedende myndigheder har i et vist omfang kunnet hjælpe sig med omfattende rationaliseringstiltag, navnlig gennem indførelse af edb i sagsbehandlingen. I US Patent Office tilstræber

man eksempelvis af have et helt papirløst system indenfor de nærmeste år. Industrien har naturligvis også taget moderne metoder i brug ved patentovervågningen, men problemet er ikke let. Det er endvidere blevet meget kostbart at erhverve patentbeskyttelse, navnlig hvis beskyttelsen skal have en hensigtsmæssig territorial udstrækning. Søger man beskyttelse i alle industriens hovedlande, må man påregne omkostninger på mindst 250.000 kr. Opstår der spørgsmål om retskrænkelser, og bliver man følgelig involveret i rettergang, bliver omkostningerne let meget større.

Alt dette har forlængst indebåret, at den private opfinder stort set er skubbet ud af det patentretlige system. Der findes selvsagt stadigvæk private opfindere, men for dem går vejen normalt via en licensaftale med en erhvervsvirksomhed. Denne udvikling svarer imidlertid til udviklingen på en lang række andre erhvervsområder indenfor handel og industri. Det er langt alvorligere, hvis systemet har fået en sådan kompleksitet, at end ikke veldrevne større foretagender kan magte det, og meget tyder på, at vi er ved at nå dette stadium. Systemet kvæler da sig selv.

En af grundene til at det er gået så galt, er formentlig, at man har taget alt for let på kravet om *opfindelsehøjde*. Dette krav findes i næsten alle patentlove, i den danske i Patentlovens § 2 stk.1 (»væsentlig adskillelse«). Man har ofte drøftet en stramning af kravet, bl.a. i forbindelse med 1967-lovens tilblivelse, og selvom der vel også kan konstateres en vis stramning i Patentankenævnets og domstolenes praksis, er det dog aldrig blevet til noget væsentligt i virkelighedens verden. Ganske det samme kan konstateres vedrørende Den europæiske Patentkonvention: Kravet om »in-

ventive step« - opfindelsen må ikke være »obvious to a person skilled in the art« - har affødt en omfattende praxis, men den må i det væsentlige beskrives som temmelig lemfældig. Fortsætter man ad den vej, og udvikler teknologien sig med samme hast som nu, er der god grund til at antage, at systemet vil bryde sammen, når vi er kommet et stykke ind i det næste årtusinde. Konsekvenserne heraf vil være vidtrækkende.

Hvad angår *ophavsretten* er hovedproblemet ikke værkeres antal og mangfoldighed. Der skabes hver eneste dag mange tusinde ophavsbeskyttede værker, men dels skal de ikke registreres - Bernerkonventionen forbyder ethvert formalitetskrav - dels giver så langt hovedparten af værkerne ikke anledning til retlige problemer: De lever deres stille, ofte ulykkelige liv i total ubemærkedhed. Ingen ønsker at kopiere eller fremføre dem. På ophavsrettens område antages hovedproblemet ofte at være et helt andet, nemlig om det virkelig er muligt at håndtere så vidt forskellige retsforhold og interesser i én og samme lov, som man for øjeblikket tilstræber.

Ophavsretten sigtede oprindeligt på den rene litteratur og kunst, men har efterhånden fået et endog meget bredt anvendelsesområde. Inddragelsen af brugskunsten, kunstindustrien og væsentlige dele af det industrielle design gav vel anledning til en del praktiske vanskeligheder, men affødte dog ikke dybere principielle problemer. Anderledes med inddragelsen af edb-programmerne. Her har der været mange advarende røster, der bl.a. har gjort gældende, at ophavsretten mister sin åndelige identitet ved at blive koblet ind i datateknikken, og at hensynene til de centrale beskyttelsesobjekter - litteratur, kunst og

musik - vil blive skubbet til side for at give plads for rene økonomiske industriinteresser.

Sådanne indvendinger beror dog nok på en misforståelse. For det første er det meget vigtigt for de egentlige forfattere, komponister og kunstnere at have lod og del i en lovgivning, der også befatter sig med tidens centrale erhvervsmæssige problemer. Herved får de nemlig typisk løftet deres eget beskyttelsesniveau, og de kan i hvert fald være sikre på at være med i et retsområde, der tildrager sig politikernes interesse. For det andet - og det er det principielt vigtigste - har ophavsretten altid drejet sig om den retlige kontrol med kommunikationsmekanismerne. I ældre tid, hvor bogtryk var den væsentligste kommunikationsmulighed, var bogen selvsagt i centrum ved den ophavsretlige regulering, og denne var da relativt enkel og letforståelig. I nutiden er kommunikationsprocesserne blevet ekstremt komplicerede, og moderne ophavsret drejer sig derfor først og fremmest om den retlige kontrol med de nye medier: Radio, TV, kabel- og satellitdistribution etc. Det vigtige er da at forstå, at edb-teknologien er det centrale element i nutidens og fremtidens kommunikationsteknologi, og at budskabet (fx det litterære værk) og kommunikationen heraf hænger uløseligt sammen.

Den egentlige problemstilling for ophavsretten ved indgangen til det kommende årtusinde er derfor en anden. Den vedrører individets stilling i forhold til organisationerne. Al ophavsret er i bund og grund individualistisk - den drejer sig om bestemte menneskers frembringelse og fremførelse af samfundsmæssigt værdifulde værker - men tidens kommunikationsteknologi er blevet så kostbar og så kom-

pliceret, at den kun kan håndteres af de store organisationer og deres veluddannede medarbejdere. Hvilken komponist kan selv kontrollere satellitspredningen af sine værker, og hvilken forfatter kan selv kontrollere benyttelsen af sine værker, når disse befinder sig i databaser? Det er der selvsagt ingen, der kan på egen hånd, og det er da også derfor, at man har opbygget store, slagkraftige organisationer. Problemet består da i at undgå, at disse organisationer bliver for egenrådige og selviske, således at de glemmer, at de kun er til for at administrere de enkelte rettighedshave-

res interesser. Medens man vel med en vis sindsro kan se på, at den »lille mand« er gledet ud af patentretten – den beherskes nu helt af de store industriforetagenders udviklingsafdelinger – kan man bestemt ikke acceptere, at individualiteten går til grunde indenfor ophavsretten. Samtidig med at vi udbygger vor kommunikationsteknologi og opbygger de dertil fornødne retsregler og administrerende organisationer, må vi derfor nøje påse, at der er det rette balanceforhold mellem de kollektive og de individuelle interesser.

Erstatningsretten i internationalt perspektiv

Behovet for reformer

Af Anders Vinding Kruse

I. Indledning

En ung dansker på 16 år blev dræbt i U.S.A. ved en ulykke. Den ansvarlige blev ved en jury-afgørelse dømt til at betale den 16 åriges forældre i Danmark henimod 40 millioner kr. i erstatning for sønnens død. Et forældrepar, som i Danmark overværer, at deres 16 årige søn bliver dræbt ved en trafikulykke, hvor bilisten har kørt uforvarsligt, vil derimod ikke få nogen som helst erstatning. Denne forskel i retsstillingen mellem de to tilfælde afspejler det faktum, at der kan være meget store forskelle mellem de enkelte landes erstatningsregler.

Både på nordisk og på andet internationalt plan haster det ganske meget med at opnå en tilnærmelse mellem reglerne som følge af den betydelige internationalisering, som erstatningsretten i vor tid er kommet ind i. Dette skyldes det stærkt stigende internationale samkvem. Man kan blot betragte biltrafikken. Denne er jo desværre også præget af en meget stor ulykkesfrekvens, og som følge af den store samfærdsel mellem landene vil en færdselsulykke meget ofte blive bedømt efter

en retstilstand, som afviger betydeligt fra den retstilstand, der hersker i den tilskadekomnes hjemland. Dette vil ofte føles som meget utilfredsstillende – ja som uretfærdigt – ikke mindst hvor det drejer sig om personskader.

Behovet for en sådan tilnærmelse er imidlertid af temmelig varierende styrke inden for de forskellige erstatningsområder, og dette bør naturligvis være afgørende for, hvor de væsentligste bestræbelser skal sættes ind. Med henblik herpå vil det formentlig være hensigtsmæssigt at lægge en hovedsondring mellem ansvarsgrundlaget, altså selve betingelserne for at en skadelidt kan få et erstatningskrav, og selve udmålingen af erstatningskravene.

Herefter må man se nærmere på de enkelte skadesområder, såsom:

1. Skader forvoldt på ting og fast ejendom.
2. Miljøskader, idet disse ofte rammer fast ejendom på en særegen måde, som f.eks. undergrunden, vandløb, søer og luften.
3. Direkte forvoldte fysiske personskader.
4. Skadesområder, der falder uden for de ovennævnte områder 1-3, som f.eks.

krænkelser af forfatter- og andre immaterialrettigheder, som f.eks. patenter, endvidere retsstridig boykot, krænkelse af den personlige frihed, af æren, privatlivet, kønsfriheden o.s.v.

II. Ansvarsgrundlaget

Ansvarssystemet i de vestlige retssamfund frembyder flere ligheder end forskelligheder. De retsbeskyttede positioner er stort set de samme. Culpareglen er den almindelige erstatningsregel, med hvad deraf følger af usikkerhed. På en lang række områder finder vi dog også gennemført objektive erstatningsregler. Reglerne dækker i det væsentlige både tingsskader og personskader. Endvidere er mange erstatningspådragende skadeforvoldelser også belagt med straf, som dog ofte kræver kvalificeret culpa. Straffen har i vidt omfang form af bøder. Ansvarsforsikringer har – navnlig i erhvervsforhold – også vid udbredelse, og endvidere er en meget stor del af de fysiske goder skadesforsikret. Ved personska-der findes der også mange ulykkesforsikringer, hvortil kommer de sociale sikkerhedsnet.

Der har på internationalt plan gennem tiderne været udfoldet mange bestræbelser for at tilnærme landenes retstilstand til hinanden, som f.eks. inden for sø-, luft- og landtrafik. For Fællesmarkedets vedkommende kom der f.eks. for nylig et direktiv vedrørende produktansvar. I de senere år er også miljøbeskyttelse kommet stærkt i fokus, og Europarådet arbejder p.t. på et lovudkast vedrørende erstatningsansvar for miljøforstyrrelser forårsaget af farlig virksomhed. Inden for immaterialretten er de

forskellige landes retstilstand rimelig tæt på hinanden.

Spørger man herefter, om der findes et væsentligt behov for mere generelle reformer inden for erstatningsrettens grundsystem, må svaret nok gå mindre på de nedarvede erstatningsgrundlag og mere på forsikringsinstituttets placering i erstatningssystemet.

Det har været meget diskuteret, om det ikke ville være det bedste helt at ophæve erstatningsreglerne og overlade det til forsikringsselskaberne og de sociale bistandsordninger at erstatte skader og ulykker og lade strafferetten varetage præventionen. At strafferetten helt skal overtage præventionen har dog ført til protester fra kriminologer, der navnlig frygter en inflation i strafferetten.

Men bortset herfra, kan man selvsagt spørge, om præventionen spiller nogen nævneværdig rolle ved erstatningsreglerne. Herom er meningene stærkt delte, og der findes ikke retssociologiske undersøgelser, som giver noget plausibelt svar. Det kan formentlig heller ikke gives, da der spiller så mange andre faktorer ind som større eller mindre motivationer for at undgå at forvolde skader, således at motivet »frygten for at ifalde erstatningsansvar« ikke kan isoleres. F.eks. kan nævnes opdragelse, straf, færdselspropaganda, krav fra forsikringsselskaber (evt. selvrisiko) o.s.v., som også virker præventivt. Man må derfor nøjes med et common sense-skøn, men det munder vel for de flestes vedkommende ud i stor usikkerhed, omend ret mange vil føle, at erstatningsreglerne giver nogen prævention. Det er vel f.eks. temmelig sikkert, at de fleste – enten som privatpersoner, arbejdstagere eller arbejdsgivere – helst vil undgå at blive involvere-

de i skadessager, der ofte vil føre til ubehageligheder af forskellig art, også selv om man ikke bliver dømt. Allerede dette giver en vis prævention, men man må indstille sig på, at strafferetten må overtage en væsentlig del af præventionen.

Det må imidlertid beklageligvis erkendes, at strafferetten såvel som erstatningsretten kun i beskedent omfang synes at kunne dæmme op for det voldsomme antal af lovovertrædelser, der karakteriserer de moderne samfund, hvad enten det så drejer sig om tyverier og økonomisk kriminalitet eller om vold og terrorisme. Vi befinder os åbenbart i en etisk krise, hvor øvrigheden synes at bære sværdet forgæves. Strafferetten og erstatningsretten var tidligere allieret med både den almindelige opdragelse, holdningen i samfundet og religionen. Men sådan er det næsten ikke mere. Ansvarfølelse som en almindelig holdning hos befolkningen er på retur. Årsagerne, som utvivlsomt er mange og sammensatte, skal jeg ikke forsøge at udrede. Vil man ændre på dette forhold, må der sættes ind på mange måder. Og selv en energisk indsats giver ingen garanti for, at det blot delvis vil lykkes. Den enkelte epokes tidsånd ændrer sig i svært erkendelige årsagsmønstre, som kun vanskeligt lader sig styre. Erstatningsretten og strafferetten kan i hvert fald ikke gøre det alene.

Erstatningsreglernes (svage) præventionsvirkning er formentlig nogenlunde af samme størrelse, hvadenten ansvaret bygger på culpaprincippet eller et objektivt ansvar. Spørgsmålene bliver herefter: Hvilke person- eller virksomhedskredse skal tegne de nødvendige forsikringer og dermed være de »ansvarlige«, d.v.s. bære risikoen for skaderne? Og skal disse i givet fald være tvungne? Indledningsvis må det

pointeres, at et sådant system formentlig kun vil kunne gennemføres med rimelighed ved direkte tingsskader, fast ejendom, miljøskader og ved personskader. Ser vi derimod på de skadesområder, som er nævnt ovenfor under I, 4. ændrer erstatningsrettens funktioner sig temmelig radikalt.

Det er en broget mængde af krænkelser, man møder her. Det er krænkelser af forfatter- og kunstnerrettigheder, retsstridig adfærd under erhvervsudøvelse, såsom illoyal konkurrence, utilbørlig markedsføring i øvrigt, ulovlige strejker, lock-outer og anden boykot, endvidere har vi krænkelser af privatlivets fred, æreskrænkelser, volds- og sædelighedsforbrydelser, navnekrænkelser o.s.v.

Men er det end en mangfoldighed af højst forskelligartede krænkelser, er der dog visse træk, som i større eller mindre grad går igen hos de fleste af dem.

Krænkelserne vil oftere resultere i flere ikke-økonomiske skader end ved integritetskrænkelserne. Og foreligger der en økonomisk skade, vil denne i mange tilfælde være betydelig vanskeligere at dokumentere størrelsen af, end hvis det drejer sig om integritetskrænkelser.

Der vil som regel heller ikke være nogen forsikringsdækning, hverken hos skadevolderen eller hos skadelidte. Men til gengæld vil skadevolderen ofte selv være i stand til økonomisk at bære erstatningsansvaret; det drejer sig som regel om økonomisk stærke erhvervsforetagender, fagforeninger, arbejdsgiverforeninger, massemedier (aviser, ugeblade, radiofonier og lign.).

Endelig kan det anføres, at erstatningsansvaret, når det drejer sig om ikke-økonomiske skader, oftere har et noget andet sigte her end ved integritetskrænkelserne.

Der er mere tale om at give den krænkede en psykologisk oprejsning – også i forhold til offentligheden – end en egentlig kompensation for skaderne. Af samme grund virker erstatningsansvaret ofte mere reprimende end ved integritetskrænkelserne. At blive idømt 50.000 kr. for injurier er en anden sag end at betale det samme beløb for en uagtsom personskade.

De anførte forhold bevirker, at præventionsvirkningen på mange af disse områder vil kunne have virkelig betydning, og reglerne bør indrettes herefter – også de strafferetlige.

Ved tings- og personskader samt miljøskader træder derimod som anført præventionshensynet meget i baggrunden, og problemerne bliver som anført snarere et spørgsmål om, hvorledes risikoen for skaderne skal fordeles, og hvilke forsikringsordninger, der bør sættes på.

Ved besvarelsen af det første spørgsmål kan man tale om 3 løsningsmodeller, nemlig:

- 1) Culpareglen afløses helt af et objektivi ansvar.
- 2) Culpareglen opretholdes, men suppleres af en almindelig regel om objektivi ansvar for »farlig bedrift« eller lignende generelle karakteristika, f.eks. »the cheapest cost avoider« (Calabresis' teori), uden at det på forhånd præcist angives, i hvilke tilfældegrupper det skal gælde. Det overlades til rets anvendelsen.
- 3) Endelig er der den løsningsmodel, der går ud på at udpege forskellige, men mere præcist definerede, virksomhedsområder, hvor et objektivi ansvar anses for særligt påkrævet, hvilket man kunne kalde »enkeltgruppemetoden«. Denne

har hidtil været fremgangsmåden i de fleste retsforfatninger.

Men uden hensyn til hvilke risikokriterier, der vælges ved indførelse af objektivi ansvar, eller hvor stort et område dette ansvar skal omfatte, kræves der en stillingtagen til, hvilke forsikringer, der bør sættes på – ansvarsforsikring eller tingsforsikring? Det har været foreslået at udvide ansvaret væsentligt og samtidig indføre en altomfattende tvungen ansvarsforsikring. En sådan ordning ville dog ikke ophæve behovet for tingsforsikringer, idet mange skader ikke kan føres tilbage til en ansvarlig skadevolder.

Indfører man en altomfattende ansvarsforsikring samtidig med, at man beholder den almindelige tingsforsikring, vil der i vidt omfang ske en forsikringsmæssig dobbeltdækning, som ikke kan kaldes rationel. Naturligvis vil præmierne for tingsforsikringen blive justeret ned, hvis alle er ansvarsforsikrede, men der vil under alle omstændigheder blive temmelig megen dobbeltadministration.

Systemet vil også kræve en stillingtagen til, hvor skaderne skal kanaliseres hen. Dette gælder for øvrigt allerede under den foreliggende retstilstand. Problemet er med andre ord: Skal tingsforsikringen altid have regres mod ansvarsforsikringen, og altså være sekundær i forhold til ansvarsforsikringen, eller skal tingsforsikringen kun i visse tilfældegrupper have regres mod ansvarsforsikringen? Udviklingen i dansk ret fra Forsikringsaftaleloven (FAL) § 25 til Erstatningsansvarsloven (EAL) §§ 19-22 viser ret tydeligt, at der bør være et blandet system. Er der særlige grunde til, at skadevolderen og dermed hans ansvarsforsikring bør dække skaderne, skal der

være regres, men ellers ikke. Som eksempler på tilfældegrupper, hvor skadevolderen og dermed ansvarsforsikringen bør dække skaderne, er ansvaret for motordrevne køretøjer samt sø- og luftfartøjer, jfr. EAL § 21 og i det hele taget, såfremt skaden er forvoldt ved offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed, jfr. EAL § 19, uanset om skaden står i forbindelse med motorkørsel, sø- eller lufttrafik. Drejer det sig derimod om rent »private« skader, er der overhovedet ikke noget ansvar (bortset fra forsæt og grov uagtsomhed), dersom skaden er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring.

Begrundelsen for denne ordning er en erkendelse af, at erstatningsreglerne ved private skader kun har en underordnet præventiv effekt. Anderledes derimod når det drejer sig om erhvervsmæssig virksomhed.

Erhvervslivets ansvarsforsikringer tegnes ofte efter en individuel vurdering af risikoen i den enkelte virksomhed. Forsikrings-selskabet følger virksomhedens skadesforløb, hvilket har betydning for regulering af præmierne og evt. selvrisiko. I visse tilfælde deltager forsikringsselskabernes sagkyndige endog i selve tilrettelæggelsen af arbejdet med henblik på at forebygge, at ansvarspådragende skader opstår.

Hvad angår ansvaret for motorkøretøjer samt sø- og luftfartøjer, skyldes dette ikke, at man fandt dette ansvar af særlig betydning for præventionen, men derimod at disse områder bør bære risikoen for de skader, de forvolder. (Ved søskader dog normalt kun ansvar efter culpaparglen).

III. Erstatningens udmåling

Hvor det drejer sig om tingsskader og miljøskader, er principperne for en skades økonomiske beregning temmelig ens i de forskellige lande. Derimod er der en del forskelligheder med hensyn til erstatningsberegningen, hvor det drejer sig om krænkelse af immaterialrettigheder eller af personlighedsretten (ære, privatlivets fred, etc.). Hvad angår immaterialrettighederne er der dog mange overensstemmelser i kraft af de internationale konventioner, samt den internordiske lovgivning. Ser vi herefter på beregningen af personskader i de forskellige lande, står vi derimod over for betydelige forskelle. Samtidig er behovet for en mere ensartet behandling af skadestilfældene langt større end ved andre skadestilfælde, først og fremmest fordi der som nævnt er langt flere tilfælde på grund af den store trafik- og turiststrøm mellem landene.

IV. Særlig om personskade

De allerfleste retsforfatninger giver erstatning både for personskadens økonomiske følger og for de psykiske ubehageligheder, den medfører (ideel skade). Nogle af de økonomiske følger giver ikke særlig store problemer. Dette er f.eks. tilfældet med hensyn til tabt arbejdsfortjeneste indtil det tidspunkt, hvor arbejdet genoptages, eller ved invaliditet, hvor tilstanden er blevet stationær eller (som i nogle retsforfatninger) til domstidspunktet. Andre vil derimod indebære vanskelige skøn. Dette er navnlig tilfældet ved udmålingen af fremtidig tabt arbejdsindtægt, og her især, hvis erstatningen skal gives som et engangsbe-

løb. Men der er også usikkerhedsmomenter, hvor erstatningen gives som en livslang, pristalsreguleret »pensionsydelse«. I begge tilfælde vil man som regel prøve at tage hensyn til faktorer som f.eks., hvor meget ville skadelidte have tjent, og hvor meget bør han kunne tjene efter tilskadekomsten? Altså faktorer, som også indebærer et betydeligt skønselement.

Hertil kommer, at der også er betydelige forskelle mellem de enkelte landes sociale sikringsordninger, og disse forskelle indvirker utvivlsomt på udmålingen af personskadeserstatningerne.

Det kan derfor ikke undre, at de forskellige retssystemer kommer til meget forskellige resultater, både når det drejer sig om udmåling af økonomisk og af ikke-økonomisk personskade. Der vil derfor som regel være betydelige forskelle i de tilfælde, hvor man kommer ud for en trafikulykke i stat A eller i stat B, idet sagen efter den almindelige internationale privatret normalt vil blive afgjort efter handlingsstedets lovgivning, se nedenfor under V. Under nutidens tætte trafik, må det anses for højest utilfredsstillende, at ens erstatningssituation bliver så forskellig, blot man lige kører over grænsen.

Kan der gøres noget ved dette problem? På foranledning af Fællesmarkedet, Frankrigs Justitsministerium og Socialministerium samt den franske handicap-forening »ADEP« blev der i 1987 nedsat et udvalg af jurister fra de enkelte Fællesmarkedslande under ledelse af retspræsident André Dessertine og professor André Tunc, som skulle redegøre for retsstillingen i de enkelte lande og undersøge spørgsmålet om harmonisering af erstatningsreglerne i Fællesmarkedet (EF) – helst senest i det magiske år 1992.

Med henblik på en konference om problemerne, der blev afholdt i Paris den 18.-20. november 1988, fremsendte de indbudte jurister rapporter vedrørende deres respektive landes erstatningsregler, herunder navnlig reglerne vedrørende trafikskader og udmålingsreglerne ved personskade. En gennemlæsning af rapporterne bekræfter til fulde de store forskelligheder mellem landenes udmålingsregler for personskader.

Rapporterne illustrerer også klart, hvilke store vanskeligheder en harmonisering af udmålingsreglerne vil støde på.

På den anden side er det interessant at notere sig, at Fællesmarkedslandene vil bestræbe sig på en egentlig harmonisering. Når jeg selv ikke er alt for optimistisk, hænger det sammen med, at det trods mange års arbejde ikke er lykkedes at skabe en fælles nordisk erstatningslov, men kun at nå frem til enkelte tilnærmelser. De nordiske lande har jo ellers en god tradition for at skabe fælles lovgivning, og de manglende resultater på erstatningsrettens område er derfor særligt skuffende. Jeg henviser her til Bertil Bengtssons indgående redegørelse for hele denne udvikling i TfR 1988. Men det kan jo tænkes, at Fællesmarkedet har større slagkraft på dette område end den nordiske tradition. En vidtgående harmonisering i EF er lykkedes med hensyn til produktansvaret, og det er da også tænkeligt, at man kan nå frem til enighed om i alt fald en del af stridsspørgsmålene vedrørende personskader. Direktivet angående produktansvaret overlader også forskellige regelsæt til de enkelte medlemslandes egen afgørelse, og denne fremgangsmåde kunne jo også tænkes vedrørende udmålingen af erstatning for personskader, selv om det

nok er vanskeligere her. I det følgende vil jeg gennemgå nogle af de vigtigste spørgsmål.

Der kunne formentlig opnås enighed om, at skadelidte kan kræve sin tabte indkomst (løn eller anden arbejdsindkomst) beregnet fra ulykkestidspunktet og frem til det tidspunkt, hvor skadelidte enten genoptager sit arbejde eller helbredstilstanden er blevet stationær, dansk EAL § 2. Der vil sikkert også være enighed om, at sygeløn fra en arbejdsgiver eller det offentlige bør fratrækkes skadelidtes erstatningskrav. Derimod kan det blive sværere at komme til enighed om, hvorvidt arbejdsgiver eller det offentlige skal have et afledet krav (regres for sine udgifter) mod den erstatningsansvarlige. EAL § 17 har givet arbejdsgiveren regres, men derimod ikke det offentlige, hvilket sidste er et led i hele lovens socialpolitiske sigte.

Det blev under konferencen fremført, at man burde hindre sagerne i at trække i langdrag. At sætte tidsfrister herpå og give ret til à conto udbetalinger er det sikkert også muligt at komme til enighed om. Det samme gælder spørgsmålet om forrentningen af forfaldne krav (EAL § 16) og ønsket om, at der altid bør inddrages lægelig ekspertise i sagerne (EAL § 10). Endvidere vil der formentlig også kunne opnås enighed om forældelsesregler og regler vedrørende genoptagelse af afsluttede sager, hvis der indtræder uforudsete ændringer i skadelidtes helbredstilstand. Det bør dog (bortset fra svig) kun være skadelidte, som skulle have adgang til at forlange genoptagelse (EAL § 11).

Går vi herefter til udmålingen af skadelidtes fremtidige indtægtstab som følge af invaliditet, bliver bestræbelserne på en harmonisering vanskeligere. Det må først

afgøres, om erstatningen skal ydes i form af en engangssum (kapitalerstatning) eller som en løbende (evt. pristalsreguleret) ydelse (pensions- eller renteerstatning). Jeg skal ikke komme ind på argumentationerne for det ene eller det andet system, men blot sige, at det er mit indtryk, at lande, som anvender kapitalerstatningsformen nok vil have besvær med at bryde traditionen og vice versa. EAL har fastholdt kapitalerstatningssystemet.

Det næste spørgsmål er selve udmålingen af erstatningen. Som nævnt vil der indgå flere skønsmæssige afgørelser i beregningen, som f.eks. det årlige indtægtstab, multiplikationsfaktoren, der må fastsættes under hensyn til skadelidtes alder, den almindelige rentefod etc. Hertil kommer så spørgsmålet om de sociale ydelsers indvirkning på udmålingen af det fremtidige indtægtstab.

Harmoniseringen af godtgørelserne for ikke-økonomiske skader vil også være en vanskelig opgave, selvom der her bliver mindre tale om at tage særligt hensyn til de sociale ydelser ved udmålingen, idet disse ydelser i en del lande kun søger at dække de økonomiske tab, som er en følge af ulykken.

Udviklingen i dansk ret med hensyn til personskader har været noget forskellig fra andre landes erstatningsretlige udvikling. Indtil 1984 skete udviklingen hos os i det væsentlige gennem domspraksis, hvilket ikke i sig selv er særegent, men denne praksis udvikledes som et særligt takstsystem. Svie og smerte blev fastsat til 100 kr. om dagen, så længe skadelidte var sengeliggende og 50 kr. om dagen, hvis vedkommende kun var sygemeldt. Endvidere gav domstolene ca. 5000,- kr. (i 1984) pr. invaliditetsgrad til dækning både af

fremtidigt indtægtstab og den ikke-økonomiske skade som følge af varigt mén (invaliditet). Denne retspraksis havde imidlertid resulteret i et erstatningsniveau, der lå væsentligt under andre landes, og det blev da også stærkt kritiseret fra mange sider, herunder Justitsministeriets erstatningslovsudvalg. Kritikken ændrede imidlertid ikke ret meget på domstolenes praksis, og lovgivningsmagten fandt det derfor hensigtsmæssigt at gribe ind med lovgivning, nemlig ved Erstatningsansvarsloven (EAL) i 1984. Man ønskede ikke alene at forhøje erstatningsniveauet, men også at reformere lempelsesreglerne, når der forelå en tingsforsikring m.m. Loven ville dog kun i mindre grad ændre det traditionelle takstsystem, men gennemførte en sontring mellem erstatning for tab af erhvervsevne og godtgørelse for varigt mén og forhøjede taksterne til ca. det dobbelte, hvis skadelidte var uden egentlige erhvervsindtægter. Har skadelidte derimod haft erhvervsindtægter, anvendes kapitalisationsfaktoren 6, hvormed man ganger skadelidtes årlige indtægtstab. Der sker dog en gradvis reduktion af både godtgørelsen og af erstatningen, hvis skadelidte er fyldt 60 år henholdsvis 56 år ved skadens indtræden. Hvad angår svie og smerte, skete ingen ændring i retstilstanden.

Når loven således har opretholdt takstsystemet ved ikke-økonomisk skade og delvist ved økonomisk tab, skyldes dette først og fremmest praktiske hensyn. At variere ménprocenten og erhvervsevnetabsprocenten er selvfølgelig nødvendigt fra sag til sag, og denne opgave er overdraget til Arbejdsstyrelsen. Endvidere må det årlige indtægtstab naturligvis bestemmes individuelt. Men herudover at fastsætte beløbet for godtgørelsen for svie og smerte

og for varigt mén fra sag til sag ville være upraktisk og kunne føre til eller dog føles som vilkårlighed. Det samme gælder for erhvervsevnetabet, når det drejer sig om børn, unge og hjemmearbejdende ægtefæller og samlever. Men taksterne reguleres som nævnt årligt, EAL § 15.

Det må også nævnes, at EAL også i § 12 – 14 indførte nye regler om forsørgertabs-erstatning til ægtefælle eller samlever og til børn. Erstatningen til ægtefælle, eller samlever, udgør 30% af den erstatning, som afdøde må antages at ville have opnået ved et fuldstændigt tab af erhvervsevnen, dog mindst 296.600 kr. I 1990 ville maksimum være 30% af 461.000 x 6 = 2.677.000 (hvilket altså er den højeste erstatning, der kan gives for erhvervsevnetabet, hvortil kommer méngodtgørelsen, maksimum: 316.000 kr., samt svie og smerte, maksimum 20.000 kr.); 30% heraf udgør 829.800 kr. Erstatningen til efterlevende børn fastsættes til et beløb, der svarer til summen af de bidrag til barnets underhold, som afdøde på skadestidspunktet kunne være pålagt efter lov om børns retsstilling (§ 14). EF-Erstatningsudvalget har imidlertid ikke taget spørgsmålet om harmonisering af forsørgertabs-erstatning i EF op, men arbejder derfor foreløbig kun med erstatningerne for personskader, når skadelidte overlever.

Man kan have forskellige opfattelser af denne stramme lovregulering i EAL af erstatningsudmålingen ved personskader og tab af forsørger, men den har i betydelig grad befordret udenretlige forlig vedrørende erstatningens størrelse, og det må samtidig nævnes, at loven blev vedtaget med næsten alle Folketingets stemmer, og der har siden ikke været rejst nogen bred kritik af systemet og dets erstatningsni-

veau. Vi har da også fra dansk side under den ovenfor omtalte konference i Paris advokeret energisk for systemet, men om det fænger, er det for tidligt at spå om. Dog udtrykte man fra flere delegationer en del interesse for løsningsmodellen.

V. Erstatningsansvaret i den internationale privatret

Til trods for den energiske indsats, der hidtil er gjort i »EF-udvalget« med det måske lidt ambitiøse mål at være færdig i løbet af 1992, bør det formentlig også overvejes, hvorledes den nuværende situation tager sig ud i lyset af den internationale privatret. Man må jo også se i øjnene, at en EF-harmonisering måske først vil blive realiseret langt senere end i 1992, hvortil kommer de uden for EF værende stater.

Som eksempel kan nævnes en færdselsulykke i København: En dansk og en spansk bil støder sammen. Ved ulykken kommer føreren (som også er ejer) af den danske bil og føreren (ejeren) af den spanske bil samt hans passager, en ung spansk pige, alvorligt til skade. Kun den danske fører har udvist almindelig simpel uagtsomhed. Som bekendt har der været nogen usikkerhed i den internationale privatretlige praksis om spørgsmålet, efter hvilket lands lov skal et sådant tilfælde behandles. Udgangspunktet har dog normalt været handlingsstedets lovgivning, (lex loci delicti), sammenhold hertil U 1977.518 H. I det nævnte tilfælde vil det altså være dansk ret, som skal anvendes både med hensyn til erstatningsgrundlaget og ved erstatningsberegningen. Se hertil også Haager-konventionen af 4. maj 1971 om lovvalget ved trafikulykker (som dog ikke

er tiltrådt af Danmark), hvis hovedregel også er handlingsstedets lov. Mange teoretikere har tilsluttet sig den »individualiserende« metode. Ved denne metode skal domstolene foretage en individuel afprøvelse af den enkelte sags tilknytninger til de involverede lande for at finde frem til det lands retssystem, som kan siges at være det mest nærliggende. Man kan f.eks. lægge vægt på parternes nationalitet eller domicil, handlingsstedet eller skadestedet, hvis det er et andet sted, bilernes indregistreringslande osv. Metodens fortrin er dens fleksibilitet, som dog selvsagt i samme omfang medfører retsusikkerhed.

Både i teori og praksis er man dog indstillet på at gennemføre undtagelser fra udgangspunktet lex loci delicti, f.eks. hvis skadevolder og skadelidte begge har fælles bopælslov i et andet land, f.eks. i Tyskland, medens skaden er sket i Danmark (lex communis). Herimod går dog U 1982.886, men se på den anden side 1982.236. I andre tilfælde kan det også tænkes, at den »individualiserende« metode vil føre til anvendelsen af et andet lands lov end handlingsstedets, f.eks. virkningsstedets, f.eks. ved et defekt produkt, fremstillet i stat A, men hvor skaden indtræder i stat B. I disse tilfælde kan der ofte være rimelig grund til at give skadelidte valget mellem de to lovgivninger. Sml. herved U 1977.518 H.

Men bortset fra disse undtagelsestilfælde vil de internationale privatretlige regler formentlig kun sjældent føre frem til at anvende skadelidtes bopælslov i stedet for handlingsstedets lov.

Drejer det sig derimod om erstatningsudmålingen ved personskade, er der efter min opfattelse gode grunde til en friere retsændelse. Det er ganske vist almindeligt

antaget, at man i hvert fald som udgangspunkt bør anvende den samme lov på erstatningsberegningen, som den, der skal anvendes på ansvarsgrundlaget. Både teori og praksis har dog været indstillet på i visse tilfælde at anvende skadelidtes bopælslov i noget videre omfang, end hvor det drejer sig om ansvarsgrundlaget. Som eksempel kan nævnes en utrykt VLD af 20.3.1968 refereret af Allan Philip, Dansk international privat- og procesret s. 385, hvor det blev antaget, at en tysk ejer af en bil, der var blevet beskadiget ved et trafikuheld i Danmark, havde krav på erstatning for udgifterne til reparationerne i Tyskland, selv om disse lå højere end udgifterne dertil i Danmark. Der kan dog næppe udledes ret meget af denne dom vedrørende domspraksis' mere principielle stilling til spørgsmålet. Drejer det sig om en personskaade, findes der ingen danske domme, som klart vil anvende skadelidtes bopælslov (bortset fra de nævnte tilfælde af *lex communis*). Dette må således også siges om U 1959.537, hvor en parisisk betjent var blevet dræbt under et ferieophold i Danmark. Dommen resolverede, at kravene om forsørgertabserstatning til hans børn måtte afgøres efter dansk ret, men under hensyntagen til børnenes faktiske levevilkår i Frankrig. Dette synspunkt går dog ikke imod dommens udtalelse om, at dansk ret skulle anvendes, idet hensyntagen til børnenes faktiske levevilkår dengang indgik direkte i skønnet efter dansk praksis, sml. EAL § 14.

Problemet er imidlertid, om man ikke i langt videre omfang burde anvende skadelidtes bopælslov – ja, jeg ville gå så langt som til at foreslå, at skadelidte burde have valget mellem handlingsstedets lov og sin bopæls lov. Lad os igen se på det ovenfor

nævnte eksempel med den spanske pige, som ville have fået et betydeligt mindre beløb efter dansk ret end efter spansk. Dette hænger først og fremmest sammen med forskellighederne i landenes sociale systemer, f.eks. vil udgiften til fremtidig pleje og hospitalsudgifter i Danmark i det væsentlige blive betalt af det offentlige, og dansk ret giver ikke det offentlige regresret for disse udgifter.

Endvidere spiller selve erstatningsniveauet en væsentlig rolle, idet dets højde som oftest er afpasset efter hele det pågældende lands (her handlingsstedets) sociale ydelsessystem. Det er derfor ikke rimeligt, at skadelidte skal tilkendes en erstatning, som slet ikke er afpasset efter skadelidtes egen bopæls sociale lovgivning. Den kan som i det nævnte tilfælde blive for »lav«, men den kan også blive for »høj«, f.eks. hvis en i Danmark domicileret person, som er undergivet dansk sociallovgivning, bliver skadet i Tyskland og derfor tildelt en betydelig højere erstatning end efter EAL. Da de enkelte domstole i princippet går ud fra, at skadelidte nok skal have fuld erstatning, men ikke overkompenseres, er det naturligvis helt rimeligt, hvis f.eks. den tyske domstol tager hensyn til danske sociale ydelser etc. Men det er en vanskelig og meget skønspræget opgave, hvis man da ikke ligefrem tager skridtet fuldt ud og anvender dansk ret, altså EAL ved erstatningsudmålingen.

De anførte betragtninger kan også tages til indtægt til fordel for skadevolderen, således at han muligvis også burde have ret til at vælge skadelidtes domicillov i stedet for handlingsstedets. Formentlig burde man skære helt igennem og indføre en regel om, at skadelidtes bopælslov normalt skal anvendes ved beregningen af

hans personskade (naturligvis forudsat, at skadelidte rent faktisk er berettiget til de sædvanlige sociale ydelser i bopælslandet). Parternes eventuelle kontraktsforhold bør normalt ikke tillægges betydning, med mindre der foreligger en egentlig gyldig partshenvisning.

Hvad taler så imod denne ordning. Det vigtigste modargument er, at skadevolderen (og dennes ansvarsforsikring) kan blive pålagt en uforudset høj erstatningspligt, dersom skadelidtes hjemlands lov yder personerstatninger, som er meget højere end handlingsstedets lov. Efter min formening er argumentet ikke afgørende. Drejer det sig om lande inden for EF eller Europa i det hele taget, kan der nok konstateres betydelige forskelle i nogle tilfælde, men med vore dages intensive biltrafik over grænserne vil dog både bilisterne og deres forsikringselskaber, som skal dække ansvaret ved forsikringstagerens kørsel i udlandet, ikke blive særligt konsternerede over forskellene. Drejer det sig derimod om personskadeerstatning i USA, er det måske ikke overraskende, at beløbene kan blive eksorbitant høje, men det kan dog virke temmelig urimeligt, hvis f.eks. en amerikansk turist i Europa forlanger 15 millioner kr. for en hofteskade, som medfører noget gangbesvær, under henvisning til, at det ville han have fået hjemme. Det samme kan siges om den sag, som indleder nærværende artikel. Princippet om *Ordre Public* vil næppe kunne anvendes til at bøde på eksorbitante erstatningsbeløb.

Nu kan det næppe tænkes, at de her fremførte forslag vil blive godtaget af retspraksis, selv om det nok var lovmæssigt muligt. Der må formentlig en lovgivning til, helst i forbindelse med en konvention eller måske et EF-direktiv (det

omtalte EF-udvalg fremsætter også et lignende forslag som et midlertidigt forslag), og så kunne man jo samtidig sætte et passende maksimum på erstatningen for den enkelte skadelidte.

Et vanskeligt spørgsmål vedrører spørgsmålet om, hvor meget en skadelidt ville få tilkendt i sit hjemland. Udgangspunktet må uden tvivl være, at den part, som anmoder om, at skadelidtes domicillov lægges til grund ved erstatningsberegningen, bør have bevisbyrden. Det kan imidlertid være vanskeligt at bevise, hvordan beregningen ville blive i det konkrete skadestilfælde. Man burde derfor nok etablere et særligt udvalg eller lignende, bestående af forsikringsfolk, jurister og læger, som kunne afgive udtalelser om spørgsmålet (hos os formentlig: Arbejdsskadestyrelsen). Blev der indgået en konvention, kunne de pågældende lande hver nedsætte et udvalg, som skulle udtale sig om sit eget lands erstatningsberegning, hvilket ville være en betydelig nemmere opgave. Jeg har i det foregående i skitseform søgt at vurdere de forskellige muligheder for at løse personskadestilfælde ud fra et internationalt aspekt. Problemet trænger sig stærkt på som følge af nutidens voldsomt stigende internationale samkvem. Og kan mine refleksioner hjælpe lidt til med at skabe debat om problemerne, ville jeg være meget tilfreds.

NOTE:

Emnerne i nærværende artikel er omtalt i min: Erstatningsretten, 5. udgave, København 1989, med udførlige litteraturhenvisninger.

Internationale Købekontrakter: *Et skandinavisk perspektiv*

Af Joseph Lookofsky

Introduktion

Køb har længe været den kontrakt, som spiller den største rolle i det praktiske liv. I vor tid er købskontrakten ikke alene afgørende for det enkelte lands økonomi, men også for den stadig stigende transnationale integration. Jo mere handel over landets egne grænser, des større behov for ensartede regler om internationale køb.

Nu foreligger der et sådant regelsæt, som det tog godt 50 års tålmodigt arbejde at udvikle. Blandt andre har professor, dr. jur. Anders Vinding Kruse gjort en stor indsats i dette arbejde.

Professor Vinding Kruse deltog allerede i det arbejde, der førte til »ULIS« – de to Haagerkonventioner fra 1964, dels om en international købelov og dels om afslutning af aftaler inden for denne købelovs område. Det viste sig dog ret hurtigt, at ULIS kun vil blive ratificeret af få, mindre lande, og at ULIS ikke kunne tilfredsstille det internationale behov.

Arbejdet med en efterfølger-traktat foregik i de Forenede Nationers »UNCITRAL« regi, og i 1980 var det Vinding Kruse der – på Danmarks vegne, og som leder af landets officielle delegation i Wien – skulle underskrive den nye købskonvention: »CISG«. Først 10 år senere

kunne det store projekt siges endeligt at være fuldenendt: i marts 1990 trådte CISG i kraft i Danmark; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods blev en del af gældende dansk ret. CISG er desuden blevet ratificeret af de øvrige skandinaviske og en lang række andre lande, såvel i og som udenfor EF.

Listen af Contracting States omfatter bl.a. Amerikas Forenede Stater, Argentina, Chile, Egypten, Finland, Frankrig, Italien, Jugoslavien, Den Kinesiske Folkerepublik, Lesotho, Mexico, Norge, Ukraine, Syrien, Sverige, Ungarn, Zambia og Østrig. I løbet af 1991 træder CISG desuden i kraft i Schweiz, Tyskland, m.fl.

CISG kan måske allerede beskrives som den hidtil vigtigste supranationale lov på obligationsrettens område. Alligevel ville Vinding Kruse sikkert erkende, at traktaten ikke er noget problemfrit dokument. Det opnåede resultat afspejler ikke alene den enighed, der hviler på et bredt fælles grundlag, men også en række vidtgående kompromisser, der ikke helt kunne udglatte de divergerende nationale opfattelser.

I det følgende vil jeg gøre rede for visse træk ved den nye konvention, der set fra et skandinavisk perspektiv kunne synes at forekomme mindre vellykkede eller endda

ligefrem problematiske. Min retssammenlignende målestok vil være skandinavisk national ret.

Først vil jeg – og ikke mindst for de læsere uden særlige forudsætninger på dette retsområde – give en kortfattet beskrivelse af Konventionens rolle, anvendelsesområde og relation til de skandinaviske købe- og aftalelove. Dernæst skal jeg fremhæve to centrale træk ved den nye traktat: (1) reglerne om købsaftalens indgåelse og (2) de vigtige regler om erstatning for kontraktsbrud. Endeligt vil jeg afslutte med nogle mere generelle bemærkninger om kontraktsrettens internationalisering og om behovet for et bredt retsspektrativ i en integreret verden.

Skandinavisk ret og CISG

Før CISG-konventionens fremkomst kunne danske og øvrige skandinaviske domstole ikke løse tvister om internationale køb ved brug af supra-nationale regler. De måtte i stedet anvende de nationale regler: lovvalget mellem konkurrerende (skandinaviske hhv. fremmede) materielle regler blev foretaget i overensstemmelse med forumlandets internationalt privatretlige regler. En kort illustration vil demonstrere dette før-CISG régime:

Illustration 1. Sælger i Danmark tilbyder at sælge løsøre til køber i Frankrig. Før køber når at poste sin accept, tilbagekalder sælger sit tilbud. Køber anlægger derefter retssag i Danmark, idet denne påstår, (1) at tilbudet er bindende, og kræver (2) erstatning for misligholdelse.

Spørgsmål 1 i denne illustration vedrører

købsaftalens indgåelse: er sælger bundet af sit tilbud? Under det gamle régime ville den danske domstol først have anvendt de danske lovvalgsregler for at finde frem til det relevante materielle regelsæt. I Danmark gælder Haagerkonventionen af 1955 om, hvilken lovgivning der skal anvendes på internationale løsørekøb, og hovedreglen her er »sælgerens lov«. Spørgsmålet om tilbuddets bindende kraft skulle derfor afgøres iht. den danske *Aftalelov*.

Spørgsmål 2 vedrører køberens misligholdelsesbeføjelser: forudsat at sælger er bundet af sit tilbud, skal han svare erstatning for et af køberen lidte tab? Også her ville før-CISG løsningen have været anvendelsen af dansk materiel ret – i dette tilfælde Købeloven af 1906 (KBL).

Alt dette hørte således til det gamle régime. Nu gælder derimod de nye CISG regler om *internationale* køb. Og da CISG – ligesom KBL – er et materielt regelsæt, foreligger der ikke længere helt samme behov for et lovvalg imellem konkurrerende nationale regler: fremdeles deler to forskellige stater, såsom Danmark og Frankrig, der begge har ratificeret CISG, et enkelt sæt regler om internationale køb. Jeg siger »ikke helt,« fordi de skandinaviske lande ikke har ratificeret hele CISG!

Konventionen har i alt fire hovedbestanddele: *del I* om Konventionens anvendelsesområde (Sphere of Application) mv.; *del II* om købsaftalens indgåelse, tilbud og svar (Formation of the Contract); *del III* indeholdende de egentlige køberetlige regler, de KBL-lignende regler om parternes forpligtelser og beføjelser (Sale of Goods); og *del IV* med en række afsluttende bestemmelser (Final Provisions), bl.a. nogle vigtige regler, der gjorde det muligt for de skandinaviske lande at tage

visse forbehold med hensyn til Konventionens anvendelse i vor del af verden.

Alle de skandinaviske lande – og kun disse – har benyttet sig af det vidtrækkende Artikel 92-forbehold, således at disse lande overhovedet ikke er bundet af CISG del II om købsaftalens indgåelse. De skandinaviske lande er ganske enkelt ikke »Contracting States« når det gælder denne del II.

Fremdeles gælder derimod Konventionens del III – og ikke den tilsvarende nationale KBL – med hensyn til købsaftaler indgået mellem parter bosat i en skandinavisk og en ikke-skandinavisk CISG stat. (Er aftalen mellem parter i to forskellige skandinaviske stater, er det fortsat KBL, der finder anvendelse, jfr. »naboforbeholdet« i Artikel 94.)

Vender man herefter tilbage til *Illustration 1*, synes fremkomsten af CISG (og dennes del III) kun at påvirke resultatet i *spørgsmål 2*. *Spørgsmål 1* reguleres forstat af den internationale privatret og national ret.

Ikke desto mindre skal det fremhæves, at retsvirkningen af de skandinaviske forbehold overfor del II ikke er så vidtrækkende, som *Illustration 1* ellers måtte få en til at tro. Før jeg gør rede for, hvorfor dette er tilfældet, vil jeg gerne sige lidt om, hvorfor disse forbehold overhovedet er blevet taget.

CISG del II: købsaftalens indgåelse

Som enhver skandinavisk jurist vil vide, bliver tilbudsgiver bundet, så snart dennes tilbud kommer til modtagerens kundskab. Tilbuddet forbliver i kraft i den af tilbuds-

giveren angivne periode eller i en rimelig tid.

Denne skandinaviske grundregel kunne godt vække en vis undren hos en jurist uddannet i et Common law system, da Common law tilbudsgiver (*offeror*) slet ikke er bundet på den skandinaviske facon. I følge f.eks. engelsk eller amerikansk ret kan et tilbud tilbagekaldes til enhver tid, forinden tilbudsmodtager (*offeree*) afgiver sin accept. Reglen her afledes af kravet om »consideration« og den tilhørende regel, hvorefter ensidige løfter ikke er bindende. Da et tilbud er en slags løfte, er den tilbudsgiver, der ikke får »consideration« for sit tilbud, ikke bundet af den »gave«, som kan siges at ligge deri.

Kontinentale retssystemmer, såsom de franske og tyske, kender ikke til »consideration«. Og kravet er ikke mindre fremmed for den skandinaviske juridiske tankegang. Hvordan kunne man opnå et CISG del II kompromis, der kunne rumme sådanne forskellige opfattelser?

CISG-reglerne synes at tage udgangspunkt i Common law tankegang: også under Artikel 16(1) binder tilbudet ikke, før modtageren har afsendt sin accept.

Men dette er jo kun et udgangspunkt, idet Artikel 16(2) også indeholder to vigtige undtagelser til reglen om tilbagekaldelighed. Hvor et CISG-tilbud indeholder en svarfrist eller på anden vis giver udtryk for (»indicates«), at det skal være uigenkaldeligt (»irrevocable«), bliver tilbudsgiveren bundet inden accept, jfr. artikel 16(2)(a). CISG-tilbudsgiveren bliver også bundet uden accept, når tilbudsmodtageren på rimelig vis har handlet i tillid til tilbudet (»acted in reliance«), jfr. artikel 16(2).

Desværre kunne disse indrømmelser ikke tilfredsstille alle, der gik ind for en mere

skandinaviske idé. Derfor måtte det endelige CISG kompromis gå så vidt som overhovedet muligt. Konventionen skulle, i virkeligheden, opdeles i to: indsættelsen af Artikel 92-forbeholdet gjorde det muligt for en »Contracting State« helt at afvise del II, bl.a. de her omtalte regler om tilbudets bindende kraft.

Indtil videre er det kun de skandinaviske lande, der har benyttet sig af Artikel 92-forbeholdet. Kun disse lande er ikke »Contracting States«, når det gælder CISG del II.

Da Konventionens egne undtagelser til reglen om tilbagekaldelighed er lige ved at udviske den praktiske forskel mellem Artikel 16 og skandinavisk ret, synes den skandinaviske enegang her ganske svær at forsvare.

Hertil kommer den omstændighed, at de skandinaviske forbehold næppe kan få den tilsigtede retsvirkning. Grunden hertil ligger i CISG del I, idet disse regler om Konventionens anvendelse også binder de skandinaviske »Contracting States«.

Konventionen finder navnlig ikke alene anvendelse, (a) når sælger og køber har deres forretninger beliggende i forskellige »Contracting States«, men også (b) når forumstatens internationalt privatretlige regler peger på loven i blot een CISG-stat. Alt efter omstændighederne, kan sidstnævnte regel i Artikel 1(1)(b) tjene til at aktivere CISG del II i en skandinavisk stat.

Lad os variere det tidligere omtalte eksempel:

Illustration 2. Sælger i Frankrig tilbyder at sælge løsrøre til køber i Danmark. Før køber når at poste sin accept, tilbagekalder sælger sit tilbud. Køber anlægger derefter retssag i Frankrig, idet denne påstår, (1) at

tilbudet er bindende, og kræver (2) erstatning for misligholdelse.

I forhold til det tidligere eksempel har køber og sælger blot byttet lande. *Spørgsmål 1* vedrører fortsat købsaftalens indgåelse: er sælger bundet af sit tilbud? Og *spørgsmål 2* vedrører fortsat køberens beføjelser: forudsat at sælger er bundet, skal han svare erstatning for et af køberen lidt tab?

Alligevel kan vi ikke gå ud fra, at sagen skal løses på ganske samme måde, og navnlig ikke når det gælder spørgsmål 1. Ganske vist gælder Haagerkonventionen af 1955 også i Frankrig, således at lovvalghovedreglen fortsat er »sælgerens lov«. Men sælgerens franske lov i et internationalt køb er CISG, herunder del II. Resultatet af CISG Artikel 1(1)(b) og 1955-reglen er således, at CISG del II skal afgøre, hvorvidt den danske køber kan holde sælger til sit tilbud.

Konklusionen her er, at det skandinaviske forbehold overfor del II kun vil få virkning i ca. halvdelen af de sager, hvor aftalens indgåelse er på tale, dvs. kun i de sager, hvor den skandinaviske »købers ret« finder anvendelse. Dette kan næppe siges at være nogen logisk eller ønskelig retstilstand – hverken for det internationale erhvervsliv eller for dets advokatstand.

CISG del II: erstatning for misligholdelse og indirekte tab

Det andet CISG moment, som nu skal omtales, vedrører del III af den nye traktat: de regler, der regulerer købsaftalens misligholdelse, og de beføjelser, der tilkommer den forurettede part. Ligesom de tilsvarende regler i KBL gælder CISG-

reglerne kun i det omfang, parterne ikke har benyttet sig af deres frihed til at udforme individuelle kontraktsbestemmelser med henblik på sådanne spørgsmål, jfr. Artikel 6.

Mange vil nok kalde del III for Konventionens mest centrale del, og her finder vi ikke noget skandinavisk forbehold svarende til det, der blev taget overfor del II. Som det dog allerede er blevet fremhævet, gælder CISG ikke for køb mellem parter med forretning i to forskellige skandinaviske stater, jfr. de iht. Artikel 94 tagne »naboforbehold«.

Her vil jeg omtale retten til at kræve erstatning for købsaftalens misligholdelse. Set fra en økonomisk og praktisk synsvinkel ville de fleste advokater vel mene, at erstatning er den vigtigste beføjelse, der tilkommer den forurettede part.

Ligesom det er tilfældet i national ret, synes det hensigtsmæssigt at opdele CISG erstatningsspørgsmålet i to led. Først tales der om ansvarets »grundlag«: under hvilke betingelser retten til erstatning overhovedet kan gøres gældende. Foreligger der et grundlag, bliver det nødvendigt nærmere at præcisere erstatnings udmåling eller »omfang«.

Når det gælder CISG-ansvarets grundlag, er det klart, at Konvention er udtryk for et »no-fault« system. Det er således selve misligholdelsen, der udløser erstatningsbeføjelsen: der kræves kun bevis for, at CISG aftalen ikke behørigt er blevet opfyldt, ikke at dette skyldes culpa fra den misligholdendes side. Leverer en CISG sælger en mangelfuld vare – en vare, der ikke svarer til de i Artikel 35 beskrevne krav – udløses erstatningsbeføjelsen alene på dette grundlag, jfr. Artikel 45. Der stilles ikke spørgsmål, om manglen skyl-

des culpa fra sælgerens side. (Reglen om købers misligholdelse er af tilsvarende karakter, jfr. Artikel 61.)

Hermed er det ikke sagt, at der altid – uden undtagelse – skal svares erstatning for ikke opfyldelse af en CISG forpligtelse. Der kan navnlig efter omstændighederne blive tale om en »exemption« iht. Artikel 79. Dog er en sådan ansvarsfritagelse – for *force majeure* o.lign. – netop den form for undtagelse, der bekræfter reglen: Artikel 79 udvander ikke CISG til noget culpa-baseret system. Selv når det gælder sælgerens ansvar for mangler, er der enighed om (også f.eks. blandt tyske jurister), at CISG er udtryk for et »no-fault« system.

Artikel 45 (ligesom 61) giver således en enkel og entydig definition på den første ansvarskomponent. Det samme synes desuden at være tilfældet, når det gælder spørgsmålet om CISG ansvarets omfang. Udgangspunktet her er den velkendte regel om fuld erstatning for »opfyldelsesinteressen«, der vil stille den forurettede part, som om aftalen var opfyldt på behørig vis. Hertil kommer to ligeså velkendte modifikationer. I følge »adækvans«-begrænsningen i Artikel 74 skal der ikke svares erstatning for upåregnelige tab, ligesom der ikke skal betales erstatning for tab, som den forurettede havde mulighed for at undgå eller begrænse, jfr. Artikel 77.

Hviket indtryk af disse erstatningsregler får den skandinaviske observatør?

Den danske jurist kunne f.eks. notere sig, at »exemptions«-reglen i Artikel 79 ikke helt svarer til den tilsvarende genus ansvarsregel i den danske KBL § 24, men denne nationale regel er da også blevet kritiseret for at være for streng, så den mere flexible CISG regel kan hilses med en uforbeholden velkomst. Danskeren

kunne også notere sig, at CISG ikke indeholder noget særligt ansvarsgrundlag for specieskøb svarende til KBL § 23, men denne detalje har heller ikke større praktisk betydning. Mere slående er den lighed mellem CISG og dansk ret, når det gælder ansvarets udmåling: »foreseeability«-kriteriet i Artikel 74 stemmer ganske godt med Lassens lære om adækvans.

I det øvrige Skandinavien kunne der være anledning til andre bemærkninger af retssammenlignende karakter. Dette skyldes den omstændighed, at de skandinaviske købelove ikke længere er ens. I årene 1987-90 blev der vedtaget en ny købelov i Finland (der ikke før havde en sådan skrevne lov), og en omfattende revision af den gamle lov fandt sted i såvel Norge som Sverige.

I disse 3 lande – men altså ikke i Danmark – kan man notere sig, at »exemptions«-reglen i CISG Artikel 79 svarer fuldstændigt til ansvarsreglen i den nye købelovs § 27(1). Og forklaringen er enkel: den nye skandinaviske regel – der finder anvendelse ved såvel genus- som specieskøb – ligefrem er blevet hentet fra reglen i CISG.

Denne slående lighed til trods, kan der i Finland, Norge og Sverige alligevel være nogle blandede følelser om ansvarssystemet i CISG. Når der ses bort fra reglen i § 27(1), er den nye KBL et udtryk for et stort skridt væk fra såvel CISG som fra dansk ret. I den nye KBL er ansvarsgrundlaget blevet gjort afhængigt af skadens *art*! Specielt når det gælder genus/species sælgerens ansvar for »indirekte« tab (også kendt som »consequential loss«), er *culpa* ansvarsgrundlaget i den reviderede KBL. Kun i Danmark gælder der p.t. et system som det i CISG: et system hvor sælgeren

ifalder ansvar uden culpa for alt påregneligt og uundgåeligt tab.

Illustration 3. Sælger leverer maskiner til køber's virksomhed. Da disse maskiner lider af en skjult mangel, bliver købers egen produktion forringet: købers forventede fortjeneste går tabt.

Den danske KBL regel er ligesom den i CISG: sælger er ansvarlig uden culpa. Og da der her synes at være tale om et påregneligt og uundgåeligt tab, er køber berettiget til at kræve erstatning herfor. Modsat er situationen i Finland, Norge og Sverige: under den nye KBL kan køber kun kræve erstatning, såfremt der foreligger bevis for sælgerens »skyld«.

Dette er ikke rette sted at gå ind i en nærmere analyse af den reviderede KBL. Dog skal det siges, at disse nye ansvarsregler tilføjer en betragtelig dosis formalisme og kompleksitet til et regelsæt, der ellers var kendt for dets realisme og enkelhed. »Indirekte tab« har ingen klar mening i praksis, og den nye KBL § 67(2) retter næppe op på dette. Dog tjener de nye ansvarsregler til at sætte finsk, norsk og svensk ret ude af trit med, hvad der gælder i verden i øvrigt.

Mod et transnationalt perspektiv

Heldigvis kan de skandinaviske lande alle nå at rette deres fejl ved ikke at ratificere del II af CISG: Artikel 97(4) giver mulighed for at trække del II-forbeholdet tilbage. På denne måde kan vi stadig vælge at tilslutte os Konventionens udmærkede

regulering af købsaftalens indgåelse på det internationale plan.

Det er også et held – men kun for Danmark – at vi ikke tvinges til at tage imod reglerne om »indirekte tab«. Når der ses bort fra dette punkt, er den reviderede KBL i ganske god overensstemmelse med CISG, og en dansk KBL særregel her vil næppe bringe den skandinaviske »nabo«-status i fare: vi vil stadig dele »closely related legal rules on matters governed by this Convention«, jfr. Artikel 94. Der er desuden god grund for Danmark til at følge CISG, når dette er ved at blive lovgrundlaget for køb i de øvrige EF-lande.

Det kan være, at vi i Skandinavien endnu ikke helt har indset betydningen af det, som Anders Vinding Kruse og hans kollegaer har givet os. Sammenlignet med vor lokale ret er CISG ikke nødvendigvis udtryk for den »bedre« regel. Men CISG er helt sikkert den bedste *internationale* regel, idet vi på dette niveau er bedre tjent med ensartede materielle regler, end vi er med »conflict of laws«. Vi er ikke godt tjent med et del II forbehold, der i realiteten erklærer, at vi foretrækker at bruge vore egne regler halvtreds procent af tiden, fremfor at bruge det internationalt acceptable regelsæt hele tiden. Hvad enten de er »bedre« eller ej, er vi heller ikke tjent med skandinaviske særregler, der kun finder anvendelse på ansvaret i de lokale led i den internationale omsætningskæde – en

ny KBL ude af trit med den nys kodificerede *lex mercatoria*.

Som det udtrykkes i preambelen til CISG, er udvikling af den internationale handel på grundlag af lighed og gensidige fordele en vigtig faktor til fremme af venskabelige forbindelser mellem stater. Vedtagelsen af ensartede regler, som regulerer aftaler om internationale køb, vil desuden bidrage til at fremme den fredelige udvikling af den internationale handel.

Dette er CISG-løftet: løftet om en international lov til regulering af den internationale handel. Det tog godt 50 år, før tilbudet kom på bordet. Det fortjener intet mindre end vore helhjertede accept.

Udvalgte henvisninger:

Honnold, *Uniform Law for International Sales* (Deventer 1982). Lookofsky, »Fault and No-Fault in Sales Law«, 27 *Scandinavian Studies* 109 (Stockholm 1983). Gomard, »Kontraktfrihed«, *Danske og Norske Lov i 300 År* (Copenhagen 1983). Vinding Kruse, »En ny international og en ny nordisk købelov«, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1984 B s. 25. Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (Vienna 1986). Lookofsky: »Remedies for Breach under the CISG«, *Commercial Damages* (Knapp ed. New York 1987); *Consequential Damages in Comparative Context* (Copenhagen 1989); *Internationale Køb* (Copenhagen 1989); »KBL II og indirekte tab«, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1989 B s. 239. Gomard & Rehnagel, *International Købelov* (Copenhagen 1990). Lookofsky, »Loose Ends and Contorts in International Sales«, vol. 39:2 *American Journal of Comparative Law* s. 407 (Berkeley 1991).

Familieretten på vej mod år 2000

Vue over Familierettens placering i systemet

Af Linda Nielsen og Vibeke Vindeløv

Familien karakteriseres ofte som en af samfundets basale institutioner, hvilket bl.a. hænger sammen med dens betydning for reproduktion og omsorg. Familierettens formål er bl.a. at understøtte familien, familiefællesskabet og (ønskelige) familiefunktioner retligt. Da familiedannelse, familiefunktioner og familieideologi er historisk og kulturelt betinget, vil familieretten i overensstemmelse hermed forandre sig over tid.

Formålet med det følgende er at trække de lange udviklingslinjer op inden for familiefunktionerne og familieideologien og dermed give et vue over, hvorledes familieretten afspejler bevægelserne. Samtidig gives et bud på familierettens placering i systemet på vej mod år 2000. Hovedvægten er lagt på tendenserne til nedtoning af fællesskabet i familien henimod en orientering ud fra det enkelte individ. Som led heri analyseres ligestilling og ensliggørelse af kønnene.

Udviklingslinjerne frem til i dag

Set i et historisk perspektiv har familien tidligere været karakteriseret ved indbyrdes

afhængighed og et meget nært fællesskab. I bondefamilien omfattede fællesskabet en »storfamilie«, og enkeltindivider i gruppen blev knyttet sammen af stærke økonomiske, arbejdsmæssige og sociale bånd; den enkelte var en del af helheden og underordnet denne og det fælles bedste. Familiedannelsen udgjorde formentlig en social nødvendighed: Familien varetog samfundets fundamentale interesse i såvel reproduktion og børneopdragelse som forsørgelses- og omsorgsfunktioner over for syge og gamle – også uden for kernefamiliens kreds.

Familiefunktionerne afspejledes i familieretten, hvor slægtens og storfamiliens betydning var fremherskende for formueordning, arveret mv. Familiestyret var hierarkisk og patriarkalsk, idet manden var »husbond« for hustruen såvel som for børn (og tyende). Familiedannelsen var oprindeligt relativt formløs, men livsvarig. Ægteskab kunne stiftes enten ved aftale om ægteskab eller ved trolovelse efterfulgt af samleje; ægteskabet var normalt uopløseligt. Fra 1582 krævedes kirkelig medvirken til ægteskabs indgåelse. Fra slutningen af 1600-tallet blev ægteskabet anset som en »evig kontrakt«, der grundede sig

på naturens ret og på biblen, på hvilken den kristelige konges love hvilede. Der var indført adgang til skilsmisse i særlige tilfælde, herunder »hor« og »desertio«.

I løbet af 1800-tallet førte industrisamfundet til, at fællesskabets omfang og indhold svækkedes. Slægtens betydning mindskedes og familiens betydning som produktionsenhed smuldrede, idet manden nu ofte arbejdede uden for hjemmet. Storfamilien blev derfor afløst af kernefamilien. Fællesskabsaspektet mellem ægtefællerne og familiens betydning for børneavl og børneopdragelse blev dog stadig stærkt understreget. Ifølge standardmønstret for autoritet og rollefordeling var manden – faderen – dominerende, når der skulle træffes beslutninger, ligesom han skulle sørge for familiens materielle behov, mens hustruen – moderen – skulle tage sig af husholdningen og børnene. Ægteskabet var også afgørende for ægtefællers og børns status. »Uægte børn« udgjorde et brud på den sociale orden derved, at barnet ikke fødtes ind i nogen social sammenhæng med materiel basis for at sørge for og bekoste dets opvækst og var følgelig udsat for social deklassering.

Retlige manifestationer af det klassiske familiebillede kan påpeges: Ægteskabet, som udgjorde den eneste accepterede form for familiedannelse, kunne kun opløses af alvorlige grunde og kun i retlige kategorier. Ægteskabet blev verdsliggjort og retsliggjort, ligesom det naturretlige fundament svandt. Kort før århundredskiftet opnåede såvel den ugifte som den gifte kvinde myndighed. Den gifte kvinde var dog stadig undergivet reminiscenser af mandens husbondmyndighed; f.eks. kunne han træffe bestemmelse om familiens bopæl og om børnene, ligesom han havde

rådighed over alle fællesejemidlerne, uanset om de var indbragt i ægteskabet af hustruen. Manden havde pligt til at forsørge hustruen, mens hustruens forsørgelsespligt over for manden kun gjaldt i forhold til det offentlige. Endelig havde »uægte børn« hverken arveret efter faderen eller ret til at bære faderens navn.

Det standardmønster for familien, der er ridset op ovenfor som gældende omkring århundredskiftet, lå til grund for den omfattende familielovgivning i 1920'erne og 1930'erne. Ændringerne var inspireret af liberalistiske frihedsidealere og en konsekvens af kvindernes frigørelse. Familieideologien blev nu centreret om ligestilling og selvstændighed – som et samvirke mellem individer med værdsættelse både af pengeforsørgelse og af hus- og omsorgsarbejde. Samtidig anerkendtes, at der var behov for at forbedre forholdene for de »uægte børn«.

Ændringerne i familieideologien medførte omfattende lovændringer. Med ægteskabslovgivningen i 1920'erne blev begge ægtefæller synlige i lovgivningen. Dette kom til udtryk i indførelsen af en formueordning med særråden og særhæften under ægteskabet; og i indførelsen af en gensidig forsørgelsespligt, der kunne opfyldes såvel ved pengebidrag som ved arbejde i hjemmet. Reglerne under ægteskabet var imidlertid udtryk for en ligestilling af formel karakter tilrettelagt således, at den ikke lagde hindringer i vejen for de patriarkalske familiestrukturer med en lønerhvervende mand og en hjemmearbejdende kvinde. Ved skilsmisse skulle ligestillings-tanken ud fra formelle betragtninger have ført til en opgivelse af underholdsbidrag og ligedeling af fælleseje; men de sociale realiteter talte deres eget tydelige sprog og

førte til en bevarelse både af bidragsinstituttet (ud fra forsørgelsehensyn) og af ligedelingsnormen med det udtrykkelige formål at tilgodese den hjemmearbejdende hustru, som blev anset at have deltaget i oparbejdelsen af formuen via arbejdet i hjemmet.

Ligestillingstanken førte også til en begyndende ligestilling mellem ægtebørn og børn født uden for ægteskabet, hvorved den retlige deklassering af børn født uden for ægteskab for en stor del bortfaldt.

Tiden omkring midten af 1900-tallet kan betegnes som »familierettens lykkelige periode«. I denne periode var der ro omkring familieretten, idet dens mest påtrængende retfærdighedsproblemer var løst. Der var afstukket en kurs, som bibeholdt ægteskabet som den legale ramme om familielivet, men uden århundredskiftets patriarkat og uden, at børnene uden for ægteskab skulle bære ægteskabets byrde.

De senere årtier har budt på omfattende ændringer i familiedannelsen, familiefunktionerne og familieforsørgelsen:

Familiedannelse sker idag også uden for ægteskabets rammer: Ægteskabet er suppleret af et antal ugifte samlevende, som siden slutningen af 1960'erne har været stadig stigende, jfr. tallene nævnt nedenfor. Hertil kommer (registreret) partnerskab mellem personer af samme køn. Desuden er ægteskabet ikke mere et livsvarigt samliv i de altovervejende tilfælde, jfr. om antallet af skilmissers nedenfor.

Familiens funktioner er indsnævret: Børnepasningen er delvis overtaget af offentlige børneinstitutioner, og pasningen af gamle og syge er overtaget af offentlige plejehjem mv. Hertil kommer, at madlavning, hus- og reparationsarbejde ofte købes udefra eller lettes ved tekniske hjælpe-

midler. Endelig er fritidsmarkedet udvidet med en tendens til at blive benyttet af familiemedlemmerne på individuel basis. Det er blevet sagt om familien idag, at den i hovedsagen fungerer som et fællesskab om seksualitet, følelser, børn og forbrug.

Familieforsørgelsen er delvis overtaget af det offentlige: Eksempler herpå er børnefamilieydelsen til alle børnefamilier, folkepension til alle ældre, og dagpenge til syge og arbejdsløse. Familieforsørgelsen er tillige idag oftest baseret på to-indkomstfamilien, idet pengeindtjening hos begge de voksne familiemedlemmer opleves som nødvendig.

Lad os derfor se nærmere på, hvilke fællesskabsregler, der gælder idag, og hvorledes disse begrundes.

Gældende ret

De ændrede forudsætninger har ikke ført til grundlæggende ændringer af de traditionelle familieretlige retsinstitutter: Forsørgelse, formuefællesskab, arveret, uskiftet bo og (dog kun delvis) underholdsbidrag. Funktionsområdet for fællesskabsreglerne er imidlertid på afgørende områder indsnævret betydeligt, især hvis der ud over de privatretlige regler inddrages offentligretlige familieretlige regler, som Danmark har et rigt udbud af de sociale ydelser, skat mv.

For det første viser indsnævringen af de familieretlige fællesskabsregler sig ved den omfattede personkreds: De ugifte samlevende holdes i almindelighed uden for den centrale familieretlige lovgivning. De er kun omfattet af spredt lovgivning på udvalgte områder, og en samlet regulering

af ugifte samlevendes forhold er ikke for tiden på tale.¹ Eftersom de ugifte samlevende udgør cirka en femtedel af alle samlevende personer i Danmark indsnævres familiefællesskabsreglerne herved betydeligt. Den udvidelse af fællesskabsreglerne, som følger af reglerne om registreret partnerskab, hvorefter to personer af samme køn kan registrere deres partnerskab og dermed opnå hovedparten af ægteskabets retsvirkninger er talmæssigt af langt mindre betydning.²

For det andet er den praktiske betydning af fællesskabsreglerne under ægteskabet mindsket: De privatretlige regler om forsørgelse under samlivet har mistet praktisk og økonomisk betydning i takt med udbredelsen af sociale ydelser. De offentlige familieregler på socialområdet og skatteområdet tenderer mod at minimere fællesskabsreglerne og benytte et individualprincip, hvorefter det er uden betydning for en persons retsstilling, hvorvidt den pågældende er enlig, gift, samlevende mv.

For det tredje er bidragsinstituttet stærkt vigende: Igennem en del år har praksis indført tidsbegrænsede underholdsbidrag, og denne praksis er nu kodificeret således, at der typisk ikke ydes bidrag; når det ydes sker det i en kortere årrække, og kun i særlige tilfælde fastsættes bidrag ud over 10 år. Bidraget udgør – når det fastsættes – normalt kun ¼ af indtægtsforskellen mellem ægtefællerne, og det bortfalder eller nedsættes ved nyt ægteskab eller etablering af samlivsforhold.

For det fjerde har også formuefællesskabet været udsat for indskrænkninger: dels ved at væsentlige – og stadig flere – formuegoder holdes uden for fællesskabsreglerne, af betydning i denne forbindelse er især løngoder og en del pensionsgoder;

dels ved at mulighederne for at fravige formuefællesskab og ligedeling ved aftale (ægtepagt) er udvidet. Mulighederne for familieformueretlige aftaler er ved en lovændring i 1990 liberaliseret og ægtepagter kræver ikke længere godkendelse af en offentlig myndighed. Der kan nu aftales skilsmissesæreje, som kun gælder ved skilsmisse, og der kan aftales særeje, som gælder både ved skilsmisse og en ægtefælles død (fuldstændigt særeje), men således at særejet kun gælder »den efterlevende ægtefælle«. En ulempe ved de udvidede aftalemuligheder kan være, at det bliver »for let« at etablere skilsmissesæreje, som ingen af parterne på aftaletidspunktet forestiller sig, bliver aktuelt.

For det femte er det blevet lettere at komme ud af ægteskabet. Reglerne om separation og skilsmisse er således lempet i 1989, hvilket indebærer, at en ægtefælle énsidigt kan forlange separation, og at skilsmisse kan finde sted efter ½ års separation. Når dette sammenholdes med accepten af ugifte samlivsforhold, kan en

1. Jfr. Ægteskabsudvalget af 1969, som i betænkning 8 (915/1980) s. 48f har udtrykt som sin opfattelse, at formålet må være at formå parterne til at indgå ægteskab, eftersom dette udgør den bedste økonomiske og følelsesmæssige ramme om et samliv. Sigtet har derfor været, at ægtefæller ikke må stilles ringere i lovgivningen end ugifte samlevende. Denne grundopfattelse er senere fulgt op i andre betænkninger og i lovgivningen.
2. Principielt er lovgivningen om registreret partnerskab derimod af betydelig interesse, bl.a. fordi det er den første generelle lovgivning i verden om familierettigheder til homofile. Se om retsstillingen Linda Nielsen i *International Journal on Law and the Family* nr. 3 1990 s. 297-307 »Family Rights and the »Registered Partnership« in Denmark«.

voksen dansker for så vidt uden hverken retlig eller moralsk fordømmelse fravælge ægteskabet og det dermed følgende fællesskab.

For det sjette er der sket en konsekvent adskillelse af forholdet mellem de voksne parter i et samliv og forældrenes forhold til børnene. Det viser sig ved, at ægteskabsretten og »børneretten« findes i forskellige lovkomplekser, idet børneretten er samlet i børneloven og myndighedsloven. Forældres forsørgelsespligt er uafhængig af, om de er gift eller ej og om de lever sammen med barnet eller ej.³ Det samme gælder ikke for forældremyndigheden, men en retsstilling meget lig gifte forældres kan opnås for ugifte forældre ved at aftale fælles forældremyndighed (og værgemål). Tendensen i lovgivningen er at knytte retsvirkninger til det biologiske forældreskab. Fællesskabet med børnene fører således hverken til, at børneudgifterne deles eller til, at der tages hensyn til børnene ved formuedelingen. Ønskeligheden af deltidsjob, mens børnene er små, indgår ved spørgsmålet om bidrag til forældremyndighedsindehaveren, typisk moderen, men ikke som generel faktor.

Som det er fremgået, indsnævres den praktiske betydning af fællesskabsreglerne markant, men indirekte, nemlig uden at det retlige koncept undergår fundamentale ændringer. Fællesskabsreglerne i familieretten må siges at være under pres. Udviklingen henimod en markant udtynding af fællesskabsreglerne er næppe tilendebragt. Dette rejser spørgsmål om, hvorledes denne tendens forholder sig til de ideologier, der må antages at ligge bag familieretten og de økonomiske fællesskabsregler.

Demografi og statistik – nogle relevante tal

Befolkningen udgjorde i 1991 ca. 5.1 mill. (i 1950 var befolkningen på ca. 4 mill.). Fra 1950'erne frem til midten af 60'erne steg antallet af børnefødsler fra godt 76.000 årligt til godt 88.000 årligt. Siden er fødselstallet faldet og har de seneste år ligget på 50-55.000 årligt. Antallet af legalt provokerede aborter har, siden loven om fri abort indførtes, ligget på omkring 20.000 årligt, et tal som – selv blandt kvindeorganisationer – anses for for stort.

Ved årsskiftet 1989/90 var omkring 800.000 i alderen 0-14 år, ca. 3.3 mill. i alderen 15-60 år, og endelig var godt 1 mill. over 65 år gammel. Som de fleste steder i verden forventes fordelingen mellem den arbejdende del af befolkningen og den del, der på grund af alder er udelukket fra arbejde, at blive stadig mere skæv. Således forventes 14% i 2010 at være over 67 år gammel, mens 19% i 2025 vil være over 67 år gammel.

I 1950 var der ca. 36.000 vielser (befolkningen 4 mill.). I 1982 var der 24.300 vielser (befolkningen 5.1 mill.). De seneste år er antallet af vielser steget og udgjorde i 1988 32.080 (ratio 6.0).⁴

3. Såfremt barnet ikke har ophold hos den ene af forældrene omdannes forsørgelsespligten til en bidragspligt. Bidragets størrelse, som nu er ens for faderen og moderen, fastsættes ud fra indtægt. Pr. 1. juli 1990 udgjorde det såkaldte normalbidrag, som fastsættes ved gennemsnitsindtægter 7.764 kr. pr. år. Beløbet dækker langt fra halvdelen af de normale børneudgifter, men typisk kun ca. 1/4.

4. Pr. 1.000 indbyggere.

I 1959 var der 6.681 skilsmisser. Op gennem 80'erne har antallet af skilsmisser udgjort ca. 14.500 årligt. Der er ikke tale om et fald i antallet af skilsmisser.

I 1974 levede ca. 200.000 fra 16 år og opefter sammen uden at være gift (svarende til ca. 8% af samtlige parforhold), i 1990 er antallet ca. 600.000 (svarende til godt 20% af samtlige parforhold). I 1985 var der børn i 36% af disse samlivsforhold, heraf fællesbørn i ca. 25%. Andelen af samlevende, som har samlevet i en årrække mere end 5 år, har ligeledes været stigende.

Omkring halvdelen af den danske voksne befolkning svarende til 1.5 mill. lever alene uden partner. Dette er en stigning siden 1981 på 14%.

I perioden 1981-87 er antallet af enlige mødre steget med 13,3%; i 1991 er antallet ca. 141.000. Antallet af enlige fædre er i samme periode steget med 23,3% og udgør i 1991 ca. 27.000.

I 1967 havde hveranden kvinde arbejde, svarende til 36,8% af arbejdsstyrken; i 1988 havde 2 ud af 3 kvinder arbejde svarende til ca. 46% af den samlede arbejdsstyrke. Ca. 41% af kvinderne har deltidsarbejde, mod ca. 9% af mændene. Antallet af arbejdsløse udgjorde i 1989 ca. 234.000. Kvinder udgør konstant en langt større del af de arbejdsløse end mænd, og nedgangen i arbejdsløshed for kvinder er konstant langsommere for kvinder end for mænd.

I 1973 indførtes princippet om ligeløn i Danmark, hvilket betyder, at betalings-satserne skal fastsættes uden hensyn til køn, samt at begrænsningerne på grund af køn i adgangen til at udføre arbejde af enhver art bortfaldt. I 1972 udgjorde ikke-faglærte kvinders løn 82,4% af ikke-fag-

lærte mænds, i 1989 88,6%. Kvindelige funktionærers månedsløn udgjorde i 1972 64,1% af mandlige funktionærers, i 1989 ca. 75%. Lovens gennemslagskraft er således ganske begrænset.⁵

I 1987 havde dobbelt så mange kvinder som mænd en kort videregående uddannelse. Samme år udgjorde kvinder godt 1/3 af befolkningen med lang videregående uddannelse.

Siden 1987 har forældre kunnet tage barselsorlov i forbindelse med et barns fødsel eller adoption; indtil 10 uger heraf kan benyttes af faderen. Hertil kommer faderens adgang til fravær og dagpenge i 2 uger umiddelbart efter fødslen. Barselsorloven vil som hovedregel medføre et mindre aktuelt løntab, men ikke tab i anciennitet eller pensionsrettighed. I 1988 benyttede 50% af mændene sig af deres adgang til 2 ugers fravær lige efter fødslen, men kun 3% tog andel i 10-ugers perioden.

Familierettens ideologier

Den danske familieret er baseret på forskellige ideologier, som kan grupperes i følgende »sæt«: 1. Ligestilling og selvstændighed, 2. kontrakt og autonomi samt 3. beskyttelse af den »svage« part.

Ligestillingen udgør nok det mest centrale ideologiske budskab. Begrebet er imidlertid flertydigt og kan forstås som henholdsvis ligestilling af køn, ligestilling af arbejdsformer samt ligestilling af samlivsformer.

For så vidt angår ligestilling af mand og kvinde, har ideologien bl.a. ført til, at lovgivningen på afgørende punkter er

5. Dansk Arbejdsgiverforenings arbejderlønstatistik og funktionærstatistik.

formuleret kønsneutralt; således har f.eks. udtryk som »ægtefælle« og »enlig forsørger« erstattet udtryk som »mand/hustru« og »enlig moder«. Ønsket om ligestilling af kønnene har endvidere under henvisning til kvindernes øgede erhvervsaktivitet ført til en nedtoning af bidragsinstituttet, ligesom adgangen til fælles forældremyndighed skal ses som udtryk for en øget interesse og deltagelse i børnepasning hos mænd.

Ligestilling af hus- og omsorgsarbejde med erhvervsarbejde er gennemført i ægteskabslovgivningen og udgør således en klar familieretlig ligestillingsideologi. Ideologien danner grundlag for reglerne om ægtefællernes gensidige forsørgelsespligt, idet denne anses ligefuldt at kunne opfyldes ved hjælp af de iøvrigt usammenlignelige typer indsats som arbejde i hjemmet og erhvervsarbejde, og er endvidere grundlaget for formuefællesskabets ligestillingsnorm ved ægteskabets ophør, idet formuen anses for oparbejdet netop ved hjælp af ægtefællernes fælles indsats, uanset disses art.

En nyere form for ligestillingsideologi er knyttet til ligestilling af ægteskab med samliv uden ægteskab. Dette sker ofte ved det såkaldte individualprincip, jfr. herom nedenfor.

Selvstændighedstanken er uløseligt forbundet med ønsket om ligestilling af kønnene, idet forudsætningen for ligestilling er to selvstændige personer, som hver for sig evner at tage vare på alle sine behov. I den lovgivning, der på det offentlige område regulerer familiens forhold (i særdeleshed skatte- og sociallovgivningen) er der en tendens til at benytte selvstændighed som synonym for uafhængighed. Dette sker ved det såkaldte in-

dividualprincip, hvorefter en person bedømmes uafhængig af civilstand, familietilhørsforhold m.v. Der er tale om en generel og explicit ideologi for det familiepoltiske område, udtrykt i en folketingsbeslutning.

En anden basal ideologi udgøres af autonomien for de voksne parter i en familie. Den stærke – og stigende – betoning af friheden til at vælge i almindelighed og aftalefrihed i særdeleshed ligger i forlængelse af den liberalistiske tankegang og demokratiopfattelse og er samtidig opfattet som en naturlig følge af selvstændighedstankgangen.

Også et ønske om at beskytte den »svage« ægtefælle var oprindeligt et vigtigt princip i selve familieretten. Godkendelsesinstituttet for ægtepagter, som nu er afskaffet, var et eksempel herpå. Denne ideologi synes at spille en yderst tilbagetrukket rolle i dagens familieret.

De nævnte ideologier kan ikke alle tilgodeses fuldtud, og er ofte indbyrdes modstridende, hvorfor de må afvejes i forhold til hinanden. Endvidere er ideologierne til tider netop kun »ideologier« og således ikke udtryk for den virkelighed som de virker i. I det følgende vil en del af disse vanskeligheder blive beskrevet.

Målet med ligestillingen af kønnene er, at hvert individ skal have lige muligheder, ens rettigheder og lige pligter. Dette (må) baseres på en forudsætning om, at begge ægtefæller har sammenlignelige ønsker, behov og målsætning. En nedtoning af bidragsretten med henvisning til kvindernes øgede erhvervsaktivitet er således sket uden hensyn til, at der stadig er markante lønforskelle mellem mænd og kvinder, og kan derfor ses som udtryk for at det antages at være kvindernes eget ansvar, at de

formelt set lige muligheder udnyttes ulige. Tilsvarende har adgangen til fælles forældremyndighed efter separation og skilsmisse samt ved ugifte samlivsforhold givet manden større mulighed for at have indflydelse på sit barns opvækst, men bidragsforpligtelsen er ikke tilsvarende blevet reguleret og normalbidraget dækker således fortsat langt fra halvdelen af udgifterne ved et barns opvækst.

For så vidt angår ligestilling af hus- og omsorgsarbejde med pengeindtjening, er denne respekt for husarbejdet relativt uproblematisk under ægteskabet.⁶ Efter skilsmissen, hvor arbejde i og udenfor hjemmet ikke er ligeværdige som indtægtskilder, varetages hensynet imidlertid kun via formuedelingen, men ikke via bidragsinstituttet, hvilket bl.a. har betydning, når der ingen (eller kun beskeden) formue er at dele. Hovedproblemet er her formentlig, at en ægtefælles erhvervsevne i endnu højere grad end formuen antages at være personlig, hvorfor det betragtes som meget indgribende, på grænsen til det personlighedskrænkende, at statuere deling af den fremtidige løn. At også formuen i stadig højere grad betragtes som personlig ses af den øgede adgang til at aftale særeje. Medvirkensteologien som er tæt knyttet til respekten for hus- og omsorgsarbejdet elimineres herved.⁷

Fremtiden i et ligestillings- eller forskelsperspektiv?

Retlige overvejelser hviler på antagelsen af en norm, en normalsituation, som danner udgangspunkt for bestemmelsernes indhold og anvendelse. Som ofte påpeget gennem de seneste års kvinderetlige studier er den

generelle norm i retten på vigtige områder dannet ved overlevering af *mænds* traditionelle livsværdier og interesser.

Ligestillingen og de kønsneutrale udtryk overser imidlertid, at kvinder og mænd fortsat lever forskellige liv; at mænds levevilkår og livsforløb, deres idealer og ambitioner er anderledes end kvinders. Ligestillingsreglerne bryder ikke med retssystemets mandlige hegemoni. De er ikke udformede med tanke på kvindelige livssammenhænge. Deres im- eller eksplicite formål er ensliggørelse af kønnene, hvor mænds levevis tenderer mod at blive målestok for, hvad kvinder må opnå: kvinder må ikke få mindre, mere eller andet end det, mænd får.⁸

Betoningen af autonomien og selvstændigheden i ligestillingsperspektivet har medført en ensidig fokusering på lønarbejdet og på økonomiske interesser og en tilsvarende nedtoning af respekten for hus- og omsorgsarbejdet, eftersom dette sidste ikke antages at besidde bytte- eller forhandlingsværdi i gængs forstand. Ved denne fokusering på økonomisk indsats som grundlag for rettigheder ved forholdets ophør, fjernes opfattelsen af familien som en helhed; kun familiens voksne medlemmers erhvervsaktivitet bringes i

6. Den giver dog anledning til visse problemer i relation til sociale ydelser. Eksempelvis anvendes en speciel »husmodervurdering« ved afgørelsen af, om en person er berettiget til førtidspension.

7. Se Vibeke Vindeløv »De økonomiske forhold mellem ugifte samlevende – dogmatik og retspolitik.« 1987.

8. Jfr. Kirsten Ketscher, »Offentlig børnepasning i retlig belysning«, s. 21. For en generel kritik af ligestillingsparadigmet se Tove Stang Dahl (red.), »Juss og juks«, Oslo 1976, Kirsten Ketscher, »Legalstrategier i kvinderetten«, Kritisk Juss 3/4 1984.

centrum, ligesom kun materialistiske behov synliggøres. Såvel de voksnes som børnenes omsorgsbehov marginaliseres herved. Da det fortsat er den kvindelige part, som varetager hovedparten af den omsorg, som rent faktisk til trods for nedvurderingen heraf udfoldes i familien, ses af tallene nævnt i forrige afsnit, at kvinder, som nævnt ovenfor, oftere har deltidsarbejde end mænd, at kvinder *også* i de tilfælde, hvor de har heltids-erhvervsarbejde gennemsnitligt udfører mere end dobbelt så meget af det huslige arbejde i hjemmet som mænd,⁹ at det typisk ikke er mænds indsats overfor deres børn, som har nedsat kvindernes samlede omsorgstid, men den øgede anvendelse af daginstitutioner, samt at kvinder ved skilsmisse får forældremyndigheden – oftest på grundlag af egne ønsker – i ca 80 % af tilfældene. Konkret kan det påvises, hvorledes kvinder *taber* ved at få børn, både overfor arbejdsmarkedet og overfor de markeds-afledede rettigheder, såsom pension, hustrubidrag etc. Børnenes vilkår og trivsel bliver således et anliggende mellem moder og barn, og kvinders valg om at føde, et valg foretaget ud fra individuelle motiver *på tværs af* ligestillingspolitikken.¹⁰

Det er imidlertid ikke vort ærinde her at foreslå afskaffelse af ligebehandling. Dette må anses for en basal og principiel værdi i et moderne samfund, som giver grundlag for øget deltagelse på forskellig områder. Hvad derimod er nødvendigt er, at foretage en udvidelse af de retlige hensyn, som

tillægges værdi, således at ligestillingen modelleres over *såvel* manden *som* kvinden som norm. Udgangspunktet bliver således at lægge vægt på forskelligheder og tage disse alvorligt og ikke gøre det til et problem, som skal afskaffes.

Vores visioner (og ønsker) for Familieretten frem mod år 2000 må *for det første være*, at den kommer til at afspejle en ligestillingsstrategi, som i overensstemmelse med grundlæggende demokratiske principper giver mulighed for øget deltagelse for såvel mand som kvinde, men som suppleres med en forskelsstrategi, som afdækker forskelle i idealer og traditioner mellem kønnene, og giver dem lige værdi.

For det andet at den, blandt andet for at imødegå det kraftige fald i fødselstallet siden 60'erne, i højere grad vil bringe børnene og deres behov, ikke blot de økonomiske, i fokus.¹¹

For det tredje er det vort håb, at Familieretten vil reflektere en øget bevidsthed om, at selv-udfoldelse, individuelle behov etc. ikke kan udvikle sig langt uden ønsket om at dele sorger og glæder med andre, således at også familien – med eller uden vielsesattest – som ramme om et mennesskeligt fællesskab igen vil blive værdsat.

9. Se Jens Bonke: »Ligestilling i husholdningsarbejdet«, Samkvind Skriftserie nr. 4.

10. Se Tove Stang Dahl i Retfærd nr. 37, »Fra kvinners rett til kvinnerett«.

11. Se f.eks. hertil Tove Stang Dahl, op.cit s. 68.

Transportørens sikkerhed i gods i internationalt perspektiv

Af Lise Skovby

1. Indledning

Reglerne om transport af gods indeholder kun ganske få bestemmelser om den vederlagsforpligtelse (pengeforpligtelsen), som påhviler transportørens medkontrahent (transportgiveren). Søloven indeholder således i §§ 124-125, jf. § 72, stk. 1, smh.m. § 168, enkelte deklaratoriske regler om fragtsens beregning, men derimod ingen regler om fragtsens betalingssted eller betalingstid. Det kan dog formentlig sluttes fra søl. § 125, at fragten først forfalder efter rejsens afslutning, medmindre andet er aftalt, f.eks. i form af en »prepaid-klausul«. En tilsvarende regel er forudsat i CMR-lovens § 18, stk. 2, i den nationale og den internationale luftfartslovs § 102, stk. 1, og i de regler om betalingen for transporten, som er fastsat med hjemmel i DSB-lovens § 42, og som også gælder for internationale jernbanetransporter, jf. CIM-konventionens art. 6.¹

I praksis forekommer det kun sjældent, at der sker forudbetaling i forbindelse med godstransport. Transportøren vil således i praksis i almindelighed have erlagt sin ydelse, når modydelsen skal erlægges. Da transportydelsen hører til gruppen af utilba-

gegivelige ydelser, bliver det af afgørende betydning for transportøren at have sikkerhed i godset for sit krav. Behovet for sikkerhed i godset opstår i forbindelse med alle former for transport, d.v.s. sø-, vej-, jernbane- og lufttransport samt kombinationer heraf (såkaldte multimodale transporter). På baggrund af det praktiske behov for, at transportøren har sikkerhed i godset, er det ikke overraskende, at spørgsmålet herom er reguleret ikke blot i standardformularer til transportaftaler, men også i de forskellige transportretlige regelsæt.

Anskues problemet i forhold til dansk og nordisk rets almindelige ejendomsretlige regler, kan transportøren have sikkerhed i gods, som han har i sin besiddelse, enten

1. Søloven indeholder også deklaratoriske regler om beregningen af og betalingstiden for overliggetidsgodtgørelse/demurrage, jf. sølovens § 86, smh.m. § 85 og § 80, og sølovens § 106, jf. § 72, stk. 1, smh.m. § 168. Denne godtgørelse har karakter af en konventionalbod, idet den skal betales særskilt uden hensyn til, om et eventuelt ansvar herfor kan pålægges. Ved de øvrige transportformer bruges almindeligvis begrebet »ventepenge« i stedet for demurrage.

gennem den almindelige ulovbestemte tilbageholdsret (retentionsretten) eller gennem en aftalt håndpanteret.² Der er imidlertid i et vist omfang gennemført specielle lovregler om transportørens sikkerhed i godset, og disse regler supplerer dansk og nordisk rets almindelige regler. De specielle lovregler på området er imidlertid, bl.a. fordi de i høj grad bygger på internationale konventioner, påvirket af andre landes retssystemer. Det samme gælder de aftaler, som parterne indgår inden for dette område, idet der især inden for søretten ofte anvendes standardformularer, der er udformet på baggrund af engelsk-amerikansk ret.

De former for sikkerhedsrettigheder, der forekommer i transportbranchen, kan være følgende, der forekommer i forskelligt omfang ved de forskellige transportformer:

- Den almindelige ulovbestemte tilbageholdsret (jf. nedenfor i nr. 2)
- »Lien« (aftalt tilbageholdsret) (jf. nedenfor i nr. 3)
- Lovbestemt tilbageholdsret (jf. nedenfor i nr. 4)
- Aftalt håndpant (jf. nedenfor i nr. 5)
- Lovbestemt håndpant i form af søpant (jf. nedenfor i nr. 6)

Der skal i det følgende for hver af disse rettighedstyper gives en kortfattet redegørelse for nogle af de hovedspørgsmål, som de giver anledning til. Redegørelsen omfatter spørgsmål vedrørende rettighedernes hjemmel, deres fyldestgørelsesadgang, om, hvilke krav der er sikkerhed for, hvilken prioritet rettigheden har, og om, under hvilke betingelser sikkerhedsretten ophører. Afslutningsvis vil der i nr. 7 blive fremsat nogle bemærkninger af retspolitisk karakter om behovet for en forenkling og modernisering af sikkerhedsrettighederne. De

retspolitiske bemærkninger vil ikke kun tage sigte på behovet for forenkling og modernisering med hensyn til de særlige lovregler, men også på behovet for, at den juridiske teori og retspraksis frigør sig fra nedarvede forestillinger og udvikler tilbageholdsretten til en mere moderne rettighedstype, tilbageholdspant.

Det skal fremhæves, at det alene er nogle hovedspørgsmål, som tages op til drøftelse. Af pladsmæssige grunde har en del spørgsmål vedrørende transportørers sikkerhedsrettigheder i godset måttet udelades. Navnlig skal der ikke i denne artikel gøres rede for de komplicerede spørgsmål, som opstår, når der ikke er identitet mellem den, som indgår transportaftalen som transportør (den kontraherende transportør), og den, som faktisk udfører transporten (den udførende transportør), eller når der ikke er identitet mellem den, som indgår transportaftalen med transportøren (transportgiveren), og den, som afleverer godset til transportøren med henblik på transporten (afsenderen) og/eller modtager godset efter transporten (modtageren).

2. Den almindelige tilbageholdsret³

2.1. Den almindelige tilbageholdsret er en ret for besidderen til at nægte udlevering af

2. Allerede som følge af sikringsakten – tinglysning af et af ejeren udstedt pantebrev i specificeret løsøre – vil der i praksis kunne bortses fra muligheden af at få sikkerhed gennem underpant i godset.
3. Jf. i det hele om den almindelige tilbageholdsret W. E. von Eyben: *Pantereftigheder*, 8. udg. ved H. Skovgaard, København 1987, pp 394-422, samt T. Rørdam og V. Carstensen: *Pant*, 4. udg., København 1989, pp 406-427.

en genstand til en anden person for at formå denne til at erlægge en ydelse til besidderen.

Hjemlen for den almindelige tilbageholdsret findes i almindelige retsgrundsaetninger, således som de er udviklet i retspraksis.⁴

Tilbageholdsretten er snævert knyttet sammen med besiddelseskravet. En transportør vil kun kunne få sikkerhed i godset på grundlag af tilbageholdsretten, hvis han har en faktisk og retlig magt over godset, der afskærer andre fra at træffe dispositioner over dette uden samtykke fra transportøren.

Transportøren (den kontraherende transportør) overlader i praksis ofte udførelsen af transporten til en anden transportør (den udførende transportør). Besiddelseskravet ved tilbageholdsret antages imidlertid i nyere teori⁵ at svare til kravene til sikringsakten ved aftalt håndpant, og besiddelseskravet må derfor antages at være opfyldt i forholdet mellem transportgiveren og den kontraherende transportør, ikke alene når godset er i den kontraherende transportørs egen faktiske besiddelse, men også når godset er i den udførende transportørs besiddelse. Det samme gælder, når en transportør har overladt godset til en anden tredjemand, f.eks. en terminaloperatør med henblik på opbevaring.

Det forhold, at en tredjemand, f.eks. afsenderen af godset, er i besiddelse af et af transportøren udfærdiget transportdokument, være sig et Way-bill (et dokument, som indeholder transportørens erkendelse af at have modtaget godset) eller et Bill of Lading (et dokument, som indeholder en sådan erkendelse og en erklæring om, at godset kun vil blive udleveret mod dokumentets tilbagelevering, jf. sølovens § 151

om konnossementer), medfører ikke nogen ændring heri, men det kan naturligvis tænkes, at også den pågældende tredjemand gennem besiddelsen af et Bill of Lading må anses for i forhold til transportgiveren at besidde godset.⁶

2.2. Tilbageholdsretten antages i almindelighed at være et pressionsmiddel, der ikke er forbundet med en umiddelbar *fyldestgørelsesadgang*. Det antages således i almindelighed, at tilbageholderens fyldestgørelse i godset kræver et særskilt eksekutionsgrundlag i form af dom og udlæg i godset. Er godset udsat for fordærvelse eller i øvrigt hurtigt værdiforringelse, eller står omkostningerne ved opbevaringen af godset ikke – længere – i rimeligt forhold til godsets værdi, må en transportør dog i et vist begrænset omfang kunne foretage nødhjælpssalg.

4. Tilbageholdsretten er udviklet i praksis på grundlag af det retsinstitut, som i landskabslovene betegnes »Innam«, og som bygger på den tanke, at den skadelidende kan beholde et dyr, som findes på hans mark, og som har gjort skade, indtil han får betaling, eller indtil han får sikkerhed for betaling af skaden, jf. Matzen: *Den danske panterets historie*, s. 17 ff. med henvisninger.
5. H. Skovgaard: *Tilbageholdspant*, *UfR 1986*, p. 356, samt T. Rørdam og V. Carstensen, 1989, pp. 415-419. W. E. von Eyben, 1987, pp. 405-406 tager ikke direkte stilling hertil, mens W. E. von Eyben: *Formuerettigheder*, 7. udg., København 1983, pp. 72-74, går ind for et mere snævert besiddelsesbegreb.
6. Jf. L. Skovby: *Speditøren*, København 1976, pp. 121-126, samt M. Elmer og L. Skovby: *Ejendomsretten 1*, 2. udg., København 1991, pp. 76-82, om, i hvilket omfang besiddelse af forskellige transportdokumenter kan sidestilles med besiddelse af godset.

2.3. *Kravet*, som der udøves tilbageholdsret for (pengeforpligtelsen), skal være forfaldent.⁷ I særlige tilfælde kan der imidlertid også udøves tilbageholdsret for ikke forfaldne krav, hvis der dog foreligger en anticeret misligholdelse.

I modsætning til en meget omfattende regulering af transportørens transportforpligtelse indeholder de særlige transportretlige regelsæt meget få regler om pengeforpligtelsen. Som nævnt i nr. 1 må det formentlig sluttes fra søl. § 125, at fragten først forfalder efter rejsens afslutning, medmindre andet er aftalt, f. eks. i form af en »prepaid-klausul«, og tilsvarende regler gælder som nævnt ved de andre transportformer.

Kravet om konneksitet mellem fordringen og besiddelsen medfører i transportforhold, at transportørens krav, for at kunne danne grundlag for tilbageholdsret, skal have karakter af en pengeforpligtelse i forbindelse med transport. Som eksempler på en sådan transportretlig pengeforpligtelse kan nævnes fragt og dødfragt. Også krav på demurrage, »damage for detention«, jf. sølovens § 96 og § 99, og omkostninger til opbevaring af godset i forbindelse med tilbageholdelsen må anses for en konneks pengeforpligtelse.

Det er klart, at pengeforpligtelser i forbindelse med den aktuelle transport er konnekse med den af transporten følgende besiddelse.

Det forekommer imidlertid i praksis hyppigt, at den samme transportør udfører transporter for eller mellem de samme personer, og der opstår derfor ofte i transportforhold spørgsmål om, hvorvidt der er konneksitet mellem besiddelsen og gæld, der vedrører tidligere transporter. I det omfang sådanne transporter sker på grund-

lag af den samme kontrakt, f.eks. hvis transportkontrakten er en konsekutiv rejsebefordring eller en kvantumskontrakt, taler meget for, at der er konneksitet mellem krav vedrørende tidligere transporter og besiddelsen af godset i den aktuelle transport. I andre tilfælde må det i overensstemmelse med almindelige regler om tilbageholdsretten kræves, at der foreligger et løbende mellemværende.⁸ Men i transportforhold vil der i praksis ofte foreligge et løbende mellemværende, således at tilbageholdsret for ældre krav formentlig er den praktiske hovedregel.⁹

2.4. Med hensyn *prioritetsstillingen* må tilbageholdsretten respektere ældre rettigheder over godset, men går – i det omfang den fornødne sikringsakt er foretaget – forud for yngre rettigheder. Traditionelt er tilbageholdsrettens prioritet blevet fastlagt på udlægstidspunktet, men nyere teori¹⁰ vil i stedet anvende tilbageholdsrettens stiftelsestidspunkt.

Ved transport af gods kan stiftelsestidspunktet tænkes at være tidspunktet, hvor tilbageholdelsen sker, hvor pengeforpligtelsen forfalder, eller hvor besiddelsestagelsen af godset sker, og der kan være afgørende forskel på disse tre tidspunkter. Det er tvivlsomt, hvad der i denne henseende skal anses som stiftelsestidspunktet. Mens til-

7. Se om forfaldstiden B. Gomard: *Obligationsret*, 1. del, 2. udg., København 1989, p 92.

8. Se f.eks. UfR 1981.321 V.

9. Om kritik heraf se S. Brækhus: *Tilbageholdsretten*, Jussens venner 1979, p 211.

10. H. Skovgaard: UfR 1986, pp 353-359, W. E. von Eyben, 1987, pp 411-415, samt T. Rørdam og V. Carstensen, 1989, pp 421-424.

bageholdelsen giver sig udslag fra transportens afslutning, sker besiddelsestagens allerede ved transportens påbegyndelse, hvorfor anvendelsen af besiddelsestages-tidspunktet som stiftelsestidspunkt ville give transportøren en meget fordelagtig prioritetsstilling. Man kan næppe heller anvende tilbageholdelsestidspunktet – forstået som tidspunktet, fra hvilket tilbageholdelsen giver sig udslag, nemlig fra transportens afslutning – som det afgørende stiftelsestidspunkt. Transportørens udøvelse af tilbageholdsret på et tidligere tidspunkt er jo ikke uforenelig med, at han opfylder sine forpligtelser efter transportkontrakten.

Der kan formentlig findes hjælp til besvarelsen af spørgsmålet i reglerne om modregning med konnekse fordringer. Tilbageholdsret må ligesom ved modregning med konnekse krav kunne ske med virkning *ex tunc*, hvilket her må betyde, at det afgørende tidspunkt bliver forfaldstiden for transportørens krav, forudsat at transportøren senest på dette tidspunkt har fået godset i besiddelse.¹¹

I et vist omfang har retspraksis givet tilbageholdsretten beskyttelse over for ældre rettigheder, nemlig i det omfang der ved tilbageholderens medvirken er sket en værditilvækst. Meget taler for at antage, at transport tilfører godset en værdiforøgelse, idet godset på bestemmelsesstedet normalt lettere kan anvendes efter sit formål og dermed får en større værdi. Der er dog næppe tilstrækkeligt grundlag for generelt at anse transporten som en værdiforøgelse, der kan ændre den almindelige prioritetsstilling.

2.5. Tilbageholdsretten *ophører*, når transportøren modtager betaling af den pågældende fordring, eller når godset frivilligt

udleveres. En frivillig udlevering må jo ses som udtryk for, at transportøren giver afkald på tilbageholdsretten. I nyere teori antages det endvidere, at tilbageholdsretten ophører ved sikkerhedsstillelse.

Det er næppe afklaret, hvornår den almindelige tilbageholdsret må anses for *forældet*. Spørgsmålet om forældelse skal formentlig ses i sammenhæng med spørgsmålet om, hvorvidt tilbageholdsretten er forbundet med en selvstændig fyldestgørelsesadgang, idet der i så fald må antages at gælde en pantefordring («tilbageholdsfordring») ved siden af den personlige fordring.¹² Antages en så-dan adgang imidlertid ikke at gælde – og det er i dag den fremherskende opfattelse – må de almindelige regler om forældelse af den pågældende fordring formentlig gælde uden hensyn til tilbageholdelsen. Ved international vejtransport og ved jernbanetransport gælder der en 1-årig forældelsesfrist, jf. CMR-lovens § 41, stk. 2, litra c, DSB-lovens § 41 og CIM-konventionens art. 58. I det omfang de særlige transportlove ikke indeholder særlige regler herom, forældes fordringer i anledning af transport normalt på 5 år efter 1908-love.

3. Lien

3.1. På det transportretlige område findes ofte en særlig aftalt sikkerhedsret i form af såkaldt Lien. Dette begreb, der ikke er entydigt, anvendes ofte i engelsk/ameri-

11. Der må i sagens natur her bortses fra kravet om komputabilitet (udjævnlighed).

12. Om terminologien, se W.E. von Eyben: *Panterettigheder*, 7. udg., s. 143 f.

kansk søret,¹³ men kendes dog også fra andre transportretlige områder.¹⁴ Det særlige ved denne sikkerhedsret er, at den fremgår af transportdokumenterne og indebærer en aftalt tilbageholdsret. Denne aftalte tilbageholdsret kan have et meget varieret indhold, og som eksempler kan nævnes:

*Gencon*¹⁵ klausul 8. »Lien Clause. Owners shall have a lien on the cargo for freight, dead-freight, demurrage and damages for detention. Charterers shall remain responsible for dead-freight and demurrage (including damages for detention), incurred at port of loading. Charterers shall also remain responsible for freight and demurrage (including damages for detention) incurred at port of discharge, but only to such extent as the Owners have been unable to obtain payment thereof by exercising the lien on the cargo.«

*Conlinebill*¹⁶ klausul 12. »Lien. The Carrier shall have a lien for any amount due under this contract and costs of recovering same and shall be entitled to sell the goods privately or by auction to cover any claims.«

*FBL*¹⁷ klausul 15. »Lien. The Freight Forwarder shall have a lien on the goods for any amount due under this Bill of Lading including storage fees and for the cost of recovering same, and may enforce such lien in any reasonable manner which he may think fit.«

*Combidoc*¹⁸ klausul 21. »Lien. The CTO shall have a lien on the goods for any amount due under this contract and for the cost of recovering same, and may enforce such lien in any reasonable manner.«

En klausul i et *rederikonnsesment*, »Lien. (1) The Carrier shall have a lien on the Goods and any documents relating

thereto for all sums payable to the Carrier under this contract and for general average contributions to whomsoever due and for the cost of recovering the same, and for that purpose shall have the right to sell the Goods by Public Auction or private treaty without notice to the Merchant. If on sale of the Goods the proceeds fail to cover the amount due and the cost incurred, the Carrier shall be entitled to recover the deficit from the Merchant.

(2) If the Goods are unclaimed during a reasonable time, or whenever in the Carrier's opinion the Goods will become deteriorated, decayed or worthless, the Carrier may, in his discretion and subject to his lien and without any responsibility attaching to him, sell, abandon or otherwise dispose of the Goods at the sole risk and expense of the Merchant.«

13. Clive M. Schmitthoff: *Schmitthoff's Export Trade*, 8. ed., London 1986, pp 477-479. R. Colinvaux: *Carver's Carriage by Sea* (British Shipping Laws – volume 3), 12. ed., London 1971, pp 1128-1159.
14. Malcolm A. Clarke: *International Carriage of Goods by Road: CMR*, London 1982, pp 163-164, og D.J. Hill: *Freight Forwarders*, London 1972, pp 212-244, men cfr. M.H. Claringbould: *The Right of the Carrier by Road to retain Goods, International Carriage of Goods by Road (CMR)*, Jan Theunis (ed.), London 1987, pp 210-223.
15. The Baltic and International Maritime Conference Uniform General Charter (As revised 1922 and 1976).
16. Liner Bill of Lading (Liner Terms approved by The Baltic and International Maritime Conference) (Edition 1978).
17. Negotiable FIATA Combined Transport Bill of Lading. FIATA er en forkortelse for Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés.
18. Combined Transport Document (Edition July 1st, 1977), Issued Subject to ICC Rules.

Som det fremgår af de nævnte eksempler, har Lien-klausulerne et overordentlig varierende indhold. Da klausulerne er udarbejdet på grundlag af engelsk/amerikansk transportret, opstår der ved fortolkningen heraf spørgsmål om, hvorvidt det allerede på grund af sproget i transportdokumenterne er engelsk/amerikansk ret, som skal lægges til grund ved fortolkningen, eller om fortolkningen skal ske på baggrund af dansk ret. Selv om noget måske kunne tale for at fortolke sådanne fra andre retssystemer (vel)kendte retsfænomener i overensstemmelse med de pågældende fremmede retssystemers øvrige regler, bør bestemmelserne fortolkes efter og i sammenhæng med det retssystem, som i øvrigt finder anvendelse på den pågældende kontrakt.

Selv om *hjemlen* for Lien er en aftale, må transportøren, også selv om dette ikke fremgår af aftalen, opfylde samme betingelser til besiddelsen af godset som ved den almindelige tilbageholdsret.

3.2. *Fyldestgørelsesadgangen* ved Lien må som udgangspunkt bero på aftalen. I de ovenfor nævnte eksempler er der i Gencon klausul 8 ikke angivet nogen fyldestgørelsesadgang. Efter dansk ret er parternes vilje afgørende ved fortolkningen af aftalen, og det er derfor afgørende, om parterne må antages at have tilsigtet, at der skulle gælde en fyldestgørelsesadgang. Hvis dette ikke har været parternes hensigt, er bestemmelsen overflødig, når dansk ret anvendes, idet det ved bestemmelsen næppe har været hensigten at indskrænke tilbageholdsretten med hensyn til, hvilke krav der kan udøves tilbageholdsret for. I de øvrige eksempler indeholder klausulerne en fyldestgørelsesadgang, jf. Conlinebill klausul 12, FBL klausul 15, Comdidoc klausul 21

og klausulen fra rederikonossementet. Af disse klausuler angiver Conlinebill og rederikonossementet, at salget kan ske enten ved offentlig auktion eller privat. Men ingen af de fire klausuler opfylder kravene til eksekutionsgrundlaget i rpl. § 478.

3.3. Hvilke *krav* der er omfattet af transportørens Lien, må også bero på aftalen. I Gencon er der opregnet nogle specifikke krav, såsom fragt, dødfragt, demurrage og damages for detention. Alle disse krav må antages at være konnekskrav. I de fire øvrige klausuler er kravet ikke nærmere angivet, idet kravet angives enten som »any amount due under this...« eller som »all sums payable ... under this ...«. Ligesom ved den almindelige tilbageholdsret må de krav, der giver transportøren Lien i godset, antages at skulle opfylde betingelserne for konneksitet.

Det fremgår direkte af fire af klausulerne, at den aftalte Lien alene angår krav vedrørende den aktuelle transport (this contract/ Bill of Lading). Derimod siges der ikke noget herom i Gencon klausul 8, hvorfor der her opstår tvivl om, hvorvidt transportørens krav på fragt etc. fra tidligere transporter kan danne grundlag for Lien i godset.

Både for de krav vedrørende den aktuelle transport, som ikke er nævnt i klausulerne, og for krav, som vedrører tidligere transporter, opstår der, i det omfang der foreligger konneksitet mellem krav og besiddelse, spørgsmål om, hvorvidt transportøren for disse krav kan udøve den almindelige tilbageholdsret.

3.4. *Prioritetsstillingen* kan ikke bero alene på aftalen, idet denne har væsentlig betydning for andre kreditorer og aftaleerhver-

vere. Den aftalte tilbageholdsret har mange ligheder med den almindelige tilbageholdsret, hvilket kunne tale for at fastlægge stiftelsestidspunktet i overensstemmelse hermed, d.v.s. fra fordringens forfaldstid, jf. ovenfor i nr. 2.4. Men Lien har i sin aftalebegrund og i et vist omfang også i sin fyldestgørelsesadgang tillige visse lighedspunkter med den aftalte håndpanteret, hvilket kunne tale for at fastlægge stiftelsestidspunktet i overensstemmelse hermed, og således give Lien prioritet fra besiddelsestidspunktet.

3.5. *Ophør* af Lien indtræder ikke alene ved betaling af den pågældende pengeforpligtelse, men også ved transportørens frivillige udlevering af godset.

Idet det omfang Lienklausulen indeholder en fyldestgørelsesadgang, opstår der et særligt problem, idet salg af godset kan betragtes som eller sidestilles med en frivillig udlevering af dette. Hvis salg af gods i et sådant tilfælde ikke indbringer tilstrækkeligt til dækning af transportørens fordring, opstår der nemlig spørgsmål om, hvorvidt transportøren ved at sælge godset må anses for at have givet afkald på sit krav, således at transportørens medkontrahent i transportaftalen (transportgiveren) ikke længere hæfter for (rest)fordringen. Også dette forhold må bero på aftalen, eller hvis denne ikke tager stilling hertil, på almindelige regler. Efter Gencon klausul 8 vedbliver medkontrahenten at hæfte for fordringen i det omfang, hvori transportøren ikke har været i stand til at opnå dækning ved udøvelsen af Lien. Efter klausulen i rederikonossementet er det derimod ikke umiddelbart klart, hvem der hæfter for den udækkede fordring, idet begrebet »the Merchant« kan dække både

over den, som indgår transportaftalen med transportøren, den, som afskiber godset, og den, som modtager godset. I de øvrige eksempler på Lien-klausuler findes der ikke særlige regler om dette spørgsmål.

På samme måde som ved den almindelige tilbageholdsret, må den aftalte tilbageholdsret ophøre ved en fuldt betryggende sikkerhedsstillelse.

Tidspunktet for *forældelse* af Lien må, i det omfang udøvelsen af denne rettighed ikke må antages at udelukke forældelse, bero på aftalen. Ingen af de nævnte klausuler indeholder særlige regler herom. Det er nærliggende at falde tilbage på reglerne ved den almindelige tilbageholdsret.

4. Lovbestemt tilbageholdsret

4.1. Lovreglerne om søtransport, international vejtransport og jernbanetransport – men ikke reglerne om lufttransport – indeholder *særlige regler* om transportørens sikkerhed i godset, men giver ikke nogen nærmere præcisering af, hvilken form for sikkerhed der herved gives transportøren. Bestemmelserne i sølovens § 113, smh.m. § 112, og CMR-lovens § 18, stk. 2, fastsætter, at transportøren ikke er forpligtet til at udlevere/aflevere godset uden betaling, og DSB-lovens § 23 og CIM-konventionens art. 28, § 1, fastsætter, at transportøren skal udlevere godset mod betaling.

Det kan forekomme tvivlsomt, hvad der nærmere ligger i disse bestemmelser, og i hvilket omfang de giver transportøren en sikkerhedsret i godset, som går ud over den almindelige regel om samtidig udveksling af ydelser i gensidigt bebyrdende kontraktforhold og den hermed forbundne detentionsret.

Bestemmelserne i sølovens §§ 112-117 beskriver bortfragterens ret på den måde, at han i givet fald kan oplægge godset og sælge så meget heraf ved offentlig auktion, at de krav, godset hæfter for, bliver dækket, jf. nedenfor i nr. 4.2. Retten beskrives derimod ikke i lovteksten som en egentlig panteret, cfr. sølovens §§ 251-254 om søpant i ladningen. Såvel reglerne i sølovens §§ 112-117 som reglerne i sølovens §§ 251-254 om søpant i ladning er i øvrigt særlige nordiske regler – i modsætning til reglerne i sølovens §§ 244-250 om søpant og andre rettigheder i skibe, der er udarbejdet på baggrund af FN-konventionen om søpant og pant i skib af 27. maj 1967. Det er formentlig mest naturligt at opfatte reglerne i sølovens §§ 112-117 som regler, der giver bortfragteren en lovbestemt tilbageholdsret med særlig fyldestgørelsesadgang.

Efter CMR-lovens § 23 har transportøren en mere begrænset adgang til fyldestgørelse, jf. nedenfor i nr. 4.2. Reglerne er udarbejdet på baggrund af ECE-konventionen om fragtaftaler ved international godstransport ad landevej af 19. maj 1956. Også CMR-lovens regler må formentlig mest naturligt forstås således, at de giver en lovbestemt tilbageholdsret.¹⁹ Der kan i den forbindelse være grund til at nævne, at det ikke er ualmindeligt, at speditører, der skal udføre transport, aftaler, at speditøren skal have panteret i godset.²⁰

DSB-lovens § 29, hvorefter »godset hæfter for fragten og alle andre derpå hvilende afgifter og omkostninger«, indeholder ikke regler om fyldestgørelsesadgang. Bestemmelsen er uklart formuleret, og der er næppe grundlag for at forstå bestemmelsen som indrømmende jernbanen en panteret.²¹ Bestemmelsen fastsætter ikke, at jernbanen kan tilbageholde godset, men

dette er formentlig underforstået, og for at give bestemmelsen mening, må den derfor formentlig fortolkes som givende jernbanen en lovbestemt tilbageholdsret.

De omtalte rettigheder forudsætter, at transportøren er i besiddelse af godset. Dette fremgår direkte af DSB-lovens § 29, og må anses for underforstået i sølovens §§ 114 og 115 samt CMR-lovens § 22. Transportøren må således ved den lovbestemte tilbageholdsret opfylde samme betingelser til besiddelsen af godset som ved den almindelige tilbageholdsret.

4.2. Ved søtransport har transportøren en *fyldestgørelsesadgang*, jf. sølovens § 116, hvorefter »bortfragteren ved offentlig auktion eller på anden betryggende måde (kan) sælge så meget, at de krav, godset hæfter for, bliver dækket«. Et sådant salg efter sølovens regler forudsætter ikke – som ved den almindelige tilbageholdsret – at transportøren har fået dom og har foretaget udlæg. Ved tvangssalg i forbindelse med

19. Bet. 391/1962, p 21.

20. Der skal ikke i denne forbindelse tages stilling til, om en sådan panteret kan aftales, eller om den må anses for at være i strid med CMR-lovens præceptive regler, jf. CMR-lovens § 1, stk. 3.

21. SOU 1980:37, p 103, samt Knut Rodhe: *Handbok i sakrätt*, Stockholm 1985, p 451 og p 459, antager, at der alene foreligger en tilbageholdsret (retentionsret). Cfr. Th. Jensen: *Jernbanefragtkontrakten efter gældende international ret*, ved Henning Rasmussen, København 1975, pp 119, der uden argumentation antager, at bestemmelsen er udtryk for en lovbestemt panteret.

håndpant skal pantnaver, inden salget finder sted, i almindelighed med en uges varsel ved anbefalet brev opfordre pantsætter til at opfylde kravet, medmindre omgående salg er nødvendigt for at undgå eller begrænse tab, jf. rpl. § 538 a, stk. 2, og ved salg i forbindelse med fordringshavermora i løsøre køb skal sælgeren give køberen et rimeligt varsel, jf. kbl. § 35, 2. pkt., og international købelovs art. 88, § 1, in fine. Selv om søloven ikke indeholder tilsvarende regler, må disse regler anses for at være så fundamentale, at de også må antages at gælde ved transportørens salg af godset efter sølovens § 116.

Ved vejtransport indeholder CMR-loven ikke samme vide adgang til fyldestgørelse, idet fragtføreren efter CMR-lovens § 23, stk. 1, 1. pkt., i første omgang alene har ret til uden at afvente anvisninger fra den berettigede at sælge godset, hvis det er udsat for hurtig ødelæggelse, eller dets tilstand i øvrigt giver anledning hertil, eller hvis omkostningerne ved opbevaringen ikke står i rimeligt forhold til godsets værdi. Denne ret til salg svarer til reglen om nødhjælpsalg ved den almindelige tilbageholdsret. Men CMR-loven giver desuden i § 23, stk. 1, 2. pkt., fragtføreren ret til at foretage salg af godset, hvis han ikke inden rimelig tid fra den berettigede har modtaget anden anvisning, som han med rimelighed må anses for forpligtet til at efterkomme, jf. CMR-lovens §§ 19 og 20. Salg af godset her i landet skal ske ved offentlig auktion eller på anden betryggende måde, og fragtføreren skal så vidt muligt i god tid underrette den berettigede om tid og sted for salget, jf. CMR-lovens § 23, stk. 2. Fragtføreren har således en ret til salg af godset uden forinden at have opnået dom eller foretaget udlæg, men han skal overholde

den almindelige regel i rpl. § 538a, stk. 2, om at give underretning om salget.

DSB-lovens § 29 giver ikke regler om fyldestgørelsesadgangen i forbindelse med tilbageholdelse af gods. Bestemmelsens uklarhed må derfor som ovenfor nævnt formentlig føre til, at der her ikke gælder andet og mere, end hvad der følger af dansk rets almindelige regler om tilbageholdsret.

4.3. De *krav*, der er omfattet af transportørens lovbestemte tilbageholdsret, skal alle være konnekse i relation til den aktuelle transport, jf. sølovens § 112: »fragt og andre krav, som bortfragteren har ifølge konnossement eller andet dokument, i henhold til hvilket godset befordres«, CMR-lovens § 23, stk. 3, smh.m. § 18, stk. 2: »beløb, som skyldes efter fragtbrevet og andre på godset hvilende omkostninger«, og DSB-lovens § 29: »fragten og alle andre derpå hvilende afgifter og omkostninger«. De andre omkostninger, som der efter CMR-loven og DSB-loven kan udøves tilbageholdsret for, er f.eks. omkostninger vedrørende opbevaringen af godset, jf. CMR-lovens § 21 og DSB-lovens § 24.

Med hensyn til den lovbestemte tilbageholdsret ved sø- og vejtransport skal kravene fremgå af en skriftlig transportaftale, jf. at både sølovens § 112 og CMR-lovens § 23 stiller krav om, at kravet skal fremgå af det dokument, i henhold til hvilket transporten foregår. Samme krav fremgår ikke af DSB-lovens § 29, men efter denne lovs § 23, stk. 1, in fine indebærer modtagelse af fragtbrevet uden indsigelse en forpligtelse til at betale de beløb, der er henvist til opkrævning hos modtageren. Ved jernbanetransport er det almindeligt, at der foreligger et fragtbrev, idet transportaftalen efter DSB-lovens § 19, stk. 1,

og CIM-konventionens art. 11, § 1, anses for indgået, når jernbanen har modtaget godset med tilhørende fragtbrev.

Ved søtransport indeholder bestemmelsen i sølovens § 160, stk. 2, smh.m. § 86, stk. 6, særlige regler om, hvornår demurrage og damage for detention kan gøres gældende over for en indehaver af konnossementet, når denne ikke tillige er bortfragterens medkontrahent.

Ved jernbanetransport findes der meget detaljerede regler om, hvem der skal betale de forskellige omkostninger, jf. CIM-konventionens art. 15 og DSB-lovens § 24 med tilhørende bestemmelse i Godsbefordringsreglementet (GR 76 og GR 12) om frankaturforskrifter.

Ved samtlige disse transportformer forudsætter den lovbestemte tilbageholdsret for transportøren, at kravet skal kunne gøres gældende over for modtageren af godset. En tilkendegivelse i transportdokumentet om, at en bestemt person, hæfter for betalingen (f.eks. den, som indgår transportaftalen med transportøren), må medføre, at beløbet ikke kan kræves af andre, jf. CMR-lovens § 8, stk. 1, litra b, CIM-konventionens art. 15, § 4, og GR 12. En sådan klausul betegnes ofte ved søtransport som en »Cesser-klausul«, og denne betegnelse kan i princippet anvendes ved samtlige transportformer.

4.4. Ingen af lovene indeholder nærmere regler om tilbageholdsrettens *prioritet*. Ved international vejtransport skal fragtføreren efter CMR-lovens § 23, stk. 3, stille det beløb, der bliver tilovers af salgsummen efter fradrag af de krav, som der kan udøves tilbageholdsret for, til rådighed for den berettigede. Det samme er formentlig underforstået i sølovens § 116. Dette kunne

umiddelbart tale for, at transportørens tilbageholdsret skal gå forud for alle andre rettigheder, også ældre rettigheder. Men bestemmelsen må formentlig forstås således, at den ikke tager nærmere stilling til prioritetsspørgsmålet, der jo er af afgørende betydning for andre rettighedshavere. Der er således næppe grundlag for at antage, at den lovbestemte tilbageholdsret skulle have en anden eller videregående beskyttelse over for andre og herunder ældre rettigheder end den almindelige tilbageholdsret, jf. ovenfor i nr. 2.4.

4.5. Den lovbestemte tilbageholdsret *ophører* ikke alene ved betaling af den pågældende pengeforpligtelse, men også ved transportørens frivillige udlevering af godset.

En sådan *frivillig udlevering* indebærer ikke alene, at transportøren mister sin tilbageholdsret over for modtageren af godset. Den medfører også, at transportøren mister retten til at gøre kravet gældende over for den, som har indgået transportaftalen med transportøren, medmindre det godtgøres, at fordringen ikke kunne være dækket ved salg af godset, eller at transportørens medkontrahent ville blive beriget på transportørens bekostning, hvis kravet faldt bort. Dette fremgår direkte af sølovens § 117, stk. 2, men må gælde tilsvarende for de øvrige transportformer, idet reglen er udtryk for et berigelsessynspunkt.²²

I det omfang den lovbestemte tilbageholdsret er forbundet med fyldestgørelsesadgang, opstår der et særligt problem, idet *salg af godset* kan betragtes som eller

22. A. Vinding Kruse: *Restitutioner*, København 1950, p 57.

sidestilles med en frivillig udlevering af godset. Hvis salg af gods i et sådant tilfælde ikke indbringer tilstrækkeligt til dækning af transportørens fordring, opstår der spørgsmål om, hvorvidt transportøren må anses for at have givet afkald på sit krav, således at transportørens medkontrahent i transportaftalen ikke hæfter for (rest)fordringen. Ved søtransport fremgår det af sølovens § 117, stk. 1, at bortfragteren kan kræve det manglende beløb betalt af sin medkontrahent. Derimod fremgår det af CMR-lovens § 23, stk. 3, alene, at fragtføreren kan kræve beløbet betalt, men ikke hvem der hæfter herfor. Men det må formentlig i denne henseende være fragtførerens medkontrahent, som er den forpligtede.

Endvidere må den lovbestemte tilbageholdsret ligesom den almindelige tilbageholdsret ophøre ved en fuldt betryggende sikkerhedsstilling.

Da ingen af de særlige transportlove indeholder specielle regler om tidspunktet for *forældelse* af den lovbestemte tilbageholdsret, må dette afgøres på samme måde som ved den almindelige tilbageholdsret.

5. Aftalt håndpant

5.1. Håndpant kan have *hjemmel* i parternes aftale eller følge af særlig lovbestemmelse.

I transportforhold er det almindeligt at anvende standardvilkår i form af standarddokumenter eller »Almindelige Bestemmelser«. Som eksempel på en standardklausul kan nævnes § 14 i Nordisk Speditørforbunds Almindelige Bestemmelser, der har følgende indhold:

»Speditøren har panteret i gods, som er under speditørens kontrol, dels for alle på godset hvilende omkostninger – vederlag

og lagerleje iberegnet – dels for samtlige speditørens øvrige fordringer på ordregiveren hidrørende fra de i § 2 nævnte ordrer.

Bortkommer eller ødelægges godset, har speditøren tilsvarende ret over erstatningsbeløb fra forsikringsselskaber, fragtførere eller andre.

Betales speditørens forfaldne fordringer ikke, er speditøren berettiget til på betryggende måde at lade sælge så meget af godset, at speditørens samlede fordringer inklusive omkostninger dækkes. Speditøren skal, så vidt muligt, i god tid underrette ordregiveren om de skridt, speditøren agter at foretage med henblik på salg af godset.«

De nordiske speditørforeninger har siden 1919 udarbejdet Almindelige Bestemmelser, og siden 1959 er bestemmelserne blevet udarbejdet som »agreed documents« mellem Nordisk Speditørforbund og forskellige erhvervsorganisationer.

Navnlig ved brug af Almindelige Bestemmelser opstår der spørgsmål om, hvorvidt panteretten kan anses for »vedtaget« mellem parterne. En sådan vedtagelse må kræve ikke alene en generel henvisning til de pågældende Almindelige Bestemmelser, men også en særlig fremhævelse af, at bestemmelserne giver den pågældende transportør en panteret.²³

23. Både *UfR* 1973.696 H og *UfR* 1986.552 SH angik speditøren i hans egenskab af transportformidler, men samme krav må stilles, når speditører eller andre optræder som transportører. Om dommen i U 1973.696 H, se også P. Spleth i *UfR* 1973 B pp 324-327 og *UfR* 1974 B pp 153-154, samt K. Stenov i *UfR* 1974 B pp 69-73 og pp 256-258. Se endvidere L. Skovby: 1976, pp 31-32 og P. Ekelund: *Speditionsjura*, København 1987, pp 128-129.

For at transportøren kan udøve panteret, stilles der på samme måde som ved tilbageholdsretten krav om, at transportøren er i besiddelse af godset på en sådan måde, at pantsætter er afskåret fra at råde over dette. Dette fremgår f.eks. også af NSAB § 14, idet godset skal være »under speditørens kontrol«.

5.2. Det, som adskiller panteretten fra den almindelige tilbageholdsret, er panthaverens adgang til *fyldestgørelse* i godset uden forudgående dom og udlæg, jf. rpl. § 538 a.

Transportøren vil ikke have panteret i andet end godset, medmindre dette fremgår af aftalen, eller der på anden måde er givet transport i f.eks. de penge, som transportøren modtager fra modtageren af godset ved transportens afslutning.²⁴

5.3. Hvilke *krav* der er omfattet af transportørens panteret, må også bero på aftalen.

Efter NSAB § 14 skal kravene have naturlig sammenhæng med udførelsen af speditørhvervet, idet kravet skal hidrøre fra de i § 2 nævnte opdrag. Siden 1959 har der ikke været tvivl om, at panteretten efter NSAB også dækker fordringer fra tidligere transporter. Der stilles således ikke krav om konneksitet, men der kan muligvis ske en indskrænkende fortolkning af vedtagelsen om panteret, således at ældre gæld kun dækkes i løbende mellemværender.²⁵

Da panteretten giver adgang til direkte fyldestgørelse, må der yderligere stilles krav om, at pantsætteren – ordregiveren – er ejer af godset, medmindre transportøren kan eksstingvere ejerens ret over godset. Transporteres f.eks. i et CIF-køb en vare fra en sælger til en køber, vil køberen ofte have erhvervet ejendomsret i forhold til sælgerens afledede erhverve på det tidspunkt,

da godset overgives til transportøren, og transportøren vil da i praksis få svært ved at eksstingvere denne ejendomsret.²⁶ Dette krav medfører en vigtig begrænsning i transportørens muligheder for at opnå panteret gennem aftale, og man er muligvis i praksis ikke tilstrækkelig opmærksom herpå.

5.4. Med hensyn til *prioritetsstillingen* må det først fremhæves, at panteretten – i modsætning til tilbageholdsretten – altid skal respektere ældre rettigheder over godset. Endvidere går panteretten, i det omfang den fornødne sikringsakt er foretaget, forud for yngre rettigheder. Dette får særlig betydning i forhold til modtagere, der har fået ejendomsret over godset, inden det kom i transportørens besiddelse,²⁷ eller i det omfang sælgeren vil udøve standsningsret efter enten kbl. § 39 eller international købelovs art. 71, § 2.²⁸ Det tidspunkt, som er afgørende for fastlæggelsen af panterettens stiftelsestidspunkt, må være tidspunktet for godsets overtagelse til transport (besiddelsestidspunktet).

24. Jf. *UfR* 1973.696 H.

25. Jf. *UfR* 1959.678 SH, men anderledes Jan Ramberg: *Spedition och fraktavtal*, Lund 1983, pp 156-158.

26. Jf. Michael Elmer og Lise Skovby: *Ejendomsretten* 1, 2. udgave, 1991, pp 19 ff og pp 153-155.

27. L. Skovby, 1976, pp 153-154.

28. *UfR* 1977.816 SH samt Elmer og Skovby, 1991, pp 74-75.

5.5. På samme måde som ved de forskellige former for tilbageholdsret *ophører* den aftalte panteret ikke alene ved betaling af den pågældende pengeforpligtelse, men også ved transportørens frivillige udlevering af godset.

Det må afhænge af aftalen, om der er adgang til at ombytte pantesikkerheden, således at panteretten i godset ophører ved sikkerhedsstillelse.

Ved håndpant antages pantefordringen at være *uforældelig*, så længe sikringsakten stadig iagttages.

6. Søpant

6.1. Søloven indeholder som nævnt i nr. 4.1. nogle *særlige* – nordiske – regler om søpant i godset, jf. sølovens § 251, nr. 3. Denne lovbestemte panteret har karakter af en håndpanteret, idet transportøren (bortfragteren) skal være i besiddelse af godset, for at kunne udøve panteretten, jf. sølovens § 253, hvorefter panteretten falder bort ved udlevering af godset. Kravene til besiddelsen er derfor de samme som ved den aftalte panteret.

6.2. På samme måde som ved den aftalte panteret, kan transportøren ved den lovbestemte søpanteret søge sig direkte *fyldestgjort* i godset, jf. sølovens 261. Da søpanteretten efter sølovens § 263 ikke omfatter krav på erstatning for tab af godset, er det alene godset, der kan være genstand for fyldestgørelse. Søloven indeholder ikke bestemmelser om, hvordan fyldestgørelsen skal finde sted, hvorfor denne må skulle ske i overensstemmelse med de almindelige regler herom i rpl. § 538 a.

6.3. De *krav*, der er omfattet af transportørens lovbestemte søpant, skal alle have karakter af konnekse krav vedrørende den aktuelle transport, jf. sølovens § 251, nr. 3, der taler om: »fordring i henhold til fragtaftalen, såfremt fordringen kan gøres gældende mod den, som kræver udlevering«. Disse krav må derfor være de samme som dem, der kan gøres gældende ved den lovbestemte tilbageholdsret efter sølovens § 112, smh.m. § 160, stk. 2. Men i modsætning til den lovbestemte tilbageholdsret stiller bestemmelsen om søpant ikke krav om, at der skal foreligge en skriftlig transportaftale.

6.4. Med hensyn til søpanterettens *prioritet* er der særlige regler i sølovens § 252. Efter § 252, stk. 1, går søpant forud for alle andre hæftelser end offentlige afgifter. Søpant har således prioritet også forud for ældre rettigheder, for så vidt disse rettigheder ikke vedrører offentlige afgifter. Har flere søpant i godset, findes der i sølovens § 252, stk. 2, nogle særegne prioritetsregler, der for så vidt angår krav i henhold til fragtaftalen ligestiller flere bortfragtere med søpanteret i godset.

6.5. Søpanteretten ophører ikke alene ved betaling af den pågældende pengeforpligtelse, men også ved transportørens frivillige udlevering af godset, jf. sølovens § 253, stk. 1.

Det er mere tvivlsomt end ved den aftalte håndpanteret, om der kan ske ombytning af sikkerheden, således at søpanteretten ophører ved fuldt betryggende sikkerhedsstillelse. Reale grunde taler for at sidestille søpanteretten med den almindelige tilbageholdsret, således at sikkerhedsstillelse afværger.

Spørgsmålet om søpanterettens *forældelse*

er behandlet i sølovens § 254, stk. 1, hvorefter søpant i gods forældes 1 år efter kravets opståen. Afbrydelse af forældelsen sker ved foretagelse af retsskridt. I modsætning til sølovens § 248, stk. 2, som er konventionsbundet, og som foreskriver arrest eller udlæg som retsskridt til afbrydelse af fristen, er de retsskridt, som kan afbryde forældelsen ved søpant i gods dansk rets almindelige regler om afbrydelse og suspension af forældelse.

7. Afsluttende bemærkninger

Ved søtransport kan alle de ovenfor nævnte fem former for sikkerhedsrettigheder tænkes at forekomme i forbindelse med den samme transport. Ved international vejtransport og ved jernbanetransport kan »kun« fire af de angivne sikkerhedsrettigheder tænkes at forekomme samtidig. Ved lufttransport findes der derimod ingen lovbestemte sikkerhedsrettigheder, og her vil der foruden den almindelige tilbageholdsret kunne forekomme aftalte sikkerhedsrettigheder i form af Lien eller håndpant.

Ved multimodale transporter opstår der særligt komplicerede problemer, idet der kan være tvivl om, hvilke sikkerhedsrettigheder der tilkommer transportøren. Skal der i denne forbindelse lægges vægt på den transportform, som er den første eller den sidste ved opfyldelsen af transportaftalen, eller på det, der er aftalt i forbindelse med indgåelsen af den multimodale transportaftale?

Problemet med de forskellige sikkerhedsrettigheder skyldes ikke kun, at man i det praktiske liv indgår aftaler om Lien eller panteret, uden at gøre det klart, hvad aftalerne nærmere går ud på. Også lov-

givningsmagten må tage sin del af æren for de komplicerede retstilstande på området. Det bidrager f.eks. ikke meget til at skabe klare og overskuelige regler, at der i søloven findes regler, der giver transportøren to forskellige former for sikkerhed i godset.

De mange sikkerhedsrettigheder skaber også fortolkningsproblemer. Som eksempel herpå kan nævnes de problemer, der opstår mellem CMR-lovens § 23 og NSAB § 14, idet CMR-loven efter § 1, stk. 3, hverken direkte eller indirekte kan fraviges. En vedtagelse af NSAB § 14 kan derfor give anledning til en diskussion om, hvorvidt der herved sker en fravigelse, som forbudt ved den nævnte bestemmelse i CMR-loven. Et andet eksempel er de problemer, der opstår, fordi både sølovens §§ 112-117 og §§ 251-254 omhandler »bortfragteren«. Her kan der stilles spørgsmål om, hvorvidt »bortfragteren«, er den, der har godset i sin faktiske besiddelse (den udførende bortfragter), eller den, der har godset i sin kontraktsretlige besiddelse (den kontraherende bortfragter), eller om der er forskel på begrebet bortfragter i to regelsæt.

Der er behov for klarere regler på området, således at ikke mindst praktikerne på transportområdet bedre kan overskue deres retsstilling og handle effektivt på dette grundlag.

Der kan endvidere rejses spørgsmål om, hvorvidt de almindelige regler om tilbageholdsret, om aftalt håndpant m.v. passer til transportrettens behov, eller om ikke der bør ske en forenkling og modernisering af reglerne, således at de bedre svarer til behovene i en tid med udvidet brug af successive unimodale og multimodale transporter.

En konsekvent løsning bør bestå i to led: For det første en ophævelse af reglerne

om søpant i godset. Hvorfor skal vi i Norden have disse særegne regler, som ikke kendes i resten af den verden, der handles i og med? Da der i det kommende år påtænkes en gennemgribende revision af reglerne i sølovens kapitel 5, hvorunder reglerne om bortfragterens lovbestemte tilbageholdsret hører,²⁹ er der en god anledning til at tage stilling til dette spørgsmål.

Dernæst bør der i teori og retspraksis ske en udvikling af den almindelige tilbageholdsret. Det er ikke tidssvarende, at tilbageholderen ikke har en direkte fyldestgørelsesadgang, på samme måde som ved håndpant. Det, der i dag er behov for, er ikke en tilbageholdsret, men et *tilbageholdspant*. Dette vil tilfredsstillende det almin-

delige behov og gøre behovet for at indgå aftaler om Lien og håndpant mindre. Det kan vel anføres, at det er en opgave for lovgivningsmagten at foretage denne ændring af retsinstituttet tilbageholdsret. Der er imidlertid næppe mange stemmer at hente for den politiker, som måtte stille forslag herom, og det er derfor ikke realistisk at forvente, at lovgivningsmagten få lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet. Derfor må det være en opgave for teori og praksis at videreudvikle dette retsinstitut, så det svarer til nutidens behov.

29. Se Bet. 1215/1991 og SOU 1990:13.

Status over forbrugerbeskyttelsens udvikling i dansk privatforsikring

Af Ivan Sørensen

1. Indledende bemærkninger

Det danske forsikringsmarked undergår i disse år store forandringer især når det gælder selskabsstrukturer og forsikringsformidlere. Udviklingen tog rigtig fart i 1970erne, og er i de sidste par år blevet yderligere forstærket, idet – ikke alene forsikringsbranchen – men hele den finansielle sektor ønsker at stå stærkt i EF's indre marked. Udviklingen, der i starten omfattede fusioner af egentlige forsikrings-selskaber, går nu i retning af etablering af store finansielle supermarkeder der ikke alene omfatter forsikringsvirksomhed, men også bankvirksomhed, ejendomsformidling og realkredit m.v.

Finansielle supermarkeder fremviser såvel fordele som ulemper. Stordriftens fordele er bla., at forbrugerne tilbydes et »færdigt« produkt, d.v.s. et produkt der dækker forbrugerens samlede behov på et bestemt område f.eks. ved køb af fast ejendom. Endvidere nyder kunderne godt af et større serviceapparat. Især det sidste er

naturligvis ikke omkostningsfrit for kunderne. M.h.t. ulemperne viser erfaringerne at jo større en virksomhed er jo vanskeligere er det at beskytte den enkelte forbruger mod mindre gode produkter m.v., ligesom stordriften medfører standardisering af aftalevilkår i større udstrækning end ønskeligt – set ud fra et forbrugersynspunkt – og i det hele fører til anvendelsen af standardiserede kommunikationsmidler overfor forsikringstagerne.

Den følgende gennemgang skal ses som et (beskedent) bidrag til belysningen af, hvorledes forbrugerne er beskyttet i privat forsikring, herunder hvorledes forbrugerbeskyttelsen reguleres og styres ved offentligtretlige og- privatretlige regler.

2. Afgrænsning af emnet

I dansk forbrugerret sondres der i almindelighed mellem forbrugere og erhvervsdrivende. Hvad der skal forstås ved *forbruger* og ved *forbrugeraftale* er defineret

i flere lovbestemmelser. I købsretten er forbrugerkøb således defineret i købelovens § 4a,¹ som bestemmer at forbrugerkøb er et køb som en køber foretager hos en erhvervsdrivende, der handler som led i sit erhverv, når det købte hovedsagelig er bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse for køberen. Lov om kreditaftaler² bestemmer noget lignende i § 1 stk. 1 når kreditgiveren er erhvervsdrivende og kreditten hovedsagelig er bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse for den anden part som benævnes forbrugeren. Hvem der er forbruger og hvad der skal forstås ved en forbrugeraftale i den private forsikring, er der ikke taget stilling til i forsikringslovgivningen, idet der ikke gælder særlige forbrugerbeskyttelsesregler i denne lovgivning. Der kan dog hentes støtte til forståelsen i lov om visse forbrugeraftaler (forbrugeraftaleloven),³ der også omfatter forsikring. M.h.t. forsikringsaftaler indgået ved visse fjernsalg og ved forsikringsaftaler indgået udenfor fast forretningssted, indeholder loven nogle særlige beskyttelsesregler, bla. har forbrugeren en fortrydelsesret på en uge fra modtagelsen af forsikringsbetingelserne, jfr. nedenfor. Lovens § 1 stk. 2 definerer »forbrugeraftale« på en måde som svarer til Købelovens § 4a.

Når der tales om *forbrugerbeskyttelse* i forsikring tænkes der således sædvanligvis på den beskyttelse der ydes *forsikringstageren*, d.v.s. den der har indgået aftalen med forsikreren, jfr. FAL § 2 stk. 2.⁴ Ved en *forbrugeraftale* forstås en aftale om forsikring der omfatter en ikke-erhvervsmæssig risiko for forsikringstageren jfr. herved UfR 1982.176 H, hvor en gårdejer, der havde tegnet en haglskadeforsikring for frø og kornafgrøder, ikke kunne anses som forbruger. En erhvervsmæssig risiko

er f.eks. en produktansvarsforsikring, men ikke (f.eks.) en personforsikring der dækker risikoen for skade i en lønmodtagers arbejdstid.

M.h.t. den regulering og styring af forbrugerbeskyttelsen der finder sted indenfor forsikringsområdet, vil gennemgangen ikke være udtømmende. Belysningen foretages på grundlag af reglerne om forsikringsaftaler og markedsføring og ikke på basis af de forsikringsretsretlige regler. Som en konsekvens heraf vil EF-retlige regler kun blive sparsomt berørt, idet det, jfr. nedenfor, ikke er på det (forsikrings-)aftaleretlige, men på det selskabsretlige område EF har givet harmoniseringsfremmende regler.

3. Forbrugerbeskyttelsen i forskellige relationer

3.1. Offentligretlig regulering og styring

3.1.1. Markedsføring

Forsikringssekskabernes markedsføringsmidler har undergået store forandringer de sidste årtier. Den opsøgende virksomhed, hvor assurandøren uanmodet opsøgte den potentielle kunde på dennes bopæl for at reklamere for (markedsføre) selskabets produkter og for at tegne forsikring (der nu henhører under det såkaldte salg udenfor fast forretningssted), forekommer vistnok ikke længere på forbrugerområdet.

Selvom selskabernes assurandører i visse tilfælde ved telefonisk henvendelse kontaktede potentielle kunder, er markedsføringen reelt overtaget af trykte reklamer og af reklamer i tv og radio. De trykte markedsføringsmidler spænder fra postordresalg

1. Jfr. lovbekg. 1980-01-21 nr. 28.

2. Jfr. lov 1990-06-13 nr. 398.

3. Jfr. lovbekg. 1987-12-23 nr. 886.

4. Jfr. lovbekg. 1986-10-24 nr. 726.

(det såkaldte fjernsalg) til reklamer på offentlige steder og farvelagte brochurer m.v.

I de senere år har selskaberne således lagt hovedvægten på fjernsalg og markedsføringsmidler med indirekte kontakt med forbrugerne. Dette har ført til en progressiv markedsføringspolitik, hvor såvel midlerne (f.eks. postordresalg eller fjernsalg) som reklamernes indhold er blevet mere varierede.

Den skærpede konkurrence på dette område aktualiserer spørgsmålet om, hvorvidt forbrugerbeskyttelsen ved selve markedsføringen følger med udviklingen.

I 1974 vedtog folketetinget den første egentlige lov om markedsføring (MFL).⁵ Loven er et vigtigt skridt i retning af øget beskyttelse af forbrugerne mod erhvervsdrivendes markedsføring (loven regulerer også konkurrenceforholdene mellem de erhvervsdrivende).

Loven – der også gælder for forsikringselskaber – indeholder en række rammeregler, indenfor hvilke selskaberne lovligt kan markedsføre deres produkter. Grænserne for »lovlig« markedsføring afstikkes af praksis, det vil i realiteten sige forbrugerombudsmandens og domstolenes praksis. Det er således praksis der skal tilkendegive, hvad der skal forstås ved »god markedsføringsskik« jfr. lovens § 1, ligesom det er praksis der skal bestemme hvilke angivelser der er »urigtige, vildledende eller urimeligt mangelfulde MFL § 2, og hvad der skal forstås ved »forsvarlig vejledning« vedr. ydelsen, MFL § 3.

Forbrugerombudsmanden (FBO) er tilsynsmyndighed og sager om overtrædelse af lovens bestemmelser kan anlægges ved domstolene.⁶ FBO skal således styre de erhvervsdrivendes (her forsikringselskabernes) markedsføring med det mål at søge at påvirke de erhvervsdrivende til at markedsføre deres produkter i overensstemmelse med MFL. FBO kan ex officio eller

på foranledning af klager og andre henvendelser tage sager under behandling.

Påvirkningen skal ske igennem forhandlinger med de erhvervsdrivende, jfr. i det hele MFL § 15. De styringsmidler som FBO i almindelighed anvender når det gælder forsikring er *henstillinger* og *retningslinier*. *Henstillinger* anvendes overfor det enkelte selskab og er konkrete afgørelser, mens *retningslinier* udarbejdes til brug i forbindelse med al markedsføring af et bestemt produkt.

De sanktionsmuligheder der haves er: nedlæggelse af *forbud* (foreløbigt forbud kan i særlige tilfælde nedlægges af FBO jfr. MFL § 16), *forbud* og *pålæg* (f.eks. pålæg om at brochurer, standardkontrakter o. lign. makuleres) og bestemmelse om *fremtidig ugyldighed, bøde* eller *hæfte*. Tilsidesættelse af forbud eller pålæg kan straffes med bøde eller hæfte.

Der har vist nok ikke været eksempler på forbud eller pålæg overfor forsikringselskaber, men der findes flere FBO- sager, hvor der er udarbejdet retningslinier og, hvor der er givet henstillinger, jfr. straks nedenfor.

I en sag (j.nr. FO 89-1614-71) hvor FBO ex officio behandlede spørgsmålet om, hvorvidt et selskab havde givet forsvarlig vejledning som krævet i MFL § 3, blev der givet selskabet en henstilling.

Forholdet var det, at et forsikringselskab i et kuponhæfte tilbød forbrugerne en familieforsikring. Annoncen indeholdt en kupon, der bestod af en forsikringsbegæring og en rubrik beregnet til opsigelse af en evt. eksisterende forsikring i et andet selskab. Forsikringstageren ville med andre ord være bundet af sin underskrift til en forsikring, han ikke vidste hvad dækkede.

5. Jfr. lovbeholdning 1987-01-28 nr. 55.

6. Jfr. hertil beholdning 1989-08-10 nr. 542.

FBO meddelte selskabet at »annoncer for familieforsikring, der indeholder opfordring til umiddelbart at tegne en forsikring, må være tilrettelagt således, at forbrugeren får en *forsvarlig information om forsikringens dækningsomfang og præmie inden forsikringen tegnes...*« Endvidere meddelte FBO at det forudsattes at forbrugeren, hvis han besvarer annoncen, får en 8 dages fortrydelsesret.

Denne sidste betingelse er ganske interessant, idet lov om forbrugeraftaler (mærkeligt nok) kun hjemler en fortrydelsesret m.h.t. bestilling af forsikringer afgivet under uanmodede telefoniske henvendelser og ikke i forbindelse med postordresalg. Den af FBO stillede forudsætning om en 8 dages fortrydelsesret skal derfor ses som en betingelse for opfyldelse af kravet om god markedsføringskik i MFL § 1.

Selskabet efterkom henstillingen og annoncerer nu, dels med en fortrydelsesret på 10 dage, dels med en mindre oversigt over dækningen med præmieklasser.

En sådan aftale indgået uden at forsikringstageren kender vilkårene for denne og uden fortrydelsesret vil antagelig også kunne tilsidesættes efter privat påtale. Forsikringstageren kan nemlig hævde at forholdene omkring aftalens tilblivelse er så urimelige, at det ville stride mod redelig handle måde at gøre den gældende jfr. Aftl. § 36.⁷

MFL's bestemmelser tager ikke alene sigte på den egentlige reklame, men omfatter også aftalevilkår. Dette betyder at FBO også kan påtale urimelige vilkår i forsikringsaftalen. Dette skete i en sag, hvor FBO henstillede at et forsikringselskab i dets forsikringsbetingelser for familieforsikring præciserede reglerne om børns erstatningsansvar efter dansk erstatningsret.⁸

Efter juridisk tradition er MFL en offent-

ligretlig lov og sanktionerne følger da også det offentligretlige sanktionsmønster. Loven løser således ikke (umiddelbart) den enkelte forsikringstagers problemer med (f.eks.) at blive løst fra en urimelig aftale, eller at opnå kompensation for et økonomisk tab. Her må anvendes de civilretlige regler. Forsikringslovgivningen indeholder ikke en til Købelovens § 76 stk. 1 nr. 1 og 2 svarende bestemmelse om mangler ved salgsgenstanden p.g.a. urigtige eller vildledende oplysninger, og forbrugeren henvises derfor til de aftaleretlige regler herunder særlig Aftalelovens § 36 og de almindelige erstatningsregler.

Selvom bedømmelsen efter MFL er generel mens bedømmelsen efter Aftalelovens § 36 er konkret, vil der dog i en lang række tilfælde være overensstemmelse mellem bedømmelserne efter § 36 og f.eks. MFL § 1. Således vil markedsføring i strid med god markedsføringskik ofte medføre, at aftalen kan tilsidesættes efter § 36, jfr. det lige ovenfor nævnte eks. om postordresalg. Af andre styringsmidler anvender FBO de såkaldte »retningslinier« som er karakteristiske for rammereglerne i MFL. *Behovet* for retningslinier opstår når et større forbrugerrelateret område som f.eks. automobilforsikringer viser sig at være uigennemsigtigt og/eller at selskabernes markedsføring er i strid med MFL. Retningslinierne udarbejdes i almindelighed, på frivillighedens basis, efter forhandling med de berørte brancheforeninger- i det lige nævnte eksempel Assurandørsocietetet, FDM⁹ og forbrugerrådet- og bekendtgøres overfor forbrugere i dagspressen.

7. Jfr. lovbekg. 1986-09-08 nr. 600.

8. Jfr. Juridisk Årbog 1989.42.

9. Forenede danske Motorejere, (bilisternes interesseorganisation).

Retningslinierne har til *formål* at afstikke grænserne for god markedsføringsskik. *Fordelen* ved disse *retningslinier* er at brancheforeningerne har tiltrådt »spille-reglerne«, og at det må antages at »spillerne« d.v.s. selskaberne vil følge disse. Dette vil betyde at der opnås en nogenlunde ensartet markedsføring på et bestemt område – en markedsføring der gerne skulle være let gennemskuelig for forbrugerne. Der er nok heller ikke tvivl om at disse »retningslinier«-selvom de vel ikke binder det enkelte selskab – vil påvirke den forståelse af »god markedsføringsskik« der vil blive anlagt ved domstolene.

Foreløbig findes der følgende retningslinier: 1) »Retningslinier for priseksemplern inden for automobilforsikring« – januar 1978 (MFL § 2 stk. 1). 2) »Retningslinier for afgivelse af bonusprognoser og prognoser for pensionsopsparing i livsforsikringsselskaber og pengeinstitutter« – februar 1990 (MFL § 1 og § 2). 3) »Retningslinier for omfanget af forsikringsselskabernes orientering til forsikringstager i forbindelse med autoskade« – maj 1990 (MFL § 1 og § 2 stk 1.)

3.2. Privatretlig regulering og styring

3.2.1. Markedsføring

I takt med den øgede og til tider aggressive markedsføring af forsikringsprodukter, rejser der sig spørgsmål om, hvorvidt forsikringstageren eller den potentielle forsikringstager kan støtte ret på det som selskaberne lover i en annonce, en brochure el.lign., og fastholde selskabet ved den i reklamen tilsagte dækning, blive løst for aftalen, eller kræve erstatning. Med andre ord skal reklamemateriale inddrages ved fortolkningen af aftalen? Sådanne

elementer inddrages ved fortolkning af f.eks. købsaftaler, når det i forbruger køb skal undersøges om der foreligger en mangel ved salgsgenstanden jfr. Købelovens § 76 stk. 1 nr. 2. Selvom dette rejser nogle særlige spørgsmål ved forsikring, hvor forsikringstageren som regel efterfølgende modtager detaljerede kontraktbetingelser som indeholder de reelle betingelser for aftalen, kan der ikke rejses alvorlige indvendinger mod, i det konkrete tilfælde, at betragte markedsføringsmateriale som en del af aftalen.

I hvilket omfang der skal lægges vægt på dette materiale kan selvsagt bestemmes ved fortolkningen.

Der kan ikke udledes noget bestemt af den sparsomme praksis der findes på området. Det kan dog fastslås, at Ankenævnet – der har behandlet en række sager, hvor spørgsmålet var aktuelt – i det konkrete tilfælde inddrager reklamemateriale som fortolkningselement, når det f.eks. skal afgøres, hvilken dækning forsikringen skal yde og til hvilken præmie. På den ene side synes det klart, at selskabet ved markedsføring af en bestemt dækningstype ikke er forpligtet til at gengive alle undtagelser fra forsikringsbetingelserne o.s.v. jfr. Ankenævnskendelse (AKF) nr. 19.142/87 (manglende oplysning om karenstid), men på den anden side må selskabet holdes fast på de klare og konkrete vilkår der fremgår af en brochure el.lign. jfr. til eks. AKF 22.270/88, hvor ankenævnets flertal finder at klageren, efter brochuren ordlyd, havde haft føje til at gå ud fra, at tarifiering skulle ske efter motorcyklens faktiske slagvolumen. Endvidere AKF 21.181/88, hvor en annoncer formulering fandtes at have været egnet til at bibringe klageren den opfattelse, at annoncens priseksempel vedrørte en

sommerhusforsikring. Herefter havde klageren krav på at tegne forsikringen til den i annoncen angivne præmie. M.h.t. bevisbyrden for at klageren ved tegningen blev gjort opmærksom på rette forhold pålagdes selskabet. Annoncens indhold førte således til at bevisbyrden vendes om.

Såfremt brochurer m.v. og forsikringsbetingelserne indeholder modstridende oplysninger om policens dækning må afgørelsen af, hvilke der tillægges størst vægt afhænge af, hvor klart affattede forsikringsbetingelserne er på det konkrete stridspunkt. Er det således at brochuren m.v. henviser til forsikringsbetingelserne vil resultatet nok bero på en fortolkning af disse alene, jfr. til eks. AKF 15.455/85.

Selvom selskabets brochurermateriale henviser til forsikringsbetingelserne og der ikke ville være dækning efter disse, har ankenævnet fundet et selskab forpligtet, fordi forsikringstageren ikke havde fået udleveret forsikringsbetingelserne og fordi brochuren angav at indeholde de væsentligste forsikringsvilkår(undtagelsen fandtes at være af væsentlig betydning). Heraf må det også sluttes at nævnet mener at forsikringstageren efter omstændighederne ikke har en selvstændig pligt til at fremskaffe forsikringsbetingelserne, hvis nr. iøvrigt var angivet i brochuren (AKF 23.589/88).

Den personkreds der kan støtte ret på reklamemateriale vil ikke altid være den samme som den der kan støtte ret på aftalen. Når den sikrede er forskellig fra forsikringstageren vil det næppe være rimeligt, at der sker identifikation når det gælder forsikringstagerens forudsætninger for at indgå aftalen, medmindre der foreligger særlige forhold f.eks ægtefællers indsættelse af hinanden som begunstiget i personforsikring. Dette synes at være ind-

lysende ved ansvarsforsikring, hvor den skadelidte næppe kan støtte ret på forsikringstagerens forudsætninger for at indgå aftalen. Annoncer og brochurer henvender sig i almindelighed til potentielle forsikringstagere. Ved kollektive personforsikringer må de forsikrede medlemmer i det konkrete tilfælde være omfattet af personkredsen. Det samme kan som udgangspunkt ikke antages ved kollektive personforsikringer der har karakter af ansvarsforsikring. Til støtte for dette synspunkt mener jeg at dommen i UfR 1987.720 Ø kan tages. Der var tale om en kollektiv arbejdsskadeforsikring tegnet af Dansk Idrætsforbund til dækning i.h.t. Arbejdsskadeforsikringen af medlemmer af forbundet og de under forbundet hørende klubber m.v. Forsikreren fandtes ikke – på grundlag af det til idrætsklubberne udsendte informationsmateriale – at have pådraget sig ansvar overfor et tilskadekomment klubmedlem.

3.2.2. Forsikringsaftalen

Aftalegrundlaget for forsikring har i almindelighed været: kontraktforhandlingerne, begæringen, policen med evt. tillæg og forsikringsbetingelserne. Hertil må nu føjes: markedsføringsmateriale.

Begæringen indeholder en række spørgsmål, som skal besvares af den forsikrede. Efter dansk ret har den forsikrede en svarpligt og ikke en selvstændig oplysningspligt. Den potentielle forsikringstager skal på loyal måde og efter bedste overbevisning besvare spørgsmål rejst af selskabet. Urigtige oplysninger kan føre til aftalens tilsidesættelse, bortfald eller nedsættelse af erstatningen.

FAL §§ 4-11 indeholder reglerne om, hvilke

retsvirkninger der indtræder når forsikringstageren har afgivet urigtige oplysninger.

Selvom en oplysning afgivet af forsikringstageren objektivt set er urigtig er det ikke sikkert, at der som følge heraf indtræder nogen retsvirkning. Der stilles nemlig (også) nogle subjektive krav før de urigtige oplysninger får betydning for aftalen, jfr. FAL §§ 5 og 6. Hvis den urigtige oplysning ikke skyldes uagtsomhed hæfter selskabet fuldt ud jfr. § 5. Har forsikringstageren handlet uagtsomt hæfter selskabet i det omfang det ville have overtaget forsikringen til den aftalte præmie (d.v.s. efter proratareglen). I den yderste konsekvens betyder dette at forsikringstageren ikke opnår nogen erstatning såfremt selskabet ikke ville have overtaget forsikringen om det rette forhold havde været oplyst jfr. i det hele FAL § 6 stk. 1 og 2. (Indenfor transport- og garantiforsikringen skal der dog ydes erstatning efter kausalitetsreglen, jfr. § 6 stk. 3).¹⁰

Der er ingen grund til at beskytte en forsikringstager der bevidst har afgivet urigtige oplysninger eller bevidst har fortiet relevante oplysninger. Derfor bestemmer FAL § 4, at der i sådanne tilfælde ikke skal ydes erstatning ligesom selskabet ikke kan fastholdes ved aftalen.

Selvom forsikringstageren har indgået en ellers bindende aftale har han mulighed for at træde tilbage fra aftalen, nemlig i de tilfælde hvor aftalen er indgået *udenfor selskabets faste forretningssted* f.eks. på forsikringstagerens bopæl, eller hvor der er tale om en telefonisk indgået aftale.

Uanmodet henvendelse på forbrugers bopæl, arbejdsplads o.s.v. med henblik på at tegne forsikring er ikke omfattet af forbudet i Forbrugeraftalelovens § 2 stk. 1. Såfremt forsikringstageren fortryder, at han har tegnet forsikringen har han ret til senest 7 dage fra modtagelsen af forsikringsbetingelserne at meddele selskabet, at han ikke ønsker forsikringen. Tilbagetrædelsen kræver ikke nogen nærmere begrundelse fra forsikringstageren, jfr. i det hele Forbrugeraftalelovens § 6 stk. 2 og 3. 7-dages fristen kan dog tilsidesættes, hvis

selskabet ikke har overholdt visse formkrav – nemlig at det samtidig med fremsendelsen af forsikringsbetingelserne skal informere om fortrydelsesretten. I disse tilfælde er forsikringstageren slet ikke bundet af aftalen.

Forbrugerne er også beskyttet mod aftaler der er indgået ved uanmodede telefonhenvendelser – de såkaldte *fjernsalg*, men mærkeligt nok ikke – som ved aftale om køb af varer jfr. § 10 stk. 1 1. pkt. – mod postordresalg. Forsikringstageren har (ved telefonhenvendelserne) en fortrydelsesret med samme frister som nævnt ovenfor. Formkravet til selskabets meddelelse er dog udvidet på den måde, at det skal informere om fortrydelsesretten og bekræfte aftalen senest 3 dage efter den telefoniske bestilling jfr. Forbrugerftalelovens §§ 10, 12a og § 13 stk. 2 og 3. Disse regler er beskyttelsespræceptive.

Reglerne om forsikringstagerens fortrydelsesret har som anført den begrænsning at retten skal gøres gældende indenfor visse tidsfrister. Til gengæld kan forsikringstageren træde tilbage uden at give nogen begrundelse herfor. Selvom disse tidsfrister er overskredet har forsikringstageren dog mulighed for at få aftalen tilsidesat helt eller delvist. Til gengæld kræves det så at der foreligger en for forsikringstageren urimelig aftale jfr. i det hele Aftl. § 36.

10. Se hertil den australske forsikringsaftalelov, section 31, hvorefter der gælder den særlige regel at forsikringsydelsen reduceres med den for lidt betalte præmie (krone for krone) det pågældende år.

Efter nyere branchekutyme må det eksempelvis antages at det vil blive anset for urimeligt at holde forbrugeren fast på en aftale ud over eet år jfr. Assurandørsocietetets henstilling ref. i UfR 1980.917V.

Ud over ovennævnte private styringsmidler kan forbrugerne beskyttes igennem fortolkning af forsikringsvilkårene. Når forsikringsbetingelserne ensidigt er udarbejdet af forsikreren viser doms- og ankenævnspraksis nemlig, at der ydes en god beskyttelse mod uigennemskuelige vilkårder anvendes den såkaldte uklarhedsregel, hvorved vilkårene fortolkes mod konceptisten.

M.h.t. anden information (end reklamer) findes der iøvrigt ikke – som i den nye norske forsikringsaftalelov¹¹ – udtrykkelige lovregler, der pålægger selskaberne at give information om forsikringsprodukterne ved tegningen eller senere. I den norske lov er der optaget regler om selskabets informationspligt under kontraktsforhandlingerne og i forsikringstiden. Det forudsættes i motiverne til loven, at selskaberne ved forsømmelse hermed kan ifalde erstatningsansvar efter almindelige erstatningsretlige principper.

Der kan være særlige grunde til at beskytte forbrugerne mod ændringer af aftalen i forsikringstiden. På dette område har Finanstilsynet i samråd med Assurandørsocietetet udarbejdet nogle retningslinier: »Vejledende retningslinier for accept ved ændring af forbrugerforsikring« (ikrafttræden 1/1-1991). Disse retningslinier opstiller regler for, i, hvilke situationer forsikringstageren i forbrugerforsikring skal have forelagt ændringer i bestående forsikring til accept og i, hvilke situationer der gælder passiv accept. Reglerne gælder kun *skadesforsikring*.

3.2.3. Sagsbehandlingen

Når forsikringsbegivenheden er indtrådt skal forsikringstageren snarest anmelde denne til forsikreren. Vejledning herom findes i almindelighed i forsikringsvilkårene. De evt. retsvirkninger af forsinket anmeldelse fremgår af FAL § 21.

Der findes derimod ikke regler der stiller tidsmæssige krav eller kvalitetskrav til forsikrerens sagsbehandling. Det nærmeste man kommer en regel i retning af et tidsmæssigt krav er FAL § 24, der i stk. 1 bestemmer at forsikringstageren kan kræve ydelsen udbetalt 14 dage efter, at selskabet har været i stand til at indhente tilstrækkelige oplysninger til bedømmelse af kravet. Retsvirkningen af forsinkelse med betalingen er imidlertid »kun«, at forsikreren skal forrente erstatningen. Der gælder ikke særlige regler der beskytter forsikringstagerne mod en unødvendig langsom sagsbehandling, eller mod en sagsbehandling af ringe kvalitet.

Der stilles heller ikke krav om at et forsikringsselskab skal begrunde dets afgørelse når erstatning afvises. Hvis selskabet ikke vil komme med en nærmere begrundelse for afvisningen af et erstatningskrav, har forsikringstagerne således ikke mulighed for at kontrollere om afgørelsen er rigtig og om han vil anke sagen og på hvilket grundlag.

Det må konkluderes at forsikringstagerne (og andre erstatningsberettigede) – i langt højere grad end tilfældet er på andre områder – er overladt til forsikrerens styring af sagsforløbet herunder regulering af erstatningen.

11. Lov 1989-06-16 nr. 69.

Hvis forsikringstageren ikke mener, at kunne overskue eller klare at forhandle erstatningen med forsikreren, melder der sig spørgsmålet om han kan overgive sagen til advokat og få udgifterne dækket hos selskabet. Heller ikke på dette område findes der særlige regler, der løser problemerne, medmindre der er tale om udgifter der falder under den særlige retshjælpsdækning. På personforsikringsområdet har ankenævnet imidlertid udviklet den praksis, at pålægge forsikreren at betale advokatombudsninger, hvis der er tale om et kompliceret krav, eller hvis selskabet afviser kravet og forsikringstageren senere får medhold.

4. Sammenfatning og fremtidsperspektiver

Den privatretlige styring af forsikrings-selskabernes markedsføring foretages hovedsageligt igennem Ankenævnet for forsikring. Den offentligretlige styring foretages hovedsageligt af FBO. Set ud fra et forbrugersynspunkt ville en vis samstyring af de privatretlige og de offentligretlige regler give nogle praktiske fordele. Det er naturligvis udmærket for den forsikringstager der får medhold i, at forsikrerens markedsføring er i strid med god markedsføringsetik, men en sådan udtalelse kan ikke umiddelbart bruges til det som oftest vil være det vigtigste for forsikringstageren – at gennemføre et krav overfor selskabet. Herom må der anlægges selvstændig sag. Generelklausulen i Aftl. § 36 er nemlig ikke til nogen nytte for den forsikringstager, der vil fastholde forsikreren ved aftalen. Det kunne overvejes at tilkoble de

relevante regler i MFL særlige forsikringsretlige »follow-up regler«.

Reglerne om forsikring i forbrugerftaleloven synes at nyde en noget tilbagetrukket tilværelse. Hvad enten dette skyldes at reglerne er vanskelige at arbejde med, eller om det skyldes manglende kendskab om deres eksistens hos forbrugerne, må det vække til forundring at reglerne om fortrydelsesret ved indgåelse af forsikringsaftaler ikke er optaget, hvor de naturligt hører hjemme – nemlig i den eksisterende lov om forsikringsaftaler. I denne lov findes ikke engang en henvisning til forbrugerftaleloven.

M.h.t. til forbrugerbeskyttelsen i forbindelse med aftalens indgåelse iøvrigt og i forsikringstiden bemærkes særligt at selskaberne ikke har nogen anden informationspligt end den der følger af god forsikringsetik. Spørgsmålet om ansvar for rådgivning og information er ikke reguleret i dansk forsikringslovgivning, hvorfor man er overladt til de almindelige erstatningsregler og fuldmagtsregler.

Et vigtigt skridt i retning af en øget forbrugerbeskyttelse var oprettelsen af Ankenævnet for forsikring (1975). Nævnet giver forbrugerne en nem og billig adgang til at få prøvet sager som de ellers ikke ville have mulighed for. Ankenævnet har opnået en position, hvor det i stort omfang har overtaget domstolens rolle som praksisdannende myndighed på forsikringsrettens område. Man kommer dog ikke uden om, at på et så stort og specielt område som privatforsikring, må det anses for nødvendigt med en koncentreret og målrettet forbrugerpolitik der udmøntes i en samlet regulering og styring af hele området.

Arbejdet med en samlet regulering og

styring af forbrugerbeskyttelsen må antagelig foretages på nationalt grundlag, idet arbejdet med harmonisering af de forsikringsaftaleretlige regler i EF er skrinlagt. Hertil kommer at det direktivforslag¹² der var fremme ikke ville have givet en efter danske forhold øget forbrugerbeskyttelse (snarere tværtimod).

Særlige forbrugerbeskyttelsesregler findes i EF-konventionen om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser¹³. Konventionen er inkorporeret i dansk ret. Den danske lov¹⁴ bestemmer at konventionen også skal gælde for forsikringsaftaler, hvilket bla. betyder at en lovvalgsaftale i de hyppigst forekommende tilfælde ikke kan fortrænge præceptive forbrugerbeskyttelsesregler i bopælslandet, jfr. konv. art. 5 stk. 2 med forudsætninger.

Af pladshensyn har det ikke været muligt at underkaste spørgsmålet om behovet for forbrugerbeskyttelse ved forsikrerens sagsbehandling den nærmere undersøgelse emnet kræver. Efter ovennævnte gennemgang kan det blot konstateres at et hidtil uopdyrket område, når det gælder forbrugerbeskyttelse, er spørgsmålet om kvaliteten og den tidsmæssige udstrækning af sagsbehandlingen i forsikringselskaber.

12. Jfr. bla. C 265/80-89 af 80-10-13.

13. Jfr. 80-934-EØF.

14. Jfr. lov 1984-05-09 nr. 188

LITTERATURLISTE:

Paul Kruger Andersen: *Markedsføringsret*, Århus 1978.

Forbrugerstyrelsen: *Juridisk Årbog*, 1989.

Jørgen Gawinetski: »*Forsikring*« 1988 p. 223.

R.W.Hodgin: *Protection of the insured*, Birmingham 1989.

Preben Lyngsø: *Dansk forsikringsret*, 6. udg. 1989.

Preben Lyngsø: *Forsikringsaftaleloven*, 3. udg. 1988.

Ivan Sørensen: *Den private syge- og ulykkesforsikring*, 1990.

Udviklingsmønstre i arveretten

Af Finn Taksøe-Jensen

En undersøgelse af et udvalgt udsnit på 2.400 testamenter af de ca. 25.000 testamenter, der i 1987 blev oprettet for notarer her i landet,¹ har afdækket forskellige udviklingstendenser i vort arvesystem, der synes at påkalde sig interesse.² Undersøgelsen har for det første vist, at der i praksis er nær sammenhæng mellem arvebeskatningsreglerne og den måde, testamenterne udfærdiges på. Det legale arvefordelingssystem synes dernæst ikke i alle henseender længere at virke ganske hensigtsmæssigt. Grænserne for, hvad der gyldigt kan bestemmes ved testamente, begynder endvidere på nogle punkter at snævre. Endelig er et reformarbejde af de skifteretlige regler sigtende til at forenkle og smidiggøre skiftesystemet og til at fjerne unødigt offentlig kontrol nu blevet sat i gang.

1. Arveret og arvebeskatning³

De, der ejer noget, ønsker tydeligvis *ikke*, at værdierne ved deres død skal gå i *statskassen*. I de undersøgte notartestamenter fra 1987 blev en statslig institution kun indsat til at arve i et eneste tilfælde.⁴ Mange af testamenterne viste tværtimod, at testatorerne søgte at indrette deres disposition således, at der kunne spares arve-

afgift. Foretog man det tankeeksperiment, at al arv, herunder også samfundets produktionskapital, ved ejernes død skulle gå i statskassen, ville den privatkapitaliserede markedsøkonomi, som netop i disse år internationalt synes at have dokumenteret sin berettigelse og styrke, gradvist blive afløst af en statslig ejet og dermed statslig styret økonomi. En sådan omlægning ville dog formentlig under de rådende forhold hos os slet ikke kunne opnå nogen bred praktisk effekt; ældre folk ville simpelt hen, som det kan ses af undersøgelsen af testamenterne, i stedet inden deres død forære alt, hvad de ejede, væk. Den gamle tanke, om at ejendomsrettens naturlige forlængelse er arveretten, står således stadig ved magt. Privatejede værdier må derfor som udgangspunkt også fremover påregnes at skulle falde i arv til private.

1. Antallet af vidne- og nøttestamenter udgør kun nogle få procent af samtlige de testamenter, der forekommer i dødsboer.
2. Undersøgelsens resultater er nu EDB-behandlet og forventes i enkeltheder offentliggjort til vinter.
3. Dette afsnit 1. er i det væsentligste en gentagelse af artiklen »Når arven tynger« af *Finn Taksøe-Jensen* i Lov og Ret 2/1991, side 40 ff.
4. Det drejede sig om en bog, der blev testeret til Rigsarkivet.

På den anden side ville det være *helt ude af trit* med udviklingen, om man i dag hos os ville skride til at afskaffe beskatning på arv. Det er i meget vide kredse hos os blevet en grundfæstet opfattelse, at meneskene så vidt muligt fra fødselen bør stilles lige og have lige adgang til virkemuligheder. Som følge deraf skal det undgås, at der i kraft af arv etablerer sig en rigmands-klasse i samfundet. Personers arveret til større formuer må følgelig reduceres væsentligt ved beskatning.

Man må formentlig opfatte vort nuværende arvesystem som en slags *kompromisløsning* mellem disse modsat rettede ideologier. Privat arveret anerkendes og nu med livsarvingernes og ægtefællens⁵ arveret helt i forgrunden. Men der skal af arvelodder til disse grupper, der i værdi overstiger 1 mill. kr., svares *arveafgift* med 32 % og med 192.990 kr. af den første million. Arvinger i forældrelinien, dvs. forældre og deres afkom, skal svare 80 % i arveafgift af arvelodder, hvis værdi overstiger 1 mill. kr., og 574.310 kr. af den første million. For fjernere slægtninge eller ubeslægtede skal der svares 90 % i arveafgift af arvelodder over 1 mill. kr. og 697.940 kr. af den første million. Testeres arven til selskaber, foreninger, kirker eller fonde m.v., skal der som udgangspunkt svares 35 % i arveafgift uden hensyn til arveloddens størrelse, men arven er fra sommeren 1991 blevet helt afgiftsfri, såfremt formålet er almenvelgørende eller almennyttigt.

Kan det nu antages, at vort bestående arvebeskatningssystem tilgodeser de nævnte modsat rettede hensyn på en hensigtsmæssig måde? Svaret herpå synes at måtte blive et *nej*.

En undersøgelse af godt 1500 boopgørelser fra 1988 har vist, at der kun i forbløfende beskedent omfang forekommer *produktionskapital* i dødsboerne. Årsagerne dertil må, som det også indirekte blev forudsat af generationsskifteudvalget, utvivlsomt have sammenhæng med arvebeskatningsreglerne. Det er ikke gunstigt for erhvervslivet, at der ved kapitalejernes *død* er fastsat en høj skat på produktionskapital. Hvor mange virksomheder ville i virkeligheden ved indehaverens død kunne tåle at blive tappet for mellem 32% og 90% af deres egenkapital. Reglerne opfordrer derfor – og fører i meget vidt mål – til allehånde omgørelser ved transaktioner i kapitalejernes *levende live*, ved hvilke det rent faktisk opnås, at beskatningen bliver væsentligt lavere, men ikke at den lovligt kan elimineres helt. Disse beskatningsregler er derfor måske i virkeligheden en væsentlig medvirkende årsag til, at mange generationsskifter efterfølges af økonomisk kollaps. Blandt de virksomheder, som brød sammen i årene omkring 1980, var der påfaldende mange, der ret kort tid forinden havde været igennem et generationsskifte.

Beskatningen af produktionskapital ved *død* er lavest, nemlig 32%, når det er kapitalejernes børn eller børnebørn, som arver kapitalen. I nutidens højteknologiske servicesamfund er det imidlertid i modsætning til, hvad der gælder for agrarsamfund, langt fra sikkert, at virksomhedsindehaverens børn er de bedst fagligt egnede til at føre virksomheden videre. At overføre en del af produktionskapitalen ved arv til en naturlig ubeslægtet leder, er imidlertid med

5. Samt den registrerede partners.

de nugældende beskatningsregler, ved arv 90% i skat, ikke nogen farbar vej. Det bør i denne sammenhæng ikke overses, at en leder, som ikke kommer til at eje en del af produktionskapitalen, let vil savne noget af incitamentet til den fornødne avancerede, langsigtede planlægning. Arvebeskatningsreglerne ville, om de fuldt ud blev aktualiseret, derfor tvinge til ledelsesformer, der næppe ud fra forretningsmæssige synspunkter ville være hensigtsmæssige, og reglerne ville i så fald enten tappe virksomhederne for mellem 32% og 90% af deres egenkapital eller tvinge til en meget betydelig spredning af kapitalerne.

I stedet gennemføres generationsskifterne hos os som omtalt i meget vidt omfang i kapitalejernes *levende live*. Her er gavebeskatningsreglerne ved gave til børn m.v. de samme som ved beskatning af arv, medens gaver til andre, derunder selskaber, skal indkomstbeskattes. Når generationsskifter i levende live derfor i praksis næsten udelukkende foretrækkes, er en væsentlig del af forklaringen, at beskatningsgrundlagene i så fald *kan formindskes betragteligt* ved forskellige mere eller mindre legale transaktioner, derunder for lave værdiansættelser. Kontrolmulighederne er ganske gode i dødsboer, men meget vanskelige at håndtere ved gradvise generationsskifter i levende live. En mere indgående undersøgelse ville derfor utvivlsomt afdække, at vi her står over for et eksempel på, at beskatningssystemet har ført til *omgåelser*, der afgørende har reduceret provenuet. Hele provenuet ved arveafgiftsbeskatningen udgør for tiden kun godt 2 milliarder kr. årligt, og provenuet ved gaveafgift er meget beskedent.

Men også i øvrigt forekommer arvebeskatningssystemet – ud over at det er unø-

digt indviklet – uhensigtsmæssigt indrettet. Kan det mon virkelig være ønskeligt, at op imod 1/3 af barnløse enlige, dvs. ugifte eller ikke samlevende, nu, stærkt motiveret af arveafgiftsreglerne, indsætter fonde, foreninger, kirker og missionsformål m.v. i stedet for at indsætte selskaber eller personer? Er det virkelig ønskeligt, at beskatningsreglerne medvirker så stærkt til, at en ikke uvæsentlig og stigende del af samfundets kapital samles disse steder?

Det synes derfor at være velbegrundet at overveje, om der i stedet kunne indføres en relativt lav *grundbeskatning* af al arv, herunder af produktionskapital, med en ensartet procentsats, der måske kunne være 10% eller 15% af hele arvemassen og så supplere en sådan grundbeskatning med en progressiv beskatning for personer, der bortset fra produktionskapital arvede mere end et vist højere beløb. Dette beløb måtte formentlig ud fra sociale overvejelser varieres for ægtefæller, registrerede partnere og samlevende, der navnlig kan have behov for at kunne beholde en ejerbolig m.v., for livsarvinger og for fjernere beslægtede og ubeslægtede m.fl. Man kunne i så fald overveje at undlade at arvebeskatte produktionskapital med mere end grundbeskatningsprocenten, uanset hvem kapitalen tilfaldt. Et sådant system ville styrke erhvervslivets kapitalisering ganske afgørende og ved generationsskifter åbne mulighed for optimale valg af styrings- og ledelsesformer. En håndterbar afgrænsningsmekanisme mellem produktionskapital og anden formue kunne så vidt ses ret let etableres. Der kunne fx. forlanges revisorerklæring for, at en virksomhed var produktiv inden for bestemt definerede områder. At systemet ville animere arveladerne til at placere deres formue i pro-

duktionskapital, ville vist i vide kredse blive anset for at være en ønskelig virkning. Det måtte dog formentlig i det mindste tillige overvejes at supplere et sådant system med regler om, at afhændelse af arvet produktionskapital i et vist omfang udløste en beskatning.

Samtidig burde det overvejes at omlægge det besynderlige danske afgiftssystem for *gaver*. Man kunne så vidt ses i det væsentligste blot lade beskatningsreglerne for arv finde tilsvarende anvendelse for beskatning af gave. Det er meget uheldigt, at spørgsmålet om, hvornår en ledelse i en virksomhed skal skiftes ud, skal have sammenhæng med, om aktiver ved en overførsel skal beskattes efter det ene eller det andet af to forskellige systemer. I øvrigt burde progressionsbruddet ved beskatning af gave i levende live og af arv fra den samme arvelader til den samme arving, som nu giver anledning til betydeligt misbrug,⁶ også i øvrigt ophæves. Endelig kunne de fleste af de nugældende regler i arve- og gaveafgiftsloven uden skade undværes, fx. det helt forunderlige system, hvorefter arv og gave fra og til på den ene side en gift persons fuldstændige særeje og på den anden side en gift persons skilsmis-sesæreje og formuefællesskab, opfattes som arv og gave fra og til to personer.

Det udvalg, der afgav betænkning om *generationsskifte, skatter og afgifter*, synes at have været sympatisk indstillet over for de foran berørte grundtanker for en om-lægning af arveafgiftssystemet, men anså sig for afskåret fra at behandle spørgs-målene på grund af begrænsninger i ud-valgets kommissorium, se bet. nr. 11/1987, side 32.⁷

De nugældende regler om *dødsbobe-skatning*, der blev gennemført på et tidspunkt,

hvor kapitalafkast og arbejdsindkomst beskattedes efter ens regler, bør snarest søges erstattet af et enklere system. Disse regler er unødigt bureaukratiske. Det indkomne provenue er beskedent og næppe engang tilstrækkeligt til at dække de til opretholdelse af beskatningssystemet anvendte ressourcer. En afgørende og nærmest befriende forenkling kunne bestå i at afskaffe selvangivelsespligten og beskatte boperiodens kapitalindtægt, der, når dødsdagen ikke anvendes som skæringsdag, alligevel skal medtages i boopgørelsen, med 50%, således at denne skat opkræves samtidig med arveafgiften hos den eller de arvinger, der fik indtægten udlagt i arv. En sådan ændring ville endvidere, når bofradraget bortfaldt, medføre en provenuegevinst for det offentlige af en størrelsesorden på flere hundrede millioner kr. årligt. En tilsvarende forenkling kunne også gennemføres for formuebeskatningen af dødsboer.

2. Legal arvefordeling

2.1. Slægtsarv

Det kendte udgangspunkt i de fleste kontinentaleuropæiske lande, herunder Danmark, var slægtsarv omkring et fællig om

6. Se derom *Taksøe-Jensen – Vorstrup Rasmussen* Familieretten 1990, side 388.

7. De i betænkning om arve- og gaveafgift, nr. 1014 af juni 1984 fremsatte forslag om ændring af lovens regler må efter min opfattelse anses for helt utilstrækkelige, især fordi udvalget slet ikke synes at have overvejet den centrale generationsskifteproblematik.

en landbrugsejendom. Udviklingen bortderfra er imidlertid forløbet meget forskelligt i de enkelte lande.⁸ Hos os begrænsedes slægtninges tvangsarveret ved arveforordningen af 1845 til alene at gælde for livsarvinger. De daværende fem slægtsarveklasser, der gik op til tipoldeforældrene og deres afkom, blev i 1954 reduceret til de nuværende to, livsarvingerne og forældrelinien, samt en beskåret tredje, bedsteforældrene og deres børn og børnebørn, der dog allerede i 1964 blev yderligere begrænset ved, at den legale arveret for fætre og kusiner bortfaldt.

2.1.1. Udarvinger

Undersøgelsen af de notartestamenter fra 1987, som blev oprettet af *enlige* testatorer⁹ uden livsarvinger, har vist, at der i en del af testamenterne fastsættes en anden fordeling end den legale af arven mellem arvinger i anden arveklasse,¹⁰ hyppigst således, at der – nok også af afgiftsmæssige årsager – bliver sprunget en generation over og fordeles til niecer og nevøer eller til disses afkom m.fl. Endnu flere testamenter tillægger i stedet for at følge det legale arvesystem for anden og tredje arveklasse arven til venner eller bekendte m.fl. eller til fonde m.v. Antallet af testamenter oprettet af enlige uden livsarvinger er imidlertid ikke overvældende stort, for tiden op imod 4.500 årligt.¹¹ Da testamentsoprettelserne ikke peger på andre fastere fordelingsmønstre end lovens, viser undersøgelsen, at lovens arvefordelingsystem for anden og tredje arveklasse i sine grundtræk stadig synes at virke hensigtsmæssigt. Overvejelser om visse beskæringer i anden og tredje arveklasse kunne man dog ved passende lejlighed meget vel foretage. Sådanne beskæringer ville

i en del dødsboer lette skifteretternes eftersøgningsarbejde efter arvinger. Kun en nøjere gennemgang af arveforholdene i et betydeligt antal dødsboer ville imidlertid, når den sammenholdtes med testamentspraksis, kunne give sikrere vejledning om, i hvilket omfang yderligere beskæringer måtte forventes at ville fremkalde en for væsentlig stigning i antallet af statskasseboer.

2.1.2. Livsarvinger

Studeret testamenternes fordeling af arven mellem *livsarvinger*, tegner der sig forskellige interessante figurer. Det må først helt generelt fastslås, at der i alle egne af landet, såvel ved ægtefællers og samlevendes fællestestamenter som ved efterlevendes eller enliges testamenter, er en udtalt tendens til at respektere lovens regler om *ligedeling* inden for det *samme børnekuld*. En række testamenter går endog så vidt, at forskelle i, hvad der i levende live er tilfaldet enkelte børn eller børnebørn til etablering m.v., søges udlignet ved kompenserende testamentariske bestemmelser. Lighedeling inden for det samme børnekuld er således stadig noget meget grundlæggende i befolkningens opfattelse af, hvad

8. I egne af Spanien findes fx. således endnu et system, som meget ligner retstilstanden i Danmark omkring 1400-1500 tallet, se om Troncalidad: Legislacion Foral De Bizkaia, 1984, s. 412 ff.

9. Det vil sige ugifte personer, der heller ikke levede i samlivsforhold.

10. Indsættelse af arvinger i tredje arveklasse forekommer i praksis nu næsten ikke.

11. I årene 1988 og 1989 oprettedes som i 1987 ca. 25.000 testamenter årligt; i 1990 er tallet imidlertid steget til ca. 27.000. Går man tilbage til årene før og efter arvelovens vedtagelse i 1963, oprettedes der under 4.000 testamenter årligt.

der er ret og rimeligt. Når der bortses fra de tilfælde, hvor en arving er blevet insolvent eller er institutionsanbragt, er der kun få testamenter, ved hvilke der foretages en begrænsning til tvangsarven af fællesbørns arv; og når det sker, sker det i øvrigt oftest med et ønske om helt at kunne bortskære det pågældende barns arveret. Enkelte af sådanne testamenter angår generations-skifter om produktionskapital.

Det er dernæst et tydeligt mønster, at fædre til *børn uden for ægteskab*, der ikke samlever eller har samlevet med barnets moder, ønsker at barnet eller dets livsarvinger skal arve mindst muligt. Der forekommer i denne gruppe en del arveafkald mod vederlag.

Af væsentlig interesse er det imidlertid nu, at ægtefæller og til dels også samlevende med *sammenbragte børn* opretter testamente om, at de af deres børn, som ikke er kommet med i den nye familie,¹² skal arve mindst muligt, medens de af børnene, som er medbragt eller kommet til i den nye familie, i vidt omfang ønskes ligestillet i arvemæssig henseende efter ægtefællerne eller de samlevende. De fleste af disse testamenter tilsigter dog først og fremmest at stille den efterlevende ægtefælle eller samlever bedst muligt, jf. nærmere nedenfor under 2.2.-3. Det lykkes imidlertid på grund af tvangsarvereglerne ikke altid for koncipisterne at gennemføre den ønskede fuldstændige ligestilling af de forskellige grupper af børn. Undertiden anvendes forskellige konciperingstekniske kunstgreb for at opnå ligestilling. Et af disse er at indsætte ægtefællen eller samleveren til ved den førstafdødes død at arve friarven efter den førstafdøde på første plads som kapitalejer i en successionsrækkefølge og dernæst det eller de børn,

det kniber med at få ligestillet, på anden plads i successionsrækkefølgen.¹³ Det er imidlertid ret så problematisk at holde fornuftigt styr på formuernes andele under sådanne konciperingsforhold.

De beskrevne og bredt forekommende ønsker¹⁴ taler klart for, at i hvert fald en formålsbestemt *lempelse* af børns tvangsarveret bør tages op til overvejelse. Problemerne må ventes at ville tiltage i omfang i de kommende år. Om man eventuelt bør overveje enten at ophæve tvangsarveretten for børn helt eller at reducere den generelt, omtales nedenfor under 3.

2.2. Ægtefællearv

Reglerne om *ægtefællers* arveret har, når de ses i historisk perspektiv, haft et noget ejendommeligt forløb, og retstilstanden af i dag må hos os nok opfattes som noget ufyldstgørende på grund af forskellige nye familiemønstre og ændringer i befolkningens holdninger, behov og ønsker.

I den oprindelige slægtsorienterede arveret var der slet ikke plads for nogen arveret for ægtefællen. Den første ægtefællearveret hos os fra det 13. århundrede var husbondens ret til, når ægtefællerne havde

12. Typisk fordi forældremyndigheden over barnet ved separation eller skilsmisse blev tillagt den anden af forældrene.
13. De »forkerte« børn tager i så fald ikke tvangsarv af den arv, der tilfalder den længstlevende som friarv. Sådanne indsættelser skal – om de udformes korrekt – ikke opfattes som brugsrettigheder med de deraf flydende uheldige afgiftsmæssige konsekvenser.
14. Det er beklageligvis ikke for tiden muligt at give sikrere oplysninger om, hvor mange familier af de forskellige typer, der forekommer i befolkningen, fordi Danmarks Statistik alene har oplysninger om, hvilke børn der er, så længe børnene bor hos forældrene.

fællesbørn, at tage arv af hustruens arvejord. Efter Danske Lov fra 1683 arvede den efterlevende ægtefælle en broderlod, når der kun var fællesbørn; lodden måtte dog tilbageleveres i tilfælde af nyt ægteskab. Var der ikke fællesbørn, havde den efterlevende ægtefælle ingen arveret. Fra arveforordningen af 1845 arvede ægtefællen en broderlod i konkurrence med den førstafdøde ægtefælles livsarvinger. I konkurrence med den førstafdødes øvrige arveberettigede slægt arvede ægtefællen 1/3. Var der ingen arveberettiget slægt, arvede ægtefællen det hele. Efter loven af 1926 om ægtefællers arveret og uskiftet bo arvede den efterlevende ægtefælle 1/4 i konkurrence med den førstafdødes livsarvinger og det halve i konkurrence med den førstafdødes arvinger i anden arveklasse og ellers det hele.

Fra arveloven af 1963 har ægtefællen haft arveret for 1/3 i konkurrence med den førstafdøde ægtefælles livsarvinger og ellers til det hele, idet der i 1963 indførtes regler om opsat legal arveret til fordel for den førstafdødes udarvinger for det halve af boet efter den længstlevende. Endelig har ægtefællen efter det særlige system i skiftelovens § 62 b, stk. 2, fra den 1. juli 1990 haft ret til at udtage for indtil 150.000 kr.

Denne *begrænsede, direkte arveret* for efterlevende ægtefæller har dog i århundreder skullet ses i sammenhæng med retsinstituttet *uskiftet bo*. Kort efter Danske Lov blev det almindeligt at meddele den efterlevende ægtefælle bevilling til at sidde i uskiftet bo med fælles myndige børn, så længe den efterlevende forblev ugift. Fra 1845 udvidedes adgangen til uskiftet bo til at angå også myndige fællesbørn og efter tilladelse tillige myndige særkuldbørn.

Loven af 1926 om ægtefællers arveret og uskiftet bo hjemlede dernæst begge ægtefæller *ret* til at sidde i uskiftet bo med fællesboet og fællesbørn samt efter tilladelse med særkuldbørn, men i det hele kun indtil indgåelse af nyt ægteskab.

Disse betingelser for at kunne sidde i uskiftet bo blev opretholdt ved arveloven af 1963.

2.2.1. Barnløse ægtefæller

Reglerne om ægtefællens¹⁵ arveret i konkurrence med den førstafdødes legale *udarvinger*, altså først og fremmest reglen om *barnløse ægtefællers* umiddelbare gensidige og fuldstændige arveret, må i sine grundtræk antages at virke tilfredsstillende. Der er dog forskellige mindre hensigtsmæssige detaljer, som ved lejlighed kunne overvejes rettet. Testamentskonciperingspraksis viser, at der nu kun oprettes ret få testamenter af barnløse ægtefæller, årligt godt 6 % af testamenterne, beregnet efter antallet af testatorer, dvs. for tiden ca. 850 testamenter. I de fleste af disse testamenter, og typisk i testamenter oprettet af velhavende ægtefæller, ønskes en anden fordeling end lovens efter den længstlevendes død. Fonde, foreninger og kirker m.v. indsættes – vel bl.a. af afgiftsmæssige årsager – temmelig hyppigt. En ikke uvæsentlig del af testamenterne viser imidlertid, at koncipisterne *ikke kan have forstået* den arveretlige situation.¹⁶ Det

15. Og nu også den registrerede partners.

16. De fleste af disse testamenter indeholder blot en gensidig indsættelse mellem ægtefællerne, der isoleret set er overflødig, men som utilsigtet medfører, at den opsatte arveret for den førstafdødes slægt efter arvelovens § 7, stk. 2 og 3, bortfalder.

ville derfor nok være en fordel at forenkle arvelovens § 7 således, at en gensidig indsættelse mellem ægtefællerne ikke skal udelukke en senere fordeling efter § 7, stk. 2.¹⁷ Endvidere bør forskellige andre tiltag overvejes, navnlig en veltilrettelagt begrænsning af kredsen af legale arvinger efter den længstlevendes død. Skifteretterne udfører ofte et uforholdsmæssigt stort eftersøgningsarbejde efter fjernere arvinger, som længstlevende aldrig har haft forbindelse med, og ender ret hyppigt med at skulle fordele formuen efter længstlevende med meget små beløb til en større personkreds. Det kunne fx. overvejes at operere med en betinget legal minimumsarvelod i visse af disse arvetilfælde.¹⁸

2.2.2. Ægtefæller med børn

Derimod kan man ikke længere med rette sige, at reglerne om *ægtefællens*¹⁹ arveret i konkurrence med den førstafdødes *livsarvinger* fungerer tilfredsstillende. Ægtefællens reelle arveret kulminerede for 20-30 år siden, og tilbagegangen er, som det kan ses af testamentspraksis, *ikke* i overensstemmelse med befolkningens ønsker.

Da der kun forekom få *skilsmisser* og bl.a. derfor kun ret få ægteskaber med sammenbragte børn, virkede reglerne om ægtefællens begrænsede ret til ved skifte til at tage arv i konkurrence med den førstafdødes livsarvinger ikke umiddelbart med større vægt, fordi disse arveregler og dermed fællesbørnenes tvangsarveret reelt suspenderedes af reglerne om uskiftet bo. Der var højest tale om, at nogle relativt få efterlevende, især yngre ægtefæller, ville få problemer, såfremt de påtænkte at indgå nyt ægteskab.

Testamentskonciperingspraksis viser imidlertid, at problemerne nu opfattes som

betragtelige. Ca. 40 % af alle testationer, eller årligt ca. 10.000, oprettes nu af ægtefæller, der har børn. I mere end 75 % af disse testamenter²⁰ bestemmes det, at den efterlevende ægtefælles arveretlige stilling skal *forbedres* ved den førstafdødes død, og i langt de fleste tilfælde således, at ægtefællen i tilfælde af skifte skal arve *mest muligt*. Har ægtefællerne eller en af disse særbørn, er temaet meget fast: De særbørn, som ikke er medbragt i ægteskabet, skal ganske overvejende arve mindst muligt. Medbragte særbørn og ældre særbørn opfordres til at give arveafkald eller hyppigere til at give samtykke til uskiftet bo mod at blive begunstiget ved den efterlevende ægtefælles død.²¹ Nægtes arveafkald eller samtykke til uskiftet bo, bestemmes det, at særbarnet skal arve mindst muligt. Disse talrige testamenter illustrerer således noget ejendommeligt, og som det synes noget uhensigtsmæssigt, ved de eksisterende regler. Træffes *ingen* testa-

17. Reglerne er beskrevet i sammenhæng hos *T. Svénné Schmidt* m.fl., *Arveret* 1991, s. 30 ff og hos *Finn Taksøe-Jensen*, *Arveretten*, 2. oplag, 1989, s. 73 ff.

18. Endelig burde det måske også overvejes at medtage en regel om, at resten af formuen ved delvise testationer i tvivlstilfælde skulle fordeles efter princippet i arvelovens § 7, stk. 2.

19. Og nu også arveretten for den registrerede partner.

20. Tallene skal tillige ses i lyset af, at en del ægtefæller med fællesbørn blot bestemmer, at børnenes arv skal være særeje m.v.

21. I mange tilfælde foreligger arveafkaldet eller samtykket til uskiftet bo fra myndige særbørn allerede ved testamentets oprettelse. Sådanne forhåndsafkald eller -samtykker kan imidlertid i praksis ikke opnås fra umyndige særbørn.

mentarisk bestemmelse, og gives der ikke arveafkald eller samtykke til uskiftet bo, bliver virkningen, at særbørnene stilles *bedre* end fællesbørnene, fordi de får deres arv udredet straks, medens fællesbørnene må vente. *Oprettes* der testamente, og giver særbørnene ikke arveafkald eller samtykke til uskiftet bo, stilles de *ringere* end fællesbørnene. Giver særbørnene i så fald arveafkald eller samtykker de til uskiftet bo, stilles de hyppigst *lige* med fællesbørnene. Analysen af testamenterne viser således, at det nu er blevet et temmelig massivt ønske i befolkningen, at den efterlevende *ægtefælles* arveret skal stilles *foran særbørnenes* arveret og dernæst, at visse særbørns arveret efter ægtefællerne, som omtalt under 1.2., ønskes forbedret til en ligestilling med deres halvsøskende eller med visse af stedforældrenes særbørn i den nye familiedannelse, medens typisk yngre særbørn, som ikke er medbragt, og som vel nu oftest i stedet bliver ligestillet i deres nye familiedannelse, skal arve mindst muligt. Disse mange testamente peger derfor tydeligt i retning af, at reglerne om særbørns arveret efter befolkningens opfattelse er for *usmidig* og i visse henseender for *vidtgående*. Det burde formentlig derfor overvejes nøjere at smidiggøre reglerne måske således, at barnets fader eller moder under visse betingelser²² ved testamente kunne bestemme, at børnenes stedmoder eller stedfader skulle *have ret* til at kunne sidde i uskiftet bo med dem. Måske kunne adgangen dertil ligefrem gøres legal, fordi man ellers fremdeles måtte oprette alle disse mange testamente.²³

De mange testamente, der tillægger børn arv efter den længstlevende ægtefælle som »belønning« for et arveafkald eller for

et samtykke til uskiftet bo ved den førstafdøde ægtefælles død, er i praksis kun i ret beskedent omfang gjort uigenkaldelige.²⁴ Da man dårligt synes at kunne tolerere en retstilstand, hvorefter den efterlevende ved en kodicil helt kan fjerne »belønningen« til fordel for egne børn eller en samlever eller ny ægtefælle, og da en begrænsning af den efterlevendes testationskompetence hverken synes at kunne udledes sikkert af arvelovens § 48 om gensidige testamente mellem barnløse ægtefæller eller ved en fortolkning af arvelovens § 67 om tilsagn om uigenkaldelighed, er det nu ved at være påkrævet at få indført passende regler om disse tilfælde. Ikke helt få nærmest uløselige sager derom er nu begyndt at dukke op.²⁵

Om børns *tvangsarveret* i øvrigt bør begrænses, er nok et vanskeligere spørgsmål at tage stilling til. Der er givet stærke

22. Navnlig påtagelse af forsørgelsespligten over for mindreårige stedbørn.
23. Det må ikke glemmes, at disse sager meget vel kan dreje sig om, at den efterlevende tvinges til at gå fra en ejerbolig. En stikprøve udtaget af *Jesper Vorstrup Rasmussen*, af ægtepagter oprettet ved forskellige retskredse efter særejereformens gennemførelse viser endvidere, at de nye regler i Æ2 § 28a, jf. § 28, stk. 3, hvorefter det kan bestemmes, at den førstafdøde ægtefælle skal have skilsmis-sesæreje, og at den længstlevende skal have fuldstændigt særeje, uanset hvem af ægtefællerne, der bliver længstlevende, nu også anvendes i det øjemed at reducere visse særbørns arveret.
24. En fuldstændig fratagelse af den efterlevendes testationskompetence fører i øvrigt langt fra altid til rimelige resultater.
25. Deres antal må ventes at stige. Sagerne virker i praksis uløselige, fordi domstolene næppe ved enkeltafgørelser kan ventes at skulle fastlægge, hvilket system blandt flere tænkelige sagerne bør indordnes under.

ønsker i befolkningen om, at børn, man ingen forbindelse har med, skal kunne gøres arveløse. Der er imidlertid, som det omtales nedenfor, også væsentlige hensyn, der taler mod generelt at afskaffe tvangsarveretten for børn.

Testamentskonciperingspraksis for ægtefæller, der har børn, viser dernæst, at det er en tiltagende opfattelse, at en efterlevende ægtefælle bør kunne *fortsætte* i et uskiftet bo, når *nyt ægteskab indgås*. Ægtefæller, der har formuefællesskab og fællesbørn, bestemmer nu jævnlige, at den efterlevende i tilfælde af skifte skal arve *mest muligt*. Og hensynene er jo i og for sig let forståelige. Der er ganske enkelt ofte ikke råd til at udskifte 1/3 af formuen og samtidig blive i parcelhuset eller ejerlejligheden eller opretholde den hidtil bestående levestandard. For dem, der ved testamente eller ægtepagt ikke har fået reduceret børnenes arveret eller opnår et ønsket skifteafkald, og som ikke finder, at de har råd til at gennemføre et skifte, bliver det ellers aktuelle nye ægteskab opgivet, og parterne nøjes da i stedet med et samlivsforhold. Også dette sidste kan ses af konciperingspraksis, idet en række testamenter mellem samlevende er oprettet af samlevende, der sidder i uskiftet bo, under tiden endog for begges vedkommende. Det rette må formentlig, også fordi skifteafkald efter de gældende regler enten tvinger til fuldstændigt særeje eller giver uklare formue- og arveforhold,²⁶ være at overveje, om der bør gives adgang til, at en efterlevende ægtefælle skal kunne indgå nyt ægteskab uden at skifte et uskiftet bo.²⁷ Retten for den førstafdødes livsarvinger til at arve den førstafdøde kunne i så fald eventuelt prioriteres legalt forud for den nye ægtefælles boslodsret og arveret. Den

tekniske gennemførelse af en sådan nydannelse åbner imidlertid mulighed for flere forskellige løsninger, blandt hvilke der via testamentsoprettelse ville kunne tilbydes parterne en vis valget.

Sammenfattende synes det herefter at måtte fastslås, at vores arvelovgivning nok inden alt for længe bør overvejes moderniseret i hvert fald således, at ægtefæller med børn, der lader sig skille, ikke på grund af arvereglerne får forringet deres – og deres børns – sociale vilkår unødigt i en ny familiedannelse.²⁸

2.3. Samlevende

Ca. 22 % af alle nutidige testamenter foretages mellem *samlevende*, og i ca. 35 % af disse eller ved ca. 2.000 testamenter årligt, har parterne børn. Langt de fleste af disse

26. Se analysen derom hos *Taksøe-Jensen*: Arveretten side 100 ff, hvis standpunkter *Jørgen Nørgaard*, jf. *Juristen* 1989, s. 87 ff, nu synes at have tilsluttet sig.
27. Testamenterne viser ret beset, at mange ægtefæller ikke længere forudsætter, at den længstlevende ikke skal indlade sig i et nyt parforhold. De tidligere holdninger om, at ægteskabet også efter den enes død opfattedes som en livsvarig institution, er således nu for alvor ved at gå i opløsning.
28. Disse nye familiedannelser har for nylig i bi-dragsammenhæng været omtalt i pressen under det noget ringeagtende udtryk »seriefamilier«. Måske ville det til en begyndelse være ønskeligt at få iværksat en undersøgelse, der mere præcist kunne vise, hvor mange familier af de forskellige typer der allerede findes, og hvor mange der må ventes at ville komme til, jf. foran note 14.

testamenter bestemmer, at børnene skal arve mindst muligt, hvilket for tiden vil sige det halve af den førstafdødes formue.²⁹ Ejede den førstafdøde en ejerbolig med en væsentlig friværdisværdi, og er børnene mindreårige, vil de sociale konsekvenser af dødsfaldet kunne blive nok så ubehagelige for den tilbageblevne del af familien. Der er nu ca. 600.000 samlevende her i landet,³⁰ hvoraf de 35 % eller godt 100.000 par har børn. I disse arvetilfælde burde det formentlig i det mindste overvejes at indføre en adgang til at suspendere børnenes tvangsarveret ved testamente, så længe den efterlevende samlever forsørgede det pågældende barn, men måske burde man tillige overveje at gå videre og indrømme en vis begrænset legal adgang dertil.

3. Tvangsarveret

Undertiden luftes den tanke, at man helt bør afskaffe *tvangsarveretten* såvel for livsarvinger som for ægtefælle.³¹ Synspunktet, der føres frem, er, at testator, der selv har samlet sine midler, også fuldt ud bør kunne bestemme, hvem de skal tilfalde ved hans eller hendes død.³² Helt så enkelt stiller tingene sig imidlertid næppe.

En *ægtefælle*, som efter et længere ægteskab ejer en formue, vil ikke sjældent have samlet denne med en direkte eller indirekte økonomisk støtte fra den anden ægtefælle, der måske slet ikke ejer noget selv. Har ægtefællerne nu fuldstændigt særeje, ville en ophævelse af ægtefællens tvangsarveret medføre, at hver ægtefælle kunne testere hele sin formue til fordel for andre. En sådan retstilstand findes i *England*, hvor man imidlertid har måttet indføre kompensierende regler om, at den forbigåede ægte-

fælle har ret til af boet at få tillagt midler til en passende forsørgelse. Dette giver så til gengæld vanskelige og ubehagelige retssager. Det nyeste er derfor, at man i *England* nu overvejer at *indføre* regler om tvangsarveret, først og fremmest for den efterlevende ægtefælle men også for mindreårige børn. Selv om virkningen af en ophævelse af ægtefællens tvangsarveret hos os typisk ville være mere begrænset, fordi langt de fleste ægtefæller hos os har formuefællesskab eller skilsmissesæreje, således at den efterlevende ægtefælle har ret til det halve i boslod, synes der alligevel at kunne være væsentlige betænkkeligheder forbundet med helt at ophæve ægtefællers tvangsarveret. Dertil kommer imidlertid så, at der ifølge undersøgelsen af testamenterne hos os slet ikke synes at være ønsker eller behov for en sådan ændring. Der fandtes nemlig ved undersøgelsen af testamenterne fra 1987 kun ganske få tilfælde, hvor ægtefællens arveret blev begrænset til tvangsarven.³³ Man kunne

29. I visse »pensionistsamlivstestamenter« sker der dog kun mere begrænsede indsættelser af samleveren.

30. Se om de nyeste tal *Taksøe-Jensen – Vorstrup Rasmussen*, Familieretten 1990, side 170, note 10.

31. Og registreret partner.

32. Også i Sverige er det for nylig blevet overvejet helt at afskaffe livsarvingers tvangsarveret. Tankerne derom blev imidlertid opgivet.

33. Et af disse var uden begrundelse: Manden begrænsede hustruens arv ved et testamente i april, hvorefter hustruen begrænsede mandens arveret ved et testamente i oktober. To testamenter drejede sig om generationsskifter med arveafkald og indlagt forsørgelse. To var tydeligt oprettet i separations eller skilsmisssituationer.

derfor højest overveje at indføre en generationsskifteregulering om, at ægtefællens tvangsarveret kunne begrænses til en passende forsørgelse eller mindsteformue, såfremt dette var nødvendigt for gennemførelsen af et rationelt generationsskifte om produktionskapital.

Væsentligt anderledes og mere kompliceret er spørgsmålet om en generel begrænsning eller fuldstændig afskaffelse af *livsarvingernes* tvangsarveret. Imod helt at ophæve livsarvingernes tvangsarveret taler formentlig, at især meget gamle mennesker, der dog kan klare en habilitetsattest hos notaren, ikke helt sjældent bliver uvenner med nogle af deres børn og – som det kan ses af konciperingspraksis – ønsker at gøre dem helt arveløse. En fuldstændig afskaffelse af tvangsarveretten for livsarvinger ville derfor nok befordre intrigedannelser og konspirationer mellem meget gamle eller uafbalancerede menneskers børn. Det bør i denne forbindelse heller ikke glemmes, at den helt dominerende holdning i befolkningen klart går ud på, at børn af samme kuld *skal stilles helt lige*. Livsarvingernes arveret opleves derfor formentlig hos den ganske overvejende del af befolkningen stadig som en »ret« for arvingen. Også forsørgelsesmæssige hensyn for mindreårige børn og børnebørn og unge under uddannelse måtte endvidere i givet fald inddrages i overvejelserne.³⁴ På den anden side er der i det foregående peget på en række situationer, i hvilke tvangsarveretten for børn efter en bredere opfattelse i befolkningen ønskes begrænset, suspenderet eller helt ophævet. Om man i fremtidens arveret vil gå den vej generelt helt at ophæve tvangsarveretten for livsarvinger, eller om man vil skride til en generel reduktion af tvangsarveretten,

fx. til at være 1/3 af arvelodden, eller om man vil nøjes med at suspendere eller ophæve tvangsarveretten i en række tilfældegrupper, må kræve indgående undersøgelser, analyser og overvejelser.

4. Skifte af dødsbo

De gældende danske regler om *skifte af dødsbo* hviler på skifteloven af 1874, der opretholdt det før loven i praksis udviklede system, at et dødsbo må anses for stående under offentligt skiftebehandling, indtil der træffes bestemmelse om boets behandlingsmåde. Et dødsbo kan efter skifterettens bestemmelse berigtiges på følgende måder:

- intet efterladt,
- udlæg for begravelsesomkostningerne,
- begravelsesudlæg udvidet med et mindre overskud efter skiftelovens § 10, stk. 3,
- udlæg efter 150.000 kr.s-reglen i skiftelovens §§ 62 b, stk. 2, jf. 57, til ægtefællen eller den registrerede partner,
- udlevering til uskiftet bo til ægtefællen eller den registrerede partner,
- offentlig vedgåelsesbehandling ved skifteretten,
- offentlig vedgåelsesbehandling ved testamentseksekutor,
- offentlig ikke-vedgåelsesbehandling ved skifteretten,
- offentlig ikke-vedgåelsesbehandling ved testamentseksekutor,

34. Reglerne i det mislykkede kapitel 5 i arveloven om forlodsret for børn, der slet ikke anvendes mere i praksis, kunne uden skade ophæves.

- konkursbehandling i medfør af konkurslovens § 19 eller
- privat skifte.

I praksis er det endvidere sædvanligt, at et dødsbo med umyndige arvinger, der skal skiftes, først bliver taget under offentlig skiftebehandling for derefter, når det er konstateret, at boet er solvent, at blive ekstraderet til privat skifte.

Skifteretten drager omsorg for, at dødsboer *berigtiges* efter den skifteform, der anses for ønskelig og mulig, og påser, at de nødvendige betingelser derfor foreligger. Når en egentlig skiftebehandling skal finde sted, er det efter de nu gældende regler i første række afgørende for valget af skifteform, om arvingerne *vedgår gælden*, idet boet da enten kan skiftes som et offentligt vedgåelsesbo med beslutningsret for arvingerne eller ved et privat skifte. Arvingerne tvinges imidlertid efter disse regler til at tage stilling til, om de vil vedgå gælden, uden at de på forhånd kan få noget sikrere kendskab til, hvilken gæld der foreligger, idet det ikke er muligt at indkalde kreditorerne før boets berigtigelse. Når gælden *er vedgået*, hæfter arvingerne personligt – pro rata eller solidarisk – for gælden, også selv om gælden måtte vise sig at overstiger værdien af boets aktiver, således at behandlingen vil kunne komme til at medføre en helt upåregnelig gevinst for kreditorerne og et direkte og i princippet ubegrænset tab for arvingerne. Ved privat skifte har boets kreditorer på den anden side *ingen sikkerhed* for, at de vil kunne få dækning af boets aktiver, idet det i realiteten ikke før udleveringen af boet bliver påset, om arvingerne eller dog en af disse er solvent. Arvingerne har derfor mulighed for at tilegne sig boets

aktiver og efter omstændighederne gøre kreditorernes ret i et ellers solvent bo illusorisk.³⁵

Offentligt behandlede boer *afsluttes* med en boopgørelse, som skal kontrolleres såvel af skifteretten som af skattemyndighederne. I privatskiftede boer skal arvingerne ud over at afgive indberetning om boets status til skattemyndighederne indlevere en arveanmeldelse til skifteretten, som dels gennemgås og kontrolleres af skifteretten, dels sendes til skattemyndighederne til kontrol af, at alle aktiver er medtaget, og til godkendelse af værdiansættelserne. Derefter beregner skifteretten arveafgiften og opkræver denne. Alle boopgørelser indsendes endelig til en efterfølgende kontrol i Rigsrevisionen.

Denne meget omfattende *offentlige kontrol* med dødsbobehandlingen i Danmark står i skærende modsætning til retstilstanden i vore nærmeste nabolande. I *Tyskland* ordner arvingerne som udgangspunkt hele skiftet selv og må i deres selvangivelser selv oplyse, hvordan de har delt arven mellem sig. Kun hvis de er i tvivl, eller hvis de er uenige, eller hvis boet ønskes konkursbehandlet, inddrages det offentlige. I *Sverige* skal arvingerne drage omsorg for, at der inden en vis frist indsendes en status, der skal være bekræftet af to gode mænd. Er boet insolvent, konkursbehandles det. Ellers ordner arvingerne alt selv og må selv selvangive, hvad de modtager. Er de i tvivl, eller bliver de uenige, kan der anordnes behandling ved en sagkyndig udpeget boudredningsmand.

35. Sådanne sager forekommer i skifteretspraksis.

Justitsministeriet har imidlertid i 1989 nedsat et Skiftelovsudvalg, som har fået til opgave at udarbejde forslag til en helt ny dansk skifteordning. Udvalget skal særlig overveje, hvorledes den omfattende offentlige kontrol bedst kan begrænses, hvorledes de talrige og til dels indviklede

skifteformer bedst vil kunne forenkles, hvordan reglerne om arvingernes hæftelse bedst kan begrænses, om mindre boer vil kunne behandles på en forenklet måde samt om skiftevesenet eventuelt helt vil kunne privatiseres.

Offentlig ret

Demokratibegrebet og en vurdering af aktuelle udviklingstendenser

Af Ole Espersen

Indledning

Sker der for tiden en udvidelse eller en indskrænkning af demokratiet? Det er et aktuelt diskussionsemne. Der er nok flest påstande om indskrænkninger. Det kan være velbegrundet, det kan bero på uklarhed om demokratibegrebet, det kan være ubegrundede påstande i en politisk debat, men måske undskyldeligt baseret på misforståelse af begrebet.

At der kvantitativt er sket en stærk udvidelse af den demokratiske styreform set fra en geografisk synsvinkel er lykkeligt og uomtvisteligt. Denne udvikling vil ikke blive gjort til genstand for selvstændige undersøgelser her. Det vil derimod de mulige kvalitative styrkelser og indskrænkninger.

Vor del af verden er præget af to modsatrettede tendenser, som vil blive reflekteret i det følgende.

For det første en betydelig øget interesse for menneskerettighederne og herunder for de politiske rettigheder.

For det andet et krav om et øget internationalt, mere og mere effektivt og bindende samarbejde. Måske ligefrem suverænitetsafgivende samarbejde i højere og højere grad karakteriseret af

flertalsbeslutninger blandt medlemslande/regeringer. Disse modsatrettede tendenser vil være hovedtemaet i den følgende fremstilling.

I. Demokratibegrebet

Jeg vil begrænse mig til at drøfte demokratiet som *styreform*. Jeg medinddrager således ikke den side af demokratiet som efter manges opfattelse hører til, i alt fald for at fuldende demokratiet: Minoritetsrettigheder herunder frihedsrettigheder.

Uklarheder i demokratidebatten skyldes ofte at mange går ud fra at demokratibegrebet er noget absolut. Enten foreligger der demokrati eller der er ikke demokrati. Det er en misforståelse. Det er formentlig svært at finde noget land overhovedet hvor der ikke er visse antydninger af demokrati, i alt fald på mere lokale planer.

I denne fremstilling vil demokratiet blive betragtet som noget relativt: Noget der kan være til stede i større eller mindre omfang. Jeg vil i det store hele lægge den norske filosof, professor Arne Næss' opfattelse til grund. I sin bog »Demokra-

tisk styreform« (1968) anlægger han følgende definitioner:

»En statsstyreform er mere demokratisk end en anden hvis og kun hvis:

- a) stemme- eller valgretsbredden er større ifølge gældende ret, eller
- b) valg sker mere direkte ifølge gældende ret, eller
- c) mandater lettere kan »tilbagetrækkes« efter gældende ret.«

Om hvorvidt en statsstyreform er mere demokratisk end en anden efter denne definition vil man kunne læse sig til i vedkommende samfunds grundlov. At begrænse sig hertil vil imidlertid være at begrænse sig til et formelt demokrati, som ofte vil være uden større interesse. Der har gennem tiderne eksisteret forfatninger som så ville være udtryk for meget veludviklede demokratier, men hvor den reelle sandhed har været en anden. Jeg er derfor enig med Arne Næss i at definitionen må suppleres således at man ikke blot taler om hvornår en *statsstyreform* er mere demokratisk end en anden, men også om hvornår »staten A er mere *demokratisk styret* end staten B«. Dermed tænkes også på den faktiske styring og ikke alene på den formelle statsstyreform.

Efter Næss' opfattelse er staten A mere demokratisk styret end staten B hvis og kun hvis:

- »a) stemme- eller valgretsbredden er større eller
- b) valg sker mere direkte eller
- c) mandater kan lettere trækkes tilbage eller
- d) opinionsbredden er større vedr. emner der er genstand for styring eller
- e) intentionsdybden i folkeopinionen er større eller

f) folkeopinionen omkring offentlige anliggender er dannet under mindre intens eller ensrettet propaganda«.

Punkterne d) og e) kræver en forklaring.

Ved opinionsbredden tænkes på at jo større en del af befolkningen der har dannet sig en mening om jo flere emner der er af betydning for landets politik desto mere demokratisk vil styret kunne siges at være.

Når der tales om intentionsdybden tænker Næss på at vælgerne nøjere har gennemtænkt de emner der berører de udtrykte standpunkter og ikke blot tager slagordsprægede politiske udtalelser til sig.

Problemerne vedrørende den rent faktiske demokratiske styring (punkterne d-f) er naturligvis så omfattende, at de nødvendigvis alene kortfattet kan berøres i denne fremstilling.

II. Konsekvenser for demokratiniveaue t af det internationale samarbejde

A. De europæiske fællesskaber

1) Forøgelse af demokratiniveaue t

I Arne Næss' definitioner indgår selvsagt ikke spørgsmålet om den geografiske rækkevidde af de emner der er genstand for den demokratiske styreform. Næss beskæftiger sig med den traditionelle statsdannelse. Det er klart at danske organer i statsstyret har fået indflydelse på større emner (forhold i andre medlemslande) end før medlemskabet af EF. Tilsvarende har andre medlemslandes organer fået indflydelse på vore anliggender. Man kan sige at beslutningers rækkevidde er blevet større, men at den

øgede rækkevidde samtidig er begrænsende for »vore egne« styremuligheder. Demokratiniveauet er således ikke alene herved hverken hævet eller sænket, men de trufne beslutninger har fået en ændret rækkevidde.

Mere interessant er det naturligvis hvordan de beslutninger træffes, som henhører under EF's organer og som for en stor dels vedkommende har erstattet nationale beslutninger. Er demokratiislettet i de nye organer større eller mindre end hos de organer der har afgivet kompetencen? Har resultatet af fællesskabernes funktion øget demokratiniveauet?

Etableringen af EF-parlamentet kan medvirke til at øge såvel opinionsbredde som intentionsdybde. Om det er sket er svært at vurdere. Valg til parlamentet synes mere at bære præg af partiers og personers placeringer end af formuleringen af politiske mål. Mere præg af slagord end af den »valgoplysende virksomhed« som kunne have bredde og dybde. På et punkt synes parlamentet dog at være ved at få succes med sin funktion når det drejer sig om demokratiniveauet i bredeste forstand: Styrkelsen af minoriteters rettigheder (flygtninge, indvandrere m.v.) som er på vej skyldes i høj grad parlamentets virksomhed. Kommissionens forslag om stemmeret ved kommunalvalg i fællesskaberne er således inspireret fra parlamentet som dermed har påvirket valgretsbredden, såfremt forslaget vedtages.

2) Negative konsekvenser af EF-samarbejdet

Jeg forudsætter i det følgende at processen omkring »regelproduktionen« inden-

for De Europæiske Fællesskaber er kendt. Det gælder selvsagt især vedtagelsen af direktiver og forordninger.

Fælleskabet var fra sin start karakteriseret af at det kunne vedtage regler (forordninger) med bindende virkning for borgerne i de seks oprindelige medlemslande. Der blev herved dannet det man normalt kalder et internt statsfællesskab. De regler der blev udfærdiget erstattede eller supplerede regler der ellers typisk blev vedtaget i de nationale parlamenter under den åbenhed og med de demokratiske garantier der eksisterede dér. Men fællesskaberne var også fra oprindelsen karakteriseret af at langt de fleste beslutninger blev taget i enighed selv om hovedreglen i Romtraktatens Artikel 145 i virkeligheden forudsætter at udgangspunktet er at beslutningerne tages ved simpelt flertal. Det er dog kun en hovedregel. Reglerne indenfor de forskellige traktatområder forudsætter i langt de fleste tilfælde brugen af kvalificeret flertal. Men selv på trods heraf (bl.a. begrundet i Luxemburgforliget) var realiteten stort set den at man ikke traf beslutninger mod nogen stats ønske. For så vidt var der tale om en speciel form for traktatindgåelse.

Efter gennemførelsen af Fællesakten i 1986 er situationen nu den at flertalsafgørelser er langt de hyppigste således at enstemmighed, også i praksis, alene kræves når det drejer sig om særligt vigtige anliggender (især Artikel 235, 237 og 238).

Denne udvikling ændrer voldsomt på den demokratiske kontrol. I en situation hvor et af medlemslandene har ansvaret for om en beslutning bliver til noget eller ej vil denne regering (eller en enkelt af

dens ministre) kunne drages parlamentarisk/politisk til ansvar i sit hjemland. Ministeren kunne jo have sagt nej. At gøre ansvar gældende når beslutningerne træffes i et lukket forum med flertal er ganske kompliceret. Folketingets markedsudvalg kan meget vel pålægge en minister at arbejde for et bestemt resultat i rådet, et resultat der måske er i strid med ministerens oplæg til forhandlinger. Og ministeren vil naturligvis sige at det har han da også gjort. Han blev blot stemt ned. Men hvem kan vide med hvilken iver, med hvilken forberedelse, med hvilken diplomatisk intensitet der blev arbejdet for det resultat Folketinget ønskede? Det er i realiteten umuligt at konstatere og ministeren vil derfor meget vel kunne opnå det resultat han inderst inde ønskede, men som stred mod Folketingets flertals ønske.

Udviklingen går i øvrigt fortsat i retning af at flere og flere afgørelser træffes under en mindre og mindre grad af demokratisk/parlamentarisk ansvar. I det danske Memorandum som i september 1990 er udarbejdet af regeringen og Socialdemokratiet som udtryk for danske ønsker til en evt. kommende politisk union lægges der op til at en række områder i fremtiden inddrages under fælleskabernes kompetence. Således en række lønmodtagerrettigheder, sociale rettigheder og miljøspørgsmål. Det foreslås samtidig – for at gøre beslutningsprocessen herom effektiv – at beslutninger indenfor disse områder skal træffes efter de sædvanlige flertalsmetoder. Dette er en klar svækkelse af demokratiniveauet. Men det har været anset for at være et nødvendigt offer for at få truffet beslutninger af bindende karakter indenfor et

område der er præget af en uacceptabel udvikling, også over grænserne. Dette gælder vel især miljøet.

Det skal fremhæves at det i memorandumet samtidig foreslås – i forbindelse med konferencen om den politiske union – at der sker en forøgelse af demokratiislettet. Bl.a. ved at visse møder i Rådet skal være åbne, at EF-forvaltningen skal være genstand for offentlig indsigt og ved at Europaparlamentet tildeles visse yderligere kontrolbeføjelser. Men det ene er ikke gjort betinget af det andet.

Øget offentlighed i EF kræves i et i det danske folketing vedtaget beslutningsforslag (beslutningsforslag nr. 3, 1989/90) (Folketingets forhandlinger spalte 2628f., 9044f. og 9716f. Lovforslag ventes fremsat i 1990/91-samlingen).

Skal vi vurdere det nuværende og det foreslåede EF-samarbejde ud fra Arne Næss' definitioner af demokratigraden kan man konstatere, at der i EF's Råd træffes beslutninger af ministre som ikke på nogen måde omgives af en »stemme- eller valgrebetsbredde« for så vidt angår de måske 3-4 nationer, der stemmes imod. De for beslutningen ansvarlige regeringer kan hverken direkte eller indirekte gøres ansvarlige af disse nationers befolkninger for deres beslutninger. Deres mandater er ikke blot besværlige at trække tilbage – de kan overhovedet ikke trækkes tilbage. Den lovgivende forsamling (Rådet) er aldrig samlet på valg. Ofte er der ingen mulighed for at en opinion kan dannes ensidige finde udtryk. Forhandlingsoplæg er oftest fortrolige. Møderne i Rådet er fortrolige og mødereferaterne er fortrolige. EF-parlamentets øgede deltagelse, især i kraft af den i medfør af Fælles

Akten etablerede samarbejdsprocedure, har hjulpet lidt på denne tilstand, men kun beskedent.

Som en måske ikke tilsigtet, men ikke desto mindre rent faktisk eksisterende sænkning af demokratiniveauet skal nævnes en slags »lovgivning via retspraksis«.

Dommerne i EF-domstolen udnævnes af medlemsstaternes regeringer for et tidsrum af 6 år og i dette tidsrum kan de kun afskediges af domstolen selv. De kan genudnævnes. Disse regler er meget normale for internationale domstole. De sikrer uafhængigheden – men unægtelig også, og det er jo meningen, uafhængighed af demokratiske/politiske påvirkninger og politisk ansvar. Dette normale og betryggende skal imidlertid ses i forhold til domstolens dynamiske traktatfortolkning. Der tænkes herved på at domstolen efter manges mening (eksempel Peter Blok TfR 1976, s. 620) skaber retsikkerhed ved i højere grad at anlægge formålsbestemte synspunkter end først og fremmest at basere sig på retsreglers ordlyd og forhistorie. Dette kan til dels forklares ved at traktater, men også andre internationalt vedtagne bestemmelser, baserer sig på flere sprog, kompromisser osv., hvilket medfører at en éntydig sproglig og på forarbejder baseret fortolkning – som i intern ret – er vanskelig. (Forarbejder eksisterer i øvrigt ofte ikke officielt – gør de det holdes de, som f.eks. netop i EF hemmelige).

Nationale domstole benytter ofte fortolkningsfaktorer i nævnte rækkefølge: 1. Lovbestemmelsens ord i forbindelse med sprogsædvaner og syntaktiske regler. 2. Lovbestemmelsens forhold til de øvrige dele af retssystemet; og 3. Pragmatiske

hensyn dvs. en vurdering af fortolkningsresultatet (evt. med støtte i lovens forarbejder) ud fra de formål loven antages at skulle tjene, eller ud fra retsfølelsen og kulturtraditionen.

Rækkefølgen i *EF-domstolen* vendes ofte om og vil være: »Esprit, économie et termes«, af Claus Gulmann oversat som »Formål, sammenhæng og ordlyd« (se Claus Gulmann, UfR 1978 B, s. 155 med citater fra Ross: Indledning til retsstudiet).

Hensigten med disse bemærkninger er ikke at tage stilling til om kritikken af domstolene er berettiget eller ej. Hensigten er alene at konstatere at et organ som i sit udpegningsgrundlag har en højst indirekte demokratisk basis og som derefter på ingen måde er udsat for et demokratisk ansvar er i besiddelse af beføjelser som i virkeligheden i vidt omfang er af lovgivningsmæssig karakter. Den »demokratiske tilbagegang« beror på at såfremt de pågældende regler var blevet vedtaget i nationalt regi og fortolket af nationale domstole ville valgte medlemmer af lovgivningsmagten i højere grad have været bestemmende for indholdet af retstilstanden – og også have været udsat for f.eks. »tilbagetrækning af mandater«, jf. Arne Næss' demokratidefinition.

B. Den internationale udvikling udenfor De europæiske fælleskaber

1) Positiv udvikling

Uden at disse i sig selv, nødvendigvis, højner demokratiniveauet er det dog en kendsgerning at en lang række konventioner kan bidrage hertil. Af direkte og umiddelbar relevans er f.eks. FN-konventionen fra 1952 om kvinders ret til at

deltage i valg uden nogen diskrimination og Protokollen til Den europæiske Menneskerettighedskonvention hvorved landene forpligter sig til med jævne mellemrum at afholde frie og lige valg hvori alle kan deltage og frit give udtryk for deres mening ved valg af den lovgivende forsamling. Det bemærkes at Protokollen intet direkte siger om lige adgang til valgbarhed, men dette er forudsat.

Af positiv betydning for det faktiske demokratiniveau er naturligvis også den lange række konventioner der indeholder regler om de almindelige frihedsrettigheder, først og fremmest ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed. Konventionen om barnets rettigheder, i det omfang den ratificeres og gennemføres, vil også medvirke til at øge det faktiske demokratiniveau. Det sker bl.a. ved at børn gøres til selvstændige retssubjekter i forhold til de almindelige frihedsrettigheder.

2) Negative følger

Sådanne er svære at få øje på. En parallel til De europæiske fællesskabers domstols dynamiske fortolkning finder vi dog når det drejer sig om Den europæiske menneskerettighedsdomstol. Et eksempel herpå er domstolens afgørelse i den såkaldte *British Rail-sag*.

Efter Den europæiske menneskerettighedskonventions Artikel 11 har enhver »ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser«.

Hermed er »den positive foreningsfrihed« klart anerkendt. Men er der også her en anerkendelse af »den negative foreningsfrihed«? Det vil sige retten til at nægte at være medlem af en bestemt

forening uden at dette medfører f.eks. afskedigelse.

I *British Rail-sagen* (1981) antog et flertal af domstolens medlemmer at bestemmelsen også beskytter den negative foreningsfrihed. Denne fortolkning anså den danske regering for at være bindende for alle lande der har ratificeret Konventionen og dommen førte derfor til forslaget om Loven om beskyttelse mod afskedigelser på grund af foreningsforhold, Lov nr. 285 af 1982. Herved indføres i virkeligheden et delvist forbud mod de såkaldte eksklusivbestemmelser, hvorefter arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer i overenskomster kan forpligte sig til kun at ansætte og have ansat lønmodtagere der er medlem af bestemte organisationer.

Der var vel intet som helst i Konventionens forarbejder der antydede at man med Artikel 11 tænkte på andet end den positive foreningsfrihed. Nordiske dommere i Domstolen dissenterede da også dels på basis af forarbejderne, men også fordi en opfattelse der indebar en regulering af den negative foreningsfrihed ville have givet anledning til overvejelser i forbindelse med ratifikationen i visse nordiske lande – og måske også andre.

Man kan på denne baggrund med rette hævde at denne dynamiske fortolkning har fjernet den danske lovgivningsmagts indflydelse på dette spørgsmål og at reguleringen er overtaget af et organ hvortil valget er yderst indirekte i forhold til valg til Folketinget. Med andre ord: Den demokratiske indflydelse på dette kontraversielle og ganske betydningsfulde område er egentlig uafvendende delvis blevet fjernet fra danske vælgere og det danske parlament. At

dette så skal ses i relation til den højnelse af demokratiniveauet (beskyttelse af frihedsrettighederne) som domstolens funktion i øvrigt er udtryk for er en anden sag.

III. Udviklingen i Danmark

1. Udvikling i positiv retning

Ved ændringer i valgloven har udlændinge, der har været bosat i Danmark i mere end 3 år, fået valgret til de danske kommunalbestyrelser. Med en befolkning af fremmede statsborgere på omkring 150.000 er der naturligvis her tale om en væsentlig udvidelse af vælgerbredden. Grundlovens krav om dansk statsborgerskab for at være valgberettiget og valgbar til det danske folketing forhindrer en sådan udvikling med henblik på valgret og valgbarhed hertil.

2. Negativ/positiv udvikling

De fleste vil utvivlsomt anse brugen af kønskvotering i forbindelse med valg som en gunstig demokratisk udvikling i en situation hvor der ellers klart ville foreligge underrepræsentation af det ene køn. Dette gælder vel uanset årsagen til underrepræsentationen, men baggrunden for kravene og de gennemførte kønskvoteringsregler har naturligvis været en følelse af at mændene dominerede »ubegrundet«. Derved forelå der i virkeligheden en slags kønsdiskrimination i strid med principper der ofte er mere udtryk for normer af en ujuridisk karakter end for egentlige retsregler. Den danske grundlov og de danske valglove er naturligvis formelt rensset for enhver form for kønsdiskrimination. Derved er kravet i

FN's Konvention om kvinders politiske rettigheder i princippet opfyldt. Konventionens Artikel 2 bestemmer: »Kvinder skal på lige vilkår med mænd uden forskelsbehandling af nogen art være valgberettede til alle organer, hvis medlemmer udpeges ved offentlige valg, og som er oprettet i henhold til vedkommendes lands lovgivning.«

Denne formelle fuldstændige opfyldelse har imidlertid ikke været tilfredsstillende, fordi der som det er almindelig bekendt har været en klar underrepræsentation af det ene køn.

Dette er søgt imødegået ved kønskvoteringer på forskellige niveauer. Længst er formentlig Socialistisk Folkeparti gået. I § 4 i de love og lovbestemmelser som partiet har vedtaget i maj 1990 er således følgende bestemt: »I alle partiforsamlinger, hvor der foretages valg, har hvert køn ret (men ikke pligt) til mindst 40% repræsentation i den forsamling, hvortil der foretages valg. Bestemmelsen bringes i anvendelse, så snart mindst én af hvert køn er opstillet til valg. Der udarbejdes retningslinier herfor i partiets lovbestemmelser. – Ved opstilling til parlamentariske valg (EF-valg, folketingsvalg samt kommunalbestyrelses- og amtsrådsvalg) fastsættes kønskvotering ud fra det princip, at hvert ulige nr. på kandidatlisten skal besættes af den kandidat/tilbageblevne kandidat, der har højst stemmetal uanset køn. Den efterfølgende plads med lige nr. skal så besættes med den kandidat/tilbageblevne kandidat af modsat køn, der har højst stemmetal. Denne regel skal anvendes, så længe der er opstillede kandidater tilbage af begge køn. Der udarbejdes retningslinier herfor i partiets lovbestemmelser.«

Andre partier har i deres regler om valg af partibestyrer, indstilling af repræsentanter til forskellige organer osv. tilsvarende eller lignende regler.

Herved er man gået et godt stykke i retning af en reel ligestilling mellem kønnene ikke blot når det drejer sig om valgret og valgbarhed men også om deres faktiske placering.

SF's regler har haft praktisk betydning ved en række lejligheder. Det er sket at en person der i en partiforsamling opnåede det trediehøjeste stemmetal har måttet vige for en person af det andet køn der opnåede det fjerdehøjeste med det resultat at personen med det trediehøjeste i kraft af partilistesystemet ikke er blevet valgt eller kan forudsiges ikke at blive valgt.

Nu gælder vilkårene naturligvis ens for mænd og kvinder. Derfor er FN-konventionen og naturligvis den danske grundlovs valglovgivning opfyldt. Socialistisk Folkeparti er i princippet alene at sammenligne med en privat forening hvis vilkår man accepterer når man melder sig ind og stiller op på partiets liste.

Men for det kandidateme der fik det trediehøjeste stemmetal, men som blev skubbet nedad, er der klart tale om en kønsdiskriminering. Og derved tale om at vedkommendes »valgbarhed« under omstændigheder kan være afhængig af kønnet. At det er betænkeligt i forhold såvel til den enkelte som i forhold til det flertal, som stemte på den pågældende at kønnet her spiller den afgørende rolle kan næppe afvises. Men baseret på en konstateret »ubegrundet« kvindelig underrepræsentation er en kønsdiskriminering af denne karakter dog om ikke generelt så måske hos ganske mange

blevet accepteret som nødvendig i en »overgangsperiode«. I valgloven ville en sådan diskriminering stride mod den ovf. citerede protokol til Den europæiske Menneskerettighedskonvention sammenholdt med dennes Artikel 14, som forbyder enhver diskriminerende behandling baseret bl.a. på køn, for så vidt angår de i Konventionen med tilhørende protokoller fastlåede rettigheder.

IV. To excuser

A. Er processen vedrørende ændringer i statsstyret »demokratisk«?

De ændringer, der for tiden overvejes i de 12 EF-landes styreform, er formentlig i såvel økonomisk som politisk betydning mere væsentlige end langt de fleste tidligere forfatningsændringer siden indførelsen af demokratierne. At lade pengepolitikken blive ført centralt, at lade de nationale parlamenters lovgivningsmagt på væsentlige områder overgå til en mellemfolkelig myndighed, at lægge væsentlige bånd på den ydre handleevne er altsammen, også i Danmark, ændringer, der klart er af mere indgribende betydning end f.eks. grundlovsændringen i 1953.

Hertil kommer så, at dannelsen af den politiske og den økonomiske union i princippet er uigenkaldelig i den forstand, at ikke engang grundlovsproceduren legalt vil kunne ændre unionens karakter.

Reglerne i den danske grundlovs § 88 om betingelserne for grundlovsændring er som bekendt ganske komplicerede. Der kræves reelt to vedtagelser i Folketinget og en efterfølgende folkeafstemning, hvor mindst 40 pct. af de stemme-

berettigede stemmer for grundlovsændringen.

En sådan procedure tvinger politikerne til at skabe et omfattende engagement i befolkningen. Og i praksis har man i Danmark været overordentlig omhyggelig med forberedelserne. Fra 1948-1953 arbejdede den danske forfatningskommission med grundlovsændringen. Kommissionen bestod af 28 medlemmer herunder adskillige ministre, 2 professorer og i øvrigt medlemmer af Folketinget.

Den igangværende procedure adskiller sig unægteligt meget herfra. Der har været tale om rapporter fra Kommissionen, lukkede topmøder, drøftelser i det lukkede markedsudvalg og enkelte drøftelser i folketingssalen. Regeringskonferencerne har båret det samme præg af lukkethed, kompromisser uden tilgængelige forarbejder m.v. Et memorandum blev udarbejdet af regeringen efter hårdt pres fra markedsudvalget. Det skete, da regeringen indvilgede, i løbet af meget kort tid, og 26 væsentlige ændringsforslag fra det største oppositionsparti blev vedtaget på et enkelt møde i Markedsudvalget.

Det er imidlertid klart, at et internationalt arbejde af denne karakter ikke kan foregå på samme måde som hvis det var sket på rent nationalt basis.

Det er mit indtryk, at offentlighedens indsigt og engagement er om muligt endnu mindre i de øvrige EF-lande.

Intet ville naturligvis have hindret nogen regering eller noget parlament i at søge maksimal inddragning af befolkningen, men engagementet kan være svært at skabe, fordi mange utvivlsomt vil mene at muligheden for reel indfly-

delse på ændringer der skal vedtages af 12 lande hvoraf Danmark udgør en forsvindende lille del er små. Dette er der muligvis ikke noget at gøre ved. Men forholdet er endnu et eksempel på, at internationaliseringen og effektiviseringen i vort samfund klart kan medvirke til en sænkning af demokratiniveauet.

B. Opinionsbredde og intentionsdybde i relation til demokratiniveauet i en fjernsynsalder

Arne Næss har nogle interessante betragtninger om det han kalder intentionsdybden i folkeopinionen. Han anser intentionsdybden for at være større hvis de der besidder intentionen nøjere har gennemtænkt de emner som berører de standpunkter som deres formuleringer søger udtryk for. »En vælger kan klappe i hænderne når visse slagordsagtige programpunkter bliver fremført uden at vælgeren har nogenlunde klare forestillinger om hvilket tankeindhold der knytter sig til formuleringerne«. Han siger at i ekstreme tilfælde kan man måske slet ikke tale om opinionsstyringer men mere om »affektive reaktioner på verbale stimuli«. Når noget sådant foreligger har politikkeren ingen »direktiver« for der er ingen dybde i tilkendegivelserne.

Det er nok svært at sige om det reelle demokrati er øget eller mindsket som følge af øgning eller mindsning af intentionsdybden. Slagord har altid været kendetegnende for valgkampe. Det nye er at de kan fremføres med større kraft og med større udbredelse i den moderne medietidsalder end det tidligere var muligt. Slagord under en debat i et forsamlingshus op til et valg eller i aviser i en situation hvor adskillige partier udgav

aviser i store dele af landet medfører næppe de samme risici som det er tilfældet når slagordene fremføres i radio eller TV. I adskillige danske valgkampe har man i alle tilfælde oplevet at smarte politikkeres brug af kaniner, trukket op af hatten lige før valgets afholdelse, efter manges mening har haft indflydelse på valgets udfald. Også selv om der var tale om klart manglende intentionsdybde. Denne hurtige mulighed for påvirkning uden en samtidig mulighed for eller måske anledning til efterprøvelse inden valgets afholdelse er i alle fald noget nyt. Persondyrkelsen, hvor budskabet er mindre væsentligt end personens udstråling, hører også TV-alderen til.

Men samtidig giver radio og TV-alderen jo en bedre mulighed for en bred og hurtig efterprøvelse af fremførte slagord end i situationer hvor medierne fungerer langsommere og med mindre rækkevidde. Men dette sidste forudsætter unægteligt at samfundet har indrettet sig på en sådan måde at denne mulighed er til stede. Det er derfor det hører med til et reelt demokrati at mediestrukturen som helhed er indrettet og »styret« med henblik på alsidighed. Den politiske pluralisme trives ikke i et mediemæssigt ensrettet samfund. De senere års kommercialisering af radio og TV – og for en stor dels vedkommende kulturlivet som helhed – taler desværre i retning af et mindre reelt demokrati end tidligere.

Forvaltningsretten på vej mod år 2000

Af Hans Gammeltoft-Hansen

1. Indledning

Forvaltningsrettens udvikling følger – omend med nogen forsinkelse – den almindelige samfundsudvikling. Spådomme om forvaltningsrettens indhold og tyngdepunkter i fremtiden bliver dermed ret beset til forudsigelser om samfundets fremtidige indretning og præg.

Hermed er det sagt, at ethvert udsagn om forvaltningsrettens nærmere indhold i en vis, ikke helt nær, fremtid er behæftet med så megen usikkerhed, at det grænser til det vilkårlige. Enkelte faktorer står imidlertid nogenlunde fast. Det lader sig således forudsige med sikkerhed, at befolknings-sammensætningen vil forskyde sig i retning af en relativt set langt større ældre-gruppe. Områder, der hidtil har været irrelevante for eller dog befundet sig i periferien af forvaltningsretten, vil dermed trænge sig på i henseende til retlig be- arbejdning og en mere indgående regu- lering.

Med en lidt lavere – men dog stadig høj – grad af sandsynlighed vil den igang- værende internationalisering fortsætte og formentlig ekspandere kraftigt. En sådan udvikling vil i høj grad være egnet til at påvirke forvaltningsrettens grundlag og dermed dens indhold.

For tiden befinder den offentlige forvaltning sig i de indledende faser af en betydelig omstrukturering; begreber som privatisering og decentralisering indgår heri. På kort sigt er der næppe tvivl om, at denne omstrukturering fortsætter, men om den vil fortsætte gennem en længere periode, må betegnes som uvist. Man kan lige så vel tænke sig en forholdsvis langvarig og i det væsentlige ubrudt udvikling, som at pendulet efter en kortere årrække går i stå for derefter at svinge den anden vej. – Her skal imidlertid fremdrages nogle forvaltningsretlige konsekvenser af de tendenser og udviklingslinier, der er indeholdt i den nuværende form for omstrukturering.

2. Befolknings- sammensætningen

Befolkningens skiftende sammensætning (aldersmæssigt, erhvervsmæssigt, socialt) er formentlig en af de faktorer, der hurtigst afspejler sig i forvaltningsrettens udvikling. Den underliggende samfundsmæssige udvikling er her af en kvantitativt glidende art; men den kan meget vel afføde en forvaltningsretlig udvikling, der foregår i spring.

Retlige spørgsmål vedrørende omsorgen for ældre har for så vidt eksisteret længe. Men de har hidtil kun påkaldt sig ringe opmærksomhed. Den gradvise, men i de kommende årtier drastiske forøgelse af de ældres andel af den samlede befolkning drager de retlige spørgsmål, der særligt knytter sig til denne aldersgruppe, langt mere frem i lyset.

Problemerne falder navnlig inden for to hovedområder: Fordeling af knappe goder samt anvendelse af tvangs- eller tvangslignende foranstaltninger.

Fordelingsspørgsmålene angår adgangen til plejehjem og ældreboliger og andre former for ældrefaciliteter. Det drejer sig ikke blot om selve adgangen til hele denne sektor af omsorgsmuligheder, men måske nok så meget om spørgsmålet om imødekommelse af den enkeltes valg og ønsker i forhold til de mange differentierede muligheder. Kvalitet, komfort, behandling, beskyttelse, beliggenhed, kollektivt eller mere individuelt præg af boliger og institutioner m.v. er blot nogle af de kriterier, der vil indgå i den voksende ældregruppes valg og ønsker. – Ligesom der i de seneste 10-15 år er sket en udvikling af den retlige regulering som følge af uddannelsesmulighedernes begrænsning i forhold til omfanget af de unge årgange, vil man formentlig opleve et stigende behov for retlig bearbejdning og konfliktløsning af problemerne omkring de ældres adgang til de forskellige dele af omsorgs- og plejesystemet.

Også inden for den egentlige sundhedssektor vil forøgelsen af den ældre befolkningsgruppe accentuere problemer, der allerede i dag kendes på visse områder. Behovet for patientbehandling på sygehuse stiger i takt med antallet af ældre. Under

en stram samfundsøkonomi medfører denne udvikling et øget behov for prioritering – og dermed for regler om prioritering. I dag er spørgsmålet om udvælgelse af den enkelte patient til behandling i vidt omfang overladt til afgørelse af de hospitalsansvarlige, dvs. læger og administratorer. På visse hospitaler eller afdelinger eksisterer der allerede interne prioriteringsregler, der indebærer såvel retlige som rent etiske problemer. Omkostning og udbytte er kriterier, som formentlig i stigende grad vil blive inddraget i de konkrete afvejninger og beslutninger.

Den almindelige forvaltningsret indeholder kun sparsomme bidrag til det retlige grundlag for disse prioriterings- og fordelingsopgaver. Behovet herfor vil som anført vokse; og en udvikling af forvaltningsretten i så henseende må forventes, formentlig med udgangspunkt i lighedsgrundsætningen, magtfordrejlslæren og læren om anvendelse af kriterier og prioriteringsregler i skønsmæssige afgørelser.

Også de mange spørgsmål om anvendelse af forskellige grader af tvang over for ældre – især senildemente – personer vil med det stigende antal i denne aldersgruppe understrege og øge behovet for retlig regulering. Den nuværende spænding mellem på den ene side de sociale myndigheders fornægtelse af tvangsbehandling og på den anden side virkelighedens verden for mange senildemente vil næppe kunne opretholdes. Mange daglige foranstaltninger – fastspænding, indelåsning, tvangsmæssig eller uoplyst medicinering – foregår på et yderst tvivlsomt hjemmelsmæssigt grundlag. På almindelige plejehjem er således omkring 3 % af samtlige beboere bæltefikseret (såkaldt »blød fiksering«) uden hjemmelsgrundlag i skrevne

regler, og uden at der er fastsat procedurer for beslutningsproces og kontrol. I nogle tilfælde kunne disse foranstaltninger sikkert undværes eller modificeres, i andre (måske mangfoldige) er de uomgængeligt nødvendige af hensyn til den pågældendes egen tilstand og sikkerhed. Under alle omstændigheder vil behovet for en nærmere retlig bearbejdning og regulering af disse forhold i stigende grad trænge sig på.

Forud for anvendelse af tvangsforanstaltninger på plejehjem går den langt mere indgribende beslutning om selve anbringelsen på sådanne hjem. Her angår behovet for en klarere og mere gennemtænkt retlig regulering end den nuværende de mange situationer, hvor anbringelserne sker imod den pågældendes (mere eller mindre udtrykkelige) vilje og ønsker.

3. Den internationale påvirkning

Retsregler, der ikke er skabt i nationalt regie, spiller på mange retsområder en væsentlig rolle. Endnu kan forvaltningsretten ikke siges at høre til disse områder, men meget tyder på, at det vil ske i løbet af de kommende år.

Egentlig inkorporering af internationalt tilblivne retsregler er – bortset fra de EF-retlige normer – sjældent. Men en transformation til dansk ret, enten gennem indretning af lovgivningen eller ved en fortolkningsmæssig inddragelse i den konkrete retsanvendelse, sker i stigende omfang, også inden for forvaltningsretten. Dette er blandt andet tilfældet med en række af de retlige standarder, der er udviklet inden for rammerne af Den euro-

pæiske Menneskerettighedskonvention og dens organer.

En mere indirekte påvirkning sker gennem de mange former for samarbejde i internationale organer, f.eks. i Europarådets regie.

Det er et ofte forekommende træk ved de senere års internationale samarbejde omkring retlige spørgsmål, at retssikkerhedssynspunkter søges udstrakt fra traditionelt retsgarantitunge områder såsom strafferetsplejen til en række andre offentligt regulerede områder, herunder også administrationen af serviceydelser. Den internationale opmærksomhed omkring retssikkerhed omfatter imidlertid også udviklingen af nye virkemidler i retsbeskyttelsen samt en udbygning af de eksisterende retsprincipper. Bl.a. vil der i skønsudøvelsen formentlig blive tale om en større vægt af de kriterier, som taler til fordel for bestemte menneskerettigheder. Dette vil for så vidt være en fortsættelse og udbygning af en allerede påbegyndt udvikling, bl.a. i ombudsmandens praksis. Sker der en egentlig inkorporering af Den europæiske Menneskerettighedskonvention, er der imidlertid grund til at tro, at udviklingen forstærkes væsentligt, og at den i praksis udstrækkes til et bredere spektrum af myndigheder. Samtidig må det forudses, at en større intensitet i prøvelsesmyndighedernes kontrol med forvaltningen vil indtræde, for så vidt angår de internationale regler og standarders vægt i skønsudøvelsen.

Den udvikling af ulovbestemte krav til forvaltningen, som især er udgået fra domstolene og Folketingets ombudsmand, vil i de kommende år formentlig blive suppleret på væsentlig måde i form af de anførte påvirkninger fra det internationale retssamarbejde.

4. *Privatisering m.v.*

På forskellig måde har man i disse år påbegyndt en udvikling, som – i det omfang den fortsætter og fuldbyrdes – vil indebære en ganske omfattende omlægning af det danske forvaltningsapparat. Nogle af ændringerne er vel delvis ideologisk motiveret; men i vidt omfang er der tale om behov, som bygger på det til enhver tid eksisterende krav om forvaltningsapparatets tilpasning til samfundsudviklingen.

Meget tyder på, at det, der under den flydende betegnelse »privatisering« finder sted, ikke så meget drejer sig om en afvikling af det offentlige forvaltningsapparat, men mere om at den bestående forvaltningsstruktur tilføres organisationsmæssige ideer fra erhvervslivet, samt at de traditionelle offentligretlige virkemidler suppleres med privatretlige. Dette viser sig bl.a. i en tendens til at udskille bestemte opgaver til løsning hos offentlige instanser, der opbygges efter en privatretlig model og placeres uden for det traditionelle administrative hierarki. Som eksempler kunne nævnes TV2, A/S Storebæltsbroen samt – til en vis grad – de enkelte skoler i Folkeskolen. Et eksempel på tendensen til at tildele bestående myndigheder privatretlige træk er adgangen til at drive indtægtsdækket virksomhed.

Såfremt disse bestræbelser og tendenser får lov at udfolde sig i et videre omfang, rejser det en række spørgsmål vedrørende anvendelse og tilpasning af de eksisterende almindelige forvaltningsretlige regler. Der vil således være behov for en afklaring af, hvorvidt de generelle forvaltningslove – forvaltningsloven, offentlighedsloven og ombudsmandsloven – skal gælde, helt eller delvis, i forhold til myndigheder, der får

tilladelse til at drive indtægtsdækket virksomhed, eller som organiseres på blandet offentlig- og privatretligt grundlag.

En stærkt forøget anvendelse af forvaltningsaftaler må næsten med nødvendighed følge af den anførte udvikling. Herved accentueres bl.a. spørgsmålene om, hvorvidt parters offentlige eller halvoffentlige status påvirker rammerne for indgåelse af aftaler, og hvorvidt formuerettens principper for fortolkning og udfyldning af aftaler uden videre kan finde anvendelse. Et centralt spørgsmål vil endvidere være, om – og i hvilket omfang – den privatretlige misligholdelses- og ugyldighedslære skal finde anvendelse i forhold til disse mellemformer, eventuelt som supplement til de offentligretlige regler om ugyldige forvaltningsafgørelser.

5. *Decentralisering*

Den i det foregående nævnte omlægning af forvaltningen i form af overførsel af bestemte opgaver til særlige instanser uden for det sædvanlige administrative hierarki er samtidig udtryk for en decentralisering. En mere traditionel form for decentralisering – dvs. uden den samtidige etablering af særlige organer med privatretligt præg – sker i form af udlægning af opgaver fra stat til kommune. Dette har som bekendt stået på, i bølger, gennem adskillige år. For øjeblikket synes der at være indtrådt en vis afmatning i udviklingen; men den kan meget vel tænkes genoptaget, således at også dette træk i stigende grad vil komme til at præge forvaltningsrettens udvikling i de kommende år.

Såvel denne decentralisering som udlægningen af opgaver til mere utraditionelle organer indebærer en tilsvarende begrænsning (eller omlægning) af den ministeransvarlige statsforvaltning. Herved formindskes de muligheder, som Folketinget i dag kan udnytte til gennem almindelige politiske kanaler at udøve en ganske omfattende kontrol – undertiden endda styring – i forhold til forvaltningen.

Under en sådan udvikling er det nærliggende at forestille sig, at interessen for andre kontrolveje vil blive vakt. Der kan blive tale om en intensivering og ekspansion af den kontrol, der udøves af bestående organer, navnlig Folketingets ombudsmand. Men udviklingen vil også meget vel kunne medføre, at der opstår nye former for kontrolinstanser, eventuelt med politisk repræsentation. – Forvaltningsretten vil i så fald stå over for opgaver i henseende til en bearbejdning af såvel de organisatoriske som de kompetencemæssige spørgsmål, der måtte knytte sig til sådanne udvidede eller nye former for kontrol med den decentraliserede forvaltning.

En anden følge af decentraliseringen – både den traditionelle og den »privatiserende« – vil være en øget forekomst af konkrete konflikter mellem forskellige organer. Hidtil har sådanne tvister i det væsentlige fundet deres løsning inden for de administrative hierarkier. I det omfang, disse hierarkier nedbrydes eller udviskes, må løsningen af konkrete konflikter mellem forskellige organer finde deres løsning på anden vis.

Noget vil måske blive klaret inden for fællesorganisationers rammer; andet kunne tænkes henlagt til særlige nævn og voldgiftsorganer. Også domstolene vil kunne blive det forum, hvor nogle blandt sådanne

konkrete konflikter ender – omend hverken domstolene selv eller omverdenen måske vil finde det hensigtsmæssigt, at sådanne sagstyper i videre omfang skulle søges løst ad rettens vej.

Forekomsten af sådanne tvister mellem offentlige myndigheder kendes i dag på enkelte sagsområder, bl.a. i forbindelse med spørgsmål om refusion vedrørende patienter eller sociale klienter, der anbringes uden for deres opholdskommune. Erfaringerne herfra viser, at problemerne kan antage et betydeligt omfang.

Forvaltningsretten må således i de kommende år være indstillet på at løfte blikket fra det klassiske forhold mellem borger og myndighed og i stigende grad vende opmærksomheden mod retsforholdet mellem myndigheder. Opgaven består ikke mindst i at udvikle retsprincipper, som foregriber konkrete konflikter mellem myndigheder (eller quasi-myndigheder) og derved begrænser konflikternes forekomst og omfang.

6. Afsluttende bemærkninger

De ovenstående betragtninger er forsigtige, i henseende til såvel grundlag som indhold. De bygger på faktorer, der kendes på nuværende tidspunkt: befolkningsforskydninger, det eksisterende internationale samarbejde samt nogle allerede påbegyndte (begrænsede) omlægninger i forvaltningens virkemåde og struktur. I forhold til disse faktorer vil andre forhold være langt mere dominante, når forvaltningsrettens fremtidige indhold skal fastlægges. Deres nærmere indhold – selv blot 10 år frem i tiden – er imidlertid ukendt.

Det drejer sig ikke mindst om den almindelige samfundsøkonomi. Om den er meget stram eller forholdsvis rummelig, vil i allerhøjeste grad påvirke forvaltningsretten; spørgsmålet er imidlertid hvorledes. Nogle af de ovennævnte problemstillinger bygger på en forudsætning om en forholdsvis stram samfundsøkonomi – svarende til den nuværende – med en forøgelse af fordelingsproblemer og en vis begrænsning af forvaltningsapparatet til følge. Vedvarer denne tilstand gennem en længere periode, kunne det imidlertid også medføre en mærkbar begrænsning af den offentligt reguleringsintensitet, simpelthen fordi der ikke er tilstrækkelige ressourcer til at opretholde den nuværende fintmaskede detailregulering på en række områder. Dette vil betyde afgørende ændringer i den administrative virksomhed og dermed i forvaltningsrettens grundlag og opgaver.

Ej heller udviklingen i de politiske strømninger har kunnet inddrages i de fremførte betragtninger, uanset at det politiske billede år 2000 og i de nærmest foregående år selvsagt vil være af den største betydning for forvaltningsrettens indhold. Måske bevæger vi os imod en delvis ny opfattelse af forholdet mellem borger og stat. Nogle hævder, at vi – på linie med udviklingen fra den liberale retsstat til den begyndende socialstat og videre til vel-

færdssamfundet – nu bevæger os mod et selvforvaltende samfund eller en refleksiv statsmodel. Tanken om tendenser i denne eller andre retninger tjener til at vise, hvorledes forvaltningsrettens fremtid i højeste grad er bestemt af samfundsmæssige holdninger og deres udslag i politiske konjunkturer.

Selv om den stigende internationalisering er nævnt som en faktor af betydning for forvaltningsrettens udvikling, er det dog sket på det i dag velkendte grundlag, d.v.s. EF og Europarådet, herunder navnlig Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Ikke mindst de seneste par år har imidlertid vist, at selv forholdsvis kortsigtede prognoser om den internationale udvikling er behæftet med al mulig usikkerhed. Den internationale påvirkning af danske forhold og dansk forvaltningsret kan meget vel antage andre former og indeholde andre accenter – også på menneskerettighedsområdet – end det, der følger af en simpel fremskrivning af dagens forhold.

Forudsigelser om forvaltningsrettens indhold bliver således en vanskelig sejlads mellem de rene banaliteters skær og de store fantasiers malstrøm. Under en sådan sejlads er der al mulig grund til – ganske på samme måde som i den faktiske udvikling af forvaltningsretten – at manøvrere med forsigtighed.

Retsstaten

et begrebsanalytisk studie

Af Carsten Henrichsen

Indledning

Retsstatsideen udgør utvivlsomt en hjørnesten i det ideologiske fundament for statsstyrelsen i de moderne vesteuropæiske lande. Retsstatsbegrebet stammer fra tysk retstænkning, hvor der er en lang tradition for at benytte begrebet som en samlebetegnelse for de grundlæggende retssikkerhedsgarantier, der er etableret i retsordenen til beskyttelse af borgernes frihed og ejendom.¹ Som sådan fungerer begrebet i princippet som en art ledetråd for den retsdogmatiske analyse af »grænserne« for statslig magtudøvelse. I praksis volder begrebets anvendelse i retsdogmatikken dog betydelige vanskeligheder, hvad der ikke mindst hænger sammen med den dobbelthed, der kendetegner den tyske forfatnings begreb om »den sociale retsstat«.

Det er dog langt fra alle steder, retsstatsbegrebet er blevet inddraget eksplicit i den retsvidenskabelige teoridannelse. I Danmark og for den sags skyld de øvrige skandinaviske lande er retsstatsideen knap nok til at få øje på i den offentligrettlige doktrin, hvad der bl.a. hænger sammen med en tradition for her at sætte det retsdogmatiske håndværk i højsædet og en dermed forbunden modvilje mod at be-

skæftige sig med fagets teoretiske aspekter.² I den såkaldte retsrealistiske tradition, der i lang tid har været dominerende i skandinavisk retsfilosofi, afvises ligefrem begreber af den normative type, som retsstatsbegrebet tilhører, som videnskabeligt irrelevante. I det omfang, man overhovedet har beskæftiget sig med de bærende ideer for det moderne statsstyre, har det – i al fald hidtil – været et andet aspekt, der har dannet udgangspunkt for den offentligretlige doktrin, nemlig demokratiideen.³ En voksende interesse for udviklingen af statsstyrets samfundsmæssige funktioner har dog i de senere år afstedkommet visse

1. Jfr. Ernst Benda: Der soziale Rechtsstaat, i Benda et al. (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Berlin – New York 1983, p. 477 ff.
2. I *Retten og Staten*, Oslo – Bergen 1966 (pp. 84-90) giver Frede Castberg en kort introduktion til begrebet »den demokratiske retsstat«. Ligeledes har begrebet fået en kort omtale i Lars Erik Taxell: *Rätt och demokrati*, Åbo 1976 (pp. 6-8). Se endvidere Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret*, København 1989, Bd. 1, pp. 38-40.
3. Se f.eks. Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret*, København 1966, hvor demokratiets begreb og ideer behandles under overskriften »Forfatningsrettens ideologiske forudsætninger«, Bd. I, p. 128 ff.

ansatser til inddragelse af retsstatsideen og dermed beslægtede spørgsmål i dansk forfatningsret.

I øvrigt er det karakteristisk, at den skandinaviske debat om retsstaten føres andre steder end i den forfatningsretlige teori. Det gælder i historieforskningen, hvor retsstatsideen i norsk historie-teori fornylig er blevet introduceret til forklaring af den embedsmandsdominerede statsstyrelse, som blev etableret ved indførelsen af det konstitutionelle demokrati i 1814, og som hidtil har været betragtet som et særnorsk fænomen.⁴ Ligeledes har begrebet været taget op i forbindelse med sociologiske studier af retlige værdisystemers udvikling, hvor det har været anvendt til kontrastering af moderne velfærdsstatslige værdiforestillinger og som grundlag for identifikation af nye værdiforestillinger omkring statsstyrets praksis.⁵ Ad denne vej har retsstatsideen endelig også vundet indpas i retspolitiske diskussioner om aktuelle retssikkerhedsproblemer i den moderne velfærdsstat.⁶

Et fællestræk for retsstatsdebatten i disse forbindelser er, at begrebets indhold og anvendelse ofte giver anledning til betydelig tvivl. I virkeligheden er debatten i højere grad en diskussion om begrebstekniske spørgsmål end om de materielle sagsforhold, som de fremsatte teser angår. Så vidt jeg kan se, er en del af vanskeligheden, at retsstatsbegrebet opfattes som et almenbegreb, der med det givne betydningsindhold kan finde anvendelse i alle sammenhænge og til alle forskningsmæssige formål. Et sådant begreb er det efter min opfattelse ikke muligt eller frugtbart at operere med. Begreber, der skal benyttes i videnskabelig sammenhæng, må udvikles

og afpasses efter det nærmere formål med den videnskabelige undersøgelse.

I overensstemmelse med dette grundsynspunkt søger jeg i det følgende at indkredse nogle af de måder, hvorpå retsstatsbegrebet kan anvendes. I princippet skulle det være muligt at udskille i det mindste 4 hovedtyper af retsstatsbegrebet, for så vidt som det kan optræde i henholdsvis retsdogmatiske, -historiske, -sociologiske og -politiske sammenhænge. Selv om afhandlingens hovedsigte dermed er begrebsanalytisk, er det naturligvis også aspirationen at sige noget om de materielle sagsforhold, som retsstatsmetaforen refererer til i de forskellige sammenhænge. Rammerne for denne artikel tillader dog kun en skitsemæssig fremstilling af disse forhold.

Retsstaten i juridisk forstand

I traditionel juridisk forstand er retsstaten indbegrebet af de garantier, der er etableret i forfatningen til beskyttelse af borgeren mod vilkårlig statslig magtudøvelse. Disse garantier omfatter principperne om de borgerlige friheder og rettigheder som grænse og grundvilkår for statslig magtudøvelse, om demokratisk kontrol med statsmagten, om fordeling af statsmagtens

4. Francis Sejersted: *Demokrati og Rettsstat*, Oslo - Bergen - Stavanger - Tromsø, 1984.

5. Jørgen Dalberg-Larsen: *Rettsstaten, velfærdsstaten og hvad så?*, Århus 1984.

6. Jfr. debatten mellem (bl.a.) Hans Petter Graver: *Rettsstaten som utopi*, *Arbejderbladet* 27/4-1984, og Rune Slagstad: *Rettsstaten og venstrefløjten*, *Dagbladet* 16/3-1984.

funktioner på indbyrdes uafhængige organer, om retsvæsenets uafhængighed og om forvaltningens lovmæssighed.⁷

Retsstaten er efter det anførte først og fremmest en forfatningsstat. De nævnte grundprincipper for statsstyret er således i de fleste lande med en retsstatslig ordning fastlagt i en forfatning, der som sådan forpligter statsmagten til at efterleve samme. Forpligtelsen ligger formelt i den omstændighed, at forfatningen kun kan ændres under anvendelse af en kvalificeret ændringsprocedure. Reelt er forpligtelsen af absolut karakter, for så vidt som der ikke kan foretages ændringer af forfatningen, som på afgørende måde bryder med de ovennævnte principper, uden at statsstyret mister sin karakter af en retsstat.

Noget andet er, at de ovennævnte principper – i deres generalitet – er åbne for fortolkninger, og at de selvsagt må forstås i lyset af de til enhver tid rådende opfattelser med hensyn til, hvilken rolle statsmagten skal spille i samfundslivet. Skiftende opfattelser af dette spørgsmål kan føre til ændringer i forudsætningerne for statsmagtens indretning og virkemåde, uden at der af den grund bliver tale om at bryde med de retsstatslige principper. Et særlig markant eksempel er måske magtfordelingsprincippet, som i kraft af forskydninger af de underliggende politisk-soziale forhold har undergået væsentlige modifikationer. Indførelsen af det parlamentariske princip i dansk statsskik omkring århundredeskiftet har således fundamentalt ændret betydningen af det klassiske magtfordelingsprincip.

Med et andet stikord betegnes retsstaten undertiden også som en lovstat. Udtrykket henviser de elementer i den retsstatslige konstruktion, der særligt angår statsmag-

tens kompetence til at regulere samfundsforholdene ved generelle retsregler i form af love. Udgangspunktet er herved på den ene side, at statsmagten kan lovgive om alt, hvad der ikke direkte er forbudt ifølge forfatningen, og på den anden side, at det for borgeren gælder, at »alt, hvad der ikke direkte ved lov er forbudt, er tilladt«. Disse principper om lovens generalitet og almenyldighed og om lovgivers omnipotens modsvares internt i statsstyret af princippet om lovgivningens supremati, dvs. dens overherredømme i forhold til den udøvende og dømmende magt. Af dette princip udledes yderligere det ovennævnte princip om forvaltningens lovmæssighed forstået som et krav til de administrative myndigheder om, at »alt, hvad der ikke direkte ved lov er tilladt, er forbudt« – altså det omvendte af, hvad der gælder for borgernes vedkommende.

Lovstatsideen udelukker ikke, at generelle retsregler kan gives af andre end lovgivningsmagten, eller at der på anden måde end ved generelle retsregler kan fastlægges retsnormer med bindende virkning for borgerne. Eksempler herpå er administrative retsforskrifter og dommerskabte retsgrundsætninger. For så vidt angår administrative retsforskrifter er det dog i almindelighed et ufravigeligt krav, at disse – som enhver anden administrativ retsakt – dels skal have hjemmel i en lov (den materielle lovs princip) og dels ikke må være i strid med hverken hjemmelsloven, anden lovgivning eller gældende ret i øvrigt (den formelle lovs princip). Også

7. Sondringen i det følgende mellem forfatnings-, lov- og processtat stammer i hovedtrækkene fra Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, München 1928.

domstolene skal rette sig efter loven, men loven kan være åben for fortolkning, hvorved andre retskilder såsom forholdets natur eller retssædvaner kan inddrages med den virkning, at domstolene udvikler deres egne såkaldte »retsgrundsætninger«.

Et tredje (og sidste) stikord, hvormed retsstaten ofte kendetegnes i den juridiske doktrin, er betegnelsen processtat. Udgangspunktet er i denne forbindelse, at retsstatsideen er forbundet med et krav om, at personer, som er berørt af myndighedshandlinger, kan få deres rettigheder prøvet ved uafhængige domstole. Heri ligger altså en forudsætning om, at domstolene har en prøvelsesret i forhold til administrative retsakter. I almindelighed udstrækkes dog forudsætningen om en sådan prøvelsesret til også at omfatte tvistigheder om loves grundlovsmæssighed.

Et andet aspekt af processtaten vedrører de garantier for en lovlig og rigtig retsanhendelse, der er etableret gennem særlige proceskrav i lovgivningen om de udøvende myndigheders konstitution og sagsbehandling (jfr. i Danmark bl.a. retsplejeloven og forvaltningsloven). Af særlig betydning er her det ved domstolene gældende forhandlingsprincip samt kravet om offentlighed og mundtlighed i retsplejen. Omvendt gælder i forvaltningen en såkaldt officialmaxime med tilhørende regler om kontradiktion og begrundelse. Af betydning for borgernes retssikkerhed er i den forbindelse også muligheden for rekurs af administrative afgørelser samt i det hele den hierarkiske opbygning af forvaltningen med over- og underordnede myndigheder.

Retsstaten i historisk forstand

Mens retsdogmatikerens opgave indskrænker sig til en analyse af, hvordan retssystemet er indrettet på et givet tidspunkt, er det normalt historikerens aspiration at forsyne sin redegørelse for de historiske udviklinger med en forklaring på, hvorfor udviklingen har taget den beskrevne retning. En forståelse af de historiske begivenheder er således en forudsætning for at kunne give en beskrivelse, der binder de mange enkeltstående begivenheder i historien sammen til en meningsfuld helhed.⁸ Opfyldelsen af denne sidstnævnte aspiration fordrer imidlertid normalt et andet og større tidsperspektiv end ved den retsdogmatiske analyse. Det er derfor karakteristisk, at historikere ofte bruger retsstatsbegrebet i en anden og videre betydning, end jurister almindeligvis gør.

Mens jurister – med henvisning til det ovennævnte retsstatsbegreb – med sikkerhed kan tidsfæste retsstatens opståen til tiden omkring de borgerlige revolutioner i 1800-tallet, bliver svaret på dette spørgsmål mindre entydigt, når udviklingen anskues i et historisk perspektiv. Fra denne synsvinkel er det nemlig et faktum, at retsstaten ikke blot præsenterer sig som et fait accompli med den successive gennemførelse af konstitutionelle statsformer i løbet af 1800-tallet til afløsning for enevældens politiske system. Retsstaten har tværtimod på dette tidspunkt været længere undervejs: En række af de principper for

8. Jfr. om denne hermeneutiske tilgang til studiet af historien, Peter Winch: *The Idea of a Social Science*, 1958.

statsstyret, der efter en juridisk opfattelse må betragtes som retsstatslige, bliver allerede realiseret under enevælden. Det begrundes selv sagt ikke en karakteristisk af enevældens statsstyre som et (om end i mindre omfang) retsstatsligt styre i nutidig forstand, men det begrundes muligvis – afhængig af de faktiske forhold under enevælden i de forskellige lande – anvendelsen af et retsstatsbegreb i før-konstitutionel forstand. Hvilket betydningsindhold et sådant begreb nærmere skal tillægges, må da bero på empiriske studier af enevældens retssystemer.

I Gyldendals Danmarks Historie (Bd. 5, 1985) hedder det om perioden fra 1814-1864, at »for datidens forfattere var der ingen tvivl om, at Danmark var en retsstat.«⁹ Udtalelsen er altså møntet på perioden før enevældens afskaffelse ved grundloven af 1849. På dette tidspunkt – i begyndelsen af 1800-tallet – er der også hengået omkring halvandet hundrede år fra enevældens indførelse (i 1660), hvor kongen var blevet overdraget riget som arverige med samt alle såkaldte majestætsrettigheder og absolut regeringsmagt. I den mellemliggende periode har dette enevældige styre – i tur og orden – udviklet en række retsstatslige træk.

Allerede med gennemførelsen af Danske Lov i 1683 skabtes et retssystem, der som udgangspunkt var baseret på ideerne om retsenhed og lighed for loven. Ved denne lejlighed anerkendtes som noget nyt kontraktsfriheden for den enkelte. I løbet af det 18. århundrede udfoldedes bestræbelser på at gøre proces- og domstolssystemet mere tidssvarende (den juridiske embeds-eksamen blev indført i 1736), og der blev i stigende grad sat en grænse mellem de statslige myndigheder med henholdsvis

uafhængige domstole som indehavere af dømmende myndighed, centraladministrationens embedskollegier og lokale amtmænd som repræsentanter for den udøvende magt og kongen bistået af et geheimestatsråd som indehaver af lovgivningsmagten. I 1831 kommer så det afgørende brud med det enevældige styre med nedsættelsen af de såkaldte rådgivende provensialstænder.

I tillæg til udviklingen af disse klart retsstatslige træk ved statsstyret sker der under enevælden en anden karakteristisk udvikling i form af dannelsen af en efterhånden omfattende såkaldt »politiret« til fremme og sikring af borgernes velfærd og den offentlige »ro og orden«. Tilsammen afspejler disse udviklingstendenser en – patromonialske – hensigt om at sikre borgernes retsbeskyttelse – en sikring, som dog i praksis i mange tilfælde undergraves af en omfattende kongelig dispensationspraksis, og som i al fald var en illusion for de mennesker, der – som kvinder, børn, tyende og fæstebønder – var underlagt en husbonds tugtelsesret. Alligevel kan der være grund til at fremhæve netop hensynet til retsbeskyttelsen, individets beskyttelse ved staten mod overgreb fra andre individer, som et centralt kendetegn ved denne patromoniale retsstat, en beskyttelse, der i øvrigt rakte videre, for så vidt som enevældens historiske eksistensberettigelse i Danmark overhovedet berøede på hensynet til at sikre landet mod overgreb fra andre stater (jfr. 1600-tallets krige mod Sverige).

9. Vagn Skovgaard-Petersen, København 1985, p. 47.

Synspunktet stemmer med datidens kontraktsteorier til legitimering af enevældige styreformers som et alternativ til »alles krig mod alle« (jfr. Hobbes, Leviathan fra 1651). Den praktisk vigtigste garanti for borgernes retsbeskyttelse lå, efter denne opfattelse, i statens monopolisering af al tvangsmagt. Senere omdannedes kontraktsteoriene, under indtryk af de naturretlige ideer om menneskelig suverænitet, til forsvar for demokratiske styreformers (jfr. Rousseaus ideer om almenviljen i *Du contract Social* fra 1762). Staten skulle nu ikke blot være indbegrebet af tvangsmagt, men også et forum for, hvad eftertiden har betegnet som »skabende magt«, forankret i menneskets »world-building capacity«. ¹⁰ Baggrunden for dette radikale skift i synet på statsmagts funktion og ledelse skal søges i udviklingen af de bagvedliggende samfundsmæssige forhold: Fremvæksten af en markedsøkonomi og et dertil knyttet borgerskab med behov for mere tidssvarende og mere forudsigelige retsforhold. Den konstitutionelle retsstat, som opstår i kølvandet på 1800-tallets borgerlige revolutioner, opfylder disse behov, for så vidt som hensynet til borgernes frihed og retssikkerhed netop er de centrale kendetegn ved denne styreform.

I datidens statsretlige doktrin fremstilles denne statsform som en modsætning til enevældens »politistat«. Således definerer Henning Matzen (1881) retsstaten som den statsform, hvor »... Statens Magtanvendelse... ikke (bør) være en retløs Vilkaarlighed, men en virkelig Retshaandhævelse, således at Borgernes private Retssfære er ukrænkelig på den Maade, at den ikke kan antastes af Statsmagten uden i medfør af den gjældende Ret...«. – Stænderforsam-

lingernes historiker Hans Hansen (1931) giver dog en anden, mere nuanceret, version: »Stænderforsamlingernes Tilblivelse og første Virksomhed frembyder det klareste Bevis paa, at den bureaukratiske Enevælde historisk set, ikke er modsætningen, men indledningen til det parlamentariske Demokrati«. ¹¹

De citerede fremstillinger illustrerer forskellen i juristens og historikerens sprogbrug – en divergens, der er dikteret af en karakterisk forskel i måden at definere begreber på, hvor den juridiske begrebsanvendelse typisk er vendt mod fortidens samfundstilstande, mens den historiske er bestemt af den til enhver tid rådende opfattelse af de pågældende samfundsforhold. I begge tilfælde er begrebsanvendelsen abstrakt, dvs. ubundet af tid og sted. Forskellen beror på, at juristen med sit retsstatsbegreb vil karakterisere enevælden som negationen af en retsstat, mens historikeren ser denne styreform, som en særlig – embryonal – variant af retsstatsideen.

Retsstaten i sociologisk forstand

Den norske historiker Francis Sejersted har med sin teori om »Rettstaten og den selvdestruerende makt« ¹² leveret et originalt – og stærkt omdiskuteret – bidrag til den

10. Hannah Arendt: *On Revolution*, Harmondsworth 1973, p 175.

11. Citeret efter Vagn Skovgaard-Petersen (1985), *op. cit.*, p. 51.

12. Trykt i Rune Slagstad, ed. (1978), *op. cit.*, pp. 46-84, og Sejersted (1984), *op. cit.*, pp. 46-84.

norske historieforskning af perioden omkring dannelsen af den konstitutionelle retsstat. Det er navnlig to elementer i hans fortolkning af begivenhederne i denne periode, som har givet anledning til debat.¹³ Det ene er opfattelsen af 1800-tallets såkaldte »embedsmandsstat« som en statsform, der – i kraft af en bureaukratisk administration med mulighed for at gennemføre en neutral, passiv og for så vidt upolitisk tilpasning af statsvirksomheden til markedskonometriens behov – reelt fungerer som et selvstændigt redskab for borgerskabets interesser. Det andet er en hermed sammenhængende opfattelse af »retsstaten« som en statsform, der i kraft af, hvad der betegnes som borgerskabets afståelse fra at udnytte den lovgivende myndighed til at foretage løbende retsændringer, sikrer et maksimum af forudsigelighed i samfundsstyringen og dermed en udstrakt retssikkerhed for borgerne.

Den førstnævnte opfattelse – teorien om »politikens ophævelse« – strider mod den gængse opfattelse af embedsmandsstaten som et udpræget særnorsk fænomen, hvis egenart skulle bestå i, at den politiske magt ved indførelsen af det konstitutionelle demokrati, bl.a. som en følge af rigsfællesskabet med Sverige, koncentrerer sig hos et fåtal af akademiske embedsmænd.¹⁴ Den sidstnævnte antagelse – »teorien om borgerskabets abdikation« – afviger med sit, for en juridisk opfattelse, særegne retssikkerhedsbegreb fra de gængse forestillinger om borgernes beskyttelse mod statslig magtmisbrug, der rigtignok forudsætter, at lovgiver er bundet af forfatningen og egne love, men dog ikke på en sådan måde, at lovene ikke på et hvilket som tidspunkt kan ændres, når forholdene gør dette påkrævet.

Selv om jeg naturligvis kan tilslutte mig Sejersteds interpretationer, for så vidt angår de – åbenbart hidtil upågtede – retsstatslige elementer i den såkaldte »embedsmandsstat«, forekommer det alligevel, som om han overspiller sine pointer omkring udviklingen af den norske retsstat. Der er ganske vist ingen tvivl om, at den konstitutionelle udgave af retsstaten er borgerskabets »opfindelse«, men det er nok at gå for vidt i den forbindelse at tale om, at politisk magtudøvelse erstattes af bureaukratiske tilpasninger til markedets behov, og at hensynet til forudsigeligheden gør retsændringer uønskede i en sådan grad, at der ligefrem kan indfortolkes et »forbud« herimod i retsstatsideen.

Årsagen til Sejersteds vidtgående fortolkninger skal formentlig søges i hans anvendelse af et – i virkeligheden – sociologisk begreb om retsstaten, som er inspireret af kritisk teori, specielt Jürgen Habermas,¹⁵ og som – med hensyn til de teoretiske implikationer – kan føres tilbage til Marx's dynamiske opfattelse af den bor-

13. Se kritisk om teorien, Per Maurseth: *Embedsmannsstat og rettsstat*, *Historisk Tidsskrift*, Oslo 1981, pp. 160-179, Peter Ørebech: *Demokrati og rettsstat - Noen merknader til Francis Sejersted*, *Ibid.*, 1980, pp. 284-301, og Jens Arup Seip: »Rettsstaten« - En studie i begrepsanalyse og begrepsforvirring, *Nytt Norsk Tidsskrift* 1984, pp. 77-99.

14. Teorien fremstår på dette punkt som en reaktion mod Jens Arup Seip: *Fra embedsmannsstat til etipartistat*, Oslo 1963.

15. Habermas: *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied 1962; no. udg.: *Borgerlig offentlighet*, 1974.

gerlige retsstat.¹⁶ Applikationen af et sådant begreb fører uvægerligt til overbetoning af modsætninger mellem de fænomener, der er omfattet af beskrivelsen af de historiske udviklingslinjer. Vanskeligheden ved at anvende et sociologisk retsstatsbegreb i den (rets-) historiske analyse illustreres yderligere med Sejersteds antagelse om, at parlamentarismens indførelse (i 1884) markerer begyndelsen til enden for retsstaten. Hvis intentionen er at bidrage til en forståelse af de store linjer i historien, er det næppe frugtbart at anvende retsstatsbegrebet på en så håndfast måde.

Alternativet er at se parlamentarismen som startskuddet til en ny fase i retsstatens udvikling, hvor demokratiet langsomt udbygges, og hvor statsmagtens funktioner udvides i takt hermed fra at omfatte en beskyttelse af ejendom og frihed til i videre forstand at omfatte en sikring af borgernes velfærd. Det er udviklingen af denne demokratiske retsstat, som præger udviklingen i dette århundrede, og som i den juridiske doktrin afspejler sig i det tidligere omtalte begreb »den sociale retsstat«. Det er naturligvis rigtigt som påpeget af Sejersted, at der på det idehistoriske plan undertiden påstuleres en modsætning mellem retsstat og demokrati,¹⁷ men i virkelighedens verden viser det sig, at modsætningen kan overvindes, og endda på en sådan måde, at retsstaten genopstår i en ny og mere tidssvarende variant. Det må da være historikerens opgave at tilpasse sine begreber, så de er i stand til at indfange en sådan udvikling, i stedet for som hos Sejersted, at bortdefinere spørgsmålet, som om retsstaten var et overstået kapitel i historien.

Det sidste kan man ganske vist argu-

mentere for ud fra en retssociologisk synsvinkel. Jørgen Dalberg-Larsen benytter således i sin inspirerende afhandling om »Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?« (1984) en typologi, hvorefter statsstyrets udvikling gennem de seneste par hundrede år karakteriseres i termer af »borgerlig retsstat« og »socialstat (eller velfærdsstat)«. I forhold til analysens (retssociologiske) formål er denne begrebsanvendelse, der altså henviser »retsstaten« til 1800-tallets konstitutionelle styreform, også konsekvent, for så vidt som hovedsigtet her er at identificere (lovmæssigheder i) samspillet mellem på den ene side statsstyrets virksomhed og indretning og på den anden side den værdimæssige og teknologiske udvikling i samfundet.

Dalberg-Larsen tilføjer, at vi måske for nærværende er på vej mod en ny statsform, hvis konturer endnu er uskarpe, men som i al fald foreløbigt kan identificeres med henvisning til den stigende brug af »planlægning og borgerdeltagelse« i samfundsstyringen.¹⁸ Jeg er enig i denne betragtning, der også har støtte i international retssociologisk forskning, som peger på en voksende legitimationskrise for den vestlige verdens velfærdsstater.¹⁹ Med nogle slagordsagtige betegnelser kan de aktuelle valgmuligheder for en videreudvikling af statsstyret karakteriseres i

16. Jfr. den klassiske formulering i *Det Kommunistiske Manifest*, 1948, p. 63: »Den moderne statsmagt er blot et udvalg, som administrerer hele borgerskabets fælles forretninger«.

17. Sejersted (1984), *op. cit.*, pp. 52-61, med henvisninger til Kant, Locke og Bentham.

18. *Op. cit.*, pp. 153 ff; jfr. endv. samme: *Privatisering og græsrodsbevægelser, Retfærd* 26/1984, pp. 7-18.

19. Jürgen Habermas: *Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus*, Frankfurt a.M. 1973.

termer af »formynderstat« eller »miljøstat«, hvor førstnævnte henviser til en statslig praksis, der repræsenterer en fortsættelse af de nuværende velfærdsstatslige styreformer, mens sidstnævnte refererer til en ændret praksis, der i højere grad er baseret på økologiske synspunkter i vid forstand.

Andetsteds²⁰ har jeg argumenteret nærmere for betegnelsen af denne alternative statsform som en »miljøstat« under henvisning til, at der her bliver tale om at forebygge de sociale og økologiske problemer »i miljøet« – der hvor problemerne opstår – fremfor som hidtil at basere sig på centralstyrede løsninger, og at en sådan forebyggende indsats må fremmes gennem etablering af særlige procedurer for, hvad Habermas²¹ kalder en kommunikativ praksis, hvor borgerne aktivt inddrages i samfundsstyringen. Den tyske retssociolog Günther Teubner²² taler i den forbindelse om udviklingen af en særlig refleksiv retsorden som alternativ til den formelle og materielle ret, der har karakteriseret henholdsvis retsstatens og socialstatens reguleringsmåder. For en retssociologisk betragtningstype fremstår retsudviklingen dermed som et paradoks i form af på den ene side en stigende retliggørelse af de samfundsmæssige forhold og på den anden side en stadig mindre intensiv retlig regulering af borgernes forhold.

Disse bemærkninger om den retssociologiske anvendelse af retsstatsbegrebet kan sammenfattes i en typologi, hvorefter statsstyret karakteriseres i termer af retsstat, socialstat og miljøstat (som et muligt fremtidsperspektiv). Dette i modsætning til en historisk begrebsanvendelse, der stiller en anden triade op med sondringen mellem den patrimoniale, den konstitutionelle og

den demokratiske retsstat. På det begrebstekniske plan viser forskellen sig ved, at retsstatsbegrebet i rettsociologien benyttes om en historisk-specifik statsform, mens historikeren som tidligere nævnt betjener sig af et abstrakt, og for så vidt ahistorisk, begreb om retsstaten.

Retsstaten i retspolitisk forstand

Den specifikt juridiske beskrivelse af retsstatens kendetegn kan efterlade indtrykket af en sammenhængende og for så vidt harmonisk retsorden til beskyttelse af enkeltindividet mod statsligt magtmisbrug. Indtrykket modificeres noget, når det historiske perspektiv inddrages. Retsstaten fremstår ud fra denne synsvinkel som en mindre entydig størrelse, end juristerne giver indtryk af, og billedet af en modsættelsesfri retsorden krakelerer ligefrem, når man, som hos Dahlberg-Larsen, anlægger en sociologisk betragtningstype med hovedvægten på at identificere den – modsættelses- og krisefyldte – udviklingslogik, som kan forklare forandringerne af samfundets institutioner.

De indbyggede modsættelser i retsstatsideen afspejler sig på et mere konkret plan i den retspolitiske debat om statsvirksomhedens karakter og omfang. Fra denne debat har der udkrystalliseret sig to

20. Carsten Henrichsen: Miljøbeskyttelse. Offentlig regulering eller privat selvregulering, *Retfærd* 37/1987, pp. 18-36.

21. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1-2, Frankfurt a.M., 1981.

22. Substantive and Reflexive Elements in Law, *Law and Society Review*, 1983, p. 13-59.

retsstatsbegreber: Et materielt begreb, der angår de indholdsmæssige grænser for statslig magtudøvelse, og et formelt begreb, der referer til de former, hvorunder magtudøvelsen skal finde sted. Det er specielt i tysk offentlig ret, at disse to sider af statsstyret udskilles til behandling.²³ Dualismen kan dog også – i det mindste på det systematiske plan – genfindes i andre europæiske retssystemer, således i engelsk ret, hvor sondringen mellem »due process of law« og »the rule of law« på visse punkter minder om de nævnte aspekter af retsstatsideen.

Det materielle retsstatsbegreb opfattedes oprindeligt i tysk retsteori som en samlebetegnelse for de retspolitiske krav, der generelt vedrører statens formål, nemlig sikring af individernes frihed og selvansvarlighed, herunder af de institutionelle rammer for privat produktion af velstandsgoder på markedsøkonomiske betingelser. Denne samfundstilstand opnåedes bedst ved at begrænse statsvirksomheden til opretholdelse af ro og orden, afvikling af laugs- og privilegiesystemet samt opbygning af en vis infrastruktur (jernbaner, veje og kommunikationsmidler) til støtte for det private erhvervsliv. Garantierne for en sådan begrænsning af statsvirksomheden – vendt mod enevældens ekspansive merkantilisme – beroede efter denne opfattelse på etablering af nogle rammer for statsstyret, hvorefter indgreb i privatsfæren dels skal respektere de borgerlige frihedsrettigheder, dels være i overensstemmelse med de af folkeforsamlingen vedtagne love og dels være under kontrol af uafhængige domstole.

Efterhånden som disse basale krav til statsmagten blev opfyldt, koncentreredes den retspolitiske debat om den udøvende

virksomhed. Der udvikledes herved et formelt retsstatsbegreb, der blev benyttet som samlebetegnelse for de krav, der specielt vedrører den offentlige myndighedsudøvelse eller »indgrebsforvaltning«, som den kaldes i tysk sprogbrug. Hertil hører kravene om, at forvaltningsvirksomheden udøves efter rimeligt præcise retsregler, der på forhånd eliminerer muligheden af et administrativt skøn, at retsansværelsen underlægges visse grundprincipper om saglighed, ligelig behandling af borgerne og proportionalitet mellem indgreb og retsstiftende kendsgerninger, og at retsafgørelserne i øvrigt kan efterprøves ved uafhængige (forvaltnings-) domstole.

De to retsstatsbegreber – det materielle og det formelle – konstituerer under ét den klassisk-liberalistiske opfattelse af, hvad der skal forstås ved retssikkerhed. Efter denne opfattelse kræver retssikkerhedens idé, at statslige indgreb skal være forudberegnelige i den forstand, at de dels på det materielle plan respekterer og sikrer en vis frihedssfære for den enkelte og dels på det formelle plan er baseret på regler, der så vidt muligt indeholder en fuldstændig materielretlig normering af borgernes retsstilling. – Med 1900-tallets ændringer af statsmagtens samfundsmæssige funktion – den gradvise udvidelse af det offentliges virksomhed til sikring af sociale velfærdsmæssige rettigheder – svigter en væsentlig forudsætning for denne afgrænsning af retssikkerhedsproblematikken. Tværtimod præges den retspolitiske debat af nye forestillinger om retsstaten og borgernes retssikkerhed.

23. Jfr. Bent Christensen: *Forvaltningsret – Hjemmelsspørgsmål*, København 1980, p. 27 ff.

Tyngdepunktet i den statslige virksomhed forskydes nu i nogen grad fra simple, usammensatte, indgreb i enkeltpersoners forhold til mere omfattende indgreb (interventioner) i samfundslivet. Samtidig ændrer forvaltningsvirksomheden karakter: Servicevirksomhed, typisk i form af institutionelt baserede tjensteydelser, vinder frem på bekostning af traditionel myndighedsudøvelse. Det er ganske vist en virksomhedsform, som efter det ovenstående også har spillet en vis rolle i 1800-tallets statsvirksomhed. Det nye er imidlertid, at de offentlige tjensteydelser ikke blot kommer i stand som en rent afledet virksomhed i forhold til den samfundsmæssige produktion, men at de tjener selvstændige, offentlige (velfærds-) formål.

Det er en udvikling, som også indvirker på den retspolitiske vurdering af statsstyret. Noget afgørende brud med den hidtidige retsstatsopfattelse er der imidlertid ikke tale om. Snarere drejer det sig om en udvidelse af forestillingerne om, hvad en retsstat materielt set kan være, således som det kommer til udtryk ved optagelsen af begrebet social retsstat i den tyske forbundsforfatning. Med denne – hybride – betegnelse blotlægges nogle indre modsætninger i den retsstatslige konstruktion. Udover anerkendelsen af visse sociale grundrettigheder er der således ikke enighed om, hvilken retsorden dette begreb implicerer. Især hersker der betydelig usikkerhed om forholdet mellem sådanne sociale grundrettigheder og de traditionelle frihedsrettigheder. Ligeledes er det uklart, hvordan man skal stille sig til de korporative tendenser i statsstyret, som den intervenerende virksomhed er forbundet med, og som umiddelbart strider mod ideen om folkestyrets primat.²⁴

Realiteten er imidlertid, at udviklingen af statsstyrets samfundsmæssige funktion og virkemåde fører til dannelsen af et nyt – materielt – retsstatsbegreb, hvis hovedkendetegn er, at de individuelle frihedsrettigheder, herunder især den private ejendomsret, udvides med og modificeres af en række sociale grundrettigheder baseret på offentlige ydelser (social bistand, sygesikring, pension etc.) eller offentligretlig regulering (beskyttelse af lejere og forbrugere mv.). Tilsvarende udvides og modificeres det repræsentative princip af et korporativt princip til legitimering af de politiske beslutninger om fordeling af de sociale værdier.

For så vidt angår de formelle aspekter er det karakteristisk, at debatten herom genoptages i efterkrigstiden i takt med, at de materielle krav opfyldes. I første omgang er reformkravene dog beskedne. Perspektivet – i al fald i skandinavisk sammenhæng – er en præcisering og tilpasning af de forvaltningsprocessuelle regler, som skal garantere lovlige og rigtige afgørelser i forvaltningen. Hertil følger sig imidlertid en række – mere eller mindre diffuse – krav, som i højere grad er møntet på forvaltningsvirksomhedens karakter af servicevirksomhed, og som med stigende styrke fremføres i den retspolitiske debat. Det er krav om, at forvaltningen informerer borgerne om deres rettigheder, at de offentlige ydelser lever op til den faglige og etiske standard på området, og at borgerne ydes en hensynsfuld behandling, som tager udgangspunkt i deres individuelle problemer.²⁵

24. Seip (1984), *op. cit.*, p. 87 ff.

25. Se f.eks. Lars Nordskov Nielsen: Borgernes krav til den offentlige forvaltning, *Nordisk Administrativ Tidsskrift* 1983, pp. 41-63.

Netop hensynsfuldhed, snarere end forudberegnelighed, synes at være et centralt retspolitisk krav i forbindelse med denne social-liberalistiske variant af retsstatsideen. Et krav, som på den ene side er dikteret af nødvendighed: Den stigende anvendelse af ramme- og bemyndigelseslove som grundlag for den offentlige servicevirksomhed gør forudsigeligheden af de offentlige aktiviteter til en illusorisk størrelse – men som på den anden side er nok så relevant, forvaltningsvirksomhedens ændrede karakter taget i betragtning, for så vidt som grundtanken med den sociale retsstat netop er en udligning af sociale forskelle som følge af individuelle begivenheder og forhold. Som en væsentlig og iøjnefaldende konsekvens af dette ændrede syn på, hvad retssikkerhed skal betyde, kan der være grund til at pege på, at det hermed i stigende grad bliver økonomien – ikke retten – der kommer til at fungere som et nøgleinstrument ved tilrettelæggelsen af den offentlige virksomhed. Fremstillingen af individualiserede ydelser og opretholdelsen af en professionel standard koster penge, hvilket ikke mindst er blevet iøjnefaldende under de seneste års massive nedskæringer inden for den offentlige sektor.

Dermed er den retspolitiske debat imidlertid ikke slut. Tværtimod indvarsler fremvæksten af miljøstatslige tiltag en ny – post-liberalistisk – omgang i debatten om retsstatens materielle og formelle aspekter. Det er vanskeligt at sige noget om, hvilke retssikkerhedskrav der konkret vil blive rejst i forbindelse med en eventuel omstilling og fornyelse af statsvirksomheden i retning af øget vægt på økologiske synspunkter. Skal man tage pejling af de ovennævnte retssociologiske forsøg på at

præcisere de aktuelle valgmuligheder for en videreudvikling af statsstyret (jfr. teoriene om udviklingen af en refleksiv retsorden), synes der imidlertid at kunne fremføres et nyt ideal om ligeværdighed i forholdet mellem myndigheder og borgere som et alternativ til tidligere tiders krav om henholdsvis forudsigelighed og hensynsfuldhed i den offentlige virksomhed.

Også den retspolitiske dimension i retsstatsideerne kan således efter det anførte sammenfattes i en triade omfattende henholdsvis en klassisk-liberalistisk, en social-liberalistisk og (antydningssvis) en post-liberalistisk retsstatsopfattelse. Periodiseringen svarer til den, der ud fra en rets-sociologisk opfattelse begrunder opdelingen af statsformerne i henholdsvis en retsstat, socialstat og miljøstat, men i modsætning til denne begrebsanvendelse fremstår retsstatskategorien – i retspolitisk sammenhæng – som en fællesbetegnelse for skiftende – historisk-specifikke – prioriteringer og betydninger af de materielle og formelle aspekter af retsstatsideen.

Afslutning

Nærværende studie af retsstatsbegrebets principielle anvendelsesmuligheder har naturligvis til en vis grad et normativt sigte. Formålet er, som også indledningsvis nævnt, at »løse op« for nogle af de diskussioner, der – ofte på et uklart grundlag – har været ført rundt om i faglitteraturen under en retsstatsetikette. Til det formål har jeg i det foregående udviklet en typologi, der præciserer retsstatsbegrebets principielle anvendelsesmuligheder i de omhandlede (rets-) videnskabelige sammenhænge. Resultatet af denne begrebs-

nalyse kan gøres op som vist i nedenstående skema, hvor retsstatsbegreberne er ordnet i en matrix med dimensionerne

abstrakte og historisk-specifikke henholdsvis real- og idealtypiske begrebsanvendelser.

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

Retsstatsbegrebets anvendelse for specifikke retsvidenskabelige formål.

Når det usynlige arbejde bliver synligt

Nogle udviklingstendenser i omsorgspligter og -rettigheder

Af Kirsten Ketscher

1. Indledning

Strukturerne i vort nuværende velfærdssystem blev lagt i begyndelsen af halvfjerdserne med afslutning af den daværende socialreformkommissions arbejde¹ og den lovgivning, der gennemførtes som konsekvens heraf. Nu næsten tyve år efter kan man med bagklogskabens velsignelse pege på et enkeltstående forhold, som ikke indgik med nogen særlig vægt i overvejelserne dengang, men som har vist sig at få afgørende betydning for fastlæggelsen af det sociale serviceniveau og det offentlige ressourceforbrug: Kvindernes overgang fra det ulønnede husmorarbejde i hjemmet til det lønnede arbejde uden for hjemmet.

De omsorgsopgaver, som kvinderne udførte i hjemmet: Børnepasning, pasning af syge og ældre etc. udførtes inden for ægteskabets og familieskabets rammer. Omfanget og fremfor alt omkostningerne ved dette arbejde blev ikke opfattet som samfundsmæssigt interessant. Der var i egentligste forstand tale om »privat arbejde«. Arbejdet blev ikke på nogen

måde opgjort, det blev bare gjort.² Dette arbejde var i politisk og offentlig sammenhæng usynligt.

Kvindernes inddragelse i den lønnede arbejdsstyrke har betydet, at disse omsorgsopgaver er blevet synlige.³ Spørgsmålet om deres varetagelse er nu et offentligt anliggende.

Det er formålet med denne artikel at pege på dele af omsorgens retlige sam-

1. Socialreformkommissionens 1. betænkning: Det sociale tryghedssystem, struktur og dagpenge, bet. 543/1969, Socialreformkommissionens 2. betænkning: Det sociale tryghedssystem, service og bistand, bet. 664/1972.
2. Konstateringen af omsorgens omkostninger, når den lægges uden for hjemmet, har faktisk medført en interesse for at opgøre værdien af husmorarbejdet se f.eks. Jens Bonke: *Husholdningsøkonomi*, Økonomisk institut, København 1986.
3. Om denne udvikling Bent Rold Andersen: *Kan vi bevare velfærdssstaten*, København 1984 i kap. 7: Familiens svækkelse og den offentlige sektors vækst. Han kalder denne udvikling en omfordeling, ikke mellem rige og fattige, men mellem livsformer.

menhænge, der er en følge af denne overgang fra privat til offentligt anliggende. Med udgangspunkt i bistandslovens omsorgsbestemmelser vil jeg se på, hvorledes omsorgsrettigheder og pligter struktureres som et led i en velfærdsretlig udvikling i mødet mellem offentlige og private omsorgspligter.

2. Om pengeforsørgelse og omsorgsforsørgelse

En forsørgelse har såvel en pengeside som en omsorgsside.⁴ Vi lever i en pengeøkonomi, og derfor er det nødvendigt at tjene penge for at kunne erhverve sig de goder, der er nødvendige for at opretholde og videreføre livet. Men penge er ikke nok til en hel forsørgelse. En pose penge i vuggen gør hverken barnet rent, mæt eller tilfreds. Der skal yderligere præsteres et stykke forsørgelsesarbejde for at omsætte penge til omsorg. Tid er ressourcen for såvel pengeforsørgelsearbejdet som omsorgsforsørgelsearbejdet. Ligesom penge kan tiden kun bruges én gang. Nu, hvor kvindernes tidsressourcer i vidt omfang bruges uden for familien til pengeforsørgelse, rejses spørgsmålet om omsorgsforsørgelse som et offentligt velfærdsgode.

I det følgende skal vi se på disse velfærdsgoder som et retligt problem i en forsørgelsesstruktur, der hviler på et hovedprincip om selvforsørgelse.

3. Omsorgspligter og rettigheder

Den grundlæggende forsørgelsesregel i dansk socialret findes i bistandslovens § 6,

hvorefter enhver er forpligtet til at forsørge sig selv, sin ægtefælle,⁵ og sine børn under 18 år. Bestemmelsen er udtømmende. Børn har således ikke forsørgelsespligt over for deres forældre, ligesom samlevende uden for ægteskab ikke har forsørgelsespligt over for hinanden. Bestemmelsen er hidtil blevet forstået som først og fremmest vedrørende pengeforsørgelse. Den har betydning i forhold til transbestemte kontante ydelser som f.eks. kontant forsørgelsehjælp efter bistandslovens § 37, hvor en eventuel ægtefælles indtægter fratrækkes hjælpen. Ligeledes er det en forudsætning for hjælpen, at ægtefællen står til rådighed for arbejdsmarkedet, jfr. bistandslovens § 38. Ægtefællens pengeforsørgelsesevne inddrages således ved vurderingen af, om der kan udbetales hjælp.

Med hensyn til omsorgsforsørgelse forudsættes det ikke, at den forpligtede selv udfører dette arbejde. Forældre har pligt til at tage sig af deres børn, men denne pligt kan opfyldes ved at sørge for, at andre: barnepiger, bedsteforældre, børnehavepædagoger, udfører det fysiske faktiske arbejde. Det pengeforsørgende arbejde, derimod, er oftest omfattet af en arbejdskontrakt, der kræver personlig tilstedeværelse. Prioriteringen mellem pengeforsørgelses- og omsorgsforsørgelsespligter må derfor som regel indebære, at tiden bruges til pengeforsørgende aktivite-

4. For en nærmere analyse af disse forsørgelsesretlige sammenhænge, se kap. III Kirsten Ketscher: *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, København 1990.

5. Lov om social bistand, lovbekendtgørelse nr. 817 af 6. december 1990. Med ægteskab sidestilles nu registreret partnerskab, jfr. lov nr. 272 af 7. juni 1989 og Socialstyrelsens skr. af 11. oktober 1989.

ter, og at der til opfyldelse af omsorgsforpligtelsen købes omsorg hos private eller det offentlige.

4. Arbejdsmarkedsomsorg

Kvindernes private omsorgsressourcer er fortrængt af arbejdsmarkedets krav på deres arbejdskraft. Mændene har længe været underlagt dette krav. Arbejdsgiverne beskæftiger således nu stadig flere mennesker, der ud over deres pligter i henhold til arbejdskontrakten også har omsorgspligter i familien. Dette forhold har indtil for nylig ikke været genstand for nogen særlig bevågenhed. Imidlertid ser der nu ud til at være en voksende interesse for at give børnefamilier øget mulighed for selv at påtage sig deres omsorgspligter. Disse muligheder skal indbygges i arbejdskontrakten enten på grundlag af overenskomst eller som begrænsninger i arbejdskontrakten i henhold til lov.⁶ Omsorgsarbejdet vender da tilbage til familien, men på nye synlige betingelser, idet enten arbejdsgivere eller staten skal finansiere disse nye tidsrettigheder. Disse tidsrettigheder vil dreje sig om pasning af syge børn, omsorgsdage i forbindelse med institutionsstart, skolestart etc.

Det principielt vigtige ved sådanne nye rettighedsformer er, at de kan ses som led i en udvikling, hvor forsørgelsessystemet bringes i balance. Inddragelse af kvinder i arbejdsstyrken i det omfang, som det er sket i dag, har skabt et forsørgelsessystem i ubalance. Omsorgen for små børn, syge og ældre er gledet over på det offentlige uden nogen sammenhængende overvejelser om de retlige forudsætninger for en sådan bevægelse. Det er ikke blevet sikret, at den

nødvendige omsorg faktisk kunne stilles til rådighed. Ved inddragelse af arbejdsmarkedet i omsorgsscenarioet anerkendes arbejdsmarkedets forpligtelser over for tilvejebringelse af den nødvendige omsorg. I virkeligheden introduceres på ny den tilknytning mellem arbejdsmarked og familie, der blev afskaffet med forsørgertillæggene, som netop anerkendte, at arbejdstageren ikke kunne anskues isoleret fra sin familie.⁷ Udbygningen af arbejdskontrakten med disse nye tids- og pengerettigheder kan da opfattes som et omsorgsforsørgertillæg.

5. Bistandslovens omsorgsbestemmelser

Bistandsloven rummer en række bestemmelser, der tager sigte på at dække behovet for omsorgsforsørgelse. Disse bestemmelser kan inddeles i to hovedgrupper, hvor den ene vedrører retten til naturalydelse, mens den anden vedrører retten til pengeydelse.

Rettigheder til umiddelbar omsorgsforsørgelse findes i form af serviceydelser dels på institutioner og dels i den hjælp-trængendes eget hjem,⁸ som f.eks. hjemmehjælp. For så vidt angår institutioner,

6. Denne udvikling synes at være et internationalt fænomen, Anne-Marie Brocas m.fl.: *Women and Social Security*, ILO Geneva 1990, p. 65 ff.

7. Om disse forsørgertillæg, se Hanne Petersen: *Ledelse og loyalitet*, København 1987, p. 38.

8. Jfr. bistandslovens afsnit VII om institutioner og kap. 12 om praktisk bistand i hjemmet.

drejer det sig om dag- og døgninstitutioner for børn og unge, institutioner for handicappede, plejehjem, daghjem, forsorghjem m.v. Bortset fra dagtilbud for børn har disse institutionsydelser karakter af undtagelsesydelser. Det forudsættes, at disse institutionstilbud kun skal udnyttes af et mindretal. Hovedreglen er, at man klarer sig selv i sit eget hjem.

Dagtilbud for børn har derimod mistet karakteren af at være en undtagelse. Dette tilbud rettes mod alle børn på grund af mødrenes inddragelse i arbejdsstyrken. Det må nu anses for en normal foreteelse, at danske børn opdrages i kommunale institutioner og dagpleje.

Indirekte omsorgsforsørgelse findes i form af ret til lønkomensation i tilfælde af sygdom eller handicap hos børn, jfr. bistandslovens § 48, eller ved pasning af døende i eget hjem, bistandslovens § 57 a. Princippet er her, at den pågældende ved at bruge sin tid på omsorgsforsørgelse får ret til en økonomisk komensation for det lønnede arbejde, der må opgives. Hvis den pågældende, som tager sig af et handicappet barn eller døende, ikke har nogen tilknytning til arbejdsmarkedet, udbetales ikke komensation. Det offentlige betaler således ikke direkte for det omsorgsforsørgende arbejde, men for det arbejde den pågældende ikke udfører på arbejdsmarkedet.

Endelig findes nogle bestemmelser, hvorefter kommunen kan yde tilskud til den private køb af omsorgsforsørgelse. Således kan der efter bistandslovens § 56 ydes tilskud til dækning af udgifter til hushjælp, som familien selv antager, ligesom kommunen efter bistandslovens § 70 kan yde tilskud til private pasningsordninger for børn.

6. Om omsorgsbehov og omsorgsevne

Det offentlige råder således over en række omsorgsforanstaltninger, institutioner og pengeydelser, hvis tilstedeværelse og omfang i høj grad er betinget af, at kvinderne ikke mere udfører disse opgaver i hjemmet som husmødre.

Der er ovenfor redegjort for, hvorledes det ved ret til kontant forsørgelsesbistand forudsættes, at familiens egen forsørgelsessevne er udnyttet. Retten til offentlig omsorg er ikke på samme måde behovsbestemt. Det forudsættes naturligvis, at den pågældende har et behov for ydelsen, men berettigelsen er ikke efter loven afhængig af, at omsorgsforsørgelsessevnen er efterprøvet blandt de forsørgelsespligtige. Mens en hjemmegående husmor som betingelse for familiens ret til hjælp må stille sig til rådighed for arbejdsmarkedet (og altså opgive sit omsorgsarbejde i hjemmet), forlanger loven ikke, at en mor eller far skal opgive deres udearbejde for selv at passe deres barn. I den første situation har loven en opfattelse af, at der ikke samfundsmæssigt er råd til, at kvinden udfører dette omsorgsarbejde. I den anden situation ligger det uden for lovens forståelsesramme at forholde sig til anvendelsen af tidsbudgettet mellem pengeforsørgende og omsorgsforsørgende aktiviteter. Loven forholder sig kun til den situation, at der bliver udført for meget omsorgsforsørgelse, ikke til den situation, at der udføres for lidt.⁹ Det har hidtil først og fremmest væ-

9. Gillian Pascal: *Social Policy, A Feminist Analysis*, London 1986, p. 70 ff., kritiserer, at omsorgsrelationer altid betragtes som et sideprodukt af de økonomiske sammenhænge.

ret lovens anliggende at sikre, at der ikke blev udbetalt penge til den, der ved egen eller familiens hjælp kan klare sig selv. Imidlertid ser det ud til, at der er en udvikling på vej, hvor efterprøvelse af omsorgsevnen sniger sig ind: Der udføres ikke offentlig omsorg for den, der ved egen eller familiens hjælp kan klare sig selv.

Der har således for nylig forekommet en række sager, hvor sådanne synspunkter har været gjort gældende. Et eksempel er Thyborøn kommunes forsøg på at opsiges børn af arbejdsløse fra deres daginstitutionsplads med henvisning til, at forældrene selv havde tid til at passe dem.¹⁰ Et andet eksempel er Gentofte kommunes forsøg på at indskrænke hjemmehjælpen for ældre med henvisning til deres yngre slægtninges omsorgsevne.¹¹

Når familiens samlede omsorgsevne nu inddrages i højere grad, hænger det sammen med det ressourceforbrug, der er ved at tegne sig i horisonten i et samfund med mange ældre og et stigende antal meget gamle, og hvor de omsorgsressourcer, som de hjemmearbejdende kvinder har stillet til rådighed, må forventes stort set at forsvinde.¹²

7. Mangel på omsorg

Den sociale lovgivning er indrettet således, at udbuddet af offentlige omsorg er konstrueret over en rationeringsmodel. Mangel på omsorg er ofte et integreret led i reglerens udformning. Der findes ikke et egentligt retskrav på f.eks. institutionsplads og hjemmehjælp, forstået på den måde, at loven indeholder klare tildelings- og udmålingsbetingelser for de berettigede.¹³

For så vidt angår institutionsydelser, fastlægges kommunens forpligtelse f.eks. som, at »der findes det nødvendige antal pladser« (§ 69 om daginstitutioner, § 96 om døgninstitutioner), at »personer... får mulighed for optagelse« (§ 74 om daghjem, § 79 om plejehjem). Efter fast og indarbejdet praksis betyder dette, at forpligtelsen kan anses for opfyldt, selv om der er mange berettigede børn, syge og gamle med udækket behov.

Helt åbenbart fremgår denne forudsatte mangel af formuleringen af bistandslovens § 56 om hjemmehjælp, hvorefter kommunen i situationer, hvor der er behov for hjemmehjælp, og kommunen ikke kan stille den nødvendige bistand til rådighed, i stedet kan yde tilskud til udgifter til hjemhjælp, som familien selv antager.

Loven pålægger således kommunerne en række forpligtelser til at tage sig af forskellige omsorgsbehov, men hvorledes disse forpligtelser opfyldes, anses for en fastlæggelse af det serviceniveau, som kommunen i henhold til det kommunale selvstyre i vidt omfang overlades til selv at bestemme.¹⁴ Der er således ikke fra statslig

10. Jfr. Thyborøn-Harboøre kommunalbestyrelses beslutning af 3. september 1990 og min artikel: Thyborønsagen – Om beskyttelse af børn mod opsigelse fra deres daginstitutionsplads, *Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1990*.

11. Jfr. omtale i bladet *Kommunen* fra 3. januar 1991.

12. Se om denne problemstilling, *Scenarier 2000*, Universitetsforlaget 1987, p. 50 ff.

13. Om dette træk ved ydelserne, se Asbjørn Kjønstad: *Ret til helsehjælp og sociale tjenester*, Oslo 1990, p. 15 ff.

14. Se UfR 1980.970 Ø om daginstitutioner og Socialministeriets cirkulære om dagtilbud efter bistandsloven af 26. oktober 1990 pkt. 3.1.

side fastsat nogen minimumsrettigheder på disse omsorgsområder, ligesom kommunens administration af den enkeltes rettigheder i vidt omfang er holdt uden for det sociale anke- og klagesystem.¹⁵

Derimod er det bemærkelsesværdigt, at hvor omsorgsydelsen har karakter af en lønkompenenserende pengeydelse ved pasning af syge, handicappede og døende, er der tale om et egentligt retskrav, omfattet af klageadgang. Disse ydelser kan ikke anvendes som et led i fastlæggelsen af det lokale serviceniveau.

Denne forskel er ikke umiddelbart let at forklare. Den, der har tilgang til egne omsorgsressourcer, får altså en mere beskyttet retsstilling end den, der er henvist til kommunens serviceydelser.

7.1. Inddragelse af nærtstående omsorgsevne

Som nævnt ovenfor er efterprøvelse af de forsørgelsespligtiges omsorgsevne ikke efter loven genstand for den samme efterprøvelse som deres økonomiske evne. Det er imidlertid ikke sådan, at en eventuel omsorgsevne ingen betydning har, idet den kan indgå som grundlag ved administration af den mangel på omsorgsydelser, som reglerne forudsætter.

Alle børn har således ret til at få en plads i det offentlige børnepasningstilbud. Da omfanget af denne service normalt ikke rækker til alle berettigede, fastlægger kommunen i henhold til bistandslovens § 72 visitationskriterier, der skal prioritere mellem de berettigede. Et standardkriterium er at lægge vægt på, om begge forældre er udearbejdende.¹⁶ Begrundelsen for dette kriterium er klart nok at udnytte omsorgsevnen hos de forældre, der ikke anvender deres tid på lønnet arbejde. Men

omsorgsevnen anvendes ikke som grundlag for en egentlig afskæring fra ydelsen, så retsvirkningen bliver en dårligere placering på ventelisten.¹⁷

Optagelse på plejehjem forudsætter, at den pågældende ikke kan klare sig i eget hjem, jfr. bistandslovens § 79. Ved denne vurdering inddrages i praksis, om den pågældende bor sammen med andre (ægtefælle, børn, slægtninge eller andre), der gør, at ansøgeren kan klare sig bedre end andre berettigede. Tilsvarende gør sig gældende ved tildeling af kommunal hjemmehjælp efter bistandslovens § 53. Denne efterprøvelse af omsorgsevnen hos nærtstående er dog ikke nedfældet skriftligt i vejledning, cirkulære el. lign. fra de centrale myndigheder. Ved at inddrage børn og andre slægtninge i vurderingen bevæger man sig langt ud over de forsørgelsespligtiges kreds. Den hjælp, de pågældende slægtninge m.v. yder, kommer reelt til at afskære den hjælpsøgende fra en social serviceydelse. Kommunen lægger med denne praksis ikke vægt på det *retlige* forhold mellem den hjælpende og modtageren, men på det *faktiske* forhold, at der bliver stillet omsorg til rådighed. Da de omsorgsydende slægtninge normalt ikke uden videre vil afbryde kontakten med en ældre slægtning, før de er sikre på, at andre har overtaget omsorgen, vil sådanne

15. Om denne tendens, se Jens Vedsted Hansen: *Deregulering som myndighedsudvidende strategi*, p. 150 ff., i *Deregulering, ret uden regler?* Århus 1990.

16. Jfr. dagtilbudscirkulæret *op. cit.* note 12 pkt. 7.1.

17. Optagelse på døgninstitution forudsætter derimod, at der ikke findes tilstrækkelig omsorgsevne i hjemmet jfr. bistandslovens § 96.

relationer derfor i praksis fungere som retlige forsørgelsesforhold.

Vi ser således, at den faktiske omsorg, der ydes af ikke-forsørgelsesforpligtede anvendes som grundlag for visitationen mellem ligeberettigede eller endog som grundlag for fastlæggelse af et lavere kommunalt serviceniveau.

Visse kommuner går dog endnu videre ved inddragelse af omsorgsevnen hos nærtstående, idet man lægger vægt på, ikke blot hvad der faktisk ydes, men også på hvad der kunne ydes. Hjemmehjælpen nedsættes f.eks. med henvisning til, at klienten har en søn boende i nabolaget,¹⁸ der kan sørge for indkøb, uanset at den pågældende faktisk ikke udfører og ej heller har tænkt sig at udføre dette arbejde. Her overskrides utvivlsomt lovens grænser for, på hvilken måde nærtståendes omsorgsevne kan inddrages. Børn har ikke forsørgelsespligt over for deres forældre. At det nære forhold mellem børn og forældre vil bevirke, at børn faktisk ofte tager sig af deres gamle forældre, kan ikke danne grundlag for en retlig formodning herom, som bevirker afskæring af retten til en social ydelse.

8. Grænselandet mellem privat og offentlig omsorg

Forsørgelsespligternes afgrænsning, hvor den offentlige forsørgelse er subsidiær til den private, indebærer en retlig forestilling om en klar skillelinje mellem den private og den offentlige omsorg.¹⁹ I et samfund, hvor omsorgen overtages i stadig højere grad af det offentlige, bliver denne distinktion stadig vanskeligere at håndtere.

I praksis mærkes denne nedbrydning af grænserne som en øget offentlig indblanding i private anliggender. Det samvær og den hjælp, man kan yde ældre slægtninge, ændrer karakter. Dette indgår nu som beslutningsgrundlag ved kommunens administration af de sociale serviceydelser. Det er klart, at den, der kan klare sig uden kommunal omsorg, ikke vil være underlagt denne kontrol. Pointen er blot, at dagliglivet nu er organiseret således, at det er helt normalt, at kommunen er det sted, hvor børn og ældre henter deres omsorg. Væksten i de offentlige udgifter til social service gør, at familiernes »restomsorgsevne« bliver mere og mere interessant. For den enkelte er prisen så, at »det private« sammensmeltes med »det offentlige«.

9. Forsørgelsespligtens afgrænsning som et moralsk anliggende

I forholdet til behovsbestemte velfærdsydelser er forsørgelsespligtens funktion at afgøre, hvornår omsorgen er et privat anliggende, og hvornår det offentlige må påtage sig denne forsørgelsesbyrde. De retlige forsørgelsesrelationer, som de fremgår af bistandslovens § 6, er i og for sig klare og entydige. Der er ikke tvivl om,

18. Se henvisning i note 9.

19. Hvad angår forholdet inden for ægteskabet, mener Lis Frost: Det deregulerede køn, p. 115 ff., i *Deregulering, ret uden regler?*, Århus 1990, at kunne se en tendens til en øget privatisering af ægteskabsformen, men hun relaterer ikke dette til den offentlige forsørgelse.

hvem der har forsørgelsespligt over for hvem.

Ved fordelingen af de knappe offentlige omsorgsressourcer ser vi imidlertid en tendens til at lægge vægt på et udvidet forsørgelsesbegreb, som ikke har nogen retlig forankring, f.eks. at voksne børn antages at omsorgsforsørge deres gamle forældre. Denne udvidelse kan forklares på forskellig måde. For det første er det sådan, at mange faktisk påtager sig disse omsorgsforsørgelsesopgaver som en moralsk forpligtelse. For det andet bygger vort sociale system i virkeligheden på den forudsætning, at ikke alle rettigheder udnyttes fuldt ud, at man viser tilbageholdenhed med at kræve fra det offentlige, hvad man selv kan klare, uanset retten hertil. De sociale rettigheder forventes fra borgernes side at blive udnyttet under disciplin og ansvarlighed.²⁰ Befolkningens opbakning til et socialt system er afhængig af en vis restriktiv holdning, hvor ikke alle rettigheder udnyttes til grænsen.

Som eksempel på et område, hvor tilhængen til systemet er sat under pres, kan nævnes udbetaling af kontanthjælp til unge efter afsluttet skolegang. Når de unge er fyldt 18 år, står de ikke mere under forældrenes forsørgelsespligt. Med afsluttet skolegang kan de stille sig til rådighed for arbejdsmarkedet og dermed være berettiget til kontanthjælp. For hjemmeboende unge betyder afsluttet skolegang normalt ikke, at der sker nogen ændring i deres faktiske forsørgelse hos forældrene, som de stadig vil modtage i samme omfang indtil en uddannelsesstart et par måneder senere. Kontanthjælpen kan da komme til at fungere som en ekstragevinst til brug for ferie el. lign. Selv om det er juridisk klart, at de unge har denne ret til kontanthjælp, er det

lige så klart, at man ikke havde forudsat, at de unge ville udnytte denne ret i det omfang, som det er sket. Dette var baggrunden for, at der i 1990 gennemførtes en lovændring med indførelse af arbejdspligt for unge under 20 år som betingelse for modtagelse af kontanthjælp.²¹

De retlige forsørgelsespligter hviler således på forudsætningen om, at der i familierne findes en udvidet forsørgelsespraksis, der mindsker trækket på de offentlige ressourcer.

De offentlige omsorgsforsørgere står over for problemet, hvordan den til rådighed værende omsorg skal fordeles mellem rettighedshavere, hvoraf nogle har tilgang til private omsorgsressourcer, mens andre ikke har. Retligt vil vi svare, at disse private omsorgsressourcer er uden betydning, hvor der ikke findes forsørgelsespligt mellem parterne. Dette svar er imidlertid ikke altid socialt tilfredsstillende, hvis det medfører en stor ulighed mellem de berettigede.

Jeg tror ikke, at svaret er, at man må udvide de privatretlige forsørgelsespligter. Mit ærinde har været at pege på, at vort sociale rettighedssystem grundlæggende bygger på, at der findes mellem menneskelige relationer og ansvarlighed, som ikke opstår og afgrænses på baggrund af retlige pligter. Denne private omsorgsforsørgelse indgår da som forudsætning for en administration af de knappe offentlige om-

20. F.eks. betragtningerne hos Bent Rold Andersen: *Velfærdsstatens krise og overlevelse, Offentlig sektor, privatisering og velfærd*, Bent Rold Andersen (ed.), København 1983, p. 38.

21. Jfr. bistandslovens § 49 a, lov nr. 452 af 13. juni 1990 om ændring af bistandsloven.

sorgsressourcer. Men eksistensen af sådan privat omsorgsforsørgelse kan ikke bruges til at indskrænke kredsen af berettigede, men kun til at indskrænke kredsen af ansøgere gennem, at de faktisk holder sig tilbage fra at kræve deres ret. Der bliver da tale om at have et moralsk forhold til brugen af det offentlige velfærdssystem.

Den anden side af sagen er imidlertid, at man kan forholde sig så moralsk som det skal være i en situation, hvor den samfundsmæssige udvikling simpelt hen er sådan, at de private omsorgsressourcer bliver mindre og mindre. Samfundet kan ikke mere regne med, at kvinderne uden beregning stiller deres tid til rådighed i form af omsorgsressourcer.

10. Omsorgsperspektiver

Man taler meget om en nedbygning af velfærdsstaten²² i disse år. Hermed menes, at besparelser, nedskæringer i velfærdsapparatet m.v. truer vort traditionelle velfærdssystem. Ser man på det offentlige ressourceforbrug til sociale ydelser, er der faktisk ikke samlet tale om besparelser, ligesom vi har set en række nyskabelser i form af nye eller udvidede rettigheder inden for området i de seneste år. F.eks. indførtes bestemmelsen i bistandslovens § 57 a om ret til penge ved pasning af døende i eget hjem i 1990. Selv mener jeg, at den nedbygning, der mærkes, er den gradvise forsvinden af kvindernes usynlige arbejde, som har været en forudsætning for forestillingen om et udbygget velfærdssystem.

Omsorgsarbejdet og omsorgsbehovet er blevet synligt, og det bliver ikke usynligt igen. De gammeldags husmødre vender

ikke tilbage. Ser man på de retlige perspektiver i varetagelsen af omsorgsforsørgelsen, kan der peges på en række retlige udviklingstendenser.

Inden for serviceområdet vil prioriteringsaspektet ved tildeling af omsorg formentlig blive mere og mere fremtrædende. Kravene til selvforsørgelse vil dermed stige. Områdets svage retlige regulering af ydelseernes indhold vil indebære, at presset på de tilgængelige omsorgsressourcer klares ved at brede ydelseerne ud over flere, men på et lavere niveau.

Det kan forventes, at en forøgelse af den private omsorg vil komme som arbejdsmarkedsrettigheder i form af omsorgsdage etc. Finansiering vil da ske over arbejdsmarkedet og gå uden om det udpinte skattesystem.

Det kan endvidere forventes, at lønkompen-sations- og tilskudsmodellen udbygges som middel til at fremskaffe private omsorgsressourcer. Formentlig er udviklingen gået så langt, at det kun er gennem sådanne tids- og pengere rettigheder, at omsorgen kan føres tilbage til familien. Det er vel sandsynligt, at særligt kvinder vil benytte sig af sådanne rettigheder. Det er da vigtigt at være opmærksom på disse rettigheders sammenhæng med almindelige arbejdsmarkedsrettigheder, således at husmødrenes dårlige retsstilling ikke genskabes i ny form.

22. Dette problem har tilsyneladende længe været på dagsordenen. Se f.eks. Terkel Christiansen (ed.): *Synspunkter på 1970'ernes socialreform*, Odense 1974.

Den offentlige afgørelse som grundlag for tildeling af omsorg vil formentlig blandes op med nye former, hvor forhandling og aftaler med de berettigede vil få en betydningsfuld plads.²³ Sådanne forhandlinger og aftaler vil formentlig netop være præget af, på hvilken måde de private omsorgsressourcer kan inddrages ved administration og fordeling af disse omsorgsydelser.

I et samfund, hvor den offentlige omsorg efterhånden ikke mere er et supplement til den private forsørgelse, men konstituerende for eksistensen af et omsorgssystem, er den faktiske tilstand i modstrid med den forsørgelsesretlige hovedregel. Jagten på den private omsorgsevne må imidlertid

problematiseres. Vi ønsker vel stadigvæk et samfund, hvor det er muligt at have nære menneskelige relationer. Såfremt velfærdssystemet hårdhændet »kapitaliserer« disse relationer ved at inddrage dem som retsgrundlag ved fordeling af offentlig omsorg, skabes en struktur, der i sin yderste konsekvens modvirker opretholdelsen af nære familie- og venskabsforhold.

23. Tove Stang Dahl: *Bargaining for Welfare*, foredragsmanus fra *The International Symposium on the Functions of Law in the Development of Welfare Societies: Commemorating Professor Wilhelm Aubert*, Oslo August 1990.

Ombudsmandens rolle i år 2000

Af Lars Nordskov Nielsen

Ombudsmanden¹ har som bekendt sit forfatningsmæssige grundlag i grundloven af 1953 § 55: »Ved lov bestemmes, at folketinget vælger en eller to personer, der ikke er medlemmer af folketinget, til at have indseende med statens civile og militære forvaltning.«

I tilslutning til denne grundlovsbestemmelse gennemførtes lov nr. 203 af 11. juni 1954 om folketingets ombudsmand og folketingets instruks af 22. marts 1956 for folketingets ombudsmand.

Ombudsmandsloven er ændret 3 gange. Den eneste mere væsentlige ændring skete ved lov nr. 142 af 17. maj 1961, da ombudsmandens virksomhedsområde på grundlag af et forudgående udvalgsarbejde² blev udvidet til i et vist omfang at omfatte kommunerne.

Loven indeholdes nu i lovbekendtgørelse nr. 642 af 17. september 1986. I tilknytning til lovændringen af 1961 ændredes instruksens, der nu indeholdes i bekendtgørelse nr. 48 af 9. februar 1962.

Hvad der bliver ombudsmandens rolle i år 2000, kan der ikke opstilles nogen solid prognose for. Men kvalificerede gæt kan gives ved at identificere nogle af de nuværende forvaltningsretlige og forvaltningspolitiske tendenser og forestille sig disse fastholdt i en 10 års-periode.

Disse tendenser vil næppe rokke ved ombudsmandsinstitutionens eksistens eller position. Modsat udviklingen i flere andre lande har udviklingen af den danske ombudsmandsinstitution være præget af en konstant og bred opbakning, både fra Folketinget og offentligheden. Og det er karakteristisk, at den eneste væsentlige lovændring siden 1954 angik udvidelse af ombudsmandens virksomhedsområde. De ovennævnte tendenser vil imidlertid højst sandsynligt føre frem til yderligere udvidelse af ombudsmandens virksomhedsområde og til ændringer i den måde, hvorpå hans opgaver fordeles, i hans bedømmelsesgrundlag og i hans relation til andre organer. Ændringerne vil næppe blive radikale, men snarere få karakter af betydningsfulde justeringer.

1. Med hensyn til litteratur om den nuværende ombudsmandsordning:
Lars Nordskov Nielsen: *Folketingets Ombudsmand 1955-80*, *Juristen* 1980, s. 261 ff,
Lars Nordskov Nielsen: *Administrativ rekurs og Folketingets Ombudsmand* (stencil), København 1986, s. 43 ff, med litteraturliste s. 81-82,
Helle Bødker Madsen: *Forvaltningsret - Almindelige emner*, 2. udg., Århus 1989, s. 426 ff, og
Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret 2*, København 1989, s. 313 ff.
2. Betænkning nr. 273/1961.

Ombudsmandens virksomhedsområde

I ombudsmandslovens § 1 er ombudsmandens virksomhedsområde nu angivet som »statens civile og militære forvaltning samt kommunernes forvaltning«. Hertil slutter sig en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse vedrørende den forvaltning, der varetages af dommere, dommerfuldmægtige, m.v. En personorienteret angivelse af ombudsmandens virksomhedsområde indeholdes i lovens § 4, hvorefter ombudsmandens virksomhed omfatter »ministrene, statens tjenestemænd og alle andre, som virker i statens tjeneste«; hertil slutter sig den ret komplicerede regel om »personer, der virker i kommunernes tjeneste«; denne regel vil blive omtalt nærmere nedenfor.

Denne afgrænsning af ombudsmandens virksomhedsområde har givet anledning til en række tvivlsspørgsmål og i øvrigt også til en praksis, der ikke er helt konsekvent.

For den *statslige* forvaltnings vedkommende knytter afgrænsningsvanskelighederne sig navnlig til dels det ret betydelige antal nævn med forvaltningsopgaver, der har dommere som medlemmer/formand, dels til nogle organer i grænseområdet mellem den offentlige og den private sektor.

Ved gennemførelsen af forvaltningsloven og offentlighedsloven i 1985 er disse loves område fastlagt på basis af meget grundige overvejelser. Disse love omfatter »alle dele af den offentlige forvaltning«, herunder de ovenfor omtalte nævn. Og vedkommende minister bemyndiges til efter forhandling med Justitsministeren under visse betingelser at fastsætte regler om, at lovene helt eller delvis skal gælde for nærmere angivne selskaber, institu-

tioner, foreninger, m.v., som ikke henregnes til den offentlige forvaltning.³

Skal ombudsmandsloven i øvrigt revideres, må det konsekvent bestemmes, at ombudsmandens virksomhedsområde er det samme område som det, forvaltningsloven og offentlighedsloven gælder for.

Med hensyn til den *kommunale* forvaltning foreligger særlige problemer. Grundlovens regel i § 55 omtaler kun den statslige forvaltning. Ved den ovenfor omtalte lovændring i 1961 opnåedes en kompromisløsning, hvorefter kommunerne delvis er omfattet af ombudsmandens virksomhedsområde. Reglerne er som nævnt ret komplicerede, og de er noget forskellige, efter om der er tale om klagebehandling eller om behandling af sager, som ombudsmanden tager op af egen drift.

Med hensyn til *klagesager* gælder den regel, at der ikke kan klages til ombudsmanden over den samlede kommunalbestyrelse (og således kun over kommunalt ansatte og over kommunale udvalg). Endvidere gælder den særregel, at klager (over udvalg og ansatte) kun kan indgives »for så vidt angår de sagsområder, hvor der er hjemmel for rekurs til en statsmyndighed«. Og da klager til ombudsmanden i almindelighed kun kan indgives, når rekursmulighederne til højere myndighed er udnyttet, betyder adgangen til at behandle klager over kommunale afgørelser i realiteten alene adgang til at behandle klager over kommunerne, når klagesagen omfatter bå-

3. Asbjørn Jensen, Bo Vesterdorf og John Vogter: *Forvaltningsloven* med kommentarer, København 1987, s. 27 ff og samme forfattere: *Offentlighedsloven* med kommentarer, København 1986, s. 27 ff.

de en kommunal afgørelse og en statslig rekursafgørelse.

Ombudsmandens adgang til på det kommunale område at tage sager op af *egen drift* gælder naturligvis på de områder, hvor han er kompetent til at behandle klager. Hertil slutter sig imidlertid en særrregel, hvorefter han af egen drift kan iværksætte en undersøgelse af en kommunal sag, uanset at han ikke er kompetent til at behandle en klage inden for det pågældende område, jfr. ovenfor. Men denne særrregel er undergivet den begrænsning, at han kun af egen drift kan iværksætte undersøgelse, hvis der er tale om krænkelse af væsentlige retlige interesser.

Disse regler om ombudsmandens kompetence i forhold til den kommunale forvaltning er naturligvis et produkt af et kompromis mellem de modstående hensyn til på den ene side respekten for det kommunale selvstyre og på den anden side varetagelsen af de retssikkerhedssynspunkter, som ombudsmandskontrollen er udtryk for.

Ordnningen er imidlertid ikke holdbar. Den blev til på et tidspunkt, hvor den kvantitative og kvalitative fordeling mellem statsopgaver og kommuneopgaver var en helt anden end i dag. Nu kan det med nogen ret hævdes, at ethvert klassisk begreb om, hvilke sager der hører til kommunernes forvaltning/det kommunale selvstyre, er sprængt. Kommunerne er simpelthen blevet den almindelige lokalforvaltning, uanset om denne fungerer som selvstændig eller som første instans i et system med statslige myndigheder som klageinstanser.

Ordnningen indebærer en række inkonsekvenser og virker vilkårligt.

Væsentligst er vel det synspunkt, at de

senere års klare tendens til ud fra synspunkter om afbureaukratisering at udelukke rekurs af kommunale afgørelser til statsmyndigheder – helt utilsigtet – får den indirekte konsekvens, at ombudsmandens kompetence løbende udvandes.

Også med hensyn til den kommunale forvaltning er tiden inde til at fastlægge ombudsmandens kompetence på samme måde, som forvaltningsloven og offentlighedsloven har fastlagt disse loves gyldighedsområde, der i det hele omfatter den kommunale forvaltning.

Spørgsmålet om en sådan ændring har været rejst talrige gange i retslitteratur og betænkninger. Det blev senest drøftet i forbindelse med gennemførelse af forvaltningsloven og offentlighedsloven, og når ændringen ikke skete på det tidspunkt, var det alene baseret på den principielle opfattelse, »at initiativer med hensyn til ændringer i ombudsmandens virksomhedsområde bør udgå fra Folketinget og ikke fra regeringen« (FT 1983/84, Forh. sp. 2247) – og dette initiativ vil næppe fortsat udeblive.

Opgavefordeling

Ombudsmandens opgaver kan – praktisk set – opdeles i tre kategorier: Klagebehandling, behandling af sager, som han af egen drift tager op til undersøgelse, og udførelse af inspektioner.

Der er imidlertid langt fra tale om nogen ligevægtig opgavefordeling. Gennemgående har klagebehandlingen lagt beslag på mere end 90% af ombudsmandsinstitutionens arbejdskraft. Det årlige antal klagesager har varieret fra omkring 1.000 til omkring 2.000, og antallet af realitetsbehand-

lede klager har i en årrække ligget mellem omkring 500 og omkring 800, mens antallet af sager, som ombudsmanden af egen drift har taget op til behandling snarere har bevæget sig omkring 20-30, men dog i nogle år i 1970-erne og i de seneste par år har været i nærheden af 100; antallet af årlige inspektioner har gennemgående været encifret.

Ombudsmanden har utvivlsomt haft ønske om at udvide området for sager, der tages op af egen drift, og at udvide inspektionsvirksomheden. Der har også i tidens løb været søgt personaleudvidelser netop med henblik på disse opgaver, men i væsentlig grad er personaleudvidelserne blevet opslugt af en samtidig forøgelse af antallet af klagesager og af disses tyngde.

Begrundelserne for at udvide antallet af sager, ombudsmanden af egen drift tager op til undersøgelse, og for at udvide antallet af inspektioner er ret forskellige.

Begrundelsen for af *egen drift* at tage sager op til undersøgelse er først og fremmest et ønske om derigennem at opnå en bedre tilpasning af ombudsmandens ressourcer til undersøgelsesbehovet. Målsætningen må principielt være, at de sager, ombudsmanden behandler, på nogenlunde rimelig måde repræsenterer undersøgelsesbehovet, således som dette – selvfølgelig overordentligt skønmæssigt – må antages at være, når henses til to faktorer: forvaltningssagernes mængde på de forskellige områder og sagernes art, bedømt efter kriterier som intensiteten af indgreb, afgørelsernes betydning for den enkelte borger, risikoen for fejlafgørelser m.v. Skal en sådan udjævning af ombudsmandens sager i forhold til klagefordelingen opnås, forudsætter det, at ombudsmanden i langt videre omfang end nu af egen drift

tager sager op til undersøgelse.⁴ En bevægelse i denne retning er allerede i gang og må forventes fortsat. Det er en meget værdifuld nydannelse, når den nuværende ombudsmands beretning for 1987, s. 9 ff, annoncerede en ny procedure for optagelse af sager af egen drift til behandling. Kerne i denne nye procedure er, at ombudsmanden på eget initiativ gennemgår en udvalgt sagsmængde inden for et givet emneområde. Om anvendelse af denne fremgangsmåde kan henvises til beretninger for 1988, s. 249 ff (70 sager fra Familieretsdirektoratet), og 1989, s. 241 ff (undersøgelse af et antal sager fra Skatteministeriets departement vedrørende aktindsigt). Dette betydningsfulde initiativ bør videreudvikles i de kommende år, og med særligt sigte på mere tunge områder, navnlig sådanne områder, hvor retssikkerhedsproblemer er alvorlige.

Inspektionsbeføjelsen er ikke omtalt i loven, men i instruksen.

Efter denne har ombudsmanden en almindelig adgang til at inspicere statslige myndigheder og institutioner, medens inspektion af kommunale og amtskommunale institutioner forudsætter, at inspektionen er et led i behandlingen af en i forvejen foreliggende sag (eller er et aftalt besøg). Ombudsmandens inspektionsvirksomhed i forhold til kommunale institutioner og myndigheder bør imidlertid være den samme som i forhold til statslige. Dette bør sikres i forbindelse med den ovenfor s. 288 foreslåede lovændring ved-

4. Lars Nordskov Nielsen: *The Third International Ombudsman Conference*, Stockholm 1984, s. 149 ff.

rørende ombudsmandens kompetence i forhold til kommunerne.

Erfaringen viser, at inspektionsvirksomhed er overordentlig nyttig. For det første giver den ombudsmanden en indsigt, som aldrig kan opnås gennem konkrete sagers bilagsmateriale. For det andet giver den grundlag for en dialog mellem vedkommende myndighed og ombudsmanden, som typisk finder sted i en atmosfære, der indebærer forholdsvis effektive påvirkningsmuligheder.

Inspektioner af »myndigheder« vil typisk overvejende få karakter af møder om generelle spørgsmål som arbejdstilrettelæggelse m.v.

Inspektion af klientinstitutioner har en særlig betydning. Sådanne inspektioner vil typisk være forudsætning for, at de pågældende klienter bliver både bekendt med og faktisk kan udnytte de klagemuligheder, de har efter ombudsmandsloven. Men inspektionerne har naturligvis et videregående sigte. Det er ombudsmandens opgave at blive informeret om de forhold (boforhold, beskæftigelsesforhold, fritidsforhold m.v.), hvorunder de pågældende klienter lever i typisk mere eller mindre lukkede institutioner. Inspektionerne bliver her et middel for ombudsmanden til at få kontakt med og søge redresseret fejl m.v., der vedrører samfundets svageste grupper.

På denne baggrund er det efter min mening en påtrængende opgave at få udvidet ombudsmandsinstitutionens inspektionsvirksomhed. Det må være en målsætning, som der er rimelig grund til at tro vil blive realiseret inden for de nærmeste år.

Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag

Bedømmelsesgrundlaget er i ombudsmandsloven og ombudsmandsinstruksen angivet på en ufuldstændig og upræcis måde. Efter lovens § 5 har ombudsmanden »indseende med, om de i § 4 nævnte personer (ministre og andre personer, der virker i statens eller kommunernes tjeneste) gør sig skyldige i fejl eller forsømmelse under udøvelsen af deres tjeneste«. Og i instruksens § 3, stk. 1, pålægges ombudsmanden at »være opmærksom på, om nogen, der omfattes af hans virksomhed, i tjenesten forfølger ulovlige formål, træffer vilkårlige eller urimelige afgørelser eller på anden måde gør sig skyldig i fejl eller forsømmelser ved udførelsen af tjenesten«. En nærmere beskrivelse af ombudsmandens prøvelsesgrundlag forudsætter en opdeling i nogle kategorier af retlige problemer, hvoraf tre skal omtales.

1) Forvaltningens sagsbehandling/ forvaltningsprocessen

Den retspolitiske debat om, hvorledes forvaltningsprocessen bør være tilrettelagt, har traditionelt været ført som en debat om den rette balance mellem hensynet til retssikkerheden, d.v.s. til ønskeligheden af, at der etableres garantier for lovlige og rigtige afgørelser, og hensynet til forvaltningens effektivitet. I tidens løb synes de 2 hensyn at have skiftedes til at have »overtaget«.

Ombudsmandsinstitutionen blev indført på et tidspunkt, hvor retssikkerhedshensyn tillagdes en meget væsentlig betydning. Der er da heller ingen tvivl om, at disse hensyn har spillet en dominerende rolle som baggrund for institutionens indførelse

og for den praksis, der er fulgt af skiftende ombudsmænd. Dette betyder ikke, at ombudsmændene i deres praksis énøjet har forfulgt retssikkerhedssynspunkterne på bekostning af effektivitetshensyn. Det er nok at henvise til de bestræbelser, ombudsmanden bestandig har udfoldet med henblik på at fremme hurtigere sagsbehandling.

Allerede i begyndelsen af ombudsmandens funktionstid blev det klart, at ombudsmanden ved sin vurdering af en administrativ sagsbehandling ikke alene burde anvende etablerede, skrevne eller uskrevne retsregler som målestok. Vurderingsmålestokken »god forvaltningsskik« introduceredes, og denne målestok anvendtes ikke alene med henblik på en forøget sikring af retssikkerheden. Ombudsmanden har gang på gang, i konkrete sager, i artikler og i foredrag fremhævet, at skabelsen af den »rigtige« sagsbehandling i forvaltningen ikke bare er et spørgsmål om at finde den ovenfor omtalte balance mellem hensynet til effektiviteten og hensynet til retssikkerheden, men at der herudover stilles nogle yderligere krav til administrationen: Administrationen må finde arbejdsformer, der præges af hensynsfuldhed, enkelhed, formløshed, hjælpsomhed og venlighed overfor sagens parter; forvaltningens sagsbehandling må indebære, at der i rimeligt omfang sikres parterne medindflydelse, når der skal træffes afgørelser i de sager, hvori de er part; og administrationen må være påpasselig i retning af undgå handlemåder, der er egnet til – med rette eller urette – at skabe mistillid til renfærdigheden af administrationens motiver.

Synspunkter af denne art ligger også til grund for forvaltningsloven af 1985. Dette

fremgår tydeligt af forvaltningslovens forarbejder, selv om disse har haft retssikkerhedsforestillinger som deres udgangspunkt.

Det er på denne baggrund naturligt at rejse spørgsmålet, om ikke forvaltningsloven nu er det udtømmende bedømmelsesgrundlag for ombudsmanden i sagsbehandlingsspørgsmål.

Dette spørgsmål kan klart besvares benægtende. Forvaltningsloven har alene karakter af en minimumslov, og der er således fortsat rum for ombudsmanden til som et udviklingsgrundlag at arbejde med »god forvaltningsskik«.⁵

Der er imidlertid grundlag for at gå videre. Den forvaltningspolitiske debat i tiden omkring og efter forvaltningslovens vedtagelse viser en klar tendens til omprioritering inden for rammen af de ovenfor omtalte administrationsværdier. Hvis man foretager en samlet vurdering af regeringens moderniseringsprogram fra 1983, dets opfølgning, en række lovarbejder og betænkninger, senest »Handlingsplan for afbureaukratisering« (1988), og betænkning nr. 1168/1989 (»De kommunale opgavers fordeling og finansiering«), synes tendensen klar. Traditionelle retssikkerhedshensyn nedtones, effektiviserings-/besparelshensyn opprioriteres, og samtidig lægges der betydelig vægt på de ovenfor omtalte – om man vil – »bløde« hensyn (hensynsfuldhed m.v., medindflydelse og tillidshensynet).

Det er klart, at denne forvaltningspolitiske udvikling indeholder væsentlige udfordringer til ombudsmanden:

5. Niels Eilschou Holm, *Forvaltningsloven som minimumslov*, *Juristen*, 1986, s. 227 ff.

På den ene side ligger der heri en udfordring til ombudsmanden i retning af øget opmærksomhed på tendenser til urimelig tilsidesættelse af retssikkerhedshensyn.

Udfordringen til ombudsmanden er imidlertid ikke alene en udfordring til at værne om det mest traditionelle i ombudsmandsinstitutionen. Det er klart, at ombudsmandsinstitutionen nu har fået et særligt stærkt forvaltningspolitisk rygstød til sine bestræbelser på sikring af det, jeg ovenfor har kaldt de »bløde hensyn«. Der er for så vidt alene tale om med øget styrke at fortsætte en allerede betrådt linie.

2) Prøvelse af forvaltningsafgørelses hjemmel/indhold

På dette punkt vil der næppe blive tale om større generelle ændringer.

En vis intensivning af ombudsmandens *prøvelse af skønsmæssige forvaltningsafgørelser* er dog forventelig. En udvikling i denne retning synes at have været i gang i nogle år, og en fortsættelse af denne udvikling vil kunne have et vist rygstød i nyere forvaltningsretlig litteratur, der igen i væsentlig grad er påvirket af en forudgående udvikling i ombudsmandsinstitutionens praksis.

Betydelig interesse knytter sig til det specielle og væsentlige spørgsmål om *internationalisering af ombudsmandens bedømmelsesgrundlag*. Dette spørgsmål foreligger ganske overvejende i relation til den europæiske menneskerettighedskonvention og i relation til EF-reglerne.

Spørgsmålet om menneskerettighedskonventionens betydning for fastlæggelse af dansk ret er behandlet indgående i flere sammenhænge og er yderligere belyst i den udvalgsbetænkning om konventionens eventuelle inkorporering i dansk lovgiv-

ning, som er afgivet i april 1991 (nr. 1220). I betragtning af det glemslens slør, som i hvert fald i en lang periode var sænket over menneskerettighedskonventionen, er det overordentlig vigtigt, at også Ombudsmanden nu er meget opmærksom på, i hvilket omfang fortolkningen/ansvaret af danske regler må tilpasses menneskerettighedskonventionens krav;⁶ kravet herom vil fremtræde med øget styrke i de kommende år.

Forholdet til EF-reglerne har fået en helt anden dimension, end det havde på det tidspunkt, da ombudsmanden (i sin beretning for 1981, s. 12) indskrænkede sig til at pointere nødvendigheden af en vis tilbageholdenhed i sin prøvelse, fordi han ikke som domstolene har mulighed for efter EF-traktatens artikel 177 at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen. En sådan praksis kan ikke fastholdes, uden at den – med EF-reglernes store mængde og betydning – kommer til at betegne en væsentlig udhuling af ombudsmandsprøvelsen. Der er derfor god grund til at arbejde for etablering af en ordening, hvorefter ombudsmanden ligestilles med domstolene med hensyn til indhentelse af præjudicielle afgørelser efter artikel 177.

3) Prøvelsesgrundlaget med hensyn til forvaltningsvirksomhed, der ikke består i at træffe forvaltningsafgørelser

Langt de fleste sager, der indbringes for ombudsmanden, vedrører forvaltningsafgørelser (sagsbehandlingen eller afgørelsernes grundlag eller indhold).

6. Niels Eilschou Holm: *The Ombudsman and Human Rights, The Third International Ombudsman Conference*, Stockholm 1984, s. 12 ff.

Omvendt vil de inspektionssager – hvis omfang bør udvides – typisk angå anden forvaltningsvirksomhed.

Der er i det hele grund til at understrege, at hovedparten af forvaltningens personale – og hovedparten af det offentliges udgifter – vedrører den forvaltningsvirksomhed, som undertiden i retslitteraturen betegnes som »faktiske handlinger«, og inden for denne gruppe spiller naturligvis institutionsydelse inden for sundheds-, social- og uddannelsessektorerne en dominerende rolle.

Jeg tager udgangspunkt i problemer for klienter, der – retligt eller faktisk – er mere eller mindre tvunget til institutionsophold.

Det er klart, at nogle af de spørgsmål, der kan opstå for disse klienter, er spørgsmål, der kan håndteres inden for rammen af forholdsvis sædvanlige retlige forestillinger. Men om mange institutionsspørgsmål gælder, at der ikke findes nogen nærmere retlig regulering. Dette gælder navnlig standarden for opholdsvilkår, beskæftigelsesmuligheder og muligheder for fritidsaktiviteter. Undertiden vil ombudsmanden i lovforarbejder kunne finde støtte for antagelsen af nogle forudsatte standarder, og undertiden kan han i vedtagne internationale konventioner eller oftere rekommandationer eller deklamationer, som regeringen har tilsluttet sig, finde principper, der kan danne grundlag for hans bedømmelse. Men i andre tilfælde bliver ombudsmandens vurderingsgrundlag en personlig opfattelse af, hvad der er i overensstemmelse med en humanitært orienteret behandling af medmennesker.

Kan ombudsmanden tillade sig at fremsætte sådanne vurderinger? Efter min opfattelse bør svaret blive et ja, vel at

mærke, hvis ombudsmanden ved en omhyggelig beskrivelse af de faktiske forhold begrunder sin vurdering. Praksis er i overensstemmelse hermed og bør fastholdes.

Ombudsmandens relation til andre statsmyndigheder

1) Forholdet til Domstolene

Forholdet mellem ombudsmanden og domstolene kan ikke tænkes ændret på nogen radikal måde.

Ovenfor s. 287 er omtalt spørgsmålet om ombudsmandens kompetence overfor de forvaltningsorganer, d.v.s. nævn, hvoraf dommere er medlemmer.

Der er imidlertid et helt omvendt spørgsmål i forholdet mellem domstole og ombudsmanden. Ombudsmanden kan henstille til Justitsministeriet, at der meddeles en klager fri proces. I praksis imødekommes en sådan henstilling altid. Ombudsmanden vil vælge denne henstillingsform i to grupper af tilfælde. For det første, hvis han finder en administrativ afgørelse tvivlsom, men dog ikke finder tilstrækkeligt grundlag for at kritisere afgørelsen eller at henstille til vedkommende myndighed at ændre afgørelsen; den foreliggende tvivl kan begrunde, at ombudsmanden gennem en henstilling om fri proces formidler en retslig prøvelse. For det andet kan en efterfølgende henstilling om fri proces være ombudsmandens reaktion over for en forvaltningsmyndighed, der afviser at imødekomme en henstilling fra ombudsmanden om at ændre en afgørelse.

Inden for den sidste snes år har ombudsmandshenstillinger om fri proces fået en betragtelig praktisk betydning. Det principielt interessante er, at de hermed er

blevet et nyttigt redskab til formidling af domstolsprøvelse på områder, f.eks. det socialretlige område, hvor domstolsprøvelse i øvrigt har spillet ringe eller ingen rolle.

Denne udvikling må forventes at fortsætte og blive forstærket, og det ville være konsekvent, om det nu i ombudsmandsloven (eller retsplejeloven) blev fastslået, at ombudsmanden kan pålægge Justitsministeriet at meddele fri proces i forvaltningssager.

2) Forholdet til Folketinget

Spørgsmålet om ombudsmandens forhold til Folketinget indeholder en flerhed af underspørgsmål, hvoraf kun et par kan behandles her.

Spørgsmålet om ombudsmandens kompetence med hensyn til forvaltningssager, som har været behandlet i Folketinget eller af folketingsorganer (folketingsudvalg), synes nu at være klarlagt, jfr. beretningerne for 1978, s. 11-12, og 1981, s. 9-10, samt 1988, s. 100 (den såkaldte tamil-sag). Herefter anses ombudsmanden for at være inkompetent med hensyn til spørgsmål, som Folketinget eller dets udvalg har bedømt og taget stilling til. At Folketinget eller dets udvalg har behandlet en sag, uden at denne behandling er endt med nogen stillingtagen, udelukker ikke, at ombudsmanden tager sagen op til behandling. Denne linie vil utvivlsomt blive fastholdt.

Et andet spørgsmål er ombudsmandens rapporteringspligt og rapporteringsret i forhold til Folketinget, det vil i praksis sige Folketingets Retsudvalg, der fungerer som »ombudsmandsudvalg«.

Dette spørgsmål er navnlig interessant i det omfang, det kædes sammen med

spørgsmålet om, hvorledes Folketinget/Folketingets Retsudvalg kan og bør reagere på rapporteringerne.

Der foreligger her to principielt forskellige spørgsmål.

Kan Folketingets Retsudvalg foretage en efterprøvelse af den prøvelse, som ombudsmanden har foretaget og har givet udtryk for i sin udtalelse i sagen; spørgsmålet indgik i den offentlige debat i kølvandet på sagen i beretningen for 1988, s. 100. Der kan vel ikke påvises nogen klar retlig hindring for en sådan efterprøvelse, men det er klart, at den vil være overordentligt dårligt stemmende med uafhængighedsreglen i ombudsmandslovens § 3, og at den – også selv om den kun ville blive udøvet i sjældne undtagelsestilfælde – ville kunne være aldeles ødelæggende for den autoritet, uden hvilken ombudsmandsinstitutionen ikke kan fungere. Det her anførte bør kun modificeres med den begrænsning, at Folketingets Retsudvalg naturligvis ikke kan eller bør være afskåret fra at tage stilling til, om ombudsmanden måtte have tilsidesat ombudsmandsloven eller ombudsmandsinstruksen.

Praktisk vigtigere er spørgsmålet om, i hvilket omfang Folketingets Retsudvalg kan og bør sørge for opfølgning af ombudsmandens udtalelser. Spørgsmålet er vigtigt. Ombudsmanden har som bekendt ikke selv nogen magtmidler; det er derfor ofte – og med rette – sagt, at hans indflydelse alene beror på styrken af den argumentation, han fremlægger, og på hans autoritet, som igen beror dels på nogle mere eller mindre udefinerbare personlighedsmæssige egenskaber, dels på den opbakning, han får i offentligheden og fra Folketinget. Dette kan også udtrykkes således, at det aldrig bør være Retsudvalget

vedkommende, at en henstilling fra ombudsmanden ikke følges. Det er af afgørende betydning, at Retsudvalget så at sige supplerer ombudsmandens udtalelser med ministerens politiske ansvarlighed i forhold til Folketinget.

Denne opfølgning har vel også i praksis typisk fungeret godt.

Spørgsmålet om opfølgning er imidlertid ikke alene et spørgsmål om sikring af, at ombudsmandshenstillinger bliver fulgt. Der foreligger også et spørgsmål om, hvorvidt en udtalelse fra ombudsmanden, der udtaler en alvorlig kritik af en myndighed, bør give anledning til en opfølgning fra Folketingets side. Problemet foreligger navnlig i to grupper af tilfælde: For det første, hvis Folketingets Retsudvalg finder, at ombudsmandens kritik af den pågældende myndighed er en utilstrækkelig reaktion, og derfor bør suppleres med f.eks. en manifestation af et politisk ansvar i forhold til vedkommende minister. For det andet i tilfælde, hvor Retsudvalget finder, at sagen ikke bør afsluttes med en kritik af vedkommende myndighed (ombudsmandens udtalelse vil i praktisk taget alle tilfælde være rettet til myndigheden og ikke til ansatte i myndigheden), men at det er nødvendigt, at det søges nærmere klarlagt, hvilken person inden for den pågældende myndighed der er den ansvarlige, f.eks. om ansvaret påhviler ministeren eller en styrelseschef eller begge. Disse opfølgningsspørgsmål rejstes efter sagen i beretningen for 1988, s. 100 – og vil sandsynligvis blive rejst oftere i fremtiden.

At Retsudvalget finder en reaktion imod et ministerium utilstrækkelig og derfor ønsker, f.eks. ved i en beretning at udtale udvalgets kritik af vedkommende minister, at lægge et politisk ansvar oven i ombuds-

mandens kritik, må nødvendigvis forekomme, således som det politiske system er. Men der er grund til at understrege betydningen af, at man fra politisk hold er opmærksom på, at sådanne politiske reaktioner i fortsættelse af det ansvar, der kan siges at være gjort gældende gennem ombudsmandens udtalelse, ikke er uskadeligt for ombudsmandsinstitutionens autoritet. Det tvinger ombudsmanden ind i en politisk rolle, som han ikke selv har valgt, men dog reelt får, til skade for det image af politisk neutralitet, som han ellers har og bør have.

Noget anderledes tegner problemerne sig, hvis Retsudvalgets vurdering går – ikke (alene) i retning af en forstærkning af ansvaret – men i retning af en personplacering af ansvaret. Der er som nævnt en fast tradition for, at ombudsmanden retter sin henstilling og kritik til myndigheder og ikke til personer som ministre, departementschefer, direktører m.v. Den sædvanlige sagsbehandling i ombudsmandsinstitutionen er i almindelighed ikke egnet til klarlæggelse af, hvordan ansvaret inden for en myndighed nærmere bør fordeles. Ombudsmanden kan vel efter ombudsmandslovens § 7, stk. 4, indkalde personer til for retten at afgive vidnesbyrd om forhold, som er af betydning for hans undersøgelse. Denne bestemmelse er imidlertid aldrig anvendt; dens anvendelse med henblik på personplacering af ansvaret ville således grundlægge sagsbehandlingsmåder, der ville være et radikalt brud med 35 års tradition. Det må også erkendes, at en kombination af den sædvanlige sagsbehandlingsmåde og anvendelsen af enkeltstående afhøringer efter § 7, stk. 4, næppe ville udgøre et sagsbehandlingsmønster, som var særligt egnet til individuel an-

svarsplacering. Snarere kunne rejses det spørgsmål, om ikke ombudsmanden – eventuelt på grundlag af en ændring i ombudsmandsloven eller instruksen – burde pålægges selv at være opmærksom på sager, hvor der er et særligt behov for fastlæggelse af, hvem der inden for en myndighed er ansvarlig for en fejl eller forsømmelse, og i sådanne tilfælde henstille, at der blev indledt en dommerrundersøgelse efter de nye regler herom i retsplejelovens § 21a, jfr. lov nr. 406 af 13. juni 1990 af 13. juni 1990. Dette ville ligge på linie med, at ombudsmanden tidligere i nogle, ganske vist meget få, sager har henstillet til en myndighed at overveje spørgsmålet om gennemførelse af disciplinærundersøgelser efter tjenestemandslovens regler herom.

Afslutning

Der er ovenfor bygget på den forudsætning, at ombudsmandsinstitutionen fortsat består, og at den i hovedsagen bevarer sin nuværende position som en på én gang fagligt højt kvalificeret og politisk neutral instans, der med held fortsat kan virke, ikke alene for reparation af fejl og forsømmelser i administrationen og forebyggelse heraf, men i det hele, også ved henstillinger om regel- og praksis-ændringer, bidrage til fastholdelse og udvikling af de almindeligt anerkendte administrationsværdier, som er omtalt ovenfor s. 290 ff.

Men man kan da naturligvis lade fantasien spille og spørge, om der er en risiko for, at ombudsmandsinstitutionen i væsentlig grad mister sin nuværende position.

I andre lande har man konstateret, at en ombudsmand let kan løbe ind i konflikter

med parlamentet, som betager ham hans autoritet, eventuelt fører til hans afgang.

Sådanne konfliktsituationer har stort set været undgået i de nordiske lande.

I Danmark har tilløb – men også kun tilløb – til noget sådant kunnet konstateres i den ovenfor flere gange omtalte sag i beretningen 1988, s. 100 (tamil-sagen). Denne sag har dog efter min vurdering ikke – og i hvert fald slet ikke på noget længere sigt – betaget ombudsmandsinstitutionens dens position.

Jeg har imidlertid hermed berørt et meget væsentligt spørgsmål i forbindelse med ombudsmandens position. Det er af helt afgørende betydning, at ombudsmanden opleves som partipolitisk neutral. Han skal vælges af stort set alle politiske partier. Der skal aldrig kunne herske tvivl om, at hans sagsbehandling og udtalelser er frigjort fra eventuelle partipolitiske sympatier eller antipatier. Men heri ligger ikke, at ombudsmanden kan undgå at blive blandet ind i politik. Hver gang ombudsmanden afleverer en udtalelse, der indeholder en kritik af et ministerium i en sag af større betydning, udleverer han også materiale, som af oppositionen kan bruges til en politisk kamp mod den pågældende minister, og han løber risikoen for at blive identificeret med oppositionen. Og omvendt – hvis hans udtalelse går ud på, at der ikke er grundlag for kritik af et ministerium, løber han risiko for, at oppositionen fortsætter en kritik af ministeren, identificerer ombudsmandens holdning med regeringens og kritiserer ombudsmanden for regeringsfølgagtighed. Det er disse – set fra ombudsmandsinstitutionens synspunkt – ubehagelige, men uomgængelige situationer, ombudsmanden skal kunne holde til i kraft af sit brede valggrundlag,

sine personlighedsmæssige kvalifikationer og sine argumentationers styrke. Men der er altid en risiko for, at disse forudsætninger kan komme til kort i et politisk spil, og hermed er også antydning om stør-

relsesordenen af det ansvar, der påhviler politikerne for opretholdelse af ombudsmandsinstitutionen og for fortsat respekt for den ombudsmand, tinget selv efter nøje overvejelse har valgt.

Arbejdsrettens fortid og fremtid

Af Hanne Petersen

1899 var året for Septemberforligets indgåelse i Danmark – den aftale mellem arbejdsmarkedets parter, der er blevet kaldt »Arbejdsmarkedets Grundlov«. 1989 var året for EF's vedtagelse af »Fællesskabs-pagten om Arbejdstagernes grundlæggende Arbejds-mæssige og Sociale Rettigheder«. Det sidste år markerer, at arbejdsmarkedet heller ikke i retlig henseende længere er et »nationalt« anliggende. Mellem disse to årstal er det meste af det 20. århundrede forløbet. År 1999 – året før året – vil således blive et betydningsfuldt jubilæumsår for arbejdsretten, et år der kommer til at markere forskellige epoker i arbejdsrettens historie.

Dette århundrede har været vidne til betydelige forandringer af både arbejdsbegreb og retsorden, men fremtiden vil formentlig bringe endnu mere betydelige udfordringer. Stående på den anden side af år 2000 vil man måske komme til at betragte det 20. århundrede som århundredet for opkomst og fald af det, vi i det meste af dette århundrede har sammenfattet under betegnelsen »arbejdsret«.

1. Et tilbageblik

Det moderne arbejde og den moderne arbejdsret

Formerforbundet stillede krav om afskedigelse af en former, der ikke var medlem af forbundet.

Samtlige formere på maskinfabrikken, som var medlemmer af forbundet nedlagde arbejdet, »strax samme Dag, uden en Gang at gøre det paabe-yndte Arbejde færdigt«.

Arbejdsgiverne rejste krav om *erstatning*, hvilket voldgiftsretten afviste med bemærkninger om, at der var væsentlig forskel på en almindelig kontrakt og på en overenskomst mellem to centralfor- eninger, »som gaar ud paa at ordne en Række dels økonomiske, dels sociale Forhold af vidtrækkende betydning for en mængde underordnede Organi- sationer, bestaaende af Tusinder af Individer og derigennem for Samfundet i det hele«.

Praktiske vanskeligheder og retfærdighedsbe- tragninger talte også imod anerkendelse af erstat- ningskrav. Det samme gjorde det forhold, at afgørelse af sager om individuelle erstatningskrav ved søgsmål mellem to centralorganisationer af voldgiftsretten ansås for »noget nyt og ukendt og ikke i overensstemmelse med den almindelige Rets Regler«.

(Resumé af Den Permanente Voldgiftsrets Kendel- se i Sag nr. 1 af 2. juli 1900. – Voldgiftsretten blev nedsat med hjemmel i af Septemberforliget).

De arbejdsforhold, der dannede udgangs- punktet for udviklingen af den »moderne arbejdsret« ved det forrige århundredskifte, var arbejdsforholdene på *fabrikken*. Fa- briksarbejdet var det »moderne« arbejde, og dets karakteristika var standardisering og fordristisk organisering. Eksistensen af en lang række stort set identiske arbejds- funktioner udført af en lang række arbej- dere udgjorde det faktiske grundlag for udviklingen af den »kollektive aftale«.

Vedtagelsen af Septemberforliget i 1899

står i retlig henseende som et historisk vendepunkt, der markerer den moderne arbejdsrets indtog i Danmark.

Industriarbejdet som norm

Den *moderne retsorden* for arbejdet er som udgangspunkt en orden for det industrielle arbejde. *Arbejdsbegrebet* er et normativt begreb, og det industrielle arbejde kommer til at forme arbejdsbegrebet som sådan. Det moderne arbejde er det arbejde, der er bærer af fremskridtet og som har fremtiden for sig, og det former derfor andre aktiviteter i sit billede. Det moderne arbejdsretsorden bliver i løbet af århundredet modellen for retsordenen for alt arbejde.

Ligesom arbejdsbegrebet er begrebet *arbejderen* også et normativt begreb. Arbejderen – proletaren – er pr. definition maskulin. Denne opfattelse og forståelse af arbejderen, og af hvad der er *hans* interesser og krav, præger i høj grad de organisationer, der skaber den moderne arbejdsret, ligesom det præger indholdet af »arbejdets« retsorden. Den er udformet med henblik på at beskytte de parter, der anses for de centrale i det moderne arbejdsforhold. På arbejderside er det de mandlige (industri)arbejders løn- og arbejdsvilkår, den moderne arbejdsret først og fremmest har skullet sikre og beskytte.

Husmødres virksomhed betragtes i begyndelsen af århundredet ikke som »arbejde«. Husmødarbejdet er blevet opfattet som en *forudsætning* for det moderne industriarbejde (von Werlhof 1983; Pateman 1988). Det er samtidig et eksempel på, at der i begyndelsen af århundredet blev udført en række arbejder/aktiviteter, der dels ikke blev defineret som arbejde, og som dels ikke blev aflønnet individuelt. I økonomisk henseende blev denne virksom-

hed tilgodeset igennem en betydelig omfordeling mellem lønarbejdere og ikke-lønarbejdere, personificeret ved den mandlige proletar og den kvindelige husmor.

I slutningen af det 20. århundrede, hvor man ikke længere kan gå ud fra som en selvfølge, at arbejderen er en mand, er terminologien *normalarbejder* og *normalarbejdsforhold* i visse sammenhænge ved at vinde indpas (Mückenberger 1985). Normalarbejdere er karakteriseret ved, at de i praksis er mænd, og normalarbejdsforholdene er først og fremmest karakteriseret ved at være tidsubegrænsede fuldtidsarbejdsforhold, hvilket ikke har været det »normale« for ret mange kvinders arbejdsforhold.

I retlig henseende er det »normalarbejdet« og »normalarbejderen«, der opnår størst retsbeskyttelse og flest rettigheder.

II. En udviklingsbeskrivelse

Fra industri til service

I 1955 blev fru Hansen ansat i en deltidstilling på et kontor med en daglig arbejdstid på 4 timer. Fru Hansen var én blandt de mange gifte kvinder, der i årene efter 2. verdenskrig begyndte at strømme ud på lønarbejdsmarkedet – typisk i deltidstillinger – hvor de skulle forsøge at tilpasse sig de arbejdsvilkår og den arbejdsorden, der herskede på dette arbejdsmarked.

Ligesom så mange af de andre kvinder blev fru Hansen ansat i den ekspanderende offentlige velfærdssektor – nemlig på et kommunalt hospital i en socialdemokratisk kommune.

Fru Hansen var tilsyneladende en både stædig og principfast dame, hvilket bidrog til at gøre hende landskendt. Hun nægtede at melde sig ind i HK's arbejdsløshedskasse. Det blev hendes kolleger og de øvrige ansatte på Århus Kommunehospital så vrede og fortørnede over, at de nedlagde arbejdet, hvorefter fru Hansen blev afskediget. Højesteret underkendte i 1958 afskedigelsen som ulovlig – efter at overenskomsten mellem Finans-

ministeren og HK, der indeholdt et tilsvarende krav om medlemskab af a-kassen var blevet ændret (UfR 1958.868H).

Agnete Hansen-sagen illustrerer indirekte kontor- og servicearbejdets stigende numeriske og dermed også politiske betydning i løbet af århundredet. Mens industriarbejdet numerisk og til dels også politisk mister terræn, har service- og omsorgsarbejdet været i vækst.

Antallet af mennesker beskæftiget ved industriel vareproduktion i den vestlige verden er faldet, dels på grund af den teknologiske udvikling, dels på grund af rationalisering og automatisering og dels på grund af flytning af den arbejdskraftintensive industrielle produktion til den såkaldt tredje eller nyindustrialiserede verden, hvor lønninger og arbejdsvilkår ikke er så bekostelige som i den »gamle verden«.

Stikord som kommunikations- og fritids-samfundet peger på, at arbejdets indhold i den vestlige verden skifter fra basal vareproduktion til forskellige former for serviceproduktion. Den såkaldte »turistindustri« vil i det sidste tiår inden årtusindskiftet blive den største »industri« inden for EF. Denne type servicevirksomhed udføres i lande som de nordiske hyppigst på det private arbejdsmarked – om end med betydelig lokal og regional offentlig støtte.

Afprivatiseringen af omsorgsarbejdet

Den sidste tredjedel af århundredet har i hele den vestlige verden været karakteriseret af »afprivatiseringen« eller »af-familiariseringen« af husarbejdet. Danmark er sammen med de øvrige skandinaviske lande et af de lande, hvor denne proces er længst fremskredet, og hvor processen i

højest grad hidtil har taget form af en egentlig »offentliggørelse« (Hernes 1982). Fra fortrinsvis at have været udført som privat organiseret og oftest ulønnet arbejde er omsorgsarbejdet overgået til at blive kollektiviseret. Dets organisering og udførelse er ikke blevet direkte industrialiseret, standardiseret og maskiniseret (endnu), men er foreløbig blevet kollektivt organiseret og udført. De relativt forskellige omsorgsbehov, der udgør grundlaget for omsorgen, vanskeliggør en egentlig standardisering.

Retsordenens udvikling

Service- og omsorgsarbejdets vækst i århundredet har betydet, at dette arbejde i retlig henseende inden for den offentlige sektor er blevet flyttet fra tjenestemandregulering (sygepleje, uddannelse, kontorarbejde) til overenskomstregulering. Udover det forhold, at de offentlige arbejdsgivere, har brug for en mere fleksibel arbejdskraft, efterhånden som velfærd og efterspørgslen efter offentlige ydelser stiger, hænger skiftet også sammen med en politisk betinget velvilje over for en reguleringsform, der har været betragtet som den mere »fremskridtsvenlige«.

Industriarbejdets *reguleringsform* har således været i fremgang i en lang periode, efter at arbejdsformen i sig selv har været i tilbagegang.

Industriarbejdet har i den vestlige verden udviklet sig imod en automatisering. Dette har ført til, at en reguleringsform, der binder i en arbejdsintensiv form for ensartet industriarbejde med begrænsede kvalifikationskrav til arbejdskraften og standardiserede tidskrav, ikke længere er hensigtsmæssig. Efter 1970'erne har det blandt andet givet sig udslag i krav fra

både private og offentlige arbejdsgivere om *deregulering og fleksibilisering* – krav som i vidt omfang er blevet imødekommet. Diskussionen om rammeaftaler og individualiserede lønpuljer er eksempel på et forsøg på »fleksibilisering« af de retlige og indholdsmæssige rammer. En række arbejdergrupperes overgang til ansættelse på funktionærvilkår er et eksempel på de stigende kvalifikationskrav og dermed følgende ændrede arbejdsvilkår.

Der synes at være en tendens til, at skellet mellem selvstændige og lønmodtagere udviskes. For de selvstændiges vedkommende ved, at de bliver mindre selvstændige, hvilket blandt andet afspejler sig i lovgivningen om arbejdsløshedsdagpenge. For lønarbejdernes vedkommende ved, at de blandt andet på grund af den teknologiske udvikling inden for industriarbejdet bliver mere selvstændige, eller på grund af organiseringen af arbejdets udførelse – f.eks. gennem franchising – bliver »pseudo-selvstændige«.

Både i den offentlige og den private sektor synes service- og omsorgsarbejdet at være præget af løsarbejdets fremtrængen – eller tilbagevenden – i form af sæsonarbejde, tidsbegrænset arbejde og opgavebestemt arbejde, der samtidig ikke er fuld-tidsarbejde (Kravaritou-Manitakis 1988). Retsbeskyttelsen af disse former for arbejde er både svag og begrænset.

I øvrigt synes udviklingen især i den sidste fjerdedel af det tyvende århundrede at være karakteriseret ved, at der ikke længere opretholdes så skarpe grænser mellem offentlig og privat virksomhed eller mellem offentlig og privat ansættelse, som tilfældet var i århundredets begyndelse og midte.

Internationaliseringen er et af de seneste

års store kodeord. Internationaliseringsprocessen berører mest direkte den industrielle vareproduktion. Inter- og transnationaliseringen af industriel vareproduktion betyder dels, at visse typer virksomhed kan flyttes og bliver flyttet til lavtlønslande og -regioner (Nash 1983; Ward 1990). Desuden betyder internationaliseringen af ejerforholdene, at beslutninger om driftens organisering, indhold og fortsættelse eller nedlæggelse kan træffes langt fra det sted, hvor arbejdet udføres.

Inden for servicearbejdet er der sket en vis internationalisering af ejerforholdene, mens omsorgsarbejdet endnu er en type virksomhed, der udføres på grundlag af nationale og lokale behov og for lokale eller nationale ofte offentlige arbejdsgivere. Reguleringen er således fortsat relativt afhængig af lokale forhold.

For hele lønarbejdsmarkedet gælder imidlertid, at mens reguleringen ved århundredets begyndelse var rent lokal eller national og som hovedregel var aftaleregulering, er reguleringen i den sidste fjerdedel af århundredet i højere grad blevet overnational. Efter Danmarks tilslutning til det Europæiske Økonomiske Fællesskab i 1972 indledes en periode, hvor lovreguleringen kommer til at spille en større rolle, og hvor initiativet til denne regulering flyttes op på EF-niveau.

Det er både internationaliseringen af ejerforholdene, arbejdsstyrkens ændrede kønssammensætning og »normalarbejdsforholdenes« gradvise opløsning, der danner baggrund for EF-initiativerne. EF har siden sin etablering først og fremmest været et *økonomisk* fællesskab, og gennemførelsen af dette søges realiseret med ambitionerne om opnåelsen af det indre marked, der markeres ved det næsten

magiske år 1992. Det er tankevækkende, at det er samme år som 500-året for Columbus' »opdagelse« af den »nye« verden, at den gamle verden forsøger at lukke sig om sig selv.

Efter vedtagelsen af den Europæiske Fælles Akt i 1986 er der formelt blevet lagt mere vægt på den såkaldt *sociale dimension* i EF – nogle mener endog, der er ambitioner om at gøre det europæiske fællesskab til et *velfærdsfællesskab* – og på længere sigt måske endog en *overnational velfærdsstat*. Vedtagelsen af *Fællesskabspagten om Arbejdstagernes Grundlæggende Arbejdsmarkedsmæssige og Sociale Rettigheder* i december 1989, en måned efter Berlin-murens fald, er et udtryk for denne »sociale« orientering.

90-året for Septemberforliget – der i mange henseender blev et revolutionært år – blev således også i arbejdsretlig henseende et vendepunkt. Det markerer den endelige afslutning på den »moderne arbejdsret« som et nationalstatsligt anliggende. Den centrale fastsættelse af arbejdets retsorden flyttes fremover op på det regionale fællesskabs niveau.

III. En fremtidsvurdering

Fremtiden vil efter min opfattelse blive præget af andre opfattelser og vurderinger af både arbejdsbegrebet og retsordenen. Nye og andre konfliktlinier vil aftegne sig.

En række arbejdere, der er indvandret illegalt til EF fra et tørkeramt område i Afrika har igennem en periode været beskæftiget med løsarbejde bestående af indsamling, sortering og behandling af giftigt affald. Arbejderne har ingen skriftlig kontrakt, og de har ikke fast arbejdstid, men tilkaldes når der er opgaver. Arbejdet er relativt

vellønnet, men der betales ikke skat eller sociale udgifter, hverken af arbejdsgiveren eller arbejderne.

På et tidspunkt får arbejderne mistanke om, at det giftige affald behandles og placeres på en sådan måde, at det kan komme til at udgøre en fare for drikkevandsforsyningen, der i forvejen er utilstrækkelig. På grund af risikoen for at blive udvist af EF er arbejderne bange for at nedlægge arbejdet eller rette henvendelse til myndighederne. En af dem henvender sig til en informationsmedarbejder, der er ansat på en stor multinational virksomhed, der producerer mineralvand, fordi han mener, at denne virksomhed vil kunne have en interesse i at offentliggøre oplysninger om forholdet. Dette sker, hvorefter den ulovlige affaldsbearbejdningsvirksomhed lukkes. Den regionale og ret indflydelsesrige anti-affalds bevægelse forsøger at gå ind og støtte de illegalt indvandrede arbejdere i den efterfølgende udvisningssag. Den lokale fagforening støtter udvisningen trods en vis begrænset modstand i egne rækker.

Man kan formentlig forvente, at arbejdsfordelingen i de kommende 10 år i stigende grad vil ske inden for det globale samfund, men på forskellige niveauer – dels på globalt niveau, dels inden for regionale fællesskaber og dels inden for det lokale område, der for småstaternes vedkommende til dels vil kunne overlappende den tidligere nationalstats territoriale område.

Det »globale samlebånd« (Ward 1990) har allerede overtaget en del af både den »traditionelle« industriproduktion, særlig tekstilproduktionen, og den »nyere« elektronikproduktion. Det kan forventes at overtage endnu flere områder også inden for servicefagene og kontorfagene. Visse australske virksomheder får i dag udført deres skrivearbejde af kontorpersonale i Singapore (Blanpain 1985).

Arbejdsdelingen på det globale samlebånd vil øge konkurrencen mellem højt-løns- og lavtlønsområder og lande og vil kunne undergrave de reguleringer og be-

skytelser af arbejdskraften i relation til løn- og arbejdsvilkår, som er gennemført i højt-lønsområderne. En opdeling af verden i regionale fællesskaber, der går hånd i hånd med en protektionisme af både varer og arbejdskraft inden for disse områder, vil kunne medføre en øget *polarisering* af rige og fattige. Samtidig kan der ske en *pluralisering* af levestandarder inden for enkelte regioner som følge af bevidste værdibetingede valg af andre livsformer og fravalg af materielle goder og dertil knyttede livsformer.

Polariseringen af højt- og lavtlønnede vil dels være regionalt bestemt – afhængig af, i hvilken ende af det globale samlebånd man befinder sig – og dels være bestemt af, hvilken efterspørgsel der er efter bestemte grupper af arbejdskraft på arbejdsmarkedet, og hvilke privilegier bestemte grupper har tilkæmpet sig og vil være i stand til at forsvare.

Stikord til beskrivelse af udviklingen af arbejdsmarkedet i løbet af de næste 10 år er internationalisering, fragmentering, »individualisering«, diversificering og polarisering. Fremtidens regionale og globale arbejdsmarked vil både rumme »den nye adel« og de »nye fattige« – de højtuddannede og de privilegerede, de uuddannede og privilegieløse. Det vil rumme overvågerne af den højautomatiserede og robotiserede vareproduktion på den ene side og hjemmesyerskerne i alle klodens afkroge på den anden side. Det vil rumme miljøflygtninge og økonomiske flygtninge, mobile filippinske søfolk og omsorgsarbejdere, der passer den vestlige rige verdens syge og stigende antal gamle. Det vil rumme de legale eller illegale, frivillige eller tvangsudskrevne, lavtlønnede eller ulønnede oprydningskorps, der skal samle

op efter overforbrug, misbrug eller fejlforbrug af materielle »goder« og nydelsesmidler. Dette diversificerede arbejdsmarked vil stadig stille krav til nogle grupper af ansatte om blind lydighed, mens der af andre grupper vil blive forlangt en mere subtil internaliseret loyalitet over for de opgaver, der skal udføres. Det vil være et arbejdsmarked med en række fortsat formelt regulerede arbejdsforhold, og der vil være en vis – muligvis stigende – mængde informelle aktiviteter og informelle reguleringer.

Et »fleksibelt« arbejdsmarked og »fleksible« arbejdsforhold og -funktioner vil også kræve »fleksible« retsordener.

Jo flere aktiviteter, der bliver anset for arbejde, jo flere former for reguleringer og ordner vil det være nødvendigt at anerkende og undersøge for dem, der beskæftiger sig med arbejdets retsorden.

Retsordenen for arbejdet vil blive mere pluralistisk og polycentrisk i den vestlige verden. Der vil blive flere forskellige former for reguleringer, både formelle og ikke-formelle, og de vil blive produceret af langt flere fora eller »centre«. Normalarbejdsforholdets opløsning vil også føre til »normal-ordenens« opløsning. Den tidligere »normalorden« bliver en mindretalsorden og mindretalsbeskyttelse og kan ikke længere opretholdes som modellen for reguleringen af alle andre aktiviteter (Mückenberger 1989). Dannelsen af arbejdets retsorden vil – som hidtil – ske på forskellige niveauer, men også på forskellige steder på samme niveau.

Arbejdets retsorden vil inden for området Danmark fortsat blandt andet være *lovgivning*, der kan forventes at spille en mere fremtrædende rolle. Det vil typisk være som implementering af de EF-direkti-

ver, der frem til årtusindskiftet bliver konsekvenserne af gennemførelsen af Fællesskabspagten (den sociale dimension). Bestemmelserne om beskyttelse af gravide, deltidsansatte og midlertidigt ansatte ser allerede nu ud til at give anledning til vanskeligheder.

Der er imidlertid også lagt op til, at EF-direktiverne til gennemførelse af Fællesskabspagten skal kunne gennemføres ved *kollektiv aftale* (Bercusson 1990). De kollektive aftaler vil skifte indhold. Specificerede fælles lønvilkår vil næppe få den samme betydning som hidtil, mens rammearbejdsvilkår og særligt forhandlingsprocedurer formentlig kan komme til at spille en større rolle.

Informel ret, lokale aftaler og praksis vil kunne komme til at spille en betydelig rolle for den faktiske organisering af arbejdsforholdene (Petersen, 1991) – både for det formentlig stigende antal »gråsorte« og »sorte« arbejdsforhold og for det svindende antal »gammeldags normalarbejdsforhold«. Overenskomsterne og den informelle ret vil kunne komme til at variere lige så meget fra virksomhed til virksomhed som fra land til land.

En udvikling i retning af et mere fragmenteret og polariseret arbejdsmarked vil forstærke de vanskeligheder, som fagbevægelserne i hele den vestlige verden allerede nu oplever, og som bunder i vanskeligheder med at formulere fælles »faglige« interesser for personer, der udfører indholdsmæssigt forskellige aktiviteter på tidsmæssigt forskellige vilkår. Fagbevægelsen har haft vanskeligt ved at tiltrække andre grupper end midaldrende mænd – unge menneskers og kvinders interesser har vanskeligere kunnet opnå at blive defineret som »faglige«. Varetagelsen af løs-

arbejdernes, indvandrerne, »almindelige« deltidskvinders og unges interesser vil høre til det kommende års udfordringer. Behovet for at finde frem til en retsbeskyttelse for de mest udsatte grupper, dvs. nogle af dem, der arbejder på det sorte og gråsorte arbejdsmarked – de illegale indvandrere og de pseudo-selvstændige – vil trænge sig på, ligesom løsningen af interessekonflikter mellem lønarbejdere i højt- og lavtlønslande og områder.

IV. Fremtidens udfordringer

Beskyttelse og varetagelse af svage interesser på et fragmenteret og langt vanskeligere definerbart arbejdsmarked vil blive den største af de fremtidige udfordringer for en retsorden for »arbejde«. Den globale og lokale politisk uacceptable ulighed vil sammen med den økologiske krise blive et stigende problem i den sammenhæng.

Siden midten af 70'erne har arbejdsløsheden eller ledigheden været betragtet som et alvorligt politisk problem. Intet tyder på, at der vil blive ført en politik, der kan føre til, at vi i de næste 10 år vil opleve et fald af betydning i antallet af formelt arbejdsløse. Ved næste årtusindskifte vil det formentlig, ligesom ved det forrige århundredeskifte, være muligt for en mindre del af befolkningen i den vestlige verden at udføre det lønarbejde, der er nødvendigt for, at en større del af befolkningen kan overleve på et materielt og særlig på et økologisk bæredygtigt niveau.

Men fastlæggelsen af netop dette niveau vil blive et af fremtidens store udfordringer – også for en retsorden for arbejdet.

Det, der blev defineret som ikke-arbejde

for knap 100 år siden, var først og fremmest husmorarbejdet. I dag udføres husmorarbejdet på offentlige overførselsindkomster som »rigtigt« lønarbejde, mens en stor gruppe voksne arbejdsføre udfører en række aktiviteter, som vi i øjeblikket ved meget lidt om. En del af det betragtes som »sort« arbejde, som der muligvis gælder en hidtil uudforsket »sort« eller informel retsorden for, en anden del falder næppe inden for det for tiden gældende arbejdsbegreb.

Problemet er næppe, om der er økonomisk mulighed for fortsat at sikre en fælles forsørgelse af en del af befolkningen, men snarere om denne forsørgelse kan legitimeres på en sådan måde, at der også er en fælles vilje til at bidrage til denne fælles forsørgelse af bestemte grupper, der ved årtusindskiftet ikke entydigt kan defineres ved deres køn og arbejdsforpligtelser i forhold til en lille privat enhed.

En legitimering af overførselsindkomster – det være sig »offentlige« eller »private« eller mulige blandingsformer – og dermed en vilje til at indgå i en arbejds- og indkomstfordeling forudsætter formentlig et skift i opfattelsen af, hvad der kan anses for »legitime« aktiviteter – som dermed kan berettige til andel i en fællesfinansieret forsørgelse. Et sådant skift i opfattelsen af, hvad der anses for legitime (forsørgelsesberettigende) aktiviteter forudsætter samtidig et skift i holdningen til *indholdet* af aktiviteterne.

De forsørgede må legitimere deres forsørgelse igennem udrettelse af økologisk bæredygtige aktiviteter. Det gælder både for dem, der udfører en eller anden variant af det, vi i øjeblikket kalder lønarbejde, i »privat« regi, og for dem, der udfører aktiviteter for fællesskabet, der finansieres

gennem omfordeling. Vanskelighederne består måske i at finde frem til en prioritering af, hvilke opgaver og aktiviteter fællesskaberne ønsker udført på disse vilkår.

Den private overførselsindkomst til husmoren blev legitimeret gennem hendes arbejdsindsats i forhold til det private familiefællesskab. Overførselsindkomsten til de arbejdsløse er hidtil blevet begrundet med solidaritet og egeninteresse hos de »rigtige« lønarbejdere i, at de arbejdsløse ikke skulle komme til at fungere som løntrykkere. Denne interesse vil muligvis fortsat være til stede, men muligvis hos en stadig mindre gruppe af lønarbejdere.

Spørgsmålet er, om vi ikke ved årtusindskiftet vil nå det punkt, hvor vi må erkende, at det ikke er hverken muligt eller nødvendigt at beskæftige en stor del af befolkningen (i den vestlige verden) med de former for aktiviteter, der hidtil er blevet betragtet som »rigtigt arbejde«, uanset om det i økologisk henseende har været destruktivt.

En sådan udvikling kunne føre til en ændring og opløsning af det arbejdsbegreb vi kender i dag, hvor arbejde først og fremmest forstås som lønarbejde, og hvor lønarbejderen endnu i et vist omfang opfattes som og forventes at være uselvstændig, lydige, kontrolleret og underordnet.

Den stigende økologiske trussel og bevidsthed vil utvivlsomt få konsekvenser både for opfattelsen af arbejdsbegrebet og for arbejdets indhold og dermed for arbejdsforholdene og arbejdets retsorden. Vareproduktion har hidtil været opfattet som den form for produktion, der gav grundlag for og anledning til materiel og økonomisk vækst. Ubegrænset og ukontrolleret vareproduktion og -forbrug i vores del af verden vil fremover kunne blive

betragtet som en hindring for opnåelsen af en »bæredygtig« udvikling.

I den overforbrugende del af verden forlanger en bæredygtig udvikling snarere immateriel end materiel vækst. Opnåelse af økologisk balance vil kræve, at der gøres en større indsats med henblik på oprydning, genanvendelse og beskyttelse af og omsorg for naturressourcer, ligesom omsorg for kulturelle og menneskelige ressourcer kan skabe grundlag for udførelse og vederlæggelse af aktiviteter, som ikke anses for centrale for en ren *økonomisk* vækst, men som måske kan få en mere fremtrædende placering i forbindelse med en bæredygtig udvikling.

Den økologiske udfordring vil utvivlsomt øge antallet af konflikter mellem interesserne i bæredygtig udvikling på den ene side og interessen i økonomisk vækst på den anden side, og den vil også kunne skærpe karakteren af disse konflikter. I disse konflikter kan man allerede nu finde nye konstellationer og alliancer. Virksomheds- og lønmodtagerinteresser forenes mod økologiske interesser. Der kan opstå alliancer mellem (visse) virksomheds- og forbruger- eller borgerinteresser på den ene side over for (andre) virksomheds- og lønmodtagerinteresser på den anden side. Virksomheds-, arbejder- og økologiske interesser (inden for miljøvenlig, økologisk bæredygtig produktion) kan stå over for virksomheds-, og arbejderinteresser inden for forurenende produktion. Disse modsætninger vil kunne findes på samme niveauer (globalt, regionalt eller lokalt) og på tværs af niveauerne.

Inden for visse dele af arbejdsmarkedet kan man forvente både større krav og en mere positiv indstilling til krav om loyalitet over for og identifikation med virksom-

hedens idégrundlag. Dette vil utvivlsomt også gøre sig gældende inden for den »grønne« eller økologiske produktion. Disse krav og denne indstilling vil let kunne komme til at kolliderer med den følelse af interessefællesskab mellem lønarbejdere – uanset hvad, hvordan og for hvem der produceres – som udgør en vigtig del af grundlaget både for det, der er blevet kaldt lønarbejderidentiteten, og for formuleringen af fælles krav til løn- og arbejdsvilkår.

Ildsjælene, gulddrengene og de grønne afhoppere kan ligesom deltidskvinderne og de frie fugle have andre prioriteringer af og krav til forholdet mellem arbejde, arbejdsindhold og vederlag end de krav, der har karakteriseret det, der i størstedelen af århundredet er blevet betragtet som »normalarbejdsforholdet«.

Integrationen og indtænkningen af andre interesser end »rene«, »rationelle«, »økonomiske« og »lokale« lønarbejder- og virksomhedsinteresser i de retsordener, der regulerer menneskers aktiviteter, vil formentlig blive en af de største udfordringer omkring og efter årtusindskiftet.

Udvalgt litteratur:

- Brian Bercusson: The European Community's Charter of Fundamental Social Rights for Workers, *The Modern Law Review* 1990 Vol. 53, No.5.
- R. Blanpain: *The Present Stage of Industrial Relations in Europe: An Era of Change*. Foredragsmanuskript fra konference i Maastricht 1985 om »Fagforeningernes rolle i det kommende årti.«
- Helga Hernes: Offentliggjøring av familien. I *kvinneforskning. Bidrag til en samfunnsteori, Festskrift til Harriet Holter*, Oslo 1982.
- Ulrich Mückenberger: Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, *Zeitschrift für Sozialreform* 1985, pp 415-34 og 457-75.

- Ulrich Mückenberger: Non-Standard Forms of Work and the Role of Changes in Labour and Social Security Regulation, *International Journal of the Sociology of Law*, 17/1989.
- June Nash: *The Impact of the Changing International Division of Labor in Different Sectors of the Labor Force*, Nash & Fernandez-Kelly (eds): *Women, Men and the International Division of Labor*, New York 1983.
- Yota Kravaritou-Manitakis: *New Forms of Work. Labour Law and Social Security Aspects in the European Community*, Luxembourg 1988.
- Carol Pateman: *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.
- Hanne Petersen: *Ledelse og Loyalitet. Kollektiv Arbejdsret i den offentlige sektor*, København 1987.
- Hanne Petersen: *Informel ret på kvindearbejdspladser. En retsteoretisk og empirisk analyse*, Akademisk Forlag 1991.
- Alfredo Ruprecht: *Glanz und Niedergang des Arbeitsrecht*, In *Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, München 1980.
- Kathryn Ward (ed): *Women Workers And Global Restructuring*, *Cornell International Industrial and Labor Relations Report*, Number 17. ILR Press. School of Industrial and Labor Relations, Cornell University, 1990.
- Claudia von Werlhof: *Der Proletarier ist tot. Es lebe die Hausfrau?*, v. Werlhof, Maria Mies & Veronika Bennholdt-Thomsen: *Frauen, die letzte Kolonie*, Rororo 1983.

Re-regulering af energiforsyningen

Af Anita Rønne

1. Indledning

Et af de vigtigste træk ved energiforsyningen i vore dage er, at disse aktiviteter er præget af en udstrakt grad af offentlig indflydelse, styring og kontrol. Gennem nogen tid har der imidlertid blæst andre vinde over Europa, påvirket dels af de almindelige politiske tendenser: Reagan-administrationens afbureaukratiserings- og dereguleringstanker, Thatcher-regeringens privatiseringsfilosofi, Kohl-regeringens fokusering på markedsøkonomien samt den generelle opprioritering af samarbejdet som følge af tårbruddet i Østeuropa og de globale miljøproblemer; dels af nogle faktorer, der har specifik relation til energisektoren.

Energimarkedet er med energiprisernes fald og tilnærmelsen mellem de store olieeksportører i OPEC og de store forbrugere inden for det internationale energiagentur IEA blevet mindre anstrengt op gennem firserne, og dette har medført, at forsyningssikkerheden ikke længere har en så dominerende plads på den politiske dagsorden. Energimarkedets følsomhed er dog endnu engang blevet demonstreret med Golf-krisen, der resulterede i prisstigninger og usikkerhed omkring forsyningssituationen.

Den uventede stagnation i elforbruget i mange af de industrialiserede lande har endvidere medført overkapacitet, og endelig har udviklingen mod det europæiske indre marked haft stor betydning. EF-kommissionen har været den centrale initiativtager for en kortlægning af de strukturelle og retlige forhindringer for et indre energimarked og forsøg på fjernelse af samme.¹

Formålet med denne artikel er at belyse, hvorledes disse forhold og tendenser mod liberalisering af markedet inden og uden for Danmark har givet sig udtryk konkret i den retlige regulering af dansk energiforsyning. Som allerede antydnet i artiklens titel, er der efter min opfattelse ikke tale om en *de-regulering*, men snarere en *re-regulering* af den danske energisektor. Det offentlige engagement reduceres således ikke. Tværtimod kan man være fristet til at påstå, at der i realiteten er tale om en øget og mere restriktiv regulering, og at der frem for en *decentralisering* sker en *centralisering* af den udøvende magt. En interessant udvikling er i denne sammen-

1. Jf. Kom (88) 238 og Kom (90) 124: *Det Indre Energimarked*, og Anita Rønne: *Det indre energimarked, Årsberetning 1989, Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet*, p 143-153.

hæng den stigende anvendelse af andre reguleringsteknikker end de traditionelle.

Efter først at have skitseret, hvorledes de energipolitiske målsætninger har ændret sig over en 15-årig periode, belyses med udgangspunkt i den seneste omlægning af energiforsyningen det komplicerede samspil mellem beslutningstagerne og de regulerede samt de forskellige retlige virkemidler, der anvendes i den forbindelse. Artiklen afsluttes med et sammendrag over udviklingens retlige dimensioner.

2. De energipolitiske målsætninger

Offentlig regulering af energiforsyning er af forholdsvis ny dato. Det var først i forbindelse med energikriserne i 70'erne, at det blev åbenbart, at energisektoren ikke kunne overlades til markeds kræfterne, men at der måtte fastlægges en egentlig energipolitik. Det overordnede mål blev forsyningssikkerhed og herunder etablering af en flerstrengt energiforsyning til afløsning af den totale olieafhængighed.

De tre vigtigste beslutninger, der blev truffet i den forbindelse var for det første – udnyttelse af egne olie- og naturgasressourcer; for det andet – omstilling af elværkerne fra olieforbrug til kulfyring; og for det tredje – iværksættelse af en landsdækkende varmeforsyning.

Mens 70'erne er årtiet, hvor de energipolitiske og retlige rammer² blev afstukket, er 80'erne karakteriseret ved implementeringen af disse initiativer. Olieproduktionen nærmer sig et niveau, der dækker Danmarks eget forbrug, og naturgaspro-

duktionen har et omfang, så Danmark ikke blot er 100% selvforsynende, men også kan eksportere betydelige mængder. Elproduktionen foregår primært på kulfyrede kraftværker, ligesom den landsdækkende varmeplanlægning i hovedsagen er tilendebragt.

Energipolitikken er i stadig bevægelse, og fokus er i 90'erne lagt på miljøet og en bæredygtig udvikling.³ Samtidig sørger et kæmpeunderskud på naturgasprojektet for, at også dette forhold indgår som et fast element i fastlæggelsen af energipolitikken. Der er således sket et klart skift fra målsætningen om oliefortrængning til et ønske om øget anvendelse af naturgas.

2. De væsentligste er naturgasforsyningsloven fra 1972, elforsyningsloven fra 1976, varmeforsyningsloven og anlægsloven for naturgasprojektet fra 1979 og undergrundsloven, havanlægsloven og olierørledningsloven fra 1981. For en mere detaljeret gennemgang henvises til Anita Rønne: Offentlig regulering af olie- og naturgasvirksomheden i Danmark, *MARIUS nr. 149*. Oslo 1989, 159 sider, samt: Monopoly and Competition in Energy Supply, Denmark, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, International Bar Association, December 1989 Supplement, p 67-77.
3. Begrebet blev populariseret gennem FN-publikationen *Vores Fælles Fremtid* – den såkaldte Brundtland-rapport, og er i Danmark fulgt op af en række handlingsplaner. For en nærmere uddybning kan blandt andet henvises til mit indlæg om bæredygtighed »The Legal Dimension of Sustainable Development with the Emphasis on the Energy Sector« ved seminaret *Ret og Økologi* 9.-12. april 1991 på Møn, der offentliggøres som en særskilt publikation under Det Retsvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet.

3. De retlige virkemidler

I foråret 1990 fremlagde energiministerens et energiprogram for den fremtidige udvikling af den danske energiforsyning. Initiativerne er for så vidt søgt integreret i en samlet helhed under den overordnede målsætning at reducere energiforbrugets miljøbelastning. Af nok så stor betydning har dog været en forbedring af naturgasprojektets økonomi, idet Naturgasrapporten fra november 1989 konkluderede, at resultatet for naturgasprojektet ville fremvise et underskud på 32 mia. kr.⁴

Energiprogrammet er et illustrativt eksempel på den integrerede anvendelse af mange forskellige reguleringsformer, som karakteriserer energiretten, og omfatter som udgangspunkt tre hovedelementer:

- en *aftale* af 20. marts 1990 mellem regeringen og Socialdemokratiet om øget anvendelse af kraftvarme, naturgas og andre miljøvenlige brændsler samt om eludbygningen og energiministerens skriftlige redegørelse herom til Folketinget af samme dato (jf. F.F. sp. 7480)
- en *handlingsplan* for en bæredygtig udvikling fra april 1990 »Energi 2000«⁵ og en skriftlig redegørelse herom til Folketinget af 4. april (jf. F.F. sp. 8210)
- en ny *lov* om varmforsyning vedtaget i maj 1990.⁶

I tillæg skal dog fremhæves yderligere to forhold:

- Energiministeriets *forudsætnings skrivelser* til kommunalbestyrelserne af 13. september 1990.
- *forhandlinger* om indgåelse af en række *aftaler* mellem det statsejede Dansk Naturgas A/S og de kommunale gasselskaber på den ene side og de kommunalt-

og forbrugerejede elværker og fjernvarmeværker på den anden.

3.1. Den politiske aftale

Aftalen mellem regeringen og Socialdemokratiet omfatter såvel energiministerens redegørelse af 20. marts 1990 og ændringsforslagene til varmforsyningsloven som en væsentlig del af energihandlingsplanen. Samlet går enigheden ud på:

- at udbygning med ny eleffekt gennemføres i form af omstilling af eksisterende fjernvarmeværker til decentral kraftvarmeproduktion. Det forudsættes i den forbindelse, at konverteringen af de kulfyrede fjernvarmeværker til gasfyret decentral kraftvarmeproduktion gennemføres inden udgangen af 1995;

4. Jf. *Naturgasprojektets økonomi*, Rapport fra den af energiministerens nedsatte arbejdsgruppe, November 1989, p 13 (projektoekonomisk underskud på 6,8 mia. kr. i nutidsværdi plus indirekte støtte til projektet gennem naturgassens fritagelse for energi-afgifter svarende til 25 mia. kr.)
5. Som opfølgning af anbefalingerne i den såkaldte Brundtland-rapport og FN's miljøperspektiv frem til år 2000 fremlagde regeringen i december 1988 en handlingsplan »Miljø og Udvikling«. Denne plan indeholdt en gennemgang af de målsætninger og initiativer, der skal gennemføres inden for alle sektorer med henblik på at opnå en bæredygtig udvikling. »Energi 2000« er den konkrete udmøntning af regeringens handlingsplan for miljø og udvikling på energiområdet.
6. Jf. lov nr. 382 af 13. juni 1990. Lovforslaget blev oprindeligt fremsat som L. 60 den 7. november 1989. Den politiske aftale resulterede i fremsættelsen af en række ændringsforslag, jf. Betænkning afgivet af Det Enerkipolitiske Udvalg den 2. maj, hvor aftalen også er vedlagt som bilag 2. Lovforslaget blev vedtaget den 18. maj.

- at der i øget omfang anvendes naturgas i det centrale kraftværkssystem. Det forudsættes, at de igangværende forhandlinger om naturgasleverancer mellem elværkerne og D.O.N.G. afsluttes snarest;
- at elværkernes engagement i udbygningen af vindkraft fortsættes efter udløbet af den eksisterende aftale og i mindst samme omfang.

Den politiske aftale adskiller sig ganske meget fra de aftaler, der kendes fra formueretten. Den kan for så vidt karakteriseres som ikke-retlig i den traditionelle privatretlige forstand, al den stund den ikke kan gennemvinges ved retlige sanktioner. Det er imidlertid næppe aftalens gennemtvungelighed, der er det vigtigste kriterium for, om den nu også bliver overholdt. Praksis har således vist, at de politiske aftaler faktisk efterleves.

De retlige konsekvenser af aftaleindgåelsen er uafklarede. Hvem er bundet af den politiske aftale? De politiske partier, de folketingsmedlemmer der faktisk har indgået den, regeringen eller administrationen? Og i givet fald, hvor længe? Hvad sker der, hvis aftalen ikke overholdes? Pådrager ministeren sig ansvar, hvis han modarbejder aftalen uden at opsiges? Gør de ansatte i administrationen? Kan aftalen opsiges? Hvorledes skal gældende retsgrundsætninger anvendes? Hvis et elselkab i tillid til aftalen foretager store investeringer i nye anlæg, og der senere sker et politisk kursskift, som forudsætter andre investeringer, kan selskabet så kræve erstatning? Aftalen er et nyt reguleringsmiddel i den offentlige styring, men aftalekonstruktionen rejser samtidig

en række uløste spørgsmål for dem, den vedrører.

Der knytter sig også andre betænkeligheder til aftalebrugen. I princippet indgås aftalen på højeste politiske niveau. Det er imidlertid ikke Folketinget som sådant, der inddrages i beslutningsprocessen, men kun regeringen og det største oppositionsparti. Hermed sættes de mindre partier i Folketinget og andre folkevalgte organer ud af spillet. Reelt fastlåses politikken inden for den pågældende sektor i en længere årrække og binder ofte i tillæg politiske initiativer på andre områder. Ikke desto mindre får det samlede Folketing kun en orientering om de nye beslutninger.

3.2. Lovgrundlaget

3.2.1. Varmeforsyningsloven

Den nye lov om varmforsyning blev fremsat som et led i regeringens afbureaukratiseringsplan, og havde som hovedformål at decentralisere myndighedsbehandlingen inden for varmforsyningsområdet. Forslaget gik primært ud på at lade amtskommunerne udgå af varmeplanlægningen og lade den centrale godkendelse af varmforsyningsplaner bortfalde.

Lovændringen har derfor som et af sine væsentlige formål at give kommunerne større ansvar på varmforsyningsområdet. Staten har imidlertid samtidig forbeholdt sig en omfattende styrings- og kontrolmulighed. Det er således kendetegnende for lovens opbygning, at når der foretages en delegation til kommunalbestyrelserne, fastsættes samtidig en hjemmel for den centrale myndighed til at gribe ind i virksomhedens tilrettelæggelse (jf. §§ 3, 4, 5, 7, 9, 11, 12, 13, 14 og 15).

Varmeforsyningsloven indeholder endvidere bestemmelser om en statslig priskon-

trol (Kap. 4) og regler for naturgasselskabernes forsyningsvirksomhed og omkostnings- og låneforhold (Kap. 7).

A) Forudsætninger

I henhold til lovens §§ 3 og 9 har energiministeren den 13. september 1990 udstedt forudsætninger for henholdsvis brændselsvalg og samproduktion i fjernvarmeværker m.m. (skr. nr. 1), samt for omlægning af eksisterende og nye blokvarmecentraler (skr. nr. 2). Forudsætningerne er tilsendt samtlige kommunalbestyrelser som en skrivelse fra Energiministeriet og har et omfang på 15, henholdsvis 13 sider. Kopi af skrivelserne er sendt til en række selskaber og organisationer i henhold til en vedlagt fortegnelse.

Af skrivelserne fremgår, at der sondres mellem midlertidige, generelle og specifikke forudsætninger samt beregningsforudsætninger. Lovbestemmelsernes karakter af påbud og handlepligter understreges, og forudsætningerne omtales som rammer og retningslinier. Der er imidlertid ikke blot tale om retningslinier, der er vejledende, men om forpligtelser (jf. skr. 1 pp 3, 4, 6, 7, 11 og 13). Forudsætningerne indeholder såvel generelle som konkrete tidsfrister og betingelser, herunder prioriteringsforudsætninger for valg af brændsel, dimensionering og tilslutningsforhold. Det påhviler kommunalbestyrelsen i forhold til det enkelte forsyningselskab at udmønte de generelle påbud i overensstemmelse med de frister, der er fastlagt i energiministerens forudsætninger. Der er således tale om en bindende retsforskrift.

Forudsætningerne, der har lovhemmel, har karakter af en ministeriel ordre til kommunalbestyrelserne og er dermed et

cirkulære. I realiteten har forsyningsvirksomhederne en direkte handlepligt til at gennemføre den fastsatte omlægning af forsyningssystemet og i det mindste til at fremkomme med oplysninger. De kan ikke forholde sig passive. Den faktiske og ganske detaljerede normering af forsyningselskabernes forhold taler for, at reguleringen burde være udstedt i bekendtgørelsesform og offentliggjort i Lovtidsende. Den omstændighed, at der vælges en anden ydre form, bør ikke være afgørende for et sådant krav. Under alle omstændigheder er det ikke hensigtsmæssigt, at Energiministeriet foretager en udvælgelse af adressaterne for offentliggørelsen, og for såvel bekendtgørelser som cirkulærer gælder, at den administrative myndighed skal sørge for, at forskriften indlægges i Retsinformation. Dette er ikke sket.

Man kan vel endvidere rejse berettiget tvivl, om man længere kan tale om en afbureaukratisering med en såkaldt generel forudsætningsskrivelse på 15 sider, som herefter vil blive fulgt op af en mere specifik og yderligere forudsætninger, såfremt der er behov herfor (jf. skr. 1 p 12). Reelt sker der en centralisering og meget minutiøs fastlæggelse af forsyningsmønsteret, som kommuner og forsyningselskaberne er forpligtet til at følge.

Det anvendte koncept indebærer, at et i forvejen ret uoverskueligt system bliver endnu vanskeligere at få overblik over, og retsikkerheden bliver desto større.

3.2.2. Elforsyningsloven

Til forskel fra varmforsyningsloven er myndighedskompetencen ikke delegeret til det kommunale niveau på elforsyningsområdet (lov nr. 54 af 25. februar 1976). Elforsyningen hviler på et koncessionssy-

stem⁷ (ren distributionsvirksomhed og produktion under 25MW undtaget), og meddeles af energiministeren for minimum 20 år på en række nærmere specificerede betingelser. Forsyningsrettighederne inden for et lokalt afgrænset område modsvares af en tilsvarende forsyningspligt.

Den statslige indflydelse udøves primært på grundlag af et krav om godkendelse af elværkernes investerings- og finansieringsplaner for eludbygningen (§ 5, nr. 5) og ved priskontrol (§§ 9 og 10). I henhold til § 13 har energiministeren endvidere bemyndigelse til at pålægge elforsyningsvirksomheder at indrette deres produktionsanlæg således, at bestemte brændselsformer kan anvendes, samt påbyde, at sådanne også skal anvendes. Mere bemærkelsesværdigt er det imidlertid, at staten ikke har udnyttet denne direkte styringsmulighed i særlig stort omfang. I stedet har man foretrukket at regulere via aftaler, når det har været fundet nødvendigt at gribe ind i elforsyningen.

A) Aftaler

I perioden 1984-1987 er der indgået en række aftaler om en øget anvendelse af indenlandske brændsler i el- og fjernvarmeproduktionen,⁸ og denne linie fortsættes, selv om aftalepartneren nu er det statslige aktieselskab D.O.N.G. og ikke energiministeren direkte. Og aftalefriheden er det så som så med!

For det første indeholder den allerede omtalte politiske aftale en udtrykkelig forudsætning om, at aftalerne mellem D.O.N.G. og elværkerne indgås snarest. Der er dermed politisk flertal for ordningen.

For det andet udgør det i loven hjemlede påbud om anvendelse af en bestemt

brændselsform en reel trussel om ensidig fastsættelse.

For det tredje er det forhold, at andre end elværkerne kan forestå opførelsen af nye kraftvarmeverker, et åbent brud med den monopolstilling, elværkerne hidtil har haft. Friheden til at undlade at opføre de ønskede værker modificeres af det faktum, at elværkerne har en forsyningspligt og samtidig har fået at vide, at kun decentrale kraftvarmeverker vil blive godkendt af myndighederne. Valget står således mellem selv at opføre de nye kombinerede værker eller købe elektriciteten fra de fjernvarmeverker eller kommuner, der i så fald forestår opførelsen. Og alt taler vel for, at en virksomhed gerne vil bevare sin etablerede position og vedblive med at kunne producere og udbygge, når behovet opstår for det, og frem for et diktat hellere vil indgå i en forhandling om reguleringen, som i det mindste åbner mulighed for en vis form for medbestemmelse!

3.3. Aftaler i stedet for afgørelser

Den offentlige aftalebrug eller indflydelse herpå aktualiserer retlige spørgsmål, som den såkaldte almindelige kontraktsret og forvaltningsret ikke har været beregnet på at løse, og man bevæger sig langt fra disse retsområdets traditionelle kerne. Udviklingen er derfor heller ikke uden problemer.

7. Jf. Anita Rønne i Peter Blume, Peter Christensen og Anita Rønne: *Retlig Regulering – teknik og metode*, København 1990, p 215 ff.

8. Se nærmere Anita Rønne i: *Retlig Regulering – teknik og metode* p 234 ff og samme: *Coal and Fuel Choices in Denmark, Journal of Energy and Natural Resources Law*, 1989, Vol. 7, No. 4, p 278-279.

Aftaleformen giver det offentlige en dobbelt reguleringsposition – som aftalepart og som lovgiver. Det kan være vanskeligt at gennemskue og kontrollere, når regulering sker gennem aftaler, hvor der gælder begrænsede krav til form, indhold og offentliggørelse. Resultatet er formentlig, at man let kommer til at give køb på mange af de grundlæggende retsikkerhedsværdier, der er udviklet gennem en lang retstradition. Betænkeligheder omkring aftalebrugen er til dels afhængige af parternes indbyrdes styrke og deres professionalitet.

I det foreliggende tilfælde må desuden fremhæves, at mange af forsyningsselskaberne er kommunalt ejede.⁹ Hvis man derfor ser bort fra de formelle instanser, er der i vidt omfang tale om en regulering mellem staten og kommunerne.

Forholdet forplumres imidlertid af, at der sker en konstant ombytning af kasketter. Lidt simplificeret kan man sige, at staten giver ordrer til kommunalbestyrelserne om at sørge for, at de i hovedsagen kommunalt ejede el- og fjernvarmeværker konverterer til en anden brændselsform og foretager el- og varmeudbygning på en bestemt måde. De kommunalt ejede el- og fjernvarmeværker har »friheden« til at afstå herfra, og fjernvarmeværkerne kan i så fald kræve, at kommunen overtager værket. Det kommunale påbud forudsætter endvidere aftaler om gaskøb hos henholdsvis det statsejede og de regionale, men kommunalt ejede naturgasselskaber. For de sidstnævnte gælder endelig det forhold, at staten har begrænset låneadgangen for selskaberne og overført en del af risikoen for naturgasprojektets underskud på kommunerne.¹⁰ I princippet kan man sige, at der er tale om et kinesisk æskesystem.

4. Konklusion og energisektoren fremover

Der er ingen grund til at tro, at det offentliges engagement i energisektoren er for nedadgående, og *dereguleringstanker* er næppe så aktuelle her som på andre retsområder. Der er efterhånden etableret et lovmæssigt hjemmelsgrundlag for offentlig indflydelse på alle de forskellige energisektorer – olie, gas, varme, el og vindmøller. Sektoriseringen er dog under opløsning, begrundet blandt andet i behovet for at tage mere tværgående hensyn, f.eks. til energiforbrugets miljøbelastning.

I formen foretages en ganske omfattende delegation til de kommunale myndigheder, men i realiteten sker der en central fastlæggelse af meget snævre rammer for dette arbejde.

9. Elsektoren består af 120 selskaber. 100 af disse er distributionsselskaber, heraf 52 kommunale, som har 35% af afsætningen. De 12 regionale kraftværkselskaber, der står for distributionen, ejes i det væsentlige af distributionsselskaberne inden for deres forsyningsområde. Fjernvarmeforsyningen består af 330 selskaber af meget varierende størrelse. Således står de 7 største for ca. 50% af den samlede forsyning. De helt store selskaber er alle kommunale. De 65 kommunalt ejede værker har i alt 70% af afsætningen. Modsat fjernvarme- og elsektoren er der forholdsvis få selskaber på naturgasområdet – det statsejede D.O.N.G. og de 5 regionale og kommunalt ejede naturgasselskaber, jf. *Kommunerne og Enerkipolitikken*, Kommunernes Landsforening, oktober 1990 p 49-50.

10. Se også Anita Rønne: Det sydjyske drama om naturgassen, *Årsberetning 1990*, *Det Retsvidenskabelige Institut B*, 1991, særligt p 147.

Som det er fremgået ovenfor, omfatter den retlige regulering en noget uoverskuelig række af reguleringsformer, hvis retsvirkninger ikke er fuldstændig afklarede. En stor del af disse instrumenter er fastlagt i lovgivningen, men der er desuden en tendens til i større og større omfang at foretrække aftaleformen frem for ensidige pålæg.

De retlige efterspil, *aftalekonstruktionen* kan afstedkomme, er der vist endnu ingen, der har fuldt overblik over. Med energiretten befinder vi os ikke længere i et såkaldt forvaltningsretligt kerneområde,¹¹ ligesom aftalerne ikke er identiske med dem, der kendes fra privatretten. Energiområdet omfatter retsspørgsmål, der må løses ved, at der trækkes synspunkter ind fra såvel den almindelige offentligtretlige som formueretlige teori.

Privatiseringstanker har ikke hidtil vundet den store genklang i energisektoren. Den eneste form for »privatisering«, som har kunnet konstateres, var dannelsen af et blandet offentligt- og privatejet operatørselskab til efterforskning af olie og naturgas i 1986. Oprindeligt var det regeringens politik, at D.O.N.G. alene skulle udvikle sig til et operatørselskab. Resultatet blev ikke desto mindre selskabet DANOP, der for halvdelen vedkommende ejes af D.O.N.G. (eller rettere datterselskabet DOPAS), mens den anden halvdel ejes af 20 større danske selskaber.¹² Andre tendenser ser imidlertid ud til at være på vej! Det seneste udspil fra regeringens side er således tanker om en privatisering af D.O.N.G.

På længere sigt kan man formentlig forvente, at der sker ændringer i energiforsyningsens *organisationsstruktur*. Tanker, der peger i en sådan retning, findes på såvel centralt som lokalt niveau. Energi-

nisteren taler således i brede vendinger i »Energi 2000« p 103-105 om tilpasning af den nuværende organisationsstruktur og om, at det kan vise sig hensigtsmæssigt at gennemføre en samlet revision af det lovkompleks, der regulerer energiområdet. Kommunernes Landsforening er noget mere konkret¹³ og udtaler, at der er brug for en strukturændring i energisektoren i form af fælles forsyningsselskaber. Desuden fremsættes forslag om etableringen af en fælles energiforsyningslov.

Naturgasselskabernes og elværkernes *monopol* på at transportere og handle med energi trues i øvrigt af helt andre forhold. I tilknytning til el- og naturgasforsyningen er det således væsentligt at nævne de initiativer, der er taget på EF-niveau, og som sigter mod at åbne de hidtil næsten hermetisk lukkede el- og naturgasmarkeder. En række rådsdirektiver, der bl.a. vedrører etableringen af et indre marked for den ledningsbundne energi – el og gas – er således blevet vedtaget i 1990-1991. Det er imidlertid endnu for tidligt at udtale sig om konsekvenserne heraf.

Det ville derfor være forkert at sige, at energiretten er et stabilt og statisk retsområde! Tværtimod er det til stadighed præget af en vis *dramatik*. Selv om regulering af energiforsyningen ikke har mere end 15 år på bagen, er der sket flere politiske kursskift, der alle har haft væsentlige ret-

11. Jf. Bent Christensen: *Hjemmelsspørgsmål*, København 1980, p 16.

12. Jf. Anita Rønne: *Offentlig Regulering af Olie- og Naturgasvirksomheden i Danmark*, p 83 f, *op.cit.* note 2.

13. Jf. *Kommunerne og Energilovgivningen*, Kommunernes Landsforening, oktober 1990 p 47-57.

retlige implikationer. Der er ingen grund til at tro, at dette forhold vil ændre sig på vej mod år 2000! Tværtimod vil 1990'erne utvivlsomt byde på omfattende forandrin-

ger i måden, hvorpå energi købes, sælges, produceres, transporteres og reguleres, og det på såvel nationalt og regionalt som globalt niveau.

*Strafferet,
proces og kriminologi*

Det strafferetlige system vs. narkotika

Af Flemming Balvig

"Es grenzt ans Unmögliche, das »Wesen« der Schweiz zu begreifen. Ich kenne auf der ganzen Welt keine Gesellschaftsformation, die so wenig über sich selbst Bescheid weiss, die so erstarrt, so geheimniskrämerisch, so sehr jeder Selbstkritik abhold und so wild entschlossen ist, ihre eigene Undurchsichtigkeit zu organisieren, wie die Schweizerische Eidgenossenschaft" (Jean Ziegler: *Die Schweiz wäscht weissen. Die Finanzdreh-scheibe des internationale Verbrechens*. Zürich, 1990, s. 11).

De fordømtes park

Det var en kvælende varm søndag i foråret 1990. Jeg var netop steget ud af toget på hovedbanegården i Zürich og kunne mærke, hvordan varmen slog op fra den asfalterede perron. Der var et par timer til en aftale på universitetet, og jeg overvejede at tage turen op og ned ad en af verdens dyreste gader, *Bahnhofstrasse*, men opgav tanken ligeså hurtigt igen på grund af heden. Fra tidligere besøg var jeg bekendt med, at Zürich ganske vist er placeret grønt, luftigt og tæt ved vand, men at byen ikke just er *parkernes* hovedstad. Jeg slog op i det medbragte bykort og kunne til min glæde konstatere, at en af de få grønne parker lå blot et par hundrede meter fra banegården. Parken hedder *Platzspitz*.

Platzspitz har, som navnet også giver

associationer til, kileform. Den brede »bund« vender ud mod *Landesmuseum*, det schweiziske nationalmuseum, og hele kilen »afskæres« endvidere af *Hauptbahnhof*. Floderne *Sihl* og *Limmat* afgrænser parkens to »lange sider«. Parken er ikke ret stor, vel kun et par hundrede meter eller tre på den længste led: En bygningsmæssigt øde lille plet midt i en ellers sammentrængt storby.

Da jeg var kommet om på den anden side af Landesmuseum kunne jeg se, at andre tilsyneladende havde fået samme idé. Der var masser af mennesker i den lille park, men det slog mig øjeblikkeligt, at parklivet var radikalt anderledes end det, jeg kendte til fra en københavnsk park en varm og solrig søndag. Der var ingen, der lå og lod sig gennembage af solen; ingen børn der løb rundt og spillede bold; ingen slentrende og sludrende voksne. Ganske vist lå der enkelte mennesker i græsset rundt omkring, men de lå under træernes skygge, fuldt påklædte og næsten alle alene. Børn var der overhovedet ingen at se af. Heller ikke ældre – endsige gamle – var det til at få øje på. Næsten alle var unge eller yngre mennesker. Adskillige hundrede var der af dem. Aktiviteten var hektisk. De unge mennesker nærmest

småløb frem og tilbage mellem forskellige steder i parken. Tempoet mindede om Strøget i myldretid.

Flest var der omkring en balustrade, og min umiddelbare tanke var, at der måtte være et eller andet orkester, der underholdt tilhørerne. Ganske rigtigt kunne jeg da også høre musik, da jeg kom nærmere. Den kom imidlertid ikke fra et levende orkester, men fra et større antal tændte transistorradioer og båndoptagere, der muligvis hver for sig udsendte høreværdig musik, men som i kombination bidrog til det kaotiske indtryk. Rundt omkring balustraden samt oppe på repositet var der opstillet en lang række borde med plastikduge på. Endnu engang blev jeg snydt af min intuition: det var ikke et loppemarked, heller ikke gadesalg af smykker el.lign. Synet mindede mest af alt om det primitive liv på en campingplads i 50'erne. Pludselig kunne jeg se, hvad der foregik: Bordene blev brugt til at sælge stoffer fra og til at gøre stofferne klar til brug. Der var sprøjter alle vegne – i hænderne, i armene, i benene, på bordene. Der blev solgt og junket i et omfang og af så mange, som jeg aldrig havde set på ét sted før.

Det var ejendommeligt, at ingen overheadet tog notits af mig. Dels var jeg klart ældre end de fleste, og dels skilte jeg mig tydeligt ud fra mængden også på anden måde, især ved mit jakkesæt med tilhørende slips og den store taske/kuffert i min hånd. Jeg fortrak skyndsomt hen mod floden *Limmat*, hvor jeg kunne se en åben iskiosk. Det så ud til, at der var godt gang i salget, for folk stod i kø trods en hurtig ekspedition (den berømte schweiziske effektivitet, tænkte jeg ...). Det viste sig imidlertid ikke at være nogen ganske almindelig iskiosk. Der flød ingen penge

frem og tilbage over disken mellem de to unge kvindelige ekspedienter og kunderne. Det, der flød frem og tilbage, var først og fremmest engangssprøjter samt renseservietter og andet udstyr til brug for hygiejnisk intravenøs indtagelse af narkotiske stoffer.

Ekspedienterne viste sig at være læger. Sprøjterne og det øvrige udstyr udleveredes gratis mod aflevering af de brugte – i forholdet 1 til 1 eller 5 til 5. Ved siden af kiosken var der placeret en gammel campingvogn samt lidt længere væk en ældre stationcar med bagsædet slået ned. Campingvognen blev brugt af lægerne til lettere behandling og nødbehandling af parkens stofmisbrugere, udtagning af blodprøver (AIDS-test) mv. Ind imellem gik den ene af lægerne rundt i parken og så nærmere på de 'sovende' personer under de skyggefulde træer. I tilfælde af dødsfald, bevidstløshed eller andre akutte og alvorlige situationer blev misbrugerne lagt om bag i stationcaren og kørt til nærmeste hospital.

Af 'ekspedienterne' fik jeg at vide, at der blev udleveret den anseelige mængde af omkring 7.000 sprøjter i døgnet, hvilket dog ikke er ensbetydende med, at 7.000 stofmisbrugere frekventerede parken i løbet af et døgn (om udlevering af sterile sprøjter til stofmisbrugere i Schweiz som helhed, se Abgabe ..., 1988). Der var som sagt tale om engangssprøjter, og den enkeltes forbrug af sprøjter i løbet af et døgn kunne være stort, især fordi det stof, man indtog, enten var kokain eller en blanding af kokain og heroin. Virkningen af kokain er ganske kortvarig, og dette stof 'skal' derfor indtages hyppigt. Et forbrug af op mod 30 sprøjter i døgnet var ikke ualmindeligt. Kiosken havde åben til klokken 11 hver aften.

Lidt længere væk fra balustraden og kiosken og med meget færre mennesker omkring holdt en gammel grøn bus parkeret. Denne viste sig at være placeret som tilbud til stofmisbrugere. Her var det muligt at få en kop kaffe, et bad eller blot slappe lidt af.

Længst væk holdt endnu en større gruppe mennesker til. De udgjorde dog langt færre end i den øvrige del af parken. De var også tydeligt yngre. Dette tilholdssted var blot et 'sted'. Der var ingen bus, ingen kiosk, ingen balustrade, ingen borde. Der var heller ingen udveksling af personer mellem dette 'sted' og den øvrige del af parken. Heller ingen sprøjter kunne jeg få øje på, men der blev røget – på piber der gik på omgang. Det var et hashmarked og et tilholdssted for hashkøbere og hash-sælgere.

Når synet af denne *offene drogszene* i Zürich i forsommeren 1990 virkede så stærkt på mig til trods for, at jeg ikke er ganske uvant med stofmisbrugere og stofmiljøer, skyldtes det især to forhold.

For det første virkede det naturligvis stærkt at se så megen og omfattende social og fysisk elendighed koncentreret så meget som tilfældet var i en underskøn park – Zürich-borgernes gamle yndede søndagspicnic område og forfatteren James Joyce's yndlingspark i Zürich, da han boede der – i et vidunderligt vejr midt inde i den største by i et af verdens mest velstående samfund. Paradokset kunne næppe være tydeligere.

For det andet virkede det stærkt, fordi jeg ikke havde hørt om det på forhånd. Det var totalt overraskende og overrumplende. Fire år tidligere havde jeg opholdt mig i

Zürich en månedstid, og i denne periode, hvor jeg færdedes meget rundt om i byen, havde jeg ikke set skyggen af et større samlet stofmisbrugsmiljø. Det kunne skyldes, at der dengang var tale om en anden årstid – det var vinter – men det er ikke hovedforklaringen. Fire år tidligere havde det netop været en tilsigtet og systematisk politik i Zürich at splitte stofmisbrugsmiljøerne op; jage dem væk fra deres tilholdssteder; bogstaveligt talt ødelægge bygninger, hvor de holdt til mv. I Platzspitz – blandt de lokale kendt som 'nåleparken' eller 'de fordømtes park' – tilkendegav man overfor mig, at det nu var mere end et år siden, politiet senest havde gennemført en razzia i miljøet. Af og til mødte politifolk op i parken for at tale med en bestemt person eller anholde denne pga. mistanke for kriminalitet mv., men det skete stort set altid ganske udramatisk og blev ikke mere benyttet af politiet som en lejlighed til at gennemføre en større systematisk razzia. På denne baggrund forstod jeg bedre, at ingen tog særlig notits af mig, da jeg kom ind i parken. Der var ingen paranoia at spore. Førhen var paranoiaen stor. Det mærkede jeg selv på egen krop i 1986 i mine forsøg på at komme i kontakt med stofmisbrugere og på at få nogle interviews med dem: jeg var at betragte som en politispion, indtil andet – gennem strenge krav og 'prøver' – var bevist.

Situationen i forsommeren 1990 omkring Platzspitz blev beskrevet som stabil. Der kom ikke flere til, men der blev heller ikke færre. Det blev ikke værre, men heller ikke bedre. Kommunen havde foretaget sig visse ting for at gøre parken til et mindre uudholdeligt og dermed mere 'varigt' tilholdssted. Man havde bl.a. sørget for elektrisk belysning forskellige steder, og

parken blev holdt ren for brugte sprøjter mv.

Senere under mit ophold blev jeg klar over, at Platzspitz i Zürich ikke var den eneste *offene drogszene* i Schweiz. Blandt andet fandtes en tilsvarende i hovedstaden *Bern*. Også i *Bern* var der tale om en park (*Schänzli* eller *Kleinen Schanze*), ikke mindre smuk end parken i Zürich, men mindre såvel i geografisk udstrækning som i 'befolkning' (se nærmere om denne i Scoring ..., 1990). Aktiviteterne var de samme. Det var dog bemærkelsesværdigt, at udleveringen af sprøjter i *Bern* var fuldstændig fri: gratis engangssprøjter til alle og så mange, man ville have, uden krav om aflevering af de brugte. Et produkt af dette var bl.a. en livlig trafik af biler, hvis nummerplader afslørede, at de fleste var udenbys. Der var en overvægt af biler fra den vestlige del af Schweiz, de franske kantonen, hvoraf en del havde og stadig har en helt anderledes stram politik med hensyn til udlevering af engangssprøjter (kræver bl.a. recept) – og som ikke giver plads/spillerum for *offene drogszenen*. Bemærkelsesværdigt ved parken i *Bern* sammenholdt med parken i Zürich var ellers først og fremmest, at parken i *Bern* ikke lå så isoleret fra det øvrige bymiljø. Den ligger lige nedenfor parlamentet og må udgøre et påfaldende udsigtspunkt for parlamentarikerne, når de tager sig tid til at kigge ud af parlamentsbygningens vinduer. Et andet blikfang fra disse vinduer er de gader i *Bern*, hvor den mest åbenlyse prostitution finder sted.

Når det drejer sig om *Schweiz*, findes der andre centrale omdrejningspunkter for nar-

kotikapolitiske diskussioner end dem, der kan bese i parker o.lign. steder. Et sådant omdrejningspunkt er forholdet mellem den illegale narkotika på den ene side og den velkendte store schweiziske medicinalindustri og dennes interesser på den anden. Et andet er spørgsmålet om hvidvaskning af penge tjent ved illegal narkotikahandel via det særlige og internationalt betydningsfulde schweiziske banksystem med dets beskyttende regler om bankhemmelighed, nummerkonti mv. (se bl.a. herom Ziegler, 1990). Disse problemstillinger falder udenfor denne artikels rammer, men skal dog fremhæves, fordi de bl.a. understreger begrænsningen i, hvad der lader sig se fra gadeplan.

Narkotikapolitikens omkostninger

Ifølge det seneste FN-skøn UNFDAG, (februar 1990) omfatter den årlige pengeindtjening i forbindelse med illegalt narkotikasalg på verdensplan omkring 3-4 billioner kr., hvoraf højest 10% forbliver i de udviklingslande, hvor narkotikaen er fremstillet. Dette kolossale beløb gør den illegale narkotikaforretning til den næststørste multinationale industri, der findes på kloden – foran handlen med olie og kun overgået af våbenhandelen.

De samlede årlige omkostninger for det danske samfund i forbindelse med den illegale narkotika andrager omkring 2 milliarder kroner. Op mod en fjerdedel af dette beløb er udgifter til domstole, politiets efterforskning, fængsler o.l. En anden fjerdedel vedrører forsikringsselskabernes udbetalinger som følge af stofmisbrugerens kriminalitet (Green, 1989).

Narkotikaproblemet er utvivlsomt et af de samfundsforhold. Der i den sidste snes år har været af størst betydning for de ændringer, der er sket i de vestlige samfunds strafferetlige systemer. Det gælder især på det ressourcemæssige område, og indenfor dette især på den »tungeste« eller »strenge« del af dette system, men til en vis grad også på det formelle område. På intet andet område har

vi været vidne til så kraftige ressourcemæssige forøgelse eller så kraftige skærpelse af strafferammer. Nogle få oplysninger kan give et vist indtryk af, hvor meget narkotikaproblemet fylder i det strafferetlige system i *Danmark* (se især Wilhelm, 1990; Jepsen, 1989; Kruse, Winsløw & Storgaard, 1989; Justitsministeriet, 1990; Rigspolitichefen, 1990:

- * omkring 15% af kriminalpoltstyrken har narkotika som deres arbejdsområde
- * over 95% af alle telefon- og rumaflutninger er begrundet i mistanke om narkotikakriminalitet. Aflytningstilbøjeligheden har siden midten af 70-erne været stigende i narkotikasager
- * knapt hver femte varetægtsfængsling har sin baggrund i sigtelser for straffelovens § 191.
- * varetægts hyppigheden for narkotikasigtede (efter straffeloven) er næsten 100%
- * narkotikasagerne tegner sig for 60% af alle isolationsfængslinger under varetægt. Over 90% af de narkotikasigtede (efter straffeloven) isoleres under dele af eller hele varetægtsopholdet
- * strafferammen for straffelovens narkotikabestemmelser er 10 års fængsel (mod 6 år i 1968, hvor § 191 indsattes i den danske straffelov)
- * mere end 40% af alle idømte fængselsstraffe over 3 år vedrører narkotikasager
- * 38% af de indsatte i danske fængsler og arresthuse har forbindelse med narkotika. Omkring 1/3 af disse er stofmisbrugere og har stofkriminalitet som indsættelsesgrund, yderligere omkring 1/3 er stofmisbrugere, men har ikke stofkriminalitet som indsættelsesgrund, og den sidste tredjedel har stofkriminalitet som indsættelsesgrund, men er ikke selv stofbrugere.

Den narkotikapolitiske uenighed

Hvor meget og i givet fald hvordan det strafferetlige system skal bruges i bekæmpelsen af narkotikaproblemet, har ofte givet anledning til diskussion og debat. Over tid har denne diskussion varieret såvel i intensitet som i sit konkrete indhold. I Danmark havde vi en særlig intensiv periode fra midten af 60-erne til midten af 70-erne, der især drejede om kriminali-

tering/legalisering af hash. Fra midten af 70-erne til midten af 80-erne var den offentlige debat om narkotikaproblemer generelt af relativ beskedent omfang. Fra midten af 80-erne og fremefter er diskussionen tiltaget igen, ikke bare i Danmark, men i hele den vestlige verden. Denne gang drejer diskussionen sig først og fremmest om de »hårde stoffer«, og det centrale spørgsmål er især, om man skal fastholde eller yderligere intensivere den strafferetlige kontrol på området, eller om man skal sætte den strafferetlige kontrol i baggear, evt. helt ophæve den.

I det mindste i Danmark eksisterer der næppe hverken blandt »høgene« eller »duerne« nogen forestilling om, at narkotikaproblemet kan løses endegyldigt. Det er alene et spørgsmål om at mindske det onde, som narkotikaproblemet repræsenterer.

Debatten har været og er til tider meget følelsesbetonet, nærmest hadsk. Det kan måske umiddelbart undre, når det generelle mål for høgene og duerne for så vidt er det samme, nemlig en mindskning af narkotikaproblemet. Her skal rejses spørgsmålet om, hvori uenigheden består samt hvordan den kan afgøres, hvem der har ret.

Det er vigtigt at gøre sig klart, at uenigheden har to dimensioner. Den første dimension vedrører, hvilke *specifikke mål* man mener at kunne opnå ved skærpelse/slækkelse af den strafferetlige kontrol. For høgene fremstår det gerne som det væsentlige mål i størst muligt omfang at forhindre stofferne i at være til stede samt at forhindre befolkningen i at anvende dem. Duerne fremhæver gerne vigtigheden af at beskytte demokratiske samfund mod at blive ædt op indefra af illegale magtkonstellationer, at bevare og beskytte en retskultur

baseret på traditionelle retsstatlige idealer samt at mindske skadevirkninger for brugerne. Meget ville være vundet – megen uklarhed og måske endog uenighed undgået – hvis de specifikke mål altid blev gjort eksplicitte i den narkotikapolitiske debat.

Den anden dimension vedrører, i hvilken udstrækning forskellige *specifikke midler* er velegnede til at opnå de erklærede specifikke mål. Hvor stillingtagen til målene først og fremmest er et politisk/moralsk anliggende, er stillingtagen til midlernes virkning først og fremmest et empirisk spørgsmål. I princippet er det ad forskningsmæssig vej her muligt at afgøre, hvem der har (mest) ret. Når høgene eksempelvis ofte hævder, at høje strafferammer og strenge udmålte straffe for indsmugling og salg af narkotika reducerer antallet af stofmisbrugere, og når duerne ofte hævder, at den selv samme »medicin« gennem at presse stofpriserne i vejret mv. forærmer stofmisbrugere og øger deres kriminalitet, så er dette antagelser som – i princippet – kan efterprøves. Det er forbløffende så ringe interessen har været for så systematisk som muligt, og ikke bare ud fra mere eller mindre tilfældige indtryk, erfaringer og holdninger, at konfrontere de i debatten indbyggede antagelser med virkeligheden.

Systematisk udforskning af, hvordan udvidelser/indskrænkninger af den strafferetlige kontrol med narkotikaområdet vil påvirke antallet af stofmisbrugere, stofferens tilgængelighed, stofmisbrugernes kriminalitet og sociale situation mv. er naturligvis forbundet med meget store vanskeligheder (for en forholdsvis systematisk oversigt over argumenter for og imod legalisering/liberalisering af narkotika, se Thamm, 1989). For det første er det

i langt de fleste tilfælde vanskeligt for det enkelte land at lære af sine egne erfaringer. Det er eksempelvis vanskeligt at vurdere, hvad den skærpede strafferetlige kontrol i Danmark har haft for konsekvenser. Det skyldes især, at udviklingen hovedsagelig er gået i én og kun én retning. Der er ikke nogen modsatrettede udsving, man kan studere effekten af. Det skyldes endvidere, at de mulige ændringer, man kan observere i 'effektvariablene' kan have andre årsager. Det er ikke kun den strafferetlige kontrol, der har ændret sig over tid.

For det andet kan det være meget vanskeligt at lære af andres erfaringer. Der eksisterer en generel tendens – som år for år bliver stærkere og stærkere – til homogenisering af de enkelte landes narkotikapolitik på det strafferetlige område. Det skyldes konkrete pres fra lande som USA, almene tendenser mod indre marked(er) og en udbredt og rodfæstet antagelse om, at de enkelte lande må gøre det samme uanset i hvilken retning for at fordele byrden og problemerne mest muligt. Konsekvensen af den udvikling er, at der bliver mindre og mindre at studere, mindre og mindre potentiel for, at landene kan lære noget af hinanden. Endvidere kan forskellene, hvor de (stadig) eksisterer, være vanskelige at uddrage bestemte konklusioner fra, fordi de vedrører samfund der også på anden måde er meget forskellige. Det er eksempelvis forbundet med meget store problemer at sammenligne Holland og USA, en sammenligning der ellers ville være interessant, fordi vi i USA har et eksempel på et samfund, der de senere år har satset udsædvanlig stærkt på kontrolskærpelse, og i Holland på et samfund, der på visse områder har forsøgt sig med lempelig/liberal strafferetlig kontrol.

Det er muligvis ganske utopisk og urealistisk, men jeg vil alligevel fremføre det synspunkt, at som verdens narkotika-problem tager sig ud i dag, er det vigtigt, at de enkelte lande opretholder en vis *forskellighed* i deres narkotikapolitik, og at man ikke bare lader sig trække med i den almindelige strøm mod stigende ensartethed – en ensartethed, der har den amerikanske »war on drugs« som »forbillede«. Det er eksempelvis vigtigt og rigtigt, at de nordiske lande ikke opfører sig ganske ens i narkotikapolitisk henseende. Begrundelsen for dette standpunkt er først og fremmest, at det enkelte land her som på andre områder bør finde sig en tilgang, der passer sig bedst til dets særlige historiske, sociale og kulturelle forudsætninger samt at accepten af forskellighed indenfor ganske brede rammer er fuldt forsvarlig. Hvis man ser på, hvad der faktisk har været – og til dels stadig eksisterer – af forskelle mellem de europæiske lande med hensyn til kvantitative og kvalitative aspekter af den strafferetlige kontrol med narkotika, kan der findes ganske mange eksempler på, at selv betydelige forskelle ikke har givet anledning til særlige problemer (eksempelvis varierer strafferammerne for besiddelse af narkotika mellem 5 og 21 år i de europæiske lande, jf. Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989:56-57). Troen på forskellighedens betydning for, hvor og hvordan transit, indsmugling, salg og forbrug vil foregå, forekommer mig overdimensioneret. Endelig er der så hensynet til at øge mulighederne for at gøre os klogere på det narkotikapolitiske område. Dette hensyn får mig til direkte at plædere for en pligt til forskellighed på narkotikapolitiske område: Ethvert samfund bør i sin narkotikapolitik være ansvarlig for at

gøre visse dele anderledes end andre samfund og for ved sammenligning at udvurdere konsekvenserne af det, der gøres anderledes. Kun herved kan vi gradvist udbygge vor viden om konsekvenserne af forskellige strategier i narkotikapolitikken.

Efter min opfattelse bør de eksperimenter, der her efterlyses, først og fremmest gennemføres med sigte på at belyse de mulige konsekvenser af forskellige former for slækkelse/liberalisering af den strafferetlige kontrol på området. Denne opfattelse er dels baseret på overvejelser omkring, hvor jeg *tror* de mindst ugunstige effekter kan forventes, og dels på den mere forskningsstrategiske iagttagelse, at langt de fleste eksperimenter for tiden går i den anden retning.

Bern vs. Zürich

Det er i lys af denne optagethed af at finde muligheder for at lære af andre – og specielt af andre, der bevæger sig modsat hovedstrømmen – at den aktuelle situation i *Schweiz* er trukket frem indledningsvis.

Parallellerne mellem Danmark og Schweiz i såvel den førte narkotikapolitik som i det, der vides om narkotikaproble-mets omfang for perioden fra slutningen af 60-erne og frem til midten af 80-erne, er slående (vedrørende narkosituationen i Schweiz, se Heine, 1987). Lighedspunkterne er dominerende, forskellene små. De forskelle, der *kan* konstateres, består først og fremmest i, at udviklingen i Schweiz ligger nogle år efter udviklingen i Danmark. Til gengæld har skærpsen af den politimæssige og den strafferetlige kontrol været mere intensiv og »hårdere« sammenlignet såvel med Danmark som med en

række andre vesteuropæiske lande: »Auch lässt sich nicht verkennen, dass die schweizerische Drogenpolitik vergleichsweise recht »repressiv« anmutet« (Kaiser, 1988:239). Jeg har andentsteds mere detaljeret redegjort for disse forhold (Balvig, 1987/1988; 1990a). Der er imidlertid to andre aspekter, der har særlig interesse på baggrund af ønsket om at studere resultater fra forsøg på liberalisering af den strafretlige kontrol af narkotika. For det første de *variationer* omkring den generelle kurs på narkotikaområdet, som i en længere årrække har været fremherskende indenfor det schweiziske samfund, og for det andet de tendenser til ændring af selve den *generelle* kurs, som har vist sig siden midten af 80'erne.

De lokale variationer i den førte narkotikapolitik i Schweiz har været meget betragtelige og klart større end i Danmark. Blandt de områder, der er blevet kendt for en relativ mild og liberal orientering er den kanton, hvori hovedstaden ved samme navn og parlamentet ligger, Bern. Blandt de områder, der er blevet kendt for en særlig hård kontrolmæssig kurs er landets mest folkerige kanton, Zürich. Den relativt liberale kurs i Bern har bl.a. givet sig udtryk i en vis tilbageholdenhed fra politiets side i forhold til narkotikamiljøerne samt oprettelse af de såkaldte »fixerräume« (se nærmere om legaliteteten af fixerräume hos Schultz 1989b), hvor stofmisbrugerne har kunnet tage deres fix under hygiejniske omstændigheder. Den relativt liberale, behandlingsorienterede kurs i Bern har formentlig sin rod i mere generelle og historisk betingede forhold. Eksempelvis er Bern også et af de første steder i Europa, hvor man finder eksperimenter med at erstatte traditionelle straffe med

samfundstjenste. Dette skete i 1959 og – præcis som ved nutidens fixerräume – som en uformel praktisk foranstaltning uden nogen egentligt regelgrundlag (præcis som ved nutidens fixerräume). Med en enkelt undtagelse afholdt netop det faktum, at den nye sanktionsform lå »udenfor loven«, de andre kantoner fra straks at gøre det samme (Kalmhout & Tak, 1988:104). Eksperimentet i Bern er i litteraturen blevet beskrevet som en stor succes og var vel en væsentlig baggrund for, at Schweiz på nationalt plan – som det første land i Vesteuropa – indførte samfundstjenste som en principal sanktion i 1971. Der findes næppe andre grundholdninger blandt politifolk i Bern i forhold til andre steder, der kunne forklare tendenserne. Der er snarere tale om en særlig stærk indflydelse fra en usædvanlig magtfuld og velkoordineret behandlingssektor, der i højere grad end andre steder har kunnet holde traditionelle repressive politimæssige holdninger i skak (om behandlingssektorens narkotikapolitiske holdninger i Schweiz som helhed i forhold til justitsvæsenet og det administrative system, se Umfrage..., 1987). Behandlingsarbejdet med stofmisbrugere i Bern er samlet i organisationen CONTACT (Wehrlin, 1987). Den grundlæggende filosofi bag denne organisations behandlings- og hjælpearbejde går ud på at betragte stofmisbrug som noget midlertidigt, der måske varer 10-15 år i en persons liv – det er ikke nogen »kronisk« tilstand, men heller ikke noget der kan »helbredes« hurtigt. Ifølge denne filosofi må bestræbelserne sættes ind på at bevare stofmisbrugerens sundhed – sørge for at de ikke dør, at de ikke får AIDS osv. – og at de i det hele taget kommer til at leve et så menne-skeværdigt liv som muligt i deres stofmis-

brugsperiode. Hovedtanken er at betragte og »behandle« stofmisbrugere som almindelige mennesker, der har behov for og krav på overlevelshjælp.

Andetsteds har jeg forsøgt at gøre konsekvenserne op af dette Bern vs. Zürich »eksperiment« (Balvig, 1987/1988/1990a; 1990b). I korte træk tegner der sig følgende forskelle med hensyn til de virkninger, der især betones i narkotikapolitiske debatter (se desuden Drogen...; Umfrage..., Maag, 1989; Schultz, 1989a):

- * det er usikkert, hvordan udviklingen i antal stofmisbrugere har været. Formentlig har der været en vis stigning begge steder (antallet af intravenøse heroinmisbrugere ser ud til at ligge på omkring samme niveau i Danmark og Schweiz i forhold til folketallets størrelse, men estimerne er begge steder ganske usikre). Fra 1979 til 1985, dvs. under en del af den meget restriktive periode, menes antallet af intravenøse stofmisbrugere i hele Schweiz at være steget med mere end 50%
- * stofpriserne er steget stærkest i Zürich og der til et niveau, der gør/gjorde dem til nogle af de højeste i Vesteuropa
- * de højere stofpriser i Zürich har tiltrukket professionelle, herunder især udenlandske, narkotikasælgere
- * de lavere stofpriser i Bern ser i den første del af perioden ikke ud til at have virket specielt tiltrækkende på stofmisbrugere fra andre kantoner eller udlandet, men dog nok i den sidste del af perioden, og her især pga. den frie sprøjteudlevering, den gode adgang til at få hjælp mv. Opgørelser fra 1989 viser, at 1/3 af de af myndighederne kontaktede stofmisbrugere i Bern var fra selve byen, yderligere 1/3 kom fra

den øvrige del af kantonen og den resterende tredjedel fra andre kantoner eller fra udlandet (Der Bund, 1990)

- * forarmningsprocessen, således som denne giver sig udslag i blandingsmisbrug, dødsfald, kriminalitet og psykiske lidelser, har været stærkest for stofmisbrugere i Zürich, i hvert fald indtil de allerseneste år.

Umiddelbart tyder disse konsekvenser således på, at resultaterne gennemgående er gunstigst der, hvor man har praktiseret den mindst restriktive kontrolpolitik, dvs. i byen og kantonen Bern. Den gennemførte analyse følger dog kun udviklingen i detaljer frem til midten af 80-erne. Ved politiets offentliggørelse i maj 1990 af narkotikatalene for kalenderåret 1989 blev det dels konstateret, at antallet af narkotikadødsfald var steget stærkt i Schweiz som helhed, og dels hævdet, at stigningen var stærkest i de områder, hvor man havde den mest liberale narkotikapolitik og *offene drogzenen* – som i Zürich, Bern og St. Gallen (se f.eks. aviserne Der Bund, Neue Zürcher Zeitung, Berner Zeitung, Tages Anzieger og Basler Zeitung fra 30. maj 1990). Påstanden blev dog øjeblikkelig mødt med skepsis fra andre eksperter.

Som det fremgår såvel af dette som af den indledende beskrivelser fra forsommeren 1990, er kursen ændret i Zürich: Man er slået ind på en mere liberal kurs i stil med den Bern'ske. Udover den »åbne narkotikaarena« har ændringen bl.a. også givet sig udslag i en vedtagelse i byrådet i Zürich i maj 1990 – nøjagtig 10 år efter de såkaldte opera-optøjer, der blev startsignalet for en mere hård konfrontationspolitik i forhold til ungdom og stofmisbrugere i Zürich – om at oprette fixerräume, en

vedtagelse som inden dens evt. iværksættelse vil blive prøvet ved en lokal folkeafstemning. Af statistikken over anholdelser kan man direkte aflæse, hvordan politiets indgreb overfor stiknarkomanerne i selve byen Zürich de seneste år er faldet såvel absolut som relativt (Stadt Zürich..., 1988; se også Bodmer, 1989:8). Fronterne i den schweiziske narkotikadebat markeres i aftagende grad af enkelte specifikke kantonner i forhold til hinanden og i stigende grad af relativt liberale tysksprogede kantonner i den nordlige og midterste del overfor – stadig – relativt »konservative« franske kantonner i den vestlige del af alpelandet.

Et vist indblik i debattens hovedpunkter i Zürich forud for juni 1990 kan man få ved at studere den journalistiske behandling af emnet i den største avis, *Tages Anzeiger*. Her kan man finde artikler med bl.a. følgende overskrifter:

- 25.03.88: *Hoffnungslosigkeit beherrscht die Drogenszene*
- 25.03.88: *Warum so viele Drogentote?*
- 27.09.88: *Süchtig, krank und obdachlos. In der Drogenszene am Platzspitz wird das Elend immer grösser.*
- 02.11.88: *Die »weiche Droge« Haschisch freigeben?*
- 04.11.88: *Wie die »Libanon-Connection« in der Schweiz eine Milliarde Schmutzige Dollar sauber wusch*
- 25.11.88: *Zürcher Justitz ist Geldwäschern nicht gewaschen*
- 01.12.88: *So schlüpfen Geldwäscher durch die Maschen der Justitz*
- 20.01.89: *Banken wollen keine Polizisten sein. Bankiervereinigung gegen einen Geldwaschartikel, der Fahrlässigkeit bestraft*
- 16.03.89: *Basler Impulse für neue Drogenpolitik: Wird Handeln zum »Gebot der Stunde«?*
- 20.06.89: *»Die bestrafung des Drogenkonsums hat sich als wirkungslos erwiesen«.*

- Expertenkommission schlägt Strafbefreiung des Drogenkonsums vor*
- 20.06.89: *Drogenpolitik ohne Tabu*
- 20.06.89: *Fixerräume sind zulässig*
- 29.08.89: *Heroinabgabe: Viel Skepsis*
- 31.08.89: *Die SP ist für Gratisabgabe von Heroin*
- 02.09.89: *Ärztlich kontrollierte Abgabe von Drogen?*
- 07.09.89: *Heroinverteilung weiter durch die Mafia?*
- 12.09.89: *Drogenkonsum soll nicht mehr bestraft werden. Unter Namensaufruf bestimmt sich der Kantonrat für neue Wege in der Drogenpolitik*
- 24.10.89: *Luzerns Drogenszene nicht vertrieben, sondern besser betreuen. Fachkommission plädiert für eine offene Drogenpolitik.*
- 06.02.90: *Geld stinkt wirklich nicht. Das Bundesbericht verweigert das Einziehen von Drogengeld*
- 19.02.90: *Drogenproblem: Zürcher geben sich liberal*
- 20.03.90: *Geldwäscherei wird strafbar. Auch Ständerat stimmt neuen Strafnormen zu*
- 31.03.90: *»In Zürich weiss keiner, was der andere will« Rotterdamer Polizeiinspektor besuchte Zürich*
- 19.04.90: *Suchtverhalten und Drogenpolitik im Jahr 2000*
- 20.04.90: *40 Rezepte gegen die Geldwäscherei*
- 20.04.90: *Kampf gegen Geldwäscherei: Was in der Schweiz noch zu tun bleibt*
- 20.04.90: *Die Polizei – nur noch Freund und Helfer?*
- 20.04.90: *Drogenproblem: Gemeinden sollen die Stadt entlasten*
- 20.04.90: *Neue Hilfseinrichtungen im Kanton Zürich*
- 26.04.90: *Die Schweiz will hilfe für ihre Süchtigen. Laut Umfrage ist die Mehrheit gegen eine Kriminalisierung*
- 27.04.90: *Politik der Konfrontation hat Probleme nicht gelöst*
- 04.05.90: *Drogenpolitik – aber wie?*
- 10.05.90: *Legalisierung gegen Kriminalisierung abwägen*
- 17.05.90: *Noch kein Entscheid über Fixerräume. Das Volk dürfte das letzte Wort haben*
- 19.05.90: *Drogenszene war Hauptthema im Quartierverein Industrie*
- 30.05.90: *Ein fünftel mehr Drogentote*

- 31.05.90: *Zürcher Gemeinderat für fixerräume*
 31.05.90: *Die Stadt soll Fixerräume schaffen. Der Souverän hat in einer Volksabstimmung das letzte Wort.*

Et nærmere studium af ikke blot avisdebatten, men af den offentlige debat i det hele taget får mig – selv om det ellers ville styrke min argumentation – til at betragte det som usandsynligt, at det er eksemplets magt, der har været afgørende for kursændringen i Zürich.

For det første har man kun i ringe grad i Schweiz vurderet og analyseret effekterne af kantonernes forskellige narkotikapolitik. Der er snarere tale om reaktioner på synliggjorte egne problemer såsom udviklingen i AIDS-ramte samt narkotikadødsfald. Især AIDS-problematikken, hvor situationen i Schweiz og i særdeleshed i Zürich er værre end noget andet sted i Europa (Seidenberg, 1989:83), har utvivlsomt spillet en meget stor rolle. En analyse gennemført i 1989 konkluderer: »Immer wieder Stimmen in der Presse laut, die eine Lockerung der Drogenpolitik fordern, besonders im Zusammenhang mit der AIDS-Problematik« (Bodmer, 1989:39).

For det andet er udviklingen i Zürich på flere punkter – dog bortset fra adoptionen af fixerräume – »ubevidst« og tilfældig. Den »åbne narkotikascene« er således ikke en foreteelse, der har været tilstræbt, eller som der overhovedet har foreligget eksplicite ønsker omkring. Den er et produkt af, at politiet er blevet mere tilbageholdende med razziaer mv., hvilket på sin side bl.a. kan henføres til almindelig træthed over den udsigtsløse flytten stofmisbrugere rundt i byen, personændringer i politiledelsens sammensætning og/eller at stofmisbrugere nu er søgt hen til et sted – *Platz-*

spitz – der ikke giver anledning til så mange klager fra befolkningen som før (parken ligger som nævnt isoleret fra forretninger og beboelseskvarterer i modsætning til flere af de tidligere tilholdssteder). Helt uden klager har man dog ikke været (se bl.a. Tages Anzeiger, 19.05.90).

For det tredje reflekterer den bevidste del af kursændringen snarere et gennemslag af generelle tendenser i det nationale politiske og administrative system, som igen ikke – selv om der naturligvis er tale om et samspil – hidrører specielt fra erfaringer fra en ganske bestemt eller få bestemte kantoner. Forklaringen på, hvorfor Schweiz tilsyneladende i væsentlige henseender narkotikapolitisk er på vej til at gå imod hovedstrømmen, ligger ikke umiddelbart for, men er i det mindste i tydelig forlængelse af en generel tendens til tolerance og mildhed i det schweiziske strafferetlige system, der på dette område får alpelandet til langt mere at ligne Holland end de store omgivende industrilande, Tyskland, Frankrig m.fl. (for et nærmere bud på en forklaring af denne generelle tendens, se især Balvig 1987/1988; (1990a; desuden Queloz, 1987).

Schweiz vs. det øvrige Europa

Det første tegn på en kursændring på det nationale niveau i Schweiz går tilbage til 1983. En officiel kommissionsrapport fra sundhedsministeriet konkluderede her, at ressourcerne inden for stofbekæmpelsen uforholdsmæssigt meget var blevet anvendt på narkotika og uforholdsmæssigt lidt på alkohol, medicin og tobak (Drogenbericht, 1983). Det er siden påvist, at mindst 9% af alle dødsfald i Schweiz

skyldes tobakmisbrug (Rauchen..., 1989; om alkoholens skadevirkninger i Schweiz, se Alkoholbericht, 1989). I 1984 plæderede en gruppe under den schweiziske kriminalforsorg for afkriminalisering af narkotikaforbrug. Ønsket blev gentaget af en anden arbejdsgruppe i fængselsvæsenet året efter.

Der er sidenhen fremlagt planer om at gennemføre en grundlæggende revision af hele den schweiziske straffelov m.v. Disse planer er udarbejdet af nestoren i schweizisk strafferetsvidenskab, professor dr. Hans Schultz fra Bern (Schultz, 1985). Schultz er en fremtrædende »due« på narkotikaområdet og har med stærkere og stærkere tyngde bl.a. plæderet for total afkriminalisering af forbrug/besiddelse af narkotika. Han har også gjort sig til talsmand for en eller anden form for legal distribution: ».. decriminalization of drug consume is the thing to be done, combined with a system to get officially drugs of good quality at a decent price. Production and handling of and dealing with drugs outside the legal system has to be punished severely« (Schultz, 1989a:376).

Det var i 1986, de første fixerräume oprettedes i Schweiz, og samme år fremlagde to andre fremtrædende eksperter, bl.a. præsidenten for kriminalretten i Basel Peter Albrecht, et konkret forslag til en revision af den schweiziske narkotikalovgivning. Man foreslog her meget betydelige nedsættelser af maksimumstraffene og fuldstændig afkriminalisering af forbruget (Joset og Albrecht, 1986). Den schweiziske forening for narkotikaeksperter udtrykte i en kommentar til forslaget sin støtte til forslaget om afkriminalisering, men ikke til forslaget om nedsættelse af strafmaksima. Nogle år senere, i 1990,

blev Peter Albrecht i et interview spurgt, om han som jurist og retspræsident stod helt alene med sine synspunkter. Han svarede: »Das Problem Drogensüchtigen hat sich in den letzten drei Jahren derart verschlimmert, dass auch in den Gerichten ein Umdenken stattfindet. Ich fühle mich nicht mehr so isoliert wie auch schon« (Ist..., 1990). Den anden af forslagsstillerne, Dr. Pierre Joset, var i december 1989 medstifter af en organisation – Schweizerische Liga gegen Drogenprohibition – hvis formål er at arbejde for legalisering af narkotika.

Forskning er blevet gennemført og publiceret i Schweiz, som viser, at behandling af heroinmisbrugere, eksempelvis i form af ambulans methadonbehandling – der er meget anvendt i Schweiz og som absolut hovedregel følges op af en social-pædagogisk behandling (Methadonbericht, 1989) – eller behandling på terapeutiske institutioner klart giver bedre resultater end fængselsophold: »One may conclude therefore that residential long-stay abstinence treatment and, to a lesser degree, methadone maintenance improve significantly the prognosis concerning delinquency in heroin dependent persons. They also improve their chances to become socially integrated in the course of years, in a satisfactory manner« (Uchtenhagen, 1988:853).

En stigende skepsis overfor at bekæmpe problemet ved hjælp af politi og straffesystem er mærkbar i adskillige officielle betænkninger og udtalelser i en række af kantonerne gennem de seneste år. F.eks. konkluderede en af byrådet i Luzern nedsat arbejdsgruppe, hvor også politiet var repræsenteret, i oktober 1989: »Es helfe nichts, die Drogenszene mit ordnungspolizeilichen Interventionen aus dem

innerstädtischen Bereich zu vertrieben« (jf. Tages Anzeiger, 24.10.1989; se om andre initiativer f.eks. Tages Anzeiger, 2.11.19: Die »weiche Droge« Haschisch freigeben?; 16.3.1989: Basler Impulse für eine neue Drogenpolitik: Wir Handels zum »Gebot der Stunde«).

I juni 1989 udsendtes påny en officiel kommissionsberetning, der fulgte op på beretningen fra 1983 (Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989). Blandt denne beretnings punkter er forslag om afkriminalisering af alle former for narkotikaforbrug samt forslag om nedsættelse af straffene for narkotikarelateret kriminalitet, begået af folk der selv er stofmisbrugere. Betænkningen understreger, at især behandlingstilbuddene må intensiveres, og at der må satses stærkt på, at forbruget af narkotika – via rene sprøjter mv. – gøres så risikofrit som muligt. Samtidig lægges der op til en forstærket strafferetlig indsats mod især hvidvaskning af narkotikapege og professionel handel/indsmugling af narkotika, begået af personer der ikke selv er stofmisbrugere.

Et af de mest bemærkelsesværdige forhold ved liberaliseringstendenserne i det schweiziske samfund er, at der efter forskellige opinionsmålinger at dømme synes at være dækning for disse i befolkningen. F.eks. har en repræsentativ udspejgning af 1.006 stemmeberettigede borgere mellem 20 og 74 år i byen Zürich vist, at 44% ubetinget gik ind for udlevering af heroin og morfin til stofmisbrugere under lægelig kontrol (Sonderegger og Bachofner, 1990). Yderligere 19% gik også ind for dette, men kun under visse betingelser. Et forslag om en sådan »fri« udlevering af heroin var i efteråret 1989 blevet foreslået af lederen af den sociale forvaltning i byen, byråds-

medlem Dr. Emilie Lieberherr (se bl.a. Neue Zürcher Zeitung, 6.10.1989). Ved samme rundspørge gik 61% imod en rømning af *Platzspitz*, overfor 30% der var tilhænger af en sådan rømning ved politiets hjælp. Et meget stort flertal mente, at der blev gjort for lidt for at hjælpe stofmisbrugere. I undersøgelsen konkluderes på følgende måde: »Ginge es nach dem Willen der vom Institut für Markts- und Sozialforschung LINK befragten Stadtzürcher beiderlei Geschlechts zwischen 20 und 74 Jahren, so könnten Stadt- und Gemeinderat eine weit progressivere Drogenpolitik als die gegenwärtige betrieben.« Andre undersøgelser for Schweiz som helhed viser tilsvarende tendenser (se f.eks. Cnattin-gius, 1989). Den i skrivende stund seneste landsomfattende undersøgelse konkluderer: »Die Schweiz will Hilfe für ihre Süchtigen. Laut Umfrage ist die Mehrheit gegen eine Kriminalisierung. Die Schweizer Bevölkerung gibt sich gegenüber Drogenabhängigen liberal.« (Tages..., 1990).

Konklusion

Vi ved fortvivlende lidt om det strafferetlige systems betydning i og for »kampen mod narkotika«. Dette til trods for, at den dominerende satsning i denne »kamp« – målt ved de anvendte ressourcer – netop ligger i disse strafferetlige systemer.

Der er for tiden en generel tendens på narkotikaområdet i den vestlige verden dels til en større *ensartethed* i de anvendte strafferetlige midlers karakter (strafferammer mv.) og dels til, at denne ensartethed går i *skærpente* retning – med den amerikanske »war on drugs« som »motor«. I denne artikel er der argumenteret for, at en

del af uenigheden mellem »høge« og »duer« på narkotikaområdet baserer sig på, at forskellige hensyn/delmål, betones i forskellig grad. Den del af uenigheden, der er en reel uenighed om de faktiske konsekvenser af forskellige tiltag mht. konkrete hensyn/delmål, burde kunne afklares empirisk. I forlængelse af denne opfattelse er der forsøgt argumenteret for en pligt til narkotikapolitisk *forskellighed* blandt de vestlige lande – et ansvar overfor at iværksætte eksperimenter og villighed til at prøve noget nyt. Der er forsøgt argumenteret for, at vi først og fremmest mangler og kommer til at mangle forsøg mv., der går i retning af *lempelser/liberalisering*. Schweiz er fremhævet som et af de lande, der indenfor en sådan referenceramme i øjeblikket fremtræder mest interessant (se også Swiss..., 1990). Ikke fordi man der på nogen måde kan hævdes at have fundet de vises sten på det narkotikapolitiske område, men fordi man viser vilje og handlekraft til at prøve selvstændige og nye veje. Det bør tillægges, at Schweiz gennemfører sine overvejelser og aktiviteter inden for et internationalt samarbejde og ikke udenfor. Schweiz har bl.a været medlem af »Pompidou-gruppen« under Europarådet siden 1985. Siden 1988 har Schweiz endvidere været fuldt medlem af den internationale narkotikaorganisation under FN (selv om landet som sådan ikke er medlem af FN), og i 1989 har Schweiz underskrevet den nye internationale konvention vedrørende illegal narkotikahandel.

Litteratur:

- Afgabe von Sterilen Injektionsbesteck an Drogenabhängige*, Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1988.
- Alkoholbericht*, Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989
- Bericht über die abgabe von sterilem injektionsbesteck an drogenabhängige*, Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1988
- Balvig, Flemming: *The Snow-White Image. The Hidden Reality of Crime in Switzerland*. Oslo: Norwegian University Press, 1988. Oprindeligt udgivet på dansk: *Hvid som sne. Kriminalitet og kontrol i Danmark og Schweiz*. København: SocPol, 1987. Desuden oversat til tysk og i denne oversættelse forsynet med en epilog om de seneste års udvikling: *Weiss wie Schnee. Die verborgene Wirklichkeit der kriminalität in der Schweiz*. Bielefeld: AJZ Verlag, 1990a
- Balvig, Flemming: »Narkotikakontrol i Schweiz«, i *Social Kritik*, 6:22-32, 1989
- Bodmer, Marc: »Drogen und Kriminalität«, *Kriminologisches Bulletin*, 15(2):5-48, 1989
- Bundesamt für Gesundheitswesen: *Aspekte der Drogensituation und Drogenpolitik in der Schweiz. Bericht der Subkommission »Drogenfragen« der Eidgenössischen Betäubungsmittelkommission*. Bern, juni 1989.
- Cnattingius, Katarina: »Folkemrøstning om narkotikalegalisering i Schweiz«, *Alkohol och Narkotika*, 5:10-12, 1989
- Der Bund: *Bringt eine offene Drogenpolitik mehr Drogentote?* 30.5.1990
- Drogenbericht*. Eidg. Betäubungsmittelkommission – Subkommission »Drogenfragen«. Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1983
- Drogen in der Schweiz. Jahresbericht der Kantone 1985*. Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1987
- Green, Jørgen: »Forhindrer forbud forbrug?«, i *Narkotika: Forhindrer forbud forbrug. Konferencerapport fra Falkonercenteret den 13. oktober 1989*. København: Alkohol- og Narkotikarådet, December 1989, s. 38-54
- Heine, G.: »Schweiz«, i Meyer, J. (red.): *Betäubungsmittel-Strafrecht in Westeuropa. Eine rechtvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundes-Kriminalamtes*. Freiburg: Beiträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1987, s. 559-654
- Ist die Schweizer Drogenpolitik am Ende?*, Interview med Peter Albrecht i *Brückenbauer*, 14.3.1990
- Jepsen, Jørgen: »Kontrolpolitikens skadevirkninger«, i *Narkotika: Forhindrer forbud forbrug. Konferencerapport fra Falkonercenteret den 31. oktober 1989*. København: Alkohol- og Narkotikarådet, December 1989, s. 15-22
- Joset, P. & Albrecht, P.: »Entwurf einer legalen

- Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelgesetz«, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1986, s. 243f.
- Justitsministeriet: *Notat vedrørende antal stofmisbrugere og stofkriminelle indenfor kriminalforsorgen den 19. september 1989*. Direktoratet for Kriminalforsorgen, juni 1990
- Kaiser, Günther: »Neue Wege im Schweizerischen Massnahmenvollzug«, *ZstW*, 100(1): 228-251, 1988
- Kalmthout, Anthon M. van & Tak, Peter J.P.: *Sanction-Systems in the Member-States of the Council of Europe*. Part I. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988
- Kalmthout, Anthon M. van: »Narkotika; et fælles problem i det Europæiske fællesskab', i *Social Kritik*, 6, 1990, s. 11-21
- Kruse, Sysette Vinding, Winsløw, Jakob Hilden & Storgaard, Annette: »Narkotikakontrol i Danmark«, *Alkohol- og narkotikarådets Skriftserie*, 14, 1989.
- Maag, Verena: *Umfang, Struktur und Entwicklung der strafrechtlichen Drogenkontrolle in der Schweiz. Eine kriminalstatistische Untersuchung*. Zürich: Soziologischen Institut der Universität Zürich, 1989.
- Methadonbericht. Suchtmitteleinsatz in der Behandlung Heroinabhängiger in der Schweiz*. Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989 (1. udgave 1984)
- Queloz, Nicolas: »La délinquance juvenile en Suisse: quelques elements d'illustration'. *Revue Internationale de Crimologie et de Police Technique*, 40(2):147-158, 1987
- Rauchen und Sterblichkeit in der Schweiz*, Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989
- Rigspolitichefen: *Politiets årsberetning 1989*. København, 1990
- Schultz, Hans: *Bericht und vorenwurf zur revision des allgemeinen teils des Schweizerischen strafgesetzbuches*. 1985 (Stencil: 372s.)
- Schultz, Hans: »Drugs and Drug Politics in Switzerland«, i Hans-Jörg Albrecht & Anton van Kalmthout (red.): *Drug Policies in Western Europe*. Freiburg: Beiträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht Freiburg, 1989a
- Schultz, Hans: *Gutachten zur rechtlichen Zulässigkeit von »fixerräume«*. Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1989b.
- »Scoring in the cities, 1: Bern and Basel«, *Anti-Prohibitionist News*, 2:2-3, 1990
- Seidenberg, André: »Ich bin Elvis Presley. Habe ich Aids?«, *Weltwoche*, 11.5.1989
- Sonderegger, von Alfons & Bachofner, Gaby: »Drogenproblem: Zürcher geben sich liberal? Ergebnisse einer TA-umfrage«. *Tages Anzeiger*, 19.2.1990
- Stadt Zürich – Geschäftsbericht des Stadtrates 1988*, Zürich: Jean Frey Druck.
- »Swiss scandal: Dirty tricks in a clean light«, *Anti-Prohibitionist News*, 1:6, 1990
- Tages Anzeiger: Die Schweiz will Hilfe für ihre Süchtigen*. 26.4.1990
- Thamm, Berndt Georg: *Drogenfreigabe – Kapitulation oder Ausweg?* Bonn: Verlag Deutsche Polizeiliteratur, 1989
- Uchtenhagen, Ambros: »Zum Delinquenzverlauf bei Heroinabhängigen«, i Jörg Schuh (red.): *Jugend and Delinquens*. Grösch: Verlag Rüegger, 1988, s. 337-368
- Umfrage zur revision des betäubungsmittelgesetzes*, Bern: Bundesamt für Gesundheitswesen, 1987
- Wehrlin, Marc: *Perspektiven zur Drogenarbeit und Drogenpolitik der Stiftung Contact-Bern*. Bern: Stiftung Contact-Bern, 1987
- Wilhjelm, Preben: »Kontrolpolitikken og retskulturen« i *Social Kritik*, 6, 1990, s. 40-43
- Ziegler, Jean: *Die Schweiz Wäscht Weisser. Die Finanzdrehische des internationale Verbrechens*. Zürich, 1990

Er det civile tvangsfuldbyrdsessystem tidssvarende?

Udviklingstendenser og tilbageblik

Af Gerda Rump Christensen

Stiller man spørgsmålet, om vort civile tvangsfuldbyrdsessystem er tidssvarende, opdages det, at denne tilsyneladende enkle og meget generelle problemformulering dækker over meget forskellige situationer. Desuden peger ordet »tidssvarende« ikke i nogen entydig retning.

Tvangsfuldbyrdsessystemet er oprettet til sikring af, at borgerens – og det offentliges – retskrav kan gennemtvinges, når kravet er fastslået ved dom eller på anden måde, og den »dømte« alligevel ikke opfylder.

I hverdagen indgås utallige retshandler, hvor borgeren binder sig til opfyldelse, oftest betaling (banklån, husleje, terminer, kreditkøb). Til hverdagsbilledet hører virksomhedernes drift (opkøb af råvarer, løn til de ansatte, afregning af moms og A-skat). Skattetrykket og renteniveaet i Danmark hører til verdens højeste. Udvekslingen af ydelser og penge er tiltaget med enorm hastighed de sidste 30-40 år. Hele vort samfundssystem er afhængigt af, at aftaler holdes, og krav bliver opfyldt.

»Samfundsmaskineriet« ville bryde sammen, hvis dette ikke skete.

Trods en generel velstand er vort civile tvangsfuldbyrdsessystem belastet af et overvældende antal *fogedsager* – årligt omkring 600.000 – og der er ikke udsigt til, at presset vil aftage. Et måske tilsvarende antal *inddrivelsessager* foretages gennem det offentliges pantefogeder. Over 14.000 ejendomme sælges på tvangsauktion. Mange tusinde familier sættes ud af deres lejligheder på grund af manglende huslejebetaling. 2.500 virksomheder tages under konkursbehandling.

Forskellige sagstyper

De fleste tvangsfuldbyrdsessager angår inddrivelse af pengekrav gennem *udlæg* i skyldnerens formuegenstande, ofte med efterfølgende tvangsrealisation (*tvangsauktion*) af disse. I en oversigt over Københavns Byrets Fogedret fordelte sagerne sig således i 1989:

Alm. udlæg	49.679
Pantebrevsudlæg	8.739
Udkørende fogedforretninger	11.119
Udsættelser (lejligheder)	6.560
Udpantningstilsigelse	23.955
Udkørende udpantningsforretninger	8.080
Udkørende for Kbhs Belysningsvæsen	3.122
Politifremstillinger	5.117
Begærede tvangsauktioner over fast ejendom	5.478
Afholdte tvangsauktioner over fast ejendom	875
Begærede tvangsauktioner over løsøre	419

Udkørende fogedforretninger foretages til besigtigelse af skyldnerens ejendom og bohave, tilbagebetaling af løsøre købt på kredit, og i sjældne tilfælde afhentning af børn (samværsret eller forældremyndighedsudøvelse). *Politifremstilling* kan foretages, når *rekvisitus* trods lovlig *tilsigelse* udebliver fra retsmødet. (De foreløbige retsmidler *arrest* og *forbud* udgør kun få sager).

Konkurssager behandles i skifteretten – i København Sø- og Handelsretten. Siden 1975 har *insolvente* skyldnere kunnet *anmelde betalingsstandsning* til skifteretten. I 1984 gennemførtes, at håbløst forældede personer kunne opnå *gældssaneringskendelse*.¹

1976-reformen og antallet af fogedforretninger

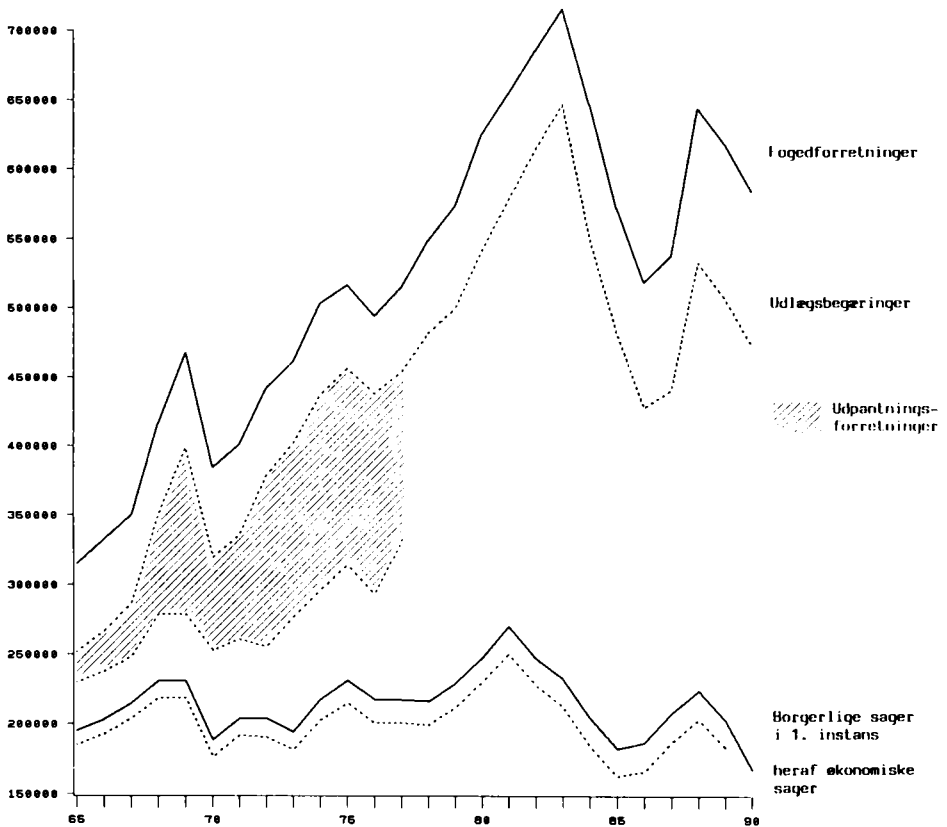
Retsplejelovens² oprindelige afsnit om *Eksekution* og *Tvangsauktion* erstattedes i 1976 af et nyt: *Tvangsfuldbyrdelse*. Indtil da vedrørte de få ændringer i dette afsnit mest en gradvis udvidelse af grundlaget for at kunne foretage eksekution, som oprindeligt var begrænset til *Domme*, *Kendelser*, *Forlig* (vedtaget for retten eller anden myndighed) og *tinglæste Pantebreve*, jfr. § 478. – Den oprindelige § 478 (stk. 2) gav også adgang til *Udpantning* og *Udsættelses- og Indsættelsesforretninger* uden foregående »Lovmaal og Dom«.

Ved retsplejereformen i 1976³ blev adgangen til udlæg uden dom udvidet væsentligt. § 478 omfattede nu – foruden de oprindelige udlægsgrundlag – *udenretlige skriftlige forlig*, *gældsbreve*, *pantebreve i almindelighed* (herunder *ejerpantebreve*), *veksler* og *checks*. Reglerne om udlæg og udpantning blev i de fleste henseender gjort fælles,⁴ § 478, stk. 2, mens det oprindelige kapitel om *Indsættelses- og Udsættelsesforretninger*, §§ 609-611, bibeholdtes.

Udvidelsen af adgangen til »umiddelbart udlæg« byggede på betænkning om *Udlæg og udpantning* (634/1971) med forslag til en *forenkling af fremgangsmåden* ved inddrivelse af pengekrav. Derved kunne spares tid og omkostninger.⁵ I »langt det overvejende antal retssager vedrørende krav, som hviler på aftale, har sagsøgte ingen indsigelser mod kravet. Sagsøgte er blot ikke i øjeblikket i stand til at betale sin skyld«. Sagen anlægges alene for at opnå et tvangsfuldbyrdesgrundlag. I de fleste tilfælde møder sagsøgte ikke i retten, og der afsiges dom i henhold til sagsøgers sagsfremstilling.⁶

1. Danmarks nuværende *konkurslov* (lov nr. 298 af 8. juni 1977 med senere ændringer) blev gennemført efter et omfattende reformarbejde og afløste den første danske konkurslov (lov nr. 51 af 25. marts 1872).
2. Retsplejeloven (lov nr. 90 af 11. april 1916) har siden ikrafttrædelsen i 1919 gennemgået en lang række gennemgribende reformer.
3. Lov nr. 258 af 26. maj 1976 (i kraft 1. jan. 1977).
4. Se herom Bernhard Gomard, *Fogedret* 3. udgave, København 1981, s. 18.
5. Se herom Finn Taksøe-Jensen, *Udlæg*, København 1977, s. 25.
6. Betænkning nr. 634/1971 om Udlæg og udpantning s. 35-39.

Figur 1.
 Årlige antal af fogedforretninger og udlægsbegæring sammenholdt med
 antallet af borgerlige sager i 1. instans.
 (Efter 1976 inddrives krav tillagt udpantningsret ved udlæg).
 (Kilde: Statistisk Årbog og Statistiske Efterretninger, 1962-1990).



Begrundelsen for at afskære overflødige retssager er i og for sig fornuftig og rationel. Problemet er blot, at har man skabt direkte adgang til fyldestgørelse, vil den blive anvendt med langt mindre tilbageholdenhed. Alene udsigten til direkte fuldbyrdelse kan tilskynde potentielle kreditorer til at indgå flere låne- og kreditaftaler end ellers.

Selv om fogedretten principielt kan *prøve indsigelser* mod forrettningens frem-

me, når der ikke har været truffet en domstolsafgørelse, vil dette kun være muligt i et fåtal af sager. Sagsbehandlingen i fogedretten må nødvendigvis være meget *summerisk*. Forretningen kan gennemføres uden rekvisiti tilstedeværelse (§ 495). Det er ikke sikkert, at rekvisitus er klar over, om han har en indsigelse, eller om han har mulighed for at fremsætte den.

Et tilbageblik over 30 år viser en voldsom stigning i antallet af fogedforretninger

fra 1977, hvor reformen trådte i kraft (fig. 1). – Parallelt med stigningen i antallet af begæringer om udlæg.

Nye regler om tilvejebringelse af et fuldbyrdelsesgrundlag alene ved afgivelse af påkrav til skyldneren, som det foreslås i betænkning om *Modernisering og forenkling af tvangsfuldbyrdelsen* (1201/1990),⁷ kan formentlig give en ny forøgelse af fogedsagerne uden sikkerhed for, at antallet af borgerlige sager i 1. instans nedsættes væsentligt (fig. 1).

1978-reformen og antallet af tvangsauktioner

Hverken skyldneren eller ejendommens panthavere kan modsætte sig udlæg i skyldnerens faste ejendom, eller at den senere begæres sat på tvangsauktion. Bort salg er en risiko, selv om terminsydelserne aldrig har været misligholdt.

I 1978 vedtoges en reform⁸ byggende på de i betænkning om *Tvangsauktion over fast ejendom* (800/1977) fremsatte forslag. (De hidtidige regler i retsplejelovens kapitel 51 havde deres oprindelse i lov om tvangsauktion fra 1891).

Et af hovedpunkterne i reformen var indførelsen af et *ventelistesystem* (§ 560), således at senere auktionsbegæringer stilles i bero, indtil tidligere er færdigbehandlet. Skyldneren kan derved lettere afværge auktionen ved at betale rekvirenten. (Er der budt på ejendommen, kan auktionen kun afværges med rettighedshavernes samtykke, §§ 575 og 576 og *UfR* 1982.122HKK, 1989.967Ø og 1990.710Ø).

I § 561 blev der indsat regler om afholdelse af et *vejledningsmøde*, »såfremt ejendommen benyttes til beboelse« for

skyldneren eller hans familie, og fogedretten kunne fastsætte en *afværgefrist*. Den tidligere § 570, stk. 1 – hvorefter enhver udlægshaver og panthaver med en *forfalden fordring* kunne kræve, at *der skrives til tvangsauktion*, når auktionsvilkårene var fastsat – blev ophævet. I tinglysningsloven indsattes § 42b, hvorefter en pantekreditor ikke (mere) kan forlange *kapitalen indfriet* som følge af en række opregnede grunde (udlæg i ejendommen, forfaldne ydelser ikke betales, osv.). Desuden indførtes en ny pantebrevsklausul, *tvangsauktionsklausul*, hvorefter pantegælden, medmindre andet var aftalt, forblev indestående i tilfælde af tvangsauktion.

Som det ses (fig. 2), formåede 1978-reformen ikke at bremse tvangsauktionerne. I juni 1990 vedtog folkettingen den såkaldte »Boligpakke« med »Foranstaltninger til imødegåelse af tvangsauktioner samt stimulering af omsætningen af ejerboliger«. Loven (forlænget to gange) indeholder mulighed for omprioritering og stempelfritagelse ved handler indtil 30. juni 1991. Der var dog stadig 14.262 tvangsauktioner i 1990. Anvendes ny »friværdis« til maksimal omprioritering, vil risikoen for tvangsauktioner næppe aftage.

Hovedindholdet af kritikken i betænkning om tvangsauktion over fast ejendom (s. 9) har større aktualitet end nogen sinde: »tvangsauktionerne fører til for små priser,

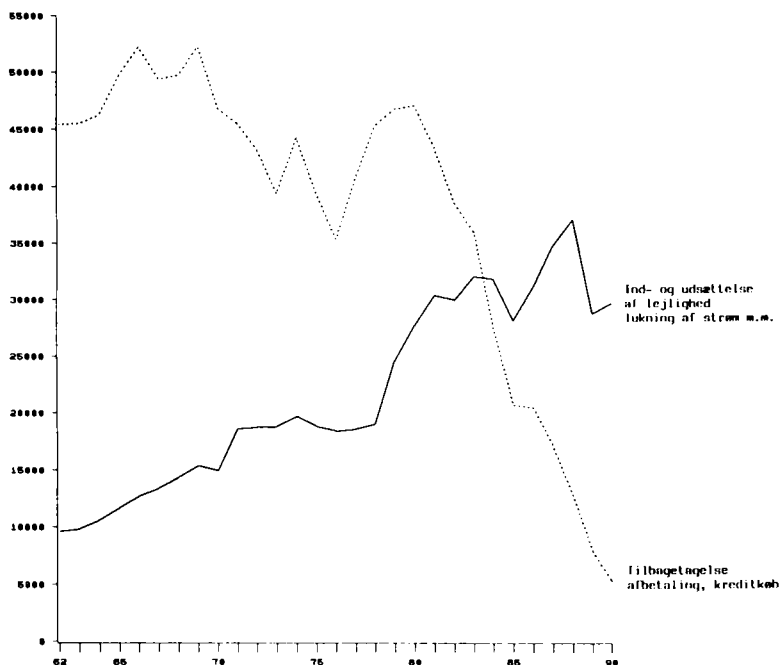
7. Betænkning nr. 1201/1990 om *Modernisering og forenkling af tvangsfuldbyrdelsen* indeholder s. 15-22 forslag om »Påkrav som alternativ til udeblivelsesdomme« og s. 87-107 et »Idékatalog« til »forenkling af justitsvæsenet«, afgivet af *Justitsministeriets spare- og forenklingsudvalg*, november 1988.

8. Lov nr. 291 af 8. juni 1978.

Figur 2.

Tvangsauktioner over fast ejendom.

(Kilde: Statistisk Årbog, 1962-1990, og Danmarks Statistik).



således at skyldnerens tab bliver unødigt store. Ofte vil resultatet blive, at skyldnerne fratages værdier med uoverskuelige personlige og økonomiske forhold til følge, samtidig med at kreditorerne kun opnår dækning i begrænset omfang«.

Ejendommene sælges netop for meget lave bud, ofte uden dækning til kreditforeringerne. Ejendommen »renses« for pantehæftelser. Men skyldneren vedbliver at hæfte for sin gæld. Hans eventuelle opsparing i ejendommen vil totalt være tabt. Bortsalg kan endda ske, uden at rekvirenten får andel i budet (§ 575). Dette forekommer meningsløst.

Tvangsauktionen er ikke kun en ulykke for skyldneren og for de panthavere, som ikke fik andel i budet (f.eks. en tidligere

ejer). Over 3/4 af tvangsauktionerne rammer ejendomme, som er bolig for skyldneren og hans familie (landbrugsejendomme, enfamiliehuse og ejerlejligheder).

Udsættelse af lejemaal og tilbagebetalingsforretninger ved afbetalings- og kreditkøb

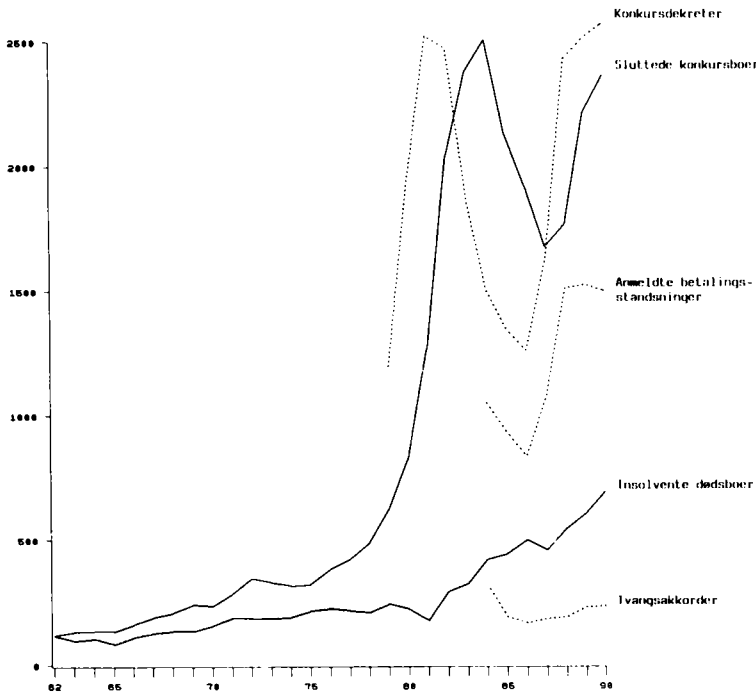
Tendenserne ved udsættelses- og tilbagebetalingsforretninger tegner et anderledes billede (se fig. 3).

Det antages, at ca. 20.000-30.000 husstande hvert år sættes ud af deres lejligheder på grund af manglende huslejebetaling. Indboet sælges på auktion, hvis ejeren ikke indløser det efter opbevaring.

Figur 3.

Kurven for ind- og udsættelsesforretninger (§ 609) ved manglende betaling af husleje, af elregning m.m. stiger jævnt gennem årene uden voldsomme udsving som i fig. 1 og 2. Kurven for tilbagetagelsesforretninger falder brat.

(Kilde: *Statistisk Årbog*, 1962-1990 og Danmarks Statistik).



Udsættelsen vil ofte være velfærdstruende for en familie. Der er sjældent gengangere.

I perioden 1962-1990 er ind- og udsættelsesforretningerne øget jævnt fra ca. 10.000 til ca. 30.000.

Antallet af tilbagetagelsesforretninger ved misligholdelse af afbetalings- og kreditkøb er derimod faldet fra ca. 50.000 til under 10.000 i samme periode. Afbetalingshandelen kan være gået tilbage på grund af den almindelige økonomiske stagnation. Men der er nok ingen tvivl om, at *kreditkøbsloven* (i kraft 1. april 1983) med en langt mere reguleret beskyttelse af køberen, navnlig forbrugeren, har lagt en dæmper på sælgerens lyst til opfyldelse

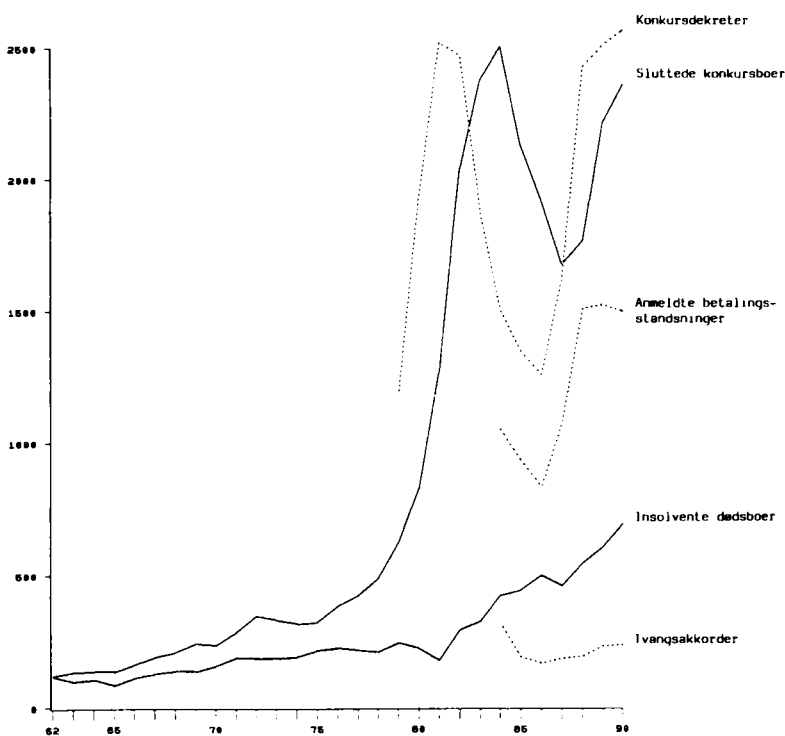
gennem en tilbagetagelse af det solgte.⁹ (Undertiden er der i stedet for en kontrakt udstedt et gældsbevis, *UfR* 1985.680Ø, eller et frivilligt forlig). Fogedretten skal *ex officio* påse, at opgørelsen er sket efter reglerne i kreditkøbsloven,¹⁰ at der foreligger den nødvendige kvalificerede misligholdelse, osv.

Kreditkøbsloven er et eksempel på, at fogedforretningernes antal kan begrænses, når det gøres mindre attraktivt at benytte tvangsfuldbyrdsessystemet.

9. Betænkning nr. 839/1978 om *Køb på kredit*.

10. Kreditkøbslovens regler afløstes og videreførtes fra 1. januar 1991 i lov nr. 398 af 13. juni 1990 om *kreditaftaler*.

Figur 4.
 Årlige antal konkursdekreter, sluttede konkursboer,
 anmeldte betalingsstandsninger, insolvente dødsboer og tvangsakkorder.
 (Kilde: Statistisk Årbog, 1962-1990, og Danmarks Statistik).



Bevægelser i antallet af konkurser

Det samlede antal fallitboer eller konkurser i Danmark var i årevis meget lavt. Først ved *konkursreformen* i 1977 steg konkurserne markant (fig. 4).

I 1990 blev der indgivet 5.524 *konkursbegæringer*. Et stort antal konkursbegæringer tilbagekaldes efter en kort udsættelse af behandlingen, f.eks. når skyldneren indfrier konkursrekvirentens fordring.

Om året afsiges ca. 2.500 *konkursdekreter*. En mindre del af konkursboerne har været gennem en periode med *anmeldt*

betalingsstandsning. Kun få boer gennemfører en *tvangsakkord* (200). Der er ikke udsigt til, at antallet af konkurser vil falde. (I 1990 gennemførtes 2.016 sager om *gældssanering*).

Sammenlignes kurverne for *insolvente dødsboer* og for *sluttede konkursboer* i årene indtil konkursreformen i 1977, ses det, at de næsten følges. Det er påfaldende, at konkurserne steg så pludseligt efter 1977/78 uden en tilsvarende stigning i antallet af insolvente dødsboer. Måske skal en mulig forklaring søges i, at betingelsen for skyldnerens insolvens i konkursloven af 1977 har fået hovedvægten på skyld-

nerens *illikviditet*, kl § 17, stk. 2.¹¹ Det må være enklere at bevise, at en skyldner er ude af stand til at betale sine gældsposter, efterhånden som de forfalder, end at skulle godtgøre, at en skyldners bo er utilstrækkeligt til betaling af hans gæld, jfr. den tidligere konkurslovs § 42. Ofte vil skyldnerens manglende betalingsevne være sammenfaldende med hans formues underbalance. Men i store boer kan aktivmassen ikke opgøres uden stor usikkerhed.

Inddrivelse af offentlige krav ved pantefogeder

Efter retsplejelovens ikrafttræden 1919 ønskede flere kommuner selv at ansætte fogeder til inddrivelsesarbejdet. I en forsøgsordning (1922-1925) udnævnte nogle kommuner egne pantefogeder. Ved *kildeskattelovens* ikrafttræden 1970 fik kommunerne pligt til at ansætte pantefogeder. Ved siden af det kommunale blev der etableret et tilsvarende inddrivelsessystem under toldvæsenet.

1. maj 1990 omorganiseredes pante- og toldfogedernes arbejdsområde. Pantefogederne inddriver herefter kommunale krav vedrørende den enkelte borger (skatterestancer, forskudsudlagt underholdsbidrag, tilbagebetalingskrav efter bistandsloven o.lign.), mens told- og skattefogederne nu inddriver krav mod virksomheder (told, moms, ikke afregnede A-skatter, selskabs-skatter o.lign.). Inddrivelse ved pantefogeder har hjemmel i lov om fremgangsmåden ved inddrivelse af skatter og afgifter m.v. (nr. 278 af 26. maj 1976 med senere ændringer).¹²

Den største del af pantefogedforretningerne prøves ikke ved domstolene. Den

samlede restancemængde angives nu at være 30 milliarder. Det er umådeligt vanskeligt at overskue og efterprøve, om alle oplysninger er korrekte i det vældige administrative system, som i omfang ganske må sidestilles med fogedretternes samlede virksomhed.¹³

Et tilbageblik på reformarbejdet ved gennemførelsen af det danske retsplejesystem

Før retsplejelovens vedtagelse (1916) skete tvangsfuldbyrdelse gennem et to-strengt system med eksekution af »borgerlige« krav ved underretten og inddrivelse af offentlige krav (skatter m.m.) gennem udpankning ved dertil bemyndigede fogeder.

Da retsplejeloven efter lang tids kommissionsarbejde trådte i kraft – 70 år efter *Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1849* – gennemførtes en ny procesordning efter forfatningens krav om adskillelse af den dømmende og den administrative magt.

11. Herom Mogens Munch, *Konkursloven*, 6. udgave, København 1988, s. 199-206.
12. Ifølge § 5 foretages udlæg, hvis ikke andet er bestemt efter loven, efter reglerne i retsplejelovens kapitler 45-47. – Efter kildeskatteloven og en række andre særlove kan offentlige krav inddrives ved *lønindeholdelse*. Ved lovene nr. 377 af 6. juli 1988 og nr. 380 og 391 af 6. juni 1991 er adgangen til lønindeholdelse udvidet betydeligt (langt flere restancetyper – indeholdelse op til 20 pct. af lønnen efter fradrag af skat, ksl. § 73, stk. 3).
13. Der føres ikke en samlet statistik over inddrivelse af det offentliges krav. I *Toldvæsenets Årsberetning 1989* (s. 51) oplyses, at toldvæsenet i sit restancearbejde foretog 180.810 *udlægstilsigelser* og 54.947 *udlægsforretninger*. Desuden oplyses (s. 51), at der foretoges 17.813 og 25.336 *modregninger* i henholdsvis skattevæsenets og toldvæsenets udbetalinger.

Retsplejeordningens hovedprincip var, at fogeden skulle være dommer. Politimesteren og sognefogeden (på landet) fik dog bemyndigelse til at foretage eksekution, »naar Dommen eller Forliget lyder paa Betaling af en Pengesum, der bortset fra de efter Sagens Begyndelse paaløbne Renter og Sagsomkostninger ikke overstiger 100 Kr., og Genstanden for Eksekutionen derhos ikke er fast Ejendom« (§ 480). Politiet blev pligtig – men kun »paa Forlangende« – at understøtte fogeden i forretningens udførelse.

Det ældgamle tvangsmiddel *udpantning* knyttedes til den almindelige retspleje.¹⁴ Udpantning kunne først foretages, når fogeden ved kendelse (påtegnet begæringen) havde bevilget det, dog på rekvirentens ansvar, for så vidt fordringens rigtighed angik. Udpantningen skulle iværksættes af fogeden, men kunne, når fordringen ikke oversteg 100 kr., og genstanden for udpantning ikke var faste ejendomme, ske ved politimesteren og sognefogeden (§ 600).

Fogeden skulle være i besiddelse af de egenskaber, som udfordres for at være dommer. (Proceskommissionens Udkast af 1877).

I Motiverne til *udkast til Lov om den borgerlige Retspleje 1877*¹⁵ (s. 180) sammenlignes den danske tvangsfuldbyrdelsesmåde med den franske og den tyske ret, hvor »Tvangsmyndighedens Udøvelse for en væsentlig Del [er] henlagt til en underordnet Betjent (huissier, Gerichtsvollzieher), som ikke har nogen Juristktion og ikke forudsættes at være Jurist. Han handler vel under et almindeligt Tilsyn af Retten; men naar kun det fornødne Exekutionsgrundlag haves tilstede, iværksætter

han selvstændigt og paa egen Haand efter Rekvirentens Forlangende de exekutive Handlinger uden hensyn til, at der fra Domfældtes Side fremsættes Indvendinger«.

En ordning som den franske eller tyske blev ikke foreslået indført. Man ville bevare den allerede gældende ordning »hvor efter Exekutioner foretoges af en med Juristktion udrustet Embedsmand, Kongens Foged, der er i Besiddelse af de Egenskaber, som udfordres for at være Dommer«. Hvis man overdrog udførelsen af eksekutionen til en underordnet betjent, måtte der enten opstilles den regel, at betjenten skulle fravige forretningen, så snart domfældte overhovedet gjorde indsigelse mod dens fremme, indtil indsigelsen var påkendt af retten, eller også måtte det være reglen (som i Frankrig eller Tyskland), at forretningen ubetinget nyder fremme uden hensyn til de fremkomne indsigelser. Var eksekutor derimod forsynet med domsmyndighed, kunne han straks på stedet påkende de fremkomne indsigelser og, hvis han fandt dem ugrundede, fremme fogedforretningen. Det hørte ikke til sjældenhederne, at der fremkom indsigelser, selv når grundlaget for eksekutionen var en dom.

14. Det i århundreder anvendte eksekutionsmiddel *udpantning* var lovfæstet i den stadig gældende *udpantningslov* nr. 36 af 29. marts 1873.

15. Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje, udarbejdet af den ved allerhøjeste Reskript af 28. Februar 1868 nedsatte Proceskommission, 1899. Senere udarbejdedes et nyt udkast til den borgerlige retspleje af den ifølge allerhøjeste Reskript af 11. Maj 1882 nedsatte Proceskommission, 1899. En kort gennemgang af den historiske udvikling i betænkning om *Udlæg og udpantning* nr. 634/1971 s. 32-33.

Udkastet fremhævede (s. 181), at når eksekutor hos os er udrustet med jurisdiktion, sker der ikke noget brud på den »for-nødne Hurtighed i Tvangsanvendelsen«. Over »Mangel paa pligtmæssig Energi« eller over »partisk Lunkenhed« hos danske fogeder har man aldrig hørt klage. »Det turde derimod netop være en Fordel, at man af Fogden, som jo er Underdommeren selv, langt snarere end af en underordnet Betjent, der ikke kan forudsættes at staa højt i Dannelse, tør vente, at han som Eksekutor vil vise en passende Takt og Humanitet, hvor en saadan maatte være paa sin Plads, og at han ved sin hele Stilling efter Omstændighederne vil kunne forebygge altfor hensynsløse Anvendelser af Tvangsmyndigheden, som, om end strengt taget lovlige, dog maa ansees for lidet ønskelige«.

Grundtanken i kommissionsudkastet blev fulgt. Eksekutionen blev adskilt fra forvaltningen i overensstemmelse med grundlovens idé (grl §§ 3 og 62).

Som omtalt varede det ikke mange år, før et nyt pantefogedsystem voksede frem og atter helt overtog inddrivelsen af skatter og afgifter.¹⁶

Tvangsfuldbyrdelsen hører under den borgerlige retspleje

Retsplejelovens regler om tvangsfuldbyrdelse er en del af den *borgerlige retspleje* (*civilprocessen*). Mens det i *strafferetsplejen* påhviler de offentlige anklagere at sørge for, at strafskyldige personer drages til ansvar (§ 711), er det derimod en frivillig sag for indehaveren af et civilt retskrav, om han vil forfølge sin ret ved domstolene. Også domhaveren kan når som

helst træde tilbage – både som udlægshaver og som auktionsrekvirent.

I civilprocessen er der en naturlig sammenhæng mellem den materielle rets talefrihed og rådighedsret og den *processuelle partsautonomi*. Parternes selvbestemmelse opretholdes under processen, og en del processuelle regler kan fraviges ved aftale (*dispositionsmaksimen*).¹⁷

Ved indgåelse af en række aftaler er kreditor forberedt på, at der kan være risiko for manglende opfyldelse. Undertiden kan man ligefrem sige, at der er kalkuleret med en vis risiko, en slags generel accept af risiko for misligholdelse – eventuelt som gennemsnitsbetragtning. Måske er det ikke altid rimeligt, om tvangsfuldbyrdelse forsøges gennemført, selv om grundlaget er til stede.

Tvangsfuldbyrdelsessystemets effektivitet

Tvangsfuldbyrdelsesreglernes effektivitet ligger især i deres præventive virkning, f.eks. udsigten til udlæg med efterfølgende tvangsauktion.

I en meget stor del af fogedsagerne lykkes tvangsfuldbyrdelsen ikke. Systemet kan simpelt hen ikke skaffe alle fordringshavere fyldestgørelse. Resultatet er i stedet ofte meget indgribende foranstaltninger, med ofte uforholdsmæssige tab, både for

16. I Sverige er tvangsfuldbyrdelsen samlet i en selvstændig statslig myndighed, *kronofogdemyndigheten*, en fælles inddrivelsesmyndighed for alle pengekrav, private som offentlige.

17. Bernhard Gomard, *Civilprocessen*, 3. udgave, København 1990, s. 8, 363 og 395 ff.

skyldneren selv, hans familie og for samfundet som sådan. Tilliden til retssystemet svækkes.

Hvis vi betragter et års fogedsager som et samlet hele, vil vi måske nå frem til, at »gevinsten« ikke kan opveje de samfundsmæssige omkostninger, som gennemførelsen af tvangsindgrebene medfører. Disse betragtninger giver sådan set ikke anledning til at pukke på systemets »effektivitet« som institution. Det vil være vanskeligt at opnå et højere provenu ved at skærpe indsatsen.¹⁸ Systemet kan muligvis gøres enklere og billigere.¹⁹ De fleste fogedsager behandles dog i forvejen som rene ekspeditionssager.

Man bør være tilbageholdende med at lette adgangen til direkte tvangsfuldbyrdelse og i stedet overveje, hvorledes det hindres, at antallet af fogedsager stiger med den hast, vi har set de senere år.

Afsluttende bemærkninger

Spørgsmålet, om vort tvangsfuldbyrdelsessystem er tidssvarende, lader sig ikke umiddelbart besvare. Grunden er måske, at man hovedsagelig har rettet opmærksomheden mod tvangsapparatets funktion som garant for, at »fastslåede« retskrav kan gennemtvinges. Effektiviserer og smidiggør vi systemet endnu mere, med større adgang til direkte fuldbyrdelse, udvikler det sig til en slags »tvangsfuldbyrdelses-automat«. Er en sådan udvikling ønskelig?

Vanskeligheden i en besvarelse skal formentlig findes i, at offentligheden kun i ringe grad følger »sagens gang«. Den civile dom betragtes som løsningen af en konflikt mellem to i princippet jævnbyrdige parter, og sagerne opfattes først og

fremmest som »private« – kun vedrørende sagsøger og sagsøgte. Det er parternes eget ansvar, hvorledes de vil tilrettelægge og føre sagen. Offentligheden har interessen vendt mod dommens »materielle« resultat, og ikke mod de civilprocessuelle skridt, som derved får en meget anonym karakter. Parterne er ofte ikke »personligt« til stede i retten, og sagsøgte dømmes i flertallet af civile retssager efter sagsøgers påstand, når sagsøgte udebliver fra første retsmøde, hvortil han er indkaldt (§ 354, stk. 3).²⁰ Selv om retsmøderne er offentlige, er offentlighedens manglende medleven forståelig.

Tvangsfuldbyrdelsessystemet befinder sig i et marginalområde, hvor det forudsættes, at det materielle retsspørgsmål vedrørende rekvisiti forpligtelse er afklaret. Under den summariske fogedproces finder *advokatbeskikkelse* i almindelighed ikke sted. Opfattelsen er den, at det er i de færreste tilfælde, at skyldneren har behov for juridisk bistand under forretningen, selv om denne angår et beløb af betydelig størrelse.²¹ Selv ved tvangsauktion over fast ejendom (rpl § 561, stk. 4) og ved konkurs (kl § 245) er *advokatbeskikkelse*

18. Grindsted kommune har i et 29 punkts inkasokatalog foreslået, at »professionelle skyldnere« fratages valgretten, sættes i fængsel, fradømmes retten til at drive erhverv m.m.

19. I lov nr. 396 af 13. juni 1990 (Forenkling og modernisering inden for Justitsministeriets område) bestemtes, at afgørelser om udlæg for krav, der har en økonomisk værdi af højst 10.000 kr., kun kan *kæres* med tilladelse fra Justitsministeriet – uanset udlægsgenstandens værdi.

20. Henrik Zahle, *Udeblivelsesdomme*, København 1983.

21. Betænkning nr. 634/1971 om Udlæg og udpantning s. 57.

ikke *obligatorisk*, uanset at de tvangsmæssige indgreb kan have så vidtrækkende konsekvenser, at de må betegnes som velfærdstruende. Skyldneren befinder sig undertiden i en sådan psykisk situation, at der oplagt må være behov for advokatbitand.²²

I den *moderne akkusatoriske straffeprocess* regnes *forsvarerbeskikkelse* for uundværlig og tillægges en afgørende betydning på grund af den almene interesse i »strafferetsplejens rette udformning« (Hans Gammeltoft-Hansen).²³ Netop konfrontationen mellem anklagemyndigheden og den sigtede (tiltalte) sammen med hans forsvarer under offentlighedens hele bevågenhed har bidraget til at give straffeprocessen en særlig status – som et bolværk mod vilkårlig retsforfølgning og unødvendige tvangsindgreb.

Herefter kan man i og for sig stille det provokatoriske spørgsmål, om det fortsat er tidssvarende, at civilprocesuelle

tvangsindgreb med vitale velfærdstruende følger for skyldneren og for hans familie kan gennemføres alene ved en summarisk proces – uden rekvisiti tilstedeværelse – på grundlag af hans ensidige erklæring – eller opgørelse fra en offentlig myndighed – og uden tilstedeværelse af en advokat, som kan varetage hans interesser?

Anvendelse af advokatbeskikkelse i alvorlige sager kunne bidrage til at kaste et tiltrængt lys over tvangsfuldbyrdelsesprocessen. På længere sigt kunne større åbenhed have en præventiv funktion.

22. Betænkning nr. 800/1977 om Tvangsauktion over fast ejendom s. 78. – Mogens Munch, *Konkursloven*, 6. udgave, København 1988, s. 869.
23. Hans Gammeltoft-Hansen, *Strafferetspleje II*, København 1989, s. 29.

Udviklingen inden for straffeprocessen i Danmark

Af Eva Smith

Indledning

I ethvert civiliseret samfund findes strafferetlige regler, der skal sikre samfundsordenens beståen samt borgernes liv, sikkerhed og ejendom. De straffeprocessuelle regler har til formål at undersøge, om en overtrædelse af straffeloven har fundet sted, og sørge for domfældelse af skyldige personer.

I dansk ret varetager de straffeprocessuelle regler to hensyn. For det første opklaring af overtrædelser af strafferetlige regler og herunder gennemtvungelse af sanktioner over det enkelte individ. For det andet indeholder straffeprocessen en række regler, som skal beskytte individet i forhold til statsmagten. Hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen og hensynet den til mistænktets retssikkerhed vil af og til være modstridende, og der må derfor foretages en afvejning mellem behovet for opklaring af kriminalitet og ønsket om i videst muligt omfang at bevare borgernes frihedsrettigheder.

I forbindelse med *opklaring af forbrydelser* kan det være nødvendigt at ransage et menneskes person eller bolig, at beslaglægge hans ejendom, at tilbageholde ham og endog at *spærre* ham inde. For at sikre, at disse indgreb så vidt muligt kun

rammer skyldige eller dog personer, der med føje er mistænkt, og for at sikre, at der – også i forhold til skyldige personer – gives mulighed for et effektivt forsvar og ikke benyttes metoder, der enten er unfair eller mere indgribende end nødvendigt for at opnå målet, er det nødvendigt med faste regler for myndighedernes magtudøvelse.

Det akkusatoriske princip

Domsafsigelse forudsætter en undersøgelse af de konkrete forhold. En sådan undersøgelse kan foretages på flere forskellige måder. Indtil retsplejereformen i 1919 foregik undersøgelsen i Danmark efter det inkvisitoriske princip. Det inkvisitoriske princip betyder simpelt hen, at den, der skal afsige dommen i sagen, også står for undersøgelsen af, hvad der egentlig er foregået.

Det inkvisitoriske princip er gennemført på mange områder i det danske samfund. Forvaltningsmyndigheder, f.eks. de sociale myndigheder, undersøger i vidt omfang selv forholdene og træffer derefter en afgørelse. Afgørelsen kan have vidtrækkende betydning for det enkelte menneske. Afgørelsen vil normalt kunne indbringes for domstolene, men på grund af det skøn, der ofte ligger til grund for sådanne afgørelser, har domstolene kun begrænset mulighed for at efterprøve afgørelsen.

Småsanktioner, f.eks. i disciplinærsager, gennemføres i vidt omfang efter det inkvisitoriske princip (officialmaxime).

Det retssikkerhedsmæssigt betænkelige ved anvendelsen af det inkvisitoriske princip i straffesager er, at den, der har til opgave at opklare sagen, samtidig afgør skyldsspørgsmålet. Bliver den mistænkte frikendt, har dommeren ikke løst den første halvdel af sin opgave tilfredsstillende. Af psykologiske grunde kan en sådan ordning ikke være helt betryggende for individets retssikkerhed. I lande, hvor undersøgelse af forbrydelser foregår under ledelse af en undersøgelsesdommer, er det da normalt også en anden dommer, der endeligt afgør skyldsspørgsmålet, således at den, der har ansvaret for, om den mistænkte er skyldig, ikke samtidig er ansvarlig for opklaringen af forbrydelsen.

For at undgå denne situation har man i Danmark ved retsplejereformen i 1919 indført det akkusatoriske princip (anklageprincippet).

Dette betyder, at efterforskningen og præsentationen for retten foretages af anklagemyndigheden. Samtidig udpeges en forsvarer, der skal varetage den tiltaltes interesser. Dommerens opgave er at være uvildig opmand og tage stilling til det materiale (processtof), der fremlægges for ham. Han har ikke ansvar for sagens opklaring, der påhviler anklagemyndigheden.

Denne opdeling betyder endvidere, at strafferetsplejen ligesom den civile retspleje bliver en partsproces, hvor de synspunkter, der kan fremføres til støtte for domfældelse af tiltalte, fremføres fra anklagemyndigheden, mens de forhold, der taler for frifindelse eller i hvert fald en mindre straf, fremføres fra forsvarers side. Parts-

princippet er dog ikke gennemført fuldt ud i strafferetsplejen. Dette skyldes et andet centralt princip i den danske strafferetspleje: princippet om den materielle sandhed.

Princippet om den materielle sandhed

I straffesager er domstolen tillagt et ganske særligt ansvar, idet det påhviler domstolen at afgøre, om der er tilstrækkeligt bevis til at påføre sanktioner overfor samfundets borgere – ofte af vidtgående karakter og af og til formentlig ødelæggende for det pågældende menneskes liv.

Det antages i almindelighed, at et samfund har den moralske ret til at påføre sine medlemmer sådanne sanktioner, såfremt de har brudt samfundets love. Helt centralt for almindelige retfærdighedsbegreber og for tilliden til retssystemet er det imidlertid, at den pågældende virkelig er skyldig. Derfor findes en række regler, der skal sikre mod, at der afsiges urigtige fældende domme.

Vigtigst blandt disse er, at det påhviler domstolen at finde frem til sandheden i sagen. Dette er blevet kaldt *princippet om den materielle sandhed*.

Dette princip har afgørende betydning for strafferetsplejens reglers uformning, blandt andet for anklagemyndighedens og dommerens rolle og for betydningen af tiltaltes tilståelse og de formelle regler. Heraf følger:

Anklagemyndighedens objektivitetsprincip

Objektivitetsprincippet betyder, at anklagemyndigheden har pligt til *også* at tage enhver omstændighed, der tyder på en

mistænks uskyld, i betragtning. Objektivitetsprincippet er et fundamentalt princip i dansk retspleje og regnes for en af de vigtigste retssikkerhedsgarantier.

Man kan sige, at anklagemyndighed og politi via objektivitetsprincippet bliver anbragt i den rolle, som dommeren har i det inkvisitoriske system. Den almindelige politimand bliver derved sat til at løfte en opgave, som man har anset for at være for vanskelig for den juridiske dommer. Man må gøre sig klart, at det heller ikke for den efterforskende politimand er psykologisk muligt at være fuldstændig objektiv samtidig med, at han søger at opklare sagen.

Dette er imidlertid heller ikke anset for nødvendigt, da han ikke skal afgøre sagen, men kun forstå efterforskningen. Alligevel regnes det for en væsentlig retssikkerhedsgaranti, at man under selve opklaringen og senere ved afgørelsen af, hvorvidt der skal rejses tiltale, stedse handler under objektivitetsprincippet. Princippet indebærer endvidere, at tiltale ikke rejses, medmindre anklagemyndigheden skønner, at tiltalerejsningen vil føre til domfældelse.

Dommerens rolle

Dommeren har en selvstændig pligt til ved egen foranstaltning at tage uklare punkter op. Retten kan således og er efter rpl. § 873 forpligtet til på egen hånd at stille spørgsmål, hvis retten – i sandhedens interesse – føler grund dertil. Endvidere kan retten efter retsplejelovens § 880, stk. 3, beslutte, at bevis skal føres, selv om ingen af parterne har begæret det ført.

Tilståelsens betydning

En anden følge af den materielle sandheds

princip er, at mistænkes tilståelse aldrig er tilstrækkeligt bevis til domfældelse. Ganske vist foretages der ikke egentlig bevisførelse i tilståelsessager, men en tilståelse skal altid være bestyrket af sagens øvrige omstændigheder, for at den kan lægges til grund for en domfældelse.

Formelle reglers betydning

I et system, hvor man lægger vægt på den materielle sandheds princip, bliver formelle regler af mindre betydning. Dette fremgår klart af retsplejelovens § 946, der bestemmer, at tilsidesættelse eller fejlagtig anvendelse af en rettergangsregel ikke bevirker ophævelse af påanket dom, medmindre det findes antageligt, at iagttagelse af den pågældende regel kunne have medført et andet udfald af sagen.

Noget lignende gælder ulovligt tilvejebragte bevismidler. Hvis politiet under en ulovlig ransagning kommer i besiddelse af et fældende bevis, f.eks. et drabsvåben, vil det i dansk ret være en betydelig tendens til, at man benytter det ulovligt tilvejebragte bevis, se dog rpl. § 789. Der vil være tale om en konkret afvejning, hvori indgår politiets handlemåde i den konkrete sag (hvor groft et retsbrud), samt naturligvis sagens alvor (hvilken kriminalitet og forventet straf) og bevismidlets betydning. Er sagen tilstrækkeligt alvorlig, vil den materielle sandheds princip ofte få fortrinet.

Rettens anvendelse af ulovligt tilvejebragte bevismidler kan friste politiet til at anvende ulovlige midler. I dansk ret har hovedsynspunktet imidlertid været, at dette problem må klares med disciplinære sanktioner. Et synspunkt med begrænset bærekraft i betragtning af, at også politiledelsen er interesseret i sagernes opklaring.

Danske retssikkerhedsgarantier i forhold til fremmed ret

Det skal bemærkes, at de her nævnte retssikkerhedsgarantier – princippet om den materielle sandhed og objektivitetsprincippet – ikke er selvfølgelige retsgarantier, som man vil finde i ethvert samfund.

I angelsaksisk ret f.eks. findes ikke et almindeligt princip om, at domstolen skal søge at nå frem til den materielle sandhed. Domstolens opgave er efter angelsaksisk opfattelse ikke at afgøre, om en tiltalt er skyldig eller ej, men blot om der er tilstrækkeligt *bevis* til at dømme ham eller ej. Dette betyder, at formelle regler er overordentlig vigtige. Hvis en formel regel er overtrådt, f.eks. vedrørende bevismidlers fremskaffelse, kan beviserne i almindelighed ikke fremlægges i retten.

I angelsaksisk ret nærer man ikke den samme tiltro som i Danmark til, at mennesker – det være sig dommere, lægdommere eller anklagemyndighed – kan være objektive. Skyldspørgsmålet i alle straffesager afgøres af et nævningeting, og der er strenge regler for, hvilke oplysninger dette nævningeting må få. Således må nævningerne ikke få kendskab til, om en tiltalt er tidligere straffet eller ej, idet man ikke stoler på, at nævningerne er i stand til at se bort fra irrelevant materiale. Samtidig har politiet ikke en lovfæstet pligt til at følge objektivitetsprincippet.

Det angelsaksiske system betyder, at væsentligt flere personer kommer for retten end i Danmark, hvor politi og anklagemyndighed via objektivitetsprincippet fjerner en række tvivlsomme sager, så de aldrig når frem til en domstol. Det danske system kan betragtes som en retssikkerhedsgaranti, for så vidt som det altid er en

betydelig belastning for et menneske at måtte gennemgå en retssag, uanset at han måtte ende med at blive frikendt.

På den anden side betyder det angelsaksiske system, at væsentlig flere af de mennesker, der rent faktisk stilles for en domstol, bliver frikendt. Frifindelser i angelsaksisk ret finder sted i ca. 50 pct. af sagerne, mens man i dansk ret regner med, at højst 10 pct. i bevissagerne frikendes.

Dette skyldes naturligvis anklagemyndighedens sorterende mekanisme, men det *kan* betyde, at dommerens blik for de få tvivlsomme sager sløres, og for en tiltalt må det være mere betryggende at blive stillet for en domstol, der har erfaring for, at der er en fifty-fifty chance for, at han er uskyldig, end for en domstol, der som i Danmark må regne med, at hvis anklagemyndigheden har gjort sit arbejde tilfredsstillende, er den pågældende person også skyldig.

Partsbeføjelserne

Partsprincippet er et vigtigt led i den akkuratoriske proces. Ganske vist har anklagemyndigheden indsamlet bevismaterialet under iagttagelse af objektivitetsprincippet, men hvis sagen kommer for domstolen, betyder det, at anklagemyndigheden er nået til den konklusion, at vedkommende må antages at blive dømt.

Det ville ikke være fair over for den tiltalte, hvis præsentationen af dette stof for dommeren alene skulle foretages af den myndighed, der allerede har truffet sin beslutning. Derfor er systemet indrettet således, at den tiltalte har en forsvarer, som skal vurdere anklagemyndighedens materiale fra tiltaltes synspunkt og under den forudsætning, at tiltalte er uskyldig.

Såfremt tiltalte har erklæret sig skyldig, skal forsvareren fremdrage formildende omstændigheder.

Partsprincippet betyder, at den tiltalte og hans forsvarer har en række processuelle partsbeføjelser. Det gælder for det første og navnlig princippet om *kontradiktion*. Dette betyder, at sigtede har lejlighed til at gøre sig bekendt med alt foreliggende materiale og udtale sig om det.

Politiet har dog mulighed for at afskære denne adgang, hvis dette er påkrævet af hensyn til forholdet til fremmede magter, tredjemand eller sagens opklaring (f.eks. en medtiltalts forklaring) jf. rpl. § 745, stk. 4. Spørgsmålet om politiets tilbageholdelse af materiale kan indbringes for retten, jf. rpl. § 746, stk. 1.

I et forsøg på så tidligt som muligt at få sagen belyst fra to sider er der i dansk ret indført en række regler med det formål at opnå *ligestilling* mellem forsvaret og anklagemyndigheden (politiet). Reglerne vedrører forsvarerens adgang til at følge efterforskningen, således hans aktindsigt, jf. rpl. § 745, stk. 1, og hans adgang til at overvære afhøringen, jf. rpl. § 745, stk. 2. Principielt har forsvareren adgang til alt politiets materiale.

Endvidere kan forsvareren anmode om, at politiet foretager efterforskningsskridt, som forsvareren anser for nødvendige. Såfremt politiet ikke ønsker at gennemføre disse efterforskningsskridt, kan spørgsmålet indbringes for retten.

For at forsvareren kan stå sigtede bi i videst muligt omfang, er det vigtigt, at han har adgang til ukontrolleret samkvem med sigtede, hvilket udtrykkeligt er fastsat i loven, jf. rpl. § 771. Indholdet af deres samtaler er også efterfølgende beskyttet. En forsvarer i straffesager er derfor aldrig undergivet vidnepligt. Ej heller kan det pålægges ham at udlevere dokumenter eller lignende, der berører hans forhold til sigtede.

Grænsen for forsvarerens beføjelser under efterforskningen markeres ved, at forsvareren ikke må modarbejde sagens oplysning.

En fuldstændig ligestilling kan der dog ikke blive tale om. Det er ikke muligt allerede af den grund, at det er politiet, der leder og tilrettelægger efterforskningen. Dette betyder også, at megen efterforskning er foretaget, før forsvareren kommer ind i billedet, idet sigtelse selvsagt først kan rejses, når efterforskningen har vist, at der er begrundet mistanke mod en bestemt person.

Dertil kommer, at det ville være tidsmæssigt uoverkommeligt for forsvareren at overvære alle efterforskningsskridt, gerningsstedsundersøgelser, vidneafhøringer m.v. Forsvarerens ressourcer i den enkelte straffesag vil typisk være væsentlig mindre end de ressourcer, der kan sættes ind fra politiets og anklagemyndighedens side.

Også af andre grunde kan der aldrig blive tale om et fuldstændigt partsprincip. Materialet fremskaffes af anklagemyndigheden, og den tiltalte er ikke bare en part, men selv objektet for processen. Processen drejer sig om hans handlemåde og ikke alene denne, men også hans person, kan blive genstand for indgående undersøgelser med henblik på at klarlægge hans motiv, hans mentale tilstand (tilregnelighed) m.v. Anklagemyndigheden har derfor mulighed for at underkaste ham mentalundersøgelser, personundersøgelser m.v.

For at opnå en bedre balance mellem forsvaret og anklagemyndigheden fraviges reglen om partslighed i en række tilfælde til sigtedes fordel.

Princippet bag disse bestemmelser kaldes favor defensionis, hvilket betyder »forsvarets begunstiggelse«. Filosofien bag

princippet er, at det er bedre, at ti skyldige går fri, end at én uskyldig bliver dømt.

Vigtigst blandt disse regler er »in dubio pro reo«, der betyder, at tvivlen skal komme den sigtede til gode. Reglen er ikke lovfæstet, men utvivlsomt gældende i dansk ret. Den betyder, at anklagemyndigheden ikke alene har bevisbyrden, men også må løfte den på en sådan måde, at der ikke længere kan rejses rimelig tvivl om den tiltaltes skyld. Hvis retten således mener, at der er en berettiget tvivl tilbage, bør den frifinde, uanset at den subjektivt er af den overbevisning, at den tiltalte er skyldig.

Ud over det almindelige in dubio pro reo-princip indeholder retsplejeloven en række bestemmelser, der sikrer, at afgørelser i tvivlstilfælde falder ud til den tiltaltes fordel. I tilfælde af stemmelighed skal en afgørelse falde ud til det resultat, der må anses at være det gunstigste for tiltalte. endvidere gælder det, at en fældende nævningekendelse kræver kvalificeret flertal (mindst 8 stemmer), jf. rpl. § 897, stk. 2.

Nyere straffeprocessuelle tiltag

Det er utopisk at forestille sig, at politiet kan opklare forbrydelser uden en vis adgang til at anvende tvangsindgreb. I de fleste lande anvendes anholdelse, varetægtsfængsling, ransagning og beslaglæggelse ved mistanke om alvorlige forbrydelser.

Hermed bringes den tidligere nævnte konflikt mellem på den ene side hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen og på den anden side det enkelte individs ret til personlig frihed i focus. I det følgende nævnes nogle nyere eksempler:

1. Politiets anvendelse af agenter

Retstilstanden i Danmark

Anvendelse af agenter er principielt et betænkeligt efterforskningsmiddel, men fordi det anses for den eneste mulighed for at opklare visse typer alvorlige forbrydelser (navnlig narkotikakriminalitet), har man i lovgivningen indført regler om en vis begrænset anvendelse af agenter.

Retsplejelovens § 754 a: »Politiet må ikke som led i efterforskning af en lovovertrædelse foranledige, at der tilbydes bistand til eller træffes foranstaltninger med henblik på at tilskynde nogen til at udføre eller fortsætte lovovertrædelsen, medmindre:

- 1) der foreligger en særlig bestyrket mistanke om, at lovovertrædelsen er ved at blive begået eller forsøgt,
- 2) andre efterforskningsskridt ikke vil være egnede til at sikre bevis i sagen, og
- 3) efterforskningen angår en lovovertrædelse, som efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover, eller en lovovertrædelse af straffelovens § 289, 2. pkt.«

Umiddelbart kan bestemmelsen synes i modstrid med selve grundlaget for politiets virke. Hvorledes kan en myndighed, der har til opgave at modvirke og opklare kriminalitet, i visse tilfælde have bemyndigelse til at medvirke til forbrydelsens udførelse?

Svaret ligger i udformningen af bestemmelsen. Der skal være tale om meget alvorlige forbrydelser, og politiet ser ingen anden mulighed for at skaffe bevis i sagen. Et typisk eksempel vil være, at politiet på skrømt indgår i en handel med narkotika.

Det retssikkerhedsmæssigt betænkelige består selvsagt i, at politiet ved sin optræden kan friste til en overtrædelse af straffeloven, som den mistænkte måske

ikke ville have begået uden politiets medvirken.

For at undgå denne situation bestemmer § 754 b:

»Stk. 1: De foranstaltninger, som er nævnt i § 754 a, må ikke bevirke en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed.

Stk. 2: Foranstaltningerne må alene udføres af polititjenestemænd.«

Dertil kommer, at foranstaltningerne normalt kun kan iværksættes efter retskendelse. Foranstaltningerne kan dog iværksættes af politiet, hvis en afventning af retskendelse betyder, at øjemedet forspildes. I så fald skal spørgsmålet snarest muligt og senest inden 24 timer forelægges retten.

Bestemmelserne kan nok begrænse risikoen for, at politiet kommer til at friste mistænkte over evne, men helt at ophæve risikoen er ikke menneskeligt muligt. Hvem kan sige med sikkerhed, hvorledes mistænkte ville have handlet, hvis betingelserne havde været anderledes? Ofte ændres menneskers opførsel af små marginale. Man kan endvidere diskutere berettigelsen af de krav, der efter § 754 a, nr. 1 og 3, stilles for at anvende denne bestemmelse.

Betingelsen i § 654 a, nr. 3.

Alvorlig lovovertrædelse

Samfundets interesse i at opklare alvorlige lovovertrædelser er større, end når det drejer sig om småkriminalitet – men på den anden side er den sigtedes interesse i ikke at blive dømt omvendt proportional med samfundets interesse. Det forekommer derfor retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at slække på væsentlige retssikkerhedsgarantier med den begrundelse, at forholdet er af meget alvorlig karakter. Det er lidet betryggende for den mistænkte, at

retssikkerhedsgarantier opretholdes ved trivialkriminalitet, men sættes ud af kraft, når der er tale om alvorlig kriminalitet.

Betingelsen i § 754 a, nr. 1.

Særlig bestyrket mistanke

Umiddelbart lyder dette som et retssikkerhedsgaranti, men man skal være opmærksom på, at hvor der er en særlig bestyrket mistanke – f.eks. fordi vedkommende tidligere har været indblandet i lignende kriminalitet – er risikoen for at friste vedkommende formentlig også større, end hvis der ikke er nogen mistanke mod den pågældende.

Over for en række borgere er der intet retssikkerhedsmæssigt betænkeligt ved metoden – de ville alligevel aldrig lade sig friste til kriminalitet – men en lille gruppe er lettere at lokke. Og det er typisk den gruppe, mod hvem der kan rettes en særlig bestyrket mistanke.

Man kommer således ikke uden om det retssikkerhedsmæssigt betænkelige ved at begrænse anvendelsen som anført. Derved indkredses den gruppe, hvor risikoen for fristelsen er størst. Lidt polemisk kan man udtrykke det på den måde, at bestemmelsen kun yder beskyttelse til den gruppe borgere, der har mindst behov for det.

2. Anvendelsen af anonyme vidneudsagn som bevis

I Danmark har man i den senere tid diskuteret, om man i ganske særlige tilfælde skulle kunne anvende anonyme vidneudsagn som bevis i straffesager.

Baggrunden for ønsket, der er fremsat af politiet, er et stadigt voksende antal sager, hvor alvorligt belastede kriminelle har

truet vidner til tavshed, hvorefter det har været umuligt at føre en straffesag mod de pågældende. Det har drejet sig om meget alvorlige forbrydelser, f.eks. manddrab, hvor mistænkte har tilhørt de såkaldte »rocker«- eller narkotikamiljøer. Det er en uacceptabel retstilstand, at de mest forhærdede kriminelle kan sætte sig ud over lov og ret og undertrykke bevismateriale ved at true vidnerne på deres liv og helbred.

Dette kunne i et vist omfang imødegås, hvis det undtagelsesvis blev tilladt, at vidnet anonymiseres i forhold til *tiltalte*. Vidnets identitet skal naturligvis være domstolen, anklagemyndigheden og forsvareren bekendt, og forsvareren skal have lejlighed til at afhøre ham. Der skal endvidere være tale om en undtagelsessituation, der kun kan finde sted efter rettens beslutning, og efter at det er bekræftet af en højere retsinstans.

Forslaget indebærer en ganske betydelig svækkelse af tiltaltes muligheder for forsvar. Forsvarerens udspørgen af vidnet hviler i høj grad på de oplysninger, han har fra sin klient. Hverken retten eller forsvareren har mulighed for at afdække et gammelt modsætningsforhold mellem vidne og tiltalte eller få opklaret eventuelle misforståelser omkring vidnets iagttagelser, hvis de nærmere omstændigheder sløres af hensyn til vidnets krav på anonymitet. Dertil kommer, at netop i kriminelle miljøet vil risikoen for, at vidnet har en særlig interesse i at vidne falsk, være betydelig.

Selv om politi og domstole i et vist omfang kan tage højde for disse betænkkeligheder ved omhyggelige undersøgelser og ved en meget restriktiv brug af anonyme vineudsagn, er der endvidere hensynet

til den tiltalte. Det forekommer at være en selvfølgelig menneskeret, at man véd, hvem der anklager én, så man har mulighed for at forsvare sig. Intet retssystem kan sikre sig mod, at enkelte personer dømmes med urette, men et mindstekrav må være, at den pågældende véd, på hvilket grundlag han er dømt.

Det er ikke noget endeligt svar på dette spørgsmål. En indførelse af muligheden for at anvende anonyme vidner indebærer nødvendigvis en alvorlig og dybt betænkkelig svækkelse af den tiltaltes retssikkerhed – omvendt løber man en risiko for at ende med et retsløst samfund, hvis man ikke griber ind i tide.

3. Udvidet brug af varetægtsfængsling

I dansk ret findes tre processuelt begrundede varetægtsbestemmelser. Det er flugtfare, risiko for nye forbrydelser, samt risiko for bevisødelæggelse, § 762, stk. 1. Herudover indførte man for 50 år siden en fjerde varetægtsgrund: varetægt af hensyn til befolkningens retsfølelse, den såkaldte retshåndhævelsesarrest, § 762, stk. 2.

Efter denne bestemmelse er det ved meget alvorlige forbrydelser muligt at fængsle, uanset at ingen af de almindelige varetægtsgrunde er opfyldt. Fængslingen er således ikke nødvendig for at sikre efterforskningens gennemførelse eller forbryderens person, og der er derfor tale om en slags anticiperet straf. For så vidt muligt at sikre, at der kun fængsles, når personen virkelig er skyldig, skal mistanken mod den pågældende ikke alene være begrundet: den skal være »særlig bestyrket«.

Reglen er indsat på grund af befolkningens retsfølelse. Næppe noget samfund ville kunne tolerere, at mennesker, der har begået de mest alvorlige forbrydelser, som f.eks. drab, sættes på fri fod indtil retssagen. I *Norge* har man en lignende regel, når der er 10 års fængsel i strafferammen.

I Sverige vender man ved alvorlige forbrydelser bevisbyrden om, således at det er tiltalte, der skal bevise, at det ikke er nødvendigt at fængsle ham. Der findes lande, f.eks. *Vesttyskland*, der ikke har en sådan speciel regel. I følge vesttyske jurister anvender man ved meget alvorlige forbrydelser de almindelige fængslingsbestemmelser, navnlig flugtbestemmelsen, idet det antages, at den høje strafferamme i sig selv indebærer en flugtrisiko.

Den 1. juli 1987 blev § 762, stk. 2, udvidet med en bestemmelse om, at fængsling af hensyn til retsfølelsen også kan anvendes, hvis den tiltalte har gjort sig skyldig i vold af en sådan grovhed, at der må imødeses en straf på mindst 60 dages ubetinget fængsel.

I et land, hvor der idømmes op til livstid, kan 60 dage næppe betegnes som en alvorlig straf, og et meget stort antal juridiske eksperter både retsvidenskabsmænd, dommere og den øverste anklagemyndighed advarede mod udvidelsen på grund af retshåndhævelsesarrestens pønale karakter. I denne forbindelse blev det fremhævet, at bestemmelsen muligt kunne være i strid med Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Politikerne fejrede imidlertid alle betænkeligheder til side med henvisning til befolkningens retsfølelse, der ikke kunne bære, at voldsofferet dagen efter kunne møde voldsmanden på gaden.

Konklusion

De her fremdragne eksempler viser klart konflikten mellem på den ene side samfundets ønske om at bekæmpe kriminaliteten – og på den anden side ønsket om at bevare den størst mulige retssikkerhed for borgerne.

Mens den offentlige diskussion i begyndelsen af 80'erne i høj grad fremdrog individets retssikkerhed, er det nu kriminalitetsbekæmpelsen, der er i fokus. Dengang diskuterede man de alvorlige psykiske følger af isolationsfængsling. Det blev påpeget, at en sådan fængsling kan medføre midlertidlige eller varige psykiske skader. Den blev kaldt en form for tortur, og der blev stillet forslag om begrænset anvendelse.¹ I 1984 blev reglerne strammet,² og dette har ført til en vis nedgang i antallet af isolationsfængslinger,³ men stadig forekommer meget lange fængslinger på op imod et år.⁴ Skønt en 19-årig i nyere tid⁵ er blevet sindssyg efter at have været fængslet i 5 måneder i isolation, er der først nu taget skridt til en undersøgelse af de psykiske følger efter pres fra et af Folketingets mindre partier.

I den offentlige debat har der i de senere år været bemærkelsesværdig tavshed om dette problem. I stedet diskuterer man anvendelse af anonyme vidner, og retshåndhævelsesarresten er udvidet. Det er ejendommeligt, at denne holdningsændring vedrørende konkrete retspolitiske tiltag er slået igennem samtidig med, at menneskerettigheder (som princip) er på alles læber.

1. Se nærmere bet. 975/1983 s. 26-29 og de der nævnte referencer.
2. Lov nr. 299 af 06.06.1984.
3. Bet. 1219/1991, s. 69-70.
4. Bet. 1219/1991, s. 60.
5. Sagen omtalt i U 1987.688 H og U 88.873 H.

Psykiatriloven og tvangsbehandling

Af Jørn Vestergaard

Psykiatrisk frihedsberøvelse er et alvorligt indgreb, der kan indebære tvangsbehandling og anvendelse af fysiske tvangsmidler, og de belastninger, som forholdene på de psykiatriske afdelinger indebærer i almindelighed, kan være særlig belastende under en frihedsberøvelse.

I det følgende vil der først blive givet en almen oversigt vedrørende de ændringer, som psykiatriloven af 1989¹ har medført. Herunder vil nogle af de hidtidige erfaringer blive omtalt. Tillige vil de nye bestemmelser om tvangsbehandling blive undersøgt.

Kritikken af sindssygeloven

Fra 1938 til 1989 udgjorde bestemmelserne i sindssygeloven² det stort set uændrede hjemmelsgrundlag³ for udøvelsen af psykiatriske magtbeføjelser uden for det strafferetlige område. Med sine i alt fjorten paragraffer var sindssygeloven ret knap, og den omhandlede kun frihedsberøvelse, mens spørgsmålene om anden tvangsansvendelse og om frihedsberøvede patienters forhold ikke var udtrykkeligt reguleret ved lov.

Ikke mindst Galebevægelsen og Landsforeningen Sindslidendes Vel gjorde gen-

nem 1980'erne en omfattende indsats med udformning af ønsker til en lovreform. Den etablerede psykiatri fastholdt derimod så længe som muligt, at loven i det store hele fungerede godt, og at der ikke var behov for egentlige ændringer eller mere indgående regulering af området.

Reformønskerne har kun i mindre grad beroet på utilfredshed med antallet af frihedsberøvelser. I et internationalt perspektiv er antallet af tvangsendlæggelser lavt. Det årlige antal tvangsendlæggelser har i en årrække været ca. 1.300, hvoraf tre femtedele er begrundet med farlighed for sig selv eller andre, resten med behandlingshensyn.⁴ Årligt tvangstilbageholdes ca. 600 patienter, heraf en del frivilligt indlagte. Tallenes relativt ubetydelige størrelse kan dog til dels bero på, at en

1. Lov nr. 331 af 24.5.1989 vedrørende frihedsberøvelse og tvang i psykiatrien. Lovens hovedtræk er gennemgået af Niels Reisby i *Ugeskrift for Læger* 151/39 1989, pp. 2535-2538.
2. Lov nr. 118 af 13.4.1938 om sindssyge personers hospitalsophold.
3. I forbindelse med grundlovsændringen i 1953 blev der indført regler om domstolsprøvelse.
4. I 1990 var der i alt 1348 tvangsendlæggelser, heraf 764 på 'røde papirer' og 584 på 'gule papirer'. Det psykiatriske centralregister, Institut for psykiatrisk demografi, Risskov.

foranstaltning efter dansk lovgivning anses som frivillig, medmindre patienten udtrykkeligt modsætter sig den.

Kritikken af sindssygeloven var helt grundlæggende et opgør med et århundredes paternalistisk tradition. Reformkravene har i hovedsagen knyttet sig til to problemer.⁵

For det første var der utilfredshed med udformningen af tvangs-indikationerne.⁶ Kritikerne krævede sagligt begrundede tvangskriterier, som ikke diskriminerer, stempler eller umyndiggør, og den særlige sindssygelov blev foreslået ophævet til fordel for en samlet lovgivning om administrativ frihedsberøvelse. Der blev fremført kritik mod adgangen til indgreb ved farlighed for personen selv samt mod at lade helbredeshensyn være en indikation for tvangsindgreb. Adgangen til at tvangstilbageholde patienter, hvis udskrivning kunne medføre væsentlig ulempe for vedkommende selv, blev anfægtet. Yderligere fremkom der kritik mod »musefælden«, dvs. adgangen til at tvangstilbageholde frivilligt indlagte patienter. Klagereglerne var alt for udviklede, og klager fik stort set aldrig medhold.

For det andet blev det betragtet som utidssvarende, at alene spørgsmålet om frihedsberøvelse var direkte lovreguleret. Kritikerne krævede retsgarantier i forbindelse med tvangsanvendelse under hospitalsopholdet, herunder regler om protokolering af tvangsindgreb. Desuden blev der krævet regler, der bygger på respekt for patienten som person, herunder ret til enestue, udfoldelsesmuligheder samt fast vagt under fiksering.

Hovedtræk af psykiatriloven

Psykiatriloven bygger på to betænkninger afgivet af justitsministeriets udvalg vedrørende sindslidendes retsstilling.⁷ På den ene side mundede lovreformen ud i nedfældelsen af et omfattende katalog af lovbestemte retsgarantier. Loven består af 47 paragraffer og ledsages af syv bekendtgørelser.⁸ På den anden side fulgte der stort set ingen ekstra bevillinger med de nye regler. Loven skulle give patienterne *retssikkerhed*, men det kneb med at give dem *faktisk sikkerhed* for en god behandlingsstandard.

5. En udførlig gennemgang af debatten om sindssygeloven findes hos Jørn Vestergaard: Revisionen af sindssygeloven. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1985, pp. 218-270.
6. Sindssygeloven hjemlede frihedsberøvelse, hvis en sindssyg var »farlig for sig selv eller andre«, eller hvis »udsigterne for den syges helbredelse« væsentligt ville forringes, hvis indlæggelse ikke fandt sted. Tvangstilbageholdelse kunne desuden ske, hvis udskrivning måtte antages at »ville medføre ulempe« for patienten.
7. Principbetænkning nr. 1068/1986 om tvang i psykiatrien og bet. nr. 1109/1987 med lovudvalgets afsluttende udtalelse.
8. Jm. bek. nr. 613 af 20.9.1989 om fremgangsmåden ved gennemførelse af tvangsendlæggelser. Jm. bek. nr. 614 af 20.9.1989 om underretning og klagevejledning til patienter i forbindelse med anvendelse af tvang i psykiatrien. Jm. bek. nr. 615 af 20.9.1989 om patientrådgivere. Jm. bek. nr. 616 af 10.9.1989 om forretningsorden for de psykiatriske patientklagenævn. Sundhedsministeriets bek. nr. 617 af 21.9.1989 om tvangsbehandling, fiksering, tvangsprotokoller m.v. på psykiatriske afdelinger. Sundhedsministeriets bek. nr. 708 af 2.11.1989 om patientråd og beboermøder på psykiatriske sygehuse og afdelinger. Jm. bek. af 23.8.1990 om personer indlagt på psykiatrisk afdeling i henhold til strafferetlig afgørelse.

En række patientrettigheder, som lovudvalgets flertal havde foreslået, forsvandt under justitsministeriets behandling af lovforslaget, herunder ret til enestue, tilbud om beskæftigelse og undervisning, ophold i frisk luft i mindst en time dagligt og ledsaget udgang efter behov. Justitsministeriets begrundelse for at undlade indførelse af disse patientrettigheder var, at sådanne regler »på en uheldig måde griber ind i amtskommunernes mulighed for at foretage en samlet sygehusplanlægning«. Man ønskede med andre ord ikke at forpligte amterne til som sygehusmyndighed at foretage sig noget udgiftskrævende på dette område. En almen bestemmelse om sikring af god sygehusstandard skulle efter justitsministeriets – og folketingsflertallets – opfattelse være tilstrækkelig. Betegnende nok blev det i bemærkningerne til ministeriets lovforslag tilkendegivet, at overholdelsen af denne bestemmelse ikke indebærer nogen udvidelse af amtskommunernes hidtidige forpligtelser. Amterne fik som sygehusmyndighed overført et bloktilskud på 7 mill. kr fra staten til ekstra udgifter (til patientrådgivere og vagter ved tvangsfikserede, se senere). Under lovforberedelsen blev det oplyst, at alene etablering af enestuer til tvangsanbragte og andre bygningsmæssige forbedringer ville koste ca. 100 mill. kr.

I det væsentlige lader loven den lægelige ledelsesposition uantastet.⁹ Det er betegnende, at spørgsmålet om objektivt erstatningsansvar for uberettigede tvangsgreb ikke blev gjort til genstand for nærmere drøftelser under lovforberedelsen.¹⁰ Kravet om en samlet lovgivning vedrørende administrativ frihedsberøvelse blev ikke imødekommet, og begrebet psykose er bevaret som grundbetingelse for tvangsan-

vendelse i psykiatrien. På baggrund af det store antal ulovlige tvangsindlæggelser efter den tidligere sindssygelov af ikke-psykotiske personer var der ellers blevet udtrykt tvivl om psykosebegræbets lovtekniske anvendelighed. For at legalisere den hidtidige praksis er psykosekriteriet i den nye lov suppleret med »tilstande der ganske må ligestilles med sindssygdom«, hvilket må betegnes som utilfredsstillende.¹¹

Tvangskriterier

Med henblik på at begrænse tvangsanvendelsen indeholder den nye lov en tiltalende principerklæring om *det mindste middels*

9. Socialistisk Folkeparti og Centrumdemokraterne fik ikke tilslutning til en række ændringsforslag, som bl.a. omfattede bestemmelser om tværfaglighed i beslutningstagningen. SF havde tidligere fremsat forslag til en lov om psykiatrisk behandling (L 82/1988).
10. Temaet er forud for lovrevisionen behandlet af Lars Busck: Frihedsberøvelse efter sindssygeloven af 14.3.1938. *Juristen* 1982, pp. 75-95 (85).
11. Se nærmere Jørn Vestergaard: *Sindslidendes retsstilling*. København: 1985, pp. 77-98; samme: *Tvang i psykiatrien*. Pp. 248-271 i *Retspolitisk status*. København: 1988. Se i øvrigt det svenske forslag vedrørende ny lovgivning vedrørende personer med psykiske forstyrrelser Proposition 1990/91:58, pp. 82-87 og 238-239.

*princip*¹² samt regler om vejledningpligt, opstilling af behandlingsplan, betænkningstid for patienten m.v.

Frihedsberøvelse må nu udtrykkeligt kun ske »med henblik på behandling«. Farlighedsindikation er i loven angivet med udtrykket »nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre«. Adgangen til tvangsindlæggelse alene på behandlingsindikation er opretholdt. Ulempeindikation, som i praksis har spillet en ubetydelig rolle, er afskaffet.

Frivilligt indlagte patienter kan også efter den nye lov tvangstilbageholdes. Folketingets ombudsmand gav kort før vedtagelsen af den nye lov udtryk for den opfattelse, at tvangsbehandling af frivilligt indlagte patienter indebærer en beslutning om tvangstilbageholdelse med de hertil knyttede retsgarantier.¹³

Den nye lov indeholder udtrykkelige bestemmelser for alle grupper af indlagte om tvangsfiksering og tvangsmidler, anden magtanvendelse, beskyttelsesfiksering, psykokirurgiske indgreb og forbud mod forsøgsbehandling i forbindelse med frihedsberøvelse eller anden tvang.

Tvangsprotokol, efterprøvelse, indberetning, fast vagt ved tvangsfiksering

Der er indført en såkaldt tvangsprotokol og obligatorisk efterprøvelse efter visse frister af beslutninger om frihedsberøvelse og beskyttelsesfiksering.¹⁴ De psykiatriske afdelinger har fremført omfattende kritik af den »bureaukratisering« og det papirarbejde, som pligten til registrering af tvangsindgreb indebærer. Loven stiller ikke urimelige krav, men en hovedkuld opstart har på nogle afdelinger medført unødigt komplicerede procedurer.

Tvangsanvendelse skal registreres og indberettes til sygehusmyndigheden og sundhedsstyrelsen, hvilket giver mulighed for at reagere overfor påfaldende forhold. Imidlertid er der ikke taget skridt til løbende statistikførsel, hvilket er overordentlig utilfredsstillende.

Ved tvangsfiksering med bælte skal der være fast vagt. I tillæg til denne nye bestemmelses humaniserende betydning i de tilfælde, hvor patienter faktisk lægges i bælte, vil kravet om fast vagt forhåbentlig kunne medvirke til, at der sættes de fornødne personaleressourcer ind i konkrete situationer, hvor der ellers vil være optræk til fiksering. Der er jo noget bagvendt ved

12. Lovens § 4 lyder således: 'Tvang må ikke benyttes, før der er gjort, hvad der er muligt for at opnå patientens frivillige medvirken. Når forholdene tillader det, skal patienten have en passende betænkningstid.'

Stk. 2. Anvendelsen af tvang skal stå i rimeligt forhold til det, som søges opnået hermed. Er mindre indgribende foranstaltninger tilstrækkelige, skal disse anvendes.

Stk. 3. Tvang skal udøves så skånsomt som muligt og med størst mulig hensyntagen til patienten, således at der ikke forvoldes unødigt krænkelser eller ulempe.

Stk. 4. Tvang må ikke anvendes i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål.'

13. Se *FOB* 1988.201-210.

14. Beskyttelsesfiksering benyttes for at hindre, at en patient utilsigtet udsætter sig selv for væsentlig fare, typisk ved at forsøge at foretage dagligdags handlinger, som den pågældende blot ikke er i stand til at udføre uden at løbe en risiko for at komme til skade, f.eks. ved at falde. De vigtigste eksempler er placering i en stol med et bord foran, eventuelt et særlig fikseringsbord, brug af stofrem ('blødt bælte') over dynen i patientens seng, af bælte i bad, på toilet eller i stol, aflåsning af yderdør på gerontopsykiatrisk afdeling.

først at bruge ressourcerne, når det er gået galt. Under de givne forhold kan det dog volde problemer at finde ressourcer til varetagelse af både forebyggelses- og afbødningshensynet. I Københavns amt blev loven således ikke efterlevet i starten. I de første otte måneder efter lovens ikrafttræden blev der opgjort 232 tilfælde, hvor der ikke som foreskrevet var indsat vagt. Amtet havde til formålet afsat midler af samme størrelsesorden som andre steder, men sygeplejeledelsen anså personalesituationen for utilstrækkelig til indsættelse af vagt ved alle tvangsfikseringer, hvorfor man valgte at sætte personale ind på at dæmpe tilløb til uro på afdelingerne frem for at sætte vagt ved de mere 'erfarne' patienter i bælte. Efter pres på amtsborgmesteren blev der i efteråret 1990 skabt bevillingsmæssigt grundlag for at indgå overenskomst mellem Københavns amt og de lægestuderendes faglige organisation om tilkaldevagtjeneste. Der findes ikke gode sanktionsmuligheder over for sådanne tilsidesættelser af en svag gruppes klare rettigheder. I resten af landet sker det tilsyneladende kun undtagelsesvis, at der ikke indsættes vagt ved fiksering, men det er forekommet, at der til formålet anvendes ikke-uddannet personale, f.eks. rengøringsmedarbejdere.

Det er diskutabelt, om brugen af lægestuderende som vagter ved tvangsfikserede patienter er forenlig med lovens intentioner. I justitsministeriets bemærkninger til lovforslaget var det en udtrykkelig forudsætning, at opgaven skulle varetages af hertil uddannede plejere, sygeplejersker eller andet kvalificeret personale.¹⁵ For lovudvalget var det et vigtigt formål med ordningen, at vagten kunne virke beroligende på patienten. Dette opnås

utvivlsomt bedst ved en indsats af fast personale, som alt andet lige vil have de bedste forudsætninger for at trøste, støtte og berolige. De lægestuderendes organisation afholder kurser med ni timers teoretisk gennemgang vedrørende pleje af psykiatriske patienter. Kurset er ikke obligatorisk for de lægestuderende, der fungerer som vagt ved bæltefikseringer.¹⁶

Klageadgang og domstolsprøvelse

Afgørelser vedrørende frihedsberøvelse kan fremover umiddelbart indbringes for byretten efter regler, der bevirker visse proceslettelser. Fristerne for sagsbehandlingen er blevet strammet op. Tidligere skulle klager af denne type først behandles af justitsministeriet.¹⁷ I lovens korte levetid er der indtil videre intet, der tyder på, at patienterne i mærkbart omfang vil kunne regne med at få medhold ved domstolene.¹⁸

Klager over tvangsbehandling, tvangsfiksering, fysisk magtanvendelse eller beskyttelsesfiksering kan fremover indbringes for nyoprettede, lokale patientkla-

15. Jfr. tilsvarende sundhedsministeriets bekendtgørelse.

16. Se i det hele notat af 23.8.1990 fra § 71-tilsynet, folketingets tilsyn med administrativ frihedsberøvede (grl. § 71, stk. 7).

17. For kritik af den tidligere klageordning se Lars Busck *ibid.* Se i øvrigt Jørn Vestergaard: *Sindslidendes retsstilling*, pp. 135-154.

18. Et eksempel på en ankeafgørelse er omtalt af Finn Schwartz og Vilhelm Schultz: *Ugeskrift for Læger* 152/36 1990, pp. 2593-2597.

genævn.¹⁹ Disse nævn har statsamtmanden som formand og en læge samt en patientrepræsentant som øvrige medlemmer. Patientklagenævnets afgørelser kan påklages til Sundhedsstyrelsens centrale patientklagenævn.

En helt grundlæggende svaghed ved den nuværende ordning er, at nævnene alene har fået tillagt beføjelse til at behandle klagesager, men ikke nogen almen tilsynsbeføjelse. Ved afgørelsen af de indbragte sager er nævnene følgelig nødt til at tage stilling til tvangens berettigelse ved ukritisk at lægge forholdene i det psykiatriske sygehusvæsen til grund som givne, selv om disse forhold gennemgående er i høj grad utilstrækkelige, hvilket i den enkelte sag kan være den overordnede årsag til tvangsanvendelsen.²⁰ På den baggrund vil det altovervejende være nærmest umuligt for nævnene at imødegå anvendelsen af tvang i konkrete tilfælde.

I den afsluttende udtalelse fra lovudvalget havde et flertal foreslået, at patientklagenævnene ikke alene skulle behandle konkrete klagesager, men også af egen drift skulle kunne tage sager op til undersøgelse, indhente oplysninger om praksis samt aflægge jævnlige, uanmeldte besøg på psykiatriske afdelinger.²¹ Forslaget om en sådan tilsynsbeføjelse refereredes i bemærkningerne til justitsministeriets lovforslag, der i øvrigt nærmest fremstod som om, justitsministeriet i det hele havde tilsluttet sig udvalgsflertallets forslag («i overensstemmelse med indstillingen»). Tilslutningen omfattede dog kun udtrykkeligt spørgsmålet om klagebehandling. Uheldigvis fremgik det ikke klart af bemærkningerne, at forslaget om en almen inspektionsbeføjelse var gledet ud, og retsudvalget fik ikke under behandlingen

af lovforslaget anledning til at hæfte sig ved denne svækkelse af nævnenes beføjelser.²² En udvidelse af nævnenes kompetence vil blive et af de væsentligste spørgsmål ved revisionen af loven.

19. En skitse vedrørende lokale nævn blev fremlagt i bogen *Sindslidendes retsstilling*, pp. 135-154. Skitsen var inspireret af de norske psykiatriske kontrolkommissioner, men med en styrkelse af disses kontrolpotentiale på en række afgørende punkter vedrørende sammensætning og kompetence, se Jørn Vestergaard: *Lokale tilsyns- og klageinstanser i psykiatrien*. Kriminalistisk Instituts stencilserie nr. 27, 1984. Den af lovudvalget udformede ordning har samme grundtræk som den norske ordning med dennes svagheder som kontrolinstans.
20. Se således Niels Reisby: Registrering af tvangsanvendelse. *Ugeskrift for læger* 145/23 1983, pp. 1801-1804; samme: Årsager til tvangsanvendelse på psykiatrisk afdeling. *Ugeskrift for læger* 146/46 1984, pp. 3586-3590. Lovudvalget konstaterede, at de dybere årsager til tvangsanvendelse skal søges i personalets manglende muligheder for alternative reaktioner, herunder ressourcer til forbedring af miljøet på de lukkede afdelinger, se bet. 1068 pp. 291 f. Se tillige forslaget i *Sindslidendes retsstilling* med hensyn til nævnenes beføjelser til at beskæftige sig med spørgsmål vedrørende medicinalpersonalets patientbehandling samt institutionsmiljøet i bred betydning.
21. Bet. 1109 pp. 28 f. og 98 f. Et tilsvarende forslag var indeholdt i SFs lovforslag L 82/1988. Retsudvalget afgav ikke betænkning over dette forslag. Denne del af forslaget indgik ikke i de senere af SF og CD stillede ændringsforslag til justitsministeriets lovforslag.
22. Et senere spørgsmål fra retsudvalget viser, at politikerne ikke forud for lovvedtagelsen gjorde sig klart, at nævnene efter justitsministeriets lovforslag kun skulle være klageinstans. Justitsministeriet tilkendegav i svaret, at loven ikke hjemler nogen generel tilsynskompetence for nævnene, se skrivelse af 30.-11.1989 – AD bilag 116. Bekendtgørelsen om patientklagenævnene omtaler følgelig kun behandlingen af konkrete klagesager.

Nævnenes afgørelser skal i øvrigt efter bekendtgørelsen udfærdiges uden angivelser af eventuelle mindretalsvota, hvilket på en urimelig måde vanskeliggør overvejelser vedrørende indbringelse for det centrale patientklagenævn.

Det er i høj grad tvivlsomt, om klageadgangen vil indebære en reel kontrol med omfanget af tvangsbehandling. Indtil videre er det stort set ikke forekommet, at nævnene går imod afdelingernes beslutninger om tvangsbehandling.

I Københavns amt har nævnet i løbet af lovens første år behandlet 51 klager. Klager over tvangsfikseringer uden fast vagt blev selvsagt imødekommet. I et par andre tilfælde vedrørende tvangsbehandling har hospitalet ikke fået medhold. Nævnet har bl.a. behandlet en sag vedrørende langvarig fiksering, hvor afdelingen erkendte, at behovet for at undgå anvendelse af bælte ville kunne imødekommes ved at stille en støtteperson fra det faste personale til rådighed, hvilket man imidlertid ikke havde ressourcer til, hvorfor man i stedet måtte fiksere og indsætte en udefra kommende vagt! I Københavns amt fungerede patientklagenævnet i øvrigt ikke i flere måneder i begyndelsen af 1990, idet det lægelige medlem nægtede at møde som følge af utilfredshed med vederlaget, der for alle medlemmer var ca. 190 kr pr. sag. Først efter pres fra folketingets tilsyn med administrative frihedsberøvelser, det såkaldte § 71-tilsyn, samt folketingets retsudvalg fik justitsministeriet og sundhedsministeriet udvirket, at der blev optaget kontakt mellem finansministeriet og lægeforeningen med henblik på en honoreringsaftale.²³ I øvrigt er ekspeditionsgangen for klagesager i Københavns amt ret besværlig og tidsrøvende, bl.a. fordi patientklage-

nævnet modtager sagerne via sygehusdirektoratet.

Uanset at de nye klageregler kun i ringe grad har forbedret patienternes mulighed for at få medhold i berettigede klager, er det dog i sig selv en fordel, at det psykiatriske system åbnes for indsyn i kraft af nævnenes virksomhed. Det er i den forbindelse ikke mindst væsentligt, at nævnene i forbindelse med konkrete klagesager har en 'besigtigelsesbeføjelse', dvs. kan aflægge besøg på vedkommende psykiatriske afdelinger, bl.a. med henblik på at undersøge de faktiske omstændigheder, hvorunder påklagede tvangsgreb har fundet sted.

Klage over en beslutning om tvangsbehandling tillægges opsættende virkning, dog ikke hvis »omgående gennemførelse af behandlingen er nødvendig for ikke at udsætte patientens liv eller helbred for væsentlig fare«. Loven har imidlertid en særskilt bestemmelse vedrørende beføjelse til at bruge beroligende midler under tvang i enkeltstående, akutte situationer, hvis dette er af afgørende betydning for bedring af en meget urolig patients tilstand. Klage over lægens bestemmelse om anvendelse af sådan tvang har ikke opsættende virkning. Ved klage over tvangsmedicinering som behandlingsmiddel i et planlagt forløb anvender visse psykiatriske afdelinger derfor beroligende midler, indtil patientklagenævnets afgørelse foreligger. Der skelnes imidlertid ikke mellem beroligende medicin og medicin til egentlig behandling. Medicinen er af samme karakter, typisk diverse neuroleptika, i den terapeutiske

23. Se nærmere § 71-tilsynets notat af 8.3.1990 og tilsynets beretning af 20.9.1990.

tiske behandling og ved anvendelse af beroligende midler i helt akutte situationer. Praksis er udtryk for en vilkårlighed, der afskærer patienterne fra rettigheder, som tilkommer dem ved brug af mere eller mindre tilsvarende medicin på en anden indikation.²⁴ Det følger af formålet med tvang til indtagelse af beroligende medicin, at langtidsvirkende præparater principielt ikke bør anvendes i tilfælde, hvor det, der skal opnås, alene er at dæmpe akut uro eller aggressivitet. Det samme gælder kontinuert, gentagen brug af sådanne præparater. Patientklagenævnet i Roskilde amt har truffet afgørelse om, at den pågældende type medicin ikke må anvendes tvangsmæssigt som beroligende medicin. Hospitalet har indbragt afgørelsen for det centrale patientklagenævn.

Patientrådgivere m.v.

Den væsentligste nydannelse i psykiatriloven er nok ordningen med halvprofessionelle patientrådgivere.²⁵ Der skal altid beskikkes en patientrådgiver ved frihedsberøvelse og tvangsbehandling. Efter patientens anmodning skal der beskikkes patientrådgiver ved fiksering m.v.

Patientrådgiveren skal ifølge lovens klare bestemmelse vejlede og rådgive patienten med hensyn til *alle forhold* i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling. Endvidere skal patientrådgiveren bistå patienten med iværksættelse og gennemførelse af eventuelle klager. I bekendtgørelsen om patientrådgivere er kun opgaverne i forbindelse med klager omtalt, mens den bredere støttefunktion, som udtrykkeligt er nævnt i lovteksten og forudsat i forarbejderne, er forbigået. Tilsyneladende har dette forhold fået den beklagelige effekt, at personalet på nogle

afdelinger opfatter patientrådgiverens aktiviteter som utidig indblanding, hvis de rækker ud over den snævre opgave vedrørende klagespørgsmålet.

Sagsgangen omkring journalindsigt er ofte meget besværlig for patientrådgiveren. Efter indhentelse af patientens samtykke anmoder patientrådgiveren om journalindsigt. Hvis tilladelse til indsigts meddeles, skal der aftales et tidspunkt med overlægen, som skal være til stede, mens patientrådgiveren gennemgår oplysningerne, og patientrådgiveren skal tilbage til afdelingen for at foretage det fornødne. Patientrådgivere er i øvrigt ofte forhindret i at møde frem ved behandlingen af klagesager i de lokale nævn, da berammelserne – i øvrigt ønskværdigt nok – kan ske med meget korte frister.

Patientrådgiverne ansættes af statsamtet efter ansøgning. Økonomien omkring patientrådgivernes virksomhed er meget anstrengt. Der er alene afsat et par millioner kr til vederlag, hvilket har betydning for kvaliteten af patientrådgivernes virksomhed. Der er ikke særlige midler til introduktionskurser og udsendelse af informationsmateriale, og nogle patientrådgivere har ikke modtaget sådant. Aflønnin-

24. Se nærmere Jørn Vestergaard: Beroligende medicin og tvang i psykiatrien. *Ugeskrift for Læger* 152/23 1990, pp. 1694-1696. Folketingets § 71-tilsyn anmodede den 30.7.1990 Dansk Psykiatrisk Selskab om en udtalelse vedrørende spørgsmålet. Da den ønskede udtalelse udeblev, oversendte tilsynet i februar 1991 sagen til retsudvalget.

25. Efter sindssygeloven skulle der efter nærmere regler beskikkes en tilsynsværge ved skifteretten. Disse værger var ofte patienternes nærmeste pårørende, som i mange tilfælde først blev beskikket efter frihedsberøvelsens ophør.

gen i forbindelse med den enkelte klient er efter bekendtgørelsen indledningsvis 400 kr pr. uge, derefter mindre, hvilket er meget beskedent, hvis der skal aflægges flere besøg, eventuelt med længere transporttid. Beløbet skal dække kørsel, telefon og andre udgifter og er i øvrigt skattepligtigt. På § 71-tilsynets initiativ har justitsministeriet bebudet, at der vil blive taget kontakt til Amdsrådsforeningen vedrørende satserne.²⁶

Loven indeholder i øvrigt bestemmelser vedrørende *patientråd* og *patientmøder*, *informeret samtykke* samt visse andre patientrettigheder i forbindelse med frihedsberøvelse og anden tvang.

Retspolitisk status

Indførelsen af de lokale klagenævn med en patientrepræsentant og oprettelsen af ordningen med særlige patientrådgivere er et betydeligt fremskridt, allerede fordi der derved er skabt en bredere kontakt mellem den psykiatriske sektor og omverdenen. Åbenhed overfor offentligheden er et væsentligt gode i sig selv. Mere konkret indebærer beskikkelsen af en patientrådgiver og ret til fast vagt ved fiksering en tiltrængt menneskeliggørelse af vilkårene i forbindelse med tvang. Tvangsprotokolten og efterprøvelsespligten vil til en vis grad kunne begrænse tvangsansværelsen. Derimod er det indtil videre usikkert, om psykiatrilovens bestemmelser i øvrigt vil medføre bedre vilkår og mindre tvang for de berørte patienter.

Afgørelser om tvang i psykiatrien er i høj grad skønsbetonede. Juraen alene har begrænset styringseffekt i forhold til de væsentlige problemer vedrørende psykiatriske patienters vilkår, og traditionel retssikkerhedstænkning har sine begræns-

ninger.²⁷ På den ene side kan optagetheden af den tætte retlige regulering ligefrem tilsøre, at det grundlæggende problem drejer sig om indsættelsen af de fornødne ressourcer. På den anden side er retten en holdningsdannende faktor, som kan have væsentlig betydning for udviklingen. Psykiatrilovens betoning af grundlæggende principper med hensyn til retssikkerhed og menneskerettigheder er derfor udtryk for en vigtig retningsangivelse.

Senest ved begyndelsen af folketingsåret 1994-95 skal der fremsættes forslag om revision af loven om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien.²⁸ I den forbindelse vil der blive anledning til at overveje, om der ved lovgivning kan tages yderligere skridt i samme retning. Ikke mindst vil en bredere tilsynsbeføjelse for psykiatrinævnene være af stor betydning. I det følgende peges der på nogle yderligere muligheder for en strammere regulering af adgangen til tvangsmedicinering, og afslutningsvis drøftes det grundlæggende spørgsmål om et eventuelt forbud mod tvangsmedicinering.

26. Se i øvrigt tilsynets beretning af 20.9.1990 vedrørende uddannelse af patientrådgivere. Se desuden Carsten Andersen: *Dagligdagens humanistiske tillidsfolk. En undersøgelse af de psykiatriske patientrådgiveres arbejdsvilkår 1989/1990*. Socialistisk Folkepartis folketingsgruppe 1990.

27. Jfr. Busck *ibid.*

28. Jfr. lovens § 46. Bestemmelsens forslagsstillerne henviste dels til de gennemgribende omlægninger på det psykiatriske hospitalsområde, dels til det særlige behov for en ændring af den hidtidige praksis vedrørende medikamentel behandling.

Reglerne om tvangsbehandling

Tilsidesættelse af patientens selvbestemmelsesret ved tvangsbehandling indebærer altid risiko for en alvorlig integritetskrænkelser, og medicinering kan have alvorlige skadevirkninger. Selv om tvangsbehandling iværksættes med gode intentioner, må der stilles strenge krav til skønsudøvelsen i forbindelse med sådanne beslutninger.

På psykiatriske afdelinger er det tilsyneladende en udbredt og rodfæstet – omend ikke enerådende – opfattelse, at medikamentel tvangsbehandling er indiceret, hvis en patient, der opfylder betingelserne for frihedsberøvelse, ikke frivilligt indtager medicin. Denne opfattelse er næppe blevet afsvækket med en tilkendegivelse som den følgende fra sundhedsstyrelsen:

»Når patienter i henhold til [loven] indlægges på psykiatriske afdelinger, f.eks. ved tvang på farekriteriet eller på helbredelsesindikation, skyldes det et velbegrundet ønske om at hjælpe den pågældende ud af den psykotiske tilstand, og de psykiatriske afdelinger må naturligvis i disse situationer bruge den behandlingsform, der nu er den optimale.«²⁹

Dansk Psykiatrisk Selskab har i sine vejledende retningslinier udtrykt samme håndfaste holdning:

»Der gives mulighed for tvangsbehandling, hvis patienten – forenklet udtrykt – opfylder [lovens] kriterier for tilbageholdelse.«³⁰

Denne indstilling afspejler sig i bestemmelserne om tvangsbehandling i psykiatriloven. De almindelige betingelser for iværksættelse af tvangsbehandling er de samme som betingelserne for tvangsindlæggelse. Der er ikke i loven angivet særlige begrænsninger i kriterierne for tvangs-

behandling.³¹ Lovreglerne indbyder derfor til den tankemæssige kortslutning, at patienter på psykiatriske afdelinger uden videre kan underkastes tvangsbehandling, hvis blot de opfylder betingelserne for frihedsberøvelse. I praksis gør denne opfattelse sig nok ikke mindst gældende ved tvangsindlæggelse på behandlingsindikation, idet »behandling« opfattes som mere eller mindre ensbetydende med medikamentel behandling.

Betænkningen fra justitsministeriets lovudvalg støttede uforbeholdent den opfattelse, at det tvangsmæssige i selve anbringelsen også legitimerer, at behandling om fornødent må ske med tvang »for ikke at udtrække selve tvangsanbringelsen længere end nødvendigt.«³²

29. Sundhedsstyrelsens skrivelse af 22.1.1988 til § 71-tilsynet.
30. Dansk Psykiatrisk Selskab: *Brug af neuroleptika*. 1989 pp. 21-22.
31. Lovteknisk set er betingelserne for tvangsbehandling beskrevet unødigt indviklet. Lovens § 12, stk. 1 (tvangsbehandling), henviser til § 10 (tvangstilbageholdelse), der igen henviser til § 5 (tvangsindlæggelse). Det følger af sammenhængen i bestemmelserne, at patienter i ambulant behandling ikke kan tvangsbehandles, hvilket visse psykiatere ikke har været klar over. En mere ligefrem skrivestil vil være at foretrække, og i sådanne bestræbelser ville det være hensigtsmæssigt at inddrage det i forbindelse med note 13 omtalte spørgsmål om tvangsbehandling af frivilligt indlagte patienter.
32. Bet. 1068/1986 p. 281. Tilsvarende antog udvalget, at bestemmelserne om frihedsberøvelse i den tidligere sindssygelov indirekte hjemlede tvangsbehandling, »idet behandling med magt anses som et mindre onde end fortsat opretholdelse af frihedsberøvelse uden forsøg på behandling. Det sidste ville også være uetisk rent lægeligt, når behandling er mulig«. Ræsonnementet er uholdbart.

Lovens blanke henvisning til betingelserne for frihedsberøvelse skaber alt for vide rammer for adgangen til tvangsbehandling.³³ Det afgørende for iværksættelse af tvangsbehandling er ikke alene, om behandling er »mulig«³⁴, men om de pågældende indgreb i *det konkrete tilfælde* er nødvendige, rimelige, forholdsmæssige. Adgangen til tvangsbehandling må være snævrere end adgangen til frihedsberøvelse. Når patienten er frihedsberøvet, foreligger der en ny situation. Det gør der for den sags skyld også, når en patient, der har ladet sig indlægge frivilligt, opfylder betingelserne for tvangstilbageholdelse.

Psykiatrisk tvang er en traditionsbestemt beskyttelsesforanstaltning af nødretslignende beskaffenhed. Sådanne foranstaltningers berettigelse rækker ikke umiddelbart videre end til etableringen af en behandlingssituation. Når en fare er afværget, evt. ved en frihedsberøvelse, er der ikke nødvendigvis nogen begrundelse for yderligere tvang. Det samme gælder, når en væsentlig forringelse af udsigten til bedring er imødegået. Tvangsbehandling og anden magtanvendelse kræver altid en særlig begrundelse i tillæg til begrundelsen for beføjelsen til frihedsberøvelsen. Det er ikke nogen tilfredsstillende begrundelse, at tvang anses påkrævet, fordi pladmangel som følge af de senere års nedlæggelse af sengepladser på de psykiatriske hospitaler bevirker et påtrængende praktisk behov for hurtig udskrivning af den enkelte patient.

Selve indlæggelsen indebærer, at den oprindelige fare eller udsigt til væsentlig forringelse af patientens tilstand vil være afværget i nogle tilfælde, omend ikke i alle. Principielt må behandlingsbehovet formodningsvis være imødekommet, i hvert fald delvis. Selve frihedsberøvelsen

eller muligheden for at iværksætte en sådan sætter i sig selv skranker for patienten. Om dette også indebærer forbedringer af de omsorgsmæssige, terapeutiske og beskyttelsesmæssige muligheder kan variere; men i hvert fald vil frihedsberøvelse/indlæggelse indebære etablering af et humanitært sikkerhedsnet i form af opsyn og fysisk behandlingskontakt.

Til trods for de psykiatriske hospitalers brist på ressourcer må formodningen klart være, at frihedsberøvelse/indlæggelse i sig selv stærkt formindsker rimeligheden, nødvendigheden, forsvarligheden af tvangsbehandling. Lovens betingelser for tvangsbehandling kan derfor med fordel udformes således, at de udtrykkeligt gøres strammere end betingelserne for frihedsberøvelse.

Manglerne i lovbestemmelserne om tvangsbehandling afbødes i kraft af den almindelige bestemmelse om *det mindste middels princip* først i loven. Denne bestemmelse vil forhåbentlig få almen betydning for udviklingen. Med ny lovgivning kan man påpege, fremhæve, understrege principper, som egentlig burde være selvfølgeligelige, men alligevel let underbetones i praksis. Det kan være pædagogisk givende at lade reglerne få en ny skikkelse. Kodificeringen af det mindste middels princip kan således give anledning til omvurdering af vante rutiner.

Et mindretal i folketinget fremsatte en række ændringsforslag, hvoraf nogle sigtede mod en konkretisering af det mindste

33. Dette gælder, uanset hvad man i øvrigt mener om udformningen af betingelserne for frihedsberøvelse. Se kritik af tvangskriterierne i *Retspolitisk status, ibid.*

34. Se note 32.

middels princip. Forslagene fik ikke tilslutning fra flertallet, som dog i retsudvalgets betænkning bemærkede, at man lagde afgørende vægt på at fremhæve betydningen af at iagttage det mindste middels princip:

»Dette indebærer bl.a., at man, forinden der skrides til tvangsmedicinering, nøje skal overveje, om andre behandlingstilbud, herunder samtaleterapi eller anden frivillig behandling, vil være en mulighed. Kun hvis dette ikke er tilfældet og betingelserne for tvangsbehandling med medicin i øvrigt er til stede, vil tvangsmedicinering kunne komme på tale«. ³⁵

Til trods for sådanne signaler svækkes tilskyndelsen til faglig eftertænksomhed på de psykiatriske afdelinger med en lovteknisk opbygning som den anvendte. Ved alene at medtage de nævnte retsgrundsætninger (1) holdt i almene vendinger (2) som almindelige bestemmelser (3) i lovens indledende paragraffer underbetoner man let deres vægt i de konkrete sammenhænge, hvori de har betydning. Der er risiko for udvanding af principperne, når de ikke i lovteksten knyttes direkte sammen med betingelserne for tvangsbehandling.

Det afbøder forholdet, at bekendtgørelsen om tvangsbehandling fremhæver det mindste middels princip ³⁶ Det er imidlertid diskutabelt, om det er en god lovteknik at ledsage en lov med en bekendtgørelse, der udtrykker det, som med fordel kunne have været sagt i selve loven. Det bør udtrykkeligt fremhæves i selve lovteksten, at betingelserne for tvangsbehandling er snævrere end betingelserne for frihedsberøvelse.

Lovbestemte retningslinier for adgangen til tvangsmedicinering

Psykiatriloven kunne i videre udstrækning bidrage til at fremme gode behandlingsrutiner ved at fremhæve en række grundhensyn. En vis lovteknisk inspiration kan hentes fra det norske lovudvalgs betænkning ³⁷ og fra de forslag, som SF stillede under behandlingen af psykiatriloven. ³⁸

Fremtidige bestemmelser om tvangsmedicinering bør udtrykkeligt kræve, at der med ganske stor sikkerhed kan forventes mærkbare og overvejende gunstige virkninger for patienten. Risikoen for skadevirkninger må tillægges afgørende vægt.

Ved valg mellem flere medikamenter må der tages betydelige hensyn til patientens egne ønsker og eventuelle særlige modvilje mod bestemte midler. Frivillig behandling må foretrækkes, selv om den ud fra en behandlingsmæssig vurdering ikke er på højde med den behandling, som patienten modsætter sig, medmindre den behandlingsmåde, som patienten samtykker i, er klart utilstrækkelig. Patientens egne ønsker om en anden behandlingsmåde må i hvert fald kun tilsidesættes, hvis en bestemt tvangsbehandling med stor sandsynlighed vil indebære væsentlig bedring eller forebyggelse af en væsentlig forværring.

Beslutninger om frihedsberøvelse skal nu efterprøves efter visse frister, og resultatet af efterprøvelsen skal tilføres en tvangsprotokol. Efter loven skal overlægen

35. FT 1988/89 tillæg B sp. 1324.

36. Sundhedsministeriets bek. 617 af 21.9.1989.

37. NOU 1988:8. *Psykisk helsevern uten eget samtykke*.

38. Se note 21.

også »til stadighed« påse, at tvangsbehandling ikke anvendes i videre omfang end nødvendigt. For efterprøvelse af tvangsbehandling opstiller loven imidlertid ikke obligatoriske frister og krav om protokolering. Tvangsbehandling forudsætter som nævnt, at betingelserne for frihedsberøvelse er opfyldt, så det er nærliggende at fortolke loven på den måde, at der for tvangsbehandling indirekte foreskrives det samme vedrørende tvangsprotokol og efterprøvelse som for frihedsberøvelse. Dette bør imidlertid siges klart og tydeligt i lovteksten.

Loven bør i øvrigt fastslå det princip, at tvangsmedicinering så hurtigt som muligt skal indstilles. En bestemmelse herom vil være en skærpelse af betingelserne i forhold til lovens mere udflydende bestemmelse om, at iværksættelse af tvangsbehandling kræver, at det er »nødvendigt«. Traditionen og de knappe ressourcer bevirker let, at det i urimeligt omfang anses som »nødvendigt« med langvarige tvangsbehandlinger. Overlægens beføjelser vedrørende tvangsmedicinering bør ubetinget være tidsbegrænsede, f.eks. i 2 måneder. Forlængelser bør kræve obligatorisk forelæggelse for en særlig instans, f.eks. patientklagenævnet.³⁹

Det svenske lovudvalg havde foreslået en bestemmelse om, at tvangsbehandling overhovedet ikke måtte iværksættes, medmindre der foreligger *alvorlig fare for patientens eget liv eller helbred*.⁴⁰ En tilsvarende, kraftig opstramning af de materielle betingelser for adgangen til tvangsmedicinering kunne fortjene en grundig overvejelse også her til lands.

Psykiatriske 'livstestamenter'

En arbejdsgruppe under justitsministeriet har for nylig afgivet en betænkning om afkald på livsforlængende behandling.⁴¹ Arbejdsgruppen har foreslået regler, der indebærer, at en behandlende læge *ubetinget* – d.v.s. også når patienten bliver inhabil – vil være forpligtet til at efterkomme en forudgående skriftlig og utvetydig tilkendegivelse fra en voksen habil person om, at vedkommende ikke under nogen omstændigheder ønsker at modtage transfusion af blod eller blodprodukter. Hvis lægen ikke ønsker at gennemføre en behandling på disse præmisser, skal han om muligt aktivt medvirke til, at patienten

39. I de vejledende retningslinier fra Dansk Psykiatrisk Selskab anføres det, at det næppe har noget formål at udstrække tvangsbehandling ud over to måneder, Dansk Psykiatrisk Selskab, *ibid.* p. 23.

40. Se den foreslåede § 25 i SOU 1984:64 p. 449. Bestemmelsen motiveres således: »Uttrycket alvarlig fara för patientens liv eller hälsa innebär att tvångsbehandling inte får tillgripas annat än i allvarliga fall. Att patienten kan väntas bli bättre om han får en viss medicin än om han inte får det räcker således inte. Det måste föreligga en risk för patientens liv eller att hans hälsa blir allvarligt skadad om behandlingen uteblir« (p. 413). Se også betænkningen pp. 250-251.

41. Bet. 1184/1989. Arbejdsgruppens kommissorium omfattede først og fremmest spørgsmål om lægers og patienters retsstilling vedrørende behandling af patienter, som ikke ønsker udsigtsløs livsforlængende behandling. I tillæg fik arbejdsgruppen den opgave at drøfte et spørgsmål af en noget anden karakter, nemlig retsstillingen vedrørende behandling af patienter, der afviser at modtage blodtransfusion i tilfælde, hvor afvisningen kan medføre overhængende fare for vedkommendes liv.

får mulighed for at blive behandlet hos en anden læge, der vil respektere patientens ønske.⁴²

Arbejdsgruppens forslag er nok på dette punkt en kende for kategorisk, men den grundholdning, som det bygger på, kan give inspiration med henblik på psykiatriske lægers og patienters retsstilling i tilfælde, hvor en patient forud for behandlingskontakten skriftligt og utvetydigt har tilkendegivet, at vedkommende under ingen omstændigheder ønsker at blive behandlet medikamentelt. Hvis det forudsættes, at en sådan erklæring er kommet i stand på et tidspunkt, da patienten var »habil«, er det svært at se, hvorfor der skulle være principiel forskel på sådanne tilfælde og de af den omtalte arbejdsgruppe behandlede. Det må dog erkendes, at det i psykiatrien kan volde særlige vanskeligheder at konstatere, om patienten var habil ved erklæringens afgivelse.

Under alle omstændigheder bør en forudgående tilkendegivelse kunne indgå som et ikke uvæsentligt led i den række af forhold, som de psykiatriske læger må tage i betragtning og afveje i forhold til hinanden i forbindelse med tilrettelæggelsen af behandlingsforløb. Der kan drages paralleller fra principperne for livstestamenters betydning for retsstillingen ved udsigtsløs livsforlængende behandling. Med en tillempling af udtryksmåden i betænkningen om livstestamenter kan dette udtrykkes på følgende måde: Den indbyrdes vægt af en række forskellige momenter i det lægelige skøn kan næppe angives endegyldigt, men der kan i tillæg til patientens egne tilkendegivelser lægges vægt på individuelle forhold som sygdommens art og stadium, de foreliggende behandlingsmuligheder,

patientens livssituation, de pårørendes holdning etc.

Respekt for »psykiatriske livstestamenter« ville først og fremmest kunne få praktisk betydning for personer med tidligere patienterfaring.

Et ubetinget forbud mod tvangsmedicinering?

De utilstrækkelige vilkår for psykiatriske patienter bør indebære en ganske stærk formodning både *mod* frihedsberøvelse, *mod* tvangsbehandling og *mod* tvivlsomme og belastende behandlingsformer i øvrigt. Frihedsberøvelse og tvang kan kun forsvares i de helt tilspidsede tilfælde. Visse tvangsindgreb bør ligefrem undergives et absolut forbud, således som det i psykiatriloven er sket med hensyn til psykokirurgiske indgreb (lobotomi, det hvide snit). Sporene fra praksis med hensyn til psykokirurgi i perioden fra 1940'erne til 1970'erne skræmmer og burde mane til alminde-

42. Se nærmere bet. 1184 p. 103.

lig eftertanke.⁴³ Psykiatriens historie er gennemgående præget af en tilbagevendende tro på de store humanistiske fremskridt og opgør med en barbarisk fortid.⁴⁴

Det store spørgsmål med hensyn til tvangsmedicinering er, om der overhovedet bør være adgang til at iværksætte den slags indgreb som behandlingsmiddel.⁴⁵ I de senere år er der rejst krav om ret til medicinfri behandling.

Den medikamentelle tvangsbehandling af psykosere sker i hovedsagen med de såkaldte *neuroleptika*.⁴⁶ Neuroleptika er stoffer, der har symptomdæmpende, men ikke kurative virkninger. I øvrigt har disse stoffer en række belastende og undertiden alvorlige skadevirkninger. Disse midler påvirker hjernens biokemiske processer, hæmmer drifter og følelser og påvirker det motoriske apparat. Bivirkningsprofilen omfatter bl.a. muskelrystelser og syndromet »tardiv dyskinesi«, der viser sig som forstyrrelser i bevægelsesmønstret med eksempelvis grimasseren.

De negative virkninger af neuroleptika er omtalt i lovudvalgets første betænkning, hvor der sammenfattes således:

»Blandt de tidlige bivirkninger er rastløsheden (akatisien), den akutte muskelstivhed og parkinsonlignende symptomer de mest generende. Svimmelhed i forbindelse med blodtryksfald er den farligste bivirkning. Anderledes forholder det sig med de ved langtidsbehandling udviklede bivirkninger, specielt de tardive dyskinesier... Tardive dyskinesier er en alvorlig bivirkning, fordi de i mange tilfælde ikke forsvinder ved ophør med neuroleptikabehandlingen.«⁴⁷

På baggrund af denne karakteristik af neuroleptikas skadevirkninger kunne man måske have forventet, at udvalget havde fundet det nødvendigt at gå ind i en nærmere redegørelse for stoffernes og tvangs-

behandlings positive effekter, men den faglige og den offentlige debat om disse spørgsmål kom først efter betænkningens afgivelse, da kritiske røster krævede den

43. En aktuel debat om lobotomi har været særlig heftig i Norge omkring Joar Tranøys publikationer, se således: Forfalskningen af lobotomiens historie på Gaustad sygehus. *Institutt for kriminologi og strafferetts Stensilserie* nr. 64, 1990, samt flere artikler i tidsskriftet *Materialisten* 1989 og 1990. I Danmark ophørte behandlingen med psykokirurgi i begyndelsen af 1980'erne samtidig med indførelsen af forskellige restriktioner efter en – ganske enkeltstående – efterundersøgelse, foretaget af Heidi Hansen, Ruth Andersen, Alice Teilgaard & Villars Lunn: *Stereotactic Psychosurgery. A psychiatric and psychological investigation of the effects and side effects of the interventions. Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 66, 1982. En offentlig debat blev først rejst efter journalisten Alex Frank Larsens dokumentarudsendelse i TV i marts 1991. Se i øvrigt artiklen i *Ugeskrift for Læger* 152/47, 1990, pp. 3551-3555.
44. Se Anders Kelstrup: *Galskab, psykiatri, galebevægelse – en skitse af galskabens og psykiatriens historie*. København: 1983.
45. Et mindretal i det norske lovudvalg har foreslået et absolut forbud mod tvangsmedicinering af patienter, som aktivt modsætter sig medikamentel behandling, se NOU 1988:8, pp. 152-156.
46. Skønsmæssigt antages det, at 12.000 personer her i landet er under institutionsmæssig eller ambulant behandling med neuroleptika. Neuroleptika er en gruppe på 30-35 stoffer, som antages at have en gunstig virkning på psykosere, dvs. såkaldt anti-psykotisk effekt. En oversigt over betegnelserne for præparaterne findes f.eks. i bogen *Hjernemedicin – en bog om den giftige medicin*. København: 1988. Se også Per Vestergaard & Jes Gerlach (red.): *Behandling med psykofarmaka: Samspillet med andre behandlingsformer*. København: 1988.
47. Bet. 1068 p. 95.

etablerede psykiatri til ansvar for praksis.⁴⁸ I betænkningen konkluderede udvalget summarisk:

»Det er vigtigt at understrege, at risikoen for udvikling af de nævnte bivirkninger *ikke* generelt overskygger de fordele, man kan opnå ved behandling med neuroleptika – nemlig de psykotiske symptomers bortvisnen«.

Det hævdes, at indlæggelsestiderne er blevet mærkbart kortere som følge af introduceringen af de nye farmaka i 1950'erne:

»Anvendelsen af disse neuroleptika må betragtes som den væsentligste årsag til, at mere end 2/3 af ellers langvarigt eller permanent indlagte, psykotiske patienter nu kan udskrives til ambulant eller distriktspsykiatrisk vedligeholdelsesbehandling«.
(Retslægerådet)⁴⁹

Tilsvarende gøres det gældende, at neuroleptika medførte »mirakler« og »revolution«:

»Svært syge patienter, der havde været indlagt i mange år, kunne udskrives til en ny social tilværelse. Murene omkring de psykiatriske sengeafsnit blev brudt ned, såvel bogstaveligt som i overført betydning«.
(Sundhedsstyrelsens lægemiddelafdeling)⁵⁰

Der bruges også vendinger som »en nærmest revolutionerende ændring af vore behandlingsmuligheder« som følge af »disse farmakologisk meget potente stoffer«.⁵¹

Selv om neuroleptika under visse omstændigheder kan være et nyttigt og nødvendigt middel, er den hævdede sammenhæng næppe videnskabeligt ubestridelig. Ganske vist har undersøgelser vist en bedring af prognosen for de såkaldt funktionelle psykosier i midten af vort århundrede. Bedringen indtrådte dog tilsyneladen-

de før indførelsen af de nye farmaka. Medvirkende faktorer kan have været indførelsen af andre behandlingsformer i samspil med den almindelige velfærdsudvikling i samfundet.⁵² En dansk psykiater har sammenfattet sin opfattelse på denne måde:

»Det er rimeligt at opsummere erfaringerne således: på aktive, initiativrige hospitaler var medikamenterne et kærkomment og virksomt tilskud til den i forvejen stedfindende behandling. På de mere torneroseagtige institutioner blev personalet så at sige tvunget til aktivitet af den medikament fremkaldte forbedring af patienternes tilstand. Resultatet af de nye medikamenter blev således under alle omstændigheder en øget aktivitet«.⁵³

48. De vejledende retningslinier fra Dansk Psykiatrisk Selskab er udtryk for en erkendelse af problematikken og et tiltalende forsøg på en opstramning.
49. Retslægerådets skrivelse af 3.3.1988 til justitsministeriet.
50. Sundhedsstyrelsens skrivelse af 22.1.1988 til § 71-tilsynet.
51. Dansk Psykiatrisk Selskab *ibid*.
52. Se således Ørnulv Ødegaard: Fenthiazinpreparatenes innvirkning på klientelet på de psykiatriske sykehus. *Nordisk Psykiatrisk Tidsskrift* 1965, pp. 92-101; samme: *Nordisk Medicin* 1970; Ejnar Kringlen, *Psykiatri*, 4. utg. 1982; Erik Axel i bogen *Hjernemedicin* pp. 151-158 m. henvisninger. Det er ikke utvivlsomt, at neuroleptika har været en afgørende forudsætning for udviklingen. Kringlen mener således, at neuroleptika blot accelererede en udvikling, der allerede var i gang, men ikke initierede nye behandlingsfremskridt.
53. Se nærmere Fini Schulsinger i *Psykiatri – en tekstbog*. København: 2. udg. 1985, p. 344.

De alvorlige skadevirkninger af behandling med neuroleptika er blevet kraftigt understreget af enkelte læger, som er blevet mødt med stærk afstandtagen fra den etablerede psykiatri.⁵⁴ De oppositionelle psykiatere har gjort gældende, at tvangsmedicinering har antiterapeutiske virkninger ved at undergrave patientens oplevelse af respekt for vedkommendes person og for vedkommendes problem. Nogle af patienterne oplever tilsyneladende tvangsbehandling som en større krænkelse end selve frihedsberøvelsen. Ved at afstå fra tvangsbehandling undgår man således at ydmyge sådanne patienter. Det er blevet hævdet, at et forbud mod tvangsmedicinering med neuroleptika ville tvinge personalet til at anstrenge sig mere for at forstå patientens behov, vinde patientens tillid og motivere patienten.

Stort set alle psykiatere har tydeligvis den opfattelse, at der i visse situationer ikke findes realistiske alternativer til tvangsbehandling med neuroleptika. Hele spørgsmålet omkring anvendelse af neuroleptika har en så kompleks karakter, at der ikke i en nær fremtid kan forventes en afklaring vedrørende positive og negative effekter. Det må erkendes, at neuroleptika og i et vist omfang tvangsbehandling anvendes, fordi man ikke ved, hvad man ellers skal stille op med psykiatriske patienter i visse situationer, specielt når problemerne ophobes og ressourcerne i øvrigt ikke rækker til. Det ville dog være ønske-

ligt at få iværksat forsøgsprojekter med gode ressourcer for at undersøge, om og i givet fald under hvilke forhold neuroleptika og tvang kan undværes.

Der savnes information om praksis, og det er uvist, i hvilken grad psykiaternes interne opstramning omkring brugen af neuroleptika er virksom. I den offentlige debat har psykiatrien ikke løftet sin bevisbyrde med nøgtern dokumentation og argumentation, men har i det store hele affærdiget kritiske synspunkter med autoritære markeringer, hvilket har skabt en troværdighedskløft. Udfaldet af den fortsatte debat vil forhåbentlig blive præget af en tiltagende og stærkt påkrævet åbenhed, hvortil ikke mindst indførelsen af patientklagenævnene og patientrådgiverordningen kan medvirke. Det er af afgørende betydning for psykiatriens troværdighed i forhold til de kritiske grupper, at der redegøres fyldestgørende for realiteterne.

54. Se således Peter Breggin: *Psychiatric Drugs: Hazards to the Brain*, New York 1983; Lars Mårtensson: *Should Neuroleptic Drugs be Banned?*, Malmø 1985; Jytte Willadsen i bogen *Hjernemedicin* pp. 196-203 m. henvisninger. Den svenske læge Barbro Sandin hævder, at patienterne blev bedre, hvis de holdt op med neuroleptika, se således *Läkartidningen* 1982 nr. 37. En psykiaters imødegåelse af kritikken er fremlagt af Sven Randén i det svenske tidsskrift *Revanch!*, 1990, pp. 22-26.

Aut dedere aut judicare

Af Knud Waaben

1. Jurister er forlængst ophørt med at skrive og tale til hinanden på latin for at gøre sig forståelige. Den gamle skik, der faldt så naturlig i naturrettens dage, gik i graven da juristerne ikke længere lærte sproget godt nok og det tilmed blev for fattigt på ord til at udtrykke hvad de havde at sige. Juristlatin endte med at blive et middel til at gøre sig uforståelig. Ved Københavns Universitet var det endnu omkring 1840 en pligt at bruge latin i akademiske afhandlinger (lærebøger havde længe været på dansk), men nogle yngre jurister fik efter ansøgning en dispensation, og snart blev det muligt at vælge mellem latin og dansk.

Stumper af det der engang var en meningsfuld sammenhæng driver endnu rundt i den juridiske litteratur. Nogle kunne let undværes, f. eks. den opdigtede person som kaldes en »bonus pater familias«, en mand uden »dolus« og »culpa«. Andre gør nytte ved at give fagfolk i alle lande korte udtryk for det der ellers måtte varieres på forskellige sprog; det gælder bl.a. »lex loci«, »lex fori«, »in absentia«, »in dubio pro reo« og »nulla poena sine lege«. Det kan nok undertiden knibe med forståelsen af de korte formler; opfattes »casus mixtus« som »et blandet tilfælde«, vil man gå fejl af hvad »casus« her betyder. Der er sætninger og begreber som kun har fået

udbredelse i dele af verden. Enhver jurist i common law lande har tidligt lært at »actus non facit reum nisi mens sit rea« (handlingen gør ingen skyldig hvis ikke der er skyld i tanken); på kontinentet og i Norden har vi ikke lært om skyldprincippet på den måde, men til gengæld forstår englændere og amerikanere ikke vort »dolus eventualis«.

En sjælden gang kan et latinsk udtryk få ny aktualitet. Således er det gået i den internationale strafferet med »aut dedere aut judicare« – enten udlevere eller selv afgøre sagen – og med »ne (non) bis in idem« – ikke to gange en sag om det samme, eller: en dom har retskraft også i forholdet mellem staterne. Det sidstnævnte udtryk optræder endog som kapitel- og paragrafoverskrift i flere nyere konventioner, hvor det gør en oversættelse overflødig, og det er genstand for en hel EF-konvention af 1987 om forbud mod dobbelt strafforfølgning. I protokol nr. 7 til den europæiske menneskerettighedskonvention er princippet kun opstillet med internretlig virkning.

Her er det *maximen aut dedere aut judicare* der skal omtales. Fra dens retshistorie skal kun citeres nogle udtalelser af *Hugo Grotius* (1625). Hos ham hed det endnu »aut punire«, men hvornår dette er blevet til det mere træffende »aut judicare«

er i denne forbindelse ligegyldigt. Når en stat på sit område har en person der har begået en forbrydelse i et andet land, har den en »obligatio disjunctiva«: en alternativ pligt »ad dedendum aut puniendum«. Herom hedder det også: »Hvis der rettes en begæring til staten skal den gøre ét af to, enten straffe den skyldige efter for-tjeneste eller overgive ham til den stats myndighed der har fremsat begæringen«. Princippet er bygget på mange klassiske eksempler fra historie og fiktion, men om den nyeste tid taler Grotius når han siger: de fleste europæiske stater vil sædvanligvis kun begære udlevering med hensyn til forbrydelser mod staten eller i øvrigt af betydelig grovhed, ikke for ringere forbrydelser, »medmindre mere bestemte aftaler er truffet ved traktat«. ¹ Det er en antydning der peger frem mod senere tiders talrige bilaterale udleveringstraktater. Derimod er det ikke et varsel om noget kommende, tværtimod, når Grotius i en note røber den mening at maximen »aut dedere aut punire« gælder mest selvfølgelig med hensyn til opholdslandets egne borgere, men udstrækkes til dem der har søgt fremmed asyl ved flugt fra hjemlandet.

2. En stat bringes ikke sjældent i den situation at der på dens territorium befinder sig en person som i et andet land er sigtet for en strafbar handling. Det vil almindeligvis være gerningslandet der gør opmærksom på forholdet, men det kan også være et tredieland, f. eks. den sigtedes hjemland. Og det kan forekomme at det er opholdslandet selv der får en mistanke om gæstens kriminelle aktivitet i udlandet.

Hvad kan opholdslandet gøre i den

anledning? I de seneste årtier har man ved internationale konventioner søgt at påvirke deltagerlandenes muligheder eller pligter i så henseende. Forinden dette omtales vil det være praktisk at fremhæve at det tidligere udelukkende var de enkelte landes interne regler der bestemte dets handlemuligheder. Dette vil også den dag i dag være tilfældet i de lande der ikke har tiltrådt de nyere konventionsmæssige forpligtelser. ²

(1) Udlevering af den sigtede til et andet land kunne være en mulighed, hvis opholdslandet enten havde en bilateral traktat herom med det begærende land eller – med eller uden udtrykkelig lovhjemmel – anså sig for beføjet til at udlevere efter en konkret bedømmelse. Men uden en begæring herom fra et andet land ville en udlevering ikke komme på tale. Det ville den heller ikke hvis begæringen angik en handling som efter sin beskaffenhed ikke gav grundlag for udlevering. Og det ville normalt være udelukket at udlevere en sigtet person der er statsborger i det anmodede land, for staterne har i almindelighed gjort det til et princip ikke at udlevere egne statsborgere. Der forekommer undtagelser herfra, bl.a. i USA og i forholdet mellem de nordiske lande. Men et forbud mod eller en vægring ved at udlevere egne statsborgere hører ellers til traditionen i den internationale strafferet. Derfor vil en udleveringsbegæring normalt ikke fremkomme hvis gerningslandet har kendskab til den sigtedes statsborgerskab i opholdslandet.

1. De jure belli ac pacis 2. bog, kap. 21.4-5. Se også 1. bog, kap. 3.21: »si peccatum appareat, tenetur rex aut populus, eum qui nocuit aut punire, aut ei cui nocitum est dedere«.

2. Om dansk ret og konventionerne henvises til Poul Dahl Jensen og Knud Waaben, International Strafferet (1992).

(2) En anden mulighed kunne være at opholdslandet selv indleder en strafforfølgning. Men det ville forudsætte at landet efter sine interne regler har jurisdiktion (straffemyndighed) med hensyn til den påsigtede forbrydelse. Det er velkendt at landene i den henseende er meget forskelligt stillet. Nogle stater begrænser deres straffemyndighed ved at følge et territorialprincip, og i så fald vil egen retsforfølgning ikke være et alternativ til udlevering, hvis handlingen er begået uden for det aktuelle opholdsland. Når dette kombineres med et forbud mod udlevering af egne statsborgere, kan følgen blive at den hjemvendte statsborger er strafferetligt immun over for retsforfølgning, en tilstand der beklages af dem der lægger vægt på international solidaritet om bekæmpelsen af forbrydelser. Der er andre lande, f. eks. Danmark og de øvrige nordiske lande, der ikke afgrænser deres straffemyndighed så snævert. Vi hævder jurisdiktion med hensyn til udlandshandlinger når de er begået af personer med statsborgerskab eller fast bopæl i Danmark, og hermed ligestiller vi borgere i andre nordiske lande. Vi har også længe kendt en partiel anvendelse af et universalprincip (krænkelse i udlandet af danske myndigheder eller statsinteresser), men området for en sådan straffemyndighed har dog indtil 1970'erne været ret snævert – mere snævert end f. eks. i Norge og Sverige.

Det har således langt fra været et almindeligt træk i den internationale strafferet at en sigtelse for udlandsforbrydelser giver opholdslandet et valg mellem at udlevere og at retsforfølge. Undertiden står kun den ene af disse muligheder åben, undertiden er ingen af dem til stede. Ingen lande har indrettet deres regler således at de pålæg-

ger sig selv en pligt til enten at udlevere eller at retsforfølge.

Hvis man anvender udtrykket »aut dedere aut judicare« på den før-konventionsmæssige strafferet, får udtrykket nødvendigvis en meget løs betydning. Det betegner ikke et pligtmæssigt valg, men rummer kun den erfaringsætning at udlevering og egen retsforfølgning er to muligheder som i et større eller mindre antal tilfælde kan tænkes anvendt for at undgå strafferetlig immunitet i et opholdsland. Man kan også anvende sætningen som en legislativ maxime, en målsætning for kriminalpolitikken: det er ønskeligt at sigtede personer mest muligt er undergivet en risiko for at de enten kan udleveres eller stilles for en domstol dér hvor de befinder sig.

Dette var, i meget generelle træk, det billede der tegnede sig i den internationale og komparative strafferet endnu for få årtier siden. Når der nu omtales nogle nyere tendenser, må vi udelade specielle ordninger mellem de fem nordiske lande.³ Det er heller ikke muligt at få plads for alle supplerende bestemmelser, herunder det almindelige krav om at den påsigtede handling skal være strafbar både i opholdslandet og i gerningslandet.⁴

3. En europæisk konvention om udlevering af lovovertrædere blev vedtaget i 1957.⁵

3. Se navnlig straffelovens § 7, stk. 2, samt lov nr. 27 af 3. februar 1960 og lov nr. 214 af 31. maj 1963.

4. Om dobbelt strafbarhed se Poul Dahl Jensen og Knud Waaben anf. st. kap. 3.2.

5. Bekendtgørelse nr. 36 af 28. september 1963 og nr. 106 og 108 af 11. november 1986 (Lovtidende C); lov nr. 249 af 9. juni 1967 om udlevering af lovovertrædere.

De deltagende lande forpligter sig til at efterkomme begæring om udlevering til retsforfølgning eller straffuldbyrdelse under de betingelser som konventionen opstiller. En af betingelserne er at forbrydelsen i begge lande har en maksimumstraf på ét års fængsel eller mere. En stat skal have ret (men ikke pligt) til at nægte udlevering af egne statsborgere. Herom har Danmark, Norge og Sverige erklæret at udtrykket statsborger omfatter alle personer der har enten egentlig statsborgerret eller fast bopæl i et af de fem nordiske lande.

Hvis udlevering af en statsborger nægtes, skal staten på den begærende stats anmodning »forelægge sagen for sine kompetente myndigheder, for at der kan indledes retsforfølgning, såfremt der findes anledning hertil«. Bestemmelsen kan ses som et første forsøg på at sætte et anmodet land i den situation at udnyttelse af landets egen straffemyndighed skal være et pligt-mæssigt alternativ til nægtelse af udlevering. Men bestemmelsen er begrænset til at angå sager om landets egne statsborgere, med den foran nævnte nordiske udvidelse. Pligten til at anvende alternativet er kun en pligt til at overveje om der er anledning til at indlede retsforfølgning – en overvejelse som landet sikkert også ville komme ind på selv om der ikke var nogen konventionsbestemmelse. Der er ingen tilsvarende alternativ pligt i andre tilfælde hvor et anmodet land afslår udlevering. Man finder kun en temmelig selvfølgelig regel om at udlevering kan afslås hvis det anmodede land selv har indledt retsforfølgning i anledning af den samme forbrydelse.

I 1972 vedtog Europarådet en konvention om overførelse til andet land af retsforfølgning i straffesager.⁶ Også denne konvention tilsigter en effektivisering af

retshåndhævelsen, nu ikke på udleverings-siden men på jurisdiktionsudøvelsens side.

Det er 1972-konventionens grundtanke at et land – typisk gerningslandet – der har rejst en sigtelse, men har svært ved at komme videre med sagen, skal kunne anmode et andet land om at overtage retsforfølgningen. Der er det interessante ved konventionen at det anmodede land ikke efter sine ordinære regler behøver at have straffemyndighed over den påsigtede forbrydelse. Konventionen og dens integration i deltagerlandets ret skaber jurisdiktion i kraft af den begærende stats anmodning. Det er en nem og egentlig lidt tilfældig måde at erhverve jurisdiktion på. Der gælder ingen begrænsninger i form af mindstekrav til forbrydelsens grovhed eller den foreskrevne strafs størrelse. I hvilket omfang denne kompetenceoverførelse er en realitet i det enkelte land, beror naturligvis på hvor langt det pågældende land i forvejen strækker sin straffemyndighed – om det f. eks. bygger på territorialprincippet, eller det helt eller delvis anvender et universalprincip. Men skellet mellem de nationale principper skal sættes ud af spillet ved konventionens kompetenceudvidelse. Straffemyndighed der hviler på en sådan overførelse af retsforfølgning kan siges at anvende et repræsentationsprincip eller et »Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege«. Dette udtryk anvendes i øvrigt i skiftende betydninger og gør ikke stor nytte i læren om jurisdiktionsprincipper.

6. Bilag til lov nr. 252 af 12. juni 1975, der gjorde konventionens afsnit I-IV til dansk ret.

4. De to konventioner der her er omtalt hører til den internationale strafferets almindelige del. Af interesse for forståelsen af vor latinske maxime er imidlertid en udvikling inden for konventionsrettens specielle del.

Der er afsluttet konventioner med henblik på international bekæmpelse af en række alvorlige forbrydelsestyper. Her, hvor landene føler en trussel der kan komme til udbrud hvor som helst, har det været vigtigt at skabe en international solidaritet og at forpligte staterne til at gøre enten det ene eller det andet, *aut – aut*. Det er sket ved at gøre den sigtede persons faktiske ophold på territoriet til udgangspunkt for statens forpligtelser. Konventionerne indeholder derfor spiren til et jurisdiktionsprincip – man kan kalde det opholdsprincippet eller pågribelsesprincippet – der ellers aldrig har optrådt som et selvstændigt kriterium i læren om straffemyndighedens tilknytningmomenter. Det er imidlertid et realistisk princip, for så vidt som legal straffemyndighed kun kan blive til virkelighed i et land der råder over den sigtedes person. Der dømmes jo normalt ikke »in absentia«.⁷ Den internationale strafferets logik har altid været den omvendte af et pågribelsesprincip: afgør først hvornår I vil have ret til at straffe, vent derefter og se om I kan bringe den sigtede for en domstol.

Den internationale konvention af 1970 (Haag-konventionen) om bekæmpelse af ulovlig bemægtigelse af luftfartøjer indeholder følgende bestemmelser. Der pålægges deltagerstaten en pligt til at kriminalisere den handling der består i ved vold eller trusler at bemægtige sig eller udøve kontrol over et luftfartøj under flyvning (art. 1 og 2). Der pålægges endvidere en

pligt til at sørge for national straffemyndighed i et nærmere afgrænset omfang (art. 4). Denne pligt gælder bl.a. tilfælde hvor den formodede gerningsmand befinder sig inden for deltagerstatens område, og staten ikke udleverer ham til en anden stat. Og der er bestemmelser om adgangen til udlevering (art. 8).

Når disse bestemmelser sættes i sammenhæng med hinanden, fører de til et *aut – aut*, jfr. art. 7. En deltagerstat som har en formodet gerningsmand inden for sit statsområde, og som ikke udleverer ham, skal i alle tilfælde tage skridt til at overveje brugen af egen straffemyndighed.

En række andre konventioner har fastlagt en tilsvarende ordning. Det gælder navnlig konventionerne af 1971 (Montreal) om bekæmpelse af ulovlige handlinger mod den civile luftfarts sikkerhed (jfr. protokol af 1988 om ulovlige voldshandlinger i lufthavne),⁸ 1973 (New York) om internationalt beskyttede personer, 1977 (Strasbourg) om bekæmpelse af terrorisme, 1979 (New York) om gidseltagning, 1980 (Wien) om beskyttelse af nukleare materialer og 1984 (New York) om tortur. De fleste af disse forbrydelser er nævnt i terroristkonventionen af 1977 som handlinger der ikke må anses som politiske forbrydelser og dermed som undtaget fra udlevering.

7. Om domme in absentia findes regler i en tillægsprotokol af 1978 til den europæiske udleveringskonvention, bkg. nr. 108 af 11. november 1986.

8. Derimod indeholder Tokyo-konventionen af 1963 om lovovertrædelser begået om bord i luftfartøjer kun en jurisdiktionspligt for registreringslandet, og den sætter ikke udlevering og straffemyndighed i forbindelse med hinanden.

Til rækken af konventioner kan føjes den nyeste narkotikakonvention, Wienerkonventionen af 1988. Af dens meget komplicerede bestemmelser om jurisdiktion og udlevering skal kun refereres nogle hovedpunkter. Deltagerlandenes pligt til at kriminalisere handlinger er beskrevet i art. 3. Deres pligt til at råde over straffemyndighed (art. 4) er i hovedsagen begrænset til at følge territorial- og flagprincippet, altså en meget traditionel minimumsløsning. At konventionen hertil føjer tilfælde hvor landene efter eget valg kan etablere straffemyndighed er fra et retligt synspunkt uden betydning. Men til det pligtmæssige hører også følgende: et land skal sørge for straffemyndighed i tilfælde hvor en sigtet person opholder sig på territoriet, og staten ikke udleverer den pågældende med den begrundelse at overtrædelsen er begået på dens eget område eller fartøj eller af en statsborger. I disse tilfælde skal den sigtede (dvs. sagen) overgives til de kompetente myndigheder med henblik på en afgørelse om strafforfølgning (art. 6). Der er altså gjort en indrømmelse til princippet »aut dedere aut judicare«. Men det gælder kun hvor opholdslandet er gernings- eller statsborgerland, altså i de tilfælde hvor det er mest sikkert at landets myndigheder også uden konventionsbestemmelsen i art. 6 ville interessere sig for sagen. Der er ingen pligt til at vælge mellem udlevering og retsforfølgning hvis en udlænding efter en narkotikaforbrydelse i udlandet pågribes i Danmark.

Af nyere specielle konventioner er der navnlig én der falder uden for den problemstilling som her omtales. Det er den europæiske konvention af 1970 om straf for færdselsovertrædelser. Her kan udlevering efter sagens natur sjældent kom-

me i betragtning, og bestræbelserne for at effektivisere retshåndhævelsen har derfor måttet gå ad andre veje.

5. I straffelovens kap. 2 indeholder § 6 territorialprincippet, § 7 personalprincippet og § 8 dansk rets tilnærmelser til et universalprincip. Der var i mange år tre punkter i § 8, ingen af dem af stor praktisk betydning. De har stadig deres plads i § 8, stk. 1, nr. 1-3, og handler især om krænkelse af danske offentlige interesser. Der er ingen almindelig bestemmelse om dansk straffemyndighed til beskyttelse mod udlændinges angreb i udlandet på danske eller udenlandske individuelle retsgoder som liv, legeme, frihed og ejendom.

Da konventionen om flykapring skulle ratificeres, valgte man i 1972 at indføje denne forbrydelse som pkt. 4. Efterhånden som listen over internationale forbrydelser blev længere, fortsatte man med opregningen af konventioner; fra 1978 til 1986 indeholdt § 8, stk. 1, i alt otte punkter,⁹ og flere nye konventioner stod og ventede i kulissen. Men ved lov nr. 322 af 4. juni 1986 skete der den ændring at pkt. 5-8 blev sammenfattet i generelle bestemmelser, der navnlig skulle samle alle foreliggende og kommende konventionstilfælde i bredere formler.¹⁰ § 8, stk. 1, nr. 4, om flykapring fik lov at blive stående, vistnok fordi den ikke henviser til konventionen men til paragraffer i straffeloven.

9. Jfr. lovbekendtgørelse af straffeloven nr. 411 af 17. august 1978 og nr. 527 af 1. november 1981.

10. Se Folketingstidende 1985-86 tillæg A sp. 2077 ff, bl.a. sp. 2085 f om begrundelsen for affattelsen af nr. 6.

§ 8, stk. 1, nr. 5 og 6, siger i dag at uanset gerningsstedet og den sigtedes nationale tilhørsforhold henhører en handling under dansk straffemyndighed:

(nr. 5) »når handlingen er omfattet af mellemfolkelig overenskomst, ifølge hvilken Danmark er forpligtet til at foretage retsforfølgning«, og

(nr. 6) »når udlevering af sigtede til retsforfølgning i et andet land afslås, og handlingen, for så vidt den er foretaget inden for folkeretligt anerkendt statsområde, er strafbar efter den dér gældende lovgivning, og den efter dansk ret kan medføre højere straf end fængsel i 1 år«.

Umiddelbar læsning af disse to bestemmelser kunne efterlade det indtryk at de foran omtalte konventioner om alvorlige forbrydelser hører under nr. 6. Det er jo karakteristisk for disse tilfælde i konventionerne at spørgsmålet om dansk straffemyndighed opstår når Danmark ikke udleverer. Forarbejderne til nr. 5 og 6 viser imidlertid at disse tilfælde er tænkt omfattet af nr. 5. Bestemmelsen i nr. 6 er en tilføjelse om al nægtelse af udlevering uden for den specielle type af konventioner. Med nr. 6 vedkender Danmark sig – uden at være folkeretligt bundet til det – at nægtelse af udlevering som almindeligt princip bør medføre dansk straffemyndighed med hensyn til forbrydelser af en vis grovhed. Man kan have sympati for dette princip, eller man kan se kritisk på det. Det forekommer ikke indlysende at der automatisk skabes dansk straffemyndighed ved en hvilken som helst udleveringsbegæring fra udlandet der afslås. Men de praktiske konsekvenser af vide jurisdiktionsregler er ikke betænkelige, når Danmark afgør med fornuft om straffemyndigheden skal bruges.

Hvad angår bestemmelsen i nr. 5 henviser bemærkningerne til lovforslaget af 1985-86 til de specielle konventioner. Det siges om dem at de »indebærer en pligt for de deltagende lande til at sikre, at gerningsmændene til de pågældende forbrydelser bliver retsforfulgt enten gennem udlevering til retsforfølgning i et andet land eller gennem retsforfølgning i den stat, hvor den pågældende opholder sig (princippet om »aut dedere aut judicare«).¹¹

Der kan næppe siges at være noget forkert i den udtryksmåde (i loven) at Danmark er »forpligtet til at foretage retsforfølgning«, blot fordi der sigtes til en pligt der kun gælder hvis der ikke sker udlevering. Det er ikke nødvendigt at anlægge den konstruktion at Danmark kan opfylde en pligt til retsforfølgning på to måder, af hvilke den ene består i udlevering. Konstruktionen stemmer mindre godt med ordlyden af nr. 5, der tyder på at det er Danmark der retsforfølger.

Hvad gælder i dag om de tilfælde der henhører under konventionen og loven om overførelse af retsforfølgning? Tilfældene er omtalt ovenfor i afsnit 3. Danmark er forpligtet til at have straffemyndighed i sager i hvilke et andet land anmoder Danmark om at overtage en retsforfølgning. I disse regler er der ikke nogen sammenkobling af udlevering og jurisdiktionsudøvelse.

I forbindelse med vedtagelsen af loven af 1975 om overførelse af retsforfølgning blev der indføjet en ny bestemmelse i § 8, stk. 1 (dengang nr. 6, senere nr. 7), om dansk straffemyndighed »når handlingen er

11. Folketingstidende 1985-86 tillæg A sp. 2080.

omfattet af den europæiske konvention om overførsel af retsforfølgning i straffesager, og der i medfør af denne konvention er fremsat begæring om retsforfølgning her i landet«. Der ville i øvrigt også uden denne bestemmelse have været hjemmel for dansk straffemyndighed, da konventionen om overførsel af retsforfølgning jo er inkorporeret i dansk ret ved lov.

Formuleringen sluttede sig tæt til den situation som konventionen beskrev. Nu er formuleringen forladt og erstattet af nr. 5. Men det kan diskuteres om det er rammen- de at betegne konventionsområdet som tilfælde hvor Danmark er forpligtet til at foretage retsforfølgning. I bemærkningerne til forslaget om overførselsloven af 1975 hed det at Danmark ganske vist som anmodet land i princippet er forpligtet til at overtage retsforfølgningen, men: »Afslagsmulighederne er imidlertid så bredt udformet, at det anmodede land i realiteten får lejlighed til at skønne over hensigtsmæssigheden af at bruge konventionen i den enkelte sag«. ¹² Det tyder ikke meget på at Danmark er forpligtet til at foretage retsforfølgning efter begæring.

Sagen er dog vistnok den at der let kommer til at foreligge en ambivalens i betydningen af udtrykket »at foretage retsforfølgning«. Det kan betyde at gå videre med den straffesag som det andet land er begyndt på, og som Danmark har overtaget. Eller det kan betyde noget der er mindre forpligtende end dette.

6. Holder man sig til konventionerne, er det som i straffelovens § 8 kaldes en pligt til at foretage retsforfølgning i realiteten noget meget mindre. Det er egentlig ikke andet end en pligt til at have straffemyndighed og til at se på den sag som det

andet land sender frem. I lovforslaget var man klar over det begrænsede indhold af pligten. Det siges bl.a. at de foreslåede regler i nr. 5 og 6 kun vil indebære en mulighed for tiltale i Danmark.

Når det gælder reglerne om overførsel af retsforfølgning går pligten ud på at Danmark skal behandle en anmodning fra det andet land. Det afgøres efter det anmodede lands egen lovgivning »hvilket skridt anmodningen giver anledning til« (art. 9). Danmark kan ikke få megen grund til ligefrem at afslå en anmodning. Vi har opfyldt vor pligt til at overtage retsforfølgningen ved at se på sagen og beslutte at der ingenting skal ske.

Det forholder sig ikke meget anderledes efter konventionerne om de alvorlige forbrydelser, altså konventioner der opstiller et valg mellem at udlevere eller at retsforfølge. Fremsættes der en anmodning om udlevering, og imødekommes den ikke, skal deltagerstaten blot »overgive sagen til sine kompetente myndigheder«, og de skal da »træffe deres afgørelse (vedrørende eventuel strafforfølgning) efter samme retningslinier, som i henhold til statens lovgivning anvendes ved enhver anden lovovertrædelse af alvorlig karakter«.

Danmark kan beslutte at henlægge sagen af bevismæssige grunde. Dette vil ofte være tilfældet med hensyn til forbrydelser begået i udlandet, for det nytter ikke meget at den sigtede befinder sig i Danmark, hvis man ikke kan vente at fremskaffe de beviser der er nødvendige til en domfældelse. Men det kan naturligvis også forekomme at ikke blot den sigtede men også de vigtigste vidner er til stede her. Dansk anklagemyndighed kan begrænse tiltalen til

12. Folketingstidende 1974-75 tillæg A sp. 1598.

det som den mener at kunne bevise. Den kan også vælge at frafalde tiltale ud fra opportunitetsprincippet, f. eks. fordi man ikke ser nogen fordel ved at søge idømt en frihedsstraf eller en betinget dom over for en person der kun er en flygtig og måske uønsket gæst. Dette kan lettest tænkes i sager om overførelse af retsforfølgning. Men er forbrydelsen alvorlig – som de specielle konventioner forudsætter – er et tiltalefrafald ikke nogen sandsynlig afgørelse.

Det ville have været bedre hvis § 8, nr. 5, ikke talte om en pligt til at foretage retsforfølgning, men om en pligt til at have straffemyndighed. Det ville da ligesom i §§ 6-7 og i § 8 i øvrigt være et åbent spørgsmål om straffemyndigheden vil føre til aktive skridt af den slags som man plejer at forbinde med udtrykket retsforfølgning.

Det kan i øvrigt diskuteres om reglen om dansk straffemyndighed efter nr. 5 og pligten til at gå frem efter konventionerne også gælder i de konventionstilfælde hvor en begæring om udlevering ikke er afslået men ikke er modtaget. De fleste konventioner tager kun den reservation at »staten ikke udleverer ham«, hvilket også er tilfældet hvor Danmark ikke er blevet anmodet om det. Terroristkonventionen anvender den formulering at staten »ikke udleverer ham efter at have modtaget en begæring om udlevering fra en kontraherende stat, hvis jurisdiktion bygger på en jurisdiktionsregel, som også findes i den anmodede stats lovgivning«. Måske bør en tilsvarende forudsætning om en modtaget begæring indlægges i de øvrige konventioner. Der vil stadig blive et selvstændigt område for nr. 5 i forhold til nr. 6, der altid kræver at udlevering er afslået. Der

kan nemlig tænkes tilfælde hvor en konvention pålægger Danmark en jurisdiktionspligt uden at sætte dette i forbindelse med alternativet udlevering. Se herved ovenfor om overførelse af straffemyndighed.

Hvis en stat modtager en begæring om udlevering, kan den ikke afslå udlevering med den begrundelse at den foretrækker at udøve den udvidede straffemyndighed som følger af konventionerne.¹³

Realiteten i maximen »aut dedere aut judicare« er den samme som den længe har været. De to muligheder som konventionerne har understreget: udlevering fra opholdslandet og retsforfølgning i dette, skal formindske risikoen for at den sigtede bringer sig i ly af efterforskning og straffemyndighed. Udtrykket »judicare« betyder ikke at straffe (»punire«) og end ikke at anklage (tiltale), men kun at afgøre sagen ved en beslutning om at foretage eller undlade aktive skridt over for en person der befinder sig på territoriet.

13. Se herved Council of Europe, Explanatory Report on the European Convention on the Suppression of Terrorism s. 9: »These provisions reflect the maxim *aut dedere aut iudicare*. It is to be noted, however, that the Convention does not grant Contracting States a general choice either to extradite or to prosecute. The obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution is subsidiary in that it is conditional on the preceding refusal of extradition in a given case, which is possible only under the conditions laid down by the Convention or by other relevant treaty or legal provisions«. Meningen er ikke ganske klar. Det anmodede land må i hvert fald have et almindeligt valg mellem at udlevere og at gøre brug af sine egne ordinære jurisdiktionsregler.

International ret

Normer uden for retten

Den informelle rets rationalitet

i en global sammenhæng

Af Frederik Harhoff

1. Den dogmatiske rets grænser

Indenfor det traditionelle og dogmatiske retsbegreb er rettigheder normalt karakteriseret ved at have et indhold, der kan gøres gældende ved domstolene og, i hvert fald i princippet, kan tvangshåndhæves gennem offentligretlige sanktioner.

Gældende ret er de retskilder, der anvendes af domstolene, og det er således i sidste ende Højesteret, der skal afgøre, om en retskilde kan anses for gældende eller ej.

Tilsvarende er modellen for den retsdogmatiske analyse baseret på etablerede traditioner og metodiske anvisninger, der foreskriver hvorledes teorien kan kombineres med og anvendes på den genstand, der undersøges. Som følge af retssystemets oprindelige og særlige sammenhæng med den private ejendomsret er sådanne metoder veludviklet for så vidt angår kerneområdet for retlige studier: Beskyttelsen af den private ejendomsret, cirkulationen af varer og reguleringen af offentlig myndighed.

Udenfor dette kerneområde er de teoreti-

ske afgrænsninger, videnskabelige traditioner og metodiske tilgange imidlertid mindre indlysende. I tilstødende områder omkring den positive, formelle ret, kan vi påvise eksistensen af forskellige typer rettigheder og pligter, som ikke er produceret af lovgivende eller udøvende myndigheder eller på anden måde udledt fra nogen central myndighed. Sådanne normer kan opleves som socialt eller retligt forbundene, men er oftest ukendte i retskildehierarkiet og dermed uskikkede til håndhævelse gennem de almindelige administrative og dømmende processer. Arbejdsretlige kutymmer, forretningsrutiner, normer for lederskab og andre såkaldte »soft-law standarder« er eksempler på sådanne normer på det nationalstatslige niveau. Store dele af Folkeretten er af samme karakter, inklusive områder som f.eks. indfødte folks rettigheder, mindretalsrettigheder og andre menneskerettighedsrelaterede positioner.

Problemet ved at håndtere sådanne »halv-juridiske« normer inden for disse grå områder viser sig især på to måder: For det første er den etablerede retsvidenskab ikke til megen hjælp, når det drejer sig om at

karakterisere og anvende sådanne adfærdsregler eller informelle rettigheder i en snæver juridisk sammenhæng. Den etablerede dogmatiske retsvidenskab tillader nemlig ikke umiddelbart, at sådanne informelle normer eller andre adfærdsregler uden for den formelle ret, som ofte er fremtrædende i humanitære eller kontroversielle politiske anliggender, overhovedet kan anerkendes og tvangshåndhæves inden for det juridiske system. Det er med andre ord usandsynligt, at Højesteret i sine afgørelser skulle inddrage normer, som er helt fremmede for retssystemet, og naturligvis utænkeligt, at Højesteret helt skulle forlade sig på sådanne normer og afgøre en sag udelukkende på grundlag heraf. – For det andet har vi ikke nogen passende målestok for tværvideenskabelig udveksling og gensidig anvendelse af teorier og metoder: Resultater, som er opnået inden for retsvidenskaben, kan således ikke overføres direkte til andre videnskaber (f.eks. antropologien, sociologien, socialpsykologien, etc.), hvor tilsvarende eller sammenlignelige resultater kan være frembragt ved studier af den samme genstand.

Hvis det traditionelle retsbegreb forbliver uforandret og udfordret, kan man med andre ord frygte, at informelle rettigheder (som f.eks. visse menneskerettigheder eller indfødte folks rettigheder) aldrig vil kunne påvises som værende egentlige juridiske rettigheder inden for det traditionelle og dogmatiske retssystem, og at sådanne rettigheder derfor kan risikere at blive overset eller tilsidesat af dømmende eller udøvende myndigheder. Problemet er med andre ord, at det under det eksisterende gældbegreb ikke er muligt for retssystemet at opfange en række regler, som på den ene side opleves som socialt

forbindende på en række vigtige områder, men som på den anden side ikke er autoritativt fastsatte.

Formålet med denne artikel er at eftersøge nogle af de årsager, der forhindrer eller i hvert fald vanskeliggør disse reglers ordentlige optagelse i retssystemet. Dette arbejde er til en vis grad udført i national ret for så vidt angår de nederste retskilder i retskildehierarkiet, f.eks. forholdets natur, men er aldrig forsøgt herhjemme for så vidt angår Folkeretten. Opgaven i det følgende består derfor i at undersøge de grundlæggende forhold om disse spørgsmål i den nationale ret og derefter bedømme de mulige virkninger, som disse overvejelser har for Folkeretten.

2. Sproget og konstruktionen af retlige realiteter

Retsanvendelse går kort sagt ud på at forbinde en retlig norm med visse særlige og retligt relevante fakta, som optræder i den samlede mængde af omstændigheder i enhver sag. Virkeligheden er altid sammensat af en lang række detaljerede og irregulære fakta, af hvilke nogle f.eks. vil være af speciel sociologisk interesse for et sociologisk studium, mens andre kan være af kulturel interesse i en kulturel undersøgelse, og atter andre af juridisk interesse for juristen, som arbejder i en retlig sammenhæng (f.eks. ved fastlæggelsen af fakta og handlingsforløb under en retssag). Hver af de professionelle aktører (her altså sociologen, kultursociologen eller juristen) vil således udvælge meget forskellige fakta fra et og samme handlingsforløb, og ved denne udvælgelse skaber de så at sige deres eget billede af virkeligheden i den

pågældende sag. Juristen vil med andre ord udvælge og præsentere de fakta, der er relevante for vedkommende i en hvilken som helst sag med henblik på at få dem til at svare til gerningsindholdet i den retlige norm, som sagen støttes på. Ved at udelukke »irrelevante« fakta fra redegørelsen for sagen skaber juristen således sin virkelighed i overensstemmelse med et ideologisk verdensbillede, som er fælles for hele det juridiske etablissement. Omend det således kun er visse dele af virkeligheden, der på denne måde formidles i den retlige behandling af sagen, opfattes den herved beskrevne virkelighed ikke desto mindre som neutral af alle implicerede, og det er indlysende, at de fleste jurister vil forsøge at underbygge deres argumentation på fakta og retskilder, som er veletablerede i den juridiske terminologi og velkendte i det juridiske verdensbillede. Det retlige sprog bliver således det formelle udtryk for den måde, på hvilken den juridiske profession opfatter relationen mellem retten og retssubjekterne, deres interesser, deres besiddelser, og staten. Selv om f.eks. jurister og antropologer kan studere det samme abstrakte problem, taler de imidlertid et meget forskelligt sprog og anvender meget forskellige videnskabelige metoder i deres gerning. Henførelsen af de førnævnte »semi-juridiske« normer under retsvidenskaben og det videnskabelige samvirke mellem ret og andre videnskaber er med andre ord ikke mulige, medmindre vi udvider det begrebsmæssige og metodiske grundlag for retten med henblik på at optage nye værdier og præmisser for den retlige analyse. Ellers kan billederne ikke sammenlignes.

3. *Subjekt-objekt relationen*

Den traditionelle og dogmatiske retsvidenskab er i store træk baseret på principper og metoder fra de *positivistiske naturvidenskaber*. Den måde, som jurister stiller spørgsmål på og definerer retlige problemer, er således ofte styret af en mekanistisk og funktionalistisk opfattelse af, hvorledes verden er sammensat, hvorledes den kan udlægges, og hvorledes fejl og inkonsistenser eventuelt kan repareres. I skandinavisk og tysk retsvidenskab anvendes i hvert fald de samme metoder og de samme grundlæggende kvantitative kriterier som dem, der er udviklet i naturvidenskaberne, herunder især krav til præcision, målelighed, verifikation og forudsigelighed. Den traditionelle retsvidenskab vil med andre ord tendere i retning af at udelukke »blød« viden og fakta, som ikke kan bevises i naturvidenskabelig forstand eller i øvrigt danne grundlag for præcise antagelser. Netop heri ligger forklaringen på antagelsen om, at retten kan adskilles fra de fakta, som den selv skal anvendes på, og tilsvarende det handlende subjekt fra den genstand, der undersøges. I den dogmatiske retsvidenskab anskues og formes problemerne med andre ord sådan, at de kan håndteres isoleret inden for de etablerede metodiske rammer. Nye og meget komplekse problemstillinger kan naturligvis identificeres og behandles, men kun på visse præmisser, som skal sikre, at hele øvelsen kan holdes inden for det etablerede juridiske system.

4. *Det ideologiske paradigmeskift*

Sondringen i den traditionelle og dogmatiske retsvidenskab mellem subjekt og objekt stammer oprindeligt fra det paradigmeskift, der fulgte med oplysningstiden i midten af det 18. århundrede. Det forudgående århundredes kristne reformation og den efterfølgende renæssance inden for kunsten havde indvarslet en fuldstændig ny opfattelse af det fundamentale forhold imellem individ og natur (kosmos): Religionens eksklusive bestemmelse af menneskets status i naturen brød gradvis sammen under indtryk af de nyopdagelser og de nye opfindelser inden for naturvidenskaben, og religionen alene kunne ikke længere anvise livets sandheder eller frembyde nogen overbevisende forklaring på de store spørgsmål, der rejstes i kølvandet på udfordringen fra naturvidenskaberne. Jorden var ikke længere en guddommelig skabning, men viste sig at være en blot lille og ubetydelig del af et uendeligt univers. Forestillingen om individets forud fastsatte plads i det guddommelige kosmos kunne simpelthen ikke længere opretholdes.

Den begyndende industrialisering fremskyndte opløsningen af alle traditionelle livsmønstre, og *moderniteten* med det frigjorte menneske fremstod til sidst som den nye model (det nye paradigme) for opfattelsen af det grundlæggende forhold mellem menneske og natur. I filosofisk forstand blev det selvstændige individ nu fremstillet som det erkendelsesmæssige grundlag for rationalitet, og den fundamentale sondring mellem subjekt og objekt, sjæl og legeme, tro og viden, frigørelse og fremmedgørelse, etc., var uafvendeligt indført. Dette skabte imidlertid et al-

vorligt troværdighedsproblem, fordi det nu blev tilladt at kritisere alle de sociale forhold, som hidtil var blevet anset som guddommeligt fastlagte og dermed hinds menneskelig kontrol. Prisen for individets frigørelse var med andre ord en omsiggribende tingsliggørelse og angribelighed af alle menneskelige og sociale relationer.

5. *Modernitet og rationalitet*

Ved opgivelsen af de fundamentale historiske idealer blev moderniteten således stillet over for den opgave at etablere sin egen nye normativitet og gyldighed. Først og fremmest krævede det nye princip om subjektivitet, at civilisationen udsatte sig selv for rationel kritik, hvilket igen stillede nye krav til rationaliteten: Samfundsmæssigt set er fornuften ikke acceptabel, hvis ikke den kan kritiseres eller begrundes tilfredsstillende. Immanuel Kant¹ var blandt de første til at foreslå en tredeling af rationaliteten, således at hvert enkelt led heraf kunne forstås med sin egen gyldighed og forklaringskraft: *Den teoretiske rationalitet* (hovedsagelig videnskaberne), *den praktiske rationalitet* (hovedsagelig retten og etikken) og endelig *den æstetiske rationalitet* (kunsten). Herved blev det muligt at opfatte rationaliteten mere nuanceret og præcist og samtidig tillade kritik af dette begreb uden at risikere et totalt erkendelsesmæssigt kollaps af hele rationalitetsbegrebet.

1. Immanuel Kant, *The Critique of Pure Reason, A-B*; London, 1956; og *Critique of Judgment*; Oxford, 1928.

Det er netop tredelingen af rationaliteten og spørgsmålet om en ny model for forståelse af sociale værdier og kulturel orientering, der den dag i dag stadig er omtvistet i »modernitetens krise«. Først og fremmest er *rationaliteten* blevet omdrejningspunktet for ethvert filosofisk forsøg på at forklare de sande forhold i naturen og det sociale liv. Rationaliteten er muligvis ikke det helt perfekte udgangspunkt for denne erkendelsesproces, men 200 års filosofisk diskussion har tilsyneladende endnu ikke kunne frembringe noget andet eller bedre egnet orienteringspunkt. Nogle har kraftigt afvist nytten af rationalitetsbegrebet, mens andre fremhæver, at man overhovedet ikke kan diskutere moderne samfundsmæssig erkendelse uden at tage udgangspunkt i dette begreb. Givet er det imidlertid, at ingen kan komme udenom at tage stilling til rationaliteten i vort samfundssystem og dets normer.

Et af de vanskeligste problemer ved at håndtere rationaliteten er stadigvæk sondringen mellem subjekt og objekt. Problemet består grundlæggende i, at vi igennem århundreder har lært at opfatte verden fra vores individuelle og isolerede positioner som noget eksternt og fremmed, der gennem vores bevidsthed bliver reflekteret i sindet og omsat til indre billeder og ideer. Instinktivt lægger vi en kontrollerende distance til de forhold, vi beskæftiger os med, for på denne måde at tingsliggøre dem i vores mesterlige ordning af forholdene. Den moderne vestlige livsopfattelse har efterhånden tilegnet sig en fuldstændig objektivitet og instrumentel rationalitet i den forstand, at vi overvejende forholder os til de funktionelle og økonomiske aspekter af den samfundsmæssige udvikling og de menneskelige

relationer. Vi søger sande svar på ethvert spørgsmål, som om der eksisterede en objektiv og efterprøvelig sandhed i hver detalje. Af denne grund bliver vores bedømmelse af det sociale og menneskelige liv ofte reduceret til vurderinger af funktionelle, økonomiske eller på anden måde målelige succeser eller fiaskoer. Vores handlingsstrategi i forhold til disse anliggender bliver derfor tilsvarende instrumentel.

Den *post-modernistiske* filosofi har imidlertid fuldstændig afvist forklaringskraften i moderne rationalitetsværdier med det indhold, som disse har fået i det 19. århundredes store doktriner, f.eks. den ortodokse socialisme og velfærdsstatsliberalismen. Ingen af disse teorier – eller de verdensbilleder som de frembyder – kan længere forklare dagens virkelighed eller anviser rammer for målrettet og progressiv handlen, fordi alle værdier er blevet almindelige og tilgængelige, og dermed forskelsløse. Post-modernistiske filosoffer som f.eks. Lyotard, Derrida, Baudrillard, Deleuze m.fl.² antager således, at ingen teori længere kan tilbyde noget overbevisende og forpligtende sæt af værdier, som er tilstrækkeligt stærkt til at udgøre et samlende kulturelt orienteringspunkt i samfundet. Den vestlige kultur har, med Lyotard's ord, mistet sine »store fortællinger om det gode og onde«, der netop tidligere fungerede som legitimation for politikken. Men eftersom hver af disse store fortællinger tillige har haft tilbøjelighed til at udvikle sig til herredømme-

2. Se: Jean-Francois Lyotard, *Viden og det post-moderne samfund*: Århus 1982.

Jacques Derrida, *Sprog, materialitet, bevidsthed. To essays om metafysikkens lukning*; Kbh., 1976.

Jean Baudrillard, *Det fatale*, Kbh., 1989.

tænkning eller totalitære systemer, burde vi snarere lære at sætte pris på den eksisterende frihed for idealistiske dogmer og i stedet forsøge at finde en ny kritisk rationalitet i det kaotiske mylder af frie og individuelle livsytringer. Modernitetens oprindelige skabelse af det almene rationelle subjekt er således forældet, og dette begreb burde allerhelst dekonstrueres. Når alt kommer til alt har vores vestlige, industrialiserede, frie og demokratiske system trods alt vist sig at have den bedste evne til at forbedre de menneskelige livsbetingelser og til at opretholde og udvikle sig selv: Det har ikke brug for nogen ideologi.

Habermas³ vender sig imidlertid mod denne totale forkastelse af den fælles rationalitet. Først og fremmest anser han den post-modernistiske afvisning af moderniteten for helt unødvendig og i øvrigt misforstået, eftersom den ensidigt fokuserer på den objektive rationalitet. Men moderniteten, erindrer Habermas, består jo af andet og mere end den objektive rationalitet. Og med en delvis videreudbygning af Kant's tredeling af rationaliteten fremhæver Habermas, at moderniteten indeholder tre forskellige verdener, som hver har deres egen rationalitet og legitimitet:

- Den *objektive* eksterne fysiske og biologiske verden med dens egne særegne kognitive og instrumentelle rationalitet;
- den *sociale* verden med en egenartet etisk og praktisk rationalitet; og
- den *subjektive*, interne og personlige verden med en værdimæssig og æstetisk rationalitet.

Når vi diskuterer rationaliteten i vores moderne kultur, må vi erkende, at denne hverken kan eller skal bedømmes eksklu-

sivt på den objektive verdens præmisser. En fastholdelse af dette begrænsede perspektiv vil gøre det umuligt at opfatte helheden i moderniteten, og uden denne helhedsopfattelse risikerer vi at underkaste os den tvangsfulde, cost-benefit orienterede og instrumentelle rationalitet. En mere forstandig bedømmelse af vor handlingers rationalitet må derfor inkludere både de sociale og subjektive parametre, hvilket med sikkerhed vil forbedre det rationelle potentiale i vor handlinger og normer. Habermas peger i denne forbindelse på nødvendigheden af den »herredømmefri dialog mellem kompetente parter«⁴ som det ideelle forum, i hvilket alle normer og handlinger må vurderes og accepteres i deres fulde rationale kontekst; heri ligger betydningen af Habermas' teori om »den kommunikative handling« som det nødvendige middel til at analysere rationaliteten af vores »livsverden«.

Livsverdenen er på den anden side kraftigt påvirket af de offentlige myndigheders virksomhed. Den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt er jo ikke primært styret af rationaliteten i en herredømmefri dialog, men snarere af anonyme og uafhængige kræfter såsom penge, magt, politik og ret. Det offentlige systems egen rationalitet kan derfor ikke vurderes korrekt alene på basis af livsverdenens herre-

3. Jürgen Habermas, *Der Philosophische Diskurs der Moderne*; Frankfurt am Main, 1985, og *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981. Se også Troels Nørager's fremragende fortolkning af Habermas' værker i bogen *System og Livsverden; Habermas' konstruktion af det moderne*, Århus, 1989.

4. Jürgen Habermas, *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, 1985, side 78 ff.

dømmefri dialog. Ifølge Habermas⁵ udgør disse anonyme kræfter tilsammen en anden verden, den såkaldte »systemverden«, i hvilken myndighedernes selv bærende og magtorienterede logik udspiller sig. I det gensidige forhold mellem disse to verdener har systemverdenens rationalitet i stigende grad koloniseret livsverdenen og derved frustreret den herredømmefri dialog mellem dets aktører.

Det er just Habermas' pointe, at alle retfærdige normer – i princippet – skal opfattes som det normative og tvingende resultat af en åben og herredømmefri dialog mellem kompetente parter. Normer er med andre ord kun retfærdige, når og hvis de kan accepteres – med alle deres konsekvenser og bivirkninger – af alle implicerede i en fælles proces, gennem hvilken valg kan træffes uden tvang. Dette indebærer først og fremmest, at sådanne normer kun kan accepteres generelt, hvis alle aktørerne er rede til at understøtte deres krav og normer gennem argumenter, (d.v.s. ved at overbevise de andre med sammenhængende og overbevisende anbringender). Herunder må de endvidere være rede til at blotlægge deres motiver og intentioner, således at ethvert argument kan efterprøves. For det andet er det nødvendigt, at alle deltagerne går ind på at underkaste sig de samme krav og normer som dem, de ønsker at påføre andre. Kun hvis en norm eller et krav kan accepteres under disse omstændigheder, kan det fremtræde som *retfærdigt*, og først herefter kan det transformeres til ret. Dette indebærer, at normer, der påtvinges befolkningerne af f.eks. diktatorer eller despoter, ikke kan opleves som retfærdige normer, eftersom diktatoren selv ikke kan underkaste sig de samme forpligtelser uden at

afsløre sin egen stillings irrationalitet. Det er med andre ord forpligtelserne til at underkaste sig den herredømmefri dialog betingelser, som bør være universelle – uanset hvor vi befinder os i verden. Hvad der derimod i en given social og historisk sammenhæng er retfærdigt, kan således aldrig afgøres på forhånd. Det universelle element i Habermas' teori om den herredømmefri dialog er af en ren formel, ikke substantiel karakter; det angår alene de processuelle betingelser for normdannelsen, men aldrig indholdet af retfærdigheden.

6. Er retten universel?

Denne opfattelse af legitimitet rejser uundgåeligt spørgsmålet om retlige normers almene gyldighed: Kan en retsregel nogensinde forstås med et entydigt og universelt acceptabelt indhold? I princippet må dette spørgsmål besvares benægtende, eftersom enhver retsnorm og ethvert retskrav altid må anvendes og forstås i sin lokale sammenhæng. Uanset hvilken sammenhæng den normskabende dialog finder sted i, vil der altid være en ramme om det forum, i hvilket argumenterne udveksles. Denne lokale sammenhæng behøver imidlertid ikke at være geografisk afgrænset til de nationale territorier. To eksempler vil illustrere dette:

- For det første er internationale traktater afsluttet frit mellem kompetente repræsentanter for et antal stater, som – ved deres ratifikation – samtykker i at omforme traktatens regler på en eller an-

5. Jürgen Habermas, *Theorie der Kommunikativen Handlung*, 1981, vol. II, side 451.

den måde til national ret. I sådanne tilfælde er traktatens normer naturligvis – i hvert fald som udgangspunkt – kun relevante for de stater, der ratificerer traktaten, og er således ikke universelle. På den anden side er disse normer klart nok ikke begrænset til en ren og skær national sammenhæng: Med forbehold af forskelle i den måde, på hvilken traktatens normer bliver transformeret til national ret, vil traktatens normer blive omsat til retsregler, der i princippet har samme indhold i hver enkelt af de deltagende stater. I relation til den »herredømmefri dialog« kan det således hævdes, at den givne sammenhæng her er udvidet til at omfatte et antal stater.

- For det andet siges også folkeretlige sædvaner at være universelt anvendelige – i særdeleshed uden særskilt samtykke fra staterne og de øvrige subjekter i folkeretten. Disse få og simple internationale sædvaneregler synes at udtrykke sådanne normer for god optræden, som af indlysende, retfærdige og overbevisende grunde iagttages af alle aktørerne på det internationale plan i deres fælles interesse. Selv om folkeretlige sædvaneregler således ikke udspringer af noget eksplicit forum, anviser de alligevel – i hvert fald i princippet – den adfærd, som alle interesserede aktører ville være rede til at acceptere under alle omstændigheder i en herredømmefri dialog.

I begge tilfælde skulle det være muligt at konkludere, at den nødvendige givne kontekst her er udvidet til at omfatte i hvert fald dele af det internationale samfund, og at også folkeretten, på lige fod

med alle andre retssystemer, må være underlagt den kommunikative handlens forpligtende betingelser. *Præliminære definitioner* kan derimod meget vel være universelle, som f.eks. definitionen af det åbne hav eller af en stat, men folkeretlige adfærdsnormer vil som hovedregel altid være bundet til en bestemt kontekst.

Det er på denne baggrund ikke vanskeligt at forstå, hvorfor en række især nye stater har kritiseret folkeretten voldsomt for at være udformet i de vestlige industrialiserede staters interesse, og dermed ude af stand til at tilfredsstille de særlige behov i en række nye stater i Den tredje Verden. En loyal opfølgning af denne kritik burde formentlig medføre, at alle omtvistede folkeretlige regler blev gjort til genstand for en åben og tvangfri debat i et internationalt forum. Så klogt og hensynsfuldt dette end måtte forekomme, ville en international konference med henblik på reformulering af alle omtvistede folkeretlige sædvaner alligevel være meningsløs, eftersom sædvaner pr. definition kun kan forandres gennem et ændret handlingsmønster, men ikke gennem blotte vedtagelser herom. Det kunne imidlertid tilføjes, at meningsforskelle om indholdet af folkeretlige sædvaner på forskellige områder alligevel bliver udvekslet og udjævnet i de internationale rammer, der er etableret for bestemte områder, som f.eks. Den Internationale Havretskonference eller Den Internationale Maritime Organisation (IMO), hvor sædvaneretlige regler ofte tilpasses eller omsættes til positiv ret.

Givet er det imidlertid, at en række stater alligevel tøver med at iværksætte reformer inden for retsområder, hvor de finder, at særlige hensyn gør sig gældende; endog i tilfælde hvor det anerkendes, at

nye normer i og for sig burde vedtages. Ved nærmere eftersyn viser det sig, at den hyppigste begrundelse for ikke at vedtage sådanne nye regler er princippet om *staters suverænitet* og *retten til ikke-indblanding* i indre anliggender. Det er nærliggende at spørge, om ikke netop disse begrundelser udgør eksempler på systemverdenens kolonisering af livsverdenens rationalitet?

Begge principper henviser til *staten* som det rationelle og autonome subjekt i folkeretten, hvilket forudsætter en klar adskillelse mellem folkeret og national ret. Denne sondring bliver imidlertid stedse vanskeligere at opretholde, efterhånden som grænsen mellem folkeret og national ret bliver udvisket gennem nødvendigheden af at regulere konsekvenserne af grænseoverskridende handlinger i et fælles og gensidigt acceptabelt regime. Et hastigt stigende antal retsområder er i dag genstand for detaljeret international regulering, som gennem forskellige forfatningsretlige procedurer finder anvendelse i national ret. Som følge af den stigende integration i staternes økonomier – specielt inden for regionerne – er en lang række identiske retlige standarder nu direkte anvendelige i flere stater. Den »suveræne stat« som det klassiske og territorielt afgrænsede begreb er med andre ord i nogen grad blevet udvandet af den moderne politisk-økonomiske udvikling, og det er hævet over enhver tvivl, at supranationale, regionale institutioner fremover vil afløse mange af de eksisterende staters funktioner. Hvad en række stater netop i dag oplever, er ikke blot overførelsen af regelfastsættende kompetence »opad« til forskellige typer internationale myndigheder som udtryk for den stigende internationalisering af offentlige anliggender,

men også en tilsvarende decentralisering »nedad« til lokale eller regionale myndigheder. Sammenhængen mellem disse to tendenser ligger naturligvis i den omstændighed, at store internationale enhedsstrukturer i almindelighed er uegnede til at varetage særlige lokale hensyn i deres generelle politiske regulering.

7. Folkerettens retskilder og retssubjekter

Da nu selve statsbegrebet har haft en kolossal indflydelse på hele vores opfattelse af den formelle eller positive ret, vil statsbegrebets gradvise opløsning sandsynligvis medføre radikale forandringer i fremtidens teoretiske folkeret. Betydningen heraf synes i særdeleshed at kunne ligge i, at:

- staterne før eller siden bliver nødt til at afstå fra deres stilling som det dominerende subjekt i folkeretten. Det må forudses, at den internationale opmærksomhed gradvis vil vende sig imod andre og mindst ligeså betydningsfulde subjekter (f.eks. internationale organisationer), og at en række nye typer folkeretssubjekter ligeledes må accepteres i fremtiden på det internationale plan (f.eks. indfødte folk). Endvidere at
- den kolossale betydning, som hidtil er blevet tillagt de to principper om henholdsvis statens suverænitet og retten til ikke-indblanding, vil aftage i takt med forandringerne i subjekt-strukturen (ovenfor). Endelig, at
- disse ændringer sandsynligvis vil give sig udslag i et meget bredere og måske mere diffust retskildebegreb i folkeretten i den forstand, at folkeretten dels

vil udvise et meget mere varieret billede af retskildetyperne, og dels vil udvikle en række nye judicielle strukturer, som vil være bedre egnet til hver især at efterprøve gyldigheden og indholdet af de forskellige retskildekategorier.

De spørgsmål, der er rejst ovenfor vedrørende staternes tilbageholdenhed med hensyn til at inkorporere nye standarder i konflikt med deres etablerede interesser, er således virkelig spørgsmål, der rækker dybt ind i forholdet mellem folkeret og national ret. De samme anonyme og ustyrlige kræfter, som vi kender fra den nationale systemverden, især penge og magt, synes at have en tilsvarende koloniserende indflydelse på det internationale plan med den virkning, at bestræbelserne på at udvikle den internationale etik og de humane standarder ofte frustreres. Penge og magt, kan man sige, har ingen grænser.

8. *Sammenfatning*

De synspunkter, der gjordes gældende i starten af denne artikel vedrørende den selektive dannelse af vore verdensbilleder og begrænsninger i vor rationalitetsopfattelse, tjener til at forklare karakteren af det problem, vi står overfor. Så længe retten baserer sig neutralt på en dialog mellem ulige parter i en isoleret, selvstående verden, og så længe den ignorerer rationaliteten i etiske og sociale livsværdier, lige så længe vil retten være ude af stand til at håndtere sociale konflikter ordentligt. Dette gælder både for national ret og folkeretten.

Folkeret og national ret udviser imidlertid markante forskelle. Folkeretten kan

således ikke fremvise nogen lovgivende myndighed med kompetence til at udstede bindende regler, ligesom der – som følge heraf – ej heller findes nogen dømmende myndighed med en obligatorisk retspleje. Allerede af disse grunde synes en egentlig sammenligning med national ret og folkeret at være meningsløse.

Ikke desto mindre forekommer de overvejelser, der i det foregående er gjort for så vidt angår retssystemets rationalitet, også i et vist omfang at kunne gøres gældende for folkeretten. Folkeretten bør søge at opfangne f.eks. menneskerettigheder og beslægtede rettigheder som fuldt gyldige retskilder. Sker dette ikke, vil man meget vel kunne hævde, at det internationale samfund ikke har formået at opfylde de grundlæggende krav til retfærdighed, bør stilles om accept fra såvel de berettigede som de forpligtede retsobjekter, og at dele af folkeretten derfor ikke vil kunne godtages som retfærdig blandt alle implicerede. Det gælder for såvel folkeretten som for den nationale ret, at den mest påtrængende retsteoretiske opgave består i at finde nye målestokke for retlig gyldighed med henblik på at kunne imødekomme udfordringerne fra det internationale samfunds kompleksitet og ændrede strukturer. Retspluralisme er med andre ord uigenkaldeligt sat på den retsteoretiske dagsorden, både i national og i international sammenhæng.

Som anført ovenfor må man regne med, at spørgsmålet om anerkendelse af en række nye folkeretssubjekter vil melde sig som et af de væsentligste teoretiske anliggender for det internationale samfund. Det kan til eksempel antages, at *indfødte folk* anerkendes som begrænsede subjekter i folkeretten for i denne egenskab at kunne fremføre og forsvare deres ret til selvbe-

stemmelse over for de respektive *stater*. Interessesforskelle mellem disse to typer subjekter i verdenssamfundet burde i denne situation altså udlignes gennem procedurer i et kommunikativt handlingsforløb. Forudsætningerne for lighed og åbenhed mellem parterne i denne interesseafvejning forekommer imidlertid tvivlsomme, idet parterne næppe kan ligestilles, ligesom ej heller alle sande motiver i denne diskurs bliver blotlagt. Selv om repræsentanterne for regeringerne og de indfødte folk måske nok i en vis forstand kan defineres som lige med hensyn til deres evne til at fremføre rationelle værdier til støtte for deres respektive interesser, kan det næppe udelukkes, at regeringerne trods alt besidder en væsentlig overlegenhed i kraft af deres adgang til penge, ressourcer og information. Da der netop her er tale om myndighedshandlinger, må det formodes, at systemverdenens kræfter spiller en meget væsentlig rolle i regeringernes udspil over for de indfødte folk, uanset om dette åbent erkendes eller ej. Af disse grunde må man formentlig være varsom med at acceptere, at dialogen mellem indfødte folk og regeringer i en række lande faktisk foregår på det herredømmefri grundlag, som må være betingelsen for opnåelsen af et bæredygtigt og retfærdigt resultat. Erfaringerne fra forhandlingerne mellem regeringer og repræsentanter for indianere, inuit m.fl. om de såkaldte land-claims i f.eks. U.S.A. og Canada synes således at vise, at forholdet mellem parterne aldrig kan bringes i balan-

ce – selv på trods af store finansielle tilskud til advokatbistand og rådgivning til de indfødte folk – så længe forskellene i opfattelsen af kultur og livsværdi forbliver urealiseret.

Når alt kommer til alt, drejer det sig netop om vores evne til at *opfatte og værdsætte forskelle*, som står på spil. Naturligvis kan mange af de mest påtrængende problemer løses konkret fra sag til sag, men menneskehedens kulturelle rigdom vil alligevel lide uerstattelige tab, såfremt spørgsmålet om indfødte folks rettigheder og andre lignende spørgsmål ikke kan løses tilfredsstillende og retfærdigt (i den her anførte forstand) i en integreret sammenhæng, der omfatter alle sociologiske, antropologiske, politiske, juridiske og kulturelle aspekter i livsverdenen.

Den dogmatiske ret bliver på grund af dens instrumentelle tilgang mere og mere uegnet til at reflektere de faktiske nationale og internationale strukturer. Det forekommer umiddelbart at være paradoksalt, at mens en lang række nye områder på den ene side trods alt er blevet gjort til genstand for retlig regulering (»retliggørelse«), er velfærdsstaternes retssystemer på den anden side blevet en uoverstigelig og bureaukratisk hindring for en tilfredsstillende af de sociale subsystemers grundlæggende reguleringsbehov. Dette har selvsagt kun fremskyndet tendensen til atomisering af sociale og kulturelle grupper i staterne og understøttet deres krav om selvregulering.

Om mindretal og menneskerettigheder

Af Erik Siesby

En illustration

I begyndelsen af februar 1990 besøgte jeg byen Komotini i Nordgrækenland, hvor en voldsom konflikt var opstået mellem de etniske tyrkere og grækere. I basaren var ruderne i alle tyrkiskejede butikker knust. De græskejede butikker var beskyttet af små græske flag. Endog en 200 år gammel moské, en beskeden træbygning, havde fået alle ruder knust. De fine tæpper var oversået med glassplinter, musten og andet kasteskyts.

Baggrunden for denne miniaturrekrystatnat er i korthed følgende:

I forbindelse med den store folkeombytning, hvorved godt en million grækere blev flyttet fra Tyrkiet til Grækenland og godt en halv million tyrkere flyttedes fra Grækenland til Tyrkiet, bestemte Lausanne traktaten af 1923, at en gruppe på 120.000 muslimer, der boede i Vest-Thrakien i Nordgrækenland, måtte forblive i Grækenland, ligesom ca. 100.000 græsk-katolske måtte forblive i Istanbul.

Begge disse grupper har været under et betydeligt pres. Forfølgelser af grækere i Tyrkiet har ført til en lang række emigrationsbølger, således at der nu kun er ca. 3.500 grækere tilbage i Istanbul. Tyrkerne i Vest-Thrakien, der i 1923 udgjorde be-

folkningsflertallet i denne græske provins, er i dag et beskedent mindretal, der stadig ikke overstiger 120.000 til trods for en høj fødselsprocent. Det stagnerende folketal skyldes, at befolkningsoverskuddet er emigreret især til Tyrkiet, England og Tyskland.

Presset imod de etniske tyrkere i Vest-Thrakien skyldes især de græske myndigheders politik. Forholdet til den græske befolkning i området var indtil den seneste tid fordrageligt.

Området anses af myndighederne som »følsomt«, dels fordi det grænser op til Bulgarien, dels på grund af Tyrkiets nærhed. Der kræves derfor særlig tilladelse ikke blot til at købe og sælge fast ejendom, men også til at opføre bygninger og endog til at reparere huse. Disse tilladelser ligesom tilladelser til at drive visse erhverv er meget vanskelige, næsten umulige, at opnå for etniske tyrkere.

Meget store landområder, som ejedes af tyrkere er eksproprieret, uden at formålet er realiseret. Den tyrkiske befolkning, der i 1923 ejede 85% af Vest-Thrakiens jord, ejer i dag kun 35%.

Et graverende eksempel på diskrimination er artikel 19 i den græske lov om statsborgerret. I følge denne bestemmelse kan en person af ikke-græsk oprindelse administrativt berøves sit græske stats-

borgerskab, når han forlader Grækenland uden hensigt til at vende tilbage.

De mest alvorlige klager fra det tyrkiske mindretals side angår den kulturelle isolation. Kemal Atatürks vestligt orienterede kulturpolitik var Vest-Thrakiens tyrkiske befolkning afskåret fra. Tyrkisk litteratur og skolebøger fra Tyrkiet er faktisk ikke til at få i Vest-Thrakien. I tolden nægtes indførsel af tyrkiske bøger. »De er jo fulde af løgne«, har en græsk embedsmand forklaret mig. Græskundervisningen i de tyrkiske skoler er meget ringe. Følgen er kulturel stagnation og isolation fra det omgivende samfund.

Hertil kommer, at de etniske tyrkere nægtes retten til at vedstå og erklære deres tyrkiske identitet. En græsk højesteretsdom fra 1987 fastslog, at det var ulovligt, at en ungdomsforening af etniske tyrkere i Komotini betegnedes som »Tyrkisk Ungdomsforening«. Siden da har myndighederne konsekvent fastholdt, at denne befolkning ikke må betegnes som 'tyrkisk' men skal betegnes som 'muslimsk'.

En talsmand for dette mindretal, dr. Sadik, blev i januar idømt 18 måneders fængsel af en domstol i Komotini, fordi han havde betegnet denne befolkningsgruppe som 'tyrkisk'. Derved havde han efter domstolens opfattelse ophidset til stridigheder mellem befolkningsgrupper. (Sadik fik dog senere en mildere dom og blev valgt til medlem af det græske parlament). Den græske idiosynkrasi mod ordet 'tyrkisk' skyldes de græske følelser over for nabolandet. Imidlertid er ordet 'tyrkisk' jo ikke blot en nationalitetsbetegnelse, men også bl.a. en betegnelse for et folkeslag, der for størstedelen har hjemme i andre stater end Tyrkiet især Sovjetunionen. Det er vanskeligt at forstå, at Grækenland, hvis

ovennævnte lov om statsborgerskab i art. 19 diskriminerer mod personer af ikke-græsk oprindelse, nægter sådanne personer retten til at betegne denne oprindelse som 'tyrkisk'.

Det umiddelbare forløb, der førte til stenkastning var følgende:

Under mindre sammenstød mellem unge grækere og unge tyrkere forsamlet uden for den tidligere 'tyrkiske' ungdomsforening kom flere til skade og blev bragt til hospitalet i Komotini. Medens de ventede i skadestuen kom en ung græker og en ung tyrker (muslim) til at sidde ved siden af hinanden. De genoptog slagsmålet, og den unge tyrker greb en stol og slog efter grækeren med det resultat, at stolens ene stålben brækkede og tilføjede grækeren en alvorlig hjerneskade med døden til følge.

Dette førte til grækernes voldsomme angreb på tyrkiske butikker, kontorer og en moské.

Etniske konflikter

Sygdommens årsager og bekæmpelse

Konflikten mellem grækere og tyrkere i Vest-Thrakien er et skoleeksempel på de etniske konflikter, der plager Europa især Balkan og Sovjetunionen.

Begivenhederne i Komotini er et sikkert symptom på en samfundssygdom: det usunde spændte forhold mellem to befolkningsgrupper, der ikke forstår og, måske derfor, ikke accepterer hinanden. Sygdommen rammer først og fremmest mindretallet, der isoleres og hæmmes i sin økonomiske og kulturelle udvikling.

Sygdommens hovedårsager er naturligvis det historisk begrundede modsætningsforhold mellem grækere og tyrkere og det

nuværende Grækenlands frygt for, at Tyrkiet med militærmagt skal optræde som beskytter af tyrkerne i Vest-Thrakien, på samme måde som Tyrkiet beskyttede tyrkerne på Cypem. Hertil kommer forskellene i religion, sprog, klædedragt og levevis. Samme årsager danner baggrund for talrige andre etniske konflikter.

En hovedårsag, Tyrkiets beskytterrolle, kunne og burde elimineres. De etniske mindretals beskyttelse bør internationaliseres.

De etniske tyrkere i Vest-Thrakien er ikke tjent med, at Tyrkiet optræder som deres beskytter. Set på baggrund af Tyrkiets optræden i Cypem er det forståeligt, at den græske regering frygter, at Tyrkiet vil gribe ind på tilsvarende måde i Vest-Thrakien. Denne frygt kan forklare en græsk politik, der sigter på lidt efter lidt at fjerne tyrkerne fra området eller dog at begrænse deres tilstedeværelse.

I øvrigt er relationerne mellem Grækenland og Tyrkiet belastet med så mange interessekonflikter, at der ville være ønskeligt, om løsningen på dette lille befolkningsproblem kunne overlades til andre instanser.

De etniske tyrkere i Vest-Thrakien er knyttet til deres hjemstavn og har allerede på grund af den højere levestandard i Grækenland intet ønske om at blive borgere i Tyrkiet, et land, hvis udvikling siden 1923 de ikke har deltaget i.

De mange nationale mindretal, der har et 'moderland' at ty til, vil utvivlsomt være bedre tjent med den beskyttelse et neutralt internationalt organ kan yde end 'moderlandets'. Som bekendt forgiftede problemerne omkring det ungarske mindretal i Rumænien forholdet mellem Ungarn og Rumænien, allerede medens disse lande

var socialistiske søsterstater. De serbiske mindretal i Kroatien og i den tidligere autonome provins Kosovo er andre aktuelle eksempler på, at mindretalsproblemer vanskeligt løses ved bilaterale forhandlinger mellem 'opholdsland' og 'moderland'.

Hertil kommer, at talrige etniske mindretal som jøder, kurdere, samer og sigøjnere savner et 'moderland'.

CSCE dokumenterne fra Helsingforslutakten af 1975 til Københavnerdokumentet af 1990 (Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE) angiver principper for mindretalsrettigheder. Imidlertid er hovedkilden til oplysning om, hvorledes mindretallene faktiske behandles, de stater, på hvis territorium disse mindretal bor. En mere objektiv oplysningskilde ville være ønskelig.

Af disse grunde foreslog jeg i min åbningstale til konferencen »Minority Rights – Policies and Practice in South-East Europe« der afholdtes på Christiansborg den 30.3.–1.4. 1990, at CSCE-processen skulle forsynes med en international institution, der kunne rapportere om mindretallenes situation i de 35 CSCE-stater, og som skulle have reelle beføjelser til beskyttelse af mindretallene. Et tilsvarende forslag vedtoges af konferencen og fremsendtes til udenrigsministrene for samtlige 35 CSCE-stater.

Wienslutdokumentet af 1989, der afsluttede CSCE-staternes årelange konference i Wien, indeholder om mindretalsbeskyttelse en bestemmelse (princip nr. 19), hvorefter staterne erklærer at ville beskytte og skabe betingelser for udvikling af nationale mindretals etniske, kulturelle, sproglige og religiøse identitet. Endvidere

erklærer staterne, for så vidt angår personer tilhørende sådanne mindretal, at de vil respektere disse personers frie udøvelse af deres rettigheder og sikre deres fulde ligestilling med andre.

Langt mere detaljerede materielle bestemmelser er indeholdt i kapitel IV i det ovennævnte Københavner dokument af 1990. Da disse og andre af de principper indeholdt i CSCE-aftalerne ikke anses for folkeretligt bindende, men alene politisk forpligtende, beror deres overholdelse på det politiske pres, som CSCE-staterne gensidigt kan udøve på hinanden. Derfor er det afgørende, at staterne og offentligheden har adgang til at sikre objektive oplysninger om mindretallenes situation. Kun en kvalificeret neutral ekspertkommission med væsentlige beføjelser vil være i stand til denne oplysningsvirksomhed.

Også det forhold, at der er meget store forskelle mellem de problemer, som mindretallene møder i de forskellige lande, bevirker, at der først og fremmest er behov for en institution, der kan redegøre herfor, snarere end detaljerede materielle regler om mindretalsbeskyttelse.

Hvilke andre sygdomsbekæmpende midler, der bør tages i brug, afhænger af, hvilken politisk målsætning, der vælges. Yderpunkterne er bevaring af mindretalskulturen og assimilation. Herimellem ligger flere muligheder, for eksempel: tolerance over for mindretalskulturen uden at bidrage til dens bevaring, integration af personer fra mindretallene i flertalsbefolkningens virke uden assimilation som mål.

Vi står her over for vanskelige moralske-kulturelle spørgsmål, som kræver en personlig stillingtagen. Min indstilling kan kort skitseres således:

Bevaring af en etnisk kultur som over-

ordnet mål kan komme på tale i forbindelse med 'indigenous people', naturfolk som har udviklet en livsform i harmoni med en – typisk – vanskelig natur. En sådan kultur kan være 'interessant' bevaringsværdi ud fra museale synspunkter og lærerig for mennesker tilhørende den industrialiserede verden, der endnu langt fra har kunnet genoprette balancen mellem den menneskelige virksomhed og miljøet. Alligevel forekommer det mig stødende at benytte mennesker som museumsgenstande.

Personer tilhørende en bestemt kultur har normalt ikke valgt dette tilhørsforhold. De er født ind i det. Den kultur, man er født ind i, kan opleves som et værdifuldt udgangspunkt for individets videre udvikling, men kan også opleves som en spændetrøje, der hindrer individets personlige udvikling. Over hensynet til en kulturs bevaring må stilles de individuelle menneskerettigheder, der netop har individets frihed og udviklingsmuligheder som sigte.

Vurdering af assimilation som mål må afhænge af en vurdering af både flertals- og mindretalskulturen, samt af de midler, der bringes i anvendelse. Tvangsassimilation, som den Bulgarien i 1984 forsøgte over for det tyrkiske mindretal, og som Tyrkiet har forsøgt over for kurderne siden 1924, er ikke blot inhuman og folkeretsstridig, men ineffektiv og virker undertiden direkte imod hensigten. Frivillig assimilation er naturligvis en mulighed, der bør stå åben ligesom enhver anden form for frivilligt kulturskift.

En vis grad af assimilation – forstået som tilegnelse af flertallets kultur – må kunne opstilles som mål, eksempelvis færdighed i flertallets sprog og et vist kendskab til landets retsorden. Herudover

vil jeg ikke opfatte assimilation som et ønskværdigt mål for mindretalspolitik. Jeg vil snarere se en vekselvirkning mellem og en gensidigt befrugtende påvirkning af de kulturer, som samfundet rummer, som idealet. Integration, tolerance, gensidigt kendskab kulturerne imellem må anses for egnede midler.

I vore dynamiske tider er kulturer ikke statiske fænomener, men organiske former, der udvikler sig under stadig ændrede livsvilkår. Et samfund, der er pluralistisk i kulturel henseende, skulle have betingelser for en rigere udvikling end et rent monokulturelt samfund.

Som politiske midler, der på længere sigt kan virke for en sådan målsætning, vil jeg pege på tre undervisningsområder: sprog, religion og historie.

De sproglige mindretal bør sikres et godt kendskab til flertallets sprog, og i områder, hvor det sproglige mindretal udgør en væsentlig del af befolkningen, bør flertallet i det mindste sikres gode muligheder for at lære mindretallets sprog.

Sammenlignende religionsundervisning vil kunne fjerne visse fordomme og som bivirkning stimulere til en selvstændig stillingtagen til de spørgsmål, som en sammenstilling af flere religioner uvægerlig vil rejse.

Nationalistiske tendenser i skolernes historiebøger er nok en væsentlig årsag til fordomme mod fremmede nationer og nationale mindretal. Af hensyn til nationale mindretal og af hensyn til forholdet til nabostater kunne et samarbejde mellem historikere fra de pågældende lande tænkes at ville bære frugt. Her ligger en pragtfuld opgave for UNESCO og alverdens historikere.

Menneskerettighedsbestemmelser

FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder indeholder især tre bestemmelser af betydning for mindretal: forbuddene mod diskrimination i art. 2, stk. 1 og art. 26 (lighed for loven) samt den positive beskyttelsesbestemmelse i art. 27: »I de stater, hvor der findes etniske religiøse eller sproglige mindretal, må personer, der tilhører sådanne mindretal, ikke forholdes retten til i fællesskab med de øvrige medlemmer af deres gruppe at have deres eget kulturliv, at bekende sig til og udøve deres egen religion eller at benytte deres eget sprog«.

Frankrig har taget forbehold over for art. 27 med følgende begrundelse: »På grund af art. 2 i den franske republiks forfatning erklærer den franske regering, at art. 27 ikke er anvendelig for så vidt angår republikken«.

Forfatningens art. 2, stk. 1, fastslår, at Frankrig er en udelelig republik, verdslig, demokratisk og social. Den sikrer lighed for loven for alle borgere uden hensyn til oprindelse, race eller religion. Den respekterer alle trosretninger.

Forfatningens art. 2 er naturligvis efter sin ordlyd ikke til hinder for, at Frankrig kunne tiltræde konventionens art. 27. Det franske standpunkt må vel ses som udtryk for, at Frankrigs gennemførelse af lighedsprincippet og respekt for menneskerettighederne gør konventionens art. 27 overflødig.

Over for FN-komiteen til bekæmpelse af racediskrimination gik den franske repræsentant den 8. august 1989 så vidt i sin begrundelse for Frankrigs forbehold med hensyn til art. 27, at han erklærede, at

Frankrig var et land uden mindretal. Republikken var én og udelelig, og selv om der kunne være visse former for regionalisme, var der ingen anden end fransk nationalitet.

Dette franske standpunkt er noget ekstremt formuleret, men dog ikke så fjernt fra indstillingen i mange andre lande, hvor assimilation ansås for målet, et mål man anså for at være inden for rækkevidde. I dag ved vi bedre. Trods ihærdige anstrengelser lykkedes det ikke at skabe det nye sovjetmenneske, eller den perfekte tyrkiske tyrker. De autoritære regimer kan for en tid hindre de sproglige, religiøse og kulturelle mindretal i at manifestere sig, men under den uniforme overflade lever mindretallenes særpræg videre. De mindre autoritære, demokratiske regimer har nok haft noget større held med assimilation, men assimilation er selv under de gunstigste betingelser en langvarig proces, og særlig indvandringen af fremmede i byerne og flygtningestrømmen har gjort mindretalsproblemerne akutte også i de vestlige demokratier og giver anledning til, at også de gamle mindretalsproblemer tages op. Hermed sigtes til mindretal som sigøjnere, jøder, samer og de mange regionale befolkningsgrupper.

De 35 Helsingfors-stater, der deltager i CSCE-processen, synes at have indset, at de traditionelle individuelle menneskerettigheder ikke er tilstrækkelige til at sikre, at mindretallene, ikke blot formelt, men reelt ligestilles med flertallet. Et vigtigt skridt blev taget med Wiener-slutdokumentet af 1989.

Principperne i dette dokument ligesom Københavner-dokumentet af 1990 angår »nationale mindretal« i modsætning til FN-konventionen om borgerlige og politiske

rettigheder, der i artikel 27 omhandler »etniske, religiøse eller sproglige mindretal«.

Det må noteres som et fremskridt, at Frankrig ikke har taget forbehold over for Københavner-dokumentet. Det har derimod tre stater, som særligt er blevet kritiseret for deres behandling af mindretal: Grækenland, Bulgarien og Tyrkiet. Disse staters repræsentanter fremkom med såkaldte »fortolkende erklæringer vedrørende 'nationale mindretal'«. Mest vidtgående er den tyrkiske erklæring, der blev afleveret til mødets sekretariat så sent, at dets indhold var ukendt for de øvrige delegationer og for formanden, da han erklærede, at konsensus var opnået med hensyn til Københavner-dokumentet.

Ifølge Tyrkiets »fortolkende erklæring« omfatter begrebet 'nationale mindretal' alene befolkningsgrupper, hvis status er fastslået ved bilaterale eller multilaterale instrumenter. Denne fortolkning ville føre til det absurde resultat, at det største sproglige mindretal i Tyrkiet, Kurderne, ikke ville nyde beskyttelse af Københavner-dokumentets regler om mindretal.

Endvidere fastslår Tyrkiets erklæring, at Københavner-dokumentets bestemmelser skal anvendes i overensstemmelse med Tyrkiets forfatning og nationale lovgivning.

Da imidlertid Tyrkiets forfatning og nationale lovgivning på mange punkter er uforenelige med Københavner-dokumentet vil denne fortolkning næppe være acceptabel for de øvrige Helsingforsstater. Det er muligt, at der bør ses bort fra Tyrkiets erklæring, simpelthen fordi den ikke var kendt af de øvrige delegationer og af mødets formand før end efter, at konsensus var konstateret.

Som allerede nævnt er mindretallenes

behov for en beskyttelse, der reelt vil ligestille dem med flertalsbefolkningen vidt forskellige. Principper omfattende alle mindretal må nødvendigvis have en meget vag karakter, rent bortset fra at begrebet 'mindretal' unddrager sig en nærmere definition.

Eksempler på mere præcise regler om beskyttelse af specielle mindretal er de fredstraktater, der efter første verdenskrig fastlagde nye grænser på Europakortet.

Således indeholdt Neuilly-traktaten af 27. november 1919 om Bulgarien en række bestemmelser om mindretal. Flere af disse bestemmelser gentager de traditionelle menneskerettigheder fx lighed for loven og trosfrihed. Andre bestemmelser har mere specielt sigte på at løse mindretalenes særlige problemer. Således skal art. 53 sikre, at personer tilhørende et mindretal får adgang til offentlige embeder og andre erhverv. En sådan bestemmelse ville i parentes bemærket kunne styrke integrationen af etniske tyrkere i Grækenland. Tyrkerne er i dag faktisk udelukket fra offentlige embeder og har store vanskeligheder ved at få adgang til erhverv, der kræver autorisation.

Traktaten sikrer mindretallets brug af sit sprog, en bestemmelse der ville kunne have gavnlige virkning i Tyrkiet, hvor kur-

kurdernes sprog er forbudt* til stor forbitrelse for dette folkeslag, der sandsynligvis udgør ca. 20% af Tyrkiets befolkning.

En bestemmelse sikrer mindretallene retten til at oprette og lede deres egne velgørende, religiøse eller sociale institutioner, skoler og uddannelsesanstalter. Dette princip krænkes i dag groft i mange europæiske lande, ikke mindst i Grækenland og i Rumænien.

Traktaten søger også at sikre mindretallene en rimelig del af det statslige og kommunale budget til undervisning, til religiøse formål og til velgørelse.

Udformningen af detaljerede materielle regler, der effektivt skal kunne beskytte mindretallene og helbrede den samfundssygdom, som etniske konflikter er symptom på, kræver et nøje kendskab til de forhold, hvorunder de forskellige mindretal lever. Også derfor er der behov for en international ekspert-institution. En diagnose må stilles før sygdommen kan bekæmpes rationelt.

* Efter at denne artikel er skrevet, er sprogloven, der forbød bl.a. kurdisk, ophævet ved lov nr. 2932 af 12. april 1991.