

H₄

HØJESTERET

1661-1986

Særudgave af Ugeskrift for Retsvæsen

redigeret af

Højesteretsdommer Torben Jensen

Professor dr.jur. W. E. von Eyben

Professor dr.jur. Mogens Kockvedgaard

UfR

G·E·C GADS FORLAG

1986

Udgivet med støtte fra
Kong Christian den Tiendes Fond
Reinholdt W. Jorck og Hustrus Fond
Illum-Fondet
Margot og Thorvald Dreyers Fond
Bikubefonden
Sparekassen SDS
Privatbankens Fond
Advokatrådet
G·E·C Gads Fond

Fotos: Mogens Carrebye
Typografien ved
Erik Ellegaard Frederiksen IDO
Sat og trykt i
Bianco Lunos Bogtrykkeri A/S
København

ISBN 87-12-01613-6

Indholdsfortegnelse

Af Højesterets historie i 325 år <i>Af professor, dr. jur. et phil. Ditlev Tamm</i>	13
Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret <i>Af departementschef Niels Madsen</i>	33
Et retspolitisk program for dommerskabt ret <i>Af professor dr. jur. Bernhard Gomard</i>	45
Højesterets prøvelsesret i straffesager <i>Af rigsadvokat Per Lindegaard</i>	65
Domstolene og skatteadministrationen <i>Af kammeradvokat Ole Fentz</i>	79
Højesteret og de ugifte samlevendes formueforhold <i>Af professor Jørgen Nørgaard</i>	97
Højesterets arbejdsform <i>Af højesteretsdommer Torben Jensen</i>	115

Forord

Efter at kong Frederik III den 18. oktober 1660 på pladsen foran Københavns slot havde ladet sig hylde som arvekonge af de forsamlede rigsråder og stænderdeputerede og senere ved Enevoldsarveregeringsakten af 10. januar 1661 havde opnået stændernes skriftlige bekræftelse på, at han nu var »een absolut suveræn arveherre«, udstedte han – som et led i den nye regeringsform, som han til gengæld havde lovet stænderne – den 14. februar 1661 sin »Forordning om dend Høyeste Rettis administration i Danmarck«. Forordningen forelå allerede i trykt form og blev samme dag udsendt til almindelig kundgørelse. Den 4. marts 1661 præsiderede kongen selv i den første højesteretssag med ni adelige og ni borgerlige assessorer som bisiddere.

Der vil således i begyndelsen af 1986 være forløbet 325 år, siden Højesteret blev grundlagt.

Der er i årenes løb udgivet talrige artikler og værker, som beskriver Højesterets virke i historisk og aktuel belysning. Det væsentligste historiske bidrag til denne litteratur er det store værk »Højesteret 1661-1961«, som blev udgivet ved rettens foranstaltning i anledning af dens 300 års jubilæum. Den retsvidenskabelige vurdering af rettens virke er hovedsagelig sket løbende i de faglige tidsskrifter,

herunder i »Ugeskrift for Retsvæsen«, hvis spalter siden 1867 har været åbne for retsvidenskabelige indlæg.

G·E·C Gads Forlag og redaktionen for ugeskriftets litterære afdeling har i anledning af Højesterets 325 års jubilæum taget initiativet til at markere denne begivenhed ved at udgive en samling artikler i det foreliggende særnummer af Ugeskrift for Retsvæsen. Heri har fremtrædende juridiske forfattere efter redaktionens opfordring belyst historiske og aktuelle emner med tilknytning til Højesterets og de øvrige domstoles virke. Udgivelsen af dette værk, som ved sit omfang og udstyr adskiller sig fra de sædvanlige ugentlige hefter, er blevet muliggjort ved tilskud fra de foran nævnte fonde og foreninger.

Samspillet mellem domstolene og retsvidenskaben er af den allerstørste betydning for begge parter. Højesteret finder det overordentlig værdifuldt, at dette samspil også kan finde udtryk i en sådan bredere bedømmelse af domstolenes opgaver og virke, som den foreliggende samling af artikler er udtryk for. Retten vil derfor gerne udtale sin varmeste tak til værkets forfattere, redaktion og udgivere samt til de fonde og foreninger, som ved deres tilskud har gjort udgivelsen mulig.

København i december 1985

P. Christensen

Højesterets dommere 1986



Fra venstre: Johannes Bangert, Palle Kiil, Jørgen Gersing,
Peter Christensen (præsident), Sverre Mondrup



Fra venstre: Mogens Hornslet, Torben Jensen, Niels Pontoppidan,
Frans Weber, Hans Kardel, Mogens Munch



Fra venstre: Henning Funch Jensen, Erik Bjerregaard,
Poul Høeg, Else Mols, Erik Riis

Af Højesterets historie i 325 år

Af professor, dr. jur. et phil. *Ditlev Tamm*

»*Machinen*«. Højesterets virksomhed i de nu 325 år, som er forløbet siden rettens grundlæggelse i 1661, har ikke på noget tidspunkt været genstand for revolutionerende ændringer. Der har været en klar tendens til at undgå omvæltninger i rettens arbejdsform.

I slutningen af 1780'erne havde retten oparbejdet en sagspukkel, og i 1791 resterede 89 sager. Det stred imod kongens »Hensigt, at see Sagerne paa et Aar tilendebragte ---, saasom Kongen ingenlunde vil tilstede, at Undersaatterne i Rettergangs Fremme maa opholdes eller sagerne fra et Aar til andet udsættes ---«. De praktiserende højesteretsadvokater blev afasket ders mening om forandringer, som kunne fremme tempoet ved behandlingen af sagerne. De kunne imidlertid enes om at fraråde ændringer i arbejdsgangen: »Man har nemlig 100 Aars Erfaring for, at Machinen nu gaar sin jevne Gang, og det kunde derimod let hænde sig, at en Forandring medførte Uleilighed og Hindringer, som man ikke forudseer«, [1] udtalte advokaterne, og de fortsatte: »Efter vort ringe Begreb have de, som styre Staten, Aarsag at være tilfreds, naar deres Affairer i det Hele have en stadig Gang, som ingen klager over, men hvilken alle de deri Interesserede tværtimod ere veltilfredse med. Hine kunde da med Føie være ubekymrede om at bringe enhver Ting til den høieste ideale Fuldkommenhed; thi denne er dog paa vor Jordklode et Nonsens.«

Heller ikke det kvarte sekel, som er forløbet, siden Højesteret i 1961 fejrede sit trehundrede års jubilæum, har været præget af dybtgående ændringer i rettens organisation eller øvrige virke. For en ydre betragtning synes rettens arbejde præget af kontinuitet. »*Machinen*« har også siden 1791 virket på en sådan måde, at der tilsyneladende ikke har været anledning til at bringe væsentlige ændringer i forslag. Men selv om de ydre forandringer er små, har retten naturligvis på vigtige punkter gennemgået en udvikling.

1. Se Sophus Vedel: *Den Dansk-Norske Højesterets Historie under Enevælden fra 1661 indtil 1790, 1888*, s. 446, jfr. s. 316 ff.

Indførelsen i 1857 af en pligt for Højesteret til at begrunde sine afgørelser var vel en af de mest betydningsfulde ændringer, som gav nye muligheder for at tolke indholdet af Højesterets domme. Derimod betød overgangen til det konstitutionelle monarki ved grundloven kun principielt en ændring i Højesterets status. 1849-grundlovens § 2 henlagde den dømmende magt til domstolene, men reelt var ændringen ikke så betydelig, Højesteret havde i realiteten allerede hundrede år tidligere opnået den i det væsentlige uafhængige stilling, som var karakteristisk for Højesterets virke under enevælden.

Højesterets præmisser var især tidligere ofte meget kortfattede, og indholdet og formuleringen af dommenes præmisser er da også et af de få punkter, som i tidens løb har givet anledning til moderat kritik, og som stadig med mellemrum fremkalder diskussion. I en tale ved en universitetsfest i anledning af Højesterets 250 års jubilæum tog en af det daværende juridiske fakultets ledende skikkelser, professor Carl Torp, som en af de første spørgsmålet op. Han gav ønsket om mere udførlige præmisser en forsigtig formulering, idet han om rettens domme sagde, at »vi beklager, at vi ikke altid i det Omfang, vi selv kunde have ønsket, kunde tage Lære af deres Visdom. Ret ofte staa vi overfor Afgørelser, hvis Rigtighed vi føle os overbevist om, men hvis Rækkevidde vi ikke kunde se, højst ane, fordi Dommens Præmisser ere saa knappe eller saa orakelmæssigt affattede, at de ikke give os nogen sikker Vejledning udover den konkrete Afgørelse«. [2] Samtidig fremhævede Torp også domstolenes klassiske dilemma mellem regeldannelsen og hensynet til en sags individuelle omstændigheder – på den ene side: »Hensynet til at Retsreglerne skal danne en brugbar og forstandig Rettesnor for Borgernes Handlinger«,

2. Carl Torp: *I Anledning af Højesterets 250-aarige Bestaaen*, i: UfR 1911, s. 54. Senere er spørgsmålet om udformningen af Højesterets præmisser rejst af bl.a. Knud Illum, se således UfR 1970, s. 245 og den deraf affødte diskussion, samt senest med henblik på den sproglige udformning af dommene, f.eks. P. Blume: UfR 1985, s. 313 ff, jvf. Spleth s. st., s. 345 ff.

som »lægger visse Baand paa den naturlige Trang til at udøve konkret Retfærdighed«, og på den anden side: trangen til at træffe konkrete afgørelser med »netop Blik for det enkelte Forholds Ejendommelighed - for Livets alle Regler spottende Variation«.

I sin afhandling om *Skøn og Regel* fra 1914 gav Viggo Bentzon udtryk for en lignende tankegang, idet han sammenlignede retsordenen med et net, som lægges ned over retslivets mangfoldighed. Billedsproget var ganske kompliceret, men gik i korte træk ud på, at de rette linier i nettet forestillede retsreglerne, mens retslivet ville bevæge sig i krumme linier som følge af retslivets mangfoldighed af individuelle tilfælde. Undertiden ville nettets masker – dér hvor den retlige regulering var nuanceret og udformet med henblik på at tage hensyn til særegne omstændigheder i de enkelte sager – sidde nær hinanden – andre steder ville nettets masker være store. Jo tættere maskerne sad, jo lettere ville det være for domstolene at tage hensyn til hvert enkelt tilfældes individualitet.

I de 25 år som er forløbet, siden Højesteret kunne fejre sit 300 års jubilæum, er knyttet endnu en række masker i det net, som retsordenen udgør. Højesterets praksis er her med til at knytte nettets masker. Det kan ske på mangfoldige måder – som praksis, der er med til at skabe ny ret eller i hvert fald præcisere retstilstanden, eller som bidrag til fortolkningen af nye love. At give et fuldstændigt overblik over de dele af retssystemet, hvor Højesteret i de forløbne 25 år har ført retsudviklingen fremad, er ikke muligt her. Herom må henvises til specialfremstillinger og lovkommentarer, hvor de enkelte domme og deres betydning for det pågældende retsområde er sat ind i deres rette sammenhæng. I det følgende vil et andet synspunkt blive lagt til grund. Enkelte domme, fortrinsvis fra de sidste 25 år, som har givet anledning til særlig omtale, og som også på anden måde kan anses for at have haft en særlig betydning for retsudviklingen, vil blive draget frem og fremstillet i deres historiske sammenhæng. Det er ikke altid de fra et juridisk synspunkt mest interessante domme, som vækker genklang i den offentlige debat, men undertiden har der været sammenfald mellem en sags almindelige interesse og dens juridiske betydning. Udover enkelte domme vil der også være anledning til at se på opbygningen af Højesterets apparat – af den »Machine«, som i 1791 gik sin jævne gang. Juriststandens professionalisering i løbet af det 18. århundrede og opbygningen af en advokatstand for Højesteret er her vigtige elementer

i skabelsen af en velfungerende ret, som kunne hævde sin selvstændighed.

Brud eller kontinuitet? Christiania-dommen og Montesquieu. Nye love har i mange tilfælde ændret retstilstanden og krævet en fortolkning af Højesteret, førend lovens rækkevidde var klarlagt. I andre tilfælde er ældre bestemmelser eller retlige standarder blevet fortolket eller udfyldt på en ny måde, som bedre modsvarede en ny tids behov. Undertiden har helt nye samfundsfenomener foranlediget også Højesteret til på utraditionel måde at slå kendte principper fast. Det var tilfældet i den første sag, som skal omtales her, og det ikke blot på grund af dens almindelige genklang i samtidens debat, men også fordi den gav retten anledning til at fremhæve nogle grundlæggende principper i vort politiske system, som også kommer til orde i andre afgørelser, hvor retten vægrer sig ved at gå udover visse grænser, men som kun sjældent med en så pædagogisk klarhed udtrykkes af retten. Det er fundamentale principper for statsstyrelsen, der her er tale om, og den styrke, hvormed de blev gjort gældende, giver anledning til at kaste et strejflys tilbage i Højesterets historie.

I februar 1978 afsagde Højesteret dom i en dengang meget omtalt sag.^[3] Parter i sagen var Fristaden Christiania, der stod som sagsøger, og Forsvarsministeriet, mod hvem sagen var anlagt. Fristadens advokat, Carl Madsen, påstod ministeriet kendt uberettiget til at stille krav om en afvikling af Christiania, der som bekendt var opstået ved en »besættelse« af nogle arealer og bygninger, der henstod ubeboet efter militære udflytninger fra København. Fristadens advokat støttede sin påstand på to typer af argumentation. Det første argument var rent juridisk. Det gik ud på, at Christiania fra regeringen havde fået et bindende løfte om at kunne benytte det areal, hvor Christiania ligger, uden tidsbegrænsning. Dette var sagens retlige hovedspørgsmål. Men i sagen argumenteredes også på en anden og mere usædvanlig måde. Det hævdedes, som det udtrykkes i Højesterets dom, at Christianias »levende brugsret« måtte gå forud for statens »døde ejendomsret« med den virkning, at brugsretten kunne fortsætte. Der var i den forbindelse af Carl Madsen blevet henvist bl.a. til Christianias særlige karakter af et socialt eksperiment, samfundsøkonomiske overvejelser og til beboernes boligbehov. Det var en argumentation, der muligt juridisk kunne

3. UfR 1978, s. 314.

hente forbilleder i den middelalderlige lensrets son-
dring mellem direkte og indirekte ejendomsret, »do-
minium directum« og »dominium-utile«, i forestillin-
ger om statens ejendom som en art »den døde hånd«
og måske også i mere atypiske retskilder som Ber-
told Brechts teaterstykker. Man tænke blot på »Den
kaukasiske kridtcirkel«, hvor den, som til sidst får
tilkendt retten til det barn, hvorom der tvistes, ikke
er dets biologisk »rigtige« moder, men derimod
pigen Grusche, som, da moderen havde forladt
barnet, tog sig af det og opfostrede det som sit.

I stedet for hovedrystende eller i en bisætning at
forbigå denne argumentation, om hvis valør der fra
et juridisk synspunkt for så vidt ikke kunne være
megen tvivl, tog Højesteret – formentlig også med
blik for den almindelige interesse, der var for sagen –
det usædvanlige skridt principielt at fastslå, hvad det
er for funktioner, som domstolene udøver. »Her-
overfor«, udtalte retten, »er det nødvendigt at fast-
slå, at hvis Christiania ikke i kraft af givne løfter har
et retligt krav på at fortsætte brugen af området, er
domstolene udelukket fra ud fra de påberåbte men-
neskelige og sociale hensyn at tilkende Christiania
en sådan ret. Dette følger af den opdeling af stats-
magtens funktioner i lovgivende, udøvende og døm-
mende magt, som er fastsat i grundlovens § 3. Det er
ikke domstolene, men regering og Folketing, som
det tilkommer at tage stilling til dette spørgsmål.«

Med disse ord havde Højesteret fastslået, hvad for
så vidt ingen kunne være i tvivl om, at der med den
fordeling af statsmagten på forskellige organer, som
har fundet udtryk i grundloven, er sat grænser for,
hvad Højesteret kan tage stilling til. I dette tilfælde
var det vel relativt klart, at Højesteret ikke kunne
komme ind på en vurdering af Christianias betyd-
ning som socialt eksperiment. I andre tilfælde kan et
være sværere at afgøre, hvor grænsen går mellem de
politiske afgørelser, som af retten henvises til lovgiv-
ningsmagten, og de retlige, som træffes af domstole-
ne – eller sagt med andre ord at afgøre, hvor grænsen
går mellem den dømmende og den lovgivende magt.

Den advarsel, som lød i Christiania-dommen mod at
sammenblande den lovgivende og den dømmende
magt, har gammel tradition. Det var Montesquieu,
som med det 6. kapitel – »De la constitution d'Ang-
leterre« - i den 11. bog af værket om lovenes ånd
lagde grunden til magtadskillelseslæren: »Der er i
enhver stat tre slags magt«, lyder indledningen til det
berømte kapitel af lovenes ånd, hvori Montesquieu
giver sin redegørelse for statsforfatningen i England.

En af værkets grundtanker var at pege på overens-
stemmelse mellem et lands regeringsform og dets
love. Montesquieu opererede med tre regeringsfor-
mer: Den republikanske, den monarkiske og den
despotiske. Karakteristisk for monarkiet i forhold til
despotiet var, at der i despotiet manglede faste love
således, at alt regeredes efter en enkelt persons
luner. Hver af disse regeringsformer hvilede på et
psykologisk princip. Mens dyden var republikkens
princip, var æren monarkiets, mens despotiets bæ-
rende princip var frygten. Værket om lovenes ånd er
i kapitlerne om regeringsformerne beskrivende og
går ud på at fremstille, hvorledes bestemte former
for love modsvarer bestemte regeringsformer. Den
bedste stat var da den, hvis regeringsform udøvedes
således, at den kom sit princip nærmest. Andre
steder går Montesquieu videre. Det gælder netop
kapitlet om den engelske forfatning, der som en tysk
historiker har udtrykt det, på en gang indeholder en
abstraktion på grundlag af fortiden, et ideal for
samtiden og et program for fremtiden. Montesquieu
gav en idealiseret fremstilling af »la constitution
d'Angleterre«, som ikke modsvarede den forfat-
ningsmæssige virkelighed. Særlig vigtigt er det imid-
lertid at gøre sig klart, at dette kapitel bygger på et
andet værdigrundlag end i kapitlerne om statsfor-
merne og deres princip. Montesquieu gør anerken-
delse af magtadskillelseslæren til et kendemærke på
den gode stat, som beskytter borgernes politiske
frihed, der af Montesquieu defineres som »den
sindets rolighed, som kommer af tanken om egen
sikkerhed – frihed for frygt«. Montesquieus værdi-
grundlag er her udtrykt i spørgsmålet, om regerin-
gen kan betragtes som moderat (*modéré*) eller ej.
For Montesquieu var det kernen i den moderate
regeringsform, at den dømmende magt var uafhæn-
gig af kongen. Den lovgivende og den udøvende
magt ville man ofte finde forenet i den monarkiske
stat, som på Montesquieus tid var den mest udbredte
i Europa, derfor var det afgørende for regeringens
natur, at domsmagten var uafhængig.[4]

Montesquieus udgangspunkt var menneskets
trang til at udvide og misbruge opnåede magtpositio-
ner. Forudsætningen for, at en borger kan nyde sin

4. »Dans la plupart des royaumes d'Europe le gouverne-
ment est modéré parceque le prince qui a les deux
pouvoirs laisse a ses sujets l'exercice du troisième«
eller »Dans les monarchies, que nous connaissons le
prince a la puissance exécutive et la législative mais il
ne juge pas« (XI, 11).

politiske frihed, er, at magten ikke er forenet hos en person eller en gruppe. For at sikre borgernes frihed er det nødvendigt, at den lovgivende magt ikke er forenet med den udøvende magt – man kan da befrygte, at den samme monark eller det samme råd skal give tyranniske love, for at gennemføre dem på tyrannisk måde. Lige så lidt bør den dømmende magt forenes med den lovgivende magt eller med den udøvende magt. Hvis den dømmende og den lovgivende magt bliver forenet, vil magten over borgernes liv og frihed være vilkårlig, og hvis den dømmende og den udøvende magt forenes, ville dommeren have magt til at undertrykke. Derfor må disse tre slags magt holdes adskilt.

Den dømmende magt har i Montesquieus system ingen politisk funktion – domstolenes uafhængighed ønskede han sikret ved, at retterne ikke fungerede permanent, og ved at dommerne udtoges af folket. På den måde blev domsmagten »prèsque invisible et nulle«. Men selv om Montesquieu ikke ønskede faste domstole, fordrer han fasthed i retsplejen. Så lidt som muligt burde overlades til dommerens skøn. Sine betragtninger om den dømmende magt konkluderer Montesquieu da også med at fastslå, at den er »en quelque facon nulle«. Domstolene har ikke ret til at fravige loven, men må holde sig til den i al dens strengthed, selv om den må anses for i det konkrete tilfælde at være for streng: *«Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force ni la rigueur»*.

Som hovedelementerne i Montesquieus opfattelse af den dømmende magt kan vi fremhæve:

- at den dømmende magt burde være politisk neutral
- at dommerne burde være lægmænd og ikke professionelle
- at ikke-professionelle dommere stiller et krav om klarhed i lovformuleringen
- at doktrinen om magtfordeling præsenteres som en politisk doktrin eller ideologi, forstået som individets psykologiske sikkerhed, og den realiseres ved retssikkerhed, som er til stede, når lovene forandres sjældent, er klart formuleret, og er givet for og ikke af dommere.

Det er en velkendt sag, at magtadskillelseslæren ikke giver en adækvat beskrivelse af det danske statsstyre indtil 1849. Højesteret var blot et af mange organer for kongens enevældige magt. I enevældens forfatning, Kongeloven af 1665, var den lovgivende

magt særlig fremhævet som en af kongens nye majestætsrettigheder, men den dømmende magt var end ikke særskilt omtalt. Muligt kan den udledes af Kongelovens fjerde artikel, hvorefter kongen kan udnævne alle betjente – herunder altså også retsbetjente – men en udtrykkelig fremhævelse af, at kongen havde den dømmende magt, som oprindeligt blev foreslået i et latinsk udkast til Kongeloven af Peder Schumacher, gik ud. Man har overvejet, hvad der kan være årsag hertil. Det er således blevet fremhævet, at kongen tilsyneladende også før 1660 blev anset som indehaver af den dømmende magt, selv om han i princippet dømte sammen med rigsrådet,[5] og man har henvist til, at kongen muligt under de urolige politiske forhold umiddelbart efter enevældens indførelse kunne have en grund til at ønske, at hans rolle som øverste dommer fik en mindre fremtrædende plads i forfatningen.[6] På den måde kunne kongen f.eks. bedre lægge afstand mellem sig og dommene i de to store majestætsforbrydelsesprocesser for Højesteret i enevældens første år, sagerne mod Corfitz Ulfeldt og mod Kaj Lykke.[7] I ingen af disse processer viste retten større selvstændighed.

Det var fra midten af det 18. århundrede, at Højesteret undergik den udvikling, som forandrede retten til en af andre statsorganer uafhængig myndighed til værn for borgernes rettigheder. Vigtige elementer i denne frigørelsesproces var en stigende erkendelse af betydningen af en uafhængig øverste domstol. Det blev klart fastslået i forbindelse med det kendte magtsprog fra Christian VI's side, som ophævede en af Højesteret afsagt dom.[8] Der var tale om en Højesteretsdom, som gik en af kongens yndlinge, stiftamtmand Gersdorff, imod. I virkeligheden kunne man diskutere, om ikke Højesteret havde overskredet sin kompetence ved at påkende et spørgsmål om øvrighedsmyndigheden grænser, hvilket domstole ikke var berettiget til før grundloven af 1849. Alligevel virkede det kongelige reskript, hvorefter »Vi havde befundet denne Sag at være af den Beskaffenhed, at den derudi afsagte Dom skal være ophævet«, som et overgreb. Ophævelsen skete, efter

5. Iuul, i Højesteret 1661-1961 II, s. 8.

6. Således Sv. Ellehøj, i Danske og Norske Lov i 300 år (1983), s. 12 f.

7. Sml. Ditlev Tamm, i Danske og Norske Lov i 300 år, s. 641 ff.

8. Se herom Vedel ovf. note 1, s. 232 ff.

at stiftamtmand Gersdorff havde klaget til kongen over dommen. I den anledning havde rettens justitiarius Seckmann uden held peget på, »hvor farlig Følge og ondt Exempel det ville være, om det blev nogen af Eders kgl. May.s Undersaatter tilladt, at appellere fra HRets Domme til Revision i det kgl. Conseil, efterdi, hvad een blev tilladt, det kunde den anden paastaae som en Rettighed, saasom Justitiens Løb indrettes efter almindelige Regler«. Seckmann fremhævede også, at »al Sikkerhed iblandt Rigernes Indbyggere vilde forgaae, og Ingen kunde, endog efter de stærkeste Adkomster, med Tryghed besidde sit Gods«. Samtidig erkendte han dog, at »Eders kgl. May.s Tilforordnede i HRet ere Mennesker og alle menneskelige Skrøbeligheder undergivne, og at der lige saavel i HRet, som nogen anden Steds kan tages Feil, ja gøres forsætlig Uret. Men derimod er det enhver Undersaats Pligt af hvad Stand og Værdighed hand end er, at han bør troe, at de Dommere som sidde i Guds og Kongens Sted, paa Rigernes øverste Domstol, gjøre hverken ham eller nogen anden Uret, og end hans Forstand, der ikke staar under nogens Dom, ei kand overtale sig dertil, saa bør dog hans Villie derudi finde sig.«[9] Omend Seckmanns ord ikke i den konkrete sag havde virkning, blev eksemplet på ophævelsen af en dom dog enestående i rettens historie.

De principper, som justitiarius Seckmann her fastslog, foregreb den henvisning af Montesquieus grundsætninger, som vi i årene efter 1753 gang på gang finder i generalprokurør Henrik Stampes erklæringer. Skønt Højesterets uafhængighed nu ikke længere blev truet af direkte magtbud fra oven, som gik ud på at omstøde rettens afgørelser, var der også andre måder, hvorpå domsmagten kunne krænkes gennem udøvelsen af øvrighedsmyndighed. En berømt erklæring af Henrik Stampe, som tillige i årene 1753-1771 havde sæde i Højesteret, og i de første år jævnlige voterede, frembyder et eksempel.

I denne erklæring af 20. august 1768 tog Henrik Stampe således stilling til et spørgsmål, som nøje berørte forholdet mellem Kongens benådningsret og hans stilling i forhold til Højesteret.[10] Spørgsmålet blev forelagt for Stampe i anledning af kongens holdning til to dødsdomme for manddrab, som var

blevet refereret for ham. De pågældende var dømt til døden efter en forordning fra 1749, men siden var ved en forordning af 18. december 1767 straffen for den type af drab, der var tale om i sagerne, ændret til livsvarigt fængsel. Spørgsmålet var, om kongen kunne anvende sin benådningsret, således at straffen fastsattes efter forordningen fra 1767 i stedet for den af 1749. For en umiddelbar betragtning måtte en anvendelse af forordningen af 1767 forekomme at være en formildelse. Imidlertid var forholdet det, at forordningen af 1767 var udstedt i et forsøg på at afskrække en bestemt gerningsmandstype, nemlig de såkaldte »melankolske mordere«. Det var personer, som gik i selvmordstanker, men som af angst for at tage sig selv af dage begik drab – ofte på børn – for på den måde ved dødsdom og henrettelse at undfly den jordiske tilværelse, som de af religiøse grunde ikke turde forlade ved egen hånd. Ved forordningen af 1767 var efter årelange overvejelser dødsstraffen, der ellers var straffen for drab, blevet opgivet i dette særlige tilfælde, hvor livsvarigt fængsel måtte anses at have en større præventiv effekt. Men af samme grund kunne forordningen af 1767 ikke anses som en formildelse i forhold til forordningen af 1749, som foreskrev dødsstraf. Da Stampe blev bedt om sin erklæring, om kongen i kraft af sin benådningsret kunne anvende den i forordningen af 1767 fastsatte straf i stedet for dødsstraf, måtte svaret da også blive nej. Stampe udtrykker det på denne måde:

»Ligesom det er en temmelig almindelig Mening, at en Souverain eller *summus imperans* vel, ifølge det ham tilkommende *jus aggratiandi* (benådningsretten), kan formilde eller eftergive den af den ordentlige Domme tilfundne Straf, men ikke vel skærpe den, synes *vor Constitution* og at medføre, at Hans Maiestæts Undersaatter ikke engang skulde ansee det som mueligt, at Hans Maiestæt nogentid kunde faae i Sinde at skærpe den af Dommeren idømte Straf, da Undersaatterne fra Hans Maiestæts Naadethrone ikke bør vente eller love sig andet, end idel Naade, Mildhed og Godhed, og bør ansee Alt, hvad der er haardt og skræksomt, som noget, der aldrig kan komme umiddelbar derfra.«

Stampe indlagde således i den danske »Constitution« et princip om, at benådningsretten kun kunne anvendes til at formilde, men ikke til at skærpe en dom. Resultatet måtte da også blive, at forordningen af 1767 ikke direkte kunne anvendes, da den netop tilsigtede at virke skærpende overfor de »melankolske mordere«. Interessant i denne sammenhæng er Stampes anvendelse af ordet »vor Constitution«.

9. Seckmanns erklæring er trykt hos Vedel, s. 417 ff.

10. Henrik Stampe: *Erklæringer* V, s. 541 ff. Sml. hertil om selvmord Ole Fenger: *Selv mord i kultur- og retshistorisk belysning*, i *Rättshistoriska Studier* Bd. 11 (1985), s. 55 ff., og om Stampes holdning, l.c. s. 73 ff.

Der er ikke her tale om enevældens forfatningsdokument Kongeloven, som ikke begrænsede kongens magt på den angivne måde. Ordet »Constitution« – et for jura og medicin fælles udtryk – er et af nøgleordene i Montesquieus begrebsverden. Ordet »Constitution« betegner en konkret regerings »natur«, dens særlige »struktur« eller »bygning«. Den monarkiske regerings natur var den, at fyrsten vel havde den suveræne magt, men at han udøvede den efter faste grundsætninger i modsætning til despoten, som regerer efter egen vilje og luner. Et fast led i grundsætningen for den monarkiske statsform var, at kongen ikke kunne udøve den dømmende magt, men overlod denne til andre. Skærpelse af en allerede fældet straffedom ville være en udøvelse af dømmende magt, mens nåde og mildhed var monarkens egentlige og sande egenskaber. Stampes forsvar for domstolenes uafhængighed var således en følge af hans opfattelse, at den danske »constitution« var af monarkisk og ikke despotisk natur. Ja, på den måde var der ikke blot tale om et monarki, men om noget i retning af et moderat monarki i Montesquieus forstand.

For at nå så vidt var det ikke, som Stampe fremhæver i en anden erklæring,[11] afgørende, om dommer- og øvrighedsembeder var adskilt »i henseende til Subjectet«, men derimod at de var adskilt i henseende til »Subordinationen, Remedia coactiva, og den Vei enhver bør gaae, som har at besvære sig over En, enten i det ene eller det andet Embede«. Derfor blev appelsystemet for Stampe den krumtap, hvorom forfatningen drejede sig: »En Dommer som Dommer, det er hos os, for saa vidt han har *jurisdictionem contentiosam*, staaer allene under hans Over-Dommer, og den, som derudi vil besvære sig over ham, bør på den i Lov og Ret foreskrevne Maade, frembringe sin Klage for Over-Dommerne. Over-Dommere staaer paa samme Maade under Højesteret.«

Domstolshierarkiets selvstændighed og uafhængighed med Højesteret i spidsen var hermed gjort til prøvestenen på, om konstitutionen var monarkisk eller ej. Domstolens stilling, således som den stod fast siden midten af det 18. århundrede, var således lige så vel som i dag et afgørende led i »vor Constitution«.

Retdens professionalisering. »Af alle kongelige Collegier er intet vanskeligere at bringe ud i ønskelig

Stand end Høyeste Ret«, fastslog Holberg i Epistel 160 (1748). Mangelen af faste faguddannede dommere var længe et problem. Et vigtigt led i Højesterets udvikling var derfor rettens gradvise professionalisering i løbet af det 18. århundrede, således at rettens medlemmer efterhånden udelukkende rekrutteredes blandt personer, som havde en forudgående teoretisk juridisk uddannelse. Det blev muligt, efter at en juridisk eksamen indførtes ved Københavns Universitet for nu 250 år siden. Indførelsen af en juridisk eksamen i 1736 fik dog ikke straks betydning for rekrutteringen af Højesterets assessorer. Forordningen af 9. februar 1736 om den juridiske eksamen bestemte i sin art. III.3, at »Ingen maae efterdags søge at vorde Højesterets-Procurator, medmindre han er studeret og har in Examine Juridico fortient beste Character«, men en tilsvarende bestemmelse fandtes ikke om rettens dommere. Først i 1771 blev et uddannelseskrav også stillet til dommerne, idet det ved Højesterets Instrux § 23 blev fastslået, at »Ingen maae gjøre Ansøgning om at blive tilforordnet i Højeste-Ret, med mindre han først med Flid har lagt sig efter Lovkyndighed ved Universitetet og der med Berømmelse aflagt offentlig Prøve paa hans deri giorte Fremgang og erhvervede Kundskab, og siden i nogle Aar været Assessor i Hof- og Stads-Retten, eller beklædt et andet Dommer-Embede og der tilveiebragt sig practisk Kundskab og Færdighed i at applicere Lovene paa forekommende Tilfælde, samt derhos fyldt sine 25 Aar.«

I 1744 blev for første gang stillet krav om en praktisk prøve for de advokater, som ønskede møderet for Højesteret. Med kravet i 1771 om, at også assessorerne som regel skulle have indhentet praktisk erfaring ved at have beklædt sædet i en underordnet ret, var en fordring opfyldt, som Ludvig Holberg havde formuleret i sin 159 epistel: »En der vil være Advocat, kand gjøre Prøve ved at agere nogle vanskelige Sager; Og een, der vil være Assessor udi en høy Ret, maa gaae Gradviis frem.« Holberg var opmærksom på, at prøven på en dommers praktiske duellighed måtte ske ved »at lade Personerne gaae Gradviis frem fra et mindre Collegio til et større, fra en Under-Ret til en Over-Ret, saa at det eene kand være et Seminarium for det andet. Ved det Middel kunde for Exempel hæves den Vanskelighed, som en og anden Gang møder, naar Høyeste-Ret med værdige Lemmer skal forsynes.«

I en anden epistel (146), der handler om rangsygen, beskrev Holberg, hvorledes denne bl.a. førte

11. Erklæringer II, s. 15.

til, at »Stats-Collegier udi København, sær Højesteret, hvoraf Academiske Borgere søge at blive Lemmer, have været og ere Universitets-Kirkegaarde«. Det er nu længe siden.

Det uddannelsesmønster for vordende dommere i landets øverste domstol, som aftegnedes i instruksen 1771, har siden fæstnet sig ved rekrutteringen af rettens dommere. Ved en gennemgang af dommernes levnedsløb tegner en karriere, som indledes i Justitsministeiret og derefter forløber over en periode i by- og landsret, sig som et typisk forløb, mens kun ganske få er rekrutteret fra advokatstanden eller fra universitetet. Også rekrutteringen af dommere har igennem årene været præget af kontinuitet.

Et andet vigtigt led i Højesterets professionalisering var fremkomsten af en særligt uddannet advokatstand. Advokat- eller procuratorstanden omtales som bekendt første gang i en forordning 1638 sammen med bestemmelser om præstedrukkenskab, ærerørige domme, kost og tæring, arrest, lovfældtes rettergang, krybskytter og bøsser. Nyt i forordningen var, at procuratorer for eftertiden skulle have offentlig beskikkelse. Først en del år senere finder vi den første bestalling som procurator også for Højesteret, nemlig i 1684, da Reinhold Wordemann fik brev på, at han foruden andre steder måtte »betjene godtfolk i sager for os i vores højesteret«. Wordemann fik senere det skudsmål, at det var ham, som havde indført for retten den store vidtløftighed i sagernes procederen.

Wordemann var i 1689 defensor i en af datidens *causes célèbres* for Højesteret, sagen mod Axel Iuel, som stod tiltalt for en række uregelmæssigheder i forbindelse med sin virksomhed som guvernør i Trankebar.[12] Anklageren var en anden kendt advokat i samtiden, Brostrup Albertin. På et tidspunkt klagede Wordemann over, at han ikke som forsvarer havde haft adgang til at se alle sagens dokumenter, og det afsløredes da, at Brostrup Albertin havde produceret falske bevismidler, blandt andet med henblik på en anklage for, at Iuel selv skulle have fingeret en opstand i kolonien for at kunne tilfredsstille sin private hævnthirst. Brostrup Albertin fik også efter denne affære ret til fortsat at procedere, selv om flere af Højesterets assessorer havde forlangt ham fradømt æren og dømt til arbejde på Bremerholm på livstid. I stedet blev sagen en god reklame for Brostrup Albertin, som blev en af

samtidens mest søgte advokater på et tidspunkt, hvor knap en snes personer havde bevilling til at procedere for Højesteret. Skæbnen indhentede ham dog siden, da han afskedigedes i 1716 på grund af uefterretteligheder i generalfiskalembedet, hvortil han havde fået udnævnelse et par år tidligere. Brostrup Albertin havde ikke bevilling til at procedere for Højesteret, men kunne altså desuagtet føre sager for denne ret.

Et andet vigtigt årstal i advokatstandens historie for Højesteret er året 1736, året for indførelsen af en juridisk eksamen ved Københavns Universitet. Som nævnt blev det først i 1771 gjort til en betingelse også for udnævnelse til assessor i Højesteret, at den pågældende havde bestået juridisk eksamen, mens allerede forordningen af 1736 stillede et sådant krav til højesteretsadvokaterne – men ikke til andre advokater. Den første uddannede jurist, som blev højesteretsadvokat, var Christian Braad, som fik sin bestalling i 1739. Frederik Horn, som fik bestalling samme år, var derimod ikke juridisk kandidat, men havde praktisk erfaring, og i stedet for en universitetseksamen blev han af retten prøvet skriftligt over et praktisk tilfælde. Dette er eneste eksempel af denne art vi kender. Frederik Horn blev senere borgmester i København og endte som justitiarius i Hof- og Stadsretten. Hans tanker om advokathvervet fremgår bl.a. af hans bekendte *»Meditationer over Procuratorprofessionen«* fra 1737, hvor han om advokaterne skriver: »Procuratorprofessionen har været forvaltet og forvaltes blandt andet af gemeene, liderlige, trættekiere og med et ord onde Mennesker, hvis største om ikke ganske Conduite består i en del på Pratique grundede forensiske Formaliteter, brocardiske Citationer og dumdristige Intriger ---«. Men Horn forlod som sagt også standen.

Prøveprocedure for Højesteret fandt første gang sted i 1744. Skikken indførtes, ved at det i en kgl. befaling af 3. april 1744 blev bestemt, at to jurister, Wartberg og Andreas Bruun – den første var dr.jur., og ham gik det i øvrigt siden dårligt som advokat, men den anden var examinatus juris, og ham gik det godt – først kunne forvente at få beskikkelse som højesteretsprocuratorer, når de havde aflagt prøve »for Højesteret udi Skrankerne ved mundtlig Procedure paa deres Gaver og Capacité«.

En regel om prøveprocedure optoges i Højesterets instruks 1753, og kravet bestod frem til 1958. I 1753-instruksen blev kravet formuleret på den måde, at vedkommende, som ønskede beskikkelse til højesteretsprocurator, skulle godtgøre sine »Gaver til

12. Herom Vedel, s. 155 ff.

Procurator-Embedet og til at tale ordentligt og forstaaeligt« ved at agere 3-4 sager. Det var også i 1753-instruksen, at den regel optoges, at højesteretsassessorerne skulle aflægge en praktisk prøve i mundtlig votering, inden udnævnelsen kunne finde sted.

Tanken om en praktisk prøve for advokater havde også Ludvig Holberg gjort sig til talsmand for i sin før omtalte epistel 159, hvor han gjorde det i og for sig fornuftige synspunkt gældende, at »man ikke altid ved en foregaaende Examen kan udforske enhvers Bequemhed til en Bestilling«. Som eksempler nævner Holberg dommere og advokater: »een kan på sine Fingre vide alle Love og Forordninger og dog være ubequem til at agere den ringeste Sag --- den grundlærdeste Jurist kan blive den sletteste Advocat. Der behøves derfor tillige med en anden Examen, som er mest tilforladeligt, nemlig at han gør Prøve ved at plaidere nogle Sager for en Ret«. Og Holberg slutter: »En, der vil være Advokat, kan gøre Prøve ved at agere nogle vanskelige Sager ---«. Men det var allerede reglen for Højesteret, da Holberg udsendte dette bind af sine epistler i 1748.

Som noget karakteristisk for den danske Højesterets stilling under Enevælden er allerede fremhævet, at retten tidligt opnåede en relativt uafhængig stilling af kongen. Visse af rettens afgørelser skulle ganske vist helt frem til 1771 refereres for kongen, men eksemplerne på, at kongen ved et egentligt magtsprog omstødte en højsteretdom, er meget få. I virkeligheden har vi kun to eksempler, og de er begge atypiske. Begge stammer fra Christian VI's tid. Det ene eksempel har vi omtalt ovenfor. Det andet tilfælde stammer fra 1731. Det var i virkeligheden en advokats – højsteretsprocurator Ermandingers – dårlige fod, som gav anledning til miseren. Sagens omstændigheder er komplicerede.^[13] Hovedsagen var, at Ermandinger, som mødte for den ene part, en norsk bonde, der hed Berg, ikke nåede frem i tide til domsforhandlingen i Højesteret af en norsk appelsag. Sagen drejede sig om en norsk odelsret, og hans klient var taget til København alene for at opleve, at advokaten ikke var til stede, da sagen blev påberåbt. Sagen blev derefter behandlet som udeblivelsessag efter de dagældende regler, og underrettens dom, som var gået den pågældende part imod, stadfæstedes. Først efter at stadfæstelsesdommen var fældet, kom procurator Ermandinger til stede i retten og undskyldte sig med, at han havde ondt i den ene fod

»og ikke før kunne komme op«. Den arme Berg gik i sin jammer til kongen, som efter at have indhentet højsteretsjustitiarius Braems erklæring pålagde retten at eksaminere sagens akter og afgive betænkning om sagens udfald, såfremt man havde taget stilling til realiteten. Det var den fremgangsmåde, som justitiarius selv havde foreslået for, som han udtrykte det, på en gang at »conservere Deres kgl. May.s Højhed udi Højesteret og tillige hjælpe Supplicanten til Rette«. Dette skete, og dommerne nåede til et for Berg gunstigt resultat, som herefter forkyndtes ved et kongeligt reskript, der dannede grundlag for en ny dom. Den forsinkede Ermandinger fik en bøde på 100 rigsdaler at betale til Vor Frelses kirke, som dengang nød godt af rettergangsbøder. Vel var der her tale om et magtbud, men det kunne delvis undskyldes ved de særlige omstændigheder i forbindelse med advokatens forsinkelse, og at parten efter Højesterets opfattelse materielt havde ret.

Ermandinger gjorde sig i øvrigt senere uheldigt bemærket i en anden udeblivelsessag, hvor det dog var ham, der var mødt, mens modparten var udeblevet. Retten fik mistanke om, at han i sin forelæggelse af sagen havde fortiet modpartens argumenter. Han blev derefter opfordret til at aflægge ed på, at han selv mente, at han i det hele havde »en retfærdig Sag«. Da han ikke turde aflægge eden, blev han idømt bøder og sagsomkostninger.^[14]

Alvorligere var det indgreb, som skete i den tidligere omtalte sag fra 1740 – stadig under Christian VI, hvor dommen over stiftamtmand Gersdorff i en sag mod en procurator blev ophævet ved et kongeligt magtbud. For procuratoren var mødt en af datidens kendteste advokater Lowson, som ganske modigt havde angrebet stiftamtmanden for en embedshandling – »Stiftamtmanden vil vel ikke indbilde sig at måtte være en konge«, fik han bl.a. sagt. Det måtte han senere gøre afbigt for. Det var også Lowson, som havde mødt i Ludvig Holbergs proces for Højesteret mod en ridefoged, og dér for at stille Holberg i et dårligt lys, som advokat for ridefogeden, havde citeret Jeppe på Bjerget: »Est du ikke en ridefoged, og du spørger endda, hvorfor du skal hænges?«

I sine næppe fuldt pålidelige historiske breve fortæller Charlotte Dorothea Biehl netop med henblik på Lowson om, hvorledes han formåede at sikre sig stemmer blandt Højesterets dengang ulønnede dommere:

13. Se Vedel, s. 28 ff. (1731).

14. Vedel, s. 304.

»De rigeste højesteretsadvokater holdt så at sige åben taffel for assessorerne. Den rang og det fortrin denne post gav, havde gjort den til målet for en del unge menneskers ærgerrighed, og da deres større og mindre antal ikke kostede staten noget, så var det en af de gunstbevisninger, som man, når man havde fået bedste karakter ved sin eksamen, ved vens ven lettest kunne få, uden at overveje, at jo større de ulønnedes antal var, jo mindre håb var der om at få løn, og jeg har kendt en del, der sikkert har stået i fare for at sulte ihjel, om de ikke havde haft advokaternes bord.

Hvor let og gørligt er det ikke, at erkendtlighed bringer et menneske til at antage sin velgørers mening, og det er ikke alene som hans, men endog i kraft af den fynd og veltalenhed, hvormed han i 3-4 timer ved et veldækket bord sætter sin ret i det kraftigste lys. Og ved dette kneb erhvervede Lowson sig sin største rigdom; thi jo mindre håb der var til at vinde sagen, jo dyrere måtte hans klienter betale ham, og af hvad beskaffenhed den end var, var han altid forud vis på 6 eller 7 stemmer.«[15]

Et afgørende skridt i retning af sikring af Højesterets uafhængighed og professionelle niveau var den nye højesteretsinstruks af 7. december 1771 og det såkaldte vedvarende patent af 10. november 1774. Om procuratorer bestemte instruks af 1771 intet særligt nyt, men sammenfattede den hidtidige ordning. Gentaget blev i instruks en forbud, som kunne følges helt tilbage til 1717 mod at bruge »nogen Raisonnering, som ej er grundet paa Loven, mindre understaae sig at forklare Kongens Lov, hvilket han sig alene vil have forbeholdet, i hvad Tilfælde det og være kan«. Advokaterne skulle ikke indlade sig på lovfortolkningen, det var kongens opgave. Dette såkaldte kommenterings- eller fortolkningsforbud var et bekendt europæisk fænomen. Kongen forbeholdt sig selv at forklare sin lov. Et sådant forbud, som har tradition tilbage til kejser Justinians lovgivning, understregede den enevældige fyrstes stilling som lovgiver.[16]

En ganske fornuftig regel i instruks en vel derudover den om advokaterne: »De skal ej heller påtage sig flere sager, end de ved, at de kan overkomme ---«. At hvervet som højesteretsadvokat kunne være byrdefuldt,[17] stod også klart for in-

struksens forfattere, idet 1771-instruks slutter sit advokatafsnit med at fremhæve, at »de Procuratorer, som opføre sig ved Høieste-Ret conform med det dem er foreskrevet, og saaledes som ærekiere Folk vel egner og anstaaer, kan være forsikkrede paa, at naar de til Publici Beste have anvendt deres beste Aar og Kræfter, Kongen da i Naade vil tænke på dem med sadanne Bestillinger, hvorved de på en behagelig Maade kan finde deres Underholdning i deres gamle Dage; formodende, at andre, som ere af saa liden Capacitet, at ingen vil betroe dem deres sager, ikke tage deraf Anledning at overløbe Kongen med Supplicationer om vacante Bestillinger.«

Med 1771-instruks var grundreglerne for højesteretsprocuratorernes virksomhed lagt fast for lang tid frem.

Mundtlighed og skriftlighed. Et vigtigt punkt, hvor 1771-instruks for Højesteret kunne have ført til ændringer, men hvor den hidtidige ordning bevarede, var med hensyn til den mundtlige procedureform. På en tid, hvor skriftlighedsprincippet vandt frem, fastholdtes for Højesteret den mundtlige procedure, og der udviklede sig en særlig forensisk veltalenhed for Højesteret. Et af de kendteste eksempler er den dengang 25-årige Frederik Treschows tale ved sin første prøve som højesteretsadvokat for Højesteret i 1811:

»Med hellig Ærefrygt nærmer jeg mig her i Retfærdigheds inderste Helligdom, for første Gang, Deres Majestæts Trone. – Jeg stod frem med det Ønske, at jeg på en værdig Maade maatte kunne tolke Deres Majestæts de Følelser, og udvikle de Bevæggrunde, der havde opvakt hos mig Attraae efter at betræde en Bane, der altid kun stod aaben for Retskaffenhed og Talenter, og som ikke sjældent har været betraadt og endnu betrædes af Mænd, udmærkede ved Genie, Kundskaber og Veltalenhed. At det ikke er Forfængelighed, ikke Lyst til at glimre, ikke Higen efter egen Fordeel, eller andre lave Hensigter, der have bestemt mig til at ønske en Plads blandt disse Mænd, der have opoffret og indviet deres Liv til Astræas Dyrkelse, og som finde den skjønneste Belønning i deres egen Bevidsthed og deres Medborgeres Agtelse – dette ønskede jeg at kunne bevidne paa en Maade og i Udtryk, der var værdig det Sted, hvorfra jeg har den Ære at tale. Thi fra den Tid jeg har kunnet tænke, har jeg altid næret den faste Overbevisning, at man for Deres Majestæt og denne hæderlige Forsamling af Landtes øverste Dommere, intet burde frembringe, der ikke, i henseende til Tanker og Udtryk, var så fuldkomment som Ens Evner tillade det – men mine Evner ere kun svage, det veed jeg, jeg besidder ingen Veltalenhed, det føler jeg – dog haabede jeg, at mine rene Hensigter og mit

15. Citeret efter Sv. Cedergreen Bech: *Brev fra Dorothea* (1975), s. 235 f.

16. Se hertil Michael Stolleis: *Condere legis et interpretari*, ZRGerm 101 (1984), s. 90 ff.

17. På dette tidspunkt fandtes kun nogle få aktive højesteretsadvokater, mens hvervet for de fleste vistnok ikke var særlig lukrativt, sml. *Vedel*, s. 355.

fulde Hjerter ville erstatte Mangelen af de første, og gøre Savnet af det sidste mindre føleligt ---«.[18]

Var nu en sådan veltalenhed nødvendig for at kunne begå sig i datidens Højesteret? Spørgsmålet tages op af en anden jurist, Munthe af Morgenstierne, som havde sit virke i Norge, i et lille skrift udsendt i 1815, hvor han i anledning af overvejelserne om oprettelse af en norsk højesteret efter adskillelsen fra Danmark rejser spørgsmålet, om den mundtlige eller skriftlige procesmåde bedst opfylder fornuftens fordringer til en god retspleje.[18a] Blandt de indvendinger imod den mundtlige retspleje, som Morgenstierne tager stilling til og afviser, er bl.a. den, at den mundtlige retspleje kræver særligt oratorisk talent. Veltalenhed er en fordel, men ikke væsentlig nødvendig, indvender Munthe: »Den vigtigste Egenskab hos en Højesterets-Advokat er, at han nøje kender sin Sag, og at ikke den mindste Omstændighed hverken *in facto* eller *in jure* er undgået hans Opmærksomhed. Hertil udfordres blot Flid og ufortrøden Gennemlæsning og Extrahering af Akterne. Kender Højesterets-Advokaten tilbørlig sin Sag, behøver han blot almindelig Logik for rigtigheden at foredrage og documentere den.«

Men er det da ikke sådan, at veltalenhed får for megen virkning, lyder en anden indvending mod den mundtlige procedure, som Morgenstierne tager stilling til. Også den afviser han. Vel kan veltalenhed misbruges i en uretfærdig sags tjeneste, men langt oftere kan den dog anvendes til forsvar mod vold og undertrykkelse. Han spørger: »Og hvorfor skulle man fratage Sandhed og Ret Veltalenheds glimrende Vaaben, blot fordi de enkelte gange kunde – for det meste uden Virkning – bruges i Løgnens og Uretfærdigheds Tjeneste.« Og han slutter med en hyldest til veltalenheden: »Lovkyndighedens baner er just ikke bestrøet med Roser. Lader os derfor ikke misunde dens Dyrkere om *Svada* – (det var i Rom overtalelsens gudinde) – rækker *Astræa* – (retfærdighedens gudinde, som var flygtet op blandt stjernerne efter visse grækernes opfattelse) – en søsterlig Haand til hendes Helligdom med sødtduftende Blomster.«

18. Gengivet i Juridisk Arkiv Bd. 28 (1811), s. 301-306.

18a. Bredo Henrich Munthe af Morgenstierne: *Hvilken Procesmaade i Højesteret, den skriftlige eller mundtlige opfylder bedst Fornuftens Fordringer til en god Retspleje*, Christiania 1815, s. 56 f. Skriftet er omtalt af Ørsted i Nyt juridisk Arkiv 12 (1815), s. 208 ff. Hertil også Ellehøj i Højesteret 1661-1961, s. 80.

Morgenstierne gjorde også op med andre indvendinger imod den mundtlige procedure og fremsætter i den forbindelse et forslag om ændring af fremgangsmåden ved voteringen i Højesteret. Forslaget tog udgangspunkt i den omstændighed, at »en Højesterets-Assessor kunde, uanseet alle de udvortes Motiver, som, naar mundtlig Procedure finder Sted, opfordrer ham til Opmærksomhed, dog være uagtksom - -«. Morgenstierne anser et sådant tilfælde for »sjældent, ja langt sjældnere end ved den skriftlige Procesmaade«, men foreslår dog et middel til forebyggelse, som byggede på den iagttagelse, »at naar man ved at overvære Proceduren i den danske Højesteret, synes enkelte Gange at have sporet nogen Uopmærksomhed hos en eller anden Assessor, har dette vist ikke været hos den yngste Assessor, men iblandt de ældste«. Årsagen er den, at den yngre, som skal votere først, når proceduren er afsluttet, ville »befinde sig i en stor Forlegenhed, hvis han ikke havde lagt Mærke til Proceduren og med Flid under samme forfattet sin Extract.« De ældre dommere derimod kunne »stole paa, at den yngste nødsages til at kjende Sagen, og at de kunde slippe i Nødsfald at referere sig til hans Votum«. Afgørende måtte derfor være, at betage de ældre assessorer sikkerheden for, at de ikke kom til at votere først: »Til den Ende behøver Lovgiveren blot at befale, Voteringen i Højesteret skal skee paa den Maade, at Assessorerne strax, naar Sagen er indledt til Doms efter foregaaende mundtlig Procedure, skulle trække Lod om, hvem der først skal votere, hvorpaa den, som Lodden træffer, skal, uden Hensyn til sin Plads i Rækken, strax mundtlig paa den ovennævnte Maade afgive sit Votum. Derefter fortsætter Voteringen af de andre Assessorer fra oven og nedefter.«

Dette forslag til forbedring blev i en årrække anvendt i den norske Høyesterett,[19] og det vandt også tilslutning hos Ørsted i en anmeldelse af Munthe af Morgenstiernes skrift. Ørsted havde dog den betænkelighed »Om ikke en slig Forandring ville gjøre et skadeligt Indtryk paa den offentlige Mening«. Men overhovedet mente Ørsted ikke, at den skriftlige procedure i så høj grad stod tilbage for den mundtlige som Morgenstierne, og han fremhævede bl.a.: »Heller ikke skal man, med Grund kunne sige, at de skriftlige sager i Højesteret blive løseligere behandlede end de, der procederes mundtlig«. Et trøstens ord til en overbebyrdet ret.

19. Se endvidere i UfR 1968, s. 237.

Tradition og regeldannelse. Set i Højesterets 300-årige perspektiv er 25 år kun kort tid. Medregner man også Højesterets forgænger Rettertinget, syner de 25 år endnu mindre, men i de 25 år, som er forløbet, siden Højesteret i 1961 kunne fejre sit 300 års jubilæum, er endnu en lang række domme føjet til den lange række af afgørelser, som retten har truffet i årenes løb. Højesteret har i de sidste 25 år afsagt knap 150 domme om året. For perioden 1961-1984 er antallet 3.534 domme, heraf 2.587 i civile sager, og 947 i straffesager. Nye love har givet anledning til fortolkningstvivel eller ændret en hidtidig praksis. I nogle tilfælde følger afgørelserne sig naturligt ind i rækken af tidligere tilfælde, mens der i andre tilfælde er tale om nye og særegne retsspørgsmål. At søge at kortlægge Højesterets praksis i alle detaljer blot for de sidste 25 års vedkommende falder udenfor rammerne af denne afhandling. Flere af rettens afgørelser er egnede til at belyse dele af vor juridiske tradition. Kun enkelte domme, som tillige forekommer velegnede til at vise noget om den spænding mellem regeldannelsen på den ene side og sagens konkrete omstændighed på den anden side, som Carl Torp talte om i sin tale 1911, skal fremhæves her.

Der er regler, som er så fast forankrede i vor retlige tradition, at rettens spillerum for at nå frem til en konkret afgørelse er små. Men selv i sådanne sager kan omstændighederne undertiden være sådanne, at ellers faste grundsætninger fraviges. Et eksempel frembyder en sag om anvendelse af Danske Lov 6-17-5, hvis grundsætning om vindikation har stået fast i mere end 300 år. I juni 1972 afsagde Højesteret en dom, hvori der blev taget stilling til omfanget af denne centrale regel inden for formueretten.^[20] Sagens omstændigheder var i korthed, at en søn af maleren Sigurd Swane over en længere periode havde fjernet et betydeligt antal af faderens malerier og afhændet dem til kunsthandlere. Sagen vedrørte to malerier, som Sigurd Swane ønskede at vindicere fra en kunsthandler, til hvem de var solgt af sønnen. Efter bestemmelsen i D.L. 6-17-5 måtte Sigurd Swane kunne forlange de stjålne billeder udleveret, og det blev også landsrettens resultat. Retten fandt ikke, at der fra familiens side var udvist et forhold, der kunne afskære et tilbageleveringskrav, og retten fandt heller ikke, at der i øvrigt var udvist en sådan uforsigtighed fra familiens side, at tilbagesøgningsretten kunne hindres.

20. UfR 1982, s. 746 H.

I Højesteret var meningerne stærkt delte. Et flertal på fire af rettens dommere fandt imidlertid, at familien havde optrådt på en sådan måde, at Sigurd Swane måtte være afskåret fra at gøre den i »D.L. 6-17-5 hjemlede vidtgående vindikationsret med hensyn til tyvekoster gældende«. Flertallet lagde herved vægt på, at familien havde undladt at foretage politianmeldelse, da de første tyverier blev opdaget, og heller ikke på anden måde havde søgt at hindre hans adgang til billedbeholdningen. Tværtimod havde de ved et par lejligheder medvirket til, at sønnen udadtil måtte stå som berettiget til at råde over faderens billeder. Et mindretal, som omfattede tre af rettens dommere, ville ikke afskære vindikationsretten, da de ikke fandt, at der var ført tilstrækkeligt bevis for kunsthandlerens gode tro med hensyn til den legitimation, som hans søn foregav at have til at råde over billederne.

Med denne dom blev, som Trolle udtrykte det i en kommentar,^[21] skudt »et lille hul« i D.L.'s vindikationsret med hensyn til tyvekoster. Uforsigtighed er ikke nok til at begrunde en fravigelse af reglen, men det særlige i sagen var, at der var skabt en art legitimation. Men dommen bør efter Trolles opfattelse ikke tages til indtægt for en tendens i retning af at erstatte vindikationsprincippet ved tyveri med en regel om eksstinktion, såfremt erhververen godtgør, at han nøje har undersøgt overdragerens adkomst.^[22]

Hovedreglen om vindikation blev et par år efter bekræftet ved en dom,^[23] der tillod ejeren at gøre

21. Sml. Trolle i UfR 1972, s. 252 ff.

22. Se hertil Trolles kommentar i UfR 1974, s. 303, som taler om, at dommen »må ses som en understregning af, at vindikation er hovedreglen«, og at den »gjorde en om forhandlergrundsætninger mindende undtagelse fra vindikationshovedreglen«. Sml. også UfR 1975 B, s. 393, hvor Trolle i en kommentar til UfR 1975, 381 ff., hvor der var spørgsmål om virkning af højesteretsdommen fra 1972 i en lignende sag, taler om, at 1972-dommen gjorde »et yderst beskedent skår i 6-17-5's stærke vindikationsregel«, som kun gælder, hvor der var tale om langvarig passivitet og betroelse til en misbruger.

23. Sml. UfR 1967 s. 451 (med kommentar UfR 1967 B, s. 269) om den modifikation i vindikationsreglen, at der foreligger nogen form for uagtsomhed, letsindighed eller efterladenhed fra ejerens side. En anden undtagelse fra vindikationsretten er forhandlergrundsætningen, som bygger på det almindelige synspunkt, at letsindighed eller uagtsomhed kan afskære vindikation

sit ejendomsforbehold gældende i et tilfælde, hvor spilleautomater solgt med ejendomsforbehold var blevet videregivet i strid med aftalen. Et hovedspørgsmål i sagen var, om sælger havde udvist tilstrækkelig påpasselighed ved salget og burde have forudset, at videregivelse ville ske.[24]

Spørgsmålet om eksstinktive erhvervelser hører til de traditionelle ejendomsretlige spørgsmål, som igennem tiden med mellemrum er blevet forelagt landets øverste domstol.

Et første eksempel er to bekendte domme afsagt af Højesterets forgænger – kongens retterting – i 1590.

I begge domme var der tale om tilfælde af betroelse og ikke om tyveri. Omstændighederne i den ene af disse domme mindede om den situation, der siden blev reguleret af Danske Lov 5-8-12.[25] En guldkæde og et sølvbæger var blevet lånt ud, og af låntager – en bekendt ågerkarl i datidens København – pantsat til en tredjemand, som nægtede at udlevere sit pant til ejeren. I første instans blev sagen påkendt af Københavns rådstueret, som nåede til det resultat, at ejeren af kæden og bageret ikke kunne forlange disse genstande udleveret. Det skete med den begrundelse, at retten ikke mente, at »thendt som lonner bort, skall kreffue anden endt thendt, handt lonner thet, och Haandt skal Haandt faae, om handt fanget och tilbethrodt goetz att were anden leilighedt end med vuhemblett (uhjemlet)«. Rådstueretten henviste således til et eksstinktionssynspunkt, den fra nordtysk ret kendte grundsætning »Hand muss Hand wahren«. I hvilket omfang en sådan grundsætning har været gældende i ældre dansk ret, er omtvistet. Men det fremgår af dommen, at i byen København har en sådan regel været anset som gældende med den virkning, at ejerens vindikationsret bortfaldt i betroelsestilfælde. Derimod udelukkede hånd skal hånd få-princippet ikke, at der kunne vindiceres i tilfælde af tyveri.

Rådstuerettens dom blev indbragt for kongens retterting, som nåede til et andet resultat. Med en

– altså en uagtsomhedsbetragtning. I sagen var der tale om salg til privat brug, men det antoges, at der var en nærliggende mulighed for videregivelse. I denne sag var der derimod ikke større tvivl om, at erhververen var forhandler, og at ejeren (afbetalingssælger) burde vide det.

24. Se UfR 1974, 363 H.

25. Dommen er gengivet i *Danske Domme V* (1982), s. 84 ff.

dobbelt begrundelse fik den oprindelige ejer af guldkæden og bageret ret til vindicere fra tredjemand. Rettertingen fastslog med en henvisning til Jyske Lov et almindeligt vindikationsprincip. Desuden fremhævede retten, at tredjemand ikke kunne være i god tro. Denne sidste begrundelse var jo for så vidt overflødig, når et almindeligt vindikationsprincip var fastslået – og den gav senere en tvivlsom støtte for en antagelse om, dommen i virkeligheden gik ud fra eksstinktion som hovedsynspunkt. Denne sidste opfattelse, som Frederik Vinding Kruse gjorde sig til talsmand for, kan nu anses for helt forladt. Snarere kan man måske søge årsagen til, at rettertingen fremhæver tredjemands onde tro, i den betragtning, at det på den måde var fastslået over for rådstueretten, at selv om man ville lægge det af denne ret anvendte »Hand muss Hand wahren«-princip til grund, ville det dog ikke have ført til eksstinktion i den konkrete sag, da tredjemand måtte vide, at guldkæden og bageret ikke kunne tilhøre pantsætteren. Dommen er interessant, også fordi den viser, hvorledes et eksstinktionsprincip forsvares af byjurisdiktionen, hvor borgmester og rådet er dommere, mens det af godsadelen dominerede retterting foretrak en vindikationsløsning.

Samme dag, den 4. august 1590, pådømte rettertingen en lignende sag, hvor der var tale om frempantsætning af en guldkæde mod et højere beløb, end kæden oprindelig var pantsat for. Rettertingen fastslog, at pantsætter havde ret til at vindicere guldkæden fra den, til hvem den var frempantsat mod at betale den fordring, for hvilken den oprindelig var pantsat. Denne dom kan formentlig anses som kilde til bestemmelsen i Danske Lov 5-7-4.[26]

Med disse to domme var fastslået et vindikationsprincip, som yderligere fik grundlag ved bestemmelsen i Danske Lov 5-7-4, 5-8-12 og for tyveri 6-17-5 samt i den naturretlige på romerretten byggende lære om ejendomsretten.

Det var først i begyndelsen af det 19. århundrede, at der igen blev rejst spørgsmål om i almindelighed at gøre begrænsninger i den udstedte vindikationsret. Ørsted tog i en afhandling om vindikation af gældsbreve spørgsmålet op.[27] Ved en Hof- og Stadsretsdom, som blev stadfæstet af Højesteret i 1804, var det blevet fastslået, at ejeren af et stjålet gælds brev ikke kunne vindicere gælds brevet fra en

26. Iuul: *Kodifikation eller kompilation*, s. 52 f.

27. Se til det følgende Ditlev Tamm: *Fra Lovkyndighed til Retsvidenskab* (1976), s. 168 ff. m. henv.

godtroende erhverver. Ørsted var som dommer i Hof- og Stadsretten gået ind for vindikation – formentlig på grundlag af slutninger fra, hvad han anså som princippet i D.L. 5-7-4, 5-8-12 og 6-17-5. Senere tog Ørsted i en række afhandlinger om spørgsmålet klart afstand fra sine opfattelser dengang og gjorde sig tillige til talsmand – de lege ferenda – for ganske vidtgående begrænsninger i vindikationsretten, når det gjaldt løsøre. Allerede i 1812 gik Ørsted således ind for løsningsret i tilfælde, hvor en ting var erhvervet i almindelig handel, samt for eksstinktion, hvor ejeren frivilligt havde overladt tingen til andre, f.eks. til lån, leje eller forvaring – altså i tilfælde svarende til den gamle regel »Hand muss Hand wahren«. Inspirationen hertil kom især fra dansk og preussisk lovgivning.

I 1839 rejste Ørsted i Kancelliet spørgsmålet, »om ikke den i vore Love hjemlede strenge Vindikationsret burde begrænses til, hvad der bedre stemmer med det borgerlige Livs Tarv, saaledes som Tilfældet er i de fleste andre Stater, hvor Vindikation dels aldrig har været gældende i et saadant Omfang som efter den romerske Ret, dels ved senere Love er blevet indskrænket.«[28] Ørsteds forslag gik ud på, at ejere, som frivilligt, f.eks. ved pantsætning, lån e.l., havde givet deres ting fra sig, kun mod at skadesløsholde køberen kunne kræve den tilbage. Ørsted turde ikke foreslå, at vindikationsretten for stjålet gods blev indskrænket, selv om han egentlig var tilhænger heraf, da han mente, at afvigelsen fra gældende ret var for betydelig. Men også det mere begrænsede forslag stødte på modstand i Højesteret, der var betænkelig ved ændringer i den tilvante ret. Højesteretsdommerne udtalte bl.a. i en erklæring, at det forekom »betænkeligt at tilraade den omhandlede Indskrænkning i den Vindikationsret, der er hjemlet i Christian den Femtes Lovbog, og som nu har bestaaet, saaledes som den er fastsat, i over 150 Aar, uden at man har sporet nogen særdeles Ulemper deraf«. Tværtimod fandt Højesteret, at der knyttede sig andre ulemper til forslaget, bl.a. at lån- og lejetagning blev vanskeligere.[29]

Ørsted måtte erkende, at tiden ikke var moden til gennemførelsen af et sådant forslag, men han tvivle-

de dog »ikke paa, at der tidligere eller sildigere vil komme en Tid, hvor der vil ytre sig stærkere Indsigelser for en Forandring i den af Romerretten optagne i den gamle danske og germanske Ret uhjemlede strenge Vindikationstheorie«. Med sine bemærkninger om gammel dansk og germansk ret sigtede Ørsted til »Hand muss Hand wahren«-princippet, hvis anerkendelse i ældre dansk ret forud for det 16. århundrede dog ikke er dokumenteret.

Ørsteds betragtninger blev atter bragt frem af den senere højesteretsjustitiarius Niels Lassen på det 5. nordiske juristmøde i 1884, hvor Lassen afviste at begrænse vindikationsretten ved tyveri: »Det bliver de Herrer, som ville tage Ordet for Vindikationsrettens Indskrænkning med hensyn til Stjaalne Ting, hvem Bevisbyrden kommer til at paahvile for, at en Saadan Ordning ville være at foretrække«. Derimod mente Lassen, at vindikationsretten burde afskæres overfor godtroende erhververe, når en ting var kommet ind i omsætningen, ved at en person, som med ejerens samtykke sad inde med den, disponerede ulovligt over den. Penge og negotiable papirer burde under ingen omstændigheder kunne gøres til genstand for vindikation.

I 1890'erne begyndte tendenser til at begrænse vindikationsretten at anes i praksis.[30] Efter gennemførelsen af de nordiske aftale- og kommissionslove har Højesteret i noget videre omfang anerkendt »forhandlergrundsætningen«, der dog stadig er begrænset til tilfælde, hvor ejeren vidste eller burde vide, at erhververen handlede med sådanne ting. Vindikationsreglen er stadig hovedreglen, men med dommen om Swanebillederne fra 1972 har retten bevæget sig endnu et lille skridt bort fra standpunktet fra 1840.

Risiko og skyld. Også en række andre af Højesterets domme i de sidste 25 år kan give anledning til at anlægge en historisk betragtning, idet de viser, hvorledes vekslende slægtled har forelagt retten de samme problemer til afgørelse. Antallet af erstatningssager er i stigning. En nydannelse her har været Højesterets anerkendelse af et objektivt ansvar i forbindelse med skade på naboejendomme ved udførelsen af byggearbejder. Dommen om Aalborg Kloster fra 1968, hvor ansvar for første gang klart i

28. Se Kancelliskrivelse af 25. august 1840 i DK 2. Dep. 1840 nr. 2760.

29. Se *Kongelige Rescripter og Resolution for Aaret 1840 ved T. Algreen-Ussing*, 1850, s. 153 ff., hvor Højesterets erklæring er gengivet.

30. Se f.eks. UfR 1896, 493 H, hvor vindikation nægtes overfor erhververen af en hesterve, der var solgt på afbetaling til en forhandler.

en sådan sag blev pålagt på objektivt grundlag,[31] var her retningsgivende og blev senere fulgt op i en sag, hvor byggearbejder medførte sætningsskader ved en grundvandssænkning.[32] Retten lagde vægt på, at der var tale om betydelige skader, og at fremgangsmåden indebar en vis risiko, som kunne være taget i betragtning. Om culpa var der imidlertid ikke tale, men om synspunkter som taler for et objektivt ansvar. En lignende udvikling har kunnet iagttages i sager om ledningsbrud, hvor vand eller gas er strømmet ud. I disse sager har der været en tendens til at slutte fra faktum til fejl. I to domme fra 1983 blev ansvar pålagt ud fra en risikobetragtning.[33]

Erstatningssagerne viser, hvorledes retsudviklingen ikke uden videre forløber efter en ret linie. Det betragtes i almindelighed som et gennembrud, at Højesteret i det 18. århundrede – så vidt ses første gang i 1759 – anerkendte en culparegel som den almindelige ansvarsregel i ulovbestemte tilfælde. Med Ørsted holdt culpareglen i begyndelsen af det 19. århundrede tillige sit indtog i retslitteraturen.

Det var dengang et udtryk for avanceret retstænkning. To hundrede år senere er det overvejelser over, hvem der ved teknisk og økonomisk planlægning bedst kan tage risikoen for upåregnelige skader i betragtning, som fører retten ind på pålæggelse af objektivt ansvar. »Quaestio er hvem af Parterne, der har været in culpa«, lød den afgørende sætning under voteringen i 1759. Culpa har siden været den almindelige erstatningsregel i dansk ret. I 1961 kunne Stig Iuul konkludere sin omtale af Højesterets praksis i erstatningssager med at udtale, at »domstolene i Danmark ikke har vist større tilbøjelighed til at opgive den århundredegamle culparegel som retsordenens almindelige erstatningsregel«. De seneste års højesteretsdomme har modificeret dette udsagn, når det gælder sager om bygningsskader og ledningsbrud.

De islandske håndskrifter. Ved to højesteretsdomme i 1966 og 1971[34] fandt sagen om de islandske håndskrifter sin endelige afslutning. Sagen var naturligt stærkt omtalt, omend det næppe kunne undre jurister med kendskab til Højesterets forsigtighed,

når det gælder prøvelse af loves grundlovsmæssighed, at sagen måtte gå Den arnamagnæanske Stiftelse, som ønskede at bevare håndskrifterne i Danmark, imod. Processuelt havde sagsøger ønsket at holde spørgsmålet om lovens grundlovsmæssighed og et eventuelt erstatningsspørgsmål ude fra hinanden. Som det vil erindres, fastslog et flertal i retten, at stiftelsen havde en af grundlovens § 73 beskyttet ret. Dommerne mente derimod ikke, at der var grundlag for at antage, at loven om håndskrifternes udlevering til Island ikke havde været begrundet i »almenvællet« eller at loven ikke havde været behandlet som ekspropriationslov. Ej heller fandt dommen, at der var lidt et tab som kunne fordres erstattet. Det fik retten anledning til igen at fastslå fem år efter, da erstatningsspørgsmålet blev påkendt. Rettens mindretal i den første sag fandt ikke, at udleveringen til Island af håndskrifterne var en af grundloven omfattet afståelse.

Traditionen for en forsigtig prøvelse fra de bekendte afgørelser fra begyndelsen af 1920'erne, hvor der var spørgsmål om grundlovsmæssigheden af de ret hårdhændede indgreb overfor lensbesiddere, grundbyrdeejere eller godsejere, hvor fæstejord skulle afløses, blev fastholdt i dommen om de islandske håndskrifter.

Verden af i går. En dom, som synes at danne afslutningen på en epoke, var Højesterets dom i 1965 i sagen om bogen »Fanny Hill«.[35] Med mellemrum har Højesteret siden slutningen af det 19. århundrede taget stilling til, om litterære skrifter måtte betragtes som »utugtige« i straffelovens forstand. Fra 1880'erne kendes dommen om »*Haabløse Slægter*«, hvorved Herman Bang idømtes en bøde på 100 kr. og konfiskation af bogen,[36] og fra 1875 en dom, der straffede udgiveren af den franske forfatter Crébillons bog »Sofaen« med simpelt fængsel i 1 måned. Senere fik Gustav Wied 14 dages fængsel for en »Sædeskildring i København«,[37] mens Ove Rode fik bøder som udgiver, og forfatteren Oscar Madsen fik bøde for Guy de Maupassants »Bel Ami«.[38] I 1917 fik forfatteren Erik Rasmussen 14 dages fængsel for udgivelse af et utugtigt skrift.

31. Se UfR 1968, s. 844 H, jfr. komm. UfR 1968 B, s. 337.

32. Se UfR 1983, s. 714.

33. UfR 1983, s. 866 og 895 med kommentar UfR 1984, s. 49.

34. UfR 1967, s. 22 H og 1971, s. 299 H.

35. UfR 1965, s. 415, sml. Komm. UfR 1965 B, s. 265. Til det flg. se H. Tamm: Pornografologi, J. 1966, s. 65 ff., sml. J 1952, s. 181 ff.

36. UfR 1882, s. 615.

37. UfR 1892, s. 526.

38. UfR 1894, s. 25.

I 1960'erne fik Højesteret anledning til endnu en gang at foretage den vanskelige afvejning af, om en anstødelig skildring af seksuelle forhold kunne legitimeres af et værks oplysende eller litterære karakter. Anledningen var et dansk forlags udsendelse af englænderen John Cleland's roman fra det 18. århundrede »Fanny Hill«. Dommen faldt som bekendt ud til frifindelse. Muligt er udviklingen på dette felt siden sket så hastigt – kort efter dommen forsvandt også straffelovens pornografiparagraf ud af sagaen – at den omstændighed, at der i 1965 overhovedet kunne blive tale om at rejse tiltale mod udgiverne af »Fanny Hill« om få år – om ikke allerede – vil vække samme undren som i dag domfældelsen af Herman Bang i 1881.

Politiagenter i guldalderens København. I sin bog om Højesteret fra 1790 til grundloven omtaler Troels G. Jørgensen kort nogle domme fra 1820'erne om politiets anvendelse af *agents provocateurs*. Herom skriver han kort, at »Politiet optraadte nogle Gange med Efterforskningsmetoder, som Nutiden ikke ville godkende«.[39] Udviklingen inden for kriminalitetsbekæmpelsen er i de senere år gået i en sådan retning, at begrebet agent provocateur nu ikke længere alene forbindes med en barbarisk fortid eller lande med tradition for mere hårdkogte politimetoder, end vi kender herhjemme, og Højesteret har da også i de senere år fået forelagt afgørelser, hvor agenter har været anvendt,[40] og netop nu er spørgsmålet aktuelt i forbindelse med debatten, om der i retsplejeloven bør optages bestemmelser om politiagenter.

I 1815 udsattes i Litteraturtidende en præmie for besvarelsen af opgaven »Hvilke ere de mest hensigtsmæssige Midler til i en stor Stad, og navnlig i København, at forebygge og afværge Tyverier?« Opgaven besvarede af højesteretsassessor Engelhart,[41] der, udover at fremsætte konstruktive for-

slag til bekæmpelse af tyverier, kritiserede, at en bestemt embedsmand indenfor politiet for at afsløre hælere lod politifolk »begive dem til en eller anden Borger, som han eller de troede at købe Tyvekoster, eller, og til hvilken som helst de maatte finde for godt, og falbyde samt sælge Ting, som han til den Ende udleverede dem, og som de skulde foregive at have stiaalet«. Engelhart fandt, at det muligt lod sig forsvare at anvende en sådan fremgangsmåde, hvor der forelå en »høi grad af moralsk vished« om, at der var tale om en hælere, men i øvrigt anså han fremgangsmåden for »ligesaa farlig som oprørende«.[42]

Tre højesteretsdomme fra 1820'erne viser, hvorledes politiagenter fandt anvendelse dengang ved den almindelige tyveribekæmpelse.

Lovgrundlaget for bedømmelse af tyveri var da den såkaldte tyveriforordning af 20. februar 1789. Denne forordning blev, da den fremkom, »optaget med det meest levende Biefald, som en ædel Frugt af den menneskekjærlige Strafferets Grundsætninger, der, paa den Tid, begyndte at bane sig Vejen fra de Philosopherendes Skrifter til adskillige af de europæiske Staters criminelle Love«, skrev Ørsted i 1809.[43] En afgørende nydannelse, som forordningen indførte var, i en tid, som i øvrigt var præget af angst for dommervilkårlighed, indførelsen af strafferammer, som gjorde det muligt for dommeren at udmåle straffen under hensyntagen til sagens konkrete omstændigheder. Strafadmåling kunne dog kun finde sted ved første og anden gang begået tyveri. Strafferammerne var da henholdsvis tugthus fra 2 måneder til 2 år og for anden gangs tyveri rasphus eller fæstningsarbejde fra 3 til 5 år. Tredje gang var straffen fæstningsarbejde på livstid. Yderligere fastsatte forordningens § 4 straf af kagstrygning og fæstningsarbejde på livstid for særlig grove tyverier, hvortil henregnedes marktyveri og indbrudstyveri. De domme, som her skal omtales, handler netop om anvendelsen af denne § 4, hvis overensstemmelse med »den menneskekjærlige Strafferets Grundsætninger« muligt bedre indses, når man gør sig klart, at straffen for sådant tyveri indtil 1771 havde været dødsstraf.

Den første af de tre domme blev afsagt den 28. november 1823.[44] To personer Lind og Ivar Abra-

39. Troels G. Jørgensen: *Højesteret fra 1790 indtil Grundloven*, s. 191.

40. Se f.eks. UfR 1978, s. 367 og herom Hans Gammeltoft-Hansen i TfR 1984, s. 1 ff., og senest *En trussel mod fundamentale principper i strafferetsplejen* af landsdommerne Ole Unmack Larsen, Poul Rønnow og Peter Rørdam, i J 1985, s. 273 ff, hvor også højesteretsdommen UfR 1984, s. 81 om anonyme vidner omtales. Fra ældre praksis kan endvidere henvises til dommen i HRT 1862, s. 611, hvor agenten blev straffet.

41. Besvarelsen er trykt i Nyt juridisk Arkiv 12 (1815), s. 1-42.

42. Anf. st. s. 35. Anvendelsen af agenter var således ikke ukendt i kriminalitetsbekæmpelsen i de fattige år efter Englandskrigen, hvor berigelseskriminalitet florerede.

43. *I Systematisk Udvikling af Begrebet Tyverie* (1809).

44. Se Højesterets voteringsprotokoller 1823 litr. C den 28.11.1823.

hams havde aftalt at begå et indbrud i Helliggejstræde i København, hvor der efter hvad den i sagen tiltalte Lind oplyste, var gode muligheder for udbytte, da huset beboedes af en enke, som havde penge og var døv. De to indbrudstyve indfandt sig i huset med falske nøgler, hvoraf dog kun nøglen til gadedøren virkede, mens døren til stuen ikke kunne åbnes. Abrahams fik da Lind til at skære dørfyldningen ud, hvorefter de kom ind i stuen og brød et chatol op og fjernede penge og sølvtøj. I huset var posteret en politiassistent Osten og nogle politibetjente, som herefter greb ind. Abrahams havde nemlig til Københavns politi anmeldt, at tyveriet ville finde sted, og politiet havde da valgt den fremgangsmåde at lade tyveriet udføre. Spørgsmålet blev alene, hvorledes Linds forhold skulle bedømmes, da Abrahams straks var blevet løsladt, og politidirektøren overfor underrettsdommeren, havde erklæret, at han var politiets agent. Ved Landsover- samt Hof- og Stadsretten i København var Lind blevet dømt til kagstrykning og livsvarigt fæstningsarbejde efter tyveriforordningens § 4.

Nu skulle Højesteret tage stilling til straffespørgsmålet. Her kom politiets anvendelse af agenter til at spille en vigtig rolle.

Førstvoterende Lange – senere kancellideputeret og overpræsident i København – tog udgangspunkt i den betragtning, at et indbrudstyveri, som det foreliggende, efter, hvad der tidligere var antaget »med Præjudicater«, var at betragte som et kvalificeret tyveri. På den anden side betød anvendelsen af agenter, at sagen måtte få en særlig stilling. Lind havde hævdet, at han først af en værtshusholder og siden af Abrahams var blevet opfordret – i datidens sprog »forført« – til at begå forbrydelsen, samt at han på et tidspunkt, hvor han selv af angst ville træde tilbage, nemlig da dørfyldningen skulle skæres ud, af Abrahams var blevet truet med en kniv til at fortsætte. Om dette nu var rigtigt eller ej, kunne for så vidt være tvivlsomt. Afgørende for Lange var, at forbrydelsen til sin praktiske udførelse forudsatte to personer, psykologisk havde Abrahams støttet Linds forsæt, og ved at love at holde vagt havde Abrahams gjort en forbrydelse mulig, som måske ellers ikke havde fundet sted. Lange ville under de foreliggende omstændigheder kun betragte handlingen som et forsøg på tyveri – *delictum attentatum* – og sætte straffen til fængsel i 6 år, da Lind før var straffet for tyveri. Lange ville lade politiets anvendelse af agenten bevirke en nedsættelse af straffen, og der anes mild kritik af politiets metoder i voteringen, når der

tales om, at politiet er »i den sørgelige Nødvendighed, at maatte ansee det rigtigere at lade de Personer om hvis forbryderiske Planer, der er sket Anmeldelse udføre slige Planer, end lægge Hindringer i Vejen for Deres Udførelse ---«. Andenvoterende Danchell mente ligesom Lange, at der var tale om »Indbrud«, men at sagens konkrete omstændigheder førte til, at tyveriforordningens § 4 ikke kunne anvendes. Afgørende for ham var den omstændighed, at Lind ikke alene ville have udført forbrydelsen. Abrahams havde, sagde han, handlet som politiets agent, og »saa har denne offentlige Autoritet selv med ham tilveiebragt et Moment, der maa antages at have om ikke bevirket dog befordret consummatio delicti (forbrydelsens fuldbyrdelse)«, og dette burde komme i betragtning ved bestemmelsen af straffen. Der var ikke i dette tilfælde tale om et af loven omfattet tilfælde, men et ulovbestemt tilfælde – et *delictum innominatum*, som måtte straffes arbitrært. Danchell fandt derimod, at der var tale om et fuldbyrdet og ikke et attenteret delikt, men han var enig i en straf af 6 års fængsel. Blandt de øvrige voterende ville Schønning lægge vægt på Abrahams trussel og derfor nedsætte straffen, mens Müller, som de tre sidste voterende sluttede sig til, af hensyn til almenpræventionen, ville stadfæste dommen uden hensyn til Linds forklaring om at være blevet forledt af Abrahams til forbrydelsen. Da seks af de ti voterende havde voteret for fængsel i 6 år, blev dette straffen.

Nogle måneder senere, den 19. marts 1824 og den 18. maj 1824,[45] afsagde Højesteret yderligere to domme i tyverisager, hvor agenter havde medvirket. Resultatet blev i disse sager en stadfæstelse af Landsover- samt Hof- og Stadsrettens domme på livsvarigt strafarbejde i Københavns fæstning. I den sidste af dommene, hvor der var tale om et indbrud på grev Schimmelmanns gård i Hellebæk, er især C. F. Lassens votum bemærkelsesværdigt. Han lagde vægt på, at politiagenten ikke blev straffet for tyveri. Når der ikke var tale om tyveri for den ene af de medvirkendes vedkommende, kunne der efter hans opfattelse ej heller være det for den anden. Objektivt kunne der heller ikke foreligge tyveri, når borttagelse af ting sker med politiets og ejerens samtykke. Men det var kun et mindretal af dommerne, som i denne sag gik ind for strafnedsættelse.

Umiddelbart kan det undre, at resultatet i de tre domme faldt forskelligt ud. Den første dom tydede

45. *Vot. prot.* 1824 litr. A den 18.5.1824.

på en tendens til at lade det komme den tiltalte til gode, at politiagenter var anvendt, mens de to sidste domme ikke tillægger agentens virksomhed som medvirkende betydning. Tre dommere, Lange, Danchell og Lassen, tager konsekvent afstand fra politiagenterne. Blandt de øvrige dommere havde Schjøning i den første sag lagt vægt på den påståede trussel, og derfor voteret anderledes i de øvrige sager, hvor et sådant moment ikke var oplyst. En dommer, Stellwagen, synes senere at have skiftet standspunkt, og hermed var, da et par andre dommere kun deltog i en enkelt af sagerne, et flertal skabt for den strengere opfattelse.

I sin omtale af sagerne finder Troels G. Jørgensen det påfaldende, »at ingen af Dommerne heller ikke de, der foreslog Strafnedsættelse, udtalte sig imod denne robuste Politivirksomhed, der er langt fjernet fra Nutidens Begreber om det forsvarlige og det anstændige«. Det var i 1950.

Højesterets geografiske virkefelt er ligesom det dansk-norske monarki i tidens løb blevet mindre. Det omfattede foruden Danmark også Norge indtil 1814, Island samt de danske kolonibesiddelser.[46] I sagerne fra kolonierne kunne retten møde en opfattelse af, hvad der var lov og ret, som fundamentalt stred imod, hvad man kendte i moderlandet. De bekendte domme om retsstillingen for slaver hjembragt fra Vestindien frembyder et eksempel.[47] Et andet eksempel skal bringes her fra kolonien Tranquebar i Ostindien. Kolonien havde sin egen ret, hvis afgørelser kunne indbringes for Højesteret. Ifølge Justitsreglement fra Tranquebar af 13. juli 1836 § 8 var dansk ret gældende, men således, at: »De Love, hvorefter Retten skal dømme i alle Sager i Almindelighed ere de danske Love med alle almindelige Kirke, Justits-, Proces-, Politie-, Handels- og andre Anordninger, som i Colonien ere eller maatte vorde publicerede --- Dog skal i de Sager, som angaae Kasternes Ceremonier, Arve- og Familieforhold, dømmes efter Kasternes Skikke og Vedtægter --- Og i Politie- og criminelle sager maa Retten, som hidtil sædvanligt har været, indtil videre og indtil en offentlig Arbejdsanstalt kan vorde indrettet, samt nærmere Bestemmelser herom givne, substituere

Pengemulcter, længere eller kortere Arrest, arbitrair corporlig Straf, Forviisning fra Territoriet, og andre til Climaet, Stedets og Indbyggernes Beskaffenhed og Character samt Sagens Omstændigheder passende Straf, i Stedet for den ved Lovene fastsatte, naar samme ikke lader sig bequæmmeligen anvende«. Reglementet var således udtryk for en vilje til i et vist omfang at respektere den lokale befolknings fra dansk ret afvigende skikke. Men spændingen mellem de indfødtes retsfølelse og den danske kunne blive stor, som det kom frem i en sag, som forelagdes Højesteret i 1840. Dens faktum gengives her efter den udførlige omtale i dagbladet »Fædrelandet«, hvis mange og udførlige referater af sager, som verserede for Højesteret og andre instanser er en fortrinlig orientering om, hvad der passerede ved domstolene.[48] Det var ikke blot sensationsprægede sager, som refereredes, men stort og småt fra dagligdagen. Men undertiden kunne sagerne naturligvis også have et mere eksotisk præg, som i denne sag:

»Idag paakjendtes i Højesteret Justitsagen mod Fruentimmeret Sellam for at have fordrevet sit Foster. Sellam, Sivens Tilbeder, af Kasten Vellala, een af de anseeligste i Indien, er født paa det engelske Territorium i Nærheden af Tranquebar i det tamuliske Aar Begudania, der svarer til Aaret 1818 efter Christi Fødsel; hendes Fader, Sivedarainapullei, lever endnu og er henved 80 Aar gammel, hendes Moder er død. Skjønt af høi Byrd har hun dog kun modtaget en efter vore Begreber høist forsømt Opdragelse; thi det er sjældent at Hindufruentimmerne lærer noget, naar undtages at flette Maatter; men hun har en god naturlig Forstand og udtrykker sig med Lethed. I 1830 ægtede hun paa indisk Vis Sabadabi, der var bosat paa det danske Territorium, dog flyttede hun, da hun paa den Tid endnu kun var et barn, efter Landets Skik ikke strax hjem til sin Mand, men tog ind i sine Svigerforældres Huus, i hvilket hun skulde forblive, indtil hun var bleven udvoxen, hvorpaa hun under nye Ceremoniers Iagttagelse skulde drage ind til sin Mand. Sababadi døde imidlertid af Cholera i Juli 1832, før Sellam var tagen ind i hans Huus, og hun blev saaledes Enke, skjønt endnu ei Kone. En Enke paa 14 Aar vilde i Europa være et høist interessant Væsen, og mangan ung Pige vilde maaskee misunde hendes uafhængige Stilling; men i Indien ere Forholdene aldeles forskjellige, og, skjønt Enkerne der kun undtagesvis bliver brændte, er dog deres Stilling høist ulykkelig. Har Ægte-

46. Sml. Sv. Ellehøj: *Retten geografiske virkefelt* i Højesteret 1661-1961 I, s. 53 ff. Om forholdene på Tranquebar, se s. 100-103.

47. Se herom Knud Waaben: *Anders Sandøe Ørsted og negerslaverne i København*, J 1964, s. 321-343.

48. Se herom Gustav Henningsen: *Sort magi, spådomskunst og heksemishandling 1855*, Folk og Kultur 1984, s. 75-83. Jeg skylder Gustav Henningsen en tak for at have henledt min opmærksomhed på den her refererede sag fra Tranquebar.

skabet være tuldbyrdet, maae de afklippe deres lange Haar, og under ingen Omstændighed maae de bære nogen Prydelse eller gifte dem paany; hos deres Forældres Familie have de intet Tilhold, og hos Mandens Familie, der skal sørge for deres tarvelige Ophold, maae de udføre de laveste Tyende-Arbejder; den Enke endelig, der gjør sig skyldig i Utugt, ansees derfor med Tab af al Kasteret, Understøttelse af Familien og af alle selskabelige Forhold, hvortil i enkelte Tilfælde endnu føies anden Straf. Ligesaa beklagelig som Enkens, er det af hende fødte uægte Barns Stilling; thi dette, der ikke kommer til at høre til nogen Kaste, bliver et Udsbud af det menneskelige Samfund, og samme Skjebne venter dets Afkom for bestandig. En Broder til Sellams afdøde Mand var Suppa Pullei, Hovedet for Familien; han have tidligere været gift og havde nu paany indladt sig i Ægteskab, men da den nye Kone endnu var Barn, var hun ei flyttet hjem til ham. Supa Pullei tog Sellam i Huset til sig, for at hun der kunde gaae til Haande; men efter nogen Tids Forløb misbrugte han sin Stilling til hende, forførte hende og hun blev hans Maitresse, dog uden at Nogen havde Mistanke om, at dette var Tilfældet. I Mai Maaned dette Aar mærkede Sellam, at hun var frugtsommelig, og da hun nu tænkte paa den rædsomme Ulykke, Skam og Skændsel, der truede hende og hendes Barn, fattede hun den beslutning at fordrive sit Foster, en Forbrydelse, der hos Hinduerne er temmelig almindelig og hvorfor deres Love ingen Straf fastsætte. Hun selv har og forklaret, at hun ikke fattede, at der var nogen Synd i at dræbe et Barn, der endnu ei var født, og at hun ei troede, at hendes Handling vilde medføre nogen Straf. Hun tilveiebragte Aborten paa den i Acterne nærmere beskrevne Maade ved Hjælp af en indisk Rod. Fosteret, der var 3 måneder gammelt, kastede hun i Baggaarden, og haabede nu, at hendes Skændsel skulde være skjult for Menneskenes Øine; men i dette Haab blev hun skuffet. Alt tidligere havde der været Uenighed mellem Sellam og hendes Mands Slægtninge angaaende den Understøttelse, der skulde tildeles hende, og skjønt der var blevet sluttet Forlig derom, er dog Uvenskabet rimeligt vedblevet; da derfor hendes Svigerinde Udeian mærkede, at Sellam havde aborteret, fortalte hun det til sin Mand Arnasalam, der angav det Passerede for den danske Øvrighed, hvorpaa Sellam strax tilstod sin Forbrydelse. Forsaavidt der var Spørgsmaal, om Sellam for sin Forbrydelse kunde ansees med den i danske Lovs 6-6-7 indeholdte Straf af at have forbrudt sit Liv og hendes Hoved at sættes paa en Stage, antog Tranquebar-Bythingsret ikke, at dette Lovsted kunde komme til anvendelse, da dette overhovedet er de Indfødte ubekjendt og ikke specielt er publiceret paa Etablissemmentet, samt fordi det er langt strængere end Hindulovene, som kun straffe Løstgængersforholdet, men ikke Fordrivelsen af Fosteret, og endelig fordi de, blandt de Indfødte kjendte, engelske Gouvernements Regulativer kun ansee dette Forhold med nogle Aars offentligt Arbejde. Hun blev derfor ved Dom af 15de Juni d.A. anseet med en arbitrair Straf af 3 Aars offentligt Arbejde i Castellet Dansborg samt

med Forviisning fra Territoriet for bestandig. Højesteret afsagde følgende Dom: »Sellam bør for Actors Tiltale i denne Sag fri at være, dog saaledes, at hun betaler af Salarium til Justitsraad Blechingberg for Højesteret 20 Rbd. Sølv.«

Den omstændighed, at Højesteret i 1840 ikke begrundede sine afgørelser og end mindre angav dissenser, skjuler de reelle overvejelser, som fandt sted i Højesteret ved afgørelsen af denne sag.[49] I virkeligheden var meningerne stærkt delte, idet fem af de i sagen medvirkende ti dommere ville dømme, mens fem andre ville frifinde, hvilket altså blev resultatet. Juridisk frembød sagen to hovedproblemer, nemlig om Danske Lovs regel i 6-6-7 om dødsstraf for fosterfordrivelse kunne anses at gælde på Tranquebar, og om der skulle tages hensyn til den tiltaltes opfattelse af strafbarheden af den af hende begåede handling. Dommens resultat er bemærkelsesværdigt også på den baggrund, at abortus provocatus i Danmark i 1840 endnu straffedes strengt.[50] Bestemmelsen i Danske Lov 6-6-7 blev ophævet i 1866.

De synspunkter, som kunne føre til domfældelse blev fremført af den førstvoterende Wilse, som tog udgangspunkt i den betragtning, at Danske Lovs regel i 6-6-7 ikke kunne finde anvendelse, da den ikke var publiceret på Tranquebar, således som justitsreglementet foreskrev. Ej heller kunne der blive tale om en analogi, da forholdene i moderlandet blev bedømt på en ganske anden måde end i kolonierne. Førstvoterende betragtede det også som en given sag, at pigen Sellam ikke selv havde nogen forestilling om at have begået noget strafbart ved at dræbe et barn, som endnu ikke var født. Den betragtning, som førte ham til straf, var da den, at hun havde anset det som strafbart at lade sig besvange, og at hun derfor måtte være klar over, at hun stod under en borgerlig regering og kunne pålægges straf, når hun benyttede fosterfordrivelse som middel til at undgå den vanære, der fulgte med besvangersen. Det pres, pigen havde været under, førte ham til en straf af offentligt arbejde i 1 år, mens forvisningsstraffen burde bortfalde, da man måtte befrygte, at pigen efter en dom ikke ville kunne opretholde livet udenfor kolonien. Som et yderligere synspunkt,

49. Højesterets Vot. Prot. for Aaret 1840, litr. C, den 30.11.1840.

50. Sml. hertil om barnedrab B. Grothe Nielsen: *Løtfærdige Qvindfolk*, 1982, især s. 206 ff.

der talte for straf nævnte en senere voterende, Moltke, at fosterfordrivelse på de enkelte kolonibesiddelser i Indien straffedes med fængsel i 1-2 år. Strengest var assessor Stellwagen, som mod pigens benægtelse af at have en forestilling om fosterfordrivelsens strafbarhed, fremhævede, at hun efter sine naturlige begreber ikke kunne være i tvivl om handlingens syndighed. Hun måtte have bevidsthed om at foretage sig noget urigtigt. Med denne begrundelse, som synes inspireret af Ørstedes lære om de naturlige forbrydelser, voterede han for en straf af offentligt arbejde i 3 år som i Tranquebars rets dom, men ville dog fritage for forvisning.

Synspunkterne, som talte for frifindelse blev fremført af tredje voterende Rothe, der tog udgangspunkt i den omstændighed, at pigen ingen forestilling havde om at have begået noget strafbart. Under disse omstændigheder kunne hun ikke straffes, da det kun var den forbryderiske vilje, som staten bør straffe. Den almindelige præsumption om, at en lovovertræder har kendskab til gældende ret, måtte efter den voterendes opfattelse under særlige omstændigheder, som her, hvor forestillingen om at begå en forbrydelse helt manglede, kunne afsvækkes.

Efter at en senere voterende H. J. Koefoed, der i øvrigt anses for en af rettens mest indflydelsesrige dommere, havde været inde på, at det var nødvendigt at straffe for ikke i almindelighed at skabe det indtryk i kolonien, at fosterfordrivelse kunne anses som tilladelig, kom assessor Schiønning med det indlæg i sagen, som viste størst forståelse for betydningen af de særlige hinduskikke. Han afviste de betragtninger, som havde været fremført for at straffe, således både henvisningen til almenpræventionen, til retstilstanden i de engelske kolonier og til hendes naturlige begreber, der jo måtte være andre, da hun ikke var opdraget som kristen, men som hindu. Schiønning fandt, at også for det tilfælde, at Danske Lovs regel havde været publiceret på kolonien, ville det dog have været en materiel uret at dømme, da hun som hindu ikke betragtede fosterfordrivelse som strafbar og næppe ville være kommet til kundskab om den danske bestemmelse. Schiønning ville derfor ikke blot frifinde, men også fritage for omkostninger. Hertil sluttede sig dog kun en af de andre assessorer, men da begge de sidstvoterende voterede for frifindelse blev dette resultatet.

Højesteretsdomme som kilde til fortidens retsopfattelse. En afgørelse, som den her omtalte, frembyder

ikke blot interesse fra et juridisk synspunkt. Det møde mellem forskellige kulturer med forskellige forestillinger om lov og ret, som her er skildret, er egnet til at vise, hvorledes ældre retspraksis ikke blot fra et retshistorisk synspunkt kan være af interesse, men at retsprotokollerne også kan kaste lys over ældre tiders og forskellige kulturers hele forestillingsverden – over fortidens mentalitet. Retsarkiverne er en væsentlig kilde til viden om ældre tids retsbevidsthed og retlige forestillinger. I højere grad end om Højesterets betydning som institution, vil interessen i de kommende år formentlig koncentrere sig om udforskningen af rettens praksis.

Højesterets ydre historie hører da heller ikke til de af retshistorien forsømte emner. I 1888 udsendte den daværende protokolsekretær i Højesteret, Sophus Vedel, en fremstilling af *Den dansk-norske Højesterets Historie under Enevælden fra 1661-1790*. Hvor Vedel slap, tog Troels G. Jørgensen fat med en række fremstillinger af *Højesterets historie fra 1790 og til Grundloven* (1950), *Fra Grundloven til Retsplejereformen 1919* og yderligere de 18 år af Højesterets historie fra 1925-1944 (1947). Højesterets tre hundrede års dag i 1961 markeredes med udsendelsen af et prægtigt festskrift i to bind, hvor historikere og jurister i fællesskab gav en fremstilling såvel af rettens ydre historie, dens organisation og virkefelt som af rettens betydning for retsudviklingen. Når hertil lægges monografier om enkelte højesteretsår, således for året 1683 af Deuntzer (1883) samt, hvad der er publiceret af biografiske oplysninger om dommere og advokater eller om enkelte sager, må det erkendes, at der tegner sig et ganske nuanceret billede af Højesterets betydning for det danske samfund i almindelighed og for retsudviklingen i særdeleshed. Det betyder ikke, at der ikke stadig henstår interessante forskningsopgaver med Højesteret og dens forgænger Kongens Retterting som tema. Der har i de senere år været en betydelig interesse for at registrere og publicere ældre domsmateriale. Det sidste skud på stammen er en udgave i syv bind af de domme, der er optegnet i private domssamlinger. Hovedparten af disse private domssamlinger stammer fra første halvdel af det syttende århundrede, og hovedparten af dommene er rettertingsdomme fra perioden mellem 1536 og tiden kort efter 1600. Vi savner endnu en forklaring på, at det netop er denne periodes domme, som i særlig grad kom til at optræde som præjudikater. Den tiltagende

lovgivningsaktivitet under Christian IV kan være en del af forklaringen, men næppe den fulde. Også andre domme fra Højesterets forgænger Kongens Retterting foreligger publiceret, og det samme gælder fra det 17. århundrede domme fra under- og melleminstanserne, omend der naturligvis kun er tale om en lille del af det bevarede materiale.

Når det gælder den i 1661 oprettede Højesteret, foreligger dommene for tiden efter 1858 trykt i Højesteretstidende og Ugeskrift for Retsvæsen. De civile domme, hvorved underretternes domme stadfæstedes in terminis, blev for årene 1818-1856 udgivet af Fr. Schlegel (1861-1864). Det var først i 1857, at Højesteret begyndte at begrunde sine domme. Forståelsen af de ældre domme forudsætter derfor et kendskab til voteringen, som gik forud for sagens afgørelse. I 1951 udgav Thøger Nielsen i tilknytning til sin undersøgelse af Højesterets praksis i formueretlige sager i det 18. århundrede – *Studier over ældre dansk Formueretspraksis* – en mindre samling voterings fra det 17. og 18. århundrede. Hvis forskningen skal kunne udnytte det store retshistori-

ske materiale, som ligger gemt i Højesterets arkiver kunne der gås videre ad denne vej. Man talte i ældre tid om Højesterets korte hukommelse. Den omstændighed, at Højesterets domme ikke blev trykt, gjorde det vanskeligt at fastholde et overblik over praksis. Nogle kendte domme, som med få års mellemrum nåede til forskellige resultater i ensartede sager, er eksempler på den usikkerhed, som det manglende kendskab til ældre praksis gav anledning til. Trods de nævnte undersøgelser af Højesterets praksis er der stadig store lakuner i vor viden om de sager, som blev afgjort af den øverste domsmyndighed i det 18. og 19. århundrede. For slet ikke at tale om Rettertinget i det 16. og 17. århundrede. Er vi således velorienterede om rettens organisation, er en mere systematisk registrering af ældre praksis fra landets øverste domstol stadig et desideratum. Højesterets praksis er ikke blot en væsentlig del af grundlaget for den danske retshistorie, den er tillige med til at tegne et billede af det danske samfund, dets konflikter og dets forestillinger om lov og ret igennem århundreder.

Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret

Af Niels Madsen, departementschef i justitsministeriet

1. Indledning

Retsudviklingen siden 2. Verdenskrig har formentlig i de fleste lande særlig været præget af, at inspirationen fra det arbejde, der foregår i internationale organisationer, har fået en større vægt end tidligere. Allerede FN-pagten bestemmer i art. 13, at generalforsamlingen skal tage initiativ til undersøgelser og fremsætte forslag med det formål at fremme mellemfolkeligt samarbejde på det politiske område og støtte den fremadskridende udvikling af mellemfolkelig ret og kodifikation af denne, og i art. 55-60 fastsættes en mere detaljeret målsætning på dette område. Hertil kommer et omfattende samarbejde dels inden for verdensomspændende organisationer med et særligt kompetenceområde, f.eks. ILO, og regionale organisationer med et mere generelt virkefelt, f.eks. Europarådet. Resultatet af dette samarbejde har været talrige traktater foruden vedtagelser af mindre forpligtende karakter.

Danmark har deltaget meget aktivt i denne udvikling, der gradvis har modificeret den klassiske folkeret, der rammende er blevet karakteriseret af Alf Ross som et statisk og asocialt retssystem.^[1]

Det nordiske retssamarbejde er naturligvis fortsat ved siden af det bredere internationale samarbejde, og ofte er samarbejdet overført til de internationale organisationer, idet de nordiske lande har koordineret deres holdninger forud for afstemninger om traktattekster. Men samtidig må det fremhæves, at det traditionelle nordiske retssamarbejde har adskilt sig fra det, der f.eks. foregår i Europarådet, idet det har været langt mere uformelt. Det klassiske eksempel er stadig den koordinerede udarbejdelse af en ensartet ægteskabslovgivning. Da de sagkyndige udvalg var nået så nær på enslydende lovudkast, som man kunne blive enige om, blev udkastene fremlagt som lovforslag i parlamenterne og vedtaget uden særlige ændringer. Dette skete uden, at enigheden var formaliseret i en traktat, der først skulle ratificeres.

Men i de internationale organisationer, som søger at tilvejebringe en vis retsenhed i en bredere landekreds, har man ikke følt, at man kunne undvære den formelle traktatfæstelse af enigheden.

Det mere intensiverede internationale samarbejde og traktatreguleringen af flere retsområder har ikke formelt afspejlet sig i et ændret forfatningsretligt syn på folkeretten end det, der blev forudsat ved grundloven i 1849. Imidlertid har grundlovsfæstelsen af det parlamentariske regeringssystem vel medført en større reel kontrol fra folketingets side med regeringens handlemåde i forhold til andre stater, og der synes at være grund til at undersøge, hvilken indflydelse folkeretten har i det danske retssystem, d.v.s. hvordan domstolene har stillet sig til anbringender af folkeretlig karakter.

Men undersøgelsen bør ikke begrænses til den folkeretlige traktatsret. Selv om den folkeretlige retssædvane kan være vanskeligere at dokumentere, er det karakteristisk, at retssædvanen i en række tilfælde er skabt med en sådan hast, at udarbejdelsen af traktatsregler er blevet overhalet, således at udarbejdelsen har skiftet karakter fra at være nyskabelser til at være en kodifikation. Disse spørgsmål drøbes nærmere nedenfor i afsnit 2.

Danmarks medlemskab af EF har medført den vel mest omfattende ændring i reguleringen af erhvervslivets forhold, som er set i en årrække.^[2] Reglerne i EF er fastsat dels i de grundlæggende traktater, dels i retsakter, der i hvert fald uden for landbrugs- og transportområdet typisk vil have form af direktiver. Det kan diskuteres, om Danmarks forpligtelser i medfør af disse regler bør kaldes internationale på samme måde som forpligtelser i medfør af andre traktater og konventioner, men undertiden vil en lov indeholde en bemyndigelse for en minister til at fravige lovens regler, bl.a. hvis dette følger af »internationale aftaler«. Her vil i hvert fald EF-traktaterne og formentligt også direktiver blive anset for omfat-

1. Se Alf Ross m.fl., *Lærebog i Folkeret*, 6. udg. 1984, s. 62-66.

2. Det har været gjort gældende, at tilpasningen til EF-reglerne medførte den mest omfattende regulering siden 1857, se UfR 1981 B, s. 300-301 med en kommentar til UfR 1981, s. 394 H.

tet af bemyndigelsen.[3] Der er grund til at antage, at domstolenes behandling af forholdet mellem dansk ret og direktivforpligtelser m.v. og af forholdet mellem dansk ret og andre internationale forpligtelser vil påvirke hinanden. Forholdet mellem dansk ret og EF-ret behandles nedenfor i afsnit 3.

2. Forholdet mellem dansk ret og folkeret

I mere end 40 år har grundlaget for undervisningen i folkeret ved Københavns Universitet været Ross' Lærebog i Folkeret, og her fastslås det med megen styrke, at »i sager der finder deres afgørelse for nationale domstole gælder landets ret og kun landets ret, og det også selv om denne er folkeretsstridig«. Udtalelsen illustreres med en skotsk appelretsdom fra 1906, Mortensen v. Peters, der på en meget bombastisk måde afviser, at folkeretlige argumenter kan tillægges vægt, når der foreligger en lov, der er vedtaget af parlamentet.[4]

Synspunktet modificeres i den følgende fremstilling, idet der redegøres for, at den interne ret i et vist omfang gennem henvisninger søger at udelukke modstrid med folkeretten. Modifikationens betydning er dog tvivlsom, når det gælder dansk ret. Efter Lærebog i Folkeret kendes der ikke i Danmark »nogen ved lov eller sædvane fastslået regel om *en bloc*-inkorporering af den almindeligt anerkendte folkeret«, og i stedet opstilles en fortolkningsregel og en formodningsregel. Hvad der gælder i forhold til traktater fremstår som mere usikkert. Det antages dog, at domstolene vil fortolke tvetydige nationale regler, så de bringes i overensstemmelse med traktatsretlige forpligtelser, ligesom domstolene »utvivlsomt vil foretrække en mere formålsbestemt retsanvendelse fremfor en ordret fortolkning, hvis denne ville påføre den danske stat et folkeretligt ansvar for

et *utilsigtet* traktatbrud«. Det tilføjes, at administrative myndigheder efter national ret vil kunne være forpligtet til at tage hensyn til traktatslige forpligtelser i tilfælde, hvor administrationen har et frit skøn.

Hovedindtrykket af fremstillingen er dog, at det danske retssystem har en mere reserveret indstilling til folkeretten end selv et land som England, der også traditionelt er præget af et dualistisk syn på forholdet mellem national ret og folkeret, men hvor den folkeretlige sædvaneret anses for en del af national ret. Når man som censor i en årrække har hørt vordende kandidater redegøre for forholdet mellem de to retssystemer, må man sige, at det er bogens hovedregel, der har bidt sig fast hos studenterne: folkeretlige argumenter tillægges ingen særlig vægt i en retssag ved danske domstole.

Dette grundlæggende synspunkt finder jeg både uhensigtsmæssigt, når man tager udviklingen i det internationale samfund og i Danmark i de seneste 30-40 år i betragtning, og urealistisk som en beskrivelse af den retsopfattelse, der kommer til udtryk i domspraksis.

2.1. Den folkeretlige retssædvane m.v.

Det er almindeligt at sondre mellem sædvaneret og traktatsret, når det drejer sig om forholdet mellem folkeret og intern ret. Historisk er sondringen nok også velbegrundet. Kompetencen til at indgå traktater tilkommer Kongen d.v.s. regeringen, jfr. grl. § 19, og man kunne se en risiko for en undergravning af folketingets indflydelse, hvis traktater uden videre skulle anvendes som intern ret. Derfor skelner man i Danmark mellem traktatindgåelse og traktatopfyldelse. Regeringen har ikke det samme herredømme over, om Danmark skal være bundet af en folkeretlig sædvane. Hertil kommer, at hvis legitimationen for en hensyntagen til de folkeretlige forpligtelser er en formodning om, at lovgiver ikke har ønsket at overtræde folkeretten, bliver formodningen lettere at forsvare, når der er tale om en folkeretlig sædvane, som lovgivningsmagten kan have været uvidende om, end når det drejer sig om en traktat, der allerede er indgået, og som derfor burde være lovgivningsmagten bekendt. Vedtagelsen af en senere modstridende lov må derfor snarere formodes at bero på et ønske hos lovgivningsmagten om en konflikt.[5]

5. Se om baggrunden for sondringen mellem traktatsret og sædvaneret Ole Espersen, Indgåelse og opfyldelse af traktater, 1970, s. 159 og Eilschou Holm, NTFR 1981, s. 126.

3. Se f.eks. næringslovens § 3: »Kravet i § 2, stk. 1, om dansk indfødsret og bopæl i Danmark bortfalder i det omfang dette har hjemmel i international aftale eller ved bestemmelser fastsat af handelsministeren«.

4. *Lærebog i Folkeret*, s. 72-73. Domstolen udtalte: »In this court we have nothing to do with the question of whether the Legislature has or has not done what foreign powers may consider an usurpation in question with them. Neither are we a tribunal sitting to decide whether an Act of the Legislature is ultra vires as in contravention of generally acknowledged principles of International Law. For us an Act of Parliament duly passed by Lords and Commons and assented to by the King is supreme, and we are bound to give effect to its terms«.

Der kan i dag sættes spørgsmålstegn ved begge begrundelser. Dels inddrages folkettinget i beslutningsprocessen forud for indgåelsen af traktater enten direkte i kraft af samtykkereglen i grl. § 19, stk. 1 eller i et vist omfang indirekte gennem det udenrigspolitiske nævn samt i det hele taget i kraft af det parlamentariske regeringssystem,[6] dels har der navnlig i de senere år været flere eksempler på, at grundlaget for en retssædvane er blevet skabt ved flere staters koordinerede indsats eller ved udarbejdelsen af FN-resolitioner eller -traktatudkast.[7] Regeringen udøver ved sin deltagelse i denne koordination eller stemmeafgivelse i FN indflydelse på, hvad der skal gælde som sædvaneret. Også her vil regeringens holdning dog typisk have været forelagt for det udenrigspolitiske nævn.

Grundlæggende er sondringen imidlertid akcepteret i de fleste stater, og spørgsmålet er nu, hvilken

status folkeretlige retskilder, som ikke er formaliseret i traktater, har i dansk ret.

Et centralt retsområde, der er reguleret af den folkeretlige retssædvane, er fremmede staters og statsorganers immunitet. Reglerne er nu til dels kodificerede ved konventioner om diplomatiske og om konsulære forbindelser, jfr. lov nr. 252 af 18. juni 1968 og lov nr. 67 af 8. marts 1972. Reglerne suppleres af en række konventioner om visse persongruppers privilegier og immuniteter, f.eks. protokolten vedrørende De europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter, der er en del af Fusionstraktaten fra 1965, og forskellige værtskabsoverenskomster med internationale organisationer. Disse overenskomster er for de flestes vedkommende gennemført ved lov nr. 567 af 30. november 1983.

Traktatreguleringen er imidlertid ikke udtømmende, og navnlig spørgsmålet om staters immunitet er ikke fastlagt ved traktater, som Danmark har tilsluttet sig.[8] Der kan dog ikke være tvivl om, at den folkeretlige sædvaneret anvendes af de danske domstole. Det klassiske eksempel er Schierbeck-sagen, *UfR* 1942, s. 1002 Ø, hvor landsretten stadfæstede en fogedretskendelse, der nægtede at foretage arrest i et skib under henvisning til, at skibet tilhørte det russiske statsrederi og derfor ejedes af en fremmed stat. Et nyere eksempel er *UfR* 1982, s. 1128 HKK, om muligheden for at sagsøge den Tjekkoslovakiske Socialistiske Republiks Ambassade til betaling af et beløb for udført byggearbejde. På ambassadens vegne blev det gjort gældende, at ambassaden var immun på samme måde som ambassadøren eller som repræsentant for udsenderstaten, og det blev bestridt, at ambassadøren havde givet eller havde været legitimeret til at give afkald på immuniteten. Højesteret stadfæstede landsrettens kendelse om, at sagen kunne realitetsbehandles, med følgende begrundelse: »Hverken i henhold til Wienerkonventionens bestemmelser eller de folkeretlige regler om staters immunitet findes en ambassade fritaget for søgsmål på grundlag af en af ambassaden indgået privatretlig kontrakt, der indeholder en bestemmelse om, at tvistigheder skal afgøres ved modtagerstatens domstole.«

Forskellen mellem dommen fra 1942 og dommen fra 1982 beror ikke på en forskel i synet på folkeretten, men på en udvikling i folkeretten bort fra et princip om generel immunitet for stater og statsorga-

6. Se Christoffer Bo Bramsen, Folketingets kontrol med regeringens udenrigspolitik, *Juristen og Økonomen* 1981, s. 69, Max Sørensen, *Statsforfatningsret* (2. udg. ved Peter Germer) 1972, s. 278 ff og Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret* (3. udg. ved Ole Espersen) 1980, s. 384 ff.
7. Det klareste eksempel er formentlig udvidelsen af fiskeriterritoriet. Ved lov nr. 597 af 17. december 1976 bemyndigedes statsministeren til at gennemføre udvidelse af fiskeriterritoriet til 200 sømil. Af bemærkningerne fremgår, at udvidelsen skulle ske samtidig for alle EF-lande, og at også en række andre lande ville udvide fiskeriterritoriet eller fornylig havde gjort det. Fiskeriterritoriets udstrækning havde hidtil været fastlagt til maksimalt 12 sømil ved Den europæiske fiskerikonvention fra 1964, jfr. lov nr. 207 af 12. juni 1964. Den internationale Domstol havde i en dom fra 1974 i en sag mellem Storbritannien og Island udtalt, at Island ikke med virkning over for Storbritannien ensidigt kunne udvide fiskeriterritoriet fra 12 til 50 sømil. Allerede et par år efter var udviklingen imidlertid løbet fra denne dom, og den samtidige udvidelse fra en række lande må antages at have skabt en ny folkeretlig sædvane. I *Lærebog i Folkeret* antages det s. 187-94, at en række af de bestemmelser, der er indeholdt i FN's havretskonvention fra 1982, er gældende folkeret, selv om konventionen ikke er trådt i kraft, og selv om bestemmelserne strider mod tilsvarende regler i havretskonventionerne fra 1958. En væsentlig legitimation af de nye regler består i, at de er vedtaget ved consensus i konferencen, hvori repræsentanter for alle verdens lande har deltaget. Vedtagelsen af resolutioner i FN's generalforsamling kan på tilsvarende måde inspirere til koordinerede eller ensartede handlinger fra en række lande og kan udgøre et væsentligt element i en sædvaneretsdannelse, se *Lærebog i Folkeret*, s. 99.

8. En konvention er udarbejdet i Europarådet og trådt i kraft, men ikke ratificeret af Danmark.

ner til et princip, hvorefter stater må akceptere at blive sagsøgt som andre retssubjekter, når de har optrådt, som disse kunne have gjort, d.v.s. har handlet *jure gestionis*. Man kan sige, at Højesteret med sin begrundelse både lægger vægt på dette synspunkt og på det anbringende, som var afgørende for landsretten, at ambassadøren ved i entreprisekontrakten at have akcepteret, at sagen kunne afgøres ved dansk ret, havde givet afkald på den immunitet, der ellers ville tilkomme den tjekoslovakiske stat, men det bærende i kendelsen forekommer mig dog at være anerkendelsen af nyudviklingen i folkeretten.

Hermed synes imidlertid også den traditionelle udformning af formodningsreglen at være utilstrækkelig. Formodningsreglen og fortolkningsreglen bygger som ovenfor nævnt på en forudsætning om, at sager ved danske domstole skal løses på grundlag af dansk ret. Det forekommer imidlertid ganske misvisende at hævde, at den afgørende regel i denne sag var rpl. §§ 226 og 235 om retternes saglige og stedlige kompetence.

Højesterets resultat kan ganske vist godt nås ved en anvendelse af denne konstruktion, og tankegangen må så have været, at udgangspunktet i overensstemmelse med retsplejelovens regler var, at ambassaden kunne sagsøges. Retsplejeloven skal dog ikke anvendes, hvis det kan godtgøres, at den utilsigtet vil føre til et resultat, der strider mod folkeretten. I den foreliggende sag lykkedes det ikke for ambassaden at godtgøre, at folkeretten indrømmede immunitet, og retsplejeloven ville derfor finde anvendelse. Reelt synes Højesteret imidlertid snarere at have forudsat, at udenlandske ambassader (selvfølgelig) er immune, med mindre folkeretten undtagelsesvis skulle have frtaget dem denne beskyttelse, og der er i hvert fald intet spor i kendelsen af en overvejelse om, hvorvidt lovgivningsmagten skulle have ønsket ved den generelle formulering af retsplejeloven at se stort på folkerettens regler om immunitet. Under hensyn til, at præmisserne alene bygger på en analyse af folkerettens indhold, forekommer det mig mere nærliggende, at Højesteret har lagt til grund, at den folkeretlige sædvaneret, med det indhold den til enhver tid har, er en del af dansk ret.[9] Spørgsmålet

om folkerettens placering i det danske retskildehierarki drøftes nedenfor under 2.3.

Netop det forhold, at domstolene er åbne over for nye udviklinger i folkeretten, er vigtigt og sikrer, at dansk ret formentlig er mere i overensstemmelse med folkeretten end f.eks. engelsk ret. Her er den folkeretlige retssædvane ganske vist traditionelt anerkendt som en del af common law, men inkorporeringen sker ved konkrete retsafgørelser, der i kraft af præjudikatslæren forbliver bindende for senere retsafgørelser, uanset om folkerettens indhold måtte have undergået ændringer.[10]

De danske domstoles vilje til at overveje argumenter hentet fra folkerettens ikke-objektiverede retskilder illustreres også af dommen i *UfR 1964, s. 624 H*. Sagen handlede om fordelingen blandt danske statsborgere af den globalerstatning, som Tjekoslovakiet havde stillet til rådighed som erstatning for nationalisering af dansk ejendom. En kvinde, der både var dansk og tjekoslovakisk statsborger, anmeldte et krav over for det nævn, der stod for fordelingen af erstatningen. Hun var født som dansk statsborger i 1877, giftede sig med en østrig-ungarsk statsborger i 1900 og flyttede i 1907 til den del af Ungarn, som efter 1. Verdenskrig kom til Tjekoslovakiet, hvor hun i 1918 blev statsborger. Hendes mand døde i 1934, og i 1948 forlod hun med myndighedernes tilladelse Tjekoslovakiet og bosatte sig i Schweiz. I 1951 generhvervede hun dansk indfødsret, men blev ikke løst fra sit tjekoslovakiske statsborgerskab. Hun døde i 1961.

Fordelingsnævnet afviste hendes (og hendes dødsbos) krav alene under henvisning til hendes dobbelte statsborgerskab.

NTfIR 1983, s. 48 gældende, at folkeretten er en retskilde i den forstand, at den kan være en del af de almene faktorer, der virker bestemmende for dommens fastsættelse af det konkrete retsindhold i retsafgørelsen.

10. Se *Lærebog i Folkeret*, s. 75. Det er muligt, at engelsk ret i de seneste år er undergået en ændring på dette punkt. Lord Denning har i *Trendtex v. Bank of Nigeria* (1977) 1 All England Law Reports, p. 884 argumenteret for, at princippet om *Stare decisis* ikke skulle være til hinder for en tilpasning til den til enhver tid gældende folkeret, men han giver i »The Discipline of Law«, London 1979, s. 287-91, nærmest udtryk for, at den herskende opfattelse stadig er, at hvis folkeretten ændrer sig i forhold til det resultat, der er akcepteret i en tidligere dom, kan ændringen kun inkorporeres ved statute law.

9. Eilschou Holm finder det i NTfIR 1981, s. 127 mere retvisende at finde grundlaget for akcepten i intern dansk ret af folkerettens almindelige regler om eksteritorialitet i en retssædvane end at henvise til et mere luftigt fortolkningsprincip. Claus Gulmann gør i

For landsretten var der efter Ugeskriftets gengivelse af proceduren for så vidt enighed mellem parterne om, at dobbelt statsborgerskab udelukker et statsborgerland fra at beskytte den pågældende over for det andet statsborgerlands handlinger. Uenigheden drejede sig om, hvorvidt dette princip burde være relevant for fordelingsnævnet, eller om dette kunne udvide kredsen af erstatningsberettigede ud fra rimelighedsbetragtninger m.v.

Landsretten fandt ikke, at den folkeretlige regel burde være afgørende for det danske nævns fordeling af erstatningen. Overenskomsten mellem Tjcekoslovakiet og Danmark overlod fordelingen af erstatningen til den danske regering, og landsretten fandt det stemmende med billighed, at kvinden fik del i erstatningen.

Højesteret ændrede denne dom med følgende begrundelse:

»Efter det foreliggende har den af den tjcekoslovakiske stat ydede globalerstatning skullet tjene til dækning af de krav, som danske statsborgere efter folkerettens regler måtte have i anledning af de skete nationaliseringer.

Når henses til, hvad der er oplyst om overenskomstens forudsætninger og de stedfundne forhandlinger forud for denne, samt til (kvindens) statsborgerskab i Tjcekoslovakiet og hendes tilknytning henholdsvis til denne stat og til Danmark, findes hun ikke på sit danske statsborgerskab at have kunnet støtte noget krav på (overenskomsten om fordelingen af globalerstatningen).«

Det fremgår af Trolles kommentar til dommen i UfR 1964 B, s. 276, at Højesteret ikke fandt, at den lov, der havde gennemført overenskomsten med Tjcekoslovakiet, kunne hjemle noget andet resultat end folkeretten. Hermed var Højesteret stillet over for spørgsmålet om, hvad gældende folkeret var. Herom siger Trolle følgende:

»Når der i begrundelsen foruden til (kvindens) statsborgerskab i Tjcekoslovakiet nævnes hendes tilknytning henholdsvis til denne stat og til Danmark, viser formuleringen, at man ikke har villet godtage den noget absolutte — — — antagelse hos Foighel (Nationalisering af fremmed Ejendom, 1961) p. 222, at »for så vidt angår det særlige forhold, at en person er dobbelt statsborger, må de almindelige folkeretlige regler herom finde anvendelse, d.v.s. at krav på erstatning for nationaliseret ejendom, der tilhører en sådan person, ikke kan gøres gældende overfor en stat, der også — lovligt — gør krav på den pågældende som borger — — —«. Når der er tale om, at begge den dobbelte statsborgers stater vil optræde for ham overfor tredjestat, kan denne — — — vælge den stat, til hvilken den pågældende dobbelte statsborger er stærkest knyttet, som beskyttelseskompetent. Noget lignende har retten ikke villet udelukke

muligheden af også i tilfælde, hvor den ene statsborgerstat står overfor den anden. En dansk statsborger, der også havde andet statsborgerskab, måtte efter omstændighederne kunne have en så overvejende tilknytning til Danmark, at man måtte antage, at den danske regering med rette kunne optræde på hans vegne overfor den anden stat. Muligheden af noget sådant kunne finde en ikke uvæsentlig støtte i en i Ross-Foighel-Philips studiebog i international ret — — — omtalt, ved forligsnævnet mellem Italien og USA i 1955 truffet afgørelse.«

Trolle refererer herefter den nævnte sag, *Mergé Claim*, der nu findes i 1984-udgaven af studiebogen s. 85, og konkluderer:

»Det vil ses, at den italiensk-amerikanske sag i mangt og meget minder om den af Højesteret pådømte, og at Højesteret har lagt sig på linje med forligsnævnet.«

Således som Trolle kommenterer Højesterets dom, må man få den opfattelse, at Højesteret foretager en selvstændig fortolkning og en umiddelbar anvendelse af folkeretlige regler, og at det ikke har spillet nogen rolle, om reglerne kunne henregnes til folkeretlig sædvaneret eller traktatsret.[11] Reglerne om dobbelt statsborgerskab er så vidt ses ikke inkorporeret ved lov, og lov nr. 179 af 7. juni 1958 om fordelingsnævnet indeholder ikke nogen udtrykkelig henvisning til reglerne. Det mest interessante er imidlertid, at Højesteret har lagt vægt på den fortolkning, en international retsinstans nogle år forinden var nået frem til. Dette forekommer mig at være en klar dokumentation for, at alle folkeretlige retskilder kan have betydning som retskilde også for en dansk domstol.[12]

11. Reglerne er fastsat i Haag-konventionen af 12. april 1930 om visse spørgsmål vedrørende kolliderende statsborgerlove. Konventionen er i sig selv udtryk for sædvaneret og er blevet anvendt af Den internationale Domstol også overfor stater, der ikke havde ratificeret konventionen, se Foighel, *Juristen* 1969, s. 203 ved note 10.

12. Dommen anføres i *Lærebog i Folkeret*, s. 76-77, i noten som eksempel på anvendelsen af fortolknings- og formodningsreglen. For så vidt ville et andet resultat, f.eks. Østre Landsrets, næppe være folkeretsstridigt, da det efter, at globalerstatningen var fastsat og Tjcekoslovakiet havde betalt med frigørende virkning, næppe ville være folkeretligt relevant, hvordan den danske regering i detaljer fordelte beløbet. Afgørende var, at loven om fordelingsnævnet forudsatte, at pengene skulle bruges til dækning af de krav, som danske statsborgere efter folkerettens regler måtte have.

2.2. Traktatsret

Det er sædvanligt at formulere som dansk retsopfattelse, »at en gyldigt indgået traktat ikke uden videre kan håndhæves af danske domstole eller af danske administrative myndigheder på lige fod med, endsi-ge forud for, en sædvanlig dansk lov. Hvis en traktatbestemmelse fastsætter noget, der er i strid med en udtrykkelig dansk retsregel, skal denne og ikke traktatbestemmelsen anvendes af danske myndigheder, og en traktatbestemmelse kan ikke erstatte en manglende hjemmel i gældende intern dansk ret i tilfælde, hvor en sådan hjemmel kræves som grundlag for de danske myndigheders virksomhed.«^[13]

Denne opfattelse er stadig rigtig som en beskrivelse af, hvordan klare kollisionstilfælde skal løses, jfr. nedenfor afsnit 2.3., men siger ikke noget om traktaters status som retskilde i dansk ret.

Som det fremgår, er udgangspunktet ved traktater, at det påhviler lovgivningsmagten at drage omsorg for, at gyldigt indgåede traktater inkorporeres i dansk ret. Dette system bliver undertiden kritiseret, fordi det angiveligt giver en mindre sikkerhed for, at traktaterne opfyldes, end der opnås i lande, hvor traktater automatisk inkorporeres, når de er ratificeret. Efter min opfattelse overser man ved denne kritik den betydelige fordel det er, at lovgivningsmagten i forbindelse med ratifikationen omsætter de folkeretlige regler til intern ret og samtidig fjerner modstridende nationale regler, fremfor en situation, hvor det overlades til domstolene at løse konflikttilfælde og fortolkningsproblemer, hvor traktatteksten måske er uklar. Til gengæld er det klart, at en lov, der er udarbejdet for at opfylde en traktat, skal fortolkes i lyset af traktaten, men hvis ellers inkorporeringen har været vellykket, bør denne fortolkningsopgave ikke give anledning til større problemer.

Som eksempel på fortolkningsreglens anvendelse kan nævnes *UfR 1975, s. 30 H*, der drejede sig om TV's mulighed for uden vederlag at gengive indholdet af en billedbog i en børneudsendelse. Ophavsretsloven fra 1961 var udarbejdet bl.a. med henblik på at gøre det muligt for Danmark at ratificere Bernerkonventionen, og det var udtrykkeligt hensigten, at loven skulle stemme med konventionen. Denne bestemte i art. 11 bis, at offentlig fremvisning kræver ophavsmandens samtykke eller som et mini-

mum, at der betales vederlag til ophavsmanden. Danmarks Radio havde efterlevet denne bestemmelse indtil 1970, hvor man skiftede praksis og nægtede at betale vederlag. I 1973 vedtoges en ændring af ophavsretsloven, der præciserede, at der skulle betales vederlag. I bemærkningerne til lovforslaget refereredes TV's (nye) praksis, og formålet med lovændringen var at skabe et sikkert grundlag for, at man (påny) opfyldte konventionens krav. Den konkrete sag vedrørte en udsendelse i januar 1971, og som Trolle bemærker i sin kommentar til dommen i *UfR 1975 B, s. 108*, kan det forekomme mærkværdigt, at Radioen ville føre en sag i tre instanser for at få ret til ikke at overholde konventionen i perioden 1970-73.

På Radioens vegne blev det gjort gældende, at »uanset Danmarks tiltrædelse og ratifikation af Bernerkonventionen er traktaterne ikke en del af dansk ret – –«. Dette synspunkt fandt ingen genklang i Højesteret, der enstemmigt stadfæstede Østre Landsrets dom om, at Radioen skulle betale vederlag for sin brug af bogen. Uanset at lovændringen i 1973 kunne rejse tvivl om rækkevidden af den oprindelige lov fra 1961, fastholdt Højesteret en fortolkning, der sikrede en uafbrudt overholdelse af Danmarks traktatmæssige forpligtelser.

Anvendelsen af en formålsfortolkning på en opfyldelseslov kan også slå igennem over for senere love og således bryde det almindelige *lex posterior*-princip. Dette fremgår af *UfR 1979, s. 332 H*, der drejede sig om et erstatningskrav mod en vognmand i anledning af beskadigelse af noget gods. Sagsøger havde nedlagt påstand om betaling af ca. 64.000 kr. med en årlig rente på 5% til sagens anlæg og derefter almindelig procesrente. For Højesteret gjorde vognmanden gældende, at renten skulle være 5% også efter sagsanlægget. Heri fik han medhold, idet Højesteret bemærkede, at bestemmelsen i § 35 i lov nr. 47 af 10. marts 1965, der er udformet i overensstemmelse med en international konvention, angiver den rente, som skal erlægges efter anlæg af retssag, og ikke kan antages at være ændret ved reglen i gælds-brevslovens § 62, stk. 4, som affattet ved lov nr. 612 af 26. april 1973.

Det samme resultat kan i nogen grad sikres i tilfælde, hvor en traktat ikke er gennemført ved særlige lovbestemmelser, idet det ved ratifikationen blev antaget, at retstilstanden allerede var i overensstemmelse med traktaten. Som eksempel kan nævnes *UfR 1972, s. 600 HKK*, hvor Højesterets kære-målsudvalg akcepterede, at der blev foretaget be-

13. Se Juridisk Grundbog 3. udg. 1975, bind 1, s. 125-126, der citerer justitsministeriets redegørelse, NTIR 1971, s. 74.

slaglægelse af noget regnskabsmateriale, der skulle bruges i en straffesag i Tyskland. Beslaglæggelsen ønskedes foretaget til opfyldelse af en anmodning, der var fremsat i henhold til en overenskomst mellem Danmark og Tyskland om retshjælp i straffesager. Overenskomsten var ikke transformeret til dansk ret, og det samme gjaldt en europæisk konvention om gensidig retshjælp fra 1963, men justitsministeriet havde oplyst, at det var justitsministeriets opfattelse under de overvejelser, der gik forud for Danmarks tilslutning til den europæiske retshjælpskonvention, at retsanmodninger om beslaglæggelse af bevismidler ville kunne imødekommes i medfør af en analogi af retsplejelovens regler om beslaglæggelse, og at justitsministeriet derfor ikke fandt anledning til at søge retsplejeloven ændret.

Kendelsen er bemærkelsesværdig, når man erindrer, at udgangspunktet som nævnt i indledningen til dette afsnit er, at traktatbestemmelser ikke kan erstatte en manglende hjemmel i gældende intern dansk ret i tilfælde, hvor en sådan kræves som grundlag for de danske myndigheders virksomhed. Vestre Landsret ville da også afvise begæringen om beslaglæggelse ud fra en analogi af retsplejeloven under henvisning til, at retsplejeloven ikke indeholdt udtrykkelige bestemmelser om beslaglæggelse til brug for straffesager i udlandet, mens der er regler om vidneafhøring her i landet til brug for straffesager i udlandet, og at beslaglæggelse er et vidtgående indgreb.[14]

En traktatskonform fortolkningsstil vil derfor snarere kunne tænkes accepteret, hvor traktaten tilsigter at give borgerne nogle rettigheder i forhold til statsmagten, og hvor den interne ret efter sin formulering ikke med sikkerhed giver hjemmel hertil, uden at denne mangel dog kan anses for at være

tilsigtet. Det klassiske eksempel til illustration af denne situation er den tilsyneladende konflikt mellem Den europæiske Menneskerettighedskonvention, art. 6, stk. 3, om retten til at få vederlagsfri bistand af en tolk i en straffesag, og dansk retspraksis, hvorefter udgifterne til tolk skulle betales af den, der efter lovgivningens almindelige regler skal afholde sagsomkostningerne. I en konkret sag fra 1966, hvor en statsborger fra Algeriet var dømt i en færdselssag og derfor skulle betale sagsomkostninger, bestemte Københavns Byret, at udgifterne til tolk burde bæres af det offentlige.[15] Konflikts løsning nødvendiggjorde ikke tilsidesættelse af selve retsplejeloven, men af et cirkulære fra 1922.[16]

2.3. Folkerettens status i regel-hierarkiet

Med de forudgående eksempler er det påvist, at både den folkeretlige sædvaneret og traktatsretten er en retskilde for danske domstole, at denne retskilde kan være bestemmende ved fortolkningen af danske retsregler, og at folkeretten i hvert fald undertiden kan give borgere rettigheder, som påses af de nationale domstole, og som kan medføre tilsidesættelse af cirkulærestemmelser. Spørgsmålet er, om de folkeretlige regler også kan medføre tilsidesættelse af trindhøjere normer.

Efter den opfattelse, der gøres gældende i *Lærebog i Folkeret* er det så vidt ses afgørende, om lovgivningsmagten har ønsket at bryde folkeretten. Man må dog nok med Ole Espersen gå videre og navnlig se på, om en hensyntagen til folkerettens krav medfører, at intentioner, som har været væsentlige for lovgivningsmagten, ikke lader sig realisere.[17]

Det fremgår klart af *UfR 1974, s. 263 Ø*, at hvis folkettinget har vedtaget en lov, der kun delvis er en opfyldelse af en konvention, der derefter ratificeres uden forbehold, kan domstolene ikke under henvis-

14. Eilschou Holm bemærker i NTfR 1981, s. 130-31, at en hensyntagen til den folkeretlige forpligtelse desuden kan give anledning til betænkelighed i denne situation, fordi regeringen efter grl. § 19, stk. 1, slet ikke er beføjet til uden folketings samtykke at indgå en traktatmæssig forpligtelse, til hvis opfyldelse folketings medvirken er nødvendig. Hvis domstolene derfor nægter at anerkende en analogisk anvendelse af en lov, lider ratifikationen af en retlig mangel, der dog ikke kan antages at medføre folkeretlig ugyldighed, se *Lærebog i Folkeret*, s. 124-25. Dette hensyn vil dog kunne have mindre vægt, hvis folketings samtykke er indhentet forud for ratifikationen, fordi forpligtelsen ansås for at være af større betydning. Synspunktet er ikke nævnt i Højesterets kendelse.

15. Sagen er omtalt af Ole Espersen, Indgåelse og opfyldelse af traktater, s. 386 og citeres af Eilschou Holm, a. st. s. 129.

16. Justitsministeriets skrivelse nr. 299 af 23. november 1922.

17. Ole Espersen, Indgåelse og opfyldelse af traktater, s. 388. Selv om det måtte antages, at lovgivningsmagten ikke har tilsigtet et folkeretsbrud, f.eks. fordi man ikke har været opmærksom på den folkeretlige regel, kan formodningsreglen ikke føre til, at loven tømmes for mening. Respekten for den folkeretlige regel skal virke som en korrekturhage, der lader lovens hovedregel bevare sit væsentligste anvendelsesområde.

ning til konventionen supplere opfyldelsen, hvis dette indebærer, at en anden lovbestemmelse gøres uanvendelig. I den konkrete sag gjorde en vognmand, der var sagsøgt til betaling af erstatning for skade på gods, gældende, at erstatningsansvaret skulle bedømmes efter CMR-loven. Det fremgik af lovens forarbejder, at man havde været opmærksom på, at en opfyldelse af CMR-konventionen ville indebære, at den dagældende færdselslovs ansvarsbestemmelse, § 65, skulle ændres. En bestemmelse herom i udkastet til CMR-loven blev imidlertid udeladt ved lovforslagets fremsættelse. Landsretten udtalte, at det ikke af CMR-lovens tilblivelseshistorie med tilstrækkelig klarhed fremgik, at det ved denne lovs gennemførelse havde været tilsigtet, at bestemmelserne i færdselslovens § 65 skulle ophøre med at finde anvendelse på fragtførerens ansvar. Sagen blev herefter afgjort på grundlag af færdselslovens § 65.

Det ville her næppe have gjort nogen forskel, om den folkeretlige regel havde haft karakter af folkeretlig sædvaneret. Udvidelsen i 1977 af fiskeriterritoriet til 200 sømil ville naturligvis blive håndhævet uanset, om en folkeretlig regel, der begrænsede staternes fiskeriterritorium til 12 sømil, havde hjemmel i traktat eller sædvane, og uanset om folkettinget bevidst ønskede at tilsidesætte folkeretten eller handlede i god tro.

Derimod bør det registreres, at der i de sidste ca. 15 år er sket en udvikling, hvorefter det i teorien og i administrativ praksis er blevet anerkendt, at folkeretlige traktater kan normere forvaltningens frie skøn, således at en minister har pligt til at udnytte en bemyndigelse i overensstemmelse med en traktatmæssig forpligtelse.^[18] Overtrædelse af denne pligt kan tænkes sanktioneret med strafansvar efter ministeransvarlighedslovens § 5, stk. 1, eller ugyldighed. Efter omstændighederne kan man også tænke sig, at den ansvarlige styrelse ifalder et erstatningsansvar.

Det er klart, at forudsætningen for, at en traktatbestemmelse kan påberåbes, er, at den er tilstrækkelig præcis og ubetinget, ligesom det må være sikkert,

at reglen tilsigter at beskytte landets borgere over for deres egne myndigheder og ikke kun tilsigter at fastsætte regler, der skal gælde mellem landene. Der er grund til at tro, at domstolene kan hente betydelig vejledning i denne henseende fra deres behandling af EF-retlige sager, jfr. nedenfor.

På den anden side kan det ikke udelukkes, at man også i den folkeretlige sædvaneret kan finde regler, der er egnede til at blive påberåbt af privatpersoner over for myndighederne. Det amerikanske udenrigsministerium har således i et såkaldt *amicus curiae* indlæg for en føderal appelret gjort gældende, at tortur er i strid med den folkeretlige sædvaneret, at dette også gælder i forholdet mellem en stat og dens borgere, og at et erstatningskrav ville kunne rettes ikke alene mod staten, men også mod den person, der havde foretaget torturhandlingerne. På denne måde kan folkeretten være af betydning for en culpavurdering.^[19]

3. Domstolenes anvendelse af EF-ret

Ved forberedelsen af tiltrædelsesloven stod det klart, at fællesskabsretten indebar en række forpligtelser, der var mere vidtgående end dem, der fulgte af den almindelige folkeret. Mens folkeretten forpligter til at sikre en faktisk efterlevelse af reglerne, men normalt ikke stiller særlige krav til inkorporeringsmetoden, er det et centralt krav i EF-retten, at forordninger skal anvendes i deres fællesskabsretlige form, og det var også allerede i 1972 klart, at både traktatbestemmelser og bestemmelser i direktiver og andre retsakter kan være umiddelbart anvendelige i den forstand, at de kan give borgerne rettigheder, som domstolene skal beskytte uanset modstående lovgivning. EF-retten gjorde således krav på forrang.

18. Ole Espersens grundlæggende analyse i Indgåelse og opfyldelse af traktater, s. 375-93, er fulgt op i justitsministeriets redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De europæiske Fællesskaber, NTfIR 1971 s. 75-78, Betænkning om kundgørelse og opfyldelse af traktater, 682/1983, s. 22, Eilschou Holm, a. st. s. 131-138 og *Lærebog i Folkeret*, s. 81.

19. Se *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d. 876 (2nd cir. 1980). Udenrigsministeriets indlæg er offentliggjort i *International Legal Materials* 1980, p. 585-611. Navnlig tanken om, at folkeretten skulle kunne være relevant i en sag mod en privat person kan forekomme overraskende, når man er vænnet til med Ross at opfatte folkeret som regler, der alene forpligter stater. Imidlertid kan man vel ikke afvise, at en sag kunne opstå ved en dansk domstol, f.eks. hvis en flygtning fra Uganda, der er blevet tortureret under Idi Amins styre, mener at genkende sin bøddel i en flygtning, der har forladt Uganda efter et senere magtskifte. Den nye udvikling i folkeretten er beskrevet af Castberg, *Nye Rettskilder i Folkeretten*, NTfIR 1976, s. 145-83.

Rangforholdet, som i 1971 og 1972 var genstand for en indgående drøftelse i de juridiske tidsskrifter, er der ingen grund til at komme ind på her. Domstolene har i praksis ikke været stillet overfor at skulle afgøre en konflikt mellem EF-ret og en senere national lov, og de tilløb til regelkollisioner, der har været i årenes løb, er blevet løst forligsmæssigt, fordi administrationen er enig i, at EF-retten har forrang. Det er således karakteristisk, at den eneste sag, som er blevet forelagt for EF-domstolen af en dansk domstol, og hvor EF-domstolen konstaterede en modstrid mellem EØF-traktaten og en lov, blev hævet, efter at loven var blevet ændret og sagsøger havde fået en erstatning, der var fastsat under forligsforhandlinger.[20]

Et særligt problem opstår imidlertid i forholdet mellem direktiver og de regler, der er udstedt til opfyldelse af dem. Uanset om direktiverne formelt er umiddelbart anvendelige og derfor kan siges at give borgerne egentlige rettigheder over for myndighederne, er det klart, at gennemførelsesbestemmelserne skal fortolkes i lyset af direktivet.[21] Dette vil være så meget mere nærliggende, som direktivbestemmelser ofte vil blive overført ordret til nationale bestemmelser, men det vil også være nødvendigt i de tilfælde, hvor der ikke er foretaget nogen nye opfyldelseskridt, fordi den eksisterende retstilstand anses for at være i overensstemmelse med et direktiv.[22]

20. Firma Hans Just mod ministeriet for skatter og afgifter, Østre Landsret 4. afd. nr. 331/1978, sag 68/79 ved EF-domstolen, Domssamling 1980, s. 501.
21. Se som eksempel på, at »fortolkningsreglen« også finder anvendelse i forhold til bestemmelser, der ikke er umiddelbart anvendelige, sag 14/83, Colson, dom af 10. april 1984, Domssamlingen 1984, s. 1891, om ligebehandlingsdirektivet. Her udtalte Domstolen, at de nationale domstole ved anvendelsen af national ret, især bestemmelser der er vedtaget for at gennemføre ligebehandlingsdirektivet, har pligt til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens art. 189, stk. 3.
22. Som eksempel på et direktiv, der ansås for ikke at nødvendiggøre en ny lovgivning, kan nævnes direktiv 80/987 af 20. oktober 1980 om beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, der ikke krævede ændringer i loven om Lønmodtagernes Garantifond.
EF-domstolens praksis har sat ret snævre grænser for medlemsstaternes mulighed for at omformulere direk-

Sammenlignet med de folkeretlige regler viser EF-retten sit særpræg i forhold til national ret dels ved det underliggende krav om en større gennemslagskraft, dels ved muligheden for at få en autoritativ udtalelse om forståelsen af EF-reglerne fra EF-domstolen. Hovedvægten i en undersøgelse af domstolenes anvendelse af EF-retten må derfor ligge i en redegørelse for, hvor ofte og hvordan domstolene forelægger fortolkningsspørgsmål efter EØF-traktatens art. 177.

Af de hidtil forelagte 16 sager vedrørte 7 fortolkningen af traktaten, 2 fortolkningen af forordninger og 7 fortolkningen af direktiver.

Forelæggelsesprocedurens hensigtsmæssighed illustreres af *sag 161/78*, P. Conradsen A/S mod ministeriet for skatter og afgifter, der vedrørte loven om kapitaltilførselsafgifter.

Lov nr. 284 af 23. maj 1973 om kapitaltilførselsafgifter er vedtaget til gennemførelse af Rådets direktiv 69/335 af 17. juli 1969.

Både direktivet og loven bestemmer, at der skal svares afgift af den kapital, der tilføres et selskab, med fradrag af »den gæld og de forpligtelser, som pålægges selskabet i forbindelse med indskuddet«. Conradsen A/S, hvis kapital blev tilvejebragt ved, at to af stifterne indskød aktiver og passiver i deres hidtil drevne interessentskab, gjorde gældende, at man ved beregningen af afgiftsgrundlaget skulle fratrække firmaets latente skattebyrde, der beroede på nedskrivning af varelager m.v. Skattemyndighederne fandt ikke, at en sådan skattegæld var så konkretiseret, at den kunne fratrækkes, bl.a. fordi aktieselskabet selv var herre over, om skattegælden ville blive realiseret.

Københavns Byret gav skattedepartementet medhold, 12. afdelings dom af 7. december 1976. Retten henviste herved bl.a. til, at der ikke forelå motiver fra De europæiske Fællesskaber til nærmere forståelse af det nævnte begreb i direktivet, men at bestemmelsen efter de oplysninger, som skattedepartementet havde indhentet, i al væsentlighed blev praktiseret således i de andre medlemsstater, at der ikke ved beregningen af afgiftsgrundlaget blev taget hensyn til latent skattegæld.

Under anken fremsatte firmaet ønske om forelæg-

tivbestemmelserne i opfyldelseslovgivningen, se sag 143/83, Kommissionen mod Danmark (ligelønssagen) dom af 30. januar 1985, endnu ikke i Domssamlingen. Se endvidere Foighel, Hagel-Sørensen og Gulmann, EF-ret, almindelig del, 3. udg. 1985, s. 200-205.

gelse af sagen for EF-domstolen, hvilket Landsretten tilsluttede sig.

EF-domstolens afgørelse af 27. juni 1979 bekræftede skatte- og afgiftsministeriets fortolkning og firmaet hævdede herefter sagen.[23]

Tanken om at forelægge sagen synes ikke at have været drøftet under behandlingen for Byretten, men det er klart, at en anvendelse af traktatens art. 177 fører til et sikrere resultat end en rundspørge i de andre medlemsstater. Denne metode ses da heller ikke anvendt siden.

Forelæggelse for EF-domstolen har i en årrække også været en hurtig måde at opnå den ønskede afklaring af et fortolkningsspørgsmål, men Domstolens arbejdsbyrde har medført, at det nu tager ca. 16 måneder fra sagens modtagelse til Domstolens afgørelse foreligger.[24] Dette kan give anledning til betænkelighed. Funch Jensen har således i *UfR* 1982 B, side 315, i en kommentar til *UfR* 1982, s. 69 H bemærket, at en forelæggelse forsinker en sag betydeligt, og at både omkostningsmæssige og tidsmæssige hensyn taler stærkt for, at det ville være ønskeligt med en gennemgribende forenkling af behandlingen af præjudicielle spørgsmål ved EF-domstolen. Heri kan man kun være enig. Det er klart, at hvis en sag indeholder et vigtigt spørgsmål om fortolkningen af en EF-regel, kan parternes ønske om at undgå en forsinkelse af sagen ikke i sig selv medføre, at forelæggelse undlades.[25] Men i sager, hvor afhøring af vidner er afgørende for at fastlægge faktum, er det vigtigt, at dette sker, før forelæggelse besluttet, således at vigtige oplysninger ikke når at gå i glemmebogen, før sagen skal afgøres.[26] På den anden side har Danmark sammen

med de øvrige medlemsstater et medansvar for, at EF-domstolen har rimelige arbejdsvilkår. Fra dansk side har man i en årrække arbejdet for oprettelsen af en særlig retsinstans, der kan tage sig af personalesager i EF, så EF-domstolen slipper for denne ret betydelige sagsmængde.

Også de nationale domstole må foretage en afvejning. Det siger sig selv, at ikke ethvert momsproblem kan forelægges for EF-domstolen, blot fordi momsloven er formuleret i overensstemmelse med direktiv 77/388, EF's sjette momsdirektiv.

EF-domstolen har i 1982 udtalt, at nationale domstole, hvis afgørelser ikke kan appelleres, har pligt til at forelægge et fortolkningsspørgsmål, medmindre den korrekte anvendelse af EF-retten fremgår med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål. Men Domstolen opstillede samtidig en række kriterier, der indikerer, at en anvendelse af denne *acte clair-doktrin* kun i forholdsvis få sager kan begrunde, at der ikke sker forelæggelse.[27]

Danske domstole synes at have en generelt velvilig indstilling til anmodninger om forelæggelse. Karakteristisk er nok *UfR* 1979, s. 117 HKK, hvor Højesteret ophævede landsrettens beslutning om ikke at forelægge spørgsmål i snapsesagen, Hans Just mod tolddepartementet. Landsretten havde skønnet en forelæggelse ufornudden, idet Kommissionen havde anlagt sag mod Danmark om spirituslovgivningens forenelighed med traktatens art. 95, jfr. den dagældende bestemmelse i rpl. § 287, der nu svarer til § 345. Højesteret fandt derimod, at eventuelle spørgsmål til EF-domstolen burde kunne stilles så betids, at denne domstol kunne tage stilling til, hvorledes besvarelsen af spørgsmålene skulle behandles i forhold til behandlingen af Kommissionens sag mod Danmark.

Denne linje er fortsat i *UfR* 1984, s. 1059 H, hvor Højesteret ophævede en landsretsdom vedr. beskatning af free lance-tolke ved EF. Landsretten havde afvist sagen, fordi der endnu ikke forelå en konkret administrativ afgørelse vedr. tolkene. Højesteret tillagde ikke dette afgørende vægt:

»Spørgsmålet om, hvorvidt appellanterne er fritaget for national beskatning af deres vederlag som free lance-tolke i

23. Sag 161/78, dom af 27. juni 1979, Domssamlingen 1979, s. 2221. Byrettens sag er A 17892/1976, og i Østre Landsret blev sagen behandlet som 4. afd. a.s. nr. 441/1976.

24. Se Goldin, *UfR* 1985 B, s. 289, særlig s. 291.

25. Se således også Torben Jensen i *UfR* 1983 B, s. 270. note 12.

26. Fastlæggelse af faktum er også vigtigt for at give EF-domstolen mulighed for at give et relevant svar, jfr. Goldin, a.st. I det store og hele synes danske forelæggelser at leve op til disse krav, men netop sagen i *UfR* 1982, s. 69 H er en undtagelse. Her var spørgsmålet ikke korrekt formuleret, og EF-domstolens besvarelse viste, at der var nogle afgørende faktiske omstændigheder, som ikke var klarlagt på forhånd. Se om sagen Laurids Mikaelsen, EF-domstolen og Danmark, 1984, s. 60-63.

27. Sag 283/81, CILFIT, Domssamlingen 1982, s. 3415. Dommen er omtalt i EF-ret, almindelig del, s. 265-67, og s. 268-69 er givet en redegørelse for danske domstoles anvendelse af art. 177.

EF, beror på en fortolkning af protokollens art. 13. Appellanterne findes at have en berettiget interesse i, at dette spørgsmål – – snarest afklares. Indstævnte har ikke påvist, at der skulle være reelle betænkeligheder forbundet med, at spørgsmålet forelægges domstolene – herunder EF-domstolen, jfr. art. 177 i EF-traktaten, uden at det forinden har været afgjort af ligningsmyndighederne som led i skatteansættelsen af appellanternes indkomst. – – –«

Ved at henvise til muligheden for at forelægge fortolkningsspørgsmålet for EF-domstolen har Højesteret fremhævet, at forelæggelsen af relevante spørgsmål bør ske som et naturligt led i retsplejen, og at sager bør forelægges af retten i første instans.[28]

Hvis et tilsvarende spørgsmål tidligere er besvaret af EF-domstolen, eller tilknytningen til EF-retten forekommer spinkel, vil sagen ikke blive forelagt.[29]

Et spørgsmål, som har været drøftet indgående i teorien, om landsretterne er omfattet af forelæggelsespligten i art. 177, stk. 3, når de træffer afgørelse som ankeinstans, synes stadig at give anledning til tvivl.[30] Østre Landsret har således i en straffesag vedr. en anke af en dom fra Grønlands landsret udtalt, at retten var omfattet af art. 177, stk. 3, hvorimod de to forelæggelser, der er foretaget af Vestre Landsret, ligeledes i ankesager, er sket under henvisning til art. 177, stk. 2.[31] I begge sagerne fra

Vestre Landsret er dommen i første instans dog afsagt af en skifteret, hvor det forekommer forståeligt, at man er veget tilbage fra at udsætte afslutningen af konkursboet i afventen af en præjudiciel afgørelse fra EF-domstolen.

4. Afsluttende bemærkninger

Jeg mener, at det af den foranstående redegørelse fremgår, at domstolene ved deres praksis har medvirket til ikke alene at sikre Danmarks løbende overholdelse af internationale forpligtelser, men også at holde det danske retssystem åbent over for de påvirkninger, som kommer fra det internationale retssamfund. Domsmaterialet er navnlig for så vidt angår den egentlige folkeret spinkelt, mens man i de senere år har kunnet konstatere en øget anvendelse af EF-retten. Der er nok en vis selvforstærkende effekt her. Når advokater på forhånd forventer, at folkeretlige argumenter har ringe vægt, bliver argumenterne heller ikke fremført, og domsmaterialet bekræfter så, at folkeretten ikke påberåbes. Den større anvendelse af EF-retten tiltrækker omvendt interessen hos praktikere, således at anbringender af denne art hyppigere påberåbes. Hertil kommer nok, at vi i EF-Karnov har et pålideligt arbejdsredskab, når det drejer sig om at finde ud af, hvad der er gældende EF-ret, og hvor der derfor kan være anledning til at medinddrage EF-retlige synspunkter i en procedure. Derimod savner vi i Danmark en samling af gældende traktater og en fremstilling af den materielle folkeret. Det er mit håb, at den interesse, der i de seneste år har været vist for retlige spørgsmål vedr. menneskerettighederne, og som har givet sig udslag i juridiske fremstillinger om emnet,[32] vil føre til, at advokater og andre vil opdage at de retsanvendende myndigheder faktisk er lydhøre over for argumenter, der bygger på disse principper.

under konkurs, EF-domstolens sag 105/84, dom af 11. juli 1985.

32. Se særlig Eilschou Holm, En sag for Menneskerettighedsdomstolen, 1980, og Lehmann og Bernhard, Den europæiske Menneskerettighedskonvention, 1985.

28. Af de hidtidige 16 danske forelæggelser er 3 forelagt af Højesteret, 4 af landsretterne som ankeinstans, 5 af Østre Landsret i første instans, 1 af Sø- og Handelsretten og resten af Københavns Byret.

29. Se UfR 1984, s. 67 HKK og EF-ret, almindelig del, s. 268-69.

30. Se særlig Max Sørensen, Juristen 1973, s. 6-7.

31. Se Østre Landsrets kendelse af 18. juni 1981 i 16. afd. a.s. nr. 332/1979, anklagemyndigheden mod Kerr, forelagt som EF-domstolens sag 287/81, Domssamlingen 1982, s. 4053. Sagerne fra Vestre Landsret er 2. afd. VLB 2047-2049/80 Wendelboe m.fl. mod konkursboet L.J. Music ApS, beslutning af 7. februar 1983, EF-domstolens sag 19/83, dom af 7. februar 1985, og 5. afd., beslutning af 10. april 1984 i sagen Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mod A/S Danmols inventar

Et retspolitisk program for dommerskabt ret

Af professor, dr. jur. *Bernhard Gomard*

1. Det er et fundamentalt led i statsstyret i Danmark og i mange andre lande, at den lovgivende og den dømmende magt er adskilt, og adskilt på den måde at den lovgivende magt er hos et parlament valgt af landets befolkning, mens den dømmende magt er hos domstole beklædt af dommere, som er uafhængige og upartiske og i deres kald alene har at rette sig efter loven (Grundlovens § 64). Denne del af oplysningstidens magtadskillelseslære er bevaret, også efter at den lovgivende og udøvende magt er rykket tættere sammen ved indførelsen af parlamentarismen som sædvane og lov (Grundlovens § 15).

Det ville være let at følge påbudet om alene at rette sig efter loven ved afgørelsen af retstvister, hvis retssystemet i alle opkommende spørgsmål gav entydige og klare svar på, hvad der er gældende ret. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Der melder sig til stadighed spørgsmål, som enten er uomtalt eller dog ikke klart besvaret i lovgivningen, og som ikke tidligere har foreligget til afgørelse, eller dog ikke til afgørelse af Højesteret. Selv på områder, hvor domstolene har truffet afgørelser, kan der opstå tvivl om indholdet eller rækkevidden af de tidligere afgørelser. Undertiden sættes der også spørgsmålstegn ved, om den retsopfattelse, som retten tidligere har lagt til grund, stadig bør fastholdes.

Det er både i Danmark og i andre lande den almindelige opfattelse, at domstolene på ulovbestemte områder ikke i almindelighed bør træffe afgørelser efter et konkret billighedsskøn, men bør bestræbe sig for at danne regler. Det gælder også på områder, hvor lovgivningen eller sædvanen har formuleret en standard. Skønnet over, hvad en rimelighed eller god praksis kræver, skal ikke udøves selvstændigt i hver enkelt sag uafhængigt af tidligere afgørelser. Standarden skal så vidt muligt gennem de enkelte afgørelser udmøntes i generelle retningslinier. Nogle afgørelser af retstvister betegnes undertiden som værende konkrete, singulære, enkeltstående eller lign. Meningen med sådanne udsagn er formentlig, at den, der har truffet afgørelsen, ikke har ment at burde eller kunne tage stilling til andet end netop afgørelsen af den foreliggende sag. Selv en sådan afgørelse indeholder dog en vis begrænsning af friheden for fremtidige afgørelser. Begræns-

ningen er blot ikke givet et generelt indhold, men er et punkt som kan indgå som bestanddel i forskellige mulige fremtidige retningslinier. Både hensyn til retssikkerhed og til lighed for loven kræver, at domstolenes retsskabende virksomhed, såvidt det er muligt, udøves ved udvikling af bestemte generelle retningslinier og ikke alene ved et konkret skøn over løsningen af den enkelte sags problemer.

I denne artikel optages til debat den ejendommelighed, at der ikke findes nogle generelle retningslinier, intet program for den betydningsfulde retspolitiske virksomhed, som udøves af domstolene. Er dette en mangel ved retssystemet, som kan afhjælpes?

2. Det er almindeligt kendt og accepteres uden debat, at domstolene udøver en retsskabende virksomhed. Nødvendigheden af en sådan virksomhed er særlig åbenbar i lande, der som Danmark end ikke på privatrettens område har en codex med almen gyldighed og rækkevidde, men alene en del specielle love, hver med sit afgrænsede emne. Chr. V.s Danske Lov af 1683 har forlængst mistet al betydning som retskilde, og lovgivningsmagten har ikke villet eller ikke kunnet bringe en moderne lovbog i stand.

Nødvendigheden af retsskabelse i praksis er en følge af, at ikke alle emner er lovregulerede og af, at love sjældent eller aldrig er udtømmende inden for området for deres emne. Lovgiver kan ikke forudse alt og vælger ofte fuldt bevidst at overlade detailspørgsmål eller uaktuelle spørgsmål til løsning i praksis. En lovtekst, der ville forsøge at regulere ethvert spørgsmål, man er i stand til at forestille sig, ville blive meget omfattende, detaljerig og uoverskuelig. Såfremt en lov, f.eks. ved en positiv bestemmelse herom, blev gjort udtømmende, ville ofte en ønskelig fleksibilitet gå tabt. Domstolene kan imidlertid vælge at opfatte en lov som udtømmende, f.eks. ved at stille krav om positiv hjemmel eller udtrykkelig lovhjemmel til gennemførelse af de indgreb eller af dispositioner af den art, loven handler om, jfr. således *UfR 1977.1033 H* om anpartslejligheder og *1985.135 H* om kommuneplaner. Domstolene kan også i øvrigt vælge at slutte *e contrario* fra

de i loven nævnte tilfælde til andre tilfælde, men det er en selvstændig afgørelse for hver enkelt lov eller lovregel, om den er udtømmende eller ikke. Domstolenes retsskabende rolle er ikke begrænset til de store ulovbestemte områder, såsom erstatningsret, kaution etc.

Befolkningen (vælgerne) og lovgiver har flere gode grunde til at acceptere, at retstilstanden i betydeligt omfang fastlægges af domstolene. For det første er mange af de spørgsmål, som er af fundamental betydning og har tiltrukket sig opmærksomhed eller givet anledning til meningsforskel, løst i lovgivningen. Grundloven kræver, at der lovgives om en del væsentlige emner. Skat kan f.eks. kun pålægges ved lov (Grundlovens § 43). For det andet har Folketinget mulighed for til enhver tid og på ethvert område – om et flertal af tingets medlemmer kan komme til enighed herom – at gribe ind med lovgivning og ændre de resultater, domstolene på egen hånd er nået til.

Det er sket i flere tilfælde, at den retstilstand, som er lagt til grund i en dom i en principiel og væsentlig sag, er blevet ændret ved lovgivning, fordi den er blevet anset for uheldig. Grunden til forskellen mellem domstolenes og lovgivningsmagts standpunkt kan være en forskellig opfattelse af, hvordan et foreliggende spørgsmål bedst løses, men kan også være – og er hyppigere – en følge af, at domstolene ikke kan indlade sig på at ændre klare lovregler, opbygge nye regelsystemer eller tillade tyngende indgreb uden støtte i lovgivningen. Retsdannelsen i praksis har naturligt nok underkastet sig et princip om tilbageholdenhed eller forsigtighed. Et par eksempler: I *UfR 1975.1033* udtalte Højesteret, at det ikke er i strid med Ejerlejlighedsloven at etablere et sameje om en boligejendom indeholdende flere lejligheder, således at ejerne aftaler, at de hver foruden deres ideelle andel har brugsret til en lejlighed i ejendommen. Umiddelbart efter, at afgørelsen var truffet, fremsatte boligministeren forslag til en Lov om boligfællesskaber (nu Lov om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber, lovbekendtgørelse nr. 361 af 25. juli 1985). Loven, der blev vedtaget af et bredt flertal, forbød oprettelse af andelslejligheder i ejendomme med mere end to beboelseslejligheder, jfr. nærmere *Peter Blok*: Ejerlejligheder s. 653 ff. I *UfR 1968.217 H* udtaltes, at erstatningsansvaret for brandskade på ejendom, som tilhører staten og derfor ikke er brandforsikret, ikke kan bortfalde efter den dagældende bestemmelse i Forsikringsaftalelovens (FAL) § 25 eller dennes analogi

(anderledes nu Erstatningsansvarslovens § 20). I *UfR 1982.24 H* og *315 H* tillod Højesteret det offentlige at modregne gæld og tilgodehavender, uanset at fordringerne angik forskellige myndigheder og mellemværender af forskelligartet karakter. Også i disse tilfælde blev retstilstanden ændret hurtigt efter, at dommene var afsagt, men på en ejendommelig måde. I administrative cirkulærer blev det givet tilkende (lovet?), at staten ikke i fremtiden vil gøre de krav og beføjelser gældende, som efter Højesterets afgørelser tilkommer den, jfr. for så vidt angår erstatningsansvar over for staten cirkulære nr. 97 af 18. marts 1981,[1] og for så vidt angår statens modregningsret cirkulære nr. 186 af 22. november 1983.[2] I de tre sidstnævnte afgørelser gav Højesteret udtryk for, at retten var vejet tilbage for at statuere det modsatte – senere lov- eller cirkulærefæstede – resultat, uanset at dette fandtes rimeligst og rigtigst, fordi retten ikke fandt at have haft fornøden hjemmel hertil. Rettens sympati – eller dens vurdering ud fra forholdets natur eller af de relevante pragmatiske faktorer – kommer således til udtryk i disse afgørelser, men denne sympati fandtes ikke at have en tilstrækkelig styrke til at kunne retfærdiggøre et brud med tradition og naturlig sproglig forståelse af FAL § 25 eller med en retsopfattelse udtalt i ældre afgørelser om statens modregningsret (navnlig *UfR 1955.13 H*). I modregningsdommen findes det ikke hensigtsmæssigt at udarbejde de ønskelige begrænsninger gennem retspraksis. Hertil kræves nærmere undersøgelser og vurderinger af, hvilke kriterier der måtte være egnede til at komme i betragtning, jfr. *Munch* i *UfR 1982B.313*. Forsigtigheden har her måske været for stor, jfr. således *Munch Andersen og Gomard* i Betænkning nr. 983/1983 s. 87 f. Der er i hvert fald ikke i retningslinierne i cirkulæreskrivelsen af 22. november 1983 indeholdt kriterier eller forskrifter, som ikke kunne have været udviklet i retspraksis.

Indgreb med lovgivning for at ændre den retstilstand, som er fastlagt i retsanvendelsen, er også forekommet i tilfælde, hvor domstole eller andre retsanvendende myndigheder ikke har tilkendegivet, at de ikke ser sig i stand til uden nye direktiver

1. Cirkulæret er omtalt af *Trolle* i *UfR 1971B.141 f* og af *Lyngsø*: Forsikringsaftaleloven, 2. udgave, s. 198.
2. Modregningsdommene er omtalt af *Munch Andersen og Gomard* i Betænkning om Betalingsstandsning nr. 983/1983 s. 86 f samt af *Gerda Rump Christensen* i *UfR 1984B.105 ff*.

fra lovgivningsmagten at nå til tilfredsstillende resultater. Eksempler herpå er foruden UfR 1975.1033 H om anpartslejligheder en Lov om Benzinforhandlerkontrakter nr. 234 af 6. juni 1985, hvorefter benzinforhandlerkontrakter fremtidig højst må indgås for 3 år og efter denne periode skal kunne opsiges med 1 års varsel. Loven ændrer den retstilstand, som var lagt til grund i to kendelser afsagt af Monopolankenævnet den 18. november 1981 og den 26. november 1982 (offentliggjort i MTM 1981.558 og 1982.779).[3] Loven blev vedtaget i Folketinget af et spinkelt flertal.

3. Konstatning af et behov for retsskabelse i praksis kan både ses som tegn på, at lovgivningen er mangelfuld og som udtryk for, at retsdannelsen i vidt omfang sker bedst gennem retsanvendelsen. Det ligger nær at betragte en lovgivning, der har behov for udfyldning med judge-made law, som mangelfuld, hvis magtadskillelæsen opfattes som et ubrydeligt princip eller en stram kompetenceregulering, eller hvis f.eks. privatretten er kodificeret i en altomfattende systematisk lovbog. Er der behov for at supplere en sådan lovbog med dommerskabt ret, må lovbogen være mangelfuld eller forældet.

Fænomenet ret skabt i retsanvendelsen synes alment accepteret i Danmark uden nogle principielle overvejelser og uden nogen almen debat. I Frankrig har derimod i hvert fald jurister følt et behov for at begrunde og retfærdiggøre, at domstolene ikke blot afgør bevisspørgsmål, men også foretager den bearbejdelse af retssystemet, som er nødvendig for, at retsvæsenet kan fungere på tilfredsstillende måde også for at sætte grænser for dette skabende element i retsanvendelsen. Nogle franske forfattere har fundet berettigelsen og retfærdiggørelsen (la justification) af den dommerskabte ret i en stiltiende accept fra lovgivningsmagten, andre i at de retsundergivnes (les justiciables) accept gør dommerskabt ret til sædvane og atter andre i, at en vis retsskabelse i retsanvendelsen er et nødvendigt led i et velfungerende retssystem (*Ghestin*: *Traité de Droit Civil*, bind I, 2. udgave, no 440-443).

Revolutionstidens lovgivere havde oprindelig forestillet sig, at det skulle være dommere forbudt at fortolke loven, uagtet en klar grænse mellem en

entydig tekst og en tekst, der trænger fortolkning, ikke kan angives. Denne vanskelighed har dog ikke altid holdt en lovgiver tilbage, sml. til illustration f.eks. fællesskabsrettens doktrin om acte clair (*Foighel m.fl.*: EF-ret, 3. udgave, s. 265 f og s. 269). De revolutionæres tvivlsspørgsmål af retlig art skulle forelægges lovgivningsmagten til afgørelse (le référé législatif). Samtidens franske jurister var imidlertid klar over, at en retsorden ikke kan fungere, hvis domstolene ikke har mulighed for at udøve en vis »fonction créatrice«.[4] Fortolkningsforbudet og le référé législatif blev erstattet af reglen i art. 5 i Code Civil, der siger, at »il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises«. Denne formulering af art. 5 er vendt mod praksis før revolutionen.[5] Havde en regel som art. 5 eksisteret i Danmark, kunne den have været udlagt som følger: Den dommerskabte ret består som anden ret af generelle forskrifter, regler, retningslinier og standarder. Disse forskrifter lanceres som forudsætninger for afgørelsen i den juridiske del af begrundelsen. Forskrifterne er ikke ubetinget bindende i fremtiden.[6] Retskraftvirkningen er kun knyttet til afgørelsen af den foreliggende tvist. Dommerskabt ret eller præjudikatsret bevarer derved en større fleksibilitet end lovgivning. Retsdannelsen fremgår alene

3. Ankenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene – landsret og Højesteret. Kendelserne om benzinhandelen blev ikke søgt anfægtet, formentlig fordi det ikke forventedes, at kendelserne ville blive ændret.

4. Medlemmerne af den kommission, der udarbejdede det endelige udkast til Code Civil var enige om, at ikke alt kan forudsiges, og at positive regler aldrig helt vil kunne gøre en selvstændig bedømmelse af berettigelsen af stridende parter krav overflødig, således som det bl.a. fremgår af følgende ofte citerede udtalelse af *Portalès*: »Le cours de la justice serait interrompu, s'il n'était permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après un texte précis: c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances, au contraire il les suppose«, *P. Fenet*: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Tome VI s. 20.
5. At opgaven for la Cour de Cassation alene blev annulation (cassation) af domme, der anvender retsreglerne urigtigt eller forkastelse af appellen af de domme, hvis retsanvendelse af korrekt (rejet), udspringer af samme syn på forholdet mellem lov og dom som le référé législatif, sml. *Ghestin*: *Traité de Droit Civil*, bind I, 2. udgave no. 320 og 408. Se også *Ross*: *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, s. 34 ff.
6. Judge-made law i jurisdiktioner, hvor præjudikater anses som bindende, er her ladet ude af betragtning.

af en præmis om retstilstanden, som kan udformes så forsigtigt, som det er foreneligt med kravene om, at retsafgørelser bliver til som et resultat af regelanvendelse, og at retsafgørelser er begrundede (Retsplejeloovens § 218), og disse krav er rummelige nok til at undgå at fremtvinge en formulering, som retten ikke mener at kunne stå inde for.

De franske praktikorienterede jurister fik udvirket, at le référé législatif blev ophævet. Erfaringen havde hurtigt vist, at udsættelse af retssager på vedtagelsen af nødvendig lovgivning var uhensigtsmæssig. Ophævelsen blev i Code Civil udtrykt indirekte ved at forbyde dommerne at erklære sig ude af stand til at træffe afgørelse i sager, som rejser tvistepunkter, der er uomtalt i lovbogen. Det siges truede i art. 4, at »Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice«.

I efterkrigstidens Frankrig har det under indtryk af syndfloden af retsforskrifter, som ofte er tilbageværet i hast og er vanskeligt forståelige, været overvejet at genoplive *lex arrêts de réglemant* (generelle forskrifter udstedt af domstolene under l'ancien régime). Forslaget er ikke gennemført. I Danmark har det vist sig praktisk på dommermøder at vedtage vejledende retningslinier om visse spørgsmål, f.eks. – før Erstatningsansvarsloven – takster for godtgørelse for svie og smerte.[7]

I Frankrig har det også været overvejet at give domstole adgang til at forelægge retsspørgsmål for Cour de Cassation – på samme måde som spørgsmål vedrørende fællesskabsretten kan forelægges for domstolen i Luxembourg og statsdomstole i USA kan få besked om federal law ved et »certified question« til en forbundsdomstol.

Gennemførelsen af forslag som de franske ville understrege den øverste domstols stilling som assisterende lovgiver. Forslagene er imidlertid ikke blevet gennemført, fordi siger *Ghestin* (no. 459), »Dé-

tachée des procès qui lui servent de support et de guides, l'interprétation judiciaire, fût-elle celle de la Cour de cassation, perd sa justification essentielle et ses qualités spécifiques«.

Også senere teoretikere har beskæftiget sig med betydningen af, at et retssystem er tavst om et givet spørgsmål, f.eks. om den mulige retlige betydning af undladt reklamation over for en ordrebekræftelse. Mens det praksisnære svar i Code Civil art. 4 er, at domstolene skal afhjælpe retssystemets utilstrækkelighed med dommerskabt ret, har teoretikere tumlet med spørgsmålet, om tavshed i retssystemet er udtryk for mangel af en tilfredsstillende regel eller for mangel af regel overhovedet. Nogle teoretikere holder – ud fra en strikt positivisme eller normlogik – for, at huller i retssystemet ikke kan forekomme. Huller i et retssystem er begrebsmæssigt udelukket. Ræsonnementet, der synes uden værdi, allerede fordi det forudsætter, at ethvert retssystem indeholder en regel som Code Civil art. 4, lyder: Et krav er enten hjemlet eller uhjemlet i systemet. Manglende hjemmel fører ikke til et non liquet, men til frifindelse.[8] Denne påstand stemmer godt overens med juridisk praksis på områder, som er domineret af lovgivning: Konstateres det i en straffesag, at der ikke er hjemmel for at idømme straf for den handling, som er genstand for tiltalen, skal tiltalte frifindes, jfr. Straffelovens § 1. Påstanden går også an, hvor der klart er tale om at acceptere eller forkaste et krav ud fra subsidiære retskilder. Den, der er kommet til at forårsage skade under en selskabelig sammenkomst, er ikke ansvarlig for tabet og skal altså frifindes for erstatningskrav. Erstatningsrettens ulovbestemte regler hjemler ikke ret til erstatning for hændelige skader forvoldt under almindeligt dagligdags samkvem. Ræsonnement og påstand er derimod uanvendeligt i tvister, der ikke kan siges at angå anerkendelse eller forkastelse af et bestemt krav. Hvem af parterne skal der f.eks. gives medhold i en tvist om, hvorvidt staten kan holde en entreprenørs vederlag for sit arbejde tilbage til dækning af restskat, eller om en ordning, der ligner, men ikke er identisk med lovgivningens ejerlejligheder, rammes

7. Generelle udtalelser fra Dommerforeningen eller fra Justitsministeriet efter høring af foreningen har undertiden – praktisk set – bindende virkning. – Enkelte af de uddybende kommentarer til højesteretsdomme indeholder en bredere begrundelse end selve dommen. I kommentaren til UfR 1984.1098 H antydes eller angives f.eks. en generel formel for personskadeerstatninger for skader før Erstatningsansvarslovens ikrafttræden som en nærliggende tanke. Senere er tanken fæstnet i en dommervedtagelse, jfr. *Gomard og Wad: Erstatningsopgørelsen*, 1985, s. 173.

8. *Ross: Folkeret*, 5. udgave 1976, s. 312 f med henvisninger til samme forfatters tidligere værker. Hertil kan føjes den mere livsnære skildring i *Ret & Retfærdighed* s. 118 f. Af andre forfattere, der har udtalt sig om emnet, kan nævnes *Stig Strömholm: Rätt, Rättsskällor och Rättsstillämpning*, 2. udg. 1983, s. 362 ff og dertil *Gram Jensen: Hvad er retfærdighed*, 1983, s. 75 ff.

af begrænsningerne i Ejerlejlighedsloven om opdeling af ejendomme i ejerlejligheder? Heller ikke sådanne tvister må domstolene vise fra sig som værende uløselige efter gældende ret (non liquet). Det enkelte teoretiske ræsonnement er uanvendeligt i tvister, hvor det ikke på forhånd kan siges, hvilket af parternes modsatrettede krav, der kræver særlig hjemmel, og hvilket der stemmer overens med naturtilstanden.[9] Kræver det særlig hjemmel at tillade eller at udelukke modregning, hvor tilgodehavende og gæld tilkommer og påhviler forskellige grene af det offentlige, koncernforbundne selskaber eller personer, der står hinanden nær? Realiteten er, at det er uhensigtsmæssigt, om retten skulle udsætte sager, der rejser alvorlige og vidtrækkende tvivlsspørgsmål, på vedtagelsen af ny lovgivning eller evt. udtalelser i anden form fra lovgivningsmagten, sml. nedenfor i note 14. Dette resultat er ikke den nødvendige følge af et normlogisk ræsonnement men af en hensigtsmæssighedsovervejelse. Skal livet kunne gå videre uden for store afbræk, må man følge en regel som Code Civil art. 4.[10] Domstolene skal træffe afgørelser, også når dette kræver retsskabelse i retsanvendelsen. Lovgivningsmagten er friere stillet. Den kan f.eks. beslutte at gribe ind ved at skaffe hjælp til ofrene for en katastrofe såsom en oversvømmelse eller et skibsforslis, uagtet disse efter domstolenes mening ikke har krav på kompensation efter gældende ret, heri inklusive muligheden af dommerskabte justeringer og suppleringer. En ydelse af rene begunstigelser med tilbagevirkende kraft skal finansieres, men støder ikke an mod retsideologien, sml. nedenfor ved note 45.

4. Love og lovbøger skrives ud fra den indsigt og den

9. Denne kritik har i virkeligheden generel rækkevidde. Straf og erstatningsansvar kræver, ved vi, hjemmel, men denne viden beror på vort retssystems indhold. Hvor valget mellem frifindelse og domfældelse er frit, kan grunden til, at dommeren kan nå et resultat, kun findes i, at han efter art. 4 eller en tilsvarende dansk regel har pligt til at fastslå et resultat. Det teoretiske ræsonnement yder intet bidrag til Portalis' og hans kollegers praksisnære anbefaling af en regel som art. 4.
10. Retsplejeloven anerkender i § 345 udsættelse for at afvente en administrativ eller retlig afgørelse f.eks. efter EØFT art. 177, der vil kunne få indflydelse på sagens udfald. Afventning af ny lovgivning er ikke nævnt i § 345. En ny lov er uden betydning for forhold ældre end loven.

forudseenhed, som dens forfattere kan mønstre. Som tiden går, sker der uforudsete ændringer i de forhold, som reguleres af lovbestemmelserne. Også forståelsen og vurderingen af de relevante forhold ændrer sig. En lov om samme emne udarbejdet på et senere tidspunkt ville få et andet indhold. En gammel lov må forventes at ville blive ændret, når eller hvis den kommer til revision. I 1904 fejredes 100 året for Code Civil. Den daværende første præsident for la Cour de Cassation M. Ballot-Beaupré udtalte i sin hyldesttale bl.a., at dommeren, hvor lovbogens tekst ikke er klar »a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel articles: *il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux*: il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique & social de la France, la justice & la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités & aux exigences de la vie moderne«. Livre du Centenaire, Paris 1904, bind 2, s. 27. Det må være en nærliggende tanke for dem, der med den franske école de l'exégèse opfatter det som fortolkningens selvfølgeligste opgave at finde frem til lovgivers vilje,[11] at den nuværende lovgivers vilje er nok så interessant som den tidligere, og at denne vilje bør følges, for så vidt dens indhold kan fastslås. Denne tanke har særlig vægt ved tolkningen af gamle lovtekster, og tanken var således velanbragt ved en lovbogs 100-års jubilæum.

Gennemsnitsalderen for love er vistnok ret lav i Danmark sammenlignet med mange andre lande. Den danske Grundlov indeholder imidlertid adskillige bestemmelser, som er gamle. Forfatningsbestemmelser ændres ikke så let som almindelige love. Ernst Andersen har i Forfatning og Sædvane, 1947, fremhævet nødvendigheden af at »omfortolke« bestemmelser i Grundloven, således at deres indhold tilpasses senere tiders ønsker og behov.[12] Danske statsretlige forfattere og domstolene synes enige om, at der bør tillægges Grundlovens bestemmelser om friheds- eller menneskerettighederne en sådan fleksibilitet, at bestemmelserne ikke eller kun undtagel-

11. Se om l'école de l'exégèse f.eks. Ghestin: *Traité de Droit civil*, bind 1, 2. udgave no. 144.

12. Sml. hertil Ross: *Statsforfatningsret I*, 3. udgave, s. 52 ff.

sesvis udgør en spærring for den lovgivning, som et folketingsflertal ønsker at gennemføre.

Anerkendelsen af, at fortolkning af bestemmelser i Grundloven og andre lovregler med mange år på bagen ikke kan begrænses til afdækning af en historisk sandhed, men at fortolkningen også må tage hensyn til senere tiders forhold og opfattelser, er imidlertid ikke ensbetydende med, at det nuværende folketingsflertals opfattelse skal lægges til grund i alle forhold, hvor den er kendt på grund af udtalelser herom eller på grund af en sikker formodning.[13] Retssikkerheden kræver, at etableret ret følges, indtil den ændres ved ny lovgivning eller – men kun under særlige omstændigheder – ved ny retspraksis.[14]

Forbindelsen mellem retslære og ret i praksis er undertiden spinkel, men en nylig (den 22. maj 1985) af Vestre Landsret afsagt dom illustrerer rækkevidden af den gamle franske retspræsidents tanke om at søge støtte i en gisning om, hvad lovgiveren ville have foreskrevet i dag, om han havde beskæftiget sig med emnet. Problemet i sagen for Vestre Landsret var, om reglen i Ligningslovens § 15, der hjemler fremførelse af underskud til senere indkomstår, skal anvendes efter sin ordlyd, eller om det i reglen bør indlægges, at en fritagelse for gæld, som indgår i underskuddet, uden at der herved fremkommer en skattepligtig indtægt, in casu ved akkord, skal fragå i det skattemæssige underskud, der kan fremføres. Sagen angik beregningen af en skatteydere negative indkomst med henblik på udbetaling af negativ indkomstskat efter lov nr. 63 af 10. marts 1982. To landsdommere fandt, at der hverken i § 15's ordlyd, dens forarbejder eller hidtidig praksis er grundlag for at nedsætte det skattemæssige underskud med eftergivne gældsposter, som er indgået i dette underskud. Dette standpunkt

13. Der eksisterer i øvrigt langt fra altid en historisk sandhed om de spørgsmål, retsanvendelsen skal bruge svar på, og gisninger om, hvad vore forfædre ville have ment, hvis de havde været konfronteret med vore problemer, er usikre og uden betydning for retsanvendelsen. Det er omsonst at gisne om, hvad Grundtvig ville have ment om grundlovsfæstelse af ytringsfrihed også i radio og i TV (Grundlovens § 77), dersom han havde forudset opfindelsen af disse indretninger.
14. En folketingsbeslutning om, at tinget ønsker sig forelagt et lovforslag med et bestemt indhold, har ikke umiddelbart virkning som lov. Landsbevillingsnævnet under loven om restaurations- og hotelvirksomhed har nylig måttet tage stilling til, om regerings og Folketings de facto accept af forholdene på Christiania-området kunne begrunde en bortseen fra de normale betingelser for opnåelse af bevilling. Sml. om spørgsmålet Ross: Statsforfatningsret I, s. 43 note 10 og *Espersen* i F 1985.116 ff.

stemmer også bedst overens med UfR 1980.566 H om anvendelsen af § 15 i konkurs.[15] En dissenterende dommer kom til det modsatte resultat. Det ville være åbenbart urimeligt, udtalte han, ikke at reducere det skattemæssige underskud med eftergivelsesbeløbet. Tanken er vel, at skatteyderen ellers ville få både i pose og sæk: Støtte ved akkord og støtte ved negativ indkomstskat. Den dissenterende dommer tilføjer, at havde spørgsmålet om underskudsfremførsel »i sådanne situationer ... været overvejet i forbindelse med udfærdigelse af Ligningslovens § 15, må det antages, at loven ville være blevet udformet således, at det nævnte åbenbart urimelige resultat ville være blevet undgået«. Dissensen er interessant. For det første, fordi den – endnu engang – demonstrerer, at spørgsmålet om, hvad der er rimeligt eller urimeligt, kan afhænge af bedømmeren. En akkord fritager skyldneren for den gæld, han ikke kan betale, og som i givet fald ville henstå som udækket efter tvangsauktion eller konkurs. Akkorden opfylder ikke uden videre behovet for støtte. Dissensen er tillige for det andet og især interessant, fordi den viser, at et ønske om at ville ligge på linie med den nuværende – faktiske eller formodede – opfattelse i lovgivningsmagten eller hos dennes flertal kun med betydelig forsigtighed bør bruges som retskilde. Dels er gisninger om, hvad lovgivningsmagten ville have gjort, usikre, dels kræver retssikkerheden som allerede nævnt, at den etablerede ret normalt følges, at der dømmes ikke i Folketingets (formodede) ånd, men efter de af dets flertal vedtagne lovtekster.

Generelt at ville korrigere lovgivningen efter, hvad der nu må anses for rigtigt, ville skabe en betydelig retsusikkerhed. End ikke en korrigerende lovfortolkning, der begrænser sig til at foretage oplagte ajourføringer eller rette åbenbare inkonsekvenser, lader sig i almindelighed gennemføre. Nutidig opfattelse er ikke et fast system, der som EF-ret og folkeret kan presses ind i den gældende ret ved hjælp af en fortolknings- og formodningsregel (Ross: Folkeret, 5. udgave s. 77 og 83). Et par eksempler til illustration.

Et aktieselskab, der er trådt i likvidation, kan kun få en vedtagelse om ophævelse af likvidationen registreret, dersom egenkapitalen udgør mindst 300.000 kr., jfr. Aktieselskabslovens § 126. Et aktieselskab, der har indgivet konkursbegæring, kan træde i virksomhed igen, hvis det opnår en tvangsakkord eller samtykke fra samtlige anmeldte kredito-

15. UfR 1983.793 har antaget, at efterstillede renter (Konkurslovens § 98) ikke kan fradrages i den skattepligtige indkomst for et insolvent aktieselskab under insolvenslikvidation. Dette resultat, der ikke synes oplagt efter den dagældende ret, følger nu af Ligningslovens § 5, stk. 7.

rer, uanset størrelsen af dets egenkapital, jfr. Konkurslovens § 144. Denne forskel mellem de to bestemmelser skyldes formentlig alene manglende koordination af forberedelsen af de to love,[16] men at udvide kapitalkravet i Aktieselskabslovens § 126 til også at gælde Konkursloven ved en fri analogi ville næppe være tilrådeligt. Begge lovbestemmelser er klare. Rettelse ville kræve stillingtagen til, hvilken lov der er udtryk for lovgivers virkelige mening, og bevis for at forskellen skyldes en betise. Selv om disse betingelser er opfyldt, ville, som også det følgende eksempel viser, at en så vidtgående korrektion af lovteksten skabe retsuvished.

Tinglysning af en stævning på en fast ejendom forudsætter, at sagen er »tingfæstet«, jfr. Tinglysningslovens § 12, stk. 4. Fastholdelse af begrebet tingfæstning i enkelte love er i almindelighed ikke velbegrundet, efter at begrebet er udgået af proceslovgivningen, og efter at forkyndelse – hvor kald og varsel ikke er frafaldet – besørges af retten (Retsplejelovens § 350). Ikke desto mindre henviste Østre Landsret i UfR 1984.865 over for tinglysningsdommerens overvejelser blot til ordlyden af § 12, stk. 4. Justitsministeriet har senere lovet at tage bestemmelsen op til overvejelse ved en passende lejlighed, jfr. FOB 1984.71.

Fastholdelse som sket i begge eksempler af det klare og éntydige sproglige indhold af en lovtekst, der nok kunne fortjene en fornyet overvejelse ved passende lejlighed, kan undertiden føre til højst u hensigtsmæssige eller urimelige resultater, der ikke harmonerer med anden lovgivning. I enkelte tilfælde har retspraksis taget sig en større frihed over for en ganske forældet og urimelig lovbestemmelse og afbødet et urimeligt resultat ved en omfortolkning. Et eksempel herpå er UfR 1980.84 H, som angik spørgsmålet, om en enkepension er arveafgiftspligtig efter Arveafgiftslovens § 5 a. Lovreglen omfatter ikke tjenestemandspensioner, og der kræves efter en administrativ praksis indledt i 1933 heller ikke arveafgift af pensioner efter generelle private pensionsordninger. Tilbage er individuelle pensioner. I UfR 1980.84 H reddede et flertal enken i den konkrete sag – og fremtidige enker der sidder i uskiftet bo – med en – anstrengt – fortolkning af reglerne om genstanden for uskiftet bo. Et mindretal var enigt i, at flertallets resultat i den foreliggende sag var langt rimeligere end det hidtil antagne, men mindretallet

ville dog fastholde lovens ordning, da flertallets fortolkning indebar en lovændring, og da »en hensigtsmæssig ordning af pensioners arveafgiftsmæssige stilling kun (kan) ske ved en ændring af den i denne henseende ganske forældede lovgivning«. Dette er også rigtigt, for så vidt som flertallets aktion ikke hjælper den enke eller enkemand, der har haft særeje, eller som ikke ønsker at hense i uskiftet bo. Her er hjælp gennem kreativ fortolkning næppe mulig, – og tilbage står at skulle sondre mellem pension og anden livsforsikring. I Betænkning nr. 1014/1084 (s. 70 og s. 136) stilles forslag om arveafgiftsfrihed for arv efter ægtefælle, en løsning der unægtelig ligger udenfor domstolenes rækkevidde. Som en løsning, der kunne nås gennem retsanvendelsen, ville ligestilling af individuelle pensionsordninger med kollektive ordninger nok være dristig, men måske dog ikke umulig. Fulgte vi de andre lande, der har en traditionel eller en vågnende aktiv brug af katalogen af frihedsrettigheder i Grundloven, kunne lighedsgrundsætningen (Den europæiske Menneskerettighedskonvention art. 14, tysk GG art. 3) måske tænkes at kunne bruges som retfærdiggørelse af resultatet, sml. nr. 11 nedenfor.[17]

5. De fleste, som har beskæftiget sig med almindelig retslære, har efter valget af eksempler til illustration at dømme navnlig haft privatretten for øje. Herved tilsløres, at retsdannelsen ikke sker på ganske samme måde på alle områder og i alle dele af retssystemet. Lovgivningsmagten har på de klassiske civilretlige områder benyttet love bestående af regler, der har karakter af almindelige principper, som styringsinstrument, og denne del af lovgivningen er præget af, at de spørgsmål, den angår, har været drøftet i lang tid i juridisk teori og praksis og er lidet kontroversielle (eksempler: Købelov, Aftalelov, Kommissionslov, Gældsbrevslov). Supplerende retsdannelse i retsanvendelsen støder derfor ikke på store vanskeligheder eller betænkeligheder. Situationen er anderledes på offentlige forvaltningsområder. Opbygningen af myndighed og systemer kan kun ske på grundlag af positive regler. Indholdet af disse regler er ikke en videreførelse i lovsform af nedarvede retsgrundsætninger. Det samme gælder mange regler om materiel forvaltningsret. Skatteretten må nød-

16. Jfr. således *Græsvænge m.fl.*: Aktielovskommentaren, 3. udgave s. 370.

17. Arveafgiftslovens § 5 a er omtalt i Betænkning nr. 1014/1984 s. 112 ff, dommen i UfR 1980.84 H s. 114 og praksisændringen ved skrivelse nr. 344 og 345 af 30. december 1933 er omtalt s. 128.

vendigvis bygge på en omfattende og detaljerig lovgivning, der ikke giver noget vidt spillerum for selvstændig retsdannelse på andre grundlag, men kun for tilpasning af lovreglerne til praktisk anvendelse. Forvaltningslovgivningen skal opfylde et langt videregående krav om formel hjemmel end f.eks. formueretten. En kreativ fortolkning af forvaltningslovgivning vanskeliggøres foruden af reglernes karakter også af, at meningerne om, hvad der er rimeligt, er mange og forskellige, og af at afgørelserne i de få sager, der kommer til afgørelse ved domstolene, bør kunne fungere som rettesnor for et stort antal lignende sager. Nye love og lovændringer er hyppige på mange af forvaltningens områder. Alt dette taler for at følge en bogstavelig fortolkningsstil, og for at justeringer af hidtidig praksis normalt forudsætter lovændringer, og for at domstolene i deres praksis normalt afstår fra kursændringer.[18] Denne forsigtige linie anbefaler sig navnlig på områder, hvor konsekvenserne af forsøg på forbedring af retstilstanden ved en praksisændring i de sager, der indbringes for retten, er svære at overskue. Højesteret fastholdt i UfR 1980.566 H Ligningslovens § 15 efter dens ordlyd i konkurs, uanset at resultatet ikke kunne anses som rimeligt. Erindres må imidlertid at en justering, som i en verserende sag synes at have rimelighed for sig, ved den usikkerhed, den skaber, kan gøre mere skade end gavn. Interessante i denne forbindelse er dommene i UfR 1982.443 H (1982B.325) og 1983.318 H (1983B.259). I sagen fra 1982 foretog Højesteret en begrænsning i den hidtil fulgte praksis, hvorefter interessenterne i henseende til beskatning anses som ejere af ideelle anparter af interessentskabets aktiver, og forandringer af disse anparter som følge af køb eller salg, indskud eller udlodning anses som overdragelser. Allerede i sagen fra 1983 måtte der trækkes i land. Udlodningen fra et interessentskabs aktiver til dets interessenter betragtedes for de andeles vedkommende, som henregnedes til medejerne, som en overdragelse. Det er åbenbart vanskeligt at udarbejde et nyt system for interessentbeskatning være sig gennem lovgivning eller enkeltafgørelser. Ændringer i praksis ledet af, at konkret billighed med skiftende styrke taler for forskellige resultater, har ikke på dette område udsigt til at føre til en acceptabel generel ordning.

18. Forsøg på at ville forbedre retsstillingen kan let føre til en slingrende kurs og retsuished, som det bl.a. illustreres af dommene om beskatning af kursgevinster i TfS 1984.445 (Rechnagel), 1984.977 (Sønder) og 1985.701 (Reintoft).

6. Den almindelige retslæres teorier om rettens kilder og metode angår retsreglerne, ikke det praktiske arbejde med retssager. Den praktiske tilrettelæggelse af arbejdet og sagsbehandlingen styres imidlertid ofte af regler i instrukser, forretningsordener og lign. De regler, der findes i Retsplejeloven om det interne eller tekniske arbejde med sagerne, opfattes i et vist omfang som forskrifter af instruktorskarakter. Domstolene har ofte vist en pragmatisk eller afslappet holdning over for f.eks. brug af anke eller kære i fogedsager, uddybning af begrundelserne i principielle sager i efterfølgende artikler (kommentarer), den udbredte anvendelse af »tilkendegivelser« og tilrettelæggelsen af votering. Procesregler af teknisk karakter bør være et hjælpemiddel til at opnå rimelige afgørelser og behøver for at nå dette mål ikke samtidig være faldgruber for den, der blot udviser normal forsigtighed og påpasselighed, jfr. Gomard: Civilprocessen s. 25 og til illustration UfR 1984.968 H.[19] Retssystemet består foruden af materielle regler og regler om sagsbehandling også af regler om bevis. Bedømmelsen af bevisspørgsmålene har direkte og stor betydning for udfaldet af mange retstvister. Spørgsmålet om, hvorvidt og i hvor høj grad domstolene også ved fastsættelse af beviskrav (bevisbyrde) og bevisvurdering er eller bør føle sig bundne af regler er ikke afklaret.

Det er evident, at folks retsstilling ofte reelt eller praktisk set i høj grad afhænger både af de materielle regler, processuelle regler og af regler eller praksis om bevisvurdering. Denne afhængighed er i nogle tilfælde snart til fordel for en part i én position, snart for en part i en anden. Dette gælder f.eks. bevisregler om formodning for et sædvanligt handlingsforløb eller om skepsis over for, at en mundtlig aftale af større rækkevidde er kommet i stand. Andre bevisregler er derimod til fordel for parter i en bestemt position, f.eks. for skadelidte. En regel om ansvar for culpa har f.eks. ét indhold og rækkevidde, så fremt dom til erstatning kun gives, hvis der er fuldt bevis for skadevolderens skyld, og et andet, dersom der gives dom til erstatning, medmindre det er

19. Se hertil Riis i UfR 1985B.260. – Begrundelsen for at afsvække kravet om formel hjemmel (eller om »Gesetzestreue«) er ganske forskellig ved procesregler om teknisk eller praktisk sagsbehandling og ved regler af væsentlig betydning for bevisvurderingen. Kommentaren i UfR 1984B.289 til UfR 1984.81 H om anonyme vidner bliver ved at ville skære al »procesret« over én kam mindre overbevisende, jfr. nærmere nedenfor ved note 24.

(fuldt) bevist, at der intet er at bebrejde skadevolder. Udgangspunktet i dansk ret er, at skadelidte har bevisbyrden for culpa, men denne regel er i de senere år blevet ændret ved en række afgørelser i tilfælde, hvor skade opstår som følge af defekter ved varer eller anlæg, til hvis fremstilling og drift der kræves en betydelig teknisk eller anden kunnen, eller som følge af fejl ved fagligt kvalificerede tjenesteydelser.

Domstolene har i de senere år afgjort bevisspørgsmål i nogle af disse erstatningssager ud fra en formodning for, at skade skyldes fejl eller forsømmelser, som efter DL 3-19-2 eller på andet grundlag kan tilregnes producent, leverandør eller bruger, jfr. således UfR 1982.1111 H. Andre afgørelser har pålagt ansvar ud fra en sætning, som er mindre vidtrækkende, idet den kun angår causaliteten. Er et produkt eller anlæg behæftet med fejl, som kan volde skade, er producent, leverandør eller bruger ansvarlig over for den, der lider skade i forbindelse med brug af produktet eller anlægget, medmindre det godtgøres, at skaden ikke skyldes den påviste fejl, jfr. således UfR 1974.1014 H, 1982.50 H og 1983.801 Ø.[20] En lignende regel følges efter omstændighederne ved fagligt kvalificerede tjenesteydelser, f.eks. lægebehandling. Til fordel for at følge en sådan regel taler foruden hensynet til at yde skadelidte hjælp den enkle erfaringssætning, at ulykker aldrig sker uden grund og sjældent, uden at

nogen har begået en fejl. En modifikation eller forfining af denne »statistiske begrundelse« synes at have motiveret en undtagelsesregel: En producent eller leverandør af et anlæg, som har været i brug i lang tid, ifalder ikke ansvar, hvis der sker skade på grund af en fejl ved anlægget, hvis fejlen kan være (sandsynligvis er) opstået ved almindeligt slid, i hvert fald såfremt fejlen burde have været opdaget og afhjulpet ved almindeligt tilsyn og vedligeholdelse, jfr. UfR 1983.55 H og nu Produktansvarsdirektivets (85/374/EØF) art. 7, litra b. Bevisspørgsmålet i disse sager afgøres ikke ved en konkret vurdering af det førte bevis (»det findes efter den stedfundne bevisførelse tilstrækkelig godtgjort, at ...«), men ved at undergive bestemte typer af situationer en generel regel.

Det falder i øjnene, at mens Højesteret ikke har indladt sig på at statuere objektivt ansvar uden lovhjemmel i større omfang, har retten betragtet sig som friere stillet over for bevisspørgsmål og herved opnået i vid udstrækning at kunne komme til samme resultat, som en materiel regel om strikt ansvar ville have ført til. De grunde, der taler for at skærpe ansvaret ved ændring af bevisregler og ved ændring af de materielle regler er stort set de samme: Langt de fleste uheld må antages at skyldes culpa, mange har ansvarsforsikring, dækning af lidt flere skader fører ikke til drastiske præmieforhøjelse, de skadelidtes behov for hjælp er ofte stort, og dette behov er uafhængigt af, om uheldet skyldes culpa eller casus.

20. Den svenske Højesteret har i en lægemiddelsag (»Leomålet«) indtaget et andet standpunkt. »Domstolarna har i sådana sammanhang att ta ställning till frågor där full bevisning i vedertagen mening inte förebringas och ej ens är faktisk möjlig att framlägga. Förevarande mål åskådliggör de svårigheter som parter och domstolar kan ställas inför. Som huvudregel beträffande bevisbördan gäller att det åligger den skadelidande att visa sambandet mellan skadan och produkten. Det är emellertid angeläget att beviskravet inte sätts så högt att den skadelidandes möjlighet till gottgörelse blir illusorisk. I mål av denna art liksom i jämförliga sammanhang ter sig därför en lindning av beviskravet påkallad. Som HD i tidigare mål uttalat (se NJA 1977 s. 176 och 1981 s. 622) får det anses att den skadelidande i sådana fall fullgjort sin bevisbörda beträffande ett visst påstått orsaksförlopp, om detta framstår som klart mer sannolikt än någon förklaring till skadan, som lämnas av motsidan, och därtill även i sig är sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet«, NJA 1982.421, 482 f. Præmisserne synes at give udtryk for et modificeret »overvægtsprincip«, sml. Gomard: Civilprocessen s. 336.

Trafikansvaret er efter ordene i Færdselslovens § 101 et præsumptionsansvar. Dette ansvar er et kendt og praktisk vigtigt eksempel på, at en materiel retsregel gennem en udvikling i retspraksis af beviskravet har fået et andet indhold, end reglens ordlyd giver læseren indtryk af. Færdselsloven udtaler om beviset for culpa kun, at bevisbyrden påhviler ejer eller bruger. I mangel af anden forskrift ville man umiddelbart tro, at der herefter alene kræves normalt bevis. Vurderingen af beviset i den enkelte sag er ganske vist efter Retsplejelovens § 344 fri, men kravet til bevisets styrke kan ikke frit varieres fra sag til sag. Efter afgørelserne i UfR 1942.355 H og 1976.376 H kan der vanskeligt tænkes tilfælde, hvor køretøjets ejer eller bruger kan undgå ansvar efter Færdselslovens § 101 ved at føre bevis for, at den skete skade ikke kunne have været afværget ved god vedligeholdelse af køretøjet eller ved forsigtig kørsel.[21] Resultatet er blevet, at § 101 gradvis er blevet ændret til en regel om strikt ansvar. En ændring af Færdselslovens

21. Se hertil Gomard og Lise Skovby: Vejtransport af farligt gods s. 70 ff og Betænkning nr. 1036/1985 s. 31 ff.

materielle regel om trafikansvaret fra culpapræsumption til strikt ansvar ville ikke have været mulig gennem retspraksis. Reglerne om trafikansvaret har været drøftet og er blevet revideret flere gange. Først nu i 1985/86 synes et objektivt ansvar at ville blive gennemført ved lov på grundlag af et forslag herom i Betænkning nr. 1036/1985.

Det er ikke kun i Danmark, at domstolene behandler bevisregler med større frihed end materielle regler. I Tyskland er det således ofte blevet fremhævet, at domstolene ikke har mulighed for at indføre et objektivt produktansvar uden lovhjemmel, men at domstolene kan ændre deres praksis om bevisbyrden i sådanne sager. Denne mulighed har BGH udnyttet i 51 BGHZ 91, hvori bl.a. siges: »Wird bei bestimmungsgemässer Verwendung eines Industriezeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, dass das Produkt fehlerhaft hergestellt war, so muss der Hersteller beweisen, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft«.[22] En culparegel med omvendt bevisbyrde vil ofte tendere mod så streng en bevisbedømmelse af skadevolderen, at forskellen mellem et præsumptionsansvar og et strikt ansvar for et defekt (fehlerhaft) produkt er lille.

Den udvikling i erstatningsrettens bevisregler, som er sket, har sine gode sider, men det må ikke overses, at regler om omvendt bevisbyrde nu og da kan virke mindre tilfredsstillende. Domfældelse efter en regel om omvendt bevisbyrde indeholder en antagelse om, at sagsøgte, eller nogen han svarer for, måske har begået en fejl. Har ingen fejl kunnet påvises og tilregnelse sandsynliggøres eller bevises, har dommen lånt øre til en løs og belastende mistanke. Indholdet af en regel om »omvendt bevisbyrde« er forskelligt, eftersom hvor højt kravet til beviset sættes. Afskæres adgangen til modbevis ikke helt, undgås ikke et element af tilfældighed. En praksis, der let accepterer alle slags undskyldninger og forklaringer om årsagerne til, at et produkt eller anlæg havde en defekt eller om årsagsforbindelsen mellem defekt og en skade, som kan være forvoldt af denne, undgår næppe at komme til at følge en slingrende kurs eller at havne i tilfældigt gætteri.[23] Dette er

måske grunden til, at bl.a. fransk ret har foretrukket en regel om force majeure-ansvar fremfor præsumptionsansvar. På den anden side skabes med en regel, som indeholder en bevisbyrde, som ingen kan løfte, en kontrast mellem den juridiske og den statistiske hovedregel, der kan skabe retsuvidhed og utilfredshed.

Spørgsmålet om, hvorfor domstole både i Danmark og i andre lande har ment at kunne tiltage sig en større frihed over for bevisregler end over for materielle regler, har så vidt ses ikke været rejst. En grund kan være, at da mange spørgsmål vedrørende bevisbedømmelse nødvendigvis må ligge i dommerens hænder, findes bevis – i mangel af modstående positive regler – i det hele at burde være domstolernes domæne, også for så vidt angår ændringer af retstilstanden. Positive regler om bevis er fåtallige. Hovedbestemmelsen er den lovfæstede grundsætning om fri bevisbedømmelse i Retsplejelovens § 344, der omfatter både bevisvurdering og beviskrav. En grundsætning af så almen karakter til rettesnor på så vidtstrakt et område kan opfattes som en legitimation og opmuntring til retsskabelse i rets anvendelsen. Grundsætningen er imidlertid blevet til som et udsagn vendt mod fortiden, og sætningen er vel neutral over for valget af fremtidig retspolitik på bevisområdet. Grundsætningen er ikke udtryk for, at beviskrav (bevisbyrde) – i modsætning til materielle retsspørgsmål – bør bedømmes efter et konkret skøn og ikke efter generelle retningslinier. Grundsætningen om rimelig lighed for loven gælder også her. Bedømmelsen af bevisværdien af de bevismidler, som produceres af parterne eller i øvrigt står til disposition for retten, er derimod normalt ikke reguleret af regler. Strafferetsplejens regler om lægdommere især nævninger må bl.a. ses som et udtryk for tro på, at skøn ud fra almindelig common sense giver det bedste resultat på dette område. En anden – og bedre – grund til forskellig håndtering af bevis og af materiel ret er, at det er lettere at nuancere og modificere krav til beviset end at ændre indholdet af de materielle regler uden at måtte acceptere uoverskuelige konsekvenser som følge af kravet om ligearbetet bedømmelse af andre tilfælde, også tilfælde hvor den nye tendens viser sig ikke at have rimelighed for sig. En materielretlig kursændring giver større retsuvidhed end variationer i bevisbedømmelsen, men giver også større risiko for at blive presset til at acceptere uforudsete konsekvenser. Selv om f.eks. en tillem্পning af bevisreglerne om culpa og causalitet på en måde, der er gunstig for skadelidte,

22. Afgørelsen, der kaldes »Hühnerpestfall«, er omtalt i alle tyske fremstillinger af erstatningsret, f.eks. i *Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Besonderer Teil 12. Auflage s. 77 f.

23. Denne risiko undgås f.eks. næppe med en bevisregel, som den der er opstillet i den ovenfor i note 20 nævnte afgørelse i NJA 1982.421.

fremtræder som anvendelser af en generel regel og ikke som et konkret skøn, der er egnet for den konkrete sag, bevares der dog større fleksibilitet ved en kursændring i bevisreglerne end ved ændring i den materielle ret. En tredje grund kan være, at ændringer, der ikke let ville kunne accepteres af parterne og af interesserede kredse, om de skete abrupt, er godtagbare, om de indtræder som resultat af en gradvis, kontinuert udvikling. Bevisregler kan lettere end materielle regler gøres til genstand for en kontinuert udvikling (stramning). Endelig kan som en fjerde grund nævnes, at dommere har mulighed fremfor andre for at høste erfaring med at foretage vurderinger af beviser. Bevisspørgsmål er som allerede nævnt kun i beskedent omfang lovreguleret, og heller ikke den juridiske teori er nået langt med udformning af regler om bevis. Der er i de angelsaksiske lande, formentlig under indflydelse af juryprocessens særlige krav, udviklet udførlige regler om, hvilke bevismidler der er »admissible evidence«. Retstilstanden i Danmark er anderledes. Parterne er ikke afskåret fra at præsentere bevismidler, som kan være af tvivlsom værdi, eller hvis værdi er vanskelig at vurdere. Heller ikke førelse af beviser, som er blevet til i strid med eller dog uden hjemmel i Retsplejeloven eller anden lovgivning, er blevet nægtet.[24] Disse spørgsmål har navnlig betydning i strafferetsplejen. Dommerne har formentlig undladt at afskære parterne fra at benytte bevismidler, hvis betydning efter omstændighederne kan være vanskelig at vurdere, og som ikke burde være fremskaffet, fordi de har set sagens rette oplysning som et overordnet mål og ment, at også brug af bevismidler af en usædvanlig art undertiden kan bidrage hertil. De fleste dommere føler sig formentlig sikre på at kunne afgøre, om der kan tillægges de enkelte fremførte bevismidler vægt og i bekræftende fald hvor megen vægt, ved det samlede skøn over, om tiltaltes skyld må anses som fuldt bevist. Et usikkert bevismiddel kan lades ude af betragtning. Der er ikke grundlag for generelt at frakende visse kategorier af bevismidler (hear-say evidence, slægtninges forklaringer etc.) betydning som bevis. Sådanne tanker og tillid til erfaringer med bevisvurdering ligger måske bag afgørelsen i UfR 1984.81 H

24. Sml. bl.a. UfR 1971.280 H, hvor tiltalte urigtigt var blevet afhørt som vidne og UfR 1978.367 H om »agents provocateurs«. Ensidiigt indhentede erklæringer nægtes dog – i civile sager – som oftest benyttet som bevis.

(1984B.289), der med 5 dommerstemmer mod 2 accepterer førelsen af et »anonymt vidne« i særlige tilfælde, hvor beskyttelse af vidnet er påkrævet, og vidnet vanskeligt kan undværes.[25] Afgørelsen er blevet kritiseret fra flere sider, bl.a. i en udtalelse fra tre landsdommere, jfr. J 1985.273 med citater af tidligere debatindlæg. Kritikken rejser hjemmels-spørgsmål og henviser til retsplejens traditioner, men kaster ikke lys over grundspørgsmålet: Er dommere i stand til at bedømme, om det er forsvarligt bl.a. under hensyn til den øvrige bevisførelse og tiltaltes mulighed for at forsvare sig at tillægge et usædvanligt bevismiddel såsom et anonymt vidne betydning for afgørelsen af skyldsspørgsmålet. Et yderligere væsentligt spørgsmål er, om dette også gælder i en nævningsesag, hvor indsatsen fra fagdommerne – dommererfaringen – kun kan gribe ind gennem retsbelæring og efterfølgende kontrol (dobbelgarantien). Problemet om anonyme vidner og vidneforklaringer er drøftet i Betænkning nr. 1056/1985.

Meninger om vanskelige spørgsmål, som der ikke kan have nogen sikker viden om, er forskellige blandt dommere, som de er blandt andre menesker. Det er naturligt, at der kan opstå meningsforskel på grund af forskellig opfattelse af, hvilke mål der bør forfølges, og af hvilke midler der er tjenlige. Forskellige kritikere mener, så vidt ses, dels at fastholdelse af visse krav til bevisførelsen har en værdi i sig selv, uanset om en forsvarlig bevisvurdering i det enkelte tilfælde er mulig eller ikke, dels at dommere, der er enige med flertallet i UfR 1984.81, overvurderer deres evne til at bedømme et bevis under usædvanlige og vanskelige forhold. Rettens flertal i UfR 1984.81 må have følt sig sikker på, at ordningen kan administreres på forsvarlig måde, bl.a. fordi den ikke anvendes, hvor en sikker vurdering ikke skønnes mulig, og det hidtil har været en almindelig mening, at dommere – i givet fald Højesteret – er nærmest og bedst til at træffe retspolitiske afgørelser om bevisproblemer af denne karakter.[26]

25. Det oplyses i Betænkning nr. 1056/1985 s. 19 og i J 1985.279 note 1, at en klage fra den tiltalte i sagen over, at anonymiseringen af vidner havde krænket hans ret til »a fair trial« efter art. 6 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, er blevet afvist af Kommissionen som åbenbart ugrundet, jfr. art. 27.

26. Sml. også J. P. Andersen i UfR 1985B.164.

7. Tilblivelsesprocessen bag menneskers meninger og standpunkter unddrager sig sikker erkendelse. Erfarne dommere har undertiden – på grundlag af introspektion, må man tro – givet udtryk for, at domme bliver til på den måde, at dommeren først fastslår det fornuftige resultat og derefter udtænker en passende begrundelse. Der tænkes herved formentlig kun på sager, der ikke, som systemet er indrettet, er oplagte.[27] Den samme iagttagelse, som praktikere har givet udtryk for på denne måde, beskrives på andre måder af den almindelige retslæres teoretikere. Retskildelæren giver et vist spillerum for overvejelser over, hvilket resultat der må anses for bedst stemmende med forholdets natur. Pragmatiske faktorer, retsfølelsen eller retfærdighedsideologi spiller en rolle i fortolkning og i juridisk metode i det hele taget.[28] Teoretikere har med stor kraft vendt sig mod den opfattelse, at gældende ret altid entydigt skulle kunne udledes af rettens

kilder. Med ordet éntydigt sigtes her til en logisk deduktion. Der har måske især på det teoretiske plan været behov for et opgør med den overdrevne tro på lovgivningens og det juridiske begrebsapparats fuldkommenhed, som prægede den franske école de l'exégèse (Ghestin s. 99) og den tyske begrebsjurisprudens. Denne strid er imidlertid nu kæmpet til ende.

Fremstillinger af en almindelig retslære har ofte nøjet sig med at præsentere et retskildekatalog. Dette har vistnok to grunde. Den første og bedste af disse grunde er, at dyberegående redegørelser for brugen af retskilderne i de enkelte utallige – eksisterende og kendte, fremtidige og hypotetiske – tvivlsspørgsmål jo udgør en væsentlig del af selve den retlige dogmatik. Brugbar og god jus kræver indlevelse i de enkelte sagsforhold og deres problemer. Hvert tvivlsspørgsmål må behandles for sig. Samspillet mellem retskilderne er skiftende fra situation til situation. Så rigtigt dette end er, udelukker betydningen af det enkelte tilfældes egenart ikke, at også generelle synspunkter eller retningslinier kan have deres vægt, og retningslinier af almen karakter for retsdannelsen i praksis hører hjemme i en almindelig retslære. Den anden grund er mindre anerkendelsesværdig. Et krav fra nogle teoretikere om videnskabelighed i juraen (retsvidenskaben) og diskussionen omkring den rene retslære har været værdifuld ved sin stræben efter klarhed og stringens, men har haft en tendens til at begrænse interessefeltet for almen retslære til begrebsdannelser og begrebsanalyse. En anden betydningsfuld og interessant opgave for retslæren er imidlertid at undersøge og at angive retningslinier for beslutningsprocesserne bag den kreative retsdannelse, der sker ved brugen af retssystemet i praksis. Det er uhensigtsmæssigt med udgangspunkt i et aksiom om, hvilke krav der bør stilles til en videnskab, at kræve af retsvidenskaben, at indholdet af nøglebegreber om retskilder og gældende ret skal være verificerbare, og at interessefeltet derfor begrænses til beskrivelser af konstaterbare kendsgerninger.[29] En ren retslære – en retslære rensset for

27. *Illum*, der i *Lov og Ret*, 1945, s. 147-149 udtalte sig – på linie med Viggo Bentzon – med sympati om den erfarnes umiddelbare skøn, maner i UfR 1970B.256 efter gennemgang af en række domme til forsigtighed med at forlade sig på sit umiddelbare indtryk af en sag. Se også *Ross: Ret & Retfærdighed* s. 57 med note 4. – Vil man komme spørgsmålet nærmere, må der sondres. Mange spørgsmål løses ved analyse og rationelle overvejelser. En del overvejelser munder ud i et umiddelbart skøn. Den juridiske skoling og erfaringen kan ofte forfine skønnet ved at sikre, at de relevante faktorer udsorteres og vurderes, inden et irreduktibelt skøn over rimeligheden sættes ind.
28. Fortolkning forstår jeg som udfindelse eller fastlæggelse af betydningen af en tekst. Ikke alle retskilder består i fortolkning af tekster. Ved juridisk metode forstår jeg fremgangsmåder til udfindelse af gældende ret. *Ross* definerer i *Ret & Retfærdighed* s. 129 juridisk metode som de principper eller regler, der faktisk leder domstolene i den del af deres virksomhed, der består i at komme fra den almindelige regel til den konkrete afgørelse. Denne definition passer ikke godt på områder, hvor ingen anerkendte regler findes, og definitionen har ikke taget hensyn til, at der nu og da træffes »pionerafgørelser«, måske foreløbig af konkret eller singular karakter. Det er uhensigtsmæssigt at reducere begreberne gældende ret og juridisk metode til registrering af trufne afgørelser. Begreberne giver i så fald ikke plads for virksomhed, der udfoldes for at finde retningslinier på et område, som ikke har været genstand for retstvist. Se i øvrigt *Ross: Ret & Retfærdighed* s. 168 ff. *Stig Strömholm* diskuterer i *Rättskällor och Rättstillämpning*, 1984, 2. uppl. s. 263 ff, om der findes en eller flere juridiske metoder.

29. For *Ross* synes det at have været et aksiom, at retslæren skal være en videnskab af samme art som naturvidenskab, og at retslæren derfor må underordnes de krav om almen gyldighed, konstaterbarhed og verifikation, som det er naturligt for naturfag at stille til videnskabelige undersøgelser. Se f.eks. *Ross: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, 1934, s. 135-139, samt *Ret & Retfærdighed* bl.a. s. 19 f og s. 462. – En overvejelse

vurderinger og hensigtsmæssighedsovervejelser – har kun en begrænset interesse. Retsanvendelsen må for at kunne nå et resultat, og et resultat der vil kunne godtages som tilfredsstillende, nødvendigvis bygge også på overvejelser over rimelighed og hensigtsmæssighed. Sådanne overvejelser er derfor for så vidt retskilder. Overvejelserne fører imidlertid – som bl.a. dissenserne i et betydeligt antal domme er vidnesbyrd om – ikke altid alle til samme resultat. Et juridisk ræsonnement om, hvad der er indholdet af gældende ret, er ikke i almindelighed éntydigt på samme måde som en logisk slutning.

At juridiske ræsonnementer ofte ikke er éntydige, er ikke ensbetydende med, at retsdannelsen i retsanvendelsen ikke følger nogle faste almindelige retningslinier overhovedet, og at en retskildelære eller juridisk metode derfor kun kan være deskriptiv, bestå i en registrering af hidtidige afgørelser, eller, om man vil, i at holde et spejl op for beslutningstagerne. Retslæren får en særlig interesse, når den optager til undersøgelse og debat, om der kan eller bør opstilles generelle retningslinier for valget af løsning i retsanvendelse, hvor valget ikke er givet i kraft af lovgivning, fast praksis eller tradition. Det bør være en hovedopgave for den almindelige retslære at undersøge, om der kan opstilles generelle retningslinier for den retspolitiske virksomhed, som udøves af de retsanvendende myndigheder i deres virksomhed. I de sidste afsnit af bogen om Ret & Retfærdighed beskæftigede Ross sig med dette spørgsmål, men hovedindholdet af afsnittene er en konstatering af – eller et postulat om –, at diskussion

af, om dette udgangspunkt er holdbart, kan vistnok føre til en rummeligere opfattelse. Verifikation er et naturligt kriterium i en grundvidenskab om retsregler som sociologisk fænomen, men funktionsduelighed er et mere relevant kriterium i en anvendt videnskab om retsordenen som et arbejdende system. En sammenligning med humanistiske fag er mere nærliggende end en sammenligning med naturfag. Sproget ligner juraen i, at udviklinger (standpunkter), der fastholdes og accepteres, er eller bliver rigtig sprogbrug. Historiske fremstillinger af, hvordan bl.a. moderne dansk sprog, litteratur og ret har udviklet sig, er interessante. Konstatationer af fakta spiller en fremtrædende rolle i fremstillingerne, og disse kan for så vidt verificeres. Juraen er imidlertid karakteristisk i forhold til andre fag ved, at hovedinteressen knytter sig til, hvilke retningslinier der vil blive fulgt i fremtiden. Indholdet af ikke-eksisterende afgørelser kan ikke konstateres, men det har god mening at undersøge både hvilken vej udviklingen bør og må forventes at gå.

om og udpegning af mål og midler for retspolitikken i retsanvendelse ikke er en videnskabelig virksomhed (Ret & Retfærdighed bl.a. s. 421 og s. 428 f). Dette er måske grunden til, at beskrivelserne af den eller de kreative faktorer, der har betydning for retsskabelsen i praksis veksler på vejen gennem bogen, uden at opgaven med at rubricere og præcisere indholdet af disse »faktorer« tages op: En ideologi der lever i juristers sind, pragmatiske faktorer, samfundsnytte (utility) retsfølelse, retfærdighed. Faktorerne er i virkeligheden mange og indbyrdes ganske forskelligartede fænomener, der ikke kan sættes i samme bås.[30] En vis rendyrkning og indbyrdes adskillelse f.eks. mellem afvejning af reale grunde i et utilitarisk ræsonnement, konfrontation med retsfølelse og retfærdighedstrang lader sig nok gennemføre. Det er i øvrigt ikke altid let at afgøre, om Ross' kraftige afstandtagen f.eks. fra dem, der som *Knud Illum* har tillagt retsfølelsen væsentlig betydning, er en afstandtagen fra, at retsfølelsen faktisk har betydning for retsdannelsen eller fra, at retsfølelsen kan være genstand for et videnskabeligt studium. Spørgsmålet om, hvilken rolle der bør tilkomme retsfølelsen, er per definition udelukket fra fremstillingen i Ret & Retfærdighed (s. 472).

Læseren af Ret & Retfærdighed efterlades i et dilemma: Indholdet af begrebet gældende ret er forudsigelser (gisninger) om udfaldet af afgørelser af hypotetiske eller faktiske retstvister eller vel snarere af indholdet af de regler, der må antages at indgå som den retlige præmis i afgørelserne.[31] Retsanvendelsen er kreativ. Forudsigelser kræver derfor indsigt i det kreative element eller i retspolitikken i retsanvendelsen. Dette element lades imidlertid uanset sin betydning ude af betragtning (hertil »udkræves studier af en ganske anden art end de retsvidenskabelige«, s. 58). Værket slutter med at fastslå, at juristen som retspolitiker kun har den rolle, at han som andre teknologer stiller sin viden og kunnen til rådighed for andre (s. 472). Denne beskrivelse passer i bedste fald kun på juristen i rollen som konsulent, men ikke på jurister som udøvere af dømmende og administrerende virksomhed. Aksiomet om en

30. Et forsøg på at præcisere indholdet af begrebet retsbevidstheden med særlig henblik på strafferet og kriminologi er gjort af *Dag Victor* i Forhandlingerne på det 29. nordiske juristmøde, 1981, del II s. 151 ff.

31. Ross' fremstilling i Ret & Retfærdighed s. 55-58 sætter lighedstegn mellem præmis og konklusion: »Kan vi forudsige de retlige præmisser, kan vi også forudsige konklusionen«.

videnskabelighed og om dennes krav har - som hos tilhængerne af den rene retslære - lukket retsdannelsens interessanteste spørgsmål ude fra retsvidenskabens.

8. Retskilderne rubriceres i retslæren efter deres fremtrædelsesform som formulerede, generelle regler i lovgivning og administrative forskrifter, som præjudikater,[32] som vidnesbyrd om sædvaner og kutyper, og som overvejelser over eller anbefaling af den efter forholdets natur bedste løsning. Retskilderne er grundlaget for opstilling af den eller de retssætninger, som er nødvendige for at begrunde afgørelsen. Den motivation, den opfordring eller det argument, som en retskilde indeholder til at nå et bestemt resultat, er af forskellig art. En formuleret regel, en afgørelse i en lignende tvist eller et vidnesbyrd om en sædvane eller kutyme er rettesnore, som med større eller mindre autoritet kræver eller opfordrer til at blive fulgt. Forholdets natur er derimod en betegnelse for overvejelser, som ikke består i henvisninger til påbud i lov eller praksis, men i en argumentation for eller påvisning af, at en bestemt løsning er god eller optimal, fordi den fremmer anvendelsen af midler eller realiseringen af mål, som er ønskelige. En klar lov, praksis eller sædvane rummer et påbud eller en motiverende kraft, som bygger på autoritet. Forholdets natur er en retskilde af en helt anden karakter. Dennes indflydelse beror ikke på autoritet, men på argumenternes evne til at overbevise om en given løsnings rigtighed eller fordele. Beslutningsprocessen er helt forskellig, alt efter som retskilden består i et påbud, der bygger på autoritet eller i en anbefaling af et bestemt resultat som ønskeligt. Anbefalingen af et resultat som ønskeligt kan enten bygge på et rationelt utilitarisk ræsonnement (pragmatiske faktorer eller reale grunde), på den gennem juridisk praksis skolede retsfølelse eller - som noget forskelligt herfra - på en umiddelbar retfærdighedstrang. En anbefaling af en bestemt løsning kan godt kombineres med de autoritetsbundne retskilder, idet den f.eks. ledsages af en henvisning til, at sådan har man tidligere gjort i lignende tilfælde, eller til at sådan opnår man den bedste konsekvens og harmoni i retssystemet.

En rubricering af retskilderne er nyttig og nødven-

dig til klargørelse af tanken og som udgangspunkt for undersøgelser af enkeltheder omkring forskellige retskilder. Rubriceringen af retskilderne i grupper må imidlertid ikke fordunkle, at der som oftest samvirker flere retskilder i beslutningsprocessen bag afgørelserne i de principielle, praksisskabende sager, i hvert fald på den måde at lovgivningen sætter en ramme, inden for hvilken retsanvendelsen er henvist til at virke. Retspolitikken skal ikke selv sætte helt nye mål.

Interessen for det kreative element i retspraksis er naturligt nok stor, - men de principielle sager udgør et mindretal. Anvendelsen af lovregler og praksis i den brede strøm af afgørelser, som ligger i faste rammer, har normalt en ganske enkel karakter. Talrige færdselssager, inkassosager m.m. kan, når faktum er afklaret, afgøres ud fra en fasttømret syllogisme.

9. Retslæren er den almindelige del af læren om regler og retningslinier. Den beskæftiger sig med retlige spørgsmål af almen karakter, med de generelle faktorer som kan sættes uden for parentes. Et af dens interessanteste spørgsmål er, hvilken politik eller hvilke retningslinier der faktisk følges eller burde følges i tilfælde, hvor retstilstanden ikke er fastlagt i lovgivning eller praksis. En politik har sit grundlag i et program, d.v.s. i en samling af angivelser af mål og midler, som tilhængere af denne politik selv følger eller ønsker fulgt af andre. Programmer for politiske partier kan gå ind for vidtrækkende reformer og brud med fortiden og er derved væsensforskellige fra et retspolitisk program. Retspolitikken er et middel til at få den gældende ret, som den fremtræder i lovgivning og hidtidig praksis, til at fungere bedst muligt ved at tilpasse regler og synspunkter og ved at indtage nye standpunkter, som stemmer overens med eller er i forlængelse af lovgivning og retstradition. Programmet for retspolitikken er hverken konservativt eller omvæltende i partipolitisk forstand. Retspolitikken følger på sit område den almindelige politiks overordnede mål. Dette har f.eks. været tilfældet ved den udbygning af den sociale sikkerhed, der er sket ved tilpasning af erstatningsretten,[33] og ved den opblødning af

32. Med præjudikat menes ikke selve den retskraftige afgørelse af tvisten, men den eller de forudsætninger om indholdet af generelle retsregler, der indgår som led i begrundelsen af afgørelsen.

33. Domme fra lande, der benytter en mere åben begrundelsesstil end danske domstole, har jævnlig givet klart udtryk herfor. Således hedder det i NJA 1977.538, der - som noget nyt - pålagde en importør/forhandler medhæftelse for producentens produktansvar: »Åtmin-

grundlovsbeskyttelsen af ejendomsretten, der har gjort det muligt at gennemføre indgreb som f.eks. huslejeregulering, fredning og zonetilrettelæggelse ved almindelig lov.

I et program for domstolenes retspolitik er det den resultatorienterede type af retskilder som især interesserer. Programmet kan udpege visse resultater eller mål som attraktive. Det kan også indeholde angivelser af almindelige principper for valget af mål og midler, f.eks. et forsigtighedsprincip som nærmere omtalt nedenfor i nr. 10.

10. Selv om domstolenes funktion delvis er retsskabende, er deres rolle i retsdannelsen dog en væsentlig anden end Folketingets. Folketinget er indehaver af lovgivningsmagten. Dets medlemmer er valgt af landets befolkning med henblik på at udøve denne magt. Domstolene er indehaver af den dømmende magt og udøver den funktion på grundlag af lovgivningen. En retsskabende funktion indgår kun i den dømmende magt i det omfang, det er nødvendigt, for at retsplejen kan fungere på tilfredsstillende måde. Retsskabelse gennem afgørelser i enkeltsager har en fordel fremfor lovgivning i kraft af sin virkelighedsnærhed, men det, at virksomheden udøves som et led i arbejdet med de sager, der kommer frem til afgørelse, medfører også nogle begrænsninger. Dette er nærmere omtalt i nr. 12. Den ordning af statsmagternes adskillelse, funktion og indretning, som er fastlagt i Grundloven, gør det naturligt, at den judicielle retspolitik begrænses til supplerende af utilstrækkelige regler og udfyldning af tomrum i retssystemet. Domstolene har ikke noget politisk mandat og bør derfor såvidt muligt undgå i deres afgørelser at tage stilling til spørgsmål, som kan og bør afgøres af lovgivningsmagten. Graden af tilbageholdenhed, som bør være følgen heraf, afhænger af, om lovgivningsmagten eller den politiske debat har beskæftiget sig med eller vist interesse for et emne eller ikke og af, om emnet som eksempelvis bevis (omtalt ovenfor i nr. 6) og spørgsmål af retsplejeteknisk karakter må anses som egnet til regulering

stone när det som här gäller en produkt afsedd att användas för enskilt bruk får det anses påkallat, att en näringsidkare, som importerar en i utlandet tillverkad produkt och för ut den på svenska marknaden, blir ansvarig för skada orsakad av sådana brister i produktsäkerheten som enligt det förut sagda skulle medföra skadeståndskyldighet för tillverkaren. En sådan ordning stämmer väl med senare års utveckling på konsumentskyddets och skadeståndsrättens områden».

gennem retsanvendelsen, eller om det ikke er egnet hertil, fordi en tilfredsstillende ordning kun kan opnås ved hjælp af tekniske, præcise regler, ved en samlet omfattende regulering eller ved udbygning af administrationsapparatet, jfr. herved diskussionen omkring UfR 1982.24 H om modregning over for det offentlige ovenfor i nr. 2.

Domstolene bør ikke i almindelighed søge at foregribe en forventet nyordning på områder, hvor der arbejdes med ny lovgivning. I NJA 1982.380 siges herom: »Visserligen kan, framför allt på personskadeområdet, en utveckling sägas vara på väg mot strikt produktansvar. Med hänsyn till att frågor om strikt produktansvar för närvarande övervägs inom lagstiftning bör dock på saksskadeområdet, i allt fall beträffande förhållanden mellan näringsidkare, inte nu genom afgörande i rättspraxis föregripas vad en lagstiftning på området kan anses böra innehålla.«.[34]

En betydelig tilbageholdenhed – eller et stærkt krav om hjemmel – er indiceret for så vidt angår indgreb i borgernes frihed og ejendom.[35] En række domme har klart givet udtryk for, at forvaltningen kun kan foretage væsentlige indgreb i borgernes retsstilling, dersom indgrebet har hjemmel i lov, og at denne nødvendige hjemmel ikke i almindelighed bør udbygges eller erstattes af dommerskabt ret. Et eksempel på en sådan dom er UfR 1985.125 H, om hvorvidt en kommunalbestyrelse kan hindre, at lokaler, der har været benyttet til erhverv, fremtidigt udnyttes til et andet erhvervsformål end hidtil. Dommen konstaterer, at et sådant indgreb falder udenfor ordlyden af Kommuneplanlovens § 45 og udtaler, at udøvelsen af en sådan vidtgående beføjelse for kommunalbestyrelsen måtte kræve lovgivningsmagtens medvirken, d.v.s. hjemmel i en lov.[36] Det spiller for sådanne afgørelser – bortset fra nødtilfælde – ingen rolle, om retten finder, at

34. I Tyskland har BGH derimod i flere tilfælde støttet sig til lovforslag, som (endnu) ikke er fremsat og vedtaget, jfr. som eksempel WM 1980.589 om, at lån ydet af en selskabsdeltager, der har en stor andel af indskudskapitalen, til sit ikke længere kreditværdige anpartsselskab (GmbH), står tilbage for anden gæld i konkurs. Dommen foregreb de regler om emnet, som nu findes i GmbHG §§ 32 a og b.

35. Udviklingen i Ross: Statsforfatningsret, bind I, s. 219 ff om friheds- og ejendomskriteriet har alene lovgivningsmagtens kompetence for øje.

36. Kravet om hjemmelens eksplicitet er iøvrigt i høj grad afhængig af »indgrebets« karakter og intensitet, sml.

det indgreb, der ønskes foretaget, er velbegrundet eller ikke, in casu om en kommunalbestyrelse bør eller ikke bør have mulighed for at forbyde skift af type af erhverv i lokaler, der benyttes til erhverv. Et krav om hjemmel af samme styrke kan ikke stilles i tvister af privatretlig karakter. En skærpelse af regler om erstatningsansvar eller en lempelse af betingelserne for eksstinktion fører til ejendomsindgreb, men retsudvikling på privatrettens område er i mindre grad end på forvaltningsrettens afhængig af krav om hjemmel i lov, jfr. ovenfor i nr. 5.

En høj grad af tilbageholdenhed eller forsigtighed kan være på sin plads ved afgørelsen af tvister om spørgsmål, som har været i offentlighedens søgelys og er genstand for forskellige meninger, men som ikke er reguleret ved lov. Mangel af regler i en lov, der som nævnt ofte afskærer administrative myndigheder fra at gribe ind, kan i sådanne tilfælde i forholdet mellem borgerne indbyrdes føre til, at skik og brug (status quo, sædvane eller tradition), uanset dennes lødighed opretholdes. Et eksempel herpå findes i UfR 1967.46 H om bidrag til politiske partier. Gaver fra personer, foreninger og virksomheder spiller en væsentlig rolle for finansieringen af partiernes virksomhed. Minoriteter i foreninger og selskaber fritages ikke for at bidrage til partier, de ikke er tilhængere af.[37] Dette forhold er kendt og er ofte blevet debatteret, men lovgivningsmagten har ikke grebet ind. Dommen af 1967 nægtede (derfor) et medlem af en fagforening adgang til at reducere sit kontingent med et beløb svarende til fagforeningens bidrag pr. medlem til Socialdemokratiet. Også kritik fra en selskabsdeltager af, at selskabet yder bidrag – direkte eller gennem en organisation – til politisk arbejde må antages at ville blive afvist.[38] En ordentlig lovregulering af politiske bidrag må være bred og konsekvent og bør gennemføres på én gang. Området er derfor – bl.a. efter den

synsmåde, der fandt udtryk i UfR 1982.24 H (1982B.313) – uegnet for regulering gennem afgørelse af enkeltsager.

11. Den tilbageholdenhed eller det forsigtighedsprincip, som er omtalt i nr. 10, er i Danmark også blevet fulgt ved fortolkningen af Grundloven. Tilbageholdenhed er da også naturlig ved vurdering af, om statens øverste myndigheder har holdt sig bestemmelserne i Grundloven om deres organisation og virkemåde efterrettelig. Et andet spørgsmål er, om det er ønskeligt vedblivende i overensstemmelse med hidtidig retspraksis at opfatte bestemmelserne om friheds- eller menneskerettighederne som fleksible standarder, der ikke i almindelighed tages i betragtning som data ved fortolkning eller fri retsdannelse, og som vanskeligt kan tænkes krænket af nogen lovgivning, som kan samle flertal i Folketinget, således at den beskyttelse af den enkelte og af minoriteter, som ligger i disse bestemmelser, i vid udstrækning bliver afhængig af god vilje hos flertallet.

Udviklingen i opfattelsen af grundlovsbestemmelserne har været præget af, at Grundloven oftest har været bragt på tale som en mulig begrænsning af adgangen til regulering af ejendomsretten ved lov. Bestemmelsen om beskyttelse af ejendomsretten har ofte været påberåbt; undertiden med effekt for forberedelsen af lovgivning, men ikke som grundlag for tilsidesættelse af vedtaget lovgivning. De bekvemme lærer om historisk omfortolkning og smidige standarder har netop for bestemmelsen i § 73 været egnede som midler til at undgå en uønskelig kollision mellem den gamle tekst (uændret fra 1849) og den økonomiske ordning i nutidens samfund. Der er ikke samme tungtvejende grunde til også at reducere bestemmelserne om andre grundlovsrettigheder end ejendomsretten til vage og elastiske bestemmelser. I flere andre lande spiller grundlovsbestemmelser en betydelig rolle i retssystemet, og som antydte i omtalen af UfR 1980.84 H ovenfor i nr. 4 også bortset fra prøvelsen af loves grundlovsmæssighed. Den europæiske Menneskerettighedskonvention, som Danmark ratificerede allerede i 1953,[39] og hvis indhold nu i væsentligt omfang er absorberet i EF-retten bl.a. for at undgå kollision med den aktive brug af grundlovsbestemmelser i Tysk-

UfR 1985.1000 H og *Bent Christensen*: Hjemmelspørgsmål bl.a. s. 228 f og s. 232 f.

37. Rækkevidden af Grundlovens § 68 om bidrag til »nogen anden gudsdyrkelse end den, som er hans egen« har ikke tiltrukket sig stor opmærksomhed, jfr. dog *Poul Andersen*: Statsforfatningsret s. 638 og *Ross*: Statsforfatningsret II s. 759 f. Foreninger og virksomheder kan formentlig lovligt yde gaver til folkekirken eller andre trossamfund.
38. Sådant virksomhed må antages at være et formål, som er omfattet af bestemmelsen i Aktieselskabslovens § 114, anderledes *Græsvænge* og *Thomsen*: Aktielovskommentar, 3. udg. 1985, s. 335.

39. Se herom *Eilschou Holm*: En sag for Menneskerettighedsdomstolen, 1980, s. 128 ff og *Opsahl* i Det 28. nordiske Juristmøde 1978, bilag 10.

land,[40] fortolkes ikke restriktivt af Menneskerettighedsdomstolen.[41] Et par af de senest afsagte domme giver et indtryk af den fortolkningsstil, som denne domstol anvender. I *Rasmussen v. Denmark* (7 E.H.R.R.371) synes retten (dog under dissens fra den danske dommer) at ville fortolke art. 8 om beskyttelse af privatlivet på en lignende ekstensiv måde, som den tyske Grundlovs regel om beskyttelse af personligheden er blevet fortolket,[42] og i *Barthold v. Germany* (7 E.H.R.R.383) går retten et langt stykke i retning af at ville beskytte ytringsfriheden mod forbud mod annoncering og andre udtalelser, som er begrundet i hensyn til traditionel faglig etik og markedsføring. En udvikling mod en stigende betryggelse af ytringsfriheden er måske allerede indledt i et par afgørelser om fortolkning af regler om ytringsfrihedsbegrænsninger. Højesteret er i UfR 1980.1037 H (omtalt af *Torben Jensen* i UfR 1981B.25 ff) og 1982.761 H gået langt i retning af at give ytringsfrihed til kritik af erhvervsvirksomhed.[43] Som en konsekvens heraf bør der også for forsvaret mod sådan kritik herske betydelig verbal frihed. Et forsvar mod angreb kan jo, viser dommen, normalt kun føres ved gensvar og ikke ved retlige sanktioner. Der burde måske ej heller i kollision med lovgivning altid iagttages en grundsætning om restriktiv fortolkning af Grundlovens § 77 – og art. 10 i Menneskerettighedskonventionen. Er det f.eks.

et bevaringsværdigt dogme, at § 77 er uden betydning for de mest effektive medier, for radio og TV?[44] Den historiske omfortolkning har kunnet føre til en reduktion af § 73, hvorfor så ikke også til en opdatering af § 77?

Den danske Grundlov indeholder – modsat den norske – ikke et udtrykkeligt forbud mod at give love med tilbagevirkende kraft,[45] men – om en kreativ grundlovsfortolkning skulle finde fodfæste i fremtiden – et forbud med en betydelig rækkevidde kunne findes støtte i §§ 22 og 73. Der er på dette område behov for retlig beskyttelse. Det burde f.eks. ikke accepteres, at reglerne i Ligningslovens § 16 B om aktiesalg til holding-selskaber, som blev indført ved lov nr. 615 af 19. december 1984, tillægger sig virkning fra årets begyndelse.[46]

Der er grader både af forsigtighed og af dristighed. Det er muligt at drage nytte af principper og af tanker inspireret af Grundloven uden at havne i den modsatte grøft og indlægge omfattende forbud i Grundlovens – overordnede og (næsten) uforanderlige – regler, som kan danne barrierer for lovgivning, der kan samle flertal i Folketinget og godtages af hovedparten af befolkningen.

12. Domstolene har som grundlag for deres afgørelser parternes procedure og dommeres almene viden og erfaring. En dom skal helst foreligge hurtigt, efter at præsentationen af sagen er afsluttet. De praktiske muligheder for at foretage yderligere undersøgelser er små, og de procesretlige regler om forhandlingsmaksimen sætter snævre grænser for en selvstændig

40. Jfr. EF-Kommissionens memorandum af 4. april 1979 i Bulletin supplement 2/79 og *Foighel, Hagel-Sørensen og Gulmann*: EF-ret, 3. udg. 1985, s. 172 ff.

41. Jfr. *Eilschou-Holm* op. cit. s. 117 ff og NTfR 1981.118 ff samt *Lehrmann og Bernhard*: Menneskerettighedskonventionen, 1985, s. 21 ff.

42. Art. 8 i Menneskerettighedskonventionen lyder: Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

Stk. 2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige trykthed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte andres ret og frihed.

Art. 2 (1) i den tyske Grundgesetz af 1949 lyder: »Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst«.

43. I UfR 1982.750 H om frimurerordenen, der gav beskyttelsen af det private liv prioritet fremfor ytringsfriheden, stødte to grundrettigheder sammen.

44. Sml. om teater- og filmcensur *Max Sørensen*: Statsforfatningsret, 2. udg. s. 379 ff og om § 77's historie *Munch* i UfR 1982B.61 ff. – Spørgsmålet om betydningen af art. 10 for de nyere medier er omtalt af *Peter Germer*: TV- reklame i retlig belysning, 1984. – *Ross*, der i Statsforfatningsret, bind 2, 3. udg. 1980 forfægter den nedarvede opfattelse, erkender en konflikt med »de ideer, der bærer grundlovens § 77«, jfr. s. 711 med note 16. I UfR 1960.33 H var der rejst spørgsmålet, om små partier har krav på adgang til radio og TV.

45. *Andenæs*: Statsforfatningen i Norge, 3. udgave 1981, s. 464 ff og *Per Odberg*: Beskytter Grundlovens § 97 bestående rettigheter? 1982. Bestemmelsen i art. 7 i Menneskerettighedskonventionen omfatter kun strafelove, sml. *Ross*: Statsforfatningsret s. 341 med note 43.

46. En udtalelse herom fra Advokatrådet og Foreningen af Statsautoriserede Revisorer er trykt i Advokaten 1985.21 ff. Se også *Spang-Hanssen* i Advokaten 1985.289.

indsats for at gøre bedømmelsesgrundlaget bredere end parterne havde tænkt sig. Retten kan ikke gå ud over parternes påstande og kan kun tage hensyn til anbringender, som parterne har gjort gældende, siger Retsplejeloven i § 338. Retten kan vel opfordre en part til at føre bevis, men kan ikke selv søge sagen yderligere oplyst, jfr. § 339, stk. 3. Det er derfor naturligt, at dommens resultat kun er bindende for sagens parter.

En dom skal imidlertid »ledsages af grunde« (§ 218), og en virkelig begrundelse må også omfatte oplysning om de anvendte retsregler. Kravet om lighed for loven fører, uanset hvilket præcist indhold der lægges i lighedsgrundsætningen,[47] til, at rets-anvendelsen skal bygge på generelle regler og retningslinier. Indeholder en dom kun oplysning om faktum og resultat, kan der gisnes om, hvilken eller hvilke mulige regler, dommen følger, og dens bidrag til udvikling og afklaring af retstilstanden bliver beskedent.

Valg af konkret begrundelse (f.eks. »i hvert fald under de således foreliggende omstændigheder findes«) har, hvor retstilstanden ikke er afklaret, den fordel, at retten undgår risikoen for at opstille en generel sætning, som senere viser sig ikke at kunne holde stik. Så stor en forsigtighed, at der ikke angives en generel rettesnor som afgørende for resultat i begrundelsen, har foruden den ulempe, at retstilstanden forbliver uafklaret, også en yderligere ulempe. Måske viser en helt konkret afgørelse, som i sin tid tiltalte de medvirkende dommeres sans for rimelighed eller retfærdighed, sig at være uforenelig med den generelle regel, som bliver (og altid ville være blevet) resultatet af en dyberegående analyse. Den konkrete billighed af de resultater, som en regel fører til inden for sit anvendelsesområde, kan være højst forskellig. Dette er en ulempe, som vanskeligt undgås i et retssystem, der består af generelle regler.

En af vanskelighederne ved at nå frem til en god generel regel eller begrundelse er som nævnt, at begrundelsen skal skrives i en sag, som måske kun belyser enkelte relevante træk og kan være præget af særegne forhold, som ikke ofte gør sig gældende. En sådan situation forelå i UfR 1985.183 H, hvor en minoritet i et aktieselskab søgte at anfægte en meget tilbageholdende udbyttepolitik i et børsnoteret aktieselskab. Afgørelsen måtte bero på en rimeligheds-vurdering efter Aktieselskabslovens § 80. I en sådan

vurdering må indgå, om aktionærerne har fået deres interesse i afkastet af deres aktier med det lave udbytte imødekommet ved kursstigninger.[48] Et andet moment af væsentlig betydning er, om alle aktionærer blev behandlet ens. Her var hovedaktionæren en fond til fordel for medarbejderne. De sagsøgende aktionærer ejede ca. 10% og fonden 70% af aktierne. Såfremt det usædvanligt lave udbytte måtte antages at have holdt børskursen nede til fordel for fondens fortsatte opkøb, synes situationen efter omstændighederne – afhængig af størrelsen af »underkursen«, driftsmæssige begrundelser for det lave udbytte og de særlige krav, der må stilles til et børsnoteret selskab – at kunne være omfattet af generalklausulen i § 80.[49] Der er ingen fortilfælde, der kunne hjælpe til at identificere de relevante momenter eller til at angive, hvor store udsving i udbyttepolitik som under alle omstændigheder accepteres. En yderligere vanskelighed i sager af denne art er, at retten vanskeligt kan reagere på anden måde end ved at fastslå, at det deklarerede udbytte er for lavt. Hvor dette ikke er tilfredsstillende, vil – fremfor en – noget arbitrær – positiv udbyttefastsættelse ved dom – indløsning af minoriteten ved dom over hovedaktionæren(erne) efter § 142 formentlig ofte være en egnet sanktion. En sådan indløsning forudsætter imidlertid en påstand herom.

Højesteret frifandt selskabet. Et væsentligt element i begrundelsen af frifindelsen var, at de to sagsøgende aktionærer »ved erhvervelsen af deres aktier har haft nøje kendskab til denne politik (den tilbageholdende udbyttepolitik) og dens mulige indflydelse på aktiekurserne«. Denne del af begrundelsen er uegnet som et led i en generel regel om beskyttelsen af en minoritet mod »udsultning« i et børsselskab. Det er ikke praktisk muligt at træffe forskellige afgørelser over for kyndige opkøbere og over for gamle aktionærer eller mindre, ukyndige investorer, som måtte befinde sig blandt minoriteten, uanset at reglen i Aktieselskabslovens § 81, stk.

48. En vurdering af aktiernes værdi var ikke forelagt retten.

49. Selskabets aktiekapital var 1 mio. kr., uændret fra 1912. Udbytteprocenten var nu 15. Egenkapitalen var ca. 17 mio. kr. En regel som svensk ABL 12:3 og norsk § 12-6 om krav på indtil 5% af egenkapitalen ville have begrundet et krav på et samlet udbytte af indtil 850.000 kr. eller indtil 85% af aktiekapitalen. Årsresultatet var godt 2 mio. kr. efter hensættelse af 1,4 mio. kr. til fonden. Udbyttet var således væsentlig under 10% heraf.

47. Sml. herved f.eks. *Eckhoff: Rettferdighet* 1971, navnlig s. 43 ff.

4, om retskraft erga omnes kun – som udtrykkeligt sagt i den tilsvarende svenske ABL 9-17 – gælder dom om ophævelse eller ændring af en generalforsamlingsbeslutning. Selskabet kunne have været fri-fundet, hvis dets konsolidering fandtes rimelig, dets aktieopkøb til børskurs forsvarlig eller aktionærerne dækket ind gennem en kursstigning svarende til det almindelige kursniveau. Undladelsen af at træffe en klar afgørelse efterlader retstilstanden næsten mere uklar end før.[50]

Som et andet eksempel på, at frontal konfrontation med og principiel stillingtagen til et problem kan være nødvendig for at nå en klar og tilfredsstillende retstilstand kan nævnes UfR 1984.30 H om sidste termin for en trassatbanks afvisning af kunders checks. Terminen bør normalt være beslutningen om at honorere checken. Et studium af de konkrete omstændigheder og fremhævelse af enkeltheder i den – stadig skiftende – teknik fører ikke til en brugbar regel.

13. Der kendes nogle omend ikke mange eksempler på, at Højesteret klart og abrupt har ændret den retsopfattelse, som er lagt til grund af retten i tidligere afgørelser, alene på grund af en nyvurdering af resultatets hensigtsmæssighed. I fransk doktrin fremhæves, at en ændret retsopfattelse, der lanceres i retspraksis, uden at ændringen er foreskrevet i en ny lov, nødvendigvis må have retroaktiv virkning, og at dette taler imod praksisændringer, jfr. nærmere *Ghestin: Traité de Droit Civil*, bind I, 2. ed., no. 370 ff. Dette kan undertiden være en vanskelighed, der bør tages i betragtning. Imidlertid er indholdet af lighedsgrundsætningen ikke ganske præcist, og tidsfaktoren er væsentlig. Retssystemet rummer mange mekanismer til bevaring af status quo i ældre retsforhold.

Et af de tilfælde, hvor Højesteret har ændret sin retsopfattelse findes i UfR 1979.300 H og 537 H. Det antages i disse afgørelser, at en denunciation om transport af en fordring til den, der allerede har fået transport af fordringen, har virkning som sikringsakt efter Gældsbrevslovens § 31, såfremt denunciationen

har afskåret overdrageren fra at råde over fordringen, uanset denunciationen (underretningen) ikke som forlangt i §'ens tekst er givet til debitor. De to domme fra 1979 fraviger tidligere afgørelser, der i overensstemmelse med ordene i § 31 havde fastslået, at kun en meddelelse til debitor selv er virksom som sikringsakt. Den nye linie må givetvis ventes at ville blive fulgt i fremtidige sager om undertransporter i entrepriseforhold. Den i dommene givne begrundelse fremtræder som en generel korrektion af eller et tillæg til § 31, men *Torben Jensen*, der medvirkede i sagen som dommer, har i en kommentar til dommen i UfR 1979B.217 oplyst, at Højesteret ikke med disse nye domme har villet tage stilling til anvendelsen af Gældsbrevslovens § 31, stk. 1, på andre retsområder.[51] Dette må betyde, at retten her vil stå frit. En hjemmel til at gøre forskel på forskellige områder kunne vel i givet fald findes *dels* i, at § 31 direkte kun angår gældsbreve og i øvrigt anvendes analogt, *dels* i, at de øvrige almindelige formueretlige love indeholder positive bestemmelser om, at de viger for afvigende »handelsbrug eller anden sædvanne« (Købelovens § 1).

Den nye linie er imidlertid blevet fulgt i UfR 1979.919 Ø og 1980.261 Ø om denunciation af sekundær sikkerhed i kundefordringer, som – med denunciation til kunderne – er givet et factoringselskab til primær sikkerhed, til factoringselskabet (og ikke – tillige – til kunderne (debitorerne)). Begrundelsen er i hvert fald i dommen fra 1980 ligesom i Højesterets domme fra 1979, at overdrageren blev afskåret fra at råde over fordringerne alene med respekt af factoringselskabets ret, ved at dette selskab fik underretning om den sekundære sikkerhedsstillelse. Den 1. transporthaver – factoringselskabet – er ikke beføjet til, efter at det selv er blevet fyldestgjort, at afregne et restprovenu eller til at tilbagetransportere en restfordring til overdrageren.[52]

Begrundelsen af denne praksisændring efterlader flere spørgsmål uløste, navnlig (1) afskærer en denunciation af en yderligere transport til en tidligere transporthaver i almindelighed denne fra at afregne til transportgiver? (2) Har denunciation til debitor virkning efter § 31, uanset at denunciation efter den nye praksis kunne være givet til første transportha-

50. Spørgsmålet om fastholdelse af børskurs under usædvanlige omstændigheder har tidligere foreligget for Højesteret i UfR 1977.61 H om den nu ophævede indløsningsregel i Aktieselskabslovens § 136. Dommen i UfR 1985.183 H er omtalt af *Werlauff* i UfR 1985B.193 ff og af *Græsvænge m.fl.*: *Aktielovskommentaren* s. 332.

51. Sml. *Krag Jespersen*: Byggeritransporter, 1979, s. 24 ff.

52. Jfr. herved *Skovgaard* i UfR 1980B.319 ff, *Bogdan* i TfR 1981.514 ff og *Falkanger* i Forhandlingerne på det 30. nordiske Juristmøde 1984, del 1, s. 325 f.

ver og (3) efter forarbejderne til Gældsbrevsloven, som er accepteret af teorien, er en denunciation til debitor selv effektiv som sikringsakt, selv om den ikke er bindende for debitor, således at denne vil blive frigjort ved betaling til transportgiver. Eksemplet viser, *at* en ændring af praksis kan være påkrævet, *at* en ændring på et enkelt punkt let rejser en række nye spørgsmål, og vel også *at* mens en dom bør udtale sig om den ret, den anvender, vil retten som oftest stå sig ved at overlade de problemer, som indordningen af reglen i systemet volder, til litteraturen og til fremtidige sager, hvor spørgsmålet om gennemførelse af konsekvensændringer er aktuelt. UfR 1979.300 H er forskellig fra eksemplerne i nr. 12 ved, at dommen angiver en klar regel som sin ledestjerne.[53]

De tre spørgsmål skal formentlig besvares med ja. Et bekræftende svar på det tredje spørgsmål bør i hvert fald fastholdes i tilfælde, hvor debitor ikke er bundet, fordi han er berettiget til at betale til overdrageren eller til andre for

53. *Ussing-Dybdahl*: Kommentar til Gældsbrevsloven, 2. udgave, s. 80 f, *Gomard*: Obligationsret, 3. hæfte, s. 253 og v. *Eyben*: Panterrettigheder, 7. udgave, s. 491.

at varetage sine egne interesser, men også hvor grunden blot er manglende dokumentation af erhvervelsen. En underretning til andre end debitor er derimod kun en effektiv sikringsakt, hvis overdrageren ved underretningen berøves adgangen til at disponere over fordringen uden respekt af den denuncierede ret.

14. Som en kort sammenfatning af de udviklinger, som findes i de foregående tretten punkter, endnu kun følgende:

- den almindelige retslære bør ikke vise studiet af retsdannelsen i praksis fra sig, i det omfang denne retsdannelse ikke sker i en éntydig proces; tværtimod bør der søges udviklet retningslinier for denne retsdannelse, som rummer den fornødne fleksibilitet, idet det anerkendes, at
- et skarpt skel mellem retsdogmatik og retspolitik ikke kan opstilles. Retslæren bør snarere bestræbe sig for at være konstruktiv og kreativ end for at tilpasse sig et (arbitrært valgt) krav om videnskablighed. Arbejdet, der forestår, er vanskeligt. Her er det kun
- i de enkelte punkter forsøgt at skitsere nogle sætninger, som hører hjemme i et retspolitisk program for dommerskabt ret.

Højesterets prøvelsesret i straffesager

Af rigsadvokat *Per Lindegaard*

Tiltalte Johansen havde i mange år været virksom som indbrudstyv. Senest var han i juni 1914 blevet idømt tugthusarbejde i 2 år for forsøg på indbrud i Nr. Farimagsgade. Det væsentligste grundlag for denne domfældelse var et fingeraftryk, som man havde fundet på en skrivebordsskuffe på gerningsstedet. I 1907 havde der været indledet undersøgelse mod ham for tyveri af et sølvblommeur, en sommeroverfrakke, en sølvspiseske og 70 øre i rede penge. En undersøgelse foretaget af politiets anthropometriske bureau viste, at der på et messingskrin var afsat to temmelig tydelige fingeraftryk som svarede til hans. Han nægtede sig skyldig og undersøgelsen blev i første omgang indstillet, men genoptoges efter at der var afsagt dom i sagen fra 1914. Den trussel mod professionen, som denne nymodens metode indebar, stod straks Johansen klar. Medens han sad velforvaret i arresten, modtog politiet et anonymt brev, underskrevet »maleren«, der bekendte, at det var ham, der var gerningsmand til indbrudet i Nr. Farimagsgade. Til dokumentation havde den anonyme afsat adskillige fingeraftryk på brevet. Forstanderen for det anthropometriske bureau måtte vedgå, at disse fingermærker havde en del lighed med de tommelfingeraftryk, der var henført til Johansen. Han kunne dog fastslå, at fingermærkerne ikke var rigtige fingeraftryk, men gengivelser af fingeraftryk, der var fremstillet ved hjælp af en kliché. Der var samme forskel mellem fingeraftrykket på messingskrinet og fingermærkerne på brevet som mellem en original underskrift og en, der var påført med gummistempel. Da det blev oplyst, at Johansen i arresten til brug ved sit arbejde havde haft melklister mellem hænderne og der med dette som middel kunne frembringes klichéer, og da han havde haft lejlighed til at stikke besøgende og andre arrestanter ting i hånden, mente man at kunne konstatere, at brevet med fingermærker ikke havde svækket det indicium, der lå i, at fingeraftryk, der var identificerede som arrestantens, var fundet på gerningsstedet. På dette grundlag, og »da hans fortid kendetegnede ham som tyvagtig«, blev Johansen som tillægsstraf for dette indbrud idømt tugthusarbejde i ét år. Dette anslag mod fingeraftryks bevisværdi var således afværget.

Ved denne dom og nogle andre domme fra samme

tid, anerkendte Højesteret bevisværdien af fingeraftryk, tøvende og eftertænksomt og med behørig hensyntagen til de da gældende bevisregler.[1]

I de første godt 250 år af Højesterets eksistens har denne tilstand bestået, hvorefter Højesteret havde fuld prøvelsesadgang i straffesager såvel som i civile sager. Den er ændret efter gennemførelsen af retsplejeloven i 1919 (nævninger) og ved retsplejelovændringen, l. 112 7.4.1936 (domsmænd). Bevisbedømmelsen er ikke længere bundet af lovregler, men Højesteret har i de sidste 50 år i alle straffesager været afskåret fra at bedømme det bevismæssige grundlag for afgørelsen vedrørende skyldsspørgsmålet.

I Rigspolitichefens årsberetning for 1984 omtales s. 113 et nyt apparat til effektiv bevissikring i færdselssager. Under den nu bestående tilstand vil det imidlertid ikke være muligt ved Højesteret at opnå en afgørelse, der tager stilling til, om dette »Provida«-anlægs målinger og registreringer og dets præsentation af iagttagelserne rummer en sådan sikkerhed og pålidelighed, at de vil kunne lægges til grund som tilstrækkelige bevisdata i retsanvendelsen. Anlægges én vudering ved Vestre landsret, en anden ved Østre landsret er de retsanvendende myndigheder ilde farne.

Ved retsplejeloven indførtes nævningebehandling af de alvorligste straffelovsovertrædelser, når tilståelse ikke forelå. De gældende regler om nævningebehandling er – bortset fra indførelse af fællesvotering om sanktionen og den nylige ændring af kriteriet for nævningebehandling – stort set uændrede fra retsplejelovens ikrafttræden den 1. oktober 1919. Disse bestemmelser, som kun finder anvendelse i et fåtal af sager, normerer – med enkelte modifikationer – ved henvisningsreglerne i retsplejelovens §§ 927-929 også behandlingen af domsmændssager. Det samme

1. Jesper Simonsen: Nogle bemærkninger om fingeraftryk som bevismiddel, U 1915 B.150 og dommene U 1915.570 (HRT 1914.101), HRT 1914.357; U 1913.898 (HRT 1913.306); U 1914.669 (HRT 1914.210).

gælder, men ikke i samme udstrækning, reglerne om anke.

Reglerne om Højesterets prøvelsesret i sager afgjort ved nævningeting findes i §§ 943 og 945 (og 959). De slår fast, at rettergangsfejl (§§ 943 og 946), og strafudmålingsspørgsmål (§ 945, stk. 1, nr. 3) kan prøves, men at beviset vedrørende skyldsspørgsmålet ikke kan prøves (§ 945, stk. 2). I øvrigt er reglerne noget kinesiske, ofte med den ene æske indeni en anden. Retsanvendelsen i nævningsager er som udgangspunkt ikke undergivet Højesterets prøvelse.

At nævnernes svar vedrørende skyldsspørgsmålet er blevet fejlagtigt på grund af en urigtig forståelse – eller en tilsidesættelse – af retsreglerne, kan ikke reparerer ved anke til Højesteret. Det kan kun ske, hvis fejlen beror på urigtig retsbelæring, eller når spørgsmålene til nævningerne bygger på en urigtig retsopfattelse, § 945, stk. 1, nr. 2; i så fald kan såvel tiltalte som anklagemyndigheden påstå ændring eller ophævelse af dommen (§ 960).[2] Bortset fra disse tilfælde kan en frifindende afgørelse ikke efterprøves af Højesteret. Er nævnernes svar fældende, har landsrettens dommere mulighed for at tilsidesætte det, både når de finder, at bevisgrundlaget er utilstrækkeligt (§ 904), og når de kommer til det resultat, at det forhold, som nævningerne har sagt ja til, ikke er strafbart (§ 909).[3] Denne retlige vurdering efter § 909 kan efterprøves af Højesteret, både i henseende til urigtig domfældelse og urigtig frifindelse. Reglen i § 945, stk. 1, nr. 1 sammenholdt med § 909 fører med andre ord til, at retsspørgsmålet i en fældende nævningekendelse altid er undergivet Højesterets prøvelse, jfr. f.eks. U 1969.378 H og U 1976.334 H, medens det i en frifindende som nævnt kun kan prøves under de i § 945, stk. 1, nr. 2 anførte

betingelser. I betragtning af rettens deltagelse i formuleringen af de spørgsmål, som forelægges nævningerne, kan det umiddelbart vække undren, at retsplejeloven beskæftiger sig med adgang for retten til at frifinde af retlige grunde, når nævningerne har afgivet et bekræftende svar, jfr. § 909. Det peger i retning af, at retten ikke kan udøve censur med hensyn til substansen i de spørgsmål, der skal forelægges nævningerne. Spørgsmålene er en afspejling af anklageskriftet. Anklagemyndigheden er rådig over tiltalen og i konsekvens deraf også over spørgsmålene uanset rettens opfattelse. Dette gælder kun hovedspørgsmål. Tillægsspørgsmål skal altid stilles, når en af parterne begærer det, § 889, stk. 2.[4]

I det omfang afgørelsen er unddraget nævningerne, kan den prøves af Højesteret (påtaleret og forældelse – bortset fra tidspunktet for den strafbare virksomheds ophør, § 885). Tilstedeværelsen af strafnedsættelses- eller forhøjelsesgrunde afgøres af nævningerne, og retsanvendelsen kan ikke prøves under anke. Spørgsmålet om fradrag for sanktionsfuldbyrdelse i udlandet, straffelovens § 10 b, varetægt, (straffelovens § 86) er undergivet Højesterets prøvelse og den retlige vurdering af gentagelse (§ 886), men ikke tidspunktet for den påtalte handling.

Under nævnernes kompetence hører tilstedeværelsen af strafudelukkelsesgrunde, § 885, jfr. § 889. Spørgsmål om tiltaltes tilregnelighed besvares ved stillingtagen til tillægsspørgsmål (og med et andet stemmetal end spørgsmål i øvrigt), jfr. § 892, stk. 2. Vurderingen heraf rummer stillingtagen til et faktum, men undertiden også retlige spørgsmål. Efter ændringen af straffelovens § 16 ved 1. 268 26.6.1975 (patologisk rus og åndssvaghed i lettere grad) er det dog muligt at pålægge straf trods en bekræftende besvarelse om sådanne tilstande. Hvis dette ønskes, må der stilles et supplerende tillægsspørgsmål herom, jfr. U 1978. 812 H. En urigtig retsanvendelse i henseende til besvarelsen af spørgsmål efter straffelovens § 16 kan ikke ændres ved anke til Højesteret.

Specifikation i ankemeddelelsen af de ankegrunde, der påberåbes, har kun begrænset betydning, uanset indledningsordene i § 959, hvor det fastslås, at Højesterets prøvelsesret i reglen er indskrænket til de påberåbte ankegrunde. Undtagelserne er så

2. Det er kun urigtigt retsbelæring, der kan danne grundlag. Anke forudsætter således i almindelighed, at retsbelæringen er protokolleret. Se dog U 1982.1015 H. Om vejledning under voteringen efter § 895 se U 1967.291 H. Udtalelser vedrørende sagens bevisligheder kan måske i særegne tilfælde påberåbes som rettergangsfejl, U 1965.107 H, jfr. Gomard, Studier i den danske Straffeprocess, Kbhv. 1976.s. 468. Om urigtigheder i spørgsmålstillelsen se U 1982.1007H.
3. Meningerne om nævninger skal medvirke ved afgørelser efter § 909 er delte. Som teksten Hurwitz' Strafferetspleje 3. udg. s. 81 og Gomard, anf. st. s. 462, men anderledes Victor Hansen U 1937 B. 326 og Roepstorff U 1950 B.75. Retlige elementer i en afgørelse efter § 904, stk. 2 kan også prøves ved anke, jfr. § 940, stk. 2 og Hurwitz anf. st. s. 399.

4. Om alternative og efterfølgende hovedspørgsmål se Hurwitz, Strafferetsplejen 2. udg. s. 130 og den dér anførte litteratur.

talrige, at hovedreglen er, at Højesteret, når anke er rejst, kan prøve alt, hvad der er undergivet rettens prøvelsesret. Det kunne udtrykkes enklere end gjort i § 959. Når kun tiltalte har anket, kan Højesteret dog ikke ændre subsumptionen til skade for tiltalte eller idømme en strengere sanktion end fastsat af landsretten og efter loven heller ikke ophæve en frifindende dom på grund af rettergangsfejl.[5]

Skyldspørgsmålets afgørelse i nævningsager er ikke ledsaget af grunde, og det er sjældent, at den samlede nævningeret ved bestemmelsen af sanktionen giver oplysning om, hvad der i så henseende er lagt til grund. Proceduren om strafudmålingsspørgsmål må således ofte bygges på hypoteser om bevisgrundlaget. Når strafudmålingen på et ensartet skyldgrundlag falder forskelligt ud for flere tiltalte, kan det uden oplysning om grunden hertil volde vanskelighed at forklare forskellen. I narkotikasagen U 1985.168 havde 5 tiltalte været virksomme med hensyn til indførelsen af ca. 4.150 kg. heroin, men straffene var – uden at dette kunne antages at bero på personlige forhold – udmålt for 2 til 8 års fængsel, for 2 andre 6 års fængsel og for en 4½ års fængsel. Ved Højesteret blev denne strafudmåling ændret under henvisning til, at der ikke sås at være forskel i deres aktivitet. To dissenterende dommere fandt ikke at have grundlag for at ændre de idømte straffe, der af nævningeretten måtte antages at være udmålt i det væsentlige ud fra en vurdering af forholdet mellem de enkeltes medvirken til de begåede strafbare handlinger. I en sag om indsmugling af 1,5 kg. heroin, der blev afgjort nogle måneder senere U 1985.1000, var det i nævningerettens præmisser bemærket, at der for så vidt angik den ene af de tre T som en skærpende omstændighed måtte tages hensyn til, at han havde øvet en mere overordnet funktion ved indførelsen af heroinen. Herefter havde Højesteret ingen vanskelighed ved at stadfæste 7 års fængsel til denne hovedmand og 5 år til de to andre.

Retsplejelovsændringerne i 1936 medførte en langt mere indgribende og problematisk begrænsning af

Højesterets prøvelse af straffesager. Ved denne retsplejelovændring indførtes domsmænds medvirken i strafferetsplejen (bortset fra politisager) og bevisumiddelbarhed gennemførtes i videre omfang.[6]

Begrænsningerne i Højesterets prøvelsesret gælder nu også i 3. instans sager (og Sø- og Handelsretssager); de omfatter både domsmandssager, tilståelsessager og politisager. De er ikke fuldt ud sammenfaldende med de begrænsninger, der er fastsat for nævningsager. Navnlige er der den forskel, at der i disse sager er en almindelig adgang for Højesteret til at prøve retsanvendelsen, § 966 sammenholdt med § 963, stk. 1, nr. 1. Det siges ikke udtrykkeligt, at Højesteret er afskåret fra at prøve beviserne vedrørende tiltaltes skyld i det forhold, som tiltalen angår, men det fremgår modsætningsvis af § 966, sammenholdt med § 963.

Denne tankegang, hvorefter Højesteret måtte sondre mellem jus og faktum, blev mødt med intens kritik af Hurwitz i Den danske Strafferetspleje,[7] som anså sondringen for teoretisk uholdbar, praktisk uigennemførlig og tillige irrationel. Dette var et lidt bedrøveligt budskab for nordmændene, der havde levet med denne ordning siden gennemførelsen af deres straffeprocesslov i 1887. Andenæs kunne da heller ikke tilslutte sig denne vurdering i sin prøveforelæsnings for den juridiske doktorgrad i 1943.[8] Andenæs påpeger, at der ved siden af den rene bevisbedømmelse og den rene retsanvendelse består en tredje gruppe af tilfælde, rettens skønsmæssige afgørelser. Herunder falder f.eks. fastlæggelsen af udtryk som »i høj grad vansiret«, »fast bopæl/midlertidigt ophold«, »uagtsomhed«, »skødeløshed«, »utilbørlig optræden«, »utugtig adfærd«, »vanrøgt« o.lign. Andenæs er på grundlag af sin gennemgang af de sidste 5 års norske højesteretspraksis ikke i tvivl om, at Højesteret har anset sig kompetent til at træffe afgørelse om juridiske skønsspørgsmål. Det reelle problem er – siges det – i mindre grad begrænsningerne i Højesterets kompetence end kravet til de underordnede domstoles domspræmisser.

Victor Hansen konstaterer[9] at en gennemgang

5. Det er dog sket ved dommen i U 1955.450 H, der hjemviste landsrettens frifindende dom til behandling ved søret, skønt anklagemyndigheden alene havde nedlagt påstand om ændret retsanvendelse. I U 1969.356 skete der hjemvisning efter § 959 eller denne bestemmelses analogi i et tilfælde, hvor det først under sagens behandling i Højesteret blev konstateret, at T antagelig havde været sindssyg på gerningstiden.

6. Ændringerne byggede på en ret summarisk betænkning fra 1930 afgivet af et udvalg nedsat af justitsministeren den 7.6.1929.

7. Første udgaven 1937, mere udførligt i anden udgaven 1949 s. 558-580.

8. TfR 1943.286-308 (genoptrykt i Afhandlinger og foredrag, Oslo 1962).

9. Retsplejen ved Højesteret, Kbhv. 1959 s. 148.

af de foreliggende højesteretsdomme fra de godt 20 år, hvor ordningen da havde været gældende, viser, at det var lykkedes for Højesteret at anvende reglen på en for retfærdighedskrav og en forsvarlig ankeordning tilfredsstillende måde.[10] I lighed med Andenæs understreger han betydningen af, at de underordnede instanser giver en udførlig fremstilling af, hvad der er anset for bevist, og sætter efter afslutningen af retsopgørets mange sager forventning til, at kravene til domsbegrundelsen i retsplejelovens § 929, stk. 2 og 3 efterleves.[11]

Nu foreligger der i alt omkring 100 domme, hvor dette problem har foreligget, og der kan være grund til at efterprøve, om denne konklusion stadig kan holde stik.

Der er ingen tvivl om, at Højesteret efterprøver det, Andenæs kalder skønsmæssige afgørelser. Det er særligt tydeligt blevet demonstreret gennem de mange sager, som efter gennemførelsen af færdselsloven 1955 er blevet forelagt Højesteret med henblik på at tage stilling til (ubetinget) frakendelse af førerretten. Efter § 70, stk. 1 i færdselsloven af 1955 skulle frakendelse finde sted, når en fører af et motordrevet køretøj havde ført det på groft uforsvarlig måde eller det i øvrigt efter beskaffenheden af den begåede forseelse og under henvisning til, hvad der forelå oplyst om tiltaltes forhold som fører, findes betænkeligt af hensyn til færdselssikkerheden, at han fører motordrevet køretøj. Det er ikke sjældent et kompliceret billede af virkeligheden, der skal kaldes frem i bevidstheden for at give grundlag for en vurdering af, om det forhold, som en fører af motorkøretøj har udvist, kan betegnes som groft uforsvarligt, og ofte lader det sig kun vanskeligt gengive i en dom. Det har ikke været til hinder for, at Højesteret har taget frakendelsesspørgsmålet under prøvelse og hyppigt taget en stilling dertil, som afveg fra de underordnede domstoles resultat.

I landsretten blev anker med frakendelsespåstand behandlet som bevisanker, og i begyndelsen gjorde en vis usikkerhed om prøvelsesmuligheden sig må-

ske gældende hos anklagemyndigheden. Nogle afgørelser, hvor det af Højesteret blev statueret, at efter det, der var anset som bevist ved landsretten, måtte kørslen karakteriseres som groft uforsvarlig manede denne tvivl i jorden.[12] I reglen prøvede Højesteret uden vaklen spørgsmålet, men undertiden var der ikke enighed om bedømmelsen. I U 1965.221 havde en 20-årig bilist en vinteraften påkørt en cyklist, der kørte foran sin kone. Cyklisten pådrog sig en § 249, stk. 1-skade. Byrettens dom refererer forklaringerne og statuerer derefter, at det efter det for retten oplyste ikke findes godtgjort, at T havde kørt på groft uforsvarlig måde. T dømmes for overtrædelse af færdselsloven og uagtsom legemsbeskadigelse, men frifindes for frakendelsespåstanden. Denne vurdering tiltrædes i landsrettens dom. T var få måneder før den aktuelle ulykke blevet dømt for at have kørt for stærkt. Indholdet af denne dom refereres i Højesterets præmisser, hvor det tillige bemærkes, at det for Højesteret var oplyst, at vejen var 11 m. bred og inddelt i 3 vognbaner, og at der ikke var nogen kurver eller bebyggelse ved vejen. 4 dommere udtalte, at dommens angivelse af, hvad der er anset bevist, ikke fandtes at give Højesteret tilstrækkeligt sikkert grundlag for at statuere, at T havde ført motorvogn på groft uforsvarlig måde eller for frakendelse efter § 70, stk. 1, 2. led. 3 dommere dissenterede: »Ved på den lige og brede vej at have påkørt cyklisten under de omstændigheder, der i øvrigt ved dommen må anses lagt til grund, findes T i betydelig grad at have ladet det mangle på agtpågivenhed«, og når dernæst hensås til den tidligere sag, fandtes betingelserne for frakendelse at være til stede. I U 1968.723, som angik påkørsel af en motorcyklist, da bilen kørte ud fra en servicestation, og hvor T i landsretten var frifundet for frakendelse med dissens, delte stemmerne sig også. Flertallet i Højesteret fandt, at T.s udkørsel på landevejen, uden at han så motorcyklen før den var 3 meter fra ham (plukket fra underrettens gengivelse af T.s forklaring) også under de af landsretten antagne omstændigheder (nærløs, der ikke havde været synligt på grund af gadelyset) måtte anses som groft uforsvarlig. 2 dommere fandt det betænkeligt at frakende efter landsrettens bevisresultat.

I sager om fremkørsel på mere betydelig vej eller hovedvej eller svingning over en vej med sammenstød til følge, bedyrer T undertiden, at han har set

10. Det er i hovedsagen samme konklusion, som udvalget om højesteretssagførerprøven m.v., som Victor Hansen var et indflydelsesrigt medlem af, nåede til i sin betænkning 164/1956.

11. I ovennævnte afhandling af Andenæs påpeges dog en del begrænsninger i muligheden for en fuldstændig beskrivelse af det faktiske grundlag for den underordnede domstols bedømmelse af sagsforholdet.

12. U 1957.13 og 1958.8 og – begået før færdselslovændringen – U 1955.1036 og 1956.1013.

sig for til begge sider. En forklaring herom kan ikke tilsidesættes af Højesteret, selvom begivenhedsudviklingen tilsyneladende dementerer påstanden. Det er ren bevisbedømmelse. Praksis udviklede sig tilsyneladende i retning af, at frakendelse skete uden hensyn til en sådan indsigelse, medmindre kørselsforløbet støttede den. Den i note 12 nævnte afgørelse U 1957.13, hvor baggrunden for frifindelsen, der skete med dissens, formentlig var antagelsen af, at det ikke kunne forkastes, at der forelå en klapfejl, synes senere at være forladt.[13]

Bortset fra forårsagelsesproblemet adskiller vurderingen af, om der foreligger grundlag for strafansvar for uagtsomt manddrab efter straffelovens § 241 (eller uagtsom legemsbeskadigelse efter § 249) sig i almindelighed næppe fra konstateringen af, om tiltalte har udvist et groft uforsvarligt forhold. Praksis synes dog i begyndelsen at have været præget af en vis usikkerhed, men denne usikkerhed er såvidt ses ophørt nu.[14] En landsretsafgørelse, der f.eks. statuerer tilsidesættelse af færdselslovens agtpågivenhedsregler, men frifinder for uagtsomt manddrab ud fra en antagelse om, at uagtsomheden ikke er grov nok til domfældelse efter § 241, må således påregnes at kunne efterprøves af Højesteret.

Uagtsomhedsstandarden har ikke samme indhold i alle relationer. I U 1975.142 var der rejst tiltale mod en tømrermester for at have angivet sit momstilsvar urigtigt. Størstedelen hang sammen med fejl og misforståelser af hans revisor. Byretten statuerede, at T som ansvarlig indehaver af virksomheden havde undladt at udvide tilstrækkelig agtpågivenhed og kontrol med de afgiftsangivelser, som han skulle indsende til toldvæsenet. Landsretten udtalte, at T

også efter bevisførelsen for landsretten måtte anses for skyldig i det forhold, som han var tiltalt for. I Højesteret henviste anklagemyndigheden til, at strafansvar måtte forudsætte uagtsomhed, men at der i så henseende måtte stilles strenge krav til T.s forretningsførelse og påpasselighed.[15] Det blev tillige tilkendegivet, at bøden i overensstemmelse med tolddirektoratets praksis i almindelighed burde sættes til ca. 1/3 af det unddragne beløb. Disse tilkendegivelser blev tiltrådt af samtlige dommere. 5 dommere udtalte dernæst, at det måtte antages at være lagt til grund af landsretten, at T havde udvist uagtsomhed ved manglende kontrol med afgiftsangivelserne, og frifindespåstanden kunne derfor ikke tages til følge, men bøden fastsattes under henvisning til revisorfejlen til et lavere beløb end den sædvanlige. To dommere udtalte, at det ikke af landsrettens præmisser kunne ses, om landsretten havde anvendt en uagtsomhedsstandard, og i bekræftende fald hvilke nærmere omstændigheder der var lagt til grund og voterede for hjemvisning.

I U 1979.492 og 494 var der spørgsmål om ansvar for amatørradioanlæg, som de tiltalte hævdede at have købt i den foreliggende ulovlige stand af uidentificerede personer. I begge sager var T blevet fundet skyldig ved byrettens dom, men frifundet af landsretten. Landsretsdommen indeholdt en gengivelse af de forklaringer, der var afgivet for landsretten, og konkluderede herefter, at det efter den for landsretten stedfundne bevisførelse fandtes betænkeligt at anse det for godtgjort, at tiltaltes benyttelse af anlægget kunne tilregnes ham som et forsætligt eller uagtsomt forhold. Begge disse domme blev ændret af Højesteret. Først fastsloges det, at landsretten måtte antages at have lagt indholdet af de for landsretten afgivne forklaringer til grund som bevist, og at Højesteret herefter havde fornøden mulighed for at tage stilling til, om T havde gjort sig skyldig i uagtsomhed. I den første sag statueredes uagtsomhed med henvisning til byretsdommens grunde. I den anden bemærkede Højesteret, at T ikke havde foretaget tilstrækkeligt til at opfylde sin pligt til at sikre sig, at anlægget var lovligt, og statuerede herefter uagtsomhedsansvar.

I uagtsomhedsbedømmelsen [16] indgår i vidt

13. Om denne praksis og Højesterets prøvelse se Theodor Petersen J. 1963.1, M. Johs. Mikkelsen J. 1967.289 og i bogen Groft uforsvarlig kørsel, Kbh. 1971, navnlig s. 108 samt min anmeldelse U 1972 B.109. Se endvidere Jørgen Verner, Højesterets prøvelsesret og frakendelse af førerbevis U 1968 B.249 ff.
14. U 1938.1038 (stadfæstelse); 1939.530 (flertallet mente ikke at kunne tage stilling, da en prøvelse om frifindelse forudsatte bevisvurdering. Mindretallet voterede for stadfæstelse på grundlag af landsrettens bevisbedømmelse); 1939.537 (ligeledes – meget præmisfattig landsretsdom); 1943.472 (Ladegaard-Mikkelsen-sagen. De dissenterende dommere bemærkede, at der ikke i landsretsdommen var givet udtryk for landsrettens mening om livsfarens størrelse og den forståelse heraf, der kunne forudsættes hos T); 1955. 1036 (stadfæstelse); 1957.321 (stadfæstelse samt frakendelse af førerretten).

15. Denne opfattelse deles ikke af lovgivningsmagten, der ved 1. 193 18.5.1982 ændrede tilregnelseskravet i flertallet af told- og afgiftslove, således at der nu kræves forsæt eller grov uagtsomhed.
16. Og i bedømmelsen af om grov uagtsomhed foreligger,

omfang normative elementer, som hører under Højesterets kompetence. Det kan også være tilfældet med forsætsbedømmelsen, men en fastlæggelse af, om forsæt har foreligget i den givne situation, vil typisk forudsætte en konkret vurdering af tiltaltes bevidsthedsforestillinger, som hører til faktum. I den første af de sager, hvor dette spørgsmål forelå, resumerer Højesteret det bevismæssige grundlag; 9 dommere finder ikke at kunne tage stilling til påstanden om bedrageri, men 3 ville domfælde, idet de antager, at frifindelsen beror på, at landsretten har draget grænserne for det strafbare snævrere end straffeloven rettelig kræver.[17]. I U 1957.1003 skete hjemvisning i en sag med domfældelse efter toldforordningen, da dommen ikke indeholdt nogen angivelse af, hvilket lovbud der var bragt i anvendelse for den ved dommen bestemte konfiskation (som var straffølgen) og ej heller af, om T havde haft det efter toldforordningen fornødne forsæt. Hjemvisning blev også resultatet i en sag mod en bagermester, der var blevet frifundet for unddragelse af moms, som han havde afkrævet sine kunder, men ikke afregnet, og som ikke havde tilmeldt sig momsregisteret, idet Højesteret – efter referat af nye oplysninger for Højesteret – slog fast, at forsæt i momsloven ikke indeholdt krav om, at afgiftsunddragelsen skulle være tilstræbt, men i overensstemmelse med den sædvanlige forståelse også forelå, blot T indså, at han ved unddragelsen unddrog statskassen afgift.[18]

I U 1979.576, som angik hjælp til en afsoner til undvigelse, ville Højesteret måske have foretrukket at kunne anvende en selvstændig vurdering af T's forsæt. I landsretten havde 3 dommere anset det for godtgjort, at T havde været klar over, at udleverin-

gen af en kuffert havde været led i en planlagt flugt. 3 andre kunne ikke tilslutte sig denne opfattelse, men lagde til grund, at T havde indset muligheden heraf og også med denne mulighed for øje havde indvilliget i at udlevere kufferten og derved havde haft det fornødne forsæt. Under anken blev det gjort gældende, at *dolus eventualis* ikke var en bestanddel af dansk ret. Med henvisning til forarbejderne til straffeloven slog Højesteret fast, at det ikke kunne anses at være i strid med gældende dansk ret, når de sidstnævnte 3 dommere i landsretten havde fundet T skyldig i forsætlig overtrædelse af straffelovens § 124, stk. 1.

Udformningen af lovbestemmelsen har betydning for prøvelsens udstrækning.

Efter § 2 i værnemagerloven (1. 406 28.8.1945) skulle den, som på utilbørlig måde havde samarbejdet med besættelsesmagten, straffes med fængsel indtil 4 år. Loven supplerede en lignende bestemmelse i forrædderiloven (1. 259 1.6.1945), der tog sigte på de grovere tilfælde. I § 4 opregnedes en række momenter, der navnlig ville være at tage i betragtning ved afgørelsen af, om og i hvilken grad forholdet skulle anses for utilbørligt. Bl.a. henvistes til, om vedkommende selv havde været aktiv for at få forretningsforbindelse indledet, fortsat eller udvidet, medmindre – føjedes det til – det derved havde været muligt i dansk interesse at opnå væsentlige fordele med hensyn til landets forsyninger eller undgå foranstaltninger, der var egnet til at tilføje landets interesser væsentlig skade.

Strafbestemmelsens udformning antyder, at disse momenter både havde betydning for afgørelsen af, om der forelå et strafbart forhold og udmålingen af straffen derfor.

Ikke helt få sager herom blev forelagt for Højesteret, og i nogle blev afgørelsen i Højesteret truffet med henvisning til oplysninger, der først fremkom ved Højesteret eller først blev fremdraget under behandlingen ved denne domstol. Den mest velkendte er dommen vedrørende entreprenør Carlsen, U 1949.817, hvor der skete frifindelse ved Højesteret med henvisning til en række oplysninger om daværende regerings tilkendegivelser om ønskeligheden af, at entreprenørarbejder for besættelsesmagten blev udført af danske virksomheder.[19] I U 1951.298 (HRT 1950.1345) var to elektroinstallatører i Ålborg sat under tiltale for utilbørligt samarbej-

jfr. U 1952.1011 og 1955.945 (+153) begge om kontrolloven; i den sidste dissens for hjemvisning.

17. U 1940.48. En lignende sag U 1943.276, hvor Højesteret statuerede, at et produkt med urette var solgt under betegnelsen stegefedt og i modsætning til landsretten dømte for varefalsk og overtrædelse af prislovgivningen. Da bevisførelsens resultat med hensyn til en tiltale for bedrageri ved at have solgt varen som stegefedt med hensyn til væsentlige momenter i denne forbrydelses begreb ikke var fastslået ved dommen, kunne frifindelsen for bedrageri ikke gøres til genstand for prøvelse, og der fandtes ikke tilstrækkelig anledning til hjemvisning.
18. U 1970.812. Men ikke hjemvisning i militær sag om mandatsvig, U 1959.149 og om bedrageri, U 1961.1047.

19. Om denne dom se Ditlev Tamm, Retsopgøret efter besættelsen, Kbh. 1984 s. 488-89.

de. De blev fundet skyldig både ved byretten og landsretten. I Højesteret blev fremdraget en skrivelse fra udenrigsministeriet til politimesteren i Ålborg fra 1941 om nogle vareleverancer til besættelsesmagten, som der på det tidspunkt var indledet en undersøgelse om. Den refererede nogle samtaler med bl.a. firmaet og konkluderede, at firmaet muligvis kunne have misforstået betingelserne for den mundtlige tilladelse, der var blevet meddelt. Under henvisning hertil og til nogle andre oplysninger, der refereres i højesteretsdommen, udtalte flertallet, at T ikke ved de forhold vedrørende samarbejdet med besættelsesmagten, som var statueret bevist, havde gjort sig skyldig i overtrædelse af værnemagerloven, 3 dommere fandt, at disse oplysninger ikke kunne føre til noget andet resultat end det ved landsretten statuerede, men mente i øvrigt ikke, at de kunne lægges til grund ved Højesterets pådømmelse i videre omfang end de efter dommen var indgået i landsrettens bevisbedømmelse.

Det afhænger af udformningen af straffebestemmelsen, om et kvalificerende moment indgår i gerningsbeskrivelsen eller i en sidestrafferamme, der finder anvendelse under skærpende omstændigheder. I første fald hører afgørelsen af, om den kvalificerende omstændighed er til stede, under skyldspørgsmålet, medens den i sidste fald som udgangspunkt er genstand for prøvelse som led i strafudmålingen. Denne forskel illustreres af to sager fra retsopgøret.

Efter § 8 i forræderiloven (1. 259 1.6.1945) straffedes med fængsel den, der for at fremme tyske interesser eller med lignende landsskadeligt formål for øje har foretaget en handling, der er strafbar efter straffeloven. Livsstraf kunne dog anvendes, bl.a. i tilfælde af manddrab. I U 1947.1031 (HRT 1947.695) var der rejst tiltale mod en tidligere SS-mand, senere chauffør ved det tyske sikkerhedspoliti bl.a. for manddrab, jfr. forræderilovens § 8 ved i februar 1945 på en dampbadeanstalt at have affyret pistolskud mod en dansk jøde, der kort efter afgik ved døden. I Københavns byret og ved Østre landsret var han blevet idømt livsstraf efter denne bestemmelse uden at det i præmisserne var angivet, hvori den tyske interesse eller det landsskadelige formål bestod. Tværtimod var det i byrettens dom oplyst, at han havde handlet på eget initiativ og ikke havde været beordret dertil af sine foresatte. Denne subsumering tiltrådte Højesteret ikke, da det ikke ved dommen fandtes bevist, at drabet var begået under de i § 8 beskrevne omstændigheder. 4 af 10 domme-

re dissenterede, idet de fandt, at det fremgik med fornøden tydelighed, at det var anset bevist, at betingelserne for at anvende § 8 havde foreligget.

Efter § 12, stk. 1 i denne lov straffedes angiveri, der medvirkede til bl.a., at nogen blev anholdt af tysk myndighed. Ifølge stk. 2 kunne livsstraf anvendes, hvis handlingen havde medført, at nogen var blevet ført ud af landet eller berøvet friheden i længere tid.

Morgenen efter den nat, hvor den nazistiske aktion mod de danske jøder (den 1. oktober 1943) fandt sted, observerede en vagtmand på en fabrik, at en jødisk familie, der forgæves havde været eftersøgt den foregående nat, var vendt tilbage til bopælen, og han gav telefonisk melding herom til det tyske politi, hvilket medførte, at familien blev anholdt og deporteret til Tyskland. Ved landsretten blev han alene dømt efter stk. 1, idet T, der ikke var kendt med nattens aktion, ikke kunne antages at have været klar over de meget alvorlige konsekvenser, oprindelsen medførte. Ved højesteretsdom U 1946.502 fastsloges, at de indtrådte følger for den jødiske familie måtte tilregnes T som uagtsomme, og det i landsrettens dom om dette forhold anførte fandtes ikke at være til hinder for domfældelse efter stk. 2.

Ifølge retsplejelovens § 955 kan nye beviser forelægges Højesteret angående sådanne *omstændigheder, som er undergivet rettens bedømmelse*. Bevisførelse og argumentation herom kan selvsagt som udgangspunkt også ske på det tilstedeværende bevisgrundlag.

I modsætning til nævningsager hører spørgsmålet om tilstedeværelsen af *strafnedsættelses- eller bortfaldsgrunde* under Højesterets prøvelsesret i 3. instanssager (og Sø- og Handelsretssager). Den norske Højesteret tager ikke sjældent stilling hertil, navnlig ved hjemvisning af sager, hvor underinstansen har anlagt en for liberal holdning i sin opfattelse af, om der foreligger en undskyldelig retsvildfarelse. Dette må også kunne prøves af den danske Højesteret, og strafbortfald er f.eks. sket ved U 1967.808, hvor både byretten og landsretten delte T.s retsvildfarelse. Under prøvelsen af, om straffeloven er anvendt urigtigt, som det siges i § 966, jfr. § 963, stk. 1, nr. 1, hører også spørgsmål om *særlovgivningens anvendelse* og prøvelsen af *mangler vedrørende forvaltningsakter*, som er bestemmende for retsstillingen i henseende til særlovsovertrædelser, jfr. f.eks. U 1957.1008 (udskrivning til civilt arbejde), U 1980.30 (tømmerplads, byplanlovgivningen) og U 1982.532 (oplag af

brugte biler, zonetilgivningen).[20] I nævningsager er spørgsmålet om tidspunktet for ophøret af den strafbare virksomhed som nævnt forbeholdt nævningerne, men bevisbedømmelsen i øvrigt, f.eks. vedrørende afbrydelsesskridt, er ikke unddraget Højesteret. I 3. instanssager er der formentlig ingen begrænsninger med hensyn til Højesterets prøvelsesret i henseende til *forældelse*, U 1948.494, U 1957.523, U 1969.56 og 59.

I nævningsager kan indsigelser mod retsformandens retsbelæring, der påstås at have medført, at nævningernes erklæring er blevet fejlagtig, prøves af Højesteret. Herunder går også urigtig vejledning om *bevisbyrdespørgsmål*. Sådan prøvelse kan også ske i 3. instanssager, jfr. U 1983.705 (Glistrup-sagen).

Indsigelser om *rettergangsfejl* og processuelle afgørelser i øvrigt kan prøves både for så vidt angår retsanvendelsen og vedrørende bevisspørgsmål, f.eks. U 1971.634 (for sent forkyndt ankemeddelelse til landsretten anset anklagemyndigheden utilregnelig, da T var flyttet fra sin bopæl for at undgå fornyet fængsling).

Undertiden kan *strafudmålingsfaktorer*, der som udgangspunkt er undergivet Højesterets prøvelse, være præjudiceret ved den bevismæssige afgørelse af skyldspørgsmålet. Når mængde eller værdier er indgået i skyldspørgsmålet og bevismæssigt fastslået i forbindelse med afgørelsen heraf, kan det næppe antages, at Højesteret i strafudmålingsmæssig henseende kan lægge andre kvanta eller værdiansættelser til grund. Har landsretten ved strafudmålingen lagt til grund, at A var hovedperson, men B var biperson, kan det også give anledning til tvivl, om Højesteret er i stand til at lægge en anden rollefordeling til grund.

Dette spørgsmål har været fremme i No.Rt. 1971.323. To mænd var i lagmannsretten blevet dømt for røveri. Dommen indeholdt en passus om, at de to T måtte antages at have været lige gode om udførelsen af røveriet. Den ene ankede og gjorde gældende, at hans forhold var mindre groft end den

medskyldiges. I Højesterets dom blev det først anført, at lagretten havde svaret ja på spørgsmålet, om T havde gjort sig skyldig i røveri. »Det hører da under strafutmålingen å ta standpunkt til, om de domfældte kan antas å ha vært like gode om utførelsen af røveriet«.[21] Dette spørgsmål kunne Højesteret prøve, men den fandt ikke tilstrækkelige holdpunkter for at fravige lagmannsrettens bevisbedømmelse på dette punkt. Det samme måtte vel blive resultatet efter dansk ret. I konsekvens heraf måtte det vel også gælde, hvis fordelingen af skylden afhænger af bestemte aktiviteter fra de samvirkende kriminelle. Landsretten har udpeget A som hovedmand med henvisning til, at han har foretaget planlægningen og taget initiativet, medens B alene er opfattet som medløber. Under højesteretssagen sandsynliggøres det, eventuelt på grundlag af nye beviser, at disse antagelser ikke er rigtige. I princippet skulle man tro, at Højesteret herefter måtte kunne statuere et afvigende resultat med henvisning til den af Højesteret foretagne bevisvurdering.

Tilsvarende spørgsmål kan opstå ved enkelte af strafnedsættelsesgrundene i straffelovens § 84. Straf er udelukket, hvis der foreligger nødværge. Exces i nødværge er i visse situationer en strafudelukkelsesgrund, straffelovens § 13 stk. 2, i andre en strafnedsættelsesgrund, § 84, stk. 1, nr. 1. Slige spørgsmål har, såvidt ses, ikke været forelagt for den danske Højesteret og ses heller ikke behandlet i den strafprocessuelle litteratur.

I den første narkotikasag, der blev pådømt af Højesteret U 1968.611, og som i landsretten var endt med betinget dom, søgte anklagemyndigheden at overbevise Højesteret om, at den ved strafudmålingen ikke var bundet af det beskudne omfang, som domfældelsen omfattede, og at kravene til bevisstyrken ved strafudmålingselementer var mindre end til skyldafgørelsen. Domfældelsen omfattede alene dokumentfalsk ved udfyldelse og underskrivning af nogle receptblanketter, som en anden skulle bruge, besiddelse af euforiserende stoffer, såsom hash og LSD, indkøb af hash til eget forbrug og medvirken til handel med hash mod vederlag i hash. Det fremgik imidlertid af dommen, at han havde været på en tur til Istanbul sammen med en veninde, der havde finansieret turen med et beløb fra ungdommens uddannelsesfond. Da han og veninden blev

20. Des mere besynderlig forekommer i den af Olafsson J. 1961.170 i artiklen om Højesterets behandling af straffesager omtalte højesteretsdom U 1958.754, hvor Højesteret afviste at tage en påstand fra anklagemyndigheden om frifindelse for underslæb til følge, der var begrundet med, at lovens krav om udbetalingen i en afbetalingskontrakt ikke var opfyldt, idet Højesteret fandt, at dette spørgsmål ikke kunne prøves uden en selvstændig bedømmelse af beviserne for T.s skyld.

21. Helge Røstad, *Udvalgte emner innen strafferetten og straffeprocessen*, Oslo 1981 s. 254.

anholdt, var de på vej til Hamburg, og ved anholdelsen var de i besiddelse af udenlandsk valuta svarende til ca. 4.000 kr., som hidrørte fra en ukendt velgører. Det var med udgangspunkt i disse oplysninger, at anklagemyndigheden gjorde gældende, at disse bi-omstændigheder, som indicerede en væsentlig større aktivitet i henseende til håndtering af narko end selve de forhold, de var dømt for, burde tages i betragtning ved strafudmålingen. Det var imidlertid skønne spildte ord. Det er kun sjældent, at retterne ulejlig sig med at referere anklagemyndighedens anbringender og tage stilling til dem. Dommen blev stadfæstet med henvisning til en – fornyet – erklæring om T.s personlige forhold og til, at han kun i begrænset omfang havde medvirket ved handel med euforiserende stoffer. Anklagemyndighedens strafudmålingsbetragtninger blev ikke nævnt med et ord. Om det skyldtes kompetencebegrænsningen, manglende bevis, eller at sagen var behandlet som tilståelsessag, at de ikke vandt gehør, blev ikke åbenbart.

Dommen om angiverifølger, U 1946.502 belyser ikke problemet om konflikt mellem landsrettens bevisbedømmelse vedrørende skyldspørgsmålet og Højesterets vedrørende strafudmålingsspørgsmålet. I landsretten var det fastslået, at det ikke kunne antages, at T havde været klar over de meget alvorlige konsekvenser hans opringning til Gestapo medførte. Højesteret pålagde alligevel ansvar for konsekvenserne, idet man statuerede, at følgerne var uagtsomme og – lidt kryptisk – henviste til, at det i landsrettens dom om dette forhold anførte ikke fandtes at være til hinder for, at Højesteret pålagde ansvar for en uagtsom følge. Højesteret synes at have fortolket udtryksmåden i landsrettens dom således, at den alene tog stilling til T.s viden, men ikke hvad han burde have vidst.

En sag om overtrædelse af lægeloven antyder en restriktiv opfattelse af kompetencen. Ifølge § 24 i den dagældende lægelov, 1. 72 14.3.1934 var det strafbart for ikke-læger at tage syge i kur, hvis patienten udsattes for påviselig fare. Straffen kunne efter 2. pkt. stige til fængsel i 1 år, når der forelå skærpende omstændigheder og efter 3. pkt. bl.a. også, når patienten var under 18 år. I U 1940. 636 havde landsretten ikke ment, at der forelå skærpende omstændigheder, da T med nogen føje kunne gå ud fra, at patienten eller hendes mor sørgede for insulin og diæt under patientens ophold hos T. Højesteret tager heller ikke i denne sag klar stilling til problemet, men bemærker, at den omstændighed, at T er anset for med nogen føje at kunne gå ud fra,

at patienten, der efter det oplyste var under 18 år, jfr. herved lægelovens § 24, 3. pkt., eller hendes moder sørgede for, at patienten fik den ordinerede insulin og diæt, ikke kan fritage T for ansvar i så henseende.

Selvom der klart er tale om strafudmåling (anvendelse af en sidestrafferamme) ville det være vanskeligt for Højesteret at tilsidesætte landsrettens antagelse om, hvad den T havde føje til at regne med.

I U 1985.563 blev spørgsmålet, om dyrkning af cannabis her i landet var i strid med lovgivningen om euforiserende stoffer, forelagt for Højesteret. Ved byretten var det ikke antaget, og dertil var knyttet en passus, hvorefter det ikke var godtgjort, at T havde haft til hensigt at udnytte den euforiserende virkning. Landsretten fandt dyrkningen omfattet og føjede som begrundelse for strafudmålingen til, at T efter bevisførelsen måtte antages at have haft til hensigt at udnytte den euforiserende virkning af noget af beholdningen. Ved Højesteret påstod forvareren frifindelse, subsidiært formildelse, mest subsidiært strafbortfald på grund af retsvildfarelse. Strafudmålingspræmissen i landsretten var vanskelig at anfægte i Højesteret, hvor resultatet med henvisning til de af landsretten vedrørende strafudmålingen fremhævede omstændigheder blev stadfæstelse.

Kriteriet for, om nævninger skal medvirke er nu, om der bliver spørgsmål om straf af fængsel i 4 år eller derover. Ved 1. 256 27.5.1981 ændredes reglerne om brandstiftelse på fremmed ejendom, voldtægt og røveri, således at de deles op i et grunddelikt med en strafferamme på fængsel indtil 6 år, og en grovere fremtrædelsesform med et strafmaksimum på fængsel indtil 10 år. Denne højere strafferamme kommer i betragtning, når der foreligger særligt skærpende omstændigheder (brandstiftelse), eller når forbrydelsen har haft en særlig farlig karakter eller der i øvrigt foreligger særligt skærpende omstændigheder (voldtægt og røveri). En straf, der medfører nævningsbehandling, vil sædvanligvis kun være aktuel, når tiltalen er rejst for den graverende fremtrædelsesform. Hvis nævningerne svarer nej til et spørgsmål herom, men ja til et spørgsmål, om gerningsindholdet i grunddeliktet er opfyldt, kan Højesteret næppe under en strafudmålingsanke slå fast, at der foreligger særlige skærpende omstændigheder, således at 10-års strafferammen kommer i betragtning.

Det er en selvfølge, at personlige oplysninger indgår i materialet vedrørende sanktionsfastsættelsen, og at nye oplysninger kan forelægges Højesteret herom. Siden begyndelsen af 40'erne har det stået

fast, at Højesteret har fuldstændig prøvelse af *tilregnelighedsspørgsmål* i 3. instans-sager.[22]

Under strafudmålingen hører *rettighedsfrakendelse* efter straffelovens § 79, U 1955.513 (erhvervmæssig personbefordring), *konfiskation*, eksempelvis U 1980.340 (ågersag), U 1981.272 (butikstid), U 1982.800 og 811 (fiskeri) og *udvisning* efter udlændingeloven, men også i sådanne tilfælde kan grundlaget for afgørelsen være præjudiceret af afgørelsen af skyldspørgsmålet.

Sager om *erstatning for uforskyldt varetægt* behandles i strafferetsplejens former. I modsætning til andre erstatningssager kan Højesteret følgelig ikke prøve den bevisvurdering, der er lagt til grund i de foregående instanser.

I U 1983.879 var der imidlertid uenighed i landsretten med stemmerne 3-3, om den erstatningssøgende, der var blevet frifundet for voldtægt, havde udvist en sådan adfærd, at erstatning burde nægtes. Under henvisning til, at erstatningssøgende efter det oplyste ved sin adfærd havde givet sådan anledning til anholdelsen og varetægtsfængslingen, at erstatning burde nægtes, tog Højesteret anklagemyndighedens påstand herom til følge. Tabsstørrelsen og vurderingen af, om tab er forårsaget af indgrebet, kan Højesteret efterprøve fuldt ud (f.eks. U 1982.305).

Begrundelsen for indskrænkningerne i Højesterets prøvelsesret er ikke klar. Beror den på hensynet til bevisumiddelbarheden eller på hensynet til lægdommernes indflydelse på afgørelserne eller på begge hensyn? Intet af dem synes at føre til den konsekvens, at Højesteret afskæres fra at bedømme bevisernes vægt med hensyn til skyldspørgsmålet, men har adgang til at prøve retlige spørgsmål og strafudmåling. Når de reale grunde for reglerne er uklare, kan det ikke undre, at Højesterets praksis med hensyn til administrationen af disse regler også bliver lidt uigennemskuelig. Foreligger genstanden for sagen direkte for Højesteret, er der intet til hinder for at bedømme den.[23] Her spærrer kompetencebegrænsningen ikke for en fuldstændig prøvelse. Men den omstændighed, at afgørelsen ikke hviler på

bevisumiddelbarhed, men f.eks. på erklæringer, fører ikke til, at Højesteret anser sig som kompetent. I U 1955.744[24] havde landsretten frifundet for overtrædelse af lægelovens § 25 under henvisning til den usikkerhed, der indenfor lægevidenskaben hersker med hensyn til børnelammelses nærmere beskaffenhed, derunder dens udbredelsesmåde. Denne begrundelse omskrev Højesteret således, at frifindelsen måtte forstås således, at retten ikke havde anset det for godtgjort, at barnet befandt sig i et smittefarligt stadium af sygdommen, da T tog det under behandling, og at anklagemyndighedens påstand om domfældelse på grundlag af en erklæring fra Retslægerådet om børnelammelses smittefarlige karakter derfor ikke kunne tages under påkendelse uden en selvstændig bedømmelse af bevisernes vægt. (Men retsfølgerne blev skærpet).

Med den realistiske holdning Højesteret indtager er der dog ingen fare for, at retten vil føle sig tvunget til hjemvisning endsige stadfæstelse af en fældende dom for overtrædelse af straffelovens § 222, hvis der ligger en dåbsattest blandt akterne, der viser, at pigen var over 15 år. Som det bl.a. fremgår af frakendelsessagerne er Højesteret ikke veget tilbage for i sine præmisser og sine overvejelser at inddrage notoriske kendsgerninger, f.eks. vejens karakter, dens bredde, indmundingslinjer, vognens art og størrelse etc.[25] Allerede ved afgørelsen om æglægningsbure, U 1938.754 inddrog Højesteret i sin vurdering nye oplysninger og denne praksis fortsatte som allerede omtalt i værnemagersagerne.[26] Højesterets praksis med hensyn til at tage bevismidler, der foreligger i form af erklæringer, regnskaber, korrespondance, revisionsberetninger etc. i betragtning er vanskelig at beskrive. Det er jo også problematisk at udskille dele af bevismaterialet til prøvelse. Forklaringer, der er knyttet til skriftligt eller billedligt materiale, kan påvirke opfattelsen af det eller være af betydning for de forudsætninger, der ligger til grund for det.

Victor Hansens vurdering vedrørende Højesterets administration af det vanskelige kriterium i retsplejelovens § 966, stk. 4 kan efter anklagemyndighedens erfaring for så vidt tiltrædes, som det er sjæl-

22. U 1940.1039; 1944.475; 1944.1101 og 1962.747.

23. F.eks. U 1938.121 (utugtige hæfter og billeder) og 1982.1022 (en dagbladsartikel egnet til på uforsvarlig måde at påvirke nævningernes afgørelse af sagen) U 1939.30 (annoncer i strid med konkurrenceloven), 1941.137 (tyggegummiemballage forvekselig) og 1949.1077 (skiltning forvekselig).

24. Omtalt af Olafsson J 1961.169-170.

25. Theodor Petersen, J 1963.5 i artiklen om Højesterets frakendelsespraksis med hensyn til førerbevis.

26. Se også U 1950.733 (HRT 1950.564) (Fortolkning af kontrakt om handel med tørv), og elementer i Houlberg-sagen, U 1943.276.

dent, at det giver anledning til problemer under sagernes udførelse for retten. Forventningerne til større præmispræcision i landsretternes domme kan dog næppe siges at være blevet indfriet. En del af forelæggelsen må anvendes på opstilling af hypoteser om, hvad landsretten har lagt til grund som bevist. Slår landsretten ikke klart sit resultat fast, kan rimelig klarhed ofte opnås ved at sammenstykke byrettens bevisresultat med landsrettens præmisser understøttet med oplysninger fra akterne. Men er landsrettens konklusion bygget op efter den ikke helt sjældne model: »Også efter bevisførelsen for landsretten findes tiltalte skyldig«, er der ikke sikkerhed for, at byrettens bevisresultat er tiltrådt, og parterne og Højesteret efterlades usikre om, hvad landsretten bygger afgørelsen på. Fortolkning af landsrettens dom vil let kunne føre til gætteri. At lægge det for tiltalte gunstigste faktum til grund, er næppe nogen anbefalelsesværdig løsning. Det mest rationelle i disse situationer ville være at hjemvise sagen på grund af rettergangsfejl, retsplejelovens § 929, stk. 2 og 3.[27] Det er en udvej, som den norske Højesteret ikke så sjældent gør brug af. Det hænger sammen med ankeordningens forskellighed. I Norge er Højesteret 2. instans med hensyn til de spørgsmål, som hører under Højesterets kompetence. Hjemvisning af en sag, der allerede har været gennem 3 instanser, byder imod, og Højesterets tilbageholdenhed er derfor vel forståelig.[28]

Begrænsningen i Højesterets prøvelsesret volder måske større problemer i forbindelse med indstillinger og ansøgninger om anketilladelse. Kan det omtvistede spørgsmål prøves af Højesteret? Risikerer parterne, at udfaldet bliver hjemvisning, eller stadfæstelse af et tvivlsomt resultat på grund af præmissernes utilstrækkelighed?

Forud for promilleregulens indførelse i 1976 foregik en livlig debat om promillens betydning for bedømmelsen af, om en fører af motorkøretøj havde været i stand til at køre på betryggende – eller efter færdselsloven 1955 – fuldt betryggende måde. Retslægerådet var splidagtigt med sig selv. I 1936 havde det anbefalet indførelse af en »1-promilleregul«;[29] i 1946 havde rådet skiftet standpunkt. Nu lagde rådet

afgørende vægt på udfaldet af den kliniske prøve.[30] Blodalkoholbestemmelsen kunne tjene som supplement og korrektion til den kliniske undersøgelse; i mangel af klinisk undersøgelse kunne Retslægerådet alene udtale sig om den statistiske korrelation mellem den fundne alkoholpromille og udfaldet af kliniske prøver. I retspraksis lagde man derimod afgørende vægt på størrelsen af promillen.[31] Efter skærpelsen af kriteriet i 1955 fæstnede sig i byretterne og de to landsretter den praksis, at domfældelse i almindelighed skete, når promillen på kørselstidspunktet måtte antages at have ligget over 1, men spørgsmålet om dette domfældelsesgrundlag ses aldrig at have været forelagt for Højesteret. Derimod havde Højesteret i U 1950.832 erklæret, at en alkoholconcentration, der i alt væsentligt hidrørte fra T.s forbrug den foregående dag, ikke udelukkede domfældelse for spirituskørsel efter motorlovens § 24, stk. 1, men at det ved landsretten var bindende fastslået, at tilstanden havde været af den i motorlovens § 24, stk. 3 omhandlede art (træthedstilstand), hvorfor anklagemyndighedens anke til domfældelse efter § 24, stk. 1 ikke blev taget til følge.[32]

I 1972 søgte forvareren for en klient, der ved byretten var blevet frifundet for spirituskørsel, men ved Vestre landsret var dømt herfor, anketilladelse til Højesteret. Efter den kliniske undersøgelse kunne han ikke antages at have været påvirket. Promillen var 1,18. Med henvisning til den kliniske undersøgelse fandt Retslægerådet ikke, at der var holdpunkter for at antage, at føreren havde været påvirket af spiritus. Vestre landsret fandt det efter den blodpromille, der var konstateret, og Retslægerådets erklæring om, at den havde været nogenlunde den samme på kørselstidspunktet, godtgjort, at føreren havde nydt spiritus i et sådant omfang, at han var ude af stand til at føre køretøjet på fuldt betryggende måde. I sin ansøgning henviste forvareren til, at størrelsen af blodalkoholconcentrationen ikke ville blive bestridt, men at Højesteret alene skulle tage

undersøgelsen slået fast, at der var hjemmel til ved tvang at gennemføre udtagning af blodprøve til alkoholbestemmelse.

27. Theodor Petersen, J 1963.5.

28. Gomard, anf. st.s. 488 ff., navnlig s. 491-493 og U 1959.149 (»— — — hensynet til T taler stærkt for en afslutning af sagen — —«)

29. I U 1937.54 HKK havde Højesteret under henvisning til indgrebs ufarlighed og betydning som led i læge-

30. Theodor Petersen U 1952 B. 133 ff.

31. J.F.E. Bardenfleth U 1939 B. 26. P. M. Sachs oplyser i NTfK 1952.197, at der i retspraksis er en tilbøjelighed til at dømme en fører, når han har over 1 ‰ i blodet, selvom indiciene for hans uegnethed til at køre ellers kun er svage. Mere forbeholden H. A. Sørensen U 1956. B.121 ff.

32. Lignende sag U 1970.43.

stilling til, om der i dansk ret var indført en fast promillegrænse ved i hvert fald 1,18.

Med henvisning til dommen U 1950.832 udtalte Rigsadvokaten sig imod anketilladelse, da spørgsmålet angik bevisbedømmelsen. Justitsministeriets afslag med samme begrundelse blev indbragt for Folketingets Ombudsmand, der ikke fandt at kunne kritisere afslaget.

Denne sag illustrerer vanskeligheden ved at skelne mellem bedømmelsen af et almindeligt anvendt bevisgrundlag og fortolkning af en retsregel. Ofte består problemet i, om et strafudmålingsspørgsmål kan skilles ud fra den bevisbedømmelse, der er lagt til grund ved skyldspørgsmålets afgørelse. I en skattesag fastsættes straffen i forhold til den skat, der er unddraget. Kan størrelsen af den undtagne skat prøves af Højesteret, når det af skattevæsenet opgjorte beløb er medtaget i anklageskriftet, og T er fundet skyldig efter dette? På samme måde i sager om berigelsesforbrydelser. I en sag var der rejst tiltale mod en produkthandler for tyveri af en bronzeskulptur, hvis værdi i anklageskriftet var angivet til 500.000 kr. Han blev dømt for hæleri efter dette anklageskrift, men forsvareren søgte anketilladelse med hensyn til strafudmålingen under henvisning til, at T var uvidende om, at det var et kunstværk af høj værdi, han var kommet i besiddelse af, og ikke blot nogle kilo bronze.

Mod den ankeordning, der gælder i 3. instanssager, kan ikke blot rejses de indvendinger, som Hurwitz har gjort gældende med hensyn til sondringen mellem jus og faktum, men også den indvending, at det er vanskeligt at identificere, hvad der hører til bedømmelsen af skyldspørgsmålet, hvor Højesteret er afskåret fra at bedømme beviset, og sanktionsfastsættelsen, hvor Højesteret principielt har fuld prøvelsesret.

Frakendelse af førerret på grund af groft uforsvarlig kørsel behandles som et skyldspørgsmål, et spørgsmål om retten ved afgørelsen af, om tiltalte skal domfældes, havde anvendt straffeloven – her færdselsloven – urigtigt, men er jo i grunden et sanktionsspørgsmål: om retsfølgen frakendelse af førerbevis skal ledsage bøden for overtrædelse af færdselsloven. Men den del af straffen, som bestod i frakendelse, var dominerende i forhold til bødefølgen, og de skærpende omstændigheder, der kunne udløse frakendelse, var særskilt beskrevet i frakendelsesbestemmelsen. Ingen drog i tvivl, at det ikke var et strafudmålingsspørgsmål, men et spørgsmål om strafskyld, i hvis afgørelse der indgik en retlig

subsumption af et faktum, som ikke var undergivet Højesterets prøvelse. Men der var antagelig heller ingen, der spildte mange tanker på, om spørgsmålet hørte hjemme i den ene kategori eller den anden. Situationen med hensyn til Højesterets kompetence er den samme, når vurderingsgrundlaget er den strafbare handling – i modsætning til oplysninger om tiltaltes personlige forhold. Hvis den indankede dom udmåler straffen for A, der er dømt for samme strafbare forhold som B, til 4 måneders fængsel, idet retten slår fast, at han er initiativtager, og fastsætter den til 4 måneders betinget fængsel for B, fordi han kun har holdt vagt, vil Højesteret afvise en bevisførelse, der går ud på at godtgøre, at skyldfordelingen er en anden. I sådanne tilfælde synes Højesteret at have den opfattelse, at landsrettens bevisresultat må lægges til grund.[33] I det omfang der ikke i de foregående instansers domme er fastlagt noget bevisresultat med hensyn til omstændigheder i handlingsforløbet, som er af betydning for strafudmålingen, er der derimod intet til hinder for, at Højesteret foretager en selvstændig bedømmelse af faktum.

Hurwitz anbefalede, at den nuværende revisionsordning såvidt muligt fortolkes i overensstemmelse med hensynet til bevisumiddelbarheden. De med denne fortolkning forbundne vanskeligheder kunne tale for en ankeordning, der direkte gør bevisumiddelbarhedshensynet til rettesnor for bestemmelsen af Højesterets kompetence. På gældende rets grundlag kunne det ske ved, at det overlades til Højesteret selv i det enkelte tilfælde at skønne over, hvorvidt og på hvilken måde retten anser en efterprøvelse af bevisbedømmelsen for mulig. Højesterets prøvelsesret måtte vel i almindelighed begrænses eller betinges således, at den ikke kommer i strid med bevisumiddelbarhedshensynet, men det ville være formalistisk at udelukke muligheden af visse undtagelser fra denne hovedregel.[34] Højesteret synes i betydeligt omfang at have fulgt denne anbefaling. Det har medført, at afgørelserne – måske med enkelte undtagelser – er nået til rimelige resultater.[35] Til gengæld er muligheden for at forudsige, i hvilket

33. Jfr. ovenfor s. 73 samt U 1970.615 (tyveri – under henvisning til det bevisresultat, som ved herredsrettens, af landsretten stadfæstede dom er lagt til grund samt personlige oplysninger ændres landsrettens ubetingede straf til en betinget straf).

34. Strafferetsplejen, 2. udgave s. 575-576.

35. I Glistrup-sagen, U 1983.705 efterprøvede Højesteret et anbringende om, at T ikke havde handlet med forsæt, da bedømmelsen af hans handlemåde var af-

omfang prøvelse vil ske, blevet vanskelig som følge af denne smidige håndtering af kompetencereglerne. Jeg forudser, at vanskelighederne kan blive større i fremtiden, hvor det kan ventes, at særlovssager, der nødvendiggør en bedømmelse af de tiltaltes viden eller burde-viden, og store erhvervsøkonomiske sager vil komme til at repræsentere en øget andel af ankebeholdningen.

Ved 1. 260 8.6.1979 fik reglen i retsplejelovens § 966, stk. 1 om betingelserne for at meddele anketilladelse en ny ordlyd. Tilladelse til at anke en straffedom kan meddeles af justitsministeren, såfremt sagen er af principiel karakter eller særlige grunde i øvrigt taler derfor.

Indholdsmæssigt har kriteriet fået stor lighed med det, der gælder efter svensk ret (Rättegångsbalken 54. kap., 10 §) for at indbringe en hovretsdom for Högsta Domstolen. Afgørelse om anketilladelse træffes af en af rettens dommere eller et udvalg af dommere. Tilladelse kan gives, dels hvis prøvelsen er af vigtighed til vejledning af retsanvendelsen (prejudikatdispens), dels hvis der er særlig grund til en sådan prøvelse (extraordinær dispens). Anledning til extraordinær dispens kan være, at der er grundlag for genoptagelse. I sådanne sager kan beviser forelægges og prøves af Högsta Domstolen. Men som udgangspunkt gælder der heller ikke i andre 3. instanssager, herunder efter prejudikatdispens, begrænsninger i Högsta Domstolens prøvelsesret. Umiddelbarhed er også gennemført i svensk retspleje, og hensynet til umiddelbarhedsprincippet varetages ved regler om, at mundtligt bevis ikke uden særlig grund må optages til brug ved Högsta Domstolen, og hvis udfaldet i Högsta Domstolen beror på tiltroen til en forklaring eller iagttagelser under en åstedesforretning, må et sådant bevis ikke tilsidesættes af Högsta Domstolen, medmindre særlige grunde foreligger.

Ved disse regler har man således søgt at forene hensynet til umiddelbarhedsprincippet og en ubundet fuldstændig prøvelse ved den øverste domstol i de sager, der indbringes for den.

Det er naturligvis kun et fåtal af alle straffesager, der bør prøves i Højesteret. Efter den danske lovgivning følger begrænsningerne i 3. instanssager af, at særlig tilladelse kræves. At bevisernes vægt vedrørende skyldspørgsmålet ikke kan gøres til genstand

for prøvelse letter administrationen derved, at andragender, der går ud på at få beviset prøvet, kan afslås med henvisning hertil. Den grænse, der sættes for prøvelse af strafudmålingsspørgsmål (»åbenbart misforhold til brøden«), har ringe eller ingen betydning.[36] Det centrale område for højesteretsprøvelse er afgørelser, der kan være retningsgivende for de underordnede domstole eller af betydning for forvaltningen og lovgivningsmagten. Afgørelser vedrørende bevisbedømmelsen har normalt ingen betydning udover den enkelte sag, men sådanne sager kan sorteres fra ved nægtelse af anketilladelse. Dertil er det ikke nødvendigt at have en regel, der begrænser Højesterets prøvelsesret på en – som anført – ikke helt gennemskuelig måde. Anderledes derimod med hensyn til afgørelser, der bygger på almindeligt anvendte bevisgrundlag. De har principiel karakter, men kan ikke prøves efter de gældende regler. Sager, der invalideres af rettergangsfejl – der ikke er rettet op i landsretten,[37] og som kan have haft indflydelse på sagens udfald – må som hidtil tillades indbragt, men med adgang for Højesteret til at gå ind i en bevisvurdering, som i øvrigt er vanskelig helt at undgå, når det skal konstateres, om iagttagelse af den tilsidesatte regel kunne have medført et andet resultat. Den bestående praksis, hvorefter også andre sager, hvor der f.eks. er betydelige afvigelser mellem byret og landsret med hensyn til strafudmålingen eller retsfølgerne i øvrigt, tillades indbragt for Højesteret, kan opretholdes og ved udskillelse under anvendelse af kriteriet »særlige grunde« holdes på samme niveau som hidtil.

For at styre antallet og udvælgelsen af sager, der indbringes for Højesteret, er kompetenceindskrænkninger for Højesteret ikke påkrævede. Den gældende ordning er ikke tilfredsstillende for forbrugerne og den kan næppe heller være tilfredsstillende for Højesteret, der lejlighedsvis tvinges til at træffe ufuldstændige afgørelser, fordi der må gives afkald på at bedømme bevisgrundlaget, eller indlade sig på vanskelige balancegange mellem prøvelse af jus og prøvelse af faktum.

Den mest tungtvejende indvending mod at åbne mulighed for at føre bevis i Højesteret er, at det vil komplicere udførelsen af store sager. Præsumptivt vil den dog også give bedre muligheder for at efterprøve dem, således at hverken retten eller

hængig af tvivlsomme lovforklningsspørgsmål, og da han i myndighedernes holdning havde grund til at tro, at det, han gjorde, var lovligt.

36. Olafsson, J. 1961.165 ff og højesteretsdommene vedrørende bødeudmåling i færdselsager, U 1975.100 – 108.

37. U 1985.923.

parterne må resignere som det skete i de s. 69-70 omtalte domme,[38] der tog stilling til datidens store sager, men hvor en afgørelse af hovedforholdene ville kræve hjemvisning. Netop i store sager er hjemvisning den ulykkeligste løsning af alle.

I den artikel min forgænger Halfdan Olafsson skrev i anledning af Højesterets 300 års jubilæum sluttede han med at udtale:[39] »Selv om jeg fuldt ud erkender, at man på ingen måde må undervurdere vanskelighederne ved at formulere lovregler, der

38. Se også Troels G. Jørgensen, 18 år af Højesterets historie, Kbh. 1947 s. 203-205.

39. J. 1961.172 – med henvisning til det i note 10 nævnte udvalg om højesteretssagførerprøven.

giver en virkelig tilfredsstillende løsning af problemet, finder jeg ikke udvalgets argumentation virkelig overbevisende. Efter min opfattelse er det utvivlsomt, at den nuværende ordning er irrationel og indskrænker Højesterets kompetence i for høj grad. Selv om Højesteret har søgt at få det bedst mulige ud af lovens mangelfulde regler, føler jeg mig heller ikke ganske overbevist om, at Højesteret har ment i det store og hele at have kompetence, når der var praktisk trang dertil. Adskillige afgørelser synes at vise det modsatte«.

De svenske regler indeholder efter min mening inspiration til løsning af dette problem, der nu står foran sit 50-årige jubilæum.

Domstolene og skatteadministrationen

Af kammeradvokat, landsretssagfører *Ole Fentz*

I det følgende skal redegøres dels for nogle spørgsmål om domstolenes kompetence i forhold til skatteadministrationen, det vil især sige landsskatteretten dels for domstolenes stillingtagen til ligningsmyndighedernes og landsskatterettens praksis på områder, hvor de seneste års domspraksis har omfattet mere principielle spørgsmål.

Artiklen beskæftiger sig alene med indkomst- (og formue-) beskatning, men ikke med beskatning af fast ejendom.

I Indledning

Skatteadministrationens opbygning skal ikke her søges gennemgået minutiøst. En sådan gennemgang ville fordre ikke blot en opdeling efter generelle kriterier, men også opstilling af en række eksempler på sagsområder, der bl.a. pr. tradition er henført til det forvaltningsområde, hvor de i dag hører hjemme.

Den opdeling, som nærmest beskriver opgavernes fordeling, kan foretages således:

Skattedepartementet er skatteministerens sekretariat, som forbereder lovarbejdet og udfærdiger generelle forskrifter indenfor skatte- og afgiftsområdet. Skattedepartementet indtager ingen plads i ligningssystemet, der forestås af ligningsrådet og statskattedirektoratet i forening jfr. skattestyrelseslovens § 11. Tilsynet med, at ansættelsen af indkomst og formue sker på behørig og ensartet måde over hele landet, er henlagt til statsskattedirektoratet, der også udarbejder den årlige ligningsvejledning, som ifølge skattestyrelseslovens § 14, stk. 1, er bindende for ligningsmyndighederne. Derimod er det skattedepartementet, som ifølge skattestyrelseslovens § 20 fastsætter de fornødne regler vedrørende bl.a. statskattedirektoratets og ligningsrådets virksomhed, men skattedepartementet er ingen klageinstans over statsskattedirektoratet eller ligningsråd og har ingen instruktionsbeføjelser overfor ligningsrådet jfr. domsreferatet i østre landsrets dom i Tidsskrift for Skatteret 1985 nr. 55. Klager over ligningsrådets ansættelser sker til landsskatteretten, hvor statsskattedirektoratet – og ikke skattedepartementet – på eget initiativ eller efter begæring fra landsskatteret-

ten udfører sagerne på statens vegne, jfr. herved skattestyrelseslovens § 27, stk. 3.

Skattedepartementet har heller ingen instruktionsbeføjelse overfor landsskatteretten.

I skattesager er opbygget et særligt klagesystem, hvorefter en skatteyder har mulighed for at få en ansættelse til indkomst- eller formueskat prøvet i adskillige led, typisk via ligningskommission over skatteråd til landsskatteret og herfra videre til behandling i landsret og højesteret. Antallet af sager er naturligvis faldende fra instans til instans. Det årlige antal klager til skatteråd har i de senere år ligget på ca. 10.000 og til landsskatteretten på ca. 4.500. Domstolene behandler ca. 250 skattesager om året. I 1983 afsagde højesteret dom i 15 skattesager. I 1984 var antallet 29. Således har det ikke altid været. Går man 40 år tilbage, ses det, at højesteret i 1943 og 1944 afgjorde henholdsvis 4 og 5 skattesager.

Selvom skattestyrelsesloven (lovbekendtgørelse nr. 573 af 14. november 1984 om skattemyndighedernes organisation og om klageadgang m.m.) indeholder regler om den administrative instansfølge for klagesager og i §§ 29, 31 og 33, stk. 4, regler om indbringelse af skattesager for domstolene, har i praksis foreligget problemer om afgrænsningen mellem de administrative skattemyndigheders – herunder især landsskatterettens – og domstolenes kompetence.

II Domstolenes og landsskatterettens kompetence

A. Indledning

Skattestyrelsesloven indeholder ingen særregler om omfanget af domstolenes prøvelsesret overfor landsskatterettens kendelser.

I skattestyrelseslovens § 33, stk. 4, anføres om skatteministerens adgang til at indbringe landsskatterettens kendelser for domstolene, at sådan adgang haves overfor landsskatterettens afgørelse af »spørgsmål, som er undergivet pådømmelse ved de almindelige domstole«. I lovens § 29, stk. 1, var – indtil lov nr. 140 af 13. april 1983 – på tilsvarende måde anført, at sager om skattespørgsmål, der omfattedes af skattestyrelsesloven, og som domstolene kunne påkende (fremhævet af mig), ikke kunne

indbringes for disse, forinden landsskatteretten havde påkendt eller afvist sagen. Ved loven fra 1983 blev ordlyden ændret, men det kan ikke antages, at domstolenes kompetence er påvirket heraf. I dag er ordene »og som domstolene kan påkende« udgået formentlig som overflødige.

Skattestyrelsesloven udvider således ikke domstolenes kompetence i forhold til grundlovens § 63, hvorefter domstolene kan påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser.

Domstolene kan herefter påkende spørgsmål af retlig art, medens domstolene i anliggender af skønsmæssig art er henvist til at tage stilling til, hvorvidt grænserne for et rimeligt skøn er overskredet ved landsskatterettens behandling, og til i bekræftende fald at hjemvise sager til fornyet behandling i de administrative instanser.

Denne ordning er slutstenen på en udvikling fra den første statsskattelov, lov nr. 104 af 15. maj 1903 om indkomst- og formueskat til staten.

I denne første statsskattelov bestemtes i § 34, at de stedlige overskatteråds afgørelser af de spørgsmål, der var indanket af de skattepligtige, var endelig. For Københavns kommune gjaldt dog særlige regler, som gjorde, at afgørelser truffet af overskatterådet for København i visse tilfælde kunne indbringes for domstolene, og der kendes også fra 1903-lovens gyldighedsperiode domstolsafgørelser i skattesager fra provinsen. Det blev her antaget, at overskatterådet alene havde endelig kompetence til at afgøre spørgsmål om skatteansættelsen, hvorimod spørgsmål om skattepligt ikke var unddraget domstolenes prøvelsesret jfr. højesterets dom i U 1907 s. 169. Under domstolenes kompetence faldt således også f.eks. spørgsmålet om, hvorvidt køb af aktier var sket i spekulationsøjemed, således at fortjeneste eller tab ved afhændelse skulle påvirke den skattepligtige indkomst jfr. højesterets dom i U 1911 s. 763. Her var tale om skattepligt og ikke skatteansættelse. Denne prøvelsesret støttedes på grundlovens § 63.

Ved statsskatteloven fra 1912 (lov nr. 144 af 8. juni 1912 om indkomst- og formueskat til staten), der indførte det landsdækkende landsoverskatteråd med kompetence både som øverste ligningsmyndighed og som øverste administrative klageinstans i skattesager, gennemførtes heller ingen regler om muligheden for at indbringe sagerne for domstolene. I loven blev ikke gentaget 1903-lovens regler om, at øverste ligningsmyndigheds afgørelse var endelig, men der anvendtes i § 33 det noget uklare udtryk, at

landsoverskatterådet skulle sende meddelelse til alle vedkommende »om sagens *endelige* udfald«. Denne ordlyd genfandtes i § 33 i 1922-loven (lov nr. 149 af 10. april 1922 om indkomst- og formueskat til staten). Såvel under 1912-loven som under 1922-loven anerkendtes fortsat domstolsbehandling af skattesager. Det sædvanlige her var naturligvis, at skatteydere indbragte afgørelser truffet af den øverste administrative myndighed, landsoverskatterådet, for domstolene, men der forekom dog tilfælde, hvor skatteydere undlod at foretage påklage til landsoverskatterådet, således at sagen blev indbragt efter skatterådets afgørelse, uden at denne var påkendt af landsoverskatterådet jfr. højesterets dom i U 1934 s. 4.

Udtrykkelige bestemmelser om adgang til at indbringe skattesager for domstolene blev indført ved landsskatteretsloven (lov nr. 108 af 31. marts 1938 om oprettelse af en landsskatteret og om tilsynet med ligningen m.v.). Her findes grundlaget for de nugældende regler i skattestyrelsesloven, hvorefter ligningsrådet og statsskattedirektoratet i forening er øverste ligningsmyndighed (skattestyrelseslovens § 11), og landsskatteretten er øverste administrative klageinstans (lovens § 21), hvorved landsskatterådets dobbeltfunktion som lignings- og klagemyndighed blev afskaffet. Landsskatterettens kendelser kan såvel af skatteyderne som af skatteministeren indbringes for domstolene som hovedregel indenfor en frist på 6 måneder fra datoen for landsskatterettens kendelse eller af skatteyderne efter udløbet af 6 måneders frist fra sagens indbringelse for landsskatteretten.

Om fristens beregning fastslås det i østre landsrets dom i U 1976 s. 790, at det er tilstrækkeligt at indlevere stævning på 6 månedersdagen efter afsigelsen af landsskatterettens kendelse.

Skattedepartementet har i praksis dispenseret fra fristen i særlige tilfælde.

I skattestyrelseslovens § 29, stk. 3, indeholdes regler om, at fristen for indbringelse af landsskatterettens kendelser i visse sager kun er 3 måneder. Dette gælder f.eks. for skatteansættelse af dødsboer. En tilsvarende 3 måneders frist gælder ifølge § 5, stk. 2, i lov nr. 143 af 13. april 1983 om bindende forhåndsbesked om skattespørgsmål m.v., når landsskatteretten har afgjort en sag om forhåndsbesked.

En overskridelse af fristen for sagens indbringelse for domstolene medfører sagens afvisning jfr. højesterets dom i U 1972 s. 89.

Ved lov nr. 187 af 25. maj 1966 om ændringer i landsskatteretsloven blev med virkning fra skatte-

året 1966/67 bestemt, at indbringelse af landsskatterettens kendelser sker for landsretten i den landsretskreds, hvor skatteyderen har hjemting ved sagens anlæg.

Der er ikke tale om anke af landsskatterettens kendelse, men om sagsanlæg i første instans. Dette forhold har for det første den betydning, at alle skattesager kan nå til højesteret, hvilket var en af begrundelserne for gennemførelsen i 1966 af reglen om, at indbringelse skal ske for landsretten. For det andet indebærer forholdet, at parterne for landsretten kan fremføre nova uden den begrænsning, som i medfør af rpl. §§ 382-384 gælder i ankesager. I vestre landsrets dom i U 1984 s. 149 er der således givet skatteministeriet medhold i, at ministeriet kunne inddrage ligningslovens § 4 i en sag om indkomstbeskatning af kursgevinster uanset, at statsskattedirektoratet for landsskatteretten alene havde påberåbt sig statsskattelovens § 5 a som lovgrundlag for ansættelsen. Sagen er af skatteyderen indbragt for højesteret. Noget andet er, at en skatteyder under den administrative behandling af en skattesag kan have frafaldet indsigelser også med bindende virkning for en efterfølgende retssag. Et sådant resultat blev statueret i højesterets dom i U 1981 s. 41. Efter udtrykkelig forespørgsel under sagens behandling i landsskatteretten tiltrådte skatteyderens revisor den talmæssige opgørelse af fortjenesten ved en ejendomshandel. Herefter fandt højesterets flertal, at skatteyderen var afskåret fra under retssagen at anfægte opgørelsen. Se også debatten om dommen i U 1981 B s. 265, s. 355 og s. 411.

Ligeledes kan skatteyderens selvangivelse i hvert fald i et vist omfang anses for dispositiv og afskære skatteyderen fra at gøre synspunkter gældende i strid med selvangivelsens udvisende. Således fastslog østre landsret i dommen i U 1984 s. 855, at en skatteyder, der ved erhvervelsen af kvæg havde foretaget nedskrivning på købesummen og dermed tilkendegivet, at der var tale om en handelsbesætning, ikke ved salget kunne ændre denne angivelse til, at der var tale om en stambesætning med den virkning, at fortjenesten ved salget ikke skulle indkomstbeskattes.

Som nævnt i indledningen til dette afsnit indeholder skattestyrelsesloven ingen særregler om domstolenes kompetence, og her gælder også i skattesager partsautonomien, medens officialmaksimen finder anvendelse ved skattesagers behandling for landsskatteretten, der f.eks. ifølge skattestyrelseslovens § 32, stk. 1, kan foranledige oplysninger ud over de

retten forelagte tilvejebragt, hvis landsskatteretten anser det for nødvendigt, og som ifølge § 33, stk. 1, er berettiget til uanset klagens indhold at optage ansættelsen i sin helhed til kendelse.

B. Indbringelse for domstolene uden forudgående landsskatteretskendelse

Som nævnt ovenfor er hovedreglen efter skattestyrelsesloven, at en skattesag først kan indbringes for domstolene efter sagens behandling i landsskatteretten. Herfra gælder dog nogle undtagelser, hvoraf nogle skal gennemgås her.

1. Statsskattelovens § 42

Efter statsskattelovens § 42, stk. 2, jfr. stk. 1, påhviler det enhver, om hvem det oplyses, at han ikke har været beskattet af sin fulde indkomst (eller formue), at efterbetale for lidt erlagt skat eventuelt med dennes dobbelte beløb, og herudover kan der blive tale om bødeansvar for skatteyderen. Størrelsen af det skattebeløb, der skal efterbetales, bliver ifølge bestemmelsen i mangel af mindelig overenskomst at fastsætte ved domstolene. I disse tilfælde, hvor der ikke sker nogen ændring af skatteansættelsen, er domstolene umiddelbart kompetente, således at sagerne ikke passerer over skatteråd og landsskatteret. Sædvanligvis anvendes bestemmelsen i straffesager, og da skattesager her er politisager, behandles disse som underretssager i første instans. Det antages, at det er overladt til statsskattedirektoratet indenfor området af statsskattelovens § 42 at afgøre, hvorvidt en sag skal behandles som efterbetalingssag eller som en sag om ændring af skatteansættelsen. I sidstnævnte tilfælde kan – og skal – en klage fra skatteyderen passere skatteråd og landsskatteret, før indbringelse kan ske for domstolene.

2. Skattedepartementets afgørelser

I de tilfælde, hvor kompetencen til at træffe afgørelser er henlagt til skattedepartementet, kan sagen ikke indbringes for anden administrativ instans, men borgerne har umiddelbar adgang til at indbringe afgørelsen for domstolene. Det gælder f.eks. spørgsmålet om en given indtægt er A- eller B-indkomst, jfr. kildeskattelovens § 45, stk. 3.

I øvrigt er det praksis, at skattedepartementet afgiver udtalelser om lovforklaring; sådanne udtalelser angiver skattedepartementets opfattelse af et legalt spørgsmål, men er ingen bindende afgørelse. Er forespørgeren uenig i det modtagne svar og vedrører spørgsmålet et aktuelt skatteproblem for

den pågældende, kan han føre sagen gennem instansfølgen i skattestyrelsesloven. Skattedepartementets udtalelse i en konkret sag er heller ikke bindende for ligningsmyndighederne eller landsskatteretten.

I et tilfælde har højesteret dog admitteret et direkte sagsanlæg på grundlag af en skrivelse fra skattedepartementet. Det drejer sig om højesteretsdommen i U 1984 s. 1059, hvor skattedepartementet i en skrivelse havde givet udtryk for, at danske freelance tolke ved EF var fritaget for dansk beskatning. Imidlertid tilbagekaldte skattedepartementet et par år senere denne skrivelse under henvisning til fremkomne oplysninger fra EF-kommissionen. En kreds af tolke anlagde herefter sag mod skatteministeriet med påstand om, at ministeriet skulle anerkende, at tolkene for deres vederlag fra EF var fritaget for national beskatning. Ministeriet påstod sagen afvist, bl.a. fordi der ikke forelå nogen skatteansættelse, hvorfor tolkene ikke opfyldte betingelserne i skattestyrelseslovens § 29 for at indbringe spørgsmålet for domstolene. Medens landsretten gav ministeriet medhold i afvisningspåstanden, hjemviste højesteret sagen til påkendelse i realiteten med den begrundelse, at tolkene fandtes at have en berettiget interesse i, at spørgsmålet, som skattedepartementet havde taget stilling til, snarest blev afklaret. Højesteret tilføjede, at ministeriet ikke havde påvist, at der skulle være reelle betænkeligheder forbundet med, at spørgsmålet blev forelagt for domstolene – herunder EF-domstolen – uden at det forinden var afgjort af ligningsmyndighederne som led i skatteansættelserne af tolkenes indkomster.

Til de ovenstående bemærkninger må dog føjes, at skattedepartementet træder aktivt ind, når skattesager indbringes for domstolene. Hvad enten retssag anlægges mod ministeriet for skatter og afgifter eller mod skattedepartementet (begge dele finder sted uden indsigelse fra ministeriet), er det skattedepartementet og ministeren – men ikke statsskattedirektoratet – der har magten over processen på statskassens vegne og herunder kan tage endelig stilling til, om en retssag skal gennemføres, eller om der skal tages bekræftende til genmæle (eller om sagen skal hæves, når staten er sagsøger eller appellant). Sådan stillingtagen til, om en retssag skal opgives, eller om anke skal iværksættes, sker i praksis først, efter at skattedepartementet har foretaget høring af statsskattedirektoratet og landsskatteretten. Selvom den altovervejende hovedregel er, at beslutning træffes i fuld overensstemmelse mellem de tre myndigheder,

er det dog skattedepartementet, der træffer afgørelsen.

3. Overskridelse af fristen for indbringelse for landsskatteretten

Efter § 21 i skattestyrelsesloven (lovbekendtgørelse nr. 573 af 14. november 1984) påkendes klager over de af skatterådene, amtsligningsrådene og ligningsrådet foretagne ansættelser af indkomst og formue af landsskatteretten. Klager til landsskatteretten skal ifølge lovens § 23 være modtaget inden 8 uger efter, at der er givet vedkommende underretning om den afgørelse, der påklages.

Landsskatteretten skal ifølge lovens § 28 afvise en for sent indgiven klage, medmindre klageren oplyser særlige undskyldende omstændigheder, som skønnes at kunne begrunde, at der bortses fra fristoverskridelsen. Endvidere skal landsskatteretten afvise en klage, hvis reglerne om klageadgang til ligningsmyndighederne ikke er udnyttet, medmindre ganske særlige forhold skønnes at kunne begrunde, at der bortses herfra.

Det skal her indføres, at det i skattestyrelseslovens § 24 er fastsat, at ansættelser, som ikke rettidigt har været indanket for skatterådet, ikke kan påklages til landsskatteretten, medmindre klagegrunden er, at skatteyderen ikke er skattepligtig efter dansk lov, eller at der ved ansættelsen er begået formelle fejl, som kan gøre den ugyldig.

Den almindelige regel for klage til landsskatteretten er således, at den administrative instansfølge og den fastsatte klagefrist er overholdt – et princip som er helt sædvanligt i dansk forvaltningsret.

Mere usædvanligt er det, at skatteyderen kan indbringe sagen for domstolene uden at afvente landsskatterettens afgørelse, hvis der er forløbet mere end 6 måneder efter, at sagen er indbragt for landsskatteretten – en regel, som skatteydere ikke helt sjældent benytter sig af.

Vist nok helt uden sidestykke i dansk ret er reglen i skattestyrelseslovens § 29, stk. 1, hvorefter sager om skattespørgsmål, som domstolene kan påkende, ikke kan indbringes for disse, forinden landsskatteretten har påkendt *eller afvist sagen*. Her gælder en 6 måneders frist fra tidspunktet for landsskatterettens kendelse.

Denne bestemmelse skal forstås således, at også landsskatterettens afvisningskendelser som følge af overskridelse af fristen for sagens indbringelse for landsskatteretten, kan indbringes for domstolene ikke blot til afgørelse af spørgsmålet, om sagen med

rette er afvist, men også til afgørelse af sagens realitet. Dette fremgår af lovmotiverne (Folketings-tidende 1976/77, 2. samling, tillæg A, sp. 2461), hvor det udtales, at formålet med reglen har været, at »det klart kommer til at fremgå af bestemmelsen, at også en klager, der har modtaget en afvisningsken-delse f.eks. på grund af fristoverskridelse eller væg-ring ved at fremføre tilstrækkelig begrundelse af klagen, vil have adgang til at indbringe sagen for domstolene til afgørelse af dens realitet«. Herefter kan det konstateres, at en fristoverskridelse for sagens indbringelse for landsskatteretten er uden reel betydning for skatteyderen. Skatteyderen skal blot sørge for alligevel at indbringe sagen for lands-skatteretten, der derefter – medmindre undtagelses-bestemmelserne i skattestyrelseslovens § 28 bringes i anvendelse – statuerer afvisning, og herefter har skatteyderen 6 måneder til at anlægge retssag. Skat-teyderens eneste risiko ved for sen indbringelse for skatteråd eller for landsskatteretten er de med rets-sagen forbundne omkostninger, som muligvis kunne være sparet, hvis indbringelse var sket rettidigt for landsskatteretten.

I dansk ret er det i almindelighed antaget, at indbringelse for domstolene ikke forudsætter, at administrativ rekursadgang er udnyttet jfr. Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret (5. udg.) s. 586, og Forvaltningsret, Almindelige emner (1979) s. 279 ff, men i så fald kræves ikke, at borgeren først henvender sig til rekursmyndigheden, og at denne skal have afvist at behandle sagen, før retssag anlæg-ges. I øvrigt synes reglen uden for det administrative hierarki i dag at være, at domstolsbehandling er udelukket, såfremt man ikke rettidigt har fulgt den administrative rekurs til tops, se således f.eks. § 26, stk. 3, i lov nr. 186 af 4. juni 1964 om fremgangsmå-den ved ekspropriation, § 65, stk. 2, i lovebekendtgø-relse nr. 585 af 20. november 1975 om offentlige veje, zonelovens (lovebekendtgørelse nr. 5 af 13. januar 1984) § 16 og kommuneplanlovens § 49, stk. 3.

4. Forældelse

Ved afgørelsen af skattesager forekommer naturlig-vis stillingtagen til spørgsmål af anden juridisk ka-rakter end de snævert skatteretlige. Om et beløb er rente og dermed som udgift fradragsberettiget (se f.eks. højesterets dom i U 1960 s. 589) eller om endelig og bindende aftale om overdragelse af en fast ejendom er sket og dermed udløser skattepligt, må afgøres ud fra almindelige juridiske overvejelser

se således f.eks. højesterets dom i U 1983 s. 111, der afgjorde spørgsmålet om, i hvilket indkomstår be-skatning af fortjeneste ved salg af fast ejendom skulle ske ved at fastslå tidspunktet for endelig og bindende aftale om salget.

Disse fortolkningsproblemer påhviler det lignings-myndighederne og landsskatteretten at løse ved deres sagsbehandling, men på et enkelt område er landsskatteretten dog veget tilbage herfor. Lands-skatteretten tager stilling til, om den særlige (skatte-mæssige) forældelse efter skattestyrelseslovens § 15, stk. 5, er indtrådt. Her indeholdes reglen om, at skønsmæssige ansættelser ikke kan ændres senere end 3 år efter udløbet af det pågældende indkomstår. Her er tale om en forældelsesregel med en klar periodemæssig afgrænsning. Men opstår spørgsmål om at bringe 1908-lovens regler om 5 års forældelse i anvendelse, anser landsskatteretten sig i dag for indkompetent ifølge fast praksis, der måske er op-stået, fordi suspensionsreglerne i 1908-loven kan gøre forældelsesfristen »glidende«, og dette endda i særlig grad i skattesager, hvor vurderingen af, hvornår ligningsmyndighederne har opnået tilstrækkeligt kendskab til kravet, ofte giver anledning til stor tvivl, hvilket også ses af domspraksis jfr. f.eks. højesterets dom i U 1968 s. 240.

Udviklingen har været den, at landsskatteretten oprindeligt påkendte også spørgsmål om forældelse jfr. således f.eks. LSR 1942 nr. 189, hvor landsskat-teretten for skatteårene 1932/33 – 1935/36 nedsatte ansættelserne til de selvangivne beløb med den be-grundelse, at kravet på forhøjelse af ansættelserne for disse skatteår måtte anses for at være forældede, da skatteyderen mere end 5 år forud for ansættelsen havde meddelt skatterådet fornødne oplysninger til, at skatterådet efter landsskatterettens mening allere-de da havde haft fuld anledning til at søge forholde-ne nærmere oplyst.

I 1953 ændredes denne indstilling til behandlingen af forældelsesspørgsmål, først ved landsskatterettens kendelse i LSR 1953 nr. 123, der blot angiver, at det faldt uden for landsskatterettens forretningsområde at tage stilling til, hvorvidt skattekravene var foræl-dede. Landsskatteretten stadfæstede herefter de på-klagede ansættelser.

I en senere kendelse fra samme år, LSR 1953 nr. 219 fastslog landsskatteretten med henvisning til landsskatteretslovens § 10 e contrario, at retten ikke havde kompetence til at tage spørgsmål om forældel-se (eller til om krav om efterbetaling var udelukket efter de almindelige regler om *condictio indebiti*)

under påkendelse. Herefter stadfæstedes de af skatterådet forhøjede ansættelser.

Denne praksis indebærer, at en skatteyder, der bl.a. vil påberåbe sig forældelse, ikke kan få sin sag afgjort i dens helhed ved indbringelse for landsskatteretten, og at landsskatteretten – måske med overbevisning om, at et skattekrav er forældet – skal træffe en afgørelse, der kan være forkert. Hertil kommer det unødige arbejde, som landsskatteretten må lægge i en sag, der kunne afgøres alene eller allerede som følge af forældelse. Landsskatterettens henvisning i ovennævnte kendelse til landsskatteretslovens § 10 e contrario indebærer en snæver fortolkning af denne bestemmelse. I hvert fald kunne reglen i den oprindelige lovs § 10, stk. 1, nr. 3, (jfr. nu skattestyrelseslovens § 24, stk. 1, nr. 3) om landsskatterettens kompetence, når klagen går ud på, at skatteyderens indkomst eller formue var blevet for højt ansat, synes direkte anvendelig.

Imidlertid må det efter fremkomsten af betænkning nr. 339 (1963) om landsskatteretten anses for udelukket, at landsskatteretten igen skulle tiltage sig kompetencen, idet man i betænkningen – efter at have gennemgået praksis – erklærer, at man ikke i udvalget ville fremkomme med forslag til ændring på dette område, og en sådan ændring blev da heller ikke gennemført.

I tilfælde, hvor det er nogenlunde klart, at forældelse er indtrådt, oversender landsskatteretten sagen til statsskattedirektoratet til ændring af ansættelsen, men bortset fra disse tilfælde må spørgsmålet afgøres af domstolene.

Den skatteyder, som vil påberåbe sig forældelse som et blandt flere anbringender er således efter gældende praksis henvist til at indbringe sin sag for skatteråd og landsskatteret uden behandling af forældesspørgsmålet, og så enten få landsskatterets-sagen udsat på anlæggelse af retssag alene om forældelse (hvor domstolene, hvis forældelse ikke statueres, kan forvente senere påny at få skattesagen forelagt, når landsskatteretten har behandlet de øvrige spørgsmål) eller – hvis skatteyderen taber sagen i landsskatteretten – indbringe kendelsen for domstolene med det yderligere anbringende, at skattekravet er forældet. Eventuelt kan udløbet af 6 månedersfristen for sagens indbringelse for landsskatteretten afventes, hvorefter alle skattesagens spørgsmål kan indbringes for domstolene.

Vil skatteyderen alene påberåbe sig forældelse i sagen, kan han anlægge retssag, såsnart han anser forældelse for indtrådt.

Om spørgsmålet, hvorvidt indbringelse for landsskatteretten afbryder forældelse skal her blot henvises til, at dette er antaget i østre landsrets dom i U 1972 s. 447, og at mindretallet i højesterets dom i U 1969 s. 108, hvor flertallet ikke tog stilling hertil, gav udtryk for samme opfattelse.

5. Skifteret *ctr.* landsskatteret

I den seneste tid er opstået spørgsmål om forholdet mellem ligningsmyndighedernes (landsskatterettens) og skifterettens kompetence i konkursboer. Tilsvarende spørgsmål vil kunne opstå i forholdet mellem landsskatteretten og fogedretten.

I en endnu utrykt afgørelse behandlede skifteretten i Rødding et konkursbo, hvor fallenten forud for konkursen havde indbragt sin skatteansættelse for et indkomstår for landsskatteretten. Spørgsmålet om, hvorvidt skifteretten uprøvet måtte lægge skatterådets ansættelse til grund ved fordringens prøvelse, eller om skifteretten selvstændigt kunne foretage en prøvelse af skatteansættelsens rigtighed, afgjorde skifteretten derhen, at den efterprøvede selve skatteansættelsen. Derved vil der kunne fremkomme forskellig ansættelse ved landsskatterettens og skifterettens afgørelser, hvad i sig selv må forekomme uheldigt, men hertil kommer, at skifteretten ikke besidder samme indsigt i skatteretlige spørgsmål eller den viden om skatteyderens forhold som ligningsmyndighederne. I praksis respekterer skifteretterne aftaler om voldgiftsbehandling, jfr. U 1983 s. 44 og Mogens Munch: Konkursloven, 4. udg. s. 821. Statsskattedirektoratet måtte være af den opfattelse, at man så meget mere måtte respektere særlovgivningens regler om særlige retter, her landsskatteretten, som kompetente. Efter kildeskattelovens § 16, stk. 4, er det landsskatteretten – og ikke skifteretten – der er kompetent til at efterprøve værdiansættelser i boopgørelser. Endelig foreskriver skattestyrelseslovens § 31, at retssager om skatteansættelse behandles af landsretten som første instans.

Sagen kunne også give anledning til det spørgsmål – som ikke forelå til påkendelse – om skifteretterne vil kunne tilsidesætte landsskatterettens kendelser.

Skattedepartementet indbragte derfor skifterettens afgørelse for landsretten, der med dissens stadfæstede skifterettens afgørelse med den begrundelse, at den kompetence til som første instans at påkende sager om skattespørgsmål, der efter skattestyrelseslovens § 31, jfr. § 29, jfr. rpl. § 226, stk. 1, nr. 2, er tillagt landsretten, findes, efter at skatteyderen er erklæret konkurs, at være henlagt til skifteret-

ten i medfør af den almindelige regel i konkurslovens § 201, jfr. §§ 131 og 133, stk. 3.

Efter landsrettens kendelse afgjorde landsskatteretten sagen derhen, at ansættelsen for det pågældende indkomstår blev nedsat til 0, hvorefter stats-skattedirektoratet tilbagekaldte anmeldelsen i konkursboet.

For at undgå, at man i senere sager skulle blive mødt med det synspunkt, at der nu forelå en endelig retsafgørelse af spørgsmålet, uden at skattemyndighederne havde gjort alt for at få deres synspunkter gennemført, ansøgte – og opnåede – statsskattedirektoratet tredjeinstansbevilling hos justitsministeriet. Det derefter iværksatte kæremål blev afvist af højesteret med den begrundelse, at der ikke fandtes at være anledning for højesteret til at tage stilling til det rejste spørgsmål, efter at det anmeldte skattekrav var bortfaldet.

Skattemyndighederne anser ikke spørgsmålet for afgjort herved, men skulle en skifteret påny tage stilling til en skatteansættelse, må det påregnes, at statsskattedirektoratet vil søge spørgsmålet endeligt løst ved kære, om muligt helt til højesteret.

III Domstolenes stillingtagen til nogle principielle spørgsmål

Igennem de mange år, siden statsskatteloven af 1903 blev gennemført, har domstolene naturligvis gennem deres afgørelser af konkrete skattespørgsmål skabt en retspraksis af generel karakter på en lang række områder.

Ikke alene lovændringer – og nye områder for skattelovgivningen – har ført til, at principielle spørgsmål på skatteområdet fortsat forelægges for og afgøres af domstolene, men også det forhold, at domstolene jo alene kan tage stilling til de sager, der indbringes, og her alene ud fra de indbragte sagers konkrete fakta, gør, at der stadig er mere grundlæggende skattespørgsmål, som først nu – eller måske endog først i fremtiden – løses gennem domspraksis. Det er heller ikke usædvanligt, at en endelig løsning af et fortolkningsproblem må afvente afsigelsen af flere domme, for at man herudfra kan sammenstykke det endelige, generelle fortolkningsresultat.

I det følgende skal gennemgås nogle områder, hvor domstolene – og herunder naturligvis særligt højesteret – i de senere år har fastlagt fortolkning af skatteregler m.v.

A. Intensiteten af domstolenes prøvelse

Formentlig helt tilbage fra 1903-lovens periode, er

sket en stadig udvikling mod mere og mere intens domstolsprøvelse i skattesager.

Højesteretssagfører, dr. jur. J. Hartvig Jacobsen udtaler i sin »Skatteretten« fra 1950 (§. 444): »Som udtrykt af daværende finansminister V. Buhl« (ved behandlingen i 1938 af forslaget til landsskatteretsloven) »bør det også være højesteret, der som landets mest betryggende retsorgan, trækker grænsen. Dette er sket således, at grænsen er draget til fordel for en effektiv kontrol. Afvisningen bør kun finde sted, hvor sagens afgørelse beror på et skøn, som kan og bør henvises til de administrative myndigheder. Udviklingen har ført med sig, at området for dette skøn er indkredset stadig snævrere.«

En gennemgang af domspraksis for perioden siden 1950 viser, at Hartvig Jacobsens udsagn fortsat har gyldighed.

Et par eksempler belyser dette:

Medens det i sager, der vedrører skønsspørgsmål, hidtil var fast praksis at frifinde ministeriet med den begrundelse, at skønnet ikke kunne efterprøves eller – hvis grænsen for det rimelige skøn ansås for overskredet – erklære ansættelsen for ugyldig, skete med højesterets dom i U 1963 s. 116 (viceværtdommen) en afgørende ændring i denne opfattelse. Ved denne dom – og en lang række senere domme – har højesteret (og landsretterne) vel accepteret, at domstolene ikke kan efterprøve skønsmæssige ansættelser, og domstolene har således sædvanligvis ikke fastslået, at den skattepligtige indkomst i sådanne sager med skønselementer skulle forhøjes eller nedsættes med bestemte beløb, men i 1963-dommen og i de senere domme, hvor domstolene har fundet, at grænserne for udøvelsen af et rimeligt skøn var overskredet, har domstolene hjemvist sagerne til fornyet behandling hos ligningsmyndighederne efter retningslinier, der ikke er optaget i domskonklusionen, men som indeholdes i dommens præmisser. I domskonklusionen statueres hjemvisning, men om retningslinierne for et fornyet, administrativt skøn henvises da alene til det i præmisserne anførte. Retningslinierne i præmisserne kan i større eller mindre grad begrænse ligningsmyndighedernes muligheder for ved sagens genoptagelse at udøve et friere skøn. I 1963-dommen, hvor skattemyndighederne havde ansat værdien af viceværtens fribolig til et beløb svarende til den opnåede husleje for en tilsvarende lejlighed i den nyopførte, moderne bebyggelse, angav højesteret i præmisserne, at der i stedet bl.a. skulle lægges vægt på den lavere lejeverdi, der fulgte af viceværtens pligt til at bebo lejlighede

den og det lejebeløb, som under sædvanlige omstændigheder gennemsnitligt kunne forventes betalt af en funktionær med hans indtægter.

I enkelte sager er domstolene gået videre og ikke blot tilsidesat skattemyndighedernes skøn, men taget skatteyderes påstande om værdiansættelser af værdipapirer til følge.

I dommen i U 1971 s. 324 tilsidesatte vestre landsret således landsskatterettens skøn over værdien af et sælgerpantebrev og fastsatte kursen til 60, idet retten i præmisserne anførte, at retten under de foreliggende omstændigheder, hvor der var en væsentlig forskel mellem skattemyndighedernes værdiansættelse og den værdi, der måtte anses for godtgjort ved bevisførelsen for retten, fandt at kunne tage stilling til selve kursfastsættelsen.

I østre landsrets dom i U 1976 s. 981 ansatte landsskatteretten nogle aktier til pari kurs. Efter landsrettens opfattelse afveg denne kursansættelse i så betydelig grad fra de kurser, der var ansat ved forskellige under sagen foretagne vurderinger, at skattemyndighedernes skøn måtte tilsidesættes. Da kursen efter oplysningerne i sagen ikke kunne føre til højere beløb end selvangivet af skatteyderen, godkendte retten denne beløbsangivelse.

I højesteretssagen i U 1983 s. 521 var aktier erhvervet til kurs 1100 og afhændet inden for familiekredsen til kurs 600, og skatteyderen krævede ret til at fradrage differencen i sin skattepligtige indkomst. Skattemyndighederne satte kursen på afhændelsestidspunktet til 900. I skønserklæring indhentet under retssagen blev kursen ansat til 600. Højesteret fandt det ikke antageligt, at skatteyderen havde solgt aktierne til en lavere værdi end handelsværdien, og da ligningsmyndighederne herefter ikke fandtes at have haft grundlag for at tilsidesætte salgsprisen som afståelsessum godkendte højesteret kursansættelsen på 600.

De to sidstnævnte domme, der accepterede skatteyderens selvangivelser – og navnlig højesteretsdommen – er vel udtryk for, at ligningsmyndighederne ikke har været berettigede til at udøve et skøn under de foreliggende omstændigheder.

Det er kun ganske enkelte domme, der ikke nøjes med at hjemvise, hvor et skøn tilsidesættes, og selv om det kan være fristende at bidrage til den procesbesparelse, der er en følge af de her citerede tre domme, er det – selv i temmelig klare tilfælde af selve værdiansættelsen – betænkeligt, at domstolene påtager sig de ligningsmæssige opgaver, som det tilkommer ligningsmyndighederne at udøve.

Domspraksis viser da også, at hovedreglen fastholdes. Inden for samme år, hvor højesteret afsagde ovennævnte dom trykt i U 1983 s. 521, afgjorde højesteret en sag (U 1983 s. 1115), hvor der var rejst spørgsmål om værdien af en murersvends eget arbejde ved opførelsen af et parcelhus til eget brug. Landsskatteretten stadfæstede skatterådets ansættelse af værdien som grundlag for indkomstbeskatning. Under den efterfølgende retssag blev afholdt syn og skøn, hvorefter værdien var langt lavere. Vestre landsret tilsidesatte ligningsmyndighedens skøn som udøvet på urigtigt grundlag og med en væsentlig afvigelse fra skønserklæringernes værdiansættelse. Herefter fandt landsretten det forsvarligt at fastsætte arbejdets værdi i overensstemmelse med skønserklæringen i stedet for at hjemvise sagen til fornyet behandling ved ligningsmyndighederne. Højesteret, for hvem ministeriet alene nedlagde påstand på hjemvisning, gav medhold heri, idet skønnet over, til hvilket beløb værdien af eget arbejde efter de i landsrettens dom fastslåede retningslinier skulle fastsættes, efter højesterets opfattelse burde udøves af ligningsmyndighederne.

Den altovervejende praksis med at hjemvise sådanne sager har da heller ikke ført til et større antal fornyede sagsanlæg efter ligningsmyndighedernes nye afgørelse på grundlag af hjemvisningsdommen. Jeg er således kun bekendt med et tilfælde, hvor retssag blev gennemført efter fornyet prøvelse, nemlig U 1975 s. 196, hvor højesteret hjemviste sagen til fornyet ansættelse og U 1978 s. 711, hvor skatteyderen for vestre landsret forelagde ligningsmyndighedernes ændrede ansættelse, dog uden at få medhold.

Et særligt område er ansættelsen af værdien af værdipapirer som aktier, pantebreve og gældsbreve.

For aktier blev det i højesterets dom i U 1955 s. 812 fastslået, at ansættelsen af kurs er en skønsmæssig afgørelse. Det udtales i dommen, at den omstændighed, at administrative eller andre myndigheder – i tilfælde, hvor lovgivningen har overladt til disse at træffe en afgørelse efter et skøn – efter indhøstede erfaringer over hvilke faktiske omstændigheder, der naturligt må spille en rolle ved udøvelsen af skønnet, til praktisk brug, bl.a. for lokale myndigheder og til fremme af ensartethed i afgørelserne, opstiller visse regler for, hvorledes et rimeligt resultat kan og bør opnås, ikke kan føre til, at den trufne afgørelse ikke skulle være en afgørelse truffet ved et skøn i den i landsskatteretsloven (nu skattestyrelsesloven) angivne forstand.

I retssager om tilsidesættelse af administrativt

udøvet skøn nægtede domstolene oprindelig skatteyderne adgang til at foranstalte syn og skøn f.eks. om værdien af pantebreve.

Et eksempel herpå er højesterets kæremsudvalgs kendelse i U 1952 s. 79 om værdien af en kontrakt om kalkbrydning. Højesteret nægtede skatteyderen ret til at lade foretage syn og skøn med henvisning til, at landsskatterettens vurdering var udtryk for et skattemæssigt skøn, der ikke kunne tilsidesættes af domstolene, og foretagelse af syns- og skønforretning havde derfor ikke noget formål.

I modsætning hertil tillod højesteret i en sag om værdiansættelse af pantebreve til brug for beregning af særlig indkomstskat og formueskat ved kendelsen i U 1968 s. 227 afholdelse af syn og skøn over værdien af pantebrevene, da det ikke på forhånd kunne anses for udelukket, at det begærede skøn kunne få betydning for sagens afgørelse.

Ved opgørelsen af særlig indkomst havde skatteyderen ansat pantebrevene til kurs 67½. Landsskatteretten stadfæstede ligningsmyndighedernes ansættelse til kurs 75. Under sagens behandling for landsskatteretten fremlagde skatteyderen en af ham indhentet erklæring fra vekselerer, hvorefter kursen burde være 67. Ved skønforretningen blev kursen anslået til 69½-71½.

Den afholdte skønforretning hjalp imidlertid i denne sag ikke skatteyderen, idet højesteret ved dommen i U 1970 s. 767 frifandt ministeriet, således at landsskatterettens ansættelse stod ved magt. I højesteretsdommens præmisser hedder det bl.a., at det havde påhvilet ligningsmyndighederne at foretage en værdiansættelse af pantebrevene, og at denne ansættelse måtte bero på et skøn, og retten fandt ikke grundlag for at tilsidesætte skatterådets og landsskatterettens afgørelser som gående ud over rammerne for det skøn, der måtte tilkomme administrationen.

Domstolene har således alene kompetence til at prøve grænserne for det rimelige skøn og kan da hjemvise sagerne til fornyet behandling for ligningsmyndighederne, hvis domstolene finder, at grænsen er overskredet.

Til brug for vurderingen af ikke børsnoterede aktier, pantebreve og gældsbreve har man – siden højesteret ved kendelsen i U 1968 s. 227 tillod noget sådant – i almindelighed ladet foretage syn og skøn om kursværdierne. Praksis har herefter været, at domstolene har hjemvist ansættelsen, såfremt der har været et betydeligt udsving mellem landsskatterettens og skønsmændenes vurderinger, medens

mindre afvigelser sædvanligvis har ført til frifindelse af skatteministeriet, se således senest højesterets dom i U 1985 s. 580, hvor ligningsmyndighederne og landsskatterettens ansættelse af kursen på et pantebrev til 60 blev opretholdt over for en vurdering foretaget af en udmeldt skønsmænd til kurs 53,5.

En særlig udvikling har vist sig i en række domme fra de seneste år om udstedelse af pante- eller gældsbreve mellem nært beslægtede eller ved virksomhedsomdannelse eller optagelse af nye interessenter i et firma.

I tilfælde, hvor markedsmekanismen her har svigtet, har ligningsmyndighederne og landsskatteretten anlagt en streng vurdering ud fra betragtninger om sagernes særegne beskaffenhed.

For pantebreve med pant i fast ejendom i almindelighed har højesteret imidlertid ikke fulgt ligningsmyndighederne og landsskatteretten på dette punkt. Gennem de afholdte skønforretninger er det klarlagt, at vekselerere og andre kyndige på dette område gennem den udstrakte handel, der foregår med sådanne papirer, er i stand til at fastlægge en egentlig markedspris med en margen alene på nogle ganske få procentpoints.

Ganske vist oplevede man i højesteretssagen i U 1978 s. 37 (Jenny Munch), hvor pantebrev med pant i en fabriksejendom var udstedt af søn til moder ved hans overtagelse af familievirksomheden, at to vekselerere vurderede pantebrevet, om hvis kurs striden stod, til henholdsvis 65 og 72, men dette skyldtes de helt særlige vilkår herunder variabel rente og omdannelse fra annuitetslån til serielån efter ejerskifte. Begge vurderinger lå imidlertid et godt stykke fra landsskatterettens afgørelse, der stadfæstede skatterådets ansættelse af kursen til 85. Højesteret hjemviste sagen til fornyet behandling hos ligningsmyndighederne til ansættelse i overensstemmelse med præmissernes tilkendegivelser. Heri gav højesteret udtryk for, at udgangspunktet for kursansættelsen bør være den kurs, hvortil lignende, men mere typisk udformede pantebreve ansættes på det almindelige pantebrevsmarked, og således at denne kurs korrigeres i op- eller nedadgående retning på grundlag af pantebrevets særlige bestemmelser. Højesteret anfører endvidere i præmisserne, at dette må gælde, uanset at det under hensyn til pantebrevets indhold og det nære familieforhold mellem kreditor og debitor ikke var sandsynligt, at pantebrevet var bestemt til at omsættes.

Heri må ligge, at skattelovgivningens forskrifter om, at formuegenstande skal ansættes til deres værdi

i handel ogandel sammenholdt med, at der foreligger et almindeligt pantebrevsmarked, fører til, at pantebreve med pant i fast ejendom bør vurderes ud fra ensartede principper, hvorved også opnås en ligelig skattemæssig behandling uanset om pantebrevene udstedes til brug i det almindelige marked eller mellem nært tilknyttede personer. Men det må ikke overses, at højesteret udtrykkeligt tilkendegav, at afvigelser fra almindelige bestemmelser i markedsførte pantebreve giver grundlag for korrektioner af den almindelige handelskurs.

I overensstemmelse med Jenny Munch-dommen er højesterets tidligere dom i U 1975 s. 596, hvor et aktieselskab som kreditor lod hovedaktionæren som debitor købe pantebreve til kurs 60, og hvor landsskatteretten ville betragte hovedaktionærens kursgevinst som maskeret udbytte. Pantebrevene blev ved skønsforretning under retssagen sat til kurs 54 til 60, og herefter fastslog højesteret, at hovedaktionærens erhvervelse af pantebrevene var sket til handelsværdien, og det kunne derfor ikke antages, at der herved var overført midler fra selskabet til ham uden vederlag, og altså ingen udlodning fra selskabet til ham. Skatteyderen fik herefter medhold.

Der kan endelig henvises til vestre landsrets dom i U 1981 s. 1030 (direktør Bent Krogh).

Når man kommer uden for området med værdipapirer, der er typiske handelsobjekter, det vil navnlig sige over til gældsbreve, står man i den situation, at man ikke har noget sammenligningsgrundlag ved kursfastsættelsen. Der findes intet marked for gældsbreve og dermed heller ingen handelskurser, hvorfra man kan tage sit udgangspunkt. Der er derimod tale om aftaler og dokumenter, som man som kreditor kun vil modtage, hvis der foreligger et særligt tillidsforhold, som gør, at den realsikkerhed, som et pantebrev yder, anses for unødvendig. Derfor forekommer sådanne gældsbreve typisk i familieforhold eller udstedt af en virksomhed, hvor kreditor som (med)indehaver har indflydelse på gældsbeværets værdi.

Dette gælder f.eks. de tilfælde, hvor der i et interessentskab, typisk et revisionsfirma, skal optages en ny kompanion, der udsteder gældsbrief for andel i good-will og andre aktiver. For good-will betyder de nye regler i lov nr. 248 af 9. juni 1982, at problemet vel er bortfaldet, men med den øgede maskinpark også i liberale erhverv, er spørgsmålet fortsat praktisk, når den nye medindehaver får andel i aktivernes værdi.

I højesterets dom i U 1974 s. 698 (statsaut. revisor

F. Bjerglund Andersen) udstedtes gældsbrief fra en nyoptaget kompanion til den tidligere medindehaver. Landsskatteretten satte kursen til 65 og 60 for to skatteår. Skønsmand udmeldt under retssagen kom til kurs 45-55. Her fastholdt højesteret landsskatterettens afgørelse med henvisning til gældsforholdets særlige beskaffenhed og til, at der ikke var tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at landsskatterettens afgørelse var truffet på urigtigt eller ufuldstændigt grundlag, eller at landsskatteretten var gået ud over rammerne for det skøn, som må tilkomme skattemyndighederne ved fastsættelsen af værdien af et gældsbrief som det i sagen omhandlede.

Der synes efter denne dom at tilkomme skattemyndighederne videre grænser for skønnet ved gældsbreve end ved pantebreve, velsagtens – som det fremgår af senere domme – også fordi kreditors tillid til debitor, der gøres til kompanion, og kreditors fortsatte deltagelse i virksomheden må tillægges betydning ved værdiansættelsen af gældsbeværet.

Særligt oplysende om højesterets synspunkter på dette område er præmisserne i dommen i U 1984 s. 504 (statsaut. revisor Per Bjørn), der ved optagelsen som medindehaver af et revisionsfirma til den hidtidige eneindehaver for en ideel anpart af firmaet på 1 pct. udstedte et gældsbrief på 60.000 kr. for andel i good-will. Da gældsbeværet var nedbragt til 48.000 kr., blev det afhændet til kurs 40. Landsskatteretten satte kursen pr. udstedelsesdagen til 55. Udmeldte skønsmand under retssagen kom til forskellige kursansættelser fra 40 til – under visse angivne forudsætninger – 60.

Det hedder herefter i præmisserne:

»Fordringer som de i sagen omhandlede er ikke bestemt til og bliver – i modsætning til pantebreve i fast ejendom – kun sjældent omsat på det fri marked, og det må efter skønserklæringerne antages, at salgspriserne efter gældsforholdenes særlige karakter kan variere inden for ret vide grænser.

Den ved salget i maj 1976 opnåede kurs findes under de foreliggende omstændigheder ikke at kunne anses som udtryk for fordringens værdi. Denne værdi findes heller ikke alene at kunne fastsættes efter en sammenligning med kursen på pantebreve i fast ejendom. Der må ved værdiens fastsættelse bl.a. tages betydeligt hensyn til debtors betalingsevne.«

Herefter blev landsskatterettens kendelse stadfæstet.

Den foreløbige slutten er de to højesteretsdomme i U 1985 s. 96 (tømrermester Ejnar Christiansen) og s. 100 (vognmand John Ringgren). Her blev

personlige virksomheder overdraget til anpartsselskaber, hvor de oprindelige ejere var enebestemte. I forbindelse med salgene udstedte selskaberne gældsbreve til sælgerne, og skattemyndighederne ansatte kursværdien – efter fast praksis i sådanne tilfælde – til 80. Skønsmænd udmeldt under retssagerne ansatte kursen til mellem 50 og 60, men i den ene sag (der ikke er gengivet i ugeskriftet) tilføjede skønsmanden, at sælgeren som kreditor næppe kunne tænkes at afhænde til lavere kurs end 72, da gælds brevet for ham var »guldrandet« derved, at kreditor havde hovedindflydelsen i debitorselskabet. Højesteret fastslog i begge sager, at da sælgeren selv kunne fastsætte vilkårene for overdragelsen og havde den afgørende indflydelse i debitorselskabet, var skattemyndighederne ikke bundet af alene at lade værdiansættelsen bero på de nærmere vilkår i gældsbrevene, men i mangel af lovgivning på området måtte det af hensyn til de skattemæssige konsekvenser af omdannelsen tillægges afgørende betydning, at kreditor havde indgående kendskab til og indflydelse på anpartsselskabets forhold, og at gælds brevet ikke var bestemt til overdragelse. Højesteret frifandt herefter skatteministeriet. Som det fremgår af dissensen til højesteretsdommen, har flertallet ikke taget hensyn til markedsrenten på udstedelsestidspunktet eller gældsbrevenes bestemmelser om rentefod, løbetid osv.

Det ville måske have været mere logisk af skattemyndighederne at ansætte kursen til pari med henvisning til, at dette er udgangspunktet for den skattemæssige vurdering af værdipapirer, der ikke er børsnoterede jfr. statsskattelovens § 14, og at skatteyderen ikke havde dokumenteret en værdi af gælds brevet, der afveg herfra. Dette synspunkt har støtte i højesterets dom i U 1982 s. 541 (fru Louise Andresen), hvor gældsbreve udstedt af en søn til hans faders bo ved overdragelse af familievirksomheden blev sat til pari kurs. Det siges i præmisserne, at gældsbrevene vel ikke havde pari værdi, men under hensyntagen til, hvad der var oplyst om de overtagne aktivers værdi, vilkårene for handelen og det nære interessefællesskab mellem parterne, lagdes det til grund, at boet ikke havde beregnet sig fuld dækning for de afståede aktiver. Herefter blev skattemyndighedernes ansættelse godkendt af højesteret.

Disse afgørelser truffet af højesteret viser, at domstolene i årenes løb er gået tættere på landsskatterettens kendelser, men – som det fremgår f.eks. af højesteretsdommen i U 1970 s. 767 – uden at dette

nødvendigvis involverer en mere kritisk holdning eller en skarpere kurs over for landsskatterettens kendelser. Man kan måske tale om en »modernisering« af domstolenes arbejdsmetoder eller en større åbenhed med hensyn til de synspunkter, der har været afgørende for retten, når man ikke som tidligere blot kender en landsskatteretskendelse ugyldig, hvis domstolene finder at måtte tilsidesætte et udøvet skøn, men i stedet vil der i dag finde hjemvisning sted med nøjagtig gengivelse af de momenter, som domstolene finder bør være afgørende for skønnets udøvelse.

B. Praksisændring

Landsskatteretten har – bortset fra sager om bindende forhåndsbesked – alene mulighed for at tage stilling til foretagne skatteansættelser for forløbne indkomstår senest behandlet af skatterådet. Der vil derfor altid være tale om stillingtagen til skatte spørgsmål for en periode, der er udløbet ved rettens behandling af sagen. Dette er jo i øvrigt også tilfældet for domstolenes vedkommende.

En landsskatteretskendelse vil sædvanligvis være konstaterende dvs. fastslå hvorledes retstilstanden er på det af sagen omfattede område i det pågældende indkomstår. Dette gælder f.eks. om en udgift kan anses for fradragsberettiget, eller om der i det konkrete tilfælde foreligger næringsvirksomhed med beskatning af fortjeneste til følge.

Landsskatteretten har imidlertid også i kendelser ændret hidtidig skattepraksis. En sådan ændring får karakter af at ske med tilbagevirkende kraft navnlig i tilfælde, hvor den pågældende skatteyder måske endog gennem en længere årrække har selvangivet i overensstemmelse med hidtidig praksis.

Tidligere godkendte domstolene sådan praksisændring jfr. herved højesteretsdommen om mineralvandskuskenes driftsudgifter i U 1950 s. 511. De to mineralvandskuske havde i en årrække uden dokumentation fradraget 25 pct. af deres indtægter som driftsudgifter. Skatterådet nedsatte nu fradraget til 15 pct. med virkning for et skatteår, for hvilket mineralvandskuskene havde indsendt sædvanlig selvangivelse. Landsskatteretten stadfæstede ansættelsen.

For domstolene påberåbte mineralvandskuskene sig bl.a., at de ikke havde haft opfordring til at sikre sig dokumentation af udgifterne for det pågældende skatteår, da de med rette kunne regne med, at den hidtidige praksis ville blive opretholdt.

I højesterets præmisser anføres bl.a., at disse

omstændigheder ikke kunne afskære ligningsmyndighederne fra uden forudgående meddelelse til de pågældende at nedsætte fradraget til 15 pct., og ministeriet blev derfor frifundet.

Landsskatteretten er ikke bundet af de vejledende anvisninger, som statsskattedirektoratet udsender med hjemmel i skattestyrelseslovens § 14, stk. 1, og som efter bestemmelsen er bindende for ligningsmyndighederne. Heller ikke kan skattedepartementet ved cirkulærer udstede regler, som skal respekteres af landsskatteretten.

Navnlig efter udsendelsen af de årlige særdeles fyldige ligningsvejledninger, der i fri handel er tilgængelige for skatteyderne og deres rådgivere, er spørgsmålet opstået, i hvilket omfang skatteyderne kan påberåbe sig indholdet af disse anvisninger.

Emnet er behandlet grundigt af Jan Hinze i Skatteprocessen (4. udg.) s. 203 ff, og højesteretsdommer P. Spleth i U 1965 B s. 250 ff med udgangspunkt i højesterets dom i U 1965 s. 399 (A/S Dansk Manufaktur Import), hvor det blev statueret, at de af overordnede ligningsmyndigheder årligt udfærdigede og offentliggjorte anvisninger ikke blot måtte anses for bindende for ligningsmyndighederne, men også for vejledende for skatteyderne, og højesteret fastslog herefter, at landsskatteretten ikke havde været beføjet til – til skade for skatteyderen – at fravige de i vejledningen for det pågældende skatteår indeholdte regler om fradragsret for afholdte sagsomkostninger i en konfiskationssag.

I de senere år har domstolene haft anledning til at tage stilling såvel til landsskatterettens ændring af hidtidig praksis som til virkningen af cirkulære udstedt af skattedepartementet.

Landsskatteretten har således afgjort, at en advokat, der i en årrække uden indsigelse fra skattemyndighedernes side havde fradraget en procentdel af sine kørselsudgifter som erhvervsmæssige ved indkomstopgørelsen, alene kunne få fradrag for dokumenterede udgifter.

Ikke mindst under hensyntagen til, at advokaten som følge af den langvarige praksis ikke havde haft noget incitament til at føre dokumenteret kørselsregnskab det pågældende indkomstår, tilsidesatte østre landsret ved en utrykt dom landsskatterettens afgørelse. Landsskatterettens kendelse har herefter alene den indirekte virkning, at advokaten har fået advis om, at skattemyndighederne ikke længere vil acceptere den skønsmæssige ansættelse af fradragets størrelse, og at advokaten derfor for fremtiden tvinges til at føre kørselsregnskab, hvis han vil opnå noget fradrag på denne post.

På tilsvarende måde nægtede landsskatteretten en kommanditist adgang til afskrivning uden begrænsning på hans andel af kommanditselskabets aktiver. En sådan ubegrænset afskrivningsret havde været accepteret af skattemyndighederne fra 1960, da beskattningen af kommanditselskaber ophørte, til 1974, da landsskatteretten i en kendelse nægtede en kommanditist adgang til afskrivning udover hans ansvarlige indskud. Denne kendelse blev ikke indbragt for domstolene. Den 17. december 1975 udsendte statsskattedirektoratet herefter med støtte i landsskatterettens kendelse et cirkulære, der begrænsede afskrivningsadgangen til kommanditisternes ansvarlige indskud.

I en kendelse af 30. maj 1980 fastslog landsskatteretten påny den begrænsede afskrivningsret for en kommanditists indkomstår 1973–75. Denne sag blev indbragt for domstolene af skatteyderen.

Højesteret tillod ubegrænset afskrivningsret for de pågældende indkomstår med henvisning til, at skattemyndighederne vel havde været beføjede til ved et cirkulære at indføre de pågældende, strammere regler, men højesteret fandt, at cirkulærets bestemmelser ændrede kommanditistens skatteretlige stilling så væsentligt, at bestemmelserne ikke burde kunne gennemføres også med virkning for indkomstårene 1973, 1974 og 1975.

Højesteretsdommen udelukker ikke, at mindre væsentlige skærper i praksis lader sig gennemføre uden forudgående varsel, men under alle omstændigheder vil landsskatteretten, hvor retten ønsker at bidrage til en skærpelse af praksis fra skattemyndighedernes side, som anført af Jan Hinze i Skatteprocessen, 4. udg. s. 210, kunne tilkendegive et sådant standpunkt i præmisserne til kendelsen med tilføjelse om, at synspunkterne dog ikke kan anvendes for det pågældende indkomstår.

C. Tilsidesættelse i skatteretlig henseende af aftaler

I tilfælde, hvor der mellem kontraktsparter ikke foreligger naturligt modstående interesser, forekommer tilfælde, hvor alene skattemæssige betragtninger lægges til grund for kontraktsaffattelsen, dispositionerne osv., medens de egentlige markedsmekanismer, der sædvanligvis styrer disse forhold, svigter. Der kan være tale om selvkontrahering, som ved udbetaling af maskeret udbytte til ene- eller hovedaktionær, eller om kontrahering mellem familiemedlemmer eller indehavere af et firma.

I sådanne tilfælde kan ligningsmyndighederne være tilbøjelige til at gribe ind, hvis bestemmelserne eller dispositionerne i det væsentlige har skattemæs-

sig baggrund. En sådan indgriben er aldrig en ophævelse af den indgåede aftale eller af den foretagne disposition, men alene en tilsidesættelse i skatteretlig henseende af bestemmelsen eller dispositionen. Hvorvidt en sådan skatteretlig tilsidesættelse også bør medføre en ophævelse i civilretlig henseende, må afhænge af kontraktsforholdet mellem parterne, deres forudsætninger o.l., og vil alene kunne afgøres ved en sag mellem kontraktsparterne indbyrdes.

Denne adgang for skattemyndighederne til at foretage en skattemæssig tilsidesættelse af aftalte vilkår, har i de senere år affødt en række retssager.

Således har østre landsret i dom i U 1982 s. 738 statueret, at der ikke kunne indrømmes en køber af et fly skattemæssige fradrag for driftsunderskud vedrørende flyet. Den pågældende skatteyder var direktør i en rejsebureaukoncern og oprettede sammen med koncernens leder et interessentskab, der købte det omhandlede passagerfly og leasede det til et af koncernselskaberne. Direktørens indskud i interessentskabet var lån fra koncernlederen. Ved eventuelt ophør af en interessents ansættelse i koncernen skulle den pågældende udtræde af interessentskabet. Retten fandt, at interessentskabskontrakten og leasingaftalen var indgået mellem kontraktsparter med et sådant indbyrdes interessefællesskab, at kontrakterne måtte antages at have haft til hensigt at tilvejebringe et formelt medejersforhold for direktøren uden nogen økonomisk indsats eller risiko for ham og uden nogen adgang for ham til at råde over sin anpart. Under disse omstændigheder fandt retten ikke, at aftalerne kunne gøres gældende ved opgørelsen af direktørens skattepligtige indkomst og formue, og fradrag blev nægtet.

Det blev – som det fremgår af domsreferatet – af skatteministeriet under proceduren fremhævet, at man ikke angreb interessentskabsaftalens privatretlige gyldighed, idet det blev anført, at de indgåede aftaler, uanset om de måtte være bindende inter partes, savnede et sådant reelt forretningsmæssigt indhold, at man ikke i forhold til skattevæsenet kunne tillægge dem betydning. Og heri var landsretten som nævnt enig.

I højesteretssagen i U 1983 s. 16 havde en udlænding, der ikke kunne opnå tilladelse til at erhverve en fritidsbolig ved Kattegat, ydet et rente- og afdragsfrit lån på 2 mio. kr. til et erhvervsdrivende aktieselskab, hvori han var hovedaktionær. Aktieselskabet erhvervede så fritidsboligen og stiftede et anpartsselskab, hvortil ejendommen blev overdraget, og hvortil bogholderimæssigt skete overførsel af lånebeløbet på 2 mio. kr., ligeledes rente- og af-

dragsfrit. Anpartsselskabet drev ikke anden virksomhed end udleje af ferieboligen til hovedaktionæren for en årlig leje af 120.000 kr. svarende til driftsudgifterne. For tre skatteår forhøjede ligningsmyndighederne lejeværdien med 160.000 kr., 160.000 kr. og 200.000 kr. i medfør af statsskattelovens § 4, litra b, 2. pkt. (eller denne bestemmelses analogi). Landsskatte retten stadfæstede ansættelsen for anpartsselskabet.

Under retssagen bestred anpartsselskabet ikke, at udleje til andre kunne have indbragt det af ligningsmyndighederne ansatte lejebeløb.

Både landsret og højesteret frifandt ministeriet for anpartsselskabets påstand om nedsættelse af de skattepligtige indkomster til de selvangivne beløb. I højesterets præmisser henvises til den nære forbindelse mellem hovedaktionæren og anpartsselskabet og til vilkårene for og formålet med anpartsselskabets erhvervelse af ejendommen som begrundelse for ligningsmyndighedernes berettigelse til at ansætte lejeværdien som sket. Højesteret ville heller ikke, i hvert fald under de foreliggende omstændigheder tage hensyn til den renteudgift, som anpartsselskabet ville have haft, hvis lånet, som anpartsselskabet havde modtaget via aktieselskabet fra hovedaktionæren, ikke havde været rentefrit.

På linie med denne dom er højesterets dom i U 1984 s. 534, hvor landsskatte retten havde stadfæstet et skatteråds forhøjelse af ansættelsen af indkomst for et aktieselskab, hvis hovedaktionær og dennes to sønner havde lejet tre ejendomme af selskabet. Forhøjelsen omfattede lejeværdien af ejendommen. Selskabet påstod de aftalte lejebeløb accepteret med henvisning til at skatterådets ansættelser af lejeværdierne var i strid med de gældende regler i lov om regulering af boligforholdene. Østre Landsret fandt, at skattemyndighederne under de foreliggende omstændigheder, hvor lejeaftalerne var indgået mellem kontraktsparter med indbyrdes interessefællesskab, ikke havde pligt til at respektere de i lejelovgivningen indeholdte begrænsninger i adgangen til at kræve lejeforhøjelser. Højesteret stadfæstede landsretsdommen med den yderligere bemærkning, at de aftalte lejebeløb, hvortil der ikke var taget stilling af boligmyndighederne, ikke kunne sidestilles med de i boligreguleringslovgivningen omhandlede lejeværdier eller med lejeaftaler, der omfattedes af denne lovgivnings indskrænkninger i udlejernes adgang til at gennemføre lejeforhøjelser.

En aftale om pristalsregulering af afdrag på gælds-breve behandles skattemæssigt som kursavancer og er således i almindelighed skattefrie. I højesterets

dom i U 1980 s. 1002 forelå imidlertid den situation, at en skatteyder, der omdannede sin virksomhed til aktieselskab med sig selv som hovedaktionær, og som i forbindelse med selskabets stiftelse fik en fordring på dette, ikke skulle have fordringen forrentet, men pristalsreguleret. Højesteret statuerede indkomstskattepligt af prisreguleringsbeløbene med den motivering, at selskabet ikke kunne have nogen forretningsmæssig interesse i at påtage sig den usædvanlige og ganske uoverskuelige forpligtelse i stedet for en normal forrentning af fordringen, og at dette var sket, skyldtes ifølge præmisserne alene, at skatteyderen havde rådighed over selskabet og således i realiteten kontraherede med sig selv.

Af yderligere domme om dette emne skal nævnes østre landsrets dom i TfS 1985 nr. 439 hvor landsretten godkendte, at skattemyndighederne ansatte en rente på 12 pct. p.a. af et ydet rentefrit lån fra et aktieselskab til et søsterselskab.

Situationen med skattemæssig tilsidesættelse af en aftale kan også komme frem mellem kontraktsparter, der ikke »kontraherer med sig selv«. Et eksempel herpå er højesterets dom i U 1980 s. 414, hvor det afgørende var, at sælger af en fast ejendom havde nogle skattemæssige interesser, der ikke kom i modstrid med køberens interesser. Sælgeren ejede et sommerhus, hvis afhændelse ikke ville udløse skattepligt. Herudover var sælgeren medejer af et ubebygget areal, hvis salg ville medføre særlig indkomstskat. Ved salget lagde man derfor en større del af salgssummen på sommerhusejendommen end dens reelle handelsværdi tilsagde. Højesteret fastslog – som landsskatteret og landsret – at den aftalte pris for sommerhusejendommen stod i åbenbart misforhold til ejendommens værdi, og skattemyndighederne havde under de foreliggende omstændigheder ikke været bundet af parternes værdiansættelse, hvorfor skattemyndighedernes fordeling af købesummen på sommerhusejendom og ubebygget areal herefter blev godkendt.

Denne domspraksis accepterer således ligningsmyndighederne og landsskatterettens kritiske holdning til arrangementer, der alene har deres baggrund i at opnå skattemæssige fordele. Det må særligt fremhæves, at højesteret i de to »kurs 80-sager«, omtalt i afsnittet om intensiteten i domstolenes prøvelse af administrationens skøn udtrykkeligt i præmisserne begrunder afgørelserne bl.a. med hensynet til de skattemæssige konsekvenser af omdannelsen af virksomhederne.

Anderledes ser domstolene på transaktioner, der vel alene foretages af skattemæssige årsager, men som fører til et resultat, der formentlig også ville være opnået, såfremt dispositionerne var truffet mellem uafhængige kontraktsparter.

Her kan henvises til højesterets dom i U 1984 s. 160. En far og en søn drev i interessentskabsform en grossistvirksomhed med importeret fodtøj. I 1972 stiftede de et aktieselskab, der fabrikerede træsko, som solgtes gennem interessentskabet, der oppebar en provision på 2 kr. pr. par. Regnskabet for 1974 udviste et underskud i aktieselskabet på over 600.000 kr., medens interessentskabet i det samme år havde et driftsoverskud af tilsvarende størrelse. Som efterposteringer på de to selskabers regnskaber overførtes fra interessentskabet til aktieselskabet et beløb på 500.000 kr. for vareleverancer.

Landsskatteretten indrømmede ikke interessentskabet fradragsret for overførslen med den begrundelse, at der var tale om et ikke fradragsberettiget indskud, og at det ikke var tilstrækkeligt dokumenteret, at den skønsmæssige overførsel var tilstrækkeligt forretningsmæssigt begrundet gennem faste forud indgåede aftaler, og at overførslen heller ikke hvilede på normale forretningsprincipper.

Såvel vestre landsret som højesteret gav derimod interessenterne medhold i kravet om fradragsret for de 500.000 kr., der var overført til aktieselskabet. I præmisserne lægges til grund – som forklaret af interessenternes revisor under retssagen – at provisionen på 2 kr. pr. par træsko til aktieselskabet var en foreløbig fastsættelse ud fra den avance virksomheden havde oppebåret ved salg af udenlandsk fodtøj. Det udtales videre i højesteretsdommens præmisser, at der i 1974 skete en delvis omlægning af produktionen, og at det – da regnskabet for 1974 forelå i begyndelsen af 1975 – viste sig, at aktieselskabet i 1974 ville få et meget betydeligt underskud, hvis man fastholdt den hidtidige fordelingsnorm. Udligningen af hovedparten af underskuddet i aktieselskabet fandt højesteret herefter var et sådant led i virksomheden, at overførslen kunne bringes til fradrag i interessenternes skattepligtige indkomster i medfør af statskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

Det turde være klart, at aktieselskabet for det tilfælde, at aktieselskabet og interessentskabet havde tilhørt uafhængige kontraktsparter, ikke hos interessentskabet kunne have krævet en udligning som den her foretagne, og dispositioner, der fjernede udligningsbeløbet fra beskatning, er derfor et eks-

empel på transaktioner, der alene kan foretages mellem persongrupper, der ikke har modstående interesser. Disse synspunkter ville vel i almindelighed føre til det resultat, som landsskatteretten kom til: At nægte fradragsret for en sådan efterpostering, der udligner de skattepligtige indkomster.

Når domstolene kom til det modsatte resultat, må det antages at ligge bag, at det mellem uafhængige kontraktsparter ikke ville være sandsynligt, at man indgik en bindende aftale om en provision for aktieselskabet, som umiddelbart efter ville give aktieselskabet betydeligt underskud eller anderledes udtrykt: Det opnåede resultat ved efterposteringerne svarer til, hvad oprindelige aftaler mellem fornuftige uafhængige kontraktsparter ville føre til. I de øvrige nævnte retssager, hvor ministeriet fik medhold, kan ikke konstateres tilsvarende »fornuftige« resultater, og derved er der ingen modstrid mellem dommene.

D. Driftsudgifter

Efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, bliver ved beregningen af den skattepligtige indkomst at fradrage driftsomkostninger, dvs. de udgifter, som i årets løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, herunder ordinære afskrivninger.

Det er ikke stedet her til at gennemgå hele problematikken om driftsudgiftskriteriet, men jeg skal alene henholde mig til nogle afgrænsningsproblemer, som er belyst i senere års domspraksis.

Om afgrænsningen mellem anlægsudgifter og driftsudgifter foreligger således højesterets dom i U 1980 s. 712, hvor en årlig børsnoteringsafgift og udgifter ved vedtægtsændringer, der var nødvendiggjort af nye regler i aktieselskabsloven, af højesteret blev anerkendt som fradragsberettigede. Ved de krævede ændringer opnåedes alene mulighed for at videreføre selskabet som hidtil, og dette synspunkt kan have været afgørende for højesterets afgørelse.

I højesteretsdommen i U 1985 s. 12 blev udgiften til anskaffelse af en samling Ugeskrift for Retsvæsen i forbindelse med etablering af advokatforretning anset for en anlægsudgift og fradrag derfor nægtet.

Højesteret nægtede i dommen i U 1985 s. 585 fradragsret for et supermarkedselskabs honorar til arkitektfirma, der skulle undersøge mulighederne for oprettelse af nye butikker, og for selskabets honorar til et rådgivningsfirma, der undersøgte mulighederne for etablering af varehuse i England, idet de afholdte omkostninger til arkitektfirmaet var sket som etableringsudgift med henblik på at bevare

indkomstkilden, og idet udgiften til rådgivningsfirmaet var afholdt med henblik på at optage nye aktiviteter, hvorfor udgifterne havde karakter af etableringsudgifter med langsigtet virkning.

Et skibsværft, der havde ydet tilskud til etablering af en sluse på andenmands ejendom, kunne ikke fradrage beløbet som driftsudgift, men højesteret tillagde i dommen i U 1985 s. 134 værftet afskrivningsret i medfør af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, uanset at værftet ikke ejede slusen.

En betingelse for fradragsret af en driftsudgift er i øvrigt, at der er tale om et normalt led i driften af en virksomhed. Derfor fastslog højesteret i dommen i U 1985 s. 769, at inkassoomkostninger betalt af en erhvervsdrivende ikke kunne henføres til fradragsberettigede driftsudgifter.

E. Spørgsmål i forbindelse med konkurs og akkord

I de senere år har domstolene afgjort en række tvivsspørgsmål indenfor skatteområdet i tilfælde, hvor skatteydere er gået konkurs.

Det drejer sig ikke alene om kompetenceforholdet mellem landsskatteret og skifteret som beskrevet ovenfor i afsnit II. B. 5, men også om realitetsafgørelser.

Konkursboer er ikke i skattelovgivningen nævnt som skattesubjekter, og der gælder derfor den regel, at ved fysiske personers konkurs er det fortsat fallenten, hvem skattepligten påhviler. Har konkursboet således skattepligtige indkomster f.eks. renteindtægter eller fortjeneste ved salg af fast ejendom, påhviler det fallenten at selvangive disse beløb og erlægge almindelig eller særlig indkomstskat.

Anderledes forholder det sig for aktieselskaber og anpartsselskabers vedkommende. Ved østre landsrets dom i U 1984 s. 682 blev et anpartsselskab, hvis bo var taget under konkursbehandling, anset for skattepligtig, indtil endelig opløsning var gennemført. Denne pligt påhviler ifølge landsrettens præmisser selskabet i medfør af selskabsskattelovens § 5, stk. 1, jfr. § 1, idet et selskabs skattepligt vedvarer, indtil selskabet opløses. Dette udtryk må ifølge præmisserne i mangel af modsatte holdepunkter forstås i overensstemmelse med bestemmelserne i selskabslovgivningen om selskabers opløsning jfr. aktieselskabslovens kap. 14 og de tilsvarende bestemmelser i anpartsselskabslovens kap. 14. Skattepligten for et selskab, der undergives konkursbehandling, må derfor ifølge landsretsdommen vedva-

re og først ophøre, når selskabet i forbindelse med konkursens ophør endeligt opløses. Det tilføjes i dommen, at skatten af de af boet indvundne renter måtte betragtes som massekrav.

Ved højesterets dom i U 1980 s. 566 (fru Anne Steffensen) blev det statueret, at der ikke var hjemmel for en af skattevæsenet i de senere år fulgt praksis, hvorefter adgangen til fremførsel af underskud over en 5-årsperiode – jfr. ligningslovens § 15 – ikke blev tilladt, hvis det måtte antages, at skatteyderen savnede både evne og vilje til at betale sine kreditorer, hvilken praksis bl.a. ramte fallenter. Højesteret accepterede fradraget med henvisning til, at der ikke i ligningslovens § 15 er hjemmel til at lægge vægt på, om den pågældende fallent har evne og vilje til at betale sine kreditorer.

Navnlig i tiden efter denne dom er det i teorien blevet drøftet, hvorvidt dommen måtte have betydning for fremførsel af underskud i tilfælde af akkord. Dette spørgsmål er af De danske Landboforeninger som mandatar for en gårdejer nu indbragt for domstolene. Gårdejeren havde for indkomståret 1976–1980 incl. fremført underskud, men som følge af svigtende indtægter også i disse år, havde gårdejeren ved udgangen af 1980 uudnyttede skattemæssige underskud. I 1980 opnåede gårdejeren en akkord, hvorved han blev frigjort for gældsforpligtelser, hvoraf 193.000 kr. ansås for at vedrøre driften.

I 1981 ansøgte gårdejeren om negativ indkomstskat, og ved opgørelsen af grundlaget herfor modregnede skattemyndighederne akkordfordelen på 193.000 kr., hvilken afgørelse blev fastholdt af landskatteretten. Landsskatteretten udtalte i sine præmisser, at man måtte være enig med skatterådet i, at underskud fra tiden før en akkord, der overføres til senere år, i medfør af ligningslovens § 15 kun kan bringes til fradrag i indkomsten efter akkorden i det omfang, underskuddet overstiger den ved akkorden opnåede gældseftergivelse.

Gårdejeren indbragte sagen for vestre landsret.

Det skal herved bemærkes, at spørgsmålet om underskuds fremførsel ikke påvirkes af ansøgningen om negativ indkomstskat, men at spørgsmålet i sagen ikke adskiller sig fra problemet om, hvorvidt underskuds fremførsel kan finde sted efter en akkord, hvor gælden er eftergivet i modsætning til, hvad der gælder ved konkurs.

Ved vestre landsrets dom – gengivet i Tidsskrift for Skatteret 1985 nr. 385 – fik gårdejeren medhold med to stemmer mod en.

Flertallet udtaler i præmisserne, at det er ube-

stridt, at opgørelserne af gårdejerens skattepligtige indkomst udviser de i sagen omhandlede underskud, og at den eftergivelse af gæld, der er sket ved akkorden, i overensstemmelse med skattemyndighedernes faste praksis ikke har udløst indkomstskattepligt. Flertallet finder hverken i ligningslovens § 15 eller i dens forarbejder støtte for den af ministeriet hævdede indskrænkende fortolkning, hvorefter den del af det eftergivne beløb, der vedrører driftsgæld, skal fradrages i det uudnyttede skattemæssige underskud, uanset at beløbet ikke er indkomstskattepligtigt.

Den dissenterende dommer giver udtryk for den opfattelse, at ligningslovens § 15 ikke klart tager stilling til spørgsmålet, om gennemførelse af en akkord hindrer skattemæssig fremførsel af underskud fra indkomståret forud for akkord, ligesom lovens motiver heller ikke klart tager stilling til spørgsmålet. Videre udtaler den dissenterende dommer, at en adgang til skattemæssig fremførsel af underskud fra indkomståret forud for akkorden indebærer, at der kan ske fremførsel af underskud til indkomståret, hvor underskud som følge af akkorden er bortfaldet. Dette resultat finder denne dommer er åbenbart urimeligt og tilføjer, at såfremt spørgsmålet om adgangen til fremførsel af underskud i sådanne situationer havde været overvejet i forbindelse med udfærdigelsen af ligningslovens § 15, måtte det antages, at loven ville være blevet udformet således, at det nævnte åbenbart urimelige resultat ville være blevet undgået.

Vestre landsrets dom er af ministeriet indbragt for højesteret, hvis afgørelse formentlig først vil foreligge omkring nytår 1986/87.

Den store interesse for det problem, der behandles under sagen, viser sig bl.a. derved, at vestre landsrets dom – uanset anken til højesteret – allerede er blevet kommenteret, nemlig i Advokaten 1985, Fagligt nyt om skat s. 16.

Et skattemæssigt spørgsmål i forbindelse med konkurs, som også har givet anledning til megen drøftelse i litteraturen, er spørgsmålet om, hvorvidt skattevæsenet i fysiske personers konkursboer kan anmelde skattekrav, der vedrører fallentens indkomst fra begyndelsen af det indkomståret, hvori konkursen indtræder, til konkursdekretets afsigelse.

Skattemyndighedernes praksis har her været, at man som simple krav anmelder i konkursboet:

A-skatter, der er indeholdt hos A-indkomstmottageren, inden konkursdekretets afsigelse, men som ikke er indbetalt.

B-skatter, der er forfaldne før konkursdekretets afsigelse.

Restskatter for indkomstår forud for konkursåret, samt fuld restskat for konkursåret, medmindre fallenten selv har oppebåret indtægter efter konkursdekretet. Har der her været en jævn fordeling af fallentens indtægt over konkursåret, opgøres kravet forholdsmæssigt til udgangen af den måned, hvori dekretet er afsagt.

Ved sø- og handelsrettens dom i U 1979 s. 581 blev statsskattedirektoratets anmeldelse i et konkursbo af skyldige B-skatter og af restskat, beregnet efter ovenstående retningslinier imidlertid afvist. For kravet på B-skatter henviste retten til, at disse skatterater indgår som en på forhånd skønnet del af årets samlede skat, hvorfor der ikke kunne gøres selvstændigt krav på B-skatterne i konkursboet. For restskattekravets vedkommende henviste retten til, at den tidligere regel i statsskattelovens § 38, stk. 5, om konkursboets pligt til at tilsvare fallentens skat indtil udgangen af det skattehalvår, da konkursbehandlingen var påbegyndt, er ophævet, uden at der er givet nogen ny lovregel om spørgsmålet i modsætning til, hvad tilfældet er ved død og skilsmisse. Retten fandt i øvrigt, at det ikke fremstod som noget selvfølgeligt eller dog rimeligt og let praktiserbart, hvorledes spørgsmålet så skulle løses.

Dommen blev af statsskattedirektoratet anket til højesteret, men anken blev hævet, da fallenten blev solvent og afregnede skatterne.

De rejste spørgsmål blev således ikke endeligt afgjort med den sag.

Ved højesterets dom gengivet i U 1985 s. 619 forelå den situation, at en vognmand i tiden fra marts til juli måneder 1981 havde erhvervet en særlig indkomst på 45.000 kr. Den 20. november 1981 blev vognmandens bo taget under konkursbehandling, og statsskattedirektoratet anmeldte et simpelt krav på 22.500 kr. som særlig indkomstskat for 1981. Statsskattedirektoratet lagde her til grund, at kravet på særlig indkomstskat var opstået på salgstidspunktet før konkursen og derfor skulle fyldestgøres af konkursmassen.

Ved højesterets dom, der er en stadfæstelse af sø- og handelsrettens skifterets dom in terminis, afvises det anmeldte krav. Der henvises i præmisserne til, at såvel efter lov om særlig indkomstskat § 8 som efter statsskattelovens § 4 opgøres den skattepligtige indkomst som den skattepligtiges henholdsvis årlige fortjeneste og tab som samlede årsindtægter. Skatten opgøres således på grundlag af de samlede

skatteudløsende begivenheder for hele indkomståret. Skattekravet for konkursåret påvirkes således af skatteudløsende begivenheder fra såvel før som efter tidspunktet for dekretets afsigelse og vil derfor først endeligt kunne opgøres ved indkomstårets udløb. Skattekravet ses derfor ifølge domspræmisserne først at være opstået ved indkomstårets udløb.

Selv om sagen alene vedrørte et spørgsmål om særlig indkomstskat, må præmissernes henvisning til statsskattelovens § 4 indebære, at retten har haft også spørgsmålet om almindelig indkomstskat for øje, men dette spørgsmål var ikke til påkendelse.

IV. Afsluttende bemærkninger

For den, der til daglig arbejder med retssager for det offentlige, hænder det ikke helt sjældent, at man – når en sag bliver forelagt for en – ved første øjekast vil være af den opfattelse, at sagens problemer må have foreligget tidligere og derfor velsagtens også er afgjort af domstolene.

Erfaringen lærer dog en, at en sådan antagelse kun sjældent holder stik, og at der til stadighed fremkommer nye problemstillinger og i overraskende omfang også af principiel og vidererækkende karakter.

Nærværende artikel er et bevis herfor, idet en række af de principielle skattespørgsmål, som jeg i de forskellige afsnit har søgt at belyse, først indenfor de sidste få år er forelagt for domstolene og i alt overvejende grad endt med at blive afgjort af højesteret.

Selv om det i høj grad vil bero på tilfældigheder, hvorvidt sager, der kan belyse en problemstilling fra flere sider, indenfor et kortere tidsrum kommer for domstolene, fremgår det dog af mine bemærkninger ovenfor, at der i de sidste få år på flere områder er fremkommet ikke blot enkeltsager til afgørelse af principielle spørgsmål, men også en række ganske vist af hinanden uafhængige retssager, der dog ved at blive sammenholdt belyser og skaber en domspraksis, som om retssagerne indenfor disse områder udgjorde et fælles sagskompleks.

Med det antal retssager om skattespørgsmål, som forelægges for domstolene, har der i de sidste årtier indenfor kortere perioder kunnet udledes en domspraksis indenfor forskellige kategorier af skatteretten, og det må antages, at denne udvikling også vil fortsætte.

Her kan peges på, at f.eks. spørgsmålet om afgrænsningen af kredsen af skattepligtige, der omfattes af ligningslovens § 4's bestemmelser om beskat-

ning af kursgevinster, dels har givet anledning til domme, dels omfattes af verserende retssager, og at der verserer retssag om indkomstbeskatning ved forældelse af fordringer, som en erhvervsdrivende i tidligere år har fradraget i sin indkomst.

Det må således påregnes, at skatteretten også i de kommende år vil blive udviklet gennem landsskatterettens og domstolenes virksomhed.

Højesteret og de ugifte samlevendes formueforhold

Af professor Jørgen Nørgaard

1. Indledning

Har man været barn i 1940'erne, er man blevet giftefærdig i 1960'erne – og har erindringer om samlivsforhold fra såvel den første som den sidste periode. Vel at mærke erindringer om andres – fremmedes – samlivsforhold. I 1940'erne (og 50'erne) var det et særsyn og dermed samtalestof, at et par – sikkert fængslende, og i alt fald dragende mennesker – levede sammen uden at være gift, og i 1960'erne, da den spændende mulighed rykkede personligt nærmere, stod det mange steder som indiskutabelt, at et pars adgangstegn til det forjættede land, en lejlighed, var en vielsesattest.

Den eksplosive vækst siden slutningen af 1960'erne i antallet af ugifte samlevende personer – i 1985 ca. 500.000[1] – traf således et så godt som uforberedt samfund. På det lovgivningsmæssige plan kunne man på visse felter hurtigt indrette sig på de nye tilstande, men på andre måtte det nødvendigvis tage længere tid. Hvad angår familieretten – specielt familieformueretten – måtte det først afklares, om de såkaldt papirløse samlivsforhold kun var et modefænomen, og dernæst måtte man have en vis viden om, hvorledes de ugifte samlevende par faktisk indrettede sig formuemæssigt.

Ved formuleringen af det i 1969 nedsatte ægteskabsudvalgs opgave nåede man på falderebet at få givet udvalget mulighed for fremsættelse af lovforslag vedrørende de ugifte samlevendes retsforhold, idet det i kommissoriet hedder:

»Udvalget skal overveje, i hvilket omfang der på baggrund af de ændrede samfundsforhold, ændringen af kvindens stilling i samfundet og de heraf følgende ændringer af opfattelsen af ægteskabsinstitutionen er behov for revision af reglerne om ægteskabs indgåelse og opløsning, herunder reglerne om fremgangsmåden ved separation og skilsmisse, samt reglerne om ægteskabets retsvirkninger og om børnenes retsstilling under ægteskabet og efter separation eller skilsmisse.

1. I kapitel 33, afsnit 1 i *Graversen m.fl.*: "Familieret 1986" har *Graversen* givet en kort oversigt over udviklingen i antallet af ugifte samlevende personer. I det følgende er der refereret til det af *Graversen* skrevne kapitel om ugifte samboende – kapitel 33 i "Familieret 1986" – som *Graversen*.

Udvalget skal samtidig overveje, om der i tilknytning hertil er behov for ændring af regler i den øvrige lovgivning, der har forbindelse med ægteskabslovgivningen, og om nogle af de bestemmelser i lovgivningen, der knytter retsvirkninger til ægteskabet, bør kunne anvendes på visse ægteskabslignende forhold [udhævelsen foretaget her]«.

Som ovenfor antyd det har det for længst vist sig, at papirløse samlivsforhold ikke var en modebølge. Antallet af ugifte samlevende er siden slutningen af 1960'erne øget såvel absolut som relativt – til i 1985 knap 20% af samtlige samlivsforhold – og i takt hermed er behovet vokset for fastlæggelse af retsstillingen vedrørende de ugifte samlevendes formueforhold, *specielt retsstillingen ved samlivsforholdets ophør*.

Den forudsete imødekommelse af dette behov gennem ægteskabsudvalgets arbejde er imidlertid – foreløbig – udeblevet, idet udvalgets arbejde på området endnu ikke har ført til fremsættelse af et lovforslag i folketinget, endsige til lovgivning. Der har ikke kunnet opnås den nødvendige grad af politisk enighed om en ny ægteskabslovgivning, og lovgivningen vedrørende ugifte samlevendes retsforhold har delt skæbne hermed.

Ægteskabsudvalget har – naturligvis – arbejdet med de formueretlige problemer i tilknytning til samlivsforhold mellem ugifte, jfr. udvalgets betænkninger nr. 5, "Samliv og ægteskab" (betænkning nr. 720/1974), nr. 8, "Samliv uden ægteskab I" (betænkning nr. 915/1980) og nr. 9, "Samliv uden ægteskab II" (betænkning nr. 989/1983). Som et led heri har udvalget i betænkning nr. 8 »drøftet – – – [en] lovskitse« vedrørende formueforholdene ved samlivsforholds ophør. Lovskitsen er gengivet i betænkningen på s. 123 f – og nærmere omtalt nedenfor i afsnit 6 – men den har altså ikke ført til noget lovgivningsinitiativ.

Som det er illustreret med arbejdet vedrørende en ny ægteskabslovgivning kan uenige politikere holde hinanden i skak i årevis. Det kan parterne i et samlivsforhold ikke. Er uenigheden tilstrækkelig stor, revner samlivet, og kan parterne ikke tale sig til rette om en opgørelse af deres økonomiske mellemværende, må der en retlig afgørelse til. Som følge af den udeblevne lovgivning har domstolene måttet

træffe disse afgørelser stående på den bare mark – eller på det, der er værre, nemlig en mark, på hvilken lovgivningsmagten (forlængst) har tilkendegivet at ville sætte sine spor, men ikke hvilke spor. Kort sagt en mark, der betænkeligt ligner et spinatbed.

Før eller siden måtte denne ubehagelige opgave blive højesterets, men det skete bemærkelsesværdigt nok først i 1980 med afgørelsen U 1980.480, og det er denne dom samt de senere højesteretsafgørelser på området, der er emnet for den foreliggende artikel.

Indledningsvis skal der imidlertid gøres nogle bemærkninger om den praksis, der havde udviklet sig i landsretterne, før den første sag havnede på højesterets bord.

2. Det såkaldt videregående sameje

Det er klart, at ugifte samlevende kan løse problemerne vedrørende deres indbyrdes formueforhold – herunder særligt retsstillingen ved samlivsforholdets ophør – ved aftale, herunder aftale at et eller flere aktiver skal være i sameje.[2] Det er lige så klart, at parternes økonomi kan være så sammenblandet, at det ikke er muligt at afgøre, hvem af dem der ejer bestemte aktiver, hvorfor der i ophørssituationen kun er én mulig løsning, nemlig sameje.

Den sidstnævnte løsning – sameje som følge af sammenblanding – har karakter af en nødløsning og er normalt kun aktuel for visse grupper af aktiver, typisk indbo.[3] Hvad angår den førstnævnte løsning – den aftalemæssige – skulle tiden efter samlivsforholdenes opblomstring hurtigt vise, at mange par

slet ikke havde nogle aftaler. Det papirløse moment refererede sig ikke kun til den manglende vielsesattest.

I bogen "Papirløse samlivsforhold" (1976) fremdrog *Inger Margrete Pedersen* en række utrykte skifterets-, byrets- og landsretsafgørelser fra 1970'erne vedrørende opløsningssituationen, som illustrerede, at domstolene havde været rede til at statuere *sameje* mellem ugifte samlevende i tilfælde, hvor det var evident, at der ikke forelå *sameje* ud fra en traditionel, formueretlig synsvinkel (og hvor der heller ikke *måtte* statueres *sameje* som følge af sammenblanding). *Inger Margrete Pedersen* introducerede betegnelserne det *snævrere* – traditionelle – *samejebegreb* og det *videre samejebegreb* og karakteriserede det sidstnævnte begreb med ordene: »Det, der har interesse, er *sameje* som en mulighed for at opnå en deling – en økonomisk udligning [i opløsningssituationen], ikke retsstillingen under samlivet«.[4]

I *betænkning nr. 8* – s. 103 ff – førte ægteskabsudvalget *Inger Margrete Pedersen*s undersøgelse af skifte-, by- og landsretspraksis frem til betænkningens udgivelsesår (1980), og det kunne konstateres, at afgørelserne fra årene 1976-1980 viste den samme tendens som de forudgående års.

Dommen U 1979.225 ØLD er nok den videstgående, men den er på ingen måde ukarakteristisk for retstilstanden før den første højesteretsdom:[5]

M, der var født i 1932, og K, der var født i 1941, flyttede sammen i september 1971. De fik ingen fællesbørn, men medbragte henholdsvis 1 og 2 særbørn, der boede hos dem under samlivet, der blev ophævet den 15. april 1976. Familien boede indledningsvis i K's lejlighed, men i juli 1972 erhvervedes med M som skødehaver en byggegrund for 76.000 kr., hvoraf 5.000 kr., som betaltes kontant, blev fremskaffet ved lån. På grunden opførte parterne et såkaldt medbyggerhus, som familien flyttede ind i og boede i indtil samlivets ophævelse. Pr. 1. oktober 1976 solgte M ejendommen med et salgsprovenu på knap 138.000 kr. M, der var programmør, havde haft heltidsbeskæftigelse uden for hjemmet under hele samlivet og havde i perioden 1972-1975 haft en indtægt på ca. 376.000 kr. K havde haft halvtidsbeskæftigelse uden for hjemmet indtil slutningen af 1972, fra hvilket tidspunkt hun efter aftale med M

2. Vedrørende sådanne aftaler kan henvises til *Graversen* afsnit 3, 3. I praksis vil det vanskeligste problem ofte være, om parterne ved deres senere adfærd – d.v.s. fra aftalens indgåelse til samlivsforholdets ophør – har gjort aftalen uaktuel, jfr. dommen U 1972.751 HD (kommenteret af *Trolle* i U 1972 B s. 250 f).

Hvis der er en aftale mellem parterne om *sameje*, er det denne aftale, som er afgørende i det indbyrdes retsforhold – uanset det formelle ejerforhold, som dette måtte manifestere sig gennem f.eks. tinglyst adkomst, jfr. *Weber* i U 1982 B s. 319. Det er imidlertid klart, at en aftale mellem parterne om, at den ene af dem alene skal have tinglyst adkomst på en fast ejendom, vil etablere en vanskelig bevismæssig situation for den anden part, såfremt sidstnævnte under et senere indbyrdes opgør hævder, at ejendommen er i *sameje*, jfr. herved senest afgørelsen U 1983.215 ØLD.

3. Jfr. afgørelserne U 1982.93 HD og U 1983.645 ØLD.

4. Jfr. *Inger Margrete Pedersen*: "Papirløse samlivsforhold" (1976) s. 197.

5. Dommen er omtalt af *Vindeløv* i U 1979 B s. 205 f.

var hjemme og passede børn og hus – samtidig med at hun som kommunal dagplejemor havde 3-4 børn i dagpleje. I perioden 1972-1975 havde K haft en indtægt på 119.000 kr. K oplyste, at de 5.000 kr. til udbetalingen var tilvejebragt af hende ved et lån fra hendes tidligere ægtefælle, men dette blev bestridt af M. Om "medbyggeriet" forklarede K, at hun deltog i det omfang, hvori hun kunne.

Ved skifterettens dom blev det lagt til grund, at ejendommen havde været i sameje mellem parterne, ved hvilken afgørelse skifteretten lagde vægt på, at parterne havde samlevet i mere end 4 år, at ingen af parterne ejede væsentlige aktiver, da de flyttede sammen, at ejendommen anskaffedes i begyndelsen af samlivet for at tjene som fælles bolig, at parterne havde haft fælles økonomi, at begge haft haft fast heldagsarbejde i hele samlivsperioden, at begges løn fuldt ud var medgået til udgifter, som var kommet begge parter og deres særbørn til gode, samt at parterne ved samlivets ophævelse ikke havde væsentlig andre aktiver og passiver end ejendommen. Størrelsen af parternes anparter fandtes at burde bestemmes efter deres respektive indtjening i samlivsperioden, og det blev herefter pålagt M at betale K 33.000 kr. – svarende til ca. 1/4 af ejendommens friværdi ved samlivets ophævelse.

Landsretten tiltrådte samejeløsningen, men forhøjede K's anpart til en halvdel, idet det i dommen hedder: »Selv om det henstår som usikkert, hvorledes den kontante udbetaling er tilvejebragt, tiltrædes det af de i den indankede dom angivne grunde, at ejendommen har været i sameje mellem parterne. Da parterne under samlivets beståen efter lige evne har bidraget til afholdelse af fællesudgifter, derunder udgifter på ejendommen, findes provenuet ved salget af denne at burde deles lige«.

— — —

Som det fremgår af dommen, var det at statuere sameje blevet *midlet* til i opløsningssituationen at opnå det resultat i henseende til deling – ikke nødvendigvis ligedeling – af ugifte samlevendes formue (eller af et enkelt aktiv), som af billighedsgrunde fandtes rigtigt. Betegnelsen *videregående* sameje ramte plet.

3. U 1980.480 HD

3.1. Indledning

Ægteskabsudvalget har antagelig skrevet på redegørelsen i *betænkning* 8 for skifte-, by- og landsretternes praksis vedrørende sameje mellem ugifte samlevende i opløsningssituationen, allerede mens høje-

steret behandlede sin første sag om spørgsmålet. Udvalget fik dog også – næppe helt tilfældigt – højesterets dom, som blev afsagt den 1. april 1980, med i betænkningen.

Omstændighederne i sagen U 1980.480 var følgende:

Den 24-årige K, som havde et særbarn, og den 31-årige M indledte et samlivsforhold i begyndelsen af 1971. Efter godt 2 års samliv flyttede K og M den 1. april 1973 – sammen med K's særbarn – ind i et parcelhus, som blev købt ved skøde af 14. marts 1983. Købesummen 294.500 kr. blev berigtiget ved en kontant udbetaling på 100.000 kr., overtagelse af indestående prioriteter og udstedelse af sælgerpantebreve på knap 82.000 kr. Hele den kontante købesum blev fremskaffet ved et sparekasselån optaget af M i samme anledning. Lånet blev sikret ved pant i ejendommen. Skødet blev udfærdiget og tinglyst med M som køber.

Efter 2 år og 2 måneder i ejendommen flyttede K og hendes særbarn den 26. maj 1975 i forbindelse med samlivets ophævelse. M blev foreløbig boende i ejendommen, men solgte den ved skøde af 4. november 1976 på sådanne vilkår, at nettoprovenuet udgjorde 120.000-130.000 kr.

Såvel K som M havde heltidsarbejde uden for hjemmet i hele samlivsperioden på 4 1/4 år. M's bruttoindtægt var mere end dobbelt så stor som K's, idet tallene for 1973, 1974 og 1975 var 91.150 kr., 126.825 kr. og 155.097 kr., henholdsvis 40.781 kr. 53.369 kr. og 59.450 kr.

K gjorde gældende, at den faste ejendom havde været ejet af parterne i (lige) sameje, og påstod sig tilkendt halvdelen af det ved salget fremkomne nettoprovenu, mens M, der påstod frifindelse for K's krav, hævdede, at ejendommen tilhørte ham alene.

Landsretten statuerede – helt i overensstemmelse med den ovenfor i afsnit 2 omtalte praksis – at der principielt forelå et lige sameje mellem parterne, men da K ikke havde bidraget til udgifterne vedrørende parcelhuset siden sin fraflytning i maj 1975, skulle provenuet deles mellem K og M i forholdet 26-60,[6] hvilket betød, at der tilkom K et beløb på 36.300 kr.

6. K havde boet i ejendommen i 26 måneder, mens M havde boet der i 17 måneder yderligere, hvilket giver fordelingstallene 26:60.

Landsrettens fordeling af provenuet er ensbetydende med, at K *hverken* får del i den forøgelse af provenuet, der skyldes de afdrag på pantebrevene, der er blevet betalt efter K's fraflytning, *eller* del i den provenufør-

Højesteret, der i alt væsentligt anlagde samme bevisvurdering som landsretten, delte sig i et flertal på 5 dommere (*Thygesen, Urne, Bangert, Weber og Gersing*) og et mindretal på 2 (*Schaumburg og Torben Jensen*), men der var *enighed i relation til problemet samejelikke-sameje*, idet flertallet udtalte: »Der er ikke grundlag for at fastslå, at der er opstået sameje om ejendommen i traditionel forstand«, og det i mindretallets votum hed » – – – med flertallet er enige om, at der ikke kan antages opstået noget egentligt sameje eller ægteskabslignende formuefællesskab«. Mens mindretallet fulgte M's påstand om frifindelse, fandt flertallet, at K havde krav på en vis (an)del af det ved *ejendommens salg* opnåede nettoprovenu,[7] og hun blev tilkendt 25.000 kr. – altså 11.300 kr. mindre, end hun havde fået ved landsretten.

3.2. Samejeproblemet

Når en samlever eller samleverske ved forholdets ophør gør gældende, at et eller flere aktiver har været i *sameje* mellem parterne, skyldes det kun undtagelsesvis, at vedkommende har interesse i den kvalitative rådighed over aktivet.[8] Påstanden om

gelse, som hidrører fra konjunkturstigningen siden det samme tidspunkt. Også det sidstnævnte moment illustrerer, at samejeløsningen – det videregående sameje – har karakter af en konstruktion, som er tilvejebragt for at løse netop delingsproblemet ved ophør af samlivsforhold mellem ugifte samlevende.

7. Flertallet formulerer det således: »Under de foran anførte omstændigheder findes indstævnte [K] imidlertid, når ejendommen blev solgt som sket, at have krav på en vis andel af det opnåede nettoprovenu [udhævelsen foretaget her]«. Ordene »solgt som sket« kan ikke antages at skulle læses således, at der kun kan tilkendes den ikke-skødehavende samlever/samleverske et beløb, såfremt ejendommen er blevet solgt ved sagens afgørelse, men må i første række opfattes som referende til det opnåede provenus størrelse, jfr. *Holm-Jørgensen* i U 1981 B s. 16 f og jfr. nærmere *Jørgen Nørgaard* i U 1981 B s. 186.

I sagen U 1982.93 HD, hvor K som nærmere omtalt nedenfor i afsnit 4 også fik tilkendt et kompensationsbeløb, boede M stadig i ejendommen ved sagens afgørelse ved højesteret.

8. Vurderingerne af aktivers værdi er – heldigvis – så realistiske i Danmark, i alt fald for fast ejendoms vedkommende, at der ikke er stor risiko for, at en samlever/samleverske postulerer interesse i den kvalitative side af et aktiv for ad denne vej at komme i besiddelse af et aktivs økonomiske (mer)værdi. Det forholder sig formentlig anderledes i norsk ret, sml.

sameje nedlægges – som den foreliggende retspraksis illustrerer det – med henblik på at få etableret en særlig god basis for at få andel i et eller flere aktivers økonomiske værdi, altså for at opnå et pengebeløb.

Det er derfor af betydelig interesse ved vurderingen af 1980-afgørelsen, på hvilken baggrund højesterets flertal – der tilkendte K et beløb – nåede til, at der ikke forelå sameje mellem M og K. Det springer herved i øjnene, at flertallet indleder sit votum med at pointere netop de mange fællesskabstræk ved ejendommens erhvervelse, jfr. ordene: »Det tiltrædes, at det efter bevisførelsen er lagt til grund, at samlivet mellem parterne har bestået fra 1971 til den 26. maj 1975, og at de i denne periode har haft fælles husholdning og økonomi. Ejendommen må anses erhvervet efter parternes overvejelser om deres samlede økonomiske formåen for at tjene som fælles bolig. Den blev købt i appellantens [M's] navn – efter det oplyste bl.a. af skattemæssige grunde –, men han indskød ikke kontante midler, idet udbetalingen blev tilvejebragt ved lån, og det må lægges til grund, at det var nødvendigt for købet, at begge parter bidrog væsentligt til udgifterne ved ejendommen og ved den fælles huseførelse«.

Der er næsten ikke »plads til mere fællesskab« – bortset fra en længere samlivsperiode – og afgørelsen blev da også straks læst således, at højesteret hermed havde taget afstand fra, at et kvantitativt krav vedrørende et aktiv som *typeløsning* skal imødekommes ved – *hvis* det skal imødekommes – at statuere sameje om aktivet. Staven var brudt over et så vidtgående samejebegreb vedrørende det økonomiske opgør mellem ugifte samlevende ved forholdets ophør, som landsrettens dom i sagen – på linie med f.eks. afgørelsen U 1979.225 ØLD – er eksponent for.[9]

Det kan endda indlægges i flertallets ovenfor citerede formuleringer, at der kun skal antages at foreligge sameje mellem ugifte samlevende, såfremt almindelige *formueretlige* regler om etablering af

ægteskabsudvalgets betænkning 8 s. 117, og det kan være en af forklaringerne på, at man i norsk ret har været ret tilbøjelig til at statuere sameje (jfr. nedenfor i note 11).

9. Jfr. *Graversen* i *Graversen m.fl.*: »Familiere (1980)« s. 611, *Vindeløv* i U 1980 B s. 227 og *Jørgen Nørgaard* i U 1981 B s. 184. Sml. *Holm-Jørgensen* i U 1981 B s. 16 f, *Topsøe* i U 1980 B s. 338 f og *Inger Margrete Pedersen* i *Juristen* 1981 s. 217 ff. Bekræftelsen på denne læsnings rigtighed kom med *Webers* kommentar i U 1982 B s. 319 f til afgørelserne U 1980.480 og U 1982.93.

sameje – d.v.s. aftale eller sammenblanding – fører til dette resultat. *Webers* kommentar i U 1982 B s. 319 f til afgørelserne i U 1980.480 og U 1982.93 – jfr. herom nedenfor i afsnit 5 – må siges at bestyrke denne vurdering af graden af forkastelse af samejeløsningen, idet det i kommentaren (l.c. s. 319) hedder: »Som det – – – fremgår – – – kan der vel rejses spørgsmål om det hensigtsmæssige i at anvende det videre samejebegreb som løsningsmodel i opløsningsituationen. Det vil være vanskeligt at benytte dette begreb som grundlag for at statuere sameje under samlivet med det indhold og de retsvirkninger, som et sameje efter almindelige formueretlige regler har. Noget behov derfor synes der heller ikke at være. Der er imidlertid grænse for, hvor forskelligt forholdet kan bedømmes i de to situationer. Lighedeling kan opnås på andet grundlag end samejekonstruktion, og i øvrigt er lighedeling ikke altid den rigtige løsning«. [10]

Ingen af de tre højesteretsdomme efter U 1982.93 – U 1984.166, U 1985.55 og U 1985.607 – tager stilling til spørgsmålet om sameje eller ikke-sameje, hvilket har den forklaring, at K i alle tre sager nøjedes med for højesteret at fremsætte et rent pengekrav, efter at det ved landsretten var blevet statueret, at der ikke forelå sameje. Vel kan man ikke drage sikre slutninger med udgangspunkt i ikke-fremsatte påstande, og vel vedrører ingen af de tre sidstnævnte sager den optimale konstellation af samejebetingende faktorer, men såvel U 1984.166 som U 1985.55 omhandler meget langvarige samlivsforhold, og det forekommer på basis af afgørelsen U 1980.480, *Webers* kommentar dertil og den senere tilkomne praksis forsvarligt at sige, at det i dag er retstilstanden, at der ved afgørelsen af et formuemellemværende i forbindelse med et samlivsforholds ophør kun vil blive statueret sameje i det omfang, hvori almindelige formueretlige regler om etablering af sameje fører til dette resultat. [11]

10. Undsigelsen af det videregående sameje – og bekræftelsen på det nedenfor i teksten anførte – er måske allermost tydelig, når det afslutningsvis i *Webers* kommentar hedder: »De to domme [U 1980.480 og U 1982.93] er ikke til hinder for, at der i andre sager statueres sameje, hvis dette følger af almindelige formueretlige regler«.
11. Jfr. *Graversen* afsnit 3.4 in fine og *Jørgen Nørgaard* i U 1981 B s. 184. Sml. *Danielsen og Holm-Jørgensen* i "Juridisk Formularbog", 12. udg. s. 63, som er af den opfattelse, at det under visse forhold ikke kan udelukkes, at sameje vil blive statueret på grundlag af et

Hermed er der ikke taget afstand fra, at domstolene – højesteret – i et grænsetilfælde, hvor der hersker usikkerhed med hensyn til, om der mellem parterne har foreligget en stiltiende aftale om sameje vedrørende et aktiv, kan inddrage som et moment i samejeløsningens favør, at aktivet er anskaffet under et samlivsforhold. [12]

Der er selvsagt heller ikke taget afstand fra, at den ikke-adkomstberettigede, typisk K, kan få tilkendt et kompensationskrav – jfr. herom nedenfor under 3.3 – af en sådan størrelse, at hun herved beløbsmæssigt opnår (næsten) samme resultat, som hvis aktivet var blevet anset for at være i sameje. Dette illustreres af de beløb, der er blevet tilkendt ved to nye afgørelser fra Østre Landsret – 18. afdelings domme af 5. og 17. juli 1985 i sagerne 529/1983 og 24/1984 – som begge vedrører aktiver anskaffet under langvarige samlivsforhold mellem parter, som tjente tilnærmelsesvis lige meget gennem hele samlivsperioden. Før man tilkender K et beløb, der størrelsesmæssigt ganske modsvarer, at K var blevet ansat som part i et lige sameje om et aktiv, typisk en fast ejendom, bør man imidlertid betænke, at det ikke er nogen naturlov, at fast ejendom stiger i værdi – og at det formentlig ville blive meget vanskeligt for M at få medhold i, at K skulle bære halvdelen (eller

samliv af længere varighed, måske 15, 20 eller 25 år. Det skal nævnes, at 12. udg. af "Juridisk Formularbog" kom i 1983.

Jeg deler ganske *Graversen*'s opfattelse, når han på det anførte sted skriver: »Det må herefter betragtes som meget lidt nærliggende, at Højesteret skulle gribe til samejeløsningen på grundlag af senere væsentlige bidrag til en fælles økonomi eller til ejendommens forbedring eller drift i tilfælde, hvor der ikke er tvivl om adkomstforholdene ved ejendommens erhvervelse, og hvor der ikke er holdepunkter for ændringer heri ved senere – udtrykkelig eller stiltiende – aftale mellem parterne. Endelig anser jeg det på denne baggrund – – – for givet, at Højesteret ikke vil statuere sameje alene på grund af husarbejde, selv ikke efter et langvarigt samlivsforhold«. – Vedrørende "husmodersameje" i norsk ret kan henvises til *Thue*: "Samliv og sameie", Tanum-Norli (1983), hvor de centrale højesteretsafgørelser i NRt 1975.220, NRt 1976.694, NRt 1980.1403 og NRt 1982.1269 er gengivet på s. 27-36. Vedrørende svensk ret, som repræsenterer et standpunkt mellem dansk og norsk ret, kan henvises til *Agell*: "Åganderätten till fastighet för make och samboende", Norstedts Förlag (1985) s. 12-35.

12. Sml. *Bengtsson*: "Äktenskapsliknande samlevnad", Justus Förlag (1976) s. 14 og *Graversen* afsnit 3.1 in fine. Se endvidere *Agell*: l.c. s. 12-35.

en mindre del) af værdinedgangen på en fast ejendom, som M har skøde på.

3.3. Kompensationskrav – berigelseskrav

Højesterets dom standser som nævnt ikke ved afvisningen af samejelsningen. Der tilkendes K et beløb på 25.000 kr. og dermed melder sig spørgsmålet: På hvilket grundlag indrømmer højesterets flertal K et krav mod M?

Ved besvarelsen af dette spørgsmål er det nærliggende at tage udgangspunkt i mindretallets votum, hvori det hedder: »Indstævntes [K's] bruttoindtægt androg i årene 1973-75, da parterne samlede i ejendommen, henholdsvis 40.781 kr., 53.369 kr. og 59.450 kr. og oversteg således ikke, hvad der med rimelighed må anses medgået til underhold, herunder bolig for hende og barnet – – –«.

Mindretallet tager sit udgangspunkt i K's – kun K's – situation ved samlivsforholdets ophør. Efter at have konstateret, at K ikke ved at bo i ejendommen sammen med M har lidt noget tab, således forstået at hun ikke er blevet ringere stillet, end hun ville have været, hvis hun skulle have skaffet en anden bolig til sig og sit barn i den pågældende periode, konkluderer mindretallet, at der ikke er nogen basis for at indrømme K et krav mod M.

Mindretallet anlægger en konsekvent *formueretlig* synsvinkel. Den, der "kun" er samlever, har ikke qva samlivsforholdet noget som helst krav på ved forholdets ophør at få del i den anden parts indtægter og formue – som en part i et ægteskab med formuefællesskab har det, og som en ægtefælle i et særejeægteskab kan have det – og derfor kan K kun fremsætte et kompensationskrav mod M (eller omvendt) ved samlivsforholdets ophør, hvis almindelige formueretlige regler giver grundlag herfor. Det er den samlede rets holdning til samejelsningen – jfr. herom ovenfor under 3.2 – *mindretallet* overfører/viderefører til bedømmelsen af, om K kan få tilkendt et krav mod M.

For *flertallets* vedkommende er det kun vedrørende samejeproblemet, man udelukkende henholder sig til almindelige formueretlige regler. Efter at have afgjort samejesspørgsmålet tager flertallet afstand fra kun at anskue opgøret mellem M og K gennem formueretlige briller. M og K er ikke parter i en blot formueretlig konflikt, den er også familieretlig, fordi de har levet sammen i en længere periode, som ægtefæller/en familie gør det – derfor må man ved vurderingen af, om K skal indrømmes et krav mod M, tage udgangspunkt i såvel K's som M's økonomi-

ske situation. Man har ikke gjort udtømmende op med de relevante synspunkter ved at analysere K's økonomiske situation, hvis hun ikke havde levet sammen med M; man må også vurdere, hvorledes M ville have været stillet økonomisk uden K.

Hvad angår den formueretlige synsvinkel *berigelseskrav* betyder dette, at man ikke bør slå sig til tåls med det givetvis rigtige, at K ikke kunne have investeret i fast ejendom, hvis hun havde boet alene med sit barn, men at man bør inddrage, at hun som den ene part i et samlivsforhold har været i stand til at yde væsentlige og nødvendige økonomiske bidrag til den anden parts erhvervelse og bibeholdelse af en fast ejendom – bl.a. skattereglerne vedrørende fradrag for renteudgifter bidrager til betragtningens rigtighed, fordi disse fradrag har større værdi[13] i jo højere en indkomst (M's) de fratrækkes.[14]

På denne baggrund indrømmer højesterets flertal K et krav mod M, jfr. ordene »Under de foran anførte omstændigheder [d.v.s. de af flertallet opregnede – ovenfor citerede – "fællesskabstræk"] findes indstævnte [K] ... at have krav på en vis andel af det opnåede nettoprovenu«, og jfr. *Weber* i U 1982 B s. 320. Som *Weber* skriver, ligger afgørelsen »tæt op ad den almindelige berigelsesgrundsætning, jfr. Ussing: "Erstatningsret" s. 229 ff« – men som *Weber* også skriver, kræver »den almindelige berigelsesgrundsætning ... dog ifølge Ussing, at berigelsen er opstået på en andens bekostning derved, at den anden har lidt et tab«, og det er netop i flertallets vilje til at se væk fra denne sidstnævnte del af den almindelige berigelsesgrundsætning, den principielle forskel mellem flertallets og mindretallets standpunkt viser sig.

Forskellen illustreres også – mere indirekte – ved flertallets argumentation vedrørende beregningen af kompensationskravets størrelse, idet det i dommen hedder: »Det hende tilkommende beløb findes under hensyn til varigheden af parternes samliv og af den fælles benyttelse af ejendommen samt til forskellen mellem parternes indtægter under samlivet skønsmæssigt at kunne bestemmes til 25.000 kr.«.[15] Selv om K og M ikke havde sparet en krone op til ejendommens erhvervelse, og det ud fra

13. I alt fald indtil videre, d.v.s. under de gældende skatteregler.

14. Jfr. *Jørgen Nørgaard* i U 1981 B s. 185.

15. *Weber* – l.c. s. 320 – fremhæver, at det ved afgørelsen af kravets størrelse måtte tages i betragtning, at fradraget for renter (jfr. ovenfor i note 13) havde betydet en fordel for M.

en rent formueretlig synsvinkel relevante tidsrum således må være længden af den periode, parterne har boet i ejendommen – og det er også den periode, mindretallet udelukkende lægger vægt på i sit votum – anfører flertallet ikke blot varigheden af tidsrummet i ejendommen, men også varigheden af samlivet og forskellen mellem parternes indtægter *under samlivet*.

Samlet kan det siges, at flertallet træffer sin afgørelse primært ud fra almindelige formueretlige regler, men at man er rede til at supplere med betragtninger af mere familieretlig karakter.

4. U 1982.93 HD

I Juristen 1981, nr. 12 (udkommet den 15. juni 1981) s. 221 ff gav *Inger Margrete Pedersen* en oversigt med titlen "Økonomisk opgør mellem samlevende parter – hvor står vi?", som bl.a. refererede en række landsretsdomme afsagt efter U 1980.480. Som illustreret ved den eneste trykte afgørelse blandt disse domme – U 1981.154 VLD – satte højesterets dom hurtigt sine spor.

Det var imidlertid klart, at der rådede betydelig usikkerhed med hensyn til såvel de kortvarige som de meget langvarige samlivsforhold – også fordi man befandt sig i en periode, hvor de angivelige betænkkeligheder ved, at højesteretsdommere som et fast indslag kommenterer de vigtigste af rettens domme i Ugeskrift for Retsvæsen, vejede tungere end ønskerne om disse kommentarer.

De ret kortvarige samlivsforhold fik imidlertid ganske hurtigt deres højesteretsdom med afgørelsen U 1982.93 – og da var kommentarerne blevet genoptaget.

Omstændighederne i sagen U 1982.93 var følgende:

Den 1. oktober 1975 flyttede K, som var knap 20 år gammel (og derfor umyndig) sammen med den knap 21-årige M. Parret flyttede ind i et hus, som M havde erhvervet ved betinget skøde af 22. september 1975. M var alene om at underskrive såvel slutseddel som skøde, og M stod også som eneste debitor for det banklån på 40.000 kr., hvormed den kontante udbetaling blev berigtiget. Såvel K's far som M's far kautionerede for banklånet.

M og K boede i ejendommen under hele samlivet. De havde fælles husholdning og fælles økonomi under samlivet – under en væsentlig del af samlivet tilmed sådan, at de kun havde én – fælles – konto i et pengeinstitut.

Den 17. juli 1978, altså efter 2 år og 9½ måned,

ophørte samlivet ved, at K fraflyttede ejendommen. På fraflytningstidspunktet repræsenterede ejendommen, som M blev boende i, en friværdi på 78.000 kr. Ud over uenighed om ejendommens friværdi stredes parterne om friværdien i et automobil, ca. 12.000 kr., og om indboet, som der var enighed om størrelsesmæssigt at ansætte til 10.700 kr.

Parterne var enige om, at M's og K's indtægter under samlivet – *efter fradrag af skatter* – var indgået i den fælles husholdning med henholdsvis ca. 220.000 kr. og ca. 93.000 kr.

Skifteretten statuerede, at samtlige de i sagen omhandlede aktiver ejedes af parterne i lige sameje, og landsretten, der lagde til grund, »at det alene skyldtes den omstændighed, at indstævnte [K] ved købet af ejendommen var umyndig, at alene appellant [M] og ikke parterne i fællesskab fik skøde på ejendommen«, stadfæstede afgørelsen.

Højesteret fandt det ikke godtgjort, at der forelå sameje vedrørende den faste ejendom og/eller bilen – der var ikke bevis for aftale om sameje, og det videregående samejebegreb blev forkastet. Derimod fandtes indboet at måtte tilhøre parterne i lige sameje (blandingssameje, jfr. ovenfor i afsnit 2).^[16]

Mens højesterets dommere var enige i relation til samejeproblemet, delte de sig vedrørende vurderingen af, om der tilkom K et kompensationskrav mod M.

Flertallet – *P. Christensen, Weber, Gersing og Kiil* – udtalte: »Efter karakteren af parternes ikke ganske kortvarige samliv, den herunder skete betydelige forøgelse af ejendommens værdi samt det oplyste om parternes indtægtsforhold og fælles økonomi under samlivets beståen findes der at burde tillægges indstævnte [K] et beløb, hvis størrelse fastsættes skønsmæssigt til 20.000 kr. under hensyn til, at beløbet også skal indeholde dækning for indstævntes anpart af indboet^[17] [5.350 kr.]«.

Mindretallet – *Thygesen, Høeg og Funch Jensen* – udtrykte sig således: »Efter en samlet bedømmelse af parternes forhold, herunder navnlig samlivets korte varighed, findes der ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilkende indstævnte noget beløb udover det til halvdelen af indboets værdi svarende«.

16. Det er sikkert rigtigt, når *Danielsen og Holm-Jørgensen* i "Juridisk Formularbog", 12. udg. (1983) s. 63 antager, at den fælles – og eneste – bankkonto har været stærkt medvirkende til, at der blev statueret (lige) sameje om indboet.

17. K's påstand for højesteret var formuleret således.

Mindretallets votum læses let således, at et samlivs korte varighed i sig selv forhindrer den ene part i et samlivsforhold i at have et krav mod den anden – medmindre der enten er aftalt sameje, eller der på grund af sammenblanding nødvendigvis må statueres sameje vedrørende visse aktiver.

Det er begribeligvis ikke meningen. Dissensen skal læses således, at ingen almindelige formueretlige regler, herunder reglerne om sameje og den almindelige berigelsesgrundsætning (i *Ussings* version, jfr. ovenfor i afsnit 3.3), førte til, at K havde et krav mod M, og at heller ikke det af flertallet i sagen U 1980.480 anlagte berigelsessynspunkt kunne føre til, at K tilkendtes et krav mod M.[18] Samlivets korte varighed bevirkede, at der ikke var anledning til at supplere de formueretlige regler, som ikke i sig selv var bæredygtige, med betragtninger af familieretlig karakter. Det formueretlige "grundstof" – M's berigelse – var til stede, men der manglede efter mindretallets opfattelse det stof – et egentligt samliv mellem M og K – hvormed der skulle øges.

Weber oplyser i sin kommentar til afgørelsen – U 1982 B s. 320 – at der mellem dommerne var enighed om, »at man i denne sag, hvor samlivet kun havde været 2 år og 10 måneder, befandt sig nær grænsen for de tilfælde, hvor kompensationskrav kan anerkendes«. – Når flertallets dommere modsat mindretallets mente, at man havde det stof, hvormed der skulle øges, har det formentlig sammenhæng med, at parterne i udpræget grad havde haft fælles økonomi, at samlivet vel ikke kom til at vare længe, men det var lagt an, og der var anskaffet, som om det skulle vare længe,[19] og at K havde været M en ganske god økonomisk partner, faktisk så god, at hun ikke var så langt fra at have et krav mod M i henhold til den almindelige – rent formueretlige – berigelsesgrundsætning.

Der kan ikke være tvivl om, at i alt fald flertallet – men formentlig også mindretallet – har lagt til grund, at K trods de få dage mellem skødet og samlivets begyndelse ikke flyttede ind i en fast

ejendom, som M allerede boede i/var ejer af, men at parterne begyndte sammen i ejendommen. Som det fremgår af navnlig dommen U 1985.607 HD, er det ikke ligegyldigt, om et fremsat krav begrundet i værdistigningen på et aktiv refererer sig til et aktiv, som den anden part allerede ejede ved samlivets begyndelse, eller aktivet er anskaffet efter dette tidspunkt. Afgørelsen U 1985.607 er omtalt nedenfor i afsnit 9, jfr. særligt note 44.

5. *Webers kommentar i U 1982 B s. 319 f til dommene U 1980.480 og U 1982.93*

Som nævnt ovenfor i afsnit 4 var luften i tiden mellem dommene U 1980.480 og U 1982.93 sagt med al respekt blevet mildnet for de klippede får, og man fik derfor i U 1982 B s. 319 f den længe ventede kommentar til de to foreliggende højesteretsdomme om det økonomiske opgør ved samlivsforholds ophør.

Webers kommentar er allerede omtalt adskillige gange i det foregående, og der er derfor på dette sted kun grund til at nævne følgende fra kommentaren:

at de to domme ikke er til hinder for, at der i andre sager statueres sameje, »hvis dette følger af almindelige formueretlige regler«,

at »kompensationskrav kan kræves forrentet på sædvanlig måde fra sagens anlæg«, [20]

at »også forudsætningssynspunkter vil kunne indgå i overvejelserne [vedrørende kompensationskrav] i sager af denne art«,

og at der ikke ved dommene er taget stilling til det processuelle spørgsmål om skifteretternes kompetence (jfr. herom bl.a. Jørgen Nørgaard i U 1981 B s. 186 f).

6. *U 1984.166 HD*

Da højesteret den 9. december 1981 traf sin afgørelse i sagen U 1982.93, kendte retten den lovskitse, som ægteskabsudvalget havde udarbejdet med henblik på »beskyttelse af den svagere part ved samlivets ophør«, og som var offentliggjort i udvalgets *betænkning* 8 s. 123 f. Lovskitsens eksistens og de til skitsen knyttede bemærkninger synes imidlertid ikke at have givet højesteret problemer ved afgørelsen U 1982.93 – lovskitsen er uomtalt i såvel dommen som Webers kommentar. Retten synes at have oplevet U 1982.93 som i første række en dom, hvorved række-

18. Det er muligt, at Høeg og Funch Jensen var af den opfattelse, at udfaldet var givet i og med, at ingen almindelige formueretlige regler kunne medføre, at K havde et krav mod M – formuleringen af mindretallets resultat tyder dog ikke herpå – men i alt fald for Thygesens vedkommende må tekstens fremstilling af mindretallets votum være dækkende, eftersom Thygesen var medlem af flertallet i U 1980.480.

19. Samlivet mellem M og K var lagt an uden noget spor af »prøvetid«.

20. Men ikke fra noget tidligere tidspunkt, jfr. afgørelsen U 1984.166 HD.

vidden af U 1980.480 blev præciseret med henblik på de mere kortvarige samlivsforhold.

Det forholdt sig anderledes, da den næste samlivs-sag, U 1984.166, kom til afgørelse i højesteret den 18. januar 1984 – en sag, *Weber* havde forudset i sin kommentar med den i sammenhængen lidt "side-læns" placerede bemærkning om, at »Også forudsætningssynspunkter vil kunne indgå i overvejelserne i sager af denne art.«[21]

Før sagen U 1984.166 omtales nærmere, kan der være grund til at redegøre lidt mere for ægteskabsudvalgets ovenfor nævnte lovskitse, der har følgende ordlyd:

»§ 00. Opløses et samliv mellem to personer, kan skifteretten foretage deling af deres formue.

§ 000. Ved opløsning af et samliv mellem to personer kan skifteretten pålægge den ene part at yde den anden et beløb for at sikre, at denne ikke stilles åbenbart urimeligt (væsentligt ringere end stemmen-de med billighed), navnlig når hensyn tages til parternes økonomiske forhold og samlivets varig-hed. Hensyn kan også tages til den indsats, den pågældende har ydet til det fælles hjem gennem arbejde, bidrag til det fælles underhold, afsavn eller på anden måde«.

Et flertal af ægteskabsudvalgets medlemmer (12 medlemmer, heraf 3 folketingsmedlemmer) kunne anbefale gennemførelsen af en regel som § 000, der jo tydeligvis er modelleret over ægteskabslovens § 56, med henblik på de tilfælde, hvor et samlivsforhold opløses i begge parter levende live. Et mindretal på 6 (alle folketingsmedlemmer)[22] fandt ikke tilstrækkelig grund til at gennemføre en lovregel som den skitserede. Mindretallet ønskede samtidig »at tage afstand fra den foreliggende retspraksis, der kan skabe risiko for trusler, og som påtvinger men-esker, der har truffet et valg med hensyn til livs-form, bestemte løsninger«.

Halvdelen af udvalgets medlemmer (d.v.s. 9, hvoraf 1 folketingsmedlem) kunne også gå ind for en regel som § 000 med henblik på de tilfælde, hvor et

samlivsforhold ophører ved den ene parts død, mens den anden halvdel af udvalget (heraf 8 folketings-medlemmer) fandt, at der ikke burde indføres nogen billighedsregel ved dødsboskifte[23] – og 6 af de 9 sidstnævnte medlemmer henviste til deres skepsis over for den foreliggende retspraksis.

Det kan altså ikke have været med en ubetinget fornemmelse af at have de folkevalgtes tillid i ryg-gen, at højesteret behandlede den kontroversielle sag U 1984.166.

Sagens omstændigheder var følgende:

I 1963 indledtes et samlivsforhold mellem den da 19-årige K og den 10 år ældre M, der havde drevet fabrikationsvirksomhed siden 1954. K havde ingen faglig uddannelse og under hele samlivet, der ophør-te ved K's fraflytning i september 1980, havde hun i alt væsentligt været beskæftiget med pasning af det fælles hjem og af parternes tre fællesbørn, der blev født i 1964, 1966 og 1971. K havde ingen formue, da samlivet indledtes i 1963, og det var også hendes situation i 1980 ved dets ophør. M's *skattepligtige* formue var i 1965 ca. 150.000 kr., og pr. 31. decem-ber 1980 var den ca. 1 mill. kr. Der var begrundet formodning om, at M's formue – som han under hele sagen nægtede at fremkomme med nærmere oplys-ninger om – var væsentligt større, og højesteret gik som landsretten ud fra, »at den reelle værdi af appellantens [M's] formue i september 1980 var langt større end hans skattepligtige formue den 31. december 1980«.

For landsretten gjorde K gældende, at der pr. samlivets ophør bestod et bo mellem parterne, subsidiært at M skulle anerkende, at hans aktiver tilhørte parterne i lige sameje eller i alt fald i sameje, og mest subsidiært at der tilkom K et krav på 500.000 kr. over for M. Landsretten gav hverken K medhold i, at der forelå et bo, eller i påstandene om sameje. Vedrørende den mest subsidiære påstand udtalte landsretten: »Ved bedømmelsen af sagsøgerens [K's] mest subsidiære påstand må det tages i betragtning, at forholdet mellem parterne blev afbrudt efter et mere end 16-årigt samliv, der i det hele kan sidestil-les med et ægteskabeligt forhold, og hvorunder parterne fik 3 børn. Ved samlivets ophør medtog sagsøgeren kun nogle få personlige ejendele og et

21. Højesteret vidste, at den sag, der senere blev trykt som U 1984.166, var på vej, eftersom sagen med afgørelsen U 1982.171 HKK havde været forelagt retten som et processuelt problem, sml. *Graversen* afsnit 3.5 med note 68.

22. Én af de 6 var *forhenværende* folketingsmedlem – og helt skarpt lader sonderingen mellem politiske og ikke-politiske medlemmer af udvalget sig i øvrigt ikke drage.

23. En af begrundelserne for ikke at indføre en billigheds-regel som § 000 (også) med henblik på de tilfælde, hvor et samlivsforhold ophører ved død, var, at parterne i disse tilfælde kan løse problemerne ved at oprette testamente, jfr. *betænkning* 8 s. 129.

kontant beløb på 6.000 kr., der tilvejebragtes ved salg af en tidligere gave til hende fra sagsøgte [M], medens sagsøgte beholdt sin – som det må antages – meget betydelige formue. Det må endvidere tages i betragtning, at sagsøgerens indsats i hjemmet i hvert fald til en vis grad har været en forudsætning for sagsøgtens nuværende økonomiske situation. På denne baggrund findes det ud fra betragtninger, der er beslægtede med dem, der har fundet udtryk i § 56 i loven om ægteskabs indgåelse og opløsning, at burde pålægges sagsøgte at yde et beløb til sagsøgeren for at tilvejebringe en vis udgligning i forskellen i parternes økonomiske situation«. To dommere stemte herefter for at tilkende K 200.000 kr., mens den tredje dommer votede for 300.000 kr.[24]

For højesteret gjorde K kun gældende, at der tilkom hende et pengekrav mod M. Ved afgørelsen af dette spørgsmål delte retten sig i et flertal på 5 dommere, der tilkendte K et beløb på 200.000 kr., og et mindretal på 4, som tog M's frifindelsespåstand til følge.

Flertallet – *Thygesen, Bangert, Gersing, Kardel og Mondrup* – udtalte: »Som anført i dommen har parterne haft et mere end 16-årigt samliv, der indledtes i 1963, da indstævnte [K] var 19 år gammel, og hvorunder de fik tre børn. Under samlivet har indstævnte i overensstemmelse med appellants [M's] ønske næsten udelukkende været hjemmearbejdende, og det må antages, at hendes ydelser har været af væsentlig betydning for opbygningen og opretholdelsen af det fælles hjem og har bidraget til at forbedre appellants økonomi. Under disse omstændigheder findes indstævnte at have været berettiget til at forudsætte, at hun ved samlivets ophævelse ikke kom til at stå praktisk talt uden midler, når appellanten har kunnet oparbejde en så stor formue, som der her må antages at være tale om«.

Mindretallet – *Høeg, Bjerregaard, Funch Jensen og Kiil* – afgav et votum bestående af to afsnit. I det første afsnit udtalte man: »Indstævnte [K] har ikke ved indtægter fra arbejde uden for hjemmet bidraget til opbygningen af appellants [M's] formue, og sagen adskiller sig på dette punkt afgørende fra de sager, der blev afgjort ved Højesterets domme i U

1980.480 og U 1982.93«, og hertil føjede man i andet afsnit: »Hvorvidt et langvarigt faktisk samliv i retlig henseende kan sidestilles med et ægteskabeligt samliv, findes at være et spørgsmål af en sådan betydning, at det bør afgøres af lovgivningsmagten og ikke af domstolene ud fra billigheds- eller forudsætningsbetragtninger eller analogier fra lovreglerne om ægteskabets retsvirkninger, jfr. herved om formueforholdet mellem samlevende udtalelserne side 122 ff i betænkning 8 nr. 915/1980 fra Ægteskabsudvalget af 1969«.

Vel var der altså i højesteret uenighed om det konkrete resultat og om det principielle forhold mellem lovgivningsmagten og domstolene, men der var ifølge *Mondrups* kommentar til dommen i U 1984 B s. 295 f enighed mellem samtlige dommere om, at et eventuelt kompensationskrav ikke kunne støttes på analogier fra ægteskabslovgivningen, og at det ikke ved dommene U 1980.480 og U 1982.93 var foregrebet, om et kompensationskrav kunne indrømmes i et tilfælde som det i sagen U 1984.166 foreliggende.[25] Navnlig den førstnævnte oplysning, som gør det klart, at det krav, som blev tilkendt K, ikke hviler på en analogi af ægteskabslovens § 56, er vigtig, eftersom § 56 ikke er anvendelig i dødssituationen.[26]

Sammenholder man sagen U 1984.166 med afgørelserne U 1980.480 og U 1982.93, er det – med anvendelse af det ovenfor i afsnit 3 in fine anvendte billede – klart, at man til tilkendelse af et kompensationskrav havde rigeligt af det stof – et egentligt samliv – hvormed der skal øges, men at det formueretlige "grundstof" ikke forelå i stor mængde. Hvor landsretten udtaler, »at sagsøgerens [K's] indsats i hjemmet i alt fald til en vis grad har været en forudsætning for sagsøgtens [M's] nuværende økonomiske situation«, tør højesterets flertal ikke gå længere end til, at K ved sin indsats i hjemmet »har bidraget til at forbedre appellants [M's] økonomi«

25. Jfr. *Jørgen Nørgaard* i U 1981 B s. 186.

26. Jfr. *Graversen* afsnit 3.5 med note 72.

Allerede det forhold, at ægteskabslovens § 56 ikke er anvendelig i dødssituationen, taler stærkt for, at landsretten ikke med ordene »betragtninger, der er beslægtede med dem, der har fundet udtryk i § 56 – –« kan sigte til en analog anvendelse af § 56 på samlivsophævelsessituationer, cfr. *Stuer Lauridsen* i U 1984 B s. 324 med note 8. At højesterets flertal ikke har brugt ægteskabslovens § 56 for at nå sit resultat fremgår som nævnt ovenfor i teksten direkte af *Mondrups* kommentar, men sml. *Stuer Lauridsen*: l.c. s. 324 f.

24. 200.000 kr. forekommer at være en meget realistisk vurdering af, hvad K ville have fået, hvis hun havde været den ene part i et ægteskab med fuldstændigt særeje, og omstændighederne i øvrigt havde været de samme som i sagen, jfr. herved også *Graversen* afsnit 3.5 med note 72.

Det er iøjnefaldende, at flertallet ikke har anset *denne* berigelsesbetragtning – som nok vil kunne anføres i mange tilfælde af den i 1984-sagen foreliggende art – for *tilstrækkelig* til (som i U 1980.480 og U 1982.93) at bære resultatet på den formueretlige led.

Som så ofte før – og som indvarslet af *Weber* – kan forudsætningspunkter kaldes til undsætning, i det foreliggende tilfælde for at udfylde hullet på den formueretlige led ved siden af berigelsesbetragtningen.[27] *K*, som i en alder af 19 år og uden faglig uddannelse indleder et samlivsforhold med en 10 årig ældre *M*, som får tre børn i løbet af samlivets første 8 år, som retter sig efter *M*'s ønsker om, at hun så godt som udelukkende skal være hjemmearbejdende (og derved frigøre arbejdskraft hos *M* til andre formål), som yder en reel indsats gennem 16 år ved opbygningen og opretholdelsen af det fælles hjem, og som samtidig oplever, at *M* under samlivet oparbejder en meget betydelig formue, udstyres med en – som »berettiget« karakteriseret – forudsætning om, at hun ikke ved samlivets ophør kommer til at stå praktisk talt uden midler.[28]

Det er let at forstå ønsket om at tilkende *K* et kompensationsbeløb, for det er ikke særlig sandsynligt, at hun i 1963(!) som 19-årig *valgte* sig ind i en alternativ livsform uden sikkerhedsnet i form af ret til boslod og mulighed for underholdsbidrag. Det er i sammenhæng hermed tilsvarende let at hancellere over det raffinerede forudsætningsræsonnement, højesterets flertal lader *K* anstille. Det er derimod meget vanskeligt at pege på andre veje, som flertallet kunne have fulgt – eller brudt, for som fremhævet af såvel *Weber* i U 1982 B s. 320 som *Mondrup* i U 1984 B s. 296 måtte flertallet i U 1980.480 henholdsvis U 1984.166 til en vis grad »bryde nye veje«. Det er mere enkelt at skrive mindretallets votum – hvis man er sikker på, at man er i mindretal.

Der er næppe tvivl om, at samtlige dommere har oplevet det som ubehageligt at skulle træffe afgørelse i sagen U 1984.166 på et tidspunkt, da ægteskabsudvalget i *betænkning 8* havde offentliggjort sin lovskitse, da det fremstod som usikkert, om – og i bekræftende fald hvornår – et lovforslag i overensstemmelse med skitsen ville blive fremsat i folketetinget, da det var tvivlsomt om et forslag af den nævnte art (d.v.s. med forslagets målsætning) ville have et

flertal bag sig i folketetinget, og da flere politiske partiers repræsentanter i udvalget havde ønsket i betænkningen at tage afstand fra den foreliggende retspraksis. Opgaven blev ikke mere tillokkende af, at det i *betænkning 8* på s. 51 hedder: »Sådanne formueretlige betragtninger [vedrørende krav ved samlivsforholds ophør] kan imidlertid blive overbelastede, og der kan i den enkelte sag blive tale om analogislutninger fra ægteskabsretten, som ud fra samlede overvejelser måske er mindre ønskelige«.

Skal man nu som dommer risikere at bekræfte denne sidstnævnte, dystre profeti – eller skal man prisgive den konkrete *K*'s interesser? Det var – *Mondrup* siger det næsten lige ud (l.c.s. 296)[29] – ønsket om ikke at lade *K* i stikken, der førte flertallet til dets resultat.

Mindretallets markante votum skal læses som en helhed.[30] Det første afsnit gør det klart, at hvad mindretallet i det andet afsnit vender sig imod alene er, at domstolene indrømmer kompensationskrav i tilfælde, hvor der – med det tidligere anvendte billede – ikke er det nødvendige formueretlige ”grundstof” for kravet.[31]

Det fremgår ikke direkte af mindretallets votum, at domstolene *specielt* ikke bør indrømme kompensationskrav, hvorved samlivsforhold i større eller mindre grad sidestilles med ægteskabelige samliv, på et tidspunkt, hvor der *foregår* lovgivningspolitiske

29. *Mondrup* udtrykker det således: »Flertallet har fundet, at der under de foreliggende omstændigheder burde ydes *K* et beløb som kompensation for den indsats, hun havde ydet, og har navnlig lagt vægt på *K*'s berettigede forudsætninger samt det berigelsesmæssige synspunkt, at hendes indsats havde været af økonomisk betydning for *M*. Såvel ideologiske som lovtekniske vanskeligheder vil kunne medføre, at lovgivningsmagten indtil videre må afstå fra i større udstrækning at gennemføre yderligere regler om de retlige virkninger af faktisk samliv. Under disse omstændigheder har flertallet ikke fundet at burde lade *K* i stikken ved at afstå fra at indrømme hende et krav på kompensation«.

Bortset fra, at det vel for U 1984.166-sagens konkrete *K* må fremstå som ret ligegyldigt, *hvornår* lovgivningsmagten måtte gennemføre (yderligere) regler om retsvirkningerne af faktisk samliv – for sådanne efterfølgende regler vil aldrig kunne hjælpe hende – er budskabet meget klart.

30. Anderledes *Stuer Lauridsen* i U 1984 B s. 324 f.

31. Til støtte for denne læsning af mindretallets votum taler også, at *Kiil* var medlem af såvel flertallet i sagen U 1982.93 som mindretallet i U 1984.166.

27. Sml. *Stuer Lauridsen* i U 1984 B s. 324.

28. Og uden ret til underholdsbidrag trods 16 års samliv, fordi parterne ikke havde været gift.

overvejelser på området. Dette kan imidlertid uden vanskelighed indlægges i mindretallets henvisning til betænkning 8, og *Mondrup* – l.c. s. 296 – peger på sammenhængen.

Det samme gør *Stuer Lauridsen* i U 1984 B s. 325, hvor det anføres, at der *kan* argumenteres for, at domstolene bør afholde sig fra at blande sig i et pågående legislativt arbejde. Det er ikke så vanskeligt at følge *Stuer Lauridsen* i det eksempel, han fremdrager vedrørende problemet – afgørelserne U 1966.113 HKK og U 1966.115 HKK om beslaglæggelse eller ikke-beslaglæggelse af (utugtige) skrifter på et tidspunkt, da straffelovens regler om utugtige skrifter (sandsynligvis) stod over for en ophævelse eller mildnelse. Der er imidlertid også betydelig forskel mellem på den ene side at undlade at beslaglægge (utugtige) skrifter, fordi man overvejer at ændre utugtighedsbegrebet (i en *given* retning), og på den anden side at undlade at indrømme den ene part i et samlivsforhold et kompensationskrav mod den anden, fordi en lovgivning vedrørende dette – hidtil ikke-lovregulerede – område er under overvejelse. I en privatretlig konflikt mellem to personer, hvoraf den ene påstår at have et krav mod den anden, træffer man en afgørelse, som "rammer" en konkret person, hvad enten man imødekommer kravet, eller man gør det modsatte ved at henvise problemets løsning til lovgivningsmagten.

Ægteskabsudvalgets arbejde har haft så vanskeligt ved at slå igennem som lovgivning, også siden betænkning nr. 8's afgivelse i 1980, at mindretallets standpunkt i sagen U 1984.166 i givet fald – d.v.s. som flertalsvotum – ville føre til, at mange "K'ere" ville blive ladet i stikken. Hvis argumentet for mindretallets standpunkt er det *pågående* legislative arbejde, synes argumentationen at måtte blive mindre og mindre vægtig, som tiden går.[32]

7. *Mondrups kommentar i U 1984 B s. 295 f til dommen U 1984.166*

Mondrups kommentar til afgørelsen U 1984.166 er omtalt flere steder i afsnit 5, men det bør yderligere nævnes, at *Mondrup* i den afsluttende del af kommentaren bestræber sig på at tydeliggøre, at dom-

men – d.v.s. flertallets standpunkt – hviler på en konkret vurdering baseret på sagens helt specielle omstændigheder. Der kan herved henvises til formuleringerne »Man bør mærke sig, at flertallets afgørelse, som det fremgår af præmisserne, er en syntese af en række konkrete omstændigheder, der næppe i mange tilfælde vil foreligge på tilsvarende måde« og »man kan – – – gå ud fra, at den meget store forskel mellem de to parter økonomiske forhold har været afgørende for, at der indrømmedes K et krav«.[33]

Højesteret havde altså ikke truffet en afgørelse, hvorefter enhver, der har været part i et langvarigt samlivsforhold, kan vide sig sikker for at skulle forlade dette tomhændet. Det berigelsesmæssige synspunkt bag dommen vil som antydnet ovenfor i afsnit 5 måske nok mange hjemmearbejdende parter i langvarige samlivsforhold kunne leve op til (specielt hvis der er børn i samlivet) – men kun få vil kunne "præstere" den række øvrige faktorer, som efter en samlet vurdering bevirkede, at 1984-dommens K fandtes at have haft en berettiget forudsætning om ikke ved samlivets ophævelse at skulle stå praktisk talt uden midler.

Rigtigheden af *Mondrups* karakteristik af dommen som enkeltstående blev bekræftet ved den senere afgørelse U 1985.607 HD, der er omtalt nedenfor i afsnit 9.

8. *U 1985.55 HD*

U 1985.55, der for så vidt angår resultatet er en stadfæstelse af afgørelsen U 1983.494 ØLD, er den første – og hidtil eneste – højesteretsdom, som vedrører det økonomiske opgør mellem ugifte samlevende personer i forbindelse med et samlivsforholds ophør ved død. Dommen blev afsagt den 27. november 1984.

Sagens omstændigheder var følgende:

K og M havde – bortset fra en periode på ca. 3 år – levet sammen på M's bopæl fra 1951 til M's død den 17. august 1980. Ved M's død gjorde K over for boet gældende, at der var opstået sameje om alle de aktiver, som hun og M havde disponeret over, subsidiært at der var opstået sameje om enkelte aktiver, bl.a. en mindre entreprenørvirksomhed, og

32. Anderledes, hvis argumentationen "simpelthen" er, at K i en faktisk situation som den foreliggende ikke har/ikke kan tilkendes et kompensationskrav, før der ved lov er skabt hjemmel herfor. Er dette argumentationen, burde det første ord i andet afsnit af mindretallets votum næppe være »Hvorvidt«.

33. Ved ikke at anvende landsrettens model (»betragtninger, der er beslægtede med dem, der har fundet udtryk i § 56 . . . «) – d.v.s. ved ikke at knytte afgørelsen til en lovregel vedrørende ægteskaber af dog en vis almindelig karakter – opnåede højesteret (også) bedre at kunne fastholde, at dommen var baseret på sagens helt specielle omstændigheder.

mere subsidiært påstod hun sig tilkendt et beløb på 200.000 kr. Boet, hvis nettoformue (dog uden fradrag af boomkostninger) udgjorde 891.000 kr., bestred, at der var opstået sameje, og påstod sig i det hele frifundet. M efterlod sig et testamente, hvorved han på forskellig vis havde disponeret til fordel for K.

Landsretten statuerede, at der ikke forelå noget sameje, og udtalte dernæst: »Landsretten finder endvidere bl.a. under hensyn til i betænkning nr. 915/1980 [ægteskabsudvalgets betænkning 8] anførte, at der ikke er retsgrundlag for at tilkende noget beløb i medfør af principperne i ægteskabslovens § 56«. [34]

De 5 dommere, som behandlede sagen i højesteret, og som var enige om at frifinde M's dødsbo for det fremsatte pengekrav (der var den eneste påstand for højesteret), delte sig i henseende til begrundelsen i et flertal på 4 dommere (*Torben Jensen, Weber, Kardel* og *Pontoppidan*) og et mindretal på 1 dommer (*Kiil*).

Flertallet udtalte: »I overensstemmelse med Højesterets dom af 18. januar 1984 (U 1984.166) findes domstolene i mangel af lovgivning ikke at være afskåret fra at godkende krav som det foreliggende ud fra almindelige retsgrundsætninger, hvad enten et faktisk samlivsforhold ophører, mens parterne lever, eller kravet kommer til prøvelse efter dødsfald« og »Ved testamentet af 16. marts 1979 [M's testamente] blev der tillagt K – – –. Den reelle værdi af det således testede er ikke oplyst, men må – som sagen foreligger – i hvert fald antages at have andraget ca. 100.000 kr. Idet det endvidere må lægges til grund, at K's arbejde for entreprenørvirksomheden var meget begrænset, medens M's søn S, der er hovedarving efter testamentet, siden 1967 havde ydet et væsentligt bidrag til dens drift og udvikling, findes der ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilkende appellant [K's dødsbo, jfr. note 34] et beløb udover, hvad der er tillagt ved testamentet«.

Mindretallet udtalte: »I overensstemmelse med det i dissensen til Højesterets dom af 18. januar 1984

udtalte findes spørgsmålet om, hvorvidt der i tilfælde som det foreliggende skal tilkomme den efterlevende i et faktisk samlivsforhold et krav mod afdødes bo udover det, der følger af et eventuelt testamente, at burde afgøres af lovgivningsmagten, jfr. herved betænkning 8 nr. 915/1980 fra Ægteskabsudvalget af 1969 s. 129«.

Dommen er vigtig, for så vidt som den gør det klart, at det (også) er højesterets opfattelse, at et kompensationskrav mellem ugifte samlevende kan gøres gældende af den ene part i samlivsforholdet ved den andens død, [35] og at et kompensationskrav principielt vil kunne anerkendes også i dødsituationen, selv om det formueretligt er svagt funderet, som K's krav var det i sagen U 1984.166 (jfr. nærmere herom ovenfor i afsnit 6).

Desuden illustrerer afgørelsen naturligvis, at dommerne *Torben Jensen, Weber* og *Pontoppidan* deler flertallets standpunkt i sagen U 1984.166 vedrørende det principielle forhold mellem lovgivningsmagt og domstole i henseende til indrømmelse af kompensationskrav mellem ugifte samlevende ved samlivsforholdets ophør.

9. U 1985.607 HD

Højesterets dom i sagen U 1984.166 kom formentlig som en overraskelse for mange jurister. En overraskelse i den forstand, at man ikke havde forventet, dels at så mange dommere som 4 ud af 9 – ved at henvise spørgsmålet til lovgivningsmagts afgørelse – ville afvise at indrømme et kompensationskrav til en person i "U 1984.166-K's" situation, dels at de 5 dommere, som tilkendte K et krav, i den grad, som tilfældet er, ville formulere dommen som en enkeltstående afgørelse. Landsrettens dom i sagen U 1985.607 HD, som blev afsagt den 12. september 1983 – altså før U 1984.166, der er afsagt af højesteret den 18. januar 1984 – afspejler denne overraskelse.

Sagens omstændigheder var følgende:

I januar 1971 flyttede den da 17-årige K sammen med den 25-årige M, der var fader til to børn født før samlivet med K. Den 25. november 1971 fødte K deres fællesbarn. Parterne og fællesbarnet boede i det første par år i M's lejlighed. I foråret 1972 begyndte de at opføre et parcelhus på en byggegrund, som M havde købt i 1969 for 25.000 kr.

34. Ved skifteretten var K i medfør af »principperne i § 56 [ægteskabsloven]« blevet tilkendt et beløb på 100.000 kr. – Som nævnt ovenfor ved note 26 er ægteskabslovens § 56 ikke anvendelig i dødsituationen, og det forekommer derfor lidt upræcist at henvise til »principperne i § 56«.

M's dødsbo påankede skifterettens dom. K døde, inden ankesagen blev afgjort, men hendes dødsbo indtrådte i sagen.

35. Jfr. herved også afgørelsen U 1983.645 ØLD, hvorved dødsboet efter M blev pålagt at betale K et beløb på 50.000 kr.

kontant, og som M havde skøde på. Huset blev færdigt i slutningen af 1973, hvorefter K, M og barnet flyttede ind. De boede sammen i huset indtil efteråret 1978, da K flyttede med barnet på grund af uoverensstemmelser mellem parterne. Samlivet varede altså i knap 8 år, og parterne boede sammen i ejendommen i ca. 5 år.

K, som omkring 20 års alderen fik konstateret en ryglidelse, var bortset fra en 2 måneders periode i 1973 uden erhvervsarbejde under samlivet, men hun passede hjemmet og barnet. På grund af sin sygdom var K ikke blot erhvervsmæssigt handicappet, men tillige ude af stand til at yde væsentlig bistand ved husets opførelse, der blev forestået af M som selvbygger. M var søløjtnant og var under samlivet meget hjemmefra som følge af skiftende tjenestesteder.

K kom under revalidering i 1972 og fik økonomisk hjælp til at tage teknisk forberedelseseksamen og udvidet teknisk forberedelseseksamen. På grund af sin sygdom modtog K i samlivsperioden også økonomisk hjælp fra det offentlige i form af boligtilskud og beløb til dækning af underhold og andre udgifter. I perioden 1. september 1976 til 31. oktober 1978 modtog hun 31.200 kr. i boligtilskud og 44.184 kr. til dækning af underhold m.v. M betalte under samlivet alle ydelser vedrørende ejendommen,[36] hvis prioritetslån han havde optaget alene, men i det sidste par år under samlivet havde K afleveret ca. 1.000 kr. pr. måned til M af det boligtilskud, hun på det tidspunkt modtog fra det offentlige.

Parterne havde haft fælles husholdning, om end M ofte var hjemmefra (og herunder oppebar time- og dagpenge). Udgifterne til den fælles husholdning, herunder udgifterne vedrørende barnet, var i det væsentlige blevet afholdt af K gennem den hjælp til underhold m.v., hun modtog fra det offentlige. Parterne havde haft hver sin bankkonto, og K havde ikke kunnet trække på M's konto. Fælles pengebeholdning havde parterne kun haft et par gange på ferierejser.

Et statsautoriseret revisor udarbejdede som syns- og skønsmænd en såkaldt pengestrømsanalyse, hvorefter der skønnedes[37] – med de i landsrettens dom

anvendte ord – »at have været følgende kontante beløb til rådighed for parternes privatforbrug«:[38]

	K:	M:
I 1971:	1.150 kr.	45.606 kr.
I 1972:	7.706 kr.	64.954 kr.
I 1973:	17.972 kr.	37.886 kr.
I 1974:	17.088 kr.	120.673 kr.
I 1975:	25.332 kr.	44.919 kr.
I 1976:	23.198 kr.	11.386 kr.
I 1977:	40.328 kr.	44.299 kr.
I 1978:	36.179 kr.	29.769 kr.
I alt	169.493 kr.	399.492 kr.

K's formue var igennem hele samlivsperioden 0 kr. M's – selvangivne – formue steg fra 33.200 kr. pr. 31. december 1971 til 221.332 kr. pr. 31. december 1978. Med landsretsdommens ord udgjorde »Ejendomsværdien af ejendommen – – i 1978 550.000 kr.«, og »Prioritetsgælden var på 311.811 kr.«.[39] Trods den manglende præcision i oplysningerne, jfr. note 39, er der dækning for at sige, at forøgelsen af M's formue under samlivsperioden i det væsentlige skyldtes stigninger i ejendommens værdi.

sådanne – i øvrigt nyttige – pengestrømsanalyser med et korn salt, sml. *Holm-Jørgensen* i »Fagligt Nyt» (Advokaten) 1985 s. 50.

38. De ca. 220.000 kr., som M under samlivet havde betalt som prioritetsrenter og ejendomsskatter, jfr. note 36, er ikke en del af de 349.492 kr., som M's privatforbrugsmulighed blev opgjort til ved pengestrømsanalysen, jfr. *Holm-Jørgensen* i »Fagligt Nyt» (Advokaten) 1985 s. 49. Dette bør tages i betragtning, hvis man sammenholder dommen U 1985.607 med afgørelsen U 1982.93, der er omtalt ovenfor i afsnit 4.

39. »Ejendomsværdien« er sandsynligvis den offentlige vurdering (som dengang ikke var en kontantvurdering). På samme måde må »prioritetsgælden« antages at referere sig til pantegældens pålydende størrelse. For domslæsere er det af uvurderlig betydning, at oplysninger i domme om værdiansættelser, regnskabsmæssige størrelser, indkomster, skattebeløb o.s.v. er så præcise som overhovedet muligt – ikke bare i talmæssig henseende, men også i henseende til angivelse af hvilket eller hvilke forhold oplysningerne vedrører. Det er ikke altid, domskoncipisterne lever op til dette krav – f.eks. lades man af og til i tvivl om, hvorvidt »indkomst« refererer sig til bruttoindkomsten eller den skattepligtige indkomst – men det kan naturligvis være en konsekvens af en upræcis procedure.

36. Under samlivet havde M betalt prioritetsrenter og ejendomsskatter med et beløb af ca. 220.000 kr.

37. Revisoren erklærede, at undersøgelsesmaterialet var mangelfuldt. - Dette sidstnævnte vil formentlig være tilfældet i relation til langt de fleste samlivsforhold af blot en vis varighed, og der er nok grund til at tage

For landsretten påstod K principalt, at der var opstået lige sameje om de aktiver, som tilhørte parterne ved samlivets ophævelse i efteråret 1978, subsidiært at der var opstået sameje med en anden – af retten – fastsat delingsnorm, og mere subsidiært at det tilpligtedes M at betale hende et pengebeløb. M påstod frifindelse.

Landsretten udtalte indledningsvis: »Sagsøgeren [K] har alene i samlivets to sidste år afleveret ikke under 24.000 kr. kontant til sagsøgte [M] hidrørende fra de hende af det offentlige udbetalte boligydelse, og hun har med de begrænsninger, der fulgte af hendes pasning af det fælles barn og af hendes svage ryg, ydet bistand ved opførelsen af det til det fælles hjem bestemte parcelhus. Sagsøgte har ikke i den knapt 8-årige samlivsperiode betalt underholdsbidrag til fællesbarnets underhold« – og på grundlag heraf tilkendte retten (efter at have afvist, at der var opstået sameje) K et beløb på 75.000 kr.

For højesteret, hvis dom blev afsagt den 24. maj 1985, gjorde K ikke gældende, at der forelå sameje.

I denne sag var dommerne – P. Christensen, Torben Jensen, Munch, Else Mols og Pontoppidan – enige om såvel resultat (frifindelse af M) som begrundelse, og i denne enighed læste man de underordnede domstole teksten:

»Ved Højesterets afgørelse i lignende tilfælde, navnlig de i Ugeskrift for Retsvæsen 1980 s. 480 og 1982 s. 93 gengivne domme, må det anses fastslået, at der ved ophøret af et flerårigt, fast samlivsforhold kan tillægges en part, der gennem deltagelse i parternes fælles udgifter – eller på anden måde – i væsentlig grad har bidraget til, at den anden part har kunnet skabe eller bevare en ikke ubetydelig formue, et beløb, hvis størrelse fastsættes skønsmæssigt under hensyntagen til bl.a. samlivets varighed og parternes økonomiske forhold ved dets ophør.

Grunden i – – – var erhvervet af appellant [M] inden samlivet. Det må lægges til grund, at huset blev opført af appellant som selvbygger uden væsentlig bistand fra indstævnte [K], at appellant optog de fornødne prioritetslån og betalte de med lånene forbundne ydelser, og at appellantens formueforøgelse hovedsagelig skyldtes stigningen i ejendomsverdien.

Indstævnte findes ikke at have ydet et sådant bidrag til parternes fællesudgifter eller til appellantens formueforøgelse, at der er grundlag for at tilkende hende et beløb. Appellantens frifindelse påstand vil derfor være at tage til følge«.

I en anmeldelse i U 1977 B s. 193 ff af Inger

Margrete Pedersens bog ”Papirløse samlivsforhold” (1977) – der er omtalt ovenfor i afsnit 2 – skrev Graversen (l.c. s. 199): »En ikke urimelig sammenfatning af den refererede praksis kan gå ud på, at man både for så vidt angår aktiver og passiver synes tilbøjelig til at korrigere parternes dispositioner, når disse ikke kan antages at være gennemtænkte også med henblik på opløsningssituationen, og når resultatet af dispositionerne forekommer (åbenbart) urimeligt efter en samlet bedømmelse af parternes forhold«. Formuleringen genfindes – med henvisning til Graversen – i ægteskabsudvalgets betænkning 8 s. 114.

De ovenfor i afsnittene 3-8 omtalte højesteretsdomme er ikke uforenelige med denne tankegang – at domstolene om nødvendigt ud fra en ren billighedsbetragtning skal være rede til at korrigere parternes dispositioner, når disse ikke hviler på en gennemtænkning af (også) opløsningssituationen – men det er U 1985.607. Domstolene træder med denne afgørelse klart ud af rollen som frelsende engel – og i lyset af 1985-dommen bliver det tydeligere, i hvor høj grad afgørelsen U 1984.166 var baseret på denne sags helt specielle omstændigheder.

Det er givet, at der var mindre formueretligt ”grundstof” at tilkende 1985-sagens K et kompensationskrav på, end det var tilfældet ved dommene U 1980.480 og U 1982.93. 1985-sagens K havde ikke haft arbejde uden for hjemmet, og der var ingen holdepunkter for, at huset var blevet opført – og parterne blevet boende i det – på grundlag af andre økonomiske forestillinger end forventningerne til M’s indtægt.

Hvad angår netop det formueretlige ”grundstof”, kunne 1985-sagens kvindelige part for en umiddelbar betragtning derimod forekomme at være i en bedre position end ”1984.166-K”, idet 1985-sagens K dog havde tilført fællesskabet pengebeløb fra en række sociale ydelser, som tilkom hende[40] – om end ikke større beløb, end de i det væsentlige måtte antages at være medgået til at dække hendes egne leveomkostninger[41]. Det kan derfor for den samme umiddelbare betragtning forekomme urimeligt, at højesterets flertal i 1984-sagen udtalte om K, at

40. Der tænkes ikke herved på det børnetilskud, som K fik udbetalt af det offentlige – til fællesbarnet.

41. Og hendes andel af den del af fællesbarnets leveomkostninger, som ikke blev dækket gennem børnetilskuddet fra det offentlige.

»det må antages, at hendes ydelser – – har bidraget til at forbedre appellantens [M's] økonomi«, mens der ikke blev afgivet en tilsvarende udtalelse i 1985-sagen.

Forklaringen er imidlertid nok først og fremmest, at 1984-sagens M ikke bare fik frigjort arbejdskraft og dermed indtjeningsmuligheder gennem K's ydelser i hjemmet, men at M *udnyttede* de muligheder, der blev skabt ved den rollefordeling mellem parterne, han selv ønskede – han *oparbejdede* under samlivet en *stor* formue, som bestod af meget andet end en fast ejendom, hvorimod formueforøgelsen for 1985-sagens M i det væsentlige hidrørte fra en udefra kommende konjunkturstigning på fast ejendom,[42] som også hans ejendom nød godt af.[43] Konjunkturstigningen kom tilmed til en fast ejendom, der for grundens vedkommende – som fremhævet af højesteret – var erhvervet (og betalt) *før* samlivets påbegyndelse.[44]

1985-sagens K blev af de ovenfor nævnte grunde anset som svagere stillet end 1984-sagens K i henseende til den del af det formueretlige "grundstof" for et kompensationskrav mod M, som udgøres af *berigelsesbetragtningen* – og eftersom berigelsesbetragtningen i dommen U 1984.166 som en bestanddel er vævet ind i/knyttet til den del af flertallets argumentation, som vedrører K's *forudsætninger* (jfr. herom – og om berigelsesbetragtningen – ovenfor i afsnit 6), bliver det *samlede* resultat, at 1985-sagens K i relation til det formueretlige "grundstof" for et kompen-

sationskrav blev vurderet som væsentligt dårligere stillet end 1984-sagens K.

Det stof, hvormed der skulle øges, hvis der skulle tilkendes 1985-sagens K et kompensationskrav, var for så vidt til stede, som parterne havde levet sammen i næsten 8 år og havde fået et barn meget tidligt i samlivsperioden. Det var dog klart dårligere end i 1984-sagen, hvor parterne havde levet sammen i 16 år og havde tre børn – og det talte ikke til K's fordel i 1985-sagen, at parterne havde haft en så adskilt økonomi, som tilfældet var.

Det var imidlertid ikke kvaliteten af det stof, hvormed der i givet fald skulle øges, som bevirkede, at højesteret ikke tilkendte K et kompensationskrav i sagen U 1985.607. Det var primært det formueretlige "grundstofs" manglende kvalitet, som betingede resultatet.

10. Afsluttende bemærkninger

Det er meget vanskeligt at vurdere, hvad "K'erne" ville have fået i de situationer, som højesteretsdommene U 1980.480, U 1982.93, U 1984.166 og U 1985.607[45] vedrører, hvis afgørelserne skulle have været truffet på grundlag af ægteskabsudvalgets lovskitse[46] – § 000, der er omtalt ovenfor i indledningen til afsnit 6.

Det er min vurdering, at alle 4 "K'ere" ville have fået mere – men ikke meget mere – end de faktisk blev tilkendt af højesteret ved de fire domme. Også 1985-sagens K ville have fået et beløb – omkring 25.000 kr.

Hvis denne vurdering er rigtig, har højesteret nok taget den handske op, som lovgivningsmagten (alt for længe) har ladet ligge, men man har taget den forsigtigt op. Sådan bør det vel også være. Hvad *Lødrup* har kaldt »dommens dilemma når lovgiverens kværn maler langsomt«[47] bør typisk ikke løses ved, at handsken tages på som en boksehandske.

I den ovenfor i afsnit 2 nævnte artikel i Juristen 1981 (s. 200) skriver *Inger Margrete Pedersen*: »Som

42. En del af formueforøgelsen hidrørte fra værdien af M's eget arbejde som selvbygger ved husets opførelse – men netop vedrørende "selvbygger-delen" af formue-tilvæksten fremhæves det i højesterets dom, at det måtte lægges til grund, at selvbyggerarbejdet var foretaget »uden væsentlig bistand fra indstævnte [K]«.

43. Også i sagerne U 1980.480 og U 1982.93 vedrørte striden for en væsentlig dels vedkommende en konjunkturbestemt værdistigning på fast ejendom, men som nævnt ovenfor i teksten havde de kompensationskrav, der blev fremsat af de to nævnte sagers "K-ere", et ganske andet – og bedre – formueretligt "grundstof" end det krav, der blev gjort gældende af 1985-sagens K.

44. Hvis et aktiv er erhvervet *før* samlivets påbegyndelse af den ene af parterne, er det vanskeligt for den anden part at få medhold i, at forudsætningssynspunkter medfører, at en (konjunkturbestemt) værdistigning på aktivet skaber et kompensationskrav – og det er end vanskeligere at få medhold i, at synspunktet stiltiende aftale fører til et kompensationskrav.

45. D.v.s. de 4 højesteretsdomme, som vedrører samlivsforholds ophør i begge parter levende live. U 1985.55 HD er ikke medtaget i vurderingen, fordi denne sag er vanskelig at placere på grund af den af M foretagne testamentariske disposition til fordel for K.

46. Og bemærkningerne til lovskitzen, jfr. *betænkning* 8 s. 124f.

47. "Lov og Rett" 1975 s. 438 under en omtale af højesteretsdommen NRt 1975.220 om "husmodersameje" (jfr. ovenfor i note 11).

medlem af domstolene i de kritiske år kan jeg kun føle tilfredshed med, at de ikke lod udfordringen ligge«. Denne tilfredshed – med et gran af stolthed – er der fortsat grund til at nære. Højesteret har vel forsigtigt holdt fast ved, at der kun kan tilkendes et kompensationskrav, hvis der er et formueretligt grundlag herfor, men betragtningen er blevet ført ud i livet med en smidighed, som har gjort det muligt for domstolene i det store og hele at afbøde konsekvenserne af en manglende lovgivning på et område,

hvor udviklingen pludselig forløb meget hurtigt – og i dissensens form er det samtidig som i et troldspejl blevet illustreret for de folkevalgte medlemmer af ægteskabsudvalget, hvad der *kan* komme ud af den betragtning, at parterne i et samlivsforhold skal stå og falde med det »valg med hensyn til livsform« (*betænkning* 8 s. 125), de i realiteten kan tænkes at ”træffe”, når de er 16 eller 17 år (altså når de er umyndige og dermed i øvrigt ude af stand til at træffe formuemæssige dispositioner).

Højesterets arbejdsform

Af højesteretsdommer *Torben Jensen*

Når Højesteret i 1986[1] kan markere en alder af 325 år, sigtes der til de forskrifter for retten, som blev udstedt i forbindelse med statsændringerne i 1661.[2] Med næsten lige så stor ret ville det være muligt at tilkendegive et 450 års jubilæum, idet landets forudgående øverste domstol, Kongens Retterting, der siden midten af det 15. århundrede bestod af rigsrådet med Kongen som formand, allerede ved Kristian IIIs håndfæstning af 30. oktober 1536 og recessen af 1537 blev indordnet som 3. instans i et processuelt system, der med visse undtagelser forudsatte forudgående behandling ved de lokale domstole og landstingene.[3]

Et 450 års jubilæum er så meget mere motiveret, som de ændringer vedrørende domsmagten, der indtrådte i 1661, mere havde karakter af personskift med begrænsning af adelig indflydelse end en omorganisering, der anfægtede den øverste domstols grundform. Det er desuden karakteristisk, at Højesteret trods en række senere detailregler både under enevælden og efter den frie forfatning i 1849 stort set har kunnet bevare sin identitet.

Allerede før 1661 var procesformen præget af de elementer, som kendes i dag: forudgående processkrifter, offentlig domsforhandling, mundtlig forelæggelse med dokumentation af bilag, umiddelbart efterfølgende votering for lykkede døre, protokoltil-

førsel om de deltagende dommers vota samt hurtigst mulig domsafsigelse ved oplæsning af konklusionen i et offentligt retsmøde. Parterne kunne efter gammel tradition møde personligt eller ved fuldmægtige, fra 1630'erne med de professionelle prokuratorer,[4] og dommene indeholdt i deres endelige udformning udførlige sagsfremstillinger og klare redegørelser som begrundelse for resultatet.[5]

Det er betegnende, at den kongelige forordning af 14. februar 1661, hvor den øverste domstol etableredes under navn af Højesteret, ikke indeholdt processuelle særbestemmelser, men i overensstemmelse med statsændringens hovedsigte først og fremmest foreskrev, at retten skulle »siddis og administreris aff it vist antal Personer, huoraff den ene halffve deel skal være aff Adelig oc den anden halffve deel af Lærd- og Borgelig stand, som alle aff os selfver der til skal neffnit oc beskicket worde.«[6] En forskrift om en justitsskriver som bistand til oplæsning af sagens akter og om to protokolsekretærer til førelse af rets- og voteringsprotokoller svarede til den hidtidige ordning,[7] alene med den forskel, at den ene sekretær i harmoni med den nye magtfordeling skulle være af adelig, den anden af borgerlig stand. Det er disse stillinger, som siden er bevaret, skriveren under navn af justitssekretær og som leder af det administrative justitskontor, og således at protokolsekretærene i praksis foretager oplæsningen i retten på justitssekretærens vegne.

Bestemmelserne om rettens sammensætning blev i den følgende tid praktiseret således, at det adelige og borgerlige element var ligeligt repræsenteret i hver enkelt sag efter særlig indkaldelse, uden at det samlede antal tilforordnede fulgte et fast mønster. I

1. Som »fødselsdag« kan betragtes datoen for den kongelige forordning om oprettelsen den 14. februar 1661 eller datoen for den første domsforhandling den 4. marts samme år.
2. Ved jubilæet i 1961 udsendtes værket Højesteret 1661–1961 og et særtryk af Juristen: Højesteret 14. februar 1661–1961, i det følgende betegnet som henholdsvis HR og JS 1961. Blandt historiske fremstillinger kan iøvrigt navnlig henvises til Sophus Vedel: Den Dansk-Norske Højesterets Historie under Enevælden fra 1661 indtil 1790 (1888) samt Troels G. Jørgensen: Danmarks-Norges Højesteret 1790–1814 (1930), Bidrag til Højesterets Historie (1939), 18 År af Højesterets Historie (1947), Strejflys over Enevældens Retsliv (1949), Højesteret fra 1790 til Grundloven (1950) og Højesteret fra Juni-grundloven til Retsreformen (1951).
3. Jfr. Vedel p. 2 ff, Svend Ellehøj i HR I p. 42 og Thøger Nielsen smstds. p. 482 f.

4. Jfr. Gorrisen i JS 1961 p. 45.
5. Jfr. Stig Iuul i HR II p. 5. Rettertinget var beslutningsdygtigt, selv om Kongen ikke var til stede. Hvis han deltog, fulgte han flertallet, men kunne formelt tilsidesætte det.
6. Dommerne (rigsråderne) i rettertinget var ligeledes udnævnt af Kongen, men med visse begrænsninger i håndfæstningerne, fra 1645 med pligt til udvælgelse blandt tre af rigsrådet indstillede, jfr. Holmboe i HR I p. 203.
7. Skriveren ved rettertinget betegnedes som rigens skriver.

de to første sager i 1661[8] var retten beklædt af 18 tilforordnede, i sag nr. 1 under Kongens forsæde, medens 26 deltog i landsforræderiprocessen mod Corfitz Ulfeldt den 23. og 24. juli 1663.[9] Under retsmøderne, som på denne tid afholdtes i den tidligere rigsrådssal på Københavns Slot,[10] var dommerne placeret ved et bord, hvor Kongen – når han undtagelsesvis var til stede[11] – havde plads ved bordenden med den fornemste i rang ved hans højre hånd, den næste ved hans venstre og de øvrige efter samme princip krydsende fortsat nedefter.[12] Ligeledes efter rettertingets tradition[13] fandt voteringen sted efter tur, begyndende med den fornemste i rang, således at hver dommer afgav sit begrundede votum stående ved sin plads. Havde Kongen deltaget i domsforhandlingen, afsluttedes voteringen med hans afgørelse, der – som hidtil – var ubundet af de afgivne vota. Historisk kan den nuværende voteringsform, hvor dommerne fortsat gør rede for deres synspunkter efter tur stående ved deres pladser, føres tilbage til rettertinget, oprindeligt – som i statsrådet – begrundet med Majestætenes nærværelse, senere opretholdt som en fremgangsmåde, der har afgørende fordele dels ved den ro, den tilfører forhandlingerne, dels ved den følelse af frigjorthed, den enkelte dommer opnår.

Også med hensyn til retssalens indretning består der en historisk sammenhæng. Efterhånden som enevælden udviklede sig, blev dommerne placeret ved to borde over for hinanden med en tronstol i midten ved salens endevæg, medens de mødende advokater placeredes bag en skranke i det – også i dag bevarede – indelukke, som samtidig adskilte dem fra de øvrige tilstedeværende.[14] Heraf udvik-

ledes efter 1849 gradvis den »hestesko«[15] til dommerne med retsformanden i midten, som kendes fra Højesterets nuværende afdelinger.[16]

I den første tid efter 1661 fortsatte retssagernes afvikling efter rettertingets praksis, men under indflydelse af Enevoldsarveregeringsakten af 10. januar 1661, som gav Frederik III og hans arvinger »jura majestatis, absolut regering og alle regalia«. Disse magtbeføjelser benyttede Kongen til betydelig indblanding under sag nr. 2/1661,[17] men allerede under Corfitz Ulfeldt-sagen kunne der imidlertid spores tegn på selvstændighed i dommerkollegiet og i stærkere grad dels under en sag i 1664 mod generalfiskal Søren Kornerup,[18] dels under to sager om majestætsfornærmelse i 1666 og 1669.[19]

Efter tronskiftet i 1670 udstedtes den 25. juni samme år en instruks for Højesteret,[20] som bekræftede den i Frederik IIIs tid fulgte praksis, hvorefter Højesterets domme skulle koncipere i overensstemmelse med flertallets vota og oplæses for parterne, men således at Kongen, hvor han selv var til stede, eller hvis sagen blev ham forelagt, forbeholdt sig selvstændig afgørelse. Allerede den 29. s.m. udstedtes desuden en forordning, som under trussel om straf pålagde prokuratorer og parter sømmelig optræden for retten, og som – til »desbedre Information om alle Sagers egentlig Beskaffenhed og Omstændigheder« – indførte en ordning med to blandt rettens medlemmer udpegede referendarer,[21] over for hvem parterne dagen før domsforhandlingen skulle gøre udførligt rede »om alt hvis deres Sager angaar, paa det naaer Parterne for Retten er afviiste, disse Referendarii kunde igien give Vores Høyeste Ret all fornøden Underretning«. Herved blev kimen lagt, dels til opgivelse af votering »oppe-

8. Niels Trolle mod Jørgen Levenklau og Kongen mod Kaj Lykke. Ifølge forordningen skulle retten træde sammen 8 dage efter pinsedag i København, medmindre andet »for sær Aarsager skyld« blev bestemt. Mødetiden i 1661 blev rykket frem til 4. marts på grund af sagens hastende karakter. Rettertinget havde desuden været ude af funktion i nogle år på grund af svenskekrigene.
9. Jfr. Svend Ellehøj i HR I p. 225.
10. Jfr. Harald Langberg i HR I p. 131 ff.
11. Frederik III viste sig i sine senere år sjældent i Højesteret, Christian V kun i den første regeringstid. Herefter fandt kongeligt fremmøde alene sted på åbningsdagene, jfr. Ellehøj i HR I p. 273.
12. Jfr. Ellehøj i HR I p. 197.
13. I HR I er som tavle 5 (ved p. 40–41) gengivet et kobberstik fra 1643 af et møde i rettertinget.
14. Indretningen fremgår bl.a. af tavle 15 og 16 i HR I (ved p. 144–145) og tavle 34 (ved p. 180–181).

15. Stadierne illustreres af tavle 46 og 47 i HR I (ved p. 448–449) samt tavle 8 og 9 i HR II (ved p. 208–209).
16. Se tavle 10 og 11 i HR II ved p. 216–217 og p. 224–225.
17. Den i note 8 omtalte sag mod Kaj Lykke. Hverken Kongen (der måtte opfattes som inhabil) eller Peder Reedtz (der i egenskab af kansler var rettens første øverste tilforordnede) var til stede. Konciperingen af dommen blev overladt til rettens grand old man, Jørgen Seefeld, som havde været landsdommer fra 1630 og medlem af rettertinget fra 1640.
18. Kornerup havde været anklager i Kaj Lykke-sagen.
19. Jfr. Ellehøj i HR I p. 246–253.
20. Se Ellehøj i HR I p. 265.
21. Udvalgt blev Peder Lassen og Rasmus Vinding, som kom til at øve indflydelse ved tilblivelsen af Danske Lov.

fra« efter rang, dels til det endnu i dag anvendte system med bestemte førstevoterende, der på forhånd behersker hele faktum og sagens juridiske problemer.

Et brud med retstraditionen indtrådte derimod ved en af Christian V den 25. juni 1674 udstedt instruks for Højesteret, der tilskrives Griffenfeld,[22] og hvor det i § 5 blev foreskrevet, at retten ikke ved konciperingen af dommen skulle »allegere af forrige Sædvane nogen Aarsag, hvorfor saa eller saaledes dømmes, men ikkun at udi den Sag mellem slige Parter kendes saaledes, at det eller det skal ske eller ikke ske«.

Begrundelsen for at undlade præmisser var formelt, at rettens domme ikke kunne appelleres eller revideres, og bestemmelsen blev derfor ikke udstrakt til andre domstole. Den egentlige baggrund må dog antages at have været den udfærdigede, men ikke offentliggjorte kongelov af 1665 med de absolutistiske beføjelser og de statsteorier, Griffenfeld efter fransk forbillede hyldede.

Bestemmelserne om referendarerne gentoges i en noget ændret form i en instruks af 1. maj 1675, der ligeledes var medunderskrevet af Griffenfeld. Udover en bekræftelse af reglerne om et til de deltagende adelige tilforordnede svarende antal borgerlige »af schichelige og udj Low og Ret erfarne Personer« og en gentagelse af reglerne om bl.a. åbningsdag og dommernes tavshedspligt indeholdt instruksen en række bestemmelser om stævninger, sagsbehandling efter retslisten (»carted«), mødetidspunkt,[23] inhabilitet og korrekt optræden under den mundtlige procedure.[24]

Endvidere foreskrev denne instruks, at parterne, når de »fuldkommeligen« var hørt og sagens akter var dokumenteret ved oplæsning, skulle »udvises«, hvorefter de to referendarer efter tur skulle gøre en

rekapitulation af »ald sagen«. Om den påfølgende votering hed det, at de tilforordnede skulle følge »bogstafen« og afgive deres »betenkende, dens rigeur at moderere, oc huis for billigt skal eragtes, efter Worris eigen tycke at determinere«. De skulle votere efter hinanden, hver med stilhed og sindighed, uden nedsættelse, ikke falde hverandre »ud i ordene« og ikke søge at overtale eller drage andre ind i deres meninger, langt mindre anvende hårde ord over for den, som kunne være af anden mening. De voterende skulle uden nogen persons anseelse, vilje eller venskab eller andre »menneskelige Affecter« med få ord uden unødigt vidtløftighed retsindigt udsige, hvad der efter deres forståelse og samvittighed fandtes at være lov og ret, hvilket med størst frihed burde ske.

På disse grundsætninger hviler også i dag væsentlige træk ved arbejdsformen: de procederendes ubegrænsede taleret, de to førstevoterendes fuldstændige gennemgang af sagen og dens problemer, de voterendes pligt til at afgive deres indstilling på grundlag af en strikte retlig vurdering samt pligten til god og loyal kollegialitet.

Om dommene hed det, at de skulle konciperes og afsiges for parterne uden forhaling i overensstemmelse med stemmeflertallet, men det gentoges, at Kongen, når han selv var til stede, forbeholdt sig suveræn afgørelse, og at han iøvrigt skulle have sagerne forelagt inden domsafsigelsen, når de skønnes af vigtighed eller stemmerne stod lige. Forelæggelsen skulle i så fald ske ved en indstilling fra den øverste tilforordnede, der – som samtidig kansler, i senere tid geheimeråd – indtil 1758 var medlem mellem Konge og domstol og således indtog en administrativ og judiciel dobbeltstilling i den øverste statsledelse. I indstillingen skulle endvidere deltage indehaveren af et i 1674 oprettet embede som justitiarius, der var blevet rettens daglige leder (svarende til nutidens præsident), generalprokurøren og de to referendarer. Forelæggelsespligten blev dog snart af formel karakter og fik med enkelte undtagelser stadig mindre indflydelse på Højesterets reelle uafhængighed.

Endelig foreskrev instruksen, at dommene skulle indføres, dels i domsprotokoller, som alene indeholdt konklusionen, dels i særskilte dombøger med deres fulde tekst. Med enkelte lakuner er dombøgerne bevaret for årene 1662–1699, medens det tilsvarende materiale for 1700–1793 gik tabt ved Christiansborgs første brand den 26. februar 1794.[25] Fra

22. Jfr. Thøger Nielsen i HR I p. 534 og Stig Juul i HR II p. 10–11.

23. De tilforordnede skulle møde kl. 6 om morgenen, så retten kunne sættes kl. 7 til 12, fredag dog kl. 12 til 6 aften. Under sag nr. 1/1661, der varede flere dage, sad retten fra kl. 8 til 5 aften, jfr. Ellehøj i HR I p. 181. Ved en forordning i 1655 havde mødetiden de fleste af ugens dage været kl. 9.

24. Det blev pålagt de mødende at rette deres ord til Majestæten, uanset om han selv var til stede. Før 1670 anvendtes som indledningsord over for retten (den såkaldte allocution): »Højædle og velbårne, velædle og højvise herrer, kongelige råd«, derefter: »Stormægtigste, allernådigste Arveherre og Konge«, jfr. Ellehøj i HR I p. 202.

25. Jfr. Aage Rasch i HR II p. 544.

de bevarede årgange kan det konstateres, at Højesterets domme indeholdt et udførligt referat af hele sagsbehandlingen, begyndende med stævningen og en fuldstændig gengivelse af underinstansernes domme med deres præmisser, efterfulgt af partsindlægge og en bemærkning om, at dommerne i den forudgående instans (som efter det daværende processystem var indstævnet sammen med den reelle modpart) havde vedstået deres afgørelse og dens grunde samt indstillet stadfæstelse. Det hed herefter stereotyp, at der efter »flere ord« mellem parterne var begæret dom. Som afslutning brugtes formuleringen: »Da efter Tiltale, Gensvar og denne forberørte Sags Beskaffenhed er herpaa for Retten kendt og afsagt: – –«, således at konklusionen i regelen fremtrådte i selvstændig skikkelse med de fastslåede retsfølger, herunder også sagsomkostninger og eventuelle konsekvenser for de dommere, hvis afgørelser blev underkendt.[26] Da dommene således i intet tilfælde indeholdt præmisser, kunne det hverken af parterne, deres advokater eller af den begyndende retsvidenskab med sikkerhed udledes, hvad der var årsag til domsændringer, eller om en stadfæstelse var sket i henhold til underinstansens eller andre grunde. Denne ordning, der (jfr. nedenfor) først blev ophævet ved en lov af 8. marts 1856, forringede i næsten 200 år danske højesteretsdommes præjudikatværdi over for omverdenen og gav teoretikere ved universiteterne et betydeligt spillerum for fremsættelse af anskuelser, der ikke nødvendigvis var overensstemmende med de – først på et senere tidspunkt tilgængelige – voteringsprotokoller,[27] som i begyndelsen blev lapidarisk ført,[28] men som allerede i slutningen af 1600-tallet udbyggedes til mere udførlige gengivelser.[29] Forbudet mod præ-

misser hindrede derimod ikke, at Højesteret kunne fastholde Danmark som en retsstat, og at dommerne i den udstrækning, det daværende usystematiserede kildemateriale tillod,[30] trods 1670-instruksens ord om at følge lovgivningens bogstav under deres voteringer tog væsentligt hensyn til den retstradition, der var skabt ved tidligere afgørelser af principiel rækkevidde.[31] så Højesteret, som det flere gange blev udtrykt, »kunne være sig selv lig«.

Højesterets arbejdsform var i det væsentlige lagt fast ved de omtalte forskrifter, men suppleredes ved årlige patenter, der i modsætning til de interne instrukser blev offentlig kundgjort. De svarede i princippet til de tidligere indkaldelser til rettertinget og indeholdt vejledninger om tid, sted og rækkefølge for sagernes foretagelse, fremgangsmåden ved udtagelse af stævninger samt indskærpelse af instansfølg. De voksede gradvis i omfang til processuelle forskrifter af almen interesse og var fuldt udviklet i 1704.[32]

Efter Griffenfelds fald udstedtes en instruks af 7. maj 1677,[33] som ændrede den hidtidige voteringsfølge til det gennem de følgende århundreder anvendte system, hvorefter den i anciennitet yngste dommer som den første skulle gøre udførligt rede for sagens factum og jus og de øvrige dommere derefter afgive deres vota »nedefra«. Samtidig blev mindstetallet af deltagende dommere i den enkelte sag fastsat til 11, hvad der imidlertid viste sig vanskeligt at overholde,[34] og ved en instruks af 15. april 1690 blev mindsteantallet reduceret til 9, hvad der herefter blev gældende i 263 år, indtil lov nr. 61 af 31. marts 1953 muliggjorde oprettelse af to afdelinger og mundtlige domsforhandlinger med 5 dommere.

Det bemærkelsesværdige ved instruksens af 1690 er iøvrigt,[35] at den fraveg det krav om deltagelse af et ligeligt antal adelige og borgerlige dommere, der indeholdtes i forordningen af 14. februar 1661, og at

26. John Ingemann Strunch har i en universitetsafhandling fra 1976, af hvilken et eksemplar opbevares i Højesterets bibliotek, redegjort for rettens praksis i 1675 ved gengivelse af en række domme og de hertil hørende voteringsprotokoller.
27. Voteringsprotokollerne er i rigsarkivet bevaret helt tilbage til 1661. De blev fra 1670 (som i dag) ført af de to protokolsekretærer, som hver har sin særskilte protokol. Gengivelsen af dommernes udtalelser er derfor ikke ordret overensstemmende. Den ene række af de to sæt fra det 18. århundrede gik tabt ved Christiansborgs anden brand den 3. oktober 1884, jfr. Aage Rasch i HR II p. 545 og p. 550.
28. Jfr. den som tavle 40 i HR I (ved p. 248–249) gengivne side af voteringsprotokollen i Kaj Lykkesagen fra 1661.
29. Jfr. Rasch i HR II p. 545.

30. Retskildeproblemerne fra den første periode er navnlig behandlet af Stig Iuul i HR II p. 5ff. Dommerne måtte indtil slutningen af 1700-tallet støtte sig til private domssamlinger og notater samt overlevering fra kolleger med lang anciennitet.
31. Jfr. Stig Iuul i HR II p. 11.
32. Jfr. Ellehøj i HR I p. 171.
33. Se Thøger Nielsen i HR I p. 526.
34. Jfr. Ellehøj i HR I p. 184. I 1660'erne og 1670'erne var det normale mindstetal 8.
35. Mødetiden blev fastsat til kl. 6 om morgenen, om vinteren så tidligt, som lyset tillod oplæsning.

det kvalifikationskrav, der allerede ved 1675-instruksen var stillet til de borgerlige, nu blev udvidet til de adelige, således at alle tilforordnede skulle være »velerfarne i Lov og Ret«. Samtidig med reduktionen af adelig indflydelse[36] indtrådte fra 1690 en skelsættende frigørelse af stillingen som justitiarius fra embedsmæssigt fælleskab med kancelliet,[37] og rettens position styrkedes yderligere, da stillingen fra 1705 fik karakter af fast og varigt embede ved tildeling af bestalling og særskilt løn. En lignende ordning gennemførtes i 1726 for en kreds af 11 tilforordnede, der herefter udgjorde rettens kerne.[38] Der var imidlertid ikke fastsat nogen begrænsning med hensyn til det højeste antal deltagende dommere i den enkelte sag, og andre end de varigt beskikkede indkaldtes fortsat til lejlighedsvis votering, navnlig på åbningsdagene,[39] som ved ydre pragt tjente til glorificering af styret. Selv efter enevældens afskaffelse og helt frem til retsplejeloven af 1916 fortsatte udnævnelsen af ekstraordinære dommere, dels som påskønnelse for udviste fortjenester, dels for at drage nytte af deres sagkundskab og benytte dem som reserver ved forfald blandt de faste dommere.[40]

Første halvdel af 1700-tallet må i det hele antages at være det tidsrum, hvor Højesteret begyndte at opnå den form, som har kunnet bevares ind i det 20. århundrede, og hvor retten for første gang med

styrke gjorde sin uafhængighed af statsledelsen gældende, anført af to betydelige justitiarer, Christian Braem og Didrik Sechman.[41] Det var i overensstemmelse hermed, at Højesteret efter et reskript af 18. november 1737 ikke længere havde pligt til at forelægge en sag for Kongen, når stemmetallet stod lige, og at flertalsafgørelsen i sådanne tilfælde blev udfundet efter fratræden af yngste dommer.

Udviklingen må desuden ses i forbindelse med den almindelige forbedring af uddannelsen inden for retssystemets forskellige grene efter indstiftelsen af en dansk juridisk embedseksamen ved forordningen af 10. februar 1736. Selv om de herefter opstillede eksamenskrav til dommere ikke omfattede de tilforordnede i Højesteret, trængte nyordningen dog snart igennem som en konsekvens af den allerede på et tidligt tidspunkt kendte og gradvist forøgede tilbøjelighed til at foretrække tilforordnede, som var eller havde været sekretærer i kancelliet og/eller dommere i København.[42]

Ved et reskript af 5. september 1738 blev der endvidere indført en betydningsfuld auscultantordning som forløber til den prøvevotering, en ansøger til en ledig stilling som højesteretsdommer må underkaste sig, og som i tidens løb dels har skærpet kvalifikationskravene betydeligt, dels vist sig som et virksomt middel mod politisk infiltration. Auscultanterne fik som volontører adgang til – uden stemmeret – at deltage i voteringen vedrørende sager, de havde overværet, og deres vota blev underkastet bedømmelse af justitiarius eller et andet erfarent

36. At standsforskellen desuagtet var vanskelig at udrydde fremgår af det kongelige reskript af 13. august 1688, som indførte de karmoisinrøde kapper, dommerne fortsat anvender under domsforhandling og votering. De adeliges kapper skulle være af fløjel, de borgerliges af atlassk. Prokuratorernes dragt blev de sorte kapper med grå kanter, som også fortsat bæres i retten. Først efter kongelig resolution af 19. februar 1850 fik alle dommere fløjlskapper som en konsekvens af grundlovens afskaffelse af privilegier.
37. Jfr. Ellehøj i HR I p. 268 og p. 271.
38. Jfr. Holmboe i HR II p. 206.
39. Tallet steg gradvis, indtil det på åbningsdagen i 1750 kulminerede med tilstedeværelsen af 52 tilforordnede, hvoraf 40 voterede, jfr. Holmboe i HR II p. 206.
40. De sidste udnævnelser fandt sted i 1913 (overfor-mynder Friis, departementschef Schrøder og højesteretssagfører Frits Bülow). Efter retsplejelovens § 44 kan midlertidig beskikkelse til højesteretsdommer ikke finde sted, men præsidenten kan efter § 2 a, stk. 1, tilkalde en eller flere landsdommere til at deltage i en sagsbehandling, når det nødvendige antal højesteretsdommere ikke er til rådighed. Bestemmelsen er ikke blevet brugt.

41. Braem var justitiarius fra 1726 til 1736, Sechman fra 1737 til 1746. Sechman er kendt for en skarp erklæring, som han afgav til Christian VI i anledning af en klage fra dennes protégé, stiftamtmand Niels Gersdorff, over en afsagt højesteretsdom. Det hed bl.a., at han som justitiarius måtte værne om ukrænkeligheden af Højesterets domme og fraråde en revision i konseilet. Erklæringen er gengivet in extenso hos Vedel p. 417–422, jfr. iøvrigt p. 232–241. Dommen blev ikke desto mindre ophævet efter en kongelig resolution i 1740. Det var første og blev sidste gang, en dansk enevoldskonge formelt ophævede en afsagt højesteretsdom.
42. Jfr. Holmboe i HR II p. 207. Den første tilforordnede med juridisk embedseksamen var Anker Andreas Suhm, der udnævntes i 1749. I 1790 var alle assessorerne cand. jur. Allerede i ældre tid havde en væsentlig del af de tilforordnede en kvalificeret akademisk baggrund, som ikke må undervurderes, bl.a. fra studier ved datidens mest anerkendte udenlandske universitetscentre.

medlem af retten med henblik på ansættelse inden for justitsvæsenet, ikke nødvendigvis som tilforordnet. På den anden side af skranken markeredes udviklingen ved en kongelig befaling af 3. april 1744, der for første gang opstillede en tilfredsstillende prøveprocedure som betingelse for beskikkelse til højesteretsprokurator.[43]

Ved en instruks af 23. februar 1753[44] blev uddannelsesordningen ved retten udbygget, således at en auscultant, når han var fyldt 25 år og i »langsommelig tid« havde øvet sig i Højesteret, efter ansøgning kunne få tilladelse til at underkaste sig en praktisk prøve ved mundtlig votering, der herved for første gang blev en betingelse for ansættelse med adgang til votum.[45]

De regler, der blev varigt bestemmende i den følgende tid, blev imidlertid en i Struensee-perioden[46] udstedt instruks af 7. december 1771 og et efterfølgende patent om Højesteret af 10. november 1774, som trådte i stedet for de hidtil anvendte årlige patenter (kundgørelser). Bestemmelserne var i stor udstrækning en gentagelse af de tidligere forskrifter og en kodifikation af den i praksis udviklede arbejdsform. Selv om de for en stor dels vedkommende senere er bortfaldet ved desvetudo eller lovgivning, belyser de forskellige hovedprincipper for retens virksomhed gennem århundrederne.

For advokaterne foreskrev instruks en pligt til korrekt optræden og til »på korteste måde« at fremføre klart forfattede indlæg og dokumenter til støtte for deres sag. Det indskærpedes, at prokuratorerne ikke måtte lade sig bruge i »nogen dem bevidste vrage og uretfærdige Sager« og ikke »dølge noget, som hører til Sagens sande Oplysning«.

43. Jfr. Holmboe i HR II p. 212–213 og Gorrisen i JS 1961 p. 46.
44. Hovedforfatteren var generalprokurør Henrik Stampe, der var påvirket af den magtfordelingslære. Montesquieu kort forinden havde fremsat, jfr. Georg Nørregaard i HR I p. 303f. Stampe blev selv medlem af Højesteret samme år indtil 1771.
45. Jfr. Vedel p. 263. Instruksen indeholdt dog en dispensationsadgang, når ansøgeren ved anden offentlig tjeneste havde vist så megen erfaring i lov og ret, at der ikke kunne være tvivl om »den behøvede kapacitet«.
46. Det er en skæbnens ironi, at de to statsmænd Griffenfeld og Struensee, hvis instrukser fik særlig betydning for udviklingen af Højesteret, begge blev fradømt livet ved særdomstole. Enevold Brandt, der var dommer i Højesteret fra 1764, blev henrettet på fældeden den 28. april 1772 sammen med Struensee.

Blandt en lang række andre bestemmelser om rettergangsfuldmægtige hed det med hensyn til den mundtlige procedure, at prokuratorerne skulle andrage anledningen til sagen og af dokumenterne bevise det, deres klienter søgte eller fremsatte indsigelser mod, »uden at bruge nogen Rasonering, som ej er grundet paa Loven«. Enevælden viste sin fortsatte suverænitetsopfattelse ved at foreskrive, at de procederende ikke måtte forstå sig i »at forklare Kongens Lov, hvilket Han sig alene vil have forbeholdt«, [47] og at de ikke måtte påberåbe sig fremmed ret, medmindre det var uomgængelig nødvendigt i sager om kontraheringer i udlandet. Disse rigoristiske begrænsninger i proceduren fik som følge af de gradvise ændringer i samfundsopfattelsen dog ikke nogen varig indflydelse på det praktiske retsliv.[48]

Ifølge instruksen skulle parterne »fuldkommelig og til nøie« høres og deres breve og dokumenter »tydeligen« oplæses. Systemet var karakteristisk ved en procesform med oplæsning af de indankede domme, mundtligt indlæg fra appellanten personlig eller hans rettergangsfuldmægtig, efterfulgt af dokumentation af bilag (herunder forklaringer afgivet for lokale domstole), [49] mundtligt indlæg fra indstævnte personlig eller hans fuldmægtig og en afslutning med mundtlig replik og duplik.[50] Herefter skulle de mødende »udvises« og voteringen »korteligen og

47. Dette svarede til de hidtidige patenters indskærpelse af, at ingen måtte »forklare Vor Lov«, jfr. nærmere Stig Juul i HR II p. 12 ff.
48. Forbudet synes tidligt at være bortfaldet ved desvetudo, jfr. Thøger Nielsen i HR I p. 524. Ifølge Ørsted (NJA 12. bind 1815 p. 237) var det almindeligt, at en part påberåbte sig præjudikater, og at modparten bestred tilfældenes lighed. Derimod betragtedes det som usømmeligt og unyttigt at procedere på, om en dom var rigtig.
49. Det har været betragtet som en følge af bevisumiddelbarhedsprincippet, at kun det materiale, retten får oplæst, kan tages i betragtning, jfr. Deuntzer: Appel (1898) p. 132 og Thøger Nielsen i HR I p. 515. Dette princip fastholdes stadig, jfr. nedenfor med note 131.
50. Helt op til retsplejeloven bevarede medindstævning af dommerne fra underinstansen. Disse havde efter instruksen mulighed for mundtligt eller skriftligt at forklare, hvorpå dommene var grundet, og imødegå beskyldninger. Efterhånden blev medindstævningen kun et akcesorium, og det blev fastslået, at den var unødvendig, når intet ansvar blev gjort gældende, jfr. U 1872 115 H.

ordentligen« foretages. I modsætning til den daværende udvikling ved underinstanserne bevarede således den mundtlige domsforhandling, men uden mulighed for umiddelbare afhøringer. Mundtlighed kunne fraviges ved anordning af skriftlig procedure i korte sager, som »bestaae af en simpel Qvestion«.[51]

Om voteringen, som efter den foran omtalte tradition altid har været påbegyndt umiddelbart efter sagens optagelse til dom, hed det med udtryk, der var en efterklang af instruks fra 1675:

»Og skal Tiden ikke med Repetition af det, som af de forhen Voterende er andraget, forlænges og Høieste=Ret dermed opholdes; dog er Kongen tilfreds, at een eller to af dem, som blant de første votere og Sagens Beskaffenhed vel og omstændeligen fatte, maae deres Vota noget vidtløftigere deducere og udføre, dog uden at igientage det, som tilforn er sagt; men de andre, som intet sært have at erindre, sig ikkun til dens eller en af deres Vota, som ere af lige Mening med ham og han formener rettest at være voteret, i Sagen referere – – – Voteringen skal skee nedenfra, og, saalænge een voterer, skal alle de andre tie stille, saa at ingen falder den Voterende i Ordene, men enhver skal bie, indtil det i hans Orden kommer til ham at votere, da han især skal tage sig i vare for, i hans Votum at fremføre noget, som kunde støde eller synes at sigte til at stikle paa den, der er af anden Mening. Naar de samtlige have voteret, skal det i samme Orden være enhver tilladt at forandre, tillægge eller oplyse hans Votum, efter den af de siden ham Voterende dertil givne Anledning.«

Også i denne instruks blev det under trussel om straf og embedsfortabelse forbudt de voterende og andre tilstedeværende at åbenbare de fremsatte meninger og stemmeafgivningen, der indførtes i voteringsprotokollerne.[52] Den pligt til at forelægge Kongen

visse sager, som endnu var pålagt ved instruks fra 1753, og som efterhånden havde mistet sin betydning, blev ikke gentaget. Hermed var rettens uafhængighed af regeringen også formelt fuldbyrdet.

Instruksen af 1771 bekræftede regelen om flertalsafgørelse, nu således at retsformandens stemme ved stemmelighed blev afgørende, og at dommen efter konciperingen straks skulle indføres i domsprotokollen og oplæses for parterne i et offentligt retsmøde. Dommen skulle »forfattes i pennen« af retsformanden, konform med flertallets vota, »naar de Tilforordnede intet meer ved Concepten have at erindre, hvilket skal staae enhver frit for at giøre«. Heri lå en understregning af den kollegiale samvirken, formodentlig også en indrømmelse til den sædvanligt fulgte – også i dag anerkendte – praksis, hvorefter en dommer har adgang til at ændre sit votum, indtil dom er afsagt. Dommens endelighed og forbudet mod præmisser udtryktes således, at der efter domsafsigelsen ikke måtte antages »Memorialer« fra parterne, »mindre nogen Forklaring af Høieste=Ret udstedes«.

Forbudet mod præmisser og domskommentarer viste sig imidlertid ikke undtagelsesfrit i praksis. Det var et særkende for enevældens system, at Højesteret allerede fra et tidligt tidspunkt[53] blev afæsset erklæringer i en række af cancelliets sager, og at der i forbindelse hermed også blev afgivet responsa om den generelle retsstilling og fremsat autoritative udtalelser om begrundelsen for og fortolkningen af afsagte domme.[54] Instruks fra 1771 medførte ingen ændring af denne praksis,[55] som også var bemærkelsesværdig ved, at Højesteret undertiden på eget initiativ fremsatte udtalelser af juridisk indhold,

undlade viderebringelse af de voterendes synspunkter og stemmeafgivning.

51. Begrundelsen herfor var ønsket om nedbringelse af eventuelle restancer af sager. Som ideal opstilledes, at sagerne skulle pådømmes i det år, hvor de var indanket, og at »Undersaatterne i Rettergangs Fremme ikke maatte opholdes uden alene i det Tilfælde, hvor begge Parter det selv, for lovlig og skiellig Aarsags Skyld, forlange.« Restancerne har i perioder – som i dag – været en alvorlig belastning. I 1728 var restancen nået op på 439 sager, og da et kongeligt reskript, der pålagde prokuratorerne at søge deres sager forligt, viste sig virkningsløst, blev der ved en anordning i 1731 nedsat tre kommissioner, hver med tre dommere, som det ved skriftlig behandling lykkedes at bortskaffe restancen over en 4-årig periode, jfr. Vedel p. 214–217.
52. Det betragtes også i dag som en tjenestepigt at

53. En erkæringsprotokol for årene 1722–1732 og protokoller for tiden efter 1786 er bevaret, jfr. Georg Nørregaard i HR I p. 316.
54. Jfr. Georg Nørregaard i HR I p. 316–319 og Stig Iuul i HR II p. 22–28.
55. P. C. Stemmann, der var medlem af Højesteret 1794–1798 og senere blev den sidste statsminister før det nye statsstyre, gik i forbindelse med en sådan erklæringsafgivelse principielt imod de autentiske fortolkninger, idet han anså dem for kompetenceoverskridelser. Beslægtede synspunkter kan spores i den kritik, som i 1970'erne medførte, at Højesterets dommere en overgang afstod fra domskommentarer i Ugeskrift for Retsvæsen. Se nedenfor med note 176.

og at erklæringerne efter omstændighederne medtog udførlige oplysninger om mindretalsopfattelser, end- og om spørgsmål, der i datiden måtte betragtes som kontroversielle. Erklæringsafgivelsen gik ikke helt af brug efter grundloven og genindførelsen af doms-præmisser, men ophørte gradvis og har ikke været genoplivet efter 1880'erne.[56]

Ved instruksen af 1771 afløstes den foran omtalte auscultantordning af en regel om, at en ansøger til en ledig stilling som tilforordnet – udover en alder af 25 år, en »med berømmelse«[57] bestået juridisk embedseksamen og praktisk færdighed fra nogle års virke som dommer – før ansættelse skulle underkaste sig prøvevotering i 4 à 5 sager eller flere,[58] hvis de var korte. Om prøvevoteringens forløb hed det:

» — — naar Sagen er udageret og Parterne ere udviste, førend de Tilforordnede begynde at votere, voterer han ordentlig i Sagen, saaledes som om de først Voterende — — — sagt er, og paa den Maade, at han nedlægger Speciem facti eller en kort Recit af Sagens Historie, deraf uddrager den rette Qvæstion, som under Sagen har været ventileret eller burde være ventileret, allegerer de derpaa applicable Steder i Lov og Frr., og endelig deraf udleder den, efter hans Tanker, rette Conclusion i Sagen; hvilket hans Votum, skjønt det ikke kommer i Computation ved Dommens Forfatning, en af Secretairerne skal indføre i en dertil indrettet aparte Protocol.«

Justitiarius skulle herefter afgive en indberetning[59] til kongelig resolution med henblik på ansættelse.

56. Se Georg Nørregaard i HR I p. 319. Det er i dag koutume, at Justitsministeriet kun hører Højesteret om lovforslag, som berører rettens forhold.
57. Fortolket som laudabilis (1. karakter), jfr. Holmboe i HR II p. 211–212.
58. Der opretholdtes dog en dispensationsadgang svarende til instruksen af 1753, jfr. note 45. Den administreredes med forsigtighed. Det seneste eksempel er A. F. Kriegers udnævnelse i 1860, jfr. Holmboe i HR II p. 220.
59. I 1778 indførtes den siden fulgte fremgangsmåde, hvorefter kancelliet (i dag Justitsministeriet) indhenter en indstilling fra justitiarius (præsidenten) om, hvem der bør indstilles over for Majestæten til prøvevotering, jfr. Holmboe i HR II p. 214. Højesteret har herved en meget betydelig indflydelse på rekrutteringen. Prøvevoteringens skærsild medførte allerede i 1772, at en ansøger, som selv var klar over præstationens utilstrækkelighed, kort efter sin udnævnelse søgte og fik bevilget afsked, jfr. HR II p. 375. Det seneste eksempel i negativ retning har været en lokaldommer, som i justitsminister Albertus

for så vidt prøvekandidaten havde »den fornødne Kundskab og Erfarenhed samt Færdighed i at yttre sin Mening og Tanker«. Fra og med denne ordnings gennemførelse blev stillingerne som tilforordnede, der i væsentlig grad havde været æreshverv, i det hele faste og lønnede embeder.

Blandt en række andre bestemmelser opretholdt instruksen det i 1744 opstillede krav om prøveprocedure som betingelse for bevilling som højesteretsprokurator, specificeret således at prøven skulle omfatte »3 à 4 Sagers Agering«, og udbyggede herved grunden til det korps af fremragende procedører, som ved deres indsats blev medvirkende til sagsbehandlingsform og stil.[60]

Patentet af 10. november 1774 sammenfattede de i tidens løb etablerede detailforskrifter af processuel art og svarede for en række bestemmelsers vedkommende til den ikke offentliggjorte instruks, for de procederende advokater udbygget med en indskærpelse af pligten til at sørge for koncentration af forelæggelse og dokumentation.[61] Patentet er desuden navnlig kendt for at have endeligt stadfæstet den – allerede i de årlige indkaldelser siden 1733[62] indførte – regel, hvorefter første torsdag i marts var Højesterets faste årlige åbningsdag, medens mødetidspunktet om morgenen, som ved 1771-instruksen var fastsat til kl. 8, om vinteren til kl. 9, allerede ved reskript af 25. marts 1773 ændredes til en daglig mødetid fra kl. 9 til 14. Både åbningsdagen[63] og

tid (1907) mod rettens råd fik adgang til prøvevotering, men som frafaldt sin ansøgning, inden samtlige prøvesager var afsluttet, jfr. Holmboe i HR II p. 220.

60. Antallet af foreskrevne prøvesager har i tidens løb været vekslende: ved den kongelige befaling af 1744 og instruksen af 1753 en eller to civile sager og to delinkvent- eller beneficerede sager, ved sagførerloven af 26. maj 1868 fire, ved retsplejeloven af 1916 tre og ved lov nr. 209 af 23. juli 1932 fire (heraf to borgerlige, den ene af disse for appellant). Prøveproceduren afskaffedes ved en lov af 10. maj 1958, jfr. nedenfor.
61. Herom hed det bl.a.: »Procuratorerne maae og ingenlunde bruge større Vidtløftighed — — — end Fornødenhed det udkræver; men de skal med al muelig Korthed Sagerne agere og ej med unyttige og Sagen ikke vedkommende Digressioner Høieste-Ret opholde«. Også datidens dommere havde deres kvaler med eloquentia forensis.
62. Jfr. Ellehøj i HR I p. 172.
63. Jfr. bekendtgørelse nr. 514 af 1. oktober 1919. Reelt er åbningsdagen i tidens løb blevet en fiktion, da

det daglige tidsrum for domsforhandlinger er siden opretholdt.

Antallet af faste tilforordnede, der ved kgl. resolution af 6. november 1771 var fastsat til 13 samt justitiarius, blev ved reskript af 27. december 1799 reduceret til 12 + 1, som – med en midlertidig regulering efter Norges afståelse i 1814 – forblev uændret, indtil der efter 2. verdenskrig, først ved nogle midlertidige ordninger og derefter ved lov nr. 61 af 31. marts 1953, skete en varig forhøjelse til ialt 15 (inclusive præsidenten) jfr. nedenfor.[64] For prokuratorernes vedkommende afløstes bevillingssystemet ved en plakat af 4. september 1810 af bestallinger som højesteretsadvokat til en begrænset kreds, der betragtedes som kongelige embedsmænd.[65] Først ved sagførerloven af 26. maj 1868, der indførte beskikkelser som højesteretssagfører, bortfaldt begrænsningen af antallet[66] og deres embedsstatus.

Medens forskrifterne i slutningen af 1700-tallet havde lagt Højesterets formelle rammer fast, skete der i tiden indtil grundloven af 1849 en bemærkelses-

værdig uformel udvikling, hvor den forelæggelsesform, som i det væsentlige er bevaret, blev skabt ved et nært samarbejde mellem retten og advokaterne.[67] Desuden lettedes dommernes grundige forberedelse af den enkelte sag fra ca. 1800[68] ved indførelsen af ekstrakter, som appellanterne i samråd med modparten siden har udarbejdet med passende uddrag af relevante bilag.[69] Samtidig fandt der en udvikling sted på rettens interne front, hvor voteringerne i højere grad end hidtil kunne udbygges med henvisninger til tidligere domme og retsvidenskabelig litteratur, som måtte antages at have betydning som sammenligningsgrundlag. Forudsætningen herfor blev skabt ved den forbedrede adgang til kildemateriale. Fra 1789 blev alle højesteretsdomme trykt, oprindelig i »Månedlige Stats-Tidender«, fra 1802 i et tillæg til Berlingske Tidende og derefter i en årrække i et tillæg til Dansk Statstidende.[70] Desuden offentliggjordes hof- og stadsretsdomme fra 1802 i Juridisk Maanedstidende, fra 1803 til 1812 i Juridisk Arkiv og derefter i Nyt Juridisk Arkiv med tilhørende højesteretsdomme.[71] En egentlig systematisering fandt dog først sted fra 1839 med oprettelsen af Juridisk Ugeskrift og dets afløser fra 1867, Ugeskrift for Retsvæsen. Endelig blev alle højesteretsdomme publiceret i Højesteretstidende fra 1857 til udgangen af 1958.

Den tiltagende indflydelse, retsvidenskaben samtidig fik på Højesterets beslutningsproces, skyldtes især Anders Sandøe Ørstedes banebrydende ind-

retten arbejder hele året, under ferierne med disponible dommere. Første ordinære session varer formelt fra første torsdag i marts til udgangen af juni, anden fra 1. oktober til næstsidste torsdag i februar. Desuden afholdes en ekstrasession i sommerperioden, afhængig af behovet, for tiden fra ca. 10. august til udgangen af september. Det i juridiske kredse velkendte interregnum på 12 dage fra næstsidste fredag i februar til første torsdag i marts er den såkaldte »lappeferie«, hvor dommerkapperne blev istandsat til datidens festlige åbning, der historisk var en fortsættelse af rigsrådets og rettertingets herredag.

64. Ved lov nr. 85 af 17. marts 1982 er tallet midlertidigt udvidet til 16, jfr. retsplejelovens § 2b. Udvidelsen har været nødvendig, fordi retten måtte afse en dommer til en kommissionsdomstol om undersøgelse af visse forhold vedrørende post- og telegrafvæsenet. Stillingen nedlægges ved næste ledighed.
65. Jfr. Holmboe i HR II p. 234 og Gorrisen i JS 1961 p. 47–48. I de første år efter plakaten var der kun ca. 10 højesteretsadvokater til at procedere ialt 2–300 årlige sager.
66. 10. marts 1879 dannedes den – stadig eksisterende – forening »til varetagelse af skrankens interesser«, der i dag omfatter både højesteretssagførere og andre advokater, der jævnligt procederer for Højesteret. Foreningen er et værdifuldt led mellem retten og advokaterne vedrørende retsplejemæssige spørgsmål af fælles interesse.

67. Jfr. Gorrisen i JS 1961 p. 47.

68. Jfr. Thøger Nielsen i HR I p. 515.

69. Undladelse af at udarbejde ekstrakt medfører sagens afvisning, jfr. retsplejelovens §§ 385 og 386. De nugældende regler om udfærdigelsen, der er fastsat af Højesteret efter forhandling med Højesterets-skrankens bestyrelse og godkendt af Advokatrådet, er optrykt i Advokatbladet 1982 nr. 3 og Karnov (1982) bind 2a p. 3155 note 625. Det er navnlig vigtigt at bemærke sig, at dokumenterne skal gengives i kronologisk rækkefølge, at det særskilt skal markeres, når dokumentet først er medtaget i sagen efter den indankede dom, og at ekstrakterne skal indleveres på justitskontoret i 22 eksemplarer (påstandene i 17 eksemplarer) senest onsdag i ugen før domsforhandlingen. Ikke mindst af hensyn til de førstevoterende værdsættes det, hvis ekstrakterne foreligger på et tidligere tidspunkt. Selvmødere får udleveret en vejledning under sagens forberedelse i anke- og kæremålsudvalget.

70. Jfr. Georg Nørregaard i HR I p. 428.

71. Jfr. Thøger Nielsen i HR I p. 516–517.

sats,[72] der ikke alene førte til en afklaring af retsstillingen inden for betydelige sagsområder, men samtidig gav dansk jura den drejning i pragmatisk retning, som fortsat præger rettens daglige arbejde.

Som foran omtalt havde Højesteret længe inden enevældens afskaffelse opnået en reel uafhængighed af regeringen,[73] og grundloven af 1849 med tredeelingen af den lovgivende, udøvende og dømmende magt blev kun en bekræftelse af Højesterets selvstændighed og dommernes uafsættelighed.[74] Forskellen markeredes i første omgang ved, at den årlige åbningsdag ikke længere blev højtideligholdt, at tronstolen blev fjernet fra retssalen, at dommerne placeredes efter anciennitet med justitiarius (eller den fungerende retsformand) i midten, at de procederende og voterende ikke længere skulle rette deres udtalelser til Majestæten, at allocutionen ændredes,[75] og at dommene ikke længere blev afsagt i Kongens, men i rettens eget navn.

Medens forelæggelsesformen forblev uændret, fremsattes der i 1855 et lovforslag, som resulterede i den tidligere omtalte lov af 8. marts 1856, hvor Højesteret fik valget mellem offentlig votering og domsgrunde.[76] Retten foretrak den sidste løsning og vendte hermed tilbage til præmisordningen før rigskanslerinstruksen af 1674. Nyordningen betegnede et afgørende fremskridt for advokaterne, som havde kunnet risikere at procedere på en fejlagtig opfattelse af begrundelsen for en tidligere afgørelse, for retsvidenskaben, der følte sig ladt i stikken af orakelsvar, og for de voterende, som hidtil havde været henvist til at søge mulige præjudikaters betydning afklaret ved et tidskrævende gennemsyn af voteringsprotokollerne. Desuden var ændringen vel-

egnet til at fremme befolkningens tillid til domstolene og mulighederne for den værdifulde gensidige påvirkning mellem praktikere og teoretikere.[77]

Dommene kom i den følgende tid til at fremtræde med koncist formulerede, stærkt koncentrerede domsgrunde, der uden angivelse af de deltagende dommers navne og eventuelle dissenser havde karakter af fællesudtalelser. Denne fremgangsmåde havde både en styrke og en svaghed. Udadtil markerede den rettens vilje til enighed og i sager af principiel karakter den indiskutable retsstilling, som herefter måtte være gældende. Dommene fik herved et kraftigt autoritativt præg. På den anden side var der en risiko for, at afvigende meninger i kollegiet – også inden for det flertal, som kom til samme konkrete resultat – ville udvande præmisserne til et intetsigende kompromis, og at værdifulde synspunkter inden for både flertal og mindretal, der kunne have betydning for det praktiske retsliv og retsvidenskaben, gik tabt.

Medens opmærksomheden efter 1856-loven i den første tid koncentreredes omkring en række enkelt-sager, hvor meningene i offentligheden var delt,[78]

72. Ørsted var ordinær assessor i Højesteret 1810–1813, inden han gennem 35 år blev en af centraladministrationens ledende skikkelser. Han bevarede sin tilknytning til Højesteret som ekstraordinær assessor fra 1814 til sin død i 1860, jfr. HR II p. 386.

73. Om politisk prægede sager fra 1790'erne frem til den frie forfatning henvises til Georg Nørregaard i HR I p. 320–338. Karakteristisk er sagen mod Orla Lehmann om »den falsterske tale«, hvor de afgivne vota varierede fra bødestraf (mulkt) til 2 års fængsel, jfr. Troels G. Jørgensen: Strejflys over Enevældens Retsliv p. 150. Ved dommen af 20. januar 1842 blev resultatet fængsel i 3 måneder.

74. Se Bent Christensen i HR I p. 344 ff.

75. Den indledende tiltale blev herefter den i dag anvendte: Hæderværdige Højesteret.

76. Se nærmere Thøger Nielsen i HR I p. 534 ff.

77. Det kan undre, at Højesteret trods de åbenlyse fordele i en forudgående erklæring udtrykte betænkelighed over for den præmisordning, der i dag betragtes som selvfølgelig. Begrundelsen var, at ønsket om hurtig fremme af sagerne var til hinder, og at præmisserne kunne give anledning til argumentation mod en afgørelse, der måtte være den endelige. Det har imidlertid vist sig, jfr. nedenfor, at Højesteret fortsat er i stand til at afsige dom kort efter optagelsen. Erklæringen må snarere bedømmes ud fra den daværende historiske baggrund. Behandlingen af lovforslaget fandt iøvrigt sted samtidig med rigsretssagen mod Ørsted for egenmægtige forsvarsforanstaltninger under Krim-krigen. Det er et paradoks, at grundloven, som netop skulle befæste dommernes uafhængighed, efter frifindelsen af Ørsted blev benyttet til afskedigelse af fem højesteretsdommere i sommeren og efteråret 1856. De 5 (justitiarius Lowzow samt assessorerne Stellwagen, Johan Nielsen, Rothe og Jacob Kofoed) havde mishaget de nationalliberale, men afskedigedes formelt med henvisning til den i forfatningen nævnte mulighed efter opnået alder af 65 år. I stedet blev politiker J. E. Larsen justitiarius. Se Bent Christensen i HR I p. 348 f, Georg Nørregaard i HR I p. 439–447, Troels G. Jørgensen: Bidrag til Højesterets Historie p. 160–179 og Højesteret fra Grundloven til Retsreformen p. 80–82.

78. Eksempler herpå er afgørelserne vedrørende redaktør C. St. A. Bille (U 1867 142 H) og arbejderfører-

varede det noget, før arbejdsformen påny kom under debat. I den norske Højesteret blev der imidlertid fra 1863 indført en ordning med offentlig votering efter forudgående rådslagning for lukkede døre,[79] og i rigsdagssamlingen 1902 blev der fremsat et privat lovforslag om, at offentlig votering også indførtes i Danmark.[80] Forslaget vandt ikke tilstrækkelig tilslutning, og ved retsplejereformen pr. 1. oktober 1919 skete der hverken ændringer med hensyn til forelæggelsesmåden, voteringsordningen, domskonciperingen eller andre dele af Højesterets grundlæggende struktur. Forhandlingerne skulle, som det blev udtrykt i § 412, stk. 2, foregå »efter den hidtil brugte ordning« og således, at retten selv kunne tilstede afvigelser, som fandtes formålstjenlige. Mundtligheds- og offentlighedsprincippet, som retsplejeloven opstillede som maximer for alle domstole, havde eksisteret fra Højesterets begyndelse, og den bevisumiddelbarhed, som blev hjemlet ved §§ 409, stk. 1, og 955, stk. 2, viste sig uden særlig praktisk betydning. Hovedregelen om mundtlig domsforhandling kunne efter § 403 fortsat fraviges ved udveksling af processkrifter og skriftlig votering, for så vidt der efter sagens beskaffenhed fandtes anledning, uden at parterne nødvendigvis fremsatte begæring herom. Muligheden for udnævnelse af ekstraordinære medlemmer af retten blev derimod bragt til ophør og prøvevotering i mindst 4 sager (heraf den ene borgerlig) gjort til en undtagelsesfri

betingelse for udnævnelse,[81] jfr. § 43, stk. 2. Medlemmerne, der siden 1771-instruksen var benævnt assessorer, fik fremtidig titel af højesteretsdommere, justitiarius navn af præsident. I kompetencemæssig henseende skete der endvidere en mindre begrænsning, idet Højesteret som en konsekvens af det nyindførte lægmandselement i landsretterne blev afskåret fra at efterprøve skyldspørgsmålet i straffesager, hvor nævninger medvirker.

For Højesteret fik det praktisk betydning, at sagsforberedelsen blev effektiviseret ved oprettelsen af et særligt anke- og kæremålsudvalg, etableret med en efter tur (for et år ad gangen) fungerende formand og to andre dommere, som fik til opgave at tage stilling til de før domsforhandlingen opståede spørgsmål om sagens tilrettelæggelse, afsige domme i borgerlige sager, hvor anke afvises, og i tilfælde, hvor indstævnte møder uden at rejse indsigelse, samt træffe afgørelse om sagens omkostninger, hvor anken hæves.[82] For at bevare kontinuitet og erfaring blev det koutume, at en dommer er medlem af udvalget i 3 år, det andet som udvalgets formand. Under sin funktionsperiode deltager formanden kun i domsforhandlinger, når der opstår forfald blandt rettens medlemmer, men er til gengæld førstevoterende i de sager, som i medfør af det ved retsplejeloven indførte kæreinstitut indbringes i form af kære, jfr. kapitel 37. I disse sager, hvor mundtlig forhandling kun ganske undtagelsesvis finder sted,[82a] og hvor mindstetallet af dommere ligeledes er 3, udarbejdes til lettelse for voteringen skriftlige referater af en protokolsekretær, sædvanligvis med indstilling, og dommertallet udvides til 5, når det på grund af sagens betydning eller afvigende vota anses rigtigst. Bortset fra ankeudvalgsformanden er ingen af de øvrige voterende i kæresager nødvendigvis medlemmer af det stående ankeudvalg, og fordelingen sker efter indbyrdes aftale mellem rettens medlemmer.

Med retsreformen måtte den alternative mulighed for offentlig votering, som loven af 8. marts 1856 hjemlede, anses bortfaldet,[83] men der blev fra

ne Pio, Brix og Geleff (U 1873 879 H). I provisorietiden afsagdes fra 1877 til 1894 54 domme med tilknytning til de politiske konflikter, jfr. Bent Christensen i HR I p. 408–412 og Georg Nørregaard smstds. p. 447–458. Dommen over venstrepolitikerne Chresten Berg (U 1886 492 H) på 6 måneders fængsel blev afsagt med snæver marginal (dommerstemmerne 7–6).

79. Oplysninger om den norske ordning fremgår bl.a. af en redegørelse fra justitiarius Sverre Grette i betænkning nr. 164/1956 p. 119–121. Under rådslagningen udtaler retsformanden sig først, derefter de andre i rækkefølge. Før den offentlige votering udarbejdes der skriftlige vota, som nøje gennemgås og diskuteres. Reelt er forskellen fra det danske system minimal. Rådslagningen svarer til den danske votering, den offentlige votering til danske præmisser. Problemet er alene, hvor lange vota/præmisser bør være og hvilken sprogbrug der bør anvendes. Også i Norge er det i praksis almindeligt, at dommere uden tilføjelser tilslutter sig kollegers vota.
80. Jfr. RT 1902–03, folketingets forhandlinger sp. 1162.

81. Først ved lov nr. 193 af 20. maj 1933 gennemførtes en 70 års grænse for forbliven som dommer. Lovens grundlovmæssighed er godkendt af Højesteret (U 1935 1).
82. Det faste anke- og kæremålsudvalgs kompetence blev hjemlet ved retsplejelovens § 411, stk. 3, jfr. nu § 2a.
- 82a. Tidligere retsplejelovens § 421, nu § 398, stk. 2, der kræver særlige grunde.
83. Jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 11.

1920'erne gentagne gange fremsat lovforslag med henblik på en obligatorisk ordning.[84] Højesteret udtalte sig imod en ændring,[85] og spørgsmålet løstes i første omgang ved lov nr. 112 af 7. april 1936. Herefter skulle domme og kendelser indeholde oplysning om de forskellige meninger under afstemningen, såvel vedrørende resultatet som vedrørende begrundelsen med oplysning om stemmetal, men uden angivelse af dommernes navne. Der blev herved mulighed for en noget friere formulering af præmisserne og for større variationer i argumentationen. Ved den samtidige indførelse af domsmandsinstitutionen blev Højesterets kompetence i alle straffesager (også politisager) indskrænket, således at bedømmelsen af beviserne for tiltaltes skyld i det hele er unddraget prøvelse, og således at strafudmålingen kun kan ændres, når straffen er fastsat uden for lovens grænser eller står i åbenbart misforhold til brøden.[86]

I henhold til instruksen af 1771 påhvilede førstevoterens byrde fortsat den yngste i anciennitet, og en foreslået ændring vandt ikke tilslutning på domtermøder i 1927 og 1943.[87] Det forøgede sagsantal efter 2. verdenskrig medførte imidlertid, at der ved aftaler mellem de to førstevoterende gradvis blev etableret en alterneringsordning, som fra som-

meren 1953 fik varig karakter.[87a] Stigningen i antallet af henstående sager, som også skyldtes en række civile konflikter, der havde afventet normaliseringen af samfundet, søgtes imødegået ved lov nr. 209 af 4. juni 1947 og lov nr. 526 af 19. december 1949, hvor antallet af dommere forhøjedes fra de hidtidige 13 med først 1 og derefter 2 til 15, men således at disse stillinger skulle nedlægges ved ledighed. Ved loven af 1949 blev det desuden bestemt, at der til votering i skriftligt behandlede sager kun behøvede at medvirke 5 dommere, og den opnåede kapacitetsudvidelse benyttedes til at anordne skriftlig procedure i større udstrækning end hidtil. Normeringen blev midlertidigt forlænget ved lov nr. 237 af 29. maj 1951, men da den skriftlige procedure, der måtte betragtes som en nødløsning, ikke stemte med generalprincippet om mundtlig domsforhandling, og da restancerne ikke havde udsigt til varig nedbringelse på anden måde,[88] gennemførtes ved lov nr. 61 af 31. marts 1953 en reform, der må anses som den mest skelsættende ændring i rettens opbygning i nyere tid. Den varige normering blev fastsat til 15 dommere (inclusive præsidenten), og mindstetallet af voterende blev også i mundtligt behandlede sager nedsat fra 9 til 5. Med virkning fra marts 1956 blev det herved for første gang muligt at lade retten fungere med to mundtlige afdelinger. Højesteret fik ved loven den suveræne afgørelse af, om en afdeling skal beklædes med 5, 7 eller eventuelt flere dommere, men det blev i betænkningen til lovforslaget[89] forudsat, at der i vigtigere sager burde medvirke et større antal end 5, og at der kunne blive tale om deltagelse af samtlige dommere, f.eks. hvor der opstår spørgsmål om en lovs grundlovmæssighed.

Ændringerne har ikke været mere indgribende, end at de i den forløbne tid har kunnet praktiseres på en måde, som er forenelig med rettens traditioner. Ved delingen er det fastholdt, at begge afdelinger er ligestillede,[90] og at trufne afgørelser har

84. Jfr. betænkning nr. 164/1956 p. 28–30.

85. I en erklæring i 1920 udtalte Højesteret, jfr. betænkning nr. 164/1956 p. 89–91, at lægfolk i de fleste sager vil have vanskeligt ved at forstå voteringen, og at juridisk kyndige »i det store og hele« vil finde, hvad retten har villet fastslå, i præmisserne. Desuden vil et domsresultat, der fremtræder som en sluttet helhed, have større kraft end de enkelte vota og fremme mulighederne for en endelig afslutning, som parterne lettere kan affinde sig med. Affattelsen af erklæringen er kritiseret af Thøger Nielsen i HR I p. 531–532. Problemerne er imidlertid mere komplicerede, end udenforstående er klar over, jfr. nedenfor.

86. Kompetencebegrænsningen har medført betydelig ændring i den procentuelle andel af straffesager og borgerlige sager, som har været stadigt svingende gennem rettens historie. Indtil 1700 havde straffesager (formodentlig på grund af påtalerreglerne) begrænset betydning, men steg derefter i antal indtil 1900. Når der bortses fra retsopgøret efter besættelsen, har der været et markant fald siden 1937. Se Thøger Nielsen i HR I p. 541–542. I 1982, 1983 og 1984 afsagdes henholdsvis 125, 128 og 154 domme i borgerlige sager, 47, 29 og 24 domme i straffesager.

87. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 87.

87a. Den i Tidsskrift for Juridiska Föreningen i Finland 1979 p. 308 og i Festskrift til W. E. von Eyben p. 39 meddelte oplysning om, at denne ordning indførtes i 1940, beror ifølge berigtigelse fra Mogens Hvidt på en misforståelse.

88. Jfr. RT 1952–53 tillæg A sp. 3339–3344.

89. Jfr. RT 1952–53 tillæg A sp. 3342.

90. I 1. afdeling fører præsidenten forsædet, i hans forfald den i anciennitet ældste dommer i afdelingen. I 2. afdeling er retsformanden den ældste i anciennitet blandt samtlige rettens medlemmer, i hans forfald den i anciennitet næstældste af denne afdelings dommere.

samme præjudikatvirkning, uanset om en dom er afsagt af 1. eller 2. afdeling og uanset antallet af medvirkende dommere. Ved omflytninger fire gange årligt[91] er det sikret, at der opnås et ligeligt samarbejde mellem samtlige kolleger, og at rettens enhed er bevaret. Hver afdeling er skiftevis hver anden måned principielt beklædt af 7 dommere, de øvrige måneder med 5,[92] således at det enkelte medlem af retten i årets løb deltager i omtrentlig samme antal domsforhandlinger og får lejlighed til at tage stilling til nogenlunde samme antal sager vedrørende principielle spørgsmål. For de førstevoterende har opdelingen betydet en lettelse, idet den omtalte alterneringsordning i henhold til en vedtagelse i kollegiet er blevet udvidet til begge afdelinger, så de fire i embedsalder yngste på denne måde hver er førstevoterende i en fjerdedel af de mundtlige domssager.[93]

Spørgsmålet om dommertallet i den enkelte sag er blevet søgt løst ved, at ankeudvalgsformanden i det afsluttende forberedende møde, hvor sagen berammes til domsforhandling, har udbedt sig en udtalelse fra de mødende. Der søges i videst muligt omfang taget hensyn til overensstemmende forslag, som forudsættes forhåndsdrøftet mellem advokaterne, men det er – også på grund af det stigende antal sager – i advokaternes og rettens fælles interesse, at der kun fremsættes ønske om 7 dommers medvirken,[94] hvor der på grund af sagens principielle karakter, dens økonomiske eller ideelle konsekvenser eller af andre særlige grunde er et reelt behov for et udvidet kollegium.[95] Afgørelsen om dommertallet træffes af ankeudvalgets formand, men med det forbehold, at der eventuelt sker ændring, navnlig

når de dommere, der skal deltage i domsforhandlingen, finder et andet antal rigtigst, eller der opstår forfald ved sygdom eller særlige opgaver.[96] Udover de i motiverne fremhævede sager, hvor en lovbestemmelses grundlovsmæssighed kommer til prøvelse, kan et større antal dommere end 7 være begrundet, hvor sagen er genstand for betydelig almen interesse, har vidtrækkende konsekvenser for samfundet eller bestemte befolkningsgrupper, berører formodede nationale interesser eller på anden måde er ekstraordinær.[97] Det er desuden almindeligt, at det størst mulige antal dommere deltager i sager, hvor prøvevotering finder sted.[98]

Kort efter etableringen af de to afdelinger i 1956 afgav et justitsministerielt udvalg i november en betænkning (nr. 164/1956) om højesteretssagførerprøven, offentlig votering, bevisumiddelbarhed og rettens kompetence i straffesager. De to sidste områder gav ikke anledning til særlige problemer. Der var enighed om, at det hverken ville være muligt eller rigtigt at gennemføre bevisumiddelbarhed som en almindelig regel, og at der ikke var anledning til ændring af den dagældende bestemmelse i retsplejelovens § 409, stk. 1, med den indeholdte hjemmel til

91. Første retsdag i marts, maj, oktober og december.
92. Som praksis har udviklet sig, behandler også »syvmandsafdelingerne« i et vist omfang sager under medvirken af 5 dommere. Det ideal om 7 dommers medvirken, som Victor Hansen opstillede i JS 1961 p. 74–76, har ikke kunnet realiseres på grund af sagsantallet. Selv om dommerfordelingen sker efter tilrettelagte skemaer, praktiseres ordningen med smidighed, således at afdelingerne gensidigt »låner« kolleger efter behov.
93. Ved ansættelsen af to nye dommere blev ordningen fra 1. marts 1984 midlertidigt udvidet til 3 førstevoterende i hver afdeling. I skriftlige domssager er det koutume, at også de øvrige dommere virker som førstevoterende. Uddelegeringen foretages af retsformændene i de to afdelinger.
94. De overskydende dommere kan herved frigøres til behandling af kæresager og de domssager, som efter retsplejelovens § 387 udgår til skriftlig behandling.

95. Efter et ønske fra Højesteretsskrankens bestyrelse i 1985 tilstræbes det at underrette parternes advokater, når dommertallet nedsættes, men beslutning må undertiden træffes så sent, at besked ikke kan gives.
96. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 22 antager, at der er en forhåndsformodning for, at en sag skal pådømmes af 5 dommere, og at der for så vidt skal foreligge særlige omstændigheder for at forøge antallet, men at der i denne henseende ikke bør stilles for store krav, jfr. Gomard: Civilprocessen (1984) p. 517. Tamm i J 1965 p. 184–185 lægger vægt på en konkret bedømmelse.
97. Eksempler på 9 dommere er U 1957 778 H og U 1959 283 H, 12 dommere U 1971 299 H, 13 dommere U 1967 22 H, U 1970 498 H og U 1970 502 H, plenum U 1972 881, 882 og 884 H.
98. Dette sker af hensyn til den udtalelse, hver dommer skal afgive, inden præsidenten indstiller ansøgeren til ansættelse. De dommere, der ikke har deltaget i domsforhandlingen, plejer at overvære prøvevoteringen som auscultanter. Medens drøftelserne om indstilling til prøvevotering er genstand for fri forhandling på et af rettens almindelige domtermøder, sker beslutningen om indstilling til ansættelse ved formel votering. Som en sidste rest af den oprindelige voteringsfølge sker voteringen i dette tilfælde »ovenfra«, begyndende med præsidenten og afsluttet med sidstnævnte dommer, og er desuden særegen ved, at der alene svares ja eller nej til præsidentens spørgsmål om ansættelse.

umiddelbar afhøring af parter og vidner for Højesteret efter konkret vurdering af behovet i den enkelte sag.

Det må anses for en fordel for de procederende, at de inden domsforhandlingen kender alle forklaringer, og at de ikke bliver stillet over for uventede situationer, som på grund af den manglende appelmulighed kan betyde, at sagen bliver endelig afgjort på et mangelfuldt grundlag,[99] eller at der efter begæring må indrømmes en udsættelse, der bryder domsforhandlingens enhed og påfører retten ekspeditionsproblemer og restancer. Også for den første-voterende, som skal påbegynde sit votum umiddelbart efter optagelsen til dom, er det værdifuldt, at faktum på forhånd er fuldt oplyst. Desuden er Højesterets arbejde i væsentligt omfang koncentreret om juridiske problemer, hvor et personligt indtryk af parter eller vidner ikke har samme betydning som ved de sagstyper, de øvrige instanser normalt behandler.[100]

Betænkningen medførte derfor ikke noget lovgivningsinitiativ i denne henseende. Spørgsmålet er senere blevet optaget til fornyet overvejelse i betænkning nr. 698/1973, uden at det har givet anledning til en ændret principiel opfattelse, og ved den ændring af retsplejeloven, som gennemførtes ved lov nr. 260 af 8. juni 1979, er § 409, stk. 1, alene afløst af en regel i § 340, stk. 3, hvorefter Højesteret træffer bestemmelse om, hvor og hvornår bevisførelse skal ske.[101]

99. Erfaringer fra ankeudvalget viser, at det ikke er ualmindeligt, at subsidiære afhøringer, som er tilladt efter den ene parts begæring, netop begrundes, at begæring fra den anden part om yderligere bevisførelse må imødekomes.

100. Jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 82–84, hvor der bl.a. også er henvist til den begrænsede værdi, der ofte må tillægges forklaringer, som først fremkommer længe efter de begivenheder, sagen angår. I forbindelse med nyordningen i 1956 udtalte Højesteret, at man ville overveje større bevisumiddelbarhed, når der var indvundet tilstrækkelig erfaring med to afdelinger. Muligheden blev udnyttet i U 1960 1000 H, U 1961 798 H, U 1962 151 og 839 H, U 1963 79 og 773 H samt U 1964 6 og 18 H. Den forløbne tid har vist, at hverken advokaterne eller retten har haft interesse for ændring af praksis. De seneste eksempler på anvendelse er U 1969 367 H, U 1972 369 H, U 1973 151 H og U 1981 101 H. Spørgsmålet vil navnlig være aktuelt ved redegørelse for personlige forhold i ægteskabssager.

101. Se betænkning nr. 698/1973 p. 125. Afhøringer

Medens der heller ikke skete nogen ændring med hensyn til Højesterets stærkt begrænsede kompetence i straffesager, var spørgsmålet om afskaffelse af højesteretssagførerprøven og indførelsen af offentlig votering begge emner, der gentagne gange havde været fremme[102] og med stærkt divergerende opfattelser.

Da højesteretssager normalt er vanskelige og betydningsfulde, da dommene er endelige, og da afgørelserne kan have præjudikatvirkning og dermed være retsskabende, er det både af hensyn til parterne, retten og samfundet af største vigtighed, at forberedelse og procedure sker efter optimale kvalitetskrav. Højesteretssagførerne udgjorde en elite, som repræsenterede højdepunktet af dansk procedureteknik, og deres indsats, som ydede et værdifuldt bidrag til retsudviklingen, var en betryggelse for både klienter og ret. Da landsretssagførerprøven blev administreret lempeligt, og da forelæggelsesformen ved landsretterne og Højesteret er forskellig, måtte en ophævelse af højesteretssagførerprøven forekomme betænkelig.

Systemet var imidlertid allerede modereret ved den møderet, der ved lov nr. 209 af 23. juli 1932 var indrømmet advokater med 8 års beskikkelse som landsretssagfører, når det drejede sig om deres egne sager fra tidligere instans, og der var i advokatkrede en opfattelse af, at titlen gav økonomiske fordele inden for sagsområder, som højesteretssagførerprøven ikke kunne begrunde. Da langt den overvejende del af advokatstanden gik ind for afskaffelse, blev både konkurrencehensyn og den almindelige demokratiseringsproces i samfundet herefter bestemmede for,[103] at prøven bortfaldt ved lov nr. 125 af 10. maj 1958, der samtidig indførte fællesbetegnelsen advokat for alle sagførere, men med bibeholdelse af højesteretssagførertitlen for dem, der allerede havde erhvervet den. Som led i nyordningen indførtes en bestemmelse i retsplejeloven (§ 126, nu § 134, stk.

tillades normalt ved hjemtinget. Ankeudvalget følger dog en meget liberal praksis, når parterne er enige om et andet afhøringssted og begæringen er rimeligt begrundet, f.eks. fordi der herved bliver mulighed for konfrontering af personer, der afgiver afvigende forklaringer, eller fordi afhøringsstedet er mere praktisk.

102. Se herom betænkning nr. 164/1956 p. 7–9 (om højesteretssagførerprøven) og p. 28–30 (om offentlig votering).

103. Om de forskellige opfattelser i udvalget henvises til betænkning nr. 164/1956 p. 12–23.

1), hvorefter en advokat erhverver møderet for Højesteret, når den pågældende har indgivet anmeldelse til justitskontoret vedlagt dokumentation for mindst 5 års virksomhed med møderet for landsret samt erklæring fra landsretten om at være øvet i procedure.

Bestemmelsen er blevet benyttet af et stort antal advokater,[104] men det har vist sig, at en betydelig del af disse enten aldrig eller kun en enkelt gang har benyttet møderetten, som for deres vedkommende kun er en honorær betegnelse.[105] Da førelsen af en højesteretssag er en krævende opgave, hvis heldige gennemførelse forudsætter gode faglige kvalifikationer, omfattende arbejdsindsats og særlige evner for procedure, er de mødende fortsat en i det væsentlige begrænset kreds af specialister, som har kunnet bevare det kvalitetsniveau, forrige generationer har skabt.[106] Medvirkende hertil har formodentlig været den samtidig indførte bestemmelse i retsplejeloven (§ 126, stk. 2), hvorefter Højesteret fik hjemmel til at fratage en advokat møderetten, når det skønnes, at han har vist sig uegnet til at procedere. På grundlag af betænkning nr. 871/1979 vedrørende revision af retsplejelovens afsnit om advokater er fratagelse i overensstemmelse med den praksis, Højesteret selv har fulgt efter bestemmelsens indførelse, ved lov nr. 277 af 9. juni 1982 betinget af, at advokaten tidligere har udvist uforvarlig udførelse af en sag, og at det er tilkendegivet ham af retten.[107]

Det er iøvrigt normal praksis, at der i første omgang udarbejdes et internt notat, og at der først tilsendes en tilkendegivelse i genagelsestilfælde. Da

advokater, som ikke egner sig til Højesterets procedureform, i regelen selv kommer til erkendelse heraf under første fremmøde, er fratagelsesreglerne anvendt med forsigtighed, således at indskriden er forbeholdt graverende tilfælde, f.eks. hvor advokaten ikke har søgt sagen fyldestgørende oplyst, møder uforberedt, ikke evner gennemgangen af faktum og jus, overser væsentlige problemer, fortaber sig i vidtløftige betragtninger om uvedkommende spørgsmål eller optræder illoyalt.[108]

Det fjerde emne, der behandlede i betænkning nr. 164/1956, nemlig offentlig votering, var særlig problematisk, fordi en gennemførelse ville være ensbetydende med en fuldstændig ændring af Højesterets arbejdsform og bryde kontinuiteten i den udviklede retstradition ved opgivelse af omhyggeligt gennemdrøftede og udformede præmisser. Begrundelsen for en ændring var bl.a., at den dissenspligt uden angivelse af dommernes navne, der var indført ved loven af 7. april 1936, angivelig ikke havde medført en tilstrækkelig nuancering af domsbegrundelserne, og at det praktiske retsliv og retsvidenskaben kunne have vanskeligheder med hensyn til forståelsen af dommes rækkevidde og præjudikativt værdi. Tilhængerne af offentlig votering gjorde gældende, at offentlig votering ville give bedre indblik i og forståelse af Højesterets arbejde, forbedre kontakten og tilliden mellem offentlighed og ret og tilvejebringe fyldigst mulige oplysninger om de enkelte dommers synspunkter, som eventuelt kunne virke fremmende for den retsudvikling, der sker gennem anerkendelse af nye retstanker. Heroverfor stod spørgsmålet om en betryggelse af dommernes uafhængighed, sikring af ytringsfriheden under voteringerne og risikoen for, at bestemte kredse og massemedierne gennem offentlig kritik af eller tilslutning til den enkelte dommer kunne øve en uheldig indflydelse på holdningerne.[109] Det udvalg, der udarbejdede betænkningen, gik ind for en rådslagning for lukkede døre med en efterfølgende mundtlig votering i form af en begrundet tilkendegivelse fra hver enkelt dommer til

104. Udover 43 højesteretssagsførere er der for tiden over 800 advokater med møderet for Højesteret. Alene i tiden fra 1. september 1980 til 1. oktober 1985 er møderetten opnået af 405.
105. Jfr. Torben Jensen i *Proceduren* (2. udgave) p. 277.
106. Ulempen ved det nuværende system er, at en advokat overvurderer sine evner som procedør og derved udsætter klienterne for risiko, og at der for Højesteret indbringes sager, som udfra en mere kyndig bedømmelse ikke burde være indanket, og som dels påfører klienterne meget betydelige omkostninger, dels medvirker til en upåkrævet forøgelse af sagsantallet.
107. Fratagelsen sker på ubestemt tid, men møderetten kan generhverves ved rettens beslutning, jfr. retsplejelovens § 134, stk. 2, in fine. Reglerne omfatter ikke højesteretssagsførere, hvor retten er henvist til straffebestemmelserne for unødigt trætte (§ 327, jfr. § 324).

108. Jfr. Torben Jensen i *Proceduren* p. 277.
109. Se betænkning nr. 164/1956 p. 31–37. Problemstillingen er gammel, jfr. foran, herunder noterne 79, 80, 84 og 85, samt Thøger Nielsen i HR I p. 529. Allerede Ørsted, der som tidligere medlem af retten var velkendt med den interne arbejdsform, gav udtryk for (NJA 12. bind 1815 p. 244), at de voterende af hensyn til de tilstedeværende ville udtale sig med mindre åbenhed, og at offentlig debat ville få skadelig indflydelse.

afløsning af de hidtidige præmisser, men der var i udvalget afvigende opfattelse af, om tilkendegivelserne burde ske i form af votering i et offentligt retsmøde eller optages i den offentligt tilgængelige domsudskrift med angivelse af dommernes navne.

Højesteret kunne ikke anbefale noget af alternativerne, og der fulgte vanskelige forhandlinger^[110] i forbindelse med et lovforslag, som valgte den sidste løsning. Derimod udtalte retten i en skrivelse af 28. november 1957,^[111] at en ophævelse af dommeranonymiteten ikke ville møde modstand, og at den ville kunne danne udgangspunkt for en udvikling i retning af større udførlighed i domspræmisserne uden at bryde disses overskuelighed. Efter at repræsentanter for retten havde fået lejlighed til at forelægge synspunkterne for folketingsudvalget, blev lovforslaget herefter ændret og spørgsmålet løst ved lov nr. 125 af 10. maj 1958, der alene medførte ophævelse af dommeranonymiteten.^[112]

Efter lovændringerne i 1950'erne er der løbende

sket forskellige justeringer af en række bestemmelser i retsplejeloven, dels i form af fællesregler for samtlige domstole, dels som omplaceringer eller omformuleringer af enkeltforskrifter. Af særlig betydning er lov nr. 260 af 8. juni 1979, baseret på retsplejerådets betænkning nr. 698/1973 om behandling af borgerlige sager, hvor der som led i en reform på forskellige, til dels uoverskuelige procesområder bl.a. er indført et nyt kapitel 32 (om almindelige bestemmelser om rettergangsmåden) og kapitel 36 (om anke), der trådte i kraft 1. januar 1980. Heller ikke disse regler har imidlertid medført afgørende ændringer i Højesterets arbejdsform. Selv om retsplejeloven ikke i sin nuværende skikkelse har bevaret forskriften i den tidligere § 412, stk. 2, hvorefter forhandlingerne skulle ske »efter den hidtil brugte ordning«, er den udviklede tradition i mundtlige domssager opretholdt.^[113] Desuden har den meget betydelige stigning i sagsantallet og de deraf opståede restancer nødvendiggjort, at det krav om »ganske særlige omstændigheder«, der efter formuleringen af retsplejelovens § 387 blev opstillet som betingelse for anordning af skriftlig behandling i domssager, har måttet fortolkes ret smidigt og derfor ikke nødvendigvis begrænses til de i betænkning nr. 698/1973 nævnte tilfælde, dog under forudsætning af parternes erklærede interesse i skriftlig procedure.^[114]

Ved lovændringen af 8. juni 1979 er der sket en vis stramning i koncentrationsmaksimen med mere re-

tingsudvalgets efterfølgende betænkning som en håndfæstning, retten har accepteret. Denne opfattelse er overdimensioneret. Fyldige og veldisponerede domspræmisser er, som det blev udtrykt i den århusianske fakultetserklæring (FT 1957-58 tillæg B sp. 411), en forudsætning for gode domme og respekten for domstolenes arbejde. Et andet – og betydelig mere kompliceret spørgsmål – er, i hvilke tilfælde og i hvilket omfang domstolene skal udtale sig generelt om retsstillingen inden for bestemte områder, jfr. nærmere nedenfor.

110. Se Thøger Nielsen i HR I p. 533 og 537 samt Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 171. 14 af rettens 15 dommere var imod mundtlig offentlig votering, 10 imod det forslag om skriftlig offentlig votering, højesteretsdommer Victor Hansen som medlem af udvalget var gået ind for.
111. Jfr. FT 1957-58 tillæg B sp. 442-444. Til brug for lovforslagets behandling forelå erklæringer fra de juridiske fakulteter ved universiteterne i København og Århus med generel kritik af præmisformuleringerne ved danske domstole, jfr. FT 1957-58 tillæg B henholdsvis sp. 401-404 og sp. 411-412. Medens fakultetet i Århus gik ind for lovforslaget, fremhævede fakultetet i København, at en dom, der fremtræder som referat af alle de enkelte vota, kan give et kaleidoskopisk billede af mere eller mindre væsentlige betragtninger, der snarere vil virke desorienterende end oplysende med hensyn til, hvad der egentlig har været afgørende for resultatet.
112. Om forhandlingerne i folketinget henvises til FT 1957-58 sp. 3797-98, 2805-07, 3813 og 3824-27. I udvalgsbetænkningen udtryktes der forventning om (FT 1957-58 tillæg B sp. 371), at de nye bestemmelser ville medføre, at retternes afgørelser fremtidig affattes så klart og udførligt, at såvel retsvidenskaben som det praktiske retslivs folk ved læsning af disse afgørelser i højere grad end hidtil kan finde vejledning til løsning af vanskelige juridiske problemer. For det praktiske liv er det af meget stor betydning, at afsagte domme ikke kræver en indgående fortolkning, men direkte giver udtryk for de overvejelser, der har ført til dommens resultat. Thøger Nielsen karakteriserer i HR I p. 548 note 98 Højesterets skrivelse af 28. november 1957 og folke-

113. Betænkning nr. 698/1973 p. 166-167 har anset en tilkendegivelse herom som overflødig.

114. Spørgsmålet rejses mest hensigtsmæssigt under et retsmøde i anke- og kæremsudsvalget, enten af en eller begge parter eller af ankeudvalgsformanden ex officio. I betænkningen (p. 177) er anført, at regelen eventuelt vil kunne anvendes i forhold til selvmødere eller hvis sagen angår et afgrænset juridisk problem. I praksis er det afgørende, at retsplejemæssige garantier ikke forringes. Hvor parterne ikke er enige om skriftlig behandling, afhænger bestemmelsen af, om sagens beskaffenhed gør denne ekspeditions-

striktive betingelser for at fremsætte nye påstande og anbringender og tilvejebringe nye beviser.[115] Selv om de nye regler herom i retsplejelovens kapitel 36 må forventes praktiseret med en vis liberalitet på grund af Højesterets stilling som sidste instans, er det væsentligt, at sagens tilrettelæggelse påbegyndes straks efter indankningen, og at der på det tidligst mulige tidspunkt sker en afklaring af parternes standpunkter og bevisførelsens omfang. Det hører til traditionen, at de mødende advokater under forberedelsen foretager en dybtgående analyse og opbygning af sagen, at modparten holdes underrettet om supplerende skridt, at fremførelse af nova, som kræver rettens godkendelse, forelægges under de forberedende møder i anke- og kæremålsudvalget,[116] og at procedure- og bevisgrundlaget ligger fast, når domsforhandlingen begynder. Dette gælder også sager, hvor en forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for de europæiske fællesskabers domstol i

Luxembourg muligt kan blive påkrævet som følge af den obligatoriske regel i EØF-traktatens artikel 177, og hvor det – uanset officialmaksimen på dette specielle område – af Højesteret forventes, at parterne i tide selv rejser problemet overfor udvalget og fremkommer med formulerede forslag til henvendelsens indhold.

Kravet om en nøje fastlæggelse af sagens rammer, som også manifesterer sig ved pligten til rettidig ekstrakt,[117] skyldes det tidligere omtalte dobbelthensyn til modparten og de deltagende dommere. Det særlige ved det interne arbejde er den oprettede tradition, hvorefter de designerede dommere inden domsforhandlingen minutøst gennemgår dels de domme, der foreligger til prøvelse, dels samtlige ekstraktoplysninger, og at navnlig de førstevoterende gennemfører omfattende studier vedrørende de retsområder, som må antages at have særlig betydning. Hvor det ikke drejer sig om bevisspørgsmål eller retsproblemer, som i forvejen er velkendt, kan disse undersøgelser være tidskrævende og byrdefulde. De består i en systematisk gennemlæsning af motiver og andre alment tilgængelige oplysninger fra relevante loves tilblivelse,[118] eftersyn af samtlige offentliggjorte domme inden for den årrække, som – afhængig af sagstypen – skønnes at have aktuel betydning[119] samt relevante afsnit fra dansk og efter omstændighederne udenlandsk retslitteratur.[120] Hvor Højesteret tidligere har behandlet en

form hensigtsmæssig, hvilket vil være aktuelt, hvor sagen er enkel og overskuelig, eller hvor forståelsen vil blive lettet, typisk hvor den drejer sig om regnskabsmæssige, tekniske eller videnskabelige spørgsmål.

115. Jfr. Gomard: Civilprocessen p. 433–435 og p. 456 samt Torben Jensen i Proceduren (2. udgave) p. 257 ff.

116. Når parterne er enige om yderligere bevisførelse i form af afhøringer, syns- og skønserklæringer eller andre oplysninger, og der ikke skønnes at være anledning til at modsætte sig nova i medfør af retsplejelovens særlige regler herom, meddeles tilladelse af ankeudvalgsformanden ved skriftlige bevisbegæringer om afhøringer i form af påført stempel. Hjemmelen til ankeudvalgsformandens enekompetence er retsplejelovens § 2a, stk. 3. Hvis der ikke er enighed mellem parterne, må de afgive skriftlige indlæg. Udvalgsformanden udarbejder et referat med votum, hvorefter sagen cirkulerer til de to øvrige medlemmer af det faste udvalg (jfr. note 82), inden resolution træffes ved flertalsafgørelse. Begrundelsen fremgår normalt ikke af den efterfølgende tilførsel til retsbogen. Udvekslingen af proceskrifter kan virke stærkt forsinkende på sagen, navnlig hvis der også afgives replik og duplik, og det er tilrådeligt, at advokater søger at opnå enighed i videst muligt omfang. I særligt hastende sager sker der undtagelsesvis mundtlig votering. Hvis anke frafaldes, eller ankesagen forliges under forberedelsen, således at retten skal tage stilling til omkostningsspørgsmålet, udarbejdes (efter eventuelle procesindlæg) referat af en protokolsekretær, hvorefter sagen cirkulerer blandt udvalgsmedlemmerne, ligeledes med formanden som førstevoterende.

117. Jfr. note 69.

118. Om også andre oplysninger end sagkyndige betænkninger og offentligt materiale fra det lovforberedende arbejde (RT og FT med tillæg A og B) skal indgå i undersøgelserne, afhænger af de bilag, parterne har tilvejebragt, og som de gennem optagelse i ekstrakten er enige om at inddrage som processtof, jfr. nedenfor med note 144.

119. Det lader sig vanskeligt fikseres, hvor langt tilbage disse undersøgelser bør foretages. Inden for mange retsområder er der sket så store ændringer, at ældre domme vil være uden betydning. Drejer det sig om grundsætninger inden for civilretten, kan det omvendt være nødvendigt at søge helt tilbage til tiden omkring århundredskiftet, undertiden længere. En absolut grænse må af praktiske grunde sættes ved 1856, da præmisordningen blev gennemført efter 182 års vacuum.

120. Nordiske højesteretsdomme og litteratur vil kunne have betydning, navnlig i sager inden for retsområder, der er reguleret ved fællesnordisk lovgivning. Norske domme påberåbes ofte i søsager. I patentsager vil parterne i visse tilfælde fremskaffe kopier af afgørelser fra flere lande.

sag af samme eller tilsvarende karakter, vil dommernes undersøgelser kunne lettes ved gennemsyn af voteringsprotokollen for denne sag, navnlig til udfindelse af endnu ældre under voteringen omtalt retspraksis og litteratur,[121] således at yderligere research kan koncentreres om den mellemliggende periode ved opslag i domssamlinger og nyere faglitteratur.

Forberedelsesarbejdet er ensbetydende med, at de dommere, som skal deltage i behandlingen, som foran omtalt har nøje kendskab til faktum og retlige hovedproblemer, når proceduren begynder.[122] Sædvanligvis vil førstevoterende allerede på dette tidspunkt til eget brug have udarbejdet koncept til dommens »skelet« med angivelse af dommernes navne, påstandene, eventuelle ændringer af eller supplement til anbringenderne og nye oplysninger, som efter et foreløbigt skøn muligt kan optages i dommen. De to førstevoterende vil på dette stadium udveksle domme og juridisk litteratur, som det er lykkedes dem at finde frem til, men det er koutume,[123] at den enkelte dommers opfattelse af sagens mulige udfald ikke bør tilkendegives før voteringen, og der lægges vægt på, at den faktiske og retlige vurdering foretages uden fastlåst forhåndsindstilling. Denne åbenhed over for forskellige løsninger er en grundholdning, som også indtages i sager, der ved første gennemlæsning synes at angå ret enkle problemer. Erfaringen viser, at procedurevante advokater ved fremstillingen af faktum og udbygningen af retlige betragtninger formår at inddrage perspektiver, som kræver fordomsfrie overvejelser.

I overensstemmelse med århundredgammel tradition indledes retshandlingen med, at protokolsekretærene fører de procederende ind i retssalen, hvor dommerne allerede har indtaget deres pladser.

121. Derimod betragtes de i voteringsprotokollerne refererede begrundelser ikke som autoritative udtalelser, der med sikkerhed kan supplere domspræmisserne. Om usikkerhedsmomenterne ved voteringsprotokollerne henvises til nærmere nedenfor, herunder note 167.
122. Det er blevet almindeligt, at procedurevante advokater samtidig med afleveringen af ekstrakter og skriftlige påstande om onsdagen ugen før domsforhandlingen (jfr. note 69) afleverer en summarisk oversigt over de domme og den litteratur, til hvilken der vil blive henvist under proceduren. Det betragtes som en selvfølge, at modparten får tilsvarende underretning.
123. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 84.

Ved passagen til det særlige indelukke for de procederende hilser advokaterne på retten og begiver sig til skranken, således at appellantens advokat (i straffesager rigsadvokaten eller dennes repræsentant) set fra dommersædet altid befinder sig til højre, indstævntes advokat til venstre. Hvor parterne undtagelsesvis møder personligt i civile sager, anvises der dem tilsvarende pladser.[124]

Efter at en af de to tilstedeværende protokolsekretærer har oplæst sagens nummer og parternes navne, overrækker appellantens advokat til protokolsekretærenes oplæsning[124a] de i tidligere instanser afsagte domme i kronologisk orden. Når denne dokumentation er afsluttet, overrækker først appellantens, derefter indstævntes advokat til protokolsekretærene deres skriftligt formulerede påstande, ligeledes til oplæsning, og protokolsekretærene kan i overensstemmelse med Højesterets nuværende koutume herefter forlade retssalen, således at de kun tilkaldes, hvis der bliver behov for deres bistand. Retsformanden giver derefter ordet til appellantens advokat,[125] for at denne i et frit foredrag kan gøre rede for sagens faktiske og retlige sammenhæng, jfr. retsplejelovens § 148, stk. 2.[126] Denne forelæggelse falder naturligt i fire hovedafsnit:[127] 1) en indledning, indeholdende en præsentation af parterne samt en kort præcisering af sagens hovedproblemer og de hovedsynspunkter, hvorom der er uenighed, 2) en loyal og fuldstændig (sædvanligvis

124. I straffesager befinder arrestanter, som ønsker at være til stede, sig under fornøden bevogtning på første række i retssalens ene side, medens andre tiltalte sidder på de sædvanlige tilhørerpladser.
- 124a. Efter at retsplejelovens § 412, stk. 2, er ophævet ved lov nr. 260 af 8. juni 1979, er domsoplæsning ved retsmødets begyndelse ikke længere obligatorisk. Som en nyttig indføring i sagen er den imidlertid opretholdt, medmindre begge parter (i regelen efter forudgående aftale med retten) er enige om frafald. Dette forekommer navnlig ved meget omfangsrige domme. Til gengæld forudsættes det, at der under proceduren gøres rede for faktum og jus i samme omfang og med samme tydelighed som i dommen anført.
125. I straffesager forelægges sagen altid af anklagemyndigheden, medmindre denne påstår stadfæstelse og forsvareren påtager sig forelæggelsen.
126. Efter allocutionen (»Hæderværdige Højesteret«) bruges som indledning: »Jeg har den ære at møde for Højesteret, i denne sag for NN, for hvem jeg nedlægger den påstand, som lige er oplæst.«
127. Jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 93 ff og Torben Jensen i Proceduren p. 275 f.

kronologisk) gennemgang af relevante fakta med henvisning til oplysningerne fra den i medfør af retsplejelovens § 385, stk. 2, udarbejdede ekstrakt, 3) en udtømmende juridisk redegørelse for appellansens opfattelse af sagen med gennemgang af de i betragtning kommende retsregler, lovforarbejder, domspraksis og litteratur samt 4) en afslutning med et kort resumé af anbringenderne.[128]

Det vil imidlertid helt afhænge af den enkelte sags beskaffenhed, om denne inddeling af forelæggelsen bør følges. Der forekommer tilfælde, hvor en adskillelse af faktum og jus er mindre hensigtsmæssig, og sager med forskellige problemkomplekser, hvor en opsplitning er en nødvendighed. For så vidt angår gennemgangen af faktum er det diskutabelt, om den bør være objektiv i den forstand, at advokaten afholder sig fra bemærkninger om bevisbedømmelsen vedrørende omstridte punkter og i stedet venter med sine kommentarer til det juridiske afsnit.[129] Den pligt til loyalitet over for modparten, der betragtes som en grundsætning for højesteretsprocedure, synes imidlertid opfyldt, blot det af gennemgangen klart fremgår, at der er strid om bevisbedømmelsen.

Indtil 1970'erne var det i Højesteret almindeligt, at appellansens forelæggelse efterfulgtes af en af protokolsekretærene foretaget oplæsning af de originale ekstraktbilag, som parterne efter forudgående aftale fandt relevante for pådømmelsen. Denne dokumentation,[130] der tjente til præcisering af faktum og som kontrol med ekstraktens rigtighed, er af rationaliseringshensyn gradvis gået af brug, således at den i dag kun anvendes, hvor det vil lette forståelsen at læse enkelte bilag i deres helhed, f.eks. nye forklaringer til brug for Højesteret. Ændringen har forkor-

tet domsforhandlingens varighed, men stiller forøgede krav til den procederendes evne til – i passende uddrag – at indflette dokumenterne i redegørelsen for faktum.

Efter den nuværende koutume er det derfor det normale, at indstævnte umiddelbart efter appellansens indlæg får ordet til en procedure, hvis hovedindhold – udover eventuelle bemærkninger om bevisbedømmelse og bevisbyrde – omfatter en tilsvarende juridisk redegørelse, hvor der bl.a. må tages grundig stilling til betydningen af lovforberedende arbejde, præjudikater og juridisk litteratur. Som følge af den forenkledede dokumentationsform har indstævntes advokat samtidig lejlighed til at supplere appellansens fremstilling af faktum og må være særlig opmærksom i denne henseende, da retten anser sig afskåret fra at tage hensyn til bilagsmateriale, hvis indhold ikke er refereret eller dokumenteret.[131]

Domsforhandlingen afsluttes med replik og duplik, som normalt har størst vægt, når der på en kortfattet og overskuelig måde uden detaljeret gentagelse af første indlæg sker en koncis imødegåelse af modpartens synspunkter.

Den advokatoriske indsats er vanskelig og kræver udarbejdelse af et manuskript, hvor der på den ene side må sørges for udskillelse af alt overflødigt materiale og på den anden side udvises minutøst grundighed i det relevante. Da Højesteret følger forhandlingsmaksimen i retsplejelovens § 338 strik- te, er det helt afgørende, at de procederende præciserer, hvilke punkter der er enighed om, hvilke anbringender der fremsættes, og hvilke der frafaldes, så meget mere som det må forventes, at der på grund af rettens fuldstændige neutralitet og de kvalifikationer, de mødende formodes at besidde, ikke ydes nogen hjælp fra dommersædet.[132] Procedu-

128. Er appellanten selvmøder, udvises der stor tolerance over for forelæggelsen, som efter patentet af 10. november 1774 § 6 kan ske ved oplæsning af skriftligt indlæg. Selv om Højesteret ikke har vejledningspligt, bliver selvmøderen i fornødent omfang hjulpet til rette, ofte med bistand af modpartens advokat. Sådanne sager underkastes samme optimale behandling inden for de rammer, selvmøderens indlæg muliggør. Eksempler på domme, hvor selvmødere trods sagernes komplicerede karakter har fået medhold, er U 1978 894 H og U 1982 558 H.
129. Se Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 107f, Trolle i J 1962 p. 55. Spleth i Proceduren (1. udgave) p. 226 og Torben Jensen smstds. (2. udgave) p. 276f.
130. Jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 115–118.

131. Denne afgrænsning af faktum er traditionelt betragtet som en følge af bevisumiddelbarhedsprincippet, jfr. foranstående note 49. Dommerne plejer at sikre sig omfanget af dokumentationen ved indstregninger i ekstrakten under parternes forelæggelse.
132. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 80. Om de mange facetter ved den advokatoriske indsats henvises nærmere til Proceduren: A. Victor Hansen p. 191–203, Aage Spang-Hanssen p. 205–211, Carl Tjur p. 213–224 og O. Bondo Svane p. 225–238. Værdifuld er den udefinerbare kontakt med retten, som rutinede advokater mestrer, ikke mindst over for de førstevoterende på fløjene, der internt indtager centrale positioner. Henvisninger til litteratur og sidetal på domme bør – ligesom andre oplysninger, hvor dommerne plejer at foretage notater – refereres i et passende tempo.

ren bør fremtræde som frigjort fra manuskriptet, på samme tid med stærk fremhævelse af klientens standpunkt og et korrekt forhold til modparten.[133] Det betragtes som en selvfølge, at domsforhandlingen kan afvikles uden aktiv procesledelse, og de spørgsmål, som en sjælden gang rettes til de procederende, stilles i så fald normalt ikke, før begge parter første indlæg er afsluttet, idet det tilstræbes, at der ikke gribes ind i en tilrettelagt procedure. I modsætning til amerikansk højesteretspraksis indlader dommerne sig – heller ikke afslutningsvis – i en dialog med de mødende, men udviser under hele domsforhandlingen en holdning, som ikke antyder deres opfattelse af anbringendernes holdbarhed eller sagens mulige udfald.[133] Der sker heller ikke nogen tilkendegivelse, når advokaterne væsentligt overskrider den tidsramme for sagens varighed, som de ved berømmelsen har oplyst over for ankeudvalgsformanden,[134] men retten lægger – ikke mindst af hensyn til afviklingen af de efterfølgende sager – vægt på, at tiderne søges overholdt.

Ved procedures slutning[135] meddeler retsformanden kort, at sagen er optaget til dom, og dommerne bliver – i modsætning til praksis ved landets øvrige domstole – siddende på deres pladser, når de tilstedeværende forlader retten. Umiddelbart efter at to protokolsekretærer er kaldt ind og dørene låset, rejser den dommer, som efter fornævnte regler er førstevoterende, sig ved sin plads i retssalen og påbegynder sit votum, alene i overværelse af meddommerne og de to sekretærer,[136] som – siddende

på særskilte pladser mellem dommernes forhøjning og advokatskranken – har til opgave at nedskrive hvert enkelt votum i hovedtræk.[137]

Efter retsplejelovens § 214, stk. 1, skal domme i kollegiale retter vedtages ved afstemning efter forudgående rådslagning, men bestemmelsen giver retten adgang til selv at fastsætte de fornødne regler og til selv at bestemme sådanne forandringer, som den til enhver tid anser for hensigtsmæssige, dog med den reservation, at retsformanden altid skal stemme til sidst. For Højesteret er dette ensbetydende med, at retstraditionen, baseret på instruksen af 7. december 1771, også i denne henseende er bevaret, selv om beslutningsprocessen er særegen ved, at hvert votum er udtryk for en samtidig stemmeafgivning og begrundet meningstilkendegivelse. En rådslagning i den betydning, som sædvanligvis tillægges dette ord, finder ikke sted. De afgivne vota er monoliter. Voteringen er også særegen ved, at hver dommer indleder sit votum med at tilkendegive, hvilket resultat han/hun finder rigtigst,[138] og at den pågældende først derefter går over til en gennemgang af de punkter, som skønnes relevante, og til den nærmere begrundelse for sin opfattelse. Modsat den endelige dom kommer konklusionen således før præmisserne. Endelig er det særegent, at voteringen i princippet

133. Selv om retsplejelovens § 268, stk. 3, åbner mulighed for forligsmægling, er det praksis, at forsøg herpå undlades, dels fordi sagerne – ofte efter års forspildte muligheder – netop indbringes med henblik på en juridisk afgørelse, dels fordi voteringsordningen ville gøre en sådan fremgangsmåde upraktisk. Kritik af denne praksis er fremsat af Henrik Bache i U 1967 B p. 137–139.

134. Taletiden er – i princippet – ubegrænset, men et spørgsmål fra retsformanden om, hvor megen tid parterne mener at have tilbage, er et fingerpeg, som advokater med situationsfornemmelse opfatter. I USAs Højesteret er der en limit på tre kvarter. Mikrofonerne afbrydes automatisk, når en rødt lyssende knap ikke respekteres.

135. I straffesager har tiltalte også for Højesteret adgang til at udtale sig, umiddelbart før sagen optages. Det er koutume, at en forsvarer oplyser, når tiltalte (ganske undtagelsesvis) ønsker at benytte denne ret, og der stilles derfor ikke spørgsmål herom fra retsformanden.

136. Efter retsplejelovens § 214, stk. 2 in fine, kan retten (ikke præsidenten) i særlige tilfælde tillade andre at være til stede. Bestemmelsen fortolkes restriktivt, jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 170. Den anvendes, når en ansøger til en ledig stilling som højesteretsdommer inden prøvevoteringen som auscultant overværer 3–4 sager for at få den fornødne indsigt i voteringsordningen. Bortset herfra kan tilladelse kun forventes meddelt i særlige tilfælde i videnskabeligt øjemed eller ved besøg af udenlandske kolleger.

137. Hidtil er optagelse på bånd kun anvendt i U 1983 705 H.

138. Indledningen lyder f.eks.: »Jeg voterer for at stadfæste den indankede dom og for at pålægge appellanten at betale indstævnte x kr. i sagsomkostninger for Højesteret« eller: »Jeg voterer for at tage appellants påstand til følge og for at pålægge indstævnte – – « o.s.v. De efterfølgende voteringer påbegyndes enten med selvstændige tilkendegivelser eller f.eks. med formuleringen: »Jeg voterer som førstevoterende, også med hensyn til sagsomkostningerne«. Under voteringerne omtales kollegerne aldrig med navn, medmindre der citeres fra deres fagliterære produktion. Ved prøvevoteringerne bruges vendingen: »Jeg ville votere for – – «.

kun er udtryk for et foreløbigt standpunkt, som kan ændres, indtil dom er afsagt. Undertiden fremhæves det ved voringens begyndelse, at der votes »under tvivl« eller »med forbehold«, men nogen nødvendighed herfor foreligger ikke. Voringen er kun en skitse til et resultat.

Omfanget af den førstevotes redegørelse vil afhænge af sagens karakter. Da en betydelig del af de indankede domme angår komplicerede spørgsmål, og da opmærksomheden ofte må rettes mod afgørelsens præjudikatværdi, er det ikke ualmindeligt, at det indledende votum strækker sig over 1 til 1½ time, efter omstændighederne mere.[139] Til brug ved denne krævende opgave vil førstevotes i større sager før domsforhandlingen have forberedt et privat notat med hovedpunkter om faktum, anbringender og juridisk materiale, som førstevotes – ligesom de øvrige dommere – under domsforhandlingen supplerer med fyldige notater fra parternes indlæg. Desuden vil førstevotes foran sin plads på dommerskranken have samlet et arsenal af domssamlinger, juridisk litteratur og andet materiale med nedstukne sedler (»faner«) på relevante steder, hvorfra citering kan foretages under voringens forløb.

Det beror på den enkelte dommer, hvilken disposition der følges. En af metoderne i en civil sag[140] består i at begynde forelæggelsen med en kort præsentation af sagens hovedproblemer og parternes anbringender, inden der fortsættes med de faktiske oplysninger. Da en væsentlig del af faktum i forvejen fremgår af den indankede dom, er det i regelen ikke nødvendigt med en fuldstændig gennemgang[141] af bevismaterialet, og denne del af voringen kan derfor koncentreres om særligt vanskelige dele af bevisførelsen, enkelte faktas vægt og fordelingen af bevisbyrden. På grundlag af de konklusioner, der herefter drages med hensyn til faktum, kan voringen gå over i en dissekering af den betydning for sagens udfald, der på det foreliggende bevisgrundlag kan tillægges parternes anbringender. Undertiden omtales også, hvad der muligt kunne være gjort

gældende, men som parterne ikke har påberåbt sig, og som retten derfor er afskåret fra at tage i betragtning efter retsplejelovens § 338.[142] Det er almindeligt, at førstevotes fortsætter med en omfattende gennemgang af den støtte for det plæderede resultat, der muligt kan hentes fra lovgivningen på det pågældende og eventuelt beslægtede områder, herunder de rammer, en lovtekst objektivt kan sætte, og en bedømmelse af lovgivningens formål,[143] baseret på betænkninger og andre oplysninger fra dens tilblivelse, efter omstændighederne sammenholdt med anerkendte retsgrundsætninger og sædvaner. Desuden er det koutume, at der – bortset fra områder hvor retspraksis er velkendt – af førstevotes ikke alene foretages en systematisk og grundig gennemgang af de præjudikater, parterne har påberåbt sig, med fremhævelse af ligheder og forskelle, men også citeres fra andre offentligt tilgængelige domme,[144] som den votes selv finder belysende. Tidligere højesteretsdomme tillægges betydelig vægt. Allerede et votum i 1775 forudsatte, at en dommer, der har tilhørt mindretallet under en tidligere sag, ved forelæggelse af et tilsvarende problem er forpligtet til at respektere afgørelsen,[145] og denne opfattelse er fortsat gældende. Danske domme har dog ikke bindende virkning på samme måde, som det kendes i angelsaksisk ret,[146] idet det i hvert enkelt tilfælde overvejes, hvilken vægt der bør tillægges hensynet til ensartethed sammenlignet med den almindelige samfundsudvikling, ændringer inden for beslægtede områder eller det praktiske

139. I U 1983 705 H voterede første- og andenvotes hver i mere end en hel retsdag.

140. I straffesager er voringen på grund af den begrænsede prøvelsesret i almindelighed koncentreret om tilstedeværelsen af formildende eller skærpande omstændigheder, personlige oplysninger og domstolens udmålingspraksis.

141. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 87.

142. Pligt til at gennemgå disse muligheder påhviler derimod en prøvevotes, jfr. instruksen af 7. december 1771 § 23.

143. Et forsøg på analyse af lovfortolkning i Højesteret er gjort af Stuer Lauridsen i U 1984 B p. 321–326. Beskrivelsen giver imidlertid ikke noget dækkende billede af den komplicerede og ofte vidtspændende beslutningsproces.

144. Utrykte domme og voldgiftsafgørelser samt kilde-materiale, f.eks. fra loves tilblivelse, der ikke er alment tilgængeligt, vil ikke indgå i overvejelserne, medmindre parterne har sørget for fremlæggelse under sagen, jfr. note 118. Noget andet er, om retten vil tillægge materiale af denne beskaffenhed relevans, jfr. U 1980 569 H og U 1983 307 H samt Funch Jensen i U 1980 B p. 368. Formentlig afvigende Stuer Lauridsen i U 1980 B p. 317–319, U 1981 B p. 63–66 og U 1983 B p. 338.

145. Jfr. Stig Iuul i HR II p. 16.

146. Jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 214.

retslivs behov. Hvor en fyldigere procedure eller nye oplysninger medfører, at rigtigheden af en tidligere afgørelse må drages i alvorlig tvivl, vil der ligeledes være anledning til at anlægge en ny retningslinje, medmindre det praktiske retsliv har indordnet sig i tillid til dommen og en kursændring som følge heraf ville kunne få følelige konsekvenser.[147]

Ved førstevoterendes gennemgang er retsvidenskabelig litteratur, der indeholder en systematisering af domspraksis med fremstilling af retningslinier, som efter forfatterens opfattelse er udtryk for gældende ret, et værdifuldt hjælpemiddel, der ligeledes er genstand for udførlig citering. Også såkaldt retspolitisk litteratur vil indgå i den voterendes overvejelser, afhængig af publikationens kvalitet, men underkastet samme kritiske vurdering som et partsindlæg.[148] Denne – rent juridiske – del af voteringen, hvor dommeren ikke er bundet af forhandlingsmaksimen og ofte gennemfører en dybdeboring, som når længere end proceduren, vil undertiden være den vanskeligste, navnlig hvor den voterende ved siden af eller i mangel af retskilder finder at måtte lade sin indstilling påvirke af mere almene juridiske betragtninger, der – helt afhængig af sagens karakter – bl.a. kan blive præget af billighedshensyn, samfundsmæssige aspekter eller overvejelser om konsekvenserne for andre retstilfælde, enten som enemotiverende grunde eller i kombination med andre lodder i vægtskålen.

Som afslutning på sit votum vil førstevoterende ofte markere, hvorledes præmisserne efter hans/hendes opfattelse muligt kan formuleres, og undertiden oplæse en skitse.[149] Hvis der under parternes replik og duplik har kunnet blive lejlighed til at udarbejde den. Der er imidlertid ingen pligt til udkast på dette stadium, og sagen kan være så vanskelig, at nuancer i de efterfølgende vota vil betyde, at dets værdi som forhandlingsoplæg reduceres.

Når førstevoterende har sat sig, rejser den af

dommerne, der herefter er yngst i anciennitet, sig ved sin plads og påbegynder sit votum, der normalt er af noget kortere varighed, i hvert fald hvis anden-voterende i det væsentlige tilslutter sig de allerede fremførte synspunkter. Den fremhævelse af de to førstevoterendes redegørelse for sagen, som 1771-instruksen omtaler,[150] forstås imidlertid således, at der, jfr. allerede foran, principielt påhviler dem samme opgave. De er begge garanter både for gennemgangen af faktum og for forelæggelsen af alt relevant retligt materiale på sagsområdet. Andenvoterende vil derfor undertiden foretage visse suppleringer, navnlig med hensyn til domme og litteratur. Det forøger voteringsordningens værdi, hvis anden-voterende – også hvor han/hun finder at måtte komme til samme resultat – forsøger at »vende sagen« ved at påpege de svage punkter i argumentationskæden, anskue problemerne ud fra andre vinkler og fremdrage de betænkeligheder af konkret eller principiel art, som resultatet vil medføre. I overensstemmelse med 1771-instruksens ord[151] opretholdes det imidlertid konsekvent, at ingen voterende må polemisere mod sine kolleger, og at respekten for andres afvigende opfattelse er en selvfølge. Hvert votum påhøres i stilhed uden antydning af egen mening.[152]

Efter andenvoterende giver retsformanden efter tur ordet til de øvrige deltagende dommere »nedefra« i advancementsfølgen. Instruksen forudsætter, at voteringen for deres vedkommende skal koncentreres, så gentagelser undgås.[153] Dette tilstræbes fortsat iagttaget, men nutidens sager er i mange tilfælde så omfattende og indviklede, at der må indrømmes et betydeligt spillerum til nuancering og uddybning af både fakta og juridiske betragtninger, i særdeleshed hvor den voterende allerede er eller mener at kunne komme i mindretal, eller hvor den pågældende – trods enighed i resultatet – er indstillet

147. Også med hensyn til straffebestemmelser vil en ændret fortolkning efter omstændighederne kunne anlægges, jfr. U 1980 378 H smh. med U 1944 527 H.
148. Forholdet mellem Højesteret og universiteterne er rammende beskrevet af O. A. Borum i JS 1961 p. 56-70.
149. Traditionelt medtages de voterendes udkast til dom ikke ved gengivelsen af votum i voteringsprotokollen. Citerede domme og litteratur refereres i mange tilfælde kun med sidetal, ikke nødvendigvis med den voterendes kommentarer.

150. § 12: » – – maae deres Vota noget vidtløftigere deducere og udføre – – –«
151. § 13: » – – vare sig for – – – at fremføre noget, som kunde støde eller synes at sigte til at stikle paa den, der er af anden Mening.«
152. § 13: » – – saalænge een voterer, skal alle de andre tie stille, saa at ingen falder den Voterende i Orde- ne, men enhver skal bie, indtil det i hans Orden kommer til ham at votere – – –«
153. § 12: » – – skal Tiden ikke med Repetition af det, som af forhen Voterende er andraget, forlænges og Højeste-Ret dermed opholdes – – –«

på at afgive en til flertalsbegrundelsen konkurrerende dissens.[154] De dommere, der er enige med tidligere voterende både i resultat og begrundelse, kan indskrænke sig til kort at erklære, at de voterer som denne.[155] I så fald udtaler den voterende enten blot: »Ligeledes« eller f.eks. »som første til tredjevoterende«, men en sådan fremgangsmåde er efterhånden gået af brug undtagen i tilfælde, hvor den voterende – navnlig i mindre sager – er helt enig med de forudgående og anser argumentationsmulighederne for udtømt. Hvor retten er sat med 5 eller 7 dommere, indtager henholdsvis 3. og 4. voterende nøglepositioner, idet de har mulighed for at skaffe sig flertal i den efterfølgende voteringsrække for en anden opfattelse end den hidtil fremsatte, hvad der kræver omhu, tid og efter omstændighederne taktiske evner.[156] Instruksen fortolkes i det hele så liberalt, at retsformanden aldrig skrider ind, selv om voteringen bliver overordentlig langstrakt. Begrænsningen afhænger derfor af den enkeltes selvdisciplin.

Som i retsplejeloven foreskrevet voterer retsformanden til sidst. Enten han eller en af de andre sidstvoterende vil, navnlig når der er divergerende begrundelser for samme resultat, søge at foretage en sammenfatning med henblik på en fællesnævner, så dommen kan formuleres omkring centrale punkter, hvorom der er udsigt til enighed, og herved opnå fornøden kraft. I det overvejende antal tilfælde vil der på dette tidspunkt allerede foreligge et flertal for resultatet,[157] eventuelt med skitser til præmisser

fra flere voterende, hvert med deres fortrin og mangler, og som ved den efterfølgende domsskrivning må tilpasses efter hinanden. Som voterende har retsformanden imidlertid ikke større indflydelse end en hvilken som helst anden af kollegerne. Giver hans votering anledning til, at standpunkter ændres, sker det udelukkende som følge af argumenternes vægt, ikke i kraft af hans position som retsleder.[158]

Når samtlige voterende har haft ordet, har de efter 1771-instruksen i samme rækkefølge ret til at foretage ændringer, tilføjelser eller oplysninger til deres vota efter den ved de efterfølgendes voteringer givne anledning.[159] Bestemmelsen herom forstås således, at der kun kan fremsættes en kort bemærkning med hensyn til den voterendes egen stilling til resultatet, og at den ikke hjemler adgang til imødegåelse af andres synspunkter. I praksis benyttes bestemmelsen sjældent, i så fald ved en tilkendegivelse uden kommentarer fra den voterende om, hvilket af de andre vota han herefter tilslutter sig. Systemet er ensbetydende med, at den voterende har ordet én gang og kun denne ene gang.

Bortset fra en pause mellem kl. 11.30 og 12 fortsætter voteringen uden afbrydelse inden for den dagligt normerede tid til domsforhandlinger.[160] Er den ikke afsluttet på slaget 14, fortsættes næste morgen. Den er en fysisk og psykisk udfordring, hvor samtlige aktører søger at udfylde deres opgave på højeste intellektuelle niveau til opnåelse af det efter deres bedste overbevisning rigtige resultat.[161] Voteringen er, når den er bedst, en inspirerende vekslen mellem forskellige synspunkter, begyndende med de to førstevoterendes systematiske sagsopbygning, efterfulgt af de ældre voterendes mere frie betragtninger, ofte ubundet af manuskript, men støttet på udførlige notater fra partsindlæggene og med baggrund i mangeårige erfaringer fra for-

154. Det må herved erindres, at 1771-instruksens koncentrationskrav under datidens forhold havde større rimelighed, fordi højesteretsdomme blev afsagt uden præmisser. I større sager votes der fra 3. voterende og »opefter« ikke sjældent hen imod en halv time, dog således at varigheden gradvis aftager i voteringsfølgen.

155. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 88.

156. Det hænder også, at voterende, der for så vidt er enige med flertallet, »ofrer sig« ved afgivelse af dissens, således at tvivlsspørgsmål kommer til at fremtræde tydeligere ved præmisformuleringen.

157. Det tilstræbes, at retten sættes med et ulige antal dommere. I de sjældne tilfælde, hvor stemmetallet står lige, gør retsformandens stemme udslaget, jfr. retsplejelovens § 216, stk. 1. Om straffesager gælder dog særlige regler i stk. 2 og 3. Hvor der ikke er flertal for nogen bestemt opfattelse, indeholder § 216 iøvrigt nærmere forskrifter om udfindelsen. Højesteret fastholder i så fald som hovedlinje den såkaldte resultatmetode, jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 175–189.

158. Om den afvigende norske ordning henvises til foranstående note 79.

159. § 13: »— — skal det i samme Orden være enhver tilladt at forandre, tillægge eller oplyse hans Votum, efter den af de siden ham Voterende dertil givne Anledning.«

160. Kl. 9 til 14, jfr. foran. Den følgende sag må normalt vente, til voteringen er afsluttet.

161. Beskrivelser af voteringen er givet af Victor Hansen i Retsplejen ved Højesteret p. 169–174 og i JS 1961 p. 85–88. af Mogens Hvidt i Tidsskrift for Juridiska Föreningen i Finland 1979 p. 306–311 og i Festskrift til W.E. von Eyben p. 38–41 samt af P. Christensen i Festskrift til Rolv Ryssdal p. 44–45.

skellige dele af retslivet.[162] Hver enkelt dommer har sin egen stil, afhængig af personlighed og temperament, spændende fra forsigtige antydninger over advokatoriske præstationer til videnskabelige udredninger og praktiske ræsonnementer, men med gensidig hensyntagen og respekt. Det forhold, at voteringen sker under omstændigheder, hvor den enkelte dommer ikke er bundet af nogen tidsramme, og at den voterende frit og uforbeholdt kan give sin mening til kende uden at føle sig påvirket af kolleger, offentligheden eller særlige kredse, har utvivlsomt medvirket til at gøre denne del af beslutningsprocessen levende, sikre grundighed og objektivitet og bevare følelsen af personlig integritet. Formen er samtidig fremmende for tolerance og evnen til at anskue sagerne ud fra meget forskellige vinkler. Det betragtes ikke som et nederlag at komme i mindretal, og meningskombinationerne er så vekslende fra sag til sag, at Højesteret er frigjort fra de blokdanelser, som kendes i andre dele af samfundet.[163]

Efter voteringens afslutning foretages der straks

skridt til koncipering af dommen, som efter retsplejelovens § 216, stk. 5, skal »føres i pennen« af retsformanden eller af den, hvem han overdrager hvervet. Før rettens deling blev domsudkastet som regel underkastet en forberedende gennemgang i et tremandsudvalg,[164] bestående af retsformanden, udkastets koncipist og en af retsformanden udpeget dommer, inden det blev drøftet af samtlige voterende. Denne praksis, der efter delingen opretholdtes i visse sager, er nu forladt. Konciperingen af den del af dommen, som ikke indeholder præmisser, samt præmisserne i sager, om hvis resultat der er enighed, overlades til førstevoterende. Er der afgivet dissens, betroes konciperingen af henholdsvis flertallets og mindretallets præmisser til de i voteringsrækken »nederste« i hver gruppe.

Den nærmere ekspeditionsform på dette betydningsfulde stadium af beslutningsprocessen beror på konciperingens sværhedsgrad.[165] I overensstemmelse med retsplejelovens § 219, stk. 1, lægges der – som det har været rettens tradition gennem århundrederne – vægt på hurtig domsafsigelse, men samtidig også på udførlige og nøje overvejede præmisser. Affattelsen kræver derfor stærk koncentration og stor samarbejdsvilje mellem dommerne.

I sager, der ikke indeholder særlige konciperingsproblemer, typisk straffesager, der alene er anket på udmålingen, eller borgerlige sager, hvor samtlige dommere er enige om stadfæstelse in terminis, er det praksis, at der umiddelbart efter voteringen i et af dommerværelserne afholdes et møde, hvor førstevoterende oplæser et håndskrevet udkast, som – hvis det vinder tilslutning og ingen ønsker udsættelse på yderligere overvejelse – straks kan videregives til justitskontoret til udskrivning af dom.

I de fleste sager kræver konciperingen imidlertid en langt mere indgående arbejdsprocedure. Det er ikke ualmindeligt, at der også i sådanne tilfælde snarest efter voteringen afholdes et tilsvarende møde, hvor den mulige opbygning af dommen, herunder gengivelse af anbringender, medtagelse af

162. Til højsteretsdommer kan efter retsplejelovens § 43 i regelen kun udnævnes personer, der i 3 år har været landsdommer, præsident for visse kollegiale retter, rigsadvokat, højsteretssagfører, departementschef i centraladministrationen eller beskikket lærer i lovkyndighed ved universiteterne. De fleste af rettens nuværende medlemmer har før ansættelsen haft en omfattende uddannelse i centraladministrationen, som advokater, procedører for anklagemyndigheden og som dommere ved by- og landsretter. Nogle har desuden beskæftiget sig med juridisk skribentvirksomhed eller haft tilknytning til universiteterne. Privat og gennem forskelligartede hverv, herunder også socialt arbejde, er de i nær kontakt med andre dele af samfundet end den juridiske sektor. Myten om deres verdensfjerne tilværelse i et »elfenbenstårn« har ikke noget med virkeligheden at gøre.

163. De politisk betonedede udnævnelser, der forekom i sidste århundrede, må betragtes afsluttet med justitsminister Albertis fejlslagne forsøg i 1907, jfr. note 59. Dommerne kommer i dag fra forskellige miljøer i samfundet og har naturligt ikke samme politiske anskuelser, men det kommer ikke til udtryk under voteringerne og har ingen indvirkning på samarbejdet. For at bevare tillid til retten i alle befolkningskredse forventes det, at dommerne afholder sig fra politisk aktivitet. Peter Blume har i U 1981 B p. 211–225 refereret en undersøgelse af dommernes stillingtagen til bestemte sagstyper. Forestillingen om grupperinger og konfliktorientering

svarer ikke til de faktiske forhold, jfr. Spleth i U 1981 B p. 346–348 og Mogens Hvidt i Festskrift til W. E. von Eyben p. 47.

164. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 89.

165. Forhandlingerne vedrørende domskonciperingen er omtalt af Victor Hansen i JS 1961 p. 89–90, Mogens Hvidt i Tidsskrift for Juridiska Föreningen i Finland 1979 p. 311–312 og i Festskrift til W. E. von Eyben p. 41–43 og p. 46–47.

nye oplysninger og præmisformuleringer, foreløbig drøftes, eventuelt på grundlag af håndskrevne udkast. Den egentlige forhandling om dommens enkeltheder kan imidlertid først påbegyndes, når de designede koncipister eller andre, der har tilkendegivet ønske om at fremsætte skriftlige forslag, har afsluttet deres overvejelser og fået deres udkast maskinskrevet og omdelt til kollegerne. Den forhandling, der herefter finder sted under retsformandens ledelse og med deltagelse af samtlige voterende, består i en minutløs gennemgang af hver enkelt sætning i de foreliggende udkast, som endevendes grammatisk og juridisk. Gennemgangen kan for så vidt betegnes som en fortsættelse af voterings hovedpunkter, hvor der både kan ske en tilslibning af synspunkter med frafald af dissenser til følge og en uddybning af forskelle, som nødvendiggør dissensafgivning. Selv om der er mulighed for en formel genoptagelse af voteringen,[166] antages der ikke i praksis at være behov herfor, medmindre der opstår en sådan tvivl om det fornødne flertal, at en afklaring kun kan opnås gennem en subsidiær votering. Ændringer af begrundelserne bliver derfor normalt ikke tilført voteringsprotokollerne, hvis indhold – uanset forskningsmæssig interesse – ikke uden videre kan tjene som fortolkningsbidrag til forståelsen af præmisserne og bedømmelsen af afgørelsens præjudikatværdi.[167]

166. Jfr. Victor Hansen i JS 1961 p. 90.

167. Voteringsprotokollernes værdi som kildemateriale er også af andre grunde mere begrænset, end det undertiden antages blandt forskere, se bl.a. Jørgen Mathiassen i U 1976 B p. 61 ff. Dommerne har normalt ikke tid til at gennemlæse voteringsprotokollerne, når de er færdigskrevet af sekretærene, og indestår ikke for rigtig gengivelse. Da voteringerne kan være meget langvarige og dommerne undertiden taler hurtigt, må protokolsekretærenes håndskrevne notater, der danner grundlag for et koncept, som senere maskinskrives, nødvendigvis være summariske, og væsentlige nuancer kan gå tabt eller blive misforstået. Desuden overværer protokolsekretærene på grund af deres forøgede arbejde med referater i skriftlige kære- og domssager fra 1981 ikke længere proceduren under mundtlige domsforhandlinger og har derfor ikke samme kendskab til sagsdetaljerne som tidligere. De voteringsprotokoller, der ikke er afleveret til Rigsarkivet og dermed underkastet dets særlige regler, kan med præsidentens tilladelse gennemses i retten, hvis det sker til brug for det praktiske retsliv eller for faglitterær

Under forhandlingerne om domskomciperingen sker der ofte betydelige rettelser i udkastene, dels ved forkortet gengivelse af nye oplysninger til det strengt relevante, dels i form af ombyrddninger af sætninger, ændret rækkefølge mellem disse samt tilføjelser eller stramninger i præmisserne, eventuelt således, at dele fra afvigende udkast sammensmeltes med hovedkonceptet. Mange mosaikker skal ofte falde på plads, og udførelsen af denne opgave sker under et intenst og inspirerende samarbejde, hvor alle dommere på lige fod yder deres bidrag til de formuleringer, som efter deres opfattelse trænger ind til sagens inderste kerne og logisk begrundet resultat, som de kan tilslutte sig. Fremgangsmåden medfører, at dommere, der er enige i resultatet, men som under voteringen har haft en særlig opfattelse med hensyn til begrundelsen, sjældent afgiver konkurrerende dissens, og det tilstræbes, at majoritetens og minoritetens begrundelser så vidt muligt »står til hinanden« på en sådan måde, at de markerer, hvilket afgørende punkt der skiller dommerne. 1771-instruksens forskrifter om god kollegial optræden under voteringen anses som en grundsætning, der også iagttages under forhandlingerne om domskomciperingen, og præmisserne indeholder – i modsætning til amerikanske højesteretsdomme – ingen polemik mellem flertal og mindretal.

I regelen lykkes det under den omtalte gennemgang og samordning af forskellige synspunkter at opnå enighed om et koncept til den endelige domsformulering, uden at yderligere forhandling er nødvendig. Hvor ændringerne til de oprindelige udkast er betydelige, fremsættes der dog ofte ønske om, at konceptet renskrives, og en udsættelse vil ligeledes være påkrævet, når blot en enkelt dommer ønsker tid til at overveje endelig stillingtagen til resultat og formulering. Dette vil i praksis være aktuelt, hvor sagen er omfangsrig og/eller kompliceret, navnlig hvor der er opstået spørgsmål om, hvorvidt dommen bør indeholde retssætninger eller fortolkningsbidrag med et generelt indhold. Sådanne udtalelser er intrikate, fordi de berører den vanskelige afgrænsning mellem den lovgivende og dømmende magt, og det vil efter omstændighederne vise sig nødvendigt med yderligere udkast og møder, inden enighed kan

virksomhed. Efter praksis er det en forudsætning, at dommen enten er over 20 år gammel, eller at ingen af de deltagende dommere længere er i live, jfr. betænkning nr. 164/1956 p. 32.

opnås. Højesteret vil desuagtet normalt være i stand til at afsige dom allerede inden for et par dage efter optagelsen, således at eksemplarer af dommen straks står til parternes disposition. Som ved de øvrige domstole foregår domsafsigelsen alene ved oplæsning af konklusionen i et offentligt retsmøde, jfr. retsplejelovens § 219.[168]

Som foran omtalt har spørgsmålet om præmissernes omfang og dermed deres betydning for det praktiske retsliv og for retsvidenskaben været genstand for diskussion. Højesteret tillægger det derfor betydning, at dommene fremtræder i et klart og tydeligt sprog, og at de ikke efterlader nogen tvivl om begrundelsen. Traditionelt er danske domme præget af en stærk sammenfatning, hvor opmærksomheden må rettes mod hvert ord og hver sætning. Denne teknik medfører risiko for, at præmisserne er vanskeligt tilgængelige for læsere, der ikke er sagkyndige, og Højesteret har derfor i de senere år foretrukket en noget friere sprogbrug, hvor dommen har interesse for videre kredse.[169] Både dissenspligten og nedsættelsen af dommertallet i den enkel-

te sag har internt lettet mulighederne for en præmisudvikling, men det er samtidig en ulempe, at retten som følge af det forøgede sagstal må foretage tættere beramninger end tidligere og derfor kan komme i situationer, hvor domskonciperingen må afsluttes under tidspres.

Klarheden i præmisserne er i første række et hensyn til parterne og deres advokater, medens der nok i dommerkredse – i hvert fald tidligere[170] – har været mindre tilbøjelighed til at jævne vejen for retsvidenskaben gennem anerkendelse eller forkastelse af teoretiske læresætninger. Denne side af domsformuleringsproblemerne er yderst kompliceret og kan næppe uden videre anses afklaret ved de udtalelser, der blev afgivet af Højesteret og folketingsudvalget før loven af 10. maj 1958.[171] Problemet ligger ikke alene i udførligheden af præmisserne. Spørgsmålet er i lige så høj grad, hvornår Højesteret kan og bør udtale sig *ex cathedra* med almene tilkendegivelser.

En dom er efter sit indhold og egentlige formål en afgørelse mellem processens parter, og retten påtager sig en langt videregående og betænkelig opgave, når den udtrykker sig på en måde, som giver afgørelsen et bredt sigte. På den anden side er berettigelsen af en retsudfyldende og retsskabende funktion ubestridt og gennem lang tid[172] betragtet som en af Højesterets vigtigste opgaver, uden at der opstilles nogen grænse mellem fortolkende virksomhed og udformning af retsgrundsætninger.

For at holde denne funktion inden for passende rammer vil principielle udtalelser *normalt* forudsætte, at sagen efter sin type egner sig, at den ikke indeholder særegne omstændigheder, som i sig selv må føre til et bestemt resultat, at der er tilvejebragt et sikkert procesmateriale, at anbringenderne gør en principbeslutning mulig, og at der forinden er sket

168. Under hensyn til en betydelig offentlig interesse fandt oplæsning af præmisser dog sted i U 1978 315 H, hvor der desuden blev meddelt Danmarks Radio tilladelse til optagelse fra retssalen.

169. Se U 1978 315 H og U 1983 705 H. Retten stilles undertiden over for den meget vanskelige opgave samtidig at skulle forklare sagens parter begrundelsen for resultatet i jævne og enkle vendinger og af hensyn til advokater og retsvidenskab at anvende den specielle udtryksmåde, som netop er oplysende for juridisk sagkyndige. Vanskelighederne er særlig store, hvor en sag angår indviklede retlige spørgsmål eller den må antages at kunne blive tillagt præjudikatværdi. Den telegram-form og stilistiske nivellerings, som Peter Blume i U 1985 B p. 313–320 anser for et fremskridt, er kun en del af dette gamle problem. Det er selvsagt altid ønskeligt, at præmisserne er umiddelbart forståelige for parterne, men Højesteret kan på grund af sagens karakter være nødsaget til at foretrække et præcist fagsprog, som advokaterne derefter må give klienterne vejledning om, jfr. Trolle i U 1962 B p. 263. Præmisformulieringerne veksler fra land til land, afhængig af en historisk tradition. Eksempelvis er tyske og amerikanske domme ofte meget langstrakte, uden at den juridiske essens nødvendigvis træder tydeligere frem. Se iøvrigt vedrørende domsaffattelse navnlig J. L. Frost i J 1956 p. 195–234 og Johannes Bangert i Juridisk Grundbog II (1975) p. 325–344 og med hensyn til juridisk stil og sprogbrug W. E. von Eyben smstds. p. 489–536.

170. Se Cosmus Meyers erklæring fra 1925 (gengivet i betænkning nr. 164/1956 p. 102–105). Kendt er den noget barske bemærkning om, at Højesteret ikke er en læreanstalt.

171. FT 1957–58 tillæg B sp. 442–444 og sp. 371–372, jfr. foranstående noter 111 og 112.

172. Vilkårligt valgte historiske eksempler på Højesterets medvirken til skabelse af grundsætninger inden for civilretten er culpa-regelen (der kan føres tilbage til en højesteretsdom fra 1759), pengeregelen samt reglerne om negotiabilitet, *condictio indebiti*, urigtige og bristende forudsætninger samt ekstinktive erhvervelser, jfr. nærmere Stig Iuul i HR II p. 36–58.

gennemprøvning[173] af holdbarheden ved afgørelsen i en række konkrete retstilfælde. Der må forventes tilbageholdenhed, hvor et forberedende lovgivningsarbejde er påbegyndt, eller hvor der på anden måde er udsigt til en tilfredsstillende generel løsning. Hvor et akut problem er opstået, eller hvor lovgivningsmagten i en årrække har forholdt sig passiv over løsningen af juridiske spørgsmål, som har betydning for større kredse,[174] vil betænkelighederne omvendt være mindre, men en fuldstændig opregning af betingelserne lader sig vanskeligt foretage, da også en række (mere eller mindre) individuelle forhold kan spille ind. Jo stærkere præmisserne formuleres i principiel retning, des stærkere bliver præjudikatvirkningen og dermed risikoen for blokering af en retsudvikling.[175]

Af hensyn til både teoretikeres og praktikers velforståede interesse for enkeltafgørelser af almen betydning har rettens medlemmer fra 1981 – bl.a. efter ønske fra Højesteretsskrankens bestyrelse – genoptaget den publicering af domskommentarer, der gennem en årrække havde fundet sted (oprindeligt i Tidsskrift for Retsvidenskab, senere i Ugeskrift for Retsvæsen), og som ophørte i 1975. Artiklerne er ikke officielle tilkendegivelser fra retten, heller ikke supplementet til præmisserne, men enkeltdommernes bemærkninger med den særlige baggrund, at de har deltaget i behandlingen.[176] Kommentarerne fremkommer kun i yderst begrænset omfang, højest ca. 10 om året, og koncentrerer om emner, der har almindelig interesse i juridiske kredse, eller som har været genstand for offentlig opmærksomhed. Selv om artiklerne naturligt giver udtryk for forfatterens opfattelse, er de ikke ment som diskussionsindlæg,[177] men som en orientering, og der lægges

navnlig vægt på oplysning om domme og litteratur, som er indgået i overvejelserne. Iøvrigt søges de vanskeligheder med hensyn til tilvejebringelse af kildemateriale, som er fælles for retsvidenskab, advokater og dommere, formindsket ved fyldigere noter end hidtil ved de afgørelser, der offentliggøres i Ugeskriftet. Som det fremgår af foranstående oplysninger om voteringsordningen, kan kildematerialet inden for visse sagsområder imidlertid være betragteligt, og Ugeskriftets rammer ville sprænges, hvis kilderne skulle gengives in extenso. Der har måttet foretages en rimelig begrænsning til centrale kilder, der kan benyttes som udgangsbasis. Virkelige fremskridt kan først opnås ved en databehandling af lovgivning, litteratur og domspraksis.[178]

Det har med denne gennemgang af Højesterets arbejdsform alene været formålet at fremdrage visse hovedtræk i historisk sammenhæng til forståelse af den retstradition, som stadig følges. Udeholdt er derimod forskellige detailregler, som procesretten er så rig på. Til de kontroversielle spørgsmål, som ligeledes falder uden for fremstillingen, hører en større åbenhed over for offentligheden og en opgivelse af den anonymitet, der præger rettens arbejde, og som medfører, at dommerne trods deres centrale position er så godt som ukendte uden for fagkredse. Uagtet Højesterets domme i en række tilfælde er af stor betydning for samfundet, er orienteringen herom beskeden, og pressen har ikke kunnet afse en afløser for den redaktør, der indtil 1983 virkede som en værdifuld referent med kontor i retsbygningen. Det er derimod et fremskridt, at Højesteret nu får jævnlige besøg af juridiske studerende og andre interesserede grupper, som efter forudgående aftale med en af dommerne får en briefing om rettens virksomhed med rundgang i lokalerne. Forhåbentlig vil det være et af midlerne til at aflive de myter og fordomme, som det undertiden har været rettens lod at måtte bære. Trods alderen er Højesteret en livs-

173. Jfr. O. A. Borum i JS 1961 p. 59.

174. Fra de senere år kan nævnes den økonomiske opgørelse mellem ugifte samboende, når samlivet ophæves.

175. Stærke præmisser om principielle spørgsmål er ensbetydende med en tilnærmelse til det angelsaksiske system med præjudikatdyrkelse til følge. Retten vil derfor foretrække en konkret afgørelse, hvor den ikke vil binde sig for meget, jfr. Victor Hansen: Retsplejen ved Højesteret p. 214. Et eksempel på den hårfine grænse mellem en generel udtalelse og en konkret afgørelse er U 1983 392 H, jfr. Torben Jensen i U 1984 B p. 73–79.

176. Jfr. Mogens Hvidt i U 1981 B p. 69. Se foran med note 55.

177. Kritik af forfatterens synspunkter kan derfor ikke

forventes besvaret og passivitet over for kritikken ikke opfattes som en indrømmelse eller godkendelse. Det er et generelt problem for Højesterets dommere, at de – af hensyn til rettens neutralitet – som forfattere må udvise større tilbageholdenhed end andre skribenter, selv hvor en sønderlemmende imødegåelse ellers ville være berettiget.

178. Den amerikanske Højesteret, der råder over et omfattende bibliotek, kan desuden trække på et perfekt computersystem i kongressens bibliotek, som formodentlig er verdens største.

kraftig og effektiv domstol, hvor arbejdsformen har bevaret en forbløffende gennemslagskraft i et stærkt ændret samfund. Set indefra virker formen ideel. Den har utvivlsomt været medvirkende til at sikre upartiskhed og kvalificeret behandling, og den har vist sig egnet til at løse selv de største og mest krævende opgaver, uden vanskelighed tilpasset udviklingen inden for hver ny generation.

Et særligt problem er derimod den stærke stigning i antallet af indbragte sager, der gennem længere tid har oversteget rettens kapacitet og herved medført stadig større restancer.[179] På længere sigt er en delvis løsning tilvejebragt ved de forhøjelser af værdigrænsen, som efter retsplejelovens § 225 er gældende for byretssager,[180] kombineret med Justitsministeriets praksis med hensyn til de nødvendige tredjeinstansbevillinger, der efter § 371, stk. 1, kun kan meddeles, hvis sagen er af principiel karakter, eller særlige grunde taler derfor. Som det skete i tiden efter besættelsen, vil der endvidere kunne ske en vis nedbringelse af restancerne ved udvidet anvendelse af skriftlig behandling i borgerlige domssager, men denne fremgangsmåde, der kun kan have undtagelsens karakter, er en betænkelig fravigelse fra mundtligheds- og offentlighedsprincippet og internt en besværlig og upraktisk arbejdsform. I praksis vil muligheden iøvrigt afhænge af, om sagens parter selv foretrækker skriftlighed frem for en lang berømmelsestid til en mundtlig domsforhandling.

Selv om det er et fremskridt at lette Højesteret ved i det hele at henlægge funktionærsager til byretterne som første instans, ved at afskære direkte appel fra Sø- og Handelsrettens skifteafdeling og ved at betinge admittering af kæremål vedrørende sagsomkostninger af justitsministeriel tilladelse, må det forventes, at betydelige økonomiske interesser, en forøget tilbøjelighed til at udnytte enhver klagead-

gang og de større konfliktmuligheder, samfundsudviklingen medfører, fortsat vil medvirke til indbringelse af et meget betydeligt antal borgerlige sager. Da en forringelse af rettens arbejdsform og en yderligere deling (således som den f.eks. kendes ved den tyske forbundsrepublik Højesteret i Karlsruhe) næppe er acceptable løsninger, vil det, hvis problemet fortsætter, være nærliggende at overveje en ophævelse af værdigrænsen i retsplejelovens § 225, således at rettens virksomhed koncentrerer sig om det, som gennem århundrederne har været betragtet som hovedopgaven: at pådømme retstilfælde, som har principiel betydning, eller som i særlig grad har økonomiske eller ideelle konsekvenser for parterne. Hertil hører nødvendigvis den stadig tættere legalitetskontrol med forvaltningen, som har været et karakteristisk træk i rettens historie efter 1849,[181] og den prøvelse af lovens grundlovsmæssighed, der i dag må anses for ubestridt, men som endnu ikke har gennemgået en tilsvarende udvikling.[182]

Til ønskerne ved passagen af milepælen må navnlig høre, at Højesteret – udover den ved grundloven sikrede formelle uafhængighed – også må bevare den reelle uafhængighed af de øvrige statsmagter.[183]

179. I 1984 indkom 375 nye borgerlige sager; ved udgangen af året var restancen for samtlige sager 508, ved udgangen af september 1985 549. I 1982, 1983 og 1984 blev afsagt henholdsvis 270, 230 og 247 domme og kendelser i borgerlige sager og henholdsvis 81, 63 og 63 domme og kendelser i straffesager (exclusive varetægtskendelser). Selv om en del af de indankede sager hæves, må der for tiden påregnes at hengå ca. 1 år fra det tidspunkt, da sagsforberedelsen er afsluttet, indtil domsforhandling kan finde sted. Dette er klart utilfredsstillende for både parter og Højesteret.
180. Pr. 1. januar 1980 blev grænsen forhøjet fra 30.000 kr. til 100.000 kr., fra 1. juli 1984 til 200.000 kr.

181. Jfr. Bent Christensen i HR I p. 354–401.
182. Højesteret har endnu ikke tilsidesat nogen lov som grundlovsstridig. Under voteringen i U 1921 644 H var der flertal herfor, men sagen endte i modsat retning med stemmetallet 6–5. Om forskellige højesteretsafgørelser vedrørende kontrollen med lovgivningsmagten henvises nærmere til Bent Christensen i HR I p. 401–408. Årsagen til Højesterets tilbageholdenhed må søges i grundlovens vage formuleringer, påpasselighed under lovgivningsarbejdet og de historiske forhold i det 19. århundrede, da det nye statssystem skulle opbygges. Der er således en markant forskel fra USAs Højesteret, som fra begyndelsen – og navnlig under John Marshall (højesteretspræsident 1801–1835) – etableredes som et reelt værn mod krænkelse af forfatningen.
183. Til disse problemer hører de ekstraordinære domstole, som efter retsplejelovens § 21, stk. 1, jfr. grundlovens § 61, sidste pkt., kan nedsættes uden dømmende myndighed. Uanset den i note 64 nævnte midlertidige udvidelse af Højesterets dommertal har anvendelsen af særdomstole og undersøgelser med højesteretsdommere som formænd i de senere år været en alvorlig belastning for retten og gennem længere tid afskåret de pågældende dommere fra deres sædvanlige arbejde. Anvendelsen af særdomstole er betænkelig, hvis den efterfølgende afgørelse unddrages de almindelige domstole.

og at retten, befriet for politisk infiltration, med optimale garantier kan søge at løse menneskelige konflikter, opretholde retssikkerheden og beskytte den enkelte mod overgreb fra nutidens magtkoncentrationer og dermed leve op til de ord, som Christian V ved et tillæg til Kongeloven lod fremstå som sit

politiske testamente, i første række møntet på sine successorer på tronen, men også med gyldighed for sine successorer som dommere: at dømme uden persons anseelse og at sikre, »at den Fattige saavel som den Rige, den Ringe saavel som den Mægtige, vederfares Skel og Ret.«
