

Morten Wegener

JURIDISK METODE

2. reviderede udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1994

Juridisk Metode

© 1994 Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Gentofte Tryk
Printed in Denmark 1994
ISBN 87-574-6760-9

Forord

Nunquam vidi justum derelictum

Den hermed foreliggende anden udgave adskiller sig navnlig fra forgængeren derved, at det internationale stof er prioriteret kraftigt op. Det er set som en nødvendig konsekvens at det internationale retssamkvems stadigt øgede betydning. På nogle punkter er rammerne for, hvad der henset hertil kan forventes medtaget i en fremstilling om retsanvendelsens metode, dog klart blevet overskredet. Det gælder fx med hensyn til behandling af institutionerne i Den Europæiske Union og beslutningsprocesserne i disse. Et vist kendskab til sådanne forhold er imidlertid en forudsætning for, at læsere kan få et rimeligt udbytte af den øvrige del af fremstilligen. Systematiske og indholdsmæssige hensyn har derfor måttet vige pladsen for praktiske.

Bogen er fortsat først og fremmest tænkt som et hjælpemiddel ved undervisningen i erhvervsjuridiske fag på universiteter og handelshøjskoler.

Aalborg, januar 1994

Morten Wegener

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	7
Forkortelser	15

Kapitel I

Indledning

1.1. Retlige og andre normer. Retsordenen	17
1.2. Om retsanvendelsens metode i almindelighed	19
1.3. Metodelærens nationale præg	26
1.4. Litteratur til kapitel I	28

Kapitel II

Om nogle grundlæggende begreber og om retsordenens almindelige bestanddele

2.1. Retskilder, retskildefaktorer og retskilde- og fortolkningsprincipper	31
2.2. Norm, bestemmelse og regel	33
2.3. Forskellige slags regler	35
2.3.1. Inddelingskriterier	35
2.3.2. Tilblivelsesmåde	36
2.3.3. Hierarkisk placering	39
2.3.4. Efter indhold	41
2.3.5. Efter funktion	47
2.3.6. Præcisionsniveau	52
2.3.7. Intensitet	56
2.3.8. Afslutning	59
2.4. Pligt- og kravtermer m.v.	60
2.5. Koblingsbegreber	62
2.6. Litteratur til kapitel II	65

Kapitel III

Hvad er gældende ret?

3.1. Indledning	67
-----------------------	----

Indholdsfortegnelse

3.2. Ross' prognoseteori	69
3.3. Kommentar	72
3.4. Litteratur til kapitel III	76

Kapitel IV

Om retsafgørelses grundlæggende alogiske karakter

4.1. Forholdet mellem retlige og faktiske præmisser	79
4.2. Lidt mere om vurderinger	89
4.3. Litteratur til kapitel IV	91

Kapitel V

Nationale retskildefaktorer

5.1. Indledning	93
5.2. Lovgivning	94
5.2.1. Begreb m.v.	94
5.2.2. Kort om beslutningsprocessen	94
5.2.2.1. Rent nationale forhold	94
5.2.2.2. Lovgivning som berører eller er en konsekvens af EU-samarbejdet	96
5.2.3. Kundgørelse og ikrafttræden	97
5.2.4. Retskildemæssig betydning	97
5.2.5. Findesteder	98
5.3. Loves forarbejder	99
5.3.1. Begreb m.v.	99
5.3.2. Retskildemæssig betydning	99
5.3.3. Findesteder	101
5.4. Administrativt fastsatte bestemmelser	102
5.4.1. Begreb m.v.	102
5.4.2. Kundgørelse	103
5.4.3. Retskildemæssig betydning	104
5.4.4. Findesteder	105
5.5. Retspraksis	106
5.5.1. Begreb m.v.	106
5.5.2. Om vurdering af præjudikater	109
5.5.3. Særligt om præjudikatanvendelsen inden for den offentlige ret	115
5.5.4. Findesteder	117
5.6. Administrativ praksis	118
5.6.1. Begreb m.v.	118
5.6.2. Retskildemæssig betydning	118

5.6.3.	Særligt om praksis fra visse administrative nævn	121
5.6.4.	Den faktiske betydning for forvaltningen selv	122
5.6.5.	Findesteder	123
5.7.	Ombudsmandspraksis	124
5.8.	»Efterarbejder«	126
5.9.	Sædvaner	128
5.10.	Praksis fra private tvistløsningsnævn	130
5.11.	Voldgiftspraksis	131
5.12.	Aftaler	133
5.12.1.	Den enkelte aftale	133
5.12.2.	Kontraktspraksis	133
5.12.3.	Særligt om kollektive aftaler	134
5.12.4.	Særligt om det offentliges aftaler	135
5.13.	Brancheetiske regler o.l.	136
5.14.	Doktrinen	136
5.15.	Forholdets natur	137
5.16.	Litteratur til kapitel V	139

Kapitel VI

Folkeretlige kildefaktorer

6.1.	Indledning	141
6.2.	Typiske folkeretlige kildefaktorer	142
6.2.1.	Inddelinger	142
6.2.2.	Traktater	143
6.2.3.	Folkeretlige sædvaner	146
6.2.4.	Præjudikater	146
6.2.5.	Almindelige retsgrundsætninger	149
6.3.	Generelt om forholdet mellem folkeret og national ret	150
6.3.1.	Det folkeretlige udgangspunkt	150
6.3.2.	Former for opfyldelse af folkeretlige forpligtelser . . .	151
6.3.3.	Indgåelse og opfyldelse af folkeretlige forpligtelser efter dansk ret	152
6.3.3.1.	Indgåelse	152
6.3.3.2.	Abstrakt opfyldelse	153
6.3.3.3.	Løbende opfyldelse	154
6.4.	Folkeretten som kildefaktor i dansk retspraksis	157
6.4.1.	Traktater	157
6.4.1.1.	Abstrakt opfyldelse foretaget	157
6.4.1.2.	Abstrakt opfyldelse ikke foretaget	158
6.4.2.	Folkeretlige sædvaner	159

Indholdsfortegnelse

6.4.3.	Andre folkeretlige kildefaktorer	161
6.4.4.	Sammenfatning	161
6.5.	Findesteder	162
6.6.	Litteratur til Kapitel VI	163

Kapitel VII

EU-retlige kildefaktorer

7.1.	Indledning	165
7.1.1.	Udvikling af Den Europæiske Union	165
7.1.2.	Terminologien. Den følgende fremstilling	172
7.2.	Nogle grundlæggende fællesskabsretlige principper	173
7.2.1.	Indledning	173
7.2.2.	Legalitetsprincippet	173
7.2.3.	Subsidiaritetsprincippet	174
7.2.4.	Respekt for grundrettighederne	175
7.2.5.	Ikke-diskrimineringsprincippet	175
7.2.6.	Solidaritets- og samhørighedsprincipperne	175
7.2.7.	Proportionalitetsprincippet	176
7.2.8.	Miljøhensynsprincippet	176
7.3.	Institutionerne	177
7.3.1.	Indledning	177
7.3.2.	Det Europæiske Råd	177
7.3.3.	Rådet for Den Europæiske Union	178
7.3.4.	Europa-Kommissionen	179
7.3.5.	Europa-Parlamentet	180
7.3.6.	EF-Domstolen og Retten i Første Instans	181
7.3.7.	Andre institutioner og vigtigere organer	182
7.4.	Hovedtræk af »lovgivningsprocessen«	183
7.4.1.	Indledning	183
7.4.2.	Processen i Fællesskabet	183
7.4.2.1.	Kommissionens forslag	183
7.4.2.2.	Behandlingen i Rådet	184
7.4.2.3.	Art. 189 B- og 189 C-procedurene	185
7.4.2.4.	EU's budget	186
7.4.2.5.	Kommissionens gennemførelsesretsakter	188
7.4.3.	Processen i Danmark	189
7.4.3.1.	I administrativt regi	189
7.4.3.2.	Folketinget	190
7.5.	Retsplejen i EU	191
7.5.1.	Indledning	191

7.5.2.	Domstolens kompetence	192
7.5.2.1.	Traktatbrudssøgsmål	192
7.5.2.2.	Annulationssøgsmål	194
7.5.2.3.	Erstatningssøgsmål	195
7.5.2.4.	Præjudicielle afgørelser	197
7.5.2.5.	Andre sager	201
7.5.3.	Hovedlinier af sagsgangen	202
7.5.4.	Opgavefordelingen mellem Domstolen og Retten i Første Instans	204
7.6.	De fællesskabsretlige retskildefaktorer	205
7.6.1	Indledning	205
7.6.2.	Skrevne retskildefaktorer	206
7.6.2.1.	Traktaten	206
7.6.2.2.	Traktater med tredielande	207
7.6.2.3.	Retsakterne i art. 189	207
7.6.2.4.	Andre skrevne retskildefaktorer	211
7.6.3.	Uskrevne kildefaktorer	213
7.6.3.1.	Sædvaner	213
7.6.3.2.	Præjudikater	213
7.6.3.3.	Almindelige retsgrundsætninger	216
7.6.3.4.	Andre uskrevne kildefaktorer	221
7.6.4.	»Soft law« som kildefaktor	222
7.7	Forholdet mellem EU-ret og national ret	222
7.7.1.	Indledning	222
7.7.2.	Umiddelbar anvendelighed	224
7.7.3.	Direkte virkning	225
7.7.3.1.	Traktatbestemmelser	225
7.7.3.2.	Forordninger	227
7.7.3.3.	Direktiver	227
7.7.3.4.	Beslutninger	230
7.7.3.5.	EU's traktater med tredielande	231
7.7.3.6.	Kompetencespørgsmål m.v.	231
7.7.4.	EU-konform fortolkning af national ret	231
7.7.4.1.	Udgangspunktet	231
7.7.4.2.	Fortolkning til gunst og til skade for borgerne	233
7.7.4.3.	Gennemførelsessfristen er ikke udløbet	233
7.7.4.4.	Det nationale fortolkningsskøns grænser	233
7.7.4.5.	Også fortolkningsmæssig konformitet under hensyntagen til ikke-bindende fællesskabsret?	235
7.7.5.	EU-rettens forrang	236

Indholdsfortegnelse

7.7.5.1.	Forrangsspørgsmålet foreligger som en regelkonflikt for de nationale myndigheder	236
7.7.5.2.	Det fællesskabsretlige udgangspunkt	236
7.5.5.3.	Forrangsspørgsmålet efter national ret	239
7.8.	Gennemførelsen af fællesskabsretten i medlemsstaterne	242
7.8.1.	Indledning	242
7.8.2.	National gennemførelse af forordninger og direktiver	242
7.8.3.	Nationale myndigheders forvaltning af EU-retten	243
7.9.	Samarbejde på folkeretligt grundlag	244
7.10.	EØS-aftalen	245
7.10.1.	Aftalens karakter og hovedlinier	245
7.10.2.	Institutioner, samarbejdsprocedurer og kontrol	247
7.10.2.1.	Institutioner	247
7.10.2.2.	Hovedtræk af samarbejdsprocedurerne	249
7.10.2.3.	Kontrol	251
7.10.3.	Direkte virkning og forrang	252
7.11.	Kort om forholdet mellem folkeret og EU-ret	253
7.12.	Litteratur til kapitel VII	254

Kapitel VIII

Andre ikke-nationale kildefaktorer

8.1.	Indledning	257
8.2.	Kutyper i internationale retsforhold	258
8.3.	Internationale uniformerings- og standardiseringsbestræbelser	260
8.3.1.	Materiale fra internationale organisationer	260
8.3.2.	Materiale fra internationale brancheorganisationer	261
8.3.2.1.	Indledning	261
8.3.2.2.	Standardvilkår o.l.	262
8.3.2.3.	Modelkontrakter	264
8.3.2.4.	Vejledninger o.l.	265
8.3.2.5.	Andet materiale	265
8.4.	Lex mercatoria	266
8.5.	Andre internationale kildefaktorer	268
8.5.1.	Udenlandske retsafgørelser	268
8.5.2.	Udenlandske og internationale voldgiftsafgørelser	269
8.5.3.	Den internationale doktrin	270
8.6.	Litteratur til kapitel VIII	270

Kapitel IX

Om fortolkning

9.1. Indledning. Den juridiske fortolknings egenart	273
9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale rets-	
forskrifter	277
9.2.1. Indledning	277
9.2.2. Sproglig analyse	277
9.2.3. Logikkens betydning	279
9.2.4. Subjektiv og objektiv tolkning	281
9.2.5. Formål	283
9.2.6. Særlige tolkningsdata i forvaltningsretten?	284
9.2.7. Tolkningshensyn	286
9.2.8. Forskellige tolkningsvarianter og -maximer	291
9.2.8.1. Præciserende, indskrænkende og udvidende	
fortolkning	291
9.2.8.2. Analogi- og a fortiorislutninger	296
9.2.8.3. Modsætningsslutninger	297
9.2.8.4. Extensiv – restriktiv tolkning	298
9.2.8.5. Borgervenlig tolkning?	299
9.3. Fortolkning af EU-retten	299
9.4. Fortolkning af regler med anden international baggrund	306
9.5. Fortolkning af domme	307
9.6. Litteratur til kapitel IX	308

Kapitel X

Nogle aktuelle temaer omkring metodeanvendelsen

10.1 Indledning	311
10.2 Betydningen af rettens internationalisering	
10.2.1. Fællesskabsrettens indflydelse	312
10.2.2. Påvirkninger fra anden ikke-national ret	319
10.3. Rettens polycentri	322
10.4. Regulering og styring	326
10.5. Law as a management tool	328
10.6. Litteratur til kapitel X	331

Litteraturfortegnelse	333
---------------------------------	-----

Stikordsregister	342
----------------------------	-----

Anvendte forkortelser

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
H	Højesteretsdom
J	Juristen
S	Sø- og Handelsretsdom
Saml.	Samling af Afgørelser fra Domstolen og Retten i Første Instans (De Europæiske Fællesskabers Domstol)
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom
Ø	Østre Landsrets dom

KAPITEL I

Indledning

1.1. Retlige og andre normer. Retsordenen

Menneskelige handlinger og undladelser betinges i vid udstrækning af *normer*. I bred almindelighed antages det oftest at være karakteristisk for sådanne fænomener, dels at der foreligger et *direktiv* (en »forskrift eller såkaldt »verbalnorm«) om en bestemt adfærd, dels at dette *følges* ud fra en indstilling af *forpligtethed*. Direktivet siges da at være blevet »internaliseret« eller omsat til »realnorm«. Som det fremgår heraf, er en norm altid norm for nogen. Den kan være *individuel* eller *social*. Typeeksemplet på det første er helt personlige moralnormer. I sidstnævnte fald foreligger der hos et større eller mindre antal individer (en familie, en religiøs gruppe, erhvervsdrivende inden for en bestemt branche, et helt samfunds medlemmer etc.) et *fællesskab* – muligt af forskellig intensitet – omkring direktivets indhold og dettes internalisering.

Blandt de sociale normer indtager de *retlige* i et samfund af vor type en særlig fremtrædende plads. Vor dagligdag påvirkes fra vugge til grav i stort og småt af retlige normer. Vi køber, sælger og lejer løsøre og fast ejendom, optager lån, slutter aftaler om arbejde og lønnen herfor, stifter selskaber, indgår ægteskab, arver værdier fra andre og opretter selv testamente om, hvorledes der skal forholdes med vore efterladenskaber efter vores død. Vi betaler skatter og afgifter til det offentlige og modtager omvendt herfra forskellige ydelser, navnlig af social, sundheds- og undervisningsmæssig art. Vi overholder – måske – hastighedsgrænserne i trafikken og passer omhyggeligt på at holde fingrene fra næstens ejendele. Alle disse forhold og utallige andre er underlagt retlige normer.

Normstridig adfærd, d.v.s. manglende efterlevelse af det direktiv, som indgår i en bestemt norm, mødes sædvanligvis med ubehageligheder for normbryderen fra dem, der slutter op om direktivet. Dette er ikke enestående for retlige normer. Vil man fx gerne være og hævde sig som medlem af »det gode selskab«, må dettes forskellige *konventioner* med hensyn til takt og tone iagttages, idet vedkommende ellers risikerer at blive frosset ud. At man ikke må begære sin næstes hustru, er ikke blot et element i de 10 bud, men – fortsat –

Kapitel 1

bestanddel af ganske vidt udbredte *moralske forestillinger*, således at normbryderen – ud over muligvis at blive plaget af sin samvittighed – mødes med omgivelsernes fordømmelse efter manifestationen af sin hensigt. De skitserede, ikke-formaliserede, *sanktioner* over for normbruddet i disse to eksempler understøtter naturligvis direktivernes efterlevelse og kan således virke som en efter omstændighederne nok så stærk (psykisk) tvang til normkonformitet.

Ved de retlige normer har sanktionerne derimod *formaliseret* karakter og kan implicere tvang i form af *fysisk magtanvendelse* fra samfundets myndigheder. Den, der ikke overholder en indgået aftale om tilbagebetalingen af et optaget lån, løber eksempelvis en nærliggende risiko for i sidste instans at skulle møde i fogedretten, således at der her kan foretages udlæg i hans ejendele med henblik på disses senere bortsalg på tvangsauktion. Udebliver han uden gyldig grund, kan han fremstilles i fogedretten ved politiets bistand. Har en motorfører været så uheldig at blive grebet på fersk gerning af ordensmagten under kørsel med for høj hastighed, må vedkommende på tilsvarende måde forudse sanktioner, i dette tilfælde i form af straf, eventuelt forbundet med frakendelse af førerretten. Udsigten til (truslen om) anvendelse af sanktioner tjener selvfølgelig også her det formål at sikre direktivefterlevelse. I og med, at der er mulighed for fysisk magtanvendelse, er tilskyndelsen hertil sandsynligvis større end ved den blot psykiske tvang ved andre sociale normer. I øvrigt forekommer det ofte, at retlige normer korresponderer med normer af anden type, især moralske. Det er fx ikke blot strafbart (altså forbudt) at stjæle. Tyven mødes i vid udstrækning med moralsk fordømmelse, jfr. direktivet i det 7. bud. Her er der således dobbelte sanktioner.

Der er flere andre vigtige forskelle mellem retlige normer på den ene side og sociale normer i øvrigt på den anden side. Direktivbestanddelen af en retlig norm, forstået som et *generelt* udsagn der »foreskriver« et eller andet under trussel om anvendelse af formaliserede sanktioner, vil ofte foreligge *fikseret*, d.v.s. kunne udledes af forhåndenværende skriftligt materiale, fx af lovtekster. Dette gør sig kun undtagelsesvis gældende ved andre sociale normer. Gennemgående er den nævnte bestanddel videre mere *præcis* eller mere *fuldstændig*, end forholdet fx er ved moralbud og konventioner, som ikke sjældent præges af betydelig diffusitet. Begge disse forskelle har i ganske høj grad sammenhæng med en tredje, nemlig med de retlige normers *institutionaliserede karakter*. Direktivbestanddelens formulering vil i alle tilfælde i sidste instans kunne henføres til bestemte typer af organer i samfundet, navnlig til lovgivningsmagt og domstole. Heroverfor er det ved andre sociale normer ofte tvivlsomt, hvem der er »normsender« og hvem de potentielle adressater for direktiverne egentlig er. I sammenhæng hermed står endelig, at de retlige normer kan siges at indgå i *et system* med indbyrdes rationelt prægede eller dog rationelt intendere-

1.1. Retlige og andre normer. Retsordenen

de relationer, fx med hensyn til rangorden og funktioner. Et sådant systempræg kan man derimod vanskeligt i almindelighed tale om ved andre sociale normer.

Indholdet af de direktiver, som indgår i retlige normer, betegnes her og i det følgende som *regler*. Det følger af, hvad der allerede er bemærket om normerne, at vores tilværelse på nærmest alle leder og kanter er omgærdet af den slags foreteelser. På godt og ondt må disse således have central betydning både for samfundet og for den enkelte borger, hvad enten man anskuer ham som privatperson eller som agerende i en eller anden erhvervsmæssig sammenhæng.

Indbegrebet af de regler, der på et givet tidspunkt »gælder« i et givet samfund, fx det nuværende danske, kaldes her dettes *retsorden*. Som ved normerne udgør denne et – dynamisk og ikke præcist fastlagt – system. For en almindelig betragtning har retsordenen to, til dels sammenhængende, funktioner. På baggrund af det allerede nævnte er det ikke forbavsende, at den ene af disse består i *adfærdsstyring*, altså i forsøg på fra samfundets side at dirigere menneskelige aktiviteter i bestemte retninger. Intensiteten af denne styring vil selvfølgelig veksle fra det ene samfund til det andet og inden for det enkelte samfund typisk også fra livsområde til livsområde. Andre – ikke-retlige – styringsmidler er videre ofte i større eller mindre udstrækning impliceret. Retsordenens anden hovedfunktion består i *konfliktløsning*. Efter al erfaring kan selv de bedst tilrettelagte og mest gennemtænkte styringsforsøg ikke forhindre tvister mellem borgerne indbyrdes eller mellem disse og offentlige myndigheder. Der vil følgelig være behov for organer til løsning af sådanne uoverensstemmelser og for regler om, hvorledes og efter hvilke retningslinier dette skal foregå. Sammenhængen mellem de to funktioner viser sig først og fremmest derved, at adfærdsstyringen sædvanligvis i videst mulig udstrækning tilrettelægges på en sådan måde, at konflikter undgås. Omvendt kan konfliktløsning have adfærdsstyrende effekter, således som tilfældet fx vil kunne være med hensyn til principielle afgørelser fra de overordnede domstole, i Danmark i særdeleshed fra Højesteret. Bag såvel adfærdsstyringen som konfliktløsningen ligger i almindelighed det overordnede formål at sikre fred og stabilitet i det pågældende samfund. Retsordenen betegnes derfor ofte som en *fredsorden*.

1.2. Om retsanvendelsens metode i almindelighed

En afgørelse om et konkret retsspørgsmål forudsætter, at en eller flere regler sammenholdes med et faktum, d.v.s. med et bestemt udsnit af »virkeligheden« (en tilstand, et hændelsesforløb etc.). Afgørelsen fremstår herefter som en

stillingtagen til, om reglen med de til denne knyttede retsfølger kan benyttes i forhold til det foreliggende faktum. Sådant anvendelse af regler – i den ovenfor i forrige afsnit angivne forstand – som grundlaget for en for de implicerede parter forbindende afgørelse af konkrete sagsforhold betegnes her som *retsanvendelse*.

Kompetencen til at træffe afgørelser af den nævnte art (»retsafgørelser«) tilkommer de »retsanvendende myndigheder«, først og fremmest domstolene, jfr. videre om begrebet nedenfor. Ofte fremhæves det, at retsafgørelsen er udtryk for udførelsen af en *praktisk handleopgave*. Efter fastlæggelsen af den eller de relevante regler og af det relevante faktum drejer det sig i største almindelighed om at tage stilling til, om det sidste kan henføres under (groft udtrykt »passer til«) reglens beskrivelse af et bestemt handlemønster og de til dette knyttede følger. I hvert fald for så vidt angår domstolene er opgaven underlagt *beslutningstvang*. Selvom dommeren måtte synes, at regelgrundlaget er tvivlsomt og/eller, at de oplyste faktiske forhold er usikre, kan han ikke vælge at vise sagen fra sig med henvisning til, at han af den ene eller anden grund ikke finder det muligt at nå frem til et resultat. Der *skal* simpelthen træffes en afgørelse.

Retsafgørelsen er således en *beslutning* og ikke produktet af en teoretisk eller for den sags skyld videnskabelig virksomhed. Specielt kan der i denne forbindelse være anledning til at understrege, at det er meningsløst at rejse traditionelle (videnskabelige) verifikationsspørgsmål i forhold til de retlige præmisser for en given afgørelse, d.v.s. til den eller de regler denne bygger på. I almindelighed må regler opfattes som såkaldte *praktiske* eller *ateoretiske sætninger*. Det betyder, at der er tale om en bestemt type af sproglige udsagn – her normalt i form af beskrivelse af et ønsket handlemønster – som *ikke gør krav på nogen sandhedsværdi*. Man kan drøfte, om der findes (»gælder«) en bestemt regel eller ej, eller om den ved en given regel etablerede retstilstand er hensigtsmæssig eller det modsatte. Reglen som sådan ligger derimod, såfremt den kan påvises, hinsides enhver traditionel sandhedsforordning.

Netop identifikationen af den eller de for afgørelsen relevante regler og fastlæggelsen af disses nærmere meningsomfang er imidlertid ofte et problem for den, der skal træffe afgørelsen. Regler foreligger, som de følgende kapitler vil vise, hyppigt ikke uden videre fikse og færdige til brug som dagligvarene i et supermarked. »Retsanvenderen« stilles derfor ikke sjældent over for en række basale problemer, hvis løsning er en grundlæggende forudsætning for, at der kan træffes en afgørelse. Til disse hører navnlig, dels spørgsmålet om hvor – d.v.s. i hvilket materiale – der kan findes støtte for formuleringen af den for den konkrete sag relevante regel, dels spørgsmålet om dennes betydning såvel i almindelighed som med henblik på det forhåndenværende

1.2. Om retsanvendelsens metode i almindelighed

konkrete tilfælde. I de retsanvendende myndigheders praksis, først og fremmest i domstolspraksis, har der udviklet sig en række principper om eller anvisninger på, hvorledes sådanne spørgsmål besvares. Disse foreligger som såkaldte *retskilde- og fortolkningsprincipper*.

Ved *retskilder* forstås her samtlige de faktorer, som øver indflydelse på de retsanvendende myndigheder ved valget af de regler, som anvendes ved afgørelsen af konkrete retsspørgsmål. Retskildeprincipperne fortæller noget om, hvilke faktorer der herved kan komme i betragtning, og om faktorenes indbyrdes vægtning. De enkelte faktorer og/eller den relevante regel giver imidlertid ikke altid et sikkert svar. Ofte bliver det nødvendigt at foretage en *fortolkning*. Virksomhed af denne art indebærer, at det generelle og konkrete meningsomfang af en given faktor og en given regel søges fastlagt; fortolkningsprincipperne indeholder almindelige anvisninger om, hvorledes man herved går til værks.

For både retskilde- og for fortolkningsprincipperne gælder det, at de stort set alle foreligger som *uskrevne*, d.v.s. at de ikke er autoritativt nedfældet i lovgivning o.l. De kan alene udledes af praksis og er ofte produktet af en lang og harmonisk retsudvikling. Videre kendetegnes de af at have *vag og ubestemt karakter*, således at de ikke rummer eksakte fordringer til de retsanvendende myndigheder. Opdelingen i to principkategorier, som har lang tids tradition for sig, er først og fremmest analytisk bestemt. I praksis vil det ofte være vanskeligt at afgøre, om et givet spørgsmål skal placeres i den ene eller den anden kategori. I det omfang opdelingen fastholdes – som den fx bliver det i nærværende fremstilling – er det under alle omstændigheder nødvendigt at være opmærksom på, at der i virkelighedens verden foreligger en vidtrækkende sammenhæng mellem retskildespørgsmål på den ene side og fortolkningsspørgsmål på den anden.

Samlet udtrykker retskilde- og fortolkningsprincipperne, som det vil være fremgået, noget om den almindelige *udfindelse, formulering og anvendelse* af regler ved afgørelsen af konkrete retsspørgsmål. Der kan således siges at være tale om en slags *retsanvendelsens metode*.

Det har været genstand for ikke ringe diskussion, hvilken karakter denne metode egentlig har. Det er især blevet drøftet, om principperne er *direktiver* til de retsanvendende myndigheder om, hvorledes disse *skal* eller *bør* gå frem for at finde og fastlægge betydningen af det eller de direktiver, der er afgørende for bedømmelsen af konkrete retsspørgsmål, jfr. således Ross 1971, 91 og 129. Lægges denne forståelse til grund, er principperne *regler* (om formuleringen af regler) i den tidligere angivne forstand, og de vil følgelig *selv være bestanddele af retsordenen*. Selvom spørgsmålet er tvivlsomt, må det, som det nærmere vil blive udviklet nedenfor, især i kapitel III, formentlig afvises, at

principperne er normative i denne særlige betydning. Der er næppe tale om egentlige retsregler, men alene om en række – i retlig henseende sanktionsløse – anvisninger vedrørende *korrekt retsanvendelse*.

Selvom principperne således »kun« er udtryk for noget, der i sit væsen kan opfattes som fordringer vedrørende udøvelsen af visse *fundamentale professionelle færdigheder*, har de dog særdeles vigtige funktioner. Brugen af dem fremmer *ensartethed i retsanvendelsen*. Et fælles metodesyn ved formuleringen og fortolkningen af regler, eller om man vil, en alment accepteret »retskilde- og fortolkningsideologi«, jfr. *Ross* anf.st., harmonerer også med grundlæggende *lighedsforestillinger* i forhold til de borgere, der betjener sig af og betjenes af retssystemet. Vilkaarlighed og ret er principielt uforenelige størrelser. Ensartetheden har videre betydelige »systeminterne« fordele ved at være arbejdsøkonomisk hensigtsmæssig og dermed *ressourcebesparende*.

Retsanvendelse i den foran angivne betydning foregår i et samfund som vort ved en lang række forskellige fora. I betragtning kommer navnlig domstole, voldgiftsretter og talrige organer inden for den offentlige forvaltning, og det er således disse, der i det foregående først og fremmest er sigtet til med udtrykket »de retsanvendende myndigheder«. Man kan imidlertid ikke tale om, at der foreligger et enhedspræg. Medens domstole og forvaltningsorganer er *offentlige* myndigheder, er voldgiftsretter i almindelighed *private* (omend disses afgørelser som udgangspunkt lægges til grund af domstolene, jfr. nærmere lov nr. 172 af 24/5 1972 om voldgift). Væsentligere end dette er, at domstole og voldgiftsretter alene beskæftiger sig med *konfliktløsning* og i henseende til bemanding, personalets (juridiske) uddannelse og procedureregler i udpræget grad er rustet til at bestride denne funktion. Heroverfor frembyder de i betragtning kommende forvaltningsmyndigheder et langt mere differentieret billede. Det spænder fra organer med et vist domstolspræg (fx Landskatteretten) til myndigheder, hvor konfliktløsningsaspektet savnes eller er lidet fremtrædende, idet de væsentligste opgaver udgøres af den løbende daglige administration af en eller anden ressortlovgivning forestået af personale uden egentlig juridisk uddannelse (fx de kommunale forvaltningers opgavevaretagelse vedrørende bolig-, bygnings- og miljøforhold, sociale og sundhedsmæssige ydelser, beskatning, undervisning m.v.).

Forskellene mellem de retsanvendende myndigheder fører frem til et vigtigt og vanskeligt spørgsmål, nemlig om metodeanvendelsen i rimelig grad har et uniformt præg, eller om der snarere bør opereres med, hvad man kunne kalde »metodepluralisme«. Forstås spørgsmålet således, at der sigtes til mulige forskelle i de forskellige myndigheders metodeopfattelse og deraf følgende forskelle i metodeanvendelsen, er der især grund til at være opmærksom på, om metodeopfattelsen hos forvaltningsmyndighederne svarer til domstolenes.

1.2. Om retsanvendelsens metode i almindelighed

Ved en foreløbig stillingtagen hertil, jfr. i øvrigt nedenfor i kapitlerne V og IX, kan det som udgangspunkt ikke understreges stærkt og ofte nok, at der i den foreliggende henseende på ingen måde foreligger ligeværdighed mellem domstole på den ene side og forvaltningsmyndigheder på den anden. Ses der bort fra de for en almen betragtning ikke særlig betydningsfulde voldgiftssituationer, ligger landet således, at autoritativ afgørelse af konkrete retsspørgsmål i sidste instans er et domstolsanliggende, også i forhold til forvaltningen, jfr. om domstolenes prøvelsesadgang overfor denne bestemmelsen i grundlovens § 63. Uanset at retskilde- og fortolkningsprincipperne hverken for domstole eller forvaltningsorganer har karakter af direktiver, bliver forvaltningen nødt til at indrette sig med retskilde- og fortolkningssynspunkter, som kan forventes accepteret af domstolene, eller, sagt på en anden måde, disses metodeopfattelse må nødvendigvis blive retningsgivende også for forvaltningen.

Selvom udgangspunktet således er klart nok, kan det naturligvis drøftes, i hvilket omfang dette også sætter sig igennem i praksis, med andre ord om forvaltningens afgørelsesvirksomhed i almindelighed rent faktisk afspejler en metodeopfattelse, som afledes af domstolenes. For at kunne gennemføre en sådan drøftelse på et blot nogenlunde forsvarligt grundlag, vil det imidlertid være nødvendigt at iværksætte meget omfattende og tværgående analyser af praksis, navnlig hos forskellige typer af forvaltningsmyndigheder, og sådanne foreligger ikke. I mangel heraf henvises man til at falde tilbage på mere eller mindre tilfældigt publicerede afgørelser og på mindre omfattende undersøgelser af især bestemte forvaltningsmyndigheders praksis. Der er langt fra nogen garanti for, at man herved får fat i et repræsentativt materiale. Uanset at der derfor må opereres med en betydelig usikkerhedsmargin, synes et almindeligt indtryk af i hvert fald de *overordnede* forvaltningsorganers praksis at måtte være det, at man her, i det mindste i *hovedlinierne*, følger det anførte udgangspunkt. Så vidt skulle »metodepluralisme« folgelig kunne afvises.

Et andet aspekt af problemerne omkring metodeanvendelsens ensartethed vedrører spørgsmålet, om retskilde- og fortolkningsprincipperne er uniforme i den forstand, at de tillægges samme indhold eller »gyldighed«, uanset hvilket retsområde det foreliggende konkrete retsspørgsmål hidrører fra. Svaret herpå må være delvist benægtende. Visse – særlig grundlæggende – principper finder utvivlsomt universel anvendelse, fx (retskilde-)princippet om, at der ved fastlæggelsen af den for afgørelsen relevante regel er »pligt« til at tage hensyn til foreliggende bestemmelser i lovgivningen. Andre har en mere elastisk karakter og kan have skiftende betydninger, alt efter hvilket retsområde man står over for. Det er eksempelvis ikke givet, at forarbejder til lovgivningen spiller samme rolle som retskildefaktorer inden for alle retsområder, eller at der uden hensyntagen til disses nærmere beskaffenhed og indhold kan leveres

samme svar på spørgsmålet om berettigelsen af mulig analogi. Der er naturligvis her ikke tale om »metodepluralisme«, men om at *metoden* grundlæggende er så fleksibel, at den tilpasses væsentlige forskelle i det for retsanvendelsen relevante grundlag.

De retsanvendende myndigheder *afgør* konkrete retsspørgsmål. Afgørelsen forudsætter selvsagt en *stillingtagen* til de i den konkrete sag foreliggende retlige og faktiske problemer. Der er imidlertid mange andre end de retsanvendende myndigheder, som er »retsanvendere«, og som beskæftiger sig med sådan stillingtagen, rigtig nok uden at denne munder ud i en autoritativ afgørelse: Advokater, som rådgiver klienter om mulighederne for et gunstigt udfald af eventuelle processer, revisorer, som på tilsvarende måde giver råd om klienters uoverensstemmelser med skattemyndighederne, virksomhedsjurister, som må overveje, hvorledes virksomhederne i retlig henseende er stillet i forhold til allerede indtrufne eller truende kontraktsbrud fra kontraktspartnerens side etc. Fra disse tilfælde, som kan siges alle at være karakteristiske derved, at en konflikt er konstateret eller er under opsejling, er der en glidende overgang til tilfælde, hvor den retlige stillingtagen får et mere generelt og i en vis forstand hypotetisk og konfliktforebyggende præg, eksempelvis rådgivning om holdbare retlige rammer for fremtidige ordninger af en eller anden beskaffenhed (kontrakter af en hvilken som helst art, selskabsvedtægter og aktionæroverenskomster, anskaffelse eller salg af fast ejendom eller driftsmidler og de skattemæssige konsekvenser heraf etc.).

Det er klart, at der i alle de nævnte eksempler foreligger behov for kendskab til retstilstanden på et eller andet område og dermed også for indsigt i, hvorledes denne fastlægges med størst mulig sikkerhed. Metodeproblemet viser sig således også her. Om dette kan der med henblik på sammenhænge som de omtalte i almindelighed siges følgende:

Som en konsekvens af retskilde- og fortolkningsprincippernes karakter, jfr. foran, står det for så vidt enhver frit for at operere med sin egen »metode«. Formelt eksisterer der ingen bindinger. Sætter man sagen på spidsen, kan der derfor i grunden tales om lige så mange »metoder«, som der er »retsanvendere«, således at det grundlæggende materiale og derpå støttede argumenter søges hvor som helst, fx i »Alt for Damerne«, i »Illustreret Hønseavlertiden« eller – som det rent faktisk er sket – i *Marx'* »Grundrids til kritikken af den politiske økonomi«. Alt efter behag. Det turde dog være umiddelbart indlysende, at man i almindelighed ikke har udsigt til succes ved på denne måde at slippe fantasien løs på det første, det bedste materiale. Som det gjaldt for den offentlige forvaltning, gælder det for »retsanvendere« i situationer som i eksemplerne ovenfor, at hvad der ikke kan forventes accepteret af domstolene

1.2. Om retsanvendelsens metode i almindelighed

som relevant retskildemateriale eller som relevante fortolkningssynspunkter, må saneres væk som værende uinteressant.

Også i tilfælde som de nævnte ender man altså i den metodeopfattelse og dertil svarende metodepraksis, som kan påvises hos domstolene. Det gør herved i princippet ingen forskel, om »retsanvenderens« ærinde snarere er af konfliktforebyggende end af konfliktløsende karakter. Forebyggelse forudsætter også rimeligt bæredygtige antagelser om, på hvilket grundlag de af en given ordning omfattede retlige problemer vil kunne forventes bedømt af domstolene, hvis sådanne problemer senere skulle blive forelagt disse til pådømmelse. Skæres der ind til benet, er »forebyggeren« følgelig ikke friere stillet over for sit materiale end »konfliktløseren«. Til syvende og sidst bedømmes friheden i metodemæssig henseende for begge parter efter samme målestok, som findes i de af domstolene udviklede og anvendte retskilde- og fortolkningsprincipper. Det er, som især fremstillingen i kapitlerne V og IX vil vise det, en misforståelse at tro, at der heri ligger unødvendigt snærende bånd.

Det anførte har naturligvis kun gyldighed for tilfælde, hvor det omtvistede spørgsmål i sidste instans kan forventes behandlet ved hjælp af de i Vesten fremherskede konfliktløsningsmodeller, d.v.s. først og fremmest ved domstole og voldgiftsretter. Andetsteds, fx i Japan, er der tradition for at søge mulige konflikter løst udenretligt ved *forhandling* eller *mægling* med det sigte at undgå den ødelæggelse af forholdet mellem parterne, som en kontradiktorisk proces med vinder- og taberroller ofte vil indebære. En eventuel mægler kan være en privat udenforstående eller en særlig (statslig) mæglingskomité. Fremgangsmåden forudsætter typisk, at begge parter med det nævnte sigte er indstillet på indrømmelser og dermed tillige på eventuelt at give afkald på selv sikre retlige positioner. Regler spiller følgelig ikke nødvendigvis nogen central rolle i forløbet, om nogen overhovedet. Dette er i øvrigt karakteristisk ved at være uformelt, hurtigt og billigt, i hvilke forbindelser det næppe er aldeles uden betydning, at parterne normalt ikke repræsenteres af advokater. I erhvervsforhold er en i princippet tilsvarende teknik kendt fra USA som »mediation«, og det kan ikke afvises, at der også i Europa vil være grobund for denne. I Danmark forekommer »mægling« som et institutionaliseret led i behandlingen af visse arbejdskonflikter. Den i retsplejelovens §§ 268-270 nævnte forligsmægling forudsætter, at sagen er indbragt for domstolene, og er følgelig helt forskellig fra den japanske model.

I den juridiske litteratur beskrives de almindelige retskilde- og fortolkningsprincipper oftest i den såkaldte »almindelige retslære«, medens sådanne principper, der har mere specifik forbindelse med bestemte retsområder, beskrives i enkeltdiscipliner inden for den såkaldte »dogmatiske retsvidenskab«, (»doktrinen«) jfr. om denne nedenfor i kapitel III. Der tales i denne forbindelse om (»anerkendt«) *juridisk metode*. Sådanne *fremstillinger* af principperne som »metodelære« o.l. må nødvendigvis have *deskriptiv* karakter. Det kan selvfølgelig diskuteres, hvilke fordringer der skal stilles til påvisning af princippernes eksistens, indhold og anvendelse. På baggrund af den foregående fremstilling kan det ikke undre, at det her antages, at »verifikationen« i første

Kapitel 1

række må finde sted gennem konfrontation med de retsanvendende myndigheders – frem for alt domstolenes – praksis. Ved besvarelsen af det stærkt beslægtede spørgsmål om metodeanvendelsen inden for den dogmatiske retsvidenskab kan der eventuelt blive tale om at tillægge en eller anden form for faglig consensus betydning, jfr. også her fremstillingen i kapitel III.

Det følgende er et forsøg på at give en helt elementær indføring i juridisk metode i betydningen »retsanvendelsens metode«. Udgangspunkterne herfor udmærker sig på ingen måde ved radikalitet. Heri ligger for det første, at fremstillingen i hovedsagen er *almen*. Den prætenderer at beskrive principperne for retsanvendelse i almindelighed og postulerer samtidig, at det har mening at tale om en i hovedlinierne fælles metode for al retsanvendelse. Fremstillingen er dernæst, som det tydeligt vil være fremgået, *domstolsrelateret*. Den går ud fra, at metodelæren nødvendigvis må forankres i retsanvendelsen ved domstolene, og den tager således afstand fra, at der i national henseende kan tales om flere eller ligefrem om mange udformninger, hvor domstolsperspektivet skydes i baggrunden, d.v.s. at den foran berørte »metodepluralisme« afvises.

1.3. Metodelærens nationale præg

Retsordenen har i vor tid de fleste steder i verden snæver forbindelse med statsmagten. Den er et produkt af – og for den sags skyld også et spejl på – det inden for de forskellige statsdannelser eksisterende samfunds økonomiske, politiske, kulturelle og sociale udvikling. Det er derfor indlysende, at man ved en sammenligning af de gældende retsordener i forskellige stater må finde meget betydelige forskelle. Dette gælder ikke blot med hensyn til de »almindelige« regler, fx sådanne der regulerer ejendomsordningen i de pågældende stater, men også hvad man kort og lidt misvisende kunne kalde »reglerne om reglerne«, altså retskilde- og fortolkningsprincipperne. En helt selvfølgelig konsekvens heraf er, at en metodelære vedrørende retsanvendelsen i Danmark ikke tillige kan antages at give en dækkende beskrivelse af principperne for retsanvendelse i andre lande. Som udgangspunkt er metodelæren snævert knyttet til de nationale retsordener og har følgelig for så vidt national karakter.

Hermed er det naturligvis ikke sagt, at der ikke kan påvises foreteelser i eller med tilknytning til udenlandske retsordener, som er beslægtede med danske retskilde- og fortolkningsprincipper, eller at det i det hele taget er udelukket at trække paralleller mellem landene i den foreliggende sammenhæng. Formodningsvis vil graden af identitet være størst, når man sammenligner retsordenen i stater, som i de fire ovennævnte henseender har gennemløbet en

nogenlunde ensartet udvikling og som aktuelt kan siges at befinde sig på omtrentligt samme stade. Denne formodning holder til en vis grad stik, i særdeleshed i tilfælde, hvor der er tale om nabolande, måske også om et vist mål af sprogligt fællesskab eller om andre særlig gunstige betingelser for massiv påvirkning den ene eller begge veje. De *nordiske lande* er et eksempel herpå. De nationale retsordener rummer her mange gennemgående træk, og på adskillige områder, fx inden for visse af formuerettens centrale dele, er lovgivning ligefrem et resultat af fælles udredningsarbejder. Retskilde- og fortolkningsprincipperne er i vid udstrækning identiske, og fremstillinger af metodelæren, fx fra Norge og Sverige, lader sig læse og anvende med betydeligt udbytte også i Danmark. Noget mere tvivlsom stiller sagen sig, når man ser på forholdet til de øvrige lande i den såkaldte *romansk-germanske retsfamilie* (som de nordiske lande antages at tilhøre), herunder de store kontinentalstater i Vesteuropa, jfr. om »retsfamilierne« *David & Brierly* 1985. Der er flere faktorer, som antages at skabe en »familiemæssig« binding mellem disse stater. Her er det navnlig værd at fremhæve, for det første at der synes at herske en fælles opfattelse af regelbegrebet, idet regler ses som abstrakt formulerede direktiver om ønsket adfærd, som de retsanvendende myndigheder baserer deres afgørelser i konkrete tilfælde på. Dernæst fokuseres der i de pågældende lande i retskildemæssig henseende primært på lovgivning, d.v.s. på regler af den nævnte karakter, som udledes af bestemte typer af skriftligt fikserede beslutninger fra den nationale folkerepræsentation. De metodemæssige forskelle landene indbyrdes er imidlertid, bortset herfra, ingenlunde ubetydelige, især hvad fortolkningsprincipperne angår. Nærmest dansk – og nordisk – ret står tysk ret. Tyske fremstillinger af metodelæren er som følge heraf også af interesse i Danmark.

Forskellene bliver større, hvis man i stedet ser på forholdene i den såkaldte *Common law-familie*, hvortil man sædvanligvis henregner England, USA og en række af de tidligere engelske kolonier. Selvom der med tiden er blevet ganske stor afstand mellem retsudviklingen i England og i USA, kan man formentlig fortsat med en vis ret sige, at regelbegrebet begge steder afviger temmelig meget fra det romansk-germanske. Betydelige dele af retsordenen udgøres ikke af regler, der udledes af lovgivningen i kontinentaleuropæisk forstand, men er derimod gennem en århundredlang udvikling skabt af domstolene ved afgørelser i enkelttilfælde (*Common law*). Reglerne (*the legal rules*) har derfor betydelig mere konkret karakter end de abstrakte direktiver, som anses for karakteristiske for det kontinentale Vesteuropa. Selv på de (voksende) områder, hvor der foreligger formel lovgivning (*Statute law*), er der nogen tilbøjelighed til at opfatte denne sådan, at de heri indeholdte regler først bliver endelige bestanddele af retsordenen, når de er blevet fortolket og an-

Kapitel 1

vendt af domstolene. Der tænkes således i princippet langt mere i enkelttilfælde end på kontinentet, og domstolenes praksis spiller derfor forståeligt nok en væsentlig større rolle som retskilde end her.

De øvrige »retsfamilier«, fx den islamiske og den nu nærmest afdøde socialistiske, er i henseende til retskilde- og fortolkningsprincipperne helt fremmedartede sammenlignet med retsanvendelsen i Danmark. Der er derfor ingen grund til at berøre dem nærmere her.

Som dansk (erhvervs-)jurist må man, som det ses, principielt være indstillet på, at den metodemæssige udrustning, man har fået i hjemlandet, efter omstændighederne kun vil være til begrænset eller ingen nytte ude i den store verden. Denne for et lille retsområde som det danske (og nordiske) for så vidt meget beklagelige konstatering bliver dog mindre tyngende, når man sammenholder den med, at forskellige former for *internationalt samarbejde*, navnlig mellem stater, i stadig voksende grad i de senere årtier har bidraget til at modificere de nationale retsordeners egenart ved etablering af en uniform retstilstand på et eller flere områder i de i samarbejdet deltagende stater. Der skabes herved et vist kildemæssigt og muligt tillige fortolkningsmæssigt fællesskab. Et fremtrædende eksempel på et sådant meget omfattende samarbejde, hvori Danmark deltager, er Den Europæiske Union (EU), jfr. om den kildemæssige betydning af forskellige retsakter herfra nedenfor i kapitel VII. Et mere enkeltstående – men dog praktisk vigtigt – andet eksempel er »United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods« (CISG). Hovedparten af bestemmelserne heri gælder fra 1. marts 1990 i Danmark, jfr. lov nr. 733 af 7. december 1988 (International Købelov). Af speciel interesse for den nævnte tendens til uniformering af fortolkningsprincipperne er konventionens art. 7, stk. 1, hvorefter der ved fortolkningen af konventionen skal tages hensyn ».....to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade«.

1.4. Litteratur til kapitel 1

Der foreligger en nærmest helt uoverskuelig litteratur om de foran skitserede spørgsmål, som i udtalt grad berører nogle af retsanvendelsens – og dermed også retsvidenskabens – grundlagsproblemer. Henvisningerne her har derfor været underkastet en meget hårdhændet selektion.

Det danske hovedværk er fortsat Alf Ross, »Om ret og retfærdighed«, 3. opl. (1971), se især §§ 2, 7, 11, 12, 15 og 23. En mere udførlig behandling af normbegrebet findes i samme forfatters »Directives and Norms« (1968). Andre mere almindelige danske fremstillinger er Preben Stuer Lauridsen, »Retslæren« (1977), navnlig §§ 33-35, samme forfatters »Om ret

1.4. Litteratur til kapitel I

og retsvidenskab« (1992), især kapitlerne 8-13, og *Stig Jørgensen*, »Retfærdighed og Ret« I-II (1990-91).

Af *norske* fremstillinger kan navnlig henvises til *Niels Kristian Sundby*, »Om normer«, 2. opl. (1978), til samme forfatters og *Torstein Eckhoff's*, »Retssystemer«, 2. udg. (1991) og til sidstnævntes »Rettskildelære«, 3. udg. (1993), især kapitel 1. Som indførfingsfremstilling foreligger *Erik Boe*, »Innføring i juss« (1993). Det *svenske* hovedværk er *Stig Strömholm*, »Rätt, rättskällor och rättstillämpning«, 4. udg. (1992), navnlig kapitlerne 8-10, se også samme forfatters »Allmän rättslära«, 6. opl. (1988). Andre *svenske* fremstillinger er *Aleksander Peczenik*, »Juridisk Argumentation« (1990), kap. 6-7, og *Jan Hellner*, »Rättsteori« (1988) kapitel 1.

Udvalget bliver forståeligt nok mange gange større, når man kommer uden for Norden. For *tysk* rets vedkommende kan som almindelige basisfremstillinger henvises til *Karl Larenz*, »Methodenlehre der Rechtswissenschaft«, 6. udg. (1991) og til *Hans-Martin Pawlowski*, »Methodenlehre für Juristen«, 2. udg. (1991). En almindelig *engelsk* fremstilling gives hos *R.W.M. Dias*, »Jurisprudence«, 5. udg. (1985).

»Retsfamilierne« er udførlig behandlet hos *René David & E.C. Brierly* »Major Legal Systems in the World Today«, 3. udg. (1985), ligesom der findes bidrag til belysning heraf hos *Ole Lando*, »Kort indførfing i komparativ ret« (1986).

KAPITEL II

Om nogle grundlæggende begreber og om retsordenens almindelige bestanddele

2.1. Retskilder, retskildefaktorer og retskilde- og fortolkningsprincipper

Ved retskilder forstås som omtalt i kapitel I samtlige faktorer, som i forbindelse med afgørelsen af konkrete retsspørgsmål øver indflydelse på de retsansvarende myndigheder ved disses valg og/eller formulering af den for afgørelsen relevante retsregel.

Det var tidligere almindeligt at inddele retskilderne i de *principale* og de *subsidiære*, jfr. eksempelvis *Bentzon* 1900, 67 ff. Til de første henregnedes materiale, som forelå i *skriftlig* (»positiveret«) form, først og fremmest som lovgivning. De sidste var derimod uskrevne og forelå navnlig som sædvaner, praksis og »forholdets natur«. Kilderne indordnedes i en bestemt rangfølge, et hierarki, i hvilket en trindhøjere kilde havde højere værd end en trinlavere. Principale kilder fortrængte de subsidiære, og inden for disse havde »forholdets natur« plads bagest i køen. I sontringen indlagdes tillige, at der bestod en forpligtelse til at tage principale kilder i betragtning, medens man var friere stillet over for subsidiære.

En sådan inddeling af kilderne er ikke ubetinget heldig. Den formentlig væsentligste indvending går ud på, at inddelingen er egnet til at tilsløre det forhold, at de forskellige kilder – især lovgivning og retspraksis – i den givne konkrete situation i meget høj grad *indgår i et samspil med hinanden*. Heraf følger ikke nødvendigvis, at en rangorden som den omtalte må forkastes i enhver henseende. I almindelighed vil udgangspunktet for løsningen af et givet spørgsmål for det første *altid* være en undersøgelse af, om der findes bestemmelser i lovteksterne om det. Der er heller ikke tvivl om, at lovgivning i åbenbare konfliktsituationer ubetinget har forrang frem for andet materiale. Særlig tydeligt er dette i øvrigt med hensyn til den offentlige forvaltnings

afgørelsesvirksomhed. Efter det såkaldte *legalitetsprincip* må forvaltningens generelle og konkrete afgørelser – sagt i største almindelighed – ikke være i strid med loven og skal selv have hjemmel i lov, jfr. nærmere fx *Garde* 1989, 169 ff. Heraf følger visse grænser for forvaltningens frihed over for kildematerialet, grænser som i påkommende fald vil kunne håndhæves af domstolene.

Andre inddelinger af retskilderne tager deres udgangspunkt i *graden af dissens objektivisering*, uden at der opereres med nogen trindeling, og således at den indbyrdes sammenhæng mellem de forskellige faktorer understreges, jfr. *Ross* 1971, 93. Målestokken udgøres af den grad, i hvilken en kilde byder myndighederne en færdig formuleret regel. Der sondres herefter mellem fuldt, delvist og ikke-objektiverede kilder. Til de første henregnes *skrevne* retskilder, d.v.s. lovbestemmelser og administrativt fastsatte forskrifter. Reglen anses her som objektivt givet, således at der blot bliver spørgsmål om dens eventuelle fortolkning og om dens anvendelse. Praksis, fx retspraksis, kan i princippet kun rumme en stillingtagen til et eller flere *konkrete* tilfælde og tilbyder følgelig ikke i samme omfang »færdige« regler. Det, der objektivt forefindes, er blot et materiale (én eller flere konkrete afgørelser), som vil kunne spille en rolle ved formuleringen af en regel. Denne (uskrrevne) kilde anses følgelig som delvist objektiviseret. Endelig findes der ved de »friere overvejelser«, som antages at præge »forholdets natur«, ingen objektive holdepunkter overhovedet, og her er kilden således ikke-objektiviseret. En sådan inddeling af kildematerialet har ikke samme negative konsekvenser som den først omtalte. Objektiviseringsbegrebet er imidlertid uklart. Adskillige »fuldt objektiviserede« kilder, fx lovbestemmelser, rummer undertiden isoleret betragtet mere ufærdige regler end nogle af dem, som alene støttes på »delvist objektiviserede«, fx på en fast og langvarig retspraksis. Derimod kan der naturligvis, såfremt samvirkeperspektivet fastholdes og den kategoriske trindeling opgives, problemløst skelnes mellem skrevne og uskrrevne kilder. I et samfund, hvor lovgivningsvirksomhed er så intens som i det aktuelle danske, er skrevne kilder selvfølgelig de i praksis mest betydningsfulde.

I det følgende skelnes der i overensstemmelse med en af *Eckhoff* (1993, 17ff) anvendt terminologi mellem *forskellige typer af retskildefaktorer*, d.v.s. forskellige typer af *kundskabsmateriale*, som *kan* – men som ikke nødvendigvis *skal* – indgå i overvejelserne over og argumentationen for en bestemt retlig stillingtagen, nærmere betegnet i henseende til formuleringen af den for afgørelsen i et foreliggende konkret tilfælde anvendelige regel. Det er ikke muligt at udarbejde noget udtømmende katalog over sådanne faktorer. Det i betragtning kommende nationale materiale består sædvanligvis i bestemmelser i lovgivningen, forarbejder til love, administrative forskrifter, sædvaner, rets-

ombudsmands- og forvaltningspraksis og »forholdets natur« (undertiden også betegnet som »kulturtraditionen« eller »reale hensyn«). Hertil kan efter omstændighederne komme materiale af ikke-national karakter, fx retsakter fra EU-myndighederne.

Faktorerne leder frem til formuleringen af *indholdet* af den for den konkrete sag relevante regel. Selve *formuleringsprocessen* påvirkes af de i kapitel I omtalte *retskilde- og fortolkningsprincipper*, som navnlig har betydning for overvejelserne om 1) en given faktors *relevans* (er det tilladeligt at tage den i betragtning, foreligger der muligvis ligefrem en pligt hertil), 2) *vægtningen* eller *prioriteringen* af de forskellige mulige faktorer og 3) fastlæggelsen af det nærmere *meningsomfang* af de enkelte faktorer og af den eller de på grundlag af disse antagne regler. Som omtalt i kapitel I har principperne helt overvejende vag og ubestemt karakter og foreligger sædvanligvis ikke i autoritativt nedfældet form, men må ses som produkter og bestanddele af en lang retlig tradition. Heller ikke her kan der gives en for alle tilfælde udtømmende opregning. I detaljer kan principperne variere fra det ene retsområde til det andet, fx fra formueretten til forvaltningsretten. Som eksempler på retskildeprincipper af helt generel karakter med adresse til relevansproblemet (ovenfor 1) kan der henvises til det tidligere bemærkede om, at der foreligger pligt til at undersøge, om der findes bestemmelser i lovgivningen af betydning for det foreliggende konkrete tilfælde og videre til at tage hensyn til sådanne bestemmelser og til klare højesteretspræjudikater. Prioriteringsproblemet (ovenfor 2) illustreres bl.a. af *lex specialis*-princippet, jfr. videre om dette nedenfor i kapitel IX.

2.2. Norm, bestemmelse og regel

De enkelte love, der aktuelt gælder i Danmark, kan efter deres generelle beskaffenhed opfattes på flere forskellige måder. For det første er de – således som de fx er gengivet i »Lovtidende« – *tekster*, d.v.s. stykker af papir som er forsynet med diverse symboler i form af skrifttegn. Dernæst er de *sproglige ytringer*, selve det via symbolerne tilkendegivne. Endelig er de *bærere af et vist meningsindhold*, et forsøg på videregivelse af forskellige budskaber. Det er først og fremmest de to sidste betydninger, som interesserer her. Med tilknytning til disse benyttes betegnelserne *bestemmelse*, *regel* og *norm*.

»Norm« er for så vidt det overordnede begreb. Der gives, til dels betinget af hvilke sider af de bag begrebet liggende fænomener interessen retter sig mod, nærmest et ual af forskellige definitionsforsøg. Forstået som »social norm«, jfr. ovenfor i kapitel I, defineres begrebet her i overensstemmelse med Ross (1968, 93ff) helt alment som ».....et direktiv som korresponderer med

Kapitel 2

visse sociale kendsgerninger, således at det adfærdsmønster, der udtrykkes i normen 1) i almindelighed følges af samfundets medlemmer og 2) opleves af dem som forpligtende (gyldigt)«. Normen er således på *én gang*, dels et *direktiv* (verbalnorm), dels *adfærd og oplevelse eller forestilling* (realnorm).

Den type sociale normer, der specifikt betegnes som *retlige*, lader sig tilsyneladende uden videre indpasse i begrebsbestemmelsen. Der er imidlertid ikke enighed om, hvem der er de retlige (verbal-)normers umiddelbare adressater (»normmodtagere«). Følges definitionen slavisk, er adressaterne »samfundets medlemmer«. Indholdet af den lovgivning, der vedtages af Folketinget, og de regler, der kan støttes herpå, må fx i så fald antages at rette sig til både *borgerne* i almindelighed og til de *myndigheder*, som i påkommende fald skal håndhæve reglerne, d.v.s. at lovgivningen har »dobbelte adressater«. Denne forståelse svarer sikkert til de almindelige forestillinger i befolkningen. Ross antager heroverfor (1971,45ff), at de retlige (verbal-)normers umiddelbare adressater alene er de *retsanvendende myndigheder*, d.v.s. først og fremmest domstolene: Hvad der i forhold til andre normer kvalificerer en norm som retlig, er, jfr. kapitel I, netop det forhold, at den i sidste instans udstyrer myndighederne med *anvisninger på anvendelse af monopoliseret tvang*. De »egentlige« retsnormer er derfor direktiver til myndighederne. For *borgerne* er (verbal-)normerne strengt taget alene af »uselvstændig« eller »uegentlig« karakter, idet anvisningerne i disse ligger i, at borgerne véd, hvilke reaktioner fra myndighedernes side der kan forventes under givne betingelser, d.v.s. at den motiverende effekt udgøres af borgernes interesse i at undgå bestemte reaktioner fra myndighederne. Hertil kommer dog som noget væsentligt, at normerne for borgerne kan have og meget ofte har »en ideologisk motiverende funktion«, hvorefter de uden hensyntagen til eventuelle sanktioner følges, fx som konsekvens af almindelig respekt for »lov og ret« (Ross 1971, 69).

Ross' løsning på »adressat-problemet« har utvivlsomt forbindelse med hans opfattelse af, hvad der er »gældende ret«, jfr. nedenfor i kapitel III. Nogen *praktisk* betydning for retsanvendelsen har problemstillingen næppe, og løsningen er formentlig heller ikke *teoretisk* uangribelig. Ses der på normernes både tilsigtede og virkelige handlingsdirigerende effekter i forhold til borgerne, forekommer det for en almindelig snusfornuftig betragtning umiddelbart ganske kunstigt generelt at ville fastholde de retsanvendende myndigheder som eksklusive adressater. I forlængelse heraf kan man videre rejse spørgsmål om, hvorvidt et normsystem, der påstås kun at rette sig til myndighederne, egentlig har den effektivitet, som gør det berettiget at antage, at normerne »gælder«. I det følgende gås der ud fra, at det i hvert enkelt tilfælde vil være muligt at analysere sig frem til, hvem de potentielle adressater er, og at der herefter

meget ofte vil forekomme tilfælde, hvor den foran nævnte »dobbeltthed« foreligger.

Begrebet »regel« benytter jeg i den videre fremstilling – som allerede fastslået i kapitel I – om *indholdet* af de ovenfor omtalte retlige direktiver, d.v.s. at det svarer til Ross' begreb (retlig) »verbalnorm«. Den *formulering* af regler, som findes i lovtekster eller i tekster udfærdiget i medfør af lov, betegner jeg som *bestemmelser*. Sådanne foreligger følgerlig kun som skrevne. Regelbegrebet har derimod i princippet ingen binding til formuleringsformen, selvom regler i et samfund som vort ofte er formuleret mere eller mindre »færdige« i »bestemmelser«. I retskildemæssig henseende er det selvfølgelig reglerne, som er de mest interessante. Dommeren og dermed også enhver anden som skal tage stilling til retsspørgsmål, må som led i beslutningsprocessen afsøge de forskellige kildefaktorer med henblik på i disse at finde materiale, som kan lede frem til den regel, hvorpå en afgørelse eller en beslutning kan støttes.

Eksempel 1:

Lov nr. 102 af 6/4 1906 om køb m. senere ændringer er en af de helt centrale formueretlige love. Således som loven fx er gengivet i en af de gængse lovsamlinger, er der for det første tale om en tekst. Denne rummer en lang række sproglige ytringer, der som bestemmelser formulerer et vist meningsindhold, nemlig af forskellige regler (eller rettere af forskellige regelfragmenter, jfr. de følgende afsnit). Der findes dog langt flere regler af specifik betydning for retsforholdet mellem købeaftalens parter end de, der har deres umiddelbare »hjemsted« i købeloven. Mange af disse er uskrevne og således ikke formuleret i nogen »bestemmelse«. Købelovens § 59 handler fx om vanhjemmel, d.v.s. det forhold at sælgeren mangler adkomst til at råde over salgsgenstanden. Af bestemmelsen kan man imidlertid se, at dens direkte anvendelsesområde er begrænset til såkaldt oprindelig, fuldstændig adkomstmangel, såfremt aftalen vedrører en individuelt bestemt genstand. Det er tænkeligt, at »princippet« i § 59 langt hen ad vejen kan være vejledende, også når man skal vurdere sælgerens ansvar over for køberen ved efterfølgende eller partiel adkomstmangel, eller når denne sidste refererer sig til aftaler om artsbestemte ydelser, men regler herom er faktisk ikke formuleret i købeloven, men må udledes af praksis.

2.3. Forskellige slags regler

2.3.1. Inddelingskriterier

Som omtalt i kapitel I består retsordenen af alle de regler, som på et givet tidspunkt kan antages at »gælde«, fx i Danmark. Gås der ud fra et så generelt regelbegreb som i det forrige afsnit nævnte, siger det nærmest sig selv, at dette må omfatte en række yderst forskellige kategorier af udsagn. Af flere grunde, især for at opnå klarhed og oversigt over det helt uoverskuelige antal regler, som typisk findes i retsordenen i et moderne samfund, er det ikke blot sædvanligt, men også nødvendigt, at operere med inddelinger af disse efter forskellige kriterier.

Kapitel 2

De følgende underafsnit indeholder en behandling af reglerne efter sådanne kriterier. De er alle vigtige, men ikke udtømmende. Først ses der på reglernes *tilblivelsesmåde* (2.3.2). For en lægmandsbetragtning er det vist helt almindeligt at henføre regler til bestemmelser i lovgivningen, d.v.s. til en »positiv« stiftelse i henhold til en i forfatningen fastlagt procedure. Som tidligere berørt forekommer der imidlertid (mange) regler, der ikke har et sådant grundlag. Dernæst behandles inddeling efter *hierarkisk placering* (2.3.3). Reglerne i retsordenen har forskellig valør, bl.a. befinder de sig på forskellige trin, og en trindhøjere regel (fx som udtrykt i grundloven) fortrænger en trinklavede (fx som udtrykt i »almindelig« lovgivning). Et tredje oplagt og meget gammelt inddelingskriterium er *reglernes indhold*, hvor udgangspunktet tages i, hvilke livsforhold der reguleres, og hvor der foretages en ordning i forskellige *retsområder* (2.3.4). Videre har reglerne vidt forskellige *funktioner* inden for retsordenen, især således at nogle direkte angår adfærdsstyring, medens andre udruster personer og organer med bestemte kompetencer og fastlægger betingelserne for disses udnyttelse (2.3.5). Endelig kan der opereres med inddelinger efter, dels reglernes *præcisionsniveau*, dels *intensiteten* af den ved dem tilsigtede styring (2.3.6 – 2.3.7). Fremstillingen i de enkelte underafsnit har i vekslende grad sammenhæng med især behandlingen i kapitel V af de enkelte retskildefaktorer. Selvom den derfor for visse afsnits vedkommende indskrænkes til at antage karakter af en kort og foreløbig orientering, skulle den dog gerne i sig selv føre frem til erkendelse af, at basiselementerne i retsordenen ret beset udgøres af talløse *regelfragmenter*, mellem hvilke der foreligger vidtgående *interrelationer* (2.3.8).

2.3.2. Tilblivelsesmåde

Som omtalt foran sondres der her mellem sådanne regler, der er »positivt« stiftede, d.v.s. blevet til efter en bestemt formel procedure, og sådanne, der ikke har dette grundlag. Den første kategori betegnes undertiden også som den »satte« ret for derigennem at understrege, at reglerne i denne er fremkommet (er blevet »sat«) efter en udtrykkelig beslutning derom, truffet af bestemte organer i samfundet som netop er udrustet med kompetence til regelfastsættelse, jfr. Ross 1971, 93ff.

Selvom en opdeling af den samlede regelmasse efter tilblivelsesmåde i den nævnte forstand i teoretisk henseende for så vidt er en temmelig uproblematisk affære, bør man være opmærksom på, at der ved afgørelse af konkrete retsspørgsmål ofte ikke kun bliver tale om *enten* at anvende regler fra den »satte« ret *eller* regler fra den »ikke-satte«. Som omtalt under 2.1 indgår de forskellige retskildefaktorer i praksis i vid udstrækning i et samspil med hinanden. Den regel, der anvendes i et foreliggende konkret tilfælde, vil altså hyppigt være

et produkt af elementer fra både den »satte« og den »ikke-satte« ret, således som tilfældet fx er, når meningsomfanget af en regel i lovgivningen må ses i lyset af en foreliggende domspraksis. Dette forhold må derfor have i erindring ved læsningen af det følgende.

Hvad den »satte« ret – som altid vil foreligge som »skreven« – angår, volder det sædvanligvis ikke vanskeligheder af fastslå tilstedeværelsen af regler hørende til denne kategori. Der kan skelnes mellem to undergrupper, afhængig af om tilblivelsesproceduren er dansk, eller den ikke er det. Hvor proceduren har national karakter, er den praktisk vigtigste type sådanne regler, som fremgår af bestemmelser i de af Folketinget vedtagne og af Dronningen stadfæstede love, jfr. grundlovens §§ 41 og 22. Drejer et foreliggende konkret tilfælde sig fx om mangler ved en solgt maskine, vil det formentlig kun for den helt usagkyndige volde problemer af fastslå, at der findes regler af betydning herfor i bestemmelserne i købelovens §§ 42-54 og 76-86. Vigtigst inden for den anden undergruppe er visse af EU-myndighedernes generelle retsakter, især regler i de såkaldte »forordninger«, jfr. EF-traktatens art. 189, stk. 2.

Den anden kategori er langt mere besværlig i henseende navnlig til påvisningen af reglernes eksistens og til fastlæggelsen af deres indhold. For eksempelifikationens skyld fremdrages her kun regler, der støttes på *sædvane* og på *praksis*. Vurderet som retskildefaktorer er disse to forhold tillige langt mere udførligt behandlet nedenfor i kapitel V.

Medens opmærksomheden ved den »satte« ret er rettet mod en procedurebunden regelproduktion hos bestemte dertil kompetente myndigheder, er den ved *sædvanen* i første række samlet om en vis *regelmæssig adfærd* hos borgerne eller bestemte grupper af disse. Bestemte handlemønstre af en vis fasthed og udbredelse tillægges retlig betydning. Denne er på ingen måde entydig. Som *retssædvane* har man således fra gammel tid betegnet adfærd, som har været fulgt 1) almindeligt, stadigt og længe, 2) i den tro at der var tale om en retlig forpligtelse hertil, jfr. således *Bentzon* 1900, 84ff. Herved antoges en egentlig regel at være blevet konstitueret. Over for dette har man fremholdt regelmæssig adfærd, hvor de nævnte betingelser og i særdeleshed den anden ikke har foreligget opfyldt, men hvor der dog var grund til at tillægge adfærden en vis retlig relevans, navnlig ved udfyldning af aftaler. Denne sontring er formentlig uholdbar og heller ikke accepteret i praksis, jfr. *Ussing* 1950, 437ff, *Ross* 1971, 107ff og v. *Eyben* 1991, 150ff. Prøvelsen af, om en vis regelmæssig adfærd hos befolkningen eller hos bestemte dele af denne skal tillægges betydning og i givet fald hvilken, knyttes i praksis ikke primært til de anførte betingelser, men afhænger helt overvejende af en nuanceret bedømmelse af de konkrete forhold. Her *kan* betingelsernes tilstedeværelse komme til at spille en rolle.

Kapitel 2

I et samfund som det nuværende danske er sædvaner netop først og fremmest af interesse i kontraktsforhold, i særdeleshed når disse foreligger mellem erhvervsdrivende. Faktisk forekommende skik og brug inden for et bestemt erhvervsområde betegnes her oftest som *kutymen*. Betydningen af sådanne viser sig navnlig derved, at de anvendes ved udfyldning (og fortolkning) af foreliggende kontraktsfragmenter. I en række af de centrale formueretlige love siges det ligefrem, at de i disse indeholdte bestemmelser eller visse af dem ikke blot kan fraviges ved aftale, men at de også viger for »handelsbrug og anden sædvane«, jfr. fx købelovens § 1, stk. 1 og rentelovens § 1, stk. 2. Om der eksisterer en sædvane (kutyme) på et givet område, og hvilket indhold denne i bekræftende fald nærmere har, fordrer som regel indhentelse af sagkyndige udtalelser, i forretningsforhold typisk fra branchesagkyndige. Den retlige betydning kan herefter i sin mest vidtgående form manifestere sig ved, at der på sædvanen (kutymen) støttes en regel, jfr.

Eksempel 2:

Efter at en fiskekutter havde afsluttet fiskeri i Nordsøen og indbragt ladningen til Esbjerg havn, blev fiskeskipperen afskediget til omgående fratræden. Han gjorde over for rederen gældende, at han i medfør af §§ 2 og 3 i den da gældende sømandslov skulle have haft 3 måneders varsel til fratræden, og krævede hyre for denne periode. Det antoges, at der for Nordsøfiskeri gjaldt en kutyme, hvorefter en fiskeskipperkontrakt kunne bringes til ophør uden varsel ved fisketurens afslutning. Det antoges videre, at denne kutyme havde været så almindelig kendt og anvendt, at rederen havde været berettiget til at gå ud fra, at skipperen var bekendt med den og på det rene med, at forhyringen var sket i overensstemmelse dermed. Herefter lagdes kutymen og ikke de omtalte fravigelige bestemmelser i sømandsloven til grund for bedømmelsen af mellemværendet, og rederen frifandtes (UfR 1951/16H, jfr. 1936/527 H).

Omtalen af praksis begrænses her til *retspraksis*, således at der alene ses kort på domstolenes andel i regelskabelsen. Fra både reglerne i den »satte« ret og i sædvaneretten adskiller retsafgørelsen sig ved at være *konkret*, idet det umiddelbart kun er det foreliggende individuelle tilfælde, der afgøres. Den retsopfattelse, der er lagt til grund i det konkrete tilfælde, kan imidlertid, især når afgørelsen er truffet af en af de overordnede retter, under visse omstændigheder, jfr. kapitel V, tænkes at få afsmittende virkninger for afgørelserne i fremtidige lignende sager. Afgørelsen, hvorfra man i så fald søger at udlede (elementer af) en mere generel regel, bliver dermed et muligt såkaldt *præjudikat*. Som allerede omtalt udøves domstolenes virksomhed oftest med den »satte« ret som udgangspunkt. Der findes imidlertid ganske væsentlige retsområder, hvor retstilstanden helt eller for den overvejende dels vedkommende er et resultat af domstolenes afgørelser, jfr.

Eksempel 3:

Medens der i ægteskabslovgivningen findes bestemmelser om ordningen af formueforholdet mellem ægtefæller, herunder i tilfælde af ægteskabets ophør, har lovgivningen ikke forholdt sig til det pågældende spørgsmål, når der i stedet foreligger et papirløst samliv. Det har altid været antaget, at der ikke kan sluttes (analogt, jfr. kapitel IX) fra den »positive« normering af formueordningen for ægtefæller til mellemværendet mellem papirløst samlevende. Udgangspunktet er herefter, at samlivet overhovedet ikke påvirker den retlige bedømmelse af disses økonomiske forhold, omend det anerkendes, at der kan indgås aftaler mellem parterne herom, også om fremtidige forhold, fx om en vis deling af deres samlede formue ved samlivets ophør. Er sådan en aftale ikke indgået, fører udgangspunktet til, at hver af parterne ved samlivsophør udtager sine ejendele uden nogen form for deling med den anden. Væksten i antallet af papirløse ægteskaber fra slutningen af 1960'erne aktualiserede spørgsmålet, om udgangspunktet eventuelt ville kunne modificeres, navnlig i tilfælde hvor den ene part, sædvanligvis kvinden, under samlivets beståen havde ydet væsentlige bidrag til den anden parts erhvervelse og bevarelse af større aktiver, typisk fast ejendom som havde tjent som bolig for familien. Efter forskellige tvivlsomme landsretsdomme fra 1970'erne nåede Højesteret i en række afgørelser fra 1980'erne frem til, at der under visse omstændigheder kan tillægges den ene part et såkaldt kompensationskrav hos den anden. Sammenfattes afgørelserne, kan der opstilles en regel, der stærkt forenklet går ud på følgende: *Hvis* samlivet har været flerårigt og fast, og *hvis* den ene gennem deltagelse i de 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, *så* kan der tilkendes kompensation, idet størrelsen heraf fastsættes skønsmæssigt under hensyntagen til bl.a. samlivets varighed og parternes økonomiske forhold ved dets ophør (UfR 1980/480H, 1982/93H, 1984/166H, 1985/55H og 607H, 1986/765H, 1988/998H og 1989/601H, jfr. også *Nørgaard* UfR 1986B/97ff).

Den i eksemplet omtalte regel angår, trods sin ikke-uvæsentlige praktiske betydning, nogle forholdsvis velafgrænsede situationer. Der forekommer dog også eksempler på »dommerskabt« ret (regler), som har en langt mere omfattende karakter. Et af de vigtigste vedrører erstatning uden for kontraktsforhold. Efter dansk rets almindelige erstatningsregel – den såkaldte »culparegel« – ifaldes der således i almindelighed ansvar for en skade, som forvoldes ved en retsstridig handling, der kan tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom. Grundlaget herfor er ikke »sat« ret, for der findes ingen almindelige bestemmelser i lovgivningen, som »bærer« culpareglen. Grundlaget er derimod en mangeårig og særdeles omfattende retspraksis, som – med den bredde reglen har – kan siges at have omsat sig i en såkaldt *almindelig retsgrundsætning*, jfr. om disse videre nedenfor i afsnit 5.15.

2.3.3. Hierarkisk placering

Reglerne i retsordenen har forskellig rang, således at en »højere« regel i tilfælde af konflikt fortrænger en »lavere« (det såkaldte »lex superior-princip«).

Spørgsmålet er naturligvis herefter, på hvilket grundlag man bestemmer denne rangorden eller trindeling. Dette lader sig lettest besvare for så vidt

Kapitel 2

angår den *satte* ret. Denne kan opfattes som et *system af kompetencer*, hvor hver enkelt regel afleder sin »gyldighed« af en eller flere andre regler, nemlig sådanne der udstyrer et bestemt organ med kompetence til at »sætte« den førstnævnte regel. Inden for *samme kompetencekæde* har *kompetenceregler* (om disse nærmere nedenfor under 2.3.5) derfor højere rang end regler, der er givet i *medfør af kompetencen*. Alle regler, som er givet i henhold til *samme kompetenceregulering*, har *samme* rang.

Eksempel 4:

Grundloven indeholder (kompetence-) regler om tilblivelsen af almindelige love, hvorimod den som hovedregel ikke selv kan ændres eller fraviges ved lov, jfr. § 88. Regler i grundloven er derfor trindhøjere i forhold til regler i almindelige love. Da disse er blevet til i henhold til samme kompetence (for Folketinget og Dronningen i forening), har de enkelte love derfor principielt samme rang, idet mulige uoverensstemmelser mellem reglerne i disse så vidt muligt søges fjernet ved fortolkning, jfr. kapitel IX. Bestemmelser, som er udfærdiget i medfør af lov, fx en ministeriel bekendtgørelse som beror på en til vedkommende fagminister meddelt bemyndigelse, afleder naturligvis sin gyldighed fra loven og er følgelig trindhøjere end denne o.s.v.

Af og til forekommer det, at et organ får tillagt kompetence til at fravige regler, som efter det foran anførte har højere rang end regler, der hidrører fra organet selv. Man taler i så fald om *derogation*. På forfatningsniveau findes et eksempel i grundlovens § 20 (overførsel ved almindelig lov af opgaver som efter grundloven tilkommer »rigets myndigheder« til »mellempolitisk myndigheder«). Længere nede i hierarkiet forekommer derogation navnlig som bemyndigelser til ministre til ved bekendtgørelse at ændre bestemmelser i lovgivningen, typisk i den lov som rummer bemyndigelsen.

Som det er fremgået, gælder det anførte kun om regler, der kan henføres til samme kompetencekæde, og løsningerne kan således ikke lægges til grund, såfremt der i stedet er tale om regler, som beror på kompetencer, der er *uafhængige* af hinanden. På *nationalt* niveau vil konfliktsituationer her typisk foreligge i form af uoverensstemmelser mellem administrativt fastsatte regler, der er udfærdiget på grundlag af forskellige bemyndigelser i forskellige love. Sådanne regler må betragtes som havende samme rang, og uoverensstemmelser søges fjernet ved fortolkning. Konflikt kan også foreligge mellem nationalt fastsatte regler og regler hidrørende fra *internationale* organer. Særlig praktisk betydning har uoverensstemmelser mellem nationale regler og *EU-regler*, som har direkte virkning. EF-Domstolen hævder her et princip om *EU-rettens forrang for national ret*. Efter dette er nationale domstole og andre nationale offentlige myndigheder forpligtet til at anvende de nævnte EU-regler uden hensyntagen til, hvorledes konflikten mellem EU-retten og de nationale regler

er opstået. Der foreligger ikke dansk praksis herom, jfr. nærmere *Gulmann & Hagel-Sørensen* 1993, 173ff og nedenfor i kapitel VII.

For så vidt angår den *ikke-satte* ret, er det ikke muligt at opstille tilsvarende løsninger, hvilket naturligvis har sammenhæng med, at reglerne her ikke er blevet til i kraft af bestemte kompetencer, men derimod udviklet gennem praksis. Selvom man i teorien kan forestille sig modstrid mellem to ikke-satte regler, vil man sædvanligvis ikke karakterisere dette som en konfliktsituation, men derimod sige, at den ene (ældre) regel ændres gennem den anden (yngre), således som tilfældet fx er, når en ældre retspraksis på et bestemt område justeres gennem en senere tilkommende. Der kan heller ikke opereres med nogen absolut bindende trinfølge i forholdet mellem satte og ikke-satte regler. Satte regler kan ændres gennem ikke-satte, endda på forfatningsniveau, jfr.

Eksempel 5:

Efter grundlovens § 46, stk. 2, må ingen udgift afholdes uden hjemmel i den af Folketinget vedtagne finanslov eller i en af Folketinget vedtaget tillægsbevillingslov eller midlertidig bevillingslov. Såfremt denne bestemmelse skulle følges efter ordlyden, ville danske ministre en bloc gennem en lang årrække have gjort sig skyldige i grundlovsbrud. Der har imidlertid længe eksisteret en praksis, hvorefter udgifter kan afholdes uden forudgående hjemmel på bevillingslov mod senere optagelse på tillægsbevillingslov, såfremt den pågældende udgift er godkendt af Folketingets finansudvalg. Denne praksis må formentlig siges at være udtryk for en (rets-) sædvane, der har ændret § 46, stk. 2, og ikke kun en konstitutionel skik og brug, jfr. *Ross* 1966, 828ff.

Omvendt kan ikke-satte regler ændres eller ophæves ved satte. I almindelighed kræver dette formentlig, at den satte regel har fundet udtryk i lov eller i bestemmelser udfærdiget i medfør af lov. Ændringer i den ovenfor i eksempel 3 omtalte retstilstand forudsætter eksempelvis enten ny retspraksis eller lovgivning om spørgsmålet. I denne begrænsede forstand kan man således tale om, at satte regler i rangordenen befinder sig på et højere trin end ikke-satte.

Da retskilde- og fortolkningsprincipperne, således som disse er udviklet gennem praksis, ikke er nogen bestanddel af retsordenen, kan der naturligvis ikke siges noget om deres hierarkiske placering. Selvom de kunne opfattes som egentlige regler, ville spørgsmålet i øvrigt næppe have nogen praktisk betydning.

2.3.4. Efter indhold

Medens den i forrige afsnit omtalte inddeling efter sagens natur angår det *vertikale* forhold mellem regler, vedrører inddelinger efter disses indhold de *horisontale* relationer.

Beskrivelsen af sådanne relationer har, sammenlignet med andre inddelingsgrundlag, meget længe spillet en hovedrolle inden for retsvidenskaben i for-

Kapitel 2

bindelse med forsøg på at systematisere det samlede retsstof. Beskrivelsen kan tænkes tilrettelagt efter flere forskellige kriterier. I Norden ses hyppigst beskrivelser, som tager deres udgangspunkt i, hvilke typer af livsforhold der reguleres, men som kombinerer dette med hensyntagen til vigtige træk i reglernes struktur og indhold. Regler, der antages at vedrøre samme typer af forhold, og som rummer væsentlige lighedspunkter i strukturel og indholdsmæssig henseende, behandles og fremstilles herefter i forskellige retsområder, ofte efter en »forarbejdning«, hvor man ved hjælp af generaliseringer søger at udlede grundlæggende principper eller basisregler for det pågældende område, der herefter muligt lader sig opdele i en »almindelig« og en eller flere »specielle« dele. Med retsområderne korresponderer i undervisningsmæssig henseende en lang række juridiske fag eller discipliner, inden for hvilke man bl.a. søger at bibringe vordende jurister kendskab til det »kort« over det retlige landskab, som især den foreliggende inddeling rummer mulighed for at aftegne, et »kort« som i almindelighed vil vise sig at være et nyttigt orienteringsmiddel i forbindelse med løsningen af konkrete retsspørgsmål, jfr. herved Strömholm 1992, 195.

Efter en tradition, som har rødder tilbage i romerretten, foretages der oftest en grundlæggende opdeling af retsstoffet i to hovedområder, nemlig i *den offentlige ret* på den ene side og i *privatretten* på den anden. Inden for hvert af disse sondres der derefter videre mellem forskellige hoveddiscipliner, hvoraf visse igen deles i en række underområder. Selvom denne opdeling kan mødes med en lang række indvendinger, har den vist sig utrolig levedygtig, og den må formentlig fortsat siges at rumme det mest benyttede forsøg på systematisering af reglerne efter disses indhold. Med forudskikkelse af den bemærkning, at der ikke råder fuld enighed om, hvorledes inddelingen nærmere skal udfyldes, kan en systematisering på det pågældende grundlag skitse-mæssigt opstilles således:

I. Den offentlige ret

De herhen hørende regler drejer sig om de *myndigheder*, som på den ene eller anden måde *udøver samfundets legale magt* i forhold til borgerne, d.v.s. regler om de pågældende myndigheders konstituering, deres indbyrdes forhold og deres forskellige opgaver. Ofte betones det tillige, at reglerne bæres af *andre interesser og formål* end de privatretlige, nemlig almindelige samfundsmæssige interesser, ligesom der henvises til, at reglerne i almindelighed *håndhæves* ved forbud, påbud og tilladelser og i sidste instans ved straf. Til den offentlige ret henføres herefter følgende områder:

A. Statsforfatningsretten

Her behandles reglerne om de øverste statsorganers konstituering og funktioner, d.v.s. at der først og fremmest fokuseres på bestemmelserne i forfatningen om den grundlæggende politiske magtfordeling, især for så vidt angår Folketinget og regeringen. Traditionelt fremstilles de i forfatningen hjemlede »frihedsrettigheder« også i denne disciplin.

B. Forvaltningsretten

Som betegnelsen viser, er emnet her reglerne om den offentlige (statslige og kommunale) forvaltnings organisation og virke. Sædvanligvis foretages en underopdeling, således at regler, der antages at være forvaltningsretligt fælleseje, f.eks. i henseende til kravet om lovhjælp (legalitetsprincippet) og vedrørende forskellige forvaltningsprocessuelle forhold, fremstilles i den *almindelige forvaltningsret*, medens reglerne om forvaltningens vidt differentierede opgaver behandles som deldiscipliner i den *specielle forvaltningsret*, fx skatteret, miljøret, socialret, kommunalret o.s.v. Sådanne dele af den specielle forvaltningsret, som især har relevans for erhvervslivet, ses undertiden samlet i en særlig underdisciplin, benævnt *erhvervsreguleringsretten*.

C. Strafferetten

De strafferetlige regler drejer sig dels om, hvad der anses for strafbart, dels om de særlige samfundsmæssige reaktioner (sanktioner) i forhold til kriminalitet. Lige som i forvaltningsretten foretages som regel en underopdeling mellem strafferettens *almindelige* og *specielle* del, således at man i førstnævnte behandler de almindelige betingelser for straf og de enkelte typer af strafferetlige sanktioner, medens man i den sidste fremstiller de særlige betingelser for straf ved bestemte lovovertrædelser, især sådanne der er hjemlet i borgerlig straffelov. Også her ses fremstillinger, der særligt er relateret til erhvervslivet (»erhvervsstrafferet«) eller af straffebestemmelserne inden for dele af den specielle forvaltningsret (fx »skattestrafret«).

D. Processen

Her behandles først og fremmest reglerne om domstolenes organisation og virkemåde, sædvanligvis med en underopdeling i *straffeprocessen* og *civilprocessen*. Til området henføres meget diskutabelt videre traditionelt reglerne, dels om tvangsfuldbyrdelse af fordringer, den såkaldte *fogedret*, dels om behandlingen af dødsboer og konkurs, akkord og betalingsstandsninger m.v., den såkaldte *skifteret*.

E. Folkeret m.v.

Medens reglerne inden for de fire foregående discipliner har et nationalt sigte, vedrører *folkeretten* den internationale retsorden, altså navnlig retsforholdet mellem forskellige stater således som dette især støttes på indgående traktater og på sædvane, herunder de retsforhold der opstår gennem staters deltagelse i internationale organisationer (FN, NATO, GATT o.s.v.), jfr. nedenfor i kapitel VI. De retsforhold, der følger af Danmarks deltagelse i Den Europæiske Union, henføres derimod til en ny og selvstændig disciplin, *EU-retten*. Denne lader sig kun vanskeligt indpasse i den her berørte systematik. De overordnede regler om unionsorganernes konstituering og kompetence, om de forskellige typer af fællesskabsretlige retsakter og om de gennemgående fællesskabsretlige retsprincipper, herunder det almindelige forhold mellem fællesskabsret og national ret, behandles mest hensigtsmæssigt for sig i, hvad man kunne kalde fællesskabsrettens almindelige del, jfr. videre i kapitel VII. De enkelte fællesskabsretlige opgaver og de hertil hørende retsakter, fx på konkurrence-, miljø- og forbrugerretlige områder, fremstilles derimod bedst i eller med tilknytning til de enkelte nationale discipliner, uanset om disse måtte være privat- eller offentligretlige.

II. Privatretten

Det er ikke usædvanligt at se privatrettens område bestemt som alle de regler, der bliver »tilovers«, efter at den offentlige ret har fået sit. En positiv, men ikke ganske nøjagtig, almindelig beskrivelse af privatrettens genstand går ud på, at denne vedrører de regler, der regulerer *retsforholdet mellem de enkelte borgere*, hvad enten disse optræder individuelt eller som medlemmer af eller parthavere i forskellige private kollektiver (selskaber o.l.). I tilknytning hertil siges det ofte, at reglernes formål er at værne den *enkelte borgers private interesser*, lige som det fremhæves, at de *håndhæves* gennem civilt søgsmål, og at sanktionerne her ikke er straf, men dom til opfyldelse, enten in natura eller til betaling af et pengebeløb. Sammenligner man med den del af den offentlige ret, som vedrører relationerne mellem offentlige myndigheder og borgere, påpeges det endelig, at det langt hen ad vejen er karakteristisk, at medens disse relationer præges af offentlige myndigheders *ensidige autoritative konkrete retsfastsættelse* (fx opkrævning af skat, fastsættelse af vilkår for benyttelse og bebyggelse af fast ejendom, beregning og udbetaling af sociale ydelser etc.), så præges retsforholdene mellem borgerne indbyrdes af *de enkelte parters autonomi* med hensyn til at kunne og ville forpligte sig over for hinanden, jfr. Ross 1971, 249. Hovedeksemplet i så henseende er naturligvis forpligtelser og dermed korresponderende rettigheder, som opstår i kraft af indgåede aftaler.

De traditionelle hoveddiscipliner indenfor privatretten (undertiden også kaldt »den borgerlige ret« eller »civilretten«) er:

A. Personretten

Det centrale i denne disciplin er reglerne om *fysiske personers habilitet* (»handleevne«) med hensyn til at råde over formue og forpligte sig ved aftaler, d.v.s. at der først og fremmest fokuseres på betydningen i de anførte henseender af umyndighed og visse sjælelige forstyrrelser.

B. Familieretten

Det følger af betegnelsen, at emnet her er *familiemedlemmers indbyrdes retsforhold*, altså i første række reglerne om indgåelse og opløsning af ægteskab, formueforholdet mellem ægtefæller, børns retsstilling i forhold til forældrene og retsforholdet mellem papirløst samlevende.

C. Arveretten

Også her rører betegnelsen genstanden: *Formueovergang i forbindelse med dødsfald*, altså ved arv, hvad enten grundlaget herfor er legal arveadkomst eller testamente.

D. Den internationale privatret

I denne disciplin behandles reglerne om, hvilket lands retsorden der skal komme til anvendelse på et givet privatretligt retsforhold, som rummer tilknytningsmomenter til såvel dansk som udenlandsk ret.

E. Formueretten

Formueretten er privatrechts hoveddisciplin og tillige den af disse, der har langt de mest diffuse konturer i forhold til andre retsområder. Undertiden beskrives formuerettens genstand da simpelthen også som alle de regler, der falder uden for de fire foregående discipliner. Positivt men fortsat ikke særlig oplysende kan genstanden beskrives som værende reglerne om formuerettighederne, d.v.s. de *omsættelige* rettigheder, typisk sådanne som har formueværdi. Traditionelt deles den i to hver for sig meget omfattende underområder, nemlig *obligationsretten* og *tingsretten*, jfr. nedenfor 1-2. Det forekommer dog velbegrundet at supplere disse med i hvert fald to andre, *immaterialretten* og *selskabsretten*, jfr. nedenfor 3-4.

1. Obligationsretten

Betegnelsen hidrører fra det latinske ord »obligatio«, her forstået som »fordringsret« eller »skyld«. I obligationsretten fremstilles reglerne om forholdet *mellem parterne* i det formueretlige skyldforhold. Centralt i dette står *fordringsretten*, d.v.s. en persons retsbeskyttede formuefordring på en anden person. Omend der ses vekslende underopdelinger har følgende systematisering en vis hævd i Danmark:

A. *Aftale- eller kontraktsretten*, i hvilken man behandler de almindelige regler om aftalers indgåelse, herunder ved mellemmand, og om aftalers ugyldighed.

B. *Obligationsrettens* almindelige del vedrører regler, der gælder for skyldforhold i almindelighed, bortset fra de som angår forholdets stiftelse (herom under pkt. a og d). Kerneområdet er herefter de almindelige regler om fordringers indhold, misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser samt fordringers ophør.

C. I *obligationsrettens* specielle del fremstilles de *særlige* regler for bestemte typer af skyldforhold, fx køb, entreprise, arbejdsaftaler, leje, kaution, forsikring etc.

D. *Erstatningsretten*, hvis genstand er reglerne om erstatning for skadegørende handlinger uden for kontraktsforhold.

2. Tingsretten

Medens obligationsretten, som det er fremgået, handler om de retlige relationer mellem skyldforholdets parter, vedrører tingsretten forholdet mellem *kolliderende rettigheder* over samme genstand eller formuemasse eller en rettighedsindehavers *retsbeskyttelse over for trediemand*. Tingsrettens centrale emner udgøres herefter af reglerne om opnåelse af såkaldt *omsætningsbeskyttelse* (»tinglig beskyttelse«) over for andre rettighedsindehavere i henhold til aftale eller kreditorforfølgning, uanset om beskyttelsesinteressen knytter sig til *ejendomsret* eller til begrænsede rettigheder, fx *panteret* eller *brugsret*.

3. Immaterialretten

Genstanden er her en række *lovbestemte enerettigheder*, nemlig sådanne der foreligger som ophavsrettigheder til litterære eller kunstneriske værker eller som foto-, patent-, brugsmodel-, mønstre- og varemærkerettigheder. Rettighedernes særlige karakter illustreres af den undertiden benyttede betegnelse »*åndsrättigheter*«. Da aftaler om rettighedernes udnyttelse frembyder visse særlige træk, henføres de såkaldte »forlags-« eller »licensaftaler« ofte tillige til området.

4. Selskabsretten

Selskabsrettens kerneområde er reglerne om en række *ved aftale* stiftede *erhvervsdrivende fællesskaber* (interessentskaber, aktieselskaber, anpartsselskaber, kommanditselskaber m.fl.). Traditionelt lægges hovedvægten på behandlingen af reglerne om det indbyrdes forhold

Kapitel 2

mellem selskabsdeltagerne, forholdene mellem selskabsdeltagere, selskab og selskabsledelse og forholdet til tredjemand.

Det ses, at retskilde- og fortolkningsprincipperne ikke optræder i nogen særlig disciplin i opdelingen. Det betyder ikke, at de ikke behandles. I det omfang, der inden for den enkelte disciplin forekommer særlige retskilde- og fortolkningssspørgsmål, vil disse typisk blive taget op her, medens mere almene problemstillinger af den pågældende art sædvanligvis hen skydes til den tidligere omtalte »almindelige retslære« som en uden for eller oven over de enkelte fagområder stående metadisciplin.

Som sagt er systematisering efter linier som de skitserede i tidens løb blevet mødt med talrige indvendinger, som retter sig både mod systematiseringens generelle og mod dens konkrete elementer. Den mest tungtvejende af den generelle type går ud på, at det i virkeligheden er umuligt at trække skarpe grænser mellem den offentlige ret og privatretten, som betinges, dels af hvilke interesser/formål reglerne værner, dels af forskelligheder mellem aktørerne (myndigheder på den ene side, borgere på den anden). Der kan nemlig ikke gives nogen præcis definition af henholdsvis »samfundsmæssige« og »private« interesser, fx ligger der bag interesser, som umiddelbart opleves som oplagt »private«, også utvivlsomme samfundsmæssige hensyn. Aktørerne inden for privatretten er heller ikke kun »privatpersoner«, også offentlige myndigheder optræder her, navnlig som aftalepartnere, såvel indbyrdes som i forhold til private borgere, jfr. til disse indvendinger *Ross* 1971, 270ff. Områderne fletter sig således ind i hinanden. På det mere praktiske plan har dette den konsekvens, at det ofte er temmelig urealistisk at beskrive retstilstanden vedrørende bestemte livsforhold uden at inddrage såvel offentligretlige som privatretlige regler.

Eksempel 6:

Markedsføringsloven indeholder bl.a. en række bestemmelser om erhvervsdrivendes markedsføring, som skal være korrekt og informativ og ikke må være vildledende eller urimeligt mangelfuld, jfr. navnlig lovens § 2. Overtrædelse heraf kan medføre straf og eventuelt imødegås ved forbud, jfr. lovens §§ 14-16 og 19. Loven er således i denne henseende en offentligretlig erhvervsreguleringslov, der ikke umiddelbart har betydning for de enkelte aftaler, en erhvervsdrivende måtte indgå. Disse må vurderes efter formueretlige regler, herunder især efter bestemmelserne i købeloven, jfr. navnlig dennes § 76 om mangelsbegrebet. Det antages imidlertid helt almindeligt, at kontraktsforholdet mellem den erhvervsdrivende og hans kunde ikke bør være upåvirket af, at den første er underlagt et krav om korrekt og informativ markedsføring, jfr. *Gomard* 1989, 138. Konsekvensen heraf er, at en tilsidesættelse af markedsføringslovens regler kan »smitte af« på bedømmelsen af retsforholdet mellem parterne, fx i henseende til antagelsen af en mangel ved en solgt genstand. – Køberetten er i øvrigt et eksempel på, at et traditionelt formueretligt område til en vis grad falder fra hinanden gennem en spaltning i en kommercielt betonet del på den ene side og en »forbrugerkøberet« på den anden.

På den omtalte baggrund er det for så vidt fuldt forståeligt, at man i adskillige juridiske fremstillinger ikke tillægger sondringen mellem offentlig ret og privatret nogen betydning, og også at der i undervisningsmæssige sammenhænge opereres med fag, der går på tværs af denne eller på tværs af discipliner indenfor de to hovedområder. Et skoleeksempel herpå er *erhvervsretten* (»Business law«, »Wirtschaftsrecht«). I systematisk henseende bindes denne disciplin blot sammen af, at de behandlede offentligretlige og privatretlige regler alle har relevans for erhvervsvirksomheder. Et andet eksempel er den såkaldte »kvinderet«, i det omfang denne i almindelighed overhovedet lader sig opfatte som en behandling af gældende ret.

Som det er fremgået, er det under alle omstændigheder nødvendigt at være bevidst om, at systematiseringen ikke indebærer opsætning af vandtætte skodder mellem reglerne i de to hovedområder og selvfølgelig heller ikke mellem de forskellige discipliner inden for disse. Den er, som andre abstraktioner, blot et efter forholdene mere eller mindre vellykket redskab til at skabe oversigt over og indblik i regelmassen.

2.3.5. Efter funktion

Ovenfor i kapitel I er det omtalt, at retsordenen kan opfattes som et system, i hvilket de forskellige regler har rationelt prægede eller dog rationelt intenderede relationer til hinanden. Den foregående fremstilling, især med hensyn til forskelle i reglernes hierarkiske placering og i deres indhold, skulle gerne have givet et vist indtryk af, hvad *Ross* (1971, 46) kaldte sammenknytningen mellem reglerne i en *udelelig meningssammenhæng*. Klarest ses dette imidlertid, såfremt man vender blikket mod reglernes funktioner, ikke i overordnet sociologisk eller politologisk henseende som styrings- og konfliktløsningsinstrumenter, men i mere teknisk (juridisk) forstand. *Ross'* »udelelige menings-sammenhæng« er her – noget mere farverigt – af *Strömholm* (1992, 240) illustreret på den måde, at retsordenen sammenlignes med en bygning, hvor reglerne – som bygningsmaterialet – følger sig ind i hinanden til et hele. Én hovedtype af regler udgør – som murstenene – selve den grundlæggende substans i bygningen. En eller flere andre typer har til opgave som mørtel at tjene som det nødvendige sammenføjningsmiddel.

Den første af disse typer betegnes i det følgende som *pligtregler*, medens betegnelsen *kompetenceregler* anvendes om de sidste.

Der råder ikke enighed om terminologien, der selvfølgelig i sig selv er ligegyldig. *Ross* (1971, 45ff) og *Stuer Lauridsen* (1977, 250ff og 1992, 170) kalder pligtreglerne for »forholdsnormer«. *Strömberg* (1971, 63ff) bruger betegnelsen »handlingsregler« om pligtreglerne og skelner iøvrigt mellem »kvalifikationsregler« og »kompetenceregler«. Det samme gør *Strömholm* (1992, 234ff), der dog kalder pligtreglerne for »förfållningsregler«. *Sundby* (1978, 50ff) og *Eckhoff* (1993, 39) anvender samme terminologi som *Strömberg*.

Kapitel 2

Om begrebernes indhold foreløbig følgende, sml. i øvrigt nedenfor i afsnit 2.4 og 2.5:

En *pligtregels* funktion er *direkte adfærdsstyring*. Dette finder udtryk gennem *påbud* eller *forbud*, alt efter om bestemte aktiviteter ønskes fremmet eller forhindret. Undtagelser fra påbud foreligger som *fritagelser* og fra forbud som *tilladelser* (samlet populært udtrykt som »dispensationer«). Tilsidesættelse af det foreskrevne handlingsmønster mødes med et *retligt ansvar*, typisk bestående i *dom til naturalopfyldelse*, *erstatning* eller *straf*.

Pligtregler kan udtrykkes i såkaldte »hvis-så«-sætninger (konditionalsætninger), hvor hvis'et betegner *retsfaktum* (de betingende kendsgerninger) og så'et *retsfølgen* (retsvirkningerne). Retsfaktum er reglens beskrivelse af de omstændigheder – de faktiske og/eller retlige forhold – der skal foreligge, for at reglen vil kunne anvendes, medens retsfølgen er dens beskrivelse af de (retlige) konsekvenser, som knyttes hertil.

Eksempel 7:

Lov om visse forbrugeraftaler (»dørsalgsloven«) har til formål at yde forbrugere en vis beskyttelse i forbindelse med indgåelse af bestemte former for aftaler, som ofte vil kunne bero på mindre velovervejede tilskyndelser fra forbrugers side. I lovens § 2 hedder det fx:

»Stk. 1. Erhvervsdrivende må ikke uden forudgående anmodning herom rette personlig eller telefonisk henvendelse til en forbruger på dennes bopæl, arbejdsplads eller andet sted, hvortil der ikke er almindelig adgang, med henblik på straks eller senere at opnå tilbud eller accept af tilbud om indgåelse af aftale.

Stk. 2. Stk. 1 gælder ikke for henvendelse om

- 1) salg eller bestilling af varer, som efter næringslovens § 12, stk. 1, litra a, og stk. 2, samt § 13 kan sælges ved omførsel,
- 2) bestilling af bøger,
- 3) tegning af abonnement på aviser, ugeblade og tidsskrifter,
- 4) tegning af forsikring eller
- 5) tegning af abonnement, der omfatter redningstjeneste eller sygetransport, hos en virksomhed, med hvilken én eller flere kommuner har indgået aftale om udførelse af rednings- og slukningsarbejde ved ildebrand«.

Ses der foreløbig bort fra, at bestemmelsen indeholder adskillige begreber, hvis indhold må fastlægges ved hjælp af regler, som er formuleret i andre bestemmelser (»erhvervsdrivende«, forbruger etc.), jfr. herom nedenfor, rummer den for det første et *fragment* af en pligtregel (et forbud), som har »erhvervsdrivende« som adressater. Udtrykt efter »hvis-så«-mønsteret lyder denne således: »Hvis der ikke foreligger forudgående anmodning fra en forbruger herom, så er det forbudt en erhvervsdrivende at rette.....«. Bestemmelsens stk. 2 tillader imidlertid under visse nærmere betingelser generelt, at der ses bort fra forbudet, og regelfragmentet kan derfor straks kompletteres med et yderligere »hvis«, nemlig ».....og hvis der ikke er tale om« (en af de i stk. 2 omtalte virksomheder). Selv i denne formulering er reglen imidlertid øjensynlig ufuldstændig, idet den ikke fortæller, hvad der sker, såfremt forbudet tilsidesættes. På dette punkt må § 2 sammenholdes med lovens § 18. Efter denne bestemmelse straffes overtrædelse af § 2, stk. 1, med bøde, ligesom det af stk. 2 følger, at der kan pålægges virksomheden som sådan bødeansvar, såfremt overtrædelsen er begået af et

aktieselskab, anpartsselskab, andelsselskab eller lignende. På dette grundlag kan der formuleres et fragment af en anden pligtregel: »Hvis forbudet i § 2, stk. 1, tilsidesættes, og hvis der ikke foreligger (virksomhed efter § 2, stk. 2), så skal den erhvervsdrivende straffes med bøde«. Også her er en række væsentlige spørgsmål uomtalte, navnlig hvem der i givet fald skal pålægge bødestraf, hvem der kan eller skal tage initiativet hertil, i hvilke former sagen mod den erhvervsdrivende skal foregå, og hvorledes sanktionen over for denne nærmere er beskaffen. Svar herpå må søges andre steder i retsordenen, især i en række regelfragmenter som udledes af retsplejeloven. Af disse vil fremgå, at adressaten for pligtregel nr. 2 (et påbud) er *domstolene*. At den erhvervsdrivende må forudse bødestraf, såfremt en påvist overtrædelse af § 2 forfølges, er imidlertid ikke den eneste negative konsekvens af tilsidesættelsen af det foreliggende forbud. Af lovens § 3 fremgår yderligere, at et løfte, afgivet af en forbruger ved en erhvervsdrivendes (forbudte) henvendelse efter § 2, ikke er bindende. Forbudsreglen indgår her som led i retsfaktumbeskrivelsen i et fragment af en kompetenceregulering: »Hvis forbudet i § 2 tilsidesættes, og hvis forbrugeren herved har afgivet et løfte, så er dette ikke bindende (for ham)«, m.a.o. forbrugeren får beføjelse til at betragte løftet som værende ugyldigt.

Den i eksemplet skitse-mæssigt illustrerede regelgivningsteknik er helt almindeligt forekommende. Sanktionerne over for tilsidesættelse af pligtregler fremgår fx oftest ikke af de bestemmelser, hvori disse er formuleret, men samles typisk andetsteds (i andre bestemmelser) i lovgivningen. Det samme gælder med hensyn til retshåndhævelsen (især omkring hvem der kan/skal pålægge sanktioner og vedrørende det processuelle forløb). Reglerne »skyder sig« således ind i hinanden og må af fremstillingstekniske og -økonomiske årsager nødvendigvis gøre dette. En fuldstændig formulering i lovgivningen af hver enkelt regel vil være en fremstillingsmæssig umulighed.

En retsorden, som udelukkende rummer pligtregler, er ikke tænkelig. Allerede håndhævelsen af fastsatte pligter forudsætter jo andre regler, nemlig sådanne som udstyrer bestemte personer eller organer med *magt* eller *myndighed* hertil. Her kommer kompetencereglerne ind i billedet.

Kompetenceregler er regler, som udstyrer nogen med en eller anden *retlig relevant magt* (»kompetence«) til at foretage dette eller hint, fx til at afsige domme, indgå aftaler eller træffe konkrete forvaltningsafgørelser. Reglerne sætter betingelser for udøvelsen af kompetencen, d.v.s. angiver de krav til en given disposition, som skal opfyldes, for at denne kan få gyldighed og dermed retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. Derimod siger reglerne intet om, at de pågældende personer har pligt til at udøve den tildelte kompetence. Hvor pligtreglerne forenklet udtrykt kan siges at være karakteristiske ved modaliteten »skal«, betegnes kompetencereglerne heroverfor ved modaliteten »kan«, jfr. videre under 2.4. Deres funktion i retsordenen er at danne rammen omkring tilblivelsen og dermed gyldigheden af en lang række vidt forskellige generelle og konkrete retlige dispositioner (»retsakter«): Love, aftaler, domme, administrative bestemmelser, konkrete forvaltningsafgørelser

Kapitel 2

m.v. Det ses heraf, at en pligtregel altid forudsætter eksistensen af en regel om kompetence til fastsættelse af pligten, jfr. også foran under 2.3.3.

Sædvanligvis opdeles kompetencereglerne i såkaldte *personelle*, *processuelle* og *materielle* kompetenceregler, jfr. Ross 1971, 247. Også her kan der i alle tilfælde ske en omskrivning efter »hvis-så«-mønsteret. Reglerne i den førstnævnte kategori angiver, *hvem* der i en eller anden sammenhæng er kompetent, jfr.

Eksempel 8:

Efter tinglysningslovens § 7, stk. 1, foretages tinglysningen af byretsdommeren. Omformuleret siges det blot: »Hvis tinglysning, så byretsdommeren«. Reglen er i allerhøjeste grad fragmentarisk, idet den, helt bortset fra at der intet siges om, hvad der kvalificerer en given person som »byretsdommer«, kun angiver den såkaldte »saglige« kompetence, ikke den såkaldt »stedlige«.

Processuelle (undertiden også kaldt »formelle« kompetenceregler) fortæller noget om, *hvordan* der skal gås til værks ved kompetencens udøvelse, d.v.s. man normerer fremgangsmåden omkring selve tilblivelsen af en given retsakt, jfr.

Eksempel 9:

Tinglysningsloven og den i henhold til loven udfærdigede tinglysningsbekendtgørelse indeholder en lang række regler om grundlaget for og fremgangsmåden ved tinglysning, jfr. for lovens vedkommende navnlig kapitlerne 3 og 4. Efter § 14, stk. 1, 1. pkt., skal dokumenter, der anmeldes til tinglysning, indføres i dagbogen. Den enkle regel, som kan udledes heraf, er også udpræget fragmentarisk. Det er ikke dommerens private dagbog, der er tale om, eller dokumenter i form af moster Anna's kagebog. En mere fuldstændig formulering af reglen kræver imidlertid inddragelse af adskillige andre regelfragmenter, som må udledes af andre bestemmelser i loven og bekendtgørelsen.

Materielle kompetenceregler fastlægger de indholdsmæssige grænser for kompetencens udøvelse, d.v.s. de siger, *hvad* den kompetente kan foretage sig, jfr.

Eksempel 10:

Efter § 46 i lov om social bistand kan der, til en person som kommer ud for ændringer i sine forhold, særskilt eller i forbindelse med udbetaling af kontanthjælp (efter lovens § 37) ydes hjælp til dækning af rimeligt begrundede enkeltudgifter, såfremt pågældendes egen afholdelse af disse udgifter i afgørende grad ville vanskeliggøre hans og familiens økonomiske muligheder for fremtidig at klare sig selv. Retsfaktum kan her beskrives som: »Hvis en person kommer ud for ændringer i sine forhold, og hvis vedkommendes egen afholdelse af rimeligt begrundede enkeltudgifter i afgørende grad ville....«. Retsfølgen (»så«-leddet) er blot beskrevet som »hjælp«, dog med maksimering i de nævnte udgifter. Hvem der er kompetent, og hvilken fremgangsmåde der skal følges i forbindelse med sagsbehandling og beslutningstagen, fortælles der intet om. Her må der ske en komplettering med udgangspunkt i andre bestemmelser i loven, i den kommunale styrelseslovgivning og i forvaltningsloven.

Det kan forvirre en hel del, at ganske mange materielle kompetenceregler er forbundet med pligtregler og ikke blot i den ovenfor angivne forstand, hvorefter en pligtregel forudsætter eksistensen af en kompetenceregel, hvorfra pligtreglen afledes. Kompetence skaber alene *muligheder* for den kompetente, og isoleret betragtet giver en materiel kompetenceregel derfor også frihed til at afstå fra at udnytte de fastlagte beføjelser. Især inden for den offentlige ret kan man imidlertid rejse spørgsmål om, hvorvidt den eller de bestemmelser, som rummer kompetencereglen, ikke tillige indeholder en pligtregel, hvorefter kompetencen *skal* udnyttes, såfremt betingelserne i retsfaktum-leddet kan antages at være opfyldte. I eksempel 10 er der således ingen tvivl om, at den kompetente (kommunalbestyrelsen) *både* har kompetence *og* pligt til at yde hjælp, hvis de faktiske forhold korresponderer med retsfaktum-beskrivelsen. Med lovgivningens regler om domstolenes kompetence i denne eller hin henseende korresponderer på tilsvarende vis regler om pligt til kompetencens udnyttelse, ofte på en bestemt måde, jfr. eksempel 7. Sædvanligvis er det anderledes inden for privatretten. Den kompetence, der som udgangspunkt tilkommer alle myndige personer til fx at forpligte sig ved aftale modsvares – naturligvis – ikke af nogen pligt hertil.

Selvom kompetenceregler savner direkte handlingsdirigerende effekter, forekommer sådanne i *indirekte* henseende, nemlig derved at reglerne pålægger adressaterne at holde de dispositioner, der træffes inden for kompetencen, for gyldige, eller, som det er blevet sagt, at »regne nogen eller noget for noget«, jfr. *Strömholm* 1992, 241. Det fremgår heraf, at »overtrædelse« af kompetenceregler ikke *i sig selv* rejser spørgsmål om et retligt ansvar, men derimod om de pågældende dispositioners *gyldighed*. En »tinglysning«, foretaget på kommunekontoret, er eksempelvis en nullitet, jfr. eksempel 8.

Undertiden omtales de såkaldte *legaldefinitioner* som en særlig type regler, nemlig sådanne der rummer autoritative forklaringer vedrørende forståelsen af udtryk eller begreber, som forekommer i lovgivningen, jfr.

Eksempel 11:

Dørsalgsloven, jfr. eksempel 7, finder efter §1, stk. 1 anvendelse på forbrugeraftaler og på erhvervsdrivendes henvendelser med henblik på indgåelse af sådanne aftaler. I § 1, stk. 2 og stk. 4, gives en forklaring på, hvad der efter loven skal forstås ved en »forbrugeraftale«:

»Som en forbrugeraftale betegnes en aftale, som en erhvervsdrivende indgår i sit erhverv, når den erhvervsdrivendes ydelse hovedsaglig er bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse for den anden part (forbrugeren) og den erhvervsdrivende vidste eller burde vide dette. Aftale om at udføre arbejde for en erhvervsdrivende anses dog ikke for en forbrugeraftale.

Stk. 4. Under i øvrigt samme betingelser som nævnt i stk. 2 finder kapitel 2 og 3 tillige anvendelse på aftaler om køb fra ikke-erhvervsdrivende, hvis aftalen er indgået eller formidlet for sælgeren af en erhvervsdrivende samt på erhvervsdrivendes henvendelser med henblik på indgåelse af sådanne aftaler«.

Ved brug af et passende antal »hvis'er« lader bestemmelsen sig ganske vist omskrive, således at der fremkommer et retsfølge-led, som munder ud i »forbrugeraftale«, men i sig selv er denne konstatering naturligvis helt interesseløs. Kvaliteten »forbrugeraftale« og den heri indeholdte delkvalitet »forbruger« er derimod af helt central betydning for anvendelsen af dørsalgslovens øvrige bestemmelser, herunder pligtreglerne i §§ 2 og 18, jfr. eksempel 7.

Retsordenen indeholder talrige eksempler af lignende art. Frem for at operere med en særskilt kategori af regler, som antages at være karakteristiske ved at fastslå meningen med et udtryk eller et begreb i en eller anden sammenhæng, forekommer det mere hensigtsmæssigt at medtage definitionerne ved formuleringen af de relevante pligt- og kompetenceregler. Isoleret betragtet er legaldefinitioner herefter ikke regler. Ved beskrivelsen af et givet regelsæt i lovgivningen er sådanne begrebsfastsættelser naturligvis åbenbart ressourcebesparende.

2.3.6. Præcisionsniveau

Reglerne i retsordenen udviser overordentlig store forskelle med hensyn til den grad af præcision, hvormed givne sagsforhold normeres.

Forskellene har givet anledning til diskussion om, hvorvidt retsordenen i det hele taget kan siges at bestå af generelt rimeligt ensartede typer af direktiver, som alle kan benævnes »regler«, eller om der ikke snarere bør sondres mellem flere forskellige typer, eksempelvis mellem »regler« på den ene side og »retningslinier« på den anden, jfr. herved *Sundby* 1978, 190ff, med nuancering hos *Eckhoff* og *Sundby* 1991, 111. Ved »regler« skulle efter denne opfattelse forstås sådanne retlige direktiver, som determinerer afgørelsen af de normative spørgsmål, reglen angår, i én bestemt retning. Er reglens indhold bragt på det rene, levnes der intet valg med hensyn til, hvilken slutning der skal drages. Anderledes ved »retningslinierne«. Også de fremdrager relevante retsfakta, men afgørelsen determineres ikke. Direktivet rummer her gennem fremdragelse af omstændigheder, som er af betydning for bedømmelsen, blot en »pegepind« for afgørelsens indhold, uden at de pågældende omstændigheder har karakter af nødvendige eller tilstrækkelige betingelser for løsningen, d.v.s. at der i større eller mindre grad består valgmuligheder, jfr. *Sundby* op. cit., 198. »Retningslinierne«, som vil kunne være både skrevne og uskrevne (oftest dog det sidste), antages især at forekomme i tilknytning til såkaldte »afvejningsnormer«, d.v.s. regler som foreskriver, at en afvejning skal finde sted, fx ved angivelse af et centralt udtryk, der dels forudsætter en vurderende stillingtagen, dels giver holdepunkter for hvilke hensyn som herved kan/skal tillægges (særlig) vægt. Sådanne »afvejningsnormer« findes i rigt mål inden for retsorde-

nen, se som eksempel markedsføringslovens § 2, stk. 1 (»urimeligt mangelfulde angivelser, som er egnet til....«).

For en *praktisk* betragtning bringer en sontring som den omtalte næppe noget afgørende nyt, i særdeleshed ikke sammenlignet med den gammelkendte skelnen mellem *præcise regler* på den ene side og *skønsregler* på den anden, hvormed – på afgørelsessiden – korresponderer sontringen mellem »lovbundne« og »skønsmæssige« afgørelser, jfr. herved *Stuer Lauridsen* 1977, 360. Selvom der i praksis er en helt flydende overgang fra den ene kategori af regler/afgørelser til den anden, kan det i det mindste i princippet hævdes, at præcise regler fuldt ud determinerer afgørelsens indhold, medens dette ikke er tilfældet ved de skønsmæssige, jfr.

Eksempel 12:

Efter socialpensionslovens § 12 udbetales folkepension, bestående af grundbeløb og pensions-tillæg, til personer, der er fyldt 67 år. Bestemmelsen rummer et regelfragment med et yderst simpelt retsfaktumled, nemlig alderen 67 år. For at formulere en mere fuldstændig regel kræves ganske vist inddragelse af en række andre bestemmelser, især fra lovens kapitel 1 (indfødsret m.v.). Da også disse har en ganske præcis karakter, således at alle betingelser for opnåelse af folkepension lader sig fastlægge med stor sikkerhed på grundlag af loven, har den kompetente myndighed ikke valgmuligheder.

Heroverfor betragtes det som karakteristisk for »skønsreglerne«, at disse levner retsanvenderen en betydelig grad af frihed (dog aldrig ubegrænset) med hensyn til enten fastlæggelsen af det relevante retsfaktum og/eller vedrørende valget af retsfølgen. Reglens beskrivelse af de anførte forhold må så at sige suppleres, inden en afgørelse kan træffes, jfr. *Bent Christensen* 1991, 135ff.

Eksempel 13:

Efter patentlovens § 2, stk. 1, meddeles patent kun på opfindelser, som er nye i forhold til, hvad der var kendt før patentansøgningens indleveringsdag, og som tillige adskiller sig væsentligt derfra. I den sidste betingelse er indlagt patentrettens krav om »opfindeshøjde«, som oftest forstås således, at opfindelsen ikke må være nærliggende for en (gennemsnits) fagmand på området, jfr. *Kokvedgaard* 1991, 195. Uanset den herved stedfundne præcisering er bestemmelsen imidlertid ikke operationel. En afgørelse forudsætter et konkret (sagkyndigt) skøn, jfr. til illustration UFR 1989/548 H.

Som særlige kategorier af upræcise regler nævnes ofte, dels såkaldte *generalklausuler*, dels *reilige standarder*. Begge begreber er uklare, og terminologien er heller ikke fast. For at gøre forvirringen komplet anvender nogle forfattere nærmest begreberne i flæng, se som eksempel *Gomard* 1988, 85.

Her anses det for karakteristisk for regler, der betegnes som *generalklausuler*, at der er tale om meget bredt formulerede skønsregler, som knytter sig til – og på grund af deres bredde også dækker – en i samme lovgivning foreliggende mere præcis og detaljeret regulering af bestemte sagsforhold. Ge-

Kapitel 2

neralklausulen kommer herved til at fremstå som en slags »opsamler« i forhold til den nævnte mere detaljerede regulering, eller, som det også kan udtrykkes, denne sidste kan ses som en eksemplifikation af et mere alment princip, som er udtrykt i generalklausulen.

Eksempel 14:

Et hovedeksempel er »formuerettens generalklausul« i aftalelovens § 36. Efter denne bestemmelses stk. 1 kan en aftale eller anden retshandel tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være *urimeligt* eller *i strid med redelig handlemåde* at gøre den gældende. Af stk. 2 fremgår, at der ved afgørelsen tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder. For så vidt angår »forholdene ved aftalens indgåelse« dækker § 36 ved de anførte meget brede og upræcise kriterier samme område som de foregående mere specielle ugyldighedsregler i aftalelovens §§ 28-34 og benyttes her i praksis til afrunding af disse regler. Herudover er et hovedanvendelsesområde rimeligheds-censur med indholdet af aftaler mellem »stærke« og »svage« kontraktsparter, især ved forbrugeraftaler og anvendelse af standardvilkår, jfr. videre *Gomard* 1988, 134ff og *Lynge Andersen m.fl.* 1991, 268ff.

Set fra et retssikkerhedssynspunkt er anvendelsen af generalklausuler ikke uden ganske betragtelige betænkeligheder. Brugen er imidlertid ret almindeligt forekommende, jfr. som andre eksempler fra forskellige retsområder markedsføringslovens § 1, kreditaftalelovens § 22, aktieselskabslovens § 80 og årsregnskabslovens § 4, stk. 2.

Med *retlig standard* sigtedes vistnok oprindelig meget bredt til alle regler, hvis anvendelse forudsatte en afvejning med udgangspunkt i et i reglen indeholdt skønspregt kriterium, jfr. således den for nordisk rets vedkommende grundlæggende fremstilling hos *Knoph* 1939. Nu tillægges begrebet oftest et mere afgrænset område, nemlig tilfælde hvor en regel får sit væsentligste indhold ved en henvisning til en uden for lovgivningen liggende (en »ekstra-legal«) bedømmelsesmålestok af især faglig eller social-etisk karakter, jfr. således *Strömholm* 1992, 232 og *Sundby* 1978, 237ff. Typiske eksempler herpå er de såkaldte »god skik«-regler, d.v.s. regler – skrevne eller uskrevne – som på afgrænsede erhvervsområder knytter ansvarsbetingelser for det pågældende erhvervs udøvere til, hvad der på vedkommende område til enhver tid kan betragtes som »god skik«, eksempelvis for revisorer, advokater og andre der virker i »liberale« erhverv.

Eksempel 15:

Efter § 14, stk. 1, i lov om statsautoriserede revisorer og § 8, stk. 1, i lov om registrerede revisorer skal revisorer udføre de dem betroede hverv med omhu, nøjagtighed og med den hurtighed, som hvervets beskaffenhed tillader, samt i overensstemmelse med *god revisorskik*. Hvad der ligger i det sidste begreb, lader sig ikke med nogen sikkerhed afgøre på grundlag af loven. I praksis sker udfyldningen på den måde, at man går ud fra den til enhver tid herskende opfattelse inden for branchen af faglig forsvarlig handlemåde, idet denne opfattelse

betragtes som afgørende for, om »god skik« i det konkrete tilfælde kan anses for iagttaget. Til belysning heraf søges branchekyndig vejledning, navnlig i form af indhentelse af udtalelser fra de to brancheorganisationer. Selvom domstolene principielt er frit stillet overfor sådanne udtalelser, tillægges de normalt betydelig vægt, se til illustration dommene i UfR 1978/653 H og 1982/595 H.

En fremgangsmåde svarende til den i eksemplet omtalte benyttes inden for andre erhvervsområder, hvor lignende standarder forekommer. Fordringen om, at den offentlige forvaltning skal iagttage »god forvaltningsskik«, som navnlig Folketingets Ombudsmand hyppigt har plæderet for, kan næppe medtages i denne forbindelse. I bedste fald er det tvivlsomt, om bedømmelsesmålestokken her kan siges at korrespondere med en egentlig regel, d.v.s. at denne standard ikke er af retlig observans.

Endnu et par begreber bør nævnes i tilknytning til foranstående, nemlig *rammelovgivning* og *programerklæringer*.

Begrebet *rammelovgivning* forbindes som regel med stor forkærlighed med den offentlige sektors ekspansion siden 2. verdenskrig og den som følge heraf udfærdigede lovgivning. Der hersker ganske betydelig forvirring omkring dets forståelse, jfr. *Hydén* 1984, 1ff. Undertiden anvendes det som betegnelse for lovgivning, som udtrykker sig i brede, upræcise vendinger, og som dermed overlader de retsanvendende myndigheder – i første instans den offentlige forvaltning – et betydeligt spillerum for skønsudøvelse. Hermed mister begrebet naturligvis enhver prægning, idet væsentlige dele af skønsreglerne herved bliver gjort til rammelovgivning. En anden, snævrere og mere præcis forståelse, går ud på, at der er tale om lovgivning, som ikke rummer nogen eller nogen overvejende materielretlig normering, men som alene eller først og fremmest afstikker de organisatoriske rammer for den offentlige forvaltnings virksomhed på et givet område, og som ved bemyndigelsesbestemmelser overlader den materielretlige normering til forvaltningen, eventuelt kan der som en slags overordnet rettesnor herfor være optaget en formålsbestemmelse i loven.

Eksempel 16:

Et godt eksempel på nyere lovgivning, som til dels har karakter af rammelovgivning i den netop nævnte forstand, er lov nr. 269 af 6. maj 1993 om jagt og vildtforvaltning. I lovens § 1 er optaget en ganske bred angivelse af lovens formål. En lang række af de følgende bestemmelser indeholder derefter bemyndigelser til miljøministeren til fastsættelse af regler om bestemte forhold (§§ 3, stk. 2-3, 4, stk. 2, 5-7, 10, stk. 2, 11, stk. 2-3, 18, stk. 6, 20, stk. 4, 23, stk. 4-5, 27, 29, 37, 40, stk. 4, 41, stk. 1, 43, stk. 2, 44, stk. 2, 49, stk. 3, 52, stk. 2-3, og 53). En stor del af bemyndigelserne må antages at skulle udnyttes for, at loven vil kunne få virkninger efter formålet.

Kapitel 2

Forklaringen på anvendelsen af en lovgivningsteknik som den omtalte kan ikke gøres ganske entydig, men ofte vil bemyndigelserne til administrativ regeludfærdigelse angå forhold, som opfattes som »teknisk« prægede, og som kan kræve hyppige justeringer af de pågældende regler. Teknikken er ikke ny, omend det synes at være en nærmest uudryddelig myte, at den har sammenhæng med den såkaldte »velfærdsstats« opkomst. På arbejderbeskyttelsesområdet hviler den fx på en århundredlang tradition.

Formålsbestemmelser i lovgivningen er i øvrigt ret almindelige. Ofte har de en vis retlig betydning, først og fremmest som fortolkningsholdepunkter vedrørende forståelsen af den lovgivning, som formålsangivelsen er knyttet til. Der ses imidlertid også formålsbestemmelser, som har karakter af renlivede (politiske) *programerklæringer*, som må frakendes retlig relevans overhovedet, idet de savner ethvert normativt indhold, se

Eksempel 17:

I folkeskolelovens § 1 hedder det:

- »Stk. 1. Folkeskolens opgave er i samarbejde med forældrene af fremme elevernes tilegnelse af kundskaber, færdigheder, arbejdsmetoder og udtryksformer, der medvirker til den enkelte elevs alsidige personlige udvikling.
- Stk. 2. Folkeskolen må søge at skabe sådanne rammer for oplevelse, virkelyst og fordybelse, at eleverne udvikler erkendelse, fantasi og lyst til at lære, således at de opnår tillid til egne muligheder og baggrund for at tage stilling og handle.
- Stk. 3. Folkeskolen skal gøre eleverne fortrolige med dansk kultur og bidrage til deres forståelse for andre kulturer og for menneskers samspil med naturen. Skolen forbereder eleverne til medbestemmelse, medansvar, rettigheder og pligter i et samfund med frihed og folkestyre. Skolens undervisning og hele dagligliv må derfor bygge på åndsfrihed, ligeværd og demokrati.

Det er vanskeligt at se, hvilke rettigheder og forpligtelser der vil kunne støttes på en sådan bestemmelse, og også vanskeligt at se, hvorledes den, i hvert fald på det konkrete plan, vil kunne spille en rolle ved fortolkningen af loven. Det er derfor nærliggende at opfatte den og dens slægtninge snarere som udtryk for »politisk veltalenhed end for legislativ visdom og handlekraft«, jfr. *Strömholm* 1992, 244.

2.3.7. Intensitet

Spørgsmålet om en opdeling af reglerne efter intensiteten af den ved dem etablerede styring (adfærdspåvirkning) kan drøftes i en række forskellige henseender, men ses her alene som et spørgsmål om udsondring i to hovedgrupper, nemlig på den ene side sådanne regler der er *fravigelige ved aftale* mellem de personer, som er impliceret i det ved en given regel regulerede livsforhold, og på den anden sådanne der ikke er det. Intensitetsvurderingen går altså på *styrken af de bånd, som reglerne lægger på aftalefriheden*.

I »minimal-staten«, jfr. herom *Nozick* 1974, 26ff, er der kun brug for forholdsvis få regler. De retlige relationer mellem privatpersoner indbyrdes

reguleres i hovedsagen gennem *aftaler*, og til den ende er det tilstrækkeligt med fastlæggelse af to principper, nemlig dels at der råder aftalefrihed, dels at indgåede aftaler skal holdes, jfr. for Danmarks vedkommende bestemmelserne i Danske Lovs 5-1-1 og 2. Principperne forudsætter for at være meningsfulde en ejendomsordning med grundlæggende accept af privat ejendomsret til formuegoder. Herudover vil det være påkrævet med visse regler om det såkaldte *retsbrud*, d.v.s. om de retlige konsekvenser, dels af strafbare handlinger – fx netop om krænkelse af ejendomsretten – dels af skadeforvoldelse uden for kontraktsforhold. Det er videre klart, at der må være regler vedrørende organiseringen, anvendelsen og finansieringen af det (beskedne) myndighedsapparat, som er fornødent til håndhævelse af indgåede aftaler og til forfølgning af retsbrud. Disse regler behøver ikke at forudsætte, at myndighederne selv kan eller skal tage initiativet til håndhævelse. Også her kan der, uanset om håndhævelsesspørgsmålet angår en aftale eller et retsbrud, blive plads til den private autonomi, forstået således at aktiveringen af myndighederne kræver i det mindste en henvendelse fra den forurettede private part. Endelig må der, såfremt der herudover defineres andre fælles opgaver (fx udenrigsanliggender, forsvar, undervisnings- og forsørgelsesvæsen etc.), selvfølgelig være regler herom.

En anerkendelse af aftalen som det grundlæggende instrument til fastlæggelse af retsforholdet mellem private borgere har, efterhånden som bestemte *typer* af kontraktsforhold er blevet udviklet, historisk set ført til dannelsen af uskrevne regler, som er blevet tillagt betydning for afviklingen af parternes mellemværende, i det omfang disse ikke ved aftalen selv har taget (konkret) stilling til et givet spørgsmål. Sådanne uskrevne regler kan have (haft) karakter af sædvaner (kutymen), som er blevet lagt til grund af domstolene, men disse sidste kan også – oprindeligt med udgangspunkt i forholdets natur og under hensyntagen til den pågældende kontraktstypes særegenheder – selv have opstillet regler, som har dannet grundlaget for løsningen af foreliggende tvivlsspørgsmål. Hvad enten det ene eller det andet har været – eller er – tilfældet, får den anvendte regel en *udfyldende funktion* i forhold til det positive aftalte, den bliver, som det siges, et *naturalia negotii*, d.v.s. en regel som finder anvendelse på en bestemt aftaletype, såfremt den ikke er blevet fraveget ved den konkrete aftale, jfr. nærmere *Ussing* 1950, 434ff. For parterne er der navnlig den åbenlyse fordel ved et sådant supplerende retsgrundlag, at det for dem kun vil være påkrævet at tage udtrykkelig stilling til visse basiselementer i aftalen. For restens vedkommende kan de henholde sig til udfyldende regler, eller de må antages at have gjort dette.

Den såkaldte *deklaratoriske lovgivning* har lignende – principielt blot hjælpe- eller støttende – funktioner i forhold til indgåede aftaler som de nævnte

Kapitel 2

uskrevne regler, ikke sjældent er den i øvrigt helt eller delvist en positiv fiksering af sådanne. Reglerne i den pågældende lovgivning er *dispositive*, d.v.s. at de kun kommer til anvendelse, såfremt aftalens parter ikke (udtrykkeligt eller stiltiende) har vedtaget andet. Foreliggende sædvaner (kutymen) vil ligeledes efter omstændighederne fortrænge deklaratoriske regler. Hovedeksemplerne på lovgivning af denne beskaffenhed findes inden for visse af formerettens centrale dele, se således bestemmelserne i aftalelovens § 1, købelovens § 1, stk. 1, rentelovens § 1, stk. 2 og artikel 6 i konventionen om internationale køb (CISG).

En anerkendelse af kontraktstfriheden og af princippet om, at indgåede aftaler skal holdes, danner den overordnede retlige baggrund for en dynamisk kontraktstret. På det konkrete plan har kontraktstforholdets parter mulighed for at skræddersy et sådant retligt regime mellem sig, som netop imødekommer deres individuelle behov. I takt med at vilkårene for omsætningen generelt ændrer sig, fx som følge af den tekniske udvikling og øget internationalt samarbejde, foreligger der imidlertid også – frem for alt i erhvervslivet – behov for mere ensartede kontraktstretlige rammer for hidtil ukendte forretningsmæssige relationer. Her er brændpunktet for dannelsen af nye *kontraktlige realtyper*, d.v.s. kontraktstforhold som i typemæssig henseende i *empirisk* forstand adskiller sig fra hidtil kendte. Gennem lovgivning, praksis og bearbejdning i retsvidenskaben kan sådanne typer udvikle sig til *retlige kontraktsttyper*, som er karakteristiske ved, at forekomsten af bestemte vilkår udløser bestemte retsvirkninger, jfr. foran.

Det »minimalstatslige« udgangspunkt, suppleret med deklaratoriske regler, lægger, som det vil ses, kun yderst beskedne bånd på borgernes adgang til ved aftale at fastlægge deres indbyrdes retsstilling. Ses der på den samlede regelmasse, er det imidlertid langt fra hovedreglen, at der kan disponeres ved aftale eller – hvor dette kan ske – at denne kan tillægges et hvilket som helst indhold. Sådanne regler, der ikke kan fraviges ved aftale, kaldes *præceptive* eller *indispositive*. Om en given regel i lovgivningen har denne karakter, eller om den er deklaratorisk, fremgår i vore dage oftest udtrykkeligt af loven, jfr. de ovenfor nævnte eksempler og – for købelovens vedkommende – tillige bestemmelsen i § 1, stk. 2, som fastslår, at en række bestemmelser i forbrugerkøb ikke kan fraviges til skade for køberen. I øvrigt må spørgsmålet besvares på grundlag af en fortolkning af de i betragtning kommende regler, herunder sædvanligvis med indgående hensyntagen til formålet med den ved reglen etablerede regulering, således som dette, når der er tale om regler i lovgivningen, typisk vil fremgå af dennes forarbejder. Selv inden for kontraktstretten, som nødvendigvis må være de deklaratoriske reglers hoveddomæne, fører dette undertiden til (delvis) præceptivitet, således navnlig hvor formålet med en

given regulering er socialt farvet i skikkelse af ønsker om begrænsninger af kontraktsfriheden af hensyn til formodet »svage« kontraktparter (beskyttelsespræceptiv lovgivning af hensyn til forbrugere, lejere, arbejdstagere etc.). Inden for formueretten i øvrigt vil udgangspunktet oftest være præceptivitet, når de foreliggende regler ikke, eller ikke alene, angår forholdet mellem kontraktparter, men tillige implicerer trediemands eller det offentliges interesser. De fleste person-, familie- og arveretlige regler er indispositive, jfr. dog om en ikke uvæsentlig undtagelse herfra bestemmelserne i lov om ægteskabets retsvirkninger om mulighederne for ved ægtepakt at fravige den ved loven fastlagte legale formueordning (men her er det formueretlige islæt da også meget tydeligt). Endelig er præceptivitet den næsten altomfattende regel inden for den offentlige ret, selv hvor der er tale om retsforhold, som for så vidt lader sig konstruere som rummende partsrelationer mellem en offentlig myndighed på den ene side og en privat borger på den anden. Begrænsede undtagelser forekommer, især i forholdet mellem parterne i civilprocessen.

2.3.8. Afslutning

Inddeling og systematisering er som omtalt ovenfor under 2.3.1 nødvendig for at skabe klarhed og overblik over massen af gældende regler, som, således som denne fx præsenterer sig i en af de gængse lovsamlinger, umiddelbart kan forekomme at være en kaotisk samling af budskaber. En bearbejdelse af stoffet ud fra diverse relevante inddelingskriterier afkræfter imidlertid hurtigt dette indtryk. Der tilvejebringes herved ikke blot erkendelse af væsentlige artsforskelle, men øjnene åbnes tillige for, at der på adskillige måder foreligger vidtgående, rationelt prægede sammenhænge – med et moderne udtryk »interrelationer« – mellem de pågældende budskaber.

En af de mere væsentlige metodiske iagttagelser, som en bearbejdelse, som den omtalte danner grundlaget for på det sidstnævnte område, er, at basiselementet i retsordenen for så vidt ikke er den enkelte regel, men det enkelte regelfragment, jfr. de korte antydninger herom i afsnit 2.3.5. Fuldstændige eller helt »færdige« regler, altså regler som udtømmende angiver retsfaktum og retsfølge, rummer hyppigt talrige betingelser (»hvis'er«), og vil oftest skulle stykkes sammen af flere eller ligefrem mange regelfragmenter, som hentes forskellige steder i retsordenen. Arbejdet med dannelsen af den relevante regel kan herefter nærmest sammenlignes med at lægge brikkerne i et puslespil på den rigtige måde, idet disse selvsagt her er de enkelte regelfragmenter, jfr. om sammenligningen *Eckhoff* 1993, 42. Den enkelte brik (det enkelte fragment) kan i øvrigt ofte indgå i flere forskellige spil (regler). Strengt taget er det derfor ikke så lidt af en tilsnigelse, når man i dagligsproget taler om »reglen i købelovens § 17, stk. 1« (om risikoen for salgsgenstanden). § 17, stk. 1, er

Kapitel 2

imidlertid ingen regel (regler kan ikke iagttages, som tekster kan det), og den rummer heller ikke en sådan. Af bestemmelsen kan alene udledes et fragment af en pligtregel (eller mere præcist flere sådanne, jfr. lovens §§ 9-11), som må sættes sammen med adskillige andre fragmenter (fortrinsvis udledt af aftaleloven og købelovens øvrige bestemmelser), for at der blot på den materielretlige side kan tales om en færdig regel.

2.4. Pligt- og kravtermer m.v.

Ovenfor side 47 er det omtalt, at reglerne efter deres funktion kan opdeles i på den ene side pligtregler, som manifesterer sig gennem påbud og forbud (og med negationer heraf i form af fritagelser og tilladelser), og på den anden side kompetenceregler, der udstyrer nogen med en eller anden retlig relevant magt. Reglerne betjener sig naturligvis ikke af disse »tekniske« betegnelser. Den sprogbrug, der rent faktisk anvendes til beskrivelsen af henholdsvis »pligten« og »magten«, er imidlertid ikke altid konsekvent og er ofte også flertydig. Det følgende drejer sig om de i denne forbindelse benyttede såkaldte »modale« udtryk eller ord: »Pligtig«, »har krav på«, »har ret til« etc. og synonymer hermed som »skal«, »kan«, »må« og »bør«, idet der med udgangspunkt heri skelnes mellem *pligt*-, *krav*-, *berettigelses*- og *kompetencetermer*. Om fastlæggelsen af meningsomfanget af en given regel i almindelighed – bl.a. på baggrund af det i denne benyttede sprog – henvises til fremstillingen nedenfor i kapitel IX.

Pligftermer foreligger som regel i forbindelse med brugen af vendingerne »forpligtet (til)«, »skal« og »har (at)«. Der peges imidlertid ikke herved entydigt på nogen bestemt type af retsfølge.

Eksempel 18:

Forbudsreglen i dørsalgslovens § 2, stk. 1, jfr. eksempel 7, anvender modaliteten »må ikke«. Sanktionen for tilsidesættelse er her *straf*. Efter gældsbrevslovens § 5, stk. 1, 1. led, er skyldneren, når aftale om betalingstiden ikke er truffet, »forpligtet til« at betale efter påkrav. Overholdes påbudet herom ikke, vil reaktionen bestå i *dom til opfyldelse*. Funktionærlovens § 3, stk. 1, om arbejdsgiverens uberettigede bortvisning m.v. af funktionæren fra tjenesten siger, at arbejdsgiveren er »pligtig til«, såfremt almindelige erstatningsregler ikke måtte medføre et større ansvar, at udrede en erstatning til funktionæren svarende til lønnen indtil det tidspunkt, til hvilket vedkommende på bortvisningsdagen kunne have været opsagt, eller, hvis opsigelse allerede varslet, til opsigelsesfristens udløb. Herved vises henimod dom til *betaling af opfyldelsesinteressen*. Foreligger der mangler ved salgsgenstanden, taler købelovens §§ 52 og 81 om, at køberen respektive »har at« og »skal« give meddelelse til sælgeren herom. Forsømmes dette, afskæres køberen som udgangspunkt fra at påberåbe sig manglen, d.v.s. at der indtræder *tab af fordel*.

Kun i de tre første tilfælde kan der med rimelighed tales om, at pligtens tilsidesættelse sanktioneres med et retligt ansvar. Den sidste situation, som der forligger talrige sidestykker til, især inden for formueretten, adskiller sig fundamentalt herfra ved alene at knytte et bestemt handlingsmønster sammen med mulighederne for at bevare en vis (formodningsvis gunstig) retsstilling.

Kravtermer ses sædvanligvis ved udtrykkene »kan kræve«, »kan forlange«, »kan fordre« og »har krav på«. Som regel er der tale om spejlvendte pligtermer.

Eksempel 19:

Efter forsikringsaftalelovens § 24, stk. 1, kan forsikringsydelsen »fordres« betalt 14 dage efter, at selskabet har været i stand til at indhente oplysninger, der er fornødne til bedømmelsen af forsikringsbegivenheden og fastsættelsen af forsikringsydelsens størrelse. Efter bestemmelsens 2. pkt. kan delbetalinger under visse omstændigheder »forlanges« udbetalt. Overholdes det herved fastsatte påbud ikke, kan selskabet naturligvis *dømmes til opfyldelse*. Medfører krænkelse af den ved ophavsretslovgivningen fastlagte eneret til litterære eller kunstneriske værker tab for påhavsmanden, kan dette efter ophavsretslovens § 56, stk. 1, »kræves« *erstattet* efter almindelige erstatningsregler.

I eksempelsituationerne korresponderer den enes »krav« ganske nøje med den andens »pligt«, og der er således, uanset forskellene i formuleringerne, tale om to sider af samme sag.

Ved *berettigelsestermer* anvendes ofte udtrykkene »har ret til« og »er berettiget til«, vekslende med verberne »må« og »kan«. Forholdene er gennemgående her mere komplicerede end ved pligt- og kravtermer.

Eksempel 20:

Efter kommissionslovens § 27, stk. 1, er handelskommissionæren »berettiget til« provision af aftale, han afslutter for kommittentens regning. Meningen hermed er klart nok den, at kommissionæren under den angivne betingelse har et *krav* på kommittenten, som denne om fornødent kan dømmes til at opfylde, d.v.s. at sprogbrugen er synonym med »krav på«, jfr. ovenfor. Ifølge købelovens § 42, stk. 1, »kan« køberen ved specieskøb hæve købet eller kræve forholdsmæssigt afslag i købesummen, såfremt salgsgenstanden lider af en mangel. Han er dog ikke »berettiget til« at hæve, såfremt manglen uden for svigstilfælde må anses som uvæsentlig. »Berettigelse« udtrykker i dette og lignende tilfælde, at der foreligger kompetence (til at hæve eller kræve afslag). Uanset et meddelt patent »må« den, som, da patentansøgningen blev indgivet, erhvervsmæssigt udnyttede den af patentet omfattede opfindelse, som hovedregel fortsætte udnyttelsen. En »sådan ret« tilkommer tillige den, som havde truffet væsentlige foranstaltninger til erhvervsmæssig udnyttelse. Denne såkaldte »forbenyttelsesret«, som er hjemlet i patentlovens § 4, udtrykker en undtagelse fra lovens § 3 om patentrettens indhold, idet den under de i § 4 opstillede betingelser *tillader* en med patentretten konkurrerende udnyttelse af opfindelsen.

Kapitel 2

Som det fremgår af eksemplerne, kan berettigelsestermer, alt efter omstændighederne, pege i retning af krav (og dermed korresponderende pligter), friheder fra pligter (fritagelser/tilladelser) eller kompetence (magt).

Ved *kompetencetermer* dominerer ordet »kan«, i nogen grad afvekslende med udtrykkene »har ret til« eller »er berettiget til«.

Eksempel 21:

Inden for den offentlige ret anvender man stort set kun »kan«, når man skal beskrive tildelte kompetencer til diverse offentlige myndigheder til udfærdigelse af generelle eller konkrete retsakter. Miljøbeskyttelsesloven, som i det hele taget er fyldt med forskellige bemyndigelser til miljømyndighederne, siger fx i § 24, stk. 1, at amtsrådet »kan« give påbud eller nedlægge forbud for at undgå fare for forurening af bestående eller fremtidige vandindvindingsanlæg til indvinding af grundvand. På helt tilsvarende måde »kan« kommunalbestyrelsen efter bibrandslovens § 58 i visse tilfælde yde støtte til hjælpemidler m.v. til personer med invaliditet eller varig sygdoms- eller aldersbetinget svagelighed. Ved fastlæggelsen af betingelserne for bindende private retsakter er sprogbugen – naturligt nok – lidt mere nuanceret. Ud over talrige tilfælde af brugen af »kan«, forekommer især formuleringen »har ret til«, se som eksempler fra vidt forskellige områder købelovens § 34 om sælgerens dispositionsadgang ved køberens fordringshaveremora og ægteskabslovens §§ 29 ff om adgangen til separation og skilsmisse.

Som det ses, må man i høj grad være forberedt på forekomsten af flertydighed i de udtryk eller ord, som i reglerne anvendes med direktivisk funktion, navnlig i hvad der foran er betegnet som »berettigelsestermer«. Terminologien er da også foreslået ændret, således at der indenfor pligtreglerne alene opereres med modaliteterne 1) pligt, 2) krav, 3) frihed og 4) ikke-krav og på tilsvarende måde indenfor kompetencereglerne med 1) kompetence, 2) underkastelse, 3) inkompetence og 4) immunitet, jfr. Ross 1971, 196ff og *Stuer Lauridsen* 1977, 250ff og 1992, 170ff. Inden for hver gruppe er de to første og de to sidste korrelater (svarer til hinanden), medens nr. 1) og 3) og 2) og 4) er kontradiktoriske. Alle 8 antages at være reducerbare til udtryk af pligt, hvis kerne er det retlige ansvar. Den (væsentlige) analytiske værdi af dette forslag står dog formentlig i et omvendt proportionalt forhold til dets (ringe) praktiske betydning.

2.5. Koblingsbegreber

I juridisk fagsprog gøres der i ganske vid udstrækning brug af begreber, der forener et (større) antal regelfragmenter vedrørende retsfakta med et (større) antal fragmenter vedrørende retsfølger. Funktionen er først og fremmest at tjene som *fremstillingsteknisk hjælpemiddel* ved behandlingen af gældende ret. Sådanne begreber betegnes her som *koblingsbegreber*.

Det klassiske eksempel vedrører brugen af ordet »rettighed« og synonymer hermed, især i forskellige sammensætninger der ender med »-ret«: Ejendomsret, fordringsret, panteret, brugsret o.s.v. Som det ses heraf, er der i alle tilfælde tale om noget, som antages at tilkomme en eller anden. Det er således »ret« eller »rettighed« i betydningen *subjektiv ret(tighed)*, der er spørgsmål om, og ikke »ret« som objektivt fænomen som fx i sammensætningen »gældende ret«. Heraf følger også forskellen i forhold til de i forrige afsnit omtalte berettigelsestermer. Medens disse refererer sig til sprogbrugen i de enkelte regler, er rettighedsbegrebet (-begreberne), hvad Ross 1971, 205, kaldte »en højere dannelse, den systematiske enhed i *et sæt* af retsregler« (m.u.).

Der har, især i Norden, været ført en indgående diskussion om, hvorledes man fra juridisk hold bør stille sig til rettighedsbegrebet. Problemet har navnlig været, om dette dækkede over noget virkeligt forekommende (om det havde »substans«). Der råder nu enighed om, at begrebet savner enhver såkaldt »semantisk referens«, og at dets funktion alene er at tjene som fremstillings-teknisk hjælpemiddel. Denne viser sig derved, at man i begrebet, benyttet i en eller anden sammenhæng, kan forene et efter forholdene stort antal regler. Traditionelt anføres »ejendomsret« vedrørende fast ejendom som eksempel, jfr. Ross 1951, 468ff, *samme* 1971, 206ff og Eckhoff 1969, 63ff.

Eksempel 22:



Hvert enkelt element i venstre side (retsaktumfragmenterne) kan forbindes med et hvilket som helst af elementerne til højre (retsfølgefragmenterne) med overspringelse af mellemedet (»ejendomsret«). Det er derfor muligt at formulere alle regler uden brug af dette. Den fremstillingstekniske landvinding ligger i, at man, frem for at skulle gøre dette, kan nøjes med i ét sæt regler at angive, hvilke faktiske forhold der stifter »ejendomsret«, og i et andet »ejendomsrettens« retlige følger.

Eksemplet illustrerer tillige, hvorfor betegnelsen »koblingsbegreb« (og dermed alternerende »koblingsord«, »koblingscentral« o.l.) er benyttet. Billedlig talt kan der sammenlignes med et spor- eller ledningssystem, hvor et stort

antal spor/ledninger (retsfaktumfragmenter) over en kort strækning forenes for derefter på ny at løbe ud i forskellige retninger (retsfølgefragmenterne), jfr. *Strömholm* 1992, 258. Som alternativ hertil ville det teknisk set være muligt – men (fremstillings-) økonomisk ulige mere belastende – at arrangere sig uden sammenkoblingen og løse hver enkelt overgang fra indgående til udgående spor/ledning/fragment separat.

Det er ikke vanskeligt at finde andre koblingsbegreber. I eksempel 22 kan »ejendomsret« således uden videre udskiftes med de øvrige klassiske subjektive rettigheder, fx med »fordringsret« eller »panteret«. Inden for det formueretlige område er andre eksempler begreber som »misligholdelse« og »gyldighed«. Det ligger implicit i funktionen, at koblingsbegreber først og fremmest forekommer – og har deres store betydning – ved den *retsvidenskabelige* behandling og fremstilling af retsstoffet, især naturligvis i forbindelse med den ovenfor under 2.3.4 omtalte systematisering af reglerne efter disses indhold. En forudsætning for, at dette kan blive rimelig meningsfuldt, er, at der råder en vis consensus om, hvilke *typiske fakta* der udløser hvilke *typiske følger*. For at der eksempelvis i almindelighed vil kunne *tales om* forekomsten af en »rettighed«, opregner *Ross* 1971, 211ff, fire forhold: 1) at den pågældende retssituation er *fordelagtig*, set i forhold til en bestemt persons typiske interesser, 2) at »fordelen« må fremstå som resultat af en *retlig regulering* og dermed være modstykket til en pligt for andre, 3) at denne *pligt* manifesterer sig i et *krav* for den berettigede mod den forpligtede, som frit kan gøres gældende ved påtale, og 4) at den berettigede har, dels *kompetence* til at disponere over »rettigheden«, dels *immunitet* over for andres dispositioner.

Der er intet mærkværdigt i, at koblingsbegreberne finder vej over i *praksis*, således at der fx gøres brug af dem både i parternes argumentation i retssager og i domstolenes præmisser for en given afgørelse. Er man bevidst om begrebernes funktion, således at man navnlig undgår deduktioner fra disse, er der naturligvis også her betydelige rationaliseringsgevinster at hente. Det samme er tilfældet med den vekslende – indforståede – brug, der gøres af sådanne begreber i *retsordenen*, se som – tilfældige – eksempler kommissionslovens §§ 32-34 (»panteret«), konkurslovens § 70 (»panteret eller anden sikkerhedsret«), årsregnskabslovens § 46, stk. 2 (»pant eller anden sikkerhed«), tinglysningslovens §§ 1 og 3 (henholdsvis »rettigheder over fast ejendom« og »brugsrettigheder«) samt art. 3 i kommissionsforordning 2349/84 af 23/7 1984 (»industriel eller kommerciel ejendomsret«).

2.6. Litteratur til kapitel II

Med hensyn til almene fremstillinger, d.v.s. arbejder der dækker alle eller dog store dele af de i kapitlet behandlede spørgsmål, kan der henvises til en række af de i tilknytning til kapitel I nævnte værker. For *dansk* rets vedkommende drejer det sig især om *Alf Ross*, »Om ret og retfærdighed«, 3. opl. (1971), specielt kapitlerne II, III, V, VI og VIII, og *Preben Stuer Lauridsen*, »Retslæren« (1977), specielt kapitel IV § 21 og kapitel VI § 25, og samme forfatters »Om ret og retsvidenskab« (1992) kap. 1 og 13.

Af nyere *svenske* fremstillinger henvises især til *Stig Strömholm*, »Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 4. udg. (1992), navnlig kapitlerne 9-12. Det mest omfattende *norske* arbejde er *Niels Kristian Sundby*, »Om normer«, 2. opl. (1978). Desuden mærkes *Torstein Eckhoff*, »Rettskildelære«, 3. udg. (1993), navnlig kapitel 1.

Med hensyn til de enkelte underafsnit anføres yderligere følgende:

Vedrørende reglernes tilblivelsesmåde (2.3.2) mærkes, ud over de almindelige fremstillinger af stats- og forvaltningsretten, *W.E. v. Eyben* »Juridisk Grundbog 1. Retskilderne«, 5. udg. (1991), navnlig § 1, og *Bernhard Gomard* i »Højesteret 1661-1986« (1986) p. 45ff. Omkring den hierarkiske placering (2.3.3), specielt forholdet mellem national ret og EU-ret, henvises til *Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen*, »EF-ret«, 2. udg. (1993), især kapitel 17, og til *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) kap. III, 3. Sondringen mellem pligt- og kompetenceregler (2.3.5) belyses hos *Sv. Gram Jensen*, »Almindelig retslære«, 2. udg. (1993) p. 35ff og hos *Ruth Nielsen* op.cit. p. 31f. Forskellene mellem skønsregler og præcise regler (2.3.6) har givet anledning til en ganske omfattende litteratur. Problemerne er gammelkendte, jfr. fx allerede *Viggo Bentzon*, »Skøn og regel« (1914). I nyere tid er spørgsmålet især drøftet inden for forvaltningsretten, se således om sondringen *Bent Christensen*, »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991) p. 135ff.

Pligt- og kravtermerne (2.4) belyses hos *Gram Jensen* anf. st., hvor det bl.a. anføres, at det retlige pligtbegreb – som overflødigt »mellembegreb« – kan overlades til moralfilosofien og erstattes af »det retlige ansvar«. Det er naturligvis en utopisk betragtning, så længe lovgivningen betjener sig af pligtbegrebet. Om koblingsbegreber (2.5) henvises til *Alf Ross* i »Festskrift til Henry Ussing« (1951) p. 468ff og til *Torstein Eckhoff* i »Festskrift til Alf Ross« (1969) p. 63ff.

KAPITEL III

Hvad er gældende »ret«?

3.1. Indledning

Spørgsmålet i kapiteloverskriften kan selvfølgelig ikke besvares entydigt. Svaret afhænger navnlig af, hvem der spørger, og i hvilken (faglig) sammenhæng svaret skal indgå. Her drøftes spørgsmålet først og fremmest under den forudsætning, at det stilles af den, der i et givet samfund på et givet tidspunkt ønsker at fremstille de aktuelt »gældende« regler på et bestemt område (»retsvidenskabsmanden«). For en umiddelbar betragtning synes dette at være en fremstilling af retsanvendelsens problematik uvedkommende. Det vil imidlertid vise sig, at drøftelserne giver mulighed for at behandle et problem, som tillige er af helt central betydning for den, der skal afgøre konkret foreliggende retsspørgsmål (»retsanvenderen«).

Først introduceres nogle få begreber, som ikke har været berørt tidligere. Inden for retsvidenskaben er der ganske lang tids tradition for at operere med to hovedforgreninger, nemlig *den dogmatiske retsvidenskab* (»doktrinen«) på den ene side og *retssociologien* på den anden. Den første beskæftiger sig med *reglerne* og ser det som sin opgave at give en fremstilling af »gældende ret« enten aktuelt og/eller fortidigt (»retshistorie«). De ovenfor under 2.3.4 omtalte forsøg på systematisering af reglerne efter disses indhold er udviklet inden for retsdogmatikken til brug for de i denne fremsatte påstande om, hvilke regler der aktuelt »gælder« på et bestemt område (såkaldte påstande *de lege lata*, d.v.s. »som loven er«). Foreliggende lærebøger inden for de forskellige juridiske deldiscipliner er typeeksempler herpå. *Retssociologien* beskæftiger sig heroverfor med, hvad man kan kalde *retslivet og retsforestillingerne*, herunder med samspillet mellem ret og samfund. Til retssociologien henregnes undertiden (som »anvendt retssociologi«) den såkaldte *retspolitik*, inden for hvilken der fremsættes udsagn *de lege ferenda* (»som loven bør være«), altså som principielt politiske rekommendationer om den fremtidige indretning af lovgivningen på et eller andet område. Der er og kan naturligvis ikke være vandtætte skodder mellem retsdogmatikken og retssociologien. Reglerne »gælder« eller eksisterer ikke i noget tomrum, men finder deres udtryk (virkninger) i

Kapitel 3

»retslivet«. Omvendt er det selvfølgelig oplagt meningsløst at forestille sig et sådant uden reglerne. Flydende grænser foreligger også mellem retsdogmatikken og retspolitikken. Dogmatiske fremstillinger af »gældende ret« er fx principielt egnede til at påvirke retsforestillingerne og dermed også retshandlingerne. Klare udtryk for sammenhængen mellem dogmatikken og retspolitikken foreligger ofte, når der i tilknytning til en given dogmatisk fremstilling fremkommer udsagn *de sententia ferenda*, d.v.s. forslag til de retsanvendende myndigheder om, hvorledes konkrete spørgsmål inden for det fremstillede område fremtidigt »bør« afgøres, altså inden for den eksisterende retsordens rammer. Eksemplerne herpå er legio.

Retssociologiens faglige område defineres sædvanligvis – som ovenfor i teksten – meget bredt, nemlig som et samfundsvidenskabeligt orienteret studium af retten o.l., jfr. fx *Dalberg-Larsen* 1989, 1ff, *Balvig & Krarup* 1991, 18 og *Mathiesen* 1992, 17ff. Større retssociologiske analyser i forbindelse med dogmatiske arbejder er ikke almindeligt forekommende og faget – der i beskeden omfang indgår i den almindelige juridiske uddannelse – synes i det hele taget at befinde sig i en temmelig isoleret position i forhold til retsdogmatikken. Også *retshistorien* udskilles normalt som en selvstændig juridisk disciplin med rettens historiske udvikling som almindeligt forsknings- og undervisningsobjekt, jfr. nærmere *Tamm I-III*, 1990-1992. Medens både retssociologien og retshistorien er gamle fag, er *retsinformatikken* af forholdsvis ny dato. I største almindelighed beskæftiger man sig her med de retlige spørgsmål i forbindelse med informationsbehandling og informationsteknologi, i særdeleshed retssystemets egen informationsbehandling og den retlige regulering af informationsteknologien, jfr. *Seipel* 1990. Den første bestanddel rummer klare berøringsflader til metodelæren, hvorimod den anden selv er en bestanddel af den dogmatiske retsvidenskab. Uden for retsvidenskabens falder *retsøkonomien*, idet denne gennemgående opfattes som en særlig økonomisk disciplin, hvis genstand er analyse af forskellige (gældende eller påtænkte) retlige reguleringer med udgangspunkt i økonomiske teorier, jfr. *Samuelsson & Skogh* 1989, 91ff. Den faglige indfaldsvinkel er altså en anden. Heri ligger naturligvis ikke, at økonomiske sammenhænge eller virkninger er retsvidenskabeligt uinteressante. De spiller en mere eller mindre fremtrædende rolle i adskillige retsdogmatiske deldiscipliner, fx – fra den første tilfældegruppe – inden for konkurrenceretten.

Spørgsmålet om »gældende ret« har gennem længere tid været, hvad *Strömholm* 1992, 75, kalder »et af de store retsteoretiske paradestørrelser«. Der er absolut ingen grund til på nærværende sted at gå i detaljer med de forskellige mere eller mindre skarpsindige teorier og overvejelser, som blot inden for de senere tiår har set dagens lys. Det ovenfor nævnte sigte med her at strejfe et

andet fagligt perspektiv end retsanvenderens tilsiger kun, at læseren får lejlighed til at stifte bekendtskab med hovedtrækkene i en af de mere prominente teorier, nemlig med den af *Alf Ross*, i samlet form oprindelig i 1953 (se 1971, 47ff), formulerede såkaldte »prognoseteori«, som har øvet betydelig indflydelse, ikke blot i Danmark. Disse hovedtræk fremstilles i det følgende underafsnit og forskellige kommentarer hertil i afsnit 3.3. I litteraturoversigten (3.4) findes henvisninger til en række andre arbejder vedrørende teoridannelsen.

3.2. Ross' »prognoseteori«

Prognoseteorien angår den dogmatiske retsvidenskab, nærmere betegnet de i denne indeholdte sætninger, som har karakter af påstande om, at denne eller hin regel er gældende dansk ret.

Om *Ross*' almindelige videnskabsteoretiske ståsted – som jeg ikke skal klistre nogen etikette på – er der her kun grund til at bemærke, at for ham kan alle udsagn deles op i to hovedgrupper, nemlig de som kan, og de som ikke kan være sande eller falske. Udsagnene i den første gruppe har videnskabelig mening, hvorimod dette ikke er tilfældet for de sidste. Vigtigst inden for den første er udsagn, som ved at have repræsentativ mening siger noget om virkeligheden, og som derfor lader sig *efterprøve* ved konfrontation med denne (»realudsagn«, »empiriske udsagn«, »teoretiske sætninger«). I den anden gruppe, hvor videnskabelig efterprøvelse ikke kan finde sted, træffer man bl.a. *direktiverne*, d.v.s. ytringer med påvirkningsintention, men uden repræsentativ mening. Herhen hører også alle *vurderinger*, fx af æstetisk eller moralsk karakter. Sådanne udsagn betegnes også som *metafysiske* (andre ville tale om »praktiske sætninger«).

Ross går ud fra, at de normer, som retsvidenskaben beskæftiger sig med, *alle* har karakter af direktiver til *de retsanvendende myndigheder*, nærmere betegnet domstolene, ligegyldigt om de som »forholdsnormer« (d.v.s. pligtregler) direkte foreskriver en vis adfærd, eller de instituerer en vis kompetence og dermed er direktiver om, at sådanne direktiver, som bliver til i overensstemmelse med en angiven fremgangsmåde, skal agtes som forholdsnormer, jfr. om »adressatproblemet« ovenfor i afsnit 2.2. »Dansk ret« er derfor en »udelelig meningssammenhæng«, hvor hver enkelt regel, uanset dens nærmere karakter, i sidste analyse er en forholdsnorm om udøvelse af offentlig myndighed i konkret form ved dom eller forvaltningsakt, eller – mere generaliseret – »retten udgøres af en sammenhæng af regler, der alle, direkte eller indirekte, angår udøvelse af fysisk tvang mod person ved dertil bestemt offentlig myndighed«.

Kapitel 3

Når reglerne i retsordenen er direktiver, ligger de, jfr. ovenfor, i sig selv hinsides enhver form for videnskabelig efterprøvelse. Det samme er principielt tilfældet for den del af retspolitiske udsagn, som rummer konklusiv rådgivning om, hvorledes lovgivningsmagt og domstole *bør* forholde sig i en eller anden sammenhæng. Noget andet gælder for den dogmatiske retsvidenskab. Hvis denne vil hævde at være videnskabelig i den forstand, at dens sætninger kan gøres til genstand for en verifikationsproces, må disse have karakter af realudsagn. Den må være en lære, ikke *i* normer, men *om* normer, disse må *påvises* og ikke *defineres*.

Hermed melder spørgsmålet om *efterprøvelseskriterium* sig. Det forholder sig nu sådan, siger Ross, at enhver retsvidenskabelig sætning, således som den forekomm er inden for den dogmatiske retsvidenskab, implicit indeholder en henvisning til »gældende ret«, d.v.s. at sætningen rummer en påstand om, at den fremstillede regel er udtryk for eller i overensstemmelse med, hvad der sammenfattes under dette begreb. Den forudsætter således *korrespondens* med noget i »virkeligheden«. Som følge af reglernes karakter af direktiver til de retsanvendende myndigheder må »virkeligheden« være ensbetydende med »retslivet«, og det er således her, man skal søge den sociale effektivitet, der definerer reglernes »gælden«. Det kan diskuteres, hvilke momenter i retslivet man skal hæfte sig ved i denne forbindelse. Der er tre muligheder, nemlig retsforestillingerne (retsbevidstheden), retshandlingerne eller en kombination af disse forhold. Ross afviser at tage hensyn til det rent ideologiske (retsbevidstheden) eller til adfærden (handlingerne) alene. Retsbevidstheden er – i det omfang den overhovedet lader sig påvise, hvilket kan være en nok så tvivlsom sag – et individual-psykologisk begreb, hvorimod retten er et socialt fænomen. Det går heller ikke an blot at se på retshandlingerne, d.v.s. på myndighedernes (domstolenes) anvendelse af reglerne og antage, at disse gælder, fordi de anvendes. Sådan eksklusiv hensyntagen til, hvad man kunne kalde »dommer-behavior«, fører uundgåeligt til højst usikre resultater, navnlig fordi det jævnt hen vil være plat umuligt at forudsige dommerens adfærd ved en blot *ydre* iagttagelse af en vis regelmæssighed. På den anden side er der imidlertid vigtige og rigtige elementer i såvel adfærden som i ideologien. Man kommer således ikke udenom, at det i sidste instans netop er myndighederne (domstolene), som – gennem afgørelse af konkrete sager – fastlægger, hvad der er »ret« i disse, og betænkelighederne ved kun at lægge vægt på adfærden gik jo først og fremmest på, at man herved afskar sig fra at studere de indre tilskyndelser til en bestemt stillingtagen. Ross føres herved til at søge efterprøvelseskriteriet i en kombination, eller, som han selv kalder det, en *syntese* af ideologiske og behavioristiske momenter: Det afgørende er retshandlingen (dommen) forstået som *ydre* udtryk for en bagved liggende *indre* normativ ideologi. Når der tales

om, at en bestemt regel »gælder«, har opmærksomheden altså været hæftet på to momenter, »....dels den ydre iagttagelige regelmæssige efterlevelse af et handlemønster, dels at dette handlemønster opleves som socialt forbindende norm«. Denne sidste følges eksternt, fordi den accepteres internt.

Nu er retsvæsenet jo ikke noget laboratorium, i hvilket man efter behag frit kan anstille eksperimenter til be- eller afkræftelse af påstande om en given regels »gælden«. Det foreligger også klart i det anførte kriterium, at der ikke sigtes til fortiden, fx til at en bestemt regel hidtil *har været* anvendt i domstolenes praksis. Lovgivningen kan være ændret, og der er heller intet, som hindrer, at domstolene skifter opfattelse, fx som følge af en ændret samfundsudvikling. Dette dilemma løser Ross ved at gå ud fra, at udsagn om gældende ret må forstås som refererende til *hypotetiske fremtidige afgørelser* under visse betingelser, nemlig dels at der på et eller andet fremtidigt tidspunkt anlægges sag med relation til reglen, dels at retstilstanden ikke er blevet ændret i mellemtiden. Efterprøvelsen sker ved at opfylde disse krav og iagttagelse afgørelsen. Umiddelbart lyder dette overraskende, da man jo netop ikke kan være sikker på, at der overhovedet kommer en afgørelse. Efter Ross er dette imidlertid ligegyldigt. En bestemt påstands mening er nemlig fyldestgørende defineret »når blot det er angivet, hvorledes den principielt, d.v.s. bortset fra tekniske vanskeligheder eller hindringer, kan verificeres« (m.u.). At domstolene vil »anvende« den pågældende regel, betyder dog ikke, at denne også skal »bære« domskonklusionen. Det er tilstrækkeligt, at reglen i tilfælde, hvor dens betingende kendsgerninger (d.v.s. retsfaktum) antages at foreligge, *indgår som integrerende bestanddel af domsbegrundelsen* og således har været medbestemmende for konklusionen.

Et retsvidenskabeligt udsagn om gældende ret er for Ross herefter en påstand i form af en forudsigelse (en *prognose*, heraf teoriens navn) om, at dersom en sag indbringes for domstolene, i hvilken de i reglen angivne betingende kendsgerninger anses at foreligge, og dersom der ikke i mellemtiden er indtruffet ændringer i det forhold, som begrunder påstanden, vil det i reglen indeholdte direktiv til dommeren indgå som integrerende bestanddel af domsbegrundelsen. Dette gælder i princippet, uanset om der er tale om forholdsnormer (pligtregler) eller om kompetenceregler, idet det dog for sidstnævntes vedkommende forudsættes, at der – hvis reglen ikke efterleves – kan blive tale om ugyldighedsvirkning. Reglerne i retsordenen bliver alle »det abstrakte normative idéindhold der, anvendt som *tydningsskema*, gør det muligt at *forstå* retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og indenfor visse grænser at *forudsige* retslivets forløb« (m.u.). Indholdet af gældsbegrebet kan således også formuleres på den måde, at en regel, der

gælder, er en regel, som har den egenskab, at den kan virke som »tydnings-skema« for retslivet.

Omtalen af selve verifikationsprocessen fortæller i sig selv intet om, hvilke målestokke man – så længe man holder sig på det hypotetiske plan – skal anvende ved bedømmelsen af fremkomne påstandes holdbarhed. Skal teorien ikke fuldkommen fortabe sig i meningsløshed, må, sådanne målestokke naturligvis findes. Herom siger *Ross* først i almindelighed, at en given påstand anses for »sand«, dersom man har »god grund« til at antage, at forudsigelsen går i opfyldelse. Der knytter sig unægtelig betragtelig interesse til en afsløring af, hvad der egentlig menes med »god grund«. Det viser sig, at dette er højst relativt. Retsvidenskabelige påstande om gældende ret kan nemlig aldrig gøre krav på fuldstændig sikkerhed, men kun hævdes med større eller mindre sandsynlighed, idet denne kan variere »lige fra praktisk vished og ned til værdier omkring 0,5«. Målestokken for graden af sikkerhed er det erfaringsmateriale, hvorpå prognosen bygger, d.v.s. *retskilderne*. Som sådanne betegner *Ross* »indbegrebet af de faktorer, der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel, hvorpå han baserer sin afgørelse«. For anvendelsen af retskilderne gælder der *regler*. Samlet betegnes disse som »retskildeideologien«, der er en *bestanddel af gældende dansk ret* og som består af ».....direktiver.....som angiver, hvorledes dommeren *skal* gå frem for at finde det eller de direktiver, der er afgørende.....« (for løsningen af en retstvist, m.u.). Retskildei-deologien udfindes ved et studium af, hvorledes domstolene faktisk hidtil har handlet, den er ganske enkelt ».....den ideologi der faktisk besjæler domstolene«. Herom handler »retskildelæren«, som er en opgave for den dogmatiske retsvidenskab. Forudsigelserne efter prognoseteorien beror således i virkeligheden altid på beskaffenheden af de i den foreliggende sammenhæng tilstedeværende retskildefaktorer, hvis anvendelse styres af »retskildeideologien«.

3.3. Kommentar

Det er blevet sagt – og utvivlsomt med rette – at *Ross'* ærinde med prognoseteorien har været at »redde« den dogmatiske retsvidenskab som »videnskab«, jfr. *Strömholm* 1992, 103. I sig selv er dette naturligvis et overordentlig agtværdigt formål. En nærmere diskussion af spørgsmålet om, hvorvidt retsdogmatikken er en videnskab eller ej, turde dog på forhånd tegne til at blive mindre frugtbar og slet ikke på *Ross'* præmisser: Uden konfrontation med og efterprøvelse i »virkeligheden« ingen videnskab. Dette budskab rummer simpelthen en alt for firkantet forudsætning om, at det kan lade sig gøre rimelig entydigt at definere, hvad der er »videnskab«, og hvad der ikke er det.

Ross' ærinde forklarer imidlertid, hvorfor han kun beskæftiger sig med retsordenen som studieobjekt for den dogmatiske retsvidenskab og ikke tillige med »retsansvenderens« situation, når denne som stående indenfor retssystemet skal nå frem til en overbevisning om, hvad der i et foreliggende konkret tilfælde er »gældende ret«. Hvad der sker her, må jo, fordi der er tale om en praktisk handleopgave, jfr. ovenfor i afsnit 1.2, under alle omstændigheder stemples som »uvidenskabeligt«.

Prognoseteorien er blevet kritiseret på mange punkter og fra vidt forskelligt hold – for at have uholdbare sprogteoretiske implikationer, for at være (for) ensidigt forankret i domstolenes virksomhed, for ikke at kunne give en rimelig forklaring på talrige kompetencereglers »gælden«, for at være et i bund og grund overflødigt omsvøb etc. Jeg lader det meste af dette ligge og koncentrerer det følgende om den del af kritikken, som, jfr. bemærkningerne i afsnit 3.1, direkte fører frem til spørgsmål, som også er af principiel betydning for retsanvendelsen.

I så henseende må blikket vendes mod det mest centrale berøringspunkt mellem retsvidenskaben og retsanvendelsen, d.v.s. mod den del af Ross' teori, som omtales i slutningen af forrige afsnit, altså mod *retskilderne*. Lad os se lidt på konsekvenserne af Ross' synspunkter.

Prognosticeringen med dens vidt forskellige sandsynlighedsgrader beror på retskilderne. »Retsansvenderens« (ikke »retsvidenskabsmandens«) arbejde med disse styres af direktiver, som fortæller ham, hvad han skal (og kan) tage hensyn til. Direktiverne – samlet »retskildeideologien« – udledes af domstolenes faktiske handlinger. Da direktiverne nu ifølge Ross selv er elementer i retsordenen, gælder prognoseteorien imidlertid også for retsvidenskabelige udsagn om dem, d.v.s. udsagnene skal kunne efterprøves på principielt samme måde som »almindelige« udsagn om gældende ret. Heller ikke »retsvidenskabsmandens« arbejde med retskilderne som grundlag for prognosticering af gældende ret i almindelighed er herefter forudsætningsløs – sat på spidsen må enhver dogmatisk påstand for så vidt implicere en stillingtagen ikke blot til påstandens, men også til det bagved liggende retskildedirektivs »gælden«. Herved kan man strengt taget ikke engang blive stående. Opfattet som direktiver kan retskildedirektiverne naturligvis ikke hentes ud af luften, men må i det mindste forudsætte eksistensen af en bagved liggende kompetenceregel. Skal der også prognosticeres vedrørende den og skal der eventuelt fortsættes i én uendelighed?

Det lyder ret besværligt, men sætter dog kun scenen for et langt mere ubehageligt spørgsmål, som her rummer »des Pudels Kern«. Hvorfra véd Ross nu egentlig, at »retskildeideologien« består af *direktiver* til de retsansvenderende myndigheder? Hvis der er tale om sådanne, må der jo foreligge en *pligt* (et

påbud), og skal denne opfattes som værende af retlig karakter, må den være forbundet med *sanktioner* ved ikke-overholdelse. I så fald skal der også kunne henvises til en retskilde, hvorefter pligten udledes. Det er *Ross* ikke i stand til, og direktivsynspunktet er herefter endt i et rent postulat, jfr. *Ross'* egne bemærkninger i 1974, 332. Det nytter i denne forbindelse ikke at henvise til, at der ».....til syvende og sidst må være visse normer vedrørende tvangsudøvelsen der ikke selv håndhæves ved tvang, men følges i frygtløs lydighed i kraft af ideologisk tilslutning«, se bl.a. *Ross* 1971, 71. Det er utvivlsomt rigtigt, at sådanne normer findes. Det forekommer imidlertid ikke umiddelbart indlysende, hvilke forhold der – indbygget i det tågede udtryk »til syvende og sidst« – skulle kunne berettige, at man friholder visse normer fra krav, som man selv ellers stiller for at kvalificere en norm som *retlig*.

Det må herefter erkendes, at »retskildeideologien« ikke består af direktiver til de retsanvendende myndigheder, d.v.s. af *regler* om rets anvendelsen. Hvad består den da af? Med forkastelsen af direktivsynspunktet er der formentlig kun ét realitisk alternativ, nemlig at der er tale om en samling af uskrevne og sanktionsløse grundsætninger vedrørende den *korrekte* fremgangsmåde med hensyn til udfindelsen og formuleringen af den eller de for afgørelsen af konkrete retsspørgsmål relevante regler. Hermed er tillige antydning, at de pågældende grundsætninger er intimt forbundet med et tilsvarende sæt, som angår fortolkningsvirksomhed. Om deres almindelige grundlag og beskaffenhed kan der ikke leveres nogen bedre karakteristik end *Bentzons* fra århundredets begyndelse 1900, 74:

»2alt dettes bindende kraft.....beror på noget sædvansmæssigt: det er *det gældende grundprincip for retslivet*, fordi det er *indlevet* i vor hidtidige retsudøvelse.....«(m.u.).

Samlet udgør grundsætningerne *retsansvarelsens metode*. Om man til nærmere klargøring af dette udtryk vil føje, at der er tale om forskrifter eller retningslinier for »korrekt juridisk problemløsning« eller »korrekt juridisk argumentation« eller ligefrem udnævne grundsætningerne til »metanormer«, er egentlig ikke særlig væsentligt, selvom alle disse etiketter for så vidt til en vis grad siger noget rigtigt om metodens karakter og indhold. Foretrækker man noget mindre prætentivt, er det af *Strömholm* anvendte udtryk »håndteringsregler« særdeles træffende, idet det på udmærket måde fremhæver, at det drejer sig om en bestemt type anvisninger vedrørende udøvelse af *korrekt professionel virksomhed*, som, jfr. *Bentzons* karakteristik, indgår som fundamentale elementer i enhver (ordentlig) jurists faglige udrustning. Derimod er det væsentligt ikke at glemme, at grundsætningerne er udviklet i retspraksis, og at det er her, den afgørende målestok for »korrekthed« i rets anvendelsen skal søges, jfr. ovenfor i afsnit 1.2. Nok er grundsætningerne sanktionsløse i den forstand, at

der ikke er knyttet egentlige reprimerende *retsfølger* til deres tilsidesættelse, men det udelukker naturligvis ikke anden form for sikring af metodeefterlevelse, fx gennem efterprøvelse af underinstansers afgørelser i eksisterende anke- og klagesystemer.

Prognoseteorien har det ikke godt sammen med ovenstående udlægning af »retsanvendelsens metode«. Hvis »retskildeideologien« ret beset består af en række sanktionsløse grundsætninger af den omtalte karakter, kan ideologien naturligvis ikke, således som *Ross* hævdede det, selv være bestanddel af den gældende retsorden, uanset hvor snævre båndene til denne ellers måtte være. Jeg skal lade det være usagt, hvorledes *Ross*' videnskabsopfattelse ville have det med, at grundlaget for udsagn om gældende ret – retskilderne – i sidste instans blev styret af en samling principper, om hvilke man nok kunne lave sociologiske undersøgelser, men som dog ikke havde karakter af at være *regler*. Dette er nemlig temmelig ligegyldigt. I og med at direktivsynspunktet opgives, bliver verifikationsprocessen i *Ross*' forstand overflødig: Enhver, der behersker metodelæren, vil ved anvendelse af denne kunne skaffe sig kendskab til indholdet af de relevante regler uden den omvej, som verifikation a.m. *Ross* indebærer, jfr. *Stig Jørgensen* 1990, 40. Hertil kan for en rent praktisk betragtning føjes, at *Ross*' model formentlig altid har været komplet uegnet til andet end efterprøvelse af de allermest simple – og dermed også i høj grad uinteressante – påstande om gældende ret; det af ham anvendte gennemgående eksempel (veksellovens § 28) er netop af en sådan banal beskaffenhed.

Alternative verifikationskriterier i streng empirisk forstand lader sig ikke anwise. Formentlig bør man herefter likvidere den dogmatiske retsvidenskab som en egentlig empirisk videnskab og samtidig glæde sig over, at man undgår ret beset tåbelige diskussioner om dette tema. Heri ligger selvfølgelig ikke, at der ikke kan stilles *faglige krav* til retsvidenskabelige fremstillinger, måske med tilføjelse af, at dette nok så meget er *lødighedskrav*. Det kan der naturligvis. Disse krav funderes først og fremmest i retskilde- og fortolkningslæren og munder ud i en fordring om, at retsdogmatiske sætninger, for så vidt de tager sigte på beskrivelser af »gældende ret«, skal være udtryk for *korrekt metodeanvendelse*. »Gældende ret« i *retsdogmatisk* forstand er herefter sådanne udsagn eller påstande, som hviler på anvendelsen af anerkendt juridisk metode. Sætningerne kan på dette grundlag fortsat have karakter af en slags »prognoser« med forskellige sandsynlighedsgrader, men uden at der skiltes med nogen form for videnskabelig sandhedsværdi i empirisk forstand. Det er vigtigt at understrege dette. Metodelæren er på grund af sin vage og ubestemte karakter åben og principielt tilgængelig for forandringer. Der kan derfor også meget vel forekomme modstridende sætninger, som har lige meget for sig, og som derfor begge eller alle må accepteres som udtryk for »gældende ret«. Den fornødne

sikring af metodetroskaben og dermed af korrekthedsfordringens opfyldelse sker – som ved retsanvendelsen – i, hvad man kunne kalde »det faglige miljø«, hvori der arbejdes. Hvad der ikke kan accepteres her som produkter af korrekt metodeanvendelse, har i almindelighed meget ringe udsigter for sig, men må afvises som fagligt klamphuggeri, jfr. i øvrigt videre nedenfor i kapitel V.

Retskilde- og fortolkningslæren er, som det ses, fælles arvegods for retsanvendelsen og retsvidenskaben, og der foreligger derfor tillige i betydelig udstrækning et metodemæssigt fællesskab. Sådan må det naturligvis også være, al den stund retsanvendelsen er den dogmatiske retsvidenskabs studieobjekt par excellence.

3.4. Litteratur til kapitel III

Ross' hovedværk på det foreliggende område er »Om ret og retfærdighed« (1953), nu 3. opl. (1971), se især kapitel I § 3 og hele kapitel II. Bogen er oversat til flere fremmede sprog. Andre væsentligere bidrag findes i J 1946 p. 259ff, TfR 1950 p. 215ff og 242ff, TfR 1963 p. 497ff, »Statsforfatningsret« I (1966), især § 9, og »Directives and Norms« (1968). Et interessant memento til »retskildeideologiens« status foreligger i TfR 1974 p. 329ff. – De grundlæggende anmeldelser af »Om ret og retfærdighed« findes i UfR 1953 B p. 278ff (*Knud Illum*), J 1954 p. 25ff (*Jørgen Trolle*) og TfR 1954 p. 113ff (*C.J. Arnholm*).

Den mest omfattende danske kritik af prognoseteorien er leveret af *Preben Stuer Lauridsen* i disputatsen »Studier i retspolitisk argumentation« (1974), se især kapitel IV (anmeldt af Ross i UfR 1975 B p. 229ff) og samme »Retslæren« (1977), især kapitel III, samt »Om ret og retsvidenskab« (1992), navnlig p. 54ff. Anden mere omfattende dansk kritik findes hos *W.E. v. Eyben* i »Festskrift til Alf Ross« (1969) p. 97ff (partielt genbrugt i »Juridisk Grundbog I. Retskilderne«, 5. udg. (1991) p. 22ff, *Stig Jørgensen*, »Retfærdighed og ret« I (1990) p. 36ff, *Henrik Zahle* i TfR 1974 p. 333ff og *Karen Dyekjær-Hansen* i UfR 1988 B p. 153ff. Se videre *J. Bjarup* i TfR 1974 p. 145ff, *J. Dalberg-Larsen* i TfR 1969 p. 568ff og samme i »Retsvidenskaben som samfundsvidenskab« (1977) p. 84ff, *Sv. Gram Jensen*, »Alm. retslære«, 2. udg. (1993) p. 69ff og *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) p. 189ff.

Ross betegnes ofte som eksponent for den såkaldte »skandinaviske realisme«. Begrebet »realitisk retsteori« benyttes som samlebetegnelse for retsteorier, der – navnlig i modsætning til såkaldt »naturret« (som afleder rettens gælden af en række aprioriske principper) – søger at basere teorierne på kendskab til de faktiske retsforhold. Ældst er den »behavioristiske« realisme, hidrørende fra USA, hvori et ofte forekommende træk er, at gældsbegrebet knyttes snævert til retsanvendelsen ved domstolene (herfra stammer udtrykket »prognoseteori« oprindeligt). En »ideologisk« variant vil i modsætning hertil lægge vægt på retsforestillingerne, eventuelt hos en eksklusiv kreds af fagkyndige. En repræsentant herfor er *Knud Illum*, især i arbejdet »Lov og Ret« (1945), jfr. samme forfatter i »Tidsskrift utg. av Juridiska Föreningen i Finland« 1962 p. 381ff.

Den overvejende tendens i Danmark efter Ross har inden for den almindelige retslære været at forkaste prognoseteoriens verifikationskriterium og – som i teksten – at erstatte dette med en korrekthedsbedømmelse, herunder med henvisning til »anerkendt« juridisk metode. Samme tendens foreligger i Skandinavien i øvrigt, se som eksempel *Stig Strömholm*, »Rätt, rättsskällor och rättstillämpning«, 4. udg. (1992) p. 60ff og 100ff (i øvrigt med meget om-

fattende henvisninger til forskellige teoridannelser). Præmisserne for den omtalte stillingtagen har dog været noget forskellige. *Stuer Lauridsen* (ovennævnte arbejder) går fx ud fra, at »almindelige« retsdogmatiske sætninger om gældende ret er direktivbeskrivelser, og at korrektheden afhænger af, om de følger reglerne for sådanne beskrivelser, medens retskilde- og fortolkningslærens sætninger derimod er regler for beskrivelser. Sætningernes korrekthed ses som udgangspunkt som værende identisk med deres samsvar med andre sætninger (beskrivelser) og efterprøves ved at sammenholde dem med sådanne (en såkaldt »kohærensteori«). Heroverfor står såkaldte »hermeneutiske« synspunkter. I det omfang der her overhovedet kan tales om en teoridannelse med et vist fælles præg, synes det at være karakteristisk, at man lægger hovedvægten på den juridiske fortolkning (hermeneutik = læren om forklaring og fortolkning), at man herved understreger rettens stilling som et kulturelt betinget fænomen, og at »videnskabelighed« i empirisk forstand afvises. *Stig Jørgensen*, jfr. ovenfor, kan måske ses som repræsentant for denne retning. Atter andre bekender sig til såkaldte *postmoderne retsteorier* eller *nynormative orienteringer*. Også her er det imidlertid vanskeligt at tale om bestemte teoridannelser. Inden for de sidstnævnte – som iøvrigt i betegnelsen rummer en *contradictio in adjecto* – gås der ud fra, at retskildelæren er polycentrisk og pluralistisk, jfr. ovenfor side 22 og nedenfor i kapitel X. Den retsvidenskabelige forskningsformål er på et eksplicit formuleret værdigrundlag (fx af økologisk karakter) at beskrive normer og normpluralismens konsekvenser, herunder med inddragelse af metoder fra andre normative og fortolkende videnskaber (teologi, litteraturvidenskab, antropologi, æstetik m.v.). »Gældebegrebet« afløses af kvalitetskriterier af nok så diffus karakter (engagement, emotionalitet, kreativitet m.m.), jfr. *Hanne Petersen* 1992, 75ff og om såkaldt »informel ret« samme forfatter 1991. En udførlig behandling af »postmoderne« synspunkter findes hos *Ladeur* 1992.

Nogle af *Ross'* grundlæggende synspunkter lever dog endnu, omend de kan foreligge i særegne varianter som fx hos *Ruth Nielsen* i afhandlingen »Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning« (1992, 41ff). Til brug for en undersøgelse af det i titlen anførte emne defineres gældende ret som »den retsudvikling, de vigtigste aktører på arbejdsmarkedet, d.v.s. de øverste myndigheder på EF-plan og på nationalt plan samt de vigtigste kollektive aftalepartnere, må forventes at gå ind for såvel på det retsideologiske som på det faktiske plan«. Som hos *Ross* er der tale om en prognostisering. Forskellene er imidlertid til at tage at føle på. Fremtidskalkulationerne angår tillige retsudviklingen (»dynamisk retsdogmatik«) og »aktørperspektivet« er udvidet, således at det ikke blot omfatter domstolene. I sidstnævnte henseende har samme forfatter andetsteds (»Retskilderne«, 3. udg. (1992) 23f og 191) anført, at man i princippet – og altså ikke blot inden for arbejdsretten – bør acceptere retsopfattelsen hos alle retslivets aktører som relevant for fastlæggelsen af gældende ret og dermed for, hvilke retskildefaktorer man kan eller skal tage i betragtning.

Det er ikke udpræget sædvanligt, at »almindelige« retsdogmatiske arbejder beskæftiger sig med grundlagsproblemer af den her foreliggende art. Oftest forekommer de at være helt upåvirkede af prognoseteorien (eller af andre almindelige metodiske overvejelser), idet gældende ret fremstilles umiddelbart ved hjælp af metodereglerne. Hvor en egentlig stillingtagen til retskildeproblemet i almindelighed har været nødvendig, ses dog eksempler på henvisninger til *Ross*, se fx *Haagen Jensen* 1989, 124f.

Der er naturligvis også en verden uden for Skandinavien. Klassiske værker om »gældeproblemet« er her *Hans Kelsen's* »Reine Rechtslehre«, 2. udg. (1960) – som i øvrigt på flere punkter utvivlsomt har påvirket *Ross* – og *H.L.A. Hart*, »The Concept of Law« (1961), se til disse værker *Ross* 1971, 81f og *Strömholm* op.cit. 111ff og 124ff.

Jeg har bortset fra såkaldte »marxistiske« retsteorier, hvis bidrag til afklaring af såvel retsdogmatikkens som retsanvendelsens metodespørgsmål højst kan betragtes som abortative, og

Kapitel 3

som glemslens slør forhåbentlig snart vil sænke sig nådigt over. En oversigt findes hos *Strömholm* op.cit. p. 115ff.

KAPITEL IV

Om retsafgørelsens grundlæggende alogiske karakter

4.1. Forholdet mellem retlige og faktiske præmisser

Inden den mere detaljerede omtale af de enkelte retskildefaktorer og af fortolkningslæren er der grund til yderligere kort at berøre nogle få væsentlige almindelige forhold vedrørende den konkrete retlige beslutningsproces.

Som tidligere omtalt foran side 19 er det muligt at opfatte beslutningprocessen således, at en »oversætning« (reglen) sammenholdes med en »undersætning« (faktum), hvorefter den heraf dragne slutning danner grundlaget for afgørelsen. En sådan betragtelsesmåde, som for så vidt indebærer, at der trækkes en parallel til den fra den klassiske formelle logik kendte syllogisme (eller rettere til en af dennes figurer), kan skitse-mæssigt gengives som vist i følgende simple illustration:



Figur 1

Parallellen til den klassiske logik er imidlertid udtryk for en vildfarelse. I syllogismen fremstår slutningen som *logisk tvingende* på grundlag af de opstillede præmisser, såfremt disse accepteres. Retsafgørelsen er derimod som nævnt side 20 *en beslutning* (eller nok snarere en kæde af sådanne), som principielt for en del er baseret på *vurderinger*. Dette er væsentligt. I en række forskellige sammenhænge stilles beslutningstageren under beslutningsprocessen over for den opgave at skulle foretage forskellige typer af *afvejninger* eller *prioriteringer* og får derigennem mulighed for at *vælge*, hvad der i de på-

Kapitel 4

gældende henseender *bør* antages. Såfremt den beslutningsproces, der leder frem til retsafgørelsen, herefter med analytisk sigte og helt forenklet og skematisk skal søges anskueliggjort som *type*, d.v.s. uden hensyntagen til fx praktisk betingede modifikationer, er det hensigtsmæssigt at opløse forløbet i forskellige bestanddele for siden at sammenføje disse til noget mere fuldstændigt.

Først er det nødvendigt at slå fast, at det almindelige forhold mellem de to sæt præmisser – mellem regel og faktum – *ikke* er således, at disse kan ses isoleret fra hinanden. Tværtimod finder der typisk et vidtgående samspil sted. Ud fra et vist kompleks af faktiske oplysninger, fx om et hændelsesforløb eller om en bestemt persons forhold, er det naturligvis ikke alt, der har relevans for anvendelsen af en bestemt regel. Dennes indhold determinerer derfor, hvilken del af faktum der har betydning. Omvendt er det klart, at de foreliggende faktiske oplysninger er afgørende for, hvilken eller hvilke regler som overhovedet kan komme på tale.

Eksempel 23:

Under et værtshusbesøg sælger en 17-årig mand, A, et mindre parti medbragte rejer til en anden gæst. Denne beder A om at lægge rejerne ud i vedkommendes bil, som er parkeret uden for værtshuset. A får nøglen til bilen og falder, uanset at han ikke har kørekort, for fristelsen til at køre en tur. Under kørslen mister han herredømmet over køretøjet, som vælter og bliver totalskadet. Bilens kaskoforsikringsselskab udbetaler ejeren en erstatning på 195.000 kr. og sælger vraget for 35.000 kr. Selskabet gør derefter regres gældende mod A for differencebeløbet og stævner således denne til betaling af 160.000 kr.

I en sådan sag er det efter forløbet klart nok, at man står over for en erstatningsretlig problemstilling, og at man allerede henset hertil kan udskille en lang række faktiske forhold som helt irrelevante, fx at A er rødhåret, at rejerne er stjålne, at han sælger dem for at få penge til cigaretter, at han var på toilettet inden kørslen etc. Efter dansk rets almindelige erstatningsregel – »culpapreglen« – er der ansvar for retsstridige, forsætlige eller uagtsomme handlinger. Ansvarets omfang refererer sig til skadelidtes økonomiske tab. A har ved en strafbar handling (brugstyveri) sat sig i besiddelse af køretøjet og har videre under kørslen måske tilsidesat almindelige agtsomhedskrav. Kan et erstatningsansvar ikke støttes umiddelbart på tyveriet, signalerer culpapreglen, at man må interessere sig for den del af hændelsesforløbet, som angår færdselsuheldet og A's kørsel forud for dette.

Set fra A's side fører en anden del af faktum måske sagen i en lidt anden retning. Den erstatningssøgende er ikke skadelidte selv, men dennes forsikringsselskab, som har dækket tabet. Om sådanne situationer findes der bestemmelser i erstatningsansvarsloven (EAL). Efter dennes § 19, stk. 1, er der ikke erstatningsansvar, i det omfang en skade er dækket af en tingforsikring (fx netop en kaskoforsikring på en bil) eller en driftstabsforsikring. §19, stk. 1, udtrykker dog kun et hovedsynspunkt. Efter bestemmelsens stk. 2, nr. 1, gælder stk. 1, ikke, når den erstatningsansvarlige har forvoldt skaden forsætligt eller ved grov uagtsomhed.

Det faktum, som EAL § 19 udpeger som relevant, adskiller sig i princippet ikke fra det relevante faktum efter culpapreglen. Det er, ud over selve brugstyveriet, de nærmere omstændigheder ved A's kørsel, herunder eventuel spirituspåvirkethed, der interesserer. For A er der imidlertid den væsentlige forskel, at hvis han i erstatningsmæssig henseende ikke kan fældes alene på brugstyveriet, skal hans adfærd omkring kørslen kunne stemples ikke blot som uagtsom, men som groft uagtsom. Selvom det efter bevisførelsen herom kan antages,

4.1. Forholdet mellem retlige og faktiske præmisser

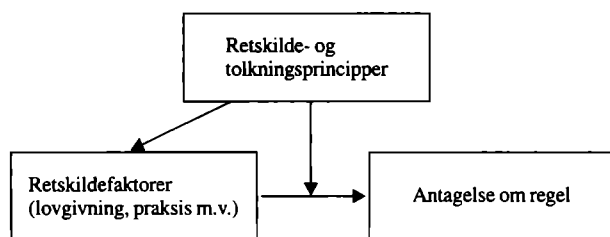
at betingelserne i EAL § 19, stk. 2, nr. 1, er opfyldte, er alle problemer imidlertid ikke løst. Efter EAL § 24, stk. 1, kan erstatningsansvar nedsættes eller bortfalde, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende for den ansvarlige, eller når ganske særlige omstændigheder gør det rimeligt. Ved afgørelsen skal der efter bestemmelsen tages hensyn til skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, skadevolderens forhold, skadelidtes interesse, foreliggende forsikringer samt omstændighederne i øvrigt. A har altså højensynlig yderligere en mulighed for at slippe. Sekundært kan det følgelig blive relevant at interessere sig for en lang række andre faktiske forhold, herunder sådanne med specifik tilknytning til A's person, fx hans unge alder og mulige uformuenhed, sml. i øvrigt ovenfor side 59 om, hvorledes forskellige regler skyder sig ind i hinanden (culpareglen, EAL §§ 19, stk. 1 og 2, samt 24). (fortsættes)

Som det ses af eksemplet, består der et vekselvirkningsforhold mellem regel og faktum, som – efterhånden som beslutningsprocessen skrider frem – kan føre til en stadig højere grad af raffinering af, hvad der i begge henseender lægges vægt på. Det vil fremgå af det følgende, at der undervejs kan blive tale om foretagelse af en række valg. Forholdet mellem det retlige og det faktiske grundlag for afgørelsen bør derfor i hvert fald illustreres således, idet de stiplede pile angiver samspillet:



Figur 2

Vi kan herefter se lidt nærmere på *regelsiden* alene. Som allerede omtalt forekommer regler ikke fikse og færdige til brug, men fremstår derimod i første omgang af en søgen i og et arbejde med de forskellige retkildedefaktorer og foreligger da hyppigt, jfr. ovenfor side 59, blot som fragmenter. Ved afgørelsen af, hvilke regler der kan/skal formuleres, ledes man af *retskilde- og fortolkningsprincipperne*. Der må således tages stilling til, hvilke retskildedefaktorer som er *relevante*, hvorledes disse skal *tolkes*, og hvordan de i givet fald skal *afvejes* i forhold til hinanden. Da principperne sædvanligvis har vag og ubestemt karakter og ikke er autoritativt fastlagt, men netop som omtalt i kapitel III kun er »håndteringsregler«, siger det sig selv, at der allerede her i et vist omfang kan blive åbnet op for vurderinger hos beslutningstageren. Skitsemæssigt lader denne del af forløbet sig vise således, jfr. hertil *Eckhoff* 1993, 26:



Figur 3

De stiplede linier omkring og de stiplede linier fra principperne illustrerer disses vage og vejledende karakter, jfr. foran. Figuren er imidlertid ikke helt nøjagtig. Retskildefaktorerne leverer ofte ikke entydige bidrag til forståelsen af, hvilken regel der kan/skal formuleres, og man kan således stå med to eller flere forskellige, indbyrdes afvigende, og derfor usikre antagelser om dennes indhold. Her kommer den foran omtalte afvejning ind i billedet. I typesituationerne vil dennes resultat tillige udtrykke, hvorledes den relevante regel i almindelighed skal forstås (tolkning i *generel* forstand, d.v.s. under abstraktion fra den konkret foreliggende sag).

Eksempel 24:

På regelsiden opstår adskillige tvivlsomme spørgsmål, når man skal tage stilling til et sagsforløb som det i eksempel 23 omtalte. Her berøres kun det mest centrale, nemlig om forsætsbetingelsen i EAL § 19, stk. 2, nr. 1, refererer sig til selve skadeforvoldelsen, eller om det er nok, at denne er en – muligt uagtsom – følge af en i øvrigt forsætlig handling. A havde stjålet bilen, hvorimod færdselsuheldet måske blot skyldtes hans uagtsomhed. Besvares sidste led af spørgsmålet bekræftende, kan diskussionen gøres kort, idet A da er erstatningsansvarlig allerede som konsekvens af tyveriet. I benægtende fald kræver det en selvstændig vurdering, om A's (samlede) adfærd omkring kørslen kan kvalificeres som groft uagtsom eller ej.

Relevansovervejelserne begynder naturligvis med EAL § 19, stk. 2, nr. 1. Vi følger her et grundlæggende retskildeprincip, der går ud på, at der skal tages hensyn til sådanne bestemmelser i lovgivningen, som direkte angår det spørgsmål, der skal afgøres. Det er imidlertid vanskeligt ved fortolkning at aflokke § 19, stk. 2, nr. 1, et sikkert svar. Ordlyden giver ingen faste holdepunkter, heller ikke set i den såkaldte kontekst (her EAL som helhed). Begge forståelser er mulige og har sprogligt lige meget for sig. På den ene side lader det sig sige, at skaden ikke var sket, hvis A ikke havde stjålet bilen, og at den i den forstand er forvoldt forsætligt, men heroverfor kan det naturligvis hævdes, at når loven bruger udtrykket »forvoldt skaden«, må der være sigtet til selve den skadevoldende begivenhed.

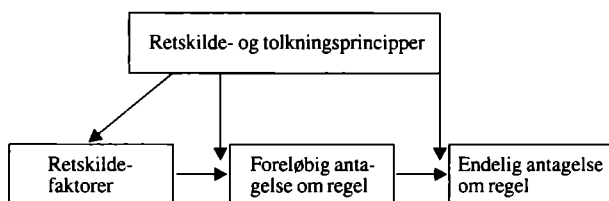
Når sagen stiller sig sådan, tilsiger et andet grundlæggende retskildeprincip, at man fortsætter søgningen i andre retskildedefaktorer. Disse virker i en situation som den foreliggende – som er en af de mest almindeligt forekommende af alle tænkelige regelformuleringstilfælde – som muligt (afklarende) supplement til ordlyden af § 19, stk. 2, nr. 1. Omend valget af andre faktorer i princippet her beslutningstagerens, fortæller metodelæren ham som tidligere nævnt, hvad der i denne forbindelse normalt vil kunne tages hensyn til. I betragtning kommer en række af de traditionelle faktorer. *Forarbejderne* til EAL (betænkning 829/1978

4.1. Forholdet mellem retlige og faktiske præmisser

p. 14) giver svag – men altså ikke sikker – støtte for den opfattelse, at bestemmelsen også omfatter uagtsomme følger af forsætlige handlinger, og det samme er tilfældet med *doktrinen*. I *retspraksis* foreligger afgørelser, som peger i hver sin retning, se således UfR 1980/469 H, 1987/965 V, 1989,643 Ø og 1990/27 H. En *parallelisering* til en beslægtet problemstilling inden for forsikringsretten (forsikringsaftalelovens §18) peger i samme retning som forarbejderne. Endelig er det ved overvejelser ud fra *reale hensyn* nærliggende at fremhæve erstatningsreglernes præventive funktion som argument for samme løsning, omend dette vil have den (strengt) konsekvens, at biltyve aldrig vil kunne påberåbe sig EAL § 19, stk. 1.

Som det ses, præsenterer de andre retskildefaktorer et noget flimrende billede. Ved den *afvejning* af samtlige faktorer bidrag til løsningen, der herefter skal foretages, er udgangspunktet ganske vist en principiel frihed for beslutningstageren til at vælge den forståelse af § 19, stk. 2, nr. 1, som giver den »rigtigste« eller mest afbalancerede forståelse af bestemmelsen. Resultatet er imidlertid så godt som givet. Der kan næppe være tvivl om, at man i praksis vil lægge afgørende vægt på den seneste afsagte højesteretsdom (UfR 1990/27), som vedrørte et næsten identisk sagsforløb. Man går herved ud fra et tredje centralt retskildeprincip, nemlig at der skal tages hensyn til højesteretsafgørelser i lignende sager, og at sådanne afgørelser, navnlig når de er nye, klare og enstemmige, skal skydes helt i forgrunden ved vægtningen. I den nævnte dom (som opfyldte disse kvalifikationer) blev det antaget, at der hverken i ordlyden eller i forarbejderne til EAL § 19, stk. 2, nr. 1, var fornødne holdepunkter for at fastslå, at et brugstyveri af en bil kunne begrunde, at en ved et kørselsuheld forvoldt skade kunne siges at være forvoldt forsætligt. Samme retsopfattelse vil altså efter al sandsynlighed blive lagt til grund i A's tilfælde. Resultatet af afvejningen bliver således med betydelig sikkerhed en bestemt *generel tolkning* af § 19, stk. 2, nr. 1: Bestemmelsen skal forstås således, at det er den konkrete skade, der skal være forvoldt forsætligt eller groft uagtsomt. (fortsættes)

Skitsen i figur 3 bør herefter korrigeres til figur 4, hvor »foreløbig antagelse om regel« udtrykker de bidrag, som de enkelte retskildefaktorer yder og de vandrette og lodrette pile til højre afvejningen og retskildeprincippernes indflydelse herpå.



Figur 4

Den del af grundlaget, som angår *faktum*, må naturligvis tage sit udgangspunkt i en eller anden »virkelighed«. Oplysning herom fremskaffes navnlig ved afgivelse af forklaring i retten af parter og eventuelle vidner, foretagelse af (sagkyndigt) syn og skøn og ved fremlæggelse af (relevante) dokumenter o.l. I civile sager er det hovedreglen, at det er parterne selv, som tilvejebringer

Kapitel 4

processtoffet (»forhandlingsmaksimen«) og ved deres dispositioner bestemmer sagens form og indhold (»dispositionsmaksimen«). Det faktum, som lægges til grund for afgørelsen, foreligger herefter selvfølgelig ikke som objektivt givet, men udtrykker alene *antagelser* om, hvad der i bestemte henseender findes relevant i den pågældende sag, idet dette som nævnt ovenfor i almindelighed styres af, hvilken regel der kommer i betragtning. En antagelse om, hvorvidt en eller anden (relevant) faktisk omstændighed foreligger eller ej, forudsætter en overbevisning af en vis kvalitet hos beslutningstageren og dermed et *bevis* for det pågældende forholds tilstedeværelse. Om (fornødent) bevis kan anses for ført eller ej, beror naturligvis i sidste ende på en vurderende stillingtagen. Når det siges, at en part har *bevisbyrden* for et eller andet forhold, betyder dette, at det kommer den pågældende til skade, såfremt tilstrækkelige oplysninger ikke er tilvejebragt.

Eksempel 25:

Således som sagen i eksemplerne 23 og 24 stiller sig efter fastlæggelsen af indholdet af EAL § 19, stk. 2, nr. 1, er det forsikringsselskabet, som skal godtgøre, at A har handlet groft uagtsomt. De mulige faktiske holdpunkter for vurderingen heraf kan navnlig tænkes tilvejebragt gennem A's egen forklaring, vidneforklaringer fra restaurationspersonalet og rejsekøberen (spiritusindtagelse) og gennem observationer på uheldsstedet, fx som foreliggende i en optaget politirapport. Derimod er det A, der skal godtgøre, at der i givet fald efter EAL § 24 er grundlag for bortfald eller lempelse af et eventuelt erstatningsansvar. – Efter bevisførelsen i sagen kunne det fastslås, at A inden kørslen havde indtaget spiritus i et sådant omfang, at hans blodalkoholpromille kort efter denne var 0.76. Det kunne videre lægges til grund, at uheldet var sket på en smal vej kort efter en kurve på denne, og at bilen havde været fremført med en hastighed på 80-95 km/t. På uheldstidspunktet havde A – som var begyndt at kede sig – været optaget af at lede efter en radio eller båndspiller i køretøjet. Endelig fremgik det, at han ikke havde nogen uddannelse, var beskæftiget som ufaglært arbejdsmand og var uformuende. (fortsættes)

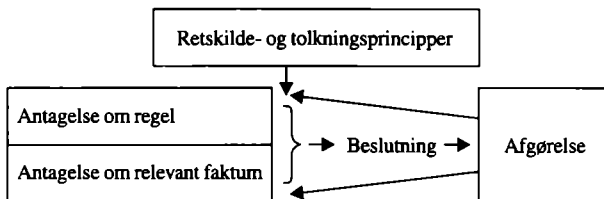
Om bevis findes der i øvrigt i sig selv et betydeligt antal såvel skrevne som uskrevne regler, som i vid udstrækning er knyttet til de materielle regler indenfor de forskellige retsområder, jfr. nærmere v. *Eyben* 1986. Antagelsen om faktum må selvsagt være af en så sikker karakter, at den kan *beskrives*, jfr. om problemerne herved inden for højteknologiske områder *Bryde Andersen* 1988, især kapitlerne 1 og 3. Faktumsiden kan herefter anskueliggøres på denne måde:

4.1. Forholdet mellem retlige og faktiske præmisser



Figur 5

Illustrationen er selvfølgelig urealistisk allerede af den grund, at det omtalte samspil mellem regel og faktum ikke er angivet. Hertil kommer imidlertid, at beslutningstageren, når der er formuleret en endelig antagelse, både om regel og om relevant faktum, vil være langt inde i den del af processen, som undertiden betegnes som *subsumptionen*, d.v.s. den sammenholdning af regel og faktum, som munder ud i beslutningen (»henførelsen« af faktum under regel). Dette kan vises som i nedenstående figur 6. Subsumptionen udtrykkes ved klammen i figuren. Beslutningstagerens overvejelser munder ud i en (begrundet) konstatering af det konkrete retsforhold, som foreligger i henhold til reglen, og denne konstatering (beslutningen) danner herefter grundlaget for afgørelsen (domskonklusionen, den af en forvaltningsmyndighed udtrykte autoritative stillingtagen), der kan ses som selve opfyldelsen af den praktiske handleopgave, som påhviler vedkommende beslutningstager, jfr. ovenfor side 20.



Figur 6

Subsumptionen kan så at sige foregå *mekanisk*, såfremt reglen er præcis og klar, og der ikke foreligger tvivl om, at faktum opfylder dens mening. Det er imidlertid langt fra givet, at arbejdet med retskildefaktorerne og den herigen- nem stedsfundne fastlæggelse af reglens almindelige indhold, jfr. foran, har ryddet alle usikkerhedsspørgsmål af vejen for dens anvendelse i det konkrete tilfælde. Såfremt det således er åbent, hvorledes det individuelle sagsforhold skal bedømmes efter reglen, kan der også i denne fase være behov for fortolkning til justering af opfattelsen af reglens anvendelsesområde, jfr. de lodrette stiplede pile i figur 6. I princippet er denne tolkning af konkret karakter i modsætning til den generelle virksomhed, som udfoldes i forbindelse med

Kapitel 4

fastlæggelsen af det almindelige indhold (tolkningen af de enkelte faktorer og afvejningen af disse). Nogle forfattere anvender da også begrebet *individuel tolkning* som værende synonymt med subsumption, jfr. *Stuer Lauridsen* 1977, 276ff og 1992, 123ff samt *Eckhoff* 1993, 27. Det er dog tvivlsomt, om dette uden videre er en hensigtsmæssig sprogbrug. Subsumption forudsætter i de nævnte tilfælde en vurderende stillingtagen, en afvejning. I modsætning til den afvejning, som foretages af retskildefaktorerne, foregår den ved subsumptionen med den formulerede regel som udgangspunkt. Problemet er nu, at mange regler lægger op til, at der omkring subsumptionen skal foretages så selvstændige vurderinger med hensyn til reglens anvendelse og/eller fastsættelsen af retsfølgen, at afvejningen nødvendigvis må få mere eller mindre *skøns-mæssig* karakter. I sådanne tilfælde virker det ikke ubetinget heldigt altid at ville tale om, at man ved subsumptionen har »fortolket« reglen.

Eksempel 26:

I sagen fra eksemplerne 23-25 må retten efter fastlæggelsen af indholdet af EAL § 19, stk. 2, nr. 1, i den omtalte henseende og efter bevisførelsen først tage stilling til, om A's adfærd kan kvalificeres som udtryk for »grov uagtsomhed«. Selvom dette begreb med støtte navnlig i bestemmelsens forarbejder, retspraksis og doktrinen kan præciseres i forskellige henseender, er der fortsat et så betragteligt spillerum tilbage til en vurderende stillingtagen, at det forekommer vanskeligt at afgøre, om en subsumption er udtryk for en fortolkning eller for et skøn eller begge dele, jfr. også om »lovtolkningsskøn« nedenfor i teksten. Sådant forholdt det sig også i den konkrete sag bag eksemplet (UfR 1990/136V). Her anførte retten, at A, henset til det manglende kørekort, alkoholindtagelsen, hastigheden på den smalle vej og uopmærksomheden under kørslen, fandtes at have udvist en så uforsvarlig adfærd, at han *efter en samlet vurdering* måtte anses for at have handlet groft uagtsomt.

Det næste spørgsmål, der må behandles, er, om A opfylder betingelserne i EAL § 24, stk. 1, for bortfald eller lempelse af ansvaret. Her støder man på samme problem. De betingende kendsgerninger i bestemmelsen (»urimeligt tyngende« og »ganske særlige omstændigheder« med de tilknyttede afvejningsfaktorer (»skadens størrelse« etc.)) er af en så åben karakter, at afvejningen nødvendigvis må få meget væsentlige skønsmæssige indslag. Det illustreres også i den bag eksemplet liggende afgørelse, hvor retten »efter omstændighederne, herunder (A's) unge alder og oplysningerne om hans personlige og økonomiske forhold« fandt, at det fulde ansvar ville virke urimeligt tyngende, og derfor nedsatte forsikringselskabets krav til 75.000 kr.

Forholdet mellem præcise regler på den ene side og »skønsregler« på den anden er kort omtalt ovenfor side 53. Med henblik på retsanvendelsen har modsætningen mellem fortolkning og skøn særlig været drøftet inden for forvaltningsretten. Strengt taget er dette en proportionsforvrængning al den stund, modsætningen foreligger inden for alle retsområder, fx vil man også inden for formueretten kunne træffe talrige retsafgørelser, hvor præmisserne udtrykkeligt fastslår, at der er foretaget en skønsmæssig afvejning. At forvaltningsretten især har tiltrukket sig opmærksomhed, skyldes det særlige

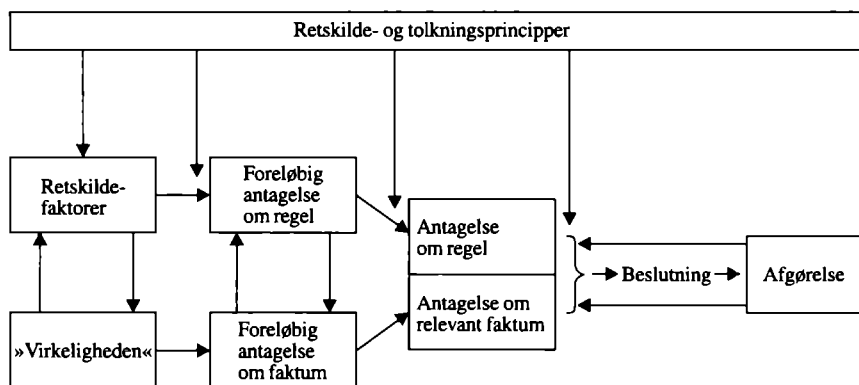
forhold, at man – i det mindste tidligere – har anset domstolenes prøvelsesadgang over for forvaltningens afgørelser for begrænset i det omfang, disse hviler på visse typer af skøn, jfr. nærmere *Bent Christensen* 1988, 41ff og *Mathiasen* 1989, 361ff.

Fortolkning og skøn har flere ting til fælles. For det første forudsætter de begge en vis *supplerende* virksomhed fra myndighedernes (domstolenes, forvaltningens) side i forhold til den tilgrundliggende regel. Både fortolkning og skøn rummer dernæst i princippet vurderende elementer. Endelig foreligger såvel individuel tolkning som skøn som nævnt i forbindelse med reglens anvendelse i konkrete tilfælde. På det teoretiske plan er det ikke svært at angive, hvad der skiller. Ved fortolkning består virksomheden i forsøg på fastlæggelse af reglens mening, dels gennem tydning af dens almindelige indhold, dels gennem stillingtagen til *om* der i det konkrete tilfælde foreligger sådanne faktiske forhold, som reglen tager sigte på. Ved skøn derimod er (vurderings)friheden videregående: Hvad der skal afgøres, er *hvilke* af de faktiske omstændigheder, som skal tillægges betydning, og/eller hvilke følger dette skal få, reglen giver intet eller kun et ufuldstændigt svar herpå. Forskellen er altså på det principielle plan knyttet til reglens præcisionsniveau. Der forekommer imidlertid som vist i eksempel 26 blandingsformer, som efter omstændighederne gør det nærmest håbløst at afgøre, om der er tale om fortolkning eller om skøn. Ved det såkaldte *lovtolknings-skøn* (også kaldet »lovbundet skøn«, »subsumptions-skøn« eller »retsanvendelsesskøn«) vil den tilgrundliggende regel, fx EAL §§ 19, stk. 2 nr. 1, og 24 eksempelvis nok have fastlagt betingelserne for sin anvendelse, men disse har en ubestemt eller upræcis karakter, fx i form af såkaldte »vage, elastiske lovbestemmelser«. Det er derfor ikke altid muligt med sikkerhed at afgøre, hvornår man i subsumptionsfasen står over for tilfælde af denne art eller over for et eksempel på, hvad man har kaldt et *frit skøn*, hvis karakteristika antages at være, at reglen i hvert fald et stykke på vej stiller vedkommende myndighed frit vedrørende valget af hensyn, der skal være bestemmende for afgørelsen. Dette sidste begreb er for så vidt en kimære. Som tidligere omtalt er skønnet aldrig helt »frit«, og det gælder også den offentlige forvaltning. »Kadi-justits« i islamisk forstand, hvor en afgørelse træffes efter konkret rimelighed ubundet af regler, er ingen aktuel mulighed i Danmark.

De stiplede pile i figur 6 fra afgørelsen tilbage til regel og faktum viser en anden mulig forbindelse, som den simple illustration i figur 1 ikke tager højde for. I det skematiserede typeforløb har det været forudsat, at beslutningsprocessen er fremadskridende, således at man efter arbejdet med retskildefaktorerne og den fornødne tolkning og efter fastlæggelsen af det relevante faktum til sidst når frem til beslutningen og afgørelsen. Den modsatte bevægelse er

dog også tænkelig. Sådanne situationer kan karakteriseres mere eller mindre venligt. *Ross* taler (1971, 57 og 181ff) om »facadelegitimation«, bl.a. vedrørende de tilfælde, hvor det er resultatet (afgørelsen), der bestemmer (fortolknings-)metoderne og ikke omvendt. Afgørelsens præmisser er blot udtryk for en passende efterrationalisering i forhold til et resultat, som er valgt på forhånd, måske af helt andre grunde. *Eckhoff* 1993, 29 taler om de knap så udfordrende tilfælde, hvor beslutningstageren i sin begrundelse (ubevidst) »presser« sine antagelser om faktum i en bestemt retning, således at dette kan komme til at passe (bedre) til en ønsket løsning. I det omfang noget sådant måtte forekomme, vil der ofte tillige blive tale om konsekvenser for de retlige præmisser, eventuelt kan motivationen til at »presse« faktum netop ligge her, fx – dommere er jo også mennesker – for at undgå stillingtagen til vanskelige eller tvivlsomme retlige spørgsmål. Heraf de to tilbagegående pile i figur 6.

Det er langt fra udelukket, at beslutningsprocessen i praksis i et vist omfang foregår »bagvendt«. I den udstrækning dette er tilfældet, er der dog i almindelighed næppe grund til at øve så hård kritik, som *Ross* har gjort det. Sandsynligvis vil forløbet være det, at dommeren intuitivt, gennem hvad man i gamle dage kaldte et »sikkert« eller »sundt jugement«, når frem til løsningen. Der klistres imidlertid ingen »facadebegrundelse« på denne. Tværtimod benyttes metodelæren til efterfølgende kontrol af, om det intuitivt antagne er holdbart, jfr. herved *Strömholm* 1992, 358 og 360.



Figur 7

En mere fuldstændig illustration af beslutningsprocessen kan herefter ses i figur 7. Til denne knyttes nogle få yderligere bemærkninger:

Illustrationerne og den hertil hørende tekst er naturligvis både simple og strengt skematiske og har – som påpeget – haft et *analytisk* sigte, d.v.s. at det

er søgt anskueliggjort, hvilke almindelige elementer beslutningsprocessen i princippet består af, og hvorledes disse er forbundet med hinanden. I praksis vil en sådan adskillelse – helt bortset fra de omtalte typer af efterrationaliseringer og tilfælde af mekanisk regelanvendelse – sædvanligvis ikke være mulig. Forløbet vil normalt være udtryk for *en samlet tankeproces*, hvor de enkelte bestanddele er uadskilleligt forbundne med de øvrige, jfr. også den tidligere nævnte sammenhæng mellem de enkelte retskildefaktorer og mellem retskilder og fortolkning samt samspelet mellem regel og faktum.

4.2. Lidt mere om vurderinger

Det vil være fremgået af forrige afsnit, at retsafgørelser i princippet ikke fremstår som produkter af en rent logisk virksomhed, således som tilfældet ville være, såfremt man retsvisende kunne fremstille den retlige beslutningsproces i syllogismens form med »oversætning«, »undersætning« og »konklusion«. Retsafgørelsen er, som Ross (1971, 42) har udtrykt det, *altid* en nyskabelse i den forstand, at den ikke er et blot logisk derivat af givne regler. Tværtimod er det i almindelighed et grundvilkår for den retlige beslutningstagen, at denne i de forskellige faser på forskellige niveauer forudsætter vurderinger og afvejninger.

Processen og de i tilknytning hertil trufne beslutninger er således i sit væsen langt mere åben og i langt højere grad udtryk for en aktiv personlig stillingtagen end den mekaniske model i figur 1 lader ane. Det er derfor også rent ud noget ubegribeligt nonsens og formentlig ret beset en konsekvens af cementeret uforstand, når retsanvendelsen undertiden ses karakteriseret med betegnelsen »subsumptionslogik«. Opfattelsen har især været udbredt inden for, hvad man med en ikke helt dækkende betegnelse kunne kalde »marxistisk retsteori«. Den går i hovedsagen nærmere ud på, at der kan skelnes mellem to centrale juridiske argumentationsmodeller, nemlig den »subsumptionslogiske« og den »målrationalle«. Ved den første, som anses for karakteristisk for »retsstaten«, går man ud fra selve normen, som man via bestemte tolkningsregler forsøger at give et eksakt og præcist indhold. Frem for alt er der tale om grammatikalsk, systematisk, teleologisk og historisk tolkning med sigte på at opnå maksimal forudseelighed, og man godkender i princippet ikke vurderinger og interesser i tolkningen. I den s.k. »senkapitalisme« fortrænges denne model delvist af »målrational« argumentation. Her går man ud fra de (i lovgivningen) opstillede mål og vurderer navnlig de midler, som står til rådighed, og de sociale konsekvenser af forskellige beslutningsalternativer. De konkrete sagsforhold leverer her selv argumenter for deres løsning, og der stræbes således

ikke primært efter forudseelighed, men efter samfundsmæssigt afbalancerede resultater, se navnlig *Eriksson* 1979, 42ff og 1980, 106ff. I det marxistiske efterslæt optræder synspunkterne endnu, se således fx *Basse* 1987, 45ff og 510 og samme 1992, 123ff, førstnævnte sted yderligere bl.a. med bemærkning om, at den »traditionelle« metode »forudsætter én rigtig løsning«. Det turde være fremgået af fremstillingen foran, herunder referatet af *Ross'* prognoseteori, at dette med mildt udtryk er fuldkommen misvisende. Den grundlæggende fejl ligger selvfølgelig i, at man ikke kan sige, at »traditionel« retsanvendelse og retsdogmatik går ud fra normen som noget fast og éngang givet.

Når synspunkter som de refererede i det hele taget kan forekomme, kan det skyldes, at man har ladet sig vildlede af to forhold. Dels ses der på visse områder talrige tilfælde, hvor retsanvendelsen rent faktisk er foregået nærmest mekanisk, dels – og navnlig – foreligger der også mange afgørelser, der *tager sig ud*, som om resultatet er fremkommet udelukkende ved logisk virksomhed. I den første gruppe befinder sig afgørelser, hvor et ukompliceret faktum skal bedømmes i forhold til præcise og enkle regler, jfr. eksempel 12 foran om tilkendelse af folkepension og på samme måde afgørelser om skatter og afgifter i simple tilfælde. I sådanne situationer – og formentlig kun i disse – vil edb-teknologien have mulighed for fuldt ud at erstatte den umiddelbare – kreative – menneskelige indsats i forbindelse med afgørelsen. Men også hvor denne utvivlsomt er eller må være (stærkt) påvirket af vurderinger, ses den begrundet på en sådan måde, at den fremtræder som den nødvendige konklusion i en logisk proces, m.a.o. vurderingerne fremtræder ikke klart, eller, om man vil, de skjules eller maskeres, jfr. herved også forrige afsnit i slutningen. Der kan næppe gives nogen entydig forklaring på dette fænomen. En vigtig tilskyndelse er imidlertid nok behovet for at kunne påberåbe sig støtte hos autoriteter eller i noget, der er alment accepteret. Ved fx at lade afgørelsen fremstå som en simpel konsekvens af lovgivningen kan beslutningstageren (dommeren, forvaltningsmyndigheden) især opnå, dels at vedkommendes eget ansvar begrænses, dels en øget sandsynlighed for respekt for og tillid til afgørelsen. Lovens autoritet – bag hvilke vurderingerne i større eller mindre grad gemmer sig – skaber garanti for, at den trufne afgørelse af adressaterne opleves som »rigtig« og »retfærdig«, jfr. herved *Ross* 1971, 179ff og *Eckhoff* 1993, 325ff.

Når vurderinger i princippet spiller – og altid har spillet – en væsentlig rolle i retsanvendelsen, er det selvfølgelig vigtigt at få afklaret, hvilke begrænsninger de måtte være underlagt. Grænser og dermed garantier mod ren vilkårlighed afstikkes for det første af metodeprincipperne. Den almene anerkendelse hos domstole og forvaltning af disse – eller, som *Ross* sagde, den *fælles ideologi* om disses anvendelse – virker, uanset princippernes vage og ube-

stemte karakter, som bremser på vurderingsfriheden. Andre – væsentlige – grænser følger af såkaldte materielle retsprincipper eller – idéer – altså andre alment accepterede *ideologiske* faktorer – navnlig om retfærdighed og retssikkerhed.

4.3. Litteratur til kapitel IV

Den lettest tilgængelige indføring i de spørgsmål, som behandles i kapitlet, findes hos *Torstein Eckhoff*, »Rettskildelære«, 3. udg. (1993). Figuren hos *Eckhoff* op.cit. p. 26 har dannet forlæg for figurerne 1-7. I øvrigt henvises i almindelighed til *Alf Ross* i TfR 1954 p. 241ff, *Stig Jørgensen*, »Retfærdighed og ret« I (1990) p. 72ff, *Preben Stuer Lauridsen* »Retslæren« (1977) p. 276ff og p. 149ff og samme »Om ret og retsvidenskab« (1992) p. 106f og 112f, *Bent Christensen*, »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991) p. 131ff, *Stig Strömholm*, »Rätt, rättskällor och rättstillämpning«, 4. udg. (1992), især p. 26ff, 64ff, 353ff og 371ff, *Torstein Eckhoff & Nils Kristian Sundby*, »Retssystemer«, 2. udg. (1991) p. 108ff, *Aleksander Peczenik*, »Juridisk argumentation« (1990) p. 58ff og endelig til *Erik Boe*, »Indføring i juss« (1993) p. 49ff, 117ff og 137ff. Spørgsmålet om bevis behandles særdeles udførligt hos *Henrik Zahle*, »Om det juridiske bevis« (1976) og hos *W.E. v. Eyben*, »Bevis« (1986).

Som anført i teksten må antagelser om faktum kunne beskrives. Dette forudsætter selvfølgelig en grundlæggende forståelse og kvalificering hos beslutningstageren af de foreliggende faktiske forhold. Et interessant og vigtigt bidrag til betydningen af denne problemstilling foreligger hos *Mads Bryde Andersen*, »EDB og ansvar« (1989), se især p. 28ff, 123ff og 237ff.

Tankegangen bag »subsumptionslogikken« belyses kortest og klarest hos *Lars D. Eriksson* i »Retfærd« 11/1979 p. 40ff og de spirende – men vildtvoksende – skud hos *Ellen Margrethe Basse*, »Miljøankenævnet« (1987), navnlig p. 45ff. *Erikssons* »subsumptionslogik« og »målrationalitet« korresponderer i øvrigt til en vis grad med retssociologiske antagelser se således *Vilhelm Aubert*, »Rettens sosiale funksjon« (1976) p. 31ff. Tankegangen fører iøvrigt meget hurtigt over i en diskussion om andre generelle teorier om rettens – og retsanvendelsens – udvikling, fx til den af *Günther Teubner* fremførte teori om »refleksiv ret«, jfr. »Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie« 1982/LXVIII p. 13ff, jfr. videre samme (red.) »Dilemmas of Law in the Welfare State« (1986), *Håkan Hydén* i »Refleksiv Ret« (1988) p. 113ff og *J. Dalberg-Larsen* smst. p. 175ff og samme i »Lovene og Livet« (1989) p. 296ff.

KAPITEL V

Nationale retskildefaktorer

5.1. Indledning

I dette kapitel behandles en række af de mest almindeligt forekommende nationale retskildefaktorer hver for sig. Fremstillingen i de enkelte hovedafsnit herom er i det væsentligste opbygget på samme måde. Først karakteriseres den pågældende faktor, derefter omtales dens retskildemæssige betydning og sluttelig fremdrages kort, hvor man kan finde materiale om den.

Retskildebegrebets åbne og for så vidt dynamiske karakter betinger, at fremstillingen ikke er og heller ikke har kunnet gøres udtømmende. At de forskellige kildefaktorer er behandlet separat, og at der er sondret mellem nationale og ikke-nationale faktorer, jfr. om de sidste kapitlerne VI-VIII, giver fremstillingen en overdrevent skematisk karakter, idet det naturligvis ikke må glemmes, at faktorerne i praksis i vid udstrækning indgår i et samspil med hinanden. Den rækkefølge, hvori disse optræder, er på den ene side ikke tilfældig, men bør på den anden ikke opfattes således, at der er tale om nogen absolut bindende rangfølge. Navnlig for en enkelt af faktorerne – forarbejder til lovgivningen – gælder det, at det kan diskuteres, om den skal medtages som retskildefaktor, eller om den ikke snarere bør behandles i forbindelse med fortolkningslæren, jfr. kapitel IX. Det må imidlertid her på ny erindres, at retskildespørgsmål i det hele taget er snævert forbundet med fortolkningsspørgsmål.

Behandlingen af retskildefaktorerne påvirkes som omtalt i de foregående kapitler af retskildeprincipperne. Det er allerede fremgået, at de væsentligste temaer efter disse angår faktorernes relevans og eventuelle vægtning. At en faktor er omtalt i det følgende, er selvsagt ensbetydende med, at det i det mindste kan drøftes, om den i almindelighed vil kunne være relevant. Fremstillingen af de enkelte faktorer giver mulighed for at komme ind på det andet tema, men her er det imidlertid ofte ganske vanskeligt at fremkomme med andet end ret usikre formodninger. Afvejningsspørgsmålet rækker i øvrigt langt ind i fortolkningslæren, d.v.s. at der også i så henseende er grund til at se hovedelementerne i metodelæren i sammenhæng.

5.2. Lovgivning

5.2.1. Begreb m.v.

Ved »lovgivning« forstår i det følgende, dels grundloven, dels såkaldte »love i formel forstand«, d.v.s. de retsfor skrifter som under betegnelsen »lov« er blevet til på den i grundloven anordnede måde, jfr. de to følgende underafsnit. I materiel henseende har begrebet herefter en meget betydelig spændvidde, idet det fx dækker så forskelligartede for skrifter som på den ene side den årlige normering af statens indtægter og udgifter (finanslove, tillægsbevillingslove) og på den anden direkte og indgående styring af borgernes adfærd i forskellige henseender, eksempelvis gennem almindelig og speciel straffelovgivning.

I et samfund med en så omfattende og intens lovgivningsvirksomhed som i det nuværende danske er lovgivning ikke blot den praktisk vigtigste skrevne kildefaktor, men – for en gennemsnitlig betragtning – den vigtigste overhovedet. Der er imidlertid ikke-uvæsentlige forskelle mellem de forskellige retsområder. Mest intens er reguleringen forståelig nok inden for den offentlige ret, i særdeleshed inden for forvaltningsretten. Heroverfor står dele af formueretten, hvor lovgivning helt eller overvejende savnes, og hvor retstilstanden følgelig helt eller delvist beror på andre faktorer. Et praktisk vigtigt eksempel herpå er som tidligere omtalt centrale dele af erstatningsretten.

5.2.2. Kort om lovgivningsprocessen

5.2.2.1. *Rent nationale forhold*

I formel henseende kan initiativet til lovgivning udgå enten fra regeringen, jfr. grundlovens § 21, (regeringsforslag) eller fra medlemmer af Folketinget, jfr. grundlovens § 41, stk. 1, (»private« forslag). Regeringsforslag er langt oftest forekommende og også de, der har størst sandsynlighed for vedtagelse. En slags hybrid, som navnlig i løbet af 1980'erne vandt en vis udbredelse, er regeringsforslag udarbejdet til opfyldelse af en folketingsbeslutning, som regeringspartierne ikke har stemt for. Det følgende begrænses til »rene« regeringsforslag.

Forberedelsen af regeringsforslag, som der kun i meget begrænset omfang er regler i lovgivningen om, sker normalt i eller med tilknytning til det fagministerium, der tager sig af de forhold, man ønsker lovgivning om. Ved større opgaver er det sædvanligt, at ministeren nedsætter et *udvalg* (en kommission, arbejdsgruppe e.l.) til nærmere overvejelse af de pågældende spørgsmål og til udarbejdelse af udkast til lovforslag.

Udvalgets medlemmer, herunder dets formand, beskikkes af ministeren. Udvælgelsen kan ske efter forskellige kriterier, som ikke sjældent foreligger i blandingsformer. Væsentlige hovedhensyn er som regel behovet for at ud-

ruste udvalget med en passende sagkundskab og ønsket om at tilføre medlemskaren en vis repræsentativitet for berørte interesser, fx ved udpegning af brancheorganisationsrepræsentanter. Sekretariatsbistand ydes af vedkommende ministerium. Udvalgets arbejdsopgaver defineres – ofte ganske bredt – af ministeren i et såkaldt *kommissorium*. Arbejdsformen fastsættes i de fleste tilfælde af udvalget selv. Frister for arbejdets tilendebringelse kan være fastsat i kommissoriet. Det er imidlertid helt almindeligt, at opgavens løsning tager lang tid, ofte flere eller adskillige år.

Udvalget afslutter sit arbejde med afgivelse af en *betænkning* (rapport e.l.) til ministeren. Som regel vil denne i hvert fald indeholde, dels en fremstilling af den gældende retstilstand på det pågældende område, dels et udkast til lovforslag med tilhørende bemærkninger, d.v.s. motivering for forslaget og dets enkelte bestemmelser.

Den afgivne betænkning er udgangspunktet for den videre sagsbehandling, som finder sted i vedkommende ministerium. Et gennemgående vigtigt led i denne er foretagelsen af en *høring* af berørte organisationer, institutioner, myndigheder o.l., enten umiddelbart på grundlag af betænkningen eller med supplerende bemærkninger til denne fra ministeriet. Behandlingen kan selvsagt medføre ændringer i udvalgets lovudkast. Når embedsværkets overvejelser er tilendebragt, forelægges sagen derefter med tilhørende (endeligt) udkast til lovforslag for ministeren til stillingtagen til, om sagen skal fremmes til fremsættelse af lovforslag i Folketinget (tilsvarende såfremt sagsforberedelsen har været rent intern i ministeriet, d.v.s. uden udvalgsbehandling). Besvares dette bekræftende, forelægges lovudkastet for *Justitsministeriets Lovafdeling* til såkaldt »lovteknisk gennemgang«, ligesom der i visse tilfælde kan blive tale om forelæggelse for Finansministeriet (administrations- og budgetspørgsmål). Af hensyn til de til forslaget knyttede politiske konsekvenser skal udkastet endelig efter fast praksis inden fremsættelsen i Folketinget behandles i et *ministermøde* (typisk én gang ugentlig med deltagelse af samtlige ministre). Slutstenen – af rent formel betydning – er behandling og afgørelse i *Statsrådet* med deltagelse af statsoverhovedet, jfr. grundlovens § 17, stk. 2.

Lovforslaget med tilhørende bemærkninger fremsættes derefter af vedkommende minister over for Folketinget. Fremsættelsen er praktisk talt altid skriftlig, og det samme gælder ministerens »fremsættelsestale«, der reelt er reduceret til en temmelig indholdsløs følgeskrivelse til forslaget. »Talen« holdes således ikke. Om fremgangsmåden ved folketingsbehandlingen findes forskellige bestemmelser i grundloven, navnlig i § 41, og i Folketingets forretningsorden. Det følger heraf, at endelig vedtagelse forudsætter tre behandlinger i tinget.

Kapitel 5

Ved *første* behandling drøftes forslaget alene ud fra principielle synspunkter og uden mulighed for fremsættelse af ændringsforslag. Vedtages overgang til anden behandling, vil forslaget normalt blive henvist til behandling i et udvalg, som regel et af de (p.t. 22) *stående udvalg*, der har hver deres, sagligt bestemte, arbejdsområde (retsudvalg, kommunaludvalg, arbejdsmarkedsudvalg, skatte- og afgiftsudvalg etc.). Behandlingen her er af helt central betydning for forslagens videre skæbne i tinget. Dets enkelte bestemmelser gennemgås i detaljer, og udvalgets medlemmer har lejlighed til at stille spørgsmål til ministeren og/eller til at afholde »samråd« med denne, ligesom udvalgene jævnligt modtager henvendelser udefra såvel fra enkeltpersoner som fra interessegrupper o.l. Udvalgsbehandlingen afsluttes med afgivelse af en betænkning. I denne kan der være formuleret (begrundede) ændringsforslag til lovforslaget, eventuelt med tiltrædelse af ministeren.

Den derpå følgende *anden* behandling i tinget retter sig mod forslaget som helhed – også enkeltbestemmelser – og mod mulige ændringsforslag. Debatten afsluttes med afstemning herom og stillingtagen til, om forslaget – i muligt ændret skikkelse – skal overgå til tredje behandling. Vedtages dette, og har forslaget tidligere været genstand for udvalgsbehandling, går det, medmindre der er truffet beslutning om direkte overgang til tredje behandling, tilbage til det pågældende udvalg, som har mulighed for at stille nye ændringsforslag, og som kan formulere disse og en begrundelse herfor. Ved *tredie* behandling, som ofte er meget summarisk, forhandles forslaget og eventuelle nye ændringsforslag. Der stemmes først om ændringsforslagene og derefter om forslaget som helhed. Vedtages forslaget i sin endelige skikkelse, oversendes det derefter med folketingsformandens underskrift til vedkommende fagminister og med kopi til statsministeren med henblik på *stadfæstelse* af statsoverhovedet, jfr. grundlovens § 22.

5.2.2.2. Lovgivning som berører eller er en konsekvens af EU-samarbejdet

Danmarks medlemskab af Den Europæiske Union medfører på en lang række områder afvigelser i forhold til den foran omtalte procedure. Langt den mest betydningsfulde består i, at den umiddelbare retsfastsættelse i forskellige henseender ikke foranstalles af den nationale lovgivningsmagt, men af unionsmyndighederne, og at der i øvrigt kan være lagt almindelige bindinger på regeringens initiativ og på lovgivningsmagtens handlefrihed. Herom henvises til fremstillingen i kapitel VII.

Herudover gælder der forskellige forpligtelser til enten at *høre* unionsmyndighederne eller til at *underrette* dem om påtænkte eller iværksatte foranstaltninger. Praktisk vigtigst i den første kategori er forpligtelsen efter EF-traktatens art. 93, stk. 3, til at give Kommissionen lejlighed til at fremkomme

med sine bemærkninger om påtænkt national indførelse eller ændring af statslige støtteordninger, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene. Den videre fremgangsmåde i disse tilfælde er beskrevet i traktatens art. 93, stk. 2, og – såfremt Kommissionen skridder ind – i art. 93, stk. 3, sidste pkt., hvorefter de påtænkte nationale ordninger ikke må gennemføres, før der foreligger en endelig (unions-)beslutning. Et hovedeksempel på underretningsforpligtelse i forhold til Kommissionen vedrører nationale myndigheders gennemførelse – fx og navnlig ved lovgivning – af forskrifterne i EU-direktiver.

5.2.3. Kundgørelse og ikrafttræden

Love skal *kundgøres* for at kunne håndhæves af domstole og forvaltningsmyndigheder, jfr. grundlovens § 22. Medmindre den enkelte lov bestemmer andet, skal kundgørelse ske i »Lovtidende«, som er en officiel publikation udgivet af regeringen (Justitsministeriet, Sekretariatet for Retsinformation), jfr. lov af 25. juni 1870 om udgivelse af en Lovtidende og en Ministerialtidende (lovbekendtgørelse nr. 617 af 15. september 1986). Efter dennes § 3 gælder der følgende om ikrafttrædelsestidspunktet: Indeholder den enkelte lov ikke afvigende bestemmelser, træder den i kraft ugedagen efter udgivelsesdagen for det nummer af Lovtidende, hvori kundgørelse er sket. Individuelle ikrafttrædelsestidspunkter er ret almindelige. Tidspunktet for håndhævelsen er ikke nødvendigvis sammenfaldende med det tidspunkt, fra hvilket faktiske forhold medfører retsvirkninger i overensstemmelse med lovens regler. Grundloven indeholder intet forbud mod, at love gives tilbagevirkende kraft. Det forekommer da også af og til – fx på skatte- og afgiftsområdet – at love således knytter retsvirkninger til forhold, som i tid ligger forud for håndhævelsestidspunktet.

5.2.4. Retskildemæssig betydning

Vedrørende lovgivningens retskildemæssige betydning i almindelighed gælder der som tidligere omtalt utvivlsomt et retskildeprincip, hvorefter såvel domstole som andre retsanvendende myndigheder har *pligt* til at tage hensyn til sådanne bestemmelser i lovgivningen, som direkte angår det eller de forhold, som måtte foreligge til afgørelse, jfr. også for forvaltningens vedkommende konsekvenserne af legalitetsprincippet. Det er fremgået af fremstillingen ovenfor i kapitel IV (eksemplerne 23-26), at dette ikke betyder, at der skal bortses fra andre faktorer. Det følger også heraf, at princippet ikke med nødvendighed indebærer, at lovens ord altid skal have forrang frem for andre momenter, jfr. de følgende underafsnit og fremstillingen i kapitel IX.

Den retskildemæssige betydning i almindelighed afhænger inden for det direkte anvendelsesområde videre navnlig af, om loven er præceptiv eller deklaratorisk, jfr. ovenfor side 58, og af det foreliggende præcisionsniveau. I jo højere grad de enkelte bestemmelser leverer »færdige« – præcise og udtømmende – regler til brug i specifikke tilfælde, jo stærkere vil lovgivningen sædvanligvis stå i forhold til andre kildefaktorer.

5.2.5. Findesteder

Som nævnt optages teksten til de enkelte love kronologisk i Lovtidende (afdeling A: Almindelig love, afdeling B: Finanslove, tillægsbevillingslove, normeringslove og indfødsretslove, afdeling C: Internationale aftaler (traktater)). Der udarbejdes et register for hver årgang. Herudover vil man kunne finde lovteksterne i publikationen »Love og anordninger« (svarende til Lovtidende A), i generelle ukommenterede og kommenterede lovsamlinger (fx »Karnovs Lovsamling«), i speciallovssamlinger vedrørende bestemte områder og i kommenterede udgaver af enkeltlove (fx de af »Jurist- og Økonomforbundets Forlag« udgivne lovkommentarer). Både generelle og specielle lovsamlinger medtager meget ofte andet stof end lovteksten, fx administrative forskrifter, retsafgørelser, administrative afgørelser i enkeltsager m.m. Om Folketingets forhandlinger henvises til det følgende afsnit.

Det praktiske begyndelsesproblem med hensyn til anvendelse af lovteksterne består naturligvis i at finde ud af, om der på et givet område overhovedet findes lovgivning og i bekræftende fald hvilken. Til brug herfor kan man som regel have betydelig fornøjelse af publikationen »Dansk Lovregister« (udgives én gang årligt med emneopdelt fortegnelse over gældende lovgivning med tilhørende administrative forskrifter) eller »Schultz' Lovnøgle« (register over gældende love med tilhørende administrative forskrifter, ajourføres fire gange årligt). Den af Statens Informationstjeneste udgivne publikation »Status« (udkommer hver 14. dag som tillæg til »Statstidende«) indeholder bl.a. løbende oplysning om ikrafttrådte love, dog uden angivelse af disses tekst.

Udviklingen i informationsteknologien har gjort det nærliggende at samle generelle retsforskrifter i form af lovgivning m.v. i databaser. Med ibrugtagning i 1986 er der da også under Justitsministeriet (Sekretariatet for Retsinformation) oprettet en sådan base (kaldet »Retsinformation«). Her samles løbende alle love, bekendtgørelser, vejledninger fra centrale statslige myndigheder samt lovforslag og Folketingets forhandlinger, ligesom der sigtes mod en løbende udbygning med konkrete afgørelser. Søgning i basen – som er ganske bekostelig – kan ske via telefonnettet med tilknyttet personal computer eller anden edb-terminal. Formidling af søgning kan bl.a. ske gennem biblioteksvæsenet.

5.3. Loves forarbejder

5.3.1. Begreb m.v.

Med »forarbejder« sigtes der her til det materiale, der udarbejdes i forbindelse med en bestemt lovs tilblivelse, jfr. ovenfor side 94. I betragtning kommer således i første række stof, som stammer fra lovens behandling i Folketinget, især lovforslaget med tilhørende bemærkninger samt betænkninger og andre tilkendegivelser fra vedkommende folketingsudvalg. Andre vigtige forarbejder kan hidrøre fra udredningsarbejde, som er gået forud for fremsættelsen af lovforslaget i tinget. Synonymt med »forarbejder« anvendes undertiden udtrykket »lovmotiver«.

Forarbejder opfattes ikke altid som en selvstændig retskilde, men behandles udelukkende i forbindelse med spørgsmålet om *fortolkning* af lovgivningen, jfr. også nedenfor i kapitel IX om såkaldt »objektiv« og »subjektiv« fortolkning. I praksis vil det ofte være vanskeligt at fastlægge, om forarbejder er benyttet i den ene eller den anden forstand, og det har formentlig ikke nogen praktisk betydning at afgøre, hvad der i den enkelte konkrete sammenhæng måtte have været tilfældet. Da lovgivning – især i de senere årtier – jævnlige formuleres under hensyntagen til, at forarbejder kan benyttes som retskilde, er det fundet mest realistisk at fremstille deres betydning sammen med de øvrige faktorer.

5.3.2. Retkildemæssig betydning

Forarbejder har naturligvis ikke samme retskildemæssige status som lovgivningen selv. Der kan således ikke tales om et retskildeprincip, hvorefter *domstolene* ligefrem skulle være forpligtet til at tage hensyn til sådant materiale. I de senere årtiers praksis er udviklingen imidlertid gået i retning af en øget inddragelse af forarbejdet i domstolenes overvejelser, således at det for en gennemgående betragtning aktuelt må siges, at forarbejder spiller en væsentlig rolle, jfr. til spørgsmålet v. *Eyben* 1991, 27ff. Denne udvikling, som i et retssikkerhedsperspektiv ikke er uproblematisk, har dog måske kulmineret. Hverken EF-Domstolen eller de nationale domstole i de øvrige fællesmarkedslande tillægger tilnærmelsesvis forarbejder (»Travaux préparatoires«) samme betydning som danske (og norske og svenske). En fortsat udbygning af samarbejdet i Unionen kan derfor meget vel komme til at indebære, at forarbejder i retskildemæssig henseende efterhånden forvises til en mindre fremtrædende plads på scenen, jfr. også afsnit 10.2.

Når henvisninger til forarbejder forekommer i retsafgørelser, er den oplysende værdi heraf dog af meget forskellig beskaffenhed.

Kapitel 5

Det er desværre ganske almindeligt i præmisserne til afgørelsen blot at henvise til, at »forarbejderne« til en given bestemmelse i lovgivningen taler for et bestemt resultat, uden at det nærmere specificeres, hvilke forarbejder der er tale om, jfr. som eksempel Ufr 1988/493 H, hvor man under henvisning til ordlyden i ligningslovens §14, stk. 7, (nu §13) »sammenholdt med forarbejderne« ikke fandt grundlag for beskatning af nogle lån, som en faglig organisation under en arbejdskonflikt havde ydet sine medlemmer. Undertiden – men altså langt fra altid – kan henvisninger af denne art være tydeliggjort i noter til dommen. Specificerede henvisninger i præmisserne til bestemte forarbejder ses dog heldigvis også, jfr. som eksempler herpå Ufr 1993/371 H (bemærkningerne til lovforslaget), 1988/460 H (sagkyndig betænkning) og 1987/778 H (bemærkningerne til lovforslaget og vedkommende folketingsudvalgs betænkning). Som fremhævet af v. *Eyben*, jfr. ovenfor, er det til belysning af domstolens hensyntagen til forarbejder ikke uvæsentligt at konstatere, at der i talrige tilfælde forekommer såkaldte »negative motivudtalelser«, d.v.s. bemærkninger i afgørelsernes præmisser om, at forarbejderne ikke indeholder materiale til belysning af det i sagerne foreliggende spørgsmål.

For *forvaltningsmyndighedernes* vedkommende er forarbejder – som til dels vil kunne hidrøre fra forvaltningen selv eller i betydelig grad vil kunne være påvirket af denne – nok i almindelighed af endnu større betydning. Formentlig kan der tales om en pligt for fagministrene til at tage hensyn til og ligefrem følge den retsopfattelse, som har fundet udtryk i sådanne bemærkninger til forslaget til den pågældende lovgivning, som forudsætningsvis kan antages at være lagt til grund af Folketinget. I konkrete forvaltningsafgørelser kommer forarbejderne dog ofte kun til syne i transformeret eller – om man vil – forvrænget/maskeret form: Som henvisninger til cirkulærer fra de centrale myndigheder eller til andre centralt formulerede generelle administrative retningslinier, i hvilke den udstedende myndigheds opfattelse af forarbejderne er indkorporeret.

Alle forarbejder kan ikke antages at være lige »gode«, d.v.s. de taler ikke med samme retskildemæssige autoritet. For så vidt angår materiale, som har direkte sammenhæng med *folketingsbehandlingen*, synes der i praksis at blive lagt mest vægt på bemærkningerne til regeringsforslag, naturligvis med skellig hensyntagen til de ændringer i forslaget, som måtte være foretaget under behandlingen i tinget. Betydelig retskildemæssig værdi tillægges ofte også betænkninger over fremsatte forslag fra vedkommende folketingsudvalg og materiale, som produceres af ministeren til belysning af forslagets detaljer, og som må antages at være lagt til grund af udvalget. Derimod har forhandlingerne i selve tinget næppe nogen betydning overhovedet, i sjældne tilfælde dog måske bortset fra indlæg fra vedkommende minister.

Med hensyn til materiale fra tiden *før* folketingsbehandlingen tages der til belysning af tvivlsomme spørgsmål undertiden hensyn til de ovenfor side 95 nævnte kommissionsbetænkninger o.l. Formodningsvis gælder dette især i tilfælde, hvor materialet er udtryk for en mere dybtgående gennemarbejdning

af vedkommende problemkompleks udført af et egentlig sagkyndigt udvalg, hvis hovedsynspunkter og forslag har været lagt til grund ved den senere udarbejdelse af lovforslaget.

Det udelukker i praksis i princippet ikke hensyntagen til et vist forarbejde, som er fremlagt af parterne i den sag, der skal afgøres, at dette ikke har været *publiceret*, omend retssikkerhedshensyn i almindelighed her i særlig grad taler for tilbageholdenhed. Vedrørende forarbejders *alder* kan det som grov gennemsnitsregel (men også kun som sådan) antages, at den retskildemæssige værdi aftager i takt med denne, således at meget gammelt materiale kun forholdsvis sjældent vil komme til at spille en mere selvstændig rolle. Forklaringen herpå vil normalt være den, at samfundsudviklingen typisk har ændret de faktiske forudsætninger, som forarbejderne hviler på.

Om den retskildemæssige betydning af andre tilkendegivelser fra lovgivningsmagten end dem, der er fremkommet i forbindelse med lovgivningsprocessen, henvises til fremstillingen nedenfor side 126.

5.3.3. Findesteder

De vigtigste typer af forarbejder er publiceret. Fremsatte lovforslag med tilhørende bemærkninger optages således løbende i »Folketingstidende«, tillæg A, og betænkninger fra folketingsudvalg i samme publikations tillæg B. Sammen med sådanne betænkninger trykkes ofte forskellige bilag, der har foreligget for udvalget fx spørgsmål fra dette til vedkommende minister og dennes svar herpå. I »Folketingstidende«, tillæg C, optages vedtagne lovforslag og vedtagne forslag til folketingsbeslutninger. Tillæg D rummer bevillingsforslag og betænkninger over disse. Ministrenes forelæggelsestaler vedrørende bestemte lovforslag optages i det stenografiske referat af Folketingets forhandlinger, og samme sted vil man naturligvis finde, dels referatet af forhandlingerne i tinget om forslaget, dels mulige bidrag til forståelsen af lovens bestemmelser, fx referater af forespørgselsdebatter og spørgsmål til ministrene (»onsdagsspørgsmål«) og svarene herpå. Til den samlede publikation udgives et oversigtsbind med forskellige registre. Oplysning om forarbejder med tilknytning til folketingsbehandlingen kan endvidere fås i Folketingets Årbog. Som bemærket foran side 98 rummer databasen »Retsinformation« også oplysninger om fremsatte lovforslag, forhandlingerne i Folketinget og betænkninger fra folketingsudvalg.

Betænkninger o.l. fra sagkyndige kommissioner, udvalg o.l. publiceres oftest i den af Statens Informationstjeneste (siden 1951) udgivne serie og nummereres fortløbende. En oversigt over offentliggjorte kommissionsbetænkninger findes i bibliografien »Danske Kommissionsbetænkninger« (v. *Palle*

Svennevig). Publikationen »Status«, jfr. foran side 98, indeholder løbende meddelelser om nye betænkninger o.l.

5.4. Administrativt fastsatte bestemmelser

5.4.1. Begreb m.v.

Begrebet »administrativt fastsatte bestemmelser« er ikke så entydigt som begrebet »lovgivning«. De to begreber har det til fælles, at der i begge tilfælde er tale om regelfastsættelse (retsakter) af *generel* karakter, d.v.s. med henblik på regulering af en ubestemt flerhed af tilfælde. Hvor den umiddelbare »normsender« ved lovgivning er lovgivningsmagten, er den i det andet tilfælde den offentlige forvaltning, i praksis først og fremmest de centrale statslige forvaltningsmyndigheder. Der forekommer imidlertid her flere forskellige typer, som navnlig tidligere ikke altid er blevet holdt konsekvent ude fra hinanden, og som ikke sjældent er blevet blandet sammen med andre kategorier af generelle udsagn fra centrale forvaltningsmyndigheder, udsagn som hverken har eller kan have karakter af »bestemmelser«. I det følgende skelnes der mellem to hovedtyper, der betegnes som henholdsvis *anordninger* og *generelle tjenestebefalinger*. Som det vil fremgå, er betegnelserne ikke uden videre sammenfaldende med de etiketter, hvorunder de pågældende bestemmelser præsenteres for adressaterne.

Anordninger er generelle retsforskrifter, som er udfærdiget af forvaltningsmyndigheder, og hvis umiddelbare adressater – ligesom lovgivningen – som regel er *alle og enhver*. Forvaltningen har ingen selvstændig adgang til i almindelighed at fastsætte forskrifter med bindende virkning for borgerne. Grundlaget for en anordning om et nærmere bestemt forhold må derfor normalt søges i en bemyndigelse fra lovgivningsmagten til forvaltningen til udfærdigelse af forskrifter på det pågældende område, d.v.s. at der for så vidt er tale om, at lovgivningsmagten delegerer lovgivningsbeføjelser til forvaltningen. Langt de fleste anordninger udgår i praksis som *bekendtgørelser*, se fx Justitsministeriets bekendtgørelse nr. 646 af 18. september 1986 om betaling for afskrifter m.v. (hjemmelsgrundlag: Forvaltningslovens § 16, stk. 3) og Industriministeriets bekendtgørelse nr. 1217 af 28. december 1992 om Patentankenævnet (Ankenævnet for Industriel Ejendomsret) (hjemmelsgrundlag: Navnlig patentlovens § 7, stk. 2 og 4). Som det er tilfældet i eksemplerne, er det som regel vedkommende fagminister, som får tillagt den omtalte bemyndigelse fra lovgivningsmagten. Undtagelsesvis udgår anordninger som *kongelig anordning*, nemlig i tilfælde hvor bemyndigelsesloven udtrykkelig kræver dette, eller hvor det følger af en såkaldt »førkonstitutionel sædvane«, d.v.s. fra enevældens

tid, jfr. pkt. 3 i Justitsministeriets vejledning af 22. september 1987 om udarbejdelse af administrative retsfor skrifter. *Lovbekendtgørelser* er ikke anordninger i den ovenfor anførte forstand, men derimod sammenskrivninger af oprindelige lovttekster og senere gennemført ændringslovgivning, således at det samlede lovværk i lov bekendtgørelsen præsenteres i ajourført skikkelse med samtlige aktuelt (på udstedelsestidspunktet) gældende bestemmelser, se som eksempel gældsbrevsloven således som den oprindelige lov fra 1938 præsenteres i lov bekendtgørelse nr. 669 af 23. september 1986.

Medens anordninger således i henseende til adressaterne primært kan siges at have *ekstern* karakter, er de retsfor skrifter, som findes i *generelle tjenestebefalinger*, derimod i princippet *interne*: De umiddelbare adressater er enten *andre forvaltningsmyndigheder* eller personale inden for *samme myndighed*. Relationerne mellem den udstedende myndighed og adressaterne kan være således, at der må siges at bestå et over- og underordnelsesforhold, og i så fald antages dette *i sig selv* at give den overordnede myndighed mulighed for at meddele de underordnede generelle tjenestebefalinger. Består der intet forhold af denne art – således som tilfældet fx er mellem de centrale statslige myndigheder og kommunerne – indeholder lovgivningen undertiden hjemmel til, at en myndighed, typisk et ministerium eller en central styrelse, udfærdiger bindende generelle for skrifter (tjenestebefalinger) i forhold til andre, fx netop over for kommunerne. For en almen betragtning stiller hjemmelsspørgsmålet sig altså ikke på helt samme måde som ved anordninger.

Langt de fleste generelle tjenestebefalinger, som kan tænkes at have retskildemæssig interesse, er sådanne, der udsendes af centrale forvaltningsorganer, og som har regionale eller lokale myndigheder som adressater. I tidligere administrativ praksis anvendtes stærkt skiftende betegnelser for dette materiale, som tillige kunne optræde sammen med stof, der blot var af vejledende beskaffenhed, eller – i værste fald – med sådant som havde anordningsmæssig karakter, og som derfor burde have været udsendt og kundgjort på den for anordninger gældende måde. Der er sket betydelige fremskridt på dette område. Det følger nu af den ovenfor nævnte vejledning fra Justitsministeriet, at generelle tjenestebefalinger bør betegnes som »cirkulærer«, konkrete tjenestebefalinger til mange myndigheder som »cirkulæreskrivelser« og blot og bar information som »vejledninger«.

5.4.2. Kundgørelse

En forudsætning for, at en bestemt anordning kan opnå retsvirkninger som sådan, er, at den er behørigt kundgjort. Dette skal i princippet ske på samme måde som ved lovgivning, jfr. herom ovenfor side 97. Den i lovtidendeloven fra 1870 omhandlede mulighed for undtagelse fra denne kundgørelsesform

spiller en vis – beskeden – rolle for de anordninger, som udgår som *reglementer* eller *regulativer*. Tilsvarende gælder de i lovens § 4 nævnte anordninger med begrænset stedligt virkeområde, som i praksis især betegnes som *vedtægter* (fx politivedtægter og kommunale styrelsesvedtægter).

Generelle tjenestebefalinger er ikke underlagt samme kundgørelseskrav. Kundgørelse i form af offentlig bekendtgørelse er ingen betingelse for deres ikrafttræden. Mange – men langt fra alle – generelle tjenestebefalinger optages i »Ministerialtidende«, jfr. lovtidendelovens § 5, men dette har ingen betydning for deres retsvirkninger som sådanne. En vigtig konsekvens af disse forhold er, at generelle tjenestebefalinger ikke i sig selv kan begrunde *umiddelbare* forpligtelser eller rettigheder for borgerne.

5.4.3. Retskildemæssig betydning

Såfremt det hjemmelsmæssige grundlag er i orden, er den retskildemæssige betydning af *anordninger* formelt den samme som af lovgivning: I kraft af bemyndigelsen fra lovgivningsmagten optræder forvaltningen på dennes vegne. Det ovenfor side 97 omtalte retskildeprincip om pligt til at tage hensyn til lovgivning finder derfor under den anførte forudsætning tilsvarende anvendelse ved anordninger. Da stort set alle anordninger vedrører specielle forhold inden for de enkelte forvaltningsområder, er den *almindelige* praktiske betydning af anordninger dog ringe.

Også *generelle tjenestebefalinger* angår praktisk talt undtagelsesfrit de enkelte forvaltningsområder og har allerede af denne grund meget beskeden retskildemæssig interesse uden for disse. Som nævnt fører tjenestebefalingerne interne karakter videre til, at de som udgangspunkt ikke kan begrunde rettigheder eller forpligtelser for borgerne. *Middelbart* – navnlig ved transformering af tjenestebefalinger til konkrete afgørelser i henhold til disse – kan de naturligvis få en sådan virkning. Det har dog været drøftet, om der måtte være grundlag for i visse tilfælde at modificere det nævnte udgangspunkt og eventuelt tillægge borgerne adgang til ved domstolene at støtte umiddelbar *ret* (over for forvaltningen) på generelle tjenestebefalinger, jfr. *Haagen Jensen* 1989, 143ff. I det omfang en sådan adgang anerkendes, vil tjenestebefalinger i retskildemæssig henseende i den pågældende relation naturligvis kunne få selvstændig betydning. Retsstillingen er dog ikke klar, jfr.

Eksempel 27:

Efter § 3, stk. 2, i licitationsloven (lov nr. 216 af 8. juni 1966 m. senere ændringer) er udbyderen ved offentlig licitation berettiget til at vælge mellem samtlige indkomne bud og til at forkaste dem alle. Som led i statslige bestræbelser på at billiggøre offentligt byggeri fremkom der i 1970 fra de centrale statslige myndigheder forskellige forskrifter om offentlige byggearbejder. På folkeskoleområdet udsendte undervisningsministeriet med hjemmel i folkeskoleloven bl.a. en bekendtgørelse (nr. 480 af 9. december 1970). Af dennes § 2 fremgik

det, at ved offentlig licitation skulle billigste tilbud antages, medmindre det måtte formodes, at den pågældende virksomhed ikke ville være i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid.

Grenå kommune udbød i 1971 et skolebyggeri i offentlig licitation. Et større entreprenørfirma blev klart lavestbydende. Kommunen overdrog ikke desto mindre arbejdet til næstlavestbydende – en lokal virksomhed – for at sikre beskæftigelse på egnen. Den forbigåede entreprenør forlangte sin tabte fortjeneste erstattet af kommunen med henvisning til, at han efter bekendtgørelsen havde haft retskrav på at få arbejdet overdraget. Højesteret frifandt kommunen (UfR 1975/379, jfr. 1974/398). Dette begrundedes med, at udbudsmaterialet ikke henviste til bekendtgørelsen, og med, at entreprenøren efter karakteren af og formålet med de i denne indeholdte regler (som havde kommuner og ikke borgerne i almindelighed som adressater) ikke kunne støtte nogen ret på denne. I den sidste bemærkning ligger, at det afgørende i den foreliggende henseende måtte være reglernes *sigte* (billiggørelse af byggeriet) og ikke deres *form* (bekendtgørelse, cirkulære eller andet), jfr. *Trolles* kommentar i UfR 1975 B p. 391.

Det nævnte spørgsmål må formentlig i almindelighed besvares benægtende bortset fra tilfælde, hvor tjenestebefalingen selv fastsætter, at adressatmyndighedens tilsidesættelse af dens forskrifter skal have ugyldighedsvirkning for disses konkrete afgørelser (hvilket langt fra er almindeligt), *eller* hvor en sådan virkning i øvrigt indiceres af forholdene. I sidstnævnte henseende kan der eventuelt lægges vægt på, hvorvidt tjenestebefalingen i stedet kunne og burde have været udfærdiget som anordning, jfr. *Poul Andersen* 1963, 271 og i øvrigt *Bent Christensen* 1988, 20ff og dommen i eksempel 27.

I forholdet mellem tjenestebefalingens udsteder og *adressaterne* opstår de just nævnte problemer ikke. Er tjenestebefalingen gyldig, må den følges af adressaterne og i påkommende fald i forhold til disse lægges til grund af domstolene.

Det stof af informativ karakter, som vejledninger fra de centrale myndigheder måtte indeholde (referater af forarbejder, fortolkningsbidrag o.l.), har naturligvis ingen formel retskildemæssig betydning. Medens domstolene givetvis vil forholde sig fuldstændig frit til sådant materiale, kan man – naturligt nok – omvendt konstatere, at der her i praksis råder en betydelig grad af *faktisk* følgagtighed hos de regionale og lokale forvaltningsorganer.

5.4.4. Findesteder

Som omtalt optages anordninger i Lovtidende og en række mere væsentlige generelle tjenestebefalinger o.l. i Ministerialtidende.

Anordninger vil videre kunne findes i publikationen »Love og anordninger«. De ovenfor side 98 nævnte lovregistre m.v. kan som regel også være til nytte ved fastlæggelsen af, hvilke generelle administrative bestemmelser der måtte findes på et givet område. Nogen fuldstændig oversigt over, hvad der foreligger, meddeler de imidlertid ikke.

Inden for de enkelte lovgivningsområder rummer speciallovsamlinger, kommenterede lovudgaver o.l. som regel gode oplysninger om gældende anordninger, generelle tjenestebefalinger og generelle vejledninger fra de centrale myndigheder. Som omtalt side 98 optages anordninger og statslige vejledninger i databasen »Retsinformation«.

5.5. Retspraksis

5.5.1. Begreb m.v.

Ved retspraksis som retskildefaktor er der spørgsmål om, hvilken *præjudikatværdi* man kan tillægge tidligere domstolsafgørelser om samme eller beslægtede forhold. Når en given dom optræder som *præjudikat*, drages der således slutninger fra dens stillingtagen til bestemte retsspørgsmål til afgørelser i andre – senere – sager, d.v.s. at den opfattes som *fortilfælde*. Dommens præjudikatvirkninger kan i princippet drøftes i forhold til alle led i domstolshierarkiet, men har – naturligvis – i særlig grad vægt for så vidt angår afgørelser fra de overordnede retter, i særdeleshed fra Højesteret, jfr. videre nedenfor side 112. Det følgende begrænses til afgørelser fra de almindelige domstole, og der bortses fx således fra praksis fra domstole eller domstolslignende organer på særlige områder, fx Arbejdsrettens afgørelser.

Der består som kort berørt ovenfor side 37 på adskillige punkter forskelle af retskildemæssig betydning mellem på den ene side retspraksis og på den anden lovgivning og generelle administrative bestemmelser. Her kan navnlig peges på følgende: Medens de to sidste direkte sigter på *generel* regulering, må domstolene nødvendigvis tage deres udgangspunkt i *konkrete* hændelsesforløb. De afsagte domme afgør umiddelbart *kun de forelagte individuelle tilfælde*, og formelt opstiller de således ikke generelle regler om, hvad der skal gælde i fremtiden udover det netop afgjorte sagsforhold. Eventuelle generelle virkninger må derfor blive af mere indirekte karakter. Lovgivningsmagten har dernæst mulighed for selvstændigt initiativ og kan inden for forfatningens rammer frit vælge, om bestemte forhold skal undergives regulering eller ej. Domstolene har derimod *en passiv rolle* og må følgelig afvente initiativer udefra, men har så til gengæld pligt til at træffe afgørelse i forelagte sager. Hvor lovgivningsmagten (og som regel også forvaltningen) videre er frit stillet både med hensyn til det oplysningsmæssige grundlag for en given regulering og vedrørende vurderingen af forskellige samfundsmæssige interesser, der herved er blevet artikulert, er domstolene i vidt omfang henvist til de oplysninger, der tilvejebringes af sagens parter, og ligeledes bundet af disses påstande. Resultatet kan således i afgørende grad blive *påvirket af den konkrete procesførelse*.

De fremhævede forskelle kunne tænkes at føre til den almindelige slutning, at retspraksis isoleret betragtet er en mere usikker kildefaktor end lovgivning og generelle administrative bestemmelser. Til en vis grad er en sådan vurdering meningsløs, jfr. det tidligere fremhævede samspil mellem de forskellige kildefaktorer. Ses der imidlertid bort herfra, må man nok snarere sige, at udgangspunktet for anvendelsen af retspraksis er fundamentalt anderledes end ved de to øvrige faktorer. Disse leverer som sagt generelle udsagn, der i en vis forstand er »færdige« (er »fuldt objektiverede«, jfr. ovenfor side 32), medens det ved retspraksis drejer sig om at finde og formulere en regel på grundlag af et eller flere konkrete tilfælde. Typisk vil det ikke være muligt i en sådan proces at oparbejde regler, som i generalitet tåler sammenligning med lovgivningens. Dette udelukker imidlertid ikke, at der med hensyn til bestemt afgrænsede problemstillinger på grundlag af retspraksis efter omstændighederne kan opstilles endda meget sikre regler.

I *England* er der i Common Law udviklet en egentlig lære om præjudikaters bindende kraft, hvorefter bl.a. enhver domstol som udgangspunkt er forpligtet til at følge den retsopfattelse, der er udtrykt i de overordnede retters afgørelser (doktrinen om »stare decisis«, jfr. *Dias* 1985, 56ff og 126ff). Hverken herhjemme eller i de øvrige vesteuropæiske lande findes noget tilsvarende. Formelt er udgangspunktet her, at der ikke består nogen pligt til at følge præjudikater, og det er i denne forbindelse ligegyldigt, om det drejer sig om domstole eller om forvaltningsmyndigheder, og for de førstnævntes vedkommende hvilket trin i domstolsordningen der måtte være tale om. Den praktiske forskel mellem de to typer af systemer er dog forholdsvis beskednen. På den ene side har dommeren efter den engelske ordning mulighed for »to distinguish the case«, d.v.s., såfremt det er »reasonable«, at benytte selv små forskelle i faktum sammenlignet med sagsforholdene i det mulige præjudikat som grundlag for at fravige dette. På den anden side spiller de overordnede retters afgørelser i et system som det danske rent faktisk en meget væsentlig rolle, jfr. det følgende. Bortset fra, at man herved opnår at styrke opfattelsen af retsordningen som en enhed, består fordelene ved en sådan hensyntagen til praksis især i de arbejds- og procesøkonomiske besparelser, der opnås, og i de retssikkerhedsmæssige hensyn, som tilgodeses (navnlig hensynene til lighed og ensartethed og dermed bl.a. også til forudseelighed).

Medens der altså ikke i Danmark kan tales om nogen pligt til at følge præjudikater, kan man diskutere, hvorvidt der måtte bestå et retskildeprincip, hvorefter der er pligt til at tage hensyn til sådanne. For norsk rets vedkommende antager *Eckhoff* (1993, 22 og 135ff), at man ikke må negligere *højesteretsdomme*, der direkte angår det spørgsmål, som foreligger til afgørelse. Med den autoritet, som Højesteret besidder som landets øverste domstol, er det – som

Kapitel 5

også tidligere bemærket – under den nævnte forudsætning meget nærliggende at antage noget tilsvarende her i landet. Man kan da også i såvel domstols- som i forvaltningspraksis konstatere en vidtgående hensyntagen til højesterets- afgørelser, så vidtgående at der efter omstændighederne godt kan tales om, at den retsopfattelse, som disse giver udtryk for, rent faktisk følges. Praksis viser yderligere, at der tillige lægges betydelig vægt på domme fra de øvrige over- ordnede retter, således at man i ganske vid udstrækning »indretter« sine af- afgørelser på et givet område efter tidligere retsafgørelser om samme eller lignende spørgsmål. For forvaltningens vedkommende er domstolenes prøvel- sesret efter grundlovens § 63 naturligvis herved af væsentlig betydning: Har domstolene fx underkendt lovligheden af en bestemt forvaltningspraksis, må det forudses, at dens uanfægtede fortsættelse kan afføde nye retssager med samme resultat som i den første.

Retspraksis som retskildefaktor har formentlig størst betydning, hvor den indgår i et direkte samspil med lovgivning og dennes forarbejder, således som situationen fx er, når den nærmere rækkevidde af en bestemmelse i lovgiv- ningen efterhånden præciseres gennem en række senere retsafgørelser, jfr. ovenfor eksemplerne 23-26. Det forekommer dog hyppigt, at praksis i højere grad er udtryk for en selvstændig retsskabelse. Inden for formueretten er erstat- ningsretten allerede nævnt som eksempel herpå. Også vigtige principper inden for den offentlige ret, fx den såkaldte magtfordrejningsgrundsætning, har et sådant grundlag. Undertiden optages (»kodificeres«) en sådan »dommerskabt« ret i senere lovgivning, således som tilfældet eksempelvis har været med hensyn til centrale dele af formueretten (fx købeloven, aftaleloven og kommis- sionsloven). Omvendt forekommer det, at der lovgives direkte mod den retsop- fattelse, som har fundet udtryk i en bestemt praksis, jfr.

Eksempel 28:

Ved dommen i UfR 1975/1033 udtalte Højesteret, at det ikke var i strid med den dagældende ejerlejlighedslov at etablere et sameje om en boligejendom indeholdende flere lejligheder, således at ejerne aftalte, at de hver foruden deres ideelle andpart af ejendommen havde brugsret til en lejlighed i denne. Kort efter dommens afsigelse gennemførtes lov nr. 58 af 28. februar 1976 om boligfællesskaber, hvorefter det blev forbudt at oprette andpartslejligheder i ejendomme med mere end to beboelseslejligheder. I UfR 1983/349 statuerede Højesteret, at en af Den sociale Ankestyrelse truffet afgørelse, hvorefter der meddeltes afslag på kontant- hjælp efter bistandsloven til en studerende, var ugyldig, da styrelsen ikke havde udøvet det konkrete skøn, som de relevante bestemmelser i loven (§§ 37-38) forudsatte. Styrelsens stil- lingtagen var i overensstemmelse med socialministeriets opfattelse, som gik ud på, at der som altovervejende hovedregel ikke kunne ydes kontanthjælp til studerende, da disse ikke stod til rådighed for arbejdsmarkedet; ministeriet mente, at denne forståelse forudsætningsvis var godkendt af Folketingets socialudvalg. Kort efter højesteretsdommens afsigelse ændredes bistandslovens § 38 (nu § 40), således at der i almindelighed ikke kan ydes kontanthjælp til personer, der er under uddannelse, jfr. lov nr. 128 af 30. marts 1983.

5.5.2. Om vurderingen af præjudikater

Praktisk set er det væsentligste spørgsmål omkring anvendelsen af retspraksis som retskilde, hvornår der overhovedet kan siges at foreligge et præjudikat og – i særdeleshed – hvornår dette er »godt«. Det er ikke muligt at give et simpelt svar herpå, idet en lang række forskellige momenter i hvert enkelt tilfælde må tages i betragtning. Den følgende fremstilling bliver derfor nødvendigvis særlig summarisk.

Retsplejeloven (rpl) indeholder kun ganske få almindelige bestemmelser om affattelsen af domme. Af § 218, stk. 1, fremgår, at alle domme og kendelser skal være ledsaget af grunde, ligesom § 219, stk. 2, forudsætter, at domme indeholder en konklusion (domsslutning). Domme i borgerlige første-instanssager skal efter § 366 a, stk. 1, som hovedregel indeholde parternes påstande og en fremstilling af sagen, herunder en gengivelse af parternes anbringender og i fornødent omfang af deres og vidners forklaringer, samt angive de faktiske og retlige omstændigheder, der er lagt vægt på ved sagens afgørelse (domsbegrundelsen, jfr. ovenfor). I byretssager kan sagsfremstillingen simplificeres, jfr. § 366 a, stk. 2.

Inden for disse ganske vide rammer beror affattelsen i vid udstrækning på traditionen. I borgerlige sager, som omfattes af § 366 a, stk. 1 (herunder alle landsretssager i første instans og sager, som behandles ved Sø- og Handelsretten), vil fremstillingen ofte (men altså ikke altid) følge et vist mønster med de enkelte elementer ordnet i en bestemt rækkefølge. Indledningsvis omtales ganske kort, hvad sagen drejer sig om. Derefter følger en gengivelse af parternes påstande (hvad de ønsker opnået gennem processen) og de anbringender (de faktiske forhold), som anføres til støtte herfor. Næste element udgøres af en mere udførlig fremstilling af sagens faktiske omstændigheder (såkaldt »narratio«), i det omfang der er enighed mellem parterne herom. Derpå refereres parts- og vidneforklaringer og det relevante indhold af mulige skriftlige bevisligheder. Siden følger en gengivelse af hovedtrækkene i parternes procedure, d.v.s. den mere udførlige mundtlige argumentation omkring faktum og regler, som parterne (disses advokater) har fremført i retten efter bevisførelsens afslutning. Tilbage står domsbegrundelsen og -konklusionen. Begrundelsen (»præmisserne«) vil typisk indeholde dels en stillingtagen til, hvilket faktum retten mener at kunne lægge til grund, dels bemærkninger om det relevante retlige grundlag, og hvorledes faktum efter rettens opfattelse skal bedømmes i henhold til dette, d.v.s. resultatet af »sammenholdningen« af faktum og regel, jfr. kapitel IV. Domskonklusionen (»Thi kendes for ret«) rummer den autoritative og præcise fastlæggelse af resultatet.

Da Højesteret kun optræder som ankeinstans, vil der ved affattelsen af højesteretsdomme i vid udstrækning kunne bygges på grundlaget fra den eller de tidligere instanser, d.v.s. at referat af faktum kun forekommer, i det omfang dette suppleres under anken. Tiltrædes underinstansens/-instansernes begrundelse, sker der blot henvisning til denne.

Mulige præjudikater må først og fremmest søges i de tilgængelige domssamlinger, jfr. om disse nedenfor side 117. Udgangspunktet for en sådan søgen vil sædvanligvis være den foreliggende sags faktum og en foreløbig opfattelse af, hvilket eller hvilke retlige problemer der foreligger i denne. Opmærksomheden koncentrerer i første omgang om at finde afgørelser, hvor faktum ligger så tæt som muligt på de faktiske forhold i den sag, som nu står til afgørelse. Fuldstændig identitet er vel mulig på papiret, men forekommer ikke i praksis. De

faktiske omstændigheder, der har interesse, er naturligvis de, som den pågældende domstol har lagt til grund for sin afgørelse. Hvad det nærmere er for forhold, burde ideelt set altid fremgå klart af sagsfremstillingen i dommen og af den del af præmisserne til denne, som vedrører bevisbedømmelsen, men denne fordring er desværre ingenlunde altid opfyldt. Domme, der eventuelt kan komme i betragtning, må således på dette punkt underkastes en fortolkning, d.v.s. at der her indgår et vist indslag af vurderinger i undersøgelsen. Da der ikke findes faste og bindende regler for, hvor høj en grad af identitet med hensyn til faktum der skal foreligge, for at en tidligere afgørelse måske kan accepteres som retningsgivende, kommer der tillige ved selve sammenligningen et skønsmæssigt element ind i billedet.

Gives der nu en eller flere afgørelser, som på faktumsiden skønnes at besidde et rimeligt mål af identitet, rettes opmærksomheden dernæst mod den del af afgørelsens eller afgørelsernes præmisser, som vedrører de retlige overvejelser eller slutninger, der er anført til begrundelse af domsresultat. Formålet hermed er søge afgørelsens *ratio decidendi* fastlagt, d.v.s. hvilken mulig regel afgørelsen kan antages at være støttet på. Den tolkning af dommen, som også på dette punkt bliver nødvendig – og som der heller ikke gives faste regler for – støder her ikke sjældent på den vanskelighed, at domstolene i Danmark ofte leverer temmelig kortfattede begrundelser og – med en for så vidt forståelig respekt for det enkelte tilfældes egenart – er ganske tilbageholdende med at udtrykke sig i (alt for) generelle vendinger. Typisk vil det være således, at i jo højere grad *ratio decidendi* har generel karakter, jo mere velegnet vil den pågældende dom være som fortilfælde og – omvendt – jo mere dommen fremstår som konkret begrundet, jo mindre bliver den mulige præjudikatværdi. Lav værdi har afgørelser, som anvender formuleringen »allerede fordi«, d.v.s. hvor der henvises til en kendt og sikker regel og ikke tages stilling til mere tvivlsomme retsspørgsmål, som findes i den pågældende sag. Bunden nås af afgørelser, der er helt konkret begrundet, og som fx i præmisserne alene indeholder en henvisning til »det oplyste«, »de foreliggende omstændigheder« o.l. (hvorved alle sagens fakta gøres relevante) eller som slet og ret savner begrundelse. Præjudikatværdien nærmer sig i sådanne tilfælde nul, jfr.

Eksempel 29:

Sø- og Handelsretten tilkendte i den i UfR 1988/264 refererede sag en eneforhandler erstatning for goodwill, d.v.s. for mistet kundekreds, efter at eneforhandlingsaftalen var blevet bragt til ophør af producenten. Der findes ikke lovgivning om de pågældende forhold, og den indgåede aftale indeholdt intet om kompensation til forhandleren ved kontraktsforholdets ophør. I præmisserne siges det uden nogen form for begrundelse blot, at forhandleren »findes at have krav på erstatning for goodwill«, jfr. om en lignende afgørelse UfR 1991/803 S. Dette er naturligvis i sig selv yderst uheldigt, men dommen er formentlig også forkert, jfr. UfR 1980/42 H.

Den mulige præjudikatværdi kompromitteres ligeledes, hvis resultatet *overbegrundes*. Det er således ønskeligt, at præmisserne ikke forholder sig til andet og mere, end hvad der netop skal til for at begrunde resultatet. Dette efterleves desværre ikke altid, jfr.

Eksempel 30:

Efter konkurslovens § 199, stk. 1, jfr. § 206, omfatter kendelse om gældssanering fordringer, der er stiftet inden skifterettens afgørelse om indledning af gældssanering. Skifteretten kan dog, når særlige forhold taler derfor, bestemme, at kendelsen kun skal omfatte fordringer, der er stiftet inden et af skifteretten fastsat tidligere tidspunkt. Under en gældssaneringssag, der var indledt i februar 1987, gjorde skyldneren gældende, at gældssaneringen også måtte omfatte kontanthjælp efter bistandsloven, som han med ca. 10.000 kr. havde modtaget i maj og juli 1986 med tilbagebetalingspligt efter bistandslovens § 26, stk. 1, nr. 1. Tilbagebetalingspligten var – som den skulle – tilkendegivet samtidig med hjælpens udbetaling, jfr. bistandslovens § 26, stk. 2, hvorimod der på grund af skyldnerens økonomiske forhold ikke straks havde været mulighed for at fastsætte betalingsordning efter bistandslovens § 27. Der var ikke af skifteretten truffet beslutning efter den nævnte undtagelsesbestemmelse vedrørende gældssaneringens tidsmæssige omfang. Først i oktober 1987 tog kommunen initiativ til at fastsætte betalingsordning. Højesteret antog ved dommen i UfR 1992/967, at tilbagebetalingskravet måtte anses for stiftet ved hjælpens udbetaling, uden at det fandtes afgørende, at der ikke inden gældssaneringssagens indledning var fastsat betalingsordning for hjælpen. Da kravet således var stiftet, inden gældssanering blev indledt, omfattede gældssaneringen også den tilbagebetalingspligtige hjælp. Det føjedes til, at dette tillige fandtes »bedst stemmende med gældssaneringens formål«. Den sidste betragtning er aldeles overflødig og er egnet til at forplumre en i øvrigt indlysende rigtig retlig argumentation.

Brug af præjudikater som retskilde forudsætter, som det fremgår, ikke blot en indstilling af »følgagtighed« hos navnlig de underordnede domstole og forvaltningen, d.v.s. en holdning der indebærer, at man, såfremt faktum i to eller flere sager udviser en tilstrækkelig grad af overensstemmelse, tager hensyn til den retsopfattelse, som kan indlæses i præjudikatet. Brugen forudsætter tillige en vis »generaliseringsvilje« hos navnlig de overordnede domstole, d.v.s. eksistensen af en almindelig tilskyndelse hos disse til at udforme hver afgørelse således, at resultatet kan ses som udtryk for anvendelse af en mere eller mindre fuldstændigt formuleret generel regel. Endelig forudsætter brugen naturligvis, at domstolene får mulighed for at udøve præjudikatfunktionen, d.v.s. at parterne ved formuleringen af deres påstande, ved de anbringender, der anføres til støtte for disse, og ved bevisførelsen skaber tilstrækkelige betingelser for, at en afgørelse kan få præjudikatværdi. Diskussionen står oftest om den anden forudsætning. Det er naturligvis let at kritisere danske domstole for at være for tilbageholdende på dette punkt, men ofte er der i virkeligheden tale om en vanskelig balancegang, se fx om de krydsende hensyn *Torben Jensen* 1986, 140f og 1990, 441ff.

Om en bestemt dom herefter i en given konkret situation kan tjene som præjudikat, beror, som det vil være fremgået, i sidste ende på *en samlet vurdering*, hvor alle de omtalte skønspregede elementer må tages i betragtning, og hvor det i almindelighed er nødvendigt at foretage en »tæt« læsning af det mulige præjudikat. Hermed er det indledningsvis stillede spørgsmål dog kun delvist besvaret. Præjudikater kan, også af andre grunde end de, der fremgår af det allerede nævnte, tale med højst forskellig autoritet. Som momenter, der i denne forbindelse må inddrages i overvejelserne, fremhæves sædvanligvis: Hvilken domstol præjudikatet hidrører fra, præjudikatets alder, præjudikaternes antal og betydningen af, at der har været afgivet dissens (en afvigende opfattelse) til den pågældende afgørelse, jfr. hertil v. *Eyben* 1991, 105ff.

Trindelingen byret-landsret-Højesteret er, som til dels allerede berørt, i almindelighed udtryk for, hvilke afgørelser man vil tillægge den største betydning som præjudikater, hvis der alene ses på den pågældende domstols placering i domstolshierarkiet. En enstemmig højesteretsdom i en sag med vidtgående faktiske lighedspunkter til den nu foreliggende har en meget høj præjudikativ værdi, såfremt man af præmisserne klart kan udlede en bestemt regel, som resultatet støttes på: Det må i så fald med stor sikkerhed forventes, at de øvrige instanser og også Højesteret selv, ikke blot vil tage hensyn til, men ligefrem vil følge den retsopfattelse, der her er lagt til grund. Landsrets- og sø- og handelsretsafgørelser har under tilsvarende forudsætninger ikke ganske samme autoritet (naturligvis slet ikke i forhold til Højesteret) og byretsafgørelser står typisk endnu svagere. Ønskesituationen er således den, at der findes en klar højesteretspraksis om det spørgsmål, som nu står til afgørelse. Ofte foreligger denne situation dog ikke, idet der slet ingen højesteretsafgørelser er, eller disse giver kun en ufuldstændig ledetråd, jfr.

Eksempel 31:

Praksis er ofte tilbageholdende eller bevæger sig med små skridt på områder, hvor der kan rejses spørgsmål, om en bestemt regulering ikke snarere er et lovgivningsanliggende, eller hvor det er vanskeligt at overskue konsekvenserne af en begrundelse for en bestemt løsning, der rækker ud over det foreliggende konkrete tilfælde (heraf bl.a. den ikke ualmindelige formulering i domspræmisserne: »I alt fald under de foreliggende omstændigheder.....«). Et spørgsmål, som trængte sig på i slutningen af 1970'erne og begyndelsen af 1980'erne, var arbejdsgiveres erstatningsansvar over for ansatte, der havde pådraget sig erhvervssygdomme under arbejdet, ud over ansvaret efter arbejdsskadeforsikringsloven (ansvar til såkaldt »differenceerstatning«). Ved dommen i UfR 1984/284 pålagde Højesteret en jernstøbevirksohmhed erstatningsansvar over for en tidligere ansat for skader som følge af en bestemt erhvervssygdom. Resultatet begrundedes af retten med dansk rets almindelige erstatningsregel (culpareglen) under henvisning til, at de arbejds-hygieniske forhold i virksomheden i en lang årrække havde ligget under det for støberier foreskrevne niveau med hensyn til støvbekæmpelse. I en kommentar til dommen (UfR 1984 B p. 296) anførte en af de deltagende dommere bl.a., »at det i den konkrete sag ikke var nødvendigt erstatningsretligt at betræde nye veje for at imødekomme det rejste erstatningskrav over for arbejdsgiveren. Der er tale

om et område, hvor der i hvert fald må gælde et strengt culpaansvar for virksomhederne. Skal domstolene overbevises om, at det vil være rigtigt uden lovregulering at gå videre, må det imidlertid forventes, at der vil påhvile den, der gør synspunktet gældende, en streng »bevisbyrde« for synspunktets berettigelse«. Afgørelserne i UfR 1985/1015 H og 1989/988 H fulgte samme linie. Ved afgørelsen i UfR 1989/1108 pålagde Højesteret imidlertid en eternitfabrik ansvar over for et antal tidligere arbejdere og enker efter sådanne for erhvervssygdomme forårsaget af asbeststøv. Ansvar pålagdes på objektivi grundlag under henvisning til, at risikoen for erhvervssygdomme af den pågældende art, som under de givne produktionsforhold måtte fremstå som en påregnelig fare, måtte påhvile virksomheden. Det må betragtes som uafklaret, hvor langt man vil kunne bevæge sig videre ad denne vej, jfr. kommentaren til dommen i UfR 1990 B p. 241ff.

Foreligger der ingen eller kun en ufuldstændig højesteretspraksis, kommer afgørelser fra de øvrige retter naturligvis ind i billedet. Her kan der i almindelighed ikke regnes med samme sikkerhed, jfr. den ovenfor i eksempel 3 omtalte landsretspraksis, som senere ændredes af Højesteret. De fundne mulige præjudikater kan også være mere eller mindre modstridende, således som det fx lejlighedsvis ses ved forskellige løsninger fra de to landsretter om samme spørgsmål. Inden for de områder af forvaltningsretten, hvor domstolsprøvelse har forholdsvis stor praktisk betydning, fx skatteretten, henvises der imidlertid ofte til afgørelser fra de underordnede retter, jfr. til illustration de af Told- og Skattestyrelsen årligt udgivne »Ligningsvejledninger«, hvor der findes talrige eksempler herpå. I øvrigt opstår der med hensyn til praksis på dette niveau et særligt problem af kundskabsmæssig art: De fleste af landsretternes og alle byretternes afgørelser forbliver upublicerede, jfr. herom side 117.

Som allerede berørt må retsafgørelsers grundlæggende konkrete karakter i almindelighed opfordre til en vis varsomhed omkring behandlingen af *enkeltstående* domme og de slutninger, der drages af disse. Det er derfor nærliggende at antage, at mulighederne for at udlede en nogenlunde præcis regel øges i takt med antallet af eventuelle præjudikater. Der er det selvfølgelig rigtige i denne antagelse, at et studium i sammenhæng af flere – ens afgjorte – sager (herunder naturligvis med tilbørlig hensyntagen til forskellighederne i disse faktum) gennemgående kan føre til større sikkerhed omkring fastlæggelsen af retsfaktum-delen i den regel, der er anvendt, ligesom en flerhed af afgørelser kan give mulighed for at henvise til, at praksis er *fast*. Man kan imidlertid ikke herfra drage den slutning, at en flerhed af tidligere afgørelser altid er nødvendig til begrundelse af en sikker regel. Efter omstændighederne kan det foreliggende retsforholds velafgrænsede beskaffenhed sammenholdt med en klar og overbevisende argumentation i en enkeltstående afgørelse føre til almen accept af resultatet og dets generelle virkninger, jfr.

Kapitel 5

Eksempel 32:

I den aftaleretlige litteratur havde det gennem mange år været drøftet, om en forretningsdrivendes prismærkning af udstillede varer skulle opfattes som et tilbud (der kunne accepteres) om at sælge til den givne pris eller blot som en opfordring til kunderne om at afgive tilbud. Ved Højesterets dom i UfR 1985/877 blev det fastslået, at en radioforretnings udstilling af nogle fjernsyn med (fejlagtig) prismærkning måtte opfattes som et tilbud, jfr. den meget klare dommerkommentar i UfR 1986 B p. 43f («.....udgangspunktet måtte være, at urigtig prisskiltning i sig selv er et bindende tilbud») og nuanceringen heraf i UfR 1991/43 H, jfr. til sidstnævnte nu markedsføringslovens § 6 a.

Præjudikaters *alder* antages sædvanligvis at spille den rolle, at meget gamle afgørelser formodningsvis tillægges mindre eller slet ingen betydning. Alderen i sig selv har dog næppe nogen relevans. Er de faktiske (samfundsmæssige) forhold uændrede, har alderen sandsynligvis ingen større betydning, og der kan da også påvises retsområder, hvor retstilstanden beror på ganske aldersstegne afgørelser, fx køberetten. Baggrunden for det anførte udsagn er snarere den temmelig selvfølgelige betragtning, at de faktiske forudsætninger for en given praksis ofte – i takt med samfundsudviklingen – ændrer sig i tidens løb, således at en forandring eller justering af praksis af den grund bliver påkrævet.

Efter en ganske udbredt opfattelse er domme med *dissens* svagere præjudikater end enstemmige afgørelser, i særdeleshed når dissensen er »stærk«, d.v.s. hidrører fra et stort mindretal af de deltagende dommere, se fx v. *Eyben* 1991, 115f. Det er dog tvivlsomt, hvor holdbare sådanne almindelige antagelser er. På den ene side er det naturligvis rigtigt, at forekomsten af dissens kan pege i retning af, at den afgjorte sag har været et marginaltilfælde, som måske kunne være blevet bedømt anderledes selv ved mindre ændringer i sagens faktum. Heroverfor står imidlertid, dels at udgangspunktet i praksis synes at være en vidtgående respekt for flertallets synspunkter ved den senere forekomst af tilsvarende sager, dels at det ved vurderingen under alle omstændigheder må spille en afgørende rolle, om man i de berørte livsforhold (»det praktiske retsliv«) har indrettet sig på konsekvenserne af dissensafgørelsen. Forskelligt fra præjudikatspørgsmålet er spørgsmålet om den almindelige retskildemæssige værdi af dissensafgørelser. Ved fremdragelsen af både flertallets og mindretallets begrundelser giver dissensdomme ofte et fyldigere billede end den enstemmige afgørelse af, hvilke argumenter der har haft vægt ved overvejelserne, jfr. hertil *Eckhoff* 1993, 133.

Det ses undertiden, at der argumenteres med henvisning til retsafgørelser, selvom disse ikke (kan) opfattes som egentlige præjudikater. Henvisningen kan angå et såkaldt »obiter dictum« (en »forbigående udtalelse«), d.v.s. en præmisbemærkning i den ældre sag, som ikke har været *nødvendig* for afgørelsen af denne, men som skønnes relevant for fastlæggelsen af retsstillingen i det nu foreliggende mellemværende. Med den gennemgående knapt tilskårne be-

grundelsesteknik, som anvendes i Danmark, jfr. foran, er det forståeligt, at sådanne udtalelser sjældent forekommer i danske domme. Herudover ses henvisninger til tidligere afgørelser, selvom de faktiske forhold i ikke-uvæsentlig grad afviger fra omstændighederne i den sag, der nu skal afgøres. Baggrunden for sådanne henvisninger vil normalt være en opfattelse af, at de retlige problemer i den gamle og den nye sag, uanset forskellene i faktum, er beslægtede og bør løses efter samme synspunkter. Grænsen mellem brug af retsafgørelser som præjudikater eller på den nævnte måde som det, der er blevet kaldt »argumenter af lavere rang« (Eckhoff 1993, 145ff), er dog helt flydende, jfr. også bemærkningerne foran om det betydelige vurderingsprægede indslag i præjudikatanvendelsen.

5.5.3. Særligt om præjudikatanvendelsen inden for den offentlige ret

Betydningen af retspraksis som retskilde har nogle særlige aspekter inden for den offentlige ret, i særdeleshed inden for forvaltningsretten. Det væsentligste af disse er af faktisk karakter. Kun en mikroskopisk del af forvaltningens afgørelser når frem til domstolene, og i almindelighed kan udvalget derfor være nok så tilfældigt og dermed også skævt. Hertil kommer, at fordelingen inden for de forskellige forvaltningsområder i praksis også er overordentlig ulige. De fleste retsafgørelser har tilknytning til skattelovgivningen og til lovgivningen om fast ejendoms regulering, medens andre områder er ret fåtalligt repræsenteret. Som tidligere bemærket gælder dette navnlig, hvor forvaltningens virksomhed har karakter af ydelsesformidling, fx inden for social- og arbejdsmarkedsområderne, omend der i de senere år her er forekommet flere retsafgørelser end tidligere.

I retlig henseende vedrører et af de praktisk væsentligste spørgsmål omkring anvendelsen af præjudikater inden for forvaltningsretten mulighederne for at slutte fra retsafgørelser vedrørende forholdene på ét område til forholdene på et andet. Den meget ulige fordeling, jfr. foran, gør naturligvis løsningen af dette spørgsmål særlig påtrængende. Da udgangspunktet for vurderingen af en given doms status som præjudikat må være en sammenlignende analyse af de konkrete relevante forhold inden for de to berørte forvaltningsområder, er det imidlertid næppe muligt at give et særlig præcist svar – hertil vil forholdene generelt betragtet være alt for forskellige. På forhånd kan der måske være en vis formodning for, at parallellisering på tværs af forvaltningsområderne er mulig med hensyn til forskellige spørgsmål vedrørende forvaltningens *sagsbehandling* (habilitet, kompetence, høring etc.) og tillige med hensyn til visse af de såkaldte *indholdsmæssige* eller *saglige* krav til forvaltningens afgørelser (magtfordrejning, lighedsgrundsætningen, pligtmæssigt skøn). Her har de

Kapitel 5

konkrete forhold inden for de enkelte forvaltningsområder næppe nogen helt afgørende betydning, omend en vis forsigtighed utvivlsomt er på sin plads, jfr.

Eksempel 33:

Efter § 6 i lov om hyrekørsel fastsætter ministeren for offentlige arbejder nærmere regler for udstedelse af bevillinger til hyrekørsel. I den i medfør heraf udfærdigede bekendtgørelse siges det, at bevilling gives til den efter den bevilgende myndigheds skøn bedst kvalificerede ansøger, idet der ved udøvelsen af skønnet bl.a. skal lægges vægt på den erfaring, den enkelte ansøger har erhvervet gennem tidligere beskæftigelse som chauffør eller vognmand inden for erhvervsmæssig personbefordring. Efter lovens § 4 kan der i den meddelte bevilling fastsættes vilkår om, at den skal udnyttes i nærmere bestemt omfang. I bemærkningerne til lovforslaget hedder det bl.a., at det er nødvendigt, at der er adgang til at stille krav til bevillingens udnyttelse, hvis en hyrevognsordning med en kvalitativ regulering af adgangen til erhvervet skal kunne administreres således, at også hensynet til publikumsbetjeningen tilgodeses.

Storkøbenhavns Hyrevognsnævn, der administrerer den pågældende ordning for det storkøbenhavnske område, fastsatte og bekendtgjorde nogle retningslinier for tildeling af bevilling. Af disse fremgik det bl.a., at den dokumenterede indkørsel for vognmænd i det foregående kalenderår skulle udgøre mindst 220.000 kr. for den første vogn og 440.000 kr. for hver efterfølgende, idet bevilling for de ansøgere, som opfyldte disse krav, derefter tildeltes efter anciennitet. En vognmand, som sammen med et stort antal andre havde ansøgt om at komme i betragtning til et mindre antal ledige bevillinger, fik afslag herpå med henvisning til, at den dokumenterede indkørsel kun androg 219.790 kr. Afslaget aktualiserede spørgsmålet om, hvorvidt et forvaltningsorgan lovligt selv kan opstille regler, hvorved den konkrete skønsmæssige afvejning begrænses eller afskæres (»skøn under regel«). Herom har det været antaget i den forvaltningsretlige doktrin, at en forvaltningsafgørelse er behæftet med en retlig mangel, hvis vedkommende myndighed har undladt at udøve et pligtmæssigt skøn, fordi den selv har opstillet en regel og truffet sin afgørelse som en konsekvens af denne. Vognmanden gjorde i overensstemmelse hermed gældende, at det meddelte afslag var ugyldigt, idet hyrevognsnævnet havde undladt at udøve det skøn, man var forpligtet til, og i stedet havde truffet afgørelse efter sine egne hjemmelavede retningslinier.

Ved Højesterets dom i UfR 1993/307 frifandtes hyrevognsnævnet. Med udgangspunkt i hyrevognsbekendtgørelsens fremhævelse af erfaring om afvejningsmoment anførte retten, at kriterierne årligt indkørte beløb og anciennitet var en saglig og rimelig målestok for ansøgernes erfaring og kvalifikationer i øvrigt. Da antallet af ansøgere betydeligt oversteg antallet af ledige bevillinger, fandt man herefter ikke grundlag for at kritisere, at de pågældende kriterier var lagt til grund for den første sortering af ansøgerne, uden at der forinden var foretaget en individuel bedømmelse af disses forhold. Det refererede skøn under regel-synspunkt lader sig herefter ikke uden videre praktisere ensartet på alle forvaltningsområder, og tidligere afgørelser må behandles med varsomhed, jfr. også dommerkomentaren i UfR 1993 B p. 224 og ovenfor i eksempel 28 (UfR 1983/349 H).

Afgørelser, der drejer sig om *hjemmelsmæssige* spørgsmål, betinges derimod nødvendigvis i høj grad af forholdene inden for de enkelte områder, d.v.s. at mulighederne for anvendelse af disse som præjudikater formodningsvis her er overordentlig usikre, jfr. *Haagen Jensen* 1989, 152. Hermed er det naturligvis ikke udelukket, at sådanne afgørelser eller måske snarere elementer i dem efter

omstændighederne kan benyttes som »argumenter af lavere rang«, jfr. ovenfor side 115.

5.5.4. Findesteder

Der udgives kun én almindelig domssamling i Danmark, nemlig »Ugeskrift for Retsvæsen« (afdeling A). Her gengives højesteretsdomme og et mindre udvalg af landsrets- og sø- og handelsretsafgørelser. Et meget beskedent antal byretsdomme var medtaget indtil 1985, men publiceres altså ikke længere. Gengivelserne indledes med et kortfattet resumé, og der henvises i et vist omfang i noteform til tidligere praksis og til litteratur vedrørende de spørgsmål, som den enkelte dom angår. Henvisninger i præmisserne til tidligere afgørelser er derimod ikke almindeligt forekommende, selvom der her synes at være sket et beskedent kursskifte i de senere år. Til hver årgang af domssamlingen udarbejdes nøgleordsregister, sagregister og lovregister. De to sidste registre samles – sammen med resuméerne – for civile sagers vedkommende med 5 eller 10 års mellemrum i publikationen »Realregister til domssamlingerne i civile sager« (seneste udgivelse dækker perioden 1987-1992). Med uregelmæssige mellemrum udgives videre »Systematisk oversigt over domme i kriminelle sager«. Principielle højesteretsdomme kommenteres – på egne vegne – af dommere i Højesteret i den til Ugeskriftet hørende litterære afdeling (afdeling B). Kommentarerne, som gennemgående er meget læseværdige, er typisk forsynet med fyldige henvisninger til tidligere praksis og til doktrinen.

Ugeskriftets domssamling er fra 1992 til dels også tilgængelig som elektronisk udgivelse. Der foreligger således en CD-ROM (»GAD Juridisc«), der aktuelt omfatter udgivelserne siden 1971. Det er planen i løbet af en kortere årrække at indlæse samtlige årgange siden 1945.

Ved siden af Ugeskrift for Retsvæsen findes forskellige specielle domssamlinger, til dels suppleret med materiale af anden karakter, fx »Kendelser om fast ejendom«, der navnlig indeholder afgørelser om miljø-, entreprise-, ekspropriations- og landvæsensforhold. Videre har forskellige specialtidsskrifter ofte løbende rubrikker med omtale/referat af domme inden for særlige områder, fx »Nordiskt Immateriellt Rättsskydd«, der rummer referat af vigtigere nordiske afgørelser om ophavsrets-, patent-, varemærke- og lignende forhold. Herudover inkluderer visse administrative udsendelser meddelelser om retsafgørelser på bestemte områder, fx den af de centrale skattemyndigheder udsendte publikation »Skat«, som bl.a. indeholder domme vedrørende skatte-lovgivningen. Det er karakteristisk for alle de nævnte udsendelser, at en del af de publicerede (danske) afgørelser ikke gengives i Ugeskriftet. Endelig henvises som tidligere nævnt i kommenterede lovsamlinger og i kommentar til enkelte love i vidt omfang til retspraksis, ofte med korte referater. Som også

tidligere omtalt er det tanken at udbygge databasen »Retsinformation« med retsafgørelser, men dette er endnu ikke sket.

5.6. Administrativ praksis

5.6.1. Begreb m.v.

Også ved administrativ praksis er der spørgsmål om, hvilken vægt man kan tillægge en retsopfattelse, som tidligere er kommet til udtryk – her fra myndigheder inden for den offentlige forvaltning – ved den retlige stillingtagen i en aktuelt foreliggende sag. I typesituationen er der ikke blot tale om en enkelt tidligere tilkendegivelse, men om en flerhed, eventuelt om så mange at der kan tales om et både fast og sammenhængende mønster.

Som bekendt er den offentlige forvaltning et mangelhovedet uhyre. Vidt forskellige myndigheder tager sig af meget forskellige opgaver. På forhånd har det derfor formodningen mod sig, at enhver form for praksis skulle være retskildemæssig relevant, og sådan forholder det sig da heller ikke. For det første vil retskildespørgsmålene i hovedsagen være begrænset til forvaltningens *udfærdigelse af retsakter* i modsætning til dens *faktiske handlinger*. Blandt retsakterne samler interessen sig navnlig om forvaltningens *afgørelser* i modsætning til fx planer og aftaler. Blandt afgørelserne er det dernæst kun praksis vedrørende *retsspørgsmål*, som kan tænkes at have retskildemæssig betydning, hvorimod det mulige *skønsmæssige* element som udgangspunkt er uden interesse (omend grænserne mellem rets- og skønsspørgsmål her som andetsteds ikke er skarpe). Endelig hidrører den muligt relevante praksis oftest fra de øverste forvaltningsorganer indenfor de respektive forvaltningsområder, d.v.s. typisk fra centrale myndigheder (ministerier, styrelser, centrale ansøgnings- og klagenævn o.s.v.). Forklaringen herpå er naturligvis, at der gennem over- og underordningsforhold eller gennem klageordninger som regel vil være mulighed for, at disse myndigheder kan ændre afgørelser fra eventuelle regionale eller lokale organer. I det omfang sådanne findes, følger man derfor her i almindelighed den praksis, som er tilrettelagt eller anvist af de centrale instanser.

5.6.2. Retskildemæssig betydning

Det er en simpel konsekvens af domstolenes adgang til af efterprøve forvaltningens afgørelser, at den retskildemæssig betydning af administrativ praksis først og fremmest må ses i et domstolsperspektiv.

Praksis påberåbes i ganske vidt omfang i sager, der angår den offentlige forvaltning, i særdeleshed i tilfælde hvor der er spørgsmål om, hvorvidt for-

valtningen har haft den fornødne hjemmel til at træffe en bestemt afgørelse. Der er næppe tvivl om, at der tages hensyn til praksis, men det er vanskeligt med sikkerhed at fastlægge det præcise omfang herom. For så vidt angår *lovfortolkning*, antages domstolenes holdning at være den, at såfremt en borger anfægter den i en given praksis nedlagte retsopfattelse, medens forvaltningen fastholder denne, indrømmer domstolene, uanset at prøvelsen i sådanne tilfælde sædvanligvis går til bunds, forvaltningen en vis margin for fejlfortolkning. Eksistensen af en praksis skulle altså være et væsentligt argument for, at domstolene følger forvaltningen, eller – med *Spleth's* bekendte formulering (1965, 250) – »hvis to forståelser af loven har nogenlunde lige meget for sig, vælger man den, som administrationen har fulgt«. I den omvendte situation – forvaltningen ændrer praksis, medens borgeren ønsker at fastholde den hidtidige tilstand – antages domstolenes stillingtagen at være præget af, om det foreliggende spørgsmål, uanset dets karakter af retsspørgsmål, tillige indeholder et vist skønsmæssigt element. I så fald skulle der være en videregående tilbøjelighed hos domstolene til at acceptere en *generel* praksisændring, jfr. *Haagen Jensen* 1989, 161 f og i almindelighed om betydningen af administrativ praksis ved domstolsprøvelse *Mathiassen* 1989, 406ff.

De refererede betragtninger afspejler helt korrekt den holdning hos domstolene, at administrativ praksis – hvad enten den har fundet udtryk i en eller flere bekendte konkrete afgørelser eller er omtalt i generelle udtalelser, vejledninger o.l. – ikke tillægges nogen nævneværdig betydning ved afvejningen, såfremt de øvrige kildefaktorer peger i samme retning. Dernæst er der heller ikke tvivl om, at en vis praksis i almindelighed ikke *alene* anses for tilstrækkelig til at begrunde et bestemt resultat, m.a.o. tillægges den kun betydning i samvirke med et eller flere andre momenter/faktorer.

Bortset der fra disse to konstateringer, som for så vidt ligger implicit i de refererede betragtninger, trænger disse i forskellige henseender til nuanceringer. For det første er det – som alt nævnt – de overordnede forvaltningsorganers praksis, som i første række kan tænkes at spille en rolle i retskildemæssig sammenhæng. Man kan formentlig med sikkerhed gå ud fra, at domstolene efter omstændighederne netop vil tillægge det betydning om en given – tvivlsom – praksis hidrører fra en af de centrale myndigheder eller fra et lokalt forvaltningsorgan: De første vil tale med større autoritet end de sidste. Dernæst er det givetvis ikke uden interesse, hvorledes det forvaltningsorgan, hvorfra den omdiskuterede praksis hidrører, er organiseret, og hvorledes sagsbehandlingen finder sted, idet forhold som domstolslignende organisering og sagsbehandling og/eller besiddelse af særlig sagkundskab sandsynligvis vil blive krediteret forvaltningen, jfr. det følgende underafsnit om en række mulige eksempler herpå. Videre kan det have betydning, om der blot foreligger en

Kapitel 5

enkeltstående afgørelse fra forvaltningen, eller om der er tale om en fast, mangeårig, klar og entydig praksis, forudsat at denne støttes på en fortolkning, der er lige så »god« som andre mulige. I modsat fald underkendes praksis, jfr.

Eksempel 34:

I en årrække – formentlig ca. 20 år – havde skattemyndighederne fulgt den praksis, at en fallents underskud ikke kunne fradrages i skattepligtig indkomst for følgende skatteår, jfr. ligningslovens § 15 og kildeskattelovens § 26, stk. 2, såfremt det måtte antages, at vedkommende havde savnet både evne og vilje til at betale kreditorerne. Ved dommen i UfR 1980/566 konstaterede Højesteret kort og godt, at den af skattemyndighederne hævdede (indskrænkende) fortolkning af den nævnte bestemmelse i ligningsloven hverken havde støtte i ordlyden eller i forarbejderne. Skattemyndighederne havde herefter i det konkrete tilfælde ikke haft hjemmel til at nægte skatteyderen fradrag for underskud.

Der kan heller ikke bortses fra, at der – også i de nævnte tvivlsomme tilfælde – efter forholdene vil blive lagt vægt på hensynet til den private part, således at tvivlen med hensyn til forvaltningens hjemmel til at foretage et eller andet indgreb ikke uden videre kommer denne til gode, når afgørelsen har vidererækkende betydning for borgeren, muligt kan rene rimelighedsbetragtninger spille ind, jfr.

Eksempel 35:

Direktoratet for Vejtransport meddelte en speditør, at der indtil videre ikke kunne udstedes tilladelse til international godskørsel til ham eller til vognmænd efter ansøgning fra ham. Baggrunden herfor var, at speditøren i tidligere ansøgninger i talrige tilfælde havde afgivet urigtige oplysninger til direktoratet. Som hjemmelsgrundlag påberåbte dette sig almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, der havde udmøntet sig i en langvarig administrativ praksis. Højesteret anførte i sin afgørelse (UfR 1992/284), at der savnedes hjemmel for et så vidtgående indgreb i speditørens erhvervsudøvelse som det foretagne. Direktoratets afgørelse fandtes herefter ugyldig.

Det kan endelig ikke afvises, at der tages hensyn til, om det vil være mere hensigtsmæssigt og mere i overensstemmelse med den grundlæggende »magtfordeling«, at lovgivningsmagten løser det pågældende spørgsmål, eller at der ligefrem ses på, om denne formodningsvis har accepteret praksis, selvom denne sidste omstændighed må antages at være væsentlig mere dubiøs end de øvrige, jfr. *Mathiassen* 1975, 669ff.

Administrativ praksis vedrørende *skønsspørgsmål* har som nævnt normalt ingen egentlig retskildemæssig interesse. Praksis kan dog her undtagelsesvis have en vis indirekte betydning, enten i forbindelse med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, fx ved en konkret afgørelse som uden saglig begrundelse fraviger en i øvrigt fast praksis, eller ved undladelse af at foretage et pligt-mæssigt skøn, såfremt der i det hele taget kan opstilles en grundsætning herom, jfr. eksempel 33 og i øvrigt *Haagen Jensen* 1989, 162f.

Godtager domstolene en bestemt administrativ praksis, fx i forbindelse med en stillingtagen til hjemmelsgrundlaget for denne, skal den retskildemæssige betydning herefter naturligvis vurderes i lyset af, at der foreligger et eller flere støttende præjudikater.

5.6.3. Særligt om praksis fra visse administrative nævn

Et ganske karakteristisk træk ved organiseringen af den statslige forvaltning i Danmark er anvendelsen af talrige *nævn*, d.v.s. kollegiale forvaltningsmyndigheder som i et vist omfang står uden for det almindelige hierarkiske embedsværk. Sådanne myndigheder, der forekommer ikke blot på centralt, men også på regionalt og lokalt niveau, kan have meget forskellige opgaver. Nogle er *administrerende* og udøver således funktioner, som i princippet svarer til de almindelige statslige forvaltningsmyndigheders, fx meddelelse af tilladelser og tildeling af ydelser. Andre virker på bestemte områder som *klageinstanser* i forhold til afgørelser truffet af andre myndigheder, fx Landsskatteretten som øverste klageinstans vedrørende konkrete afgørelser inden for skatteområdet og Den Sociale Ankestyrelse med en tilsvarende funktion vedrørende forvaltningen af den sociale lovgivning. Uanset om virkefeltet skal placeres i den ene eller i den anden kategori, vil en vigtig del af formålet med at anordne nævnsbehandling som regel være et ønske om at få tilført sagsbehandlingen og afgørelserne en særlig sagkundskab og/eller at skabe muligheder for indflydelse fra bestemte interessegrupperinger.

Visse klagenævn er i retskildemæssig henseende særlig interessante. Det drejer sig om sådanne, hvor forvaltningsprocessen antager domstolslignende karakter, og hvor det pågældende nævn efter lovgivningen er sammensat således, at der ved siden af repræsentanter med særlig faglig ekspertise eller for særlige interessegrupper forekommer dommere, enten som »fødte« formænd for nævnene og/eller som menige medlemmer. I sådanne tilfælde kan man uden videre gå ud fra, at dommerens/dommernes funktion i almindelighed især er at stå som retlig garant for sagsbehandlingen og afgørelsernes korrekthed. Dette har en vis sammenhæng med, at klagenævnsbehandling er tænkt som et forholdsvis hurtigt og billigt alternativ til domstolsbehandling (uden at dette dog udelukker mulighed for senere domstolsprøvelse af nævnenes afgørelser). Repræsentationskriteriet kan i øvrigt være udformet noget forskelligt i lovgivningen. I nogle tilfælde fordres det fx blot, at nævnsformanden eller et eller flere af nævnets medlemmer skal opfylde de almindelige betingelser for at blive udnævnt til dommer (landsdommer/højesteretsdommer), medens der i andre kræves et aktuelt virke som sådan. Også inden for den første gruppe er aktuelt virke imidlertid den helt overvejende faktiske hovedregel.

De vigtigste af de pågældende nævn findes på centralt niveau. Nogle er øverste *klageinstans* inden for et bestemt forvaltningsområde, fx Industriministeriets Erhvervsankenævn, Patentankenævnet (Ankenævnet for Industriel Ejendomsret), Konkurrenceankenævnet, Naturklagenævnet, Flygtningenævnet og ATP-ankenævnet. Enkelte – som fx Forbrugerklagenævnet – er *tvistløsningsnævn*, idet de har til opgave efter klage at afgøre uoverensstemmelser mellem borgere (i eksemplet mellem forbrugere og erhvervsdrivende). Atter andre er helt eller delvist *disciplinærnævn*, d.v.s. at de efter klage tager stilling til eller afgiver indstilling om iværksættelse af visse disciplinære sanktioner over for udøvere af bestemte typer af erhvervsvirksomhed, fx Advokatnævnet, Arkitektnævnet, Revisornævnet, de to revisorforeningers Disciplinærnævn, Landinspektørnævnet og Sundhedsvæsenets Patientklagenævn.

I forhold af den nævnte art kan man spørge, om kombinationen af processuelle garantier ad modum domstole, sagkundskab og dommermedvirken bidrager til, at den praksis, som vedkommende nævn måtte have tilrettelagt, taler med særlig retskildemæssig vægt sammenlignet med praksis fra almindelige forvaltningsmyndigheder eller fra nævn uden dommermedvirken. I hvert fald i de tilfælde, hvor dommerindslaget hidrører fra de overordnede retter, i særdeleshed fra Højesteret (fx Konkurrenceankenævnet, Naturklagenævnet, ATP-ankenævnet og Advokatnævnet), indicerer retspraksis, at spørgsmålet i almindelighed må besvares bekræftende. Det er selvfølgelig her ikke i sig selv udslagsgivende, at de pågældende nævn har en særlig »fin« status. Hvad er tæller er, at oplysnings- og beslutningsprocessen og den retlige argumentation omkring en given praksis oftest har en sådan kvalitet, at der er grundlag for at møde trufne afgørelser med betydelig tillid.

5.6.4. Den faktiske betydning af praksis for forvaltningen selv

På adskillige forvaltningsområder tilgår der alle vedkommende myndigheder underretning om konkrete afgørelser af mere principiel betydning, som er truffet af overordnede – typisk centrale – forvaltningsorganer inden for området. Meningen hermed er naturligvis først og fremmest at vejlede adressatmyndighederne og dermed påvirke disses fremtidige praksis omkring de spørgsmål, som den udsendte afgørelse vedrører, d.v.s. skabe en præjudikatlignende effekt, jfr. som eksempler den tidligere omtalte publikation »Skat« fra Told- og Skattestyrelsen og de af de centrale sociale myndigheder udsendte »Sociale Meddelelser«.

Afgørelser fra de overordnede forvaltningsorganer spiller kvantitativt og til dels også kvalitativt en langt større praktisk rolle som ledetråde for forvaltningen end afgørelser fra domstolene. Forklaringen herpå skal navnlig søges i det foran omtalte forhold: Kun få af forvaltningens afgørelser indbringes for

domstolene, og der er områder, hvor domstolsprøvelse enten slet ikke eller dog meget sjældent forekommer. Videre spiller de overordnede myndigheders afgørelser i sager, der implicerer skønsspørgsmål, ofte en vigtig rolle til vejledning om, hvilke hensyn der bør tillægges vægt i fremtidige lignende sager. Selvom den retskildemæssige betydning af administrativ praksis er domstolsrelateret og formentlig her er af forholdsvis beskeden betydning, jfr. foran, rokker dette ikke ved den kendsgerning, at den *empiriske* eller *faktiske* betydning for *forvaltningen* er stor.

Den påvirkning af de trinlavere myndigheder, som udsendelse af principielle overinstansafgørelser tilsigter, ses ofte helt eller overvejende i et *styringsmæssigt* perspektiv. Udsendelse implicerer imidlertid tillige i betydelig grad andre – ikke nødvendigvis modstridende – hensyn, netop fordi publikationen af overinstansafgørelserne formodningsvis vil omsætte sig i fremtidige afgørelser i forhold til borgerne. I princippet vil publikation kunne fremme lighed og ensartethed og forbedre både borgernes og myndighedernes indsigt i det pågældende regelværk (d.v.s. også øge forudseeligheden), og der er således tillige en klar *retssikkerhedsmæssig* funktion. Denne er naturligvis særlig fremtrædende på forvaltningsområder, hvor en kompleks lovgivningsmæssig regulering efterlader mange åbne spørgsmål, og hvor den retlige indsigt hos adressatmyndighederne gennemgående er meget beskeden. Skatteområdet turde være et klart eksempel herpå.

Om adressaterne har en *formel* pligt til at følge den opfattelse, som er udtrykt i udsendt materiale, der – sammenlignet med retsafgørelser – gennemgående har en tarvelig kvalitet, beror naturligvis på de retlige relationer til den myndighed, som har truffet den pågældende – udsendte – afgørelse. Såfremt der ikke foreligger et over- og underordningsforhold og tillige holdepunkter for at antage, at materialet må opfattes som tjenestebefaling, eksisterer en sådan forpligtelse ikke. I det omfang adressatmyndighederne systematisk gør sig bekendt med det udsendte materiale – hvilket sikkert undertiden er en rigelig optimistisk forhåbning, når adressaterne er kommunale myndigheder – er der derimod ingen tvivl om, at udsendte afgørelser rent faktisk efterleves i betydelig udstrækning.

5.6.5. Findesteder

De i forrige underafsnit omtalte udsendelser af principielle afgørelser fra centrale forvaltningsmyndigheder er som regel offentligt tilgængelige, idet de publiceres ved foranstaltning enten af afgørelsesmyndigheden selv eller af en central myndighed, det være sig i skikkelse af særskilte udsendelser eller i årsberetninger o.l. Herudover omtales administrativ praksis hyppigt i vejledninger fra centrale myndigheder, enten på afgrænsede områder eller i for-

bindelse med en mere omfattende instruktion om retstilstanden inden for området, jfr. som eksempel på det sidste de tidligere omtalte »Ligningsvejledninger« fra Told- og Skattestyrelsen. Som regel kan oplysninger videre findes i kommenterede enkeltlovsudgivelser eller i speciallovsamlinger fx de af »Schultz Forlag« udgivne løbsbladssamlinger (Boliglove, Sociale love etc.). Databasen »Retsinformation« agtes videre udbygget med (anonymiserede) administrative afgørelser. Opremsningen bør ikke føre til den opfattelse, at praksis i almindelighed er velbelyst gennem publiceret materiale. Det forholder sig modsat, i særdeleshed for så vidt angår forvaltningsmyndigheder på regionalt og lokalt plan, fx kommunale myndigheder. I det omfang praksis i sådanne tilfælde direkte eller indirekte har fundet udtryk i såkaldte »skuffecirkulærer«, er det nyttigt at være opmærksom på bestemmelsen i offentlighedslovens § 8, nr. 4, som hjemler ret til aktindsigt i interne arbejdsdokumenter, når disse indeholder (bindende) generelle retningslinier for behandlingen af bestemte sagstyper.

5.7. Ombudsmandspraksis

Efter ombudsmandslovens § 1, stk. 1, har ombudsmanden på Folketingets vegne »indseende med statens civile og militære forvaltning samt med kommunernes forvaltning«. Den herved fastsatte generelle kontroladgang retter sig i henhold til lovens § 4 mod ministrene, statens tjenestemænd, alle andre personer som virker i statens tjeneste (bortset fra retsplejen og den forvaltningsvirksomhed der foregår ved domstolene), og mod de personer der virker i kommunernes tjeneste, for så vidt der på det pågældende område er hjemmel til rekurs til en statslig myndighed (som hovedregel med undtagelse for så vidt angår den samlede kommunalbestyrelses virksomhed). Kontrollen angår efter § 5, »om de i § 4 nævnte personer gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser under udøvelsen af deres tjeneste«. Det fremgår heraf, at ombudsmandens virksomhed i hovedsagen angår forhold, der kan henføres til forvaltningsretten. Private mellemværender eller klager over (privat) erhvervsvirksomhed, institutioner o.l. kan ikke behandles.

Udtalelser fra Folketingets ombudsmand indeholder gennemgående meget fyldige fremstillinger af de pågældende sagers faktiske omstændigheder og for klagernes og myndighedernes standpunkter samt – i det omfang bedømmelsesgrundlaget i det hele taget har været af retlig karakter, jfr. det umiddelbart følgende – tillige for den retsopfattelse, ombudsmanden har lagt vægt på ved udtalelserne (jævnligt med henvisninger til tidligere udtalelser og til relevant juridisk litteratur). De enkelte udtalelser har derfor under alle omstændigheder

ofte interesse ved det indblik, der gives i administrativ praksis på det pågældende område. Da ombudsmandsinstitutionen siden etableringen i 1954 har behandlet et meget betydeligt antal sager vedrørende den offentlige forvaltnings virksomhed, måtte man derfor på forhånd forvente, at der var en ikke ringe retskildemæssig værdi knyttet til institutionens praksis. Denne forventning kan imidlertid kun delvist indfries.

Der er forskellige grunde hertil. Således som ombudsmandens kompetence er fastlagt i lovens § 5, jfr. ovenfor, omfatter bedømmelsesgrundlaget for det første *andet end retsspørgsmål*, hvilket i praksis omsætter sig i et ganske stort antal udtalelser, hvor der fx tages stilling til, om forvaltningen ved behandlingen af en given sag har fulgt en fremgangsmåde, som er stemmende med »god forvaltningsskik« o.l., eller om en bestemt konkret afgørelse er »rimelig«, d.v.s. at den afgørende målestok for bedømmelsen har savnet retlig karakter. Sådanne udtalelser har følgelig ingen retskildemæssig relevans. Der er dernæst grund til at fremhæve, at ombudsmanden ikke har beføjelse til at *ændre* eller *ophæve* de af forvaltningen truffene afgørelser. Den typiske reaktion er, at ombudsmanden for vedkommende myndighed »fremsætter sin opfattelse af sagen«, jfr. ombudsmandslovens § 9, stk. 3. Selv i det omfang en given udtalelse angår retsspørgsmål, har den således i formel henseende ingen normativ karakter. En anden ikke ualmindelig reaktion består i henstillinger om ændringer i gældende ret, jfr. lovens § 11. Reaktioner af denne art har naturligvis interesse for de politiske beslutningstagere og resulterer undertiden også i forandringer i lovgivningen. Nogen egentlig retskildemæssig betydning har de derimod ikke.

Det fremgår af foranstående, at hverken domstole eller forvaltningsmyndigheder har nogen pligt til at tage hensyn til, endsige følge, udtalelser fra ombudsmanden. Blandt de sager, der er blevet indbragt for *domstolene*, efter at have været behandlet i ombudsmandsinstitutionen, findes eksempler, både på at disse har anlagt samme retsopfattelse som ombudsmanden og på det modsatte, jfr. bl.a. UfR 1983/349 H og 1983/1117 Ø. Det er følgelig vanskeligt at give nogen bestemt anvisning på graden af faktisk overensstemmelse mellem ombudsmandens udtalelser og domstolenes senere afgørelser og endnu mindre på, hvilken retskildemæssig vægt domstolene i almindelighed tillægger ombudsmandspraksis. Det kan dog nok siges med sikkerhed, at denne langt fra har samme betydning som præjudikater, jfr. herved *Bent Christensen* 1991, 125ff og *Torben Jensen* 1993, 204. Det er muligvis rigtigt, at den nærmestliggende parallel er retsopfattelser i juridisk litteratur, se *Stuer Lauridsen* 1977, 346.

Hvad *forvaltningsmyndighederne* angår, har udtalelser fra ombudsmanden spillet en væsentlig rolle for disses opfattelse af, hvilken retstilstand der gælder med hensyn til en række forvaltningsprocessuelle forhold, og den gældende

Kapitel 5

forvaltningslov kan da også i nogen grad i så henseende ses som en kodifikation af ombudsmandspraksis. Udtalelser fra ombudsmanden om holdbarheden af trufne afgørelser (typisk om tolkningen af den lovgivning, som afgørelsen hviler på) tages dernæst som helt overvejende hovedregel til efterretning i det pågældende konkrete tilfælde og øver herigennem givetvis en ikke ubetydelig indflydelse på fremtidig administrativ praksis. Sådanne udtalelser forekommer ofte i den skikkelse, at det henstilles til vedkommende myndighed at genoptage sagen til fornyet behandling under hensyntagen til det af ombudsmanden fremførte. Sædvanligvis finder genoptagelse herefter sted med det resultat, at afgørelsen ændres. Selvom betydningen af ombudsmandspraksis i forhold til domstolene som nævnt er usikker, tenderende til det temmelig beskedne, er der, som det ses, ingen tvivl om, at betydningen for forvaltningen gennemgående er stor.

Ombudsmandsudtalelser af almindelig interesse publiceres i den af ombudsmandsinstitutionen udgivne årsberetning, der bl.a. indeholder emneregister og et kumuleret lovregister.

5.8. »Efterarbejder«

Det intensiverede samarbejde – med udviskning af traditionelle grænser – som i de senere årtier har fundet sted mellem lovgivningsmagt og de øverste statslige forvaltningsorganer, har bl.a. ført til, at der fra forvaltningens side oftere end før henvises til, at en bestemt forståelse af lovgivningen eller en bestemt tilrettelæggelse af forvaltningens virksomhed (forudsætningsvis) er accepteret af lovgivningsmagten på anden måde end i forbindelse med selve behandlingen og vedtagelsen i Folketinget af lovgivning om de pågældende forhold. Typisk vil en sådan henvisning kunne vedrøre 1) drøftelser – uden tilknytning til igangværende behandling af forelagte lovforslag – mellem en fagminister og det korresponderende stående folketingsudvalg, fx om udformningen af bekendtgørelser i henhold til allerede vedtaget lovgivning, 2) svar fra en minister på spørgsmål stillet af et af de stående folketingsudvalg, 3) ministerredegørelser i Folketinget, 4) ministerudtalelser under forespørgselsdebatter i Folketinget og 5) ministersvar på spørgsmål stillet af enkelte folketingsmedlemmer (»onsdagsspørgsmål«). Som det ses, er der visse lighedspunkter mellem de nævnte forhold og den del af loves forarbejder, som umiddelbart har tilknytning til lovgivningsprocessen. Den grundlæggende forskel ligger i, at den tidsmæssige og saglige forbindelse med selve lovgivningsproceduren er borte.

Undertiden sammenfattes materiale af den anførte art under betegnelsen *efterarbejder*, jfr. *Boe* 1987, 651ff. Dets anvendelse rejser i såvel retskildesom tolkningsmæssige sammenhænge retspolitiske problemer af helt fundamental karakter, fx omkring grundlaget for »magtfordelingen efter grundlovens § 3 og med hensyn til praktisk talt alle aspekter af den såkaldte »forudseelighedsretssikkerhed«.

Hvad der interesserer på dette sted, er det pågældende materiales faktiske anvendelse. I så henseende er der næppe tvivl for *forvaltningens* vedkomme: Det tillægges ofte væsentlig betydning, også selvom der strengt taget ikke kan henvises til andet end en formodet eller forudsat accept fra lovgivningsmagtens side. Den retskildemæssige betydning, som også her må relateres til *domstolene*, er mindre sikker. Det følger af hele retskildelærens karakter, at der ikke eksisterer retskildeprincipper, som henholdsvis »forbyder« eller »påbyder« hensyntagen til »efterarbejder«. Den side af sagen er altså uinteressant. Opmærksomheden må i stedet koncentreres om, hvorvidt domstolene, dels i almindelighed anerkender »efterarbejders« relevans, dels – såfremt dette er tilfældet – da med hvilken vægt. Det foreliggende danske materiale herom er ikke stort, men dog formentlig tilstrækkelig omfattende til, at man kan besvare det første spørgsmål bekræftende. Hvad vægtningen angår, synes domstolene at forholde sig aldeles frit, også til i givet fald at sætte sig ud over den opfattelse – typisk om tolkning af lovgivningen – som »efterarbejderne« giver udtryk for, jfr. UfR 1983/349 H, hvor man bortstår fra Socialministeriets opfattelse af, at en bestemt praksis forudsætningsvis var godkendt af Folketingets socialudvalg. Trækker andre kildefaktorer i samme retning, er det sandsynligt, at »efterarbejdet« overhovedet ikke vil komme til at spille nogen rolle. Selvom man i princippet vil acceptere »efterarbejder« som en relevant faktor, er det i øvrigt – ligesom ved forarbejder – klart, at ikke alt materiale kan tale med samme vægt.

Det foreliggende spørgsmål opstår typisk inden for det, som *Ross* (1971, 264f) betegnede som »de offentlige foranstaltningers ret«, d.v.s. retsområder som ofte kendetegnes ved en hastigt vekslende lovgivning tilpasset tidens politiske, økonomiske og kulturelle situation (skatter, sociale og sundhedsmæssige forhold, undervisning, arbejdsmarkedet miljø m.v.). Både behov og tradition inden for det enkelte område kan naturligvis betinge en noget forskelligartet holdning og deraf afledt praksis hos de enkelte centrale myndigheder, jfr. *Basse* 1987, 38ff med forsøg på beskrivelse af spørgsmålet indenfor miljøretten.

De ovenfor under 3) – 5) nævnte efterarbejder vil foreligge publiceret i Folketingstidende (Forhandlingerne).

5.9. Sædvaner

Som omtalt foran side 37 lægges der ved sædvaneret vægt på en vis regelmæssig fulgt adfærd hos befolkningen eller hos bestemte dele af denne. Retten skabtes oprindelig netop ved, at bestemte handlemonstre oplevedes som forpligtende. Sædvaneret har derfor som retskildetype langt flere år på bagen end regler fikseret ved lovgivning og indtog tidligere en væsentlig mere betydningsfuld plads blandt kildefaktorerne end nu, eller, som *Ross* (1971, 109) udtrykte det, »medens det oprindelig var sædvanen, der bestemte retten, bliver det i tidens løb mere og mere retten, der bestemmer sædvanen«.

Side 37 er de klassiske betingelser for at anerkende sædvaner som *retssædvaner* også omtalt (adfærden fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en opfattelse af retlig forpligtethed hertil). Var disse betingelser opfyldt, antoges adfærden at have en særlig kvalitet, således at de retsanvendende myndigheder var *forpligtet* til at tage hensyn til – eventuelt ligefrem til at følge – sædvanen. Heroverfor stillede tilfælde, hvor en eller flere af betingelserne svigtede, men hvor der dog efter omstændighederne kunne være anledning til at tage hensyn til det pågældende handlemonster, i særdeleshed når dette i form af såkaldte *kutymen* i forretningsforhold fandtes relevant i forbindelse med fortolkning og udfyldning af indgåede aftaler. Retssædvanen opfattedes med andre ord som en »skal-faktor«, medens kutymen alene var »kan-faktor«.

Praksis giver næppe belæg for at opretholde de anførte betingelser og heller ikke for den nævnte skelnen mellem retssædvaner på den ene side og anden sædvaneret på den anden, jfr. *Ross* 1971, 115f, v. *Eyben* 1991, 150ff og *Eckhoff* 1993, 226ff. Der foretages som omtalt side 37 i stedet i praksis en helhedsbedømmelse af, om den påberåbte adfærd bør tillægges retlig betydning og da med hvilken vægt. Herved kan der blive anledning til at tage hensyn til en lang række forskellige momenter, herunder hvor almindeligt handlemonsteret har været, hvilke livsforhold det angår, i hvor lang tid og hvor konsekvent og hyppigt det er blevet fulgt, hvor kendt det har været, og om man har følt sig forpligtet til at indrette sig efter det. Videre kan det tænkes, at der vil blive taget hensyn til mønsterets kvalitet, d.v.s. til om det ud fra en samfundsmæssig betragtning kan opfattes som »godt« eller »dårligt«. Endelig er det muligt, at der bliver set på, hvor velbelyst det er og – sidst men ikke mindst – hvorledes det forholder sig til andre retskildefaktorer (trækker disse i samme retning, eller går den pågældende adfærd på tværs heraf).

Billedet bliver herefter, uden binding til de nævnte, nok så uklare, betingelser, langt mere nuanceret i alle henseender. Betydningen af et bestemt adfærdsmønster med en vis udbredelse vil spænde over en skala, i hvis ene yderpunkt man har tilfælde, hvor adfærden tillægges betydning på linie med

lovgivning, medens man i den modsatte ende vil finde situationer, hvor handlemønstret spiller en helt sekundær rolle. Eksempler hidrørende fra den første tilfældegruppe, specielt til belysning af spørgsmålet, om sædvaneret kan fortrænge præceptiv lovgivning, er ikke lette at finde. Der henvises ganske vist ofte til et paradeeksempel fra praksis, men dette er imidlertid ikke særlig illustrativt:

Eksempel 36:

Efter tinglysningslovens § 40, stk. 4, 1. pkt., kan en pantnaver ikke, når han giver skyldneren henstand med renter eller lignende ydelser, bevare sin panteret for disse forud for de efterfølgende eller sideordnede panthavere udover et år fra forfaldsdagen. Efter bestemmelsens 2. pkt. gælder det, at hvis en pantnaver har krav på forhøjet rente eller anden særlig ydelse i anledning af forsinkelse med betaling, står sådanne krav ligeledes ved fyldestgørelse af pantet tilbage for andre panthaveres ret. Ved dommen i UfR 1983/453 Ø statueredes det, at realkreditinstitutter på tvangsauktion, uden hensyn til formuleringen af 2. pkt., kunne gøre deres prioritetsstilling gældende også vedrørende morarenter af forfaldne, men ubetalte terminsydelser, idet en gennem lang tid fulgt praksis herfor havde antaget karakter af en retssædvane. Dommen er ganske vist et eksempel på, at man i praksis efter omstændighederne er beredt til at lade sædvaneret fortrænge præceptiv lovgivning, men den er i øvrigt et meget dårligt præjudikat, allerede fordi oplysningerne om den anførte praksis, navnlig i henseende til kvalitet og fasthed, var yderst mangelfulde.

Størst praktisk betydning har sædvaneretten utvivlsomt i forbindelse med fortolkning og udfyldning af aftaler mellem erhvervsdrivende, d.v.s. netop i skikkelse af de omtalte kutyper, jfr. også forbeholdene i en række af de centrale formueretlige love (»handelsbrug eller anden sædvane«, se fx købelovens § 1, stk. 1). Om der på et givet område foreligger en kutyme i en bestemt henseende, må sædvanligvis belyses gennem sagkyndige udtalelser fra branchen, fx fra Det danske Handelskammer. Det kan ikke opstilles som en almindelig betingelse, at der har foreligget kendskab til sædvanen, jfr.

Eksempel 37:

Inden for tømmerbranchen forelå der en kutyme, hvorefter såvel tykkelse som bredde for høvlede brædder altid blev opgivet i rå, uforarbejdet stand. Denne kutyme fandtes ved dommen i UfR 1946/510 H at måtte lægges til grund ved beregningen af rumfanget af et parti brugte brædder, der var leveret af en fabrikant til anden, uanset at ingen af parterne havde kendskab til den. Tilknytning til branchen eller ej tillægges dog formentlig væsentlig betydning, jfr. UfR 1986/615 H. Løsningerne stemmer med, hvad man ville nå frem til ved anvendelse af bestemmelsen i den internationale købelovs (CISG) art. 9, stk. 2. Ved fastlæggelsen af, om en part efter denne bestemmelse burde have kendt en given sædvane, anvendes en »reasonable man«-målestok, der i praksis for den, som har tilknytning til branchen, vil gøre det så godt som umuligt at komme udenom sædvanen.

Principielt forskellige fra kutyperne er de inden for forskellige erhvervsområder forekommende normer vedrørende korrekt, professionel adfærd i for-

skellige henseender. Sådanne regler kan efter omstændighederne have væsentlig retskildemæssig betydning, i særdeleshed i forbindelse med udfyldningen af de såkaldte »god skik«-regler i lovgivningen, jfr. videre nedenfor side 136. Fra kutymerne adskiller de sig typisk ved ikke at angå bestemte kontraktsvilkår. Der er dog et tydeligt slægtskab, og det vil formentlig ikke sjældent kunne være vanskeligt at afgøre, om der skal tales om det ene eller om det andet. Nogen praktisk betydning har dette næppe.

Inden for national offentlig ret, specielt inden for forvaltningsretten, spiller sædvaneret praktisk talt ingen rolle, se dog UfR 1991/164 H om Nationalmuseets fastsættelse af danefæ-godtgørelse. Modstykket til det ved sædvaneretten forekommende bestemte handlemonster kan eventuelt ses i den af en given myndighed fulgte praksis, jfr. foran side 118.

I Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling A, publiceredes til og med årgang 1993 en række responsa fra Det danske Handelskammer (tidligere Grosserer-Societetet) og fra Assurandør-Societetet til belysning af forekommende branchekutymen o.l.

5.10. Praksis fra private tvistløsningsnævn

Ved siden af Forbrugerklagenævnet, jfr. om dette ovenfor side 122, virker forskellige tvistløsningsnævn, som organiseres på privat grundlag, og som altså ikke er forvaltningsmyndigheder. Deres funktion er at tage sig af klager fra forbrugere indenfor bestemte brancher eller andre afgrænsede områder, jfr. om godkendelse af sådanne nævn § 12 i loven om forbrugerklagenævnet. Der er betydelige lighedspunkter med en række af de offentlige klagenævn, især domstolslignende sagsbehandling, repræsentation blandt nævnsmedlemmerne af sagkundskab/interessegrupper og dommerdeltagelse. Det grundlæggende formål med de pågældende klageordninger er da som regel også det samme som de offentlige organers. Som fremtrædende eksempler kan nævnes Ankenævnet for Forsikring, Pengeinstitutankenævnet og Realkreditankenævnet, hvor dommerindslaget aktuelt i alle tilfælde helt eller delvist udgøres af højesteretsdommere.

Ligesom ved Forbrugerklagenævnet er trufne nævnsafgørelser ikke uden videre bindende for klagesagens parter, men kan indbringes for domstolene, se forbrugerklagenævnslovens § 12, stk. 5, jfr. § 10. Af samme grunde som anført for de offentlige klagenævns vedkommende (side 122) må det imidlertid forventes, at domstolene ofte vil tillægge nævnenes praksis en vis retskildemæssig betydning, uden at dette selvsagt fører til nogen form for faktisk binding til denne, se til illustration UfR 1992/360 V om Ankenævnet for

Forsikring. En vis yderligere reservation følger af, at det for en almindelig betragtning er noget problematisk, at nævnene – og Forbrugerklagenævnet – lejlighedsvis synes at have et forbrugervenligt udgangspunkt, som rækker ud over, hvad der er retligt grundlag for.

Nævnenes praksis kan findes omtalt, dels i disses årsberetninger, dels i forskellige brancheprægede tidsskrifter, fx i tidsskriftet »Forsikring« (Ankenævnet for Forsikring).

5.11. Voldgiftspraksis

Voldgift foreligger, når parterne i et retsforhold vedtager, at mulige indbyrdes retstvister ikke skal behandles ved de almindelige domstole, men derimod af en *voldgiftsret* bestående af en eller flere personer, som af parterne bemyndiges til at træffe (endelig og bindende) afgørelse i den pågældende tvist. Voldgiftsbehandling forudsætter således normalt en aftale derom, enten i form af en såkaldt *voldgiftsklausul* i den primære aftale (fx om køb) eller i skikkelse af en selvstændig – typisk senere indgået – *voldgiftsaftale*. Er vedtagelsen om voldgift gyldig, vil de almindelige domstole efter påstand afvise at behandle en sag, der er omfattet af aftalen, jfr. voldgiftslovens § 1 (lov nr. 181 af 24. maj 1972). Undtagelsesvis kan voldgiftsbehandling være tvungen, således som det aktuelt navnlig forekommer med hensyn til visse uoverensstemmelser på arbejdsmarkedet (faglig voldgift), mellemværender mellem parterne ved visse erhvervsuddannelser (tvistighedsnævn) og uoverensstemmelser i forbindelse med handel med husdyr (husdyrvoldgiftsretter). Sådanne tilfælde bortses der fra i det følgende.

Voldgiftsvedtagelsen kan angå såkaldt *ad hoc-voldgift*, d.v.s. at parternes aftale angår en særligt for deres retsforhold etableret voldgiftsret. Mere almindelig er anvendelse af *institutionel voldgift*, hvor voldgiften betros en permanent voldgiftsinstitution. Sådanne institutioner forekommer på såvel nationalt som internationalt plan, fx Det Danske Voldgiftsinstitut med sæde i København og voldgiftsretten ved International Chamber of Commerce (ICC) med hovedsæde i Paris. Uanset beskaffenheden vil det være nødvendigt at tage stilling til, dels hvilket tilhørsforhold voldgiften har (dansk eller udenlandsk), dels hvilket lands retsorden voldgiftsretten skal anvende ved afgørelsen af sagen (lovvalgsreglerne). I førstnævnte henseende gælder det, at parterne selv kan aftale tilhørsforholdet, og at dette, såfremt aftale ikke foreligger, afgøres efter en afvejning af voldgiftens og sagens mulige tilknytning til forskellige lande (den såkaldte »individualiserende metode«). Dansk tilhørsforhold er en forudsætning for danske domstoles bistand til voldgiftsretten med hensyn til

etablering, honorarfastsættelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen, se voldgiftslovens §§ 3, 4, 6 og 9. Vedrørende lovvalgsspørgsmålet gælder tilsvarende, at parterne kan aftale den anvendelige lov. Er dette ikke sket, må voldgiftsretten træffe bestemmelse herom, eventuelt – men ikke nødvendigvis – efter en vurdering af retforholdets tilknytning til forskellige landes retsorden.

En praktisk forudsætning for, at det overhovedet vil være relevant at drøfte den mulige retskildemæssige betydning af voldgiftspraksis, er naturligvis, at den pågældende praksis er kendt. Da et af hovedmotiverne til at søge voldgiftsbehandling ofte er, at man herved undgår den publicitet, der som hovedregel omgærder retsvæsenet, kan denne forudsætning jævnligt ikke opfyldes, eller også vil det være helt tilfældigt, hvad der vil være kendskab til. Dernæst skal det være muligt at trække paralleller mellem på den ene side de faktiske og retlige problemstillinger, som en bekendt voldgiftspraksis angår, og på den anden side en nu foreliggende sag ved domstolene. Endelig er det klart, at en hensyntagen til voldgiftspraksis i almindelighed er betinget af, at den eller de i betragtning kommende voldgiftsretter kan tillægges en vis autoritet i retlig henseende.

Selvom forudsætningerne er vanskelige at opfylde, kan de være det, også på vigtige områder. På nationalt plan er et ganske illustrerende eksempel den voldgiftspraksis, som har tilknytning til »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed – AB 92« (tidligere AB 72). De pågældende betingelser (fra 1992) giver mulighed for vedtagelse om, at tvister mellem bygherrer, entreprenører, underentreprenører og de til bygge- og anlægsarbejdet knyttede teknikere afgøres af »Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed« (d.v.s. institutionel voldgift). Voldgiftsrettens præsidium består af en formand og to andre medlemmer, som tilligemed to suppleanter vælges af Højesteret blandt rettens medlemmer og for et af medlemmernes og en af suppleanternes vedkommende blandt landsretternes dommere. I konkrete sager består voldgiftsretten normalt af et af formanden for præsidiet udpeget medlem af dette som formand og to af Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed efter de konkrete forhold udmeldte faglige dommere. Sagsbehandlingen er domstolslignende. Det retlige udgangspunkt for bedømmelsen er de nævnte »Almindelige betingelser«. Selvom disse i teknisk forstand alene udtrykker standardvilkår, har de en sådan udbredelse, at de muligvis også kan tillægges en vis kildemæssig betydning uden for vedtagelsesområdet, jfr. nedenfor side 134. På denne baggrund er en hensyntagen til praksis fra den nævnte voldgiftsret – som publiceres i »Kendelser vedrørende fast ejendom«, jfr. ovenfor side 117 – givetvis retskildemæssig relevant inden for entrepriseretten.

5.12. Aftaler

5.12.1. Den enkelte aftale

Det drøftes undertiden, om den enkelte aftale kan opfattes som kildefaktor, se således *Ruth Nielsen* 1992, 174f. Der er heri det uomtvisteligt rigtige, at aftalen – mere eller mindre fuldstændigt – fastlægger parternes indbyrdes retsstilling, og det kan følgelig være fristende at placere den som en kilde til ret *mellem dem*. I de fremhævede slutord ligger en del af betragtningens meget begrænsede værdi. Aftaler forpligter normalt ikke andre end de deltagende parter, og den enkelte aftale giver følgelig ikke grundlag for formulering af almindelige regler. Hertil kommer, at en aftale ikke skaber ret i sig selv eller ud af et retligt intet, men fordi retsordenen inden for den præceptive lovgivnings rammer anerkender den som retsstiftende kendsgerning og derfor som forpligtende med det foreliggende indhold, jfr. principperne i DL 5-1-1 og 5-1-2. Rettigheder og pligter efter den enkelte aftale er således ret beset produktet af en retlig normering og ikke selv en umiddelbar kilde til ret.

5.12.2. Kontraktspraksis

Vilkårene i de enkelte aftaler kan have – og har ofte – et fælles præg tilpasset typiske forhold og behov inden for det livsområde, som aftalerne angår. Som omtalt ovenfor side 58 fremkommer der undertiden på dette grundlag i en dynamisk proces *kontraktrætlige realtyper*, som eventuelt senere tillige kan udvikle sig til *retlige kontraktstyper*. På denne baggrund har det – navnlig i de senere år – været drøftet, om *kontraktspraksis* har relevans som almindelig retskilde- og fortolkningsfaktor. Der tænkes naturligvis her især på tilfælde, hvor den enkelte aftale lader et givet spørgsmål stå åbent eller ubesvaret, og hvor der derfor bliver tale om at søge fortolkende eller udfyldende holdpunkter til dets løsning i momenter uden for det konkrete partsforhold. For *norsk* rets vedkommende antager *Andenæs* (1989, 340ff), at kontraktspraksis efter omstændighederne som »baggrundsret« kan have væsentlig betydning i så henseende.

Begrebet »kontraktspraksis« har, således som det anvendes i de pågældende drøftelser, langtfra skarpe konturer, omend der må være tænkt på tilfælde, hvor der blot foreligger en mere eller mindre »færdig« faktisk typedannelse (realtype). Opmærksomheden er særlig blevet rettet mod standardvilkår, navnlig sådanne der må antages at være udbredte eller ligefrem dominerende inden for en bestemt branche, og som har karakter af »agreed documents«, d.v.s. er blevet til efter samarbejde mellem repræsentanter for begge parter i det typiske aftaleforløb, og som derfor afbalancerer parternes interesser i forhold til hinanden. Standardvilkår – og nok navnlig vilkår af den nævnte art – kan fastlægge

en retstilstand mellem parterne, som er identisk med, hvad man ville være nået frem til ved anvendelse af anden deklaratisk ret, det være sig lovgivning, retspraksis eller kutyme. I så fald er den foreliggende problemstilling uden synderlig interesse, selvom man næppe bør være blind for, at en vidt udbredt kontraktspraksis vil kunne afstive en løsning på grundlag af andre faktorer. En foreliggende praksis kan videre have en sådan karakter, at den må antages at have eller ville udvikle sig til en kutyme på det pågældende område. Ses der bort fra disse tilfælde, er det ganske vist klart, at der intet er til hinder for at tage hensyn til kontraktspraksis på den anførte måde. Det er derimod svært at finde eksempler på, at dette er sket i et sådant omfang, at praksis – uden for kutymesituationerne – har haft blot nogen betydning for resultatet. For så vidt angår enkelte, helt dominerende, standardvilkår inden for bestemte brancher som fx »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92)« er det dog som nævnt ovenfor side 132 muligt, at domstolene vil være tilbøjelige til at tolke foreliggende aftaler i overensstemmelse med vilkårene, jfr. *Palle Bo Madsen* 1991, 467 og måske UfR 1979/6 H.

Inden for adskillige områder og navnlig i internationalt prægede forhold forekommer såkaldte *modelkontrakter*, fx de af »Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes« (ORGALIME) udarbejdede modelkontrakter om agent-, eneforhandler- og licensforhold m.v. Der er her ikke tale om standardvilkår, men snarest om såkaldte »checklister«, som giver anvisninger om, hvilke spørgsmål der er behov for at være opmærksom på før og omkring kontraktsudarbejdelsen med tilhørende – ofte alternative – løsningsforslag. Sådant materiale kan være nyttigt som praktisk arbejdsredskab ved kontraktskonciperingen, men det har ingen selvstændig retskildemæssig betydning.

5.12.3. Særligt om kollektive aftaler

På arbejdsmarkedet er kontraktsforholdene præget af forekomsten af kollektive aftaler. Karakteristisk for disse er organisationsmedvirken ved tilblivelsen, og at vilkårene danner rammer for en flerhed af individuelle arbejdsforhold, som etableres mellem en virksomhed og et antal lønmodtagere. En kollektiv overenskomst lader sig da også beskrive som et løfte fra en arbejdsgiver, eventuelt gennem dennes organisation, til en overenskomstafsluttende lønmodtagerorganisation om at yde de pågældende arbejdstagere de vilkår, som overenskomsten angiver og – modsat – et løfte fra lønmodtagersiden om at udføre arbejde på disse vilkår, jfr. *Hasselbalch* 1985, 31. Som det fremgår heraf, er der altid kollektivitet på arbejdstagersiden, hvorimod dette ikke behøver at være tilfældet for så vidt angår arbejdsgiverne. Det fremgår videre, at overenskomsten for de omfattede virksomheder skaber forpligtelser over for vedkom-

mende lønmodtagerorganisation og ikke umiddelbart over for den enkelte arbejdstager. Sådanne forpligtelser opstår først ved indgåelsen af den individuelle arbejdsaftale og da i henhold til denne.

Ligesom ved enkelte aftaler i almindelighed opfattes kollektive overenskomster undertiden som en særlig retskildefaktor. Dette er både forkert og rigtigt. Forkert i forholdet mellem de af overenskomsten omfattede virksomheder og deres arbejdstagere af ganske samme grunde som anført under 5.12.1. Rigtigt i den forstand, at det kan drøftes, om vilkårene i en kollektiv overenskomst eller en flerhed af sådanne har retlig relevans med hensyn til virksomheder/arbejdstagere, som ikke omfattes af overenskomsten. Synspunktet kan da være, at bestemte vilkår i denne har kutymemæssig karakter, jfr. ovenfor side 129, eller dog udtrykker en fast og udbredt kontraktspraksis, jfr. forrige underafsnit. Betragtninger af denne art kan ikke uden videre afvises, se til illustration UfR 1992/759 Ø.

5.12.4. Særligt om det offentliges aftaler

Offentlige myndigheder gør i betragtelig udstrækning brug af aftaler. Hovedparten af disse er helt eller overvejende af almindelig formueretlig karakter, fx om køb eller salg af fast ejendom, anskaffelse af driftsmateriel og -inventar til den offentlige forvaltning og levering af el, gas, vand o.l. til forbrugere mod betaling. Andre er kollektive overenskomster vedrørende løn- og arbejdsvilkår for det ansatte personale. I de pågældende henseender gælder der intet særligt om den retskildemæssige betydning af aftaler af den nævnte art eller af en mulig kontraktspraksis, som disse måtte være eksponenter for.

Hvor lovgivningen forudsætter, at den offentlige forvaltning træffer konkrete afgørelser i forhold til borgerne om bestemte spørgsmål, er der normalt ingen adgang til alternativt at indgå aftaler med de berørte private parter herom. Undtagelsesvis kan brug af aftaler dog være hjemlet, omend en almindelig parallellisering til formueretlige aftaler er udelukket, da der ikke foreligger udveksling af ækvivalente ydelser. Efter konkurrencelovens § 1 skal Konkurrencerådet således søge at bringe de skadelige virkninger af konkurrencebegrænsninger til ophør ved forhandling, inden der eventuelt udstedes påbud efter lovens § 12. Et forhandlingsresultat, d.v.s. en aftale med den eller de berørte virksomheder, er bindende på samme måde som et påbud, jfr. lovens § 20, stk. 1, nr. 3. Som følge af sin helt konkrete karakter vil en sådan aftale imidlertid dårligt kunne tænkes at have retskildemæssig relevans. Et noget andet eksempel vedrører miljøbeskyttelseslovens § 10, stk. 2. Denne bestemmelse giver hjemmel til, at miljøministeren kan indgå aftaler til opfyldelse af mål for nedbringelse af anvendelsen, udledningen eller bortskaffelsen af nærmere bestemte produkter, stoffer eller materialer. I aftalerne, som kan

indebære kvotering, fastlægges det, hvilke miljøforbedringer der tilsigtes opnået, og hvilke virkemidler der tages i anvendelse ved aftalens gennemførelse. Aftaler kan indgås med virksomheder eller sammenslutninger af sådanne, idet ministeren bemyndiges til at fastsætte regler om aftalegrundlaget og de almindelige betingelser for aftalerne. En indgået aftale kan af ministeren tillægges præjudicerende virkning for ikke-deltagende virksomheder, jfr. § 10, stk. 4, og for den almindelige retstilstand på området, jfr. § 10, stk. 5. I de to sidste situationer er det således muligt at sige, at et konkret forhandlings- og aftaleforløb efter § 10, stk. 2, danner grundlaget for fastsættelse af mere almindelige regler, omend omstændighederne herved i et almindeligt aftaleretligt perspektiv må siges at være stærkt særprægede grænsende til det ekstreme.

5.13. Brancheetiske regler o.l.

En række brancheorganisationer har udarbejdet retningslinier for udførelse af korrekt professionelt arbejde inden for den pågældende branche, idet organisationsmedlemmerne forventes at følge disse, jfr. som eksempel de af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer udarbejdede revisionsvejledninger. Fra organisationsside kan videre foreligge generelle anvisninger om, hvilken faglig etik man ønsker, at medlemmerne i bestemte henseender skal lægge for dagen i deres erhverv. Et praktisk vigtigt og meget vidtspændende eksempel på dette er den af International Chamber of Commerce udarbejdede kodeks for reklamepraksis.

Der foreligger naturligvis ingen forpligtelse til at tage hensyn til sådant materiale. Det påberåbes imidlertid ikke sjældent i praksis, jfr. fx UfR 1986/272 S om den nævnte kodeks. Der er næppe tvivl om, at det efter omstændighederne kan spille en betydelig rolle, dels som grundlag for antagelsen af eventuel kutyme på et bestemt område, dels – og snarere – som en vis rettesnor for, om en af branchens udøvere, uanset om vedkommende er organisationsmedlem eller ej, har pådraget sig straf- eller erstatningsansvar, muligt i forbindelse med udfyldningen af de ovenfor side 54 omtalte »god skik-regler«.

5.14. Doktrinen

Undertiden drøftes det, om den dogmatiske retsvidenskab (»doktrinen«) skal eller kan betragtes som en selvstændig retskildefaktor. Spørgsmålet har nærmest kun akademisk interesse. På den ene side er det oplagt, at hverken dom-

stole eller forvaltningsmyndigheder har nogen som helst forpligtelse til at tage hensyn til, endsige følge, udsagn i den retsvidenskabelige litteratur om den gældende retstilstand inden for et eller andet område eller i øvrigt til at »rette sig« efter de gode råd, som måtte blive givet i tilknytning hertil. På den anden side er det ligeså indlysende, at en sådan hensyntagen på flere måder rent faktisk finder sted i væsentligt omfang, og at retsopfattelser i litteraturen følgelig øver en efter omstændighederne betydelig indflydelse på de retsanvendende myndigheders afgørelser. På det obligationsretlige område har fx *Julius Lassens* og *Henry Ussings* forfatterskaber sat sig dybtgående spor i retspraksis og noget tilsvarende gælder *Poul Andersens* inden for forvaltningsretten. Konkrete illustrationer på doktrinen indflydelse kan løbende findes i domssamlingerne og – snarere – i kommentarerne til principielle afgørelser, jfr. ovenfor side 117. Nogen *almindelig* norm for omfanget af de påvirkning, der er tale om, kan dog næppe opstilles. Sandsynligvis er den i overensstemmelse med en dommerbemærkning i en bekendt engelsk retsafgørelse: »The persuasive effect of learned commentaries, like the arguments of counsel in an English court, will depend upon the cogency of their reasoning«, jfr. *Honnold* 1991, 144.

5.15. Forholdets natur

Under betegnelserne *sagens* eller *forholdets natur*, *reale hensyn*, *kulturtraditionen* o.l. opereres der inden for retskildelæren ofte med en faktor, som har væsentlig mere ubestemt karakter end dem, der er omtalt i de foregående afsnit. Den betragtedes tidligere som den mest subsidiære af alle, idet der vedrørende dens indhold henvises til, at dommeren, såfremt ingen anden kilde var anvendelig, kunne og burde lægge vægt på, hvad der ville være den mest formålstjenlige løsning i det pågældende tilfælde, gerne således at der derved opstillede en regel, som var brugbar i fremtidige lignende situationer. I nyere litteratur er det subsidiære aspekt opgivet, hvorimod det drøftes, om der overhovedet er tale om en kildefaktor på linie med de øvrige, eller om der ikke snarere foreligger en måde at fortolke de øvrige faktorer på. *Ross* (1971, 116) antager fx, at »kulturtraditionen« ikke kun har betydning derved, »at den er den ånd, hvori dommeren læser og tyder loven«. Den virker også som »direkte retskilde«, som »det grundstof der inspirerer dommeren til at formulere den regel, der lægges til grund for hans afgørelse«. Herved lader han sig enten lede af sin »retsfølelse« eller han »rationaliserer sin reaktion ved en analyse af reale hensyn på grundlag af en retssociologisk kalkulation af de virkninger, som den ene eller anden almindelige regel må antages at føre med sig«. Heroverfor

frakender *Stuer Lauridsen* (1977, 374 og 1992, 160ff) i hovedsagen forholdets natur (kulturtraditionen etc.) selvstændig betydning som kildefaktor. Hvad der ligger i begrebet er kun ét af flere momenter, som har betydning ved tolkningen af andre faktorer.

Det, der skjuler sig bag den vidtfavnende og næppe rimeligt dækkende betegnelse »forholdets natur«, er i virkeligheden dommerens egne vurderinger, og det er således dem, der bliver den umiddelbare retskilde, funderet i konsekvensanalyser eller -overvejelser, retfærdigheds- og rimelighedsbetragtninger eller andre alment accepterede ideologiske forestillinger. Det er givetvis rigtigt, at betydningen heraf er størst ved tolkningen af de øvrige faktorer og ved afvejningen af disse. I så henseende henvises til fremstillingen i kapitlerne IV og IX. Der ses imidlertid også eksempler på retsafgørelser, hvor det er mest nærliggende at opfatte argumentationen og resultatet i overensstemmelse med *Ross'* antagelse af, at »kulturtraditionen« er en umiddelbar kildefaktor.

En illustration heraf findes i den ovenfor i eksempel 3 omtalte praksis vedrørende kompensationskrav efter ophøret af papirløst samliv. I tilfælde, hvor mulighederne for anvendelse af andre kildefaktorer svigter, opstår spørgsmålet om grænserne mellem lovgivningsmagts og domstolens kompetence. Dette var i særlig grad fremme i forbindelse med en af de i eksempel 3 omtalte afgørelser (UfR 1984/166 H, jfr. *Mondrup* i UfR 1984 B p. 295f). Danske domstole søger i almindelighed at undgå konkurrence med lovgivningsmagten og vil derfor i tilfælde som de nævnte gennemgående vise betydelig tilbageholdenhed. jfr. *Munchs* træffende bemærkninger i J 1989 p.45: »Det ligger nok de fleste dommers natur nærmere at foretrække den rolige tilværelse i træernes skygge frem for det udsatte liv under råsejlet på fregattens fordæk i sol, regn og storm – og måske kanonild«.

Spørgsmålet om betydningen af »forholdets natur«, eller hvad man nu ellers vil kalde det her foreliggende forhold, kan således næppe formuleres som et »enten-eller«, men er snarere et »både-og«.

Der er grund til sluttelig at berøre relationerne mellem domsbegrundelser, som argumenterer med henvisning til »almindelige retsgrundsætninger« og begrundelser, der må ses som udtryk for anvendelse af synspunkter, som hører hjemme i kategorien »forholdets natur«. Begrebet »almindelige retsgrundsætninger« er ikke klart. Når der henvises til sådanne, kan meningen være den, at retten antager, at der på et bestemt område på grundlag af tidligere praksis, doktrinen og eventuelt tillige spredt lovgivning kan opstilles et eller andet mere alment princip (en grundsætning), som overordnet behersker retsforholdene inden for området. Principper af denne art findes der mange eksempler på. Inden for formueretten er culpa-reglen tidligere nævnt til illustration. Et andet – også meget omfattende – eksempel angår den kontraktretlige loyalitetsforpligtelse, d.v.s. kontrahenternes gensidige pligt til at tage hensyn til den anden parts interesser, således at (unødvendigt) tab for denne ved afviklingen

af kontraktsforholdet så vidt muligt undgås. Magtfordrejnings- og lighedsgrundsætningerne er tilsvarende eksempler fra den offentlige ret. Det følger af eksemplerne, at »grundsætning« eller »princip« forstået på den nævnte måde betyder, at der med støtte i andre faktorer – navnlig retspraksis – kan formuleres nogle meget brede og derfor også meget omfattende retssætninger (regler). Henvisninger til almindelige retsgrundsætninger forekommer imidlertid også i tilfælde, hvor de udslagsgivende faktorer må have en mere uspecifik og også dybereliggende karakter, jfr.

Eksempel 38:

Skuespilleren Buster Larsen optrådte maskeret som klovn som hovedperson i en række cirkusoptagelser i TV kaldet »Cirkus Buster«. Til brug for pressen blev der af et pressebureau optaget en række fotos af ham som agerende i klovnerollen. Billederne solgtes senere uden Buster Larsens medvirken af bureauet til en producent af TV-apparater, som benyttede et af dem som reklamemateriale for sine produkter bl.a. som indfældet på skærmen i et fjernsynsapparat. Buster Larsen påstod denne anvendelse kendt uberettiget, ligesom han ønskede erstatning for den allerede skete brug. Forholdet var ikke reguleret i lovgivningen, specielt ikke i ophavs- og fotolovgivningen, og der forelå ingen retspraksis. Ved Højesterets dom i UfR 1965/126 fik Buster Larsen medhold. I præmisserne til dommen anførtes først, at virksomhedens anvendelse af billedet måtte antages at være sket for at udnytte den i dette liggende reklameværdi. Derefter bemærkedes det, at det fandtes at følge af almindelige retsgrundsætninger, at en sådan anvendelse af en persons billede ikke måtte finde sted uden den pågældendes tilladelse. Som følge af den økonomiske værdi, der for Buster Larsen havde været knyttet til anvendelsen af billedet i reklameøjemed, tilkendtes der ham herefter en skønsmæssigt fastsat erstatning, jfr. *Spleths* kommentar til dommen i UfR 1965 B p. 229ff.

I eksempelsituationen kunne de »almindelige retsgrundsætninger« som bemærket ikke uden videre udledes af eller støttes på andre konkrete faktorer (bestemt lovgivning, præjudikater etc.). Det retlige råstof for antagelsen af sådanne grundsætninger måtte følgelig være af en noget anden beskaffenhed end i den første tilfældegruppe. Det er nærliggende at antage, at rettens overvejelser – nært beslægtet med overvejelser ud fra forholdets natur – har haft udgangspunkt i helt almene retlige antagelser om rækkevidden af beskyttelse af den personlige integritet i en vigtig kommercielt præget relation, jfr. om problemet i en anden sammenhæng UfR 1989/726 H (UfR 1990 B p. 32).

5.16. Litteratur til kapitel V

Retskildelæren i almindelighed er behandlet i alle de hovedværker, som er omtalt i litteraturhenvisningerne til de foregående kapitler. Der kan navnlig henvises til *Alf Ross*, »Om ret og retfærdighed«, 3. opl. (1971) kapitel III, *Preben Stuer Lauridsen*, »Retslæren« (1977) kapitel VI, samme »Om ret og retsvidenskab« (1992) kapitlerne 8-12, *Torstein Eckhoff*, »Rättskildelære«, 3. udg. (1993), *Stig Strömholm* »Rätt, rättskällor och rättstillämpning«, 4. udg. (1992) kapitlerne 15-19 samt til *W.E. v. Eyben*, »Juridisk Grundbog 1. Retskilderne«,

Kapitel 5

5. udg. (1991) §§ 1-3, 5-8 og 10. Ældre almindelige danske fremstillinger er *Viggo Bentzon*, »Retskilderne« (1900-07) og *Fr. Vinding Kruse*, »Retslæren« I-II (1943). Kortere nyere fremstillinger foreligger hos *Sv. Gram Jensen*, »Alm. retslære«, 2. udg. (1993) kapitel 6 og hos *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) kapitlerne IV-VI. Specielt om betydningen af retspraksis mærkes yderligere fremstillingen hos *Bernhard Gomard* i »Højesteret 1661-1986« (1986) p. 45ff og hos *Torben Jensen* i UfR 1990 B. p. 441ff. En lidt ældre fremstilling om samme emne er *Victor Hansen*, »Retsplejen ved Højesteret« (1959) navnlig p.200ff.

En almindelig behandling af forvaltningsrettens kilder foreligger hos *Claus Haagen Jensen* i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, 2. udg. (1989) kapitel 3, jfr. hertil *Karsten Revsbech*, »Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori« (1992) p. 20ff. Spørgsmålet er videre berørt hos *Bent Christensen*, »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1993) p. 18ff, og hos *Hans Gammeltoft-Hansen* i »Juridisk Grundbog 4. Forvaltningen«, 4. udg. (1989) p.15ff. Andre typer almindelige forvaltningsretlige fremstillinger behandler sædvanligvis tillige ombudsmandsinstitutionens virke. Her kan navnlig henvises til *Kaj Larsen* i »Juridisk Grundbog 4. Forvaltningen«, 4. udg. (1989) p. 226ff og – specielt med hensyn til ombudsmandsinstitutionens kompetence i forhold til domstolene og nævn med dommerdeltagelse – til *Torben Jensen* i UfR 1993 B p. 193ff og *Hans Gammeltoft-Hansen* smst. p. 313ff.

Den praktisk betingede del af retskildelæren betegnes undertiden som »juridisk informationssøgning«. Herom foreligger *Peter Blumes* arbejde af samme navn, 2. udg. (1986), jfr. også samme forfatter og *Peter Christensen & Anita Rønne*, »Retlig Regulering – teknik og metode« (1990). En helt fortrinlig norsk behandling af kildesøgningsspørgsmålene i Norden og i EU er *Pål A. Bertnes & Halvor Kongshavn*, »Praktisk Rettskildelære« (1992).

KAPITEL VI

Folkeretlige kildefaktorer

6.1. Indledning

Som kort berørt ovenfor side 43 angår folkeretten i bred almindelighed den internationale retsorden. Dens kerne er retsforholdene mellem *de enkelte nationalstater*, og det er disse – og en række internationale organisationer – som i hovedsagen er de folkeretlige reglers adressater, og som sådanne betegnes som »folkeretssubjekter«. Fra national ret adskiller folkeretten sig i sit væsen for det første afgørende derved, at der ikke finder nogen retsfastsættelse sted ved bindende generelle direktiver, som udfærdiges af en dertil kompetent (overstatslig) myndighed. De mellemstatslige retsforhold beror i hovedsagen på *aftaler* (traktater) mellem to eller flere stater (internationale organisationer) eller på *sædvaneret*. Dernæst savner den folkeretlige retsorden stort set forskrifter om den monopoliserede magtanvendelse til sikring af reglernes efterlevelse, som karakteriserer de nationale retsordener. Staters manglende efterlevelse af folkeretlige forpligtelser (»folkeretsbrud«) legitimerer som udgangspunkt ikke magtanvendelse, men kan (højst) føre til iværksættelse af sanktioner af anden art, navnlig af økonomisk art. Også spørgsmålet om de retlige forpligtelsers karakter, herunder navnlig deres håndhævelse, stiller sig således fundamentalt forskelligt.

Den retsfastsættelse, som finder sted inden for *Den Europæiske Union* med hjemmel i de herom foreliggende traktater, kan ikke opfattes som folkeret. Det er navnlig betegnende for den egentlige EU-ret, at medlemsstaterne har afgivet en del af deres handlefrihed (suverænitet) til EU-retlige organer, således at disse på eget initiativ *selvstændigt* kan producere ny ret, efter omstændighederne med direkte virkning for borgerne i medlemslandene, jfr. nærmere fremstillingen i kapitel VII. Bortses der fra den folkeretlige sædvaneret, forudsætter retsdannelsen inden for folkeretten derimod som netop nævnt i de vigtigste tilfælde, at to eller flere stater under anerkendelse af et princip om, at indgåede aftaler skal holdes, ved *traktat* formulerer selve de regler, som skal gælde mellem dem i en eller anden henseende. Noget andet er, at EU som international organisation også er folkeretssubjekt og i henhold til de grund-

læggende traktater om Unionens virke har kompetence til at indgå traktater med tredielande med den virkning, at sådanne traktater bliver bestanddele af *EU-retten* og forbindende for medlemslandene. Danmark er således, dels – som nationalstat – selvstændigt folkeretssubjekt med den heraf følgende principielt vidtgående autonomi, dels – som medlem af EU – underlagt Unionens traktater med tredielande. Om disse sidste henvises til kapitel VII.

Med den tilgang til metodeanvendelsen, som benyttes i den foreliggende fremstilling, angår det centrale retskildemæssige spørgsmål omkring folkeretten dennes betydning for *danske* domstole og andre retsanvendende myndigheder, når disse ved afgørelsen af et i Danmark foreliggende retstilfælde søger at formulere den herfor relevante regel. Umiddelbart virker det ejendommeligt, at en retsorden, der – som den folkeretlige – angår forholdet mellem stater, skulle kunne afføde et sådant spørgsmål. Forklaringen er den, at vigtige dele af de folkeretlige regler sigter mod at fremkalde interne virkninger i de enkelte stater, dvs. i forholdet mellem borgere indbyrdes og mellem disse og offentlige myndigheder. Er dette tilfældet, må det undersøges, om og i bekræftende fald under hvilke omstændigheder de pågældende regler kan eller ligefrem skal tages i betragtning af de nationale retsanvendende myndigheder. Den følgende fremstilling beskæftiger sig hermed, idet der først gives en oversigt over forskellige generelle forhold, herunder navnlig de typiske folkeretlige kildefaktorer og de almindelige relationer mellem national ret og folkeret.

6.2. Typiske folkeretlige kildefaktorer

6.2.1. Inddelinger

De folkeretlige retskildefaktorer lader sig for så vidt inddele på ganske samme vis som de nationale, jfr. ovenfor side 35. Der kan således skelnes mellem skrevne og uskrevne kilder, idet den første kategori herefter navnlig omfatter foreliggende traktater og den sidste især sædvaner, almindelige (folkeretlige) retsgrundsætninger og praksis fra internationale konfliktløsningsorganer. Helt tilsvarende er det muligt at skelne mellem fuldt, delvist og ikke-objektiverede faktorer. Et tredje inddelingsgrundlag, som undertiden benyttes, tager sit udgangspunkt i, om den pågældende faktor danner grundlag for en retlig forpligtelse, eller om den blot kan anføres som et »blødt«, dvs. ikke retligt bindende, argument for en eller anden løsning. Der tales i så fald om henholdsvis »hard« og »soft law«, jfr. fx *Ruth Nielsen* 1992, 47 f. Denne sontring, som er stærkt uklar, synes dog ikke at repræsentere nogen berigelse af retskildelæren.

I artikel 38 i statuten for Den Internationale Domstol, jfr. om denne nedenfor i afsnit 6.2.4, findes en angivelse af, hvilke faktorer Domstolen skal benytte i sin virksomhed. Angivelsen svarer formentlig i det allervæsentligste til den almindelige (universelle) opfattelse af folkerettens kilder:

- »1. Domstolen, hvis opgave er at afgøre de tvister, der forelægges den i overensstemmelse med mellemfolkelig ret, skal anvende:
 - a. Mellemfolkelige konventioner af almindelig eller særlig art, som hjemler regler, der udtrykkeligt er anerkendt af de stridende stater.
 - b. Den mellemfolkelige sædvane som udtryk for en almindelig praksis, der er anerkendt som retsregel.
 - c. De almindelige retsgrundsætninger, som anerkendes af civiliserede nationer.
 - d. Med den begrænsning, som følger af art. 59 [hvorefter Domstolens afgørelser kun er bindende for processens parter og for den konkret afgjorte sag], retsafgørelser samt de forskellige nationers mest ansete forfatters meninger som hjælpemiddel ved konstateringen af, hvad der er gældende ret.
2. Nærværende bestemmelse skal ikke være til hinder for, at Domstolen, hvis parterne er enige derom, kan træffe sin afgørelse »ex æquo et bono« [dvs. efter billighed].

6.2.2. Traktater

Ordet »traktat« benyttes som samlebetegnelse for folkeretlige aftaler, i praksis først og fremmest mellem to eller flere stater (bi- eller multilaterale traktater). Ofte anvender de enkelte aftaler andre etiketter, fx »konvention«, »overenskomst« eller »pagt«. Traktatretten er altså principielt aftaleret. Den binder kun de i de enkelte aftaler deltagende stater, jfr. citatet i forrige afsnit (art. 38, stk. 1, pkt. a) og om den i princippet parallelle problemstilling ved formueretlige aftaler ovenfor side 133. Bindningen forudsætter i almindelighed, at staterne tilslutter sig en grundsætning om, at indgåede aftaler skal holdes (princippet om »pacta sunt servanda«).

Traktater er aktuelt den mest betydningsfulde folkeretlige kildefaktor. Deres genstand kan principielt være et hvilket som helst generelt eller konkret forhold, som er af betydning for kontrahenterne. I et mere almindeligt folkeretligt perspektiv samler interessen sig naturligvis om sådanne aftaler, som indgås mellem et større antal kontrahenter, og hvor der afstikkes generelle retningslinier for den fremtidige ordning af bestemte spørgsmål. Traktater af denne art forberedes og forhandles ofte i årelange forløb mellem repræsentanter for de implicerede stater, eventuelt i tilknytning til en international organisation, fx

FN. Det følger af aftaleformen, at parterne må være enige, jfr. om mulighederne for reservation over for dele af en traktat nedenfor. Helt undtagelsesvis kan visse traktater, som forhandles mellem medlemmerne af en international organisation, dog vedtales bindende af et (kvalificeret) flertal, fx konventioner vedtaget af Arbejdskonferencen for Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO).

Om selve indgåelsen, gyldigheden, anvendelsen, fortolkningen, ophøret m.m. af skriftlige traktater, som i fredstid afsluttes mellem stater, findes almindelige bestemmelser i den såkaldte – også af Danmark tiltrådte – *traktatsretskonvention* (The Vienna Convention on the Law of Treaties) fra 1969 (ikrafttræden 1980, Lovtidende C 1980, 107). Indgåelseskompetencen beror principielt på reglerne i de deltagende staters forfatninger om, hvem der kan forpligte staten, men konventionens art. 7 indeholder forskellige bestemmelser om, hvilke personer som i bestemte henseender alene i kraft af deres stillinger kan antages at have den fornødne kompetence (statsoverhovedet, stats- og udenrigsministrene m.fl.). Selve afslutningen sker som ved andre aftaler ved udveksling af erklæringer fra deltagerne. Er der tale om traktater af større vigtighed, er afslutningsprocessen ofte to- eller flerdelt og kan fx omfatte, dels en undertegnelse foretaget af diplomatiske repræsentanter for deltagerlandene, dels en *ratifikation*, d.v.s. en efterfølgende godkendelse med tilhørende erklæring derom fra de kompetente statsorganer, fx fra statsoverhovedet og det nationale parlament i forening, jfr. om proceduren for Danmarks vedkommende nedenfor side 152. I sådanne tilfælde er det ratifikationen, som er den afgørende akt i henseende til indgåelsen af traktaten. Ikrafttrædelsen vil sædvanligvis bero på bestemmelser herom i selve traktaten, fx et bestemt tidspunkt eller efter ratifikation fra et vist antal af de deltagende stater.

Det er som regel muligt for en deltagende stat at tage reservation (forbehold) over for dele af en indgået traktat ved at afgive ensidig erklæring derom, fx i forbindelse med undertegnelsen eller ratifikationen. Den eller de bestemmelser, som reservationen angår, kan herefter ikke påberåbes i forholdet mellem den forbeholdstagende stat og de øvrige deltagerstater. I øvrigt er de almindelige retsvirkninger af indgåede traktater som fastslået i traktatretskonventionens art. 26: »Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith« (det ovenfor nævnte princip om »pacta sunt servanda«).

Traktatsretskonventionen indeholder en række bestemmelser om forskellige forhold, som kan medføre traktaters ugyldighed (inkompetence, tilblivelses- og indholdsmangler). I det mindste af principielle grunde er der anledning til kort at opholde sig ved de sidste. Efter art. 53 er en traktat ugyldig, hvis den på det tidspunkt, hvor den blev afsluttet, var i strid med en præceptiv alminde-

lig folkeretsnorm. Som sådan opfattes i henseende til traktater en norm, som af staternes internationale fællesskab i dets helhed er accepteret og anerkendt som en norm, fra hvilken ingen afvigelse er tilladt, og som kun kan ændres gennem en ny almindelig folkeretsnorm af samme karakter. Regler af denne art sammenfattes sædvanligvis under begrebet *jus cogens*, d.v.s. »tvingende ret«. Det interessante ved dem er, at de som almene og præceptive anses for trindhøjere end de almindelige folkeretlige regler. Det kniber imidlertid, når der skal sættes kød og blod på begrebet i form af eksempler, som der kan samles almindelig enighed om. De grundlæggende folkeretlige forbud mod magt anvendelse, mod slaveri, folkedrab o.l. lader sig dog med rimelig sikkerhed placere i den pågældende kategori.

Herudover kan traktatlige forpligtelser efter konventionen ophøre af en række grunde, der til dels også er kendt fra formueretten (opfyldelse, udløb af gyldighedsperiode, opsigelse, misligholdelse, svigtende forudsætninger o.l.). Konventionen regulerer derimod i hovedsagen ikke spørgsmålet om, hvorledes tvister mellem de deltagende parter om ugyldighed og ophør skal behandles. Sager om forståelsen og anvendelsen af art. 53, jfr. ovenfor, skal dog som udgangspunkt forelægges for Den Internationale Domstol, jfr. om denne nedenfor i afsnit 6.2.4.

Eksempel 39:

Forløbet omkring forberedelsen og vedtagelsen af »United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods« (CISG) er et ganske godt eksempel på den meget langvarige og komplicerede proces, som man ofte vil skulle igennem, før traktatbaserede regler af stor og almindelig betydning kan søsættes på det formueretlige område. Allerede i 1930'erne pågik der med tilknytning til »International Institute for the Unification of Private Law« (UNIDROIT) overvejelser om udarbejdelse af en almindelig international købelovgivning, og et foreløbigt udkast hertil forelå så tidligt som i 1935. Arbejdet lå stille under 2. verdenskrig. Nye udkast fremkom i 1956 og 1963, hvorefter der på en diplomatisk konference i Haag i 1964 med deltagelse af 28 stater skete vedtagelse af to konventioner, dels om internationalt køb, dels om internationale købeaftaler. Disse konventioner trådte ganske vist i kraft i 1972, men fik ingen større praktisk betydning, da antallet af tiltrædende stater var og blev meget beskedent. Behovet for uniforme regler var imidlertid fortsat voksende, og arbejdet med at opnå større international tilslutning blev derefter forlagt til »United Nations Commission on International Trade« (UNCITRAL). En mindre arbejdsgruppe bestående af eksperter under denne organisation udarbejdede i de følgende år udkast til en ny konvention, hvis regler dækkede såvel købeaftalens indgåelse som de materielle køberetlige forhold mellem sælger og køber. Udkastet godkendtes af UNCITRAL i 1978, og på initiativ af FN's generalforsamling afholdtes der i 1980 i Wien en diplomatisk konference til færdiggørelse af dette. Heri deltog repræsentanter for 62 lande og for 8 internationale organisationer. Efter indgående forhandlinger på konferencen vedtoges konventionsudkastet med en række ændringer i april 1980. Ikrafttrædelsestidspunktet fastsattes til 12 måneder efter, at de 10 lande havde ratificeret, hvilket i praksis viste sig at blive 1. april 1988. Danmark tiltrådte (ratificerede) konventionen samme år (lov nr. 733 af 7. december 1988) til ikrafttræden for Danmarks vedkommende 1. marts 1990 og med reservation, jfr. art. 92 og 94, dels over for

konventionens del II (reglerne om aftaleindgåelsen), dels i henseende til internordiske købeaftaler (nabolandsforbehold).

6.2.3. Folkeretlige sædvaner

Som i national ret er det grundlæggende element i de folkeretlige sædvaner et vist fast handlemønster, her naturligvis i forholdet mellem stater, jfr. om national ret ovenfor side 128. En forskel består muligvis i, at følelsen af retlig forpligtethed gennemgående synes at spille en større rolle i folkeretten, jfr. *Gulman, Bernhard & Lehman* 1989, 70 ff. Som i national ret kan en sædvane, i hvert fald i tilfælde hvor den har helt almindelig karakter, være forbindende også for retssubjekter, som ikke har deltaget i den pågældende praksis, ligesom det ikke nødvendigvis er en betingelse, at handlemønsteret har manifesteret sig over en længere periode. Udgangspunktet for udviklingen af det pågældende handlemønster kan eventuelt tænkes at være foreliggende (ikke-bindende) FN-resolutioner eller (endnu) ikke vedtagne traktatudkast.

Med den øgede traktatretlige regulering er betydningen af sædvaneret relativt aftagende. Forskellige traktater har i øvrigt kodificeret hidtil gældende sædvaner, fx traktatsretskonventionen. Så længe den positive retsfastsættelse grundlæggende beror på erklæret enighed mellem de omplicerede stater, må det dog antages, at sædvaner vil spille en ikke-uvæsentlig rolle i folkeretten.

6.2.4. Præjudikater

Da folkeretten ikke rummer almindelige regler om international retspleje og tvistløsning, har retsafgørelser naturligvis ikke samme kildemæssige betydning som i de nationale retsordener. Der findes dog forskellige tilløb til institutionaliseret behandling af uoverensstemmelser, hvoraf i hvert fald to fordrer en kort omtale.

Den Internationale Domstol med sæde i Haag er en institution under De Forenede Nationer. Den består af 15 dommere, som vælges af Generalforsamlingen og Sikkerhedsrådet under hensyntagen, dels til kvalifikationer, dels til repræsentation af civilisationens hovedformer og af de vigtigste retssystemer. Adgangen til at indbringe sager for retten står kun åben for stater – herunder eventuelt også sådanne som ikke er medlemmer af FN – d.v.s. at enkeltpersoner og organisationer ikke kan optræde som parter. Kompetencen til at tage en sag under behandling kan enten bero på, at begge parter forelægger denne til afgørelse, eller på forudgående vedtagelse herom i traktat eller klausul. I sidstnævnte henseende er det principielt vigtigt, at en stat forlods kan give ensidig (men dog tilbagekaldelig) erklæring om at ville underkaste sig Domstolens kompetence i forhold til enhver anden stat, som underlægger sig samme forpligtelse, især i henseende til fortolkning af traktater, ethvert spørgsmål der angår mellemfolkelig ret og arten og omfanget af den erstatning, som bør ydes

på grund af brud på folkeretlige forpligtelser. Som det følger heraf, forudsætter brug af Domstolen grundlæggende villighed hertil fra de implicerede staters side, i hvilken forbindelse det ikke er uinteressant, at kun et mindretal af FN's medlemslande har afgivet ensidig erklæring som nævnt. Antallet af behandlede sager er derfor også forholdsvis beskedent. Ved siden af tvistløsningsfunktionen har Domstolen til opgave at afgive retlige udtalelser (responsa) efter anmodning fra visse af FN's øvrige organer.

De retskildefaktorer, som Domstolen på grundlag af den gældende statut forudsættes at tage i anvendelse, er refereret ovenfor i afsnit 6.2.1. Som det fremgår heraf, placeres retsafgørelser formelt lavere i hierarkiet end traktat- og sædvaneret, idet de blot betragtes som noget subsidiært, som et »hjælpemiddel« til fastlæggelse af, hvad der er gældende ret. Placeringen svarer ikke til virkeligheden. Domstolen argumenterer ganske regelmæssigt med henvisning til (sine) tidligere afgørelser, d.v.s. at disse i helt sædvanlig forstand opfattes som fortilfælde. Hvordan selve afgørelsen formuleres, afhænger selvsagt af de nedlagte påstande og de til støtte herfor fremførte anbringender. Har parterne været enige om at forebringe retten et eller flere bestemte spørgsmål, vil afgørelsen normalt forme sig som et svar på dette/disse. I andre tilfælde er det sædvanligt, at den rummer en udtrykkelig tilkendegivelse om parternes retsstilling og de forpligtelser, som i det konkrete tilfælde udspringer heraf. Om fuldbyrdelse af trufne afgørelser ad modum de nationale retssystemer kan der som tidligere nævnt ikke være tale. Efterleves afgørelsen ikke, er der imidlertid mulighed for at indbringe sagen for Sikkerhedsrådet, som – såfremt de permanente medlemmers vetoet ikke benyttes – kan fremsætte forslag og træffe beslutning om, hvilke foranstaltninger der skal træffes for at sikre respekt til denne, fx anvendelse af økonomiske sanktioner.

Medlemmerne af Europarådet vedtog i 1950 en konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (*Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, EMK). Konventionen, der trådte i kraft i 1953, suppleres af et antal tillægsprotokoller (p.t. 9). Danmark var medunderskriver af konventionen og ratificerede denne i 1953. Til sikring af, at medlemsstaterne opfylder deres forpligtelser efter konventionen, hjemler denne oprettelse af en *Kommission* og en *Domstol* for menneskerettigheder, der begge har sæde samme sted som Europarådet, d.v.s. i Strasbourg. Konventionen og de to nævnte organers praksis danner i henseende til de traditionelle »frihedsrettigheder« og retssikkerhedsgarantier grundlaget for en betydningsfuld beskyttelse af det enkelte individ over for statsmagten og dennes egne borgere.

Kommissionen består af et antal medlemmer, som svarer til antallet af stater, der deltager i EMK. Medlemmerne udpeges for et tidsrum af 6 år af Europarådets Ministerkomité efter indstilling fra dets Parlamentariske Forsamling. De

Kapitel 6

har sæde i Kommissionen som individuelle personer, d.v.s. at de ikke repræsenterer hjemstaterne. Ratifikation af EMK indebærer i sig selv accept af, at Kommissionen kan behandle klager fra en *medlemsstat* over en anden medlemsstats påståede brud på konventionen. Adgangen til at behandle klager fra *private* (enkeltpersoner, grupper af sådanne, organisationer) beror derimod på, om den stat, der klages over, har afgivet (generel) erklæring om, at den anerkender Kommissionens kompetence. Det er endvidere normalt en forudsætning, at retsmidlerne efter national ret er udtømte, og at den endelige nationale afgørelse er truffet inden for de seneste 6 måneder. Kommissionen, der som hovedregel arbejder i kamre (afdelinger), er ikke samlet permanent, men mødes efter behov.

Domstolen består tilsvarende af et antal dommere, som svarer til antallet af medlemmerne af Europarådet. Valget foretages for 9 år af Den Parlamentariske Forsamling efter indstilling fra Ministerkomitéen. Også dommerne virker uafhængigt af medlemsstaterne. Domstolens muligheder for at behandle klager over en af disse er betinget af, at den pågældende stat har anerkendt Domstolens kompetence til endeligt og bindende at afgøre indbragte sager. Det har videre hidtil været således, at kun Kommissionen eller en medlemsstat har kunnet indbringe de af Kommissionen behandlede sager – jfr. umiddelbart nedenfor – for Domstolen. Ved den 9. tillægsprotokol til konventionen (1990) er der imidlertid nu åbnet mulighed for, at private kan gå til Domstolen med klager, som er blevet realitetsbehandlet af Kommissionen. Heller ikke Domstolen er samlet permanent. Den virker normalt i kamre (afdelinger) bestående af 7 dommere.

Klager indgives i alle tilfælde til Kommissionen. En klage fra en *privat* part forudsætter, at vedkommende selv er blevet krænkede i de ved konventionen beskyttede rettigheder af en af de deltagende stater, dvs. at der skal være tale om en slags »retlig interesse« i klagebehandlingen. For at klager skal kunne realitetsbehandles, må en række betingelser være opfyldt. Ud over at de nationale klagemuligheder skal være udtømt, jfr. foran, må klagen navnlig ikke være åbenbart grundløs, uforenelig med konventionens bestemmelser eller udtryk for misbrug af adgangen til at henvende sig til Kommissionen. Langt hovedparten af de fremkomne henvendelser falder på disse betingelser og afvises uden realitetsbehandling. Finder en sådan sted, foretages en nærmere granskning af det påklagede forhold sammen med parternes repræsentanter, og man undersøger i denne forbindelse, om der kan opnås forlig. Er dette ikke tilfældet, udarbejder Kommissionen en rapport om forholdene og tilkendegiver i tilknytning til denne sin opfattelse af, om den indklagede stat har brudt sine konventionsmæssige forpligtelser. Rapporten afgives til Ministerkomitéen. Inden tre måneder fra dette tidspunkt kan sagen herefter indbringes for Dom-

stolen, jfr. ovenfor. Sker dette ikke, afgør Komitéen med to trediedeles flertal, om der foreligger en krænkelse af konventionen. Ved klager fra en *anden medlemsstat* – som kvantitativt ikke spiller nogen væsentlig rolle – er proceduren den samme, bortset fra at der ikke er nogen mulighed for at afvise realitetsbehandling med henvisning til åbenbar grundløshed m.v.

Indbringelse for *Domstolen* forudsætter, som det ses, at der har fundet realitetsbehandling sted i Kommissionen, og at forlig ikke er opnået. Domstolens afgørelse, der skal begrundes, og hvor dissens kan afgives, vil naturligvis først og fremmest rumme en stillingtagen til, om der foreligger konventionsbrud. Er dette tilfældet, og er der efter den nationale ret kun mulighed for delvis skadesløsholdelse af den forurettede, kan Domstolen tillige tilkende denne en passende erstatning. Afgørelsen af begge spørgsmål er endelig.

Medlemslandene har ved konventionen forpligtet sig til at rette sig efter Domstolens afgørelser, og dette sker da også i praksis. Kontrol hermed føres af Ministerkomitéen, som naturligvis tillige påser eventuel opfyldelse af egne afgørelser i de tilfælde, hvor sagen ikke indbringes for Domstolen. Afgørelserne kan medføre, at den hidtidige retstilstand i det indklagede land må ændres. Hvilke skridt i så henseende der må tages, er imidlertid overladt til de nationale myndigheder. Tvangsfuldbyrdelse er udelukket. Manglende opfyldelse kan derimod, hvis situationen skulle indtræffe, tænkes at føre til indstilling om, at det pågældende land fratages medlemskabet af Europarådet.

Konventionen indeholder ingen nærmere angivelse af, hvilket kildemateriale Domstolen (og Kommissionen) kan eller skal tage i betragtning. Dette er for så vidt fuldt forståeligt, al den stund opgaven er begrænset til afgørelse af sager vedrørende konventionens fortolkning og anvendelse. I henseende til fortolkningen følges i et vist omfang de generelle principper, som er nedlagt i traktatkonventionen, jfr. ovenfor side 144 og nedenfor side 306. Der henvises i nogen grad til tidligere afgørelser, og der er således næppe tvivl om, at der tænkes i præjudikatbaner. Da fortolkningsstilen er dynamisk, d.v.s. at forståelsen søges tilpasset samfundsudviklingen, jfr. *Bernhard & Lehmann* 1985, 23, må betydningen heraf dog ikke overdrives. Sagsmængden har i øvrigt udvist en betragtelig stigning i de senere år, og det samlede antal afgørelser fra Domstolen er da også ganske omfattende, når der sammenlignes med Den Internationale Domstol. Ved siden af klagebehandlingsfunktionen har Domstolen til opgave efter anmodning fra Ministerkomitéen at afgive responsa om visse processuelle spørgsmål o.l.

6.2.5. Almindelige retsgrundsætninger

Som omtalt foran side 143 medtager statutten for Den Internationale Domstol som folkeretligt kildemateriale »almindelige retsgrundsætninger som anerken-

des af civiliserede nationer«. Bortset fra, at slutkvalifikationen i sig selv kan give anledning til vidtløftig diskussion, herunder med hensyntagen til aktuelle og historiske eksempler på regimer, som ud fra nærmest enhver standard måtte betragtes som absolut uciviliserede, men som ikke desto mindre har (haft) folkeretlig accept, er det temmelig uklart, hvilke forhold der egentlig sigtes til, jfr. til dels den samme problemstilling i national ret ovenfor side 138. Der findes ganske vist fra Den Internationale Domstols praksis et mindre antal – nærmest selvfølgelige – eksempler på henvisninger til »general and well-recognized principles«, fx det forfatningsretlige princip om »implied powers« (d.v.s. en forudsat kompetence for et bestemt organ, som indfortolkes i forfatningen) og de principper, som ligger bag FN-konventionen om folkedrab (1948). På den anden side har Domstolen gentagne gange distanceret sig fra det synspunkt, at der uden videre kan parallelliseres mellem selv vidt udbredte nationale retsgrundsætninger og folkeretten, omend de første meget vel kan være et vist inspirationsmateriale. Det ligger efter rettens praksis også fast, at mulige folkeretlige retsgrundsætninger må vige pladsen for traktatret og folkeretlige sædvaner. Det er herefter i hovedsagen nærliggende at opfatte den her foreliggende faktor som en sidste skanse af principielt samme beskaffenhed som forholdets natur i national ret, jfr. hertil *Rosenne* 1985, 608 ff.

6.3. Generelt om forholdet mellem folkeret og national ret

6.3.1. Det folkeretlige udgangspunkt

Folkeretten stiller et almindeligt krav om, at staterne loyalt opfylder deres folkeretlige forpligtelser uanset grundlaget for disse, jfr. udtrykkeligt for traktaters vedkommende ovenfor side 143 om traktatretskonventionens art. 26. Den heri indeholdte grundsætning (»pacta sunt servanda«) suppleres af konventionens art. 27, hvorefter en stat ikke må påberåbe sig bestemmelser i den nationale retsorden til retfærdiggørelse af sin undladelse af at opfylde en traktat.

Hvordan opfyldelsen nærmere skal ske, beror naturligvis i første række på indholdet af de folkeretlige regler, der er tale om. Det har sædvanligvis afgørende betydning, om disse sigter mod at få interne virkninger i de pågældende stater i den forstand, at de berører retsforholdene mellem borgerne indbyrdes eller mellem disse og offentlige myndigheder eller – modsat – om sådanne virkninger ikke tilstræbes. I bekræftende fald må de folkeretlige regler ved hjælp af foranstaltninger fra nationale myndigheder på en eller anden måde gøres til bestanddele af de nationale retsordener. Da det er her, man

finder brændpunktet for folkeretlige reglers retskildemæssige betydning, begrænses den følgende fremstilling til regler af den nævnte art.

Staters manglende opfyldelse af folkeretlige forpligtelser konstituerer som omtalt ovenfor side 141 et »folkeretsbrud«, medmindre der (undtagelsesvis) foreligger særlige retmæssighedsgrunde (fx nødværge eller nødret). Bruddet kan føre til et »folkeretligt ansvar«, hvis mere konkrete manifestationer kan bestå i pligt til at bringe den ulovlige tilstand til ophør og til eventuelt at betale erstatning for påførte tab, jfr. herved om de manglende tvangsfuldbyrds-muligheder ovenfor side 141, 146 og 149.

6.3.2. Former for opfyldelse af folkeretlige forpligtelser

Folkeretten stiller som udgangspunkt ikke bestemte krav til den måde, opfyldelsen af folkeretlige forpligtelser sker på. Det er nok, at de folkeretlige regler respekteres i national ret, dels i den konkrete retsanvendelse, dels således at den nationale retsorden ikke afviger fra de folkeretlige regler (såkaldt *løbende opfyldelse*). Undtagelsesvis forekommer det dog, at indgåede traktater bestemmer, at traktaten skal gøres til bestanddel af national ret ved udstedelse af en generel national retsakt (såkaldt *abstrakt opfyldelse*). Som eksempel på det sidste kan der henvises til lov nr. 122 af 15. april 1964 (lovbekendtgørelse nr. 722 af 24. oktober 1986) om hvilket lands retsregler, der skal anvendes på løssørekøb af international karakter, som for så vidt er det danske svar på det udtrykkelige krav om opfyldelse ved generel retsakt i Haagkonventionen af 15. juni 1955 om internationale løssørekøb.

Medens folkeretten alene fordrer løbende opfyldelse, stiller sagen sig noget anderledes, når der ses på, hvorledes *de enkelte stater* forfatninger eller forfatningsmæssige praksis behandler opfyldesspørgsmålet. Forskellene er betydelige. I nogle lande går man ud fra, at *traktatbaserede* folkeretlige regler, i hvert fald når de er offentliggjort, uden videre bliver en del af national ret. Der tales i sådanne tilfælde om *automatisk* eller *generel inkorporering*, ligesom det siges, at de pågældende stater anvender en *monistisk model* i henseende til opfyldelsen. I dette sidste ligger, at det nationale retssystem ikke er afskærmet fra folkeretten, men tværtimod generelt er åbent over for denne, således at der i en vis forstand kan tales om en sammenhængende retsorden. Til denne gruppe hører USA, Frankrig og Benelux-landene samt – praktisk vigtigt – Den Europæiske Union i det omfang disse har traktatkompetence.

I andre stater er udgangspunktet det modsatte. Er der ikke allerede overensstemmelse mellem national ret og traktatreglerne, og skal disse sidste have virkninger i de enkelte lande, forudsætter dette udfærdigelse af en generel national retsakt herom, fx lovgivning. Denne kan have form enten af en godkendelse af optagelsen af de folkeretlige regler i national ret eller af en om-

skrivning af disse til nationale regler. Fremgangsmåden kaldes *speciel inkorporering* eller *omskrivning*, og de pågældende stater ses som tilhængere af en *dualistisk model*. Hermed menes, at folkeretten og de nationale regler principielt opfattes som to forskellige og adskilte retsordener. Hvis de folkeretlige regler skal have intern virkning, som ikke allerede kendes i national ret, bliver der først plads til dem i den nationale retsorden, når der har fundet et hamskifte sted formidlet af en generel national retsakt, som transformerer de folkeretlige regler til national ret. Tyskland, Storbritannien og de nordiske lande hører hjemme i denne kategori. Forholdene er lidt anderledes med hensyn til folkeretlig *sædvaneret*, idet denne i nogle af de stater, som for traktaters vedkommende følger en dualistisk model, inkorporeres automatisk. Dette gælder fx Tyskland, Storbritannien og måske også Danmark og Sverige.

Opfyldelsesforanstaltningerne kan tillige vurderes ud fra et andet kriterium, nemlig under hensyntagen til, om den folkeretlige regel indgår i national ret i sin folkeretlige udformning, eller om den omskrives til det nationale retsprog. I førstnævnte fald benyttes betegnelsen *inkorporering* (uanset om denne er generel eller speciel), medens der i sidstnævnte tales om *omskrivning*. Samme folkeretlige regel kan herefter tage sig ganske forskelligt ud i de enkelte nationale retsordener. Konventionen om internationale køb (CISG, jfr. ovenfor eksempel 39) er som nævnt fx inkorporeret i dansk ret på den måde, at en dansk lov (nr. 783 af 7. december 1988) kort og godt fastslår, at konventionen – bortset fra dennes del II – gælder i Danmark (inkorporering ved henvisning til den folkeretlige regel). I Norge er konventionen derimod blevet omskrevet til norsk, og de fleste af dens bestemmelser fremstilles under ét med de nationale regler (lov nr. 27 af 13. maj 1988 om Kjøb). Da intet af de nordiske sprog er autentisk konventionssprog, er vejen hermed principielt banet for uoverensstemmelser.

6.3.3. Indgåelse og opfyldelse af folkeretlige forpligtelser efter dansk ret

6.3.3.1. Indgåelse

I et vist omfang er Folketingets samtykke nødvendigt for, at Danmark overhovedet kan påtage sig forpligtelser efter en foreliggende traktat (ved dennes ratifikation, jfr. ovenfor side 144). Af grundlovens § 19, stk. 1, følger det således, at statsoverhovedet (d.v.s. reelt regeringen) bl.a. ikke uden Folketingets samtykke kan indgå nogen forpligtelse, til hvis opfyldelse dets medvirken er nødvendig, eller som i øvrigt er af større betydning.

Såfremt de traktatmæssige forpligtelser kan opfyldes uden ny lovgivning eller ændringer i den bestående, er samtykke i form af almindelig folketingsbeslutning tilstrækkeligt. Kræver opfyldelsen derimod ny eller ændret lovgivning, må samtykket principielt følges op af sædvanlig fremsættelse og

6.3. Generelt om forholdet mellem folkeret og national ret

vedtagelse af lovforslag. Er det muligt at gennemføre den nye lovgivning inden ratifikationen, slås de to processer imidlertid sammen, således at særskilt beslutningsforslag om ratifikation ikke fremsættes. Herudover ses lejlighedsvis forhåndssamtykke til indgåelse af fremtidige traktater på bestemte områder. I sådanne tilfælde afgives samtykket som regel i lovsform.

6.3.3.2. Abstrakt opfyldelse

Som omtalt ovenfor side 152 er det almindelige udgangspunkt i Danmark for *traktaters* vedkommende et dualistisk syn på forholdet mellem folkeret og dansk ret. Traktatbestemmelser, som skal have interne virkninger, kan selvfølgelig ikke uden videre håndhæves i Danmark af de retsanvendende myndigheder. Er en traktatbestemmelse i strid med en gældende dansk regel, er det denne sidste, der skal anvendes, ligesom en traktatbestemmelse ikke i sig selv kan udgøre det fornødne hjemmelsgrundlag i tilfælde, hvor hjemmel er nødvendig for en dansk myndigheds dispositioner.

Hvad der herefter er anledning til at foretage med hensyn til opfyldelse af traktatmæssige forpligtelser af den nævnte art, beror naturligvis i første række på, om dansk ret må antages allerede at være i overensstemmelse med traktatbestemmelserne. Denne løsning kan være tilvejebragt på forhånd, således at dansk ret bevidst har fået et sådant indhold, at der er harmoni med fremtidige traktater (»forhåndsinkorporering«). Overensstemmelsen kan også være mere tilfældig. I begge tilfælde er generelle opfyldeshandlinger unødvendige i fortsættelse af ratifikationen. Det er følgelig tilstrækkeligt, dels at lovgivningsmagten afstår fra senere at lovgive i strid med traktaten, dels at domstole og forvaltningsmyndigheder respekterer denne ved deres (fortsatte) anvendelse af de danske regler (d.v.s. »løbende opfyldelse«). Et ingenlunde uvæsentligt problem i disse forbindelser består i, at de traktatmæssige forpligtelser ikke nødvendigvis er af statisk karakter, men kan udvides og/eller nuanceres i praksis, jfr. fx om konventionsorganerne efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ovenfor side 149.

Er den fornødne overensstemmelse ikke til stede, således at opfyldelse nødvendiggør ny eller ændret lovgivning, står to muligheder åbne. Man kan, jfr. ovenfor side 152, vælge at *omskrive* traktatbestemmelserne til (almindelige) danske lovbestemmelser, se som eksempler herpå den ovenfor side 151 nævnte lovgivning om lovvalget ved internationale løsøre køb og lov nr. 47 af 10. marts 1965 om fragtaftaler ved international vejtransport (CMR-loven). Alternativt kan traktatbestemmelserne *inkorporeres ved henvisning*, således at de i deres originale udformning gøres til bestanddele af dansk ret, ved at der udtrykkeligt henvises til dem, jfr. som eksempler på dette CISG (eksempel 39) og lov nr. 285 af 29. april 1992, som henvisningsinkorporerer Den Europæiske

Kapitel 6

Menneskerettighedskonvention. Begge fremgangsmåder byder på fordele og ulemper, men henvisningsinkorporering er aktuelt den oftest anvendte fremgangsmåde.

For så vidt angår folkeretlig *sædvaneret*, har udgangspunktet i doktrinen hidtil været det samme som for traktater, d.v.s. at henvisningsinkorporering eller omskrivning i princippet er blevet anset for nødvendig til opfyldelse, se *Gulmann, Bernhard & Lehmann* 1989, 87 f og 90. Spørgsmålet har ikke samme praktiske betydning som ved traktatretten, idet de fleste folkeretlige sædvaner angår forholdet mellem stater og således ikke har interne virkninger. Løbende opfyldelse af de på sædvaneret støttede mellemstatslige forpligtelser vil i øvrigt som regel være tilstrækkelig. Det er dog i de senere år med henvisning til retspraksis gjort gældende, at den folkeretlige sædvaneret må anses for generelt (automatisk) inkorporeret i dansk ret, jfr. *Niels Madsen* 1986, 34 ff og videre nedenfor side 160.

Er inkorporering/omskrivning sket, er de folkeretlige regler bestanddele af gældende dansk ret og behandles som udgangspunkt på samme måde som nationale regler, jfr. dog nedenfor i kapitel IX om særlige fortolkningshensyn ved regler med international baggrund. Sammenlignet med »almindelige« nationale retskildefaktorer er der naturligvis den særegenhed, at det grundlæggende kildemateriale ofte ikke vil foreligge autoritativt formuleret på dansk, såfremt inkorporeringen er sket ved henvisning.

6.3.3.3. Løbende opfyldelse

Som omtalt ovenfor side 151 består løbende opfyldelse i, at den nationale retsorden og den nationale retsanvendelse til enhver tid udviser respekt for gældende folkeretlige forpligtelser. Har inkorporering/omskrivning fundet sted, vil denne formodningsvis harmonere med de folkeretlige regler, ligesom den på grundlag af den abstrakte opfyldelse udviklede domstols- og myndighedspraksis formodningsvis vil være i overensstemmelse med disse reglers indhold og formål. Har der ikke været tale om abstrakt opfyldelse, fx fordi dansk ret antages allerede at svare til de folkeretlige regler, kan man på tilsvarende måde normalt gå ud fra, at lovgivningsmagt, domstole og forvaltning »følger med«, således at uoverensstemmelser undgås. Mulighederne for konflikt er imidlertid ikke udelukket. I et system som det danske kan der navnlig peges på:

1. Der har ikke fundet abstrakt opfyldelse sted, idet man har skønnet, at dansk ret allerede var i overensstemmelse med de folkeretlige regler. Skønnet viser sig imidlertid at have været eller at blive urigtigt. Forklaringen herpå kan være den, at der rent faktisk findes ældre lovgivning, som ikke harmonerer med de folkeretlige regler eller – snarere – at disse udvikles på en

6.3. Generelt om forholdet mellem folkeret og national ret

måde, man ikke havde forudset, fx i mellemfolkelige domstoles eller myndigheders praksis. Beslægtet med disse situationer er tilfælde, hvor nye folkeretlige sædvaner strider mod ældre lovgivning, eller hvor sædvaneretten viser sig at have eller få et andet indhold end antaget.

2. Inkorporering/omskrivning vil ske, men er endnu ikke iværksat. Gældende national ret afviger fra de folkeretlige regler.
3. De folkeretlige regler er vel inkorporeret/omskrevet, men processen har været mangelfuld, således at den nationale retstilstand allerede ved selve den abstrakte opfyldelse er forskellig fra den folkeretlige.
4. Senere national lovgivning strider mod de folkeretlige regler, hvad enten disse er inkorporeret/omskrevet eller ej, i sidstnævnte fald navnlig fordi man (tidligere) skønnede, at der var normharmonien.

Med det i indledningen til forrige afsnit refererede udgangspunkt i dansk ret skulle retstilstanden i de nævnte tilfælde i hovedsagen være klar nok: De folkeretlige regler kan i hvert fald ikke anvendes, såfremt de *strider mod nationale regler*, og de kan heller ikke *afgive hjemmel* for afgørelser fra danske myndigheder, såfremt hjemmel (i lovgivningen, jfr. legalitetsprincippet) er nødvendig for myndighederne i den pågældende sag. Med det sigte, at Danmark løbende behørigt kan opfylde sine folkeretlige forpligtelser, er der imidlertid i doktrinen – til dels med støtte i retspraksis – udviklet nogle synspunkter, som udtrykker modifikationer i udgangspunktet, og som giver mulighed for at fjerne nogle af de for så vidt ubehagelige konsekvenser af dette.

Den første af disse modifikationer går under betegnelsen *fortolkningsreglen*. Den går ud på, at nationale regler altid så vidt muligt skal *fortolkes* på en måde, der bringer dem i overensstemmelse med foreliggende folkeretlige forpligtelser. Forudsætningen er naturligvis, at den nationale regel overhovedet er åben for tolkningsalternativer, og at i hvert fald ét af disse stemmer med den folkeretlige regel.

Som en anden modifikation opereres med en såkaldt *formodningsregel*. I denne ligger, at det skal *formodes*, at lovgivningsmagten (eller anden myndighed med kompetence til generel autoritativ retsfastsættelse) ikke har villet handle i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser. Nationale regler skal derfor anvendes således, at folkeretsstridige handlinger undgås. Dette er selvfølgelig også tilfældet med fortolkningsreglen, og det kan derfor hævdes, at formodnings- og fortolkningsreglerne er to alen ud af ét stykke. I hvert fald for en teoretisk betragtning er det dog ikke uvæsentligt at fremhæve, at formodningsreglen har selvstændig betydning derved, at den dækker tilfælde, hvor konformitet med folkeretten ikke kan opnås ved *sædvanlig* fortolkning af

national ret. Det antages tillige at være en forudsætning for dens anvendelse, at behovet for justering af den danske regels indhold er forholdsvis beskedent.

Videre er der tilslutning til at modificere udgangspunktet gennem, hvad der er blevet kaldt *instruktionsreglen*. Efter denne binder folkeretlige regler den offentlige forvaltning, når denne udøver et frit skøn i henhold til den tilgrundliggende nationale hjemmelslovgivning. Baggrunden herfor ses særlig i det forhold, at det må være Folketinget og ikke forvaltningsmyndighederne, der tager stilling til, om landets folkeretlige forpligtelser skal brydes. Med dette som udgangspunkt formodes forvaltningen simpelthen i almindelighed at være forpligtet til at handle i overensstemmelse med folkeretlige regler, i det omfang det er muligt inden for gældende ret og selvsagt under forudsætning af, at den folkeretlige regel har et rimeligt præcist indhold. Har forvaltningen sat sig ud over denne forpligtelse, er det domstolenes opgave at gøre skaden god igen, fx ved at erklære den trufne forvaltningsafgørelse ugyldig, jfr. *Gulmann, Bernhard & Lehmann* 1989, 93 f.

Medens fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglerne retter sig mod tilfælde, hvor der er eller kan være konflikt mellem national ret og folkeret, drejer en fjerde mulig modifikation sig om situationer, hvor national ret er tavs om et givet spørgsmål, og hvor der derfor kan siges at foreligge et »retstomt rum«. I så fald mener nogle forfattere, at der kan blive tale om anvendelse af en såkaldt *udfyldningsregel*. Indholdet af denne går ud på, at de retsanvendende myndigheder, under forudsætning af at legalitetsprincippet ikke krænkes, kan udfylde det »retstomme rum« ved direkte brug af traktatbestemmelser eller almindelige folkeretlige grundsætninger/principper, jfr. *Rehof & Trier* 1990, 85 f.

Endelig er det gjort gældende, at de nævnte fire regler må suppleres med en femte, som er blevet betegnet som *retssikkerhedsgarantien*. Efter denne skulle en folkeretlig og en national kildefaktor kunne påberåbes ligeværdigt over for de retsanvendende myndigheder, såfremt der er tale om den del af menneskerettighederne, som kan betegnes som »retssikkerhedsgarantier«. Som sådanne opfattes konventionsbestemmelser, der er så specifikt formuleret, at de lige så vel kunne have stået i en dansk lov, og som opstiller grænser (forbud) vedrørende statsmagtens »fremfærd« mod borgerne i henseende til disses person eller ejendom, jfr. *Werlauff* 1991, 227 ff.

Som det ses, betegner de fleste af modifikationerne sig som »regler«, d.v.s. at de formodningsvis tillægger sig selv et normativt indhold. Det kan diskuteres – i det mindste for nogle af dem – om en sådan status virkelig foreligger, jfr. de to følgende afsnit. På indeværende sted er det tilstrækkeligt at fastslå, at såfremt modifikationerne accepteres, fører de til meget vidtgående begrænsninger i det anførte udgangspunkt med deraf følgende betydelige

handlemuligheder for domstole og forvaltning i retning af folkeretskonform retsanvendelse. Tilbage som irreparable er i det væsentligste alene tilfælde, hvor national lovgivning klart og på vigtigere punkter strider mod folkeretlige forpligtelser, eller hvor legalitetsprincippet sætter bom for manøvrerlighederne.

6.4. Folkeretten som kildefaktor i dansk retspraksis

6.4.1. Traktater

6.4.1.1. Abstrakt opfyldelse foretaget

Som omtalt ovenfor side 153 vil national praksis, efter at inkorporering/omskrivning er foretaget, formodningsvis være i overensstemmelse med de folkeretlige regler, såfremt den danske retsakt korresponderer med disse. Opstår der tvivl om forståelsen af de danske regler, udgør det folkeretlige grundlag et centralt fortolkningsholdepunkt, således at national ret i den løbende opfyldelse søges fortolket i overensstemmelse med den foreliggende traktat, jfr. illustration UfR 1975/30 H vedrørende den såkaldte »Bernerkonvention« om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker og kommentaren hertil i UfR 1975 B p. 108.

Forholdet kan imidlertid som nævnt side 155 være det, at opfyldelsesretsakten ikke fuldtud svarer til det folkeretlige forlæg. Den herefter konstaterede uoverensstemmelse mellem de folkeretlige og de danske regler kan i så fald tænkes at være af en så manifest karakter, at den efter domstolenes opfattelse ikke uden videre lader sig udjævne ved fortolkning, jfr.

Eksempel 40:

Danmark tiltrådte i 1965 en europæisk konvention om fragtaftaler ved international godsbehandling ad landevej (»Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route«, CMR). Til opfyldelse af konventionen vedtoges lov nr. 47 af 10. marts 1965 (CMR-loven). Ved forberedelsen af denne var man opmærksom på, at lovens gennemførelse måtte medføre, at ansvarsreglen i den dagældende færdselslovs § 65 ikke længere kom til anvendelse på fragtføreransvaret ved international godstransport ad landevej. Et forslag om at ophæve § 65 samtidig med ikrafttrædelsen af CMR-loven gennemførtes imidlertid ikke, angiveligt med den begrundelse, at forslaget hørte hjemme i færdselsloven og ville blive medtaget ved en senere revision af denne. Der skete dog ingen senere ændringer af færdselsloven. Efter et færdselsuheld med en godstransport i Danmark i 1970 udbetalte ladningens forsikringsselskab erstatning til ladningsejeren og krævede derefter beløbet refunderet af vognmanden under henvisning til dennes ansvar efter færdselslovens § 65. Vognmanden påstod frifindelse med den begrundelse, at ansvaret skulle bedømmes efter CMR-loven (og med hensyntagen til den efter denne gældende korte forældelsesfrist på 1 år). Østre Landsret gav i dommen i UfR 1974/263 forsikringsselskabet medhold. Retten anførte herved, at det ikke af CMR-lovens tilblivelseshistorie med tilstrækkelig klarhed fremgik, at det ved denne lovs tilblivelse havde været tilsigtet, at færdselslovens § 65 skulle ophøre med

Kapitel 6

at finde anvendelse på fragtføreransvaret efter CMR-loven, ligesom en sådan begrænsning af anvendelsesområdet for § 65 heller ikke kunne udledes af denne bestemmelse, sammenholdt med CMR-lovens indhold, eller på andet grundlag.

Den i eksemplet omtalte dom, der er den eneste af sin slags, har betydning som illustration af det ovenfor side 153 anførte hovedsynspunkt: Folkeretlige regler kan ikke anvendes, såfremt de strider mod danske regler. Det er vigtigt at mærke sig, at præmisserne tager udgangspunkt i, hvad lovgivningsmagten havde tilsigtet ved transformationen af de folkeretlige regler til dansk ret. Rettens vurdering heraf er diskutabel, jfr. den tilkendegivne intention om senere ændring af færdselsloven, ligesom almindelige fortolkningssynspunkter (lex specialis og lex posterior, jfr. nedenfor side 280) i det konkrete tilfælde kunne have talt for at præferere CMR-loven. Budskabet i dommen er derfor først og fremmest, at man ved en konflikt, der skønnes at være åben og uløselig, er indstillet på at give de nationale regler forrang.

6.4.2.1. Abstrakt opfyldelse ikke foretaget

Når abstrakt opfyldelse ikke er foretaget, vil forklaringen herpå i de fleste tilfælde være den, at man har skønnet, at dansk ret allerede var i overensstemmelse med reglerne i den pågældende traktat. Sager om mulige konflikter mellem dansk ret og traktatreglerne har her navnlig foreligget med hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jfr. ovenfor side 147, inden denne ved lov nr. 285 af 29. april 1992 inkorporeredes i dansk ret.

Eksempel 41:

Ved en af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i 1989 afsagt dom fandt Domstolen, at Danmark under en straffesag havde handlet i strid med konventionens artikel 6, der bl.a. foreskriver, at enhver, der anklages for en forbrydelse, er berettiget til retfærdig rettergang for en uafhængig og upartisk dommer. Under den pågældende sag havde den dømte været varetægtsfængslet, og et større antal af fængslingsforlængelserne var sket under henvisning til bestemmelsen i retsplejelovens § 762, stk. 2, der forudsætter »særlig bestyrket mistanke« om, at vedkommende har begået den forbrydelse, han er sigtet for. Efter Domstolens opfattelse berettigede det blotte faktum, at en dommer har afsagt kendelse om varetægtsfængsling, ikke i sig selv til frygt for manglende upartiskhed. Derimod fandt man, at det forhold, at et antal af fængslingskendelserne var begrundet med »særlig bestyrket mistanke«, førte til, at der kun var en spinkel forskel mellem det spørgsmål, som skulle afgøres ved varetægtsfængslingen, og det, der skulle afgøres ved den endelige dom. I den konkrete sag kunne det derfor godt se ud, som om der kunne rejses tvivl om dommerens upartiskhed, og at klagerens frygt i denne henseende kunne anses for at være objektivt begrundet.

Under sagens behandling ved Menneskerettighedskommissionen og senere ved Domstolen ændredes retsplejelovens § 60, stk. 2, således at ingen måtte deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, hvor han tidligere i sagen havde varetægtsfængslet alene efter lovens § 762, stk. 2.

Ved afgørelsen i UfR 1990/13 tog Højesteret stilling til betydningen af den nævnte dom fra Menneskerettighedsdomstolen i en sag, der vedrørte en dommers habilitet ved domsfor-

handlingen i en anden straffesag. Her havde de tiltalte også været varetægtsfængslet, bl.a. (men altså ikke alene) med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2. Højesteret fandt, at der efter forarbejderne til den ovenfor omtalte ændring i retsplejeloven ikke var grundlag for at fastslå, at lovens § 60, stk. 2, tilsigtede en udtømmende regulering af spørgsmålet om en dommers inhabilitet som følge af, at han under sagens forberedelse havde taget stilling til varetægtsfængsling efter § 762, stk. 2. Retsplejelovens § 60, stk. 2, og den almindelige inhabilitetsregel i § 62, stk. 1, måtte *fortolkes* i overensstemmelse med de principper, som Menneskerettighedsdomstolen havde givet udtryk for i den refererede dom. Selv om denne var konkret begrundet, måtte den opfattes således, at det *sædvanligvis* ikke ville være stemmende med Menneskerettighedskonventionens art. 6, at en dommer, som før domsforhandlingen havde truffet bestemmelse om fængsling efter § 762, stk. 2, enten alene eller i forbindelse med andre fængslingsgrunde, medvirkede ved sagens pådømmelse. Dommeren blev følgelig anset for inhabil. Dommen fulgtes op af ændringer i retsplejeloven (i overensstemmelse med domsresultatet), jfr. lov nr. 403 af 13. juni 1990. – Se om andre afgørelser vedrørende Menneskerettighedskonventionen UfR 1985/1080 H, 1986/898 H, 1987/440 H, 1989/302 Ø, 1990/181 H og 903 H, 1992/930 Ø og 949 V samt 1993/512 V.

Eksemplet illustrerer i første række anvendelsen af den ovenfor side 155 omtalte *fortolkningsregel*: De nationale regler fortolkes på en måde, som bringer dem i overensstemmelse med foreliggende folkeretlige forpligtelser. Eksemplet viser dernæst, at domstolene ved den nærmere fastlæggelse af, hvad disse forpligtelser går ud på, lægger betydelig vægt på den retsopfattelse, som er udtrykt af internationale konfliktløsningsorganer (i eksemplet Menneskerettighedsdomstolen). Den anvendte fremgangsmåde er meget karakteristisk for retspraksis. Danske domstole søger, så vidt det overhovedet er gørligt, at fortolke sig ud af foreliggende problemer i forholdet mellem national ret og folkeret, således at forekomsten af konflikt benægtes. Mulighederne herfor afhænger selvsagt i høj grad af beskaffenheden af det nationale retsgrundlag, d.v.s. at fremgangsmåden frembyder færrest problemer, hvor dette – som i eksemplet – har vag og ubestemt karakter. Grænsen nås i tilfælde, hvor tilpasningen af national ret til de folkeretlige regler formodes at ville indebære så omfattende følger, at lovgivningsmagten bør tage stilling, se som eksempel herpå UfR 1990/181 H.

Ingen af de foreliggende retsafgørelser kan indiskutabelt opfattes som eksempler på *direkte* anvendelse af traktatbaserede regler, d.v.s. til umiddelbar begrundelse af resultatet, ligesom der heller ikke er klare eksempler på anvendelse af de øvrige ovenfor side 155 omtalte vejledende regler (»formodningsreglen« m.v.).

6.4.2. Folkeretlige sædvaner

Betydningen af folkeretlige sædvaner har i national retspraksis navnlig foreligget i en række sager om fremmede staters og diplomaters immunitet, d.v.s. deres fritagelse for retsforfølgning ved danske domstole. De folkeretlige regler

Kapitel 6

herom er udviklet gennem sædvane. For diplomaters vedkommende er reglerne i betydelig udstrækning kodificeret, især ved internationale konventioner om diplomatiske og konsulære forbindelser, som også Danmark har tiltrådt (lov nr. 252 af 18. juni 1968 og lov nr. 67 af 8. marts 1972). For så vidt angår stater findes derimod ingen generel traktatmæssig regulering, d.v.s. at det umiddelbare retsgrundlag fortsat er sædvaneret. I national lovgivning er der (i retsplejeloven) ingen almindelig henvisning til eller modifikation vedrørende folkeretlige regler i bestemmelserne om danske domstoles kompetence m.v.

Eksempel 42:

Den franske ambassadør i Danmark lejede på den franske stats vegne i 1985 nogle kontorlokaler i København af en privat udlejer til brug for ambassadens handelsafdeling. I 1987 opstod der uenighed mellem parterne om en af udlejeren varslet lejeforhøjelse, og denne indbragte derefter mellemværendet for retten med påstand om, at forhøjelsen toges til følge. Sagsøgte, d.v.s. den franske stat, krævede sagen afvist med henvisning til folkerettens almindelige regler om staters immunitet og til principperne i den første af de ovenfor nævnte konventioner. Østre Landsret accepterede ikke afvisningspåstanden. Lejekontrakten måtte anses for at være af privatretlig karakter, og de folkeretlige regler om staters immunitet fritog efter rettens opfattelse ikke en fremmed stat for søgsmål i Danmark i den anledning. Ved kendelsen i UfR 1992/453 tiltrådte Højesteret dette resultat med den givne begrundelse. En næsten tilsvarende afgørelse findes i UfR 1982/1128 H. – I forhold til en ældre dom (UfR 1942/1002 Ø) er der tale om en bevægelse i opfattelsen af immunitetsreglernes indhold. Medens der måske tidligere kunne tales om et princip om fremmede staters absolutte immunitet, er de to kendelser, som det ses, udtryk for, at fremmede stater kan sagsøges, når de har handlet »jure gestionis«, d.v.s. som almindelige borgere kunne have gjort det.

Kendelsen i eksemplet (og den tidligere kendelse i UfR 1982/1128 H) kan tolkes på flere måder. Én mulighed er, at domstolene er gået ud fra retsplejelovens almindelige kompetenceregler og derefter med hensyntagen til formodningsreglen har vurderet rækkevidden af de folkeretlige immunitetsregler for at afklare, om der forelå en konflikt mellem national ret og folkeretten. Således som indholdet af den sidste blev fastlagt, var der ingen konflikt, og sagen kunne herefter fremmes på helt sædvanlig vis efter national ret. Denne forståelse rækker ikke ved den traditionelle (dualistiske) opfattelse af forholdet mellem national ret og folkeret, jfr. ovenfor side 152. En anden mulighed er, at udgangspunktet tværtimod har været de folkeretlige regler, og at sagen umiddelbart er afgjort på en stillingtagen til, om disse i en situation som den forliggende tilsagde immunitet eller ej. En sådan udlægning af afgørelsen peger i retning af, at den folkeretlige sædvaneret – i hvert fald for så vidt angår immunitetsreglerne – som automatisk inkorporeret opfattes som en integrerende bestanddel af dansk ret, og at den følgelig kan og skal anvendes direkte med det indhold, den til enhver tid har.

Det tjener naturligvis intet formål at drøfte, hvilken af de to tolkninger der er den »rigtige«. Uanset om man præfererer den ene eller den anden, bør det imidlertid noteres, at også efter den første – traditionelle – forståelse er det åbenbart, at domstolene går ind i en vurdering af den folkeretlige sædvanerets indhold. Forskellen mellem forståelserne skulle herefter navnlig vise sig derved, at de folkeretlige regler i konfliktsituationer i almindelighed har lavere retskildemæssig vægt ved den første mulighed end ved den anden.

6.4.3. Andre folkeretlige kildefaktorer

Blandt de øvrige folkeretlige kildefaktorer er det navnlig praksis fra internationale konfliktløsningsorganer o.l., som kan tænkes at spille en rolle for danske domstole. Ovenfor side 159 er det da også omtalt, at de nationale retter ved vurderingen af, om dansk ret er i overensstemmelse med traktatmæssige forpligtelser, tager hensyn til den tolkning af sidstnævnte, som anlægges af de internationale organer.

Afgørelser fra internationale konfliktløsningsorganer inddrages naturligt nok videre i overvejelserne i de mere sjældne tilfælde, hvor det umiddelbare retsgrundlag er af folkeretlig karakter. Et eksempel findes i UfR 1964/624 H om berettigelsen til at få del i en såkaldt »globalerstatning« efter en aftale mellem Danmark og Tjcekoslovakiet om erstatning for nationaliseret ejendom. Det fremgår af en kommentar til dommen (UfR 1964 B p. 276), at Højesteret tog hensyn til en tidligere afgørelse i en noget lignende sag mellem Italien og USA, og at man lagde sig på linie med det her opnåede resultat. Dommen er blevet set som et eksempel på, at Højesteret valgte det resultat, som i størst mulig udstrækning styrker folkerettens betydning i intern ret, jfr. *Stenderup Jensen* 1990, 6. Det er ikke uden videre nogen holdbar vurdering. Som sagen stillede sig, er det givet, at berettigelsen til at få del i den pågældende erstatning efter dansk ret skulle afgøres efter folkerettens regler. Afgørelsen er herefter neutral i det anførte perspektiv.

Der er ikke dansk praksis, som viser noget om anvendelsen af de ovenfor side 149 omtalte folkeretlige retsgrundsætninger.

6.4.4. Sammenfatning

På baggrund af den foreliggende – ikke særlig omfattende – retspraksis er det helt uproblematisk – men heller ikke særlig vejledende – generelt at fastslå, at folkeretlige regler udgør relevante retskildefaktorer for danske domstole. De retskildemæssige problemer omkring folkeretten angår reelt ikke spørgsmålet, om der tages hensyn til folkeretlige regler, men *hvilken vægt* disse i påkommende fald kan og skal tillægges. Her er der efter praksis øjensynlig nogle klare begrænsninger, som fortsat gør det berettiget at karakterisere den danske

retstilstand som præget af et dualistisk syn på forholdet mellem intern ret og folkeret. Med hensyntagen til lovgivningsmagts intentioner er danske domstole således i åbne konfliktsituationer ikke beredt til at give folkeretlige regler – uanset disses art – forrang for nationale. Det kan formentlig videre lægges fast, at overvejelser omkring den grundlæggende opgavefordeling mellem lovgivningsmagt og domstole betinger, at man, hvor intern ret ikke henviser til folkeret, heller ikke er indstillet på umiddelbart at tillægge folkeretlige regler status som fornøden hjemmel for en bestemt afgørelse, i hvert fald ikke når denne skønnes at kunne få videregående betydning. Man klarer sig med fortolknings- og formodningsreglerne og den for en samlet betragtning forholdsvis lave prioritering af folkeretten, som disse indebærer. Instruktionsreglen, jfr. ovenfor side 156, synes anerkendt i administrativ praksis, men er, selv om den næppe fører til noget andet resultat end formodningsreglen, ikke konfirmeret af domstolene. Heller ikke den smst. nævnte »retssikkerhedsgaranti« synes at have – eller at kunne få – selvstændig betydning ved siden af fortolknings- og formodningsreglerne. Hvad endelig angår den såkaldte »udfyldningsregel«, er det på den ene side klart, at denne ikke kan konkret støtte i retspraksis. Hvis »retstomme rum« virkelig forekommer, er det på den anden side principielt ikke udelukket, at domstolene ved fri retsdannelse tager hensyn til foreliggende traktatbestemmelser eller almindelige folkeretlige grundsætninger med det forbehold, som følger af den i reglen indbyggede forudsætning.

6.5. Findesteder

Traktater, som Danmark har ratificeret, publiceres siden 1937 i Lovtidende C. For årene 1920-36 er de offentliggjort i samlingen »Danmarks Traktater«. Er en traktat inkorporeret ved henvisning, vil den tillige foreligge som bilag til inkorporeringsloven. FN søger at registrere alle traktater og publicerer – med betydelig forsinkelse – disse i en særlig serie (United Nations Treaty Series). Nogen samlet oversigt over den folkeretlige sædvaneret gives ikke. Er information for danske forholds vedkommende nødvendig, indhentes denne mest praktisk ved henvendelse til Udenrigsministeriet.

Afgørelser fra Den Internationale Domstol offentliggøres i publikationen »Publications of the Permanent Court of International Justice, Judgments, Orders and Advisory Opinions«. Afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fremkommer i »Publications of the European Court of Human Rights« (serie A: Domme og afgørelser, serie B: Indlæg, forhandlinger og dokumenter). Kommissionens rapporter og beslutninger offentliggøres (fra 1975) i serien: »Decisions and Reports«. Uddrag af domme og rapporter kan

videre findes i »Yearbook of the European Convention on Human Rights«. Det danske Menneskerettighedscenter har publiceret en del basismateriale om konventionen m.v.

6.6. Litteratur til kapitel VI

Den grundlæggende danske fremstilling af folkeretten er *Claus Gulmann, John Bernhard & Tyge Lehmann*, »Folkeret« (1989). En lidt ældre behandling foreligger hos *Alf Ross*, »Folkeret«, 6. udg. (1984). Retskildespørgsmålet i almindelighed omtales hos *Niels Madsen* i »Højesteret 1661-1986« (1986) p. 33 ff, *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) p. 35 ff, *Claus Gulmann* i »Juridisk Grundbog 1. Retskilderne«, 5. udg. (1991) p. 247 ff, *Søren Stenderup Jensen* i UfR 1990 B p. 1 ff og hos *Erik Werlauff* i UfR 1991 B p. 227 ff. Lovgivningsproceduren i tilknytning til traktatindgåelse behandles hos *K. Hagel-Sørensen* i »Juridisk Grundbog 2. Loven«, 4. udg. (1989) p. 134 ff. og hos *Henrik Zahle*, »Dansk Statsforfatningsret« 2 (1989) p. 115 ff.

Om den Internationale Domstol foreligger en meget omfattende fremstilling hos *Shabtai Rosenne*, »The Law and Practice of The International Court«, 2. udg. (1985). Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har givet anledning til en righoldig litteratur. Her kan henvises til *John Bernhard & Tyge Lehmann*, »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention« (1985), *J.E.S. Fawcett*, »The Application of The European Convention on Human Rights«, 2. udg. (1987), *Hans Danelius*, »Mänskliga Rättigheter«, 4. udg. (1989), *Lars Adam Rehof & Tyge Trier*, »Menneskeret«, (1990) og til *Søren Stenderup Jensen*, »The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law« (1992). I løbet af 1994 forventes udsendt *Peer Lorentzen, Lars Adam Rehof & Tyge Trier*, »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«.

KAPITEL VII

EU-retlige kildefaktorer

7.1. Indledning

7.1.1. Udviklingen af Den Europæiske Union

Det omfattende og betydningsfulde samarbejde, som foregår mellem tolv vesteuropæiske lande i Den Europæiske Union (EU), bygger på tre traktater (heraf flertalsformen), der i deres oprindelige udformning stammer fra 1950'erne, nemlig traktaterne om *Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab* (EKSF, 1951), om *Det Europæiske Atomenergifællesskab* (EURATOM, 1957) og om *Det Europæiske Fællesskab* (EF (tidligere EØF = Det Europæiske Økonomiske Fællesskab), ligeledes 1957). Som allerede omtalt i indledningen til kapitel VI er det karakteristisk for samarbejdet efter traktaterne, at de deltagende stater på de fleste af samarbejdsområderne har afgivet suveræniteten til Unionens myndigheder, som har fået tillagt kompetence til selvstændig og bindende retsfastsættelse. Samarbejdet er således ikke af sædvanlig folkeretlig art, hvorfor det da også undertiden – i sig selv ikke særlig oplysende – siges, at det er af »supranational« beskaffenhed. Dets historie er – som det senest sås illustreret i forbindelse med etableringen af Unionen 1992-93 – på sin vis fortællingen om kontinuerlige brydninger mellem på den ene side ønsker om en vidtgående europæisk integration i økonomisk og politisk henseende og på den anden side synspunkter, som understreger nødvendigheden af i sidste ende at bevare de enkelte nationalstaters primat i forhold til Unionen.

Samarbejdets rødder rækker, som det er fremgået, tilbage til årene efter afslutningen af 2. verdenskrig. I 1950 foreslog den daværende franske udenrigsminister, *Robert Schuman*, på den franske regerings vegne at samle den franske og vesttyske kul- og stålproduktion inden for en overnational organisation, som også skulle stå åben for deltagelse af andre europæiske stater. Bag forslaget lå flere overordnede og eksplicit formulerede økonomiske og politiske mål, som fortsat er af betydning, navnlig befordring af den økonomiske udvikling som første etape i en europæisk føderation og herigennem sikring af freden mellem lande – især Frankrig og Tyskland – som længe havde været optaget af blodig rivalisering. »Schuman-planen« førte i 1951 til traktaten om

Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (ikrafttræden 1952) med deltagelse af Frankrig, Italien, Vesttyskland, Belgien, Holland og Luxemburg. Selv om det herved etablerede samarbejde kun angik et afgrænset – omend økonomisk vigtigt – område (markedet for kul og stål), indeholdt det en række af de hovedingredienser, som fortsat præger Unionen, herunder især samarbejdets »supranationale« karakter.

EKSF blev i det væsentligste en succes, men bidrog i sig selv til at understrege behovet for et videregående samvirke. Et sådant vedtoges mellem de samme lande i 1957 ved (Rom-)traktaterne om Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Det Europæiske Atomenergifællesskab, begge med ikrafttræden i 1958. Medens sidstnævnte – ligesom EKSF – havde – og har – velafgrænset karakter (markedet for atomenergi), var og er sigtet for EØF langt bredere. I den oprindelige formulering af EØF-traktatens art. 2 siges det således i almindelighed om Fællesskabets målsætning:

»Fællesskabet har til opgave gennem oprettelse af et fællesmarked og gennem gradvis tilnærmelse af medlemslandenes økonomiske politik at fremme en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed, en varig og afbalanceret ekspansion, en øget stabilitet, en hurtigere højnelse af levestandarden og snævrere forbindelse mellem de stater, som det forener«.

Selv om formålet umiddelbart synes at være af økonomisk karakter, kan det af traktatens præambel (»fortale«) ses, at der tillige impliceredes ganske klare politiske mål, fx – og navnlig – i henseende til en integration mellem de deltagende stater, som også spillede en vigtig rolle ved etableringen af EKSF. Traktaternes fædre gik herved især ud fra forestillinger om, at sektorvis (økonomisk) integration gradvis gennem en såkaldt »Spill over-effect« ville føre til sammenfletning af stadig flere sektorer, og at man til sidst af sig selv måtte nå »a point of no return«, hvor det økonomiske fællesskab nødvendigvis ville afføde en almindelig politisk føderation.

Midlerne til realisation af målsætningerne i EØF-traktatens art. 2 opsummeredes overordnet i den oprindelige formulering af art. 3 og uddybedes i de følgende mere detaljerede bestemmelser. For det første skulle der ske en ophævelse mellem medlemsstaterne af told og kvantitative restriktioner ved varers ind- og udførsel og alle andre foranstaltninger med tilsvarende virkning, ligesom der skulle indføres en fælles toldtarif og en fælles handelspolitik over for tredjelande, d.v.s. at der forudsattes en toldunion. Dernæst måtte hindringer for den frie bevægelighed for personer (d.v.s. arbejdskraft), tjenesteydelser og kapital fjernes. Videre sigtedes der navnlig mod en fælles landbrugs- og transportpolitik, en ordning som sikrede, at konkurrencen inden for det fælles marked ikke blev fordrejet, en samordning af medlemsstaternes økonomiske

politik og en indbyrdes tilnærmelse (»harmonisering«) af de nationale lovgivninger i det omfang dette var nødvendigt for markedets funktion. Efter traktatens art. 8 skulle dette gennemføres i løbet af en overgangsperiode på 12 år.

For såvel EURATOM- som for EØF-samarbejdet gjaldt det fra begyndelsen, at det principielt havde samme karakter som samarbejdet i EKSF. Inden for EØF-området, som kvantitativt og kvalitativt var langt det vigtigste, udtrykte traktatbestemmelserne om fællesskabsorganerne og disses kompetencer et unikt og kunsthæderigt forsøg – som i hovedsagen fortsat har gyldighed – på afbalancering af hensynene på den ene side til behovet for kontinuerlig fremme af Fællesskabet ud fra dets bærende idéer og på den anden side til de enkelte deltagende staters interesse i at have en vis snor i udviklingen. Den øverste besluttende myndighed placeredes hos *Rådet* bestående af repræsentanter for medlemsstaternes regeringer og således, at visse vigtige afgørelser, fx i henseende til landbrugspolitikken, fra 1966 kunne træffes med kvalificeret flertal. Som handlende i hele Fællesskabets interesse uafhængigt af medlemslandene virkede *Kommissionen* som forslagsstillende og administrativt organ. Et *Parlament*, hvis medlemmer udpegedes af de nationale folkerepræsentationer, tillagdes i hovedsagen blot rådgivende funktioner. Endelig fik en *Domstol* til opgave at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af Traktaten både i forhold til fællesskabsmyndighederne og over for medlemslandene.

I den omtalte 12-årige overgangsperiode ændredes de tre traktater, som udgjorde Fællesskabernes retlige grundlag, med virkning fra 1967 således, at de ved EØF-traktaten etablerede institutioner, jfr. ovenfor, blev de samme for alle tre Fællesskaber (»Fusionstraktaten«). Overgangsperioden prægedes i øvrigt især af to forhold. På den ene side – med Kommissionen som den drivende kraft – af bestræbelser på virkeliggørelse af det i EØF-traktaten normerede fælles marked. På den anden af tilbageslag i form af navnlig franske forbehold og fransk obstruktion over for fællesskabsmyndighedernes handlemuligheder uden accept fra alle de deltagende lande, jfr. om flertalsafgørelser ovenfor. Dette førte i midten af 1960'erne til en alvorlig krise i samarbejdet. Denne løstes i 1966 ved det såkaldte »Luxembourg«-forlig om behandlingen af sager i Rådet, hvor afgørelser kunne træffes ved stemmeflerhed på forslag fra Kommissionen. Efter forliget ville Rådet, hvor vitale interesser i sådanne tilfælde stod på spil for et eller flere af medlemslandene, inden for en rimelig tid søge at nå frem til løsninger, som alle Rådets medlemmer kunne tilslutte sig, d.v.s. at der, hvor interesser af den nævnte art gjorde sig gældende, åbnedes op for noget, der kunne minde om en slags veto-beføjelse for de enkelte medlemslande.

Ved afslutningen af overgangsperioden afholdtes i 1969 i Haag en konference mellem medlemslandenes regeringschefer, som indvarslede en periode med betydelige ændringer i samarbejdet op gennem 1970'erne. De grundlæggende økonomiske og politiske målsætninger – herunder at slutmålet var en ikke nærmere defineret »Europæisk Union« – blev gentaget. På det mere konkrete plan opnåedes der enighed om, at nye stater kunne optages i Fællesskaberne. Dette fik i første omgang praktisk betydning for Storbritannien, Danmark og Irland, som i 1960'erne havde været holdt uden for på grund af en negativ fransk holdning til medlemskab. De seks blev herefter til de ni med virkning fra 1973. I 1981 optoges yderligere Grækenland og i 1986 Spanien og Portugal. Videre fastlagdes på den nævnte konference principper for en ny finansforfatning, således at Fællesskaberne navnlig gennem told og andele i nationale omsætningsafgifter o.l. fik egne indtægter i stedet for som tidligere at være blevet finansieret gennem medlemsbidrag. Herudover opnåedes principiel enighed om etablering af et valutasamarbejde (EMS-systemet, realiseret 1978) og om et – foreløbigt formløst – udenrigspolitisk samvirke uden for traktatområderne (EPS, realiseret fra 1970). Et almindeligt ønske om en økonomisk og monetær union lod sig derimod foreløbig ikke virkeliggøre. Fra 1970'erne er der endelig grund til at fremhæve, at samarbejdet styrkedes derved, at tidligere tiders uregelmæssigt afholdte »topmøder« mellem landenes regeringschefer fra 1974 afløstes af årligt (senere halvårligt) tilbagevendende møder til drøftelse af overordnede politiske og økonomiske spørgsmål i *Det Europæiske Råd* bestående af stats- og regeringscheferne, landenes udenrigsministre og Kommissionens formand. Det umiddelbare folkelige indslag i beslutningsprocessen søgtes styrket på den måde, at medlemmerne af Parlamentet fra 1979 valgtes ved direkte valg i de enkelte lande.

Flere forskellige forhold talte ved udgangen af 1970'erne og i begyndelsen af 1980'erne for en vis justering af samarbejdsgrundlaget. En virkeliggørelse af de økonomiske målsætninger syntes således at nødvendiggøre, at Fællesskaberne beskæftigede sig med spørgsmål, som ikke klart lå inden for de i traktaterne tildelte kompetencer, fx med miljø-, forsknings-, teknologi- og uddannelsesforhold, jfr. den foran omtalte »Spill over effect«. Nedbrydningen af barrierer mellem landene med henblik på skabelse af et virkelig åbent marked gik videre for trængt, og der tiltrængtes mere effektive instrumenter til at fjerne de bestående hindringer for de fire »friheder« (varer, arbejdskraft, tjenesteydelser og kapital). På det politisk-institutionelle plan opfattedes det som utilfredsstillende, at Parlamentet var henvist til rollen som et stort set konsultativt organ, i særdeleshed på baggrunden af at institutionen nu kunne siges at have fået et folkeligt mandat, jfr. foran. Bl.a. disse forhold førte til vedtagelsen i 1986 af traktaten om *Den Europæiske Fælles Akt*, som gennem-

førte en række ændringer i de oprindelige traktater, og som derudover indeholder bestemmelser om det politiske samarbejde mellem landene.

Fællesakten, der trådte i kraft i 1987, anfører i præamblen nogle forudsætninger for samarbejdet, som ikke havde været eksplicit formuleret tidligere, navnlig om at medlemslandene og Fællesskaberne bygger på en demokratisk styreform og på respekt for menneskerettighederne. Præamblen og Aktens art. 1 gentager videre tidligere tilkendegivelser om, at Fællesskabernes mål er tilvejebringelse af »en europæisk sammenslutning«. I øvrigt kan de gennemførte ændringer i samarbejdet deles i tre hovedgrupper.

Den første af disse angår fællesskabssamarbejdet i dets hidtil kendte form, altså i henhold til de tre grundlæggende traktater. Den væsentligste substans i ændringerne drejer sig om det såkaldte *indre marked*, d.v.s. (efter traktatens art. 8 A (nu Unionstraktatens art. 7 A, jfr. nedenfor)) »et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital«, som forudsættes gennemført inden udgangen af 1992. Her tillagdes Rådet bl.a. beføjelse til med kvalificeret flertal at udstede retsakter med henblik på harmonisering af nationale bestemmelser, som vedrørte det indre markeds oprettelse og funktion. I en vis sammenhæng hermed står, at der optoges udtrykkelige bestemmelser i EØF-traktaten om forskellige politik-områder, hvor grundlaget for Fællesskabernes indsats i det mindste hidtil havde været tvivlsomt, fx med hensyn til miljømæssige og teknologipolitiske forhold. Videre blev kritikken af Parlamentets rolle imødekommet ved en vis – relativt beskeden – inddragelse af dette i den egentlige beslutningsproces.

Den anden hovedgruppe vedrører det siden 1970 på uformelt grundlag iværksatte (udenrigs-)politiske samarbejde (EPS, jfr. foran). Fællesaktens art. 30 stadfæstede dette med den overordnede målsætning at styrke Fællesskabernes internationale indflydelse gennem en sammenhængende udenrigspolitik og at bidrage til fremskridt i den europæiske enhedsproces. Samarbejdet fastholdtes imidlertid her som værende af almindelig *folkeretlig* karakter, d.v.s. at beslutninger kun kunne træffes, når alle tolv stater var enige.

Endelig traktatfæstede Fællesakten Det Europæiske Råds eksistens og sammensætning uden i øvrigt at give nærmere regler om dets opgaver.

Som omtalt foran var der på et tidligt tidspunkt i Fællesskabernes udvikling tilkendegivelser om det hensigtsmæssige i at tilvejebringe en økonomisk og monetær union mellem medlemslandene. Efter vedtagelsen af Fællesakten iværksattes et udredningsarbejde om mulighederne for at realisere en sådan. Drøftelserne om dette kom til at foregå under indtryk af de politiske omvæltninger i Østeuropa og den tyske genforening. De udkrystalliseredes i ønsker fra flere medlemslande, dels om et endnu snævrere økonomisk samarbejde, herunder etablering af en økonomisk og monetær union, dels om et videregå-

ende politisk samvirke. Forhandlingerne herom førte i februar 1992 frem til *Traktaten om Den Europæiske Union* (»Maastricht-traktaten«).

Unionstraktaten indeholder tre hovedelementer. Det første ændrer og udbygger de eksisterende fællesskabstraktater. Det andet rummer bestemmelser om fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik. Det tredje angår samarbejde om såkaldte »retlige og indre anliggender«. Elementerne knyttes sammen af en række fælles indledende og afsluttende bestemmelser henholdsvis om Unionens målsætninger og fælles principper og om dens videre udvikling samt om nye medlemmer. Til illustration har man – ikke særlig opfindsomt – anvendt en »søjlekonstruktion«, således at hvert element siges at repræsentere en søjle, og således at disse i fællesskab bærer en »overligger«, som er udtryk for Unionens målsætninger og rammer. Hertil er navnlig at bemærke, at »søjlerne« ikke har samme karakter. Medens samarbejdet omkring det første element er af traditionel fællesskabsretlig beskaffenhed, d.v.s. med suverænitetsafgivelse, er det efter de to øvrige etableret på almindelig folkeretlig basis.

Efter Unionstraktatens art. A udgør traktaten »en ny fase i processen henimod en stadig snævrere union mellem de europæiske folk, i hvilken beslutningerne træffes så nært på borgerne som muligt«.

Unionens mål anføres i art. B som:

- at fremme afbalancerede og varige økonomiske og sociale fremskridt, navnlig gennem etableringen af et område uden indre grænser, styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed og oprettelsen af en økonomisk og monetær union, der i sin endelige udformning skal omfatte en fælles valuta i overensstemmelse med bestemmelserne i denne Traktat;
- at styrke sin identitet i internationale sammenhænge, især gennem iværksættelsen af en fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik, herunder udformningen på langt sigt af en fælles forsvarspolitik, som med tiden vil kunne føre til et fælles forsvar;
- at styrke beskyttelsen af medlemsstaternes statsborgeres rettigheder og interesser gennem indførelsen af et unionsborgerskab;
- at udvikle et nært samarbejde vedrørende retlige og indre anliggender;
- at opretholde gældende fællesskabsret fuldt ud og udbygge den«.

Ved ændringerne i den bestående fællesskabsret (»søjle 1«) omdøbes »Det Europæiske Økonomiske Fællesskab« til »Det Europæiske Fællesskab«. Der indføres et »unionsborgerskab« med en række nærmere beskrevne rettigheder og forpligtelser. Videre formuleres bestemmelser om en faseopdelt oprettelse af en økonomisk og monetær union med henblik på gennem en samordning af medlemsstaternes økonomiske politikker og gennem en fælles penge- og valutakurspolitik at realisere de ovenfor refererede mål. Sidste faste (med tidligste iværksættelse i 1997) rummer navnlig indførelse af en fælles valuta og etablering af et Europæisk System af Centralbanker. Herudover styrkes bestemmelserne om fælles miljøpolitik, ligesom der indføres bestemmelser om

en række nye samarbejdsområdet for Fællesskaberne, herunder forbrugerbeskyttelse, kultur, uddannelse, erhvervsuddannelse, sundhed, industripolitik og udviklingssamarbejde. I en særlig protokol til Unionstraktaten fastlægges retningslinier for et samvirke mellem 11 af medlemsstaterne (alle bortset fra Storbritannien) vedrørende arbejdsmarkeds- og socialpolitik. På det institutionelle område indføres endelig nye procedurer for fælles beslutningstagen mellem Rådet og Parlamentet, og der etableres en ombudsmandsinstitution til behandling af klager over fællesskabsinstitutionerne bortset fra Domstolen.

Unionstraktatens bestemmelser om fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (»søjle 2«) erstatter bestemmelserne om EPS-samarbejdet i Fællesakten. Forum for beslutningstagen er Rådet. Da samarbejdet her som nævnt har almindelig folkeretlig karakter, kræves principielt enstemmighed. Fællesskabet vil kunne manifestere sig i »fælles holdninger« og – som noget nyt – i »fælles aktion«. Sidstnævnte har særlig interesse i forsvarspolitisk henseende. Forsvarspolitiske spørgsmål kan ganske vist drøftes, men kan hverken internt eller eksternt være genstand for »fælles aktion«. Sådanne opgaver forudsættes overladt til andre organer, herunder navnlig til det vesteuropæiske forsvarssamarbejde, der foregår i Den Vesteuropæiske Union (som Danmark ikke er medlem af)

Beslutningstagen vedrørende samarbejdet om »retlige og indre anliggender« (»søjle 3«) træffes ligeledes i Rådet. Udgangspunktet er enstemmighed, idet det dog (med enstemmighed) kan beslutes, at afgørelser om visse gennemførselsforanstaltninger kan træffes med kvalificeret flertal. Samarbejdet spænder over et bredt spektrum af områder, fx asyl- og indvandringspolitik, bekæmpelse af narkotikamisbrug og civil- og strafferetlige forhold.

Det principalt forudsatte ikrafttrædelsestidspunkt for Unionstraktaten med tilhørende protokoller m.v. var 1. januar 1993. I Danmark krævede ratifikationen en besluttende folkeafstemning, jfr. grundlovens § 20. Efter en kampagne, der udstillede det indledningsvis beskrevne modsætningsforhold mellem føderale og nationale interesser på særdeles uskøn vis, forkastedes forslaget om Danmarks tiltræden som bekendt med et beskedent flertal ved folkeafstemning den 2. juni 1992. Et såkaldt »nationalt kompromis« mellem de fleste af Folketingets partier banede vej for formulering af en række danske krav til særordninger, og disse indgik i den af medlemsstaternes stats- og regeringschefer i december 1992 trufne *Edinburgh-afgørelse*. Efter denne deltager Danmark ikke i den økonomiske og monetære unions tredje fase (fælles mønt), ligesom Danmark heller ikke deltager i udarbejdelse og gennemførelse af afgørelser og aktioner inden for Unionen, som har indvirkning på forsvarsområdet. Danmark er videre ikke forpligtet af Unionstraktatens bestemmelser om unionsstatsborgerskab i den forstand, at andre landes statsborgere har rettigheder, som falder ind under begrebet nationalt statsborgerskab. »Søjle 3«-samarbejdet

deltager Danmark kun i på rent folkeretligt grundlag. Endelig fremgår det af afgørelsen – som opfattes som en fastlæggelse af Danmarks status efter udvalgte dele af Unionstraktaten og altså ikke som stridende mod denne eller de øvrige traktater – at hvert land kan føre sin egen fordelingspolitik samt opretholde eller forbedre sin sociale standard. Tilsvarende kan strengere regler indføres eller opretholdes i henseende til fx miljø- og arbejdsmarkedspolitik, forudsat at de er forenelige med EF-traktaten. Den grundlæggende målsætning, jfr. ovenfor, antastes derimod ikke af afgørelsen.

Ved ny dansk folkeafstemning den 18. maj 1993 godkendtes Unionstraktaten med de suppleringer, der følger af Edinburgh-afgørelsen med tilhørende erklæringer. Danmark kunne herefter på dette grundlag ratificere traktaten. Som sidste land ratificerede Tyskland i oktober 1993, efter at der var givet grønt lys herfor ved en afgørelse fra Bundesverfassungsgericht. Traktaten er herefter trådt i kraft den 1. november 1993.

7.1.2. Terminologien. Den følgende fremstilling

Ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Union har medført, at en række af de centrale institutioner i Unionen har skiftet navn. Uanset at der endnu synes at råde en ikke ringe forvirring og usikkerhed om etiketteringen, anvendes så konsekvent som muligt følgende betegnelser for de vigtigste retlige foreteelser omkring Unionen, herunder institutionerne:

Samvirket mellem de 12 lande indenfor de tre grundlæggende traktaters rammer hidtil været betegnet som »De Europæiske Fællesskaber« (EF). Det officielle navn er nu *Den Europæiske Union*, forkortet *EU*. Samvirket efter den vigtigste af de tre traktater – Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab – kaldes efter Unionstraktatens art. G som alt nævnt *Det Europæiske Fællesskab*. De centrale institutioner hedder nu *Europa-Kommissionen*, *Rådet for Den Europæiske Union*, *Europa-Parlamentet* (som hidtil), *De Europæiske Fællesskabers Domstol* (som hidtil) og *Det Europæiske Råd* (som hidtil). De fire første institutioner vil i det følgende blive betegnet ved deres hidtidige benævnelser, nemlig som henholdsvis *Kommissionen*, *Rådet*, *Parlamentet* og *Domstolen*, medens den officielle betegnelse anvendes fuldtud om den sidste. I den juridiske litteratur er det retsområde, hvor retsreglerne om samvirket fremstilles, blevet kaldt for »EF-Ret« eller »fællesskabsret«. Her benyttes vekslende terminologien *EU-ret* eller *fællesskabsret*. Man kunne overveje at erstatte den sidste betegnelse med »unionsret«. Da udtrykket »fællesskabsret« benyttes i Unionstraktaten, foretrækkes det frem for det i øvrigt ikke særlig velklingende alternativ.

Behandlingen af EU-retten i det følgende rækker noget ud over, hvad der kan anses for strengt nødvendigt med henblik på en fremstilling af de relevante

7.2. Nogle grundlæggende fællesskabsretlige principper

retskildefaktorer. Det centrale retskildespørgsmål er i princippet af samme beskaffenhed som ved de folkeretlige faktorer og angår således EU-rettens betydning for danske domstole og andre retsanvendende myndigheder, når en sag, der kan implicere anvendelse af EU-ret, kommer til afgørelse i Danmark. Uanset denne grundlæggende parallelitet i problemstillingen vil de praktiske svar som følge af EU-rettens tidligere omtalte særegne karakter og – især – dens integration i den nationale retsorden imidlertid ofte vise sig meget forskellige. Dette illustreres nærmere i afsnittene 7.6 – 7.7 om EU-rettens kilder og om forholdet mellem EU-ret og national ret. For at kunne få et rimeligt udbytte af fremstillingen herom er det hensigtsmæssigt, at læseren har et vist grundlæggende kendskab til Unionens institutioner, til beslutningsprocessen og til visse fundamentale principper for institutionernes virke. Disse forhold er beskrevet i afsnittene 7.2 – 7.5 og 7.8. Fremstillingen er i afsnittene 7.9 og 7.10 afrundet med en omtale af samarbejdet, dels mellem medlemslandene indbyrdes udenfor Unionen, dels mellem denne og de såkaldte EFTA-lande (EØS-aftalen). Der afsluttes i afsnit 7.11 med en kort behandling af forholdet mellem EU-ret og folkeret. Uden for fremstillingen falder derimod reglerne om indholdet af de forskellige EU-foranstaltninger, d.v.s. den såkaldte materielle EU-ret. Da samvirket inden for Det Europæiske Fællesskab er Unionens rygrad, fokuseres der helt overvejende på bestemmelserne i Traktaten vedrørende dette (betegnet »EF-traktaten«). Hvor det måtte være behov for en specifik betegnelse for samvirket inden for denne traktats rammer, benyttes begrebet »Fællesskabet« herom.

7.2. Nogle grundlæggende fællesskabsretlige principper

7.2.1. Indledning

Med udgangspunkt i traktaterne og/eller i den foreliggende praksis fra Domstolen kan der formuleres en række grundlæggende principper for samarbejdet i Unionen og for unionsmyndighedernes handlemuligheder. Principperne har i det væsentligste karakter af almindelige EU-retlige grundsætninger, jfr. om sidstnævnte begreb ovenfor side 138. Den følgende kortfattede fremstilling herom er ikke udtømmende, men indeholder kun en omtale af nogle af de mest almindelige og fundamentale spilleregler for samvirket. Andre principper følger navnlig af Domstolens praksis, jfr. nedenfor side 216.

7.2.2. Legalitetsprincippet

Det EU-retlige legalitetsprincip er udtrykt i Unionstraktatens art. E og i EF-traktatens art. 3 B. Efter den første af disse bestemmelser udøver Parlamentet,

Rådet, Kommissionen og Domstolen deres beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat dels i traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og i senere traktater og retsakter om ændring eller supplerung af disse traktater, dels i de øvrige bestemmelser i Unionstraktaten. I EF-traktatens art. 3 B, stk. 1, hedder det, at Fællesskabet handler inden for de rammer og mål, der er tillagt det ved traktaten. Tilsvarende gælder efter art. 4, pkt. 1, for de enkelte institutioner.

Princippets indhold svarer i almindelighed til det tilsvarende princip efter national ret: Unionsorganerne kan for det første kun træffe beslutninger, når der er fornøden hjemmel hertil i traktaterne. Dernæst må trufne beslutninger ikke være i strid med EU-retten, i særdeleshed ikke med traktaterne eller de almindelige retsgrundsætninger, som er fastlagt af Domstolen. En væsentlig forskel sammenlignet med national ret følger af, at princippet i EU-retten også gælder for de regelfastsættende («lovgivende») organer.

7.2.3. Subsidiaritetsprincippet

I forhandlingerne omkring Unionstraktaten og i den ofte stærkt følelsesladede debat i medlemslandene forud for ratifikationen af denne spillede spørgsmålet om opgavefordelingen mellem Unionen og de nationale myndigheder en væsentlig rolle. Subsidiaritetsprincippet drejer sig herom. Den mest fuldstændige udformning af princippet findes i EF-traktatens art. 3 B, stk. 2. Herefter handler Fællesskabet på områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af Medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan. Da Unionstraktatens art. B, stk. 2, bl.a. fastslår, at Unionens mål skal gennemføres under iagttagelse af subsidiaritetsprincippet som defineret i EF-traktatens art. 3 B, gælder princippet for samvirket i Unionen som helhed, d.v.s. for alle tre »søjler«, jfr. afsnit 7.1.1. Princippet er endelig berørt i Unionstraktatens art. A, stk. 2, med henvisningen til, at beslutningerne i Unionen »træffes så nært på borgerne som muligt« (i denne sammenhæng ofte betegnet som »nærhedsprincippet«), jfr. også art. F, pkt. 1, hvorefter Unionen respekterer Medlemsstaternes nationale identitet og deres styreformer, der bygger på demokratiske principper.

Meningen med subsidiaritetsprincippet er i almindelighed, at Unionens indsats uden for enekompetenceområderne (som først og fremmest angår handelspolitikken og Unionens egne forhold) har subsidiær karakter i forhold til national opgaveløsning. Unionsindsats kommer kun på tale, hvis målsætningerne for den pågældende handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af de nationale myndigheder. Der forudsættes således en afvejning, som – jfr.

formuleringen »hvis og i det omfang« – retter sig både mod selve behovet for indsats og mod dennes karakter om omfang. Som EU-beslutningsprocessen er indrettet, skal afvejningen i praksis i første række foretages af Kommissionen og Rådet.

7.2.4. Respekt for grundrettighederne

De oprindelige traktater indeholdt ikke bestemmelser svarende til de fleste nationale forfatningers regler om »grund-« eller »frihedsrettigheder«, jfr. fx den danske grundlovs §§ 71-79 (ytrings-, forenings- og forsamlingsfrihed m.v.). En sådan beskyttelse af nogle grundlæggende rettigheder for borgerne er imidlertid udviklet i Domstolens praksis. Ved fastlæggelsen af disse rettigheders karakter og omfang er der blevet henset til beskyttelsen efter medlemslandenes forfatninger, ligesom der er henvist til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Allerede efter Domstolens praksis er grundrettighedsbeskyttelsen derfor en bestanddel af fællesskabsretten, således at fællesskabsretsakter, som strider mod grundrettighederne, forventelig vil blive erklæret for ugyldige af Domstolen.

Den pågældende praksis er nu kodificeret ved Unionstraktatens art. F, pkt. 2, hvorefter Unionen som generelle principper for fællesskabsretten respekterer de grundlæggende rettigheder, som garanteres ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.

7.2.5. Ikke-diskrimineringsprincippet

Sigtet med Unionen, især i henseende til de fire grundlæggende »friheder« (ovenfor side 168), forudsætter med nødvendighed, at man udelukker forskelsbehandling efter de nationale retsordener af statsborgere fra andre medlemslande. Et princip herom findes da også optaget i EF-traktatens art. 6, stk. 1. Herefter er forskelsbehandling, som udøves på grundlag af nationalitet, forbudt inden for Traktatens anvendelsesområde med bortseen fra særlige (tilladte) situationer efter Traktatens mere konkrete bestemmelser. Forbudet retter sig – under forudsætning af ligeartede forhold – mod både faktisk og retlig, åbenlys og skjult, diskriminering af borgere fra andre medlemslande, men kun inden for traktatens anvendelsesområde (efter Domstolens praksis i ganske vid forstand). Forbudet berører ikke mulighederne for diskriminering af personer eller virksomheder fra tredjelande.

7.2.6. Solidaritets- og samhørighedsprincipperne

Efter EF-traktatens art. 5 træffer medlemslandene alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som

følger af traktaten, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. De letter videre Fællesskabets gennemførelse af dets opgaver og afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af Traktatens målsætning i fare.

På grundlag af denne bestemmelse og Domstolens hertil knyttede praksis formuleres et almindeligt solidaritetsprincip for medlemslandene og fællesskabsinstitutionerne, i særdeleshed i henseende til loyal opfyldelse af forpligtelserne efter Traktaten og med hensyn til loyalt samarbejde. Art. 5 berørtes ikke af de ved Unionstraktaten gennemførte ændringer i EF-traktaten. Unions-traktaten indeholder derimod bestemmelser, som (også) gør det muligt at tale om »solidaritet« eller »samhørighed« i en noget anden og mindre håndfast forstand. Af Unionstraktatens art. A, stk. 2, sidste pkt., fremgår således, at Unionen har til opgave på en sammenhængende og solidarisk måde at tilrettelægge forbindelserne mellem medlemslandene og mellem deres folk. Den ved Unionstraktaten ændrede målsætning for EF-samarbejdet (EF-traktatens art. 2) fremhæver på tilsvarende måde som en af Fællesskabets opgaver at fremme »økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem Medlemslandene«. Samhørighed og solidaritet har her snarest i første række en fordelingsmæssig betydning som sigtende på fjernelse eller formindskelse af (især økonomiske) uligheder mellem landene.

7.2.7. Proportionalitetsprincippet

I national forvaltningsret gælder et (uskrevet) princip om, at der skal bestå et rimeligt forhold mellem de mål, forvaltningen forfølger, og de midler, som herved tages i anvendelse. Foretagne indgreb må ikke være videregående, end formålet tilsiger. Et i sit væsen identisk proportionalitetsprincip er udviklet i Domstolens praksis. Foranstaltninger efter fællesskabsretten er således – ud over hjemmelskravet – underlagt en fordring om nødvendighed set i lyset af det tilstræbte formål. Princippet er nu kodificeret ved EF-traktatens art. 3 B, stk. 3: Fællesskabet handler kun i det omfang, det er nødvendigt for at nå traktatens formål.

7.2.8. Miljøhensynsprincippet

Ved Fællesakten optoges som nævnt foran side 169 udtrykkelige bestemmelser i EF-traktaten om Fællesskabets virke på miljøområdet. Unionstraktaten har fortsat den herved påbegyndte udvikling i retning af at styrke placeringen af det pågældende område i EU's virke. Efter den ved Unionstraktaten ændrede formulering af EF's opgaver (EF-traktatens art. 2) skal Fællesskabet bl.a. nok fremme »en bæredygtig og ikke-inflationær vækst«, men dette skal ske med respekt for miljøet. Videre fremgår det forbeholdsløst af EF-traktatens art. 130

R pkt. 2, at kravene med hensyn til miljøbeskyttelse skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker på andre områder. Der gælder således et almindeligt princip om, at fællesskabsmyndighederne ved forberedelsen af en retsakt skal vurdere, om denne vil kunne få miljømæssige konsekvenser, og at de om fornødent skal tage disse i betragtning ved retsaktens vedtagelse.

7.3. Institutionerne

7.3.1. Indledning

I dette afsnit beskrives de væsentligste af EU's institutioner, især i henseende til organisation og funktion. Fremstillingen må for Rådets, Kommissionens og Parlamentets vedkommende sammenholdes med behandlingen af beslutningsprocessen i afsnit 7.4 og for så vidt angår Domstolen med omtalen af retsplejen i Fællesskaberne i afsnit 7.5. Som omtalt foran side 167 er institutionerne fælles for alle de tre grundlæggende traktatområder. Ved beskrivelsen af funktionerne begrænses fremstillingen som nævnt i det væsentligste til EF-traktatens område som langt det praktisk vigtigste.

Det vil fremgå af fremstillingen, at det på flere måder er vanskeligt at trække paralleller mellem opgavefordelingen inden for EU og den fra Grundlovens § 3 kendte magtfordeling (den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt). Forklaringen herpå ligger ikke alene i EU's principielt begrænsede kompetence, jfr. ovenfor i afsnit 7.2.2, men også – og navnlig – i den tidligere omtalte afbalancering på den ene side af hensynet til at fremme samarbejdet ud fra de givne fællesskabsmålsætninger og heroverfor hensynet til de enkelte landes nationale interesser, en afbalancering som i væsentlig grad har præget opgavefordelingen.

7.3.2. Det Europæiske Råd

Bestemmelser om Det Europæiske Råd findes nu i Unionstraktatens art. D. Som efter Fællesakten består det af stats- og regeringscheferne i medlemslandene og af formanden for Kommissionen med bistand af henholdsvis medlemslandenes udenrigsministre og et medlem af Kommissionen. Det samles mindst to gange årligt under forsæde af stats- eller regeringschefen for den medlemsstat, som udøver formandskabet for Ministerrådet.

Efter art. D, stk. 1, har Det Europæiske Råd til opgave at tilføre Unionen den fremdrift, der er nødvendig for dens udvikling, og at fastlægge de overordnede politiske retningslinier herfor. Der er således tale om et organ, hvis primære formål er at være et forum for overordnede politiske drøftelser om EU

og dennes udvikling og for principiel beslutningstagen herom. Der er dog intet til hinder for, at Det Europæiske Råd – i forlængelse af de beføjelser som tilkommer Ministerrådet, jfr. umiddelbart nedenfor – kan vedtage bindende retsakter, omend dette i praksis er en sjældent forekommende foreteelse.

7.3.3. Rådet for Den Europæiske Union

Rådet for Den Europæiske Union (»Rådet«) er EU's vigtigste politiske organ. Efter EF-traktatens art. 145 har det til opgave at drage omsorg for samordningen af medlemsstaternes almindelige økonomiske politik, at træffe beslutninger og at tildele Kommissionen beføjelse til at gennemføre vedtagne retsakter. Af Traktatens enkelte hjemmelsbestemmelser kan man se, at de vigtigste EU-retsakter – bortset fra Traktaten selv – forudsætter vedtagelse i Rådet, jfr. i øvrigt om beslutningsprocessen nedenfor side 183.

Rådet består af en repræsentant for hver medlemsstat på ministerplan, som skal være beføjet til at forpligte den pågældende stats regering (art. 146). Selv om Rådet som kollegium skal bidrage til at sikre virkeliggørelsen af de i traktaten nedfældede mål for Fællesskabet, repræsenterer de enkelte medlemmer således nationale interesser. Dets sammensætning er i øvrigt ikke fast, men skifter i praksis afhængig af, hvilke sagsforhold der er til behandling, fx således at det ved behandlingen af landbrugspolitiske spørgsmål består af medlemslandenes landbrugsministre, af trafikministrene ved behandlingen af trafikpolitiske spørgsmål etc. Formandshvervet går på skift mellem medlemslandene i halvårsperioder. Rådets arbejde forberedes i et udvalg, der sammensættes af medlemsstaternes faste repræsentanter ved EU, jfr. Traktatens art. 151 (Comité des représentants permanents, COREPER). Den sekretariatsmæssige betjening forestås af et generalsekretariat, som er opdelt i et antal generaldirektorater. Rådets møder holdes i Bruxelles eller i Luxembourg.

Det teoretiske udgangspunkt er, at beslutninger i Rådet træffes ved simpel stemmeflerhed, idet hvert medlemsland har én stemme. Et stort antal bestemmelser i Traktaten kræver imidlertid enten kvalificeret flertal eller enstemmighed. I førstnævnte fald – fx ved gennemførelse af foranstaltninger vedrørende det indre marked, jfr. Traktatens art. 100 A – tælles der efter art. 148, stk. 2, ikke blot hoveder. Medlemslandenes stemmer tildeles forskellig vægt, således at de fire største lande har hver 10 stemmer, Spanien 8, Belgien, Grækenland, Holland og Portugal hver 5, Danmark og Irland hver 3 og Luxembourg 2, d.v.s. i alt 76 (og dermed en forholdsmæssig meget kraftig overrepræsentation af de små lande). Skal afgørelsen træffes på grundlag af forslag fra Kommissionen, forudsætter vedtagelse mindst 54 stemmer for. I andre tilfælde kræves 54 stemmer afgivet af mindst 8 medlemslande. Enstemmighed fordres efter Traktaten ved særlig vigtige beslutninger, fx ved optagelse af nye medlemmer

eller ved indgåelse af associeringsaftaler. Om »Luxembourg-forliget«, som formentlig stadig står ved magt, og som kan tænkes at spille en rolle ved vedtagelser med kvalificeret flertal, se ovenfor side 167.

7.3.4. Europa-Kommissionen

Europa-Kommissionens («Kommissionens») opgaver i almindelighed er beskrevet i EF-traktatens art. 155. Det fremgår heraf, at der foreligger initiativtagende, udøvende og kontrollerende funktioner af helt central betydning for Fællesskabets virke, jfr. nedenfor.

Kommissionen består af 17 medlemmer, jfr. art. 157. Der skal være mindst én statsborger fra hvert af medlemslandene, men højst to medlemmer kan være af samme nationalitet. I praksis kommer to kommissærer fra hvert af de fem største lande og en fra hvert af de øvrige. De udnævnes for en fem-års periode med mulighed for genvalg. Formanden indstilles af medlemslandene efter fælles overenskomst og efter høring af Parlamentet. De øvrige medlemmer indstilles af medlemslandene i samråd med den indstillede formand. Det samlede kollegium skal godkendes af Parlamentet. Udnævnelsen foretages af medlemslandenes regeringer efter fælles overenskomst. I modsætning til Rådet udfører kommissærerne deres hverv i fuldstændig uafhængighed og i Fællesskabets almene interesse. Parlamentet kan vedtage et mistillidsvotum til den samlede Kommission, således at denne må gå af, jfr. art. 144. De enkelte medlemmer kan derimod kun afskediges i utide af Domstolen, jfr. art. 160.

Kommissionen handler som kollegium, og beslutninger træffes ved almindelig stemmeflerhed. Hver kommissær har dog ansvaret for et eller flere bestemte sagsområder (landbrugskommissær, budgetkommissær etc.). Den sekretariatsmæssige betjening – som i det væsentligste er placeret i Bruxelles – foregår i et antal generaldirektorater (p.t. 23) og styrelser. Det er som regel sekretariatet – og dermed Kommissionen – der sigtes til, når der i den nationale diskussion om EU skydes på »bureaukratiet i Bruxelles«. Henset til de nationale muligheder for at øve indflydelse på eller følge beslutningsprocesserne må sådanne udsagn jævnthen karakteriseres som præget af stor uvidenhed (og/eller af behov for politiske ego-trips).

Kommissionens *initiativtagende* funktion har sammenhæng med, at Rådet som hovedregel kun kan træffe afgørelser om retsakter, såfremt der foreligger foreslag derom fra Kommissionen (omend både Rådet og Parlamentet har mulighed for at opfordre Kommissionen til initiativ). Ny fællesskabsretlig regulering fra Rådet forudsætter således som hovedregel, at Kommissionen producerer grundlaget herfor, d.v.s. at der i nogen grad foreligger et forslagsmonopol. I et begrænset antal tilfælde har Kommissionen dog efter Traktaten beføjelse til selv at udfærdige retsakter.

De *udøvende* opgaver består navnlig i at gennemføre de beslutninger, som måtte være blevet truffet af Rådet, eventuelt – efter bemyndigelse fra dette – til regeludfærdigelse i henhold til disse (eller som nævnt ovenfor undtagelsesvis til selvstændigt at udfærdige retsakter). Selve den løbende forvaltning foregår derimod for de fleste områders vedkommende hos de nationale myndigheder i medlemslandene. Her kommer den *kontrollerende* funktion ind i billedet. Det er Kommissionens opgave at virke som »vægter« for EU og således løbende at påse, at fællesskabsretten overholdes, i særdeleshed at medlemslandene efterlever deres forpligtelser efter denne, jfr. om solidaritetsprincippet ovenfor side 175.

7.3.5. Europa-Parlamentet

Europa-Parlamentet (»Parlamentet«), som afholder sine møder i Strasbourg, er ikke nogen folkerepræsentation i sædvanlig demokratisk forstand, og det kan derfor ikke sammenlignes med de nationale parlamenter i medlemslandene. Det har således i almindelighed ikke beføjelse til at udfærdige bindende fællesskabsretsakter og kun begrænsede beføjelser i henseende til EU's budget. Efter EF-traktaten indgår Parlamentet i et vist omfang i regelskabelsen i samspil med Rådet og Kommissionen, ligesom det har visse kontrollerende beføjelser, jfr. art. 137.

Som tidligere omtalt vælges Parlamentets medlemmer ved direkte valg i medlemslandene for en periode på 5 år. Antallet af medlemmer er senest øget efter den tyske genforening og vil efter næste valg (juni 1994) udgøre 567. Fordelingen mellem landene udviser en tilsvarende dramatisk skævhed til fordel for de små lande som stemmewægtningen i Rådet. Som det mest folkerige land har Tyskland 99 pladser, medens Danmark fx har 16. Under arbejdet i Parlamentet har medlemmerne i øvrigt ikke delt sig efter nationalitet, men i hovedsagen efter politisk overbevisning.

Sager, som behandles af Parlamentet, forberedes sædvanligvis i faste udvalg, hvis ressortområder er fastlagt i institutionens forretningsorden. Repræsentanter for Kommissionen deltager i drøftelserne, som afsluttes med afgivelse af en betænkning med tilhørende indstilling til Parlamentets plenum. Ved plenarbehandlingen, der som udgangspunkt er offentlig, drøftes betænkningen, og der er mulighed for at stille ændringsforslag. Den kommissær, som er ansvarlig for det pågældende ressortområde, er til stede og besvarer eventuelle spørgsmål og kommenterer mulige ændringsforslag. Der afsluttes med afstemning om ændringsforslag og forslaget som helhed. Udgangspunktet er, at simpel stemmeflerhed er tilstrækkelig.

Om Parlamentets deltagelse i den almindelige regelskabelse henvises til fremstillingen i afsnit 7.4. På kontrolsiden gælder, at Parlamentet kan stille

spørgsmål til Rådet og Kommissionen, omend kun sidstnævnte har en egentlig forpligtelse til at svare, jfr. traktatens art. 140, stk. 3. Parlamentet kan videre nedsætte midlertidige undersøgelsesudvalg med henblik på at afklare påstande om overtrædelse af eller fejl eller forsømmelser i forbindelse med gennemførelsen af fællesskabsretten, jfr. nærmere art. 138 C. Parlamentets ombudsmandsinstitution, jfr. nedenfor i afsnit 7.3.7, tjener til dels samme formål. En indgang til udøvelse af kontrolfunktionen kan eventuelt være henvendelser fra borgere i medlemslandene, jfr. om den frie adgang til at indgive andragender til Parlamentet art. 138 D. Som omtalt i forrige underafsnit har dette endelig mulighed for at vedtage mistillidsvota til den samlede Kommission.

7.3.6. EF-Domstolen og Retten i Første Instans

Efter EF-traktatens art. 164 har EF-Domstolen (»Domstolen«) til opgave at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaten. Kompetencen i så henseende, jfr. Unionstraktatens art. E og EF-traktatens art. 4 (legalitetsprincippet), fremgår nærmere af art. 169ff, se herom nedenfor i afsnit 7.6. Beføjelserne retter sig såvel mod EU's institutioner som mod medlemslandene. Som det antydningssvis fremgår heraf, adskiller retsplejen i EU sig især fra den folkeretlige retspleje derved, at medens den inden for folkeretten er frivillig, jfr. ovenfor side 146 og 148 med eksempler herpå, er den tvungen i EU.

Bestemmelser om Domstolens organisation m.v. findes i EF-traktatens art. 165-168 A og i rettens statut og procesreglement, jfr. Traktatens art. 188. Det fremgår heraf, at Domstolen består af tretten medlemmer, som udnævnes af medlemslandenes regeringer efter fælles overenskomst for en periode på seks år med mulighed for genudnævnelse. Efter praksis udpeger hvert land én dommer, medens den trettende udpeges på skift af de fem største lande. Som faglig baggrund fordres, at de pågældende i deres respektive hjemlande skal opfylde betingelserne for at indtage de højeste dommerembeder eller være jurister, hvis faglige kvalifikationer er almindelig anerkendt. Uansøgt afskedigelse kan kun ske ved dom.

Efter Traktatens art. 165 er udgangspunktet, at retten sættes af alle medlemmerne. Udgangspunktet fastholdes imidlertid kun ubetinget i tilfælde, hvor en medlemsstat eller en af fællesskabsinstitutionerne som part i en bestemt sag anmoder derom. I øvrigt arbejdes der i afdelinger med henholdsvis fem og tre dommere eller sagen behandles i et »lille plenum« med ni medlemmer. En organisatorisk særegenhed er medvirken af en såkaldt *generaladvokat* ved sagsbehandlingen. Generaladvokaterne, hvoraf der aktuelt er seks, bistår Domstolen ved uafhængigt og upartisk efter forhandlingernes afslutning at fremsætte begrundede forslag til afgørelse af de sager, der forelægges Domstolen. Der er således ikke tale om nogen advokatfunktion i national forstand,

og generaladvokaterne opfattes da også som medlemmer af Domstolen (selvsagt uden at deltage i dennes voteringer og afgørelser).

For at aflaste Domstolen oprettedes i 1989 *Retten i Første Instans* med kompetence til som førsteinstans at pådømme bestemte sagstyper, jfr. nedenfor side 204. Retten har 12 medlemmer, der udpeges af medlemslandenes regeringer efter fælles overenskomst for et tidsrum af 6 år, jfr. EF-traktatens art. 168 A. Retten virker i afdelinger med enten 5 eller 3 dommere. Generaladvokat kan medvirke, hvis retten efter den konkrete sags faktiske eller retlige omstændigheder finder det påkrævet. Trufne afgørelser kan appelleres til Domstolen, men kun for så vidt angår retsspørgsmål.

Såvel Domstolen som Retten i Første Instans har sæde i Luxembourg.

7.3.7. Andre institutioner og vigtigere organer

Revisionen af EU's regnskaber forestås af en særlig *Revisionsret*, jfr. EF-traktatens art. 4, stk. 1 og 188 A – C. Retten består af 12 medlemmer, som for et tidsrum af 6 år udnævnes af Rådet efter høring af Parlamentet. På begæring af en af de øvrige fællesskabsinstitutioner kan Revisionsretten videre afgive udtalelser og skal høres om visse regnskabsmæssige spørgsmål, jfr. om det sidste Traktatens art. 209.

Som hjælpeorganer for Rådet og Kommissionen virker *Det Økonomiske og Sociale Udvalg* (ØSU) og *Regionsudvalget*, jfr. Traktatens art. 4, stk. 2, 193-198 og 198 A – C. ØSU består af 189 medlemmer (heraf 9 fra Danmark), som beskikkes af Rådet for et tidsrum af 4 år. De pågældende skal være repræsentanter for de forskellige grupper inden for det økonomiske og sociale liv, fx arbejdsgivere og -tagere, landbrugere, handlende og forbrugere. Udvalget, der virker i faglige sektioner, skal i en lang række tilfælde høres af Rådet og Kommissionen og har videre mulighed for at afgive udtalelser på eget initiativ. Høringssvarene og udtalelserne har vejledende karakter. Regionsudvalget har ligeledes 189 medlemmer (Danmark også her 9) bestående af repræsentanter for lokale og regionale myndigheder. Udvalgets funktioner er i princippet de samme som ØSU's, d.v.s. afgivelse af vejledende udtalelser, eventuelt efter høring, jfr. om det sidste fx Traktatens art. 128, 129 og 130 B.

Nærmest som et hjælpeorgan for Parlamentet virker en *ombudsmand*, jfr. traktatens art. 138 E. Hans funktion er at foretage undersøgelser af mulige fejl eller forsømmelser i forbindelse med handlinger foretaget af fællesskabsinstitutioner eller -organer med bortset fra Domstolen og Retten i Første Instans under udøvelsen af deres domstolsfunktioner. Grundlaget herfor kan være klager fra fysiske eller juridiske personer i medlemslandene, men ombudsmanden kan også af egen drift tage et forhold op til undersøgelse. Forhold, der er eller har været under retslig behandling, kan ikke undersøges. Antages der at

foreligge en fejl eller forsømmelse, forelægges sagen for den pågældende institution til udtalelse, og der afgives derefter rapport til Parlamentet og til den berørte institution. Ombudsmanden er således – på linie med Folketingets Ombudsmand – ikke selv udrustet med egentlige sanktionsbeføjelser eller med adgang til at ændre trufne afgørelser.

7.4. Hovedtræk af »lovgivningsprocessen«

7.4.1. Indledning

Tilblivelsen af hovedparten af de generelle retsakter, som udgør EU-rettens store masse, beror på et – ofte meget kompliceret – samspil mellem nogle af de i forrige afsnit omtalte institutioner. Traktaterne forudsætter ikke, at nationale myndigheder inddrages i beslutningsprocessen i videre omfang, end hvad der umiddelbart følger af, at medlemslandenes regeringer er repræsenteret i et af de centrale organer (Rådet i EF-sammenhæng). For vedtagelsen af fællesskabsretsakterne er det imidlertid gennemgående af væsentlig faktisk betydning, at nationale myndigheder i betydelig udstrækning inddrages i processens forberedende faser og i øvrigt løbende har lejlighed til at følge denne. Sideløbende med processen i EU vil der derfor pågå en proces i Danmark. Disse to sider skildres henholdsvis i underafsnittene 7.4.2 og 7.4.3. Som i forrige afsnit koncentrerer fremstillingen om retsakter efter EF-traktaten. Det vil – som tidligere bemærket – fremgå, at de nationale muligheder for indsigt i og indflydelse på EU's ageren er betydelige. Fremstillingen illustrerer videre, hvad der er blevet kaldt »det demokratiske underskud« i EU, d.v.s. navnlig det forhold, at det umiddelbart folkevalgte organ – Parlamentet – ikke spiller den centrale rolle ved regelskabelsen. For så vidt dette måtte blive opfattet som noget negativt, er rette adressat for kritik heraf imidlertid ikke EU, men derimod først og fremmest de nationale parlamenter.

7.4.2. Processen i Fællesskabet

7.4.2.1. Kommissionens forslag

Som omtalt foran side 179 har Kommissionen en initiativtagende funktion i beslutningsprocessen i den forstand, at hovedparten af de af Rådet vedtagne generelle retsakter skal bero på forslag fra Kommissionen. Traktaten indeholder ikke regler om forberedelsen af sådanne forslag. I praksis foregår den egentlige forberedelse normalt i det eller de generaldirektorater, under hvis ressort(er) det pågældende anliggende hører. Foreliggende udkast drøftes ofte mellem direktoratets embedsmænd og embedsmænd fra de enkelte medlemslande, eventuelt finder sådanne drøftelser sted i udvalg eller arbejdsgrupper

(faste eller nedsat ad hoc). Uanset at de nationale embedsmænd her optræder som rådgivende eksperter og ikke har formelt mandat til at repræsentere de respektive regeringer, vil deres kendskab til de nationale forhold og til forslagets politiske muligheder i hjemlandene naturligvis kunne tilføre Kommissionen værdifuld viden. Det sker videre hyppigt under sagsforberedelsen, at der – formelt eller uformelt – finder drøftelser sted mellem Kommissionens embedsmænd og repræsentanter for erhvervs- eller andre interesseorganisationer, i særdeleshed hvis disse er organiseret på europæisk plan. Der vil videre kunne blive tale om høring af ØSU, ligesom der i ikke ringe omfang holdes tæt kontakt med Parlamentet.

Når udkastet er færdigbehandlet i direktoratet, afgives det til vedkommende kommissær med henblik på forelæggelse for og vedtagelse af Kommissionens medlemmer. Vedtagelse (simpelt flertal) kan ske efter en skriftlig eller en mundtlig procedure. Langt de fleste forslag vil i praksis blive anset for at være af uproblematisk karakter og vedtages uden mødebehandling. Herefter sendes forslaget til Rådet, ligesom det normalt sendes til Parlamentet til orientering.

7.4.2.2. *Behandlingen i Rådet*

Når Rådet har modtaget forslaget fra Kommissionen, fremsendes dette til medlemslandene. I en række tilfælde har Rådet efter Traktaten pligt til at høre Parlamentet, ØSU og Regionsudvalget, og forslaget sendes i så fald tillige til udtalelse her. Også uden for pligttilfældene forekommer det i øvrigt jævnligt, at der ønskes tilkendegivelser fra de pågældende organer. For ØSU og Regionsudvalget gælder som tidligere nævnt, at høringssvarene alene har vejledende karakter. Det samme er i princippet tilfældet for Parlamentet, jfr. dog de to følgende underafsnit om forskellige modifikationer heri. Da Kommissionen efter Traktatens art. 189 A, stk. 2, har mulighed for at ændre sit forslag lige frem til det tidspunkt, hvor Rådet træffer afgørelse, kan høringssvar under alle omstændigheder føre til en sådan ændret stillingtagen fra Kommissionens side.

Sagsforberedelsen i Rådet indledes i det ovenfor side 178 omtalte udvalg bestående af medlemsstaternes faste repræsentanter ved Rådet (COREPER eller – specielt for landbrugsspørgsmål – CSA (Comité speciale d'agriculture)). Repræsentanterne arbejder selvstændigt på vegne af og efter instruks fra de respektive medlemsstats regeringer. I de fleste tilfælde henvises Kommissionens forslag til arbejdsgrupper (faste eller nedsat ad hoc) under COREPER. Arbejdsgruppernes medlemmer er som regel embedsmænd fra medlemslandenes centraladministrationer og fra det generaldirektorat under Kommissionen, hvor det pågældende forslag er udarbejdet. Dette gennemgås i »teknisk« henseende, og der søges – eventuelt gennem ændringsforslag – opnået enighed om for-

muligheder, som kan forventes accepteret af Rådet. Arbejdet afsluttes med afgivelse af en rapport til COREPER. Her drøftes mulige tilbageværende spørgsmål, som ofte vil kunne være af mere politisk præget karakter. COREPER har ingen kompetence til at træffe beslutninger på Rådets vegne. Opnås der imidlertid under drøftelserne i udvalget enighed om et forslag, sætter COREPER dette på Rådets mødedagsorden som et såkaldt »A-punkt«, hvilket normalt medfører, at forslaget vedtages uden drøftelse. Har enighed ikke kunnet opnås, må forslaget forhandles nærmere i Rådet og figurerer til den ende som »B-punkt« på dagsordenen.

Som omtalt foran side 178 opererer Traktaten med forskellige krav til vedtagelser i Rådet (simpelt og kvalificeret flertal og enstemmighed). I forhold til Kommissionen er det vigtigt at mærke sig, at Rådet, når dette træffer afgørelse på forslag fra denne, som udgangspunkt kun kan ændre forslaget ved enstemmig vedtagelse, jfr. art. 189 A, stk. 1.

7.4.2.3. Art. 189 B- og 189 C-procedurene

Med det sigte at styrke Parlamentets rolle i beslutningsprocessen enedes medlemsstaterne ved Fællesakten om at ændre forskellige hjemmelsbestemmelser i Traktaten således, at Rådet i visse tilfælde vedtager de nødvendige forskrifter i samarbejde med Parlamentet. Reglerne om denne *samarbejdsprocedure* (cooperation procedure) findes nu i Traktatens art. 189 C. Ved Unionstraktaten er man gået et skridt videre, idet der i en række tilfælde er anordnet en *medbestemmelsesprocedure* (co-decision procedure), jfr. art. 189 B. Hvor når der bliver tale om anvendelse af den ene eller den anden af disse procedureformer som alternativ til den foran beskrevne (hvorefter Parlamentet eventuelt blot skal høres), fremgår af de enkelte hjemmelsbestemmelser.

I tilfælde, hvor *samarbejdsproceduren* bliver aktuel, fastlægger Rådet på grundlag af Kommissionens forslag og Parlamentets høringssvar med kvalificeret flertal en såkaldt »fælles holdning«. Denne meddeles Parlamentet. Dette har derefter tre måneder til at bestemme sig for, om man vil tiltræde den fælles holdning, foreslå ændringer i denne eller forkaste den. I førstnævnte fald (eller hvis der ikke svares) kan Rådet vedtage retsakten i overensstemmelse med den fælles holdning. Ændringsforslag eller forkastelse kan vedtages med absolut flertal blandt Parlamentets medlemmer. Træffes der beslutning om forkastelse, kræver vedtagelse ved anden behandling i Rådet enstemmighed. Foreslås der ændringer, har Kommissionen en måned til at behandle disse. Tiltræder Kommissionen ændringerne, kan Rådet vedtage det således ændrede forslag med kvalificeret flertal. Andre vedtagelser, fx om ændring af Kommissionens genbehandlede forslag eller om tiltrædelse af Parlamentets ændringsforslag uden Kommissionens accept, kræver derimod enstemmighed.

Kapitel 7

Samarbejdsproceduren finder fx anvendelse ved udfærdigelse af retsakter om arbejdsmiljø- og erhvervsuddannelsesspørgsmål og om udviklingssamarbejde. Som det ses, er det væsentlige i proceduren de to høringer af Parlamentet. Nogen egentlig veto-beføjelse for dette er der imidlertid ikke tale om, ligesom der ikke etableres nogen forhandlingssituation.

Medbestemmelsesproceduren indebærer også dobbelthøring af Parlamentet og fastlæggelse i Rådet af en fælles holdning. Der er imidlertid to afgørende forskelle i forhold til samarbejdsproceduren. Forkastelse i Parlamentet (med absolut flertal af medlemmerne) af den fælles holdning medfører for det første at forslaget falder. Parlamentet har således veto-beføjelse. For det andet etableres i tilfælde af uenighed et såkaldt *forligsudvalg* med ligelig repræsentation fra Rådet og Parlamentet og med deltagelse fra Kommissionen til drøftelse og eventuel bilæggelse af uoverensstemmelser. Kompromisser i forligsudvalget mellem Rådets og Parlamentets medlemmer kræver – for at forslaget kan blive retsakt – godkendelse i Parlamentet med absolut flertal (her af de afgivne stemmer) og af Rådet med kvalificeret flertal. Afvigelser fra Kommissionens forslag fordrer således i dette tilfælde ikke enstemmighed i Rådet. Kommissionens opfattelse har altså mindre vægt end ellers.

Medbestemmelsesproceduren er anordnet i en række vigtige tilfælde, fx med hensyn til harmoniseringsforanstaltninger inden for det indre marked (Traktatens art. 100 A). Vedtagne retsakter anses for udstedt af Rådet og Parlamentet i fællesskab, jfr. art. 191, stk. 1.

7.4.2.4. EU's budget

Som tidligere omtalt finansieres EU's aktiviteter gennem egne indtægter. Budgettet, der er et-årigt, er fælles for alle tre traktatområder (regnskabsår 1. januar – 31. december). Der forudsættes balance mellem indtægter og udgifter, jfr. EF-traktatens art. 199, stk. 2. Tilblivelsen af budgettet foregår i et samvirke mellem Kommissionen, Rådet og Parlamentet, uden at der dog – som alt bemærket – tilkommer sidstnævnte bevillingskompetence i sædvanlig parlamentarisk forstand.

Budgetproceduren, jfr. herom Traktatens art. 203, indledes med, at Kommissionen udarbejder et foreløbigt forslag til budget for det kommende år. Forslaget afgives til Rådet senest 1. september i det år, der ligger forud for det, forslaget vedrører. Under behandlingen i Rådet har Kommissionen mulighed for at stille ændringsforslag og skal høres om eventuelle ændringer, som Rådet påtænker at foretage. Rådet vedtager det endelige forslag med kvalificeret flertal og sender dette til Parlamentet senest 5. oktober i ovennævnte år. Parlamentet har herefter 45 dage til behandlingen.

Godkender Parlamentet budgetforslaget, eller fremsættes der ikke ændringsforslag, anses budgettet for vedtaget. Denne situation er dog utopisk, idet Parlamentet i praksis aldrig uden videre tiltræder forslaget. Mulighederne for at påvirke dettes udgiftsside afhænger af, om der er tale om *obligatoriske* udgifter (d.v.s. udgifter der nødvendigt følges af Traktaten eller af retsakter udstedt i medfør af denne), eller om det modsatte er tilfældet, jfr. traktatens art. 203, stk. 4 og 9. For så vidt angår obligatoriske udgifter, kan Parlamentet med et flertal af de afgivne stemmer fremsætte *ændringsforslag*. Ved de ikke-obligatoriske er beføjelserne videregående, idet der med et flertal af medlemmernes stemmer kan træffes beslutning om *ændring* af budgetforslaget. Dette returneres herefter til Rådet.

Rådet har 15 dage til behandlingen af budgetforslaget med Parlamentets ændringer og ændringsforslag. Tiltrædes disse, anses budgettet for vedtaget. Også denne situation er imidlertid praktisk set urealistisk. For så vidt angår de *obligatoriske* udgifter, kan Rådet med kvalificeret flertal *forkaste* ændringsforslag fra Parlamentet, som ikke medfører (en samlet) forøgelse af udgifterne for den institution, udgiften vedrører. Er dette derimod tilfældet, anses ændringsforslaget for forkastet, medmindre det *vedtages* af Rådet med kvalificeret flertal. Ved forkastelse kan Rådet i begge tilfælde fastsætte et andet beløb end det af Parlamentet foreslåede. Parlamentets ændringer i budgetforslaget med hensyn til *ikke-obligatoriske* udgifter har Rådet mulighed for at forkaste eller modificere med kvalificeret flertal.

Fører anden-behandlingen i Rådet til hel eller delvis forkastelse af Parlamentets ændringer/ændringsforslag, skal budgetforslaget på ny fremsendes til Parlamentet, som har 15 dage til endelig stillingtagen. Reageres der ikke, anses budgettet for vedtaget i den fra Rådet senest foreliggende skikkelse. Parlamentet kan forkaste det samlede forslag og kræve forelæggelse af et nyt. Hertil kræves et flertal af samtlige medlemmers stemmer og to trediedele af de afgivne stemmer. Alternativt har Parlamentet mulighed for at ændre eller forkaste Rådets modifikationer af de poster i budgettet, som vedrører ikke-obligatoriske udgifter. Hertil kræves et flertal af samtlige medlemmers stemmer og tre femtedele af de afgivne. De obligatoriske udgifter kan derimod i dette tilfælde ikke røres, d.v.s. at de betragtes som afgjort ved Rådets anden behandling. Vælger Parlamentet alternativet, er budgetbehandlingen tilendebragt med den givne stillingtagen til Rådets modifikationer af Parlamentets ændringer, d.v.s. at Parlamentet så vidt »vedtager« budgettet.

Da sondringen mellem obligatoriske og ikke-obligatoriske udgifter, som det vil være fremgået, er af stor betydning, har Rådet, Kommissionen og Parlamentet aftalt en særlig *samrådsprocedure* (ikke at forveksle med den i forrige underafsnit omtalte samarbejdsprocedure). Fremsætter Parlamentet ændrings-

forslag i forbindelse med høring om et retsaktforslag med betydelige finansielle følgevirkninger (obligatoriske udgifter), og vil Rådet ikke acceptere ændringsforslaget, må Rådet efter aftalen ikke uden videre se bort fra Parlamentets stillingtagen, men skal holde samråd med repræsentanter for dette og for Kommissionen. Samrådet kan give Parlamentet mulighed for at øve en vis (yderligere) indflydelse på udgiftskrævende foranstaltninger, og dets resultat kan eventuelt danne baggrund for et ændret eller supplerende høringssvar. Samrådsproceduren ændrer imidlertid ikke ved de formelle beslutningskompetencer.

7.4.2.5. Kommissionens gennemførelsesretsakter

Som omtalt foran side 180 udøver Kommissionen de beføjelser, der tildeles den af Rådet med henblik på gennemførelsen af de af Rådet truffene beslutninger, jfr. EF-traktatens art. 155. En sådan delegation af kompetence til udfærdigelse af gennemførelsesretsakter er imidlertid ikke uden videre ensbetydende med, at Rådet – og dermed medlemslandene – fraskriver sig enhver mulighed for indflydelse på gennemførelsesforanstaltningerne. Med udgangspunkt i den nævnte traktatbestemmelse praktiserede Rådet således længe en fremgangsmåde, som i princippet (med konkrete variationer) var ensbetydende med, at delegation gjordes betinget af, at Kommissionen inden retsakternes udfærdigelse forelagde udkast til disse for et udvalg af repræsentanter for medlemslandene, typisk embedsmænd fra disses centraladministrationer (såkaldt »komitéprocedure«). Kunne udvalget ikke tiltræde et udkast, var der herefter mulighed for på ny at forelægge sagen for Rådet. Denne praksis er nu hjemlet ved Traktatens art. 145, hvorefter Rådet kan opstille visse nærmere vilkår for Kommissionens kompetenceudøvelse, ligesom det i særlige tilfælde kan forbeholde sig retten til selv direkte at udøve gennemførelsesbeføjelserne. Ved Rådets afgørelse af 13. juli 1987 er der videre afstukket visse faste retningslinier for Rådets fremtidige anvendelse af den pågældende fremgangsmåde. Det fremgår af afgørelsen, at Rådet kan vælge mellem tre forskellige procedurer, som i alle tilfælde forudsætter, at Kommissionen skal forelægge udkast til retsakter for et udvalg (en komité) bestående af repræsentanter for medlemslandene: Et rådgivende udvalg, en forvaltningskomitéprocedure og en revisionskomitéprocedure. De to sidste rummer hver to varianter. Efter forvaltningskomitéproceduren har Rådet mulighed for inden for bestemte frister og med kvalificeret flertal at omgøre den af Kommissionen udfærdigede retsakt, såfremt den ikke er i overensstemmelse med den af udvalget afgivne udtalelse. Ved revisionskomitéproceduren må retsakten under samme forudsætning ikke udfærdiges, men forslaget herom forelægges for Rådet, som træffer afgørelse med kvalificeret flertal. Er dette ikke sket inden tre måneder,

vedtager Kommissionen efter den ene variant de foreslåede foranstaltninger. Efter den anden kan et simpelt flertal i Rådet inden samme frist udtale sig mod disse og derved blokere for retsaktens udfærdigelse.

7.4.3. Processen i Danmark

7.4.3.1. I administrativt regi

Det vil være fremgået af forrige afsnit, at beslutningsprocessen i EU i alle faser stiller betydelige krav til dansk med- og modspil såvel i forhold til fællesskabsmyndighederne som vis-a-vis de øvrige medlemslande. Hævdelse af nationale interesser med behørig indsigt og på grundlag af en ansvarlig politisk stillingtagen forudsætter derfor, at der sideløbende med processen i EU foregår en kyndig sagsforberedelse på nationalt plan.

Et karakteristisk organisatorisk element i den danske beslutningsproces er forekomsten af en række tværministerielle udvalg på forskellige niveauer. Svarende til de faste arbejdsgrupper under Rådet, jfr. ovenfor side 184, findes således et stort antal *EF-specialudvalg* bestående af repræsentanter for Udenrigsministeriet og de fagministerier, hvis arbejdsområder vil blive berørt af givne fællesskabsretlige reguleringer. Svarende til COREPER, jfr. ovenfor side 178, er der etableret et *EF-udvalg*, hvis medlemmer rekrutteres blandt overordnede embedsmænd i Udenrigsministeriet og i forskellige fagministerier, som er centralt placeret i forhold til EU's virkefelter. På ministerplan går samme repræsentation på kransekagens top igen i *Regeringens Fællesmarkedsudvalg*.

Udkast fra Kommissionen, som ønskes drøftet med nationale eksperter i et udvalg under denne, jfr. ovenfor side 184, fremsendes fra den faste danske repræsentation ved Unionen via Udenrigsministeriet til vedkommende danske fagministerium. Her underkastes udkastet sædvanlig sagsbehandling. Berører det flere ministeriers arbejdsområder og/eller skønnes det at have substantiel betydning, drøftes det tillige i det relevante EF-specialudvalg, som afgiver indstilling til det pågældende ministerium. Interesseorganisationssynspunkter kan tænkes inddraget i overvejelserne såvel i ministeriet som i specialudvalget. Gennem Udenrigsministeriet instrueres de danske repræsentanter i Kommissionsudvalget herefter om de gjorte betragtninger vedrørende udkastet.

Når Kommissionens udkast sidenhen er blevet til et egentligt forslag, som er fremsendt til Rådet, sker der fornyet sagsbehandling og drøftelse i det eller de berørte ministerier og i specialudvalget. Der vil i denne fase ofte blive tale om indhentelse af udtalelser om forslaget hos de berørte interesseorganisationer. Forslaget forelægges videre for EF-udvalget, hvis primære opgave er at stå for den nødvendige overordnede koordinering af de synspunkter, som man ønsker, at de danske repræsentanter skal fremføre i arbejdsgrupperne under

Rådet. Udgangspunktet for udvalgets stillingtagen er behandlingen i vedkommende ministerium og specialudvalg. EF-udvalget forestår videre udvælgelsen af sager, som bør bringes op for Regeringens Fællesmarkedsudvalg. Alle dagsordener for rådsmøder og alle traktatbrudssager forelægges for dette udvalg, der imidlertid som regel kun holder møder, hvis enighed mellem de berørte ministerier ikke har kunnet opnås ved drøftelserne i EF-udvalget, eller såfremt en bestemt sag angår mere principielle spørgsmål.

7.4.3.2. Folketinget

Efter § 6, stk. 1, i loven om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (lov nr. 447 af 11. oktober 1972 m. senere ændringer) afgiver regeringen beretning til Folketinget om udviklingen i Fællesskaberne. Af § 6, stk. 2, følger, at regeringen videre underretter et af Folketinget nedsat udvalg om forslag til rådsvedtagelser, der bliver umiddelbart anvendelige i Danmark, eller til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig. Det pågældende udvalg er *Folketingets Markedsudvalg* (fremtidigt måske »EF-udvalget«), som spiller en vigtig rolle ved den løbende fastlæggelse af den danske stillingtagen til nye fællesskabsreguleringer. Grundlaget for udvalgets arbejde som kontrolant af regeringens virksomhed i Rådet er ikke alene den nævnte bestemmelse i tiltrædelsesloven. Formuleret især i Markedsudvalgets årlige beretninger og med tiltrædelse af regeringen er der efterhånden fastlagt en ganske omfattende og nuanceret praksis vedrørende regeringens information af udvalget om væsentligere nye fællesskabsinitiativer. Meningen hermed er naturligvis den at skabe mulighed for en forholdsvis tidlig politisk afklaring af den danske stillingtagen. En sådan afklaring kan navnlig opfattes som påkrævet, fordi talrige fællesskabsretsakter som omtalt i tiltrædelseslovens § 6 enten umiddelbart har virkning i Danmark eller kræver dansk opfyldelseslovgivning. Det generelle udgangspunkt er her forlængst formuleret således af Markedsudvalget, at regeringen rådfører sig med udvalget i markedspolitiske spørgsmål af væsentlig betydning, således at hensynet såvel til Folketingets indflydelse som til regeringens handlefrihed respekteres.

Om forholdet mellem regeringen og Markedsudvalget i konkrete sammenhænge gælder skitse-mæssigt følgende: Når Rådet har modtaget et forslag til en retsakt fra Kommissionen og medlemslandenes regeringer derefter er blevet orienteret om forslaget, fremsendes dette af Udenrigsministeriet til Markedsudvalget. Fra vedkommende fagministerium udstyres udvalget, når forslaget har en vis vigtighed, tillige med en række skematiske oplysninger, herunder om dets mulige lovgivningsmæssige konsekvenser for Danmark. Udvalget modtager derudover de foreløbige dagsordener for Rådets møder og holder forud for hvert rådsmøde (og møder i Det Europæiske Råd) samråd med den minister,

som skal deltage i dette. Under sådanne samråd redegør ministeren for de væsentligste spørgsmål, som skal behandles på mødet, og udvalgets medlemmer har lejlighed til at stille spørgsmål og til at anmode om yderligere mundtlige og/eller skriftlige oplysninger. Forventes der på rådsmødet at blive truffet vedtagelser om spørgsmål af større rækkevidde, skal ministeren videre i så henseende redegøre mundtligt for regeringens forhandlingsoplæg. Udvalget tager stilling hertil på den måde, at hvis der ikke kan forventes at være et flertal i Folketinget imod oplægget, forhandles der på grundlag af dette. Ud over den mundtlige redegørelse fra ministeren består udvalgets konkrete beslutningsgrundlag i et af denne udarbejdet notat, som navnlig skal indeholde oplysninger om de økonomiske og lovgivningsmæssige konsekvenser af en vedtagelse af Kommissionens forslag og om afstemningssituationen i Rådet. Opstår der under forhandlingerne i dette mulighed for en løsning, som afviger væsentligt fra forhandlingsoplægget, forelægges den nye forhandlingssituation for udvalget. Dette orienteres ligeledes straks om forhandlingsresultatet ved forhandlingernes afslutning.

Markedsudvalget har efter § 19, stk. 6, i Folketingets forretningsorden tillige mulighed for at aktivere tinget i form af en drøftelse i dette af forslag fra Kommissionen. Udvalget beslutter i så fald, at forslaget (eller forslagene) skal forhandles i Folketinget på grundlag af en redegørelse fra regeringen. Som ved første-behandlinger af lovforslag angår drøftelserne alene principielle synspunkter, og de afsluttes uden afstemning med, at forslaget henvises til Markedsudvalget. Såvel i tilfælde af den nævnte art som ved behandlingen af forslag fra fællesskabsmyndighederne i det hele taget beslutter Markedsudvalget selv, om det eventuelt vil være hensigtsmæssigt at drøfte et givet forslag med andre af de stående folketingsudvalg. Formændene for disse får løbende tilstillet kopier af de oversigter over EU-dokumenter, som Udenrigsministeriet fremsender til Markedsudvalget, ligesom de modtager kopier af dettes dagsordener. De stående udvalg har således også visse muligheder for initiativ, fx ved at indkalde den relevante minister til samråd og/eller ved at rette henvendelse til Markedsudvalget.

7.5. Retsplejen i EU

7.5.1 Indledning

Efter EF-Traktatens art. 164 skal Domstolen værne om lov og ret ved Traktatens fortolkning og anvendelse, jfr. ovenfor side 181. Bestemmelsen indebærer ikke, at institutionen (og dermed fra 1989 tillige Retten i Første Instans) har noget monopol på fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten. Disse

opgaver varetages i praksis – som fuldbyrdelsen af den væsentligste del af fællesskabsretten i det hele taget – først og fremmest af nationale myndigheder og domstole. Domstolen har heller ingen funktion som appelinstans i forhold til disse sidste eller overhovedet en status, som giver mulighed for rimeligt entydig parallellisering til de nationale retter eller for en indpasning i et traditionelt domstolssystem. Da Domstolen som tidligere omtalt er underlagt legalitetsprincippet på samme måde som de øvrige EU-institutioner, er dens virke begrænset til forhold, hvor Traktaten udstyrer den med den fornødne kompetence. Blandt disse findes imidlertid et for relationerne til de nationale domstole praktisk vigtigt tilfælde (art. 177), som med henblik på retsanvendelsen her på egenartet måde gør Domstolen til den *øverste autoritative fortolker* af fællesskabsretten, jfr. videre nedenfor side 197. I andre henseender – fx i mellemværender mellem EU-myndigheder og medlemsstater – har den nærmest karakter af at være en *forfatningsdomstol*, medens den i atter andre – fx i bestemte tvister mellem enkeltpersoner og EU-myndigheder – udfylder rollen som en slags *forvaltningsdomstol*. I visse erstatningssager mod EU er der mindelser om en funktion som en *almindelig civil domstol*. Endelig kan Domstolen i bestemte tilfælde virke som *voldgiftsret*, ligesom den har visse *responderende funktioner*.

I de to følgende underafsnit beskrives dels Domstolens kompetence i henhold til EF-Traktaten, dels nogle hovedtræk af dens sagsbehandling. I førstnævnte henseende skelnes der ikke mellem Domstolen og Retten i Første Instans (opgavefordeling omtales i det afsluttende underafsnit). For at få det rette indtryk af institutionens helt centrale placering inden for EU og dens væsentlige betydning for dennes udvikling må bemærkningerne især sammenholdes med fremstillingen i afsnit 7.6 om fællesskabsrettens kilder og i afsnit 7.7 om forholdet mellem fællesskabsret og national ret.

7.5.2. Domstolens kompetence

7.5.2.1. Traktatbrudsspørgsmål

For Fællesskabets virke efter de givne målsætninger er det naturligvis uomgængelig nødvendigt, at medlemslandene overholder deres traktatmæssige forpligtelser. Traktaten indeholder derfor forskellige bestemmelser, som giver mulighed for at indbringe sager om påstået traktatbrud for Domstolen.

Efter art. 169, stk. 2, kan *Kommissionen* rejse traktatbrudssag mod en medlemsstat. Forud herfor skal der efter bestemmelsens stk. 1 normalt gå en vis procedure. Ved en såkaldt »åbningsskrivelse« gør Kommissionen vedkommen- de stat bekendt med sine synspunkter og giver denne lejlighed til at fremkomme med bemærkninger hertil. Sluttes sagen ikke på dette grundlag, afgiver Kommissionen en »begrundet udtalelse«, hvori det præciseres, hvilke over-

trædelser der efter Kommissionens opfattelse foreligger. Bringer heller ikke dette skridt nogen løsning, *kan* Kommissionen (men skal ikke nødvendigvis) indstævne staten for Domstolen med en påstand, som ligger inden for de saglige grænser, der afstikkes af udtalelsen. Traktatbrudssøgsmål kan videre efter art. 170 rejses af en *anden medlemsstat*. Også i dette tilfælde – som praktisk set ikke spiller nogen nævneværdig rolle – skal der normalt iagttages en bestemt forudgående procedure, som her består i, at den påtalende stat forelægger sagen for Kommissionen, der skal give begge stater lejlighed til at udtale sig. På dette grundlag afgiver Kommissionen en »begrundet udtalelse«. Foreligger denne ikke inden tre måneder fra forelæggelsen, kan den påtalende stat selv rejse sagen ved Domstolen uden at skulle afvente, at Kommissionen eventuelt reagerer efter art. 169.

I enkelte tilfælde skal procedurene efter art. 169 og 170 ikke følges. Dette gælder således ved sager dels om påstået ulovlig statsstøtte (Traktatens art. 93), dels om muligt nationalt misbrug af adgangen til at fastsætte afvigelser fra Fællesskabets harmoniseringsregler (art. 100 A).

Føres traktatbrudssagen igennem til fældende dom, skal den dømte stat efter art. 171, stk. 1, gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Hvad der i så henseende må foretages, beror naturligvis på den konkrete anledning og overlades i princippet til staten selv. Sker opfyldelse ikke (snarest muligt), har Kommissionen efter bestemmelsens stk. 2 ved afgivelse af åbningsskrivelse og begrundet udtalelse mulighed for at rejse sag vedrørende den manglende/mangelfulde opfyldelse. Efterkommes traktatbrudsdommen herefter ikke inden for en af Kommissionen fastsat frist, kan denne indbringe sagen for Domstolen med angivelse af størrelsen af det faste beløb eller den (løbende) tvangsbøde, den forsømmelige medlemsstat skal betale. Fastslår Domstolen, at staten ikke har efterkommet traktatbrudsdommen, kan den pålægge denne at betale et fast beløb eller en tvangsbøde. Af ikke-ubetydelig praktisk interesse er det i øvrigt, at Domstolen med hjemmel i traktatens art. 186 i forbindelse med behandlingen af selve traktatbrudssagen efter påstand har mulighed for at anordne *foreløbige forholdsregler*, fx pålægge den implicerede medlemsstat indtil videre at afstå fra anvendelse af en mulig traktatstridig national retsakt.

Som det vil være fremgået, har borgerne i medlemslandene ikke adgang til at rejse traktatbrudssag ved Domstolen. De kan naturligvis henvende sig til Kommissionen med henblik på at foranledige, at denne skrider ind efter art. 169. En anden mulighed består i, at de ved nationale domstole rejser sag mod den pågældende stat med påstand om, at en af denne udfærdiget national retsakt eller en iværksat national foranstaltning er i strid med en fællesskabsregel med direkte virkning jfr. videre nedenfor side 225.

7.5.2.2. Annullationssøgsmål

Efter Traktatens art. 173 prøver Domstolen lovligheden af retsakter vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, af Rådet, af Kommissionen eller af Den Europæiske Centralbank, bortset fra henstillinger og udtalelser, samt de af Parlamentets retsakter, der skal have retsvirkninger over for trediemand. Bestemmelsen, som er en naturlig og nødvendig konsekvens af legalitetsprincippet, omfatter alle bindende retsakter, uanset om de optræder i retsakt-kataloget i art. 189, jfr. herom nedenfor side 207. Det er i princippet ligegyldigt, om retsakten direkte hidrører fra en af de nævnte institutioner, eller om den stammer fra et fællesskabsorgan, som i henhold til delegation handler på dennes vegne.

Som udgangspunkt begrænses kompetencen til at angå klager vedrørende inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af Traktaten eller af retsregler vedrørende dennes gennemførelse og magtfordrejning. Opremsningen er så bred, at alle fra national forvaltningsret kendte ugyldighedsgrunde omfattes. Af særlig betydning er det, at begrebet »retsregler vedrørende dens (i.e. Traktatens) gennemførelse« tolkes vidt i Domstolens praksis, således at det dækker alle regler, som er trindhøjere end den omstridte retsakt selv, hvilket fx – og navnlig – får betydning ved konflikt med de af Domstolen udviklede almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger. Disse sidste anvendes af Domstolen tillige som skranker for det skøn, som nødvendigvis vil være forbundet med udstedelse af talrige – især konkrete – retsakter.

Den i princippet begrænsede prøvelsesadgang efter art. 173 kan i særlige tilfælde udvides. Af art. 172 følger således, at *forordninger* udstedt i henhold til Traktaten af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab eller af Rådet kan tillægges Domstolen fuld prøvelsesret vedrørende de i sådanne forordninger omhandlede sanktioner. Et praktisk vigtigt eksempel herpå er art. 17 i Rådets forordning 17/62, som udstyrer Domstolen med fuld prøvelsesret vedrørende Kommissionens beslutninger om pålæg af bøder eller tvangsbøder for overtrædelse af Traktatens art. 85 og 86 (de grundlæggende konkurrenceregler). Domstolen har ikke blot beføjelse til i givet fald at annullere et bødepålæg, men kan selvstændigt prøve bødens størrelse.

Annullationssøgsmål kan anlægges af en medlemsstat, Rådet og Kommissionen. Parlamentet og Den Europæiske Centralbank kan indbringe klager med henblik på at bevare deres prærogativer (d.v.s. deres kompetencer efter Traktaten). Endelig kan sag indbringes af enhver fysisk eller juridisk person, dels med hensyn til beslutninger der retter sig til ham, dels vedrørende beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller er en beslutning rettet til en anden person, dog vedrører ham umiddelbart og individuelt. Ved det sidste – vanskeligt håndterlige – kriterium lægges hovedvægten i Domstolens meget restriktive praksis på en vurdering af den individuelle interesse. Der vil

fx herefter ikke være udsigt til, at Domstolen fremmer et annullationssøgsmål fra en borger i et medlemsland mod en »ægte« forordning, d.v.s. mod en generel retsakt som under denne betegnelse rettes mod en i princippet ubestemt kreds af adressater (og som har direkte virkning i medlemslandene, jfr. nedenfor side 225). For alle søgsmålsberettigede gælder det i øvrigt, at klage til Domstolen skal indgives inden to måneder efter, at retsakten, alt efter sin art, er offentliggjort eller meddelt klageren, eller – i mangel heraf – senest to måneder efter, at klageren har fået kendskab til den.

Selvom de enkelte borgere i medlemslandene, som det vil være fremgået, praktisk set er afskåret fra at rejse annullationssøgsmål ved Domstolen mod forordninger, findes der et par genveje, som *for dem* kan føre til samme resultat. For det første vil en borger ved de nationale domstole kunne gøre gældende, at en afgørelse (vedrørende ham), som de nationale myndigheder har truffet efter en given forordning, er ugyldig, fordi forordningen selv er det. Det sidste ugyldighedsspørgsmål må den nationale domstol herefter forelægge for Domstolen til præjudiciel stillingtagen efter Traktatens art. 177, jfr. herom nedenfor side 197. Traktatens art. 184 giver dernæst mulighed for, at hver part i en retstvist, som angår en forordning udstedt af de kompetente fællesskabsorganer, uden hensyntagen til den omtalte to måneders-frist ved Domstolen kan gøre gældende, at forordningen af de i art. 173 nævnte grunde ikke finder anvendelse. I en sag ved Domstolen om annullation af en fællesskabsbeslutning rettet til en borger har denne således mulighed for at påberåbe sig, at den forordning, som udgør beslutningens hjemmelsgrundlag, er ugyldig. Forskellen mellem annullationssøgsmålet og de to genveje består i, at medens en for klageren positiv dom efter art. 173 fører til, at retsakten med virkning for alle og enhver erklæres for ugyldig fra udstedelsen, kan en tilsvarende afgørelse i genvejstilfældene kun gå ud på, at den omtvistede forordning betragtes som uanvendelig i den konkrete sag.

En annullationsdom medfører efter Traktatens art. 176 pligt for den eller de institutioner, fra hvilken den annullerede retsakt hidrører, til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger.

7.5.2.3. Erstatningssøgsmål

Fællesskabet kan naturligvis pådrage sig erstatningsansvar såvel i som uden for kontraktsforhold. Om kontraktansvaret hedder det i Traktatens art. 215, stk. 1, at dette bestemmes efter den lovgivning, der finder anvendelse på den pågældende kontrakt. Af art. 183 følger, at ansvaret gøres gældende ved nationale domstole. Heroverfor siges det i art. 178, at Domstolen har kompetence til at afgøre tvister vedrørende de i art. 215, stk. 2 omhandlede krav om erstatning for skade uden for kontraktsforhold. Om ansvarsgrundlaget her anføres det i

sidstnævnte bestemmelse, at dette fastlægges »i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for Medlemsstaternes retssystemer«. Ansvar et knyttes til skader forvoldt af fællesskabsinstitutioner eller af ansatte under udøvelse af deres hverv.

Henvisningen i art. 215, stk. 2, til de nævnte »almindelige retsgrundsætninger« er ikke ensbetydende med, at Domstolen skal lægge eller koge de nationale retssystemer sammen og af denne proces forsøge at uddrage en fællesnævner eller et destillat, som derefter karakteriseres som den fællesskabsretlige erstatningsret. Forskellene i de enkelte landes deliktsret ville næppe heller gøre det meningsfyldt at gå i gang med et sådant forehavende. Henvisningen betyder, at Domstolen ved fastlæggelsen af ansvarsgrundlaget skal tage hensyn til de nationale løsninger i medlemslandene ved en slags komparativ analyse og derefter prøve disse løsningers hensigtsmæssighed i en fællesskabsretlig kontekst, d.v.s. ud fra de særlige forhold og behov, som gør sig gældende for Fællesskabet, især henset til dettes målsætninger og struktur. Der er således vide rammer for Domstolens stillingtagen. Af den foreliggende – ganske restriktive – praksis kan det ses, at der opereres med tre grundlæggende ansvarsbetingelser, som vil være velkendte fra national erstatningsret: Der skal foreligge a) en *skade* på en *beskyttet interesse*, b) en *retsstridig adfærd* fra et fællesskabsorgan eller fra fællesskabsansatte, som handler i tjenesten, og c) *kausalsammenhæng* mellem a) og b). Derimod opstilles der *ikke* med sikkerhed en almindelig fordring om *skyld* fra den eller de implicerede side.

Erstatningsspørgsmålet har især tildraget sig interesse i tilfælde, hvor den ansvarspådragende adfærd hævdes at være en påstået ulovlig generel retsakt fra et fællesskabsorgan. Det har her været nødvendigt for Domstolen først at tage stilling til, om den omstændighed, at borgere i medlemslandene afskæres fra at anlægge annullationssøgsmål efter art. 173 vedrørende sådanne retsakter, jfr. forrige underafsnit, tillige afskærer dem fra anlæggelse af erstatningssøgsmål, hvorved de jo indirekte kan opnå samme resultat. Domstolen har afvist en sådan automatisk sammenkobling under fremhævelse af, at erstatningssøgsmålet har en fra annullationssøgsmålet forskelligartet og selvstændig funktion, som navnlig viser sig derved, at der ønskes økonomisk kompensation i stedet for ophævelse af den omstridte retsakt, jfr. fx dommene i Saml. 1984/1969 og 1986/753. Art. 178 bliver herefter i almindelighed et supplement til art. 173, dog med det ikke-uvæsentlige forbehold, at såfremt der i tide har været mulighed for at anlægge annullationssøgsmål (fx ved konkrete beslutninger), men dette er forsømt, vil et søgsmål efter art. 178 blive afvist.

Domstolen har dernæst måttet beskæftige sig med den nærmere forståelse af retsstridighedsbetingelsen. Praksis er på dette punkt den, at der, såfremt der kræves erstatning for tab, som opstår som følge af en generel retsakt, der indebærer beslutninger af økonomisk-politisk karakter, kun pålægges ansvar, hvis der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af en højere retsregel til beskyttelse af vedkommende borger (»sufficiently serious breach of a superior rule«, »hinreichend qualifizierte Normverletzung«). Sådanne »højere regler« kan være såvel regler i Traktaten som regler, der er udtrykt i en af de af Domstolen anerkendte

(uskrevne) fællesskabsretlige retsgrundsætninger. Den »kvalificerede overtrædelse« skal have en sådan styrke, at vedkommende institution må siges åbenbart og groft (»manifestly and gravely«, »offenkundig und erheblich«) at have overskredet grænserne for udøvelsen af sine beføjelser, jfr. fx dommene i Saml. 1979/2955 og 1989/1553. Det fremgår heraf, at der som regel ikke vil være store chancer for at få erstatning i tilfælde som de nævnte, og at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt, at den pågældende generelle retsakt kan stemples som ugyldig, jfr. art. 173.

Da fællesskabsretten som tidligere omtalt i vid udstrækning forvaltes af nationale myndigheder, kan der opstå forskellige spørgsmål om forholdet dels mellem fællesskabsmyndighedernes og nationale myndigheders eventuelle ansvar, dels mellem Domstolens og nationale domstoles kompetence til pådømmelse af erstatningskrav. Er nationale myndigheder medansvarlige, er udgangspunktet efter Domstolens praksis, at de nationale retsmidler (forudsat at disse er tilstrækkeligt effektive) over for disse må udtømmes ved nationale domstole, inden Domstolens assistance efter art. 178 eventuelt påkaldes, jfr. fx dommen i Saml. 1965-68/381. Ligger den begåede fejl udelukkende hos nationale myndigheder, fx i forbindelse med ulovlig forvaltning af en gyldig fællesskabsretsakt, er det klart, at en erstatningssag i den anledning må følges ved et nationalt forum. I den omvendte situation – lovlig national forvaltning af en ugyldig fællesskabsretsakt – er forholdet formentlig det, at sag må anlægges ved nationale domstole mod de nationale myndigheder, såfremt de nationale retsmidler giver effektiv beskyttelse, herunder kan sikre erstatning for det lidte tab (her med mulighed for præjudiciel stillingtagen for Domstolen efter art. 177 til retsaktens gyldighed). Er de nævnte forudsætninger ikke opfyldt, kan art. 178 bringes i anvendelse, jfr. fx Domstolens afgørelser i Saml. 1972/269 og 1987/3677.

For krav om erstatning uden for kontraktsforhold gælder efter art. 43 i Domstolens Statut en forældelsesfrist på fem år regnet fra indtrædelsen af den omstændighed, der ligger til grund for kravet.

7.5.2.4. Præjudicielle afgørelser

Som det vil være fremgået af de tre foregående underafsnit, kommer tvister mellem borgere i medlemslandene eller mellem disse og de nationale myndigheder ikke direkte til afgørelse ved Domstolen, men behandles, selvom de nødvendiggør anvendelse af fællesskabsret, ved nationale fora. Såfremt de nationale domstole i sager af den nævnte art suverænt kunne fastlægge forståelsen af fællesskabsrettens indhold, ville konsekvensen heraf formentlig uden videre være den, at der ville gøre sig lige så mange forskellige opfattelser gældende, som der er medlemslande. Med henblik på at udelukke denne for EU's virke meget uheldige mulighed og altså tværtimod sikre en ensartet tolkning af fællesskabsretten inden for hele EU's område har Domstolen ved

den praktisk overordentlig betydningsfulde bestemmelse i traktatens art. 177 fået til opgave i forhold til de nationale domstole at virke som øverste autoritative fortolker af fællesskabsretten.

I meget grove træk går den ved art. 177 tilvejebragte ordning ud på, at der i tvister ved de nationale domstole, der implicerer spørgsmål om fortolkning af Traktaten eller om gyldigheden og fortolkningen af retsakter fra fællesskabsinstitutioner, gennemføres en slags arbejdsdeling mellem Domstolen og den nationale ret. Denne sidste kan forelægge sagen for Domstolen og anmode om en udtalelse om tolknings- eller gyldighedsspørgsmålet. I visse tilfælde er der pligt til forelæggelse. Domstolen tager stilling til det pågældende spørgsmål og giver den nationale ret svar herpå. Svaret, der udtrykker Domstolens opfattelse af, hvorledes fællesskabsretten i den adspurgte henseende skal forstås, er så vidt bindende for den nationale domstol. Det tilkommer imidlertid denne at afgøre den konkrete sag, d.v.s. anvende fællesskabsretten med det tilkendegivne indhold på det foreliggende faktum. Domstolens stillingtagen udtrykkes i en såkaldt »præjudiciel afgørelse« (»preliminary ruling«, »Vorabentscheidung«). Spørgsmålet om forståelsen af fællesskabsretten siges at være »præjudicielt«, fordi dets løsning er en nødvendig forudsætning for afgørelsen vedrørende det i selve hovedsagen foreliggende problem.

Art. 177 har følgende indhold:

»Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål:

- a) om fortolkningen af denne Traktat;
- b) om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner og ECB (Den Europæiske Centralbank);
- c) om fortolkningen af vedtægter for organer, der oprettes af Rådet, når bestemmelse herom findes i de pågældende vedtægter.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af Medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelse ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen«.

Begrebet »ret i en af Medlemsstaterne« kan give anledning til en vis usikkerhed. Der er ingen tvivl om, at det i Danmark omfatter såvel de ordinære som de ekstraordinære retter, i sidstnævnte henseende fx Arbejdsretten. Det er også givet, at almindelige forvaltningsorganer, fx ministerier og centrale styrelser, falder uden for og således ikke har mulighed for at benytte sig af forelæggelsesmuligheden. Begrebet har imidlertid et selvstændigt fællesskabsretligt indhold, og der kan følgelig ikke lægges afgørende vægt på, om et givet organ

efter national opfattelse anses for en »ret« eller ej. I Domstolens praksis synes det centrale at være, om organet udøver en egentlig judiciel funktion. Det tillægges således betydning, om der er tale om en uafhængig instans, som er kompetent til at træffe afgørelser om tvistemål, og om organet er oprettet ved lov og fungerer som en permanent institution, der lægger retsregler til grund for sine afgørelser. Videre er der set på, om disse træffes efter en kontradiktorisk proces, og om de anerkendes som endelige, således at der i spørgsmål, som angår anvendelsen af fællesskabsretten, ikke er nogen egentlig mulighed for anke til de almindelige domstole, se fx afgørelserne i Saml. 1965-68/227, 1981/2311 og 1982/1095.

I Danmark kan det navnlig være tvivlsomt, om de såkaldte ankenævn kan betragtes som »retter« efter art. 177. Spørgsmålet lader sig næppe besvare generelt, men må afgøres for hvert organ for sig. Det er ud fra de af Domstolen anvendte prøvelsesmomenter – især det sidstomtalte – formentlig helt uholdbart, når *Gulmann & Hagel Sørensen* (1993, 276f) mener, at et organ som Den Sociale Ankestyrelse omfattes af bestemmelsen. Ved afgørelsen i Saml. 1989/3199 blev en dansk faglig voldgiftsret accepteret som »ret«.

Fakultativ forelæggelse (art. 177, stk. 2) vil i Danmark først og fremmest kunne forventes iværksat af byretterne, Sø- og Handelsretten og af landsretterne, når disse sidste handler som første instans. Obligatorisk forelæggelse (art. 177, stk. 3) bliver der tale om, når afgørelsen i den konkrete sag ikke kan appelleres. Dette vil følgelig navnlig gælde for Højesteret og for landsretterne i appelsager. I begge henseender er det væsentligt at være opmærksom på, at det er den ret, som behandler den pågældende sag, der træffer afgørelse om, hvorvidt forelæggelse skal ske. Sagens parter har således intet retskrav herpå, omend forelæggelsesspørgsmålet i praksis oftest rejses af en af parterne, eventuelt af begge. At de er enige om ikke at ønske forelæggelse, binder heller ikke retten. Det er denne, som formulerer de nødvendige spørgsmål til Domstolen. Under sagsbehandlingen her sættes behandlingen hos den nationale ret i bero.

I Domstolens praksis har reglen om obligatorisk forelæggelse fået nogle nuanceringer. Bortset fra, at der naturligvis ikke består forelæggelsespligt, hvis det fællesskabsretlige spørgsmål er uden betydning for sagens afgørelse, har Domstolen antaget, at pligten bortfalder, såfremt spørgsmålet allerede er afgjort af Domstolen i en tidligere sag. Den ældre afgørelse kan da lægges til grund af den nationale ret. Videre er Domstolen gået ud fra, at forelæggelse kan undlades, hvis den korrekte anvendelse af fællesskabsretten i øvrigt fremgår med en sådan klarhed, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål (den såkaldte »act clair-doktrin«, jfr. afgørelsen i Saml. 1982/3415). Den nationale domstol må dog i sådanne tilfælde overbevise sig om, at hverken retterne i de øvrige medlemslande eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen. Medens disse forhold modificerer forelæggelsespligten, følger en udvidelse af, at de nationale domstole ikke på egen hånd kan erklære en fællesskabsretsakt ugyldig (måske bortset fra sager om anvendelse af foreløbige retsmidler

Kapitel 7

(arrest/forbud)). Domstolen har derfor antaget, at der, hvis der er begrundet tvivl om, hvorvidt en given retsakt er gyldig, gælder en ubetinget pligt til forelæggelse, også for nationale domstole i første instans, jfr. afgørelsen i Saml. 1987/4199.

Domstolen har pligt til at besvare stillede spørgsmål. Efter dens praksis er det imidlertid en forudsætning, at der efter spørgsmålene og de meddelte oplysninger er mulighed for overhovedet at give et meningsfyldt svar, ligesom det kræves, at spørgsmålene ikke er uden enhver betydning for den ved den nationale ret verserende sag. Opfattes spørgsmålene ligefrem som misbrug af forelæggelsesadgangen, fx såfremt de kan siges at rumme et maskeret forsøg på at opnå et i den konkrete sammenhæng upåkrævet responsum, vil anmodningen ligeledes blive afvist.

De retsakter, Domstolen kan tage stilling til, er, bortset fra Traktaten, alle fællesskabsretlige retsakter, uanset fra hvilken institution de måtte hidrøre, uanset om de har direkte virkning i medlemslandene eller ej, og uanset om de er bindende eller ikke-bindende. Art. 177 går følgelig på det sidste punkt videre end art. 173, jfr. ovenfor side 194. Domstolens opgave er som anført alene at tage stilling til fortolkningen, respektive fortolkningen og gyldigheden, af de pågældende retsakter og ikke at afgøre den konkrete sag, ej heller for så vidt angår gyldigheden af en national retsakt, som strider mod fællesskabsretten. I princippet må der således efter art. 177 sondres mellem den generelle tolkning af fællesskabsretten (som er en opgave for Domstolen) og subsumptionen af de konkret foreliggende sagsforhold under de givne regler med det af Domstolen fastslåede indhold (som er en opgave for den nationale ret), jfr. om generel tolkning og subsumption ovenfor side 85. Her som ved afgørelsen af rent nationale tvister vil det imidlertid i praksis hyppigt være forbundet med betragtelige vanskeligheder at opretholde den principielle skelnen mellem to forskellige faser i beslutningsprocessen.

Den opfattelse af fællesskabsretten, som Domstolen udtrykker i sin dom, er bindende for den nationale ret (og for mulige overinstanser), d.v.s. at de nationale retter i den konkrete sag har pligt til at lægge den pågældende opfattelse til grund for deres afgørelser. Findes svaret uklart eller af andre grunde ufyldstgørende, kan der ske genforelæggelse. De umiddelbart ovenfor omtalte praktiske vanskeligheder ved en skarp skelnen mellem generel tolkning og subsumption betyder, at Domstolens stillingtagen ofte reelt afgør den konkrete sag. Afgørelsen må videre antages at have præjudikatvirkning i den forstand, at de nationale domstole i fremtidige lignende sager har pligt til at lægge den tilkendegivne retsopfattelse til grund (respektive formulere nye/supplerende spørgsmål til Domstolen).

Til illustration af art. 177-fremgangsmåden i en praktisk ganske vigtig situation (tolkning af national opfyldelseslovgivning i forhold til fællesskabsretlige direktiver) anføres:

Eksempel 43:

Efter Rådets direktiv af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter (det såkaldte 6. momsdirektiv) er bortforpagtning og udlejning af fast ejendom fritaget for afgift med undtagelse af bl.a. udlejning af pladser til parkering af køretøjer. Ved lov nr. 204 af 10. maj 1978 ændredes momsloven med henblik på opfyldelse af forpligtelserne efter direktivet. Efter § 2, stk. 3, pkt. h, 2. pkt., gjordes udlejning af parkeringspladser momspligtig. Afgiftsmyndighederne fortolkede denne bestemmelse således, at udlejning af garager sidestilledes med parkeringspladser, medmindre garagen indgik som en integreret del af et bolig- eller erhvervslejemål.

En advokat, der havde købt et garagekompleks, bestred den nævnte fortolkning og anlagde sag mod Skatteministeriet med påstand om, at han fritoges for afgiftspligten. Heri gav landsretten ham medhold. Der henvistes til, at det efter »en naturlig sproglig forståelse« af udtrykket »parkeringspladser« i den nævnte bestemmelse i momsloven ikke kunne antages, at det også omfattede lukkede garager. 6. momsdirektiv gav efter landsrettens opfattelse videre heller ikke sikre holdepunkter for skattemyndighedernes fortolkning.

Dommen ankedes til Højesteret af Skatteministeriet. Højesteret forelagde sagen for Domstolen med spørgsmål vedrørende forståelsen af direktivet. I sin dom konstaterede Domstolen bl.a., at direktivet skulle fortolkes således, at udlejning af garager er afgiftspligtig, medmindre udlejningen sker i nær tilknytning til en afgiftsfri udlejning af fast ejendom, der er bestemt til anden brug. Højesteret bemærkede i sin afgørelse, at efter ordlyden, formålet og forarbejderne til den nævnte bestemmelse i momsloven måtte denne forstås på samme måde. Herefter frifandtes Skatteministeriet (UfR 1990/72 H).

7.5.2.5. Andre sager

Traktatens art. 175 handler om det såkaldte *passivitetssøgsmål*. Såfremt Parlamentet, Rådet eller Kommissionen i strid med Traktatens bestemmelser undlader at træffe afgørelse, kan medlemsstaterne eller Fællesskabets øvrige institutioner indbringe klage for Domstolen med henblik på at få fastslået denne overtrædelse af Traktaten. Den påstået forsømmelige institution skal forinden være opfordret til at handle. Er der ikke taget stilling – d.v.s. truffet en egentlig beslutning – inden to måneder fra opfordringen, kan sagen indbringes for Domstolen inden for en frist på yderligere to måneder. Borgere kan på tilsvarende måde og under samme betingelser indbringe klage over, at en fællesskabsinstitution har undladt at udstede en retsakt til dem (herunder retsakter til andre, der vil berøre den klagende umiddelbart og individuelt, jfr. art. 173). Konstaterer Domstolen, at der foreligger retsstridig passivitet, skal institutionen efter art. 176 gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Mere specielle kompetenceområder angår dels tjenestemandssager, d.v.s. tvister mellem Fællesskabet og dets ansatte, jfr. Traktatens art. 179, dels visse sager vedrørende Den Europæiske Investeringsbank og de

ationale centralbankers forpligtelser efter Traktatens bestemmelser om den økonomiske og monetære politik, jfr. art. 180.

Som *voldgiftsret* kan Domstolen – voldgiftsaftale forudsat – optræde ved tvister mellem medlemslande, som har forbindelse med Traktatens sagsområde, jfr. art. 182, og ved Fællesskabets offentlig- eller privatretlige aftaler, jfr. art. 181. Af art. 228, stk. 6 følger endelig, at Rådet, Kommissionen eller en medlemsstat forud for Fællesskabets indgåelse af aftaler (traktater) med en eller flere andre stater eller internationale organisationer kan *indhente en udtalelse* (et responsum) fra Domstolen om aftalens forenelighed med Traktaten. Er Domstolens udtalelse negativ, kan aftalen kun træde i kraft efter gennemførelse af samme procedure som ved ændringer af Traktaten, jfr. Unionstraktatens art. N. Et praktisk vigtigt eksempel på Domstolens funktion i denne henseende forelå omkring EØS-aftalen, jfr. nedenfor side 245. Fremgangsmåden har sin begrundelse i det forhold, at da Domstolen har prøvelsesret over for indgåede traktater på samme måde som ved andre fællesskabsretsakter, ville en efterfølgende annullation af en traktat få alvorlige konsekvenser for Fællesskabets internationale omdømme.

7.5.3. Hovedlinier af sagsgangen

Bestemmelser om fremgangsmåden ved behandlingen af sager ved Domstolen findes i dennes Statut og i det af Domstolen selv udfærdigede procesreglement. Det følgende angår alene nogle hovedlinier af den på grundlag af disse regelsæt gældende almindelige sagsbehandlingsmåde. Der bortses således bl.a. fra Retten i Første Instans, for hvilken der gælder et særligt procesreglement.

Processproget er et af Fællesskabets ti officielle sprog. Udgangspunktet er, at det er sagsøgeren, som vælger processproget. Er sagsøgte en medlemsstat eller en borger i en sådan, er sproget den pågældende stats officielle sprog. I præjudicielle sager er processproget sproget ved den nationale domstol, som indbringer sagen for Domstolen. Det interne arbejdssprog – til anvendelse fx i forbindelse med dommernes voteringer – er fransk. Der gælder som hovedregel *advokattvang*, idet medlemsstater og fællesskabsinstitutioner dog kan lade sig repræsentere af en for den enkelte sag befuldmægtiget person, d.v.s. som regel en embedsmand. *Retsmøderne* er normalt *offentlige*.

Forhandlingerne opdeles i en skriftlig og en mundtlig del. Den *skriftlige* indledes ved de såkaldte *direkte søgsmål* (navnlig traktatbruds-, annullations-, passivitets- og erstatningssøgsmål) med, at sagsøgeren indleverer en stævning til Domstolens justitskontor. Stævningen skal navnlig indeholde sagsøgerens påstand, søgsmålets genstand, en kort fremstilling af søgsmålsgrundene og eventuelt en angivelse af bevismidler. Justitskontoret offentliggør en meddelelse om sagen i »De Europæiske Fællesskabers Tidende« (EFT). Stæv-

ningen forkyndes for sagsøgte, der inden en måned skal afgive et svarskrift, som bl.a. skal rumme sagsøgtes påstand, de faktiske og retlige anbringender, han gør gældende, og en angivelse af bevismidler. Stævningen og svarskriftet kan suppleres med yderligere ét indlæg fra hver af parterne (replik og duplik). Som udgangspunkt kan nye søgsmålsgrunde og indsigelser ikke fremføres under sagens behandling, ligesom nye påstande ikke kan nedlægges. Der er mulighed for, at (andre) medlemsstater, fællesskabsinstitutioner og eventuelt borgere efter tilladelse fra Domstolen *intervenerer* i sagen, d.v.s. optræder til støtte for en påstand, som er nedlagt af en af parterne. I *præjudicielle sager* træder anmodningen fra den nationale domstol (bilagt sagens akter) i stedet for stævningen. Parterne i den nationale sag, medlemsstaterne, Kommissionen og eventuelt Rådet underrettes af Domstolens justitskontor og kan derefter inden to måneder afgive indlæg eller andre skriftlige udtalelser i sagen.

En særegenhed ved sagsbehandlingen er, at der, når sag er anlagt/anmodning om om præjudiciel stillingtagen indgivet, af Domstolens præsident udpeges en *refererende dommer* blandt de dommere, som skal deltage i sagens behandling. Den pågældende har et særegent ansvar for sagen bl.a. i den forstand, at han efter afslutningen af skriftvekslingen skal udarbejde en såkaldt »foreløbig rapport«, hvor der kort redegøres for sagen og for, om bevisførelse er nødvendig. Den refererende dommer skal videre inden den mundtlige forhandling udarbejde en såkaldt »retsmøderapport«, som navnlig skal indeholde en kort fremstilling af sagens faktum, parternes påstande og de til støtte herfor fremførte anbringender. Den refererende dommer har videre særlige opgaver i forbindelse med rettens votering og eventuelt tillige med bevisførelse, jfr. det umiddelbart følgende.

Det er Domstolen, som afgør, om *bevisførelse* skal finde sted. I påkommente fald kan alle traditionelle bevismidler benyttes (parts- og vidneforklaringer, fremlæggelse af dokumenter etc.). Bevisførelse kan finde sted for Domstolen selv, herunder eventuelt i forbindelse med den mundtlige forhandling, eller kan overlades til den refererende dommer. De sædvanligvis oftest beviskrævende sager, fx visse konkurrencesager, behandles nu af Retten i Første Instans.

Processens *mundtlige* del indledes med en gennemgang af den af den refererende dommer udarbejdede retsmøderapport, jfr. foran. Sagens parter vil på forhånd være orienteret om denne. Derefter følger indlæg fra parternes repræsentanter. Dommere og den deltagende generaladvokat, jfr. om denne foran side 181, kan i forbindelse hermed stille spørgsmål. Den mundtlige forhandling afsluttes med et mundtligt forslag fra generaladvokaten til sagens afgørelse. Forslaget fremsættes sædvanligvis i et særligt retsmøde og altså ikke i umiddelbar tilknytning til partsindlæggene. Herefter optages sagen til dom.

Dommerens voteringer er hemmelige. Som grundlag foreligger et af den refererende dommer udarbejdet forslag til dom. Afgørelse træffes ved stemmeflerhed. Dommen, der skal begrundes, og som ikke indeholder angivelse af eventuelle dissenser, skal foreligge på processproget. Som afgørelsen offentliggøres i »Samling af Domstolens Afgørelser« (Saml.), gengives først retsmøderapporten, derefter generaladvokatens forslag og sluttelig selve dommen, typisk med udførlig stillingtagen til den pågældende sags faktiske og retlige omstændigheder. Offentliggørelse sker på alle officielle sprog.

Ved direkte søgsmål skal Domstolen tage stilling til betalingen af sagens omkostninger. Udgangspunktet er, at den part, som har tabt sagen, pålægges at betale sagsomkostninger til den eller de andre, hvis der er nedlagt påstand herom. Domstolen har mulighed for at bevilge fri proces, hvis en part er ude af stand til helt eller delvist at afholde udgifterne ved sagen. I præjudicielle sager dækker meddelt fri proces i Danmark også udgifterne i forbindelse med sagens forelæggelse for Domstolen. Herudover har denne imidlertid i særlige tilfælde mulighed for at bevilge fri proces til hjælp til dækning af udgifterne ved en parts repræsentation eller personlige fremmøde.

Sagsbehandlingstiden er gennemgående lang. Et tidsforbrug på 1½ – 2 år eller mere er ikke ualmindeligt ved direkte søgsmål. Ved præjudicielle afgørelser ses jævnligt sagsbehandlingstider på 1 – 1 1/2 år.

7.5.4. Opgavefordelingen mellem Domstolen og Retten i Første Instans

Efter EF-traktatens art. 168 A, stk. 2 (enslydende formuleringer i EKSF-traktatens art. 32 d og EURATOM-traktatens art. 140 A), fastsætter Rådet med enstemmighed, hvilke bestemte arter af sager der skal behandles af Retten i Første Instans. Sager om præjudicielle spørgsmål kan dog efter art. 168 A, stk. 1, ikke henlægges til Retten.

Fra 1. august 1993 har Retten inden for EF-traktatens område kompetence til i 1. instans at behandle følgende sagstyper:

1. Alle annullationssøgsmål efter art. 173, stk. 2.
2. Alle passivitetssøgsmål efter art. 175, stk. 3.
3. Alle erstatningssøgsmål efter art. 178.
4. Alle tjenestemandssager efter art. 179.
5. Alle voldgiftssager efter art. 181.

For alle sagskategoriers vedkommende er det, som det til dels fremgår af opregningen, en forudsætning for Rettens kompetence, at sag er anlagt af en fysisk eller juridisk person. Med hensyn til annullations- og passivitetssøgsmål gælder det dernæst, at for så vidt disse angår dumping- og statsstøtteordninger,

overføres kompetencen først til Retten på et senere tidspunkt, som fastlægges af Rådet. Endelig betinges kompetencen inden for alle sagskategorier af, at der ikke i den retsakt, ved hvilken en fællesskabsinstitution er oprettet, er truffet bestemmelse om, at institutionens retsakter ikke skal kunne indbringes for Retten.

Som tidligere omtalt kan Rettens afgørelser indbringes for Domstolen for så vidt angår retsspørgsmål

7.6. De fællesskabsretlige retskildefaktorer

7.6.1. Indledning

På det helt generelle plan er der ikke nogen metodisk forskel mellem den fællesskabsretlige retskildelære og den nationale. Med sigte på retsanvendelsen drejer opgaven sig begge steder om en fastlæggelse og beskrivelse af de faktorer, som i forbindelse med afgørelsen af konkrete retsspørgsmål øver indflydelse på de retsanvendende myndigheder ved disses valg og/eller formulering af den for afgørelsen relevante retsregel, jfr. ovenfor side 32. I en fællesskabsretlig sammenhæng er de retsanvendende myndigheder i første række Domstolen og de nationale retter, hvorfor en beskrivelse af de relevante retskildefaktorer også her først og sidst må være domstolsrelateret. Fælles er videre en principiel åbenhed og et samspil ved anvendelsen af faktorerne, når den relevante regel skal findes og formuleres. Der gives således (heller) ikke inden for fællesskabsretten noget udtømmende katalog over, hvilke faktorer der kan komme i betragtning, sml. som mulig modsætning hertil om forholdet inden for folkeretten ovenfor side 143. Kataloget indeholder imidlertid ikke ganske samme emner. Inden for fællesskabsretten forekommer typer af faktorer, som ikke kendes fra national ret og vice versa. En anden mere betydningsfuld forskel på anvendelsesniveau følger af, at tolkningen af fællesskabsretten til dels foregår efter andre hensyn end tolkningen af national ret, jfr. herom nedenfor side 299.

De fællesskabsretlige regler, som kan udledes af de forskellige faktorer, lader sig i de fleste henseender opdele på samme måde som nationale regler (tilblivelse, hierarkisk placering etc., jfr. ovenfor side 35). Her er der alene grund til at gøre nogle få bemærkninger om rangforholdet. I fremstillinger af den almindelige fællesskabsret er det vidt udbredt at arbejde med en sondring mellem *primære* og *sekundære* (eller »afledte«) regler og tilsvarende at tale om den primære og den sekundære eller afledte fællesskabsret. Inden for den første kategori placeres i hvert fald reglerne i de tre grundlæggende traktater, således som disse gennem tiden er blevet ændret. I den anden findes regler,

der, fordi de er blevet til i medfør af kompetencer efter traktaterne, »afleder« deres gyldighed fra disse, fx – og navnlig – de af fællesskabsinstitutionerne udstedte generelle retsakter. Den primære fællesskabsret er således trin højere end den sekundære. Sondringen, der – i den udstrækning der kan opnås enighed om, hvad der er »primær« fællesskabsret – helt åbenbart er korrekt, er naturligvis retskildemæssigt relevant i den forstand, at den peger på et grundlæggende hensyn ved vægtningen af forskellige faktorer. Men i øvrigt er det svært at sige noget forholdsvis enkelt og præcist om rangordenen i almindelighed, fx om forholdet mellem forskellige generelle retsakter inden for den sekundære fællesskabsret eller om de trinmæssige relationer mellem skreven og uskreven ret, sml. om tilsvarende problemer i national ret i sidstnævnte henseende ovenfor side 41. Et fasttømret regelhierarki findes således ikke. I forbindelse med forhandlingerne om Unionstraktaten opgav man foreløbig at opstille en passende rangorden for de forskellige kategorier af retsakter.

Fremstillingen i de følgende underafsnit baseres overordnet på den velkendte og også for fællesskabsrettens vedkommende ganske uproblematisk skelnen mellem skrevne og uskrevne kildefaktorer. Den angår stort set kun fastlæggelsen af de enkelte faktorer som sådanne og deres almindelige betydning og – som i de foregående afsnit – kun efter EF-traktaten. Fremstillingen er følgelig urealistisk set i et nationalt perspektiv, navnlig fordi den i det væsentligste ikke berører de fællesskabsretlige reglers forhold til og anvendelse i national ret. Da fællesskabsretten og national ret som flere gange tidligere berørt ikke er to adskilte retsordener, men tværtimod, uanset at de i vid udstrækning hidrører fra helt forskellige producenter, virker integreret, er de hermed forbundne spørgsmål af aldeles central betydning for retsanvendelsen. De omtales nærmere i afsnit 7.7.

7.6.2. Skrevne retskildefaktorer

7.6.2.1. Traktaten

Med »Traktaten« sigtes ikke alene til de bestemmelser, som findes i selve traktatteksten, således som denne foreligger efter de seneste ændringer ved Unionstraktaten, men tillige til indholdet af de tilknyttede protokoller, d.v.s. folkeretligt bindende erklæringer fra medlemsstaterne, som er optaget som bilag til Traktaten. Disse udgør efter art. 239 en integrerende del af denne.

Traktaten kan som tidligere omtalt ses som Fællesskabets forfatning. Groft set er det muligt at ordne dens bestemmelser i tre hovedkategorier: 1) Grundlæggende regler, som rummer Fællesskabets målsætninger, overordnede opgaver og almindelige principper for virkemåden, 2) Regler vedrørende institutionerne, især disses organisering og almindelige kompetencer og 3) Regler om Fællesskabets forskellige politikområder, fx i henseende til det indre marked,

landbrugspolitikken, miljøpolitikken etc. Den sidste kategori er den mest uensartede i den forstand, at intensiteten af de forskellige reguleringer udviser meget store forskelle mellem de forskellige områder spændende fra forholdsvis tæt detailnormering til luftig angivelse af ledende principper.

7.6.2.2. *Traktater med tredielande*

Fællesskabet har status som selvstændigt folkeretssubjekt, jfr. Traktatens art. 210-211, og det kan derfor indgå folkeretligt bindende aftaler med tredielande og med andre internationale organisationer. Kompetencens omfang er ikke ganske klar. På en række områder tildeler Traktaten udtrykkeligt Fællesskabet en nærmere angivet traktatkompetence, se navnlig art. 113 (den fælles handelspolitik) og art. 238 (associering aftaler med tredielande). Herudover har Domstolen imidlertid antaget, at den eksterne kompetence for fællesskabsmyndighederne svarer til den interne, d.v.s. at der, uanset manglende udtrykkelig hjemmel, er traktatkompetence, såfremt der med henblik på gennemførelse af et bestemt mål i fællesskabsretten er tillagt fællesskabsmyndighederne kompetence til intern regelfastsættelse i Fællesskabet. Det forudsættes i almindelighed alene, at Fællesskabets deltagelse i den pågældende aftale er nødvendig for gennemførelsen af Fællesskabets mål.

Traktatkompetencen kan i visse tilfælde foreligge som en enekompetence, d.v.s. at medlemsstaterne ikke blot afskæres fra på egen hånd at indgå traktatmæssige forpligtelser, som strider mod allerede foreliggende fællesskabsaftaler, men overhovedet udelukkes fra selvstændig traktatindgåelse.

Som omtalt ovenfor side 151 inkorporeres folkeretlige forpligtelser automatisk i fællesskabsretten. Ratifikation af en af Fællesskabet indgået traktat og påfølgende kundgørelse af denne kan derfor efter omstændighederne begrunde direkte virkninger i medlemslandene.

Fællesskabets traktater offentliggøres i De Europæiske Fællesskabers Tidendes (afdeling C).

7.6.2.3. *Retsakterne i art. 189*

Traktatens art. 189 omtaler en række af de praktisk vigtigste retsakter, som løbende anvendes af Fællesskabets institutioner: *Forordninger, direktiver, beslutninger, henstillinger og udtalelser*.

En *forordning* (»regulation«, »Verordnung«) er almen gyldig, bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat. I »almengyldig« ligger, at en forordning – typisk som national lovgivning – er en generel abstrakt formuleret retsforskrift, som retter sig til en i princippet ubestemt kreds af personer. At en forordning gælder umiddelbart i hver medlemsstat betyder, at den uden videre kan begrunde rettigheder og forpligtelser for de

enkelte borgere i medlemsstaterne, uden at nationale opfyldelsesforanstaltninger (inkorporering). er påkrævede (eller for så vidt overhovedet tilladte). Adressaterne er således Fællesskabets institutioner, medlemslandene og borgerne i disse. Forordninger skal følgelig umiddelbart anvendes af nationale domstole og andre retsanvendende myndigheder. Udstedende institution kan være Rådet og Parlamentet i fællesskab (medbestemmelsesproceduren), Rådet alene eller Kommissionen alene alt afhængig af kompetencebestemmelserne efter Traktaten på det område, som forordningen angår. Ikrafttrædelsestidspunktet vil være det samme inden for hele Fællesskabet. Forordninger anvendes, som det indirekte vil være fremgået, i tilfælde, hvor det skønnes nødvendigt eller hensigtsmæssigt at have en uniform retstilstand i alle enkeltheder i hele fællesskabsområdet.

Et *direktiv* (»directive«, »Richtlinie«) er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen. I modsætning til forordninger forudsætter direktiver således som udgangspunkt inkorporeringsforanstaltninger fra medlemsstaternes side, sædvanligvis inden for en i det enkelte direktiv angivet kortere eller længere frist. Adressaterne for direktiver er, som det er fremgået, en eller flere medlemsstater, i praksis oftest alle. Forpligtelsen efter et direktiv går i almindelighed ud på fuldstændig og nøjagtig opfyldelse af de i dette fastsatte forskrifter. Herved udelukkes det ikke, at et direktiv, uanset at det ikke (fuldtud) er blevet inkorporeret, efter omstændighederne kan have direkte virkninger i et medlemsland, jfr. nærmere nedenfor side 227. Udstedende institution er Rådet og Parlamentet i fællesskab, Rådet alene eller – sjældnere – Kommissionen alene.

Et hovedanvendelsesområde for direktiver er tilfælde, hvor der ønskes en indbyrdes tilnærmelse (»harmonisering«) af lovgivningen i de enkelte medlemslande med mulig respekt for nationale særegenheder. Et direktiv kan fremstå som et såkaldt »minimumsdirektiv«, d.v.s. at dets bestemmelser blot udtrykker en nederste (tvingende) fælles standard, som ikke afskærer de enkelte medlemslande fra at fastsætte strengere eller videregående regler (fx med udgangspunkt i de nævnte særlige nationale forhold). Modsat tales der om »maximumsdirektiver« (eller »direktiver med fuld harmonisering«), såfremt nationale afvigelser er udelukket. Kombinationsformer er ikke ualmindelige, således at visse bestemmelser i et direktiv har minimumskarakter, medens andre fuldtud er tvingende. Det er principielt de enkelte medlemsstater, som afgør, hvorledes inkorporeringen skal finde sted. Ofte vil der blive tale om gennemførelse af ny lovgivning, jfr.

Eksempel 44:

Efter langvarige forhandlinger udfærdigede Rådet under henvisning til Traktatens art. 57, stk. 2, og 100 den 18. december 1986 direktiv 86/653/EØF om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter. Direktivet indeholder en række ret detaljerede anvisninger vedrørende handelsagentaftalen, bl.a. med det sigte at yde agenterne bedre retsbeskyttelse i forhold til agenturgiverne. Anvisningerne har blandet minimums-/maximums-karakter, jfr. foran. Bortset herfra tillægges medlemsstaterne på visse områder valgfrihed mellem flere alternative løsninger, ligesom enkelte, særlig kontroversielle, spørgsmål vedrørende agenturaftalen er holdt helt uden for. Uniformeringen af retstilstanden er derfor i nogen grad ufuldstændig. Gennemførelsen af og i medlemsstaterne forudsattes at skulle ske inden 1. januar 1990. I Danmark var inkorporeringsspørgsmålet genstand for et udredningsarbejde, jfr. betænkning 1151/1988, hvorefter inkorporeringen skete ved lov nr. 272 af 2. maj 1990 om handelsagenter og handelsrejsende (ikrafttræden 4. maj 1990). Fristen i direktivet overholdtes således ikke. Inkorporeringer skete som en omskrivning af direktivet, og loven indeholder tillige bestemmelser, der ikke genfindes her. Det fællesskabsretlige udgangspunkt er følgelig maskeret. Se som et andet eksempel (ud af talrige) Rådets direktiv af 25. juli 1985 om tilnærmelse af lovgivning m.v. om produktansvar og gennemførelsesloven nr. 371 af 7. juni 1989 om samme, hvor direktivets gennemførelsesfrist også blev oversiddet

Uanset den omtalte frihed for medlemslandene med hensyn til form og midler for gennemførelsen fører den omtalte pligt til fuldstændig og nøjagtig opfyldelse efter Domstolens praksis til, at visse opfyldelsesmåder ikke accepteres. En henvisning til efterlevelse i administrativ praksis godtages således ikke, jfr. fx afgørelserne i Saml. 1991/2535 og 1988/1323. Det samme er tilfældet ved »gennemførelse« i form af henvisninger til bemærkninger i forarbejderne til national lovgivning (Saml. 1985/427). Påstande om, at national lovgivning allerede stemmer med direktivets mål, og at inkorporeringsforanstaltninger derfor er unødvendige, afvises ligeledes, medmindre det kan godtgøres, at den nationale lovgivning i alle detaljer svarer til direktivet (Saml. 1982/2133). Korresponderende bestemmelser i kollektiv overenskomst rækker derimod i princippet til (Saml. 1985/427), og det samme gælder en fast og entydig national retspraksis, som giver sikkerhed for, at direktivet efterleves fuldtud (Saml. 1987/1740). Undskyldninger fra medlemslande i form af henvisninger til praktiske, administrative eller finansielle vanskeligheder ved gennemførelsen godtages efter Domstolens faste praksis normalt ikke.

En *beslutning* (»decision«, »Entscheidung«) er bindende i alle enkeltheder for den, den angiver at være rettet til. Adressaterne kan være enten enkeltpersoner (virksomheder) i medlemslande eller et eller flere af disse. Fra forordninger adskiller en beslutning sig ved sin ikke-abstrakte karakter og ved som anført at have bestemte adressater. I forhold til direktiver udgøres forskellene navnlig af, at en beslutning ikke kun er forbindende i henseende til de anførte mål og af, at den kan være rettet til enkeltpersoner. Udstedende myndighed vil oftest være Rådet eller Kommissionen, fx Kommissionens beslutninger efter Traktatens art. 85-86 om konstatering af konkurrenceskadelig

ge aftaler m.v. Som eksemplet viser, er den nærmestliggende parallel i national ret til beslutninger til enkeltpersoner konkrete forvaltningsafgørelser. Beslutninger, som rettes til medlemsstater, kan i øvrigt have et direktivlignende sigte og indhold, fx Rådets beslutninger efter Traktatens art. 104 (tidligere art. 108). Det kan i så fald i princippet diskuteres, om en beslutning kan have direkte virkninger for borgerne i medlemslandene, jfr. nedenfor side 230.

Henstillinger (»recommendations«, »Empfehlungen«) og *udtalelser* (»opinions«, »Stellungnahmen«) er ikke bindende. Indholdsmæssigt er forskellen mellem tilkendegivelser af denne art vanskelig at få øje på. Henstillingsformen anvendes oftest, når initiativet til tilkendegivelsen udgår fra udstederen, hvorimod udtalelser benyttes, såfremt der reageres på henvendelser udefra, fx fra en medlemsstat. Adressaterne er netop oftest medlemsstater, men kan dog også være andre fællesskabsorganer (fx Parlamentets udtalelser under den normale beslutningsproces) eller enkeltpersoner. Udstedende myndighed vil oftest være Rådet eller Kommissionen.

Forordninger, direktiver og beslutninger, som vedtages af Rådet og Parlamentet i fællesskab eller af Rådet og Kommissionen, skal efter Traktatens art. 190 *begrundes* og henvise til de forslag og udtalelser, som skal indhentes i henhold til Traktaten. Begrundelsen skal angives samtidig med udstedelsen og i almindelighed have et sådant omfang og en sådan karakter, at der skabes mulighed for, at adressaterne kan varetage deres rettigheder, og for, at Domstolen kan udøve sin kontrol. Begrundelsen anføres sædvanligvis i præamblen (»fortalen«) til den pågældende retsakt. Forordninger, direktiver og beslutninger, som vedtages af Rådet og Parlamentet efter medbestemmelsesproceduren (art. 189B) skal *offentliggøres* i De Europæiske Fællesskabers Tidende (afdeling L) og træder i kraft den tyvende dag efter offentliggørelsen, medmindre den pågældende retsakt anfører andet ikrafttrædelsestidspunkt, jfr. Traktatens art. 191. Rådets og Kommissionens forordninger og disse institutioners direktiver, der er rettet til alle medlemsstaterne, skal efter samme bestemmelse ligeledes offentliggøres i EF-Tidende (afdeling L) og har samme ikrafttrædelsestidspunkt som anført ovenfor. Andre direktiver samt beslutninger meddeles den, de er rettet til, og får virkning ved meddelelsen. Disse retsakter er således ikke underlagt offentliggørelseskrav. Det samme gælder selvsagt henstillinger og udtalelser. I praksis sker publicering imidlertid i vidt omfang i EF-Tidende (henholdsvis i afdeling L og afdeling C).

Ved en foreløbig vurdering af den almindelige retskildemæssige betydning af art. 189-retsakterne, jfr. i øvrigt afsnit 7.7, er det naturligvis nødvendigt at skelne mellem dem, der er bindende, og dem, der ikke har denne kvalitet. De første tilsigter at afføde bestemte retsvirkninger i overensstemmelse med deres indhold og går derfor ud fra, at der foreligger en pligt for adressaterne til

efterlevelse af dette. Der kan følgelig i nogen grad parallelliseres til national lovgivning, administrativt fastsatte bestemmelser og konkrete forvaltningsafgørelser (forvaltningspraksis). Da henstillinger og udtalelser ikke er bindende, taler de langt fra med samme vægt, og det lader sig i det hele taget diskutere, om betegnelsen »retsakt« er valgt for dem. Den almindelige retskildemæssige betydning af sådanne tilkendegivelser består formentlig højst deri, at de som dog hidrørende fra EU-myndigheder i marginaltilfælde kan levere »bløde« argumenter for bestemte løsninger.

Er der tvivl om en retsakts karakter, lægges der efter Domstolens praksis afgørende vægt på dennes objektive genstand og indhold. Betegnelsen er således underordnet, og det samme gælder den subjektive opfattelse hos den udstedende institution.

7.6.2.4. Andre skrevne retskildefaktorer

Ud over de i de foregående underafsnit omtalte retskildefaktorer forekommer der i eller med tilknytning til EU-samarbejdet et stort antal andre typer. Det er vanskeligt at præsentere et systematisk katalog over disse. Sprogbrugen er vekslende, og en klassificering kompliceres yderligere af, at de betegnelser, som anvendes på de forskellige officielle sprog, langt fra altid har samme indhold. Groft sagt kan der dog som ved art. 189-faktorerne skelnes mellem sådant materiale, som har bindende karakter, og sådant, som ikke er bindende. Til den første kategori hører såkaldte *afgørelser* fra Unions-institutionerne vedrørende organisatoriske forhold. Den ovenfor side 204 omtalte kompetence for Retten i Første Instans beror fx således på en afgørelse fra Rådet, jfr. EF-traktatens art. 168 A, stk. 2. En ganske ejendommelig bindende retsakt-type foreligger dernæst i form af aftaler eller afgørelser truffet af *repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer forsamlet i Rådet*. Det ejendommelige består i, at der her er tale om udfærdigelse af folkeretlige retsakter i en EU-retlig iscenesættelse. På den ene side handler repræsentanterne for medlemsstaterne ikke som ellers som medlemmer af en EU-institution (Rådet), men repræsenterer som i folkeretlige sammenhænge alene de respektive regeringer. På den anden side benyttes den institutionelle ramme, som Rådet udgør, og Kommissionen er repræsenteret under forhandlingerne. En nærliggende sammenligning er en international konference med deltagelse fra de tolv regeringer og Kommissionen og med Rådet som samlingssted.

En fremtrædende illustration på anvendelse af denne fremgangsmåde er Edinburgh-afgørelsen (ovenfor side 171), som blev truffet af medlemsstaternes stats- og regeringschefer »forsamlet i Det Europæiske Råd« til afklaring navnlig af de danske problemer efter nej'et ved den første folkeafstemning om Unionstraktaten. Afgørelsen er retligt bindende som en traktat indgået mellem suveræne stater, og den er derfor formelt af folkeretlig karakter. Den kan således ikke efterprøves af Domstolen. Den reelle sammenhæng med EU-retten turde dog

Kapitel 7

være betragtelig, også i den forstand at afgørelsen kan være af meget væsentlig betydning ved tolkningen af Unionstraktaten.

Et tredje eksempel på bindende retsakter med tilknytning til EU er almindelige folkeretlige aftaler indgået mellem medlemslandene med hensyn til spørgsmål, som ligger uden for EU's virkefelter. Herom henvises til fremstillingen i afsnit 7.9.

Det ikke-bindende materiale er af stærkt uensartet karakter og præsenterer sig under meget forskellige betegnelser: Programmer, memoranda, erklæringer, meddelelser, planer m.m. Fælles træk ved sådant materiale er dets principielt uforpligtende karakter i retlige henseende og den gennemgående faktiske consensus, som foreligger omkring det. Den retskildemæssige betydning er under alle omstændigheder beskeden, men der forekommer dog variationer. I det ene yderpunkt ses blotte politiske manifestationer, som må frakendes enhver retskildemæssig relevans. I den anden ende af skalaen træffes redegørelser for unionsmyndighedernes – især Kommissionens – praksis på bestemte områder med tilhørende fortolkningsbidrag vedrørende den tilgrundliggende generelle regulering. Sådanne tilkendegivelser kan tænkes at spille en vis – omend forholdsvis beskeden – retskildemæssig rolle. Nærmeste nationale parallel hertil er generelle vejledninger fra de centrale forvaltningsmyndigheder.

Et praktisk vigtigt eksempel på materiale af sidstnævnte art er Kommissionens forskellige meddelelser om anvendelsen af EF-traktatens art. 85-86 (konkurrencereglerne), fx den såkaldte »kooperationsmeddelelse« og den såkaldte »bagatelmeddelelse«. Da de pågældende traktatbestemmelser er vanskeligt håndterlige, og da overtrædelse af de i bestemmelserne indeholdte forbud kan medføre alvorlige følger, er meddelelserne, som giver udtryk for Kommissionens opfattelse af forskellige forhold, af betydelig praktisk interesse for erhvervs-virksomheder. Formelt binder meddelelserne imidlertid ikke Domstolen og næppe engang Kommissionen selv.

Det vil være fremgået, at *forarbejder* ikke figurerer blandt retskildefaktorerne. Forarbejderne til de tre grundlæggende traktater er ikke tilgængelige og spiller allerede af denne grund ingen som helst rolle som kildefaktor. Også ved den sekundære EU-ret er betydningen af forarbejder i national forstand stærkt reduceret sammenlignet med national retsanvendelse. Begrundelsen (formålet) med en given retsakt vil i de praktisk vigtigste tilfælde altid fremgå af dennes præambel og udgangspunktet for fx formålsovervejelser kan da tages her. Det relativt beskeden anvendelsesområde for forarbejder, som rester, omtales herefter mest hensigtsmæssigt i forbindelse med fortolkningen af EU-retten, jfr. nedenfor side 299.

De nævnte afgørelser og den væsentligste del af det i øvrigt omtalte materiale publiceres i EF-Tidende afd. C.

7.6.3. Uskrevne kildefaktorer

7.6.3.1. Sædvaner

Selvom EU-retten er åben for forekomsten af sædvaneret under i princippet tilsvarende betingelser som i national ret, jfr. ovenfor side 128, spiller sædvaner en forsvindende rolle som retskildefaktor, om nogen overhovedet. Forklaringen herpå er utvivlsomt først og fremmest den, at der er nærmest uoverstigelige vanskeligheder forbundet med en påvisning af den for konstateringen af et relevant adfærdsmønster nødvendige consensus ud fra forestillinger om retlig forpligtethed hos de implicerede unionsorganer og eventuelt tillige hos medlemsstaterne. I de tilfælde, hvor sædvaneret kunne tænkes at få størst betydning, nemlig med hensyn til ændringer af de grundlæggende traktater, kommer hertil, at det er Domstolens opfattelse, at sådanne ændringer kun kan ske ved ny traktat.

7.6.3.2. Præjudikater

Spørgsmålet om præjudikaters retskildemæssige betydning inden for EU-retten kan i princippet behandles på ganske samme vis som inden for national ret. I første række drejer det sig således navnlig om at tage stilling til, hvilken rolle den retsopfattelse, der er givet udtryk for i tidligere afgørelser, spiller for de institutioner, som de grundlæggende traktater udstyrer med den opgave at »værne om lov og ret« ved traktaternes fortolkning og anvendelse, d.v.s. Domstolen og Retten i Første Instans. Dernæst – og i nogen grad afledt heraf – kan det drøftes, hvilke muligheder omverdenen har for på grundlag af truffne afgørelser at formulere rimeligt sikre antagelser om EU-rettens indhold på bestemte områder.

Der kan hverken efter den skrevne EU-ret eller efter Domstolens egen praksis opstilles en doktrin eller et princip om præjudikaters bindende virkning magen til stare decisis-princippet i engelsk ret, jfr. ovenfor side 107. Domstolen anser sig ikke for formelt forpligtet af tidligere afgørelser i lignende sager. Den faktiske følgtighed er imidlertid – og må nødvendigvis være – betydelig. Der forekommer således i vidt omfang i de afsagte dommes præmisser udtrykkelige henvisninger til ældre afgørelser eller – uden sådan henvisning – anvendelse af ganske samme begrundelse og formulering som i den eller de tidligere domme. På tilsvarende måde vil man se, at Retten i Første Instans henviser til Domstolens og/eller til egne ældre afgørelser. De af Domstolen accepterede modifikationer i nationale domstoles pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål, jfr. ovenfor side 199, viser i øvrigt også, at Dom-

stolen går ud fra nødvendigheden af kontinuitet i retsopfattelsen. Det er selvfølgelig ganske uproblematisk i almindelighed at fastslå, at tidligere afgørelser udgør en relevant og vigtig retskildefaktor for de to unionsorganer.

Det andet af de nævnte aspekter af spørgsmålet om præjudikaters betydning rummer i sig selv flere forskellige spørgsmål. Vigtigst blandt disse er Domstolens rolle omkring skabelsen af EU-retten. Som omtalt adskillige steder i bogens tidligere kapitler skaber de nationale domstole også ret og er altså ikke blot »lovens mund« (»la bouche qui prononce les paroles de la loi«). Oftest i det forholdsvis små således, at én eller flere overinstansafgørelser, især højesteretsdomme, indgår i det samspil med skreven ret, hvorved et i denne udtrykt upræcist regelfragment tolkes og gennem de trufne afgørelser får en fastere og mere sikker betydning. Undertiden dog mere selvstændigt i tilfælde, hvor retstilstanden, fordi lovgivningen er tavs, alene eller først og fremmest kommer til at bero på regler, som formuleres på grundlag af retspraksis. Som også tidligere omtalt bevæger danske domstole sig imidlertid kun højst ugerne ind i det åbenbare grænseland mellem politik og retsanvendelse. Tilbageholdenheden er gennemgående betydelig allerede i sager, hvor der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt en mulig regulering eller en bestemt forståelse af en aktuelt foreliggende regulering ikke snarere er et anliggende for lovgivningsmagten. Uanset at danske domstole har mulighed for at efterprøve loves grundlovsmæssighed, findes der videre endnu ikke noget eksempel på, at Højesteret har tilsidesat en lov som forfatningsstridig. En tilsvarende respekt – eller, om man vil, ydmyghed – i forhold til de institutioner, hvorigennem den egentlige politiske magt navnlig manifesterer sig, har hidtil ikke i synderlig grad præget Domstolens virke. Dens tolkning af EU-retten – især af de grundlæggende traktater – har således på forskellige centrale områder været præget af en vidtgående kreativitet med sigte på at befordre integrationen inden for unionen. Den har videre uden eksplicit støtte i traktaterne udviklet en række almindelige retsgrundsætninger eller principper for EU-rettens anvendelse, som håndhæves med samme hierarkiske status som traktaterne. Ved en sammenligning omkring den retsskabende funktion mellem de nationale retter og Domstolen kan der derfor konstateres et kvalitativt spring forstået således, at Domstolen helt åbenbart har været indstillet på at tackle politiske spørgsmål med retlige midler i et omfang, som (endnu) ikke kendes fra national ret. Den udtalte selvstændighed, der herved har været lagt for dagen, får naturligvis tillige betydning for vurderingen af Domstolens praksis som retskildefaktor.

Der er her kun anledning til at nævne nogle få af de mere prominente eksempler på Domstolens retsskabende virksomhed på centrale felter. Principperne om *EU-rettens forrang for national ret* og om *dens direkte virkning* i medlemslandene er ikke fastslået udtrykkeligt i traktaterne, men er udviklet af Domstolen, oprindelig i nogle principielle afgørelser fra

begyndelsen af 1960'erne, jfr. videre i afsnit 7.7. Doktrinen om »implied powers« i hen-seende til EU's traktatkompetence, jfr. ovenfor side 150 og 207, savner (naturligvis) til-svarende eksplicit støtte i traktaterne, men er accepteret af Domstolen i en række afgørelser fra 1970'erne. De nævnte *almindelige retsgrundsætninger* er for nogles vedkommende allerede omtalt ovenfor side 175 og berøres videre i det følgende underafsnit. Bevægelsen frem mod et efterhånden ganske omfattende katalog over forskellige friheder og rettigheder for borgerne i medlemslandene har stået på gennem en længere årrække, idet Domstolen navnlig har ladet sig inspirere af de nationale retsordener i disse.

Der kan ikke gives nogen simpel forklaring på, hvad der er blevet betegnet som »judicial activism« fra Domstolens side. Den EU-retlige retsorden er ung i sammenligning med de nationale og de forfatningsmæssige rammer i form af det grundlæggende traktatværk har på en række punkter helt åbenbart været belastet af ufuldstændigheder, som har krævet udfyldning eller supplerung. Mulige interesse modsætninger mellem de enkelte nationalstater og unionen må videre i sig selv betinge politiske funktioner af en art og i et omfang, som ikke kendes fra national ret. I tilknytning hertil kan der peges på, at magtforde-lingen savner de rimeligt skarpe konturer, den fx har i Danmark, og at sam-virkets overordnede målsætninger også kan opfattes som adresseret til Dom-stolen. Dette fører frem til et ofte anvendt forklaringsfragment, nemlig at Domstolens aktive engagement i integrationsbestræbelserne i perioder har haft sin egentlige årsag i, at Rådet ikke opfyldte sine traktatmæssige forpligtelser til at befordre integrationen. Medens sådanne eksempler på forklaringsforsøg, som det ses, overvejende er af politisk-institutionel karakter, søger andre de væsentligste årsager til den omtalte »aktivisme« i Domstolens selvopfattelse, se således *Hjalte Rasmussen* 1986, især kap. VI.

Hverken fra politisk eller fra fagligt hold har det skortet på kritik af Domstolens »policy-making«. Spændvidden heri er betydelig. I det ene yderpunkt kan man finde mere primitive politiske synspunkter og forslag omkring temaet »Gouvernement des Juges«. Sådanne er navnlig fremkommet fra medlemsstatsside, fx forslag fra en tidligere fransk præsident om at »gøre noget ved Domstolen og dens ulovlige afgørelser«, eller fra den nuværende tyske forbundskansler om at stække Domstolen ved at udvande forelæggelsesmulighederne efter art. 177. I den anden ende foreligger omhyggelige analyser af Domstolens praksis og dens baggrund med påpegning af risikoen for, at Domstolen ved at fortsætte ad integrationsvejen uden rimelig sikkert belæg i de grundlæggende traktater kommer til at stå som »Führer ohne Truppe« med deraf følgende meget alvorlige belastninger af hele samvirket i EU. Opfattes den »judicielle aktivisme« som et problem, er dette dog formentlig ikke længere helt så påtrængende som i unionens »Gründungsperiode«. Medlemsstaterne synes også over tid på mange punkter at have accepteret den retsskabelse, som har fundet sted ved Domstolens praksis, jfr. dog videre nedenfor side 241. Til kritikken kan i øvrigt føjes, at de politiske implikationer nødvendigvis oftere må ligge tættere på overfladen inden for EU-retten end efter national ret, og at EU's struktur ligefrem befordre, at de jævnligt fuldtud bliver synlige. Endelig bør det ikke forbigå opmærksomheden, at Domstolen ikke har tiltaget sig en lov-

Kapitel 7

givers frihed, men – som alt nævnt – som enhver anden domstol har virket med retlige midler, omend dette af og til nok så meget er sket med kreativitet og dristighed.

Mulighederne for anvendelse af afgørelser fra Domstolen og Retten i Første Instans som retskildefaktor kan også vurderes i en mere teknisk forstand, d.v.s. navnlig i henseende til afgørelsernes udformning og en række objektive faktorer (alder m.v., jfr. om den tilsvarende problemstilling i national ret ovenfor side 112). Med hensyn til udformningen er forskellene i forhold til nationale domme betydelige. En typisk afgørelse fremtræder som opdelt i et stort antal numre (punkter) med – i de enkelte punkter – angivelser af sagens faktiske og retlige omstændigheder og en – ofte minutiøs – stillingtagen til de sidste, herunder med jævnlig forekomst af obiter dicta (ovenfor side 114). Afgørelserne foreligger herefter gennemgående som mere detaljeret begrundet end danske domme. Da Domstolen som nævnt ikke føler sig bundet af tidligere praksis, og da denne på vigtige områder har været dynamisk, jfr. foran, kan fortildets alder være et problem, som nødvendiggør særlig omhu med hensyn til at se en flerhed af trufne afgørelser inden for området i sammenhæng. Dissensafgørelser forekommer som omtalt ikke, men modstridende opfattelser i dommerkollegiet kan naturligvis afspejle sig i slørede formuleringer i præmisserne. Specielt for så vidt angår Retten i Første Instans er det nærliggende at antage, at afgørelser herfra i sig selv vil have en noget lavere præjudikativværdi end afgørelser fra Domstolen.

Trufne afgørelser fra begge instanser publiceres – med ikke ringe forsinkelse – som tidligere omtalt på alle officielle sprog, i Danmark i »Samling af Afgørelser fra Domstolen og Retten i Første Instans« (Saml.). Det er – også i en retskildemæssig sammenhæng – ikke ganske uvæsentligt at være opmærksom på, at der undertiden forekommer nuancer mellem de forskellige sproglige versioner, og at nogle af disse har en sådan karakter, at de har substantiel betydning for forståelsen af den pågældende afgørelse.

7.6.3.3. Almindelige retsgrundsætninger

Medens der i art. 38 i statuten for Den Internationale Domstol udtrykkelig henvises til visse almindelige retsgrundsætninger som kildefaktor i folkeretten, jfr. ovenfor side 149, findes en tilsvarende eksplicit angivelse ikke i de grundlæggende EU-traktater. I Domstolens praksis antages det imidlertid som tidligere omtalt, at der også i EU-retten gælder en række almindelige (uskrevne) retsgrundsætninger, og man har herved især ladet sig inspirere af retsordenerne i medlemslandene, jfr. tilsvarende med hensyn til erstatningsansvar uden for kontraktsforhold EF-traktatens art. 215, stk. 2 (ovenfor side 195). Inspirationen er ikke blevet omsat i praksis på den måde, at Domstolen har uddraget de laveste eller mindste fællesnævne, men derimod således, at den

har valgt de løsninger, som har forekommet mest egnede i fællesskabsretlig henseende, d.v.s. navnlig med hensyntagen til de grundlæggende traktaters formål. Den væsentligste forklaring på denne praksis ligger lige for. Samarbejdet mellem medlemsstaterne er ikke blot et samvirke mellem tilfældige stater omkring bestemte, snævert afgrænsede politik-områder, men også – og netop – et mere generelt samarbejde mellem stater, hvis retsordener på mange punkter præges af betydelige ligheder med hensyn til forekomsten af bærende retlige principper og idéer. Med traktaternes tavshed in mente synes det da ikke blot nærliggende, men ligefrem uomgængeligt, at antage, at sådanne principper i nødvendigt omfang er en integrerende bestanddel af den fællesskabsretlige retsorden. Det er dog ingenlunde hverken uinteressant eller uvigtigt at notere sig, at anerkendelsen i Domstolens praksis af nogle af de pågældende grundsætninger utvivlsomt har været påvirket af udviklingen i opfattelsen af det almindelige syn på forholdet mellem fællesskabsret og national ret, jfr. fx nedenfor om grundrettighederne.

De forskellige grundsætninger anvendes især ved fortolkningen af de grundlæggende traktater og af den sekundære fællesskabsret, ligesom det i Domstolens praksis antages, at de rummer krav til sidstnævnte, som efter omstændighederne ved tilsidesættelse kan indebære, at en given fællesskabsretlig regulering eller afgørelse findes ugyldig, jfr. også ovenfor side 194. Der kan ikke opstilles noget udtømmende katalog. EU-retten har her som andetsteds udpræget dynamisk karakter, og man må følgelig være forberedt på konstateringen af nye – eller ændrede – grundsætninger. De i hidtidig praksis anerkendte har videre betydelig bredde og deraf følgende diffusitet. Der er ikke præcise indbyrdes grænser, og overlapninger forekommer således. Med forbehold heroverfor omtales i det følgende grundrettighedsbeskyttelsen, proportionalitetsprincippet, lighedsgrundsætningen, retssikkerhedsprincippet og en mulig almindelig force majeure-grundsætning. Der er i alle tilfælde tale om eksempler på den i forrige afsnit omtalte retsskabende virksomhed fra Domstolens side.

De oprindelige traktater indeholder forskellige bestemmelser om visse *grundlæggende rettigheder* eller friheder, se fx EF-traktatens art. 48 og 119 om henholdsvis arbejdskraftens fri bevægelighed og om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. Traktaterne indholder derimod intet almindeligt grundretskatalog, som svarer til det, der findes i de fleste af medlemsstaternes forfatninger. Som nævnt ovenfor side 175 fremgår det imidlertid nu af Unions-traktatens art. F, pkt. 2, at Unionen som generelle principper for fællesskabsretten respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og således som de følger af medlemsstaternes

fælles forfatningsmæssige traditioner. Når der tales om »grundrettigheder«, er det således rettigheder for borgerne i betydningen »menneskerettigheder« og »grundlæggende frihedsrettigheder«, der er tale om, dog selvsagt inden for den ramme der afstikkes af Unionens principielt begrænsede virkefelt. Bag den nævnte bestemmelse i Unionstraktaten ligger imidlertid en lang og ingenlunde ukompliceret udvikling, først og fremmest i Domstolens praksis.

Efter af Domstolen i nogle tidlige domme havde afvist at anerkende grundrettighedsbeskyttelse som sådan i relation til den sekundære fællesskabsret (formentlig underforstået, at beskyttelsen måtte ske efter de nationale forfatninger), konstaterede den – nærmest som en tilføjelse – i en afgørelse fra 1969 (Saml. 1969/107), at grundrettighederne er en bestanddel af de almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger, som den (Domstolen) beskytter (».....les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit Communautaire, dont la Cour assure le respect«). I en kort derpå følgende afgørelse (Saml. 1970/235) fremkom en tilsvarende udtalelse med tilføjelse af, at værnet for de pågældende rettigheder, der støttes på de forfatningsmæssige traditioner, som er *fælles* for medlemsstaterne, må sikres inden for rammerne af Fællesskabets struktur og formål (».....la sauvegarde des ces droits, tout s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats Membres doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté«).

1970-sagen var forelagt til stillingtagen af en tysk forvaltningsdomstol med hensyn til spørgsmålet om gyldigheden af en fællesskabsretlig regulering af eksportlicenser vedrørende landbrugsprodukter og deposita knyttet hertil. Den forelæggende domstol havde tidligere i andre sager stemplet dele af den pågældende regulering som ugyldige som stridende mod den tyske forfatnings bestemmelser om »Verhältnismässigkeit« (proportionalitet) og dens garantier for borgernes handlefrihed og økonomisk frihed. Ved forelæggelsen for Domstolen anførte den som sin opfattelse, at fællesskabsretlige regler kun kunne være gyldige, såfremt de respekterede fordringerne i den nationale forfatning. Domstolen anførte hertil først, at gyldigheden af fællesskabsretlige regler under ingen omstændigheder afhang af deres overensstemmelse med nationale regler i medlemsstaterne, uanset disse sidste reglers rang. Herefter fremkom den med de refererede bemærkninger om grundrettighederne som bestanddele af fællesskabsretten, men konstaterede, at der i den konkrete sag ikke havde fundet nogen krænkelse af disse sted. Den tyske forvaltningsdomstol affandt sig ikke med dette svar. Den forelagde sagen for Bundesverfassungsgericht, bl.a. til stillingtagen til, om den (forvaltningsdomstolen), efter at have modtaget en afgørelse fra Domstolen, kunne anse bestemmelser i den sekundære fællesskabsret for ugyldige eller uanvendelige i tilfælde, hvor disse bestemmelser ikke honorerede grundrettighedsbeskyttelsen i den tyske forfatning. I afgørelsen fra Bundesverfassungsgericht (1974) fastslog denne, at den forbeholdt sig efterprøvelsen af, om den sekundære fællesskabsret var i overensstemmelse med de tyske grundrettigheder, så længe (»solange«) fællesskabsretten ikke indeholdt et positivt grundrettighedskatalog svarende til det tyske, og som var blevet til ved en parlamentarisk beslutningsproces (den såkaldte »Solange-Beschluss« I).

Afgørelsen fra Bundesverfassungsgericht indebar en alvorlig udfordring af Domstolen vedrørende dennes opfattelse af fællesskabsrettens ubetingede forrang for national ret, jfr. videre nedenfor side 241. Det er muligt – og måske endda sandsynligt – at Domstolen har været bekendt med, hvad der var under opsejling fra Tyskland, og at den forsøgte at komme en negativ tilkendegivelse herfra i forkøbet. En dom fra 1974 (Saml. 1974/491), som fremkom kort før afgørelsen fra Bundesverfassungsgericht, sendte i hvert fald ganske andre signaler end 1970-dommen. Det anførtes her, at grundlæggende rettigheder og friheder, som

7.6. De fællesskabsretlige retskildefaktorer

anerkendes og garanteres af de nationale forfatninger (og altså ikke kun efter fælles forfatningsmæssige traditioner), beskyttes af den fællesskabsretlige retsorden. Videre kan internationale aftaler om beskyttelse af menneskerettigheder, som medlemsstaterne har samarbejdet, om eller som de har tiltrådt, indeholde retningslinier, som skal følges inden for fællesskabsrettens rammer. Denne linie er fortsat, se fx afgørelserne i Saml. 1975/1219 (henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention), 1979/3727 (do. samt komparativ forfatningsanalyse), 1980/2033, 1989/2237 og 2859 (de forfatningsmæssige traditioner i medlemslandene og menneskerettighedskonventionen). Den sidste af disse afgørelser giver formentlig grundlag for den nuancering, at ikke enhver grundrettighed, som anerkendes i en medlemsstats forfatning, uden videre kan forventes godtaget som bestanddel af fællesskabsretten. Grundrettighedskataloget efter denne har således selvstændig karakter.

Sideløbende med den omtalte udvikling i Domstolens praksis afgav Parlamentet, Rådet og Kommissionen i 1977 en fælleserklæring, som bl.a. (til støtte for Domstolen) understreger betydningen af overholdelse af de grundlæggende rettigheder, således som disse navnlig fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og af medlemsstaternes forfatninger. Præamblen til Fællesakten (1986) indeholder videre en henvisning til menneskerettighedskonventionen. Ved en afgørelse fra 1986 har Bundesverfassungsgericht derefter udtalt, at den vil undlade en selvstændig prøvelse af fællesskabsretlige regler, så længe Fællesskabet og særlig Domstolens praksis generelt sikrer en virksom beskyttelse af grundrettighederne i forhold til Fællesskabets myndighedsudøvelse, som i det væsentligste svarer til den af den tyske forfatning som nødvendig påbudte grundrettighedsbeskyttelse (den såkaldte »Solange-Beschluss« II), jfr. i øvrigt om forløbet *Hjalte Rasmussen* 1986. 393ff.

Inspirationen til *proportionalitetsprincippet*, jfr. ovenfor side 176, er navnlig kommet fra tysk ret. I sin fællesskabsretlige udformning indebærer princippet især, at lovligheden af foranstaltninger, hvorved en erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinges af, at de pågældende foranstaltninger er egnede til og nødvendige for at nå de mål, der lovligt forfølges med disse. Er der mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst tyngende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål, se fx dommene i Saml. 1985/2889, 1989/2337 og 1990 I/4023.

De to sidste af disse afgørelser peger videre på en ikke-uvæsentlig modifikation. Såfremt fællesskabslovgiver som på landbrugspolitikens område har en skønsmæssig frihed, der modsvarer det politiske ansvar, som lovgiver er tillagt efter EF-traktatens art. 40 og 43, vil en foranstaltning på det pågældende område efter Domstolens opfattelse kun kunne kendes ulovlig, såfremt den er *åbenbart uhensigtsmæssig* i forhold til det mål, som institutionen forfølger. – Proportionalitetsprincippet er i praksis videre bragt i anvendelse i forhold til medlemsstaterne i forbindelse med vurderingen af lovligheden af handelshindringer (EF-traktatens art. 30 og 36), således at der, forudsat at formålet med foranstaltningen er lovligt, tages stilling til, om dette kunne have været realiseret ved hjælp af mindre indgribende foranstaltninger, se fx afgørelsen i Saml. 1976/613.

I forlængelse af ikke-diskrimineringsforbudet i EF-traktatens art. 6, jfr. ovenfor side 175, og af forskellige mere specielle ikke-diskrimineringsbestemmelser

i Traktaten (fx art. 40, stk. 3 (landbrugspolitikken) og art. 119 (ligeløn)) har Domstolen udviklet en *almindelig lighedsgrundsætning* som et af fællesskabsrettens grundlæggende principper. Den er herved gået ud fra, at en sådan grundsætning er almindeligt forekommende som bestanddel af de nationale retsordener i medlemslandene. Grundsætningen, der har adresse til såvel regleudfærdigelses- som regelanvendelsesvirksomhed, udtrykker, at sammenlignelige forhold ikke må behandles forskelligt, medmindre forskelsbehandling kan retfærdiggøres på objektivt grundlag, d.v.s. at den har præcis samme diffuse indhold som i national ret, se som eksempel på anvendelsen afgørelsen i Saml. 1978/1991.

Retssikkerhedsprincippet benyttes her som samlebetegnelse for forskellige andre grundsætninger, der i det væsentligste rummer krav til myndighedernes regeludfærdigende, sagsbehandlende og konkret besluttende virksomhed, d.v.s. efter omstændighederne også nationale myndigheder i forbindelse med disses forvaltning af fællesskabsretlige regler. Inspirationen har i visse henseender kunnet søges i alle de nationale retsordener, medens den i andre overvejende er blevet hentet i tysk ret, især i det her gældende princip om »Vertrauensschutz«. De pågældende – indbyrdes til dels stærkt beslægtede – grundsætninger præges da også af at have »retsstatslig« karakter (hvorfor Unionen i Tyskland bl.a. derfor antages at have »Rechtsstaatsmerkmale«). For det første opereres der med en fordring om *forudseelighedsretssikkerhed*. Navnlig skal enhver retsakt, der udstedes af myndighederne, være klar, præcis og bragt til adressaternes kundskab på en sådan måde, at disse med sikkerhed kender det tidspunkt, hvor retsakten foreligger, og fra hvilket den har retsvirkninger (i hvilken sidste forbindelse der som udgangspunkt ikke kan blive tale om retroaktion), jfr. fx afgørelsen i Saml. 1983/2633. Kravene gør sig gældende med særlig styrke, såfremt der er tale om bestemmelser, der kan medføre økonomiske virkninger, jfr. fx dommen i Saml. 1990 I/691. Dernæst beskyttes en af myndighederne hos adressaten skabt *berettiget forventning* eller hans *velerhvervede rettigheder*, jfr. fx afgørelsen i Saml. 1988/2321 og modifikationerne i Saml. 1990 I/395 og 1991 I/2461 (ej berettiget forventning henholdsvis i situationer som myndighederne kan ændre indenfor rammerne af deres skøn og i tilfælde af misbrug). Endelig gælder der et princip om *kontradiktion* i den forstand, at der under administrative procedurer, som kan føre til pålæggelse af sanktioner, skal gives den eller de berørte lejlighed til at udtale sig, jfr. fx afgørelsen i Saml. 1989/3137.

I *national ret* benyttes begrebet *force majeure* som betegnelse for sådanne opfyldeshindringer, som medfører, at den kontraktspart, for hvem hindringen foreligger, fritages for erstatningsansvar og for opfyldelse *in natura*. I almindelighed forudsættes, at hindringen har kvalificeret beskaffenhed, således

7.6. De fællesskabsretlige retskildefaktorer

at opfyldelse bliver enten umulig eller dog meget vanskelig, og at debitor ikke har kunnet forudse den, jfr. eksempelvis købelovens § 24 og CISG art. 79. Det er tvivlsomt, om der kan opstilles et almindeligt princip om force majeure, men selvom dette måtte være tilfældet, kan princippet imidlertid ikke tillægges noget særlig præcist indhold. Den nærmere fastlæggelse af, hvilke omstændigheder der eventuelt kan medføre fritagelse, må navnlig afhænge af aftalens karakter og forholdene ved dens indgåelse. I *fællesskabsretten* har begrebet været anvendt i en række generelle retsakter, især inden for landbrugsområdet. Domstolens tolkning af begrebet i disse sammenhænge har i høj grad været parallel med den nationale forståelse (og med forståelsen i de øvrige medlemslande).

Til ansvarsfritagelse fordres, at den pågældende handling ikke er udført på grund af helt usædvanlige eller uforudseelige omstændigheder, som den virksomhed, der påberåber sig den, ikke har nogen indflydelse på, og hvis virkninger ikke kunne være undgået trods al udvist agtpågivenhed, idet der dog tillige skal tages hensyn til formålet med og de særlige omstændigheder ved den pågældende regulering, jfr. fx afgørelserne i Saml. 1974/101 og 1987/565.

Uden for den nævnte regulerings område har spørgsmålet om anvendelse af en almindelig grundsætning om force majeure været bragt på bane i et par tilfælde, se dommene i Saml. 1978/353 og 1988/1993. Der er ingen sikker afklaring, men afgørelserne synes dog at pege i retning af, at Domstolen efter omstændighederne ikke vil stille sig afvisende over for en bekræftende besvarelse.

7.6.3.4. Andre uskrevne kildefaktorer

Som omtalt ovenfor side 181 foregår sagsbehandlingen ved Domstolen under deltagelse af *generaladvokat*. I en afsagt dom indgår dennes forslag til sagens afgørelse som et obligatorisk element. Forslagene har i praksis ofte en noget fyldigere karakter end Domstolens præmisser, bl.a. med hyppigere anvendelse af komparative analyser og med mere omfattende henvisninger til mulige præjudikater. Uanset om *generaladvokatens* opfattelse i den konkrete sag følges af Domstolen eller ej, kan den derfor tænkes at have en vis retskil-demæssig relevans, omend det næppe er ganske retvisende, når der undertiden parallelliseres til en underinstansdom i forhold til en ankeafgørelse.

Der henvises i Domstolens afgørelser normalt ikke til den retsvidenskabelige litteratur, men herfra kan man dog næppe uden videre slutte, at denne er aldeles uden betydning. Hvad der i national ret eventuelt gemmer sig under etiketten »forholdets natur«, vil i *fællesskabsretten* typisk være gjort til et spørgsmål om formålsbestemt fortolkning eller optræde på scenen i forbindelse med antagelsen af en almindelig retsgrundsætning, jfr. forrige afsnit. Smst.

omtalt det inspirationsmateriale, der muligt kan foreligge i de nationale retsordener, jfr. også nedenfor side 301.

7.6.4. »Soft law« som kildefaktor

I forbindelse med fremstillingen af de typiske folkeretlige kildefaktorer er sondringen mellem »hard« og »soft law« berørt, jfr. ovenfor side 142. Til den første kategori henregnes bindende faktorer – navnlig lovgivning – medens den sidste rummer de ikke-bindende. Sondringen optræder også ved behandlingen af EU-retten, se således *Ruth Nielsen* 1992, især 355ff. De bindende faktorer tillægges højere rang end de ikke-bindende, men disse – fx henstillinger, jfr. EF-traktatens art. 189, stk. 5 – er ikke uden enhver retlig betydning, idet de eksempelvis kan afgive holdepunkter for fortolkningen af andre fællesskabsretlige (og nationale) bestemmelser.

Det vil være fremgået af den foregående fremstilling, at også ikke-bindende faktorer – fx netop henstillinger – kan tillægges retskildemæssig relevans. »Soft law« kan altså principielt udgøre relevant kildemateriale. Sondringen mellem »hard« og »soft law« er imidlertid ikke mere vellykket inden for EU-retten end inden for folkeretten. Her som i retskildelæren i det hele taget drejer et vigtigt spørgsmål sig forsimplet udtrykt om generelt og konkret at få placeret en given faktor på det rigtige sted på en skala, der spænder fra tilfælde, hvor en faktor er bindende i den forstand, at den skal følges, til tilfælde hvor den er irrelevant. Som mellemstationer forekommer tilfælde, hvor der er forpligtelse til at tage hensyn til den (altså binding men på anden vis), og hvor der blot er mulighed herfor. Navnlig grænsedragningen mellem de to øverste tilfældegrupper er problematisk. Til den ende er en kategorisering som den nævnte aldeles uinteressant, sml. videre nedenfor side 235.

7.7. Forholdet mellem EU-ret og national ret

7.7.1. Indledning

I en af de mest betydningsfulde afgørelser, der er truffet af Domstolen (*Costa/Enel*, sag 6/64, Saml. 1954-64/531), siges det bl.a. i præmisserne:

»til forskel fra de almindelige internationale traktater har EØF-traktaten indført en særlig retsorden, der er integreret i medlemsstaternes retssystemer fra det tidspunkt, da traktaten trådte i kraft, og som skal anvendes af deres retsinstanser;

medlemsstaterne har ved at oprette et Fællesskab på ubegrænset tid, der har egne institutioner, retsevne, partshabilitet, beføjelse til at optræde på internationalt plan og navnlig egentlige beføjelser, der er en følge af en kompetencebegrænsning eller en overførsel af beføjelser fra medlemsstaterne til Fællesskabet, faktisk begrænset deres suverænitæt, selv om det er sket

7.7. Forholdet mellem EU-ret og national ret

inden for afgrænsede områder, og har således skabt et regelsæt, som finder anvendelse på deres statsborgere og på dem selv;

af denne integration i hver medlemsstats retssystem af bestemmelser, som hidrører fra fællesskabsretskilden, og mere generelt af traktatens ordlyd og ånd følger det logisk, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, som de har accepteret på gensidig basis; en sådan foranstaltning vil således ikke kunne gøres gældende imod denne retsorden;

hvis fællesskabsretten som følge af senere national lovgivning havde forskellig gyldighed fra stat til stat, ville det bringe virkeliggørelsen af de i traktatens artikel 5, stk. 2 omhandlede mål i fare og ville indebære en efter artikel 7 [nu art. 6] forbudt forskelsbehandling;

de forpligtelser, man har påtaget sig i traktaten om oprettelse af fællesskabet, ville ikke være ubetingede, men kun eventuelle, hvis de kunne ændres eller ophæves ved senere lovgivning fra signatarstaternes side;«.

Det fremgår af citatet, at den fællesskabsretlige retsorden ikke betragtes som adskilt fra de nationale (d.v.s. at der anlægges et »monistisk« syn på forholdet mellem fællesskabsret og national ret, jfr. ovenfor side 151), at den fællesskabsretlige retsorden antages at have autonom karakter og derfor kan begrunde rettigheder og forpligtelser, ikke blot for medlemsstaterne, men også for disses borgere, og at fællesskabsretten gør krav på forrang i forhold til national ret. Hermed er der – ganske vist i principielle vendinger – taget stilling til nogle spørgsmål, som hører til fællesskabsrettens vigtigste og vanskeligste.

Inden den nærmere udredning i det følgende omkring disse spørgsmål er det nødvendigt at redegøre for et par centrale begreber. I danske fremstillinger af EU-retten er det almindeligt at anvende begrebet *umiddelbar anvendelighed* som et enheds- eller samlebegreb vedrørende nogle i den foreliggende forbindelse vigtige problemstillinger: 1) de fællesskabsretlige reglers inkorporering, 2) om reglerne skaber rettigheder og pligter for borgerne i medlemslandene, 3) om en given regel er egnet til anvendelse som en retsregel under en sag for en national domstol og 4) reglernes gennemslagskraft i de national retssystemer, i særdeleshed ved konflikt med national ret, se således *Gulmann & Hagel-Sørensen* 1993, 152. Det pågældende begreb benyttes ganske vist i den danske tiltrædelseslov fra 1972 (§ 3, stk. 1, i lov nr. 447 af 11. oktober 1972), men forekommer ikke i alle henseender at være tilstrækkelig præcist ved behandlingen af de refererede spørgsmål. I det følgende tales der kun om »umiddelbart anvendelig EU-ret« i tilfælde, hvor en fællesskabsretlig regel uden videre, d.v.s. uden nationale inkorporeringsforanstaltninger, fuldtud bliver bestanddel af den nationale retsorden. Fællesskabsretlige forordninger, jfr. ovenfor side 207, er et typeeksempel herpå. De herhen hørende spørgsmål behandles i afsnit 7.7.2. Forskelligt herfra er spørgsmålet, om en fællesskabsretlig regel har *direkte virkning*. En sådan kan der tales om, når reglen kan begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne i medlemslandene, som disse

kan håndhæve ved de nationale domstole. De fleste umiddelbart anvendelige EU-regler har tillige direkte virkning, men noget absolut sammenfald forekommer ikke, fx kan en sådan regel være for ubestemt til at kunne begrunde rettigheder og forpligtelser, eller den angår simpelthen kun medlemsstaterne. Omvendt forekommer det, at regler, der ikke er umiddelbart anvendelig, tillægges en vis direkte virkning. Hvor spørgsmålet om »umiddelbar anvendelighed« altså angår inkorporeringsproblemet, refererer »direkte virkning« sig til, om en regel er så klar og ubetinget, at den skønnes egnet til at begrunde rettigheder og forpligtelser. Herom handler afsnit 7.7.3. Forrangsspørgsmålet omtales i afsnit 7.7.5, medens nogle særlige fortolkningsspørgsmål, som navnlig knytter sig til regler, der ikke har direkte virkning, tages op i afsnit 7.7.4.

7.7.2. Umiddelbar anvendelighed

De *oprindelige traktater* inkorporeredes i dansk ret ved tiltrædelsesloven fra 1972, jfr. dennes § 3, stk. 1. Inkorporeringen angik traktatbestemmelserne »i det omfang de efter fællesskabsretten er umiddelbart anvendelige i Danmark«, d.v.s. i form af en blank henvisning til fællesskabsretten. Det samme gjaldt bestemmelserne i den ældre fællesskabsret, jfr. lovens § 3, stk. 2. Status med hensyn til yngre retsakter, d.v.s. efter tiltrædelsen, følger af § 2, som fastslår, at beføjelser, som efter grundloven tilkommer danske myndigheder, kan overlades til fællesskabsmyndighederne, i det omfang det er fastsat i de oprindelige traktater. Senere traktatændringer, fx Fællesakten og Unionstraktaten, er inkorporeret ved ændringer af tiltrædelsesloven.

Forordninger, jfr. ovenfor side 207, gælder efter EF-traktatens art. 189 umiddelbart i medlemslandene. De skal således ikke inkorporeres. Efter Domstolens praksis er inkorporering videre som hovedregel forbudt, se afgørelserne i Saml. 1973/101 og 1985/1057. Forbudet begrundes med risiciene for forvanskning og for kamuflering af det fællesskabsretlige grundlag. Det omfatter ikke nødvendig national gennemførselslovgivning. Heller ikke EU's *traktater med tredielande* (inden for traktatkompetencen) skal inkorporeres.

Derimod skal *direktiver* (ovenfor side 208) altid inkorporeres, jfr. art. 189. Direktiver er således ikke umiddelbart anvendelige (men kan vel tænkes at have direkte virkning, jfr. nedenfor). Uanset at art. 189 overlader form og midler for inkorporeringen til de nationale myndigheder, er der – som det fremgår af fremstillingen på henvisningsstedet – efter Domstolens praksis grænser for de nationale myndigheders valgfrihed, som betinges af nødvendigheden af fuldstændig og nøjagtig opfyldelse af de forpligtelser, som direktivet pålægger medlemslandene.

7.7.3. Direkte virkning

7.7.3.1. Traktatbestemmelser

Som omtalt ovenfor angår spørgsmålet om fællesskabsrettens direkte virkning i medlemslandene mulighederne for ved nationale domstole at gøre rettigheder og pligter gældende, som støttes på fællesskabsretten. Spørgsmålet kan rejses i *vertikal* henseende, d.v.s. med hensyn til mellemværender mellem en borger og vedkommende nationalstat. Det kan videre drøftes *horisontalt*, d.v.s. vedrørende mellemværender mellem borgerne indbyrdes.

I vertikal henseende er Domstolens afgørelse i Saml. 1954-64 (van Gend en Loos, sag 26/62) en milepæl.

Efter EF-traktatens art. 12 afstår medlemsstaterne fra at indføre ny indbyrdes told ved ind- og udførsel eller afgifter med tilsvarende virkning og fra at forhøje de toldsater og afgifter, som de anvender i den indbyrdes samhandel. Ved en ændring i de for Benelux-landene gældende fælles toldtariffer var nogle produkter blevet flyttet fra én position i tariffen til en anden, og som følge heraf blev en hollandsk importør af varer fra Tyskland afkrævet en højere told af disse end tidligere. Han anlagde sag ved en hollandsk domstol med påstand om nedsættelse af tolden under henvisning til art. 12. Domstolen fik til præjudiciel stillingtagen forelagt spørgsmålet, om art. 12 kun indebar rettigheder og pligter for staterne, eller om den tillige medførte rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skulle beskytte. I sin afgørelse anførte Domstolen bl.a.:

»målet for EØF-traktaten, at oprette et fællesmarked, hvis funktion direkte berører de retsundergivne i Fællesskabet, indebærer, at denne traktat udgør mere end en aftale, som blot skaber gensidige forpligtelser mellem de kontraherende stater;

denne opfattelse bekræftes ved traktatens præambel, som ikke blot omtaler regeringerne men også befolkningerne, og på mere konkret måde ved oprettelsen af organer, som har fået overdraget suveræne rettigheder, hvis udøvelse berører såvel medlemsstaterne som disses borgere;

.....

endvidere bekræfter den opgave, som er pålagt Domstolen i henhold til artikel 177, og som tjener til at sikre en ensartet fortolkning af traktaten ved de nationale retter, at staterne har anerkendt, at fællesskabsretten har en gyldighed, som deres statsborgere kan påberåbe sig for disse retter;

heraf må man drage den slutning, at Fællesskabet udgør et nyt folkeretligt system, til hvis fordel staterne, om end inden for begrænsede områder, har indskrænket deres suveræne rettigheder, og hvis retssubjekter ikke blot er medlemsstaterne men også disses statsborgere;

uafhængigt af medlemsstaternes lovgivning pålægger fællesskabsretten derfor ikke blot private forpligtelser, men den skal også give dem rettigheder, som bliver en del af deres juridiske formue;

disse rettigheder opstår ikke blot, når de udtrykkeligt er indrømmet i traktaten, men også, når traktaten pålægger private såvel som medlemsstater og Fællesskabets institutioner endtydige forpligtelser:

Kapitel 7

artikel 12 indeholder et klart og ubetinget forbud, som ikke er en pligt til at handle, men til at undlade;

ydermere knytter der sig ikke til denne bestemmelse noget forbehold fra staternes side om, at dens gennemførelse skal være afhængig af vedtagelsen af en udtrykkelig national retsfor-skrift;

selve dette forbuds karakter gør det særdeles velegnet til at skabe umiddelbare virkninger i de retlige relationer mellem medlemsstaterne og deres retsundergivne;

gennemførelsen af artikel 12 kræver ikke, at staterne vedtager nogen lovgivning;«

Domstolen føjede til, at den omstændighed, at det efter traktatens art. 169-170 (ovenfor side 192) er Kommissionen og medlemsstaterne, der har kompetence til at påtale overtrædelse af traktatmæssige forpligtelser, ikke udelukker private fra at gøre disse forpligtelser gældende ved en national domstol. Hvis garantierne mod overtrædelse af art. 12 nemlig begrænsedes til procedurene efter art. 169-170, ville dette udelukke enhver umiddelbar beskyttelse af statsborgernes individuelle rettigheder, ligesom der var en risiko for, at anvendelsen af de pågældende bestemmelser blev virkningsløs, såfremt den afhang af gennemførelsen af en national beslutning, som tilsidesatte traktatens forskrifter. Agtpågivenheden hos private, som var interesserede i at beskytte deres rettigheder, ville medføre en mere effektiv kontrol, der supplerede beskyttelsen efter art. 169-170. Herefter konkluderede Domstolen, »at artikel 12 ifølge traktatens ånd, opbygning og indhold skal fortolkes således, at den har umiddelbar virkning og medfører individuelle rettigheder, som de nationale domstole skal beskytte«.

Det fremgår af dommen, at traktatbestemmelser under visse betingelser antages at kunne hjemle borgere i medlemslandene *rettigheder* over for disse, som *uden videre* lader sig håndhæve ved nationale domstole. I Domstolens senere praksis er denne linie fortsat med stillingtagen til, om en lang række andre traktatbestemmelser har direkte virkning. Som i den refererede sag har Domstolen herved navnlig beskæftiget sig med følgende forhold:

- om den pågældende traktatbestemmelse er så klar og præcis, at den er egnet til anvendelse ved en national domstol,
- om bestemmelsen skaber en ubetinget forpligtelse,
- om denne forpligtelse er fuldstændig, dels i den forstand, at dens gennemførelse ikke kræver yderligere foranstaltninger fra fællesskabsmyndighedernes eller medlemsstaternes side, dels derved at der ikke gives disse valgmuligheder eller plads for skønsudøvelse.

Hovedvægten lægges på klarhed og præcision og på fraværet af spillerum, især for de nationale myndigheder. Falder vurderingen positivt ud, tillægges bestemmelsen direkte virkning, såfremt det kan antages, at denne sigter mod at skabe rettigheder for borgerne. Dette gælder også traktatbestemmelser, der – modsat situationen i van Gend en Loos-sagen – indebærer handleforpligtelser for medlemsstaterne. Det er tilsvarende antaget, at traktatbestemmelser uden

videre kan hjemle *pligter* for borgerne, som de nationale myndigheder som påtalesubjekter kan håndhæve ved de nationale domstole.

Domstolen har videre taget stilling til den *horisontale* relation og altså dermed til, om traktatbestemmelser kan have direkte virkning i det indbyrdes forhold mellem borgere i medlemslandene, således at disse tillægges korresponderende rettigheder og forpligtelser. I nogle tilfælde er dette oplagt, se eksempelvis de grundlæggende konkurrenceregler i EF-traktatens art. 85-86. Domstolen er imidlertid gået videre og har bl.a. antaget, at bestemmelsen i traktatens art. 119 – der efter ordlyden alene retter sig mod medlemsstaterne – om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde kunne gøres gældende af en kvindelig ansat i en sag ved en national domstol mod arbejdsgiveren, jfr. afgørelsen i Saml. 1976/455.

Som omtalt ovenfor side 224, er der traktatbestemmelser, som på den ene side er »umiddelbart anvendelige« og altså dermed udgør en integrerende bestanddel af de nationale retsordener, men som på den anden side ikke har »direkte virkning«, idet de ikke udtrykker rettigheder/forpligtelser for borgerne, som kan håndhæves ved nationale domstole. Hovedparten af bestemmelserne i EF-traktatens 5. og 6. del (art. 137ff), bl.a. om fællesskabsinstitutionerne, har denne karakter. Art. 177 om præjudicielle afgørelser fra Domstolen er fx »umiddelbart anvendelig«, således at danske domstole blot under de i artiklen angivne betingelser kan/skal forelægge fortolkningsspørgsmål for Domstolen. Den har derimod ikke »direkte virkning« i den her angivne forstand. Det vil være fremgået, at det for begge problemkredses vedkommende beror på en fortolkning af de i betragtning kommende bestemmelser, om de pågældende kvaliteter foreligger. Afgørelsen heraf tilkommer Domstolen.

7.7.3.2. Forordninger

Når EF-traktatens art. 189 siger, at en forordning »gælder umiddelbart i hver Medlemsstat«, sigtes der til inkorporeringsspørgsmålet, jfr. ovenfor. Om bestemmelserne i en forordning har direkte virkning, beror, uanset at art. 189 tillige taler om »bindende i alle enkeltheder«, i princippet på en fortolkning af de pågældende bestemmelser efter synspunkter, som er parallelle med de ovenfor om traktatbestemmelser omtalte. En væsentlig del af massen af forordningsbestemmelser opfylder imidlertid utvivlsomt betingelserne for direkte virkning og vil således såvel vertikalt som horisontalt uden videre kunne begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne.

7.7.3.3. Direktiver

Da direktiver efter EF-traktatens art. 189 er adresseret til medlemsstaterne og (i princippet) alene er forbindende med hensyn til det tilsigtede mål, er det

Kapitel 7

nærliggende at antage, at direktivbestemmelser – ud over ikke at være umiddelbart anvendelige, jfr. ovenfor – heller ikke kan tillægges direkte virkning. Antagelsen er imidlertid efter Domstolens praksis uholdbar.

Eksempel 45:

Efter art. 13 B, litra d, pkt. 1, i det såkaldte 6. momsdirektiv afgiftsfritager medlemsstaterne virksomhed i form af ydelse eller formidling af lån samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene. Inkorporeringsfristen udløb 31. december 1977. Tyskland inkorporerede ikke rettidigt. En tysk free lance finansrådgiver pålagdes fortsat betaling af moms efter 1. januar 1978. Hun nægtede at betale. Domstolen fik forelagt spørgsmålet, om direktivets art. 13 havde direkte virkning, og besvarede dette bekræftende. Der henvistes til, at når fællesskabsmyndighederne gennem et direktiv har pålagt medlemsstaterne en forpligtelse til en bestemt handlemåde, vil direktivets tilsigtede virkning blive afsvækket, såfremt borgerne ikke kan støtte ret herpå, og såfremt de nationale myndigheder er afskåret fra at tage det i betragtning som en del af fællesskabsretten (hvad de jo netop ville kunne, hvis direktivet var blevet behørigt inkorporeret). En medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har truffet de i direktivet krævede gennemførselsforanstaltninger, kan følgelig ikke over for private gøre gældende, at den ikke har opfyldt de forpligtelser, som direktivet pålægger den. Når bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som *ubetingede og tilstrækkeligt præcise*, kan der i *mangel af rettidige gennemførselsforanstaltninger* støttes ret herpå over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom private overfor staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private *rettigheder i forhold til staten*. Art. 13 i 6. momsdirektiv opfyldte disse krav, jfr. dommen i Saml. 1982/53.

Det ses af eksemplet, at Domstolen i det *vertikale* forhold afleder den direkte virkning *til fordel for* private af medlemsstaternes forpligtelse til rettidig (og nøjagtig) opfyldelse af direktivforpligtelser. Den pågældende virkning anvendes således som pression til behørig opfyldelse. Det ses videre, at man – ved siden af det tidsmæssige krav – fremdrager samme betingelser som ved traktatbestemmelser (klarhed og præcision). Praksis på området er fast i overensstemmelse med de i eksemplet anførte synspunkter, og således at »staten« opfattes i vid forstand, nemlig uanset i hvilken egenskab den har handlet. Ved afgørelsen i Saml. 1990 I/3313 anførtes det, at et organ, som – uanset sin retlige organisationsform – ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn (i det konkrete tilfælde et selskab med monopol på gasforsyning), og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, *i hvert fald* hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning.

På baggrund af Domstolens praksis med hensyn til traktatbestemmelser direkte virkning ville det næppe virke overraskende, såfremt en sådan virkning tillige knyttedes til direktivbestemmelser i henseende til borgernes *pligter* over

for staten og med hensyn til den *horisontale* relation. Her går grænsen imidlertid. Domstolen har i det hele afvist, at ikke rettidigt (eller mangelfuldt) gennemførte direktivbestemmelser kan tillægges direkte virkning i pligtmæssig retning, hvad enten der er tale om vertikale eller horisontale forhold. I førstnævnte forbindelse har den navnlig anført, at staterne ikke skal kunne profitere af deres egne forsømmelser, jfr. afgørelsen i Saml. 1979/1629. Med hensyn til den horisontale relation har den henvist til, at det følger af art. 189, at direktiver kun er bindende for medlemsstaterne, og at direktivbestemmelser – uanset om de måtte være klare og ubetingede – derfor ikke i sig selv kan indebære forpligtelser for borgerne, jfr. dommen i Saml. 1986/723. Denne begrundelse synes ikke at harmonere med begrundelsen i den ovenfor omtalte afgørelse i Saml. 1976/455.

Når direktivbestemmelser ikke gennemføres rettidigt, kan der rejses spørgsmål om, hvorvidt muligt forurettede borgere alene på dette grundlag kan gøre erstatningskrav gældende mod den stat, der har tilsidesat sine forpligtelser. Herved kan direktivbestemmelsernes karakter komme til at spille en afgørende rolle, jfr.

Eksempel 46:

Rådets direktiv 80/987 EØF, der angår indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, anvendes på krav, som arbejdstagere har erhvervet i forhold til insolvente arbejdsgivere, og således at arbejdstagerne skal være sikret betaling fra visse garantiinstitutioner af tilgodehavender, som hidrører fra arbejdsaftalen, og som vedrører løn for perioden inden en vis dato, der fastlægges af den enkelte medlemsstat efter tre i direktivet angivne valgmuligheder. Direktivet skulle gennemføres i medlemslandene inden 23. oktober 1983. Italien opfyldte ikke sine forpligtelser hertil og blev ved dommen i Saml. 1989/143 i den anledning dømt for traktatbrud.

En række arbejdstagere på to italienske virksomheder, der henholdsvis var konstateret insolvent i fodedretten og gået konkurs, anlagde under henvisning til den manglende gennemførelse af direktivet sag mod den italienske stat med principal påstand om, at denne betalte deres løntilgodehavender, subsidiært om betaling af erstatning. Spørgsmålet om direktivets betydning i disse forbindelser blev forelagt for Domstolen. I dommen i Saml. 1991 I/5357 konstaterede denne først, at den omstændighed, at en medlemsstat kan vælge mellem flere forskellige midler til opfyldelse af et direktiv, ikke udelukker, at private ved nationale domstole kan gøre de rettigheder gældende, som kan fastslås med sikkerhed alene på grundlag af direktivets bestemmelser. Selvom det foreliggende direktiv i de relevante henseender var tilstrækkelig præcist og ubetinget, kunne det af de pågældende lønmodtagere ikke påberåbes over for den italienske stat, da det ikke fremgik præcist af direktivet, hvem der var debitor for garantien, og da staten ikke kunne anses for debitor, blot fordi den ikke havde truffet rettidige gennemførselsforanstaltninger. Imidlertid – sagde Domstolen – ville fællesskabsrettens fulde virkning blive afsvækket og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder forringet, såfremt private var afskåret fra at få erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der måtte tilregnes en medlemsstat. Det vil navnlig være nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav gældende i de tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra medlemsstaternes side, og hvor private derfor ikke kan påberåbe

Kapitel 7

sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger, eller, som det blev sagt: »Der følger således af selve Traktatens system et princip om, at staten er erstatningspligtig for tab, som er forvoldt private på grund af en tilsidesættelse, der må tilregnes staten«.

Pligten til at betale erstatning sås videre begrundet i EF-traktaens art. 5 (om staternes forpligtelse til at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at fællesskabsretten gennemføres m.v.). Betingelserne for, at der kunne kræves erstatning, måtte afhænge af den tilsidesættelse af fællesskabsretten, der havde forvoldt tabet. Ved tilsidesættelse af forpligtelsen til rettidig og nøjagtig gennemførelse af direktiver måtte der efter Domstolens opfattelse gælde tre betingelser. For det første måtte det mål, der tilsigtedes med direktivet, indebære, at private tillagdes rettigheder. Dernæst skulle det nærmere indhold af disse rettigheder kunne fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser. Endelig krævedes det, at der var årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse og skadelidtes tab. Selve gennemførelsen af erstatningskravene måtte i mangel af EF-regler herom ske efter nationale erstatningsregler. Kravene hertil måtte imidlertid ikke være udtryk for diskrimination i forhold til andre (nationale) erstatningskrav og heller ikke være udformet således, at det blev urimelig vanskeligt eller i praksis umuligt at opnå erstatning.

Det ses af eksemplet, at ringen så at sige er søgt sluttet: Alternativet til direkte virkning kan – under de anførte betingelser – være et erstatningsansvar for den stat, der ikke har overholdt sine gennemførelsesforpligtelser. Ansvarer virker herved – med borgerne i medlemsstaterne som den udfarende kraft – som supplement til traktatbrudssøgsmålet (ovenfor side 192) og den foreliggende praksis om direktivers direkte virkning. På det principielle plan går den i eksemplet omtalte dom endog videre ved helt generelt at fastslå et erstatningsansvar for tab, der er forvoldt private ved tilsidesættelse af fællesskabsretten, som kan tilregnes staten, jfr. citatet i eksemplet. Det må formentlig antages, at tilregningsbetingelsen udtrykker et vist krav om skyld, hvorimod det er uklart, om »staten« skal forstås i samme vide betydning som ved vurderingen af direkte virkning i vertikal henseende, jfr. ovenfor side 228.

7.7.3.4. *Beslutninger*

Beslutninger, som er adresseret til én eller flere medlemsstater, har undertiden direktivlignende karakter, jfr. ovenfor side 210. I så fald kan bestemmelser i beslutningen tillægges direkte virkning under betingelser, som svarer til dem, der efter Domstolens praksis gælder for direktiver, jfr. fx Domstolens afgørelse i Saml. 1970/825. For så vidt angår beslutninger, som er adresseret til enkeltpersoner, giver det derimod ingen mening at rejse det her foreliggende spørgsmål. En sådan beslutning fastslår efter sin beskaffenhed netop, hvad der i et konkret retsforhold er bindende fællesskabsret i forhold til adressaten, jfr. EF-traktatens art. 189.

7.7.3.5. EU's traktater med tredielande

Da EU's traktater med tredielande inkorporeres automatisk i fællesskabsretten fra tidspunktet for deres ikrafttræden, jfr. ovenfor side 207, kan der rejses spørgsmål om den direkte virkning af bestemmelser i en sådan traktat. Domstolens praksis er her den, at der først må ses på, om traktaten selv har forholdt sig til, hvilke virkninger den skal have. Er der tavshed herom, må spørgsmålet, om traktatbestemmelser kan påberåbes ved en national domstol, afgøres (af Domstolen) ved fortolkning på folkeretligt grundlag, d.v.s. navnlig under hensyntagen til traktatbestemmelsens ordlyd, kontekst og formål, jfr. nedenfor side 306. Direkte virkning antages, hvis bestemmelsen efter sin art og opbygning findes egnet som grundlag for rettigheder for borgerne, idet vægten herved især lægges på præcisionsgrad og ubetingethed, jfr. fx afgørelserne i Saml. 1982/3641 og 1991 I/199.

7.7.3.6. Kompetencespørgsmål m.v.

At en fællesskabsretlig bestemmelse har direkte virkning i den forstand, at den kan begrunde rettigheder og forpligtelser, som uden videre kan gøres gældende af borgerne i medlemslandene ved nationale domstole, betyder ikke, at det er disse, som afgør, hvorvidt bestemmelsen har den nævnte karakter. Om der foreligger direkte virkning, er et spørgsmål, der indebærer fortolkning af fællesskabsretten, og kompetencen i denne henseende tilkommer Domstolen, jfr. EF-traktatens art.177. Spørgsmålet må følgelig rejses af den nationale domstol bortset fra tilfælde, hvor retstilstanden – fx henset til tidligere afgørelser fra Domstolen – er tilstrækkelig klar («act clair-doktrinen», jfr. ovenfor side 199). Domstolens stillingtagen er principielt konstaterende, d.v.s. at den blot fastslår, hvad der hele tiden har været gældende. Den direkte virkning foreligger derfor i almindelighed *ex tunc*, d.v.s. allerede fra bestemmelsens ikrafttræden. Undtagelse herfra gøres, såfremt retssikkerhedshensyn (forudseelighedsretssikkerhed, jfr. ovenfor side 220) efter en konkret stillingtagen afgørende tilsiger en modsat løsning under hensyntagen til beskaffenheden af de forstyrrelser, som dommen kan medføre i henseende til fortidige forhold, se som eksempel herpå i Saml. 1990 I/1889.

7.7.4. EU-konform fortolkning af national ret

7.7.4.1. Udgangspunktet

Efter Domstolens praksis følger det af det i EF-traktatens art. 5 fastlagte solidaritetsprincip (ovenfor side 175), at nationale myndigheder, herunder nationale domstole, har pligt til EU-konform fortolkning og anvendelse af nationale regler, også i tilfælde hvor fællesskabsreglerne ikke har direkte virkning. Pligten gælder med hensyn til alle dele af den bindende fællesskabsret, også

de almindelige retsgrundsætninger, men har især praktisk betydning vedrørende direktivbestemmelser. I den foreliggende – ganske omfattende – praksis formuleres den i den pågældende henseende i vid udstrækning skabelonmæssigt, fx således:

»Den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af Traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med Traktatens artikel 189, stk. 3« (dommen i Saml. 1990 I/4135).

Det ses, at pligten (den såkaldte »von Colson-doktrin« efter dommen i Saml. 1984/1891) er meget generelt udtrykt. Efter ordlyden er det for det første ligegyldigt, om direktivet er gennemført i national ret, d.v.s. at konformitetskravet retter sig både mod gennemførelseslovgivning og mod en ældre retstilstand (kravene i direktivet (endnu) ikke opfyldt). Navnlig med henblik på sidstnævnte situation tages der intet forbehold med hensyn til tilfælde, hvor gennemførelsesfristen i direktivet ikke er udløbet. Pligten synes dernæst at være generel i den forstand, at det er ligegyldigt, om fortolkningen – vurderet i forhold til hidtidig national ret – fører til et for borgerne gunstigere eller dårligere resultat. Der sondres videre ikke mellem vertikal og horisontal effekt, hvoraf følger, at der kan tænkes en slags horisontal indirekte virkning, som med hensyn til sine følger ikke adskiller sig fra, hvad man ville være nået til, såfremt direktivet var blevet tillagt direkte virkning også i horisontal henseende. Endelig – og vigtigst – er det tvivlsomt, om pligten rummer modifikationer med henblik på tilfælde, hvor national ret enten slet ikke er fortolkelig, eller hvor den EU-konforme tolkning ikke lader sig strække så vidt, at der bliver overensstemmelse med direktivet.

Som omtalt ovenfor side 155 anvendes i forhold til *folkeretlige* kildefaktorer i dansk ret forskellige tolkningssynspunkter, hvis formål er om fornødent at bringe overensstemmelse mellem dansk ret og folkeret, således at Danmark ikke krænker sine folkeretlige forpligtelser (fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglerne). I det omfang tilpasningen af national ret til fællesskabsret kan foregå inden for rammerne af disse synspunkter, vil pligten til EU-konform tolkning sandsynligvis blive opfattet som ganske uproblematisk af danske domstole. Pligten rækker dog måske videre og bliver herved en temmelig dubiøs størrelse, jfr. det følgende, hvor nogle spørgsmål med tilknytning til ovenstående tages op.

7.7.4.2. Fortolkning til gunst og til skade for borgerne

Såfremt det lægges til grund, at pligten til EU-konform fortolkning består, uanset om tolkningsresultatet er udtryk for en bedre eller dårligere retsstilling for borgerne, end de ellers ville have haft, kan der tænkes situationer, hvor løsningen vil indebære konflikt med almindelige fællesskabsretlige retsgrund-sætninger, især med hensynet til forudseelighedsretssikkerhed. Domstolen har derfor antaget (Saml. 1987/3969), at pligten til direktivkonform fortolkning er underlagt den begrænsning, at et direktiv ikke i sig selv (uafhængigt af national gennemførelseslovgivning) kan begrunde strafansvar for overtrædelse af direktivbestemmelserne og ej heller medføre, at allerede foreliggende ansvar efter national ret skærpes.

7.7.4.3. Gennemførelsesfristen er ikke udløbet

Den i forrige afsnit omtalte dom afgiver tillige holdepunkter for den antagelse, at pligten til direktivkonform fortolkning efter Domstolens opfattelse foreligger allerede fra direktivets vedtagelse, uanset at gennemførelsesfristen endnu ikke er udløbet. Bortset fra, at dette synspunkt i almindelighed ikke synes ganske foreneligt med Domstolens begrundelse for at antage direkte virkning ved direktiver, jfr. fx dommen i Saml. 1979/1629, kan løsningen i hvert fald ikke accepteres med hensyn til sager, hvor det relevante faktum er ældre end tids-punktet for direktivets vedtagelse. Men også herudover forekommer den tvivlsom. Ingen af de bærende hensyn bag pligten til direktivkonform for-tolkning (EF-traktatens art. 5 og art. 189, stk. 3, jfr. ovenfor) taler for pligtens eksistens, så længe gennemførelsesfristen løber, og gennemførelse af direktivet rent faktisk ikke er sket. Er fristen ikke udløbet, men de nationale gennem-førelsesforanstaltninger ikke desto mindre iværksat, må der formentlig lægges afgørende vægt på det sidste, således at der i så fald er pligt til at fortolke de nationale regler i overensstemmelse med direktivet, jfr. tilsvarende *Gulmann & Hagel-Sørensen* 1993, 158.

7.7.4.4. Det nationale fortolkningsskøns grænser

I et par af de forholdsvis tidlige afgørelser om pligten til direktivkonform fortolkning af national ret anførte Domstolen, at det tilkom den nationale domstol »under fuld udnyttelse af det skøn den råder over i henhold til national ret at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overens-stemmelse med fællesskabsrettens krav«, jfr. dommene i Saml. 1984/1891 og 1921. Samme formulering er anvendt i en senere afgørelse (Saml. 1988/673) om forholdet mellem en traktatbestemmelse og national lovgivning. I andre sager genfindes en sådan henvisning til det nationale fortolkningsskøn ikke, medens den i en enkelt sag (Saml. 1990 I/4135, jfr. ovenfor side 232) er

usikker (men kan være skjult i den danske versions »inden for deres kompetence«).

På denne baggrund er det relevant at rejse spørgsmålet, om pligten til navnlig direktivkonform fortolkning alene består i det omfang, der er råderum herfor efter national ret, eller om den er videregående, således at der eventuelt skal fortolkes *mod* den nationale lovgivning. Ved vurderingen heraf er det nyttigt at sondre mellem forskellige typiske situationer.

Den *første* af disse er uproblematisk. Direktivet forudsættes her gennemført rettidigt og korrekt. Grundlaget for de nationale myndigheders stillingtagen er gennemførelseslovgivningen. Ved tolkningen af denne vil tilsvarende tolkningsproblemer ofte forekomme i direktivet, som naturligvis udgør den relevante tolkningsmæssige baggrund. Udestående spørgsmål må forelægges for Domstolen til stillingtagen efter EF-traktatens art. 177, og svaret herfra binder den nationale domstol.

I den *anden* situation forudsættes direktivet gennemført rettidigt, men mangelfuldt, således at der kan påvises divergenser mellem national ret og direktivbestemmelserne. I det omfang disse har direkte virkning (i vertikal henseende), må de nationale myndigheder først (ved fortolkning) søge at skabe overensstemmelse. Er dette ikke muligt, skal de nationale regler efter Domstolens opfattelse tilsidesættes til fordel for de fællesskabsretlige, d.v.s. at der foreligger et spørgsmål om fællesskabsrettens forrang, jfr. nedenfor side 236. Har direktivbestemmelserne ikke direkte virkning, hvad enten dette skyldes mangel på præcision/ubetingethed, eller at spørgsmålet foreligger i horisontal henseende, må den nationale domstol tilsvarende først på fortolkningsmæssigt grundlag søge at tilvejebringe harmoni mellem de to regelsæt. Dette vil sandsynligvis i praksis i vid udstrækning være muligt. Den nationale regel må imidlertid være tilgængelig for fortolkning, og tolkningen ligge inden for rimelighedens grænser, d.v.s. netop inden for rammerne af sædvanligt tolkningsmæssigt skøn. Manifeste uoverensstemmelser af substantiel betydning kan følgelig ikke løses på denne måde, og der består derfor – uanset om Domstolen efter fællesskabsretten virkelig måtte mene det modsatte – ingen pligt for danske domstole til efter dansk ret at tolke mod dansk lovgivning. Problemet må – af hensyn til den nationale lovgivningsmagt – klares ved ændring af gennemførelseslovgivningen, eventuelt efter konstateret traktatbrud.

Som omtalt går Domstolen ud fra, at pligten til direktivkonform tolkning tillige angår ældre national ret. Den *trede* situation vedrører da tilfælde, hvor direktivet ikke er (rettidigt) gennemført, og hvor der er uoverensstemmelser med ældre national lovgivning. Løsningen må her følge samme mønster som i den anden situation, d.v.s. at pligten til direktivkonform tolkning kun består,

i det omfang uoverensstemmelserne kan jævnes inden for rammerne af sædvanligt tolkningsmæssigt skøn.

Dommen i Saml. 1990 I/4135 (ovenfor side 232) anføres undertiden som eksempel på en – efter Domstolens opfattelse – videregående pligt. Det er usikkert. I den pågældende sag kunne den ældre (spanske) lovgivning vedrørende selskabsstiftelsers ugyldighed rent faktisk uden helt alvorlige forhindringer tolkes i overensstemmelse med det foreliggende direktiv. Hvad der derimod måske kan bekymre er, at Domstolen meget bastant i præmisser og konklusion fastslog, at et aktieselskab ikke kunne erklæres ugyldigt af andre grunde end de i direktivet opregnede, d.v.s. at man reelt pånødte den nationale domstol en bestemt løsning.

Det vil være fremgået, at direktivbestemmelser i den anden og tredje situation under bestemte forudsætninger indirekte kan få en vis horisontal virkning. Formelt adskiller denne virkning sig fra den egentlige direkte virkning derved, at medens det i sidstnævnte henseende er fællesskabsretten, som udgør det bærende retsgrundlag, er det i førstnævnte national ret med fællesskabsretten som mere eller mindre tungtvejende fortolkningsfaktor. Den reelle forskel i fællesskabsrettens gennemslagskraft vil formentlig efter omstændighederne være forsvindende lille.

7.7.4.5. Også fortolkningsmæssig konformitet under hensyntagen til ikke-bindende fællesskabsret?

Efter de retskilde- og fortolkningsprincipper, som behersker national ret, er der kun *pligt* til at tage hensyn til et fåtal af kildefaktorer, som fremtræder med en meget høj grad af autoritet: Lovgivning, visse administrative bestemmelser og højesteretsdomme. Til gengæld er kataloget over faktorer, som *kan* inddrages i overvejelserne, ganske omfattende. Det forholder sig muligvis lidt anderledes i fællesskabsretten med forholdet mellem obligatorisk og fakultativ hensyntagen.

Eksempel 47:

En såkaldt »vandrende« arbejdstager havde i Belgien fået afslag på en ansøgning om bestemte sociale ydelser med henvisning til, at den sygdom, han led af, ikke kunne anerkendes som erhvervssygdom. Han anfægtede afslaget ved en belgisk domstol og henviste her til, at det af to *henstillinger* fra Kommissionen fremgik, at visse bestemte sygdomme henstilledes anerkendt som erhvervssygdomme. Sagen forelagdes for Domstolen til præjudiciel stillingtagen. Da der var tale om henstillinger, jfr. EF-traktatens art. 189, stk. 5, kunne disse efter Domstolens opfattelse ikke i sig selv skabe rettigheder for borgerne, som disse kunne påberåbe sig for de nationale domstole. Det føjedes imidlertid til, at »domstolene er forpligtet til at tage henstillingerne i betragtning ved afgørelsen af tvister, der er indbragt for dem, navnlig når de kan kaste lys over fortolkningen af nationale bestemmelser, der gennemfører eller kompletterer bindende fællesskabsretsakter«, jfr. afgørelsen i Saml. 1989/4407.

Det bemærkelsesværdige ved afgørelsen i eksemplet består i, at det antages at være obligatorisk for nationale domstole at tage tolkningsmæssigt hensyn til »soft law« i form af henstillinger fra Kommissionen, jfr. ovenfor side 210. Man befinder sig altså på et lavere trin end ved pligten til EU-konform fortolkning (anskueliggjort ved forskellen mellem »at følge« og »at tage hensyn til«). Til gengæld er der tale om en ganske klar distancering i forhold til national ret, hvor hensyntagen til materiale af den nævnte karakter højst kan opfattes som fakultativ. Eksemplifikationen i slutningen af citatet i eksemplet (»navnlig kaste lys over«) viser, at der især har været tænkt på ikke-bindende materiale fra fællesskabsmyndighederne, som (efterfølgende) supplerer bindende retsakter fra disse. En helt nærliggende national parallel er herefter »efterarbejder«, jfr. ovenfor side 126. Hvad der efter national ret kan indvendes mod overhovedet at tillægge en sådan faktor retskilde- og/eller tolkningsmæssig betydning, er om muligt i endnu højere grad tilfældet for fællesskabsrettens vedkommende. Det samme gælder naturligvis, såfremt man forestiller sig løsningen overført til den kvalitativt meget uensartede mængde af andet ikke-bindende materiale, som hidrører fra Rådet og Kommissionen.

Det er tvivlsomt, om den pågældende »pligt« kan sanktioneres efter fællesskabsretten. Efter national ret består den ikke. Afgørelsen i eksemplet er et beklageligt vildskud.

7.7.5. EU-rettens forrang

7.7.5.1. *Forrangsspørgsmålet foreligger som en regelkonflikt for de nationale myndigheder*

I det omfang fællesskabsretlige regler har direkte virkning, er der mulighed for åbne konflikter med modstridende regler i national ret. Konfliktsituationer kan principielt foreligge på alle trin inden for regelhierarkiet og med hensyn til såvel ældre som yngre nationale regler. Konflikterne *foreligger nødvendigvis for nationale myndigheder* – i sidste instans domstolene i medlemsstaterne – og må finde deres relige løsning her. Lige så lidt som nationale domstole har kompetence til at stemple en fællesskabsretsakt som ugyldig, jfr. navnlig ovenfor side 194 og 198, har Domstolen beføjelse til at erklære nationale retsakter for ugyldige som stridende mod fællesskabsretten. Da de grundlæggende traktater ikke eksplicit har gjort op med konfliktspørgsmålet, er det følgelig nødvendigt at udvikle faste retningslinier for dets løsning.

7.7.5.2. *Det fællesskabsretlige udgangspunkt*

I Domstolens praksis har det længe stået fast, at fællesskabsretlige regler med direkte virkning må have forrang for modstridende nationale regler, jfr. referaterne ovenfor side 222 og 225 fra Costa/Enel- og van Gend en Loos-sagerne.

I endnu skarpere tilskåret form kom dette synspunkt til udtryk i præmisserne til dommen i Saml. 1978/629 (Simmenthal):

»Den direkte anvendelighed betyder ..., at fællesskabsrettens regler skal udfolde deres virkning fuldt ud og ensartet i alle medlemsstater fra deres ikrafttræden og under hele deres gyldighedsperiode;

disse bestemmelser er således en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser for alle, som de vedrører, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller om private, som er parter i de retsforhold, der henhører under fællesskabsretten;

denne virkning gælder ligeledes for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten;

det fremgår desuden af princippet om fællesskabsrettens forrang, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes ret ikke blot, alene i medfør af deres ikrafttræden, bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig, men også – for så vidt som disse bestemmelser og retsorden, der gælder på den enkelte medlemsstats område – at nye nationale love ikke gyldigt kan udstedes, i det omfang de måtte være uforenelige med fællesskabsreglerne;

såfremt det anerkendes, at nationale love, der trænger ind på det område, hvorpå Fællesskabets lovgivningsmagt udøves, eller på anden vis er uforenelige med fællesskabsrettens bestemmelser, skulle have nogen retlig gyldighed, ville der være tale om en benægtelse af, at medlemsstaterne ubetinget og uigenkaldeligt har påtaget sig forpligtelser i medfør af traktaten, og således om at bestride selve grundlaget for Fællesskabet;

denne opfattelse bekræftes også af opbygningen af traktatens artikel 177, hvorefter enhver national ret har mulighed for at henvende sig til Domstolen, når den skønner, at en præjudiciel afgørelse af et spørgsmål om fortolkning eller gyldighed, der er af betydning for fællesskabsretten, er nødvendig, for at den kan afsige sin dom;

den tilsigtede virkning af denne bestemmelse ville blive nedsat, hvis retten var forhindret i øjeblikkeligt at anvende fællesskabsretten i overensstemmelse med Domstolens afgørelse eller praksis;

det fremgår af det anførte, at enhver national ret inden for sin kompetence har pligt til at anvende fællesskabsretten fuldt ud og beskytte de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter fællesskabsreglen;

enhver bestemmelse i en national retsorden eller enhver lovgivningsmæssig, administrativ eller retslig praksis, som har til følge, at fællesskabsrettens virkning begrænses ved, at den dommer, der er kompetent til at anvende fællesskabsretten, frakendes mulighed for, når han anvender denne, at foretage, hvad der kræves for at udelukke nationale lovgivningsbestemmelser, der måtte udgøre en hindring for fællesskabsreglernes fulde virkning, er derfor uforenelig med de krav, der følger af selve fællesskabsrettens natur;

dette ville være tilfældet, såfremt løsningen af en konflikt mellem en bestemmelse i fællesskabsretten og en senere national lov var forbeholdt en anden myndighed end den dommer, der er udset til at sikre skønsbeføjelse, endog selvom den hindring, der således ville opstå for fællesskabsrettens fulde virkning, kun var midlertidig;«

Set i et *fællesskabsretligt* perspektiv indebærer fællesskabsrettens forrang herefter især:

Kapitel 7

- at en fællesskabsregel med direkte virkning fortrænger en modstridende national regel *uanset dennes rang* i den nationale retsorden,
- at kravet om forrang retter sig mod *både ældre og yngre nationale regler*,
- at forrangen indebærer, at den modstridende nationale regel *skal tilsidesættes som uanvendelig* og
- at det er *den nationale domstol* i den konkrete sag, i hvilken konfliktspørgsmålet *umiddelbart* foreligger, der – som repræsentant for vedkommende medlemsstat – har ret og pligt til at konstatere den nationale regels uanvendelighed.

Begrundelsen for forrangs-kravet og dets gennemsættelse i national ret fremgår af både van Gend en Loos-, Costa/Enel- og Simmenthal-afgørelserne. Tyngden i argumentationen samler sig navnlig om to – i høj grad sammenhængende – synspunkter. Det første af disse støttes på opfattelsen af fællesskabsretten som værende af en særlig natur, der er helt forskellig fra den almindelige folkerets, eftersom den for at få virkning for og i medlemsstaterne som udgangspunkt ikke kræver inkorporeringsforanstaltninger. Med oprettelsen af Fællesskabet har medlemsstaterne uden videre begrænset deres handelfrihed til fordel for en autonom retsfastsættelse, som kan finde sted gennem dets institutioner med direkte virkning for staterne og disses borgere. Medlemsstaterne har således (uigenkaldeligt og på ubestemt tid) givet afkald på at udstede regler, som måtte være i strid med sådanne bestemmelser i fællesskabsretten. For at den herved forudsatte og efter Fællesskabets karakter for så vidt helt selvfølgelige forrang imidlertid kan virkeliggøres på den mest effektive måde, således at fællesskabsretten kan udfolde sig ensartet og samtidig i alle medlemsstater, er det dernæst nødvendigt at placere ansvaret for håndhævelsen af forrangskravet hos de nationale domstole. Traktatbrussøgsmålet efter EF-traktatens art. 169 er i så henseende en helt utilstrækkelig foranstaltning, i særdeleshed fordi denne bestemmelse ikke yder noget værn for de enkelte borgere i medlemsstaterne.

Domstolens opfattelse af hovedspørgsmålet vedrørende forholdet mellem fællesskabsretlige regler med direkte virkning og modstridende nationale regler suppleres af en stillingtagen til en række praktisk betydningsfulde spørgsmål om forrangens gennemførelse i national ret. Er nationale afgifter o.l. opkrævet i strid med fællesskabsretlige regler, er det således principielt en konsekvens af sidstnævntes forrang, at de ulovligt opkrævede beløb kan kræves tilbagebetalt (ex tunc-virkning, jfr. ovenfor side 231), omend gennemførelsen ved nationale domstole af tilbagebetalingskravet som udgangspunkt er underlagt national ret, jfr. umiddelbart nedenfor. I den vigtige afgørelse i Saml. 1990/2433 har domstolen videre fastslået, at den nationale domstol (under hovedsagens behandling her) kan suspendere håndhævelsen af en national

regel, som måtte være i strid med en fællesskabsretlig. Der henvistes som begrundelse herfor til, at den effektive virkning af adgangen til præjudiciel forelæggelse efter EF-traktatens art. 177 ville blive svækket, hvis den nationale domstol, der udsætter en sag på en sådan forelæggelse, afskæres fra at anordne foreløbige forholdsregler. Er en national regel til hinder herfor, skal den nationale domstol undlade at anvende denne.

Gennemførelsen af fællesskabsretlige regler med direkte virkning skal sikres i overensstemmelse med national procesret, i hvilken forbindelse der ikke må indføres særligt ugunstige procesregler eller regler, der reelt gør det umuligt at påberåbe sig de fællesskabsretlige regler, jfr. afgørelserne i Saml. 1976/1989 og 1983/3595 og tilsvarende ved erstatningskrav mod en medlemsstat ovenfor side 229. Tilbagesøgningskrav vedrørende ulovligt opkrævede afgifter, jfr. ovenfor, kan videre underlægges de almindelige (og altså ikke-diskriminerende) materielle betingelser herfor i national ret, jfr. dommen i Saml. 1980/501, d.v.s. i dansk ret grundsætningen om *condictio indebiti* og de hertil knyttede betingelser. Endelig kan nationale søgsmålsfrister efter dommen i Saml. 1991 I/4269 først begynde at løbe i henseende til et direktiv, når dette er korrekt gennemført i national ret.

7.7.5.3. Forrangsspørgsmålet efter national ret

I et retskildeperspektiv indebærer accept i medlemsstaterne af den fællesskabsretlige fordring om fællesskabsrettens forrang for national ret i den ovenfor beskrevne udformning godtagelse af et fundamentalt – sjældent præcist – retskildeprincip vedrørende *relevansen* af bestemte kildefaktorer med afgørende hensyntagen til deres fællesskabsretlige eller nationale ophav: I det omfang fællesskabsretlige regler har direkte virkning, afskæres nationale domstole principielt fra at tage hensyn til nationale kildefaktorer, som – uanset disses art – måtte tale for formuleringen af afvigende regler. Betydningen heraf, som i sig selv næppe kan overvurderes, må i øvrigt nødvendigvis ses i sammenhæng med

- Domstolens monopol på autoritativ tolkning af fællesskabsretten, herunder på fastlæggelsen af hvornår en fællesskabsretlig regel har direkte virkning, jfr. EF-traktatens art. 177,
- nationale domstoles ret og pligt til efter samme bestemmelse at forelægge tolkningsspørgsmål for Domstolen og deres pligt til at lægge dennes svar til grund for deres stillingtagen,
- nationale domstoles pligt til i betydelig udstrækning at fortolke national ret EU-konformt, jfr. ovenfor side 231, og
- det faktiske forhold, at de nationale retsordener efterhånden i ganske betragteligt omfang rummer regler af fællesskabsretlig karakter eller med fællesskabsretlig baggrund.

Kapitel 7

For så vidt angår fællesskabsrettens forhold til *national lovgivning* og andre – trinlige eller lavere rangerende – nationale kildefaktorer, er forrangsprincippet efterhånden blevet accepteret i alle medlemslandene. Specielt med hensyn til fællesskabsretlige direktiver og den ovenfor omtalte praksis om disses direkte virkning er det af en vis interesse at notere sig, at der i slutakten til Maastricht-traktaten er optaget en erklæring fra medlemsstaterne, hvori disse understreger betydningen af fuldstændig, nøjagtig og tidsmæssig korrekt gennemførelse af direktivforpligtelser. Herudover anføres det i øvrigt i erklæringen, at det af hensyn til Fællesskabets rette funktion er afgørende, at de foranstaltninger i henseende til fællesskabsrettens anvendelse, som træffes i medlemsstaterne, bevirker, at anvendelsen foregår lige så effektivt og lige så strengt, som det er tilfældet ved anvendelsen af national lovgivning.

Forrangsspørgsmålet i den anførte henseende har ikke ført til særlige problemer i Danmark. Danske domstole har i de situationer, hvori spørgsmålet overhovedet har kunnet drøftes, valgt den pragmatiske fremgangsmåde simpelthen at bortfortolke mulige uoverensstemmelser. Til grund herfor har formentlig ligget den opfattelse, at divergenser, hvis de måtte foreligge, ikke har været tilsigtet fra lovgivningsmagtens side. I et tilfælde, hvor der kunne være rimelig grund til at sætte spørgsmålstejn ved regeringens og Folketingets gode vilje, blev det post festum anerkendt af regeringen, at dansk lovgivning, som strider mod fællesskabsret med direkte virkning, ikke fortsat lader sig håndhæve.

Der er tale om den såkaldte »Ambi-sag«, hvor Domstolen i marts 1992 (sag C 200/90) fastslog, at et i 1987 indført arbejdsmarkedsbidrag var i strid med art. 33 i 6. momsdirektiv, som efter Domstolens opfattelse havde (vertikal) direkte virkning. – Danske domstole har ikke taget stilling til mulighederne for suspension af nationale regler, som kan være stridende mod fællesskabsretlige, jfr. ovenfor i forrige afsnit om dommen i Saml. 1990/2433. I den nationale sag, som gav anledning til denne afgørelse (R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame) anerkendte House of Lords efter Domstolens afgørelse suspensionspligten, uanset at der efter engelsk ret ikke var hjemmel hertil. Det er nærliggende at antage en tilsvarende løsning i Danmark som en nødvendig konsekvens af fællesskabsrettens primat. Det savner i denne forbindelse mening at argumentere (direkte eller a fortiori) med henvisning til reglen i retsplejelovens § 641, som handler om helt andre forhold, jfr. således *Gulmann & Hagel-Sørensen* 1993, 183.

Som det er fremgået, rummer forrangsprincippet et krav om fortrin for fællesskabsretlige regler med direkte virkning frem for *enhver* modstridende national regel, d.v.s. også nationale regler på *forfatningsniveau*. Det konfliktpotentiale, som foreligger her, vil sandsynligvis først og fremmest have tilknytning til de dele af de nationale forfatninger, som angår beskyttelsen af borgernes grundlæggende rettigheder. Mulighederne for konflikt er dog formentlig af hypotetisk beskaffenhed. Efter at Domstolen på grundlag af de nationale forfatninger

har udviklet en almindelig fællesskabsretlig grundrettighedsbeskyttelse, jfr. ovenfor side 217, er det vanskeligt at forestille sig, at en fællesskabsretsakt, som strider mod beskyttelsen efter en national forfatning, vil blive opretholdt som gyldig af Domstolen, eftersom den samtidig vil være på kollisionskurs med almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger. Forrangsprincippet kan følgelig opretholdes i den anførte udstrækning, men har sandsynligvis ikke noget reelt indehold i henseende til nationale forfatningsbestemmelser. Denne løsning er også indlydende nødvendig for at bevare fællesskabsrettens legitimitet i medlemslandene. Nationale domstole har næppe i almindelighed på grundlag af fællesskabsretten tilskyndelser til at erklære nationale forfatningsbestemmelser for uanvendelige, og selvom så måtte være, har de ikke adgang til det. For Danmarks vedkommende gælder det, at Danmark ikke ved sin indtræden i samarbejdet har udrustet fællesskabsmyndighederne med beføjelser, som kun ved grundlovsændring kan tillægges danske myndigheder, d.v.s. at den bl.a. af Simmenthal-afgørelsen anførte afkaldsbetragtning ikke strækker til. Fællesskabsmyndighederne savner herefter adgang til at udfærdige retsakter eller træffe afgørelser, som er i strid med den danske grundlov. Hvordan denne skal fortolkes, er suverænt en opgave for danske domstole, og det bliver således i sidste instans Højesteret, som definerer grænserne for, hvad der set fra et danske synspunkt er forfatningsmæssigt acceptabelt. Tilsvarende betragtninger kan anføres med hensyn til de øvrige medlemsstater.

Medens forrangsspørgsmålet i relation til forfatningen ikke i nogen større udstrækning har været på den danske dagsorden og heller ikke har givet anledning til retssager i Danmark, forholder det sig anderledes i et par af de andre medlemsstater, navnlig i Tyskland. De to »Solange-afgørelser«, jfr. ovenfor side 218, som vedrørte grænsedragningen mellem fællesskabsretsakter og grundrettighedsbeskyttelsen efter den tyske Grundgesetz, illustrerede således, at Bundesverfassungsgericht i princippet forbeholdt sig at efterprøve fællesskabsretsaktens forenelighed med den tyske forfatning. Så vidt afviste retten følgelig forrangsprincippet. Trolsen var på ny ude af æsken i den afgørelse, som samme domstol traf den 12. oktober 1993 om Maastricht-traktatens overensstemmelse med Grundgesetz (2 BVR 2134/92). Hvad der interesserer i den foreliggende forbindelse er alene, at man holdt fast ved det refererede synspunkt og således på ny reserverede sig adgangen til endelig efterprøvelse af, om fællesskabsret, der skal have gyldighed på tysk territorium – herunder traktatbestemmelser og fællesskabsinstitutionernes fortolkning af disse – kan passere efter den tyske forfatning. Heri er der intet nyt, endsige noget opsigtsvækkende. Det er imidlertid klart, at hvis der, på trods af de sikkerhedsventiler som fællesskabsretten efterhånden har fået indbygget, opstår åbne konflikter om væsentlige spørgsmål – det være sig i Tyskland eller i andre medlemsstater – vil løsningen af disse mere hensigtsmæssigt kunne foregå i et politisk forum.

7.8. Gennemførelsen af fællesskabsretten i medlemsstaterne

7.8.1. Indledning

Det er fremgået af afsnit 7.7, at væsentlige dele af fællesskabsretten har direkte virkning i medlemsstaterne, således at den kan begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne i disse, som kan gøres gældende ved nationale domstole. Så vidt er det naturligvis disse, som i sidste instans sikrer, at fællesskabsretten gennemføres og derved får den tilsigtede virkning, eventuelt foregår dette i et samarbejde med EF-domstolen med udgangspunkt i EF-traktatens art. 177. For at kunne udfolde sine fulde virkninger stiller fællesskabsretten imidlertid i en lang række tilfælde også krav til medlemsstaterne med hensyn til iværksættelse af nationale gennemførelsesforanstaltninger. Sanktionerne ved forsømmelse af denne pligt er omtalt ovenfor side 192 (traktatbrudssøgsmålet) og 229 (erstatningsansvar). I afsnit 7.8.2 ses der kort på, hvad der i den nævnte henseende nærmere vil kunne kræves af medlemsstaterne, idet fremstillingen begrænses til at angå foranstaltninger i tilknytning til forordninger og direktiver. Herudover er det som tidligere omtalt således, at den løbende forvaltning af fællesskabsretten i meget vid udstrækning forstås af nationale myndigheder. Afsnit 7.8.3 handler om forskellige fællesskabsretlige krav til disses sagsbehandling.

7.8.2. National gennemførelse af forordninger og direktiver

Nationale gennemførelsesforanstaltninger med hensyn til *forordninger* har sædvanligvis kun supplerende karakter. Som omtalt ovenfor side 208 er inkorporering normalt hverken nødvendig eller tilladt. Der kan derimod efter omstændighederne være behov for fastsættelse af gennemførelsesforanstaltninger af administrativ (proceduremæssig) og/eller sanktionsmæssig karakter, og hertil er medlemsstaterne såvel berettiget som forpligtet, jfr. EF-traktatens art. 5, under den selvfølgelige forudsætning at de fastsatte regler er forenelige både med den pågældende forordning og med hensynet til fællesskabsrettens ensartede anvendelse i alle medlemsstater. Der må ikke udfærdiges bindende forskrifter om fortolkningen af en forordning.

Direktiver forudsætter derimod gennemførelsesforanstaltninger, jfr. ovenfor side 208. Her er det tillige omtalt, at Domstolens krav om, at gennemførelsen skal ske fuldstændigt og nøjagtigt, fører til, at visse typer af gennemførelsesforanstaltninger – på trods af den valgfrihed EF-traktatens art. 189 udstyrer medlemsstaterne med – ikke vil kunne accepteres på grund af deres ikke-bindende karakter. I Danmark vil gennemførelsen herefter normalt kræve lovgivning, eventuelt i form af bemyndigelse til vedkommende fagminister til fastsættelse af de til gennemførelsen nødvendige regler. Et direktiv afgiver

naturligvis ikke i sig selv hjemmel til bindende administrativ retsfastsættelse. Der veksles i praksis mellem inkorporering ved omskrivning eller ved henvisning, uden at det er muligt – bortset fra tilfælde hvor der gennemføres lovgivning, der rækker ud over direktivet, jfr. ovenfor eksempel 44 – at give sikre anvisninger om, hvornår præferencerne går i den ene eller den anden retning. Vælges omskrivningsmodellen, er det klart, at dette ikke forrykker det fællesskabsretlige udgangspunkt, d.v.s. at fortolkning – også her – skal ske på baggrund af direktivet og eventuelt med inddragelse af Domstolen til præjudiciel stillingtagen. Indeholder direktivet bestemmelser, som må antages at have direkte virkning, kan dette selvsagt indebære, at omskrivning bliver særlig problematisk, medmindre de pågældende bestemmelser gentages ordret i gennemførelseslovgivningen.

Den frihed i skønsmæssig henseende, som direktiver ofte i større eller mindre omfang overlader medlemsstaterne med hensyn til indholdet af de nationale gennemførelsesretsakter, kan ikke i sig selv være genstand for retlig efterprøvelse. Derimod fremgår det af Domstolens praksis, at de nationale domstole i påkommende fald kan og skal tage stilling til, om den pågældende medlemsstat ved gennemførelsesforanstaltningen har overskredet skønshedens grænser, jfr. afgørelsen i Saml. 1977/113 og ovenfor side 231 om pligt til EU-konform fortolkning.

7.8.3. Nationale myndigheders forvaltning af EU-retten

Det er i hovedsagen de nationale myndigheder, som – under iagttagelse af princippet i EF-traktatens art. 5 – varetager den løbende forvaltning af fællesskabsretten i forhold til borgerne i medlemslandene, medens de egentlige fællesskabsmyndigheder først og fremmest har funktioner i henseende til regeludfærdigelse og kontrol. En mere omfattende afvigelse fra dette arbejdsdelingsmønster vedrører den fællesskabsretlige konkurrenceret, hvor den løbende forvaltning forestås af Kommissionen. Ved varetagelsen af deres opgaver omkring fællesskabsretten handler de nationale forvaltningsmyndigheder følgelig for så vidt som fællesskabs- (unions-)myndigheder, jfr. afsnit 7.7 om de nationale domstole i en tilsvarende rolle.

I almindelighed stiller fællesskabsretten medlemsstaterne frit med hensyn til organiseringen og indretningen af det til forvaltningen af fællesskabsretten nødvendige forvaltningsapparat. Der findes heller ikke i fællesskabsretten nogen positiv almindelig normering af de nationale myndigheders behandling af konkrete sager. Visse bestemmelser af forvaltningsprocessuel karakter forekommer på særlige områder, lige som de nationale myndigheders sagsbehandling i og afgørelse af konkrete sager vedrørende fællesskabsretten generelt er underlagt de ovenfor side 216 omtalte almindelige fællesskabsretlige rets-

grundsætninger (grundrettighedsbeskyttelsen, proportionalitetsprincippet m.v.). Med reservation over for de fællesskabsretlige krav, der måtte følge heraf, forudsættes det, at sagsbehandlingen hos de nationale myndigheder foregår efter samme regler som dem, der gælder for rent nationalt sager, herunder med tilsvarende effektivitet, jfr. ovenfor side 239. I Danmark er udgangspunktet herefter, at de almindelige nationale regler af forvaltningsprocessuel karakter også finder anvendelse på danske forvaltningsmyndigheders behandling af sager efter fællesskabsretten. Behandlingen er videre underlagt kontrol fra Folketingets Ombudsmand. Selvom denne i princippet tillige har mulighed for at efterprøve danske myndigheders tolkning af fællesskabsretten – på tilsvarende måde som tolkning af rent national ret – fremgår det dog af en række udtalelser, at der vil blive udvist »nogen tilbageholdenhed« med hensyn til tvivlsspørgsmål om rækkevidden af fællesskabsretlige regler. Begrundelsen herfor skal søges i den manglende mulighed for at opnå en præjudiciel stillingtagen fra Domstolen, se som eksempel FOB 1985/97.

7.9. Samarbejde på folkeretligt grundlag

Også uden for områderne af de tre oprindelige traktater er der gennem mange år foregået et omfattende samarbejde mellem EU-medlemsstaterne. På nogle punkter har dette omsat sig i indgåelse af særlige traktater, jfr. som vigtige eksempler herpå konventionen af 27. september 1968 med senere ændringer om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager (domskonventionen) og konventionen af 19. juni 1980, om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (kontraktskonventionen).

Regler i sådanne traktater har i modsætning til den egentlige fællesskabsret *folkeretlig* karakter. Samarbejdet har derfor formelt ikke været underlagt beslutningsprocedurerne for fællesskabsinstitutionerne, lige som traktaterne har skullet inkorporeres i de nationale retsordener. For domskonventionens vedkommende er dette sidste sket i Danmark ved lov nr. 325 af 5. juni 1986 og for kontraktskonventionens ved lov nr. 188 af 9. maj 1984. Ved protokol af 3. juni 1971 med senere ændringer har EF-domstolen fået tillagt kompetence til at træffe afgørelser om fortolkningen af reglerne i domskonventionen efter samme mønster som i sager om afgørelse af præjudicielle spørgsmål inden for fællesskabsretten, dog således at forelæggelsesadgangen kun står åben for medlemsstaternes øverste domstole og appelretter. Der foreligger tilsvarende protokol med hensyn til kontraktskonventionen, men denne er endnu ikke tiltrådt af det fornødne antal medlemsstater.

Samarbejde af den nævnte karakter, der også har omfattet andre praktisk betydningsfulde områder, fx i henseende til EF-patenter, henhører nu under Unionstraktatens tredje »søjle« som samarbejde om retlige anliggender (unionstraktatens artikel K 1). Samarbejdet foregår fortsat på folkeretligt grundlag. Til bestemmelsen i Unions traktatens art. K 9 om samarbejdets delvise overgang til Unionens første »søjle« har Danmark i slutakten til Unionstraktaten afgivet erklæring om, at dette i Danmark forudsætter anvendelse af proceduren i grundlovens § 20.

7.10. EØS-aftalen

7.10.1. Aftalens karakter og hovedlinier

Mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab og de 12 medlemsstater i Fællesskaberne på den ene side og de såkaldte »EFTA-lande« (Finland, Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Sverige og Østrig) på den anden blev der i maj 1992 indgået en aftale om oprettelse af *Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde* (EØS). Aftalen har efter en folkeafstemning ikke kunnet ratificeres af Schweiz og som følge heraf heller ikke umiddelbart af Liechtenstein, og den omfatter følgelig på EFTA-siden indtil videre kun de øvrige fem lande. Efter at ratifikationsprocedurerne er tilendebragt, er aftalen trådt i kraft den 1. januar 1994, jfr. for Danmarks vedkommende bekendtgørelse nr. 1146 af 22. december 1993. Aftalen, der har almindelig folkeretlig karakter, er af EF indgået i medfør af traktatkompetencen i EF-traktatens art. 238, d.v.s. som »associeringsaftale« med tredielande.

EØS-aftalens hovedformål er at skabe et økonomisk samarbejds- og frihandelsområde, som omfatter de deltagende 17 stater, og hvorved der i vid udstrækning tilvejebringes fri bevægelighed for varer, arbejdskraft, tjenesteydelser og kapital, d.v.s. for EF's fire friheder. Herudover etableres visse fælles konkurrence- og statsstøttere regler og regler om beskyttelse af immaterialrettigheder, lige som der fikses rammer for fælles regler på områder, som er af særlig betydning for de nævnte fire friheder (social- og arbejdsmarkedspolitik, forbrugerbeskyttelse, visse miljøspørgsmål, selskabsret og statistik). Endelig tilsigtes et udvidet samarbejde med hensyn til en række tilgrænsende områder (såkaldte »flankepolitikker«), fx vedrørende forskning og teknologisk udvikling, informatik, miljøpolitik i øvrigt og uddannelse. Forenklet udtrykt kan kernen i aftalen siges at angå en udvidelse af EF's indre marked til også at omfatte de deltagende EFTA-stater. Uden for samarbejdet falder navnlig

landbrugs- og fiskeripolitik og skatte- og afgiftspolitik. Der etableres ikke som for EF-staterne nogen toldunion.

Samarbejdsgrundlaget er af ganske særegen og kompliceret beskaffenhed. Det er uden videre klart, at et samvirke omkring de omtalte forhold må kræve vidtgående ensartethed i retsgrundlaget i de deltagende lande, og dette er da også anført udtrykkeligt i aftalens præambel og i dens art. 1. Med det tilsigtede formål har det videre stillet sig som nødvendigt, at udgangspunktet måtte være, at EFTA-landene her tilpassede sig fællesskabsretten, således at der med sanne som grundlag i hvert fald i det væsentligste kom til at herske en i indholdsmæssig henseende uniform retstilstand. Omfanget af den relevante fællesskabsret gjorde det imidlertid til en så at sige uoverkommelig opgave at omsætte hele denne til aftaleteksten. Rent teknisk har aftaleparterne derfor i aftalen valgt at operere med fire forskellige led eller trin, hvor man ved hjælp af henvisninger går fra ét led til et eller flere andre ved fastlæggelsen af retstilstanden på de enkelte samarbejdsområder.

Det første af disse led består i aftalens *hoveddel*, som foreligger udmøntet i 129 artikler med angivelse af samarbejdets mål og principper, retningslinier for den løbende beslutningsproces mellem aftaleparterne og med overordnede regler vedrørende de forskellige samarbejdsområder. Hoveddelen kan nærmest sammenlignes med EF-traktaten, og det er da også karakteristisk, at de anvendte formuleringer i betydeligt omfang svarer til dem, der benyttes her, se fx art. 53 og 54 (konkurrencereglerne) der med hensyn til ordvalget praktisk talt er identiske med EF-traktatens art. 85-86. Til hoveddelen knytter der sig et stort antal (49) *protokoller*, som indeholder regler, der er specifikke for EØS-aftalen, fx. om samvirket mellem EØS-institutionerne (jfr. nedenfor) og fællesskabsmyndighederne, definitionerne o.l. Hoveddelen henviser videre til en lang række (22) *bilag*, der rummer lister over omkring 1300 *retsakter* fra den sekundære fællesskabsret udfærdiget inden 1. august 1991. På listerne skelnes der mellem bindende retsakter og retsakter, som aftaleparterne blot skal tage i betragtning eller som de skal tage tilbørligt hensyn til. Den første kategori, der er langt den største, og som praktisk talt udelukkende indeholder fællesskabsforordninger og -direktiver – mest det sidste – er en integrerende del af aftalen, jfr. hoveddelens art. 119. Efter dennes art. 7 er de pågældende retsakter bindende for aftaleparterne og udgør eller skal gøres til del af deres interne retsorden. For fællesskabsforordninger gælder dette, som de foreligger, jfr. til sammenligning EF-traktatens art. 189, medens det med hensyn til fællesskabsdirektiver er overladt de enkelte parter at bestemme form og midler for gennemførelsen. Da fællesskabsretsakterne er udformet til brug inden for Fællesskaberne og nu skal anvendes med henblik på dissens folkeretligt begrundede samarbejde med de fem EFTA-lande, er det klart, at der må ske en

vis tilpasning, fx således at betegnelser for fællesskabsinstitutioner og -procedurer og for rene fællesskabsbegreber erstattes af betegnelser for de tilsvarende EØS-organer, procedurer og begreber. Bilagene og protokol 1 indeholder nærmere retningslinier for, hvorledes dette skal foregå, og bilagene rummer videre en lang række undtagelser og overgangsbestemmelser. Det er efter hoveddelens art. 119 i deres tilpassede form, at retsakterne udgør en integrerende del af aftalen. Hvordan opfyldelsen af art. 7 nærmere skal ske, herunder om der skal foretages inkorporering ved henvisning eller ved omskrivning, beror naturligvis på hver enkelt aftalepart. Hoveddelens art. 3 indeholder i øvrigt en bestemmelse, som til dels svarer til EF-traktatens art. 5 (solidaritetspligten), og som derfor også i almindelighed er relevant for opfyldelsesforanstaltningerne.

Som det ses, er uniformeringen af retstilstanden søgt opnået ved, at EFTA-landene på samarbejdsområderne reciperer den indtil det ovenfor nævnte tidspunkt gældende fællesskabsret i tilpasset form. I forholdet mellem EF-landene (respektive disses myndigheder, virksomheder og borgere) gælder fællesskabsretten selvfølgelig uforandret uden tidsmæssige grænser. Mellem EF-landene (myndigheder etc.) og EFTA-landene og mellem disse sidste indbyrdes gælder EF-reglerne i deres specifikke EØS-udformning og her som sagt i folkeretlig ikklædning. Tidsmæssigt kan der forventes suppleringer med (tilpassede) retsakter efter 1. august 1991.

Receptionen af fællesskabsretten rejser nogle vigtige spørgsmål om dennes forståelse, der naturligvis – så vidt forholdene er ligeartede – helst bør være ensartede inden for hele samarbejdsområdet. Med hensyn til den del af fællesskabsretten, som er udfærdiget forud for indgåelsen af EØS-aftalen, indeholder art. 6 i dennes hoveddel en vigtig bestemmelse til delvis afklaring heraf. Det fastslås her – med forbehold for fremtidig udvikling i retspraksis – at bestemmelserne i aftalen (og dermed også i de enkelte retsakter), i det omfang de indholdsmæssigt er identiske med tilsvarende regler i EF- og EKSF-traktaterne og med retsakter udstedt i medfør af disse traktater, ved deres gennemførelse og anvendelse skal fortolkes i overensstemmelse med relevante afgørelser fra EF-Domstolen. Hvilke afgørelser der har denne kvalitet, kan formentlig give anledning til en vis tvivl. Henset til fællesskabsrettens og EØS-aftalens forskellige karakter behøver vurderingen af relevansen ikke nødvendigvis at være identisk inden for de to regelsystemer, jfr. videre i det følgende afsnit.

7.10.2. Institutioner, samarbejdsprocedurer og kontrol

7.10.2.1. Institutioner

EØS-aftalens karakter betinger, at samarbejdet mellem de implicerede stater får en anden og for en principiel betragtning for så vidt langt mere statisk

beskaffenhed end inden for Fællesskaberne. Hvad der samarbejdes i henhold til, er som sagt den tilpassede fællesskabsret som fastlagt i aftalen med mulighed for sådanne (tilpassede) suppleringer af fællesskabsretten, som aftaleparterne som selvstændige folkeretssubjekter kan enes om. Aftalen udstyrer således ikke som i fællesskabsretten bestemte overnationale organer med beføjelse til autonom og bindende retsfastsættelse. Da aftalen i sidste instans ikke afskærer Fællesskaberne fra en fortsat selvstændig udvikling af fællesskabsretten på aftaleområderne med virkning for de 12 medlemslande, ligger den mulige dynamik i samarbejdet herefter helt og holdent på fællesskabssiden. Hvorvidt en sådan udvikling også skal afspejle sig i EØS-sammenhæng, beror på, om alle de deltagende EFTA-lande kan acceptere dette. Disse forhold må selvsagt være bestemmende for tilrettelæggelsen af de institutionelle bestemmelser vedrørende samarbejdet, for de løbende beslutningsprocesser omkring dette og for den kontrol der skal føres med opfyldelsen af aftalen. Visse institutioner må nødvendigvis være fælles, medens andre kan virke separat inden for henholdsvis Fællesskaberne og EFTA-landene.

Fælles institutioner er efter art. 89-96 i EØS-aftalens hoveddel EØS-Rådet, Det Blandede EØS-Udvalg, EØS-Parlamentarikerudvalget og Det Rådgivende EØS-Udvalg. *EØS-Rådet* består af medlemmerne af Rådet for Den Europæiske Union, medlemmer af Europa-Kommissionen og et medlem fra hver af EFTA-staternes regeringer. Det har i særdeleshed ansvaret for »at give den politiske impuls« til gennemførelsen af aftalen og at fastlægge retningslinier for Det Blandede EØS-Udvalg. Rådet træffer de politiske beslutninger, der skal føre til ændringer af aftalen. *Det Blandede EØS-Udvalg* (EØS-komitéen) består af repræsentanter for aftaleparterne. Udvalget, der er det centrale aftaleorgan, påser, at aftalen gennemføres og fungerer effektivt, og er i disse henseende også et forum for udveksling af et lige antal medlemmer fra henholdsvis Europa-Parlamentet og EFTA-landenes parlamenter. Funktionerne er helt overvejende af kommunikativ og vejledende karakter, idet udvalget gennem dialog og debat skal bidrage til en bedre forståelse på aftaleområderne mellem aftaleparterne, lige som udvalget kan give udtryk for sine synspunkter i betænkninger og beslutninger. I *Det Rådgivende EØS-Udvalg* repræsenteres Fællesskabernes Økonomiske og Sociale Udvalg og et tilsvarende EFTA-udvalg. Funktionerne er af samme beskaffenhed som ved EØS-Parlamentarikerudvalget.

På fællesskabssiden virker som *separate* institutioner naturligvis de almindelige fællesskabsorganer og medlemsstaterne og disses myndigheder. EFTA-landene har samtidig med indgåelse af EØS-aftalen indgået to andre aftaler indbyrdes, nemlig om oprettelse af en EFTA-tilsynsmyndighed og en EFTA-domstol (ODA-aftalen, jfr. også EØS-aftalens art. 108) og om EFTA-staternes

faste komité. *EFTA-tilsynsmyndigheden* påser løbende, at aftalen opfyldes af EFTA-landene med samme beføjelser, som Europa-Kommissionen har inden for Fællesskaberne. *EFTA-Domstolen* behandler, ud over konkurrence- og statstøttesager, sager, som anlægges mod et EFTA-land, enten af tilsynsmyndigheden eller af et andet EFTA-land. I *EFTA-staternes faste komité* koordineres EFTA-landenes synspunkter på samarbejdet, især med henblik på behandlingen i EØS-komitéen. Herudover er de enkelte EFTA-lande og disses myndigheder naturligvis virksomme ved aftalens opfyldelse.

Det oprindelige udkast til EØS-aftalen blev forelagt for EF-domstolen til stillingtagen efter EF-traktatens art. 228, jfr. ovenfor side 202. Udkastet indeholdt bl.a. bestemmelse om oprettelse af en særlig EØS-domstol bestående af 5 af Domstolens dommere og 3 dommere fra EFTA-landene med kompetence til afgørelse af tvister mellem aftaleparterne og tvister i forbindelse med tilsynet med EFTA-landene samt konkurrencesager. Efter udkastet skulle domstolene i EFTA-staterne tillige kunne forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen til vejledende stillingtagen. Domstolen vendte tommelfingeren nedad, se udtalelsen i EFT 1992 C 110/1, idet den fandt udkastets ordning vedrørende retsplejen i strid med EF-traktatens art. 164 og mere generelt med selve Fællesskabets grundlag. Aftalen blev herefter genforhandlet, således at bestemmelserne om den fælles domstol og om præjudiciel forelæggelse udgik. Forhandlingsresultatet forelagdes for Domstolen, der nu fandt det i overensstemmelse med EF-traktaten, se EFT 1992 C 136/1. – Den første udtalelse er også interessant til belysning af Domstolens syn i almindelighed på fællesskabsrettens autonomi, direkte virkning og forrang.

7.10.2.2. *Hovedtræk af samarbejdsprocedurerne*

Såfremt samarbejdet inden for selv forholdsvis kort sigt skal have rimelig mening, kan samarbejdsgrundlaget ikke fastlåses til at angå (tilpassede) fællesskabsretsakter pr. 1. august 1991. Det er nødvendigt med en løbende supplerings, således at der skabes mulighed for, at EFTA-landene følger med også vedrørende retsakter, som er vedtaget efter den pågældende dato. For at sikre, at EFTA-siden fra det tidligst mulige tidspunkt får den nødvendige information og lejlighed til at gøre sin indflydelse gældende, er det derfor ved art. 99 i EØS-aftalens hoveddel bestemt, at Europa-Kommissionen, når den påbegynder udarbejdelse af ny lovgivning, der ligger inden for aftaleområdet, indhenter uformel rådgivning fra eksperter fra EFTA-landene på samme måde, som den gør det fra medlemslandene. Sådanne eksperter deltager efter art. 101 om fornødent tillige i arbejdet i udvalg og i arbejdet i komitéprocedurerne vedrørende gennemførelsesforanstaltninger, jfr. ovenfor side 188. Indflydelsen rækker dog hverken i disse eller i andre henseender – herunder i Rådet – til formel deltagelse i de beslutninger, der træffes.

Når ny fællesskabslovgivning er vedtaget, tages der hurtigst muligt i EØS-komitéen stilling til, om der skal ske ændring i det bilag, som direkte berøres af den nye lovgivning, d.v.s. til om denne også skal gælde for EØS-samar-

bejdet. Komitéens afgørelse, der som udgangspunkt er bindende (art. 104), kræver enighed. Kan en sådan ikke tilvejebringes, undersøger komitéen først alle yderligere muligheder for at sikre, at aftalen fungerer hensigtsmæssigt og træffer de nødvendige afgørelser i så henseende inden 6 måneder fra sagens modtagelse eller fællesskabslovgivningens ikrafttræden, hvis dette er senere. Er en beslutning om ændring af det pågældende bilag ikke truffet inden for den nævnte frist, betragtes den berørte del af bilaget som suspenderet efter forløbet af yderligere 6 måneder, medmindre komitéen træffer anden afgørelse, d.v.s. at samarbejdet så vidt sættes ud af kraft. Baggrunden herfor er manglende fremtidig balance i dette. Da suspension efter omstændighederne kan indebære trusler mod samarbejdet som helhed, kan man alternativt forestille sig, at de foreliggende blokeringer søges brudt ved at bringe sagen op i EØS-Rådet med henblik på opnåelse af et politisk kompromis, jfr. hoveddelens art. 89, stk. 2. Art. 103 indeholder særregler – også i henseende til suspension – i de tilfælde, hvor en afgørelse fra EØS-komitéen først bliver bindende for en aftalepart efter opfyldelse af forfatningsmæssige krav.

Ved siden af den vigtige funktion som formidler af løbende tilpasning af ny fællesskabsret til EØS-ret, påhviler det efter hoveddelens art. 105-106 EØS-komitéen at sikre en ensartet fortolkning af EØS-aftalen og de transformerede fællesskabsretsakter. Med sigte herpå foretages løbende undersøgelser af EF-Domstolens og EFTA-Domstolens praksis, lige som komitéen sørger for indbyrdes informationsudveksling mellem disse domstole, Retten i Første Instans og EFTA-staternes højeste domstole. Konstateres uoverenstemmelse i domstolens praksis, og har komitéen ikke inden for en frist på 2 måneder været i stand til at opretholde den ensartede fortolkning af aftalen, kan de i art. 111 omtalte procedurer bringes i anvendelse. Efter denne bestemmelse handler EØS-komitéen som tvistbilægger med hensyn til aftalen fortolkning og anvendelse. Sag kan indbringes af Fællesskabet eller af en EFTA-stat. Er tvisten ikke bilagt inden 3 måneder, og drejer den sig om fortolkning af bestemmelser i aftalen, som indholdsmæssigt er identiske med fællesskabstraktaterne eller med retsakter udfærdiget i medfør af disse, kan tvistens parter aftale at anmode EF-Domstolen om at træffe afgørelse om fortolkningen. Er en løsning ikke fundet, eller er anmodning ikke fremsat over for Domstolen inden 6 måneder, kan en aftalepart enten træffe beslutning om beskyttelsesforanstaltninger, jfr. neden for, eller om suspension efter art. 102.

EØS-komitéen spiller endelig en rolle i forbindelse med beskyttelsesforanstaltninger efter hoveddelens art. 112-114. Anvendelse af disse kan ensidigt foranstaltes af en aftalepart, når der er opstået alvorlige økonomiske, samfundsmæssige eller miljømæssige vanskeligheder af sektormæssig eller regional art, som må antages at vedvare. De indebærer, at dele af aftalen så vidt

sættes ud af kraft og har virkning for alle aftaleparter. Iværksættelse forudsætter normalt forudgående konsultationer i EØS-komiteén. Konstateres der efter trufne foranstaltninger uligevægt, kan der iværksættes modforanstaltninger. Er det ikke muligt for EØS-komiteén at bilægge tvister om beskyttelsesforanstaltninger og eventuelle modforanstaltninger, kan der blive tale om voldgiftsbehandling, se hoveddelen art. 111, stk. 4.

7.10.2.3. Kontrol

Tilsynet med staternes overholdelse af deres forpligtelser efter aftalen varetages med hensyn til EF's og EFTA's medlemmer af henholdsvis Europa-Kommissionen og EFTA-tilsynsmyndigheden. Efter hoveddelens art. 56 gælder der særlige regler om kompetencefordelingen i konkurrencesager. I sager efter art. 53 (EF-traktatens art. 85) træffer EFTA-tilsynsmyndigheden afgørelse i enkelttilfælde, hvor kun handelen mellem EFTA-stater påvirkes, hvilket formentlig kan have en ikke helt ringe praktisk betydning for navnlig danske virksomheder. I øvrigt fører fordelingen til noget videregående beføjelser for Kommissionen, end hvis et rent geografisk kriterium havde været lagt til grund. Kommissionen og tilsynsmyndigheden forudsættes at samarbejde løbende. Er der uenighed, kan det pågældende spørgsmål indbringes for EØS-komiteén efter reglerne om tvistbilæggelse, jfr. forrige afsnit.

Kommissionens afgørelser og sager i øvrigt vedrørende medlemsstaternes overholdelse af aftalen kan indbringes for EF-Domstolen (Retten i Første Instans) efter de almindelige fællesskabsregler. EFTA-landene og EFTA-tilsynsmyndigheden kan afgive indlæg og intervenere. Afgørelser fra EFTA-tilsynsmyndigheden og tvister mellem to eller flere EFTA-stater kan indbringes for EFTA-Domstolen med tilsvarende adgang til afgivelse af indlæg og intervention for Fællesskabet. Hvordan aftalen vil blive tolket af de to domstole, er på indeværende tidspunkt noget usikkert. Et almindeligt tolkningsholdepunkt findes som omtalt ovenfor i afsnit 7.10.1 i hoveddelens art. 6, og hertil kommer, at ODA-aftalens art. 3, stk. 2, pålægger EFTA-tilsynsmyndigheden og EFTA-Domstolen at tage tilbørligt hensyn til principperne i EF-Domstolens afgørelser også for tiden efter aftalens indgåelse. Det er nærliggende at antage, at Domstolen vil lægge sig tæt op ad den fortolkning, som er benyttet med hensyn til tilsvarende bestemmelser i fællesskabsretten, også selvom der i tidligere praksis er anlagt en mindre vidtgående tolkning af EFTA-landenes ældre bilaterale frihandelsaftaler med EF, se fx afgørelsen i Saml. 1982/329. For EFTA-Domstolens vedkommende vil det i hvert fald være bedst stemmende med aftalens formål og grundlag, såfremt man i meget betydelig udstrækning »læner« sig op ad EF-Domstolens tolkninger. Eventuel-

le væsentlige uoverensstemmelser må tages op af EØS-komiteén, jfr. forrige afsnit.

Aftalen vil tillige kunne påberåbes af borgere ved nationale domstole, i fællesskabslandene i det omfang, den har direkte virkning, og i EFTA-landene i hvert fald i overensstemmelse med det enkelte lands gennemførelsesforanstaltninger. Fortolkningsspørgsmål kan af nationale domstole i fællesskabslandene forelægges for Domstolen efter de almindelige regler i EF-traktatens art. 177. De nationale domstole i EFTA-landene har mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EFTA-domstolen til vejledende – altså ikke-bindende – stillingtagen. Herudover er der efter hoveddelens art. 107 åbnet mulighed for, at en EFTA-stat kan tillade en national domstol at anmode EF-domstolen om at træffe afgørelse om fortolkningen af en EØS-regel.

7.10.3. Direkte virkning og forrang

Som bestanddel af fællesskabsretten følger EØS-aftalen samme principper om direkte virkning og forrang som fællesskabsretten i øvrigt. Som antydnet i forrige afsnit beror aftalens virkninger i forhold til borgerne for EFTA-sidens vedkommende på, hvilken fremgangsmåde de enkelte lande følger med hensyn til folkeretlige reglers virkninger i national ret, d.v.s. navnlig på dualistisk ctr. monistisk praksis og på antagelsen af pligt til folkeretskonform fortolkning. I de deltagende nordiske EFTA-lande er inkorporering af aftalens hoveddel sket ved lov, og denne vil således kunne gøres gældende ved nationale domstole. Da der videre her gås ud fra en pligt til folkeretskonform fortolkning, vil der, uanset hvorledes man har forholdt sig i forhold til de enkelte forordninger og direktiver efter aftalens art. 7, kunne opnås løsninger, som i hvert fald i det væsentligste svarer til retstilstanden inden for Fællesskaberne. Forrangsprincippet i denne gælder ikke for EFTA-landene, men disse har i artikel 1 i aftalens protokol 35 forpligtet sig til om fornødent at fastsætte en lovbestemmelse, der sikrer, at EØS-reglerne i tilfælde af konflikt har forrang frem for andre lovbestemmelser. Pligten refererer sig alene til en bestemmelse på sædvanligt lovgivningsniveau, og en sådan vil naturligvis kunne ændres ved senere almindelig lovgivning. Praktisk set er der derfor næppe heller her forskelle af nævneværdig betydning mellem fællesskabs- og EFTA-landene.

EØS-aftalen forrykker ikke det danske retskildebillede, eventuelt bortset fra de i afsnit 7.10.2.3 omtalte konkurrencesager. Aftalen har imidlertid – økonomisk og retligt – særlig betydning for Danmark derved, at de øvrige nordiske lande knyttes nærmere til de i aftalen deltagende fællesskaber og dermed også til Unionen. Med tre af disse lande – Finland, Norge og Sverige – og med Østrig foregår der i skrivende stund forhandlinger om egentligt medlemskab af denne. Aktuelle prognoser vedrørende en positiv udgang herpå kan næppe

for alle de nordiske ansøgerlandes vedkommende gøres særlig lyse, og det er derfor mest sandsynligt, at EØS-aftalen vedblivende vil have betydning for i hvert fald nogle af disse.

7.11. Kort om forholdet mellem folkeret og EU-ret

Som selvstændigt folkeretssubjekt er EU underlagt folkerettens almindelige regler. I det *ydre* forhold, d.v.s. over for andre selvstændige folkeretssubjekter uden for den fællesskabsretlige sfære, stiller folkeretten derfor krav om, at disse regler – uanset arten – overholdes. Hvor samarbejdet mellem medlemsstaterne foregår på almindeligt mellemfolkeligt grundlag, danner den almindelige folkeret tillige en yderste retlig ramme herom.

I det *indre* forhold gælder fællesskabsretten. Modstrid mellem traktatlige forpligtelser, som EU har påtaget sig som selvstændigt folkeretssubjekt, og andre fællesskabsretlige regler er principielt modstrid inden for fællesskabsretten og må derfor løses efter denne. Uoverensstemmelser mellem EU's traktatkompetence, jfr. ovenfor side 207, og traktater, som de enkelte medlemslande har indgået eller påtænker at indgå, vedrører spørgsmålet om kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne og bliver dermed eventuelt til et forrangsproblem. Konflikter mellem den almindelige folkeret, især folkeretlige sædvaner og almindelige folkeretlige retsgrundsætninger, og fællesskabsretten er praktisk set vanskelige at forestille sig, og det er næppe tænkeligt, at sådanne situationer nogensinde skulle komme til pådømmelse ved danske domstole. Teoretisk kan de imidlertid konstrueres. Det folkeretlige krav om folkeretssubjekternes respekt for folkeretlige forpligtelser (ovenfor side 150) gælder naturligvis også i forhold til EU, og skulle en konflikt vise sig, vil det folkeretlige udgangspunkt derfor være, at den almindelige folkeret har forrang for EU-retten. Et tænkt eksempel er modstrid mellem en fællesskabsretlig regel og en folkeretlig af tvingende karakter (*jus cogens*, jfr. ovenfor side 145). Et delvist sammenbrud af samarbejdet i EU, fx i form af at et eller flere medlemslande nægter at opfylde fællesskabsretlige forpligtelser, lader sig videre i sidste instans ikke løse efter fællesskabsretten, men må finde sin udgang ved hjælp af folkeretlige konfliktløsningsmuligheder.

Som det ses, fører konfliktperspektivet til ekstreme undtagelsessituationer. Det er noget mere frugtbart at beskæftige sig med påvirkningerne fra den almindelige folkeret til fællesskabsretten. Lige som Domstolen ved udformningen af de almindelige fællesskabsretlige grundsætninger har ladet sig inspirere af national ret, jfr. ovenfor side 216, kan der ikke være tvivl om, at den almindelige folkeret på områder, hvor fællesskabsretten har lakuner, så at

sige kan virke som et reservoir af muligheder for Domstolen både i form af direkte anvendelse og som tolkningsfaktorer, se som eksempler herpå afgørelserne i Saml. 1974/1137 og 1981/3045.

7.12. Litteratur til kapitel VII

Som det er fremgået af fremstillingen vedrørende de enkelte skrevne retskildefaktorer (afsnit 7.6.2), publiceres den væsentligste del af disse i »De Europæiske Fællesskabers Tidende«, afdeling C (Communicatio) eller afdeling L (Legislatio). Publikationen er også tilgængelig på microfiche, lige som de vigtigste fællesskabsretsakter er indarbejdet i Europa-Kommissionens database, CELEX. Retsafgørelser publiceres som nævnt i afsnit 7.6.3.2 i »Samling af Afgørelser fra Domstolen og Retten i Første Instans«. Da udgivelsen heraf aktuelt sker med omkring 2 års forsinkelse, kan det være nyttigt at følge med i den foreløbige udgivelse i »Domstolens og Rettens Domme samt Generaladvokaternes forslag til afgørelse«. Der foreligger flere samlinger på hovedsprogene af principielle afgørelser, fx. *Hjalte Rasmussen*, »European Community Case Law« (1993). Fællesskabsmyndighederne udsender i øvrigt en strøm af materiale til belysning af deres virksomhed både i almindelighed og på specielle områder, fx den af Europa-Kommissionen årligt udgivne »Almindelige Beretning om De Europæiske Fællesskabers Virksomhed« og tilsvarende beretninger på forskellige politikområder. Publikationen »Tredive års fællesskabsret. Europæiske perspektiver« (1983), udgivet af Europa-Kommissionen, indeholder en fremstilling af fællesskabsrettens udvikling i de første 30 år (indtil ultimo 1980).

Det mest omfattende danske værk om fællesskabsretten er *Claus Gulmann m.fl.* (red.), »Karnovs EU-samling«, 4. udg. (1993), der rummer alle de væsentligste retsakter med kommentarer vekslende med tekstafsnit. Herudover foreligger navnlig *Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen*, »EF-ret«, 2. udg. (1993), *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) kap. III og *Karsten Hagel-Sørensen* i »Juridisk Grundbog 2. Loven«, 4. udg. (1989) p. 153 ff. Af specialfremstillinger mærkes især *Ruth Nielsen*, »EF-arbejdsret«, 2. udg. (1992) og *Jens Fejø*, »EF-konkurrenceret« (1993).

Forståeligt nok har fællesskabsretten ikke tildraget sig samme interesse i de øvrige nordiske lande som i Danmark. Som introduktionsfremstillinger mærkes fra Norge *Finn Arnesen*, »Introduksjon til rettskildelære i EF«, 2. udg. (1992) og fra Sverige *Göran Lysén*, »Introduktion till EG-Rätten«, 3. udg. (1992) samt *Ulf Bernitz*, »EG-rättens grunder« (1992). En generel redegørelse for de retlige konsekvenser af svensk medlemskab af EU findes i den af de juridiske fakulteter udarbejdede »Europagemenskab och Rättsvitenskap« (1992). EØS-aftalen og dens konsekvenser for norsk ret belyses af *Henrik Bull* i »Lov og Rett« 1992 p. 583 ff.

På hovedsprogene er litteraturen nærmest uoverskuelig stor. Som engelske basisfremstillinger kan der navnlig henvises til *P.J.G. Kapteyn & P. Verloren van Themaat*, »Introduction to the Law of the European Communities«, 2. udg. (1989), *D. Lasok & J.W. Bridge*, »Law & Institutions of the European Communities«, 5. udg. (1991) og *D. Wyatt & A. Dashwood*, »European Community Law«, 3. udg. (1993). Videre foreligger forskellige kommentarudgivelser med udgangspunkt i de grundlæggende traktater, fx. *Dennis Campbell* (red.), »The Law of the European Economic Community« (6 bind, løbsbladsudgivelse v. forlag Matthew Bender). Af tyske basisfremstillinger nævnes *A. Bleckmann*, »Europarecht«, 5. udg. (1990) og *Th. Oppermann*, »Europarecht« (1991) samt – som kommentar – *von Groeben* (red.), »Kommentar zum EWG-Vertrag«, 4. udg. (1991). En grundlæggende fransk frem-

7.12. Litteratur til kapitel VII

stilling foreligger hos *E. Cerexhe*, »Le droit européen« (1989). Domstolen og dens praksis behandles særligt hos *K.P.E. Lasok*, »The European Court of Justice« (1984), *Hjalte Rasmussen*, »On Law and Policy in The European Court of Justice« (1986) og hos *L. Neville Brown & Francis G. Jacobs*, »The Court of Justice of The European Communities« 3. udg. (1989).

På hovedsprogene udgives en ganske lang række tidsskrifter, som behandler fællesskabsretlige spørgsmål, herunder med kommentarer til afsagte domme og litteraturoversigter. Af de vigtigste nævnes her »Common Market Law Review«, »Europarecht« og »Revue Trimestrielle de Droit Européen«.

KAPITEL VIII

Andre ikke-nationale kildefaktorer

8.1. Indledning

Behovet for, først og fremmest i den internationale samhandels interesse, at nedbryde de barrierer mellem de enkelte nationalstater, som betinges af forskelle i disse retsordener, har omsat sig i andre bestræbelser på at skabe en ensartet retstilstand end de, der er udkrystalliseret i traktater og fællesskabsretlig regulering. Der er således andre typer af ikke-nationale kildefaktorer end sådanne, der har et folke- eller fællesskabsretligt udgangspunkt, som kan tænkes at spille en rolle i den nationale retsanvendelse. Især i forbindelse med den internationale omsætning af varer og tjenesteydelser opstår der spørgsmål om betydningen af *kutyper*, herunder naturligvis også kutyper af international beskaffenhed, jfr. herom afsnit 8.2. Dernæst foregår der, dels i internationale organisationer – fx i FN og i de hertil hørende underorganisationer – dels i internationale brancheorganisationer o.l. – fx i International Chamber of Commerce – et løbende arbejde med udvikling af *standardvilkår*, *ensartede forretnings- og leveringsbetingelser*, *modelkontrakter*, *modellovgivning o.l.* til brug navnlig ved grænseoverskridende aftaler, jfr. afsnit 8.3. Det er videre muligt, at der, især henset til uniform lovgivning, internationale kutyper, international kontraktspraksis og praksis fra ikke-nationale voldgiftsretter, lige frem kan tales om en egentlig (uskreven) *almindelig international handelsret* (»lex mercatoria«), jfr. afsnit 8.4. En simpel konsekvens af den uniformering af retstilstanden i forskellige lande, som skabes gennem traktater, fællesskabsretsakter og de ovenfor nævnte forhold, er endelig, at *præjudikater fra andre landes domstole* og den *internationale doktrin* bliver – eller burde blive – noget mere nærværende for nationale domstole end tidligere, jfr. afsnit 8.5.

Når det ovenfor er sagt, at de nævnte faktorer kan tænkes at spille en rolle i den nationale retsanvendelse, er dette for en praktisk betragtning for så vidt noget af en tilsnigelse, såfremt der udelukkende sigtes på retsanvendelsen ved domstolene. I den internationale omsætning fravælges konfliktløsning ved nationale domstole til fordel for voldgiftsbehandling hyppigere end i den nationale, og dette har naturligvis også betydning for, hvor ofte – eller rettere

hvor sjældent – man i publicerede danske retsafgørelser ser forhold af den under 8.2-8.3 omtalte art påberåbt, endsige anført som blot en del af begrundelsen for afgørelsen. *Lex mercatoria* (8.4) har – i det omfang man i det hele taget her vil tale om en selvstændig retskildefaktor – umiddelbart kun betydning ved voldgiftsbehandling.

Som ved de tilsvarende faktorer i national ret er der et tydeligt slægtskab mellem de forhold, der behandles i afsnittene 8.2-8.3. I adskillige tilfælde er det således, at standardvilkår, modelkontrakter o.l., som er udarbejdet af internationale (branche-)organisationer, hviler på eller ved udformningen har taget hensyn til internationale kutymer eller på en udbredt international kontraktspraksis. Omvendt kan en sådan, formuleret gennem ensartede vilkår i bestemte typer af kontrakter, efterhånden få kytumemæssig karakter. For begge sæt faktorer gælder det videre, at de har spillet og fortsat spiller en betydningsfuld rolle ved udformningen af den positive ret, som i ikke ringe udstrækning i forskellige traktater o.l. har kodificeret herskende kutymer eller en omfattende international kontrakts- og voldgiftspraksis, hvorefter traktatbestemmelserne er blevet inkorporeret i de nationale retsordener. Som et almindeligt fælles træk kan det derudover fremhæves, at de pågældende faktorer navnlig har betydning inden for kontraktsretten i videste forstand, hvor de – ofte under fortrængning af deklaratorisk lovgivning – tjener som udfyldnings- og/eller tolkningsmateriale i forhold til det af parterne aftalte.

8.2. Kutymer i internationale retsforhold

Kutymers udbredelse afhænger ikke (nødvendigvis) af landegrænser, men som anført ovenfor side 128 af iagttagelse af et bestemt, retligt relevant, adfærdsmønster hos en vis gruppe af personer. En kutyme kan derfor være af rent lokal karakter og fx angå visse vilkår for handelen med træ fra bestemte egne af Sydtysskland og Schweiz. Den kan videre være national og fx vedrøre en gros-afsætningen af fabriksnye landbrugsmaskiner i Danmark. Endelig kan den foreligge som international og fx angå den europæiske eller den globale omsætning af uforarbejdet uld. Uanset om kutymen er lokal, national, regional eller global, kan den i princippet få betydning for en international aftale, altså et aftaleforhold hvor kontrahenterne er hjemmehørende i forskellige stater. Dette er særlig klart, såfremt parterne lige frem – aftalefrihed forudsat – har vedtaget, at kutymen skal gælde for deres indbyrdes mellemværende. Foreligger der ikke en sådan positiv stillingtagen til kutymens anvendelse, vil det i almindelighed være afgørende, om den ud fra en vurdering på objektivt grundlag må siges at udgøre en bestanddel af parternes forventninger til

aftalens indhold. Dermed rykker en række af de ovenfor side 128 omtalte afvejningsfaktorer omkring kutymers relevans i nationale retsforhold også ind i billedet ved internationale aftaler, herunder betydningen af at parterne har kendt eller burde have kendt kutymen. Formodningsvis er forholdet herefter det, at der i internationale aftaler vil skulle langt stærkere holdepunkter til for at lægge kutymen til grund, hvis den er lokal eller national, end hvis den er international (regional/global).

På et praktisk vigtigt område, nemlig ved internationale køb, findes en positiv stillingtagen til kutymers betydning, jfr. CISG art. 9.

Efter bestemmelsens stk. 1 er parterne bundet af sædvaner, som de er indgået på, og af praksis som de har skabt mellem sig. Af stk. 2 følger, at parterne, hvor andet ikke er aftalt, forudsættes underforstået at have gjort de sædvaner anvendelige på aftalen eller dens indgåelse, som de kendte eller burde have kendt, og som i international handel er almindelig kendt og regelmæssigt følges af parter i aftaler af samme type i den pågældende branche.

Det ses, at art. 9, stk. 2, ikke skelner mellem nationale (lokale) kutyper og internationale. Også de første kan blive udfyldningsfaktorer, såfremt de opstillede tre betingelser alle er opfyldt: 1) at kutymen er kendt eller burde være kendt af parterne, 2) at den er almindelig kendt i international handel og 3) at den regelmæssigt følges af parterne i aftaler af lignende type inden for branchen. Vurderingen heraf må som nævnt foregå på objektivt grundlag, idet der – navnlig hvis der kan være tale om konkurrerende kutyper – tages hensyn til forholdene på opfyldelsesstedet. Det er herefter ikke afgørende, om en part rent faktisk savnede kendskab til kutymen, hvis en sådan indsigt burde have været til stede, når henses til, hvad der i almindelighed kan forventes af en almindelig branchekendt person (en »reasonable man« inden for branchen). Er den anden og tredje betingelse opfyldt, vil det ofte ligge snublende nær at antage, at kutymen burde have været kendt. Omvendt vil disse betingelser praktisk set i langt de fleste tilfælde udelukke lokale og nationale kutyper fra at komme i betragtning i internationale køb. Er alle betingelser til stede, træder kutymen i stedet for afvigende bestemmelser i CISG, jfr. tilsvarende dennes art. 6. Se iøvrigt om art. 9 navnlig Honnold 1991, 173 ff, Gomard & Rechnagel 1990, 53 ff og Lookofsky 1989, 45 f.

Mellem CISG art. 9, stk. 2, og retstilstanden ved nationale køb er der den forskel, at der efter førstnævnte principielt kræves kendskab eller burdekendskab til kutymen, se om national ret ovenfor eksempel 37 (side 129). Den praktiske betydning heraf er dog formentlig ganske beskeden henset dels til den betragtelige elastik, der er i »burde kende«-kravet, dels til den stærkt konkrete karakter vurderingen efter købeloven har. I hidtidig dansk praksis (før CISG) om internationale købeftaler har man ikke interesseret sig meget for det pågældende forhold, når det uden videre har kunnet lægges til grund, at begge parter var branchekendte, jfr.

Eksempel 48:

En dansk papirfabrik indgik aftale med en canadisk virksomhed, hvorefter sidstnævnte for den periode på tre år årligt skulle levere 3000 tons pulp til papirfremstilling. Den danske køber aftog i alt kun ca. 750 tons, alt sammen i det første kvartal af aftalens løbetid. Grunden

Kapitel 8

hertil måtte antages at være, at der derefter opstod afsætningsvanskeligheder for papirproducenter og et stærkt prisfald på pulp, således at køberen havde set sin fordel ved at købe pulp på kort sigt på det åbne marked i stedet for at udnytte langtidsaftalen. Sælgeren hævdede denne med henvisning til, at køberen havde misligholdt sin aftagepligt. Han krævede videre erstatning for det tab, han i den anledning havde lidt. Ved dommen i UfR 1983/280 gav Sø- og Handelsretten ham medhold. Den krævede erstatning blev imidlertid nedsat med henvisning til, at køberen i den pågældende periode kun have kunnet udnytte sin produktionskapacitet med 60 pct. Retten lagde i denne forbindelse til grund, at der inden for branchen (og altså som i sagen også i international fjernhandel) gjaldt en kutyme, hvorefter der ved langtidskontrakter skete en nedsættelse af aftalte varemængder, når der opstod uforudsete vanskeligheder for aftageren, dog således at nedsættelse måtte foretages ligeligt på leverancerne fra samtlige leverandører. Afgørelsen beskæftigede sig ikke med spørgsmålet om parternes kendskab til den pågældende kutyme, men er formentlig – da begge i høj grad var professionelle inden for branchen – uden videre gået ud fra, at kendskab forelå eller burde have foreligget.

Selvom kutymen ved internationale aftaler utvivlsomt har størst praktisk betydning ved køb, vil de tillige kunne forekomme i andre retsforhold, ofte iøvrigt sådanne der knytter sig til indgåelsen eller afviklingen af købeaftaler, fx. transportaftaler og aftaler om forskellige former for mellemmandsvirksomhed (agent-, forhandler- og kommissionsaftaler o.l.). Det er nærliggende at antage, at den retskildemæssige betydning af kutymen i sådanne tilfælde må vurderes efter synspunkter, som principielt er parallelle med de, der anlægges ved købeaftaler, jfr. foran.

Som i rent nationale forhold er det en selvfølgelighed, at en påberåbt kutyme skal kunne påvises, hvilket, når det drejer sig om kutymen af international karakter, formentlig ikke sjældent vil kunne berede praktiske vanskeligheder. Om fornødent må vejledning søges tilvejebragt fra inden- og udenlandske branchesagkyndige, som kan udtale sig med rimelig autoritet.

8.3. Internationale uniformerings- og standardiseringsbestræbelser

8.3.1. Materiale fra internationale organisationer

I eller med tilknytning til talrige internationale organisationer af global eller regional karakter foregår der løbende bestræbelser for på folkeretligt grundlag at skabe en ensartet retstilstand på vigtige erhvervsområder. CISG er tidligere nævnt som et fremtrædende eksempel herpå formidlet gennem FN's Kommission for International Handelsret (UNCITRAL, jfr. ovenfor eksempel 39). Fra denne og fra en anden af FN's underorganisationer – Konferencen for Udenrigshandel og Udvikling (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) – hidrører en lang række »draft conventions« og »model laws«, fra den seneste tid fx – fra UNCITRAL – udkast til konvention

om internationale kontraktsgarantier og modellov om offentlige udbud (begge 1993). Tilsvarende bestræbelser udfoldes af forskellige af FN's særorganisationer (»Specialized Agencies«). Fx administreres de grundlæggende – verdensomspændende – konventioner inden for immaterialretten af en sådan særorganisation (World Intellectual Property Organization, WIPO), som løbende følger udviklingen på konventionsområderne, fremkommer med forslag til ændringer, udarbejder modellovgivning, afgiver henstillinger og udtalelser m.v.

Materiale af den omtalte art er som nævnt af folkeretlig beskaffenhed og vil eventuelt kunne tillægges betydning ved fortolkningen af gennemførte konventioner o.l. og dermed, i det omfang disse er tiltrådt af Danmark, kunne være af interesse ved fastlæggelsen af Danmarks folkeretlige forpligtelser, jfr. ovenfor side 157. Fra organisationer som de nævnte hidrører imidlertid også materiale af anden observans, som ikke eller kun vanskeligt kan udstyres med folkeretlig status. FN's Økonomiske Kommission for Europa (United Nations Economic Commission for Europe, ECE) har fx udarbejdet en lang række modelkontrakter og standardvilkår til brug navnlig ved internationale aftaler om salg af maskiner og teknisk udstyr og har herved ydet bidrag til den i det efterfølgende afsnit omtalte *formularret*. Organisationen har videre udarbejdet vejledninger til brug i forskellige former for kontraktsforhold, fx om affattelse af kontrakter vedrørende international overdragelse af know-how i maskinindustrien. Sådant materiale har stor praktisk betydning i erhvervslivet, men næppe i sig selv nogen retskildemæssig relevans.

8.3.2. Materiale for internationale brancheorganisationer

8.3.2.1. *Indledning*

Ved siden af det ovenfor nævnte arbejde i internationale organisationer foregår der uniformeringsbestræbelser i internationale brancheorganisationer og lignende ikke-nationale sammenslutninger af navnlig erhvervsdrivende. De pågældende organisationer kan også her være af global eller regional karakter. Oftest er der tale om et netværk, således at en global organisation er en slags paraply over regionale og/eller nationale organisationer inden for branchen. Der foregår i et vist omfang et samvirke med de i forrige afsnit omtalte organisationer spændende fra faktisk deltagelse i det her pågående forberedende arbejde til lobby-virksomhed af forskellig art. Medens hovedvægten i de internationale organisationer klart nok må lægges på uniformering gennem udarbejdelse af generelle regler til tiltrædelse – helst – af et større antal lande, ligger tyngden i brancheorganisationerne som regel et andet sted, nemlig på uniformering gennem virksomhedernes praktiske brug af ensartede vilkår. Vægten i arbejdet må herefter lægges på formuleringen af standardvilkår o.l.,

som vil kunne benyttes af virksomheder inden for branchen ved indgåelsen af internationale aftaler. Hvad der produceres er altså i vid udstrækning *international formularret* med valgmulighed for branchens udøvere ved afslutningen af konkrete aftaler, idet vilkårene normalt først får virkning for parterne ved vedtagelse og med mulig fortrængning af modstridende deklaratoriske bestemmelser i national ret. Dette udelukker dog ikke forekomsten af materiale af anden karakter, fx adfærdsnormer i form af visse faglige krav til branchens udøvere, vejledninger og modellovgivning.

Det er naturligvis ikke muligt, endsige nødvendigt, i den foreliggende sammenhæng at give blot antydning af oversigt over, hvilke organisationer der optræder som producenter af muligt relevant materiale. Er der i en konkret sag behov for information om tilstedeværelsen af standardvilkår m.v. fra brancheorganisationer, vil oplysning herom sædvanligvis kunne fås ved henvendelse til vedkommende danske brancheorganisation.

8.3.2.2. *Standardvilkår o.l.*

De fleste af de standardvilkår fra internationale brancheorganisationer, der her er tale om, har karakter enten af almindelige forretnings- og leveringsbetingelser til brug inden for vedkommende branche som almindelige rammer for individuelle kontraktsforhold eller af »rules«, der regulerer bestemte bestanddele af sådanne kontraktsforhold. De førstnævnte er overordentlig almindelige inden for brancher, hvor den ene parts ydelse helt eller overvejende angår overdragelse af løsøregenstande, d.v.s. køb, og det er her karakteristisk, at vilkårene gennemgående instituerer mindre vidtgående forpligtelser for sælgeren end dem, der følger af national lovgivnings deklaratoriske regler. Afbalanceret af denne art vil typisk være begrundet med hensynet til sådanne særlige forhold inden for den pågældende branche, som ikke kan imødekommes af de enkelte nationale retsordeners mere almene – og derfor gennemsnitsprægede – regler. For begge typer af vilkår gælder det, at de ikke sjældent foreligger som »agreed documents«, jfr. ovenfor side 133, eller dog indeholder en afbalancering af parternes indbyrdes forpligtelser, som svarer til, hvad der i almindelighed forekommer ved standardvilkår, der er blevet til på denne måde.

Et par for den internationale vareomsætning praktisk meget betydningsfulde eksempler på vilkår af den her foreliggende art er de fra »International Chamber of Commerce« (ICC) hidrørende »International Commercial Terms« (INCOTERMS) og samme organisations »Uniform Customs and Practice for Documentary Credits« (UCP).

INCOTERMS, der senest foreligger i en samlet revideret udgave fra 1990, angår en række centrale vilkår i forbindelse med aftaler om køb, først og fremmest med hensyn til parternes

8.3. *Int. uniformerings- og standardiseringsbestræbelser*

forpligtelser omkring salgsgenstandens levering (leveringsforanstaltninger, risikoovergang, omkostningsfordeling, forsikring m.v.). Vilkårene er udformet som en række forskellige klausuler, som købeaftalens parter kan vælge mellem efter deres individuelle behov (»Ex Works« (EXW), »Free On Board« (FOB), »Cost, Insurance and Freight« (CIF), »Delivered, Duty Paid« (DDP) o.s.v.), idet der for hver enkelt klausul er en stillingtagen til, hvorledes denne skal forstås med hensyn til parternes forpligtelser i de anførte henseender. INCOTERMS fremstår herefter i realiteten som en række fortolkningsregler vedrørende visse aftalte leveringsklausuler. I den konkrete aftale om køb behøver parterne for at bringe INCOTERMS i anvendelse blot at henvise til den valgte klausul med tilføjelse af INCOTERMS 1990. UNCITRAL har i 1992 anbefalet klausulernes anvendelse i internationale køb. – UCP's seneste udgave (UCP 500) er fra 1993 med ikrafttræden 1. januar 1994. Genstanden er almindelige regler om remburs, som forudsættes bragt i anvendelse ved henvisning dertil i hver enkelt rembursforhold. Som ved INCOTERMS foreligger der mulighed for valg mellem forskellige typer, idet der for hver enkelt af disse findes en nøje angivelse af, hvilke procedurer der skal iagttages, hvilke dokumenter der skal være til stede, hvilke pligter der udløses etc. – Hverken INCOTERMS eller UCP har i nævneværdigt omfang givet anledning til sager ved danske domstole, se dog om UCP UfR 1990/571 Ø.

Udgangspunktet er, at standardvilkår skal vedtages af aftalens parter for at kunne finde anvendelse, således at det beror på de almindelige regler i hvert enkelt lands retsorden, hvilke krav der må stilles i så henseende. Som i national ret, jfr. ovenfor side 1342 kan det imidlertid drøftes, om visse standardvilkår gennem meget omfattende brug har udviklet sig til kutyme eller dog er udtryk for en så udbredt kontraktspraksis, at de må tages i betragtning enten som retskildefaktor eller ved fortolkningen af national ret eller konkrete kontraktsbestemmelser. Det kan ligeledes spille en rolle, at nogle vilkår – som dele af de til INCOTERMS hørende fortolkningsregler – simpelthen er udtryk for allerede herskende kutyme inden for den pågældende branche eller måske ligefrem svarer til deklaratoriske nationale regler. Ses der bort fra dette sidste forhold, er det næppe muligt at påvise eksempler på, at internationale standardvilkår har eller har opnået kutymemæssig karakter. Særlig udbredte og afbalancerede vilkår, som taler med betydelig autoritet – eksempelvis INCOTERMS med tilhørende fortolkningsregler, jfr. UNCITRAL's oven for omtalte anbefaling – bør dog formentlig tages i betragtning ved fortolkningen af konkrete kontraktsbestemmelser. På områder, hvor den nationale lovgivning er tavs – fx og navnlig inden for nye eller nyere områder af kontraktsretten (edb-kontrakter, franchising o.l.) – kan man måske gå et skridt videre og efter omstændighederne tillægge almindeligt anvendte internationale vilkår en lignende tolkningsmæssig betydning.

Nogle forfattere – fx *Lando* 1990, 28 – går med hensyn til internationale køb muligvis ud fra, at hvor CISG finder anvendelse, bør INCOTERMS også benyttes. Der henvises i denne forbindelse til de almindelige fortolkningsregler i CISG art. 7. Selvom antagelsen med hensyn til de praktiske konsekvenser næppe fører til resultater, der ligger langt fra det ovenfor antagne, strækker den art. 7 ud over bristepunktet. Er der ingen holdepunkter i parternes

Kapitel 8

aftale eller i deres adfærd iøvrigt – navnlig i hidtidigt forretningssamkvem – kan INCOTERMS ikke anvendes, jfr. *Honnold* 1991, 177.

Som nogle få andre – blandede – eksempler på forekomsten af internationale standardvilkår inden for bestemte brancher kan nævnes de forskellige Nordiske Leveringsbetingelser udarbejdet af arbejdsgiversammenslutninger inden for jern- og metalindustrien i de nordiske lande, navnlig vedrørende leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr (NL 92, 84 og 87), hvis forlæg er de i forrige afsnit omtalte leveringsbetingelser fra ECE. Et vist internationalt sidestykke til »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed – AB 92« er de af Federation Internationale Des Ingenieur Conseils (FIDIC) udarbejdede »Conditions of Contract for Works of Civil Engineering, General Conditions«, som finder global anvendelse. I transportretten forekommer, udover en række konventioner på de forskellige transportområder, adskillige generelle betingelser fra transportørernes organisationer, fx »Nordisk Speditørforbunds Almindelige Betingelser« (NSAB), de almindelige bestemmelser for befordring med luftfartøj fra International Air Transport Association (IATA) og »Uniform Rules for Sea Waybills« fra Comité Maritime International (CMI). På edb-området findes bl.a. modelkontraktsbetingelser vedrørende køb af edb-materiel udarbejdet af European Computer User Association (CECUA). ICC er repræsenteret her ved »Uniform Rules for Interchange of Trade Data by Teletransmission« (UNCID) til inkorporering i såkaldte »handelspartneraftaler« om den indbyrdes kommunikation ved hjælp af EDI (Electronic Data Interchange). Fra ICC hidrører også andre »Uniform Rules«, fx om kontraktsgarantier. Således kan der fortsættes nærmest i det uendelige, hvilket ikke ændrer det ovenfor anførte udgangspunkt og den relativt beskudne retskildemæssige betydning, man i almindelighed kan tillægge standardvilkår som sådanne.

8.3.2.3. Modelkontrakter

Modelkontrakter tjener – som betegnelsen viser – som vejledende forlæg ved udarbejdelsen af »virkelige« kontrakter. De forekommer navnlig med hensyn til forudsatte) vedvarende kontraktsforhold af en vis almindelig (typemæssig) karakter. Også her er udvalget af materiale fra internationale brancheorganisationer stort.

I flæng nævnes som eksempler de af de nordiske arbejdsgiverorganisationer inden for jern- og metalindustrien udarbejdede standardvilkår vedrørende vedligeholdelsesarbejder på maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr (NU 84) med tilhørende modelkontrakt, de af *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes* (ORGALIME), jfr. ovenfor side 134, udarbejdede modelkontrakter vedrørende forhandler-, licens-, vedligeholdelses- og lønarbejdsaftaler og ICC's modelkontrakt vedrørende agenturaftaler.

Som ved vurderingen af de tilsvarende nationale fænomener kan modelkontrakter til internationalt brug være af betydelig værdi for kontraktskoncipisten, dels som checklister, dels ved deres ofte velgennemtænkte og afbalancerede (muligt alternative) forslag til formuleringer omkring aftaleforholdets centrale elementer. I sig selv har de imidlertid ingen retskildemæssig værdi. Har begge kontraktsforholdets parter deltaget i konciperingen af kontrakten med modellen som forlæg, kan det dog ikke uden videre afvises, at denne kan komme til at spille en konkret tolkningsmæssig rolle.

8.3. Int. uniformerings- og standardiseringsbestræbelser

8.3.2.4. Vejledninger o.l.

Det her foreliggende materiale er af meget uensartet karakter. Nogle vejledninger fra de internationale brancheorganisationer drejer sig om brugen af bestemte standardvilkår eller giver detaljerede råd vedrørende udarbejdelsen af bestemte typer af kontrakter. De kan – som modelkontrakterne – være særdeles nyttige for brugerne, men har ingen selvstændig retskildemæssig betydning.

Fra ICC foreligger fx vejledninger vedrørende INCOTERMS og UCP. Fra ORGALIME, jfr. forrige afsnit, foreligger vejledninger om udarbejdelse af en række forskellige kontrakter, fx om overdragelse af know-how, om R & D-kontrakter (Research and Development) og om internationale konsortier (joint ventures).

Andre former for vejledninger har karakter af anvisninger til branchens udøvere vedrørende korrekt (fagligt forsvarlig) adfærd.

Ovenfor side 136 er ICC's kodex for reklamepraksis nævnt som eksempel herpå. International Federation of Accountants (IFAC) har udarbejdet en række internationale revisionsstandarder (vejledninger), som supplerer tilsvarende danske vejledninger fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR). Fra International Accounting Standards Committee (IASC) hidrører videre forskellige regnskabsstandarder, som er oversat til dansk af FSR med angivelse af de punkter, som eventuelt afviger fra dansk lovgivning og praksis. – Fra European Franchise Federation stammer »European Code of Ethics for Franchising« med detaljerede krav navnlig til franchisegivere vedrørende franchiseaftalens indhold, udvælgelsen af franchisetagere m.v.

Vejledninger af denne art kan efter omstændighederne give udtryk for herskende kutyme(r) på det af vejledningen omfattede område. Selv hvor dette ikke måtte være tilfældet, vil de ofte afspejle gængs international opfattelse af ønskværdig professionel adfærd. Dermed vil de være af betydning ved fastlæggelse af indholdet af skrevne eller uskrevne »god skik«-fordringer i branchen og så vidt eksempelvis kunne få relevans i erstatningsretlig henseende.

8.3.2.5. Andet materiale

Fra internationale brancheorganisationer hidrører endelig adskillige andre former for materiale med retligt indhold, hvor organisationerne ikke eller ikke alene ytrer sig over for deres medlemmer: Modellove, henstillinger og anbefalinger, komparative analyser af forskellige landes lovgivning og praksis m.v.

Som eksempel nævnes, at den internationale advokatsammenslutning (International Bar Association, IBA) inden for de senere år har udsendt så forskelligt materiale som en modellov om internationalt samarbejde i konkurs-, akkord- og betalingsstandsningssager, et

Kapitel 8

detaljeret forslag om uniform regulering af timeshare-virksomhed, et tilsvarende forslag med tilhørende checkliste vedrørende »turnkey«-aftaler om tungt industrielt udstyr og en omfattende komparativ analyse om nationale bånd på grænseoverskridende selskabs-overtagelser (»Takeovers«) og fusioner (»Mergers«).

Materiale af den nævnte karakter kan være værdifuldt ved at rumme spiren til eller ved dog at bidrage til tilvejebringelse af »uniform rules« på konventions- eller organisationsplan. Det kan videre for brugere inden for det pågældende område rumme praktisk nyttige oplysninger. I sig selv har det imidlertid næppe retskildemæssig betydning.

8.4. Lex mercatoria

De vanskeligheder for fjernhandelen, som indbyrdes afvigende regler i forskellige retsordener indebærer, søgtes ved denne handels opblomstring i middelalderen overvundet ved udviklingen i praksis af en særlig international handelsret, der tog sit udgangspunkt i fjernhandelens særlige behov og de på grundlag heraf af de handlende udviklede sædvaner. Denne *jus mercatorum* eller *lex mercatoria* gik stort set tabt ved nationalstaternes fremskomst som værende uforenelig med det af disse i almindelighed hævdede monopol på retsfastsættelse og -anvendelse.

I vore dage har man genoplivet *lex mercatoria*-begrebet som betegnelse for en almen international handelsret (»law merchant«), jfr. *Lando* 1969, 295 ff og 1985, 1 ff. Denne antages at bestå, dels af en retsmateriale (en »fælles ret«), dels af en metode. Elementerne i den fælles ret udgøres af muligt relevante folkeretlige regler, de uniforme love (fx CISG), almindelige retsgrundsætninger som anerkendes af de fleste handelsnationer (fx princippet om »pacta sunt servanda«, jfr. ovenfor side 143), den internationale handels sædvaner og kutyper, internationalt udbredte standardvilkår med tilhørende fortolkningspraksis og praksis fra internationale voldgiftsretter. Da denne fælles ret tillægges et begrænset og ubestemt omfang, må den suppleres af den, der skal træffe afgørelse i den foreliggende konkrete sag. Her kommer metodebestanddelen ind i billedet på den måde, at der i afvejningen omkring afgørelsen tillige søges vejledning i de nationale retssystemer, som sagen har berøring med, og yderligere dels trækkes på praktisk kendskab til international handel, dels tages hensyn til sådanne etiske fordringer, som er fremherskende i denne.

En ganske træffende beskrivelse af *lex mercatoria*-begrebets indhold i udenlandsk litteratur (*Lowenfeld* 1990 citeret efter *Lookofsky* 1992, 578) lyder således:

8.3. *Int. uniformerings- og standardiseringsbestræbelser*

»... a source of law made up of custom, practice, convention, precedent, and many national laws ... an alternative to a conflict of laws search which is often artificial and inconclusive, and a way out of applying rules that are inconsistent with the needs and usages of international commerce and that were adopted by individual states with internal, not international, transactions in mind«.

En overnational retsorden med dette indhold kan de nationale domstole i mangel af særlig hjemmel ikke anvende, end ikke såfremt parterne ved lovvalgsaftale henviser til den. En sådan hjemmel foreligger i almindelighed ikke, ej heller i Danmark. Ønsker parterne at benytte sig af partshenvisningsmuligheden i forbindelse med domstolsbehandling, skal en national retsorden angives.

Spørgsmålet drøftedes i tilknytning til behandlingen af den vedtagne, men endnu ikke gennemførte Haagerkonvention af 1985 om lovvalget i internationale løsørekøb (til afløsning for den gældende 1955-konvention). Dennes art. 15 fastslår, at »law« i konventionens forstand betyder »the law in force in a state other than its choice of law rules«. Efter art. 7 bestemmes lovvalget af »the law chosen by the parties«. Et svensk forslag om en formulering, som ville have tilladt parterne at vælge *lex mercatoria*, mødte kraftig modstand og blev ikke medtaget. En af de delegerede betegnede i denne forbindelse *lex mercatoria* som »the law of Mickey Mouse«, jfr. *Lando* 1987, 66.

Skal parternes mellemværende behandles ved voldgift, kan de derimod, såfremt de er enige, anordne, at voldgiftsretten træffer afgørelse på grundlag af *lex mercatoria*. Sådanne afgørelser vil oftest blive anerkendt af de nationale retsordener og vil dermed kunne tvangsfuldbyrdes, jfr. for Danmarks vedkommende navnlig forudsætningen i voldgiftsbekendtgørelsens § 12, stk. 2. Da en betragtelig del af de tvister, der opstår i internationale kontraktsforhold, som tidligere nævnt ikke finder vej til de nationale domstole, men gøres til genstand for voldgiftsbehandling, kan *lex mercatoria* derfor få den praktiske betydning, der følger heraf.

Tankegangen er den, at når det anerkendes, at voldgiftsretten kan træffe afgørelse efter billighed (»ex æquo et bono«), såfremt sagens parter har vedtaget dette, og der ikke findes hindringer herfor i den nationale lovgivning, som gælder for voldgiften, jfr. den nævnte bestemmelse i voldgiftsbekendtgørelsen, må parterne også kunne vedtage afgørelse efter *lex mercatoria*. Som følge af det omtalte »fælles indhold« vil en sådan afgørelse jo i højere grad have karakter af at være en retsafgørelse. Denne betragtning lader sig ikke afvise, men man skal ikke være blind for, at en vedtagelse af *lex mercatoria* med det angivne luftige indhold netop ofte vil blive et skalkeskjul for billighedsafgørelser. Det forklarer, at det ikke er usædvanligt, at voldgiftsretterne ikke begrunder deres afgørelser, jfr. *Lando* 1985, 5. Det åbne eller skjulte billighedsindslag vanskeliggør naturligvis voldgiftsretternes muligheder for at anvende tidligere voldgiftsafgørelser som fortilfælde og bidrager videre til at udelukke *lex mercatoria*-afgørelser fra at komme i betragtning som mulig retskildefaktor.

8.5. Andre internationale faktorer

8.5.1. Udenlandske retsafgørelser

Det har hidtil været forholdsvis sjældent, at danske domstole har taget hensyn til udenlandske retsafgørelser som mulige fortilfælde. I den beskedne udstrækning sådanne afgørelser er blevet inddraget i overvejelserne, har der i langt de fleste tilfælde været tale om domme fra de andre nordiske lande inden for områder, hvor der har foreligget samme eller tilnærmelsesvis samme retstilstand som i Danmark, fx med hensyn til løsørekøb og lovgivningen om de forskellige immaterialrettigheder.

Efter al sandsynlighed er dette en praksis, som ikke kan og som heller ikke bør opretholdes. Mest nærliggende er det at pege på, at den ensartetgørelse af retstilstanden i medlemslandene i EU, som sker gennem fællesskabsmyndighedernes regeludfærdigelse og Domstolens praksis, nødvendigvis også må give sig udslag i en ensartet retsanvendelse i de enkelte medlemsstater. Herved bliver afgørelser fra de hierarkisk højest placerede domstole i ét af disse af klar betydning for retterne i de øvrige. Men også uden for fællesskabsretten er det en nødvendig konsekvens af en på traktatmæssigt grundlag tilvejebragt uniformering, at denne følges op af de deltagende landes domstole. Dette kan kun ske ved indbyrdes hensyntagen til trufne afgørelser. Et oplagt eksempel i denne forbindelse er naturligvis CISG, jfr. navnlig dennes art. 7 (ovenfor side 28 og nedenfor side 307).

Den – af flere grunde ganske forståelige – relative lukkethed, som i den foreliggende henseende synes at have præget danske domstole, er ikke enestående. Også i andre stater kan man se tilbageholdenhed og skepsis over for praksis fra andre landes domstole. Det kan derfor være nyttigt gennem fremdragelse af et eksempel fra England (hvor domstolene næppe i almindelighed har kunnet beskyldes for at være specielt interesserede i andre landes retsorden) at illustrere den bevægelse, der i udlandet er på området.

Eksempel 49:

Efter Warszawa-konventionen af 1929 om ansvaret for luftfartøjer skal der gives meddelelse om påført skade inden for 7 dage, medens meddelelse er ufornøden ved tab af bagage. En passager, som have mistet en del af indholdet af en taske, krævede erstatning, men havde ikke overholdt den nævnte frist. Luftfartsselskabet afviste derfor kravet. For de engelske domstole forelå herefter spørgsmålet om fortolkning af den engelske inkorporeringslovgivning (»damage« og »loss«) i den nævnte forbindelse i forhold til konventionen (Fothergill vs. Monarch Airlines, 1980). Flertallet i House of Lords lagde i afgørelsen vægt på, at der herved bl.a. skulle tages hensyn til udenlandske retsafgørelser og udenlandsk doktrin. I det mest markante votum (Lord Scarman) anførtes det først:

»Rules contained in an international convention are the outcome of an international conference; if, as in the present case, they operate within the field of private law, they will come under the consideration of foreign courts; and uniformity is the purpose to be served

by most international conventions, and we know that unification of the rules relating to international air carriage is the object of the Warsaw Convention. It follows that our judges should be able to have recourse to the same aids of interpretation as their brother judges in other contracting states. The mischief of any other view is illustrated by the instant case. To deny them this assistance would be a damaging blow to the unification of the rules which was the object of signing and then enacting for Convention. Moreover, the ability of our judges to fulfil the purpose of the enactment would be restricted, and the persuasive authority of their judgment in the jurisdictions of other contracting states would be diminished«.

Direkte om hensyntagen til udenlandsk praksis konkluderede samme dommer:

»Our courts will have to develop their jurisprudence in company with the courts of other countries from case to case, a course of action by no means unfamiliar to common law judges«.

Hensyntagen til retsafgørelser fra andre landes domstole rejser imidlertid et informationsmæssigt problem: Hvordan opnås i almindelighed indsigt i sådanne afgørelser på relevante områder?

I Norden udgives domssamlingen »Nordisk Domssamling« med et udvalg af domme i civile sager fra de øverste domstole i de nordiske lande. Herudover foreligger der en enkelt specialsamling, nemlig »Nordiske domme i Sjøfartsanliggender«, lige som nordiske specialtidsskrifter, fx »Nordiskt Immaterielt Rättsskydd«, publicerer relevante afgørelser inden for vedkommende tidsskrifts fagområde. Der findes ingen almindelig fælleseuropæisk domssamling. Institut international pour l'unification du droit privé« (UNIDROIT) udgiver en række afgørelser vedrørende national anvendelse af uniforme love i tidsskriftet »Uniform Law Review«, lige som UNCITRAL foretager indsamling af tilsvarende materiale med henblik på tilgængeliggørelse for interesserede. I de enkelte europæiske lande udgives – indtil adskillige – samlinger af nationale retsafgørelser. Et sådant grundlag gør det naturligvis nærmest umuligt løbende at følge med. En hjælp er forekomsten af internationale specialsamlinger inden for bestemte områder eller domsgengivelser i specialtidsskrifter på hovedsprogene, fx i det tyske tidsskrift »Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil« (GRUR-Int.) med immaterialretlige og markedsføringsretlige afgørelser. En meget omfattende amerikansk database (LEXIS), som bl.a. indeholder afgørelser fra forbunds- og enkeltstatsdomstolene, findes i en engelsk version med indlagte engelske, skotske og irske kilder. Alt i alt er orienteringsmulighederne besværlige og dermed tidkrævende

8.5.2. Udenlandske og internationale voldgiftsafgørelser

Udenlandsk og international voldgift i civile retsforhold forekommer – som national voldgift om danske spørgsmål – såvel i ad hoc som i institutionel form, jfr. ovenfor side 131. Området er til en vis grad konventionsdækket, nemlig af New York-konventionen (1958) om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser og Genève-konventionen (1961) om international handelsvoldgift, som begge er tiltrådt af Danmark, jfr. voldgiftsloven af 1972 og voldgiftsbekendtgørelsen af 1973, sidstnævnte med senere ændringer. Fra UNCITRAL foreligger såvel modellovgivning som

uniforme regler, navnlig med henblik på ad hoc-voldgift (UNCITRAL Model Law of International Arbitration og Arbitration Rules), ligesom organisationen har udarbejdet regler om forligsmægling (Conciliation Rules). Et vigtigt internationalt voldgiftsforum er ICC's voldgiftsret med sæde i Paris. Organisationen har fastsat nærmere regler om anvendelsen af denne og om forligsmægling og udgivet en række vejledninger herom. Der findes imidlertid talrige andre permanente voldgiftsinstitutioner med internationalt sigte, herunder i Danmark, jfr. ovenfor side 131.

Den retskildemæssige betydning af udenlandske og internationale voldgiftsafgørelser skal ses i lyset af præcis samme forhold som nationale: At de oftest ikke publiceres, at eventuel publikation kan have tilfældighedens præg, og at der ikke på forhånd kan siges noget almindeligt om den autoritet, hvormed voldgiftsretten udtaler sig. Hertil kommer de særlige problemer, der kan være knyttet til det anvendte retsgrundlag, jfr. ovenfor om *lex mercatoria*. Det må derfor bero på en helt konkret vurdering, hvilken retskildemæssig vægt man i givet fald kan tillægge sådanne afgørelser.

8.5.3. Den internationale doktrin

Den internationale doktrin har hidtil spillet samme beskedne rolle for danske domstole som udenlandske retsafgørelser. Også her må der – af ganske samme grunde – antages at ville ske en ændring. Hvor den internationale doktrin herefter kan være relevant, må den formodes at ville tale med principielt samme vægt som den nationale, d.v.s. at analysernes og argumentationens lødighed vil være afgørende.

8.6. Litteratur til kapitel VIII

Den danske forfatter, der har beskæftiget sig mest indgående med de i kapitlet behandlede spørgsmål, er *Ole Lando*. Der kan navnlig henvises til fremstillingerne i »Udenrigshandelens Kontrakter«, 3. udg. (1987) p. 52 ff (afsnittet er ikke medtaget i 4. udg. (1991)), »Festskrift til Alf Ross« (1969) p. 295 ff og UfR 1985 B p. 1 ff. sidstnævnte to steder om *lex mercatoria*. Dette fænomen har været genstand for livlig diskussion i udlandet, se fx *Friedrich K. Juenger* i Manfred Löwisch m.fl. (red.), »Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht« (1991) p. 233 ff med videre henvisninger.

CISG og de internationale kutymer omtales særligt hos *Joseph Lookofsky*, »Internationale Køb« (1989) p. 42 ff og hos *Bernhard Gomard & Hardy Rechnagel*, »International købelov« (1990) p. 543 ff, jfr. også *Jacob Nørager-Nielsen & Søren Theilgaard*, »Købeloven med kommentarer«, 2. udg. (1993) p. 20 ff og p. 30 f. INCOTERMS behandles udførligt hos *Ole Lando*, *Alex Laudrup & Søren Theilgaard*, »INCOTERMS 1990« (1990). En meget omfattende og helt fortrinlig engelsksproget fremstilling om CISG er *John Honnold*, »Uniform Law for International Sales«, 2. udg. (1991), se særligt p. 173 ff.

8.5. Andre internationale faktorer

Ses der bort fra de af de talrige internationale organisationer publicerede årsberetninger o.l., er der ikke meget samlet udenlandsk litteratur om de behandlede spørgsmål. Om de forskellige uniformeringsbestræbelser kan der navnlig henvises til *Clive M. Schmitthoff*, »Export Trade«, 8. udg. (1986) og samme forfatter og *Kenneth R. Simmonds*, »International Economic and Trade Law« (1976).

KAPITEL IX

Om fortolkning

9.1. Indledning. Den juridiske fortolknings egenart

Sproget er som bekendt det eneste instrument, der er til rådighed ved formuleringen af regler. Dette instrument er ikke særlig præcist, men tværtimod temmelig ufuldkomment – også i den pågældende sammenhæng.

For at give en beskeden illustration heraf og dermed også en vis baggrund for den følgende fremstilling benyttes som et første eksempel substantivet »lov«. Slås der op i »Ordbog over det danske Sprog«, findes der her en fremstilling vedrørende »lov«, som strækker sig over ca. 9 spalter med angivelse af 6 forskellige hovedbetydninger (bl.a. »almindelig gældende retsforordning«, »tilladelse« og »berømmelse«), hvortil kommer en række underbetydninger og en anskueliggørelse af disse med mange eksempler. Fremstillingen udtrykker ordets såkaldte *leksikalske* betydning, d.v.s. at der med udgangspunkt i den almindeligt forekommende brug af ordet meddeles en slags anvisning for, hvorledes dette sædvanligvis (kan) benyttes. Det ses, at »lov« er ubestemt i den forstand, at ordet er *flertydigt*, en egenskab som det har til fælles med talrige andre ord i sproget.

Ords ubestemthed viser sig imidlertid på anden måde end gennem deres mulige flertydighed. En af de mest almindelige er, at ord har *vag* betydning, d.v.s. at der ikke foreligger nogen nøjagtig definition, således at det efter de sprogregler, som styrer ordets anvendelse, i større eller mindre grad kan forekomme tvivlsomt, hvilke omstændigheder det refererer til. Dette forhold gør sig gældende både med hensyn til ord, som har en enkelt, usammensat bestemmelse, og vedrørende ord der sigter på eller sammenfatter et helt kompleks af egenskaber, herunder karakteristika for menneskelig adfærd, jfr. eksempelvis »rød« som betegnelse for en farve, »have« som betegnelse for en vis type anlæg på fast ejendom og »uagtsomhed« som benævnelse for en vis menneskelig handlemåde. Ingen sprogregler afgør præcist, hvor grænsen går for anvendelsen af »rød« i forhold til »blå«, »gul«, »grøn« o.s.v. På tilsvarende måde kan det heller ikke nøjagtig afgøres, hvilke bestemte kvalitative og kvantitative egenskaber der skal foreligge til en »rigtig« brug af ordet »have«,

eller hvornår man kan tale om »uagtsomhed« som kvalifikation for en bestemt adfærd.

Flertydighed og vaghed er – som alt antydnet – to forskellige ting. Hver enkelt af et flertydigt ords leksikalske betydninger kan være vag eller nøjagtig. Substantivet »træ« har fx en række forskellige leksikalske betydninger og er således flertydigt. I betydningen »flerårig vækst (plante) som har en eller flere kraftige og (ret) høje forveddede stængler, stammer, hvorfra der som regel i nogen afstand udgår forveddede grene«, er det tillige vagt, eksempelvis med hensyn til afgrænsningen over for »buske«. Nogle af betydningerne af det flertydige ord »lov« er forholdsvis nøjagtige, medens andre er vage, fx »lov« forstået som »berømmelse« o.s.v.

I almindelighed er der selvfølgelig ikke megen ræson i at drøfte forståelsen af ord som »lov«, »rød«, »have«, »træ« etc. løsrevet fra enhver sammenhæng, d.v.s. alene i deres leksikalske betydninger. Det er først, når ordene indgår i *ytringer*, at de – som bærere af en bestemt *mening* – får relevans for kommunikationen mellem mennesker. Når der skal tages stilling til, hvad meningen egentlig har været med en bestemt ytring, kan ordbogsbetydningen for de anvendte ord nok være til en vis hjælp, men den afgørende vægt må selvfølgelig lægges på den sammenhæng, i hvilken ordene og ytringen optræder. Denne kan for det første være af *sproglig* karakter og benævnes da *konteksten*. I betragtning kommer her naturligvis den pågældende ytring som helhed og indholdet af hele den tekst eller det udsagn, hvori ytringen findes. Ofte kommer hertil andre ting, fx andre tekster, omend præcise anvisninger for kontekstens udstrækning ikke kan angives. Typisk er det sådan, at jo mere omfattende en kontekst, der (kan) arbejdes med, jo færre *rimelige* forståelsesalternativer vil der være. Også forhold af *ikke-sproglig* beskaffenhed spiller imidlertid en rolle, eksempelvis ophavsmandens hensigt med fremsættelsen af den pågældende ytring, hans personlige og politiske baggrund, den kreds af mennesker ytringen fremføres over for, gestus, minespil, betoning o.l. Sådanne forhold, som ved siden af konteksten kan afgive mulige holdepunkter for, hvad der er den mest *rimelige* forståelse af ytringen, benævnes ofte *situationen*.

Hensyntagen til kontekst og situation skaber altså mulighed for at *reducere* den usikkerhed omkring meningen med sproglige ytringer, som har sit udspring i ordenes flertydighed og vaghed. Ofte opleves usikkerheden overhovedet ikke i praksis, idet meningen fremstår som indlysende. Tales der fx om »lov om gældsbreve«, vil næppe nogen skænke det en tanke, at »lov« her forstås som »retsforskrift« og ikke som »berømmelse«, flertydigheden foreligger således slet ikke. På tilsvarende måde kommer de anvendte ords mulige vaghed måske ikke til at spille nogen rolle, idet brugen af ordene i den pågældende sammenhæng ureflekteret antages som helt typisk og dækkende, fx

»rød« om en postkasse eller om dugen i det danske flag. Vagheden opfattes kun som problem ved anvendelser, som rækker udover det sædvanlige og måske ligefrem berører det ekstreme. I tilknytning hertil kan det nok siges, at vage ord dækker dels et sikkert anvendelsesområde, en slags kernezone, dels et større eller mindre – diffust – ubestemthedsfelt, hvor brugen af ordet i vekslende grad forekommer tvivlsom.

Virksomhed, hvis sigte er at *fastlægge meningen med sproglige ytringer*, betegnes i almindelighed som *fortolkning*. Behovet herfor foreligger naturligvis ikke blot for retsanvendelsen og for retsvidenskaben, men tillige i talrige andre faglige sammenhænge og i det almindelige daglige samvær mellem mennesker. Fortolkning i juridisk henseende, i særdeleshed tolkning af lovtekster og andet autoritativt materiale i forbindelse med retsanvendelse, adskiller sig imidlertid i flere henseender betydeligt fra anden tolkningsvirksomhed.

For kort at illustrere dette kan man som sammenligningsgrundlag vælge den tolkningssituation, faghistorikeren befinder sig i, når han skal søge at fastlægge meningen med indholdet af et kildeskrift. Det umiddelbare formål med tolkningen vil her være at give en beskrivelse af meningsindholdet i kilden, enten således at der spørges om ophavsmandens intentioner og/eller således, at man forsøger at udfinde modtagerens forståelse af meddelelsen. Udgangspunktet herfor er naturligvis ubetinget den foreliggende tekst. Denne undergives først en *sproglig* tolkning, d.v.s. at der søges foretaget en »oversættelse« til forfatterens sprog af de i teksten værende bogstaver, ord, sætninger m.v. En sådan tolkning er imidlertid, som det foregående allerede vil have vist, praktisk talt aldrig fyldestgørende, løsrevet som den bl.a. vil være fra ophavssituationen. Der må derfor yderligere foretages, hvad der undertiden betegnes som en *real tolkning*, hvor der rejses spørgsmål om det *virkelige* betydningsindhold i ord og udsagn, fx med henblik på fastlæggelse af mulige skjulte meninger og meningsnuancer o.l. Til denne ende er det som regel nødvendigt at betjene sig af andre tolkningsdata eller -faktorer end teksten, navnlig kendskab til kildens – og tidens – tankegang, de forudsætninger, denne bygger på, samt placering af kilden i sammenhæng med andre kilder. Det ses, at kontekst og situation kommer til at spille en afgørende rolle for forståelsen. Nået så vidt, kan historikeren herefter søge at levere en sammenfattende beskrivelse af indhold, opfattelse, tendens o.l. i teksten, eventuelt således, at det angives, hvilke meningsalternativer der måtte være. Det er klart, at processen ikke kan være rensset fuldstændigt for subjektive elementer. Forfatterens vurderinger, ikke mindst i forbindelse med den reale tolkning, må nødvendigvis i større eller mindre udstrækning komme til at øve indflydelse på tolkningens resultat. Såfremt dette skal tillægges nogen videnskabelig værdi, må det imidlertid

kunne gøres til genstand for kontrol, d.v.s. at beskrivelsens »sandhed« eller »sandsynlighed« skal kunne søges efterprøvet.

Også i retsanvendelsen træffer man ved tolkning af lovtekster o.l. de to nævnte fortolkningsformer – sproglig tolkning og »real« tolkning. Retsanvenderens objekt ved og formål med fortolkningen udviser, trods disse lighedspunkter, dog afgørende forskelle fra historikerens. Hvad objektet (indholdet af teksten) angår, er dette et *direktiv* og ikke et brudstykke af en eller anden fortidig virkelighed. Målet med tolkningen kan derfor aldrig indskrænke sig til en beskrivelse med større eller mindre sandhedsværdi – direktivers »sandhed« eller »falskhed« er det som nævnt i kapitel I meningsløst at diskutere. Målet er i stedet at bidrage til udførelsen af den samme sted nævnte *praktiske handleopgave*, nemlig tilvejebringelse af en del af grundlaget for at kunne *træffe afgørelse* om et foreliggende retsspørgsmål. For retsanvenderen består der – i modsætning til historikeren – videre ingen frihed til at nøjes med angivelse af meningsalternativer eller eventuelt til at konstatere, at tekstens indhold ingen mening giver. Tværtimod foreligger der *beslutningstvang*, d.v.s. at den nævnte opgave *skal* udføres. Uanset hvor fattige holdepunkterne end måtte være, er det nødvendigt at fastlægge direktivets meningsomfang, i princippet såvel i generel henseende som med hensyn til dets anvendelse i det foreliggende konkrete tilfælde (generel tolkning og subsumption, jfr. ovenfor i kapitel IV). De anførte forhold fører endelig – som det følgende nærmere vil vise – til, at der ved tolkning i retsanvendelsen optræder typer af vurderinger, som er fuldstændig fremmede for tolkning i andre faglige sammenhænge, eksempelvis vurderinger der bl.a. baseres på overvejelser over de fremtidige – konkrete og/eller generelle – *konsekvenser*, som det ene eller det andet fortolkningsresultat vil drage med sig.

Som tidligere omtalt opfattes tolkningslæren her ikke som nogen »lære« i den forstand, at den giver normative anvisninger på, hvorledes man inden for alle dele af retsordenen skal eller bør gå til værks, når meningen med de i lovtekster m.v. liggende direktiver søges fastlagt. De forskellige principper o.l. er vage og ubestemte, om muligt i endnu højere grad end retskildelærens. I dag er det utvivlsomt den overvejende opfattelse, at tolkningslæren alene siger noget om, hvilke faktorer der *kan* spille en rolle ved tolkningen, og hvilken fremgangsmåde der *sædvanligvis* følges af de retsanvendende myndigheder, begge dele med ikke ringe usikkerhed. Tolkningslæren har derfor med andre ord *deskriptiv* karakter og udelukker ikke afvigelser mellem de forskellige retsområder.

Behovet for fortolkning foreligger som omtalt ovenfor side 81 i princippet med hensyn til alle retskildefaktorer, men vil praktisk set oftest være mest påtrængende ved lovgivning og lignende generelle retsforskrifter samt ved

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

retsafgørelser. Den følgende fremstilling beskæftiger sig derfor fortrinsvis med materiale af denne art. Der skelnes inden for den første kategori mellem tolkning af national lovgivning m.v. på den ene side (9.2) og af EU-retten og af andet internationalt materiale på den anden (9.3 – 9.4). Derimod sondres der i hovedsagen ikke mellem generel og individuel tolkning (ovenfor side 86), idet det i almindelighed er de samme forhold, som tages i betragtning ved begge former. De holdepunkter i form af tekst, formål m.v., som inddrages i tolkningsprocessen, betegnes som *tolkningsfaktorer* eller *tolkningsdata*, medens de afvejningsmomenter, som tillægges betydning ved den endelige (vurderende) fastlæggelse af forståelsen, kaldes *tolkningshensyn*. Grænsen kan praktisk set være vanskelig at trække, og anvendelse af forskellige tolkningshensyn vil ofte være uadskilleligt forbundet med afvejningen af de enkelte faktorer i forhold til hinanden (ovenfor side 89), jfr. i øvrigt den tidligere fremhævede snævre forbindelse mellem tolkningslæren og retskildelæren.

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

9.2.1. Indledning

Som ved anden fortolkning er udgangspunktet ved tolkning af lovtekster o.l. den sproglige ytring som *helhed* i forbindelse med den *kontekst* og den *situation*, hvori den forekommer. I dette afsnit beskrives en række momenter, som de retsanvendende myndigheder typisk hæfter sig ved i denne forbindelse. Inddelingen i forskellige underafsnit er i første række fremstillingsteknisk betinget og udtrykker således hverken nogen tvingende rækkefølge eller trindeling, ligesom det heller ikke forudsættes, at der i alle tilfælde bliver tale om at tage hensyn til hvert enkelt af de anførte forhold. Indledningsvis kan det være nyttigt at slå fast, at det umiddelbare sigte med tolkningen i almindelighed vil være at søge holdepunkter i de omtalte momenter for, hvad udstederen – typisk lovgiveren – *fornuftigvis* kan have ment, ikke forstået som det teoretisk mulige, men derimod som det *praktisk rimelige*, jfr. Ross 1971, 169. I videre forstand er sigtet naturligvis at tilvejebringe en del af grundlaget for løsningen af den i forrige afsnit omtalte praktiske handleopgave.

9.2.2. Sproglig analyse

Tolkningsprocessens indledende stadium udgøres oftest af en *sproglig analyse* af den foreliggende (lov-)tekst. Hvad det i denne tidlige fase drejer sig om, er at fastslå betydningen af de anvendte ord, herunder ved hensyntagen til disses forbindelse i sætningsbygningen (såkaldt leksikalsk/semantisk og syntaktisk

fortolkning). Det er selvfølgelig en misforståelse at tro, at den sproglige mening med teksten fremstår som resultatet af en simpel addition af hvert enkelt ords betydning. Denne ligger – som foran bemærket – ikke fast, men veksler med den sammenhæng, i hvilken ordet er benyttet. Ordet »arbejde« har fx adskillige leksikalske betydninger, herunder både en bestemt form for menneskelig aktivitet og denne aktivitets produkt. Benyttes ordet fx i social- og arbejdsmarkedslovgivningen, peger den herved givne sammenhæng naturligvis entydigt på den første af disse forståelser.

Fastlæggelsen af den kontekst, der bør tages i betragtning, spiller som alt nævnt en væsentlig rolle for fortolkningen. Normalt henregnes til en lovbestemmelses kontekst hele den lov, i hvilken bestemmelsen findes, men grænsen sættes dog næppe her i praksis. Det kan således være nærliggende – ud fra antagelser om konsekvens og konsistens i retsordenen – som kontekst at medtage i hvert fald den del af denne, hvortil den pågældende lov hører, her se på bestemmelsens plads og funktion og lade forståelsen påvirke af de fordringer, som systematisk konsekvens formodes at stille. Anvendes samme begreb fx i forskellige love inden for samme retsområde, er der i overensstemmelse hermed måske en formodning for, at det alle steder skal forstås på samme måde, omend der, når der er tale om lovgivning, der er stærkt påvirkelig af skiftende politisk-økonomiske forhold, kan være en vis anledning til at udruste sig med skepsis i så henseende.

Når der er tvivl om betydningen af en lovtekst, siges det ofte, at fortolkningsopgaven går ud på at fastslå ordenes eller ytringens *naturlige sproglige forståelse*. Henvisninger hertil forekommer også af og til i præmisserne til retsafgørelser som argument for en bestemt løsning, jfr. ovenfor i eksempel 43. Udsagnet er i al sin generalitet temmelig vildledende. Der gives simpelthen ingen uafhængig »naturlig sproglig forståelse« – en sådan er det overhovedet først muligt at drøfte den eventuelle tilstedeværelse af, når helheden og sammenhængen – herunder en eventuel antikveret sprogbrug i en gammel lovbestemmelse – er blevet taget i betragtning, jfr. Ross 1971, 168f. Noget andet er, at der formentlig kan opstilles et almindeligt tolkningsprincip gående ud på, at en holdbar tolkning *formodningsvis* skal være *sproglig rimelig*, d.v.s. stemmende med sædvanlig sprogbrug, således at det, hvis der skal foretages afvigelser herfra, påhviler fortolkeren at påvise grundlaget for at afkræfte formodningen. I denne forbindelse er der grund til at være opmærksom på, at forståelsen efter »sædvanlig sprogbrug« ikke uden videre er sammenfaldende med forståelsen efter »dagliglivets sprog«. Adskillige ord og begreber tillægges én betydning i dagligsproget og en noget anden, når de benyttes i lovgivningen, jfr.

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

Eksempel 50:

Den mest almindelige sproglige betydning af ordet »levere« er, at noget overdrages eller overføres fra én person til en anden. I køberetten er ordet bærer af leveringsbegrebet, som er af central betydning for fastlæggelsen af retsstillingen mellem køkets parter, jfr. bl.a. købelovens §§ 9-11 og CISG art. 31-33. Betydningen er her langt mere præcis, idet »levering« i almindelighed opfattes som »de handlinger fra sælgerens side, som udkræves for på rette måde at skaffe køberen besiddelsen af salgsstanden«, jfr. *Ussing* 1967, 22s.

I tilfælde som i eksemplet er det naturligvis »sædvanlig (juridisk) sprogbrug«, der er relevant. Hertil kommer, at lovgivningen hyppigt direkte betjener sig af juridisk eller anden fagterminologi, d.v.s. at anvendte ord overhovedet ikke forekommer i dagligsproget.

Som det ses, angår ikke engang den sproglige tolkning rene kundskabs-spørgsmål. Også den er principielt forbundet med vurderinger fra fortolkerens side, fx med hensyn til hvilken kontekst der bør tages i betragtning (allerede beslutningen om at ville undersøge et ords leksikalske betydning udtrykker for så vidt et valg). I grunden er det derfor en tilsnigelse, når det undertiden siges, at en regel er klar og præcis og overhovedet ikke giver anledning til fortolkningstvivl. Ingen regler har denne karakter. Meningen med udsagn af den pågældende art må da også opfattes som en anden, nemlig at der antages at foreligge et sikkert tilfælde af såkaldt »referensfald«, d.v.s. at det *opleves* som indiskutabelt, at et foreliggende konkret tilfælde opfylder reglens mening, jfr. bemærkningerne ovenfor om det typiske og det usædvanlige og *Ross* 1971, 158.

9.2.3. Logikkens betydning

Som tidligere omtalt kan retsafgørelsen ikke ses som slutproduktet af en logisk proces. Heraf følger imidlertid ikke, at *elementær logik* ingen rolle spiller for retsanvendelsen.

Logikkens væsentligste betydning er så indlysende, at den nærmest ikke behøver omtale: Den virker som *negativt kontrolinstrument* i forhold til de slutninger, der drages. Selvmodsigende ræsonnementer er selvfølgelig lige så uholdbare inden for retsanvendelsen som andre steder.

Ofte tales der derudover om såkaldte »logiske fortolkningsproblemer«, idet man som sådanne opfatter problemer, som konstateres »ved en logisk analyse af lovstoffet«, jfr. *Ross* 1971, 150ff. Blandt de vigtigste af disse problemer fremdrages de, der foreligger, når to regler er i *modstrid* med hinanden, d.v.s. når de til *samme faktiske betingelser* knytter *uforenelige retsfølger*. Et sådant forhold kan i princippet foreligge på følgende måder:

Som *total* modsigelse, såfremt det om begge regler gælder, at ingen af dem er anvendelig, uden at der bliver tale om konflikt med den anden.

Som *total-partiel* modsigelse, såfremt det om den ene regel gælder, at den under ingen omstændigheder kan anvendes uden at stå i modstrid med den anden, medens denne også har et videre anvendelsesområde, hvor den ikke kolliderer med den første.

Som *partiel-partiel* modsigelse eller såkaldt *regelkrydsning*, såfremt det om begge regler gælder, at de har et anvendelsesområde, hvor de strider mod hinanden, men også hver for sig et videre område, hvor konflikt ikke foreligger.

Af disse situationer er regelkrydsningen langt den hyppigst forekommende. Total modsigelse findes der næppe (sikre) eksempler på.

Det beror formentlig på en overdrivelse af logikkens muligheder, såfremt det antages, at man ved hjælp af denne kan få mulighed for at konstatere, om konflikter af den nævnte art foreligger. Hvorvidt dette er tilfældet, beror i praksis sædvanligvis i større eller mindre grad på overvejelser af alogisk karakter, d.v.s. på vurderinger. Udtrykket »logiske fortolkningsproblemer« er følgelig ikke særlig heldigt.

Såfremt modstrid tør antages – hvilket altså netop er det springende punkt – kan der blive tale om at drøfte anvendelsen af principperne *lex superior*, *lex specialis* og *lex posterior*. Strengt taget udtrykker disse nærmest retskildeprincipper, men traditionelt medtages de ved fremstilligen af tolkningslæren, jfr. Ross 1971, 153ff og Stuer Lauridsen 1992, 135ff.

Lex superior-princippet fører til, at en *trinhøjere* regel fortrænger en *trinlavere*, fx fortrænger regler på forfatningsniveau (modstridende) regler i den almindelige lovgivning, disse igen (modstridende) regler i bekendtgørelser (anordninger) o.s.v. Det er indlysende, at princippet kun kommer til anvendelse, når reglerne støttes på forskellige regelsæt, jfr. i øvrigt ovenfor side 40.

Efter *lex-specialis-princippet* går af to trinlige regler den *specielle* forud for den *almindelige*. Findes reglerne i *samme* lov, bruger man sædvanligvis ikke *lex specialis*-terminologien, men derimod betegnelserne hovedregel og undtagelse (med formodning for at den sidste går forud for den første). Er der tale om regler i *forskellige* love, vil *lex specialis* normalt kun være praktisk ved total-partiel modsigelse, idet de to regler ved regelkrydsning begge kan siges at være almindelig og speciel i forhold til hinanden.

Af *lex-posterior-princippet* antages endelig at følge, at af to trinlige regler skal den *ynge* have fortrin frem for den *ældre*. Ved total-partiel modsigelse vil der her ofte tillige foreligge en *lex specialis*-situation, og principperne kan da enten samvirke eller trække i hver sin retning.

Anvendelsen af de pågældende principper har selvfølgelig ikke det fjerneste med logik at gøre. Der tilkommer dem ikke tvingende karakter, d.v.s. at de alene har status som fortolkningssynspunkter uden nogen afgørende vægt i

forhold til andet materiale. Den praktiske betydning er beskeden, i hvert fald i forholdet mellem nationale regler.

9.2.4. Subjektiv og objektiv tolkning

Betydningen af kontekst og situation gør det nærliggende at antage, at *loves forarbejder* spiller en vigtig rolle som tolkningsfaktor. Forarbejdernes relevans som *retskildefaktor* er allerede omtalt ovenfor side 99. Her følger derfor alene nogle supplerende bemærkninger om sådant materiale med tilknytning til den traditionelle tolkningslære, jfr. i øvrigt Ross 1971, 165ff, *Stuer Lauridsen* 1992, 125ff og 132ff og v. *Eyben* 1991, 27ff.

Berettigelsen af at tage hensyn til forarbejder (også kaldet »historisk tolkning«) har gennem tiderne været debatteret livligt mellem tilhængerne af den såkaldte *subjektive fortolkningstype* på den ene side og på den anden de, der er gået ind for såkaldt *objektiv tolkning*. Ved *subjektiv* tolkning ses formålet med tolkningsvirksomheden – noget forenklet og derfor ikke helt retvisende – som en fastlæggelse af *lovgiverens hensigt* med det pågældende direktiv. Det forbyder ganske vist sig selv at opnå kendskab til det egentlige subjektive forestillingsindhold hos »lovgiverne«, hvad enten disse opleves som en helhed eller ses som enkeltpersoner, og forstået på denne måde er begrebet »subjektiv tolkning« følgerig meningsløst. Omstændighederne omkring loves tilblivelse, i særdeleshed disses forarbejder og øvrige forhistorie, antages imidlertid at kunne give vigtige oplysninger om baggrunden for og forståelsen af tvivlsomme regler. Det er netop omkring disse omstændigheder, at subjektiv tolkning hævdes at have både mening og egenart: Selvom tolkningen som udgangspunkt må baseres på lovteksten, og selvom det ikke udelukkes, at andre tolkningsfaktorer kan spille en rolle for resultatet, lægges der stor – eventuelt ligefrem afgørende – vægt på udtalelser i forarbejder til teksten.

For objektiv tolkning siges det derimod at være karakteristisk, at det her drejer sig om at udfinde *lovens hensigt*. Bedømmelsen antages altså at skulle frigøres fra »ophavsmandens« intentioner og i stedet at måtte knyttes til omstændigheder ved tilkendegivelsen i direktivet som sådan, således som denne i almindelighed opleves af adressaterne. Forarbejder ses der bort fra og konteksten ved objektiv tolkning bliver følgerig mindre omfattende end ved subjektiv. Konsekvensen heraf er, at retsanvenderen ved brug af den objektive type udstyres med større frihed og tolkningen tenderer derfor – paradoksalt nok – til i højere grad at blive subjektiv end ved den subjektive model, jfr. ovenfor side 274 om betydningen af udvidet kontekst. At der ses bort fra forarbejder er dog ingenlunde ensbetydende med, at der ved objektiv tolkning kun tages hensyn til rent sproglige forhold. Ofte inddrages andre omstændigheder, typisk af mere eller mindre vurderingspræget karakter, fx antagelser om

lovens formål, jfr. nedenfor side 283, og den foreliggende regels forhold til andre regler i den øvrige del af retsordenen.

Der forekommer talrige tilfælde, hvor indholdet af en bestemmelse i lovgivningen opleves som så klart både efter ordlyd og forarbejder, at det er interesseløst at drøfte modsætningen mellem de to tolkningstyper (i forhold til et foreliggende faktum vil der i sådanne tilfælde foreligge et sikkert »referensfald«). Men også bortset herfra spiller modsætningen en såre beskeden rolle i dansk praksis. Det ønskværdige eller uønskværdige i brugen af forarbejder – eller i hvert fald visse dele af disse – kan ganske vist som tidligere omtalt principielt diskuteres, især hvis spørgsmålet anskues ud fra en retssikkerhedssynsvinkel. Som anført ovenfor side 99 kan det imidlertid ikke diskuteres, at brug af forarbejder i vidt omfang rent faktisk finder sted både hos domstole og forvaltningsmyndigheder, og det er i denne sammenhæng selvfølgelig ligegyldigt, om forarbejderne opfattes som retskildefaktor eller som fortolkningsdatum.

Herfra bør dog ikke sluttes, at de retsanvendende myndigheder i Danmark i almindelighed præfererer en subjektiv tolkningstype. Hvad *domstolene* angår, er det som tidligere nævnt for det første givet, at der for disse hverken foreligger eller i almindelighed opleves nogen egentlig pligt til at tage hensyn til forarbejder, endsige til at »følge« disse; de tjener – ligesom de øvrige tolkningsfaktorer – i praksis højst som holdepunkter for vurderende virksomhed. Dernæst ligger det sådan, at der ikke på grundlag af praksis kan opstilles almindelige detaljerede og sikre anvisninger om, *hvornår* forarbejder overhovedet benyttes, *hvilken* (relativ) *vægt* de i givet fald tillægges, og *hvilke elementer* i forarbejderne som findes at have størst betydning. Formodningsvis inddrages forarbejder først og fremmest i overvejelserne i tilfælde, *hvor* det foreliggende konkrete tilfælde befinder sig i eller i nærheden af periferien af den pågældende regels sproglige dækningsområde, *hvor* forarbejderne er (forholdsvis) nye, og *hvor* de efter deres beskaffenhed skønnes at tale med betydelig autoritet, jfr. om det sidste

Eksempel 51:

Efter konkurslovens § 16a, stk. 1, kan skifteretten, såfremt det må anses for nødvendigt af hensyn til betalingsstandsningens formål, når skyldneren med tilsynets samtykke fremsætter begæring derom, bestemme, at der ikke skal kunne foretages udlæg eller rådighedsberøvelse eller søges fyldestgørelse på grundlag af pantefordringer, som ikke vil kunne omstødes i tilfælde af konkurs. Efter § 16a, stk. 2, 1. pkt., skal skyldneren, når der er truffet afgørelse efter stk. 1, betale løbende ydelser på de i stk. 1 nævnte pantefordringer.

Under folketingsbehandlingen i 1984 af det lovforslag, som bl.a. førte frem til § 16a, tilkendegav Justitsministerien over for Folketingets retsudvalg, at den nævnte regel i § 16a, stk. 2, ikke omfattede panthavere ifølge ejerpantebreve og andre ikke-fikserede pantefordringer.

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

Et pengeinstitut, som havde et betydeligt tilgodehavende, som var sikret ved ejerpantebrev, krævede, da skyldneren anmeldte betalingsstandsning og skifteretten havde truffet beslutning efter § 16a, stk. 1, at der efter stk. 2 afsattes beløb til dækning af løbende renter af skylden. Ved kendelsen i UfR 1990/204 afviste Vestre Landsret dette krav med henvisning til, at stk. 2 ikke kunne fortolkes i strid med Justitsministeriens tilkendegivelse overfor retsudvalget. Retten føjede – ganske korrekt – til, at dette gjaldt, uanset om der måtte kunne rejses berettiget tvivl om det hensigtsmæssige i denne fastlæggelse af bestemmelsens anvendelsesområde.

Sikre efterretninger om de anførte forhold savnes imidlertid. Selvom der i præmisserne til en given afgørelse henvises til forarbejder til støtte for resultatet, er det – med bortset fra så klare tilfælde som i eksempel 51 – videre ikke sjældent vanskeligt at afgøre, hvor stærkt de pågældende data har talt med ved siden af andre tolkningsfaktorer. Forarbejder benyttes altså, men nok i almindelighed med større frihed end det en egentlig subjektiv tolkningstype i den omtalte forstand skulle føre til. Det har herefter ikke megen mening at drøfte modsætningen mellem objektiv og subjektiv tolkning for domstolenes vedkommende.

Situationen er måske en lidt anden med hensyn til *forvaltningsmyndighederne*. Af let forståelige grunde vil disse ofte føle en større binding til forarbejder end domstolene, også til sådanne som ikke på forhånd kan siges at tale med nogen særlig autoritet. Sammenlignes forvaltningsmyndighederne med domstolene, kan man således muligvis sige, at de første er mere subjektivt orienterede. Vidererækkende konsekvenser vil dette dog kun kunne tænkes at få på områder, hvor domstolsprøvelse af forvaltningens afgørelser er udelukket eller – væsentlig mere praktisk – faktisk ikke forekommer.

Det kan drøftes, om modsætningen mellem objektiv og subjektiv tolkning (brug af forarbejder eller ej) refererer sig til *begrundelsen* for en given afgørelse eller til dennes *resultat*, jfr. på den ene side *Gram Jensen* 1989, 110 og 1990, 386 og 486 og på den anden *Blume* 1990, 200 og 440. På det principielle plan er der ingen tvivl om, at begrundelsessynspunktet er korrekt, hvorimod man for en praktisk betragtning vist må sige, at der er tale om en strid om kejserens skæg.

9.2.5. Formål

Som *teleologisk* betegnes en fortolkning, såfremt fortolkerens væsentligste opgave ses som en fastlæggelse af en given regels meningsomfang ud fra overvejelser over, hvad dennes *formål* må antages at være.

Teleologisk fortolkning er almindeligt forekommende hos EF-Domstolen, jfr. nedenfor side 299. Hos nationale domstole og forvaltningsorganer er der på den ene side ingen tvivl om, at hensyntagen til udtalt eller antaget formål spiller en rolle, hvorimod der på den anden næppe kan opstilles almindelige retningslinier for, hvornår dette sker, og hvilken vægt det pågældende moment

i givet fald tillægges. Klarest synes situationen at være, hvor der foreligger et samvirke med andre tolkningsdata, jfr. til illustration dommen i eksempel 43. Usikkerheden har i ikke ringe grad sammenhæng med, at det ganske ofte er forbundet med betydelige vanskeligheder overhovedet at fastslå et formål eller at fastslå det med tilstrækkelig entydighed. Såfremt der savnes udtrykkelige og rimelig præcise formålsangivelser i vedkommende lovgivning eller manifesterede holdpunkter i foreliggende forarbejder, vil forsøg på at fastlægge formålet med en given national regulering hyppigt ende enten i noget helt intetsigende eller i rene gætterier, i sidstnævnte fald således at formålsbestemmelsen reelt må ses som udtryk for fortolkerens egne vurderinger. Sådanne *hypotetiske formålsangivelser* er ikke relevante fortolkningsdata, se som eksempel den kuriøse dissens til landsretsdommen i UfR 1986/462 H.

9.2.6. Særlige tolkningsdata i forvaltningsretten?

Efter traditionen antages fortolkning af den forvaltningsretlige lovgivning i princippet ikke at adskille sig fra anden lovfortolkning. Denne antagelse er utvivlsomt fortsat korrekt, omend visse tolkningshensyn vil have særlig eller muligvis eksklusiv betydning ved fortolkning af lovgivning med forvaltningsretligt indhold, jfr. nedenfor side 290.

Noget andet er, at der ikke længere råder enighed om, at tolkningen bør foregå på traditionel vis. Det er navnlig blevet hævdet, at lovgivningen må tolkes således, at der tages hensyn til de ændrede funktioner, den – især på forvaltningsrettens område – har fået i de seneste tiår, jfr. *Boe* 1987, 651ff. Som sådanne funktioner henvises for det første til, at omfattende dele af moderne forvaltningslovgivning er udtryk for, at »forvaltningsstyring« erstatter »normstyring« (forvaltningen udstyres med vidtgående fuldmagter, eventuelt findes den eneste fastlæggelse af, hvad forvaltningen kan/skal gøre, i formålsangivelser i loven). Dernæst antages moderne forvaltningslovgivning ofte at have »ikke-retlige« funktioner, fx af politisk eller opinionsdannende karakter (løsning af konflikter på »den politiske arena«, ophøjelse af »politiske værdier«, legitimering af handlekraft over for vælgerne og ændring af »virkeligheden« gennem påvirkninger – via lovgivningen – af en tilbagestående folkelig opinion). Ved traditionel lovfortolkning vil disse funktioner blive forbigået. For at undgå dette må man anerkende andre tolkningsdata ved siden af de hidtil anvendte, især mulige *efterarbejder* til lovene hidrørende fra lovgiverside, i hvert fald når disse arbejder har rimeligt sikker udsagnsværdi. På tilsvarende måde bør lovtekst og forarbejder læses i lyset af de nævnte politiske funktioner, og disse data vil da kunne vise sig at have betydning på anden måde end den tilvante (»politisk sociologi som baggrundsstof for lovfortolkning«).

Ligesom inden for retskildelæren, jfr. ovenfor side 126, giver den refererede opfattelse anledning dels til drøftelser af *retspolitisk* karakter, dels til en stillingtagen til hvorvidt der i domstolenes og forvaltningens praksis *rent faktisk* tolkes på den anførte måde, d.v.s. med inddragelse af de omtalte data og med anvendelse af de nævnte hensyn. Hvad det retspolitiske aspekt angår, kan man fremføre præcis de samme indvendinger som inden for retskildelæren,

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

altså især omkring konsekvenserne for den konstitutionelle magtfordeling og for hensynet til forudseelighedsretssikkerheden. Vedrørende den empiriske side må der sondres mellem på den ene side den beskrevne udvikling i *lovgivningen* og dennes ændrede funktioner og på den anden udviklingen i myndighedernes – herunder naturligvis domstolene – *tolkningspraksis*.

Hvad udviklingen i lovgivningen angår, indeholder den refererede beskrivelse væsentlige overdrivelser og uklarheder, i hvert fald for danske forholds vedkommende.

For det første giver det et fortegnet billede af den »moderne forvaltningslovgivning« at fremhæve det som noget nær karakteristisk for denne, at den skulle være præget af »forvaltningsstyring« og ikke af »normstyring«. Bortset fra, at disse slagord synes at hvile på den forkvaklede opfattelse af tidligere tiders retsanvendelse som »subsumptionslogik«, jfr. ovenfor side 89, er forholdet det, at hovedmassen af den forvaltningsretlige lovgivning (fortsat) afstikker materielle grænser for forvaltningens handlefrihed. Tilbage er en mindre del, hvor betegnelsen »forvaltningsstyring« vel med en vis ret kan være på sin plads, især fordi den angår foranstaltninger, hvis iværksættelse og kvalitet umiddelbart forudsætter en (af forvaltningen foretaget) prioritering af det offentliges ressourceanvendelse. Heller ikke her handler forvaltningen imidlertid frit, men begrænses i sin virksomhed af fx magtfordrejnings- og lighedsgrundsætningerne. Dernæst er praktisk talt al lovgivning slutproduktet af en politisk prioriteringsproces og har således i allerhøjeste grad en stillingtagen til forskellige politiske værdier som forudsætning. For at der overhovedet kan blive mening i at drøfte, om eventuelle ikke-retlige funktioner ved en given lovgivning har spillet en rolle i en sådan proces, og om de skal tillægges nogen betydning, må der redegøres nærmere for, hvorledes disse defineres og måles, herunder for hvorledes de lader sig adskille fra de retlige. I mangel heraf reduceres funktionsbeskrivelsen til et temmelig interesseløst postulat.

Den udviklingsmæssige baggrund i lovgivningen for, at der skulle eller burde foreligge en anden tolkningspraksis, har, som det vil være fremgået, helt andre – og langt mere beskedne – dimensioner, end den refererede opfattelse går ud fra. Det er da også karakteristisk, at det kniber fælt med bæredygtige konkrete eksempler på, at der skulle foreligge mere omfattende ændringer i de retsanvendende myndigheders vurdering af, hvad der er relevante tolkningsdata og tolkningshensyn. En generel henvisning til efterarbejders relevans er ikke særlig spændende. Tolkningsslæren »forbyder« ikke anvendelse, endsige hensyntagen, til efterarbejder, og det interessante omkring sådanne mulige data er derfor, hvornår de findes af betydning og da med hvilken vægt. Det mangler der svar på. Den »politiske sociologi« kan der ikke påvises mindste spor af i praksis, medmindre man da vil holde sig til den helt banale konstatering, at domstolene – som faktisk har en århundredlang tradition for at tage stilling til værdispørgsmål, også på meget generelt plan – så vidt gørligt loyalt søger at føre lovgivningsmagtens intentioner ud i livet.

9.2.7. Tolkningshensyn

Sproglig analyse af lovtæksten, forarbejder til den pågældende lovgivning, antagelser om dennes formål og den sammenhæng, der består mellem de i teksten indeholdte regler og regler i den øvrige del af retsordenen, er som nævnt faktorer, der typisk er med til at lede de retsanvendende myndigheder frem til opfattelsen af, hvilket almindeligt indhold en given regel har, og om den lader sig anvende i et foreliggende konkret tilfælde. Ingen af de nævnte forhold determinerer imidlertid – hverken i almindelighed eller i den konkrete sammenhæng – på tvingende vis den pågældende myndigheds antagelse om reglens meningsomfang, men er, som tidligere omtalt, blot *holdepunkter* for fortolkningen. Da denne i sidste ende nødvendigvis må munde ud i, at der træffes en beslutning, er det klart, at tolkningsprocessen på den nævnte baggrund implicerer foretagelsen af en række *valg* mellem forskellige alternativer. Der er ikke tvivl om, at man her står over for langt det vigtigste spørgsmål i tolkningslæren: Hvilke *hensyn* og hvilke *vurderinger* er det egentlig, som i almindelighed motiverer de retsanvendende myndigheder ved de pågældende valg?

Spørgsmålet om, hvilket alternativ der bør præfereres, og hvorledes der bør argumenteres herfor, foreligger i princippet overalt, hvor der skal træffes afgørelse i henhold til retsregler. I praksis er valgsituationen givetvis som regel ikke den afgørende myndighed bevidst som et problem. Som sådant *opleves* det kun, såfremt den pågældende regels referens ikke umiddelbart findes oplagt, og hvor der ikke er kontante og autoritative vejledninger at hente i de omtalte tolkningsfaktorer og/eller i tidligere praksis i lignende sager. Set fra en praktisk synsvinkel får det følgende derfor først og fremmest betydning i tilfælde af denne art.

I den i Danmark herskende udformning af tolkningslæren går der med hensyn til valgsituationen ud fra, at de retsanvendende myndigheders umiddelbare opgave er at finde frem til den *praktisk rimelige* (og ikke teoretisk sandsynlige) forståelse af det direktiv, tolkningen angår, jfr. Ross 1971, 169. Ved valget spiller såkaldte *pragmatiske faktorer* en afgørende rolle. Herved forstås i almindelighed »alle medbestemmende hensyn der er baseret i en vurdering af resultatets *praktiske rimelighed* målt i forhold til visse forudsatte vurderinger« (m.u.). Disse hensyn gør sig gældende overalt, hvor fortolkningsresultatet afviger fra, hvad en rent sproglig tolkning ville føre til. Nærmere betegnet viser de sig gennem »bevidste overvejelser over de *konsekvenser*, som den ene eller den anden fortolkning vil trække med sig i forbindelse med en *vurdering* af disse konsekvenser målt i forhold til *forudsatte indstillinger* (hensyn) og en *afvejning* af disse forskellige vurderinger eller hensyn« (m.u.). Som *eksempler* på vurderinger af den pågældende art anføres »forudberegnete specielle

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

sociale virkninger«, »almindelige betragtninger over fortolkningens retstekniske skarphed«, »dens harmoniske indpasning i det øvrige retssystem« og »de kulturelle idéer dette hviler på« (Ross 1971, 170). Det sidstnævnte moment viser, at »forholdets natur« (»kulturtraditionen«) ikke blot antages at spille en rolle som retskildefaktor, jfr. ovenfor side 137, men at der tillige er tale om omstændigheder, som formodes at øve indflydelse på forståelsen af lovgivningen.

Der er næppe grund til at betvivle, at de retsanvendende myndigheders *holdning* til fortolkningsopgaven i almindelighed er præget af ønsket om at opnå praktisk rimelige resultater, og »praktisk rimelighed« kan derfor i en vis forstand siges at udgøre den overordnede ledetråd ved tolkning af lovgivningen. Den type tolkning, der anvendes, er således »rimelighedstolkning«, og de forskellige tolkningsfaktorer tillægges typisk vægt alt efter, om de bidrager til realisation af en »praktisk rimelig« forståelse af teksten eller ej. Det er sikkert også rigtigt, at vurderinger/hensyn af den omtalte art spiller en vigtig rolle som målestokke i denne forbindelse; de anførte eksempler går da også igen andre steder i tolkningslitteraturen og suppleres med ligeartede, især med interesseafvejnings-, retfærdigheds- og retssikkerhedshensyn, jfr. fx *Eckhoff* 1993, 312ff. Men det må selvfølgelig erkendes, at både ledetråden og de nævnte vurderinger/hensyn er af overordentlig bred og ubestemt karakter, og disse udgangspunkter kan derfor kun i temmelig begrænset omfang yde *præcis* vejledning om, hvad der lægges vægt på i praksis. På forhånd er der utvivlsomt heller ikke grund til at tro, at vurderingstemaerne har en enkelt og usammenSAT karakter. »Praktisk rimelighed« ud fra de anførte hensyn kan fx give anledning til overvejelser både i relation til konsekvenserne i det konkrete tilfælde og til de generelle følger for forståelsen af den pågældende regel. Sådanne overvejelser kan meget vel føre i forskellige retninger. En yderligere vanskelighed for beskrivelsen af praksis opstår som følge af, at de afgørende vurderingstemaer ikke sjældent slet ikke kommer op til overfladen i præmisserne eller dog kun i ufuldstændig skikkelse og følgelig ikke kan granskes (fuldtud), jfr.

Eksempel 52:

Ved dommen i UfR 1986/22 tog Højesteret for første gang stilling til spørgsmålet om indkomstbeskatning af ydelser, som den ene part i et papirløst samlivsforhold modtager fra den anden ved samlivets ophør. I det pågældende tilfælde var situationen den, at en 19-årig kvinde (K) ved ophøret af et knap 3-årigt samliv med en 10 år ældre mand (M) bl.a. modtog et beløb på 25.000 kr. Udbetalingen skete i henhold til en mellem parterne indgået aftale, hvorefter »den mellem os tidligere bestående sammenblandede formue deles.....«.

Skattemyndighederne gjorde gældende, at det pågældende beløb var indkomstskattepligtigt efter § 4 i statsskatteloven (lov nr. 149 af 10/4 1922 m. senere ændringer) enten som gave eller som vederlag for udført arbejde, idet man til støtte herfor anførte, at K efter de foreliggende oplysninger om parternes samliv, herunder dettes varighed, ikke havde haft noget

Kapitel 9

krav på ydelsen. K anførte, heroverfor, at hun havde haft et sådant krav, og at ydelsen måtte henføres under statsskattelovens § 5 som en ikke-skattepligtig formueforøgelse.

Hverken § 4 eller § 5, som tilsammen udtrykker væsentlige sider af det – meget uklare – skatteretlige indkomstbegreb, indeholder udtrykkelige regler om ydelser af den i sagen foreliggende art.

Højesterets flertal gav skattemyndighederne medhold. I dommens præmisser bemærkede flertallet først, at K efter oplysningerne om parternes forhold under samlivet, og dettes varighed ikke havde haft krav på at få udbetalt noget beløb af M. Derefter anførte man kort og godt: »I hvert fald under disse omstændigheder findes ydelsen ikke at kunne henføres under statsskattelovens § 5, men må betragtes enten som gave eller som vederlag for udført arbejde og derfor være indkomstskattepligtig efter statsskattelovens § 4«. – Samme problem forelå i afgørelsen i UfR 1986/435 H.

I eksempelsituationen kan det nok af præmisserne til afgørelsen udledes, at denne har beroet på en vurdering, hvorimod der intet nærmere siges om, hvilke hensyn som har været fremme i denne forbindelse, og hvad der er fundet udslagsgivende. Af en dommerkommentar til afgørelsen (UfR 1986 B, 129) fremgår det imidlertid, at dommerflertallet er gået ud fra, at når der ikke forelå et retskrav på den pågældende ydelse, måtte »en realistisk økonomisk vurdering« føre til, at denne skulle henføres under statsskattelovens § 4. Udtrykket »realistisk økonomisk vurdering« er just ikke i sig selv særlig oplysende, men dækker formentlig over det forhold, at flertallet under hensyntagen til ydelsens karakter har foretaget en afvejning og herefter har ment, at ydelsen »passede« bedre ind i § 4 end i undtagelserne herfra i § 5. Skal der sættes en mere generel etikette på vurderingstemaet, må der følgelig blive tale om harmonihensyn. Måske har det tillige spillet en rolle, at tolkningsresultatet giver en forholdsvis skarp retsteknisk regel (ubetinget indkomstskattepligt for ydelser af den pågældende art, når der ikke består et retskrav på ydelsen). Den konkrete rimelighed af resultatet – som i høj grad kan diskuteres – synes derimod ikke at have spillet nogen rolle for flertallet. I andre tilfælde skydes dette moment – meget tænkeligt under nøje hensyntagen til konsekvenserne – i forgrunden, jfr.

Eksempel 53:

Efter arvelovens § 44, stk. 1, kan den, der på grund af sygdom eller andet nødstilfælde er forhindret i at oprette testamente i overensstemmelse med reglerne i §§ 40-43 (d.v.s. for notar eller to vidner), bl.a. oprette testamente uden vidner ved et egenhændigt skrevet og underskrevet dokument (såkaldt »holografisk testamente«). Er formkravene ikke opfyldt, er testamentet ugyldigt, jfr. lovens § 50.

Ved den i UfR 1982/313 refererede dom tog Højesteret stilling til fortolkningen af § 44, stk. 1, i et tilfælde, hvor en person, der havde begået selvmord, havde efterladt sig et holografisk testamente, som var maskinskrevet, men forsynet med håndskreven dato og underskrift. Det lå fast, at testamentet var maskinskrevet af afdøde, og at der havde foreligget en nødsituation som omhandlet i § 44, stk. 1. Højesterets flertal bemærkede under henvisning hertil, at testamentet fandtes »ganske at kunne sidestilles med de i arvelovens § 44, stk. 1,

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsfor skrifter

omhandlende nødtestamenter«, hvorfor det opretholdtes som gyldigt. Mindretallet mente derimod, at testamentet burde tilsidesættes. Idet man henviste til bestemmelsens forarbejder og til doktrinen, fandt man, at § 44, stk. 1, måtte tolkes således, at hele testamentet – for at forebygge mulighederne for falske dokumenter – måtte være skrevet af testator med egen hånd uden mellemkomst af hjælpemidler såsom skrivemaskine.

Ordlyden af arvelovens § 44, stk. 1 (»egenhændigt skrevet«), pegede i eksempl situationen stærkt i retning af mindretallets opfattelse. Det fremgår ikke klart af dommens præmisser, hvad der bevægede flertallet til den anførte (udvidende) fortolkning af bestemmelsen. Også her kaster en dommerkommentar (UfR 1982 B, 321) lys over spørgsmålet. Flertallet er gået ud fra, at anvendelsen af skrivemaskine ved udfærdigelsen af et vigtigt dokument som et testamente »må anses for så naturligt, at et egentligt formkrav om anvendelse af håndskrift må stå som en ejendommelig formalisme«. Man fandt det derfor »undtagelsesvis« forsvareligt at godtage et maskinskrevet dokument i et »særligt tilfælde« som det foreliggende, hvor det lå fast, at hele dokumentet var skrevet af afdøde. Med disse kraftige reservationer må flertallet ved tolkningen siges at have lagt hovedvægten på den konkrete rimelighed, medens mindretallet heroverfor klart har sat de generelle konsekvenser af ubetinget at holde fast ved ordlyden af § 44, stk. 1, i højsædet.

Drejer fortolkningsspørgsmålet sig om regler, hvis overholdelse er sanktioneret med straf, vil hensynet til den enkelte borgers retssikkerhed utvivlsomt altid indgå i overvejelserne og ofte tillige udtrykkeligt være fremdraget i præmisserne, jfr. herved straffelovens § 1, hvorefter *straf* kun kan pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov eller som ganske må sidestilles med et sådant. Ordlyden kan herefter få særlig betydning, jfr.

Eksempel 54:

Efter markedsføringslovens § 8, stk. 1, må erhvervsdrivende ikke fordele gevinster ved lodtrækning, præmiekonkurrencer eller anden foranstaltning, hvis udfald helt eller delvist beror på tilfældet. Bestemmelsens stk. 2 indeholder en undtagelse herfra, idet udgiveren af et periodisk skrift kan foranstalte lodtrækning til fordeling af gevinster i forbindelse med løsning af præmiekonkurrencer. Overtrædelse af forbudet er sanktioneret med straf, jfr. lovens § 19, stk. 3. Af forarbejderne til loven ses det, at det forudsættes, at undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 kun skal anvendes, hvor en af et blad iværksat præmiekonkurrence indgår som led i bladets stof.

Et dagblad iværksatte i forbindelse med en abonnementshvervekampagne en præmiekonkurrence, som ikke var led i bladets stof, og der rejstes herefter tiltale mod bladet for overtrædelse af § 8, stk. 1, med påstand om bødestraf. Ved dommen i UfR 1989/688 H blev bladet frifundet. Højesterets flertal henviste til, at den omtalte bemærkning i forarbejderne til undtagelsesbestemmelsen i § 8, stk. 2, ikke havde støtte i lovteksten og heller ikke med rimelig sikkerhed fremgik af formålet med undtagelsen. Man fandt det herefter under henvisning til straffelovens § 1 betænkeligt ved afgørelsen af strafspørgsmålet at begrænse undtagelsesbestemmelsens rækkevidde som forudsat i forarbejderne. Præmiekonkurrencen ansås derfor som omfattet, ikke af lovens hovedregel, men af undtagelsen.

Specielt hvad den forvaltningsretlige lovgivning angår, synes forholdet – i det omfang bestemte tolkningshensyn overhovedet lader sig identificere – at være det, at konsekvensbetragtninger med forholdsvis snæver tilknytning til den pågældende lovgivnings antagne formål spiller den væsentligste rolle, men der fremkommer også overvejelser, som implicerer hensyntagen til en given tolknings retstekniske skarphed, eller som slet og ret går ud fra, om denne fører til mere eller mindre »rimelige« resultater, uden at målestokken herfor anføres udtrykkeligt. Et par – oftest aldrig eksplicit udtalte – hensyn har måske særlig betydning for domstolene ved tolkningen af forvaltningsretlig lovgivning. Det første af disse vedrører spørgsmålet, om en bestemt regel *snarere bør formuleres af lovgivningsmagten*, eller om domstolene findes lige så egnede hertil, jfr. *Mathiassen* 1983, 1ff og 1989, 320.

Overvejelser omkring dette tema formodes især at gøre sig gældende, når der er tale om stillingtagen til hjemmelsgrundlaget for en given forvaltningsafgørelse, og fortolknings-spørgsmålet kan siges at være af mere grundlæggende karakter. Såfremt domstolene er af den opfattelse, at fortolkningstvivlen er mere egnet til at blive løst af lovgivningsmagten, antages dette i sig selv at være et forhold, som peger i retning af annullation af den omstridte afgørelse, altså til underkendelse af den af forvaltningen anlagte fortolkning. Tilsidesættelse af afgørelsen på grund af manglende eller mangelfuld hjemmel bliver da et signal til forvaltningen (og lovgivningsmagten) om at få den fornødne lovhjemmel tilvejebragt af lovgivningsvejen.

Som et andet særligt hensyn kan der peges på, at *administrativ konvens* (skik og brug) muligt vil være udslagsgivende for domstolene i tilfælde, hvor to fortolkninger har lige meget for sig, og hvor den ene har fundet udtryk i en fast administrativ praksis, jfr. ovenfor side 119.

Hensyntagen til socialt svagt stillede borgere har, også uden for den egentlige forsørgelseslovgivning, fra gammel tid spillet en rolle i lovgivningen, i særdeleshed med hensyn til reguleringen af kontraktlige forpligtelser. Ældst er hensyntagen til ung alder og visse sjælelige forstyrrelser, i hovedsagen således at umyndige og sjælelige forstyrrede personer beskyttes på den måde, at kontraktlige forpligtelser, som sådanne personer påtager sig på egen hånd, uden videre anses for ugyldige. I nyere tid er beskyttelsesfeltet gradvist blevet udvidet. For visse kontraktstypers vedkommende defineres den ene af kontraktens parter på forhånd som potentielt »svag« i forhold til den anden, og der opereres herefter i lovgivningen med præceptive bestemmelser, som har til formål at beskytte den pågældende part, således som tilfældet fx er inden for lejelovgivningen, lovgivningen om forbruger aftaler og forbruger køb og lovgivningen om kreditaftaler. I andre tilfælde giver lovgivningen mulighed for i det konkrete sagsforhold at tilsidesætte indgåede aftaler, navnlig hvis der antages at have foreligget udnyttelse eller andet urimeligt forhold, jfr. be-

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

stemmelserne i aftalelovens §§ 31, 33 og 36. Fastholdes forpligtelsen, fastsætter fuldbyrdelseslovgivningen endelig visse grænser for, hvor tæt kreditor kan gå på debitor, jfr. især det såkaldte »trangsbeneficium« i retsplejelovens § 509.

Der er blevet rejst spørgsmål om, hvorvidt der, også uden for de i lovgivningen positivt normerede tilfælde, ved anvendelsen og tolkningen af især kontraktsrettens regler i almindelighed kan opereres med såkaldte »behovsorienterede rollefigurer« i stedet for kontraktsrettens abstrakte eller funktionelt karakteriserede figurer (parter). Grundlaget herfor ses i den hastige vækst i behovsorienterede regler i lovgivningen og tilsvarende vækst i antallet af konkrete afgørelser med hensyntagen til parternes (sociale) behov. Forekomsten af sådanne regler og afgørelser, fx på de ovenfor omtalte områder, og den hertil svarende politiske accept må føre til overvejelser om, hvorvidt formueretten i almindelighed og kontraktsretten i særdeleshed ikke er tilgængelig for bl.a. en behovsorienteret tolkning, og om der herunder ikke vil kunne opstilles regler om betydningen af såkaldt »social force majeure« (som hævebegrundende eller ansvarsfritagende omstændighed), jfr. nærmere *Wilhelmsson* 1987.

Uden for de i lovgivningen positivt normerede tilfælde ses i hvert fald danske domstole ikke ved tolkningen af denne at tage hensyn til sociale behov eller til en særlig social (presset) situation, og forekomsten af et relevant almindeligt tolkningshensyn af den anførte art må derfor kort og godt afvises. Synspunkterne synes i øvrigt mest at være udtryk for et af egalitære hensyn præget politisk projekt, hvis nærmere skæbne mellem utopi og virkelighed ikke kan være et anliggende for domstolene.

9.2.8. Forskellige tolkningsvarianter og – maximer

9.2.8.1. *Præciserende, indskrænkende og udvidende fortolkning*

De i forrige afsnit omtalte »pragmatiske faktorer« (»reale hensyn«) i fortolkningen antages traditionelt at give sig udslag i praksis i anvendelsen af forskellige tolkningsvarianter, blandt hvilke såkaldt *præciserende*, *indskrænkende* og *udvidende* fortolkning indtager en fremtrædende plads.

Udgangspunktet for de pågældende varianter er i alle tilfælde »den naturlige sproglige forståelse« af den lovtekst, tolkningen angår, d.v.s. at varianterne udtrykker enten overensstemmelse med eller afvigelse fra en sproglig praksis, som anviser »sædvanlig« eller »rimelig« læsemåde og forståelse. Som nævnt side 278 er det pågældende begreb en ret problematisk størrelse, allerede fordi en forståelse af den nævnte art ikke giver sig af sig selv, men tidligst foreligger, når man er kommet et stykke ind i den samlede tolkningsproces. Uanset dette anvendes det traditionelle mønster imidlertid i det følgende, ikke mindst fordi det nærmest synes at være uudryddeligt i praksis. Man kan da som *Ross*

Kapitel 9

(1971, 170) vælge at forstå det på den måde, at det udtrykker den pragmatiske tolkning, som har udelukket det oplagt urimelige.

Præciserende fortolkning taler man om, når pragmatiske hensyn er udslagsgivende for valget mellem flere tydnings, der alle er mulige og rimelige ud fra en »naturlig sproglig forståelse«, jfr.

Eksempel 55:

Efter erstatningsansvarslovens § 19, stk. 1, er der ikke erstatningsansvar i det omfang en skade er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring. Har den ansvarlige forvoldt skaden forsætligt eller ved grov uagtsomhed, eller er skaden forvoldt ved udøvelsen af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed eller virksomhed, som kan sidestilles hermed, gælder dette dog ikke, jfr. bestemmelsens stk. 2. Efter lovens § 20 er staten, en kommune eller en anden offentlig institution, der i almindelighed er selvforsikrer, stillet som om forsikring var tegnet, idet der herved henvises til § 19.

I et konkret tilfælde havde en skoleelev ved simpel uagtsomhed knust en rude i en kommuneskole. Kommunen, der ikke havde glasforsikret, afkrævede ham erstatning svarende til udgiften for en ny rude. Ansvar på grundlag af dansk rets almindelige erstatningsregel var givet. Drengens værger afviste imidlertid kravet under henvisning til § 20, jfr. § 19, idet de anførte, at kommunen, hvad glasforsikring angik, måtte betragtes som selvforsikrer, hvorfor det af § 19 fulgte, at der ikke var ansvar. Under sagen oplystes det, at kommunen havde tegnet forsikring inden for alle øvrige sædvanlige brancher. Langt de fleste kommuner havde helt tilsvarende forsikringsdækning, d.v.s. at dækning for glasskader ikke var almindelig.

Fortolkningsspørgsmålet i sagen angik herefter udtrykket »i almindelighed er selvforsikrer« i § 20. Udtrykket kan læses således, at det refererer sig til skadesforhold generelt, d.v.s. at kommunen har valgt selv at bære alle (sædvanlige) skadesrisici uanset arten (kommunens opfattelse). Det kan imidlertid også forstås på den måde, at det afgørende er kommunens konsekvente undladelse af at tilvejebringe forsikringsdækning for bestemte typer af risici (drengens opfattelse). Landsretten fulgte under henvisning til ordlyden af § 20 sammenholdt med bestemmelsens forarbejder kommunens påstand, hvilket tiltrådtes af Højesteret (UFR 1988/109 H). Retstilstanden er herefter den, at § 20 ikke omfatter såkaldt »delvis selvforsikring«. Den reelle begrundelse for valget af tolkningsalternativ fremgår ikke af dommen. Der kan gættes på, at det er blevet lagt til grund, dels at behovet for ligestilling mellem selvforsikringstilfælde og tilfælde, hvor der er sædvanlig forsikringsdækning, kun foreligger, såfremt vedkommende offentlige myndighed helt undlader at forsikre sig, dels at den modsatte løsning ville føre til mindre rimelige og noget tilfældige resultater for kommunerne i tilfælde, hvor årsagen til den partielle mangel på forsikringsdækning simpelthen er den, at forsikring mod den pågældende risiko ikke er lønsom.

Foretages der *indskrænkende* tolkning, fører pragmatiske hensyn til, at en regel ikke anvendes i tilfælde, som ud fra en naturlig sproglig forståelse klart er omfattet af den, jfr.

Eksempel 56:

Efter den indtil 1967 gældende formulering af straffelovens § 164, stk. 1, straffedes den, som ved falsk anklage, anmeldelse eller forklaring eller ved andre midler søger at bevirke, at en uskyldig sigtes eller dømmes for en strafbar handling.

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

Ved to i 1965 pådømte sager (UfR 1965/620 og 622, jfr. 1965 B p. 266ff) tog Højesteret stilling til bestemmelsens anvendelsesområde i tilfælde, dels hvor anmelderen selv var den skyldige (og altså meldte sig som gerningsmand til en forbrydelse, han ikke havde begået), dels hvor den uskyldigt anmeldte havde samtykket i, at anmeldelse fandt sted. Efter ordlyden kunne der ikke være tvivl om, at reglen også omfattede disse tilfælde. Højesteret frifandt imidlertid for strafansvar og indskrænkede derved anvendelsesområdet. Den væsentligste begrundelse herfor var formentlig den, at såfremt den pågældende adfærd fandtes strafbar, ville man derved anfægte den af retsordenen i øvrigt anerkendte beskyttelse af sigtede personer (fx til ansvarsfrit at afgive urigtige oplysninger til politiet). Se som andet eksempel ovenfor eksempel 34.

Ved *udvidende fortolkning* eller *analogisk anvendelse* af en given regel er forholdet det, at pragmatiske hensyn taler for at benytte denne i situationer, som efter en naturlig sproglig forståelse utvivlsomt falder *uden for* anvendelsesområdet. En grundlæggende forudsætning for således at forskyde grænserne for reglens anvendelse udad vil normalt være forekomsten af, hvad der – noget forenklet – betegnes som *årsagernes lighed* mellem det umiddelbare eller utvivlsomme anvendelsesområde og det område, reglen nu er tænkt anvendt på. Hermed udtrykkes, dels at en vurdering ud fra de hensyn, som må antages at have bestemt reglen, taler for at anvende den uden for dens »naturlige« sproglige område, dels at der ikke mellem dette og det uden for liggende tilfælde er sådanne afvigelser, at krydsende hensyn skaber behov for en forskelligartet behandling, jfr. Ross 1971, 176. Som regel opstilles det videre som betingelse, at der foreligger *et retstomt rum* (»hul i loven«), d.v.s. at det påtænkte anvendelsesområde ikke er undergivet regulering i lovgivningen. Dette krav opretholdes dog næppe helt ubetinget i praksis. Til illustration

Eksempel 57:

Efter arvelovens § 36, stk. 1, kan det ved dom bestemmes, at en person, som har begået en forsætlig overtrædelse af straffeloven, som har medført en andens død, fortaber retten til *arv*, som var afhængig af den dræbtes død, og at hans arv efter en anden person ikke må forøges som følge af lovovertrædelsen.

I en straffesag, hvor der var rejst tiltale mod en mand for at have dræbt sin hustru, nedlagdes der påstand, dels om at manden efter § 36 frakendtes retten til arv efter hustruen, dels om at der i medfør af en analogi af § 36 blev truffet bestemmelse om, at han fortabte retten til som *begunstiget efter hendes livsforsikringspolice* at opbevare forsikringssummen, jfr. forsikringsaftalelovens § 105. Højesteret fulgte ved dommen i UfR 1983/121 begge påstande.

Som det umiddelbart fremgår, kunne begge de klassiske betingelser (årsagernes lighed, hul i loven) for analogisk anvendelse af § 36 siges at være opfyldt. Efter karakteren af forsikringsydelsen og anledningen til dennes udbetaling måtte en parallellisering da også forekomme nærmest oplagt.

Terminologien omkring brugen af udvidende fortolkning/analogi er i øvrigt langt fra klar hverken i praksis eller i doktrinen. Ses der bort fra »analogislutninger«, jfr. nedenfor side 296, tales der således navnlig om »fuldstændig

lovanalogi« ctr. »almindelig analogi«, jfr. fx v. *Eyben* 1991, 120 og 131. Det førstnævnte begreb antages at dække tilfælde, hvor der foreligger en overordentlig høj grad af identitet mellem det regulerede og det ikke-regulerede tilfælde og tillige en meget vidtrækkende parallellitet i behovet for tilsvarende anvendelse af den positivt udtrykte regel. Krav om tilstedeværelse af sådan »fuldstændig lovanalogi« antages at blive stillet inden for strafferetten som forudsætning for analog anvendelse af en given strafbestemmelse, jfr. straffelovens § 1 (se ovenfor ved eksempel 54). I modsætning hertil skulle kravene ved »almindelig analogi« være mindre vidtgående. At der inden for strafferetten kræves mere end ellers for at godtage analogisk anvendelse, er både rigtigt og velbegrunder, men i øvrigt er grænsen mellem »fuldstændig« og »almindelig« analogi naturligvis fuldkommen flydende. I virkeligheden dækker sonderingen formentlig kun over det ret trivielle forhold, at der på visse områder fordres mere end på andre til bæredygtigheden af en argumentation for at anvende en i lovgivningen positivt udtrykt regel uden for det sproglige dækningsområde. I praksis vil man i øvrigt ofte konstatere, at domstolene slet ikke betjener sig af analogi-terminologien, men i stedet fx taler om, at et givet forhold, som ikke er reguleret i lovgivningen, kan »sidestilles med« (eventuelt »ganske kan sidestilles med«) et direkte reguleret, jfr. ovenfor i eksempel 53.

Stærkt beslægtet med udvidende fortolkning/analogi er tilfælde, hvor man i praksis anvender »princippet« i en eller anden bestemmelse i lovgivningen på situationer uden for det i bestemmelsen beskrevne anvendelsesområde, jfr.

Eksempel 58:

Efter aftalelovens § 39, 1. pkt., gælder det, at når en viljeserklærings forbindende kraft er afhængig af, at den, til hvem erklæringen er afgivet, ikke havde eller burde have kundskab om et vist forhold, bliver hensyn at tage til, hvad han indså eller burde indse på det tidspunkt, da viljeserklæringen bliver ham bekendt. Efter bestemmelsens 2. pkt. kan der dog under særlige omstændigheder tages hensyn til den kundskab, han har fået eller burde have fået efter det pågældende tidspunkt, men inden erklæringen har virket bestemmende på hans handlemåde.

Det umiddelbare anvendelsesområde for § 39 er tilfælde, hvor der foreligger en af de såkaldt »svage« *ugyldighedsgrunde* (navnlig aftalelovens §§ 29-31 og 32, stk. 1). Bestemmelsens 2. pkt. giver her mulighed for en vis tidsmæssig forskydning af det for vurderingen af god tros-kravet afgørende tidspunkt.

I den i UfR 1989/561 refererede sag havde en kvinde umiddelbart efter den første besigtigelse af et parcelhus underskrevet slutseddel om køb af dette. Den medvirkende ejendomsmægler var bekendt med, at det hus, som køberen og hendes ægtefælle hidtil havde ejet og beboet, i løbet af kort tid skulle på tvangsauktion. Den følgende dags morgen annullerede køberen aftalen med henvisning til, at familien ikke økonomisk kunne klare at sidde i huset. Sælgeren krævede derefter erstatning for det tab, han havde lidt ved at måtte sælge ejendommen billigere til anden side.

Højesteret lagde til grund, at der forelå en gyldig og bindende aftale om køb af den pågældende ejendom. Flertallet af dommerne fandt imidlertid, at annullationen kunne tillægges retsvirkninger efter »princippet i aftalelovens § 39, 2. pkt.«. Man lagde herved

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

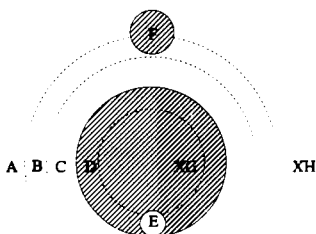
navnlig til grund, at købet var sket umiddelbart efter den første besigtigelse, og at ejendomsmægleren, trods sin viden om køberens vanskelige økonomiske situation, ikke forinden havde søgt klarlagt, om køberen og dennes familie havde økonomisk mulighed for at opfylde aftalen. Køberen blev herefter frifundet for det af sælgeren rejste erstatningskrav, se i øvrigt kommentaren i UfR 1990 B p. 29ff.

I eksempelsituationen anvendes en regel (§ 39, 2. pkt.), som efter sin ordlyd og sammenhæng refererer sig til mulige ugyldighedstilfælde, i en situation hvor aftalen er gyldig. Nogle vil her tale om analogi og vel dermed forudsætte, at der grundlæggende er tale om et fortolkningsspørgsmål, jfr. fx *Gomard* 1988, 71. Andre vil sige, at den anvendte regel kun er en *eksemplifikation* af en i retsordenen almindeligt antaget grundsætning, altså et almindeligt (retligt) princip som ikke blot har været præ-eksisterende i forhold til den udtrykkeligt udtalte regel, men som også har et videre anvendelsesområde end denne, jfr. således v. *Eyben* 1991, 118. I princippet ligger da, hvad der er udtrykt i § 39, 2. pkt., uden binding eller begrænsning til ugyldighedssituationer, jfr. *Ussing* 1950, 49. Sådanne grundsætninger vil typisk hvile på uskrevne kildefaktorer, navnlig på retspraksis og sædvane, og deres optagelse i lovgivningen på begrænsede områder indebærer kun, at man positivt udtaler det, som gjaldt i forvejen (grundsætningen er for så vidt blevet delvis »kodificeret«). Efter denne opfattelse foreligger der således snarere et retskilde- end et fortolkningsspørgsmål. Inden for formueretten, hvor argumentation ud fra sådanne principper i lovgivningen navnlig har betydning, jfr. som generelt eksempel talrige af reglerne i købeloven som udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger, forekommer denne sidste betragtelsesmåde at være mest følgerigtig, jfr. også ovenfor side 138. Forskellen mellem de to opfattelser har dog næppe i almindelighed nogen praktisk betydning.

Grænsen mellem de tre varianter er flydende, og det vil i praksis – især ved meget bredt formulerede bestemmelser – ikke sjældent være ganske vanskeligt at afgøre, om man står over for et tilfælde af den ene eller den anden art. Det er i øvrigt vigtigt at være opmærksom på, at varianterne er udtryk for *tolkningsresultater* og *ikke* for *tolkningsbegrundelser*. De afgiver således *ikke i sig selv* argumenter for den ene eller den anden løsning. Argumenterne må søges i »pragmatiske hensyn«, d.v.s. i de ovenfor side 287 anførte forhold.

Grafisk – og derfor naturligvis simplificeret – kan varianterne fremstilles som vist i figur 8. Den yderste stiplede cirkel i figuren (mærket A) betegner den pågældende regels ordgrænse, d.v.s. den yderste grænse for, hvad de anvendte ord overhovedet kan betyde. Cirklerne B, C og D viser tolkningsalternativer, der alle er mulige efter en »naturlig sproglig forståelse«. Det forudsættes, at man ved præciserende tolkning har valgt alternativ C (markeret ved at denne cirkel er fuldt optrukket). Gennem indskrænkende tolkning har man holdt

situation E uden for anvendelsesområdet, medens situation F omvendt ved udvidende tolkning er inddraget. Reglen får herefter et anvendelsesområde, som svarer til de skraverede felter. Ved de punkter, der er mærket G og H, har der været tale om ren regelanvendelse, henholdsvis sådan at tolkningstemæet er blevet anset omfattet/ikke-omfattet af reglen, jfr. til sammenligning figuren hos *Strömholm* 1992, 406.



Figur 8

9.2.8.2. Analogi- og a fortiorislutninger

Undertiden bruges begrebet *analogi* i andre sammenhænge end den foran berørte. Der tales således om *analogislutninger*, når reale hensyn i form af konsekvens- og harmonibetragtninger *begrunder* samme løsning med hensyn til område x som vedrørende område/tilfælde y (idet retstilstanden med hensyn til y fremgår af lovgivningen eller er fastlagt i praksis).

Det er selvfølgelig fejlagtigt at anvende udtrykket »slutning« i disse tilfælde, da løsningen ikke påtvinger sig med logisk nødvendighed. Ganske tilsvarende forholder det sig med de såkaldte *parallelslutninger*. Parallelliteten foreligger mellem, hvad man kan kalde et mønster af ensartede bestemmelser i forskellige love. Det tolkningsresultat, der sigtes mod, kan navnlig bestå i identitet i forståelsen af de pågældende bestemmelser eller – videregående – i, at en fælles forståelse tillige skal gælde på et ikke-reguleret område eller inden for området af en lov, der ikke specifikt har taget stilling til det pågældende spørgsmål, jfr. om de sidste forhold *Haagen Jensen* 1972, 21ff. Det pågældende mønster kan naturligvis ikke i sig selv afgive begrundelse for resultatet, hvorfor etiketten »slutning« er misvisende. De afgørende argumenter må søges i reale hensyn, der i sådanne tilfælde typisk vil tage deres udgangspunkt i harmoni- og konsekvens-/konsistensbetragtninger, jfr.

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

Eksempel 59:

Ophavsretslovens §§ 11-26 rummer bestemmelser om forskellige indskrænkninger (privat kopiering, citatmulighed m.v.) i den eneret til litterære og kunstneriske værker, som efter lovens § 1 tilkommer ophavsmanden, jfr. § 2 om de grundlæggende ophavsretlige beføjelser. Indskrænkningernes formål er at bidrage til, at ophavsretten får en korrekt samfundsmæssig afbalancering under hensyntagen på den ene side til ophavsmandens interesser og på den anden til, at ophavsretten ikke fører til urimeligt snærende bånd på samfundslivet. Fotografier nyder ikke i sig selv noget ophavsretligt værn, men beskyttes som fotorettigheder i betydelig udstrækning på samme måde efter en særlig lov om retten til fotografiske billeder. Denne indeholder bestemmelser om indskrænkninger i fotoretten, som udviser store lighedspunkter med indskrænkningerne i ophavsretten. Under hensyntagen til den vidtgående identitet i rettighedernes struktur og til, at også indskrænkningerne i fotoretten begrundes med hensynet til korrekt samfundsmæssig afbalancering, er det nærliggende at anlægge en parallel fortolkning, jfr. *Kokvedgaard* 1991, 152.

En tilsvarende – mere speciel – »slutnings«-variant er *a fortioris* slutningen. Det karakteristiske for denne antages at være, at man, såfremt de afgørende hensyn gør sig gældende *med større styrke* på et ureguleret/blot partielt reguleret felt end på et allerede reguleret, kan overføre lovens løsning på sidstnævnte område til førstnævnte. Er noget kvalitativt »mindre« fx forbudt, må noget lignende, som udtrykker noget kvalitativt »mere«, i desto højere grad være det. Og omvendt: Er noget »mere« tilladt, må noget »mindre« selvsagt tillige være det. Også i disse tilfælde er det fejlagtigt at bruge betegnelsen »slutning«. Løsningen giver sig ikke af sig selv, men forudsætter en vurderende stillingtagen med inddragelse af reale hensyn, fx omkring gradueringen af de pågældende forhold på samme kvalitative skala, jfr. *Eckhoff* 1993, 268.

Eksempel 60:

Efter aftalelovens § 28 er den såkaldte voldelige, kompulsive tvang en »stærk« ugyldighedsgrund. Aftaleloven beskæftiger sig derimod ikke med, hvad der kaldes »mekanisk tvang«, d.v.s. tvang der er rettet mod afgiverens organer, således at vedkommendes vilje slet ikke medvirker ved viljeserklæringens »afgivelse«. Den mekaniske tvang repræsenterer et videregående indgreb over for den tvungne end kompulsiv tvang, og der er følgelig så meget desto mere grund til at antage, at et ved mekanisk tvang fremkaldt løfte er ugyldigt, uanset om løftemodtageren er i god tro.

9.2.8.3. Modsætningsslutninger

Om *modsætningsslutninger* (slutninger »e contrario«, »antitetisk tolkning«) tales der sædvanligvis, når tolkningsresultatet er udtryk for, at et givet forhold ikke anses for omfattet af den foreliggende regel, og at der derfor om dette må gælde det modsatte. Mere teknisk udtrykt: Er reglens beskrivelse af retsfaktum ikke opfyldt, således at den fastsatte retsfølge ikke kan indtræde, er der grundlag for at antage, at der skal indtræde en anden, eventuelt modsat, retsfølge.

Modsætningsslutningen er ikke nogen selvstændig tolkningsvariant, men kun udtryk for, at man på det pågældende område afviser at fortolke vedkommende

regel udvidende (anvende den analogt), d.v.s. at reglen fastholdes netop med det foreliggende meningsomfang, jfr. Ross 1971, 177, *Stuer Lauridsen* 1992, 141f og – lidt afvigende – v. Eyben 1991, 140ff. I øvrigt er det også her misvisende at tale om slutninger. Om en regel udtømmende har gjort op med de betingelser, under hvilke bestemte retsfølger indtræder, eller den ikke har det, beror naturligvis på en vurderende stillingtagen af den i det foregående omtalte karakter.

Eksempel 61:

Den klassiske illustration på risikoen ved forsimplede slutninger til det modsatte af, hvad en regel tilsyneladende giver udtryk for, tager udgangspunkt i aftalelovens ugyldighedskapitel. Om de »svage« ugyldighedsgrunde i §§ 29-32, stk. 1, bruger loven formuleringen, at den afgivne viljeserklæring »ikke er bindende« for løftegiveren, hvis løftemodtageren har indset eller burdet indse, at der forelå ikke-voldelig tvang, svig, udnyttelse eller forvanskning, d.v.s. når løftemodtageren har været i ond tro. Det kan være fristende at slutte modsætningsvis herfra og fastslå, at løftegiveren så er bundet, når løftemodtageren har været i god tro. Det vil han sædvanligvis også være, men ubetinget gælder dette ikke. Allerede den konsekvent negative formulering kan give et fingerpeg herom. Det fremgår videre af forarbejderne til aftaleloven, at den pågældende formulering er valgt med henblik på tilfælde, hvor der ikke foreligger noget omsætningshensyn – især ved gaveløfter – idet der netop her kan være grund til at lade en »svag« ugyldighedsgrund slå igennem også over for en godtroende løftemodtager.

9.2.8.4. Extensiv – restriktiv tolkning

Lejlighedsvis støder man i drøftelser om tolkning af lovgivningen på udsagn om, at denne eller hin bestemmelse må tolkes *restriktivt* eller *extensivt*. Med det første af disse udtryk sigtes i almindelighed til, at en given regels meningsomfang skal forstås snævert, således at den kun anvendes i situationer, der uden diskussion omfattes af den naturlige sproglige forståelse (ved valget mellem flere muligheder den mindst vidtrækkende, altså alternativ D i figur 8). Ved extensiv tolkning bliver der derimod tale om en *vid* forståelse og en deraf følgende anvendelse på alle tilfælde, som kan antages at ligge inden for den sproglige betydning i den nævnte forstand (alternativ B i figur 8).

De to begreber korresponderer, som det ses, ikke med »indskrænkende« og »udvidende« fortolkning. De siger i sig selv intet om, *hvornår*, herunder efter hvilke nærmere kriterier, der kan blive tale om at anlægge henholdsvis »restriktiv« eller »extensiv« tolkning.

Alt efter den grad af frihed, hvormed de retsanvendende myndigheder forholder sig til de vigtigste af tolkningsfaktorerne, især til den sproglige betydning af lovgivningen og til forarbejderne, kan der sondres mellem en såkaldt *bunden* og en såkaldt *fri fortolkningsstil*. Ved anvendelse af sidstnævnte vil der gennemgående være tendenser til at skyde de nævnte faktorer lidt i baggrunden og i noget højere grad lade de konkrete løsninger præge af

9.2. Fortolkning af lovgivning og andre generelle nationale retsforskrifter

frie overvejelser med udgangspunkt i »forholdets natur« eller i »billighed« eller i antagelser om den pågældende regulerings overordnede formål, jfr. om EF-Domstolen nedenfor side 303.

9.2.8.5. Borgervenlig tolkning?

Inden for strafferetsplejen gælder ved afgørelsen af, om der er ført fornødent *bevis* for tiltaltes skyld, givetvis en formodning for, at tvivl skal komme denne til gode (»in dubio pro reo«). Denne formodning, der altså vedrører bedømmelsen af *faktiske forhold*, kan næppe uden videre overføres til tvivl med hensyn til de *retlige forudsætninger* i straffelovgivningen, således at der fx opstilles en formodning for, at domstolene i tvivlstilfælde skal/bør foretrække den for tiltalte gunstigste *fortolkning* (»in dubio mitius«). I praksis udvises der dog, i hvert fald når der er hjemmel til frihedsstraf, så betydelig tilbageholdenhed ved tolkningen af flertydige/vage bestemmelser, at det muligvis er berettiget at sige, at disse i almindelighed undergives en *restriktiv* tolkning.

Den herved berørte problemstilling kan imidlertid bredes ud, således at der rejses spørgsmål om, hvorvidt der i almindelighed i mellemværender mellem private borgere og offentlige myndigheder, som handler som sådanne, i tilfælde af fortolknings tvivl gælder en formodning om tolkning af lovgivningen på den for borgerne gunstigste måde, uanset om der er tale om pålæg af byrder eller om opnåelse af fordele. Spørgsmålet kan rejses såvel i relation til indskrænkende/udvidende fortolkning som med hensyn til restriktiv/estensiv. I begge henseender er hovedtendensen aldeles klar, nemlig at der i praksis *ikke* arbejdes med formodninger af den anførte art. Afvigelser herfra forekommer navnlig med hensyn til den første af sondringerne og her forståeligt nok i tilfælde, hvor en given offentlig foranstaltning efter en intensitetsvurdering antages at have særlig byrdefuld karakter for borgeren, jfr. som eksempel fra nyere praksis UfR 1985/125 H med forkastelse af forvaltningens udvidende fortolkning.

9.3. Fortolkning af EU-retten

De funktioner, der er tillagt Domstolen inden for Unionen, nødvendiggør, at spørgsmålet om fortolkning af EU-retten i første række besvares under hensyntagen til de metoder, principper o.l., som Domstolen anvender i sin virksomhed. Det er altså dennes praksis, opmærksomheden må rettes mod, uanset hvor et fortolkningsspørgsmål viser sig, herunder ved nationale domstoles anvendelse af fællesskabsretlige regler eller ved deres behandling i øvrigt af sager med fællesskabsretligt indhold.

Kapitel 9

Noget udtømmende katalog i den anførte henseende kan ikke opstilles, og man vil i almindelighed også lede forgæves i Domstolens afgørelser efter generelle drøftelser om relevante fortolkningsmetoder. Med udgangspunkt i den foreliggende praksis kan der imidlertid sammenstilles et vist mønster. Hovedparten af de enkelte elementer i dette er velkendte fra national ret, ligesom der kan påvises en vis inspiration fra tolkningen af folkeretlige regler, navnlig fra traktatretkonventionens art. 31-32, jfr. nedenfor side 306. Når mønsteret for en samlet betragtning ikke desto mindre må siges at udvise ikke-uvæsentlige forskelle ved en sammenligning med national fortolkningspraksis, skyldes det især, at de enkelte tolkningsfaktorer vægtes anderledes end her, og at der forekommer tolkningshensyn, som i deres konkrete udformning er ukendte i national ret.

Udgangspunktet for tolkningen er – naturligvis – *ordlyden* af tolkningsobjektet i dettes *umiddelbare sammenhæng*, og således at der søges efter den sædvanlige (»naturlige«) *fællesskabsretlige* mening. Der viser sig her en særegen vanskelighed, som har sammenhæng med, at den autoritative udformning af teksten oftest foreligger på forskellige sprog, der alle principielt har samme valør. Som tidligere omtalt kan dette betinge uoverensstemmelser, jfr. til simpel illustration

Eksempel 62:

Efter art. 1, stk. 1, nr. 6, i Kommissionsforordning 2349/84 om gruppefritagelse (efter EF-traktatens art. 85, stk. 3) for patentlicensaftaler accepteres en forpligtelse for licenstageren til ikke at »markedsføre« licensproduktet i de licensområder, der er tildelt andre licenstagere inden for fællesmarkedet, i en periode på fem år regnet fra det tidspunkt, hvor produktet første gang »blev bragt i handelen« inden for fællesmarkedet. Den engelske version taler i begge de nævnte henseender om »put on the market« og den tyske om »in Verkehr zu bringen«. Der foreligger herefter en sproglig uoverensstemmelse. De engelske og tyske versioner peger entydigt i retning af, at produktet ikke må bringes i omsætning, d.v.s. sælges. Den danske udgave med »markedsføre« er derimod videregående, da dette ord efter traditionel sprogbrug tillige omfatter en række generelle og konkrete foranstaltninger, som går forud for salg. Bortset herfra er det selvfølgelig i sig selv uheldigt, at den danske tekst anvender to ikke-synonyme ord om adfærd, der må formodes at skulle være identisk.

I tilfælde som de nævnte sker tolkningen sædvanligvis ud fra kontekst og formål, jfr. om disse nedenfor, set i lyset af samtlige sproglige versioner, jfr. fx afgørelsen i Saml. 1969/167. Der tages følgelig ikke kun hensyn til affattelsen i den eller de tekster, som direkte foreligger i den konkrete sag, jfr. i det følgende om EU-rettens ensartede fortolkning. Der lægges videre vægt på proportionalitetshensynet, således at den mindst belastende tolkning præfereres, hvis den er tilstrækkelig for opnåelsen af de tilstræbte mål.

Fører den ret sproglige tolkning af den pågældende tekst i dennes umiddelbare sammenhæng ikke til noget (sikkert) resultat, *udvides konteksten* meget

ofte, om fornødent såvel i vertikal som i horisontal henseende. Er der spørgsmål om tolkning af en bestemmelse på traktatniveau, bliver der således set på dennes sammenhæng med andre bestemmelser i Traktaten, d.v.s. som bestanddel af en samlet ordning, eventuelt eksamineres sammenhængen i henseende til alle de grundlæggende traktater og/eller med hensyntagen til almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger, jfr. fx afgørelsen i Saml. 1976/91 hvor Domstolen udtalte, at bestemmelsen i EF-traktatens art. 37, stk. 1, måtte fortolkes »ud fra bestemmelsens sammenhæng med artiklens øvrige stykker og dens placering i forhold til Traktatens øvrige bestemmelser«. Ved den sekundære EU-ret rettes opmærksomheden mod sammenhængen med trindhøjere regler og med beslægtede reguleringer på samme niveau. Det er således Domstolens faste praksis, at bestemmelser i den afledte fællesskabsret i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med Traktatens bestemmelser og med EU-rettens almindelige retsgrundsætninger, se fx afgørelsen i Saml. 1991/3617. Som i national ret gås der ved sådan »systematisk tolkning« ud fra en antagelse om den fællesskabsretlige retsorden som et sammenhængende og konsistent hele, således at hensyntagen til den omtvistede regels plads i denne og dens forhold til andre regler netop kan bidrage til fastlæggelsen af reglens mening.

Det forhold, at den fællesskabsretlige retsorden og de nationale retsordener ikke lever i hver sit rum, jfr. kapitel VII, gør det nærliggende at antage, at bestemmelser i de nationale retsordener eventuelt også kan indgå i den relevante kontekst ved tolkningen af fællesskabsretlige regler. Antagelsen er både rigtig og forkert. Efter Domstolens faste praksis skal fællesskabsretlige bestemmelseres betydning og rækkevidde således principielt ikke fastlægges ud fra medlemsstaternes ret uden udtrykkelig henvisning. Indeholder ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse ikke en sådan henvisning, skal den normalt i hele fællesskabet undergives en selvstændig og ensartet tolkning. Denne skal søges under hensyntagen til den konkrete bestemmelses kontekst og til formålet med den pågældende ordning, jfr. fx Domstolens afgørelse i Saml. 1982/13 og 1984/107. Synspunktet er for så vidt indlysende, når der henses til det for Unionens virke efter målsætningerne nødvendige behov for ensartet retsanvendelse i alle medlemsstaterne. At der således ved anvendelsen af en fællesskabsretlig regel i fx Danmark i almindelighed må bortses fra forståelsen af korresponderende danske regler, udelukker dog ikke, at mere gennemgående retlige principper, begreber o.l. i de nationale retsordener (som måtte kunne fastlægges ved en komparativ analyse) kan øve indflydelse på fællesskabsretten, ikke blot ved formuleringen af almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger, jfr. foran side 216, men også ved fortolkningen, jfr.

Kapitel 9

Eksempel 63:

Efter art. 14, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17/62 om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens art. 85 og 86 (de grundlæggende konkurrenceregler) kan Kommissionen foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder. Kommissionens repræsentanter har bl.a. herved beføjelse til at kontrollere bøger og andre forretningspapirer og til at tage afskrift eller ekstraktafskrift af sådant materiale. Efter bestemmelsens stk. 3 har virksomhederne pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, hvorom Kommissionen har truffet beslutning. En virksomhed, som Kommissionen havde meddelt pålæg om at fremlægge forskellige forretningsdokumenter, nægtede at efterkomme dette, idet man henviste til, at dokumenterne var beskyttet af advokaters tavshedspligt. Spørgsmålet indbragtes for Domstolen. Denne bemærkede først, at art. 14, stk. 1, principielt også omfatter korrespondance mellem en advokat og hans klient, og at det tilkommer Kommissionen at afgøre, om et bestemt dokument skal fremlægges for denne. Bestemmelsen udelukkede imidlertid efter Domstolens opfattelse ikke, at den fortrolige karakter af bestemte forretningsdokumenter anerkendes under visse omstændigheder. Fællesskabsretten udspringer – anførte Domstolen – ikke blot af et økonomisk samarbejde, men hviler på medlemsstaternes retsopfattelse, hvorfor der skal tages hensyn til principper og begreber, der er fælles for staternes retssystemer vedrørende beskyttelse af tavshedspligten, især med hensyn til visse meddelelser mellem en advokat og hans klient. De enkelte retssystemer indeholder ganske vist forskellige bestemmelser om rækkevidden og betingelserne for beskyttelse af korrespondancen mellem en advokat og hans klient. Der gælder imidlertid visse fælles kriterier, idet de nationale systemer under betingelser, der ligner hinanden, anerkender fortroligheden af korrespondance mellem advokat og klient, såfremt der er tale om korrespondance, som udveksles af hensyn til klientens forsvar, og som hviler på hans ret til et sådant, og såfremt korrespondancen hidrører fra en uafhængig advokat, d.v.s. en advokat der ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold. Set i denne sammenhæng måtte forordning 17/62 fortolkes således, at også den beskytter fortroligheden af korrespondance mellem en advokat og hans klient under de omtalte betingelser, idet den (forordningen) i beskyttelsen *optager de elementer, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer*, jfr. dommen i Saml. 1982/1575.

Forarbejder er som omtalt ovenfor side 212 uden betydning som retskildefaktor i henseende til de grundlæggende traktater, og samme forhold gør sig gældende i fortolkningsmæssig henseende. Ved den sekundære fællesskabsret er det nødvendigt først at være opmærksom på, at de almindelige og specielle overvejelser omkring en given regulering, som i national ret typisk fremgår af bemærkningerne til et lovforslag, i fællesskabsretten kan findes i koncentreret form i præamblerne til de forskellige reguleringer som bestanddele af (begrundelser for) disse. Præamblerne har klar tolkningsmæssig relevans, og der henvises i trufne afgørelser jævnligt til dem. Bortset herfra har Domstolen vel ikke afvist overhovedet at tage hensyn til forarbejder, se fx afgørelsen i Saml. 1988/905. Grænserne trækkes imidlertid utvivlsomt snævrere end efter national ret. Endelige forslag fra Rådet og Kommissionen til generelle retsakter foreligger publiceret, og sådant materiale kan efter omstændighederne tænkes tillagt betydning som hjælpemiddel og tilsvarende gælder afgivne udtalelser fra Europa-Parlamentet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg. Materiale, der

på anden måde hidrører fra forhandlingsforløb forud for eller omkring en given regulerings udfærdigelse, eller som i øvrigt må anses som værende af forbedrende karakter, ses der derimod bort fra, jfr. fx afgørelserne i Saml. 1985/2815 og 1987/1. Selv erklæringer optaget i protokollater for rådsmøder, hvor en given forordning/et givet direktiv vedtages, frakendes retlig betydning, hvis den pågældende erklærings indhold ikke eksplicit afspejler sig i de vedtagne bestemmelser. Det er i denne forbindelse ligegyldigt, om sådanne erklæringer er afgivet af Rådet som helhed eller ensidigt af en af medlemsstaterne, se afgørelserne i Saml. 1986/1247 og 1991/745 (med en prægnant udtalelse i førstnævnte om, at »fællesskabsreglernes objektive rækkevidde udelukkende bestemmes af reglerne selv under hensyntagen til den sammenhæng, hvori de indgår«). En overordentlig nærliggende konsekvens af sidstnævnte stillingtagen må være, at *efterarbejder* (oven for side 126) blankt afvises som tolkningsfaktor inden for fællesskabsretten. Dette harmonerer imidlertid ikke med Domstolens praksis omkring »soft law«, jfr. oven for side 236.

Forskellige fællesskabsretlige reguleringer er mere eller mindre tydeligt modelleret over bestemte allerede gældende ordninger i et eller flere af medlemslandene. I sådanne tilfælde kan det drøftes, om de fællesskabsretlige regler bør tolkes på samme måde, som forlægget hidtil er blevet tolket i national ret. Det er på den ene side klart, at det foran omtalte princip om fællesskabsrettens selvstændige og ensartede tolkning fører til, at Domstolen ikke vil føle sig bundet af det nationale forlæg og den hertil hørende praksis. Hvad enten man opfatter de nationale regler som kontekst eller som forarbejder, er det på den anden side nærliggende at antage, at tolkningen vil give identiske resultater, når sammenhængen mellem de fællesskabsretlige og de nationale regler er klar, og reguleringerne bæres af samme formål. Et eksempel findes i lovgivningen om handelsagenter, jfr. ovenfor i eksempel 44. Det dér omtalte rådsdirektiv tager på centrale punkter entydigt sit udgangspunkt i hidtil gældende regler i tysk ret.

Formålsbestemt (»teleologisk«) fortolkning spiller en forholdsmæssig klart større rolle inden for fællesskabsretten end efter national ret. Metoden, der praktiseres i vid udstrækning såvel i forhold til de grundlæggende traktater som med hensyn til den sekundære fællesskabsret, begunstiges i sig selv af anvendelsen af præambler med formålsangivelser, jfr. foran. Den befordres for traktaternes vedkommende yderligere af, at disse – især EF-traktaten – på mange områder snarere opridser brede målsætninger end rummer præcise reguleringer. De tolkningsresultater, der fremkommer herved, kan være af en sådan beskaffenhed, at de efter omstændighederne betegner ganske kraftige udvidelser i forhold til de fortolkede bestemmelsers ordlyd, jfr.

Eksempel 64:

Efter EF-traktatens art. 86, stk. 1, er en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstaterne herved kan påvirkes. Bestemmelsens stk. 2 opregner en række eksempler på, hvori misbrug navnlig kan bestå. Den

Kapitel 9

amerikanske virksomhed »Continental Can«, der indtog en dominerende stilling inden for en væsentlig del af fællesmarkedet vedrørende afsætning af bestemte metalemballageprodukter, opkøbte gennem et europæisk datterselskab aktiemajoriteten i et hollandsk selskab, som var den eneste væsentlige konkurrent med hensyn til de pågældende produkter. Kommissionen gjorde gældende, at »Continental Can« ved købet misbrugte sin dominerende stilling, idet dette medførte, at praktisk talt al konkurrence vedrørende emballagevarer af den nævnte art blev fjernet på en væsentlig del af fællesmarkedet. »Continental Can« anførte heroverfor, at ordet »misbrug« i art. 86, stk. 1, kun omfatter en virksomheds adfærd, der griber direkte ind i markedet til skade for forbrugere eller aftalepartnere. Strukturelle foranstaltninger som fx virksomhedssammenslutninger o.l. falder derimod uden for. Kommissionen havde derfor fejlfortolket art. 86.

Domstolen anførte i den foreliggende henseende i sin afgørelse (Saml. 1973/215) først, at man for at løse fortolkningsspørgsmålet måtte se på »artikel 86's ånd, opbygning og ordlyd under hensyntagen til Traktatens systematik og dens særlige målsætning«. Den gik herefter indgående ind på de almindelige målsætninger for Fællesskabet i Traktatens art. 2 og 3 (især art. 3, litra f (nu litra g)) – som efter Domstolens opfattelse ikke kun havde programmatisk karakter – og disse bestemmelsers betydning for konkurrencereglerne. Den anførte bl.a. herved, at når art. 3, litra f, foreskriver gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for Fællesskabet ikke fordrøjes, måtte den a fortiori kræve, at konkurrencen ikke fjernes. Med dette som overordnet baggrund beskæftigede Domstolen sig dernæst udførligt med sammenhængen mellem Traktatens art. 85 og art. 86 og nåede sluttelig frem til det resultat, at art. 86 måtte forstås således, at styrkelse af den stilling, som en virksomhed har, kan være et misbrug og forbudt efter art. 86 uden hensyntagen til, hvilke midler eller metoder der benyttes, når følgen blot er, at den dominerende indflydelse, der opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen.

Når Domstolen som i eksemplet tager afstand fra den opfattelse, at de almindelige målsætninger i EF-traktaten blot har karakter af politiske programmerklæringer, men tværtimod bl.a. tillægger dem central betydning ved tolkningen af Traktatens enkelte bestemmelser, må dette nærmest med nødvendighed føre til, at den i målsætningerne forudsatte integration af medlemsstaterne bliver et væsentligt tolkningshensyn. Slagordsmæssigt er der da også en vis rimelighed i at hævde, at Domstolen i sin tolkning af såvel den primære som den sekundære fællesskabsret har været og er »integrationsvenlig«. Af og til kan dette give bagslag, således at praksis må strammes eller præciseres på en måde og/eller i et omfang, der i almindelighed savner sidestykker i national ret, jfr.

Eksempel 65:

Efter EF-traktatens art. 30 er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne med forbehold af bestemmelserne i art. 31-33 og 35-36 (hvoraf alene art. 36 aktuelt har praktisk betydning). Udtrykket »foranstaltninger med tilsvarende virkning« er naturligvis meget upræcist. Ved afgørelsen i Saml. 1974/837 fastslog Domstolen, at enhver foranstaltning, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne, kan være en handelshindring i art. 30's forstand. I en praksis opbygget med udgangspunkt i afgørelsen i Saml. 1979/649 (den såkaldte »Cassis de Dijon-doktrin«) har Domstolen dernæst tolket det pågældende udtryk meget ekstensivt i henseende til, hvilke handelshindringer som anses for

ulovlige. Hindringer for samhandelen inden for Fællesmarkedet, der skyldes forskelle i de nationale lovgivninger vedrørende afsætningen af en vare (fx vedrørende benævnelse, form, dimensioner, præsentation og emballering), anses, uanset at de nationale regler anvendes uden diskrimination, for ulovlige, når anvendelsen eller dens omfang ikke kan begrundes ud fra et alment hensyn (fx effektiv skattekontrol, forbrugerbeskyttelse og beskyttelse af den offentlige sundhed), der går forud for hensynene til frie varebevægelser.

Det siger nærmest sig selv, at en sådan praksis rummer en klar opfordring til erhvervsdrivende om ved enhver given lejlighed at påberåbe sig art. 30 med det formål at anfægte nationale bestemmelser, som begrænser deres frie erhvervsudøvelse, også selvom sådanne bestemmelser ikke er rettet mod varer fra andre medlemsstater. I en præjudiciel afgørelse af 24. november 1993 (C 267/91 og C 268/91) punkterede Domstolen netop under eksplicit henvisning hertil »Cassis de Dijon-doktrinen«. To franske virksomhedsejere var ved en fransk domstol tiltalt for at have overtrådt et forbud i fransk lovgivning mod at have videresolgt varer i uændret stand til priser, der var lavere end den faktiske købspris. De gjorde bl.a. gældende, at det pågældende forbud var i strid med art. 30. Den franske domstol forelagde sagen for Domstolen efter Traktatens art. 177. Domstolen svarede, at »i modsætning til, hvad Domstolen hidtil har antaget, kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne.....forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde«. En ulovlig handelshindring i den anførte henseende forudsætter med andre ord nu diskrimination. I den konkrete sammenhæng faldt det generelle franske forbud derfor uden for art. 30. – Dommen er tillige af interesse til belysning af Domstolens opfattelse af præjudikaters bindende kraft, jfr. ovenfor side 213.

Det er formålsbestemt fortolkning i dens mere kreative og dristige udgaver med afgørende hensyntagen til de overordnede målsætninger for Fællesskabets (Unionens) virke og den herved forudsatte integration, som har udgjort en af hovedindfaldsvejene for kritikken af Domstolens »policy-making«, jfr. ovenfor side 215. Et aspekt ved den formålsbestemte tolkning, som især kan have betydning i denne henseende, er i øvrigt, at der ofte inddrages et særligt tolkningshensyn, som Domstolen har hentet fra folkeretten. Hensynet, der går under betegnelsen »effektivitetsprincippet« (»l'effet utile«), indebærer, at der gives fortrin til den fortolkning, som tilfører den pågældende regel den mest effektive virkning og største praktiske værdi, når der henses til reglens formål, jfr. som eksempler afgørelserne i Saml. 1982/53 og 1989/1425. En mere gennemgående illustration på princippet's anvendelse med vidtrækkende betydning kan ses i Domstolens praksis om direktivers direkte virkning, jfr. ovenfor side 227.

Som bemærket indledningsvis adskiller de enkelte elementer i Domstolens fortolkningsmetoder sig i hovedsagen ikke fra de fra national ret kendte. Der er heller ikke noget opsigtsvækkende i, at elementerne meget ofte kombineres, således at der, jfr. eksempel 64, tages hensyn til en flerhed af tolkningsfak-

torer. Når der ikke desto mindre med rette kan tales om, at Domstolen har en anden *fortolkningsstil* end nationale domstole, skyldes det – som også anført – at vægningen af faktorerne er noget anderledes end i national ret: Den systematiske og – især – den (bredt) formålsbestemte fortolkning står i forgrunden. Der kan lige så lidt gives nogen simpel forklaring herpå som på omfanget og karakteren af Domstolens retsskabende virksomhed i almindelighed, jfr. ovenfor side 214. En opfattelse af nødvendigheden af med retlige midler at befordre den navnlig i EF-traktatens målsætninger omhandlede integration af medlemsstaterne må dog nødvendigvis trække i retning af en høj prioritering af formålsbestemt fortolkning med integrativt sigte, omend de mest vidtgående illustrationer heraf dog måske tilhører Fællesskabets »Gründungsperiode«, jfr. eksempel 65.

9.4. Fortolkning af regler med anden international baggrund

Artikel 31-32 i den ovenfor side 144 omtalte traktatretskonvention indeholder nogle få bestemmelser om fortolkningen af traktater. Efter art. 31 skal fortolkning af en traktat ske loyalt (»in good faith«) i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der må tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål. Af art. 32 følger, at der kan søges hjælp i supplerende faktorer, herunder forarbejder, enten for at bekræfte en forståelse, der måtte følge af anvendelsen af art. 31, eller for at fastlægge meningen, hvis tolkningen efter denne artikel efterlader en flertydig eller uklar forståelse, eller fører til et åbenbart absurd eller urimeligt resultat.

Som det ses, er tolkningsfaktorerne også her de fra national ret kendte. Den sproglige tolkning kan imidlertid ikke altid baseres på en dansk affattelse, men må, når dansk ikke er officielt sprog efter traktaten, tage hensyn til ét eller flere fremmede sprog. Formålsangivelser vil ikke sjældent forekomme, fx i en mere eller mindre udførlig præambel. Selvom forarbejder efter art. 32 ikke er udelukket fra at komme i betragtning, er der dog af flere grunde tale om en ganske dubiøs faktor. Væsentligst er, at da internationale aftaler som regel er udtryk for kompromisser mellem de deltagende lande, vil forarbejder ofte have en uklar og usammenhængende karakter. Hertil kommer, at foreliggende forarbejder kan være vanskeligt tilgængelige. Ordlyd, kontekst og formål får derfor i almindelighed en mere fremtrædende plads end ved tolkningen af rent nationale regler.

Traktatretskonventionens art. 31-32 drejer sig om tolkning af de folkeretlige regler, således som disse foreligger i indgåede traktater. Er inkorporering i dansk ret sket ved henvisning til den indgåede traktat, er det således dennes

9.4. Fortolkning af regler med anden international baggrund

regler, den umiddelbare fortolkningsopgave retter sig mod, og således at de refererede grundsynspunkter følges. Er inkorporering ikke sket, eller har den været mangelfuld, kan tolkningen få en mere kompliceret karakter, idet der i så fald kan være spørgsmål dels om fastlæggelse af de folkeretlige reglers indhold, dels om afgørelse af nationale reglers forhold til disse, jfr. ovenfor side 155 om de særlige tolkningshensyn som manifesterer sig i de såkaldte tolknings-, formodnings- og instruktionsregler.

Det hænder, at en traktat indeholder særlige bestemmelser om, hvorledes traktaten skal fortolkes. Et praktisk vigtigt eksempel er konventionen om internationale køb (CISG), hvor det i art. 7, stk. 1 hedder, at der ved konventionens fortolkning skal tages hensyn til dens internationale karakter, til behovet for at fremme en ensartet anvendelse af den og til iagttagelse af god forretningsskik i international handel. Det kan nok diskuteres, om bestemmelsen fører til andre resultater end traktatretskonventionens art. 31, idet det også efter denne er givet, at konsekvensovervejelser med hensyn til forskellige løsninger klart må have et internationalt perspektiv, d.v.s. navnlig relateres til den internationale samhandels interesser. Den internationale praksis og den internationale doktrin må på længere sigt antages at kunne give vigtige bidrag til fastlæggelsen heraf. CISG er i øvrigt som tidligere omtalt et eksempel på, at dansk ikke er officielt konventionssprog.

I de tilfælde, hvor national lovgivning helt eller delvist er et produkt af et fællesnordisk samarbejde (fælles udredningsarbejde o.l.) sker tolkningen i praksis under hensyntagen til dette, eventuelt med inddragelse af forarbejder fra de andre nordiske lande. Et skoleeksempel herpå er afgørelsen i UfR 1978/42 H.

9.5. Fortolkning af domme

Behovet for fortolkning af domme foreligger i to forskellige henseender: Dels i relation til parterne i den pågældende sag, dels med henblik på vurderingen af en afgørelses mulige præjudikatværdi.

En dom rummer i første række en stillingtagen til, hvorledes et konkret retligt mellemværende skal afgøres. Den konkrete sags parter har en helt indlysende interesse i, at dommen i så henseende giver dem klar og fuldstændig besked, d.v.s. ikke blot meddeler resultatet, men tillige redegør for, hvad der må anses for bevist, og hvilke regler der er blevet anvendt. Lever dommen ikke op til disse fordringer, er der adgang til at få berigtiget visse elementære uklarheder – først og fremmest sådanne der vedrører udfærdigelsens form – ved henvendelse til den ret, som har afsagt dommen, jfr. retsplejelovens § 221.

Ved fuldbyrdelsen af en civil dom er fogeden afskåret fra at tage stilling til indsigelser mod dommens rigtighed, jfr. retsplejelovens § 501, stk. 2, men denne regel udelukker naturligvis ikke, at fogeden i fuldbyrdelsessituationen kan og skal tage stilling til, hvorledes en mulig uklar dom skal forstås. Ses der bort herfra og fra mulighederne for at få en ny og eventuelt klarere stillingtagen ved påanke af den foreliggende afgørelse, åbner retssystemet i civile sager ikke andre veje for parterne til autoritativ besvarelse af mulige fortolknings-spørgsmål.

Præjudikatproblemet er for nationale afgørelses vedkommende behandlet ovenfor side 109. Som dér anført stiller tolkningssituationen sig radikalt anderledes for dommes vedkommende end ved tolkning af lovgivningen, idet opgaven går ud på at finde og formulere en regel på grundlag af en eller flere konkrete afgørelser. Hvilke momenter der herved er anledning til i almindelighed at hæfte sig ved, er nærmere beskrevet det pågældende sted, hvortil der henvises. Her fremhæves – på ny – blot, at det er aldeles nødvendigt ved tolkningen af domme ingensinde at tabe af syne, at disse netop først og fremmest er afgørelser i konkrete mellemværender. En doms status som sådan kan efter omstændighederne sætte kraftige begrænsninger for dens anvendelse som præjudikat, fx som følge af parternes processuelle dispositioner, jfr. som et slående eksempel på partsvedtagelsers betydning højesteretsdommen i UfR 1993/268 og hertil Ørgaard i UfR 1993 B p. 404.

9.6. Litteratur til kapitel IX

De grundlæggende danske arbejder om tolkningslæren er *Alf Ross*, »Om ret og retfærdighed«, 3. opl. (1971), især kap. IV, *Preben Stuer Lauridsen*, »Retslæren« (1977), især kap. V, og samme forfatter »Om ret og retsvidenskab« (1992), især kap. 9. Herudover findes almindelige bidrag hos *W. E. v. Eyben*, »Juridisk Grundbog 1. Retskilderne«, 5. udg. (1991), især § 4, *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992), især kap. IV, og *Sv. Gram Jensen*, »Alm. retslære«, 2. udg. (1993) kap. 7. Af ældre litteratur kan der navnlig henvises til *Viggo Bentzon*, »Retskilderne« (1900-07), især kap. 14-19.

Almindelige bidrag til belysning af spørgsmålet om fortolkning af den forvaltningsretlige lovgivning kan findes hos *Bent Christensen*, »Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter« (1988) og samme forfatter, »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991), især kap. XV. Specialfremstillinger indenfor de enkelte retsvidenskabelige deldiscipliner behandler i øvrigt i vekslande omfang fortolknings-spørgsmål, som er særegne for de pågældende discipliner.

Af almindelige *norske* og *svenske* fremstillinger er der navnlig grund til at nævne henholdsvis *Torstein Eckhoff*, »Rettskildelære«, 3. udg. (1993), især kap. 5 og 6, og *Stig Strömholm*, »Rätt, rättskällor och rättstillämpning«, 4. udg. (1992), især kap. 21-22. Tolkning af *EU-retten* behandles i »EU-Karnov«, 4. udg. (1993) og – kort – hos *Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen*, »EF-ret«, 2. udg. (1993) p. 150f, jfr. tillige førstnævnte forfatter i UfR 1978 B p. 161ff. Alle almindelige EU-retlige fremstillinger på hovedsprogene indeholder

videre mere eller mindre fyldige behandlinger af EF-domstolens fortolkningsprincipper m.v. En lettilgængelig og forholdsvis fyldig beskrivelse findes hos *L. Neville Brown & Francis G. Jacobs*, »The Court of Justice of The European Communities«, 3. udg. (1989) p. 268ff.

Den i indledningsafsnittet foretagne sammenligning med historisk tolkning er baseret på *Kr. Erslev*, »Historisk Teknik«, 2. udg. (1926), *Ottar Dahl*, »Grunntrekk i historieforskningens metodelære«, 2. udg. (1976) og *H. P. Clausen*, »Hvad er historie?« (1974). »Efterarbejder« som tolkningsfaktor er navnlig blevet dyrket af *Erik Boe* i TfR 1987 p. 651, jfr. også samme forfatter i »Regulering og styring« (red. E. M. Basse, 1989) p. 191ff. Hensyntagen til sociale forhold m.v. ved tolkningen behandles af *Thomas Wilhelmsson* i »Social Civilrätt« (1987).

KAPITEL X

Nogle aktuelle temaer omkring metodeanvendelsen

10.1. Indledning

Retsanvendelsens metode, således som den er søgt beskrevet i de foregående kapitler, er – som det flere gange er påpeget i disse – ingen »lære« i den forstand, at den indeholder absolutte anvisninger om, hvorledes man nødvendigvis skal gå til værks ved løsningen af konkrete retsspørgsmål. Den er, som det naturligt følger af, at domstolene udgør et element i en samfundsmæssig orden, i stadig forandring, principielt åben og dermed tilgængelig for ændringer. For at registrere disse vil der i almindelighed skulle arbejdes med ganske lange tidsperspektiver og ikke med en målestok, som udformes under hensyntagen til øjeblikkelige politiske rørelser og disses forskellige manifestationer, herunder i lovgivningen, modefænomener og -opfattelser o.l. Abrupte forandringer og åbne brud forekommer ikke. Der vil imidlertid næppe være nogen, som vil bestride, at der i løbet af sidste halvdel af vort århundrede – fx siden *Ross* i 1953 udgav »Om Ret og Retfærdighed« – er sket sådanne ændringer i den nationale retsordens struktur og indhold, at det er relevant at drøfte forekomsten af mulige væsentligere forandringer i metodeanvendelsen.

Det foreliggende kapitel handler om forskellige temaer med tilknytning til en sådan drøftelse. Adskillige andre spørgsmål kunne have været rejst, og de behandlede emner udtømmer således langt fra materien. Der er malt med en meget bred pensel og ingen egentlig rød tråd, men derimod nok en vis indbyrdes forbindelse. Denne skabes især af forskellige aspekter af, hvad der slagordsmæssigt kan betegnes som »rettens internationalisering«, og her frem for alt af fællesskabsrettens betydning for den nationale retsorden. Dette tema, som uden diskussion er langt det vigtigste, behandles i afsnit 10.2. I det derefter følgende vendes tilbage til en problemstilling, som blev berørt i kapitel I, nemlig om og eventuelt i hvilket omfang det måtte være holdbart at tale om »metodepluralisme« i retsanvendelsen. Rettens forhold til andre mulige sam-

fundsmæssige styringsmekanismer berøres i afsnit 10.4, medens afsnit 10.5 beskæftiger sig med det synspunkt, at retten kan opfattes som »a management tool«, d.v.s. som ledelses- eller styringsredskab i erhvervsvirksomheder.

10.2. Betydningen af rettens internationalisering

10.2.1. Fællesskabsrettens indflydelse

Det er vigtigt indledningsvis at klargøre nogle få helt centrale forhold. Uanset at kernen i det, der i dag er Den Europæiske Union, kan ses som et samarbejde af særegen og vidtgående beskaffenhed om navnlig *økonomiske* forhold med udgangspunkt i et fælles marked, er det lige så karakteristisk – og mindst lige så vigtigt at fremhæve – at samarbejdet udtrykker sig i et omfattende *retsfællesskab*. Dette var forudset og ønsket af de grundlæggende traktaters »fædre« og af de oprindelige medlemsstater og er tiltrådt af de senere tilkommende, således at retsfællesskabets væsentligste bestanddele tilvejebringes ved autonom retsfastsættelse af EU-myndighederne, ikke mindst af Domstolen, jfr. kapitel VII. Fællesskabsretten er simpelthen det retlige udtryk for den ved de nævnte traktater tilsigtede integration mellem medlemslandene, en integration der efter EØS-aftalens ikrafttræden også, omend på andet grundlag, i ikke ringe udstrækning kommer til at gælde de øvrige nordiske lande. Skal man i øvrigt i almindelige vendinger beskrive retsfællesskabet nærmere, er det imidlertid helt utilstrækkeligt blot at fremhæve, at der inden for de bestående traktaters vide rammer i bredden og i dybden i integrativt øjemed af fællesskabsmyndighederne selvstændigt arbejdes hen mod helt eller delvist at tilvejebringe en ensartet retstilstand i medlemsstaterne. Det må med, at integrationen praktisk talt udelukkende foregår *med retlige midler*, altså gennem fastsættelse og anvendelse af retsregler. Herved får retten et omfang og navnlig en tyngde i forhold til medlemsstaterne og deres borgere, som langt overgår den relative vægt af den påvirkning af borgernes adfærd, som i et samfund som det danske finder sted ved hjælp af retsregler sammenlignet med fx økonomiske incitament. Det bør i denne forbindelse ikke forbigå opmærksomheden, at fællesskabsforanstaltningerne ikke kun retter sig mod medlemsstaterne. Langt hen ad vejen angår de direkte eller indirekte også de enkelte borgere og kan begrunde rettigheder og forpligtelser for disse, som netop lader sig hævde med retlige midler, d.v.s. ved domstole. At opfattelsen af fællesskabet som et retsfællesskab også rummer dette sidste aspekt, viser hen til »a wave of tide«, som, i hvert fald så vidt fællesskabsretten aktuelt rækker, aldeles fjerner grundlaget for de – også i Danmark – udbredte spekulationer om rettens og retsanvendelsens samfundsmæssige »marginalisering«.

I retskildemæssig henseende er det dernæst naturligvis vigtigt at konstatere, at nogle af de af Domstolen – netop med henblik på den tilstræbte integration – udviklede principper for fællesskabsrettens anvendelse, herunder anvendelsen i medlemsstaterne, i hovedsagen står fast. Med bortseen fra eventuelle konflikter på det forfatningsmæssige plan gælder det grundsætningen om fællesskabsrettens forrang. Det samme er tilfældet med hensyn til princippet om dens direkte virkning, omend de seneste års praksis omkring ikke- eller mangelfuldt gennemførte direktiver for så vidt kan indicere, at grænserne for, hvor langt Domstolen vil – eller tør – gå, endnu ikke er nået. Også de nationale myndigheders pligt til EU-konform fortolkning er utvivlsom, når der er tale om bindende retsakter, lige som de af Domstolen antagne almindelige fællesskabsretlige retsgrundsætninger (grundrettighedsbeskyttelsen, retssikkerhedshensynet m.v.) i almindelighed er blevet accepteret. For det retlige regime spiller Domstolens funktion som autoritativ fortolker af fællesskabsretten og de stærke bindinger, der gennem EF-traktatens art. 177 herved lægges på de nationale domstole, en helt afgørende rolle. Domstolens fortolkningsstil, som derigennem får central betydning for den nationale gennemførelse og anvendelse af fællesskabsretten, er helt overvejende systematisk-teleologisk med efter omstændighederne væsentlig og fri hensyntagen til integrationshensynet.

Det er vanskeligt at give nogenlunde præcise kvantitative og kvalitative mål for rækkevidden af fællesskabsrettens indtrængen i eller påvirkning af den nationale retsorden og dermed udtrykke rimeligt skudsikre antagelser om størrelsen af det felt, inden for hvilket de netop nævnte retskildemæssige forhold i hvert fald virker eller må formodes at kunne gøre det. Den nuværende formand for Europa-Kommissionen har ganske vist i Europa-Parlamentet allerede før Unionsforhandlingerne udtalt, at omkring 80 pct. af den i medlemslandene gældende erhvervsret er fællesskabsret eller har et fællesskabsretligt ophav, og tilsvarende tilkendegivelser foreligger fra andre medlemmer af Kommissionen. Noget sikkert grundlag for den slags udsagn findes imidlertid ikke. Hvad der især komplicerer vurderingen både i kvantitativ og – navnlig – kvalitativ henseende er, at fællesskabsretten ikke uden videre passer ind i de fra national ret kendte indholdsmæssige systematiseringer, jfr. kapitel II, men – bestemt med udgangspunkt i de grundlæggende traktaters aktivitetsområder (frem for alt de fire friheder) og derudfra antagne reguleringsbehov – optræder mere eller mindre fragmenteret i forhold til disse. Et almindeligt gennemsyn af forholdene inden for en række vigtige erhvervsretlige enkeltdiscipliner med overvejende privatretligt indhold efterlader – på den anførte baggrund for så vidt forståeligt nok – et meget uensartet indtryk.

Helt summarisk kan det siges, at der er en meget tæt regulering på det *konkurrenceretlige* felt, men forholdene er her særegne i den forstand, at de fællesskabsretlige regler som et til

en vis grad sluttet system i betydelig udstrækning optræder ved siden af de nationale. Der er ligeledes en høj reguleringsintensitet inden for centrale dele af *selskabsretten* og – i nogen grad i tilknytning hertil en række regnskabs-, børs- og bankretlige forhold. Det samme gælder væsentlige dele af *arbejdsretten*. Der er ingen almindelig fællesskabsretlig regulering af den *almindelige kontraktsret*, men adskillige enkeltbestemmelser i EF-traktaten kan henholdsvis udvide eller indskrænke den efter national ret gældende kontraktsfrihed, fx i henseende til de fire friheder. Inden for kontraktsrettens *specielle* del forekommer adskillige direktiver, som, ofte ud fra en blanding af integrations- og beskyttelseshensyn, helt eller delvist danner baggrund for national lovgivning eller forslag derom (forbrugeraftaler, kreditaftaler, handelsagenter, pakkerejser og standardvilkår i forbrugeraftaler), lige som der findes udførlig regulering af offentlige udbud såvel i henseende til varer som vedrørende tjenesteydelser. Forsøg på gennemførelse af et direktiv om almindelig harmonisering af forsikringsaftalen har måttet opgives, hvorimod der findes direktiver om bestemte typer af forsikringsaftaler og om forsikringsvirksomhed. Den nævnte kombination af integrations- og beskyttelseshensyn har tillige manifesteret sig i direktiver om produktansvar og produktsikkerhed, hvorimod der savnes fællesskabsretlige initiativer af almindelig *erstattelsesretlig* karakter. For *immaterialrettens* vedkommende gælder det, at udøvelse af de immaterielle rettigheder og aftaler om disse efter omstændighederne kan stride mod EF-traktaten (henholdsvis art. 30 og art. 85), men herudover foreligger der, især fra de senere år, adskillige harmoniseringsdirektiver, i henseende til ophavsrets- og varemærkelovgivningen. Med en enkelt undtagelse (vildledende reklame) berører fællesskabsretten ikke den nationale *markedsføringsret* (forudsat at denne ikke anvendes på en mod EF-traktatens art. 30 stridende måde). Selvom de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne efter EF-traktatens art. 222 ikke berøres af traktaten, vil dennes bestemmelser om de fire friheder kunne være af betydning såvel i indskrænkende som i udvidende retning af national lovgivning med ejendomsretligt indhold, lige som den afledte fællesskabsret efter omstændighederne kan indebære almindelige (ikke-ekspropriative) begrænsninger af ejendomsretten. Den materielle *insolvensret* har endelig intet fællesskabsretligt indhold.

De fleste fællesskabsforanstaltninger inden for de oplistede discipliner er direktiver, som tilsigter en hel eller delvis harmonisering af retstilstanden i medlemslandene. Som det bl.a. fremgår af »delvis«, er der ikke sjældent levnet plads for bevarelse af nationale særegenheder og/eller givet mulighed for valg mellem alternative løsninger. Selvom reguleringsintensiteten har været støt voksende, og selvom fællesskabsretten på visse områder klart har dominans i forhold til nationalt initierede foranstaltninger, giver omfanget og beskaffenheden af fællesskabsindsatsen for en gennemsnitsbetragtning ikke belæg for påstande som de ovenfor refererede (80 pct. o.s.v.). Vigtigst er, at væsentlige sider af formuerettens centrale dele – med bortseen fra helt brudstykkevis fællesskabsregulering – ikke er berørt, omend det naturligvis skal tages i betragtning, at en i hovedsagen identisk retstilstand kan foreligge på et grundlag, fx gennem ensartede retlige traditioner eller via traktater. Denne konstatering kan begribeligvis dog ikke stå alene, men må sammenholdes med omfanget og arten af fællesskabsforanstaltninger på felter, som ud fra en national betragtning helt eller overvejende betragtes som offentligretlige.

10.2. Betydningen af rettens internationalisering

Disse foranstaltninger ville i national ret praktisk talt alle blive opfattet som hørende til forskellige forgreninger af den specielle forvaltningsret (lige som en lang række af de for privatrettens vedkommende gældende reguleringer isoleret betragtet måtte tillægges et sådant tilhørsforhold). Omfang og intensitet er betragtelig. Væsentligst er regulering, som har sammenhæng med unionsområdets karakter af frihandelsområde og med etableringen af et indre marked, herunder toldunion og afskaffelse af kvantitative restriktioner og lignende handelshindringer, afgiftsharmonisering, indseende med statsstøtte, harmonisering af standarder o.l. Hertil kommer intensiv regulering af enkelte hele erhvervssektorer, navnlig landbruget, miljø-, arbejdsmiljø- og sundhedsforhold, visse socialpolitiske (reelt arbejdsmarkedspolitiske) spørgsmål m.v.

Anlægges der herefter en helhedsbetragtning, må man, uanset at de omtalte påstande (fortsat) ikke kan tages for pålydende, komme til det resultat, at de dog rummer den kerne af sandhed, at der vedrørende den positive regulering af den materielle ret er sket en kraftig forskydning fra nationale retskildeproducenter (navnlig lovgivningsmagten) til fællesskabsproducenter. Hertil føjer sig naturligvis den, til dels supplerende, regulering, som hidrører fra Domstolens praksis.

På baggrund af denne forandring og under hensyntagen til de ovenfor fremhævede retskildemæssige forhold vedrørende fællesskabsretten er det – godt tyve år efter at Danmark blev medlem af Fællesskaberne – for så vidt en selvfølgelighed generelt at fastslå, at det danske retskildebillede i relevans-, prioriterings- og tolkningsmæssig henseende inden for fællesskabsrettens virkefelt må have forandret sig væsentligt i forhold til, hvad der kunne iagttages i begyndelsen af 1970'erne. I hvilket omfang en sådan påstand svarer til virkeligheden og især hvordan billedets detaljer tager sig ud eller kan tydes, må her som andetsteds navnlig bero på domstolenes – vel at mærke danske domstoles – praksis.

Der er ikke publiceret noget overvældende stort antal afgørelser om danske domstoles anvendelse af fællesskabsretten. De hører heller ikke til de mest flittige brugere af forelæggelsesbestemmelsen i EF-traktatens art. 177, idet antallet af forelagte sager pr. år gennemsnitlig er løbet op i tre. Praksis er dog omfattende nok til at tillade nogle få – i øvrigt temmelig indlysende – konstateringer. Hvor fællesskabsretten har direkte virkning, anvendes den i klare tilfælde uden videre. Der tages selvstændigt stilling til fællesskabsrettens indhold, herunder det indhold der måtte foreligge efter Domstolens praksis, således at forelæggelse for denne undlades, hvis retstillingen findes tilstrækkelig klar, jfr. som eksempler UfR 1984/219 Ø og 1991/247 S, jfr. 1992/476 H. Usikkerhed om uoverensstemmelser med national ret vil derimod sædvanligvis føre til anmodning om præjudiciel stillingtagen, se UfR 1990/505 H, lige som Domstolens fortolkningsmonopol selvsagt respekteres, jfr. UfR 1986/258 S. Der synes ikke at bestå nogen påfaldende iver hos førsteinstans-retterne

efter at udnytte mulighederne for forelæggelse, og balancen i det nationale retssystem er derfor intakt. Det kniber mere med belysning af konfliktsituationerne. Afgørelser med en klar stillingtagen til disse findes ikke, men det ligger – bortset fra konflikter med relation til forfatningen – nær at antage, at det fællesskabsretlige forrangsprincip her vil blive lagt til grund, således at man enten vil fortolke sig ud af uoverensstemmelsen eller tilsidesætte den nationale regel, jfr. den danske regerings anerkendelse af princippet i AMBI-sagen (ovenfor side 240) og dommen vedrørende den ikke helt parallelle problemstilling i UfR 1991/935 H.

De nævnte tilfælde dækker formentlig over de fleste praktisk forekommende situationer inden for kernen af fællesskabsrettens virkefelt. Hvor denne har direkte virkning, er det nationale repertoire af retskildefaktorer klart rykket i baggrunden. Det må formodes, at dette især har haft betydning for national lovgivning og for forarbejder til denne, men i princippet er alle typer af nationale faktorer berørt. Det forholdsvis ringe antal sager og fraværet af åbenbare konflikttilfælde tyder på, at forholdene i alt væsentligt opleves som uproblematisk. Men selvom fællesskabsrettens indflydelse på baggrund af dens omfang, jfr. ovenfor, herefter må siges at være betragtelig og at have sat sig effektivt igennem, kan man gå et skridt videre og spørge, om indflydelsen tillige har manifesteret sig ved

- anvendelse af EU-konform fortolkning også i tilfælde, hvor fællesskabsretten ikke har direkte virkning,
- en udvidet hensyntagen til præjudikater fra de øverste domstole i de øvrige medlemsstater og til den internationale fællesskabsretlige doktrin.

Medens disse to spørgsmål er knyttet specifikt til anvendelse til anvendelse af fællesskabsretten, er der to andre – nok så interessante – som angår rets anvendelsen i almindelighed, og som forudsætter muligheden for en afsmittende virkning af fællesskabsretten til anvendelsen af den »almindelige« nationale ret

- en bevægelse i overensstemmelse med Domstolens tolkningsstil mod en udvidet brug af systematisk-teleologisk tolkning og med i hvert fald delvis eksklusion af historisk tolkning, d.v.s. i almindelighed en lavere vægtning af forarbejder til lovgivningen,
- en mindre vidtgående hensyntagen til eller respekt for den nationale lovgivningsmagt i den forstand, at denne, hvor regulering mangler, eller hvor en forhåndenværende regulering er utilstrækkelig, ikke i samme udstrækning som nu accepteres som det mest egnede forum for en løsning. Problemstillingen aktualiseres især af Domstolens rolle inden for den fællesskabsretlige retsorden og den refleksvirkning heraf, der består i, at de nationale domstole ved den direkte anvendelse af fællesskabsretten efter

denne er afskåret fra at inddrage hensynet til den nationale lovgivningsmagt i deres overvejelser.

Der kan ikke gives noget sikkert svar på alle spørgsmålene. Det er nok sandsynligt, at danske domstole vil efterleve det fællesskabsretlige krav om EU-konform fortolkning, når der er tale om bindende retsakter, men praksis rummer ikke nogen klar stillingtagen, se navnlig på den ene side UfR 1989/372 H (hertil *Walsøe* i UfR 1991 B p. 17 ff) og på den anden ovennævnte UfR 1991/935 H. De ejendommelige fællesskabsretlige »soft law«-faktorer – som synes principielt uforenelige med fællesskabets karakter af *retsfællesskab*, jfr. foran – har praksis ikke forholdt sig til, men som anført ovenfor side 236 må danske domstole antages her at være frit stillet. For så vidt angår udenlandske præjudikater og den internationale doktrin, lader det sig ikke gøre at konstatere nogen påvirkning. Frem for at antage, at danske domstole sidder med ryggen til den store verden, synes det dog lige så – eller mere – nærliggende at gå ud fra, at der simpelthen ikke (endnu) har foreligget sager, hvor der været et reelt behov for at beskæftige sig med sådanne faktorer.

De to sidste – i øvrigt til dels sammenhængende – spørgsmål må formentlig besvares benægtende. Det kan som tidligere omtalt af flere grunde, først og fremmest retssikkerhedsmæssige, være stærkt ønskeligt, at den ganske udbredte nationale »lovgivning i motiverne« begrænses til et minimum. Inden for fællesskabsrettens område har dette imidlertid ringe praktisk betydning. Nationale forarbejder spiller ingen rolle ved fastlæggelsen af fællesskabsrettens indhold (og kan heller ikke bruges til opfyldelse af direktivforpligtelser, jfr. ovenfor side 209). Fører en tolkning af national ret med hensyntagen til dennes forarbejder og fællesskabsretten i forskellige retninger, vil præferencen efter forrangsprincippet og pligten til EU-konform fortolkning skulle gives til sidstnævnte, eventuelt efter at fællesskabsrettens indhold er fastslået gennem præjudiciel stillingtagen fra Domstolen. Nogen tolkningsmæssig indsats i forhold til fællesskabsretten fra danske domstole, der rækker ud over en vurdering af, om retstillingen er klar eller den ikke er det, bliver der således ikke tale om. Når man kommer uden for fællesskabsrettens, kunne man ganske vist forestille sig, at Domstolens tolkningsstil smittede af på de nationale domstoles tolkning af national ret, således at der derved igangsattes en almindelig bevægelse bort fra historisk tolkning. En sådan bevægelse lader sig imidlertid ikke – i hvert fald ikke endnu – efterspore i praksis, og det er i denne forbindelse ikke uden interesse at notere sig, at danske domstole, i den udstrækning teleologisk fortolkning af »almindelig« national ret anvendes, sædvanligvis knytter sig snævert til formålet med den foreliggende konkrete lovgivning.

Hermed er også de problemer, som ligger gemt i det fjerde spørgsmål, for så vidt blevet berørt. Som nævnt adskillige gange tidligere udviser danske

domstole gennemgående betydelig tilbageholdenhed over for lovgivningsmagten og afstår bl.a. (helst) fra selvstændig retsskabende virksomhed af videregående betydning. Der kan anføres ganske gode grunde for, at den traditionelle beskedenhed ikke ubetinget er klædelig. Omhyggelige og upartiske retlige eller retligt prægede overvejelser er som afgørelsesgrundlag ikke nødvendigvis altid underlegne sammenlignet med produktet af en ren politisk beslutningsproces, heller ikke når det drejer sig om spørgsmål af mere omfattende samfundsmæssig karakter. Retssikkerhedshensyn i deres mest grundlæggende skikkelse varetages videre i almindelighed mere betryggende af selvstændige domstole end af lovgivningsmagten. Det kan derfor siges, at det ville være vel foreneligt med Unionens karakter af retsfællesskab, med det retlige elements almindelige (store) betydning inden for denne og med de forfatningsmæssige traditioner i nogle af de store medlemslande, såfremt Højesteret tilegnede sig blot en smule af den »aktivisme«, som præger Domstolen. Den kumulative virkning af dennes opfattelse af sin rolle inden for Unionen og den åbne og dynamiske fortolkningsstil, som tillige præger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, jfr. det følgende afsnit, kunne i særlig grad tilskynde dertil. Heroverfor står selvfølgelig navnlig behovet for, at retsanvendelsen i sidste instans til enhver tid har den fornødne demokratiske legitimitet. Ses der bort fra, at den nationale tradition i sig selv kan være et tungtvejende argument for at afstå fra ændringer, må præmisserne for en stillingtagen til, hvilken linie der bør følges inden for forfatningens rammer, nødvendigvis få kraftige politiske islæt. I den foreliggende praksis fra danske domstole er der foreløbig ikke den ringeste antydning af, at de særlige fællesskabsretlige forhold har haft indflydelse på den almindelige nationale retsanvendelse.

Afsluttende kan det kort fastslås, at de fællesskabsretlige retskildefaktorer i kraft af fællesskabsrettens bredde og dybde har stor betydning for den nationale retsanvendelse, men vel at mærke kun inden for fællesskabsrettens virkefelt. Der ingen påviselig afsmittende virkning på retsanvendelsen uden for det pågældende område. Bekymringer for den nationale »retskultur« o.l. (der – såfremt man finder det holdbart at tale om et sådant fænomen – næppe har noget veldefineret, endsige statisk, indhold) forekommer herefter ikke så lidt overdrevne. Øjensynlig forholder det sig på samme måde i Danmark som i England: Domstolene anvender en forskellig »approach« alt efter, om der er tale om fællesskabsret eller ren national ret, jfr. *Lasok & Bridge* 1991, 435. Dette er naturligvis møntet på de aktuelle forhold. Som fremhævet indledningsvis ændrer retskildemønstre sig imidlertid i almindelighed langsomt, og tyve år kan i denne forbindelse ikke betragtes som nogen lang periode.

10.2.2. Påvirkninger fra anden ikke-national ret

Den væsentligste internationale påvirkning uden for fællesskabsretten (men undertiden ved siden af denne) modtager dansk ret gennem dansk tiltrædelse af folkeretlige aftaler og den efterfølgende inkorporering af disse i national ret. Jo mere omfattende det internationale samarbejde på dette grundlag er, jo kraftigere må påvirkningerne begribeligvis antages at være. Det er imidlertid her om muligt endnu sværere end ved fællesskabsretten af fremkomme med rimeligt præcise data i kvantitativ og kvalitativ henseende, omend det utvivlsomt ligger fast, at påvirkningerne i omfang og intensitet står klart tilbage for fællesskabsrettens (indbefattet de fællesskabsretlige traktater). Udviklingsmønstrene for denne sidste og for den folkeretlige traktatret er også ganske forskellige i tid. Nogle af de mere betydningsfulde konventioner inden for det erhvervsretlige område har således en betragtelig alder (fx Pariser- og Bernerkonventionerne fra 1883 og 1886 om henholdsvis industrielle enerettigheder og ophavsrettigheder og Genève-konventionerne om veksler og checks fra 1930 og 1931). Reguleringerne er videre gennemgående af langt mere afgrænset – emnepræget – karakterer, og det retsfællesskab, der muligt måtte kunne tales om, er derfor, ikke blot på grund af tilblivelsesprocessen, men også henset til indholdet, af en væsentlig mere usammenhængende beskaffenhed end det fællesskabsretlige. En overgribende regulering af voksende betydning er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, jfr. ovenfor i kapitel VI.

Vanskelighederne for en generel stillingtagen beredes i øvrigt ikke blot af, at der er meget store forskelle mellem de enkelte retsområder. Der må som nævnt tillige tages hensyn til, hvor almene eller specifikke de folkeretlige forpligtelser er, og til, hvor mange stater der er impliceret i den enkelte aftale (respektive hvor stort antallet af ligeartede (bilaterale) aftaler er). Situationen er herefter den, at der på den ene side forekommer adskillige retsområder, hvor det internationale islæt uden for fællesskabsretten er ikke-eksisterende eller uhyre beskedent, medens der på den anden side ses enkelte områder, som i betydelig udstrækning er reguleret på grundlag af omfattende konventionsforpligtelser. Et eksempel på det sidste er immaterialretten. Her forekommer der ved siden af den fællesskabsretlige regulering, jfr. forrige afsnit, et større antal internationale konventioner af central betydning for rettighedsbeskyttelsen, som er tiltrådt af et stort antal lande, herunder Danmark. I sådanne – mere exceptionelle – tilfælde kan den samlede virkning af fællesskabs- og folkeretten være, at der kun på forholdsvis beskedne punkter forekommer selvstændig dansk regulering af den materielle ret, ligesom fortolkningen af denne sker på baggrund af den internationale tradition, jfr. for patentrettens vedkommende *Koktvedgaard* 1991, 157.

Traktatbestemmelers væsentligste retskildemæssige betydning efter gældende ret viser sig som omtalt i kapitel VI især omkring anvendelsen af de såkaldte fortolknings-, formodnings- og instruktionsregler. Af disse er den første – pligten til folkeretskonform fortolkning – langt den vigtigste. Den er accepteret af danske domstole i det omfang, det nationale retsgrundlag er fortolkeligt,

formentlig endda med en ikke ringe margin, jfr. navnlig UfR 1990/13 H. Hvor inkorporering er sket, kan dette som ved CISG, jfr. dennes art. 7, indebære væsentlig hensyntagen til retsgrundlagets internationale beskaffenhed, men noget tilsvarende vil principielt vel kunne tænkes i forhold til traktater, som nok er tiltrådt, men som (endnu) ikke er inkorporeret. Herudover er der navnlig to problemer, som er af retskildemæssig interesse omkring traktatretten.

Det første af disse angår dansk rets hidtidige dualistiske opfattelse af forholdet mellem folkeret og nationalret. Man kan spørge, om der, eventuelt med inspiration fra den inden for fællesskabsretten rådende monistiske opfattelse, kan påvises en bevægelse i retning af at tillægge ikke-inkorporerede traktatbestemmelser en betydning, som rækker ud over den, der følger af de tre nævnte regler. Soges svaret herpå i retspraksis, må det utvivlsomt blive benægtende, d.v.s. at det dualistiske grundsynspunkt – som Danmark i øvrigt langt fra står alene med – fastholdes.

Det andet problem udspringer af, at traktatmæssige forpligtelser undtagelsesvis kan have eller få en dynamisk karakter, som til en vis grad minder om fællesskabsrettens. Som det vil erindres fra kapitel VI, gælder dette navnlig forpligtelserne efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor forholdet er det, at der er etableret konventionsorganer, som i forbindelse med konkret klagesagsbehandling har kompetence til at fortolke konventionens bestemmelser, og som herved anvender en forholdsvis fri og dynamisk fortolkningsstil. Det er da nærliggende, dels at efterlyse betydningen – både inden for og uden for konventionsområdet – heraf for de nationale domstole, dels at overveje – her naturligvis i metodemæssig henseende – den muligt kumulerede påvirkning fra konventionsorganernes praksis efter konventionen og fra Fællesskabsdomstolens efter fællesskabsretten.

Der kan ikke udledes noget svar på disse spørgsmål af danske domstoles praksis. Den tillader kun en konstatering af, at disse ved overvejelserne om, hvorvidt dansk ret stemmer med Danmarks folkeretlige forpligtelser, i almindelighed er indstillet på at inddrage praksis fra internationale konfliktlösningsorganer, og at de i særdeleshed tilpasser sig den forståelse af Menneskerettighedskonventionen, som Menneskerettighedsdomstolen anlægger, jfr. ovennævnte UfR 1990/13 H. Men medens man inden for fællesskabsretten kan og skal indskrænke sig til tilsvarende at fastslå, at danske domstole følger Domstolens fortolkning af fællesskabsretten, er dette ikke ganske tilfredsstillende med hensyn til Menneskerettighedskonventionen. Det har sammenhæng med, at de nationale domstole selv skal tage stilling til, om de givne rettigheder efter konventionen er krænket, og i tvivlstilfælde ikke kan (eller skal) indhente en udtalelse fra et konventionsorgan med fortolkningsmonopol svarende til Domstolens efter EF-traktatens art. 177. De vil så at sige selv skulle se på

konventionen gennem de briller, som Menneskerettighedsdomstolen anvender. Nationale domstoles tilegnelse af Menneskerettighedsdomstolens fortolkningsstil er derfor næppe udelukket inden for konventionsområdet. Så vidt som en udvikling hermed måtte blive sat i skred, er en afsmittende virkning også tænkelig uden for dette, hvor grunden i nogen grad allerede kan ses som gødet af EF-domstolen. Her er man dog begribeligvis langt inde i de rene gætterier. Da grundrettighedsbeskyttelsen inden for fællesskabsretten efter Domstolens hidtidige praksis ikke er aldeles kongruent med beskyttelsen efter Menneskerettighedskonventionen ifølge Menneskerettighedsdomstolens afgørelser – men på enkelte punkter mindre vidtgående end denne – er der i øvrigt her en gordisk knude, som det næppe er muligt for de nationale domstole at løse, det være sig på makedonsk eller på anden vis.

Ses der bort fra den folkeretlige sædvaneret, har mulige påvirkninger fra andre ikke-nationale faktorer end traktatretten – de være sig folkeretlige eller af anden beskaffenhed, jfr. kapitel VIII – ikke efterladt sig særlig bemærkelsesværdige spor i praksis i den forstand, at de ses at være tillagt væsentlig betydning i trufne afgørelser. Dette er selvsagt ikke ensbetydende med, at de uden videre (alle) har været eller – med henblik på et udviklingsmønster – i retskildemæssig henseende vil være *quantité négligeable*. Iagttagelsen gælder tillige udenlandske retsafgørelser og den internationale doktrin uden for de nordiske lande.

Den vigtigste overordnede konstatering på det foreliggende grundlag er fastholdelsen af konsekvenserne af det dualistiske udgangspunkt. Der er heller ingen principielle ændringer i det traditionelle tolkningsmønster. Det øgede internationale samarbejde har således i metodemæssig henseende ikke ført til væsentlige *kvalitative* forandringer. Ses påvirkningerne fra fællesskabsretten og fra andre internationale faktorer under ét, er det herefter næppe helt ved siden af at påstå, at danske domstole indtil nu har mødt »internationaliseringen« med dyb konservatisme. Heri ligger ingen subjektiv kvalifikation, idet der i stedet kunne have været talt om dyb respekt for, hvad der opfattes som nationale traditioner og national egenart. Nogen prognose for fremtiden er det på dette grundlag svært at levere, men det er naturligvis ikke uvigtigt at være opmærksom på, at visse objektive forudsætninger for mulige ændringer i retning af, at domstolene profilerer sig mere selvstændigt i forhold til den nationale lovgivningsmagt, er til stede, navnlig i form af påvirkninger fra EF-domstolens og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.

10.3. Rettens polycentri

I kapitel I blev et vigtigt spørgsmål strejft, nemlig om metodeanvendelsen har et uniformt præg, eller om der i stedet snarere må tales om, hvad der dér blev kaldt »metodepluralisme«. Spørgsmålet er i de senere år blevet aktualiseret ved en kritik af den traditionelle retskildelære med henvisning til, at den i praksis ikke har eller snarere ikke kan have almen karakter, og til, at den er relateret ensidigt til domstolenes virksomhed. Dette og de to følgende afsnit beskæftiger sig med aspekter af denne kritik.

Henrik Zahle har (1986, 752 ff og 1989, 45 ff) – med udgangspunkt alene i den offentlige ret – gjort gældende, at retskildelæren aktuelt er, hvad han betegner som *polycentrisk*. Med dette menes ikke blot, at de enkelte retskildfaktorer hidrører fra forskellige producenter, men tillige og navnlig at faktorerne har fået en forskellig rækkevidde i henseende til *adresseringen*. De enkelte retskilder (retskildfaktorer) har nu virkninger, som er forskellige for forskellige myndigheder, og retskildelæren er således ikke længere uniform, men tenderer til at blive *myndighedsspecifik*.

Zahle anfører en række eksempler, som skal illustrere denne påstand. Administrativ praksis må antages at være bindende for den myndighed, der har den pågældende forvaltningskompetence, men forpligter ikke domstolene lige så lidt som ministerielle cirkulærer o.l. gør det (hvorimod disse binder adressatmyndighederne). Det samme gælder med hensyn til ministerielle forarbejder til lovgivning, som, i hvert fald for en tid, må antages at forpligte ministeren og ministeriets ansatte, medens domstolene er frit stillet. Parlamentariske tilkendegivelser om ønsket lovanvendelse kan eventuelt binde vedkommende minister og de i ministeriet ansatte, men heller ikke sådant materiale har domstolene pligt til at tage hensyn til. Visse planer, som udfærdiges af kommunale forvaltningsorganer, er bindende for disse, men derimod ikke for statslige myndigheder eller for domstolene. Statslige forvaltningsorganer betjener sig i øvrigt ikke sjældent af styringsteknikker i forhold til kommunerne, som helt savner retlig karakter, fx ved udsendelse af principielt uforbindende vejledninger om fortolkningen og anvendelsen af bestemt lovgivning. Hertil kommer, hvad *Zahle* betegner som »regionalisering« af retten, d.v.s. en prægning af rettens virkningsfelt, som er knyttet til den regionale placering af retskilden. Som særlige eksempler herpå henvises først til den af det kommunale selvstyre følgende adgang for de enkelte kommuner til inden for visse grænser at indrette sig anderledes end andre med den konsekvens, at retstilstanden – da store dele af forvaltningslovgivningen administreres af kommunerne i første instans – på centrale områder bliver forskellig fra kommune til kommune. Videre henvises til spændingen mellem national og overnational regulering, i særdeleshed i forholdet mellem EU-ret og national ret, idet det her antages, at der ikke er grund til at forvente, at konflikter i regelgrundlaget vil blive vurderet på samme måde, når de anskues ud fra et EU-retligt eller fra et nationalt synspunkt.

Efter *Zahle's* opfattelse er den påståede forandring i retskildelæren en følge af en samfundsudvikling fra en »retsstatslig« til »socialstatslig« model. Efter den første kontrollerer domstolene, om den bureaukratisk organiserede forvaltnings optræden er korrekt efter loven. Ved den anden ændres retskildegrundlaget i retning af mere åbne og skønmæssige kompe-

tenceregler, ligesom forvaltningen til dels skifter karakter, dels gennem kommunaliseringen (med demokratisk valgt ledelse af forvaltningsapparatet), dels gennem korporativt sammensatte ankeorganer (med repræsentanter for interesseorganisationer eller politiske partier). Intensiteten i domstolenes kontrol svækkes i sådanne tilfælde, idet domstolene »så at sige (trækker) fingrene til sig, fordi (man) respekterer den sagkundskab, den økonomiske eller anden interesse, eller den demokratiske repræsentation, som ligger bag den trufne afgørelse«. Hvor domstolene alligevel omgør forvaltningens afgørelser, er dette ikke så meget fordi disse findes ulovlige, men fordi domstolene foretrækker en anden tolkning af loven end forvaltningen. Et af Zahle's andre budskaber er da også, at det forvaltningsretlige legalitetsprincip bør opgives som målestok eller rettesnor ved vurderingen af en forvaltningsafgørelses overensstemmelse med lovgivningen og erstattes af et korrekthedskriterium. Ved bedømmelsen af, om en given afgørelse er »korrekt«, må det for både domstole og administrative kontrolinstanser spille en rolle, ikke blot hvorledes afgørelsen forholder sig til det formelle retsgrundlag, men tillige hvilken demokratisk legitimation den afgørende myndighed bygger på. En central pointe i henseende til retsdogmatiske beskrivelser af gældende ret er, at det ikke længere er domstolene, som er ankerpunktet for, hvad der har denne status. En højesteretsdom kan være mindre relevant end en kommunal praksis – »eller rettere den enkelte retskilde må vurderes inden for det polycentriske system afhængigt af, hvilket plan analysen tager sigte på«.

Det refererede har alene karakter af nogle synspunkter på retskildelæren og dens udvikling og udtrykker følgelig ingen egentlig teori herom. Synspunkterne, der har udøvet en sær fascination inden for dele af nordisk retsvidenskab, må antages primært at angå retsanvendelsen, omend der er implikationer for retsvidenskabens, jfr. referatets slutning. Så vidt forstået, bringer de i nogen grad mindelser om et ikke ukendt eventyr af H.C. Andersen, hvis umiddelbare tema er hovedpersonens beklædning eller rettere mangel på samme.

Det er uproblematisk at fastslå, at retskildefaktorerne – nationalt og internationalt – hidrører fra mange forskellige producenter. Hvad der aktuelt og historisk er eller kan være retlig relevant, respektive har været det, produceres netop i, hvad man godt kan kalde forskellige »centre«. Det er videre helt selvfølgeligt, at de på faktorerne støttede regler kan have forskellige adressater i den forstand, at talrige regler kun retter sig mod bestemte myndigheder og/eller personer. En national kutyme vedrørende handelen med fedekvæg i Nordjylland er fx naturligvis retskildemæssigt irrelevant uden for branchen og/eller området. Problemerne kommer, når det, som det fremgår, hævdes, 1) at *samme* retskildefaktor kan have *forskellige* retsvirkninger for *forskellige* myndigheder (personer) og 2) at dette, navnlig set i et udviklingsperspektiv, er (blevet) så udbredt et fænomen, at det ikke (længere) giver rimelig mening at fremstille retskildelæren under ét med udgangspunkt i domstolenes virksomhed.

Til illustration af det uholdbare i påstandens første led kan et af de refererede eksempler benyttes, nemlig forvaltningsmyndighedernes og domstolenes forhold i retskildemæssig henseende til administrativ praksis (idet det forud-

sættes, at denne ikke kun angår forvaltningsinterne forhold). En forvaltningsmyndighed, som skal træffe afgørelse i en bestemt sag, vil ganske rigtigt som regel opfatte sig som bundet af den fortolkning af den tilgrundliggende lovgivning, som den selv eller en overordnet myndighed tidligere har anlagt. Den følger med andre ord praksis eller – udtrykt i en retskildeterminogi – i dens katalog over retskildefaktorer optræder praksis, dels i afsnittet om relevans, dels i prioriteringsafsnittet og her på en fremskudt plads, nemlig som en faktor man ikke blot skal tage hensyn til, men som slet og ret normalt skal følges. Vendes blikket derefter mod domstolene, forholder det sig – fortsat helt korrekt – på anden måde. I det tilsvarende domstolskatalog ser prioriteringsafsnittet helt anderledes ud, idet administrativ praksis figurerer som en gennemgående lavt placeret faktor, én man efter omstændighederne kan, men ikke skal, inddrage i overvejelserne. Der er ikke noget mystisk og bestemt heller ikke noget nyt i denne forskel. Det mystiske kommer, når man – som i de fremførte synspunkter – ophæver sammenhængen mellem de to kataloger og påstår, at det første har selvstændig *retlig* eksistens i forhold til det sidste og derfor (for forvaltningen) er *retligt* ligeværdigt med dette.

Forskellige selvstændige »centre« i denne forstand kan der i almindelighed ikke tales om. For at der i en retskildesammenhæng skal kunne påvises relevante forskelle, således af de enkelte kildefaktorer ikke dækker samme område eller ikke rækker lige langt, må det begribeligvis være forskellige *retsvirkninger*, man interesserer sig for. Sådanne virkninger lader sig i sidste instans kun konstatere af domstolene, og i eksemplet vil en forvaltningsafgørelse, der er i overensstemmelse med og støttes på hidtidig praksis, da principielt også kunne indbringes for domstolene til prøvelse. Består den ikke prøven, er det nødvendigt at ændre praksis, og kildefaktoren »administrativ praksis« må derfor belastes med den usikkerhed, der følger af mulighederne for censur for domstolene. Som det er fremgået af fremstillingen ovenfor side 119 og 122, kan der nok påvises visse nuancer i prøvelsesintensiteten, men disse er hverken af et omfang eller af en art som påstået. Varieres eksemplet med en formueretlig drejning, kan man i stedet forestille sig en virksomhed, som følger de retningslinier for erhvervsudøvelsen, som måtte være afstukket af den relevante brancheorganisation (standarder, etiske regler o.l.). I virksomhedens retskildekatalog er de pågældende retningslinier derfor anført som en »skal«-faktor. Domstolene er imidlertid ikke bundet af dem og kan i givet fald anlægge en strengere eller mildere bedømmelse. Brancheorganisationen og det omkringliggende virksomhedsmiljø er følgelig ikke noget »center«, der i retskildemæssig henseende helt eller delvist kan leve et eget liv.

Grundsubstansen i det pågældende synspunkter må således forkastes som udtryk for en uholdbar kvalificering af et gammelkendt fænomen, nemlig at

myndigheder, organisationer, virksomheder og enkeltpersoner (naturligvis) har nogle mere eller mindre nagelfaste forventninger om, hvad der i givne sammenhænge vil være retligt relevant (og derfor for så vidt hver har deres retskildekatalog). Der er dog et par områder, hvor synspunkterne har en vis berettigelse, omend nok på anden vis end forudsat. Såvel inden for forvaltningsretten som inden for formueretten forekommer retsområder, hvor domstolsbehandling sjældent – om overhovedet – ses. Det er klart, at en mulig utraditionel retskildebrug hos forvaltningsmyndigheder, voldgiftsretter, virksomheder m.v. i sådanne tilfælde *rent faktisk* kan pågå uafhængigt af, hvad der i almindelighed må forventes ved domstolene. Kritikken rokker selvfølgelig heller ikke ved den – helt agtværdige – mulighed, at enkelte (typer af) forvaltningsorganers, brancheorganisationers m.v. retskildebrug kan studeres som *empiriske fænomener*.

Et enkelt aspekt af synspunkterne – »regionaliseringen« af retten – kræver nogle særlige bemærkninger. »Regionalisering« i den forstand, at rettens virkningsfelt præges af den regionale placering af retskilden er et ældgammelt fænomen. Ældst – og endnu spillevende – er lokale sædvaner og kutymmer. En forskelligartet retstilstand på visse områder i kommunerne har ligeledes talrige år på bagen, og enhver med et rimeligt kendskab til forholdene her vil vide, at kommunal autonomi altid har indebåret kommunal forskelsbehandling. Særdeles illustrative i så henseende er forholdene ved det, der oprindeligt var grundlaget for opkomsten af kommunerne, nemlig administrationen af fattig- (social-)lovgivningen, hvor hovedvægten i øvrigt i endnu højere grad tidligere var lagt på det regionale element. Som det fremgår af disse to eksempler, er det tegnede udviklingsperspektiv forkert. Det er det også på anden måde. Retten »afregionaliseres« gennem internationaliseringen – navnlig gennem fællesskabsretten – snarere end den »regionaliseres«. I denne proces er der nok indbygget muligheder for konflikt mellem de nationale (»regionale«) retskildfaktorer og de ikke-nationale, men disse muligheder repræsenterer praktisk set undtagelser og ikke reglen. At de virkemidler, der anvendes i forbindelse med »afregionaliseringen«, som nævnt i forrige afsnit helt overvejende har retlig karakter og ikke er styringsteknikker af anden beskaffenhed, tilføjes kun for fuldstændighedens skyld.

10.4. Regulering og styring

Statens Samfundsvidenskabelige Forskningsråd støttede fra 1988 over en årrække med betydelige midler et forskningsinitiativ, der sigtede mod gennem juridiske og andre samfundsvidenskabelige forskningsprojekter at afdække (et yndlingsudtryk hos initiativets ophavsmænd) »de nye reguleringsformers virkemåde og effektivitet«. Udgangspunktet for iværksættelsen af især den juridiske forskning var et antaget behov for en analyse af den øgede tendens til at anvende andre end traditionelle retlige reguleringsmidler i den offentlige sektor. De virkemidler, der tænkes på (og som for nogens vedkommende kun opfattedes som nye i henseende til omfanget af deres anvendelse), placeredes som led i en modernisering af den offentlige forvaltning med betegnelser som rammestyring, planlægning, selvforvaltning, regelforenklning, deregulering, privatisering, indtægtsdækket virksomhed, forhandlingsplanlægning og holdningsbearbejdelse. Det, som den juridiske forskning skulle bidrage med, var en kortlægning af karakteren af de anvendte reguleringsmidler af samspillet mellem dem og at »afdække«, om de førte eller kunne føre til en højere grad af målopfyldelse end de traditionelle. Målopfyldelsen antoges at måtte vurderes i en anvendelses-, en aktør- og i en styringssammenhæng, se nærmere om initiativet de af *Ellen Margrethe Basse & Vibeke Jensen* redigerede publikationer under titlen »Regulering og Styring«, 1989, 1990 og 1992.

Da kernen i al ret angår »regulering og styring«, altså adfærdsnormering, er det naturligvis påkrævet at få klarlagt, hvilken betydning disse begreber tillægges i forbindelse med forskningsinitiativet. Herom siges det bl.a. af en af initiativtagerne (*Basse* 1992, 123 f):

»... »styringsjuss som forskningsteoretisk udgangspunkt indebærer en interesse for regulering og styring ud fra en juridisk synsvinkel. At anlægge et regulerings- og styringsperspektiv på retten indebærer at der fokuseres på de virkemidler, der benyttes især i den offentlige forvaltning til opnåelse af de af lovgiveren fastlagte mål, herunder såvel adfærdspåvirkning som fjernelse af barrierer. D.v.s. et forskningsperspektiv, hvor der ikke primært fokuseres på konfliktløsningsfunktionen, der er »bagudrettet«. Bagudrettet fordi der fokuseres på, hvad lovgiveren har skrevet og må formodes at have ment ved regeludarbejdelsen/-vedtagelsen, ligesom der fokuseres på, hvad domstolene tidligere har lagt til grund som »gældende ret«. Ved et regulerings- og styringsperspektiv anlægges der først og fremmest en fremadrettet retlig vurdering af virkemidler og reguleringssystemer ligesom focus rettes mod hvordan reguleringssystemer fungerer i praksis

Det er i et regulerings- og styringsperspektiv ikke umiddelbart tilstrækkeligt med en erkendelse af det brede spektrum af virkemidler. Der forudsættes også en forståelse for ændringerne i karakteren af de normer, der er juristernes primære studieobjekt. Det er bl.a. overgangen fra metoderettede til resultatorienterede regler, som kan fremhæves. Metoderettede regler stiller krav til en bestemt fremgangsmåde, der skal følges. Resultatorienterede regler fastlægger derimod krav i form af opstilling af kvalitative eller kvantitative mål, som regelud-

stederen ønsker realiseret. En anden tendens, der bør fokuseres på, er overgangen fra bindende til vejledende regler og planer«.

Det kan formentlig indlægges i det citerede, at »regulering og styring« i forskningsinitiativets forstand principielt omfatter enhver form for statslig adfærdspåvirkning i forhold til borgerne, uanset om de anvendte midler har karakter af retsregler af traditionel beskaffenhed eller af noget helt andet, fx »selvforvaltning« og »holdningsbearbejdelse«. Midlerne og samspillet mellem dem skal, også i de omfang midlerne ikke er retlige, underkastes en retlig vurdering. En central pointe i den sidste forstand er det, at vurderingen ikke nødvendigvis skal forankres i et retsbeskyttelsesbehov hos de umiddelbart berørte borgere, altså ses under en traditionel retssikkerhedssynsvinkel, jfr. uddybende *Basse* 1993, 389 ff.

Som anført havde forskningsinitiativet især et retsvidenskabeligt sigte, og de metodemæssige implikationer vedrørte derfor først og fremmest retsvidenskaben. Nogle af de bag initiativet liggende forudsætninger angår imidlertid nok så meget regelfastsættelsen og retsanvendelsen, jfr. bl.a. de refererede betragtninger, dels om øget brug af ikke-retlige styringsmidler, dels om ændringer i reglernes karakter fra »metoderettede« til »resultatorienterede«. Her overvintres tankegangen bag »subsumptionslogiske« og »mål- og behovsorienterede« regler øjensynlig, jfr. ovenfor side 89. Bortset herfra synes de pågældende forudsætninger i det hele taget at være etwas altmodisch. Det internationale perspektiv er således forsømt i helt uacceptabelt omfang, idet det, afset fra nogle helt perifere betragtninger, ikke berøres i tankegodset bag initiativet. Det mulige batteri af ikke-retlige nationale virkemidler og af de anførte »resultatorienterede« nationale regler er naturligvis uinteressant, når det er udelukket at bringe det til affyring, fordi ikke-nationale regler hindrer anvendelsen. Som anført i afsnit 10.2 forholder det sig netop i væsentligt omfang således, vel at mærke i form af ikke-nationale midler af en retlig karakter, der ikke lader sig presse ned i den af plankerne »metoderettede« og »resultatorienterede« regler sammentømrede Prokrustes-seng. Det kan således siges, at hele initiativet i retlig henseende fra starten har savnet realistiske proportioner, fordi det er blevet forbiset (og ikke »afdækket«), at det, selv inden for det noget amputerede område som initiativet i øvrigt angår, er uomgængelig nødvendigt i vid udstrækning af beskæftige sig med (at »focuser« på) international funderet styring gennem retsregler. »Afdækningen« i så henseende er dog muligvis undervejs, se *Basse* 1992, 133.

En anden bestanddel af de nævnte forudsætninger, som griber tilbage til retsanvendelsen (og som også har berøring med nogle af de i det følgende afsnit behandlede spørgsmål), angår, hvad der i citatet betegnes som det »bagudrettede« og det »fremadrettede« perspektiv. At »focuser« på konfliktløs-

ningssituationerne er »bagudrettet«, fordi opmærksomheden har rettes mod det normative forlæg og mod tidligere praksis. Et regulerings- og styringsperspektiv indebærer derimod en »fremadrettet« retlig vurdering af virkemidler og reguleringssystemer. Det er både forkert og dybt problematisk. Afgørelser om konkrete retsforhold ved domstolene refererer sig ganske vist til bestemte *faktiske* forhold i det forgangne. Afgørelsernes *resultat* og de derfor givne *retlige* begrundelser kan imidlertid meget vel være fremadrettede og – som det er anskueliggjort i de foregående kapitler – afspejle overvejelser over forskellige løsningsers samfundsmæssige konsekvenser. Dette forhold er helt åbenlyst iagttageligt omkring EF-domstolens afgørelsesvirksomhed, men det genfindes – oftest mindre tydeligt – i principielle afgørelser fra de nationale domstole. Værre endnu forholder det sig med den nævnte »fremadrettede« retlige vurdering. Såfremt meningen er, at denne skal foregå forudsætningsløst i forhold til det »bagudrettede« (lovgivning og hidtidig praksis), hvad noget unægtelig kunne tyde på, må de *retlige* vurderingskriterier, hvis de skal tages seriøst og ikke opfattes som skalkeskjul for rent personlige opfattelser, naturligvis lægges frem og være af passende objektiv karakter. Det er så meget desto mere påkrævet, som retssikkerhedssynspunktet åbenbart forkastes som alment vurderingsgrundlag, jfr. foran. Det er i denne forbindelse ikke nok at henvise til, at udgangspunktet tages i, hvilke formål reguleringssystemerne har og hvordan de fungerer i praksis, jfr. Basse 1993, 392. Det er selvfølgelig grænsende til det intetsigende.

10.5. Law as a Management Tool

Den forankring af metodeanvendelsen i domstolenes praksis, som bl.a. den foreliggende fremstilling går ud fra, har også mødt kritik fra helt andre sider end fra de i de to foregående afsnit omtalte, nemlig i henseende til den juridiske styring af erhvervsvirksomheder. Overordnet udtrykkes synspunkterne således (Børge Dahl 1990, 97 ff):

»En juridisk uddannelse og en hermed afstemt juridisk metode, som i alt væsentligt kun beskæftiger sig med, hvilke retsregler der gælder her i landet, og gør det særligt med henblik på anvendelse ved domstolsløsning af allerede opståede tvister, er ikke særlig godt afstemt med erhvervsvirksomhed. Erhvervsvirksomhed er nemlig fremadrettet, internationalt orienteret og udøves snarere ved problemløsning end konfliktløsning, snarere gennem forhandlingsproces end domstolsproces, snarere under en kompleks, integreret hensyntagen til økonomi, samfundsforhold og almene retsprincipper end ud fra strikte juridiske kriterier og komplicerede juridiske grænsedragninger. En analytisk model, som alene sigter mod løsning af allerede opståede konflikter efter dansk ret ved danske domstole, har således ikke meget at tilbyde en virksomhedsledelse. I en vis forstand vedrører en sådan juridisk metode spørgs-

mål, som virksomhedsledelsen netop ikke beskæftiger sig med, men i stedet overlader til ekstern juridisk bistand af søge løst bedst muligt».

Som det følger af citatet, antages den erhvervsjuridiske opgave set ud fra en virksomhedssynsvinkel ikke at bestå i efterfølgende anvendelse af juraen til løsning af en aktuelt konflikt (»conflict solution«), men derimod i at integrere juraen med virksomhedens øvrige styringsredskaber, således at denne alt taget i betragtning disponerer optimalt, herunder navnlig derved at fejl søges forhindret (»conflict avoidance«). Som ledelsesredskab (»management tool«) må juraen i en erhvervsvirksomhed derfor – nationalt og internationalt – nødvendigvis have et konfliktforebyggende sigte. Risici bør følgelig overvejes og søges imødegået på forhånd, dog således at indsatsen afpasses, dels efter den økonomiske betydning af det pågældende forhold, dels efter det normale, idet der gennemgående ikke er behov for at interessere sig for juraen i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for at kunne disponere forretningsmæssigt optimalt og samfundsmæssigt acceptabelt. Det betyder, at virksomheden ikke kan nøjes med at anvende den tvistløsende juras kilder, omend disse udgør et basismateriale. Der må inddrages hjælpemidler, som i højere grad er udarbejdet med henblik på anvendelse af juraen ved den normale disponering i erhvervsvirksomhed, fx standardkontrakter af kategorien agreed documents, internationale og nationale organisationers vejledninger om kontraktsudfærdigelse, modelkontrakter, formularsamlinger, checklister o.l. og i øvrigt løbende oparbejdes rutiner, der med den fornødne afvejning sikrer risikominimering.

Synspunkterne er udviklet yderligere med henblik på erhvervsjura som en virksomhedsrelevant forsknings- og undervisningsdisciplin. En sådan må nødvendigvis orientere sig internationalt og i hvert fald inden for en europæisk ramme og med en europæisk synsvinkel på de enkelte erhvervsjuridiske emnekredse. I juridiske fremstillinger med udgangspunkt heri må vægten lægges på en juridisk problematisering og en redegørelse for, hvad der er fælles, henholdsvis forskelligt inden for den foretagne opsplitning i emner. Den traditionelle juras krav om fuldstændighed til mindste detalje må opgives til fordel for en mere overordnet, interesseudsætningsfremdragende og analyserende behandling af de enkelte problemer. En sådan fremstilling antages yderligere at have den fordel, at den meget lettere end en traditionel, national, domstolsorienteret fremstilling kan relateres til og integrere en analyse af de perspektiver, som den juridiske virksomhedsstyringsopgave åbner op for (*Dahl* 1990, 144). Den anførte modsætning til traditionelle, domstolsorienterede fremstillinger må indebære, at der også her tages afstand fra en domstolsforankret metodeopfattelse.

Ingen seriøs virksomhedsledelse stiler i forbindelse med sin konkrete eller generelle beslutningstagen mod konflikter. Sådanne søges forebygget, og er de under opsejling, stræbes der oftest mod bilæggelse, ikke sjældent under afkald på formelle retlige positioner. Sondringen mellem »conflict solution« og »conflict avoidance« er derfor – også og navnlig i en virksomhedssammen-

hæng – klart relevant. Den er hentet i USA, men rummer for en dansk og europæisk tankegang hverken nogen form for originalitet eller nogen beskrivelse af en tendentiell udvikling. Hvad der gemmer sig bag sondringen, er alene et noget forskelligartet perspektiv for de retskildemæssige overvejelser og ikke forskelle i retskildelærens indhold. Ved konfliktløsning er perspektivet forholdsvis snævert og begrænset til de lukkede spørgsmål, som det foreliggende »syge« tilfælde rejser. Drejer sagen sig om konfliktforebyggelse, er »patienten« endnu rask og spørgsmålene følgelig endnu åbne. En fastlæggelse af den relevante retstilstand – d.v.s. af de retlige handlemuligheder der gives – kræver derfor så at sige, at man bevæger sig hele horisonten rundt og altså går ind i langt bredere funderede overvejelser. Normen i indholdsmæssig henseende sættes i begge tilfælde i sidste instans af, hvad der kan forventes accepteret af domstolene. »Conflict avoidance« står simpelthen – og har altid stået – på skuldrene af »conflict solution«. Overvejelsernes karakter ved »conflict avoidance« betinger imidlertid typisk, at virksomheden præfererer en sikker normalløsning frem for en tvivlsom gevinst ved at bevæge sig ud i marginalerne. Til brug herfor står hele kataloget af tilgængeligt retligt kundskabsmateriale principielt åbent, også hjælpemidler i form af modelkontrakter, organisationsvejledninger o.s.v. Sådant stof kan netop være nyttigt med henblik på at tilvejebringe den nævnte sikre normalløsning og er som regel ligefrem udarbejdet med henblik herpå. Det er imidlertid en misforståelse at tro, at hjælpemidler af denne beskaffenhed falder uden for den censur i relevansmæssig henseende, som udgøres af den traditionelle – domstolsforankrede – retskildelære. Uden forventning om overensstemmelse med, hvad denne fører til, er de pågældende hjælpemidler ganske enkelt retligt uinteressante. At stile efter »conflict avoidance« er jo ingen absolut garanti for, at konflikter i sidste ende undgås.

Der er et nært slægtskab mellem de refererede betragtninger vedrørende erhvervsvirksomheders forhold til den traditionelle metodelære og det, som ligger bag et af tidens slagord, nemlig såkaldt *selvregulering*, der opfattes som en af hovedformerne for retsanvendelse, se fx *Ruth Nielsen* 1992, 32 ff. Hvad der nærmere ligger i det pågældende begreb, står ikke aldeles klart. Medens tvistløsning antages at være karakteristisk ved, at konkrete fakta subsumeres under retsregler med henblik på en konstatering af, om reglen er overholdt eller overtrådt, antages selvregulering at finde udtryk derved, at en regulering på ét niveau subsumeres under regler på et andet (højere) niveau. Regler fikseret på organisations- eller virksomhedsniveau subsumeres fx under regler i den nationale lovgivning. En foreliggende kontraktpraksis, selskabsvedtægter og (bindende) regler for en organisations medlemmer, som er forenelige med lovgivningens ufravigelige bestemmelser, vil herefter være hovedeksempler på selvregulering, men begrebet antages tilsyneladende også at omfatte foreteelser som national lovgivning set i forhold til EU-regler. Bortset fra, at det i tilfælde som de først nævnte måske var mere nærliggende i stedet at betegne de foreliggende kontrakter, vedtægter og regler som produkter af en retlig regulering, jfr. ovenfor side 133, (og altså ikke gøre

tingene mere udviklede end højst nødvendigt), er det klart, at alt muligt retligt materiale fra højesteretsdomme til svarene i en juridisk brevkasse kan være af interesse for de virksomheder, personer m.v., som overvejer indholdet af sådanne påtænkte »selvreguleringer«. Det benyttede materiale kan imidlertid i sidste instans ikke unddrage sig den samme selektion, som er anført ovenfor for, at kunne kaldes retskildemæssigt relevant. Selvreguleringstankgangen har i øvrigt snæver forbindelse med anerkendelsen af et vidtfavnede aktørbegreb i retskildelæren, jfr. ovenfor side 77, og med accepten af »soft law« som grundlæggende relevant retskildefaktor.

10.6. Litteratur til kapitel X

I fremstillinger af den almindelige retslære inddrages internationaliseringsperspektivet sædvanligvis ikke, se dog *Ruth Nielsen*, »Retskilderne«, 3. udg. (1992) p. 22 ff. Der må derfor gås til det begrænsede antal større specialfremstillinger inden for enkelte retsområder, se navnlig *Ruth Nielsen*, »Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning« (1992) og *Erik Werlauff*, »EF-selskabsret« (1992). Videre mærkes *Bernhard Gomard* i UfR 1993 B p. 385 ff.

Synspunkterne om rettens polycentri er fremført af *Henrik Zahle* i »Samfunn. Rett. Retterferdighed«, Festskrift til Torstein Eckhoff (1986) p. 752 ff, jfr. samme i *E.M. Basse & Vibeke Jensen*, »Regulering og styring« I (1989) p. 45 ff. Der foreligger herefter talrige og spredte kommentarer. En meget uensartet samling af artikler findes i *Peter Blume & Hanne Petersen* (red.), »Retlig polycentri« (1993).

Regulerings- og styringsinitiativet er behandlet i *E.M. Basse & Vibeke Jensen*, »Regulering og styring« I (1989), II (1990) og III (1992). »Juristen« nr. 10/1993 er et temanummer med bidrag fra en række deltagere i initiativet. Særdeles relevante kommentarer til de bag dette liggende synspunkter findes hos *Karsten Revsbech*, »Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn og retssikkerhed« (1992).

»Law as a Management Tool« er beskrevet af *Børge Dahl* i Foreningen af Statsautoriserede Revisorers Årsskrift Erhvervsret (1990) p. 97 ff, jfr. videre *Ruth Nielsen*, »Retskilderne« 3. udg. (1992) p. 32 ff.

Litteraturfortegnelse

- Andenæs, Mads Henry: Kontraktvilkår. Oslo 1989
- Andersen, Jon: Forvaltningsret, 2. udg. København 1993
- Andersen, Lennart Lyng, Madsen, Palle Bo & Nørgaard, Jørgen: Aftaler og mellemmand, 2. udg. København 1991
- Andersen, Mads Bryde: EDB og ansvar. København 1989
- Andersen, Poul: Dansk Forvaltningsret, 4. udg. København 1963
- Arnesen, Finn: Introduksjon til rettskildelære i EF, 2. udg. Oslo 1992
- Arnholm, Carl Jacob: Fra rettens grunnproblemer. TfR 1954 p. 113 ff
- Aubert, Vilhelm: Rettens sosiale funksjon. Oslo 1976
- Balvig, Flemming & Krarup, Ole: Samfundsjura. København 1991
- Basse, Ellen Margrethe: Miljøankenævnet 1-2. København 1987
- Basse, Ellen Margrethe (red.): Miljøankenævnet. Forsvar. Århus 1988
- Basse, Ellen Margrethe: Regulering og styring som forskningsteoretisk og -metodisk synsvinkel. I E.M. Basse & Vibeke Jensen (red.): Regulering og styring III. København 1992
- Basse, Ellen Margrethe: Om at anvende en regulerings- og styringstankegang. Juristen 1993 p. 389 ff
- Basse, E.M. & Vibeke Jensen (red.): Regulering og styring I-III. København 1989, 1990, 1992
- Bentzon, Viggo: Retskilderne. København 1900-07
- Bentzon, Viggo: Skøn og regel. København 1914
- Bernhard, John & Lehmann, Tyge: Den europæiske Menneskerettighedskonvention. København 1985
- Bernitz, Ulf: EG-rättens grunder. Stockholm 1992
- Bertnes, Pål A. & Kongshavn, Halvor: Praktisk Rettskildelære. Oslo 1992
- Bjarup, Jes: Retskildelære. TfR 1974 p. 145 ff
- Bleckmann, A.: Europarecht, 5. udg. München 1990
- Blume, Peter: Juridisk informationssøgning, 2. udg. København 1986
- Blume, Peter: Retsafgørelser som retskilde. UfR 1989 B p. 201 ff
- Blume, Peter: Aktuelle lovfortolkningsproblemer. UfR 1990 B p. 197 ff
- Blume, Peter: Retlig kommunikation. København 1990

Litteraturfortegnelse

- Blume, Peter, Christensen, Peter & Rønne, Anita: Retlig regulering. København 1990
- Blume, Peter & Petersen, Hanne (red.): Retlig polycentri. København 1993
- Boe, Erik: Utvikling i lovers form og innhold – en utfordring for rettsvitenskapen. TfR 1987 p. 651 ff
- Boe, Erik: Stortingets styring gjennom etterarbejder. I E.M. Basse (red.): Miljøankenævnet. Forsvar. Århus 1988
- Boe, Erik: Utviklingslinier i forvaltningsretten. I E.M. Basse (red.): Regulering og styring I. København 1989
- Boe, Erik: Innføring i juss I. Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo 1993
- Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel & Aarbakke, Magnus (red.): Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff. Oslo 1986
- Brown, L. Neville & Jacobs, Francis G.: The Court of Justice of The European Communities, 3. udg. London 1989
- Bull, Henrik: EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett. Lov og Rett 1992 p. 583 ff
- Cerexhe, E.: Le droit européen. Paris 1989
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter. København 1988
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation. København 1991
- Christensen, Bent: Domstolene og lovgivningsmagten. UfR 1990 B p. 73 ff
- Clausen, H.P.: Hvad er historie? København 1974
- Dahl, Børge: Erhvervsjura som ledelsesredskab. I Niels Ørgaard (red.): Foreningen af Statsautoriserede Revisorers Årsskrift. Erhvervsret. København 1990
- Dahl, Ottar: Grunntrekk i historieforskningens metodelære, 2. udg. Oslo 1976
- Dahlberg-Larsen, Jørgen: Er der grundlag for en juridisk metodelære? TfR 1969 p. 568 ff
- Dahlberg-Larsen, Jørgen: Retsvidenskapen som samfundsvidenskap. København 1977
- Dahlberg-Larsen, Jørgen: Lige linier, cirkler, trekanter og spiraler i rettens og samfundets utvikling. I Asmund Born (red.): Refleksiv ret. København 1988
- Dahlberg-Larsen, Jørgen: Lovene og livet. København 1989
- Danelius, Hans: Mänskliga Rättigheter, 4. udg. Stockholm 1989
- David, René & Brierly, John E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3. udg. London 1985

Dias, R.W.M.: Jurisprudence, 5. udg. London 1985

Dyckjær-Hansen, Karen: At sætte mennesker på formler. UfR 1988 B p. 153 ff

Dyckjær-Hansen, Karen: Betydningen af harmoniseringsdirektiver for anvendelse og fortolkning af danske retsregler. UfR 1989 B p. 1 ff

Eckhoff, Torstein: Litt om det juridiske rettighedsspråk. I M. Blegvad (red.): Festskrift til Alf Ross. København 1969

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære, 3. udg. Oslo 1993

Eckhoff, Torstein & Sundby, Niels Kristian: Rettssystemer, 2. udg. Oslo 1991

Eriksson, Lars D.: Utkast til en marxistisk Jurisprudens. Retfærd 1979/11 p. 40 ff

Eriksson, Lars D.: Marxistisk teori och rättsvetenskap. Helsingfors 1980

Erslev, Kr.: Historisk Teknik, 2. udg. København 1926

Europagemenskap och Rättsvetenskap. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen. Stockholm 1992

Evers, Jan: Argumentationsanalys för jurister. Lund 1970

Evers, Jan: Tolkning av lag och rättsfall. Lund 1987

v. Eyben, W.E.: Gældende ret. I M. Blegvad (red.): Festskrift til Alf Ross. København 1969

v. Eyben, W.E.: Domstolene og retsudviklingen. København 1970

v. Eyben, W.E.: Bevis. København 1986

v. Eyben, W.E.: Juridisk Grundbog 1. Retskilderne, 5. udg. København 1991

v. Eyben, W.E.(red.): Juridisk Grundbog 2. Loven, 4. udg. København 1989

v. Eyben, W.E.(red.): Juridisk Grundbog 3. Dommen, 4. udg. København 1989

v. Eyben, W.E.(red.): Juridisk Grundbog 4. Forvaltningen, 4. udg. København 1989

Fabricius, Jesper: Medlemsstaternes erstatningsansvar for overtrædelse af EF-retten. UfR 1993 B p. 241 ff

Fawcett, J.E.S.: The Application of The European Convention of Human Rights, 2. udg. London 1987

Fejø, Jens: EF-konkurrenceret. København 1993

Gammeltoft-Hansen, Hans: Domstolene, dommerne og ombudsmanden. UfR 1993 B p. 313 ff

Garde, Jens: Saglige krav. I Jens Garde m.fl. (red.): Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg. København 1989

Gomard, Bernhard: Introduktion til obligationsretten, 2. opl. København 1984

Litteraturfortegnelse

- Gomard, Bernhard: Et retspolitisk program for dommerskabt ret. I Torben Jensen m.fl. (red.): Højesteret 1661-1986. København 1986
- Gomard, Bernhard: Almindelig kontraktsret. København 1988
- Gomard, Bernhard: Obligationsret. 1. del, 2. udg. København 1989
- Gomard, Bernhard: Obligationsret. 2. del. København 1991
- Gomard, Bernhard: Obligationsret. 3. del. København 1993
- Gomard, Bernhard: Juraen under forandring og udvikling. UfR 1993 B p. 385 ff
- Gomard, Bernhard & Rechnagel, Hardy: International Købelov. København 1990
- Gulmann, Claus: Nogle bemærkninger om EF-domstolens fortolkningsmetoder. UfR 1978 B p. 161 ff
- Gulmann, Claus: Den europæiske menneskerettighedskonvention som bestanddel af dansk ret? Juristen 1988 p. 285 ff
- Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten: EF-ret, 2. udg. København 1993
- Gulmann, Claus, Bernhard, John & Lehmann, Tyge: Folkeret. København 1989
- Hansen, Victor: Retsplejen ved Højesteret. København 1959
- Hart, H.L.A.: The Concept of Law. Oxford 1961
- Hellner, Jan: Rättsteori. Stockholm 1988
- Honnold, John: Uniform Law for International Sales under The 1980 United Nations Convention, 2. udg. Deventer 1991
- Hydén, Håkan: Ram eller lag? Stockholm 1984
- Hydén, Håkan: Reflexiv rätt och reglering. I Asmund Born (red.): Refleksiv ret. København 1988
- Hydén, Håkan: Retssociologiens relevans ved behandling af formueretlige spørgsmål. Retlige styringsmodeller i retsstaten og velfærdsstaten. Begge artikler i E.M. Basse (red.): Regulering og styring I. København 1989
- Illum, Knud: Lov og ret. København 1945
- Illum, Knud: Anmeldelse af Alf Ross »Om ret og retfærdighed«. UfR 1953 B p. 278 ff
- Illum, Knud: Nogle refleksioner over den juridiske dogmatiske metode og den juridiske argumentation. Tidsskrift utg. av Juridiska Föreningen i Finland 1962 p. 381 ff
- Jensen, Claus Haagen: Kommunalret. København 1972
- Jensen, Claus Haagen: Forvaltningsrettens kilder. I Jens Garde m.fl. (red.): Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg. København 1989

- Jensen, Sv. Gram: Lup på lovfortolkning. UfR 1990 B p. 386 ff
- Jensen, Sv. Gram: Alm. retslære, 2. udg. København 1993
- Jensen, Søren Stenderup: Folkeretten som retskilde i dansk ret. UfR 1990 B p. 1 ff
- Jensen, Søren Stenderup: The European Convention om Human Rights in Scandinavian Law. København 1992
- Jensen, Torben: Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed. UfR 1990 B p. 441 ff
- Jensen, Torben: Ombudsmand og dommere. UfR 1993 B p. 193 ff
- Juenger, Friedrich K.: Lex mercatoria und Eingriffsnormen. I Manfred Löwisch m.fl. (red.): Beiträge Zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner. München 1991
- Jørgensen, Stig: Norm og virkelighed. TfR 1970 p. 484 ff
- Jørgensen, Stig: Retfærdighed og ret I-II. København 1990-91
- Kapteyn, P.J.G. & Themaat, P. Verloren van: Intruction to the Law of the European Communities, 2. udg. Deventer 1989.
- Kelsen, Hans: The Pure Theory of Law. Berkeley 1967
- Knoph, Ragnar: Rettslige Standarder, særlig grunnlovens § 97. Oslo 1939
- Koktvedgaard, Mogens: Lærebog i immaterialret, 2. udg. København 1991
- Krarup, Ole: Den juridiske virksomhed. København 1987
- Krarup, Ole: EF-arbejdsret. Integration eller disintegration. UfR 1993 B p. 153 ff
- Kruse, Fr.Vinding: Retslæren I-II. København 1943
- Ladeur, Karl-Heinz: Postmoderne Rechtsstheorie. Berlin 1992
- Lando, Ole: Den ikke-nationale handelsvoldgift. I M. Blegvad (red.): Festschrift til Alf Ross. København 1969
- Lando, Ole: Lex mercatoria. UfR 1985 B p. 1 ff
- Lando, Ole: Kort indføring i komparativ ret. København 1986
- Lando, Ole: The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1987 p. 60 ff
- Lando, Ole, Laudrup, Alex & Theilgaard, Søren: Incoterms 1990. København 1990
- Lando, Ole: Udenrigshandelens kontrakter. Udenrigshandelsret 1, 4. udg. København 1991
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. udg. Berlin 1991
- Lasok, D. & Bridge, J.W.: Law and Institutions of The European Communities, 5. udg. London 1991

Litteraturfortegnelse

- Lasok, K.P.E.: The European Court of Justice. London 1984
- Lauridsen, Preben Stuer: Studier i retspolitisk argumentation. København 1974
- Lauridsen, Preben Stuer: Retslæren. København 1977
- Lauridsen, Preben Stuer: Om ret og retsvidenskab. København 1992
- Lookofsky, Joseph: Internationale køb. København 1989
- Lookofsky, Joseph: Transnational Litigation and Commercial Arbitration. New York 1992
- Madsen, Niels: Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret. I Torben Jensen m.fl. (red.): Højesteret 1661-1986. København 1986
- Mathiassen, Jørgen: Juridisk Grundbog III. Forvaltningsakten. København 1975
- Mathiassen, Jørgen: Domstolskontrollen med forvaltningen og domstolenes præjudikatskabende funktion. Juristen 1983 p. 1 ff
- Mathiassen, Jørgen: Domstolskontrol med forvaltningen. I Jens Garde m.fl. (red.): Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg. København 1989
- Mathiesen, Thomas: Retten i samfundet. Oslo 1992
- Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 4. udg. Berlin 1990
- Nielsen, Henrik Karl: EF-retten og medlemsstaternes folkeretlige forpligtelser. UfR 1993 B p. 457 ff
- Nielsen, Poul Runge: EF-rettens kilder i de nationale retssystemer. Juristen 1992 p. 253 ff
- Nielsen, Ruth: Retskilderne, 3. udg. København 1992
- Nielsen, Ruth: Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning. København 1992
- Nozick, Robert: Anarchy, State, and Utopia. Oxford 1974
- Olivecrona, Karl: Rättsordningen, 2. opl. Lund 1976
- Oppermann, Thomas: Europarecht. München 1991
- Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen, 2. udg. Heidelberg 1991
- Peczenik, Aleksander: Juridisk argumentation. Stockholm 1990
- Petersen, Hanne: Informel ret på kvindearbejdsplader. København 1991
- Petersen, Hanne: Fra retsrealisme til nynormativisme. I E.M. Basse & Vibeke Jensen (red.): Regulering og styring III. København. 1992
- Rasmussen, Hjalte: On Law and Policy in The European Court of Justice. Dordrecht 1986
- Rehof, Lars Adam & Trier, Tyge: Menneskeret. København 1990

- Revsbech, Karsten: Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn og retssikkerhed. København 1992
- Rosenne, Shabtai: The Law and Practice of The International Court, 2. udg. London 1985
- Ross, Alf: Sociolog som retsfilosof. Juristen 1944/6 p. 259 ff
- Ross, Alf: Anmeldelse af Th.Geigers »Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts«. TfR 1950 p. 215 ff
- Ross, Alf: Om begrebet »gældende ret« hos Theodor Geiger. TfR 1950 p. 243 ff
- Ross, Alf: Tû-Tû. I O.A. Borum m.fl. (red.): Festskrift til Henry Ussing. København 1951
- Ross, Alf: Videnskab og politik i juridisk doktrin. TfR 1952 p. 252 ff
- Ross, Alf: Om begrebet »retsanvendelse« og ordre public. TfR 1954 p. 241 ff
- Ross, Alf: Et retssociologisk forsøg. TfR 1954 p. 358 ff
- Ross, Alf: Naturret contra retspositivisme. TfR 1963 p. 497 ff
- Ross, Alf: Statsforfatningsret I. København 1966
- Ross, Alf: Rättsordningen. TfR 1967 p. 281 ff
- Ross, Alf: Directives and Norms. London 1968
- Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, 3. opl. København 1971
- Ross, Alf: Kort bemærkning om retskildelære. TfR 1974 p. 329 ff
- Ross, Alf: Lærebog i Folkeret, 6. udg. København 1984
- Schmitthoff, Clive M.: Export Trade, 8. udg. London 1986
- Schmitthoff, Clive M. & Simmonds, Kenneth R. (red.): International Economic and Trade Law. Leyden.
- Seipel, Peter: Juristen och datorn, 3. opl. Stockholm 1990
- Skogh, Göran & Samuelsson, Per: Juridisk forskning i gränsområdet mot ekonomi – eksemplet insiderhandel. I E.M. Basse & Vibeke Jensen (red.): Regulering og styring I. København 1989
- Spleth, Poul: Kommentar til UfR 1965/399 H. UfR 1965 B p. 250
- Strömberg, Tore: Inledning till den allmänna rättsläran. 4. udg. Lund 1971
- Strömholm, Stig: Allmän rättslära, 6. udg. Stockholm 1988
- Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 4. udg. Stockholm 1992
- Sundby, Niels Kristian: Om normer, 2. udg. Oslo 1978
- Tamm, Ditlev: Retshistorie 1-3. København 1990-92
- Teubner, Günther: Reflexives Recht. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie vol. 68/1982 p. 13 ff
- Trolle, Jørgen: Om ret og retfærdighed. Juristen 1954 p. 25 ff

Litteraturfortegnelse

- Uggerud, Ken (red.): Forvaltningsret og rettskildelære. Oslo 1992
- Ussing, Henry: Aftaler på formuerettens område, 3. udg. København 1950
- Ussing, Henry: Køb, 4. udg. København 1967
- Walsøe, Per: Om EF-direktivs direkte anvendelighed og forrang for dansk lovgivning. UfR 1991 B p. 17 ff
- Werlauff, Erik: Om direktivers virkning og forrang. UfR 1991 B 164 ff
- Werlauff, Erik: Folkeretlige retssikkerhedsgarantier. UfR 1991 B p. 227 ff
- Werlauff, Erik: EF-selskabsret. København 1992
- Wilhelmsson, Thomas: Social Civilrätt. Helsinki 1987
- Wyatt, Derrick & Dashwood, Alan: European Community Law, 3. udg. London 1993
- Zahle, Henrik: Kritik af en retsteori. TfR 1974 p. 333 ff
- Zahle, Henrik: Om det juridiske bevis. København 1976
- Zahle, Henrik: Polycentri i retskildelæren. I A. Bratholm m.fl. (red.): Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff. Oslo 1986
- Zahle, Henrik: Retsdogmatik og retskritik. I E.M. Basse & Vibeke Jensen (red.): Regulering og styring I. København 1989
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 5. udg. München 1990
- Ørgaard, Niels: En højesteretsdom om omstødelse. UfR 1993 B p. 404 f

Stikordsregister

- A fortiorislutninger 297
Abstrakt opfyldelse, folkeret 151, 153, 157 ff
Acte claire-doktrin 199, 231, 315
Ad hoc-voldgift 131, 269
Administrativ konvens 119, 290
Administrativ praksis, se praksis
Administrative nævn 121 f
Administrativt fastsatte bestemmelser 102 ff
Adressatproblemet 34, 69
Afgørelse, EU 211
Afløst fællesskabsret 205, 207 ff
Aftaler 133 ff,
 se i øvrigt kontraktspraksis
Afvejningsnormer 52
Agreed documents 133, 262
Alder
 forarbejders 101
 præjudikaters 114, 216
Almindelige retsgrundsætninger
 folkeretlige 149 f
 fællesskabsretlige 214, 216 ff
 nationale 39, 138 f
Analogisk anvendelse 293
Analogislutninger 293, 296
Annulationsøgsmål, EU 194 ff
Anordninger 102 ff
Antitetisk tolkning 297
Arveret 44
Ateoretiske sætninger 20
Automatisk inkorporering 151, 207

Begrundelse af retsakter, EU 210
Behovsbestemt tolkning 291
Bekendtgørelser 102
Bemærkninger til lovforslag 95, 100
Berettigelsestermer 61
Berettiget forventning, EU 220
Beslutning 20, 79
Beslutning, EU 209 f, 230
Beslutningstvung 20, 276
Bestemmelse, begreb 35
Betingende kendsgerninger 48
Betænkninger 95, 100
Bevis 84
Bevisbyrde 84
Blandede EØS-udvalg, Det 248, 249 f
Borgervenlig tolkning 299
Branchetiske regler 136, 265
Budget, EU 186 f
Bunden tolkningsstil 298

CELEX 254
Checklister 134, 264
Cirkulære 103, 322
Cirkulæreskrivelse 103
CISG 28, 259 f, 263, 307
Civilret 44
Common Law 27, 107, 269
Conflict avoidance 329
Conflict solution 329
COREPER 178, 184, 189
CSA 184
Culpareglen 39, 138

Deklaratoriske love 57
De lege ferenda 67
De lege lata 67
De sententia ferenda 68
Derogation 40
Direkte søgsmål, EU 202
Direkte virkning, EU-retten 40, 214, 223, 225 ff 252
Direktiver, retlige 21, 34, 69, 73
Direktiver, EU 208 f, 224, 227 ff, 242 f
Disciplinærnævn 122
Dispensation 48
Dispositionsmaksime 84

Stikordsregister

- Dispositive love 58
Dissenser 114, 204, 216
Dogmatisk retsvidenskab, se doktrinen
Doktrinen 67, 69 ff, 136, 221, 270
Domme, fortolkning af 307 f
Domskonvention, EU 244
Domstole, nationale
 forhold til lovgivningsmagten 108, 120, 138, 214, 290, 318, 321
 kontrol med forvaltningen 23, 32, 118
 normsætter for retskilde- og tolkningslæren 22 ff, 322 ff, 330
 retsskabende virksomhed 39, 108, 214, 318
Domssamlinger 117
Dualisme, forholdet mellem national ret og folkeret 152, 160, 320 f
- E contrario-slutninger, se modsætningsslutninger
ECE 261
Edinburgh-afgørelsen 171 f, 211
EF-Domstolen 181 f, 191 f
EFTA-Domstolen 249, 250, 251
EFTA-Staternes faste komité 249
EFTA-Tilsynsmyndigheden 249, 251
Effet utile 305
Efterarbejder 126 f, 284 f, 303
Efterprøvelse, se verifikation
EF-specialudvalg 189
EF-Tidende 202, 207, 210
EF-udvalg 189
Ekstensiv tolkning 298
Enkelstående domme 113
Erhvervsreguleringsret 43
Erhvervsret 47
Erstatning, ikke-gennemførte direktiver 229 f
Erstatningsret 45
Erstatningssøgsmål, EU 195 f
EU-konform fortolkning 231 ff, 317
EURATOM 165
Europa-Kommissionen 167, 179 f, 183 f, 188 f, 192
Europa-Parlamentet 167, 180 f, 184, 185 f, 187 f
Europæiske Fælles Akt, Den 168
Europæiske Kul- og Stålfællesskab, Det 165
Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Den 148 f, 320 f
Europæiske Menneskerettighedskommission, Den 147 f
Europæiske Menneskerettighedskonvention, Den 147 f, 158 f, 175, 319, 320 f
Europæiske Råd, Det 168, 177 f
Ex tunc-virkning, EU 231, 238
EØF-Traktaten 165 ff
EØS-aftalen 145 ff
EØS-Parlamentarikerudvalget 248
EØS-Rådet 248
- Facadelegitimation 88
Faktum 79 ff
Familiaret 44
Flertydighed 273
Fogedret 43
Folkeret, se indholdsfortegnelsen kap. VI
Folketinget, forhandlinger 96
Folketingets Markedsudvalg 190 f
Folketingets Ombudsmand 124 ff, 244
Forarbejder til love 99 ff, 212, 281 ff, 302 f
Forbud 48
Force majeure, EU 220 f
Foreløbige forholdsregler, EU 193, 238, 240
Forhandlingsmaksimen 84
Forholdets natur 137 ff, 221
Forholdsnormer 47
Forligsudvalg, EU 186
Formodningsreglen 155, 159, 162, 232
Formueret 45
Formularret, international 262 f
Formål, loves 283 f
Formålsrationalitet 89
Forordninger, EU 207 f, 224, 227, 242
Forrang, EU-rettens 40, 214, 236 ff, 252
Fortilfælde, se præjudikat
Fortolkning, se indholdsfortegnelsen kap. IX
Fortolkningsprincipper kap. IX
Fortolkningsreglen 155, 159, 162, 232
Fortolkningsskøn 87, 233 ff
Fortolkningsstil 298, 306
Forvaltningsret 43, 284, 299, 315
Fri tolkningsstil 298

Friheder, EU's fire 168, 175, 245, 313
 Fritagelse 48
 Frit skøn 87
 Fusionstraktaten 167
 Fællesskabsret, se indholdsfortegnelsen kap.
 VII

Generaladvokat 181, 203, 221
 Generalklausul 53
 Generel inkorporering, folkeret 151
 Generel praksisændring, forvaltningens
 119
 Generel tolkning 82
 Gennemførelsesretsakter, Europa-Kommis-
 sionens 180, 188 f
 Gennemførelsesfrist, EU-direktiver 209,
 229, 232, 233
 God skik-regler 54, 136, 265
 Grundrettigheder, fællesskabsretlige 175,
 217 ff
 Gælde-begreb 69 ff

Handelsbrug, se kutymer
 Harmonihensyn 287 f
 Harmonisering, EU 167, 169, 208, 314
 Henstillinger, EU 210, 235
 Henvisningsinkorporering 153 f
 Hermeneutik 77
 Hierarki
 Domstole 112
 Regler 39, 206
 Historisk tolkning 281 ff, 316
 Hvis-så-sætninger 48
 Hypotetisk tolkning 284
 Højesteretsdomme 107, 112
 Håndteringsregler 74

Ideologiske faktorer 70 f, 90
 Ikke-diskrimineringsprincipper, EU 175
 Ikke-sat ret 36 f
 Ikrafttrædelse, love, se kundgørelse
 Immaterialret 45
 Immunitet 62
 Implied powers 150, 207, 215
 In dubio mitius 299
 In dubio pro reo 299

INCOTERMS 262 f
 Indispositive regler 58
 Individuelle normer 17
 Individuel tolkning, se subsumption
 Indre marked 169, 245
 Indskrænkende tolkning 292 f
 Inkorporering
 EU-ret 224, 242
 Folkeret 151 ff
 Institutionel voldgift 131, 269
 Instruktionsreglen 156, 232
 Integrationshensyn, EU 214, 304, 312, 313
 Intensitet, regler 56 ff
 International
 Doktrin 270, 317, 321
 Handelsret 266 ff
 Privatret 44
 Retsorden 141 ff
 Internationale Domstol, Den 146 f
 Internationalisering, rettens 312 ff

 Juridisk metode 25, 74 ff
 Jus cogens 145, 253
 Jus mercatorum 266 ff
 Justitsministeriets lovafdeling 95

Kan-regler, se kompetenceregler
 Klagenævn 122
 Koblingsbegreber 62 ff
 Kodifikation 108
 Korærensteori 77
 Kollektive aftaler 134 f
 Komitéprocedure, EU 188
 Kompetenceregler 40, 47
 Kompetencetermer 62
 Konditionalsætning 48
 Konfliktløsning 22, 329
 Kongelig anordning 102
 Konsekvenshensyn 286 ff
 Kontekst 274, 300 f
 Kontradiktion, EU 220
 Kontraktslig realtype 58
 Kontraktskonvention, EU 244
 Kontraktspraksis 133 f, 262 f
 Kontraktsret 45
 Konvention, se traktat
 Konventioner 17

Stikordsregister

- Korrekthed, se kap. III
Korrespondens 70
Kravtermer 61
Kulturtraditionen, se forholdets natur
Kundgørelse 97, 103, 210
Kutymen 38, 128 ff, 258 ff
Kvalifikationsregel 47
Kvinderet 47
- Law as a management tool 328 ff
Legaldefinition 51
Legalitetsprincip
 EU 173
 nationalt 32, 97
Leksikalsk betydning 273
Lex mercatoria 266 ff
Lex posterior 280
Lex specialis 280
Lex superior 39, 280
Lighedsgrundsætning, almindelig 139, 220
Logik 279 f
Lov i formel forstand 94
Lovbekendtgørelse 103
Lovbundne afgørelser 87
Lovforarbejder 94 f, 99 ff
Lovgivning som kildefaktor 94 ff
Lovtidende 97, 98
Luxembourg-forliget 167
Løbende opfyldelse, folkeretlige forpligtelser 151, 154 ff
- Maastricht-Traktaten 170 f
Magt 49
Magtfordrejning 108, 115, 139, 194
Maksimumsdirektiv 208
Marxistisk retsteori 77, 89
Materiel kompetenceregulering 50
Medbestemmelsesprocedure EU 186
Meddelelser, EU 212
Mediation 25
Metafysiske udsagn 69
Metode
 retsanvendelsens 19 ff, 74 ff, 79 ff
 retsvidenskabens kap. III
Metodepluralisme 22
Miljøhensynsprincip, EU 176 f
Minimumsdirektiv, EU 208
- Ministerialtidende 104
Ministermøde 95
Modelkontrakter 134, 264
Modstrid, reglers 279 ff
Modsatningsslutning 297 f
Monisme, forholdet mellem national ret og folkeret 151
Monopoliseret tvang 18, 34
Moral 18
Motiver, se forarbejder
Mægling 25
- Nationale kildefaktorer, se indholdsfortegnelsen kap. V
Naturalia negotii 57
Naturalopfyldelse 48
Naturlig sproglig forståelse 278 f, 291
Negativ motivudtalelse 100
Mordiske lande 27, 152, 245, 252, 268, 269, 312
Norm
 Begreb 33 f
 Individuel 17
 Moralsk 18
 Real 17, 34
 Retlig 17 f, 69, 74
 Social 17
 Verbal 17, 34
Nærhedsprincip 174
- Obiter dictum 114, 216
Objektiverede kilde 32, 107
Objektiv tolkning 281 ff
Obligationsret 45
Offentlig ret 42
Opfyldelse
 EU-ret 175 f, 192 f, 207 ff, 224, 227 ff, 231 ff, 236 ff, 242 f
 Folkeret 150 ff
Ombudsmand, EU 182
Ombudsmandspraksis, se praksis
Omskrivning, folkeret 153 f
Ordlyd 277 ff, 300 f, 306
Overbegrundelse 111
- Pacta sunt servanda 143, 150, 266
Parallelslutning 296

- Partiel modsigelse 280
 Passivitetssøgsmål, EU 201
 Personelle kompetenceregler 50
 Personret 44
 Pligtregler 47
 Pligttermer 60
 Policy-making, EF-Domstolens 215, 305
 Polycentri, rettens 322 ff
 Postmoderne retsteorier 77
 Pragmatiske faktorer 286 ff
 Praksis
 Administrativ 118 ff
 Kontrakts- 133 f, 262 f
 Ombudsmands- 124 ff
 Rets- 106 ff, 147, 149, 213 ff, 268 f
 Voldgifts- 131 ff, 269
 Praktisk handleopgave 20, 276
 Praktisk sætning 20, 69
 Primær fællesskabsret 205 f
 Principale kilder 31
 Prioritering 33, 79 ff
 Privatret 44
 Proces 43
 Processuelle kompetenceregler 50
 Prognoseteori 69 ff
 Programmerklæringer 56
 Proportionalitetsprincip 176, 219
 Præambel 166, 303
 Præceptiv lovgivning 58
 Præcisionsniveau, reglers 53
 Præciserende tolkning 292
 Præjudicielle spørgsmål, EU 197 ff 315
 Præjudikater
 Folkeretlige 146 ff
 Fællesskabsretlige 213 ff
 Nationale 38, 106 ff
 Udenlandske 268 f
 Påbud 48

 Rammelovgivning 55
 Rangorden, se hierarki
 Ratio decidendi 110
 Reale hensyn, se forholdets natur
 Realistisk retsteori 76
 Real tolkning 275
 Realnorm 17, 34
 Referensfald 279

 Regel
 Begreb 19, 35
 Kompetence- 40, 49
 Metoderettet 326 f
 Pligt- 48
 Resultatorienteret 326 f
 Skøns- 53
 Regelfragment 48, 59
 Regelkrydsning 280
 Regeringens Fællesmarkedsudvalg 189
 Regionalisering, rettens 325
 Regionsudvalget, EU 182, 184
 Regulativ 104
 Regulering og styring 326 ff
 Relevanshensyn 33, 93, 239
 Rembursregler 262 f
 Repræsentanterne for Medlemsstaterne for-
 samlet i Rådet 211
 Restriktiv tolkning 298
 Retfærdighedshensyn 91
 Retligt ansvar 48, 62
 Retlig kontraktstype 58
 Retsakt 49
 Retsanvendelse 20
 Retsanvendende myndighed 22
 Retsbrud 57
 Retsdogmatik, se doktrin
 Retsfaktum 48, 79 ff
 Retsforestillinger 67
 Retsfølge 48
 Retshistorie 68
 Retsinformatik 68
 Retsinformation 98, 101, 106, 124
 Retskilder, se indholdsfortegnelsen kap. V-
 VIII
 Retskildefaktorer, se indholdsfortegnelsen
 kap. V-VIII
 Retskildeprincipper 33, 43, 81 ff 93, 239
 Retsliv 67
 Retsorden 19
 Retspolitik 67
 Retspraksis, se praksis
 Retssikkerhedshensyn 99, 123, 156, 285,
 289, 317
 Retssikkerhedsprincip, EU 220
 Retssociologi 67 f
 Retssædvane 37
 Retstom rum 156, 162, 293
 Retsvidenskab 67 ff

Stikordsregister

- Retsvirkning 48
Retsøkonomi 68
Retten i Første Instans 182, 204 f
Rettighed 63
Revisionsret, EU 182
Rimelighedstolkning 287
Romansk-germansk retsfamilie 27
Rådet for Den Europæiske Union 167, 178 f
Rådgivende EØS-Udvalg, Det 248
- Sagens natur, se forholdets natur
Samarbejdsprocedure, EU 185
Samrådsprocedure, EU 187
Samspil regel-faktum kap. IV
Samspil retskildefaktorer 31 f, kap. IV
Sanktioner 18, 49, 74
Sat ret 36
Sekundær fællesskabsret 205
Selskabsret 45
Selvregulering 330
Situation 274
Skal-regel, se pligtregel
Skatteret 43
Skifteret 43
Skrevne regler 31, 37
Skøn 53, 54, 86 f, 110, 118, 120, 233 ff
Skøn under regel 116
Skønsmæssige afgørelser 87
Skønsregler 53, 86
Sociale hensyn 291
Soft law
 EU-ret 222, 235 f, 303, 331
 Folkeret 142, 331
Solidaritets- og samhørighedsprincipper, EU 175 f
Sproglig analyse 277 ff, 300 f
Sproglig ytring 274 f
Standard, retlig 54
Standardvilkår 133 f 262 ff,
Stare decisis 107, 213
Statsforfatningsret 43
Statsråd 95
Strafferet 43
Subjektiv ret 63
Subjektiv tolkning 281 ff
Subsidiaritetsprincip, EU 174 f
Subsidiære retskilder 31
- Subsumption 85
Subsumptionslogik 89
Syllogisme 79
Systematisk tolkning 278, 300 f
Sædvaner
 EU-retlige 213
 Folkeretlige 146, 154, 159 f
 Nationale 37, 128 ff
- Teleologisk tolkning 221, 283 f, 303 f
Tilbagevirkende kraft 97
Tilblivelsesmåde, reglers 36 ff
Tilladelse 48
Tingsret 45
Tjenestebefalinger 102 ff
Tolkning, se indholdsfortegnelsen kap. IX
Tolkningsdata 277 ff
Tolkningshensyn 277, 286 ff,
Tolkningsprincipper 21 ff, 46, 81, kap. IX
Tolkningsresultat 283, 295
Tolkningsstil 298, 306
Total modsigelse 279
Traktater
 EU 207, 231
 Folkeretlige 143 ff, 152 f, 157 ff
Traktatbrudssager, EU 192 f,
Traktatretskonvention 144 f, 306 f
Tvistløsningsnævn 122, 130 f
- UCP, se rembursregler
Udenlandske retsafgørelser 268 f, 317
Udfyldning 57
Udfyldningsreglen 156
Udtalelse, EU 210
Udvidende tolkning 293 f
Ugeskrift for Retsvæsen 117
Ugyldighed 51, 64, 145, 194, 236
Umiddelbar anvendelighed, EU 223, 224
UNCITRAL 145, 260, 263, 269
UNCTAD 260
UNIDROIT 145, 269
Unionstraktaten 170 ff
Uskrevne retskildefaktorer 31, 32, 37, 146 ff, 213 ff,
- Vaghed 273
Vedtægt 104

Vejledninger

EU-retlige 212

Nationale 103

Organisationers 265

Velerhvervede rettigheder, EU 220

Verbalnorm 17, 34

Verifikation 70 ff

Voldgift 22, 131 ff, 202, 267, 269 f

von Colson-doktrinen 232

Vurderinger 79, 89 ff,

Vægtning, se prioritering

Økonomiske og Sociale Udvalg, Det 182,
184

Årsagernes lighed 293 f