

ERNST ANDERSEN

FORFATNING OG SÆDVANE

STUDIER OVER NOGLE AF FORFATNINGSRETTENS
HOVEDSPØRGSMAAL

G. E. C. GADS FORLAG

KØBENHAVN 1947

Trykt med Tilskud fra det Finneske Legat.

INDHOLDSFORTEGNELSE

| | Side |
|---|---------|
| <i>Første Kapitel: Forfatningsloves Omfortolkning</i> | |
| Doktrinale Betragtninger om Forfatningsfortolkning | 7— 21 |
| Hamilton og Marshall begynder at omfortolke Forfatningen | 21— 28 |
| Kriser i Forfatningsudviklingen løses ved Højesterets fornyede Omfortolkning | 28— 41 |
| Omfortolkning af den danske Grundlov | 41— 72 |
| Kongens Stilling indenfor Statsstyret | 41—45 |
| Dommere og Nævninger | 46—49 |
| Delegatus non delegare potest | 49—53 |
| Ejendomsrettens Beskyttelse | 53—65 |
| Valgløvsændringen fra 1939 | 65—70 |
| Respekt for Folkestyret | 71—72 |
| <i>Andet Kapitel: Domstolenes Forhold til Forfatningen</i> | |
| Subjektiv Tolkning af Grundloven | 73— 76 |
| Prøvelsesretsdoktrinen filosofiske, statsretlige og politiske For- udsætninger | 77— 88 |
| Argumentationen for og imod Prøvelsesretsdoktrinen | 88— 98 |
| En Parallel fra dansk Teori til Cokes obiter dictum fra 1610..... | 98—101 |
| <i>Tredje Kapitel: Sædvaner mod Loven</i> | |
| Sædvaneretsdoktrinen Udformning i dansk Teori | 102—104 |
| Glossatorernes mekaniske Sædvaneretsdoktrin | 104—107 |
| En Antinomi i Justinians Kodifikation | 107—109 |
| Desuetudolæren | 110—112 |
| Lokale Sædvaner mod Loven | 112—119 |
| Fiktioner og tendentiøs Tolkning | 119—124 |
| En smidigere Sædvaneretslære | 124—127 |
| <i>Fjerde Kapitel: Forfatningens Sædvaner</i> | 128—137 |
| <i>Noter</i> | 138—150 |
| <i>Litteraturoversigt og Forkortelsesfortegnelse</i> | 151—152 |

FØRSTE KAPITEL

FORFATNINGSLOVES OMFORTOLKNING

Doktrinale Betragtninger om Forfatningsfortolkning.

Spørgsmaalet, om en Lov er forenelig med eller strider mod Forfatningen, kan undersøges ud fra to forskellige Synspunkter. Problemet har to Aspekter, et personelt og et metodisk.

Fra et praktisk-politisk Synspunkt er det *personelle* Aspekt vigtigst. Hvem afgør *endeligt*, hvorledes Forfatningens enkelte Bestemmelser skal udlægges? Er det Lovgivningsmagten eller Domstolene? For en teoretisk Betragtning er det *metodiske* Aspekt imidlertid ikke mindre vigtigt. Efter hvilke Synspunkter afgør man, om en Lov eller en enkelt Bestemmelse i en Lov er forenelig med eller strider mod Forfatningen? Kan man opstille almindelige Principper for Forfatningsfortolkning? Naar man drøfter, *hvem* der endeligt afgør, hvorledes Forfatningen skal fortolkes, er det et Forproblem, om der kan gives visse Retningslinjer for, *efter hvilke Synspunkter* Forfatningslove skal fortolkes. I det Omfang, der tilvejebringes Enighed om det sidste Problem, reduceres Betydningen af det første.

I og for sig er Spørgsmaalet om Forfatningsfortolkning kun en Underafdeling under det almindelige Spørgsmaal om Principperne for Lovfortolkning. Af flere Grunde faar det dog ofte sin særlige Behandling i Forfatningsretsteorien. Forfatningslove er vanskeligere at ændre end almindelige Love, og derfor vil der ofte blive Tale om at fortolke Bestemmelser, der har henstaaet uændret gennem Generationer. Den amerikanske Forbundsforfatning er fra 1787 med 10 Amendments fra 1791, der kan betragtes som en Del af den oprindelige Forfatning. Der er senere gennemført enkelte Ændringer, men Forfatningens Hovedprincipper er sprogligt ikke undergaaet Ændringer i en Periode af 160 Aar. Danmarks Grundlov er fra 1849, og selv om den i mange Henseender er ændret gen-

nem Grundlovene af 1866 og 1915 med Tillæg af 1920, saa findes der stadig en Række Bestemmelser i den, der er uændrede i snart 100 Aar.

Karakteristisk for mange Forfatningsbestemmelser er det endvidere, at deres Indhold er højst ubestemt. De ligner ikke traditionelt formulerede Retsregler, men snarere politiske Maksimer, og deres Rækkevidde kan derfor være tvivlsom. Med et fra angelsaksisk-fransk Teori hentet Udtryk har Knoph kaldt saadanne elastiske Lovbestemmelser, som ikke knytter Afgørelsen til bestemte, klare Kriterier, men kun henviser til en vag Maalestok, for retlige Standarder¹).

Af disse Grunde kan det undertiden være vanskeligt at afgøre, om en Lov strider mod Forfatningen. Afgørelsen afhænger af de Synspunkter, som man anlægger ved Lovfortolkning, og de kan variere en Del. Mellem den Lov, som alle Fortolkere vil være enige om at karakterisere som forfatningsmæssig, og den Lov, som alle vil anse for klart forfatningsstridig, findes der, eller kan der tænkes *Overgange, hvor Afgørelsen af, om Loven harmonerer med eller strider mod Forfatningen, til syvende og sidst afhænger af de Principper, som Fortolkeren anlægger ved Lovfortolkning.*

Tankegangen illustreres lettest gennem et Eksempel. Tænker man sig gennemført en Lov, hvorved Antallet af Dommere i Højesteret og Landsretter nedsættes, og Antallet af Underretskredse reduceres med $\frac{1}{3}$, vil det i denne kunne fastsættes, at det bliver at afgøre ved kgl. Resolution, hvilke Dommere der i denne Anledning skal sættes paa Ventepenge. Herom kan der efter Indholdet af Grundlovens § 71 ikke opstaa nogen begrundet Tvivl. Omvendt vilde en Lov, hvorved det generelt bestemtes, at Dommere kan afskediges ved kgl. Resolution, klart stride mod Grundlovens § 71. Imellem disse klare Ydertilfælde kan der forekomme en Række mere eller mindre tvivlsomme Tilfælde. Kan der i en Lov, hvorved Frederiksberg Kommune og nogle Omegnskommuner indlemmes i København, optages en Regel om, at Københavns Byret og Frederiksberg Birk slaas sammen, og det samlede Antal Dommere reduceres med een, og Nordre og Søndre Birk slaas sammen, og Antallet af Dommere ogsaa her reduceres med een saaledes, at det afgøres ved kgl. Resolution, hvilke to Dommere der skal sættes paa Ventepenge? Kan der ved Lov gennemføres en Sammenlægning af to Retskredse saaledes, at det ved kgl. Resolution afgøres, hvem af de to Dommere der skal

overtage det nye Embede, og hvem der skal paa Ventepenge? Kan man gaa denne Vej for at komme af med en Dommer, der forsømmer sit Embede, uden at Forsømmelsen er af en saa grov Karakter, at han kan forventes afskediget ved Dom for Tjenesteforsømmelser, for to Aar senere ved en ny Lov at dele Embedet igen og ansætte en anden som Dommer uden at tilbyde den paa Ventepenge værende Dommer hans gamle Embede? Kan man efter Indholdet af § 71 ved Lov gennemføre en almindelig obligatorisk Aldersgrænse for Dommere saaledes, at de efter Afgang kun oppebærer Pension efter de samme Regler som alle andre Tjenestemænd?

Afgørelsen af, om en af de fire sidst nævnte Love vilde stride mod Forfatningen, er ikke nær saa sikker som Afgørelsen af de to første Tilfælde. Den afhænger til en vis Grad af, om man mener, at der ved Forfatningsfortolkning alene skal tages Hensyn til den nærmestliggende Forstaaelse af visse Udtryk efter Sprogets Love og den Sammenhæng, hvori de forekommer, eller om der tillige kan tages Hensyn til friere Overvejelser om Formaalet med Bestemmelsen i § 71, til de Resultater, som de forskellige Fortolkninger vilde føre til, til Reglens historiske Begrundelse o. s. v., den afhænger kort sagt af, om man opfatter Lovfortolkningen som en sproglig, logisk eller formaalsbestemt Proces.

Samlede Overvejelser af disse vanskelige Spørgsmaal støder man ikke paa i dansk Forfatningsretsteori. Derimod møder man i en Højesteretsdom fra 1921 en betydningsfuld Sondring mellem Love, der »med Sikkerhed« strider mod Forfatningen, og Love, der ikke kan erklæres for stridende mod Forfatningen med en saadan Sikkerhed, at Højesteret mener at turde tilsidesætte Loven. Højesteret er klar over, at der mellem de klart forfatningsstridige og de klart forfatningsmæssige Love kan opstilles en Del Mellemtilfælde, hvor det beror paa en Fortolkning, om Loven erklæres for forfatningsstridig eller forfatningsmæssig, og Højesteret gaar ud fra, at der indenfor denne Zone maa indrømmes Lovgivningsmagten en vis Frihed.

Den af Højesteret forudsatte Sondring imellem, hvad jeg vil kalde Forfatningsbrud og Forfatningens Tilpasning eller Omfortolkning, er klassisk. Man genfinder den i amerikansk og norsk Teori og Praksis, i svensk Teori samt under Forhandlingerne i 1849 paa den danske grundlovgivende Rigsforsamling. Sondringen er ubestridelig vag, og nogle vil maaske mene, at den er uegnet til rets-

teoretisk Inddeling, og at man ikke paa dette Grundlag kan opbygge en Lære om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love. En saadan Indvending har imidlertid ikke noget Hold i Virkeligheden. Lovgivning, Praksis og Teori har altid arbejdet med og vil altid være nødt til at arbejde med en Række lignende Sondringer. Tanken om, at Juraen arbejder med skarpe og klare, mekanisk virkende Inddelinger, er forlængst opgivet af nyere Retsteori, idet den strider mod Erfaringen. En Dommer som den amerikanske Højesteretsdommer O. W. Holmes har Gang paa Gang understreget, at en væsentlig Del af Juraens Distinktioner bygger paa kvantitative og ikke kvalitative Hensyn, eller som Ross har skrevet et Sted: »Sandt er det, at Justitia er udrustet baade med Vægt og Sværd — men Vægten er ingen Guldvægt, og Sværdet kan ogsaa benyttes til at skære Knuder over med.«²⁾ Som et Eksempel paa en Sondring af lignende Karakter kan man nævne Forvaltningsretsteoriens Sondring mellem aabenbare og ikke-aabenbare Mangler ved en Forvaltningsakt, der tillægges Betydning i flere Henseender. Sondringen er rent graduel.

I amerikansk Ret støder man tidligt paa denne Sondring mellem Brud paa Forfatningen og Omfortolkning af Forfatningen. Den er Kernen i den saakaldte *clear case* Lære. Undertiden fremhæves Højesterets Præsident John Marshall eller den pennsylvaniske Højesterets Præsident Tilghmann som Ophavsmand til Doktrinen, men dette er uberettiget. De Udtalelser af de paagældende, der citeres, er fra 1809—11, men Højesteretsdommer Chase er allerede inde paa Sondringen i sine Vota i Sagerne *Hylton v. U. S.* og *Calder v. Bull* fra 1796 og 1798, og derefter faar den Tilslutning fra Tilghmann og Marshall og en Række andre Dommere. Marshalls Votum fra 1810 i *Fletcher v. Peck* indeholder f. Eks. følgende Bemærkninger: »Spørgsmaalet, om en Lov er ugyldig, fordi den strider mod Forfatningen, vil til alle Tider være et meget vanskeligt Spørgsmaal, som sjældent, om nogensinde, bør afgøres bekræftende i en tvivlsom Sag. . . . Det maa ikke være paa Grundlag af spinkle Antydninger og vage Gisninger, at man indfortolker en Regel om, at Lovgivningsmagten har overskredet sin Kompetence, og at dens Love anses for ugyldige. Modstriden mellem Forfatningen og Lovene maa være saa stor, at Dommeren føler sig fast og sikkert overbevist om, at de er indbyrdes uforenelige.« Hvilket dog ikke forhindrede Marshall i at underkende vedkommende Statslov.

Tilsvarende Sondring mellem Tilfælde, hvor Forfatningsstridigheden er *aabenbar for alle og enhver*, og andre Tilfælde, møder man tidligt i norsk Teori. Fr. Stang arbejder saaledes i en i 1833 udgivet Bog med en Distinktion mellem Love, der er »aabenbart uforenelige« med Forfatningen, og den Skævhed i Forfatningens Anvendelse, der ligger »indenfor en tænkelig Fortolknings Grænser«, og man møder senere noget lignende Synspunkter hos Aschehoug og i Dommervota. I den store Koncessionssag fra 1918 udtalte saaledes Rettens Præsident med Tilslutning fra en anden Dommer, at Domstolene kun har Ret og Pligt til ikke at anvende en Lov, naar den »aabenbart eller utvivlsomt strider mod Grundloven«³). Og endelig møder man Tanken under den danske grundlovgivende Rigsforsamlings Forhandlinger. Under Drøftelsen af et Ændringsforslag til Grundlovsudkastet, som forudsætningsvis vilde have fastslaaet, at det var Domstolene, som var øverste Myndighed i Forfatningsfortolkningssspørgsmaal, gik Tscherning, Ørsted, I. A. Hansen, Jespersen, Ostermann m. fl. skarpt imod Ændringsforslaget og argumenterede ud fra en Sondring imellem Brud paa Forfatningen og Forfatningens Tilpasning gennem Fortolkning. Sp. 3380 omtaler Tscherning, at mange Forfatningsbestemmelser er vage i deres Udformning, hvorfor det kan være vanskeligt at afgøre deres Rækkevidde. »Jeg taler ikke her om den Lovgivning, som staar i *virkelig aabenbar Modsætning* til vore Grundlovsbestemmelser, men til den, som vi indbilde os at have Hjemmel i Grundlovsbestemmelser«, og senere omtaler han, at det er muligt, at langt sublimere Folk kommer og fortæller Rigsdagen, at den har forstaaet Forfatningsbestemmelsen galt. Gentagne Gange er saavel Tscherning som Ørsted fremme med Kritik af Bestemmelser ud fra det Synspunkt, at de er for elastiske og for uklare, og hele den Aktion mod Ændringsforslaget, der sattes i Gang og førte til Ændringsforslagets Forkastelse, maa netop betragtes som en Aktion imod en Ordning, hvorefter det blev Domstolene og ikke Lovgivningsmagten, der fortolkede saadanne Standardbestemmelser⁴). Som Eksempel paa Bestemmelser af denne Karakter fremdrages under Forhandlingerne den til Grundlovens § 80 svarende Bestemmelse. At Domstolene skulde være bundet af Love, som tydeligt bryder med Forfatningen, laa udenfor Tschernings Tanke. Ingen har Lydighedspligt overfor saadanne Love, heller ikke Domstolene.

Hvis man havde Sikkerhed for, at den danske Højesteret vilde

blive staaende paa det Standpunkt, som den hidtil har indtaget, kun at ville tilsidesætte Love, som ganske utvivlsomt bryder med Forfatningen, var der ingen praktisk Anledning til at gaa ind i en Undersøgelse af Principperne for Forfatningsfortolkning og Doktrinen om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love. Under demokratisk Styre vil der næppe blive gennemført en Lov, hvorved der bevidst brydes med Forfatningen, og skulde en saadan Lov blive gennemført efter et Statskup, vil det alligevel ikke være hos Domstolene, at man skal søge Beskyttelse for Forfatningen mod Kuppets Følger. I denne klare Situation har man mig bekendt aldrig set Domstole gøre Front mod Brud paa Forfatningen ved at tilsidesætte Love.

Men har man Sikkerhed for, at Domstolene ikke følger det gamle Domstolsprincip: *boni iudicis est ampliari jurisdictionem*, og gaar videre? Herom kan man have sine Tvivl. Betænkeligt er det allerede, at en Landsret har været temmelig rask til at underkende en Lov i et Tilfælde, der absolut ikke kunde betegnes som oplagt, hvorfor Højesteret ændrede Afgørelsen og opretholdt Loven. Endnu betænkeligere er efter mit Skøn den Grundindstilling overfor dette Spørgsmaal, som kan spores indenfor nyere dansk Teori. Fra Teoriens Side arbejdes der støt og energisk paa at forskyde Standpunktet, saa Prøvelsesretten bliver en Realitet. Man behøver blot at slaa op i Berlins Lærebog i Forfatningsret for at faa dette bekræftet. Gang paa Gang fremsætter Berlin den Paastand, at en Lov er forfatningsstridig, skønt det i det mindste maa forekomme meget tvivlsomt, om der foreligger Uoverensstemmelse mellem Loven og Forfatningen. Berlin nævner følgende Eksempler paa forfatningsstridige Love: 1) Valglovsændringen af 1939, der strider mod Grundlovens § 30 a. 2) Loven af 1923 om det udenrigspolitiske Nævn, der strider mod Grundlovens §§ 11, 18, 19, 22 og 29. 3) Afviklingsloven af 1919, der stred mod Grundlovens §§ 19 og 22. 4) Augustloven fra 1914, der stred mod Grundlovens § 2. Tilsvarende Betragtninger maatte nu føre til at erklære flere Bestemmelser i Loven af 29. Marts 1943 om erhvervsøkonomiske Foranstaltninger for forfatningsstridige. 5) Den Ændring fra 1933 i Tjenestemandsløven, hvorved der indførtes en Aldersgrænse for Dommere, hvilket strider mod Grundlovens § 71.

Endvidere kan nævnes Illum, der i »Servitutter« argumenterer for, at Domstolene maa kunne tilsidesætte Erstatningsbestemmel-

serne i Byplanloven af 1938 som i visse Tilfælde stridende mod Grundlovens § 80, og Poul Andersen, Vinding Kruse, Berlin og Munch-Petersen, der ved Fortolkningen af Grundlovens § 80 udvikler en Lære, der, hvis den accepteredes af Domstolene, efter mit Skøn vilde være ensbetydende med en Overførelse paa Love af den meget elastiske Lære om Domstolenes Ret til at underkende Forvaltningsakter paa Grund af ulovligt Formaal. Det læres nemlig, at Domstolene maa kunne tilsidesætte en Ejendomsretten vedrørende Lov, saafremt den efter Domstolenes Opfattelse *ikke kan være motiveret af Almenvellet*⁵⁾. Retsopfattelsen er saaledes allerede i Skred, og indenfor Teorien er der ingen, der forsøger at stemme imod.

Erfaringerne fra U. S. A. — og tildels fra Norge — viser dernæst, at den af Domstolene indtil 1937 *praktiserede* Lære ikke gik ud paa, at Domstolene kun skred ind i oplagte Tilfælde, men var en Lære om, at Domstolene var øverste Instans ogsaa i tvivlsomme Tilfælde. *Læren om Domstolenes Fortolkningsret overfor Forfatningen har i U. S. A. gradvis udviklet sig fra et Standpunkt, der nøje svarede til det nuværende danske.* Fra en rent filosofisk Tilværelse gaar Læren om Prøvelsesretten i Slutningen af det 18. og Begyndelsen af det 19. Aarhundrede over i Dommervota, hvor den fremstilles som en clear case Lære, men allerede den første Dom, hvorved Højesteret underkender Bestemmelser i en Kongreslov, Marbury-Madison Sagen fra 1803, kan ikke paa nogen Maade anses som en Afgørelse af en oplagt Sag. Tilfældet var efter alle nyere ansete Forfatteres Anskuelser tvivlsomt, og det kunde være klaret gennem Fortolkning af Loven*). Motiveringen for Afgørelsen er rent politisk. Den føderalistisk indstillede Højesteret under Ledelse af en forhenværende Føderalistminister ønskede at sikre Domstolenes og derigennem Føderalisternes Stilling overfor Anti-Føderalisterne, som i 1801 havde overtaget Magten og i 1802 havde gennemført en Ophævelse af en politisk, noget anløben Domstolsreform, som Føderalisterne havde faaet gennemført i »lame-duck« Perioden mellem Valget i 1800 og Regeringsskiftet i 1801.

Den næste Afgørelse, hvorved Højesteret tilsidesatte en Kongreslov, Dred Scott Sagen fra 1857⁶⁾, var et ligesaa tvivlsomt Tilfælde, hvor Højesteret ret umotiveret blandede sig i Politik og for-

*) S. 87.

søgte at løse Negerlavespørgsmaalet gennem en Retskendelse. Den Lov, der her underkendes som forfatningsstridig, var 37 Aar gammel. Efter Borgerkrigen kommer en Række tvivlsomme Afgørelser bl. a. Legal Tender Sagerne fra 1870—71, og derefter tiltager Tilfældenes Antal støt for under Roosevelts Præsidentperiode i 1936 at ende i et furioso. Højesteret opkastede sig til øverste Myndighed i Forfatningsfortolkningsspørgsmaal, og med Føje kunde den senere Højesteretspræsident Hughes i 1908 udtale, at »vi lever under en Forfatning, men det er Dommerne, der fortæller os, hvad Forfatningen gaar ud paa.«

At der i Størstedelen af de 76 Tilfælde, hvor Højesteret fra 1803 til 1937 har tilsidesat Bestemmelser i en Kongreslov eller underkendt en hel Kongreslov som forfatningsstridig, kun er Tale om tvivlsomme Fortolkningstilfælde, hvor Afgørelsen gaar ud paa Tilsidesættelse, fordi *Højesteret giver Forfatningen en anden Fortolkning end Kongressen og Præsidenten*, kan kun dokumenteres ved en Gennemgang af *alle* 76 Tilfælde, hvad jeg naturligvis ikke her kan inklade mig paa. Men jeg skal forsøge at sandsynliggøre, at Paastanden er rigtig, og at Afgørelserne vilde være faldet anderledes ud, om Højesteret havde haft et andet Grundsyn paa Fortolkningsprocessen og paa Domstolenes Stilling i Forfatningssager.

Et af de sikreste Vidnesbyrd om, at et Retsspørgsmaal er tvivlsomt, er Forekomsten af dissentierende Vota. Det vrimler med Dissenser i de Sager, hvor Højesteret underkender Forbundslove, og Forholdet er ikke dette, at der gennemgaaende er Tale om en enkelt Dommer, der ønsker at lufte et Særstandpunkt. En Række af de vigtigste Afgørelser er truffet med en Overvægt paa 1 — een — Stemme. De Forsikringer, der selv i saadanne 5—4, 5—3 eller 6—3 Sager undertiden fremsættes fra den ene eller den anden Side om, at der foreligger en clear case, kan derfor kun sammenlignes med den flygtende Blækspruttes Udsendelse af en plumrende Vædske i Beskyttelsesøjemed. Hvad 3 eller 4 Dommere i en Højesteret paa 9 Medlemmer mener maa løses gennem en modsat Fortolkning af Forfatningen, kan ikke være et ualmindeligt oplagt Tilfælde. Det maa oplagt være et ualmindeligt Tilfælde⁷).

I samme Retning peger de Domme, hvorved Højesteret udtrykkelig tager Afstand fra (disapproves, overrules) ældre Afgørelser, der kendte en Forbundslov forfatningsstridig. Fra 1937 og følgende Aar foreligger der flere saadanne Domme, og de er meget betyd-

ningsfulde, fordi de underkender ikke blot enkelte Afgørelser, men Doktriner udviklet ad Fortolkningsvejen*).

Endelig kan der anføres en Række Udtalelser af fremtrædende amerikanske Statsretslærere som Corwin, Haines og Swisher. En enkelt Forfatter, Gilbert, har ligefrem forsøgt at lave en systematisk Oversigt over, hvor mange af de 76 Sager, der var tvivlsomme, og han naar til det Resultat, at kun i 2 af Tilfældene var der Tale om oplagt forfatningsstridige Love, hvilket dog nok er en noget ensidig Vurdering. En af de 2 Afgørelser er Evans v. Gore Sagen fra 1920, der blev tilsidesat i 1939 med 8 Stemmer mod 1**). Tilbage er der een oplagt Sag, som tilmed efter Gilberts Fremstilling ikke var mere oplagt, end at den kunde have været klaret af en velvillig Højesteret gennem Fortolkning af Loven⁹).

Kærnen i den amerikanske Lære er derfor Højesterets Stilling som den Myndighed, der afgør tvivlsomme Forfatningsfortolkningsspørgsmaal.

Under Drøftelsen i nordisk Teori ser man ofte fremdraget en Sondring, som ved første Øjekast kan se meget bestikkende ud. Indenfor Forfatningsbrudsgruppen sondres der mellem de Tilfælde, hvor Lovgiverne *bevidst* bryder med Forfatningen, og de Tilfælde, hvor der foreligger en ren *Fejltagelse* fra Lovgivningsmagtens Side. Aschehoug oplyser med Henblik ogsaa paa amerikanske Forhold, at Aarsagen til, at der foreligger Uoverensstemmelse mellem den almindelige Lovgivning og Forfatningen, ofte er »en reen Uopmærksomhed eller en Misforstaaelse, som bliver iøjnefaldende, naar Sagen udredes for Domstolene«⁹). Denne Opfattelse, hvorefter Uoverensstemmelsen hyppigst beror paa Lovgivningssjuskeri, er hverken efter amerikansk eller dansk Ret rigtig. Næsten alle de amerikanske Tilfælde maa henføres til Fortolkningsgruppen. Det oplagte Tilfælde af Forfatningsstridighed som Følge af Lovgivningssjuskeri spiller ingen Rolle i Praksis. Kampen mellem Supreme Court og Kongressen har baade før og efter, at Aschehoug skrev sin Bog, drejet sig om, hvem der skulde fortolke Forfatningen, og om hvorledes den skulde fortolkes, og kan ikke bagatelliseres til en Strid om Domstolenes Kompetence til at rette Sjuskefejl. Den, der fremsætter en saadan Paastand, har ikke undersøgt Kampen og dens forskellige Faser.

*) S. 37 f. **) S. 46 f.

Staar det fast, at Spørgsmaalets Kærne er Fortolkningsproblemet, vokser den teoretiske Interesse for Problemets metodiske Aspekt, d. v. s. de Principper, der opstilles eller følges ved Fortolkningen af Forfatningslove. Punctum saliens er Spørgsmaalet, om de Bestemmelser, der indeholdes i skrevne Forfatningslove, skal fortolkes efter de Synspunkter, der var raadende ved deres Gennemførelse, eller om de kan underkastes en friere Fortolkning saaledes, at der kan tages Hensyn til de Ændringer i Samfundsforhold og Anskuelse, som finder Sted fra Aar til Aar, umærkeligt, men med usvigelig Sikkerhed. Eller sagt med andre Ord: Er skrevne Forfatningsloves Indhold stive, uforanderlige Bestemmelser, der maa fortolkes saaledes, at man forsøger at udtrykke Datidens Anskuelse, eller kan Indholdet i et vist Omfang omfortolkes efter Nutidens Behov?

Herom kan man forsøge at danne sig en Anskuelse ved at analysere de af Lovgivningsmagt og Domstole faktisk fulgte Forfatningsfortolkningsprincipper og ved at studere de om Spørgsmaalet udviklede dogmatiske Anskuelse. Tyngdepunktet maa for en realistisk arbejdende Forfatningsteori være en Analyse af Praxis. Hvad en eller anden Teoretiker, han være nok saa anset, fremstiller som sin Anskuelse om, hvorledes Lovgivningsmagt og Domstole *skal* gaa frem ved Fortolkningen, kan aldrig være afgørende, hvis Praxis *er* anderledes. For Teorien maa det afgørende være at trænge ind til de faktisk fulgte Fortolkningsprincipper, og hvis det viser sig, at Praxis arbejder med en dynamisk Fortolkningsmetode, nytter det ikke noget, at Teorien arbejder efter statiske Principper og erklærer, at disse er de rette og skal anvendes i Praxis. Heraf kan kun opstaa Forviklinger.

Forholdet mellem de dogmatiske Anskuelse og Praxis er dog mere kompliceret, end man skulde tro ved første Øjekast, fordi Teorien gennem sine Udviklinger er i Stand til at øve Indflydelse paa den faktisk fulgte Praxis, navnlig i et Land, hvor Dommerne som i U. S. A. hurtigt tiltog sig Fortolkningsretten overfor Forfatningen. Naar de mest ansete forfatningsretlige Fremstillinger, saaledes som det var Tilfældet i det 19. Aarhundrede i U. S. A., gaves af Publicister, der selv var eller havde været Dommere: Kent, Story og Cooley, kan det ikke undre, at Teoriens Betragtninger fik stor Betydning for en Række Dommers Anskuelse, og ad denne Vej kom de statiske Synspunkter til at udøve en betydelig Indflydelse paa den amerikanske Forfatningsudvikling.

Story, som selv i en lang Aarrække var Medlem af den amerikanske Højesteret, skrev i sine Commentaries, at Forfatningslove skulde »tale det samme Sprog nu og altid«, og dette statiske Fortolkningssynspunkt accepteredes af Højesteret i Dred Scott Sagen fra 1857, hvor det genfindes i Taney's Votum. Dette første Forsøg fra Højesterets Side paa ved Bedømmelsen af Forfatningsbestemmelers Indhold at skrue Udviklingen 70 Aar tilbage blev imidlertid ingen Succes, og skulde man herefter vurdere Tanken, maatte man karakterisere den som utopisk. Dred Scott Sagen var medvirkende Aarsag til Borgerkrigen. Ved at lægge Forestillingerne fra 1787 til Grund for Fortolkningen af Forfatningen spærrede Højesteret Vejen for en fredelig Løsning af Negerlavespørgsmaalet gennem et Forlig mellem Nord- og Sydstater. Afgørelsen blev overruled gennem Strømme af Blod, da Nordstaterne besejrede de oprørske Sydstater, paany tvang dem ind i Unionen og afskaffede Negerslaveriet.

Den Forfatter, der uden Sammenligning har øvet størst Indflydelse paa den af Højesteret faktisk fulgte Praksis ved Forfatningsfortolkning, og som gennem sine Synspunkter er blevet den aandelige Ophavsmand til den forbitrede Kamp mellem Højesteret paa den ene Side og Kongressen og Præsidenten paa den anden Side fra ca. 1870 til 1937, er Dommer Thomas Cooley. Cooley er ikke særlig original i sine Synspunkter. Han bygger paa Story, paa Fremstillingen af den almindelige Lovfortolkningsteori og paa Praksis. Men Cooley har givet en særlig skarp og bestikkende Udformning af den statiske Forfatningsfortolkningsteori i et Værk fra 1868, som paa Grund af den tilsyneladende nøgterne og sobre Fremstilling nød megen Anseelse i Datiden. — Et talende Vidnesbyrd om den Indflydelse, Cooley har haft paa den amerikanske Højesterets Praksis, er den Omstændighed, at hans Bog endnu i 1937 paaberaabes¹⁰⁾ som Autoritet af det Mindretal paa 4 Dommere, som i den for Forfatningsudviklingen afgørende Sag, West Coast Hotel Sagen, vilde fortsætte Højesterets gamle Linje og anvende due process Klausulen i det 14. Amendment til at slaa en Statslov om Minimalløn for Kvinder og Børn ned*).

Cooleys Indflydelse rækker ogsaa til Danmark. Aschehoug bygger i vidt Omfang paa Cooley, og Aschehoug har paavirket dansk

*) S. 37.

Statsretsteori. Forholdet er i Realiteten dette, at Berlins Drøftelse af Doktrinen om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love med Anførelse af de Argumenter, der taler for og imod Doktrinens Antagelse, via Cooley og Tocqueville er hentet fra Marbury-Madison Sagen fra 1803, fra Forhandlinger ført i det amerikanske Senat i 1802 og fra en Artikel af Alexander Hamilton i 1787 i *The Federalist*. Der er imidlertid sket et og andet i den amerikanske Forfatningsudvikling, siden disse Begivenheder fandt Sted. Argumentationen fra 1787—1803 er ikke længer holdbar. Den maa revideres efter indvundne Erfaringer, og det maa ogsaa undersøges, om Læren ikke har visse Forudsætninger, som ikke kendes i Danmark.

Cooley giver selv følgende Resumé af sit Syn paa Forfatningsfortolkningens Principper:

»En Kardinalregel, naar der er Tale om skrevne Forfatninger, er denne, at de skal undergives en *uforanderlig Fortolkning*, og at deres praktiske Anvendelse skal være ens. *En Forfatning skal ikke fortolkes saaledes, at den betyder et i Dag og noget andet en Gang senere*, naar Forholdene har ændret sig, saa det maaske kunde se ud, som om en anden Regel vilde være ønskelig. Meget af *Fordelen ved en skreven Forfatning vilde gaa tabt, om de Regler, den fastslog, var saa elastiske, at de kunde tilpasses til de ydre Forhold eller ændres af den offentlige Mening*. Det er med særligt Henblik paa den offentlige Menings lunefulde Svingninger og for at faa Regeringsmaskineriet udenfor dens Kontrol, at saadanne Forfatninger udformes. Man kan derfor *ikke tillade den stadige og umærkelige Omformning af disse Regler, som man kender ved Common Laws Grundsætninger*.«

Hvad man end kan mene om Cooleys Synspunkter, saa udmærker de sig ved en Konsekvens, som er sjælden i de forfatningsretlige Fremstillinger. Han drager de yderste Følgeslutninger af to retsfilosofiske Synspunkter, som man ofte kalder voluntaristisk og idealistisk Retsfilosofi. Hvad enten man betragter Retten som Indholdet af en Vilje eller som en Idé (Superlov), føres Tanken i Retning af det uforanderlige. Cooley kombinerer disse Synspunkter. Med de voluntaristiske Teorier opstiller han flere Steder »Forfatningens Mening paa det Tidspunkt, den gennemføres«, »Grundlovgiverens Hensigt« o. s. v. som Ledestjerne for Fortolkningen, og denne Betragtning resulterer som Superlovssynspunktet i Forfatningens Uforanderlighed¹¹).

De dogmatiske Anskuelse, som Cooley udviklede, korresponderer med visse Strømninger i den amerikanske Forfatningsudvikling, men de har dog næppe nogensinde svaret til Forfatningslivets Praksis. Hvis man i Tiden indtil Borgerkrigen havde fulgt dem ved Forfatningens Fortolkning, vilde den hurtigt være blevet sprængt. Forfatningen af 1787 er nok skrevet med et vist Udsyn, men den er skrevet for en Union af Stater med en samlet Befolkning som Danmarks nuværende, der overvejende ernærede sig ved Agerbrug, var knyttet løst sammen og troede paa Adam Smiths økonomiske Liberalisme. Hvorledes skulde den i Dag uden væsentlige Ændringer være en anvendelig Regeringsform for Jordens højest industrialiserede Samfund med en 40 Gange saa stor, helt anderledes sammensat Befolkning, der er spredt over en stor Del af et Kontinent, om den ikke var blevet omtydet under Hensyn til de ændrede økonomiske og trafikale Forhold og til nye Anskuelse om Statens Op-gaver?

Cooleys statiske Fortolkningslære er nu i amerikansk Teori fortrængt fra dens dominerende Stilling og maa kæmpe med andre Anskuelse, og en af de førende med Hensyn til Optøning af denne som al anden stiv Dogmatik er Oliver Wendell Holmes, der var Dommer i den amerikanske Højesteret fra 1902 til 1932. Cooleyismen har foreløbig kulmineret og er afløst af et mere levende historisk-realistisk Grundsyn paa Retsudviklingen. I de statsretlige Fremstillinger lægges der nu Vægt paa en Beskrivelse af Forfatningsudviklingen og en indgaaende Analyse af dennes filosofiske, politiske, økonomiske og sociale Drivkræfter. Typiske Repræsentanter for denne nyere Retning, der er paavirket af Højesteretsdommer Holmes og Professor Gray, er Professorerne Corwin, Haines og Swisher, og man kan ved at sammenligne Corwins og Haines' ældre og yngre Bøger iagttagelse, hvorledes de svinger mere og mere bort fra de gamle dogmatiske Synspunkter bl. a. vedrørende Prøvelsesretten. Disse nye smidigere Synspunkter paa Forfatningsfortolkning er i øvrigt i god Overensstemmelse med Synspunkter, som lejlighedsvis er udviklet af John Marshall i obiter dicta til vigtige forfatningsretlige Afgørelser fra Tiaaret efter Napoleonskrigenes Afslutning bl. a. i Sagen *Mc. Culloch v. Maryland* fra 1819*).

I nordisk Teori har Knoph taget Afstand fra Cooleyismen i

*) S. 24 f.

sin Bog fra 1938 om Rettslige Standarder. Denne Bog er et stort anlagt Forsøg paa at komme bort fra en stiv og haandfast Fortolkning af Bestemmelserne i den norske Grundlovs §§ 97 og 105 om Tilbagevirkningsforbudet for Love og Ejendomsrettens Beskyttelse. Karakteristisk for Knophs Udviklinger er det, at han gaar ud fra den traditionelle dansk-norske Lære om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love. Den staar fast. I Stedet for at gaa løs paa denne Lære forsøger Knoph at beskytte Lovgivningsmagten mod Domstolene ved at opstille rummelige Forfatningsfortolkningsprincipper, og han sammenfatter S. 182 sine Synspunkter derhen, at de Forfatningsbestemmelser, der skal tjene til at beskytte Borgerne mod Statsmagten, *ikke maa opfattes som stive og absolutte Retsregler, hvis Indhold en Gang for alle er fastlagt, men mere som bøjelige Principper, der kan følge med Tiden og føje sig efter Forholdene.* Knoph ansaa næppe sig selv for særlig kyndig paa Forfatningsretsteoriens Omraade, og dog er der ikke skrevet noget bedre i skandinavisk Teori om Grundsætningerne for Forfatningsfortolkning.

Udviklingen i amerikansk Teori er parallel med den, der indenfor europæisk Retsteori har ført til en Tilbagetrængning af de ureflekterede positivistiske Retninger. Ross har i sine Artikler og Bøger skildret denne Bevægelse og har i sin Folkeret anvendt den amerikanske realistiske Retnings Fremstillingsteknik. At Matzens Forfatningsret er upaavirket af disse nyere Synspunkter, siger sig selv. Berlin kunde have taget Hensyn dertil, men har undladt at gøre det.

Udenfor Statsretslærernes Kreds finder man enkelte, der er paa Linje med Marshall, Holmes og Knoph. Jeg sigter til Tscherning og Ostermann. Under Forhandlingerne paa den grundlovgivende Rigsforsamling om Domstolenes Prøvelsesret fandt Tscherning Anledning til at fremsætte følgende Bemærkning om sit Syn paa Forfatningsudviklingen, der vilde være en Pryd for enhver Lærebog i Forfatningsret:

»Vi maa naturligvis aldeles ikke tro, at vi i Grundloven har bygget et evigt og uforanderligt Værk, et fornuftigt Evighedsværk, og der vil altsaa være to Maader at slippe fra den paa, enten ved jævnlig at forandre ved den, eller ved daglig lidt efter lidt, lidt længere og lidt længere, at skride fra den, til den falder bort gennem Love, indtil der falder Støv paa den, saa tykt, at vi ikke kan se det, at den er faldet bort, fordi den, saaledes som vi behøver den, er

gaaet ind i Sæderne. Denne sidste Maade, tror jeg, er den eneste, som Samfundet kan kalde nogenlunde god. . .«

Lignende Synspunkter blev senere under Forhandlingerne fremført af Ostermann, der mente, at den elastiske Formulering af mange Paragraffer paa engang var deres svage og deres stærke Side. »Men netop derved, at disse Paragraffer er saa almindelige, er det muligt for den kommende Lovgivning at fortolke dem saaledes, at de fremtidige Love kan udgives i Fremtidens Aand, og Grundloven dog ikke krænkes«¹²).

For at se, hvilken af de anførte Anskuelser der bedst svarer til den praktiserede, vil vi forsøge at følge Hovedlinjerne i den amerikanske Forfatningsudvikling, hvorved vi samtidig erfarer, hvorledes det saakaldte amerikanske System virker i Praksis.

Hamilton og Marshall begynder at omfortolke Forfatningen.

Den Maade, hvorpaa den engelske og den amerikanske Forfatning tilpasses til ændrede Forhold, er forskellig. Den engelske Forfatning kan altid ændres ad den almindelige Lovgivnings Vej, og i det Omfang, den er uskrevet, kan den tillige ændres gennem Dannelsen af nye Sædvaner. Den amerikanske Forfatning kan kun ændres gennem Vedtagelsen af et Amendment, og det er paa Grund af Reglerne om kvalificeret Majoritet saavel i Kongressen som blandt Enkeltstaternes Legislaturer en besværlig og langsommelig Proces. Tidligere gennemførtes Amendments kun med store Intervaller, men i det 20. Aarhundrede er de blevet noget hyppigere. Fra 1791 og til i Dag er der gennemført ialt 11 Amendments, d. v. s. gennemsnitligt et hvert 13. Aar.

Omformningen af U. S. A.s Forfatning er heller ikke sket gennem Dannelsen af Sædvaner *mod* Forfatningen. Amerikanerne har arvet den traditionelle engelske Retsanskuelse, hvorefter en formel Lov aldrig kan ændres gennem Sædvane eller bortfalde ved Desuetudo. Den nødvendige Tilpasning er sket gennem Omfortolkning af Forfatningen¹³).

Naar denne Mulighed har staaet aaben, beror det paa, at *Forfatningen i større Omfang end den danske indeholder elastiske Lovbestemmelser, som har kunnet omformes og tildannes efter Tidernes økonomiske og politiske Behov og retsfilosofiske og politiske Anskuelser*. Dette gælder især interstate commerce Klausulen og

necessary and proper Klausulen (Gennemførelsesklausulen), til dels Beskatningsklausulen i Art. 1 § 8 og due process Klausulen i det 5. Amendment, Bestemmelser, der er uændrede fra 1787 og 1791. Ønskerne om en Udvidelse eller Begrænsning af Forbundets Kompetence har først ført til en ekstensiv, derefter til restriktiv og senere paany til en ekstensiv Tolkning af Handels- og Gennemførelsesklausulen, medens due process Klausulen i det 5. og især i det 14. Amendment i Tiden fra 1870 til 1937 af Højesteret har været anvendt til at beskytte de besiddende Klasser mod en altfor hurtig Gennemførelse af Forbunds- og Enkeltstatslovgivning om erhvervs-mæssige og sociale Anliggender. Den samlede Lovgivningsmagts Ekspansionsbestrebelse blev i denne lange Periode bremsset af Højesteret bl. a. med Hjemmel i en omfortolket due process Klausul.

Kampen om Forfatningsudviklingen har i væsentlig Grad været en Kamp om Fortolkningen af disse faa elastiske Bestemmelser, og det, der er karakteristisk for denne Kamp, er, at den ikke blot har været udkæmpet i Kongressen, men ogsaa indenfor Højesteret mellem forskellige Fraktioner af Dommere. Omformningen er ikke sket umærkeligt, men under voldsomme Stridigheder bl. a. mellem Højesteret og Kongressen, støttet af enkelte handlekraftige Præsidenter.

Forfatningens Princip for Fordelingen mellem Forbund og Enkeltstater af Lovgivningskompetencen er dette, at der gennem en Opregning fremhæves en Række Emner, som kan ordnes gennem Forbundslovgivning. Forfatningen indeholder ingen Generalklausul om Forbundets Lovgivningskompetence, men tværtimod en Bestemmelse om Enkeltstaternes Lovgivningskompetence, som er meget almindelig holdt, det 10. Amendment, hvorefter »den Kompetence, der ikke er delegeret til Forbundet ved Forfatningen eller ved den unddraget Staterne, forbeholdes henholdsvis Staterne eller Folket«.

Anlægger man de traditionelle juridiske Lovfortolknings-synspunkter, maa dette forstaas paa den Maade, at der er en Formodning for Enkeltstaternes Lovgivningskompetence. Det 10. Amendment, som er en fra Konfederationsartiklerne af 1777 hidrørende, noget modificeret Bestemmelse, er Forfatningens Hovedbestemmelse om Lovgivningskompetencen. Forbundets Kompetence kræver en særlig Hjemmel. Efter traditionelle Synspunkter paa Fortolkning af Hovedregel og Undtagelse bør Forbundets Kompetence ikke udvides gennem fri Fortolkning, og nogle vil som Kent hævde, at det er bedst stemmende med juridiske Synspunkter at fortolke Bestemmelserne om Forbundets Lovgivningskompetence restriktivt.

Den bl. a. paa Grundlag af det 10. Amendment udviklede Doktrin om »Staternes Rettigheder« og »Staternes reservede Domæne«, der har spillet en saa stor Rolle under Kampen om Forfatningens Fortolkning, synes derfor fra et traditionsbundet Synspunkt at være en velbegrundet *juridisk* Fortolkning af Forfatningen, og i denne Omstændighed maa man vist søge Forklaringen paa den langvarige Forfatningskamp. Naar Jurister skal fortolke en Forfatningslov, er de tilbøjelige til at tolke den efter de samme Synspunkter, som anlægges overfor andre Love, medens Politikere fortolker friere efter de skiftende Behov og Anskuelse uden at føle sig alt for stærkt bunden af nedarvede Forestillinger. Læren om Domstolens Fortolkningsret overfor Love kan derfor, hvis der ikke i den øverste Domstol sidder Dommere, som ogsaa kan tænke politisk og gaa med til at omfortolke Forfatningen, saa den tilpasses til ændrede Forhold og Anskuelse, føre til opslidende Forfatningskampe, fordi baade Jurister og Politikere mener, at deres Fortolkningsprincipper er de rette.

Fra 1801 og til 1835 lededes U. S. A.s Højesteret af en Dommere, der kunde tænke baade juridisk og politisk, den tidligere Føderalistminister John Marshall. Marshall fortolkede Forfatningen ret frit i Overensstemmelse med Føderalisternes politiske Filosofi, d. v. s. til Fordel for Forbundet og mod Enkeltstaterne, og han var en saa stærk Personlighed, at han formaaede at faa de andre Dommere til at slutte sig til sine Synspunkter. Saa længe Højesteret bestod af Dommere, der var udnævnt af Føderalisterne og bekendte sig til den samme politiske Tro, var der ikke noget mærkeligt i, at det var Rettens Præsident, der prægede Afgørelserne. Et Vidnesbyrd om, at Marshall maa have været en Personlighed af et ualmindeligt Format, er det, at han var i Stand til at faa de senere udnævnte, republikansk orienterede Dommere til at følge sig. Skønt Retten havde republikansk Flertal, var det Marshalls Synspunkter, der accepteredes i de betydningsfulde forfatningsretlige Afgørelser fra det Tiaar, der fulgte efter Napoleonskrigenes Afslutning. Samtiden undrede sig herover, og Marshalls politiske Modstander Thomas Jefferson rasede. »Det vil være vanskeligt at finde en Personlighed, som er tilstrækkelig fast til at kunne bevare sin Uafhængighed, naar han sidder i den samme Domstol som Marshall«, skrev Jefferson i 1810 til Madison. Den lærde Story, som var overbevist Republikaner, da han traadte ind i Retten, lod sig omgaaende fortrylle

af Marshall og fulgte ham i tykt og tyndt i hans mod Enkeltstaterne rettede Forfatningsfortolkning. Naar man om Marshall—Story fortæller, at Marshall, naar han i en Sag havde fundet sit Standpunkt, plejede at sige til Story: »Now Story, that is the law, you find the precedents for it«, er der dog maaske kun Tale om en amerikansk Version af en kendt Anekdote om Bartolus og hans Elever¹⁴).

En af disse berømte Sager, hvor Marshall dristigt brød med de traditionelle, formelle Fortolkningsprincipper og omfortolkede Forfatningen ved Hjælp af Føderalisternes politiske Filosofi, er *Mc. Culloch v. Maryland* fra 1819. De Hovedprincipper, som hele Højesteret sluttede sig til, var 1) at Forbundets Lovgivningskompetence ikke behøvede at være udtrykkelig, men kunde være implied (incidental, constructive), og 2) at necessary and proper Klausulen i Forfatningens Gennemførelsesbestemmelse skulde fortolkes meget liberalt som »nyttig og passende«.

Det, der forelaa til Paadømmelse i *Mc. Culloch* Sagen, var et gammelt politisk Stridsspørgsmaal, nemlig dette, om Forbundet lovligt kunde oprette en Forbundsbank, naar der ikke i Forfatningen fandtes en særlig Hjemmel. Kongressen og Præsidenten havde maattet tage Stilling hertil faa Aar efter Forfatningens Gennemførelse, fordi der var et praktisk Behov for en Forbundsbanks Oprettelse.

Allerede under Kongressens Forhandlinger i 1791 om Lovforslaget hævdede Madison, at det vilde være forfatningsstridigt at oprette en Forbundsbank, fordi Forbundet herigennem trængte ind paa Staternes reserverede Domæne. Da Washington skulde tage Stilling til, om han vilde nedlægge Veto af konstitutionelle Grunde, indhentede han derfor Erklæringer fra Udenrigsminister Jefferson, Attorney-General Randolph og Finansminister Hamilton om deres Syn paa Forfatningens Fortolkning.

Jefferson og Randolph var enige med Madison i, at Loven gik ind paa Enkeltstaternes reserverede Domæne. Hamilton var imidlertid af en anden Opfattelse, og det lykkedes ham at overbevise Washington om, at Forfatningen burde fortolkes saaledes, at Forbundet havde fornøden Competence. Kærnen i hans Argumentation var den, at Forfatningen ikke blot havde express powers, men ogsaa implied powers og resulting powers, d. v. s. udtrykkelige og stiltiende Kompetencer og Kompetencer, der var et Resultat af de

øvrige Kompetencer. Kompetencen til at oprette en Bank var efter Hamilton implied. Til Støtte for sit Standpunkt paaberaabte Hamilton sig især necessary and proper Klausulen i Art. 1 § 8 in fine, hvorefter Forbundet kan give alle de Love, som er nødvendige og passende til at udnytte den Forbundet indrømmede Lovgivningskompetence. Hvad ligger der i dette Udtryk nødvendigt? Hamilton omtvadede det til *nyttigt*, medens Jefferson, Randolph og Madison ud fra en anden politisk Filosofi læste det som *absolut* nødvendigt.

Det blev Hamiltons Fortolkning, der sejrede i 1791. Washington lod Loven passere, og *hermed begyndte Forfatningens Omfortolkning* bort fra de Forestillinger, som var de herskende i de store Kredse i 1787 om Forholdet Forbund—Enkeltstater. Endnu i 1819 saa Højesteret paa Fortolkningen med samme Øjne som Hamilton takket være Marshalls dominerende Stilling indenfor Retten, men senere afløstes disse nationale Synspunkter af en mere separatistisk Indstilling. Hvis man ved Jura forstaar en konservativ Formalisme, er Jeffersons Fortolkning den, der bedst harmonerer med Forfatningens Indhold og Forudsætningerne fra 1787. Jefferson har selv i et Brev, der er bevaret, givet et karakteristisk Udtryk for, hvorfor han ikke kunde gaa med til Hamiltons Lære om implied og resulting powers og Fortolkning af Gennemførelsesklausulen. I Aaret 1800 var der i Kongressen stillet Forslag om en Lov, hvorefter Forbundet kunde give et Selskab Koncession til at drive en Kobbermine, og, skriver Jefferson, »Kongressen er bemyndiget til at forsvare Nationen. Skibe er nødvendige for Forsvaret. Kobber er nødvendigt for Skibe. Miner nødvendige for Kobber. Et Selskab nødvendigt til at drive Minerne. Hvem kan drage dette Ræsonnements Gyldighed i Tvivl, som blot een Gang har sagt den gamle Remse: »Her er det Hus, som Hans har bygt«?»

Hamiltons Synspunkter paa Fortolkningen af de Forfatningsbestemmelser, der omhandlede Forbundets Lovgivningskompetence, var i og for sig allerede blevet godkendt af Højesteret i en Afgørelse fra 1805, der imidlertid ikke vakte større Opmærksomhed. Det gjorde derimod Afgørelsen i Banksagen fra 1819. De separatistiske Tendenser havde paa dette Tidspunkt faaet Vind i Sejlene, og Offentligheden fulgte Sagen med Interesse. De Synspunkter, som Marshall udviklede i Dommen, er som anført i flere væsentlige Henseender kun en Videreførelse af Hamiltons Tanker, men Marshall gav dem en Udformning og en Dybde saaledes, at næppe nogen

anden Højesteretsdom paa samme Maade har brændt sig ind i Offentlighedens Bevidsthed. Han trækker Hovedlinjerne i hele Forfatningsudviklingen op og fastslaar med Front mod alle de separatistiske Bevægelser, som laa bag Statsrettighedsdoktrinen, at Forfatningen ikke er en Overenskomst mellem suveræne og uafhængige Stater, men hidrører fra selve Folket. Og han opstiller visse almengyldige Principper for Forfatningsfortolkning. En Forfatnings Natur »kræver derfor, at *den kun trækkes op i de store Linjer*, at kun dens vigtigste Maal angives, og at Detaillerne vedrørende disse Maal skabes ud fra disse Maals egen Natur«. Naar saadanne Spørgsmaal skal afgøres, »maa vi aldrig glemme, at det er en Forfatning, vi udlægger, en *Forfatning, der skal blive staaende i kommende Tider* og følgelig skal anvendes under de forskelligartede Kriser, som et Samfund vil komme ud for«.

Hamiltons udvidende Fortolkning af Forbundets Lovgivningskompetence gengiver Marshall med følgende fyndige Ord: »Lad Formaalet være lovligt, lad det ligge indenfor Forfatningens Rame, og alle de Midler, som er hensigtsmæssige og blot egnede til dette Formaals Realisation, som ikke er forbudt, men i Samklang med Forfatningens Aand og Bogstav, er forfatningsmæssige.« Herefter kunde det hurtigt slaas fast, at Kompetencen til at oprette en Forbundsbank var en implied power til Kompetencen til at paalægge og opkræve Skatter, laane Penge, regulere den mellemstatlige og udenrigske Handel og føre Krig¹⁵).

Afgørelsen i Mc. Culloch-Maryland Sagen er fra et Forfatningsfortolkningssynspunkt Marshalls vigtigste. Den Kraft, hvormed han gik imod den paa Grundlag af det 10. Amendment opbyggede Statsrettighedsdoktrin, forbløffede og gav Anledning til Kritik bl. a. fra den tidligere Præsident Madison og fra den Dommer, som Jefferson vilde have udnævnt til Præsident i Højesteret, om Adams ikke paa Falderebet havde udnævnt Marshall, Spencer Roane. Madison, som var en af de ledende i Forfatningskonventet, gjorde gældende, at der var faa, om nogen, af Forfatningens Venner, der havde tænkt sig, at der vilde blive anlagt en saa bred og elastisk Fortolkning af Bestemmelserne om Forbundets Kompetence, og Roane hævdede, at de Principper, som Marshall anvendte til at beskære Staternes Rettigheder, ikke uden videre kunde indfortolkes i Forfatningen, men kun kunde blive gældende Ret ved Gennemførelsen af et Amendment¹⁶). Doktrinen om implied power er imid-

lertid aldrig senere blevet opgivet af Højesteret. Anvendelsen af denne Doktrin og af den smidige Fortolkning af Gennemførelsesklausulen har været svingende, og i en lang Periode har Højesteret under Paavirkning bl. a. af Statsrettighedsdoktrinen (Taney) undladt at anvende de Marshallske Synspunkter i fuldt Omfang. Men i Dag er de mere end nogensinde gældende amerikansk Forfatningsret.

De frie Fortolkningsprincipper, som Marshall udviklede i *Mc. Culloch Sagen*, blev ogsaa i andre Sager anvendt til at udvide Forbundsmyndighedernes Kompetence og indsnævre det 10. Amendment. Nævnes kan især Afgørelserne i *Dartmouthsagen* fra 1819, *Cohens v. Virginia* fra 1821 og *Gibbons v. Ogden* fra 1824¹⁷). Dommen i *Gibbons Sagen* har fra et forfatningsretligt Synspunkt haft omtrent lige saa stor Betydning som Dommen i *Mc. Culloch Sagen*, fordi Marshall paabegyndte den Udvidelse af Omraadet for Forfatningens Klausul om den mellemstatlige Handel, der godt et Hundrede Aar senere skulde vise sig at være det sikreste Fundament for en Ekspansion af Forbundets Lovgivningskompetence i Overensstemmelse med Nutidens Krav om økonomisk og social Lovgivning. Skønt Madison kort før sin Afgang som Præsident havde nedlagt Veto mod en Lov med den Begrundelse, at Forbundets Kompetence i Handelsanliggender ikke gav Kongressen Beføjelse til at lade Forbundet bygge Veje og Kanaler og forbedre Trafikken til Søs, slog Marshall i *Gibbons-Ogden Sagen* fast som Højesterets autoritative Fortolkning af den mellemstatlige Handelsklausul, at Kongressen med Hjemmel heri ikke blot kunde give Regler vedrørende *Varer*, som blev omsat i den mellemstatlige Handel, men ogsaa vedrørende de *Skibe*, som transporterede Varerne fra Stat til Stat, og for al mellemstatlig Trafik og Samkvem (*intercourse*). Ved denne Afgørelse, i hvilken det paany blev fremhævet, at det ikke var tilladeligt at fortolke Forbundets Kompetence restriktivt, brød Højesteret med Enkeltstaternes Monopolisering af Skibsfarten, og Afgørelsen kom derfor til at danne Grundlaget for et Opsving af U. S. A.s Handel og Skibsfart. Dommen er efter Beveridge den amerikanske Højesteretsdom, som har bidraget mest til at knytte det amerikanske Folk sammen til en Nation, og den eneste af Marshalls Forfatningsafgørelser, der var populær blandt hans samtidige.

De Synspunkter, som denne store Politiker paa Dommersædet lagde til Grund for sin Fortolkning af Forbundsforfatningen, kan

sammenfattes saaledes, at han ikke — som senere Cooley — følte sig bundet til at give Forfatningen en Fortolkning, der svarede til de ved dens Gennemførelse herskende Forestillinger. *Han omfortolkede Forfatningen i samme Takt som Kongressen og bandede gennem sine obiter dicta Vej for ny Forbundslovgivning* paa Omraader, som Kongressen eller Præsidenten hidtil havde ladet ligge som hørende under Staternes reserverede Domæne. Begrundelserne kan i Dag undertiden forekomme kunstige, fordi de i nogen Grad er præget af en Retsmetode, der forlængst er forladt, men Tendensen er klar. Bortset fra Marbury Sagen fra 1803 underkendte Højesteret under Marshalls Ledelse aldrig en Kongreslov.

Kriser i Forfatningsudviklingen løses ved Højesterets fornyede Omfortolkning.

Fra Marshalls Død i 1835 til West Coast Hotel Sagen i 1937 karakteriseres Udviklingen af en gradvis, men sikker Tilbagetrængning af de rummelige og overfor Kongressen tolerante Synspunkter paa Forfatningsloves Tolkning, som Marshall havde faaet slaaet fast. Formelt skete dette uden Ovreruling af Mc. Culloch Dommen og de andre ledende Afgørelser i Forfatningsspørgsmaal. Højesteret anvendte blot Grundsætningerne paa en noget anden Maade og indsnævrede derigennem Kongressens Lovgivningskompetence. En ny økonomisk-politisk Filosofi, som Corwin har kaldt den juridiske laissez-faire Filosofi, vandt Indpas i Højesteret og kom til at præge Rettens Afgørelser gennem mere end et halvt Aarhundrede.

Det negative Udslag af denne Filosofi var Højesterets Nægtelse af at give Forfatningens Bestemmelser om Forbundets Kompetence en udvidende Fortolkning saaledes, at de kunde danne Grundlaget for en Ekspansion af Forbundslovgivningen. Dens positive Udtryk var Højesterets Omfortolkning af due process Klausulerne i det 5. og 14. Amendment, saa de kunde bruges eller rettere misbruges til at underkende en Række Stats- og Forbundslove. Det vilde dog være at overvurdere Højesterets Indflydelse at tro, at det stod i 9 Juristers Magt helt at standse en Lovgivning, som et overvejende Flertal af U. S. A.s Millionbefolkning ønskede gennemført. Højesteret har ogsaa inden 1937 maattet lade meget passere, som kun var foreneligt med Forfatningen efter en ret fri Fortolkning. Virkningerne af Domstolens Fortolkningspolitik fra 1857 til 1937 har

derfor kun været denne at forsinke en Udvikling, som har været uundgaaelig. Der er blevet spændt Ben for en Række Love.

Det siger sig selv, at Højesterets Tilsidesættelse af Forbundslove Gang paa Gang har gjort Retten til Centrum i den politiske Strid, indtil den fra 1937 vendte tilbage til de Marshallske Forfatningsfortolkningsprincipper, afskrev visse Misbrug og gav Forfatningens mellemstatlige Handelsklausul og Beskatningsklausul en saa rummelig Tolkning, at hele den nye Reformlovgivning kunde passere som forfatningsmæssig.

Tiden fra Slutningen af det 19. Aarhundrede, ja, man kan for saa vidt godt sige Tiden fra 1870 eller fra 1857, er derfor en Kampperiode, og Kampen udkæmpes om Forfatningens Omfortolkning. Paa den ene Side Juristerne i Højesteret, gennemgaaende præget af Cooleys stive, dogmatiske Synspunkter, der er Jurister saa kære, fordi de er nedarvede, og fordi de fyldestgør den juridiske Formalismes Krav om Logik. Hovedsynspunktet er i Orden. Og paa den anden Side Kongressen, en lille Fløj af Dommere i Højesteret, der dog ofte kunde vokse til 3 og 4, og en Række af de reformvenlige Præsidenter, herunder flere Jurister, der havde Føling med Befolkningens Ønsker og derfor forsøgte at omfortolke Forfatningen, saa den kom til at passe til de ændrede Forhold. Det blev en drøj Kamp, som i 1937 endte med Cooleyismens Nederlag og foreløbige Udryddelse af Højesteret.

Milepæle i Udviklingen er en Række Afgørelser: Legal Tender Sagerne fra 1871, Indkomstskattesagen fra 1895, Adair Sagen fra 1908, Hammer v. Dagenheart fra 1918, Adkins Sagen fra 1923 og Sagerne under Roosevelt fra 1935—37, men fra det Synspunkt, hvorunder jeg behandler Spørgsmaalet, er der navnlig Grund til at se lidt nøjere paa, hvad der skete i 1870—71 og 1935—37, fordi man her kommer ud for *Forfatningskriser* paa Grund af de Synspunkter, som Højesteret lagde til Grund for Forfatningens Fortolkning. Afgørelserne i Indkomstskattesagen, Adair-, Hammer- og Adkins-sagerne gav nok Anledning til et voldsomt politisk Røre, men de resulterede ikke i en Krise. Det gjorde derimod Afgørelserne i Hepburn Sagen fra 1870 og Tipaldo Sagen fra 1936.

Den Maade, hvorpaa man løste Kriserne, var forskellig. I Legal Tender Sagerne blev en Højesteretsafgørelse fra 1870 et Aar senere tilsidesat af en Højesteret, hvis kongresvenlige Fløj i Mellemtiden var blevet styrket gennem Udnævnelser af to nye Dommere, og til-

syneladende blandede Præsidenten sig ikke i Spørgsmaalet paa anden Maade end derved, at han udnævnte nye Dommere til to ledige Pladser i Højesteret. I West Coast Hotel Sagen fra 1937 var det *nøjagtig den samme Højesteret*, som i nogle Aar havde underkendt væsentlige Dele af Roosevelts Reformprogram, der anlagde helt nye Forfatningsfortolkningsprincipper, hvorefter Love beslægtede med tidligere underkendte nu blev forfatningsmæssige. Forklaringen paa denne Kursændring er, at Dommer Roberts svigtede laissez-faire Fløjen under Indtryk af den Ophidselse, som Højesterets Kurs havde foranlediget i Regeringskredse, paa Kongressen og ikke mindst i den brede Befolkning, og som resulterede i Roosevelts Budskab af 5. Februar 1937 om en Reform af Domstolsorganisationen. Roberts ændrede Standpunkt og gik med de Dommere, der vilde opretholde Loven, og da en Dommer fra laissez-faire Fløjen kort efter tilkendegav, at han vilde gaa af, naar Sessionen var forbi, drev Forfatningskrisen over.

Ofte karakteriserer man de to Fløje i Højesteret som den konservative og den radikale Fløj, men dette er misvisende Benævnelser. Den amerikanske Forfatningsstrid er, for saa vidt angaar Højesteret, ikke alene en Strid mellem *politiske* Anskuelse, men ogsaa en Strid mellem *retsfilosofiske* Anskuelse, og det gør en Forskel. Paa en Maade er alle Jurister pr. Profession konservative. Det er en beklagelig Følge af Métier'en. Juristernes Arbejde er bl. a. at skabe eller medvirke til at skabe subsidiære Retsregler, som passer ind i det bestaaende Samfundssystem, og derfor bliver status quo Filosofien let deres Filosofi. — Men den behøver ikke at blive det.

I Almindelighed vilde man vel anse Republikanerne for at være mere konservative end Demokraterne, men mange af de af Republikanerne udnævnte Dommere har vist sig at være de mest energiske Fortalere for Kongreslovgivnings Gyldighed. Holmes blev udnævnt af Th. Roosevelt, Stone af Coolidge og Cardozo af Hoover, og de hørte alle til den kongresvenlige Fløj sammen med Brandeis, der var udnævnt af Wilson.

Det er heller ikke rigtigt, som man gør i dansk Forfatningsretsteori (Berlin), at betragte den udenretlige Kritik af Højesterets Kurs i Forfatningssager blot som en politisk Kritik. Herom kan man overbevise sig ved at efterse Lamberts Bog, hvori der indeholdes Oplysninger om, hvilke Universitetsprofessorer der da havde

kritiseret Højesterets Linje¹⁸). Fra nyere Tid kan nævnes Professorerne Corwin, Haines og Swisher for at tage et lille Udpluk. Derimod vil jeg henregne Højesteretsdommer Jackson, som i 1941 har været ude med et krast Angreb paa Højesterets tidligere Kurs i Forfatningssager, til de mere politisk indstillede Dommere.

Forfatningskrisen i 1870—71 opstod, fordi et Flertal indenfor Højesteret underkendte nogle i 1862—63 under Lincoln gennemførte Love, hvorefter der kunde udstedes uindløselige Seddelpenge, der skulde modtages som lovligt Betalingsmiddel (legal tender) til Afgørelse af saavel offentlig som privat Gæld. Da Borgerkrigen var brudt ud, blev det som under alle Krige hurtigt nødvendigt at suspendere Sedlernes Indløselighed med Metal, og der blev derefter gennemført 3 Love om Udstedelse af Papirpenge.

Disse Sedler fik omgaaende Underkurs, og Kreditorerne begyndte at spekulere over, om de nu ogsaa efter Forfatningen var forpligtet til at modtage dem til Afgørelse af deres Tilgodehavender. Saalænge Borgerkrigen stod paa, kom Spørgsmaalet ikke frem til Paakendelse af Højesteret, og da det efter Krigens Afslutning kom for Statsdomstolene i en Række Retssager, opretholdt disse Kongreslovene. Første Gang, Højesteret skulde tage Stilling til Lovenes Forhold til Forfatningen, var i Sagen Hepburn v. Griswold, der paadømtes i 1870.

Lincoln havde paa Forhaand indkalkuleret den Mulighed, at Lovene kunde blive underkendt af Højesteret, og han havde derfor været saa forsigtig til Præsident i Højesteret efter Taney at udnævne en Mand, der var medansvarlig for Lovenes Gennemførelse, Finansminister Chase. Hvis Chase havde stemt som forventet, var Lovene blevet opretholdt. Under Sagens Behandling for Højesteret ændrede Chase imidlertid sit Syn paa Forfatningens Fortolkning, og dette blev afgørende. Ved den første Afstemning om Dommen stod Stemmerne lige, 4 for Lovens Forfatningsmæssighed (Grier + 3 Republikanere) og 4 imod (Chase + 3 Demokrater), og Loven vilde derefter være blevet opretholdt, eftersom Underinstansens Afgørelse gik ud paa, at den var forfatningsmæssig.

Inden den endelige Afstemning skiftede yderligere Grier, som notorisk var senil, Standpunkt og gik med Rettens Præsident, og nu stod Stemmerne 5—3 mod Loven. Lederen af Mindretallet forlangte da, at Afgørelsen blev udsat, indtil Griers Embede var blevet nybesat, men dette nægtede Flertallet at gaa med til, skønt Grier

havde indsendt sin Afskedsbegæring, noget inden Dommen blev afsagt. Paa dette spinkle Grundlag underkendtes Loven, for saa vidt angik Betaling af privat Gæld stiftet før Loven, d. v. s. det amerikanske Pengevæsens Skæbne afgjordes af en senil Højesteretsdommers Svingning under Sagens Behandling.

Der er næppe nogen Sag, der er bedre egnet til at illustrere Kærnen i det amerikanske System med Højesteret som øverste Forfatningsfortolker, end denne Sag fra 1870. Paa et Tidspunkt, hvor normale Forhold var genoprettet, underkendte 5 Dommere Beslutninger taget af Kongressen som Nødforanstaltninger til Beskyttelse af Forbundet under Krigen mod de oprørske Slavestater. En lille Flok Jurister uden noget Ansvar direkte overfor Befolkningen underkendte en Beslutning af et decideret politisk Indhold, og blandt disse Jurister fandtes en Dommer, som var 76 Aar og af Warren og Hughes karakteriseres som legemligt og aandeligt svækket.

Flertallets Begrundelse for at underkende Loven var saa vidtgaaende, at den, skønt den paadømte Sag kun angik en inden Borgerkrigen stiftet Gældsforpligtelse, ramte ogsaa Gældsforpligtelser stiftet under og efter Borgerkrigen. Det springende Punkt i Sagen var ikke, om Kongressen kunde vedtage en Lov om Udstedelse af Papirpenge. Herom var der efter Forfatningen ingen Tvivl. Men det hævdedes, at der savnedes Hjemmel i Forfatningen til at give et Paabud om, at Sedlerne skulde modtages til Afgørelse af Gæld. Der maatte kræves en udtrykkelig Hjemmel til et saadant Paabud, og den fandtes ikke. Flertallet opgav ikke Hamiltons og Marshalls Lære om underforstaaet Kompetence, men fandt den blot in casu uanvendelig. I Modsætning hertil vilde Mindretallet søge et forfatningsmæssigt Grundlag for Paabuddet i Kongressens war power, d. v. s. udvide Forfatningen gennem Fortolkning.

Herudover finder man i Dommen Betragtninger om, at Loven var i Strid med Forfatningens Principper og med due process Klausulen i det 5. Amendment. Taney havde i Dred Scott Sagen antydnet, at Slaveriets Afskaffelse vilde være i Strid med due process Klausulen, men den synes første Gang at være anvendt som Grundlag for Underkendelse af en Forbundslov i Hepburn Sagen.

Dommens Resultat var uacceptabelt for Kongressen og Administrationen. Afgørelsen *maatte* ændres under en eller anden Form, og det skete det følgende Aar.

Medens Hepburn Sagen stod paa, skulde to Embeder som Høje-

steretsdommere besættes. Det ene var det efter Grier ledige Embede. Det andet var en niende Dommerplads, som man havde genoprettet ved en Lov, der var vedtaget Aaret før, for at bringe Højesterets Medlemstal op paa det tidligere, der af politiske Grunde midlertidigt havde været reduceret til 8. Grant havde længe inden Domsafsigelsen forhandlet med Senatet om Udnævnelsen af disse to nye Dommere, men det var vanskeligt at opnaa Enighed mellem Præsident og Senat om Personspørgsmaalet.

Samme Dag Retten afsagde Dom i Hepburn Sagen, anmodede Grant Senatet om Bekræftelse paa Udnævnelse af to nye Dommere, og fire Dage efter, at den endelige Udnævnelse var i Orden, bad Attorney-General om at maatte faa fremmet to andre Legal Tender Sager, der var appelleret til Højesteret. Chase afslog Begæringen med den Motivering, at det havde været bestemt, at disse to Sager skulde anses for afgjort ved Dommen i Hepburn Sagen, men Mindretallets Leder bestred, at der forelaa en saadan Bestemmelse fra Rettens Side, hvilket efter Øjenvidners Beretning hensatte Chase i den yderste Ophidselse. Ved Hjælp af de to nye Dommere besluttede det nu til Flertal ændrede Mindretal at fremme de to Sager som begært af Attorney-General, og herefter blev den tidligere Afgørelse underkendt med 5 Stemmer mod 4. Loven opretholdtes nu med det tidligere Mindretals Begrundelse.

De nærmere Omstændigheder ved disse to Dommerudnævnelser vil antagelig aldrig blive fuldt opklaret. Amerikanske Historikere og Jurister har længe diskuteret, om Præsidenten »packed« Højesteret. Grant hævdede, da han senere blev angrebet, at han ikke vidste Besked om Dommens Indhold, da han sendte Senatet en Begæring om Godkendelse af de nye Dommerudnævnelser, men det staar fast, at Chase 14 Dage inden Domsafsigelsen har informeret Finansministeren om, hvad Afgørelsen vilde komme til at gaa ud paa. Den, der tror, at Finansministeren undlod at informere Præsidenten, kender intet til Politik. Swisher skriver, at Præsidenten naturligvis vidste Besked, og Sagens senere Forløb indicerer, at der i hvert Fald har foreligget visse Aftaler indenfor Administrationen om, at Spørgsmaalet om Lovens Forfatningsmæssighed skulde prøves paany. Til Grants Undskyldning har man anført, at det næppe var muligt for ham at finde en habil Dommer i Underinstanserne eller en republikansk Jurist, som ikke var overbevist om, at Lovene var forfatningsmæssige. Imod de to nye Dommers juridiske Kvalifikationer kunde der intet indvendes¹⁹).

Af Skade bliver man klog, siger et gammelt Ordsprog, men denne Regel syntes ikke at have Gyldighed for den amerikanske Højesteret. Faa Aar efter Nederlaget i Legal Tender Sagerne vendte Højesteret tilbage til de Synspunkter, som havde været ledende for Flertallet i Hepburn Sagen, og begyndte igen lejlighedsvis at indsnævre Forbundets Lovgivningskompetence og samtidig at udvikle due process Doktrinen.

Due process var et straffeprocessuelt Begreb, som var overtaget fra engelsk Ret og i 1791 indsat i det 5. Amendment, og som oprindeligt betød en fair Proces mod anklagede i en Straffesag. Saa længe Klausulen kun fandtes i det 5. Amendment, spillede den ingen Rolle for Forfatningsudviklingen. Marshall var for meget Realpolitiker til at forsøge at anvende en saa ubestemmelig Grundsætning. Han skulde ikke have Næsen i Klemme. Først efter Borgerkrigen kom Bestemmelsen frem i Rampelyset, fordi den tillige blev optaget i det 14. Amendment for at værne Negrene mod eventuel diskriminerende Lovgivning fra Sydstaternes Side. Højesteret anvendte den til at beskytte Kapitalen mod Arbejderne. Ved sindrig Fortolkningskunst lykkedes det i 1876 og i 1883 Højesteret at frigøre 14. og 15. Amendment for deres Forudsætninger og at faa gjort Kongreslove, der skulde give Negrene Ligestilling paa en Række Omraader, forfatningsstridige, saa de kunde slaas ned²⁰). I de følgende Aar tog man Traaden op fra Hepburn Sagen og omfortolkede det 5. og især det 14. Amendment, saa de kunde bruges til at bremse Love, der var rettet imod økonomisk Udnyttelse af Landbrugere eller givet til Beskyttelse af Arbejdere.

En Skildring af due process Klausulens Omfortolkning er givet saa ofte i amerikansk Teori og paa Grundlag heraf af Lambert og Schjelderup²¹), at jeg kan gaa let hen over Enkeltheder. Resultatet af Udviklingen kan sammenfattes saaledes, at *due process Doktrinen blev ensbetydende med en Adgang for Højesteret til at slaas ned enhver Lov, som berørte Borgernes Frihed og Ejendom paa en efter 5 af 9 Højesteretsdommeres Skøn urimelig eller vilkaarlig Maade*. Den Sag fra nyere Tid, der bedst illustrerer Rettens Praksis, er Adkins Sagen fra 1923, hvor 5 af 9 Højesteretsdommere *alene med Støtte i det 5. Amendment* tilsidesatte en Forbundslov for Distriktet Columbia, hvori det bestemtes, at der kunde fastsættes Minimal-lønninger for Kvinder i visse Erhverv med det Formaal at sikre, at de kunde leve af deres Løn uden at tage Skade paa Helbred og

uden at blive tvungen ud i Halvprostitution. Dette ansaa Højesteret for et vilkaarligt Indgreb i Kontraktsfriheden og derfor forfatningsstridigt. Kvinder havde, som et Blad skrev, efter Forfatningen en ubetinget Ret til at sulte ihjel²²).

Det var dog ret faa Kongreslove, der i Tidens Løb blev slaaget ned ved Hjælp af det 5. Amendment. Som Regel gik det ud over Statslove med formel Hjemmel i det 14. Amendment. Indtil 1938 er der med denne Begrundelse underkendt 228 Statslove. De fleste Kongreslove blev tilsidesat enten med den Begrundelse, at deres *Indhold* stred mod en Bestemmelse i Forfatningen, saaledes som denne udlagdes af Højesteret, eller med den Motivering, at der savnedes Hjemmel i Forfatningen til, at Forbundet kunde lovgive om de paagældende Spørgsmaal, d. v. s. *Kompetencemangler*. I denne Sammenhæng var det, at Højesteret kom ind paa at anvende Betragtninger, som i fransk Ret har været anvendt til at erklære Forvaltningsakter for ugyldige, som Grundlag for at erklære Love for ugyldige, Læren om Ugyldighed paa Grund af *ulovligt Formaal*.

En af de Sager, som vakte størst Opsigt, var Hammer v. Dagenheart fra 1918 angaaende Forfatningsmæssigheden af en Kongreslov fra 1916 om Børns Arbejde i Miner og Fabrikker. Forbundet havde været nødt til at inddrage dette Spørgsmaal under sin Lovgivning, fordi der ellers intet kunde gennemføres. Konkurrencehensyn krævede, at en saadan Lovgivning, der fordyrede Produktionen, blev gennemført samtidig og paa ensartet Maade i alle Stater. Kongressen gennemførte derfor under Paaberaabelse af Klausulen om den mellemstatlige Handel et Forbud mod al mellemstatlig Transport af Varer fremstillet i Miner og Fabrikker, hvori der arbejdede Børn under 14 Aar.

Med 5 Stemmer mod 4 underkendte Højesteret Loven med den Begrundelse, at der forelaa et Indgreb i Enkeltstaternes reserverede Lovgivningsdomæne, idet man lagde Vægt paa, at Formaalet med Handelsklausulen havde været at sætte Kongressen i Stand til at regulere den mellemstatlige Handel og ikke at give den Adgang til at kontrollere Staterne i Udøvelsen af deres Myndighed over den lokale Handel og Fabrikation. Det vilde blive en nødvendig Følge af Loven, at Børns Arbejdstid i Fabrikker og Miner blev reguleret, og dette kunde efter Forfatningen ikke accepteres.

Afgørelsen vakte en voldsom Harme, og Kongressen maatte forsøge at løse Spørgsmaalet paa andet Grundlag. Man greb til

Beskatningsklausulen i Forfatningen og gennemførte Child Labor Tax Act, hvorefter enhver, der drev Miner eller Fabrikker og her beskæftigede Børn under 14 Aar, skulde svare en Særskat paa 10 % af Virksomhedens Nettoudbytte. Ogsaa denne Lov blev underkendt. I Dommen, som er fra 1922, anførtes det, at man af selve Loven kunde se, at Formaålet var at hindre Børns Arbejde, og at Forbundet trængte ind paa Staternes reserverede Domæne. Det var som i Hammer Sagen Magtfordrejningslæren, der overførtes paa Lovgivningsomraadet, og den kunde overføres med en formel Ret, fordi Forbundets Lovgivningskompetence teoretisk var begrænset, Staternes ubegrænset²³).

Endelig anvendtes der undertiden som Begrundelse en Kombination af restriktiv Fortolkning af Kompetencebestemmelser og due process Klausulen, altsaa en Begrundelse nøje svarende til Hepburn Sagen fra 1870. Dette var saaledes Tilfældet i Adair Sagen fra 1908, hvor en Lovbestemmelse om, at det var strafbart at afskedige en Funktionær ved en mellemstatlig Jernbane, fordi han var Medlem af en Fagforening, blev kendt forfatningsstridig.

Forfatningsudviklingen var efterhaanden blevet ledet ind i en Blindgade af Højesterets laissez-faire Fløj, og en ny Forfatningskrise var uundgaaelig. Den opstod, da Højesteret i 1935—36 underkendte en Række af de af Kongressen efter Roosevelts Forslag gennemførte økonomiske og sociale Love. Ingen tidligere Præsident havde turdet vove at forsøge, hvad Grant havde været saa heldig at kunne gøre, nemlig at hidføre et Kursskifte gennem en Personfornyelse. Der maatte en Personlighed af Roosevelts Format til for at faa Højesteret til at vende tilbage til de Fortolkningsprincipper, som Retten havde fulgt under Marshall.

Roosevelt gik aabenlyst til Værks. Saa snart han med stort Flertal var blevet genvalgt til Præsident for en ny fireaarig Periode, begyndte Administrationen at overveje en almindelig Reform af Domstolsorganisationen, og den 5. Februar 1937 sendte Roosevelt Kongressen et Budskab herom. Han var saa forsigtig, at han ikke sigtede alene mod Højesteret. Forslaget gik bl. a. ud paa, at der i enhver Forbundsdomstol kunde udnævnes nye Dommere for hver Dommer, som var over 70 Aar. Men Meningen var ikke til at tage fejl af. Gennemførelsen vilde have resulteret i Udnævnelsen af 6 nye Højesteretsdommere, og herefter vilde det have været umuligt at bremse Forbundslovgivningen. Der var Tale om et ganske aabenlyst Forsøg paa at »pack« Højesteret²⁴).

Medens dette Forslag var til Behandling i Kongressen, skiftede Højesteret Kurs. Den første Sag var West Coast Hotel Sagen. Aaret før havde Højesteret i den saakaldte Tipaldo Sag med 5 Stemmer mod 4 opretholdt Adkins Afgørelsen fra 1923 og med formel Hjemmel i det 14. Amendment underkendt en af Staten New York gennemført Lov om Minimalløn for Kvinder og Børn, der arbejdede i Erhvervsvirksomheder, bortset fra Landbruget. Nu kom der i 1937 en ganske tilsvarende Sag for fra Staten Washington, hvor Loven ikke kunde reddes, med mindre der skete noget uventet. Og det gjorde der. Dommer Roberts' Nerver svigtede, og han forlod laissez-faire Fløjen og gik med de fire Dommere, der i Tipaldo Sagen havde stemt for at opretholde Loven. Et Mindretal paa 4 blev herefter til et Flertal paa 5, og Loven kunde passere.

Det lader sig nemlig ikke gøre at forsøge paa at bortforklare, at der var Tale om en fuldstændig Kovending, og der gøres heller ikke noget Forsøg herpaa i Højesteretspræsident Hughes' Votum. Hverken Republikaneren Hughes eller Republikaneren Taft (den forhenværende republikanske Præsident, der endte som Præsident for Højesteret), havde tilhørt laissez-faire Fløjen i Højesteret, naar Talen var om Forbundets Competence med Hensyn til Sociallovgivning, og Hughes kunde derfor i 1937 i det væsentlige blot videreudvikle de Forfatningsfortolkningssynspunkter, som Taft og han selv tidligere havde fremført i Dissenser. Hughes slog først fast, at det var haabløst at forsøge at fremstille Washington Sagen, som om der var Tale om en anden Form for Lovgivning end i New York Sagen. Spørgsmaalets Betydning for mange Stater, den lille Majoritet i Adkins Sagen og *de ændrede økonomiske Forhold* gjorde det nødvendigt at tage Spørgsmaalet om Forfatningens Fortolkning op til en fornyet Undersøgelse. Og derefter anfører han imod Paastanden om, at Loven krænkede Kontraktsfriheden, følgende Betragtninger, som i det hele svarer til de Synspunkter, som Holmes, Brandeis, Stone og Cardozo Gang paa Gang havde fremført i Dissenser: »Hvad er denne Frihed? Forfatningen taler slet ikke om Kontraktsfrihed. Den taler om Frihed og forbyder Indgreb i Frihed uden due process of law. Ved at forbyde saadanne Indgreb anerkender Forfatningen ikke en absolut og ukontrolleret Frihed. . . . Men den Frihed, der er sikret, er Frihed i en Samfundsorganisation, som kræver Lovenes Beskyttelse mod de Onder, som truer Befolkningens Helbred, Sikkerhed, Moral og Velfærd. . . . Kontraktsfrihed er en modificeret og ikke en absolut Frihed.«

Derefter fastslaaes det udtrykkeligt, at Adkins Sagen fra 1923, Tipaldo Sagen fra 1936 og to andre lignende Sager var overruled²⁵⁾.

Kursændringen var tilbunds-gaaende. Endnu medens Forslaget behandlede paa Kongressen, blev et Par andre Forbundslove, som efter Praxis vilde have været sikre paa Underkendelse, opretholdt af Højesteret, og siden har Højesteret revideret i Snesevis af gamle Afgørelser. Roosevelts Sejr var i Realiteten fuldstændig, selv om det hurtigt viste sig, at han ikke kunde faa Kongressen til at gaa med til Forslaget om en Domstolsreform. *Den samme Højesteret, som tidligere havde bremset Forbundslove, gik nu ind for en Udvidelse af Forbundets Lovgivningskompetence ad Fortolkningsvejen, som langt overskrider, hvad man tidligere er gaaet med til.* Og efterhaanden som der er blevet udnævnt nye Dommere i Højesteret, er Mulighederne for et fornyet Sammenstød blevet mindre og mindre, for Roosevelt sørgede som alle andre Præsidenter for at faa udnævnt Dommere, som han vidste ikke var fjendtlig indstillet overfor den Lovgivning, som havde hans Interesse.

Hvor meget der i Dag er tilbage af de i de 76 tidligere omtalte Domme fastslaaede Grundsætninger, er det vanskeligt at afgøre, men det maa være grumme lidt. For hver Gang der er dukket et tilsvarende Spørgsmaal op efter 1937, synes Højesteret at have forladt eller dog omtydet den ældre Afgørelse saaledes, at Retten kunde undgaa at underkende vedkommende Forbundslov.

Gennem talrige Afgørelser²⁶⁾ har Retten slaaet fast, at den har opgivet den ekstreme due process Doktrin. Bestemmelsen findes stadig i 5. og 14. Amendment, og det er tænkeligt, at den ogsaa fremtidig lejlighedsvis vil blive anvendt til at underkende en diskriminerende Statslov, men det er med Rettens nuværende Sammensætning²⁷⁾ og Syn paa Forfatningsfortolkningsproblemer usandsynligt, at der foreløbig vil blive Tale om at anvende det 5. Amendment mod en Forbundslov.

Dernæst har den mellemstatlige Handelsklausul faaet en saadan Udvidelse ad Fortolkningsvejen, at den er blevet et solidt Fundament for Forbundets Lovgivning om erhvervsmæssige og sociale Anliggender. A. A. A.s Regulering af Landbrugsproduktionen gennem Statstilskud var i 1936 blevet kendt forfatningsstridig, men i 1939 opretholdt Højesteret en Lov, der med Hjemmel i Handelsklausulen regulerede Tobaksproduktionen *uden* Statstilskud. I 1936 underkendte Højesteret en Lov, der regulerede Dele af Kulproduk-

tionen, for i 1940 at opretholde en noget lignende Lov gennemført paa Basis af Handelsklausulen. Reelt, men ikke formelt blev de gamle Afgørelser tilsidesat²⁸).

Afgørelsen i Hammer Sagen blev udtrykkeligt underkendt i Sagen U. S. v. Darby fra 1941, der delvis afskrev Magtfordrejningslærens Anvendelse i Lovgivningssager. Den Lov, der her var Tale om, Fair Labour Standards Act af 1938, forbød mellemstatlig Transport af Varer produceret af Arbejdere, der arbejdede under en vis Standard med Hensyn til Løn og Arbejdstid. Loven blev angrebet ud fra alle mulige Synspunkter, 1) som overskridende Forbundets Kompetence efter Handelsklausulen, 2) som stridende mod 5. Amendment og 3) som stridende mod 10. Amendment, men den holdt. Stone begrundede Rettens Afgørelse. Han tog sit Udgangspunkt i Marshalls Votum i Gibbons Sagen fra 1824 og gav derefter i Marshalls Aand Handelsklausulen en ekstensiv Tolkning. For at komme bort fra Hammer Afgørelsen fastslog han, at »Motiv og Formaal med en Regulering af den mellemstatlige Handel er Ting, som afgøres af Lovgivningsmagts Dom herover, Forfatningen gør ingen Begrænsning, og Domstolene har ingen Kontrol hermed.« Den Fortolkning af Handelsklausulen, som et Flertal havde lagt til Grund for Hammer Sagen, havde efter Stone ingen Hjemmel i Forfatningen, og Dommens Tesis, at Forbudets Motiv eller Virkninger kunde være af Betydning, var forlængst forladt. »Den bør være og bliver nu overruled.« Minimalløns- og Arbejdsbestemmelser var efter fast Praksis ikke i Strid med due process Klausulen i det 5. Amendment, og det 10. Amendment reduceredes til en »truism« uden selvstændig Betydning²⁹).

Endvidere har Forfatningens Beskatningsklausul faaet en saadan Fortolkning af Højesteret, at Kongressen fremtidig vil være i Stand til gennem Ydelse af Statstilskud at øve en meget væsentlig Indflydelse paa Enkeltstaternes Lovgivning. Efter Art. 1, § 8, kan Kongressen paalægge Skatter og Afgifter til at betale Forbundets Gæld og sørge for dets Forsvar og for Almenvellet, »general welfare«. I Overensstemmelse med sine Statsrettighedssynspunkter havde Madison fortolket Velfærdsklausulen restriktivt som en Henvisning til de i Forfatningen særligt opregnede Forbundsanliggender og anvendt sit Veto overfor et Lovforslag, der hvilede paa en liberalere Fortolkning, som Hamilton havde fremført. Senere var man i Praksis gaaet betydeligt videre end Madison, men man hav-

de aldrig faaet Højesterets Godkendelse heraf. I A. A. A. Sagen fra 1936 tog Højesterets Flertal Afstand fra Madisons Fortolkning, men underkendte dog A. A. A. med en noget sløret Begrundelse. Faa Aar efter godkendtes sociale Love som forfatningsmæssige med Hjemmel i Velfærds klausulen. Det var paany Hamiltons extensive Forfatningsfortolkning, der blev fulgt af Højesteret³⁰).

Hvor gennemgribende den Revision af Forfatningsfortolkningsprincipperne er, som for Tiden er i Gang, ses endelig af Sagerne O'Malley v. Woodrough og Graves v. New York fra 1939. I den første Sag tilsidesattes Afgørelser fra 1920-erne om Forbundsdommernes Fritagelse for Indkomstbeskatning til Forbundet*), og i den sidste Sag underkendtes en Doktrin om gensidig Skattefritagelse for Forbundets og Staternes Tjenestemænd, som var dannet i det 19. Aarhundrede og i 1871 havde ført til Underkendelse af en Forbundslov. Siden havde den været fulgt af Administrationen, men nu erklærede Højesteret, at den for 68 Aar siden trufne Afgørelse ikke havde Hjemmel i Forfatningen. Den beroede paa en Fejlfortolkning fra Højesterets Side. Frankfurter henviste i et Særvotum til, at de tilsvarende Problemer havde foreligget for den canadiske og australske Højesteret, som udtrykkeligt havde forkastet den amerikanske Fortolkning³¹).

Resultatet af 80 Aars Kampe mellem Højesteret og Kongressen og visse af Præsidenterne har været et stort Nederlag for Højesteret. Vandrigen til Canossa har været ledet af to republikanske Højesteretspræsidenter af ret frisindet Indstilling, først fra 1937 til 1941 af den tidligere republikanske Præsidentkandidat og Udenrigsminister Hughes og derefter i nogle Aar af Stone. Den har næppe været let, for stort set har Højesteret maattet afskrive de gennem 80 Aar udviklede Fortolkningsprincipper, for saa vidt og i det Omfang disse vilde føre til at erklære Forbundslove for forfatningsstridige. Højesteret er vendt tilbage til Hamiltons og Marshalls Forfatningsfortolkningssynspunkter, som er saa rummelige, at Retten næsten altid vil kunne justificere den Omfortolkning af Forfatningen, som Kongressen foretager gennem sin Lovgivning. Med Hensyn til Fortolkningen af de Bestemmelser i Forfatningen, som handler om Forbundet, synes Højesterets Opgave for Tiden nærmest at være denne ex post at give den juridiske Begrundelse

*) S. 46 f.

for, hvorledes de Kongreslove, som angribes ved Domstolene, kan forenes med Forfatningen, d. v. s. at rationalisere den Udvikling, der faktisk har fundet Sted.

Denne Hvileperiode har været saa langvarig, at den næppe kan undgaa at komme til at præge Forfatningsudviklingen fremover. Saa længe Højesteret ikke udtrykkeligt har tilsidesat Marbury-Madison Afgørelsen fra 1803, kan Retten imidlertid paany skifte Kurs, og der er dem, der regner med den Mulighed, at Cooleyismen paany vil vinde Indpas i Højesteret. Hertil hørte den nylig afdøde Højesteretspræsident Stone, som i 1944 i en Mindetale over Sutherland bl. a. udtalte: »Men hvem vilde være saa ubetænksom i Dag trods de Omskiftelser og Forandringer, som Tiden har bragt og maa forudsættes at ville bringe, at Dommer Sutherlands Indflydelse ikke stadig og maaske i større Skala end i Dag, vil komme til at spille en Rolle ved Udformningen af vor Retsfilosofi?«

Omfortolkning af den danske Grundlov.

Kongens Stilling indenfor Statsstyret.

Ogsaa den danske Forfatning er i et vist Omfang blevet omfortolket efter Nutidens Behov og Anskuelser. Men medens Oppositionen i U. S. A. er kommet saavel fra Teori som fra Domstole, har det i Danmark kun været Teorien, der har opponeret. Den danske Højesteret har ved klog Tilbageholdenhed undgaaet at komme i Modsætningsforhold til Lovgivningsmagt og Regering, og den har derfor ikke set sig nødsaget til at foretage det ydmygende og for en Domstols Prestige ubehagelige Tilbagetog, som Supreme Court har maattet tiltræde fra 1937.

Blandt Forfatningens omfortolkede Bestemmelser kan først fremhæves nogle, der handler om Kongens Stilling indenfor Statsstyret. Ved Grundlovens Givelse gik man ud fra, at der ved Siden af en stærk Folkemagt vilde staa en stærk Kongemagt. Virkeligheden er i Dag anderledes. Under Paavirkning af og ved Anvendelse af engelske politiske Forestillinger har Politikerne lidt efter lidt taget Magten fra Kongen og gjort det umuligt at regere uden et Ministerium, som har Folketingets Tillid. Regeringsformen kan ikke længere med Rette karakteriseres som konstitutionelt-monarkisk, men maa siges at være parlamentarisk-monarkisk. Det er ikke Kongen, der træffer Beslutningerne og anmoder Ministrene om at ud-

føre dem, men derimod Ministrene, der til Kongens Ekspedition forelægger Love, Lovforslag og vigtige Regeringsbeslutninger, som forlængst har faaet deres politiske Afgørelse paa Rigsdagen og i Ministermøder, og Kongen er nødt til at skrive under. Kun under ekstraordinære Forhold har Kongens Indflydelse paa Statsstyret været mere end nominel.

Den radikale norske Statsretsdoktrin karakteriserer hele denne Omformning gennem en Lære om, at Folketingsparlamentarismen er blevet en Retssædvane, og dette Synspunkt har Alf Ross givet sin Tilslutning til for dansk Rets Vedkommende. Om man skal karakterisere Folketingsparlamentarismen som en Retssædvane eller som en politisk Sædvane, afhænger af, hvorledes man udformer Sædvaneretslæren, og nogen reel Uoverensstemmelse om, hvorledes Kongens Stilling faktisk er, er der ikke mellem den radikale Fløj og dem, der i Overensstemmelse med engelsk Retsopfattelse gør gældende, at Parlamentarismen kun er en politisk Sædvane.

Kongens Stilling som Medindehaver af Lovgivningsmagten og Eneindehaver af den udøvende Magt er blevet undergravet ikke blot ved Hjælp af politisk Filosofi, men ogsaa ad Lovgivningsvejen gennem de mange Bemyndigelser, der i Tidens Løb er givet til Ministrene til paa egen Haand at træffe Afgørelser og udstede Anordninger. Fra et erhvervsmæssigt Synspunkt har det saaledes under den forrige og den sidste Verdenskrig ikke været Kongen, der var øverste Administrationsmyndighed i Sager om Vareforsyning og Produktion, men derimod Indenrigsministeren og Handelsministeren. Det var de jure dem, der traf Afgørelserne.

Kongen er efterhaanden paa en Række Omraader abdiceret som øverste Forvaltningsmyndighed og ikke blot politisk, men ogsaa de jure erstattet af Ministrene. Noget er der blevet tilbage, men dette er gennemgaaende ikke de vigtigste Anliggender. Hele Kompetencefordelingen mellem Kongen og Ministrene er ordnet paa en ret tilfældig Maade og uden Overvejelser om, hvad der er rationelt. Og der er den afgørende Forskel paa den Delegation af Afgørelsesmyndighed, der nu finder Sted ved Lovene, og den, som under Enevælden skete ved kgl. Resolution, at dengang kunde Kongen naarsomhelst tilbagekalde Bemyndigelsen eller forlange sig forelagt til Afgørelse enkelte konkrete Sager. Dette er nu udelukket, hvilket formelt begrundes med, at Ministrene ikke er Kongens Mandatarer, men reelt maa begrundes med, at man ad Lovgivningsvejen har om-

fortolket *Grundlovens* § 2 i Overensstemmelse med de ændrede politiske Anskuelse om Forholdet mellem Kongen og hans Ministre³²).

En anden Bestemmelse i Forfatningen, som er blevet undermineret ved Hjælp af politisk Filosofi, er *Grundlovens* § 11, hvorefter Kongen med de i Forfatningen gjorte Undtagelser har den øverste Myndighed over alle Rigets Anliggender og udøver den gennem sine Ministre. Under en anden politisk Udvikling kunde denne Bestemmelse, som stammer fra 1854, være blevet Forfatningens Hovedhjørnesten, men i Dag er den politisk meningsløs, og det er derfor kun konsekvent, naar Poul Andersen lægger Nutidens politiske Anskuelse til Grund og bortfortolker Bestemmelsen³³).

Et Bevis paa, at Teorien kun kan komme i Vanskeligheder, hvis man ikke i videst muligt Omfang fortolker Forfatningen paa Baggrund af Nutidens Forestillinger om Kongens Stilling indenfor Statsstyret, er nyere Statsretsteoris Fortolkning af *Grundlovens* § 16 om Statsraadsbehandling. Denne Bestemmelse er blevet udhulet gennem en langvarig administrativ Praksis, hvorefter talrige Love stadfæstes og vigtige Regeringsbeslutninger bekræftes gennem Kabinettet mod Forbehold om Korroboration i Statsraadet. Statsraadsbehandlingen har længe været en Formalitet. Forfatningsretsteorien maatte derfor se det som sin naturlige Opgave at fortolke § 16 saaledes, at ikke en meget væsentlig Del af Lovene, Opløsningsbeslutninger o. s. v. blev ugyldige. Desuagtet fortolker Berlin § 16 saaledes, at Tilsidesættelse af den ved Fortolkning opstillede Regel om forudgaaende Statsraadsbehandling har Ugyldighedsvirkning, hvad § 16 ikke siger noget om.

Andet end et teoretisk Ugyldighedspostulat er der ikke Tale om. Der foreligger ikke nogen Retsafgørelse, der støtter Fortolkningen, og den er opgivet af Poul Andersen ud fra en mere realistisk Vurdering. Poul Andersen mener dog endnu tillige at burde støtte Resultatet paa det Synspunkt, at § 16 er ændret ved Rets-sædvane, og herved gøres Problemet mere indviklet, end det er, idet det af mange bestrides, at en Lov kan ændres ved Sædvane*). Spørgsmaalet løses lettest ved at fortolke § 16 saaledes, at man i *dette Tilfælde* ikke tillægger Tilsidesættelse af Høringsforskriften Ugyldighedsvirkning, idet man ikke dogmatisk gaar ud fra, at Høringsreglers Tilsidesættelse *altid* skal have Ugyldighedsvirkning.

*) S. 102 f.

§ 16 mister ikke af denne Grund sin Karakter af Retsforskrift, idet der dels kan blive Tale om et Ansvar for Ministeren, dels paa § 16 kan støttes et Krav fra Kongen om at faa en Sag, som er sendt til Stadfæstelse gennem Kabinettet, drøftet i Statsraadet³⁴).

Det er ogsaa de ændrede Forestillinger om Kongens Indflydelse paa Landets almindelige Politik, der har ført til, at det udenrigspolitiske Tyngdepunkt er flyttet fra Statsraadet til det udenrigspolitiske Nævn, der har en Rigsdagsmand til Formand, jfr. Loven af 13. April 1923. Efter Berlin er denne Lov helt igennem forfatningsstridig. Den kolliderer med Grundlovens §§ 11, 18, 19, 22 og 29³⁵).

Grundlaget for Berlins Kritik er paany hans almindelige Indstilling overfor Forfatningsfortolkningsproblemet, og Kritikken kan imødegaas paa forskellig Maade. Jeg vælger at kritisere ham ud fra hans egne Forudsætninger.

Berlins Sædvaneretssynspunkter bygger paa Glossatorernes Lære. Han anerkender udtrykkeligt, at en Lov kan ændres ved Sædvane, hvad Glossatorerne ogsaa gjorde. Men Glossatorerne anerkendte tillige, at en Lov kan styrkes gennem den sædvanemæssige Fortolkning. Fra Azo (ca. 1200) arbejder man med en Deling af Sædvanerne i dem, der er præter, secundum og contra legem, og Grundlaget for Læren om Sædvaner secundum legem var nogle Udtalelser af Paulus: »minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt«, og »optima enim est legum interpretatio consuetudo« (D 1, 3, 23 og 37).

Læren om Sædvaner secundum legem (lex consuetudine approbata) har ikke saa stor Betydning, saa længe man kun kender Love paa eet Gyldighedstrin. Naar man opdeler Lovene i Forfatningslove og almindelige Love og stiller Forfatningslove paa et højere Gyldighedstrin end almindelige Love, fører Glossatorernes Tankegang ind paa den Tanke, at *den Mangel ved en Lov, at den efter en eller anden Fortolkning ikke harmonerer med Forfatningen, kan afhjælpes derved, at den praktiseres upaataalt gennem en Aarrække*. De reale Betragtninger, der ligger bag ved hele Sædvaneretslæren, taler for, at man engang maa se bort fra den Indvending mod en praktiseret Lovs Gyldighed, at den strider mod en Regel, som alene udledes af Forfatningen ved en Fortolkning.

Synspunktet har været fremme i amerikansk Ret. I 1802 vedtog Kongressen en Lov, hvorved man genindførte en Aaret før af-

skaffet, fra 1789 stammende Ordning, hvorefter Højesteretsdommerne skulde »ride circuits«, d. v. s. sammen med de lokale Dommere udgøre særlige Distriktsdomstole. Det var en Ordning, der tvang Højesteretsdommerne til regelmæssigt at rejse ud i Distrikterne, og det var derfor en stor Arbejdsbyrde, der paany blev paalagt dem. Da Loven var blevet gennemført, konfererede Marshall med sine Kolleger om, hvorvidt man skulde gaa ind paa igen at overtage dette Hverv, idet han tilkendegav som sin Anskuelse, at Loven i og for sig var forfatningsstridig. Det kunde efter Forfatningen ikke være Højesteretsdommernes Opgave tillige at være en Slags omrejsende Landsdommere.

Højesterets Medlemmer opgav dog at indtage dette Standpunkt, og den afgørende Betragtning var den, at det ikke nyttede noget at protestere mod en Ordning, som man tidligere uden Indsigelse havde været med til at praktisere i 12 Aar, d. v. s. Sædvaneretssynspunktet. Synspunktet blev kort efter lagt til Grund for Højesterets Afgørelse i Sagen Stuard v. Laird (1803), hvor Paterson afviste en Indvending mod Lovens Gyldighed med en Henviſning til, at den Kendsgerning, at Højesteret havde acquiesceret ved den i 1789 trufne Ordning, var »et uimodstaaeligt Svar, og den har i Virkeligheden afgjort Fortolkningen. Det er en samtidig Fortolkning af den mest afgørende Karakter«. Betragtningen er en Kombination af et Sædvaneretssynspunkt og et voluntaristisk Fortolkningsprincip. Den genfindes af og til i senere Domme³⁶).

De reale Betragtninger, der ligger bag den romersk-kanoniske Lære om Sædvaner secundum legem og den amerikanske Højesteretsdom, bør formentlig være afgørende, naar man skal bedømme Loven af 1923's Forhold til Forfatningen, og jeg nærer ikke Tvivl om, at en dansk Rigsret vilde anse Loven for forfatningsmæssig. Den har nu været praktiseret saa længe, at den maa betragtes som en Del af Forfatningen, og *hvis* den har været i Strid med Forfatningen, er det nu Forfatningen, der maa omfortolkes, og Loven, der maa opretholdes. En realistisk arbejdende Retsvidenskab kan ikke opretholde en Paastand om Ugyldighed, som Livet har spottet igennem 25 Aar, og den har Mulighed for at klare hele Spørgsmaalet ved at anvende traditionelle dogmatiske Sædvaneretssynspunkter. Hvorfor saa ikke gøre det?

Dommere og Nævninger.

Universitetsprofessorer og Dommere kan stadig komme i livlig Diskussion om, hvorvidt den i 1933 indførte Aldersgrænse for Dommere er forenelig med Grundlovens § 71. Spørgsmaalet er besvaret bekræftende af Højesteret i 1935, men mange Dommere mener, at Dommen er forkert. Paany et Spørgsmaal, hvor Fortolkningsprincipperne bliver afgørende for Besvarelsen. Skal man med Berlin m. fl. anlægge en sproglig-logisk Fortolkning af § 71 ud fra Forestillingskredsen i 1849, eller skal man som H. Munch-Petersen m. fl. anvende en Formaaalsfortolkning og fortolke efter Nutidens Anskuelser³⁷)?

Højesteret valgte at omfortolke Forfatningen og med Rette. Grundsætningen om Dommernes Uafhængighed kræver ikke, at Dommerne faar en Særstilling i Henseende til Aldersgrænse eller Pension, og Bestemmelsen i § 71 in fine maa ses i Sammenhæng med Tjenestemandsforsholdets Karakter i 1849 og derfor nu omfortolkes. Da der herom er skrevet, hvad der kan skrives ud fra Forholdets Natur, skal jeg kun til Støtte for den danske Højesteretsdom fremdrage en nyere amerikansk Højesteretsdom om et Spørgsmaal, som fra et retsteoretisk Synspunkt er identisk med det danske.

Forbundsforfatningen bestemmer i Art. 3, § 1, at Dommerne til bestemte Terminer skal modtage et Vederlag »som ikke kan ned sættes, saalænge de beklæder deres Embede«. Er det foreneligt med denne Bestemmelse, at Dommerne inddrages under Indkomstbeskatning til Forbundet?

Spørgsmaalet blev aktuelt i 1862 ved Gennemførelse af en Skattelov, der ikke undtog Dommere. Under Henvisning til Forfatningens Bestemmelser protesterede Højesterets Præsident paa Rettens Vegne overfor Finansministeren mod, at Dommernes Vederlag blev beskattet. »Ord kan ikke være tydeligere end de, der anvendes i Forfatningen«, og for at bevare Domstolenes Uafhængighed »fremsender jeg herved denne ærbødige, men skarpe og bestemte Protest«.

I 1869 bøjede Administrationen sig, tilbagebetalte de af Forbundsdommerne indbetalte Skattebeløb og undlod fremtidig at kræve Skat af Dommernes Vederlag. Denne Praksis blev opretholdt efter en Skattelov af 1894, og to Skattelove af 1913 og 1916 gjorde udtrykkeligt Undtagelse for Dommere. Men i 1918 inddrog Kongressen Dommerne under Indkomstbeskatningen. Fra Kongressens

Side var man klar over, at man risikerede Indsigelse om, at Ændringen var forfatningsstridig. Spørgsmaalet blev paadømt af Højesteret i 1920 ved Afgørelsen i *Evans v. Gore*, der tilsidesatte Loven bl. a. ud fra Sædvaneretssynspunktet. Herudover henviste Højesteret til, at Forfatningens Formaal med Bestemmelsen krævede, at Dommernes Vederlag var urørligt. Holmes og Brandeis dissenterede.

Da Spørgsmaalet i 1939 i Sagen *O'Malley v. Woodrough* kom for en anderledes sammensat Højesteret, ændrede Retten imidlertid Stilling. Den gik uomtalt forbi Sædvaneretssynspunktet og diskuterede kun, om en Formaalsfortolkning af Forfatningen krævede, at Dommerne fritoges for Indkomstbeskatning. Og nu besvaredes dette Spørgsmaal benægtende af et Flertal, der var endnu større end det, der i 1920 i *Evans v. Gore* og i 1925 i en lignende Sag havde besvaret det bekræftende. Den tidligere Professor Felix Frankfurter afgav Flertallets Votum, der i det væsentlige fulgte Holmes' og Brandeis' Dissens fra 1920.

Hvorfor opgav Højesteret denne Fortolkning, der var underbygget baade ved Sædvaneretssynspunktet og Formaalsfortolkning? Standpunktet var simpelthen blevet uholdbart. Teorien havde med Føje draget i Tvivl, om en Formaalsfortolkning virkelig krævede Lovens Underkendelse som Konsekvens, og henvist til, at man i flere britiske Dominions, hvor man havde tilsvarende Forfatningsbestemmelser, fortolkede dem anderledes. Det vilde være at *forfladige de store historiske Erfaringer*, som Grundlovsfædrene lagde til Grund, da de udformede Beskyttelsesreglen, om man antydede, at Loven berørte Dommernes Uafhængighed, skriver Frankfurter i Flertallets Votum, medens Butler i sin Dissens stadig gjorde gældende, at Grundsætningen om Dommernes Uafhængighed kræver deres Skattefrihed⁸⁸).

Maalt med en angelsachsisk Alen er den danske Højesteretsdom fra 1935 saaledes en korrekt Forfatningsfortolkning, og den er et godt Vidnesbyrd fra Domspraksis om, at Forfatningslove maa fortolkes efter Nutidens Forestillinger og ikke efter Fortidens, og at man ved Fortolkningen maa se hen til de Resultater, som Tolkningen fører til, og ikke nøjes med grammatisk Udtydning eller en formel-logisk Tolkning. De Principper, som Berlin lægger til Grund for sin Fortolkning, stemmer ikke med de Fortolkningsgrundsætninger, som Praksis herhjemme og i andre Lande faktisk arbejder med.

Spørgsmaalet om Rækkevidden af Grundlovens § 72, Stk. 2, er i Dag aktuelt, fordi der ved en Lov Nr. 260 af 1. Juni 1945 er gennemført en Ændring af Retsplejeloven, hvorefter Sager om Forræderi og anden landsskadelig Virksomhed paadømmes under Medvirken af Meddomsmænd og ikke af Nævninger. Der er ved denne Lov saa at sige i Smug blevet gennemført en Omfortolkning af Forfatningen. Grundloven paabyder Indførelse af Nævninger i »Misgerningssager og i Sager, der rejser sig af politiske Lovovertrædelser«, men desuagtet har man efter 1945 afsagt talrige Dødsdomme i Misgerningssager og utallige Fængselsdomme for politiske Forbrydelser alene under Medvirkning af Meddomsmænd.

Nyordningen er næppe forfatningsstridig, men derfor kan man godt undre sig over den Nonchalance, hvormed Justitsministeren i 1945 behandlede ogsaa dette Spørgsmaal. Bemærkningerne til Lovforslaget omtaler overhovedet ikke, at der er et Problem.

Det brændende Spørgsmaal er paany, om man skal fortolke Forfatningen historisk korrekt eller kan tillade sig en friere Fortolkning. Troels G. Jørgensen har i 1930 forsøgt at give en mere omfattende Begrundelse for, hvorfor det i Dag er forfatningsmæssigt at afskaffe Nævningeinstitutionen og i Stedet lade ogsaa disse Sager behandle under Medvirkning af Meddomsmænd. Han hævder, at det ikke skulde være uforeneligt med Forfatningen, om man efter loyalt at have prøvet Nævningeinstitutionen i en Del Aar paany afskaffer den ved almindelig Lov uden formel Grundlovsændring, d. v. s. han læser § 72, Stk. 2, som om der var følgende Tilføjelse: »men de kan, dersom Erfaringerne bliver daarlige, igen afskaffes«. Denne Fortolkning forekommer noget søgt, og Konsekvenserne bliver betænkelige, for kan man frit supplere § 72, Stk. 2, paa denne Maade, kan man vel indfortolke den samme Reservation i Grundlovens øvrige Løfteparagraffer, som § 72, Stk. 1, § 89 o. s. v.. Jeg vil derfor foretrække Hurwitz' Omfortolkning, som maaske nok er mere haardhændet, men til Gengæld er mindre subtil. Hurwitz læser Grundloven, som om der ikke staar »Nævninger«, men i Stedet staar »Lægsmænd«. Det er historisk ukorrekt. Hurwitz anvender i Virkeligheden en Fiktion for at omfortolke Forfatningen. Gennemlæser man Forhandlingerne paa den grundlovgivende Rigsforsamling, kan der ikke være nogen Tvivl om, at det, man ønskede indført, var den engelsk-franske Jury. Efter indvundne uheldige Erfaringer har man imidlertid først ophævet den tidligere skarpe Ad-

skillelse mellem Nævningernes og Fagdommernes Funktioner for i 1945 helt at afskaffe Nævningebehandling af et stort Antal Misgerningssager og politiske Sager bl. a. ud fra den realistiske Betragtning, at Retsmaskineriet i modsat Fald vilde blive sprængt. Herefter maa der forfatningsmæssigt være fri Bane for en fuldstændig Afskaffelse af Nævningeinstitutionen til Fordel for Meddomsmandsinstitutionen³⁹).

Spørgsmaalet om, hvorvidt Loven af 1. Juni 1945 er forenelig med Grundlovens § 72, Stk. 2, har været berørt af den tidligere Ekspeditionssekretær Popp-Madsen under den mod ham rejste Straffesag. Efter Avisreferaterne at dømme vakte denne Indsigelse kun Munterhed i Landsretten, og Dommen gaar slet ikke ind paa Spørgsmaalet. At Domstolene vil opretholde Loven som forfatningsmæssig, turde være en given Ting, og man har i Loven af 1945 paany et Eksempel paa, at Praksis tilpasser Forfatningen gennem Fortolkning og ikke viger tilbage for at anvende en — nyttig — Fiktion.

Delegatus non delegare potest.

Bestemmelsen i Grundlovens § 2 har man i Teori og Praksis altid forstaaet saaledes, at den ikke er til Hinder for, at Lovgivningsmagten overlader til Administrationen at fastsætte de Detailbestemmelser, der er nødvendige til Gennemførelse af en Lov.

Omvendt er det en given Ting, at Forfatningen er til Hinder for, at Lovgivningsmagten overdrager hele sin Kompetence til en Diktator eller til Regeringen, for Forfatningen giver detaljerede Regler om Rigsdagen, som kommer til at svæve i Luften, om Lovgivningsmagten overføres til andre. Bestemmelser som Grundlovens §§ 47—48 er endvidere til Hinder for, at Rigsdagen fraskriver sig sin Bevillingsmyndighed paa anden Maade end ved Vedtagelsen af en midlertidig Bevillingslov. Hvad der i Teorien har givet Anledning til Tvivl, er de saakaldte partielle Bemyndigelseslove, hvor Lovgivningsmagten paa et begrænset Omraade midlertidigt overdrager Regelfastsættelsen til Administrationen uden at give anden Vejledning end den, der ligger i ret almindeligt holdte Vendinger.

Praksis har forlængst paa det erhvervsmæssige Omraade afundat sig med saadanne begrænsede Bemyndigelseslove. Saavel under den første som under den anden Verdenskrig er der blevet givet vidtstrakte Bemyndigelser til henholdsvis Indenrigsministe-

ren og Handelsministeren til at regulere Priser, give Regler om Im- og Eksport, Fordeling af Varer, udenlandske Tilgodehavender o. s. v., og for Tiden er det Forsyningsministeren, der er en Slags Diktator over det danske Erhvervsliv. Men Teorien (Berlin) hævder, at det er i Strid med Grundlovens § 2 at gennemføre saadanne ubestemte Bemyndigelseslove.

Efter de Synspunkter, som jeg har udviklet ovenfor, er det et tungtvejende Argument imod denne Lære, at man nu i to lange Perioder har administreret paa Grundlag af saadanne vide og ubestemte Bemyndigelseslove, *uden at der er nogen, der har forsøgt at faa disse Love tilsidesat ved Domstolene*. Det bedste Bevis for, at en Lov er i Overensstemmelse med Forfatningen, maa dog være dette, *at Loven gennem længere Tid har været accepteret som gældende Ret af dem, som skal lyde den*.

Der foreligger ogsaa en Højesteretsdom, som kunde tyde paa, at Højesteret ikke deler Teoriens Synspunkter, Dommen i U. f. R. 1941, S. 1076 om Mælkeordningen. Den Lov, der var rejst Spørgsmaal om at tilsidesætte, var Lov Nr. 415 af 5. August 1940 om Bybefolkningens Forsyning med Mælk og Fløde, hvorved Handelsministeren bemyndiges til administrativt at fastsætte visse Bestemmelser for Mælkehandelen, og Indsigelsen kom frem under en Straffesag. Højesteret tiltraadte Byrettens lakoniske Bemærkning om, at »der ikke kan gives Tiltalte Medhold i, at nævnte Lov skulde være stridende mod Grundloven«. Loven er en meget vidtgaaende Bemyndigelseslov, og der er ved denne Højesteretsdom i hvert Fald slaaet et stort Hul i Delegationslæren.

Hvis Grundlovens § 2 oprindeligt har skullet forstaas saaledes, at den indeholder et absolut Forbud mod Gennemførelse af partielle Bemyndigelseslove, saa vil Domstolene antagelig acceptere den Omfortolkning af Forfatningen til Nutidens Behov og Forestillinger, som Lovgivningsmagten har foretaget. Intet tyder paa, at Domstolene vil følge Teorien. Spørgsmaalet er, om Fortolkningen overhovedet er korrekt. Hvad er Grundlaget for denne Fortolkning?

Grundlaget er ikke Forhandlingerne paa den grundlovgivende Rigsforsamling. De giver, som Rasting har paavist, ingen Støtte for Berlins Lære⁴⁰). Heller ikke en realistisk Vurdering af Retslivets Behov, for ud fra dette Synspunkt kan man ikke skride til en Underkendelse af Augustloven af 1914. Der er simpelthen Tale om et Forsøg paa at presse en amerikansk Retsgrundsætning ind i

dansk Forfatningsret. Som en Konsekvens af den til Grundlovens § 2 svarende Forfatningsbestemmelse ser man i amerikansk Ret ofte opstillet en Grundsætning om, at »delegatus non delegare potest«, og det er denne Grundsætning, som Berlin anvender ved Fortolkningen af § 2.

Nu kan man først fremkomme med den Indvending, at det næppe gaar an til dansk Ret at overføre alle de Følgeslutninger, som man i amerikansk Ret drager af Magtfordelingslæren. Af de retsfilosofiske Frø, som Montesquieu saaede i 1748, er der kommet Retsprincipper, som i den praktiske Udførelse varierer en Del fra Land til Land, fordi den politiske og filosofiske Jordbund har været forskellig. Grundsætningen er ikke gennemført paa samme Maade i U. S. A., Frankrig og Danmark. Det er f. Eks. lidet tænkeligt, at den danske Højesteret vil underkende som stridende mod Magtfordelingslæren en Lov, der paalagde den at give Responsa om Loves Forfatningsmæssighed. U. S. A.s Højesteret har tilsidesat en saadan Lov og har ogsaa draget andre Konsekvenser, som man næppe vil acceptere i dansk Ret.

Undersøgelser, som nyere amerikansk Teori har foretaget, har derhos vist, at Grundsætningen »delegatus non delegare potest« formentlig kun ved en Misforstaaelse er blevet udvidet til at omfatte specielle Bemyndigelseslove. Den stammer fra Romerretten eller rettere fra Glossen til Justinians Kodifikation, hvor den handler om noget helt andet, nemlig *Delegation af Domsmyndighed*. Der findes i Justinians Kodifikation tre Bestemmelser om dette Spørgsmaal, som er samvist i Glossen: D. 1, 21, 5 pr., D. 2, 1, 5 og C. 3, 1, 5. Efter Titelloverskrifterne handler disse henholdsvis »De officio ejus, cui mandata est jurisdictio«, »De jurisdictione« og »De judiciis«. I det førstnævnte Digestfragment hedder det: »Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est«, d. v. s. det er klart, at man ikke kan overdrage en betroet Domsmyndighed til en anden, hvilket i Glossen Mandatam kommenteres saaledes: »Først siges det, at delegatus delegare non potest«. I Glossen More til D. 2, 1, 5 anføres det, at »delegatus ab alio delegare non potest«, og i Glossen A principe til C. 3, 1, 5 hedder det: »sed videtur, quod nullus delegatus possit delegare«.

Fra Romerretten er denne Sætning gaet over i Bractons og Cokes Bøger. Hos Bracton handler den stadig kun om jurisdictio, og den kan læses paa samme Maade hos Coke, men den kan ogsaa

tydes som en almindelig Retsgrundsætning, der gælder al Statsmyndighed, og paa denne Maade synes den opfattet af John Locke, naar han i Slutningen af det 17. Aarhundrede skriver følgende i »Two Treatises of Government«: »Lovgivningsmagten kan ikke overføre Kompetencen til at give Love til nogen anden, for der er kun Tale om en Competence, som er delegeret fra Folket, og de, som er Indehavere af denne Competence, kan ikke overdrage den til andre. . . . Da Lovgivningsmagtens Competence afledes fra Folket ved en positiv, frivillig Overdragelse og Fastsættelse, kan den ikke have andet Indhold, end denne positive Overdragelse gav Udtryk for, nemlig *at give Love og ikke at give Lovgivere*. Lovgivningsmagten har derfor ingen Competence til at overdrage sin Competence til at lave Love og placere den paa andre Hænder⁴¹).«

Hvor langt disse Betragtninger, som kun er politisk Filosofi, rækker, er uklart, men det kan heller ikke have større Interesse i dansk Ret. Hvad en engelsk Filosof har udviklet i Slutningen af det 17. Aarhundrede paa Grundlag af en Misforstaaelse af en gammel Glossator doktrin, vil næppe nogen forsøge at anvende ved Fortolkningen af den danske Grundlovs § 2, naar han er klar over den nærmere Sammenhæng.

Endvidere synes Grundsætningen at være blevet modificeret i nyere amerikansk Ret. Da Berlin første Gang forsøgte at presse »delegatus non delegare potest« ind i Grundlovens § 2, var det ikke helt klart, hvilken Rækkevidde Sætningen havde i amerikansk Ret, naar der var Tale om Delegation af Lovgivningsmyndighed, men i 1935 blev der afsagt to Domme, hvori Højesteret anvendte Synspunktet. Højesteret underkendte (i henholdsvis »hot oil« og »sick chickens« Sagerne) Hovedbestemmelserne i N. I. R. A. ved Hjælp af Delegationslæren. Det anførtes i Dommene, at der forelaa en altfor ubestemt Delegation af Lovgivningsmyndighed. Senere synes Højesteret imidlertid at have modereret dette Synspunkt i Boston Mælkesagen, selv om Retten ikke udtrykkeligt har overruled 1935-Afgørelserne. Her blev en Landbrugslov fra 1937 opretholdt som forfatningsmæssig, skønt der forelaa en vid og ret ubestemt Delegation af Lovgivningsmyndighed til Landbrugsministeren. At der herved i Realiteten blev foretaget en Overruling af 1935-Afgørelserne, fremgaar af en Dissens i Sagen fra 3 Dommere, som vilde tilsidesætte Loven af 1937 som forfatningsstridig med den gamle Begrundelse »gyldig Delegation er begrænset til Udførelse af en

Lov«. I Dissensen anføres det, at Flertallet har forladt den gamle Linje, og et bedre Bevis for, at Højesteret har ændret Praksis, end disse tre Dommeres Attestation, kan man næppe faa⁴²).

Konsekvensen af de anførte Betragtninger er, at dansk Teori i hvert Fald maa opgive den nuværende stive Lære. Om man kan opretholde noget af Læren ud fra realistiske Overvejelser, har ikke saa stor Interesse. Den tænkte Situation: Lovgivningsmagtens umotiverede og vilkaarlige Overdragelse til Administrationen af Lovgivningsmyndighed paa store og ubestemte Retsomraader vil under normale politiske Forhold ikke komme til at foreligge. Og Værnet mod Kupmagere skal hverken i denne eller andre Situationer søges i forfatningsretlige Doktriner eller Domstolenes Afgørelser, men i Produktions- og Generalstrejke og i yderste Fald i Maskepistoler.

Ejendomsrettens Beskyttelse.

Hovedsynspunktet ved Fortolkningen af Grundlovens § 80 maa som ved Fortolkningen af andre Forfatningsbestemmelser være dette, at der er en Formodning for, at de almindelige Synspunkter, som Lovgivningsmagten har fulgt ved Gennemførelsen af Ejendomsretten vedrørende Love, stemmer med § 80⁴³). Denne Formodning bestyrkes, naar der er Tale om Love, som har været praktiseret gennem nogen Tid, uden at Borgerne har forsøgt ved Domstolene at faa dem tilsidesat som forfatningsstridige.

Nærmer man sig § 80 fra denne Synsvinkel, bliver det nødvendigt at revidere den traditionelle Fortolkning i flere Henseender. Den er, selv efter den Revision, som Vinding Kruse har foretaget i 2. Udgave af Ejendomsretten for at justificere nyere Love som Byggelinjeloven af 1928, Byplanloven af 1938, Københavns Byggeslov af 1939 og Saneringsloven fra samme Aar⁴⁴), for unuanceret til at lade enkelte ældre Love, hvis Forfatningsmæssighed vanskeligt lader sig bestride, passere, og paa den anden Side indeholdes der i den nyere Lovgivning Bestemmelser, der viser, at Vinding Kruse har været plus royal que le roi i sin Omfortolkning.

Vinding Kruse har opstillet den Regel, at *Fratagelse af Ejendoms-goder i Tilintetgørelshensigt og Paabud om Tilintetgørelse er Afstaaelse i § 80's Forstand*, hvorfor der skal betales fuld Erstatning af det offentlige. Begrundelsen er sproglig-logiske Over-

vejelser over § 80's Rækkevidde og en Henviſning til Retsfølelsen og Sagens Natur¹⁵). En Analyse af Lovgivningen viser, at denne Regel gaar alt for vidt og medfører Erstatningspligt i en Række Tilfælde, hvor der efter Loven enten slet ikke gives Erstatning eller kun gives Erstatning efter et Billighedssynspunkt.

Den praktiske Situation indenfor denne Gruppe Indgreb er det Tilfælde, at en Ting tilintetgøres eller paabydes tilintetgjort, fordi den direkte eller indirekte frembyder Fare for andres Retsgoder. Man kender enkeltstaaende Eksempler paa Tilintetgørelsespaabud ud fra et andet Synspunkt, nemlig Tilintetgørelse for at hæve Prisen paa en Vare, hvoraf der er Overflod, men det praktiske Hovedtilfælde er Tilintetgørelse af farlige Ting. Indenfor denne Gruppe kan man sondre mellem følgende typiske Situationer:

- 1) Nedrivning af Bygninger og lign., der brænder eller truer med at styrte sammen eller falde ned.
- 2) Nedrivning af truede Bygninger for at hindre omfattende Ildsvaade.
- 3) Tilintetgørelse af Dyr og Planter, som er angrebet af smitsomme Sygdomme, for at hindre Udbredelse.
- 4) Tilintetgørelse af Smittespredere.

Situation 1 frembyder ingen Tvivl. Der gives ingen Erstatning af det offentlige, hvilket i Nedrivningssituationen er forudsat i Politivedtægterne (jfr. Københavns Politivedtægt 1. Marts 1913, § 25), og i Ildebrandssituationen følger af Forholdets Natur. Ingen ved Domstolene faaet Medhold i den Betragtning, at det offentlige i denne Situation skal betale Erstatning efter § 80.

Men ogsaa Situation 2 maa efter Lovgivning og Praxis holdes udenfor Afstaaelsestilfældene i § 80. Der findes saavel i den for Landet som i de for København og Købstæderne gældende Brandlove omtrent enslydende Bestemmelser, der saa vidt ses første Gang er blevet klart formuleret i den ældre Lov af 2. Marts 1861 om Brandpoliti paa Landet § 42, hvorefter ingen kan modsætte sig, at en ham tilhørende Bygning nedrives, naar det er nødvendigt for at standse en Ildebrands Udbredelse. »Den saaledes i Brandpolitiets Tjeneste tilføjede Skade betragtes som Brandskade.«

Bestemmelsen maa forstaas saaledes, at Tabet, hvis Bygningen er brandforsikret, skal erstattes af Selskabet, medens det, hvis Bygningen er uforsikret, som al anden Brandskade maa bæres af Eje-

ren. Det kan hverken i den første eller den anden Situation væltes over paa det offentlige. Rigtigheden af denne Fortolkning, som stemmer med administrativ Praksis, fremgaar af en Slutning fra de Bestemmelser i Brandlovgivningen, der *ud fra et Billighedssynspunkt* giver Erstatning fra det offentlige for Skade, som Brandvæsenet ved Sluknings- og Redningsforanstaltninger tilføjer paa Marker og Haver, Afgrøder og levende Hegn, og den har sikker Støtte i Motiverne til disse Love, hvor Justitsministeriet som sin Opfattelse gør gældende, at der ikke tilkommer Borgerne noget Retskrav paa at faa Erstatning for den Skade, som tilføjes dem ved Brandvæsenets Sluknings- og Redningsforanstaltninger, og at *Erstatningspligten navnlig ikke flyder af Grundlovens § 80*. Til Støtte for denne Fortolkning af § 80 henviser Justitsministeriet til, at Domstolene har anerkendt Betragtningen⁴⁶).

Brandlovgivningen er administreret i Overensstemmelse med disse Synspunkter i mere end trekvart Aarhundrede, og man kan næppe erklære denne Lovgivning for forfatningsstridig i denne Henseende ud fra sproglig-logiske Betragtninger over § 80's Rækkevidde, Retsfølelsen og Sagens Natur. Der foreligger en Fejlfortolkning af § 80⁴⁷), hvilket yderligere bestyrkes, naar man undersøger Situation 3. For heller ikke her føres Tilfældene ind under § 80's Afstaaelsesbegreb.

Dette er forlængst sandsynliggjort af Troels G. Jørgensen, og det var ikke nødvendigt at uddybe Kritikken, om ikke saavel Forfatnings- som Tingsretsteorien stædigt holder fast ved en Fejlfortolkning⁴⁸), som Matzen har slaaet ind paa. Matzen hævder, at der foreligger et Afstaaelsestilfælde. Lovgivningsmagtens Vurdering er en anden. Dette er vel ikke udtalt i Lovmotiver fra Landbrugsministeriets Side. Forholdet til § 80 drøftes ikke. Men det følger af en Række Bestemmelser, at den Erstatning, der som Regel betales i denne Situation, er en ren Billighedserstatning og ingen § 80 Erstatning.

I visse Tilfælde betales der slet ingen Erstatning, hvilket efter den ovenfor omtalte Vurdering af Tilintetgørelsessituationen skulde være forfatningsstridigt. Dersom der i en Hundekennel konstateres Hundegalskab, kan Ejeren risikere, at det offentlige forlanger de af Sygdommen angrebne Hunde slaaet ned. Ifølge en i Lovgivningen direkte udtrykt Grundsætning, der stammer fra 1857, betaler det offentlige *ikke* Erstatning. Ejeren maa selv bære det Tab, som

han lider ved, at angrebne Hunde, som maaske kunde komme over Sygdommen, beordres slaaet ned, og dette Tab kan være stort, dersom der er Tale om kostbare Avlsdyr⁴⁹). Og hvis der hos en Biavler konstateres Bipest i Staderne, vil han blive stillet overfor et Krav om Udryddelse af alle de inficerede Bifamilier. Efter en fra den første Bipestlov af 1908 stammende, senere fastholdt Grundsætning gives der heller ikke her Erstatning af det offentlige. Vedkommende Biavler kan blive ruineret⁵⁰).

Derimod betales der normalt Erstatning, naar der er Tale om at slaa Heste og Kreaturer ned i Henhold til Lovgivningen om Husdyrsygdomme, men der betales ikke altid fuld Erstatning, hvilket viser, at der kun er Tale om en Billighedserstatning og ikke om en § 80 Erstatning. Eksempler herpaa er fremdraget af Troels G. Jørgensen saavel fra den ældre som fra den nugældende Lovgivning. Dersom en Ko, maaske en værdifuld Præmieko, angribes af Bør- eller Yvertuberkulose, skal den uden Hensyn til, om der kun foreligger et lettere Tilfælde, der maaske kunde helbredes, ubetinget slaas ned, og det offentlige betaler da en Erstatning. I værste Fald, d: hvis Kødet ikke kan anvendes til Menneskeføde, faar Ejeren i Erstatning $\frac{5}{6}$ af den Værdi, som Kroppen vilde have haft, saafremt den kunde være blevet godkendt til Menneskeføde, beregnet efter Prisen for ældre Køer af ringere Kvalitet. Ejeren lider altid et stort Tab. Han mister en Ko, der i visse Tilfælde stadig kunde producere Kalve eller give Mælk, og faar i Stedet Erstatning beregnet efter Slagteværdi, og det vil i visse Tilfælde sige som for en gammel Pøseko. Dette er ikke en Erstatning, der tilfredsstiller § 80, men Ejeren har heller ikke et af § 80 beskyttet Krav. Man er helt udenfor den typiske Ekspropriationssituation.

Fra ældre Ret kan nævnes Loven af 29. Decb. 1857, § 8, hvorefter en Hest, der var angrebet af Snive, skulde slaas ned, skønt Sygdommen efter Lovmotiverne ansaas for helbredelig. Den Erstatning, som det offentlige betalte, skulde andrage Halvdelen af Hestens Værdi ved Nedslagningen, takseret ud fra den Forudsætning, at Hesten var rask. Nu betales der i denne Situation en Erstatning, der tilfredsstiller § 80, ligesom der ved de andre i Loven af 1920 omhandlede Husdyrsygdomme i Nedslagningssituationen betales fuld Erstatning, naar bortses fra Hunde og Katte, der er angrebet af Hundegalskab. Dette er ikke Udtryk for, at man henfører Situationen under § 80. Forklaringen maa søges i Billigheds-

betragtninger. Flertallet paa Rigsdagen, der i et Landbrugsland som Danmark som Regel er agrarvenligt, har anset det for retfærdigt, at der i de almindelige Tilfælde betales fuld Erstatning. Hvis Biavlere og Hundeholdere politisk betød noget, blev der nok gennemført en Ændring af Reglerne om Bipest og Hundegalskab saaledes, at der ogsaa her blev givet fuld Erstatning⁵¹).

Situation 4 er formentlig, naar den skal bedømmes efter Lovgivningens Forudsætninger, den mest tvivlsomme. Troels G. Jørgensen vil holde ogsaa dette Tilfælde udenfor § 80, og jeg er ikke tilbøjelig til at tro, at denne Fortolkning er den mest rationelle. Berberisloven af 1903 henhører til denne Gruppe, og der blev i 1903 ikke givet Erstatning for Tab, som fulgte af Forbuddet mod Berberis. I Almindelighed var Tabet saa ringe, at Tilfældet kan betragtes som en i kvantitative Betragtninger begrundet Undtagelse fra § 80, men der kunde tænkes Tilfælde, hvor en Planteskoleejer led et ikke ubetydeligt Tab. Desuagtet fik han ikke Erstatning. Efter den nugældende Husdyrlovgivning kan Landbrugsministeren, saafremt der i en Kreaturbesætning konstateres blot eet Tilfælde af f. Eks. Mund- og Klovsyge, beordre hele Besætningen slaaet ned, men der betales da fuld Erstatning. Og da det i et Landbrugsland, hvor Landbrugerne har stor politisk Indflydelse, er lidet tænkeligt, at der kan gennemføres en anden Ordning, er det en rent akademisk Diskussion, om den fulde Erstatning, der betales, er en § 80 Erstatning eller en Billighedserstatning. Tilsvarende gælder Tilintetgørelse af Afgrøder for at udrydde visse farlige Plantesygdomme⁵²).

Resultatet af disse Betragtninger er, at Fortolkningen af § 80 falder forskelligt ud, alt eftersom man nærmer sig Bestemmelsen efter en Analyse af Lovgivningen og dens Forudsætninger eller ud fra en forudfattet traditionel Anskuelse. Løsningen bliver, hvis man gaar ud fra, at Lovgivningen stemmer med § 80, den stik modsatte af herskende Læres, naar der er Tale om Tilintetgørelse af farlige Ting i Retsbeskyttelsesøjemed.

Et andet Eksempel paa haardhændet dogmatisk Fortolkning af § 80 er Lovbestemmelserne om Afgivelse af Vejmaterialer. Der findes i Lovgivningen en Række Regler om, at det offentlige har Ret til at tilegne sig Vejmaterialer, uden at der skal betales andet end en Billighedserstatning. Grundsætningen har fundet Udtryk i den gamle Vejforordning af 13. Decb. 1793, § 16, i Jernbaneforordningen af 5. Marts 1845, § 3, og endnu efter Grundlovens Gennem-

førelse i en Lov af 15. Maj 1868 om vederlagsfri Afgivelse af Grus m. m. til Jernbaneanlægs Vedligeholdelse. I Slutningen af det 19. Aarhundrede kom man imidlertid i Indenrigsministeriet i Tvivl om, hvorvidt Ordningen er helt forenelig med § 80. Aarsagen til disse Overvejelser var et i Folketinget i Samlingen 1897—98 fra privat Side indbragt Forslag til Lov om Ekspropriation af Vejmaterialer til Bivejes Anlæg og Vedligeholdelse, der foranledigede, at Indenrigsministeren i Samlingen 1898—99 fremsatte et noget lignende Lovforslag. I Motiverne til dette bemærkes det om Reglen i Vejforordningens § 16, at Reglen »skriver sig fra en Tid, da Materialet ansaaes for i det væsentlige at være uden Værdi. Men i Nutiden, hvor økonomiske Værdier udnyttes i langt højere Grad end paa hiin Tid, virker den uretfærdig, ligesom den maa erkendes at være lidet stemmende med Grundsætningen i Grundlovens § 82 (o: nu § 80)«⁵³).

Administrationen udtrykte altsaa en vis Tvivl om Grundsætningens Forfatningsmæssighed, og denne Tvivl blev gentaget S. 48 i en i 1941 af Trafikministeriets Vejudvalg afgivet Betænkning. I nyere Teori er Tvivlen blevet til Vished, Bestemmelsen erklæres for forfatningsstridig⁵⁴).

Naar en Lovbestemmelse har været praktiseret saa længe uden at være blevet kendt forfatningsstridig, vil det formentlig og bør det ogsaa være vanskeligt at faa Domstolene til at gaa med til at underkende den. Beskyttelsen for Borgerne maa søges tilvejebragt paa anden Maade, og i denne Sammenhæng kan man pege paa, at det stedse har været forudsat, at Retten til at tage Vejmaterialer er en *uskadelig* Benyttelsesret. Herom foreligger der klare Udtalelser fra 1830 og til 1941⁵⁵). Retten har sine begrænsede Forudsætninger, og hvis Administrationen tilsidesætter disse f. Eks. ved at stille Krav om Leverancer fra et Grusleje, der er Genstand for erhvervsmæssig Udnyttelse, maa der betales fuld Erstatning efter Ekspropriationssynspunktet. Man er helt udenfor Lovreglernes Omraade.

Disse Betragtninger har med Held været gjort gældende overfor Centraladministrationen i en fornylig afsluttet Sag. I Henhold til Loven af 17. April 1941 om Anlæg af en Motorvej fra Rødby Havn til Storstrømsbroen havde Teknisk Central forlangt Afgivelse af Vejmaterialer fra en under Grevskabet Hardenberg hørende Grusgrav, Maltrup Grusgrav, efter Reglerne i Frd. 1845, og fra

Centralens Side blev der fremsat Tilbud om Ydelse af en ubetydelig Billighedserstatning. Nu er Grus en sjælden Vare paa det fede Lolland, og Grusgraven var bortforpagtet til et Selskab mod Betaling af Afgifter, der langt oversteg den Erstatning, som Teknisk Central tilbød paa Statens Vegne. Tilbuddet blev afvist, og der blev truffet Forberedelse til et Sagsanlæg mod Statskassen, men Sagen bortfaldt, efter at Trafikministeriet i en Skrivelse af 13. Jan. 1944 havde desavoueret Teknisk Central gennem en Erklæring om, at der til sin Tid »vilde blive ydet fuld Erstatning efter Reglerne i Grundlovens § 80 for det i Anledning af Motorvejsanlægget bortfjernede Vejmateriale m. v.« Ved Taksationskommissionens senere Opgørelse blev der loyalt givet fuld Erstatning til Godset, beregnet paa Grundlag af Handelspriser og med Fradrag paa Grund af Mængden af det leverede Kvantum og Fordelen ved at faa hele Beløbet udbetalt straks.

Gennem denne Afgørelse er der skabt et administrativt Præcedens for, at Grundsætningen i Vejforordningens § 16 og de senere Love har visse begrænsende Forudsætninger, men der er næppe noget Grundlag for at erklære Bestemmelserne i deres Helhed for forfatningsstridige. De benyttes endnu af og til, men som Hovedregel køber Kommunerne nu Vejmateriale hos dem, der driver Grusgrave, fordi dette gennemgaaende er den billigste Ordning.

Ved den Omfortolkning af § 80, som Vinding Kruse har foretaget, er der altsaa, bedømt ud fra Lovgivningen og dennes Forudsætninger, paa den ene Side givet Lovgivningsmagten for lidt Spille- rum, naar Talen er om Tilintetgørelse af farlige Ting i Retsbeskyttelsesøjemed, og der er gaaet for haardt frem mod de gamle Regler om Afgivelse af Vejmateriale. Paa den anden Side har Vinding Kruse givet Lovgivningsmagten langt større Tumbleplads, end den selv mener at have Krav paa efter § 80, gennem den Omfortolkning, som han foretager for at give den forfatningsmæssige Justifikation af Byggelinjeloven, Byplanloven, Københavns Byggelov og Sane- ringsloven.

Efter Vinding Kruse maa man ved Fortolkningen af § 80 son- dre mellem I) Fratagelse af Ejendoms-goder for at overføre dem til andre eller tilintetgøre dem, II) Tilfælde, hvor selve Genstanden ikke berøves Borgerne, men hvor en af Ejerbeføjelserne efter selve sit Indhold overføres til andre, og III) Tilfælde, hvor hverken Ejen- domsgodet eller enkelte Beføjelser overføres, men hvor Retsordenen

bestemmer, at en af Ejerbeføjelserne ikke maa udøves paa en eller anden særlig Maade, idet Loven af Samfundshensyn sætter visse Grænser for Individets Udøvelse af Beføjelserne.

Meningen hermed synes at være, at det offentlige erstatningsfrit kan begrænse en Ejers Raadighed over sin Ejendom, selv om Begrænsningen ikke sker ved Loven, men ved Forvaltningsakt \varnothing : konkret og ikke abstrakt, naar den blot foretages af Samfundshensyn. Dette er Tilfældet, naar der er Tale om en sundhedsmæssig, trafikmæssig eller æstetisk Regulering af Bebyggelse og Bevoksning efter en bestemt Plan, men ikke, naar Begrænsningen sker ud fra privatøkonomiske, partipolitiske, vilkaarlige af personlig Sympati eller Antipati baarne Grunde. Det er Magtfordrejningslæren, der rekrutteres til⁵⁶).

Hvis der f. Eks. er Tale om ved Forvaltningsakt at paalægge fast Ejendom, der ligger ved Vejkryds eller Vejsving, Tilstandsservitutter om Bebyggelse og Beplantning, skulde dette efter denne Tolkning af § 80 kunne ske uden Erstatning. Servitutpaalægget gennemføres efter en bestemt Plan og er motiveret af trafikmæssige Hensyn. Denne Tankegang stemmer imidlertid slet ikke med de herhenhørende Lovbestemmelser. Efter § 7 i Lov Nr. 28 af 1. Febr. 1930 kan de kommunale Myndigheder, hvor dette er nødvendigt af Hensyn til farlige Vejkryds og Vejsving, ved *Ekspropriation* paalægge dels Servitutter, hvorved Bebyggelse forbydes, dels Servitutter om Hegn, Beplantning, Skure o. lign. (Forbud eller Højdebegrænsning)⁵⁷).

Lovgivningsmagten er altsaa gaaet ud fra, at der her foreligger et Afstaaelsestilfælde, idet Raadighedsbegrænsningen kun kan gennemføres ved Ekspropriation mod fuldstændig Erstatning. Tilsvarende Forudsætning findes i andre Lovbestemmelser og i Lovmotive. Naar Vinding Kruse f. Eks. anfører, at der ikke gives nogen Erstatning efter § 80 ved Indgrebene efter Byplanloven af 1938, er dette ikke rigtigt. Der gives Erstatning i visse Tilfælde, hvor Raadighedsbegrænsningen har meget vidtgaende Virkninger, og dette forudsættes at være en nødvendig Følge af § 80. Bestemmelser herom indeholdes i Byplanlovens § 15, hvorefter der kan kræves Erstatning for paaviselige Tab, naar den bebyggelige Del af en Ejendom som Følge af de i en By- eller Markplan indeholdte Vej- eller Byggelinjer bliver saa lille eller saaledes beskaffen, at den ikke hensigtsmæssigt kan anvendes til Bebyggelse, jfr. den tilsva-

rende Regel i Byggelinjelovens § 2, Stk. 5, der efter Byplanlovens Motiver har været Forbilledet. At man herved har forudsat, at Erstatningspligten var en Følge af § 80, fremgaar af Motiverne til Byplanloven, hvor det bemærkes, at man i Forslaget alene har »foreskrevet Regler for Erstatning i Tilfælde af *egentlig Ejendomsafstaaelse* i Henhold til Loven«. Lovens § 15 skal følgelig forstaas saaledes, at der gives en § 80 Erstatning og ikke en Billigheds-erstatning.

Dette Synspunkt, som vel kan karakteriseres saaledes, at en Raadighedsbegrænsning kan være saa vidtgaaende i sine Virkninger, at den i Relation til § 80 maa sidestilles med Overførelsestilfælde, er endelig lagt til Grund for Lov Nr. 411 af 12. Juli 1946 om Sikring af Indflyvningen til offentlige Lufthavne og Landingspladser. Efter denne Lov skal der for enhver offentlig Lufthavn og Landingsplads tilvejebringes en af Ministeriet for offentlige Arbejder godkendt Plan, der viser, hvorledes Indflyvningen skal sikres bl. a. gennem Højdebegrænsninger med Hensyn til Bebyggelse, Beplantning, Master og andre Luftfartshindringer. Naar disse Raadighedsbegrænsninger er vidtgaaende, idet de gaar ud paa, at Luftfartshindringer højst maa være indtil 25 m over Terræn — en lovteknisk utilfredsstillende Formulering, fordi Grænsen indenfor de 25 m varierer efter Afstanden fra Lufthavnen —, skal Indflyvningen sikres ved Servitutpaalæg, *der gennemføres ved Ekspropriation*. Er der kun Tale om en Højdebegrænsning paa 25 m eller derover, betragtes Indgrebet ikke som Afstaaelse af Ejendomsret, og der gives ingen Erstatning, Lovens §§ 2—4.

Denne Afgrænsning i Loven mellem Raadighedsbegrænsninger, som maa anses for Afstaaelsestilfælde i § 80's Forstand, og erstatningsfri Raadighedsbegrænsninger, er sket efter nøje forudgaaende Overvejelser i et sagkyndigt Udvalg, og Kontinuiteten mellem Indflyvningsloven og de fire tidligere nævnte Love: Byggelinjeloven, Byplanloven, Københavns Byggelov og Saneringsloven var sikret derigennem, at den Tjenestemand i Indenrigsministeriet, som var med ved Udarbejdelsen af disse Love, var Medlem af det Udvalg, der udarbejdede Forslaget. I »Betænkning afgivet af Udvalget angaaende Sikring af Indflyvningen til Lufthavne« (1943) S. 11—16, 26—27 og 29—30 findes der en udførlig Drøftelse af Forholdet til § 80. Det anføres endvidere S. 6, 12—13 og 18, at Sikringen fra 1942 af Indflyvningen til Københavns Lufthavn i Kastrup er sket ved

Paalæg af Servitutter mod Bebyggelse m. v. af en Højde af indtil 25 m i Henhold til Bestemmelsen i Luftfartslovens § 50 (Lovbkg. 6. Aug. 1937) »formentlig ud fra den Betragtning, at der ved Paalæg af Servitutter i indtil denne Højde vil kunne tales om *Indgreb i Ejendomsretten af en saadan Art, at de i Henhold til Grundlovens § 80 kun bør kunne ske ved Ekspropriation og mod fuld Erstatning.*«

Vinding Kruses Fortolkning af § 80 er altsaa, saafremt man gaar ud fra de Principper, der er lagt til Grund for en Række nyere Love, ogsaa i denne Henseende alt for grov og omtrentlig. Den giver ikke noget sandt Billede af, hvor langt Administration og Lovgivningsmagt i Dag mener at kunne gaa i Retning af konkrete Raadighedsbegrænsninger, gennemført af trafikale og byplanmæssige Hensyn uden at kollidere med § 80. Lovgivningsmagten gaar ud fra, at Raadighedsbegrænsninger i mange Tilfælde kan være saa vidtgaaende i deres Virkninger, at der bliver Tale om et Tilfælde, som maa henføres under Afstaaelsesbegrebet i § 80, og der gives i Lovene nærmere Regler om, hvornaar man skal behandle Tilfælde som faldende indenfor og hvornaar som faldende udenfor § 80's Erstatningsregel.

Gennemføres Raadighedsbegrænsninger derimod af sundhedsmæssige Hensyn, anlægges der helt andre Betragtninger paa § 80's Fortolkning, formentlig med Rette. Efter § 12, Stk. 2, i Københavns Byggelov af 1939, der kan udvides til andre Kommuner, kan Kommunalbestyrelsen under visse Betingelser bestemme, at der overhovedet ikke maa bygges paa sumpede Arealer, og der gives her ingen Erstatning, hvilket harmonerer med det tidligere anførte om, at Tilintetgørelsespaabud i Retsbeskyttelsesøjemed overfor farlige Ting ikke giver Krav paa Erstatning efter § 80. Til denne Gruppe maa henføres Saneringsloven af 1939, hvor ogsaa brandmæssige Hensyn spiller ind.

Spørgsmaalet, om den Erstatning, der betales ved status quo Fredning efter § 14 i Naturfredningsloven af 1937, er en Billigheds-erstatning eller en § 80 Erstatning, har længe givet Anledning til Diskussion. Senest har Illum belyst det. Efter de Synspunkter, der er lagt til Grund for de ovenfor omtalte nyere Love, maa man i hvert Fald kunne hævde, at konkret Gennemførelse af Byggeforbud paa Arealer, som er tjenlige til Bebyggelse, efter § 80 kun kan ske mod fuld Erstatning. Om man kan gaa videre, er tvivlsomt⁵⁸).

Dersom man herefter skal forsøge at opstille en Fortolkning

af § 80, der kan justificere alle de omtalte Love, som nu til dels har været anvendt i et ikke ubetydeligt Tidsrum, maa denne nødvendigvis blive vag. § 80 har gennem Bemærkningernes Kortfattedhed og Anvendelsen af ubestemte og elastiske Begreber ladet saa meget staa aabent, at der er Mulighed for ad Lovgivningsvejen at omfortolke den, saa den tilpasses til Nutidens Forestillingskreds. Det er det, der er sket, siden man i Slutningen af 1920'erne gennemførte Byggelinjelovent. Nogle af de Erstatningsregler, som findes i disse nyere Love, er affattet saa groft og uden Forsøg paa at faa dem til at harmonere med andre Love af nyere Dato, at de maa kunne tilpasses gennem Fortolkning. Dette gælder især Bestemmelserne i Byplanlovens §§ 14—15.

Saa længe man kun arbejder med typiske Situationer, ligger Fortolkningen af § 80 ret fast. Bestemmelsen har direkte for Øje den klassiske Ekspropriationssituation: Afgivelse af Jord til offentlig Brug, og efter almindelig Formaalsfortolkning og Fortolkning ud fra Lovgivningens Forudsætninger kan man holde udenfor:

- 1) Ejendomsafstaaelse i Form af Beskatning.
- 2) Ejendomsafstaaelse som Straf eller anden Retsfølge af en strafbar Handling (Bøde og Konfiskation).
- 3) Ejendomsafstaaelse som Følge af Regler, der afgrænser Borgernes indbyrdes Formuesfæerer (Hævd, Forældelse, Prækclusion, Tvangsakkord, Moratorier o. s. v.).
- 4) Tilintetgørelse af Ting, som umiddelbart frembyder Fare for andres Retsgoder.
- 5) Tilintetgørelse af Ting i Krigssituationer af militære Hensyn.
- 6) Privates Nødret.
- 7) Abstrakte Raadighedsbegrænsninger.

Hvor langt disse Undtagelser fra § 80 rækker, kan imidlertid være vanskeligt at afgøre, naar man gaar udenfor den typiske Situation. Der findes mellem de Situationer, der typisk omfattes af § 80, og dem, der typisk falder udenfor, en Række vage Overgange, hvis Bedømmelse kan diskuteres. Som Eksempler herpaa er tidligere nævnt Tilintetgørelse af Ting for at hæve Prisen paa en bestemt Vare (Kreaturer) og Tilintetgørelse af en hel Kreaturbesæt-

ning, naar et enkelt Dyr er angrebet af en meget smittefarlig Sygdom, for at hindre Epizooti. Tvivlsomt er det formentlig ogsaa, i hvilket Omfang Militæret under Krig erstatningsfrit kan rekvirere Transportmidler. Selv Undtagelsen Beskatning kan være vanskelig at afgrænse. Reglerne om Pligtaflevering af Tryksager efter Loven af 1. Juli 1927 henføres saaledes af Troels G. Jørgensen til denne Gruppe⁵⁹). Denne Subsumption er meget usikker. Særskatter kan forøges, men man vilde vel næppe anse det for foreneligt med § 80, om man udvidede Afleveringspligten til at omfatte Aflevering til Landets Kommunebiblioteker? At Reglerne i den Skikkelse, de nu har, stemmer med § 80, er en Følge af, at de med en ubetydelig Ændring af Afleveringspligtens Omfang har været praktiseret, saa længe vi har haft Grundsætningen i § 80, jfr. Frd. 20. Jan. 1832. Begrundelsen af denne Begrænsning af § 80 kan derfor formelt gives ud fra Sædvaneretssynspunktet og reelt maaske ved en Henvisning til, at der fra et kvantitativt Synspunkt foreligger en ubetydelig Byrde.

Naar man derefter kommer til to andre Grupper:

8) konkrete Raadighedsbegrænsninger og

9) Indrømmelse af begrænsede Raadighedsrettigheder,

bliver det endnu vanskeligere at finde frem til skarpe og klare Hovedsynspunkter. Konkrete Raadighedsbegrænsninger (∴ gennemført ved Forvaltningsakt) foretaget af sundhedsmæssige og brandmæssige Hensyn synes efter den gældende Lovgivning ikke at kunne betragtes som en Ejendomsafstaaelse, der begrunder Erstatning efter § 80, hvorimod der, naar Begrænsningen sker ud fra trafikale, byplanmæssige og æstetiske Hensyn, tillige tages Hensyn til, hvor vidtrækkende Virkninger Indgrebet har. I Princippet gaar Lovgivningen endvidere ud fra, at Indrømmelse af begrænsede Raadighedsrettigheder over fast Ejendom, der ikke sker efter Hævdssynspunktet, er et Afstaaelsestilfælde, men ogsaa her findes der Undtagelser ud fra Synspunktet uskadelig Benyttelsesret (Vejmaterialer, Strandfærdsel).

Afgørelsen af, om et Ejendomsindgreb falder indenfor eller udenfor § 80, afhænger saaledes af en Vurdering af Forholdet mellem følgende fire Faktorer:

1) Form (abstrakt, konkret),

2) Indhold (Overførelse, Tilintetgørelse, Raadighedsbegrænsning),

3) Begrundelse (Interesse, causa),

4) Virkninger (kvantitative Betragtninger),

og naar der i Teorien gives forskellige Fortolkninger af § 80, beror det i nogen Grad paa, at der tillægges disse Faktorer forskellig Vægt.

Det, der er karakteristisk for Knoph—Illums Fortolkning af Forfatningernes Ejendomsretsparagraf, er, at de ved at henføre Bestemmelserne til Standardgruppen gør Afstaaelsesbegrebet mere flydende end andre Forfattere. Efter at have diskuteret tidligere Løsningsforsøg og undersøgt Lovgivningen ender Illum med at opstille den Regel, at der foreligger Ekspropriation, hvor et Ejendomsindgreb uden Erstatning vilde indeholde en ubillig Tilsidesættelse af Hensynet til Ejendomsrettens Betyggelse.

Som man kunde vente, har der været fremsat Kritik mod denne Udformning ud fra det Synspunkt, at Formuleringen er alt for vag. Efter min Opfattelse er det netop Knoph—Illums Fortjeneste at have dokumenteret, at det ikke er muligt at give en skarp og mekanisk Fortolkning af § 80. Om nogen Bestemmelse i Forfatningen maa fortolkes elastisk, er det denne Paragraf⁶⁰). Efter de Synspunkter, jeg har udledt af Forfatningsudviklingen, drager jeg imidlertid af Standardsynspunktet een Slutning, som Illum synes noget utilbøjelig til at gaa med til⁶¹): naar en Lov ligger i den tvivlsomme Zone omkring § 80, hvor Afgørelsen af, om Loven skal betragtes som forenelig eller uforenelig med Forfatningen, afhænger af en højst usikker og ret subjektiv Vurdering af et Sammen spil mellem en Række Faktorer, kan det ikke betragtes som en Opgave for Domstole — eller Professorer — at sætte deres Skøn over Lovgivningsmagtens. Teorien maa høre op med at angribe Love fra denne Gruppe som forfatningsstridige.

Valglovsændringen fra 1939.

At der som flere Gange berørt foreligger en principiel Uoverensstemmelse mellem de stive, formelle Forfatningsfortolkningsprincipper, som Berlin anvender, og de smidige og bøjelige Principper, som Praxis benytter, fremgaar endelig af Fortolkningen af Grundlovens § 30 a. Efter Berlins Opfattelse er den Ændring i Rigsdagsvalgloven, der blev gennemført ved Lov Nr. 88 af 15. Marts 1939 om Rettighedsfortabelse som Følge af Lovovertrædelser § 3,

i flere Henseender forfatningsstridig. Kærnen i Kritikken er følgende Betragtninger: 1) at Lovgivningsmagten i 1939 helt har ophævet Begrebet vanærende Handling, og at der nu udelukkende lægges Vægt paa Straffens Størrelse, hvorved den almindelige Lovgivning fra Valgret udelukker Personer, som efter Grundloven skal have Valgret, 2) at Grundloven paa bindende Maade forudsætter, at der skal være et Æresoprejsningsinstitut, hvorfor Lovgivningsmagten ikke har været kompetent til at afskaffe dette, og 3) at Begrebet »en i den offentlige Mening vanærende Handling« er mindre modtagelig for Fortolkning gennem den almindelige Lovgivning end det før 1915 anvendte Udtryk »uberygtet«⁶²).

Den første Betragtning, som er et Hovedpunkt i Berlins voldsomme Kritik, kan straks afvises som beroende paa en overfladisk Læsning af Valglovsændringen. Efter den indledende Sætning kan ingen udøve Valgret, som ved Dom er fundet skyldig i en i den offentlige Mening vanærende Handling. Modsætningsvis bevares Valgretten, hvis Handlingen ikke kan anses for vanærende. Hvis f. Eks. en Mand idømmes 6 Maaneders Fængsel, fordi han af Samvittighedsgrunde nægter at udføre Militærtjeneste eller nægter at opfylde den ham ved Lov Nr. 187 af 20. Maj 1933 paahvilende civile Arbejdspligt, vil han stadig have Valgret, for Handlingen kan ikke karakteriseres som vanærende. Saaledes læser man Loven i Praksis, og der opstaar herefter i denne Situation ikke noget Problem. Berlins Udgangspunkt er en besynderlig Misforstaaelse, som ingen anden gør sig skyldig i, hvorved han selv fremkalder en Uoverensstemmelse mellem Forfatning—Lov. Den foreligger ikke.

Det, der kan kritiseres ved Loven, er ikke, at den *berøver* Personer Valgret, som efter Grundloven skal have Valgret, men kun dette, at den muligt *giver* Valgret til flere Personer end tilladeligt efter Grundloven, dels gennem den automatiske Ophørsregel, dels gennem Reglerne om, at unge Forbrydere, betinget dømte Personer og Personer, der kun er idømt en vis lavere Straf, bevarer deres Valgret. Udelukket er den valgretsfortabende Virkning:

- 1) naar domfældte paa Gerningstiden ikke var fyldt 18 Aar,
- 2) naar der kun er idømt betinget Straf, og
- 3) naar der kun er idømt Straf af Bøde, Hæfte eller Fængsel under 4 Maaneder.

Den automatiske Ophørsregel gaar ud paa, at den valgretsfor-

tabende Virkning af en Straffedom uanset Straffens Størrelse og Handlingens Beskaffenhed altid ophører, naar der er forløbet 5 Aar fra Straffens Udstaaelse. En Rovmorder, som har siddet i Fængsel i 12 Aar, faar Valgret 5 Aar, efter at Straffen er udstaaet, uden Æresoprejsning. Med Straffens Udstaaelse sidestilles Eftergivelse, Forældelse og Løsladelse fra Arbejdshus eller Sikkerhedsforvaring.

Naar man læser Berlins Kritik af disse Regler, maa man hele Tiden have in mente, fordi det stadig spiller ind, at Berlins Udgangspunkt er en elementær Misforstaaelse, som der fra Universitetsside forlængst er taget Afstand fra bl. a. gennem nogle officielle Noter til Berlins Lærebog. Ved Gennemlæsningen faar man endvidere det Indtryk, at Lovgivningsmagten har gennemført 1939-Ændringen, fordi Grundlovsændringen strandede ved Folkeafstemning. Berlin skriver ikke direkte dette og kan heller ikke hævde det, men hans Udviklinger og Gisninger om Motiver efterlader dog det Indtryk, at man har forsøgt gennem almindelig Lovgivning at opnaa, hvad man ikke kunde opnaa gennem Grundlovsforslaget, fordi det strandede. Der kan derfor være Anledning til at fremhæve, at Udvalgsbetænkningen fra de sagkyndige (Pihl-Udvalget) er afgivet i April 1938, altsaa flere Maaneder, før Forfatningskommissionen afgav sin Betænkning, og at Pihl-Udvalget afgav Indstilling dels om en Ændring, der kunde gennemføres straks indenfor Grundlovens Rammer, dels om en eller rettere to mulige Ændringer i Grundlovens § 30 a, der vilde betyde eller dog kunde komme til at betyde en radikalere Løsning. Det er det første Forslag, der gennemførtes ved Loven af 15. Marts 1939 om ca. 2½ Maaned, inden Grundlovsændringen faldt ved Folkeafstemning. Den Ordning, der er gennemført, forudsættes baade fra Udvalgets og fra Justitsministeriets Side at være forenelig med § 30 a og kan ikke karakteriseres som et Forsøg paa at liste noget igennem ad den almindelige Lovgivnings Vej, som var blevet eller af en synsk Justitsminister forudsaaet at ville blive underkendt gennem Folkeafstemningen.

Under Kritikken af den automatiske Ophørsregel hævder Berlin, at Grundloven gennem Udtrykket »uden at have faaet Æresoprejsning« bindende forudsætter, at der skal foretages en *speciel* Prøvelse af, om den straffede virkelig maa anses for fortjent til at faa sine fulde Ærerettigheder igen. Forløbet af et vist Aaremaal er ikke nok. Til Begrebet Æresoprejsning kræves der yderligere,

at en Myndighed efter en speciel Prøvelse i det enkelte Tilfælde skønner, at den paagældende fortjener Æresoprejsning.

Denne Betragtning kan ikke opretholdes, for allerede i 1924 o: 6 Aar, efter at Reglen var traadt i Kraft, indførte man ad den almindelige Lovgivnings Vej en Regel om automatisk Æresoprejsning uden Bevilling, der dækkede Størstedelen af de i Praksis forekommende Tilfælde og faktisk indsnævrede Æresoprejsningsinstituttets Omraade til ret faa Tilfælde. Ved Lov Nr. 49 af 14. Marts 1924 om Æresoprejsning uden Bevilling bestemtes det af administrativ-tekniske Hensyn, at automatisk Æresoprejsning indtraadte efter 10 Aars Forløb, naar der ikke var idømt strengere Straf end 2 Aars Strafarbejde, og den paagældende havde ført en ulastelig Vandel.

Valglovsændringen af 1939 er kun en konsekvent Videreførelse af dette Princip. Fristen er blevet forkortet til 5 Aar, og Reglen er udvidet til alle Tilfælde. Hvis man havde fastholdt Æresoprejsinstituttet i et uvæsentligt Omfang, hvad man kunde have gjort ved at fastsætte Grænsen f. Eks. til 6 Aar, vilde man efter Berlin ikke være kommet i Strid med Grundloven, fordi det afgørende efter § 30 a er, at der skal findes et Æresoprejsningsinstitut. Nu er man derimod gaaet for vidt, idet man har gjort Æresoprejsning overflødig.

Denne Betragtning er meget formel, for man havde allerede inden 1939 »lidt efter lidt, lidt længere og lidt længere« ændret Æresoprejsningsreglerne, saa der var faldet Støv paa Grundloven saa tykt, at vi ikke kunde se, at den var ændret gennem Love. 1939-Ændringen er kun Fuldendelsen af denne Omdannelsesproces. Den forfatningsmæssige Justifikation af Ophørsreglen kan formentlig gives ud fra det Synspunkt, at Grundloven gennem Reglen i § 30 a om Æresoprejsning kun henholder sig til den i 1915 bestaaende Retstilstand, men ikke fastslaar, at denne er uforanderlig. Hvis man i § 30 a skulde indfortolke en Regel om, at Æresoprejsningsinstituttet ikke kan afskaffes ved almindelig Lovgivning, maatte dette Synspunkt have fundet et klarere Udtryk i Grundloven. Fra et realpolitisk Synspunkt er Ændringen fra den tidligere Ordning til den nuværende uden Betænkeligheder, fordi der kun er Tale om et lille Antal Personer, hvis Stemmeafgivning ikke kan influere paa Valgets Udfald.

At Reglen om, at en Handling ikke har valgretsfortabende

Virkning, naar domfældte paa Gerningstidspunktet ikke var fyldt 18 Aar, er forenelig med § 30 a, erkendes af Berlin. Der er her kun Tale om en mindre Udvidelse af en Grundsætning, som fandtes allerede i Æresoprejsningsloven af 3. April 1868. Og Berlin gaar endog saa vidt, at han indrømmer, at selvom 4 Maaneders Reglen er en grov Udvidelse, saa er det dog »vanskeligt her bestemt at sige, at Grænsen for det tilladelige klart er overskredet«. Af Begrænsningsreglerne i 1939-Ændringen er det herefter kun Reglen om de betinget dømtes Valgret, der kan kritiseres.

Fra Udvalgets og Administrationens Side har man været mere betænkelig ved 4-Maaneders Reglen end ved Ophørsreglen, fordi den er en grov Gennemsnitsregel, hvorved en Række Personer bevarer deres Valgret, som tidligere vilde have mistet den i nogen Tid. Her foreligger der en ret vidtgaaende Omfortolkning af Grundloven, og naar denne Regel og Reglen om de betinget dømtes Valgret kan accepteres, er Grunden den, at Begrebet en i den offentlige Mening vanærende Handling som fremhævet af Pihl-Udvalget og Justitsministeriet er et Begreb med flydende og usikre Grænser, hvorfor det var mindre egnet til at bære de Retsvirkninger, som Lovgivningsmagten i stigende Omfang havde knyttet dertil. Da man udarbejdede Forslaget til Straffeloven af 1930, var man klar over dette Forhold, og for at komme udenom den Usikkerhed og Vilkaarlighed, der opstod i Praksis, fordi Myndighedernes Afgørelse i Grænsetilfældene kunde falde meget forskellig ud saaledes, at man i en Relation betragtede en Handling som vanærende, i andre Relationer ikke, indførte man ved Straffeloven den Ordning, at Domstolene ved Dommen skulde tage Stilling til, om de borgerlige Rettigheder skulde frakendes vedkommende. Herigennem opnaaede man Ensartethed, forsaavidt angik den enkelte Persons Behandling. Men selv efter, at Afgørelsen var blevet henlagt til judicielle Myndigheder, lykkedes det ikke at opnaa Ensartethed i Bedømmelsen af de begaaede Handlinger. Der findes nemlig et Grænseomraade, hvor Bedømmelsen er og maa være svingende, fordi Kriteriet er saa vagt og paavirkes af Opinionsændringer. Bemærkningerne nævner som Eksempler herpaa Smaatyverier, mindre Underslæb f. Eks. med Ting købt paa Afbetaling, smaa Plattenslagerier, mindre Sædelighedsforbrydelser (?), mindre grove Voldshandlinger, »som vel nok maa paavirke den dømtes borgerlige Agtelse, men som dog i hvert Fald ikke alle vil betegne som vanærende«. En anden Vanskelighed

var den, at der ikke kunde opnaas Enighed om, i hvilket Omfang det var berettiget ved Afgørelsen af, om en Handling var vanærende, at følge Straffelovens Individualiseringstendens.

De Regler i 1939-Loven, der begrænser den valgretsfortabende Virkning, bør derfor opfattes som administrativ-tekniske Regler, der gennemføres for at opnaa Ensartethed i Bedømmelsen. Pihl-Udvalget, Administration og Lovgivningsmagt opfatter Begrebet en i den offentlige Mening vanærende Handling som en bøjelig Standard, som Lovgivningsmagten kan give en klarere Udformning ud fra den Betragtning, at Lovgivningsmagten er nærmest til at fastslaa, hvilke Handlinger der i den offentlige Mening skal betragtes som vanærende. Lovgivningsmagten repræsenterer den offentlige Mening. Selvom en Jurist personlig kan nære Tvivl om, hvorvidt Lovgivningsmagten har ramt det politisk rigtige — mange vil mene, at 4 Maaneders Grænsen ligger for højt —, saa kan Juristerne ikke sætte deres Dom om »den offentlige Mening«, »Almenvellet« o. lign. over Lovgivningsmagtens. Paa Rigsdagen er alle Samfundslag repræsenteret, og Rigsdagsmændene har langt bedre Føling med den brede Befolkning end Dommere og Universitetsprofessorer. Derfor maa man loyalt respektere deres Konkretisation af dette elastiske Begreb.

Ud fra disse Betragtninger er Valglovsændringen af 1939 i enhver Henseende forenelig med § 30 a, og Loven har nu været praktiseret ved saa mange Rigsdagsvalg, at man maa kunne gøre gældende, at den er blevet en Del af Forfatningen. Den er fra alle Sider ÷ Berlin blevet accepteret som rigtig Udførelse af § 30 a, og der bør derfor ikke fra Forfatningen kunne hentes nogen Indsigelse mod dens Gyldighed. Efter de Synspunkter, som Domstolene følger i Forfatningsfortolkningsspørgsmaal, kan der næppe være nogen Tvivl om, at Domstolene vil opretholde Loven, saafremt Spørgsmaalet skulde blive indbragt til Prøvelse.

Et senere Eksempel paa, at Lovgivningsmagten har sat sin Vurdering af, hvad der efter § 30 a er en i den offentlige Mening vanærende Handling, igennem og udelukket konkret Vurdering, er Loven af 1. Juni 1945 om Forræderi og anden landsskadelig Virksomhed, hvorefter Personer, der dømmes efter denne Lov, ex lege fortaber bl. a. deres Valgret i et Tidsrum af mindst 5 Aar.

Respekt for Folkestyret.

Sammenfattende kan man om Principperne for Fortolkningen af den danske Forfatning herefter formentlig sige, at man maa anerkende: 1) at den direkte overfor Befolkningen ansvarlige Rigsdag har en naturlig Adkomst til at bestemme Rækkevidden af elastiske Forfatningsbestemmelser, og 2) at saadanne Forfatningsbestemmelser kan tilpasses til Nutidens Forestillingskreds. Den danske Højesteret har med Føje undladt at søge Støtte hos Teorien til Underkendelse af forskellige Love og har derved i Gerning vist Respekt for Folkestyret. Saa længe Højesteret følger denne Linje, og saa længe Lovgivningsmagten ikke overskrider de Grænser, der selv efter disse liberale Synspunkter maa være for dens Adgang til Omfortolkning, vil Spørgsmaalet om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love være et sekundært Problem. Læren har ingen særlig Interesse, hvis den ikke udformes som eller anvendes som en Lære om Domstolene som øverste Myndighed med Hensyn til Afgørelsen af elastiske Forfatningsbestemmelseres Rækkevidde. Det er denne Lære, der rummer Konfliktmuligheder.

Knoph er inde paa, at Retsanvendelsen vil blive usikrere, naar man bruger saadanne rummelige og bøjelige Forfatningsfortolkningsprincipper, fordi subjektive Dommeropfattelser og Vurderinger lettere faar Indpas⁶³). Betragtningen er næppe rigtig. Virkningen af disse Synspunkter vil blive, at Teori og Domstole koncentrerer sig om *Lovgivningens* Indhold, og lægger dette til Grund for Lærebøger og Retsanvendelse uden til Stadighed at begynde paa den som Regel golde og formaalsløse Drøftelse af, om ikke en Lov, dersom man vender og drejer lidt ved Forfatningen, kan erklæres for forfatningsstridig. Spørgsmaalet grundlovstridige Love vil i dansk Praksis forsvinde og dermed et Usikkerhedsmoment. For dansk Rets Vedkommende har Knophs Betragtning ikke Gyldighed, tværtimod. Hvilken interessant Fremstilling af Ekspropriationslæren vil der ikke kunne skrives, naar man gaar ud fra, at de gældende Love stemmer med § 80? Læren vil faa en Fasthed, som den savner i Øjeblikket, hvor saa den ene, saa den anden Teoretiker finder Love — selv gamle Love — frem og erklærer dem for forfatningsstridige. Hvis man tror, at den danske Retstilstand er mindre sikker end den amerikanske, behøver man blot at læse Willougby's vidtløftige Udviklinger om, hvornaar en Lov efter ældre amerikansk Forfatningsret var ugyldig som stridende mod due process Klau-

sulen. Tre Domme af Højesteret, og de forfatningsretlige Fremstillinger af due process Klausulen var Makulatur.

De Synspunkter, som man har praktiseret i Danmark, har ikke haft nogensomhelst Lighed med Cooleys Uforanderlighedslære, men de har i det store og hele svaret til dem, som Tscherning kæmpede for og fik Flertal for paa den grundlovgivende Rigsforsamling. Hvad vi som Følge heraf har undgaaet af Forfatningsstridigheder, har det korte Rids fra U. S. A.s Forfatningsudvikling givet et Indtryk af. Tscherning er i anden Sammenhæng blevet karakteriseret som Seer. Hans Udtalelser om Forfatningsfortolkning og Domstolenes Prøvelsesret overfor Love viser et Klarsyn, hvis Lige jeg under mine Studier ikke har mødt hos nogen anden Politiker og ej heller hos nogen Jurist.

ANDET KAPITEL

DOMSTOLENES FORHOLD TIL FORFATNINGEN

Subjektiv Tolkning af Grundloven.

Da Bracton, som havde studeret Romerret i Bologna under Azo, omkring Midten af det 13. Aarhundrede forfattede *De legibus et consuetudinibus Angliae*, benyttede han i et vist Omfang Romerretten og Azos Summa som Grundlag for sin Bog. Han øste af de Kilder, han havde studeret. Men med kritisk Sans, for da han kom til Romerrettens absolutistiske Princip i D. 1, 4, 1 »*Quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*«, ændrede han Eftersætningen saaledes, at den i Stedet for at *begrunde* det absolutistiske Princip kom til at *begrænse* det. Meningen med det lille cum blev ved en let Drejning en helt anden. Justinians absolutistiske Doktrin blev til en Doktrin om konstitutionelt Monarki¹).

Det vilde have været ønskeligt, om de Statsretslærere (Aschehoug, Matzen), som i 1880-erne gik ind for Princippet om Domstolens Prøvelsesret, paa lignende Maade havde tilpasset Doktrinen til norsk-danske Forestillinger. De valgte imidlertid at transformere Læren fra amerikansk Teori til norsk-dansk Teori i den Skikkelse, hvori den forelaa, og med i det væsentlige den samme Argumentation. Uden Modsigelse er Overførelsen ikke gaaet for sig, og for dansk Rets Vedkommende kan man daarligt nok sige, at Overførelsen er accepteret af Domstolene. Læren er blevet modificeret af Højesteret.

Er det en rigtig, og er det en heldig Løsning slavisk at kopiere den amerikanske Lære? Jeg tror det ikke. Fra et historisk Synspunkt er Løsningen i dansk Ret ikke rigtig. Allerede under den grundlovgivende Rigsforsamlings Forhandlinger blev der taget Af-

stand fra den amerikanske Doktrin paa en saadan Maade, at det ikke er loyalt af Teorien uden videre at indfortolke den i Forfatningen. Løsningen er næppe heller heldig. Den amerikanske Prøvelsesretsdoktrin har sine ganske bestemte filosofiske, politiske og statsretslige Forudsætninger, og den kan ikke uden nogen Tilpasning frigøres fra disse Forudsætninger, som aldrig har foreligget i dansk Ret. Princippet er, som Beveridge skriver i sin Marshallbiografi, »helt igennem amerikansk. Det er Amerikas originale Bidrag til Retsvidenskaben«.

Fortolker man den danske Forfatning i Overensstemmelse med de forudgaaende Forhandlinger, hvilket efter manges Opfattelse er det rigtige Princip for Forfatningsfortolkning, kan man, saa vidt jeg kan se, ikke komme til andet Resultat end en Forkastelse af den ekstreme amerikanske Lære om, at det er Domstolene, der er øverste Myndighed i Forfatningsfortolkningsspørgsmaal.

Det doceres i dansk-norsk Teori med Grundlag i en Artikel af Auditor Ussing i Tidsskrift for Retsvæsen 1863 (S. 227 Noten), at den danske grundlovgivende Rigsforsamling vilde lade Spørgsmaalet om Domstolenes Prøvelsesret staa aabent²⁾, og det hævdes, at man ikke kender Rigsforsamlingens Syn paa Spørgsmaalet. Zahle har imidlertid under en Debat i Folketinget i 1925/26 om et Lovforslag om Ændringer i Retsplejeloven gjort opmærksom paa, at dette Standpunkt bygger paa en mangelfuld Undersøgelse af Indholdet af Rigsforsamlingens Forhandlinger, og han har efter mit Skøn leveret en fyldestgørende Dokumentation herfor. Desuagtet negligerer Berlin denne Side af Problemet i sin Forfatningsret.

Det, som Tscherning og Ørsted under Grundlovsforhandlingerne gik skarpt imod, var en Ordning, hvorefter Domstolene skulde kunne tilsidesætte en Lov, i hvilken Lovgivningsmagten efter sin bedste Overbevisning konkretiserede en af de ikke faa elastiske og vage Grundsætninger, som Forfatningen kom til at indeholde, f. Eks. den lakoniske § 80, der forsøger at gøre op med hele Spørgsmaalet om Forholdet mellem Statsmagt og privat Ejendomsret ved Anvendelse af 3—4 vage Begreber. Tscherning erkendte, at Domstolene ikke kunde være bundet af Love, der *klart brød med Forfatningen*, men samtidig fremhævede han med kraftig Støtte fra Ørsted, at det vilde være en uheldig og farlig Ordning, om man indsatte Domstolene som den Myndighed, der skulde afgøre, om Lovgivningsmagtens *Fortolkning* af saadanne vage og for nærmere Fortolkning

modtagelige Principper var korrekt*). Man kunde, som Ørsted indvendte overfor en Udtalelse af Krieger, ikke uden videre gaa ud fra, at enhver Dommer vilde være den personificerede Grundlov eller den personificerede Fornuft.

Tilhængerne af den amerikanske Doktrin var stærkt repræsenteret paa den grundlovgivende Rigsforsamling. Hother Hage havde i en under D. G. Monrads Redaktion i 1844 udgivet Bog »Gjengangeren« oversat Dele af Tocquevilles kendte Bog om det amerikanske Demokrati, og han optraadte sammen med Krieger, Hall og mange andre som ivrig Fortaler for det amerikanske System. Det er værd at notere, at det er Tocquevilles Bog, der er Diskussionsgrundlaget, for den giver paa dette Punkt en i flere Henseender urigtig Fremstilling af de amerikanske Forfatningsforhold. Tocqueville idealiserer den amerikanske Udvikling.

Hele denne Fløj havde gennem Forfatningsudvalget stillet Forslag om, at der i Grundloven optoges følgende nye Bestemmelse:

»Alle Love og Anordninger, der er i Strid med Grundlovens Bestemmelser, er for saa vidt uden Gyldighed.«

Meningen hermed var forudsætningsvis at fastslaa Domstolernes Prøvelsesret i Overensstemmelse med den ekstreme amerikanske Doktrin. Man motiverede Bestemmelsen med en Henvisning til, at det var utvivlsomt, at *tidligere* Lovbestemmelser, der var i Strid med Grundloven, blev ændret af Grundloven (lex posterior Grund sætningen), og at man fandt det »rettest, at den samme Regel bør gælde for *senere* Love, for saa vidt de muligen maatte stride mod Grundlovens Bestemmelser«. Fra alle Sider forudsatte man, at Domstolene, hvis Bestemmelsen vedtoges, vilde være øverste Myndighed i Forfatningsfortolkningsspørgsmaal.

Forslaget gav Anledning til en livlig Diskussion, og da Spørgsmaalet skulde til Afstemning, stillede Tscherning et Ændringsforslag til Ændringsforslaget, hvorefter der mellem »alle« og »Love« tilføjedes »hidtil udkomne«, idet han under Forhandlingerne havde gjort Rede for, at dette i Realiteten vilde være ensbetydende med en Forkastelse af Ændringsforslaget og en Afvisning af Domstolenes Funktion som Forfatningsfortolkere. Han forbeholdt sig derfor Adgang til at foreslaa, at Paragraffen gik ud, hvis hans Ændring blev vedtaget, idet den blev saa selvfølgelig, at den maatte anses for overflødig.

*) S. 11.

Tschernings Ændring vedtoges med 65 Stemmer mod 58, og derefter blev Bestemmelsen i den ændrede Skikkelse forkastet med 114 Stemmer mod 1.

Efter de Synspunkter, som jeg har udviklet om Forfatningsloves Fortolkning, kan man ikke lægge afgørende Vægt paa saadanne Udtalelser og Afstemninger under forudgaaende Forhandlinger. Forfatningslove kan omfortolkes. Ud fra de traditionelle Forestillinger om Principperne for Forfatningsfortolkning (Matzen, Berlin) er det imidlertid herefter næppe muligt at hævde, at den amerikanske Doktrin kan indfortolkes i Grundloven. Rigsforsamlingens Flertal har klart og utvetydigt taget Afstand fra den gennem en Afstemning. Zahle har Ret, naar han hævdede, at det vil være i Strid med Grundlovsforhandlingernes Forudsætninger, om Domstolene opkaster sig til *Fortolker* over Lovgivningsmagten, og Zahle var som Tscherning fuldtud klar over, at det brændende Spørgsmaal netop er et Fortolkningsspørgsmaal.

»Hvad staar der i Grundloven? Hvem er det, der kan give den endelige Besked om, hvad det er, der staar i Grundloven? Er det Domstolene, der siger det endelige Ord i denne Sag, eller er det den lovgivende Magt? *Det er netop det, hele Striden er om, men der er ingen Tvivl om, at Grundloven ret forstaaet staar over alle. Men hvem siger, hvorledes Grundloven ret skal forstaaes? Det gør efter min Mening ikke Domstolene, men Lovgivningsmagten*«³).

Hvis man paa Trods af de klare Udtalelser under Forhandlingerne paa den grundlovgivende Rigsforsamling alligevel vil forsøge at indfortolke den amerikanske Doktrin i den danske Forfatning, kan man efter min Opfattelse ikke undlade at foretage en indgaaende Undersøgelse af Doktrinens Indhold og Forudsætninger, Omstændighederne ved dens Opstaaen, de Erfaringer, som senere er indvundne, o. s. v. En Vurdering af Doktrinens gavnlige og skadelige Virkninger for Forfatningsudviklingen er nødvendig, og en saadan Vurdering forudsætter et vist Kendskab til den amerikanske Forfatningsudvikling. Undersøgelser af denne Art støder man ikke paa hos Matzen og Berlin. De nøjes med at gentage nogle ofte fremførte Betragtninger, som ved nærmere Eftersyn vil vise sig at stamme fra Slutningen af det 18. og Begyndelsen af det 19. Aarhundrede (Hamilton, Morris, Marshall, Kent, Story, Tocqueville).

**Prøvelsesretsdoktrinen filosofiske, statsretlige og politiske
Forudsætninger.**

Den filosofiske Baggrund for Prøvelsesretsdoktrinen maa søges i den idealistiske Retsfilosofi, og da Forestillingen om, at der over de positive Love findes evige og uforanderlige Retsprincipper af en højere Valeur, formentlig er lige saa gammel som Forestillingen om Retten, kan man for saa vidt filosofisk føre Prøvelsesdoktrinen tilbage til Tænkningens Barndom. Doktrinen er et Produkt, som under bestemte politiske og statsretlige Betingelser er tilvejebragt af en idealistisk Retsfilosofi.

Forestillingen om en Superlov møder man allerede hos de første græske Filosofer og Digtere. Sofokles har i Antigone dramatiseret Konflikten mellem de guddommelige og menneskelige Love og i dette Drama givet Udtryk for Tanker, som længe havde beskæftiget Filosoferne. I Strid med Kreons Forbud har Antigone begravet sin døde Broder. Sofokles rejser det Spørgsmaal, om et saadant Bud, der krænker guddommelige Love, er gyldigt. Skal Borgerne lyde de positive Love og bryde de højere Love?

Kreon: Og du dristed dig dog til at bryde denne Lov?

Antigone: For det var ikke Gud, der bød det, heller ej Retfærd, der dvæler mægtig hos de Dødes Drot — og ikkun de har Ret at give denne Lov. Jeg mente, dine Bud var ej af saadan Magt — du er dog dødelig — at de gik fremfor Guds uskrevne uforgængelige Love. De kom ikke ud i Gaar og varer til i Dag, men evig, og ingen ved, hvornaar de først blev til⁴).

Digterens Stilling til Problemet er klar. De guddommelige Love maa ikke krænkes af de menneskelige. Gennemgaaende har Jurister og Filosofer imidlertid været betænkelige ved at drage den Konsekvens af en saadan idealistisk Filosofi, at Borgerne i visse Tilfælde skulde kunne bryde de positive Love og *opnaa Domstolenes Godkendelse heraf*. Da ingen med Sikkerhed kan afgøre, hvad de højere Retsprincipper gaar ud paa, melder der sig straks den Modforestilling, at Synspunktet er egnet til at opløse den faste Orden, som er Kærnen i Retstilstanden. Nogle har derfor forsøgt at formidle de to Synspunkter ved at begrænse Kravet om Overensstemmelsen mellem den positive Ret og de ideale Fordringer saaledes, at det alene

fremtræder som et *Krav til Lovgiverne* om at sørge for, at der tilvejebringes Overensstemmelse, og den positive Rets Haandhævelse ved Domstolene gøres ikke afhængig af, om der in casu foreligger Overensstemmelse. En idealistisk Retsfilosofi, der er beklippet paa denne eller andre Maader, har været og er vel stadig meget almindelig.

Forløberen for den amerikanske Prøvelsesrets doktrin skal ikke søges i saadanne beklippede idealistiske Standpunkter, men derimod i det — sjældnere — yderliggaaende Standpunkt, hvorefter Domstolene ikke behøver at haandhæve Love, som efter deres Skøn strider mod højere Retsprincipper. En Antydning af dette Standpunkt findes i Aristoteles' Rhetorik. I 1. Bog 15. Kapitel kommer Aristoteles ind paa, hvorledes man skal argumentere foran en Dommer i en Retssag henholdsvis i den Situation, at den skrevne Lov støtter eller gaar imod ens Sag. »Hvis den skrevne Lov gaar imod vor Sag,« skriver Aristoteles, »maa vi appellere til den universelle Lov og hævde dens Billighed og Retfærdighed. Vi maa anføre, at den sværgendes Ed »Jeg vil afsige Dom efter min bedste Overbevisning«, betyder, at man ikke simpelthen vil følge den skrevne Lovs Bogstav. Vi maa hævde, at Retfærdighedens Principper er varige og uforanderlige. . . .« Han giver derefter en Række følelsesmæssigt betonedede Støtteargumenter, f. Eks.: »Retfærdighed er lig Sølv. Den maa justeres af Dommeren, om det ægte skal kunne adskilles fra Efterligning.« Derefter vender han Tilfældet om og diskuterer, hvorledes man skal argumentere, naar Loven ikke støtter Sagen. Saa skal man hævde, at Edsformularen ikke betyder, at Dommeren skal afsige en Dom, som er mod Loven, men derimod skal redde Dommeren fra Mened, hvis han misforstaar den positive Lov⁵).

Den idealistiske Retsfilosofi gaar fra de ældste græske Filosofer over Stoikerne og enkelte romerske Filosofer ned i Middelalderen, omformes under den kristne Kirkes Indflydelse for i en tankemæssigt noget udvandet Form at ende hos det 17. og 18. Aarhundredes Naturretsfilosofer. Den kan spores i Lovbestemmelser i Corpus juris civilis og canonici, hvor den fører til Antinomier, som kun kan forklares, naar man opfatter Bestemmelserne som Udtryk for modstridende Retsfilosofi. Antinomierne er i Virkeligheden uopløselige, fordi Tankerne bevæger sig i forskelligt Plan.

En saadan Antinomi foreligger mellem Justinians Codex 1, 14, 1 og 3, 1, 8. I det første Codexfragment, som hviler paa et Rescript af Constantin fra Aar 314, bestemmes følgende:

»Man har antaget, at Hensynet til Retfærdighed og Billighed overalt maa gaa forud for Hensynet til den strenge Ret«,

og i det sidste Fragment, som bygger paa et to Aar yngre Rescript, ligeledes af Constantin, hedder det:

»Til at ophæve den Tvivl, som indtræder mellem Billighed og den strenge Ret, er kun Vi berettiget og kaldet.«

En tilsvarende Antinomi synes at foreligge imellem forskellige Bestemmelser i Gratians Dekret.

Hvorledes denne Antinomi skulde opløses, var for Glossatorerne et lige saa kært Diskussionsemne som Spørgsmaalet om Opløsningen af Antinomien mellem de to Sædvaneretsbestemmelser i D. 1, 3, 32 og C. 8, 53, 2*), og der dannede sig efterhaanden en Modsætning mellem Bulgaristernes og Gosianernes Løsning. Bulgaristernes Løsning er den positivistiske Retsfilosofis Løsning. De gav under visse Betingelser Sædvanen Forrang for Loven og bortfortolkede samtidig C. 3, 1, 8, som efter deres Opfattelse alene handlede om »den Retfærdighed, som har fundet sit Udtryk i Loven og ikke om den, som man gaar og udspekulerer i sin egen Hjerne.« I Modsætning hertil hævdede Gosianerne (Martinus, Placentin), at Loven ikke kan ændres gennem Sædvaner, men fremhævede samtidig C. 3, 1, 8 paa Bekostning af C. 1, 14, 1 gennem en Lære om, at Billighed ved al Udøvelse af Retfærdighed maa gaa forud for den strenge Ret, hvad enten denne er skreven eller uskreven. Det er navnlig Placentin, som i Summula placuit har udviklet disse Synspunkter, dog uden at illustrere sin Lære med Eksempler paa, hvornaar Dommeren efter hans Opfattelse kan tilsidesætte en Lov ud fra Billighedssynspunkter^o).

Det blev Læren om Lovens absolutte Autoritet overfor højere Retfærdighedsprincipper, der sejrede i Glossatorskolen. Bulgaristernes positivistiske Retning vandt flere og flere Tilhængere, og gennem Accursius' Glosse kom Bulgaristerne til at præge Retsudviklingen paa Kontinentet i de følgende Aarhundreder. Hermed var Forholdet mellem den positive Ret og de højere Retsprincipper lagt nogenlunde fast i den norditalienske Retsudvikling.

Tanken fra C. 3, 1, 8 dukker imidlertid senere op et helt andet Sted, nemlig i England i Begyndelsen af det 17. Aarhundrede, og her har vi den direkte Forbindelse mellem Superlovsfilosofien og

*) S. 107 f.

den amerikanske Prøvelsesretsdoktrin. I et obiter dictum fra 1610 i Dr. Bonhams Case udtalte den berømte engelske Dommer og Statsmand Edward Coke bl. a. følgende:

»Og det kan ses i vore Domsbøger, at i mange Tilfælde vil Common Law kontrollere Parlamentslove og undertiden dømme dem helt ugyldige. For naar en Parlamentslov *strider mod almindelige Retfærdighedsprincipper og sund Fornuft*, eller naar den er *urimelig* eller *ikke kan udføres*, vil Common Law kontrollere den og dømme Loven ugyldig.«

Der er kun Tale om et obiter dictum. Coke underkendte ikke den paagældende Parlamentslov, men hævdede blot, at Domstolene havde Kompetence til at gøre det. Udtalelsen var ikke andet end en filosofisk Strøtanke, men den fik 150 Aar senere indgribende Betydning for den amerikanske Forfatningsudvikling. Den blev opnoteret og levede videre, foreløbig som en filosofisk Lære, bl. a. i et obiter dictum af en anden berømt engelsk Dommer, Hobart, i Calvins Case fra 1615. I denne Dom forsøgte Hobart paa samme Maade som Coke ved Hjælp af den ekstreme idealistiske Retsfilosofi at placere Domstolene i et højere Plan end Parlamentet. »Jura naturae sunt immutabilia« og »leges legum«, skrev Hobart i Dommen uden dog at drage Konsekvenser heraf for Sagens Afgørelse. Læren var kun Dommerfilosofi, men i denne Egenskab vagabonderede den videre i Dommerdicta langt ind i de følgende Aarhundreder.

Det blev et andet retsfilosofisk Princip, der i England blev afgørende for Domstolenes Forhold til Parlamentets Lovgivning, Omnipotenslæren, og ejendommeligt nok finder man ogsaa hos Coke denne positivistiske Doktrin, nemlig i hans senere udgivne Institutes. Selv hos Blackstone finder man forenet de to diametralt modsatte Tankegange, som er udtrykt i Bonhams Case og i Omnipotenslæren, hvilket saavel fra et juridisk som fra et retsfilosofisk Synspunkt er forvirrende⁷). Efter Revolutionen i 1688 var Omnipotenslæren den bedste Illustration af de politiske Magtforhold, og den blev i Lockes og Austins Udformning engelsk Forfatningsrets Hovedprincip. Cokes obiter dictum i Bonhams Case fik ingen Indflydelse paa Forfatningsudviklingen.

Helt anderledes blev Udviklingens Forløb i Englands nordamerikanske Kolonier, hvor Selvstændighedsfølelsen overfor Moderlandet saa at sige krævede en Filosofi, der kunde justificere Mod-

standen og senere Oprøret overfor Moderlandet. Her var der Grund for Naturretsfilosofien (Vattel, Burlamaqui) med dens Lære om *lex fundamentalis*, og her havde man Brug for Cokes Lære fra Bonhams Case om, at Domstolene — og Borgerne — ikke var bundne af Parlamentslove, som var i Strid med, hvad man i Kolonierne ansaa for højere Retsprincipper. I Agitationen mod Moderlandets Lovgivning støder man fra 1760 Gang paa Gang paa Cokes og Hobarts dicta til Justifikation af Koloniernes Modstand mod Parlamentslovgivningen. Talrige er de Vidnesbyrd, der viser, hvor fortrolig amerikanske Politikere og Jurister var med disse filosofiske Synspunkter, som man naturligvis i Kraft af Cokes Autoritet udgav for positiv engelsk Ret⁸).

Det er i denne politiske Atmosfære, at den *filosofiske* Lære om Prøvelsesretten, som i England aldrig blev til andet og mere end Filosofi, transformeres til en *statsretlig* Doktrin. Hvornaar denne Proces begyndte, har man ikke helt sikre Oplysninger om paa Grund af Kildematerialets Ufuldkommenhed, men man ved saa meget, at Statsdomstolenes Anerkendelse af Synspunktet ligger før 1787, og der er Mulighed for, at den kan føres tilbage til Tiden før 1776. Det ældste sikre Eksempel paa Tilsidesættelse af en Statslov er fra 1780, og det er sandsynligt, at der er et Eksempel fra 1778⁹).

Grundlaget for den amerikanske Doktrin er ikke Naturretsfilosofien i al Almindelighed, for hverken Vattel¹⁰) eller Burlamaqui har udviklet en Lære om Domstolenes Prøvelsesret overfor Love. Deres Naturretsfilosofi var en beklippet idealistisk Retsfilosofi. Det, hvorpaa den amerikanske Doktrin dybest set hviler, er *en Misforstaaelse eller rettere et Misbrug af en engelsk Dommerudtalelse om, hvad der skulde være engelsk Ret*, en Udtalelse, som kunde anvendes af Oprørsledere til at besmykke egne Handlinger, og som blev brugt hertil. Naar Prøvelsesretsdoktrinen har faaet saa solidt Fodfæste i amerikansk Ret, maa man dog ikke blive staaende ved disse forbigaaende Begivenheder. Man maa tillige pege paa to Forhold af forfatningsretlig Karakter, som er særlige for den amerikanske Stat: 1) der blev i 1787 dannet en Forbundsstat af 2) tidligere engelske Kolonier.

I en Forbundsstat vil man altid og i en Stat med større, selvstændige Kolonier vil man som Regel finde en Differentiering af Lovgivningen, som man ikke kender i den usammensatte Enhedsstat. Man kendte i de amerikanske Kolonier før 1776 Begrebet Kon-

trol med Love ud fra et helt andet Synspunkt end det Cokeske, nemlig som en *administrativ-judiciel Kontrol fra Moderlandets Centralorganers Side med Kolonimyndighederne*¹¹). Gradvis havde Kolonierne ved Siden af Regeringens Guvernører faaet lokale Forsamlinger, hvortil der var delegeret Lovgivningsmyndighed i lokale Anliggender, og paa denne Maade fik man en Melleform mellem Parlamentslove og kommunale Vedtægter, som er ukendt i den almindelige usammensatte Stat. Det var imidlertid en fast Grund sætning for Kolonistyret, der havde fundet Udtryk i enkelte Charters og Parlamentslove, at de af de lokale Forsamlinger vedtagne Love ikke maatte være i Strid med almindelige Parlamentslove eller med Parlamentslove for vedkommende Koloni. Saadan Love var udsat for administrativ Annullation gennem Regeringsmyndigheder. Yderligere kunde Ugyldigheden gøres gældende som Indsigelse under en Retssag mellem private, og man kender fra Privy Councils Virksomhed som øverste Domstol i amerikanske Kolonianliggender nogle Eksempler paa, at en lokal Selvstyrelov er blevet kendt »ugyldig og en Nullitet som stridende mod dette Riges Lov, urimelig og mod Chartrets Indhold, hvorfor Kolonien ingen Kompetence har til at vedtage en saadan Lov«.

Denne lejlighedsvise judicielle Kontrol gennem Privy Council med Koloniernes Selvstyrelove har en indre Lighed med den af den amerikanske Højesteret senere udøvede Prøvelsesret over Enkeltstatslove:

| | | |
|-----------------|---|-------------------------------|
| Parlamentslov | = | Forbundets Forfatning og Love |
| Privy Council | = | U. S. A.s Højesteret |
| lokal Kolonilov | = | Enkeltstatslove, |

og vi kommer herefter til den anden for den amerikanske Lære særegne statsretlige Forudsætning. I en Forbundsstat maa der efter Sagens Natur være en Legalitetskontrol med Enkeltstaternes Love. Kontrollen kan være henlagt til et politisk Organ eller være henlagt til judicielle Organer, men *det er nødvendigt, at der under en eller anden Form er en Kontrol med, at Enkeltstaterne ikke lovgiver paa det for Forbundet reservede Omraade*. Under Forhandlingerne om Forbundsforfatningen afviste man en politisk Kontrol gennem Kongressen og indsatte i Stedet Bestemmelser i Forfatningen, som forudsatte, at Kontrollen udøvedes gennem Domstolene, og faa Aar efter Forbundsforfatningens Gennemførelse blev der af Forbundets

Circuit Courts truffet Afgørelser om Statsloves Forfatningsmæssighed. Den første publicerede Afgørelse af denne Kategori er Sagen Van Horne's Lessee v. Dorrance fra 1795, men det vides, at der foreligger lignende Afgørelser fra de underordnede Forbundsdomstole fra 1791, 1792 og 1793. Den første Højesteretsdom, der underkendte en Statslov som stridende mod Forbundets reserverede Omraade, er en Afgørelse fra 1796, hvor Højesteret tilsidesatte en Virginialov som stridende mod en Bestemmelse i Jay-Traktaten med England.

Denne judicielle Prøvelsesret *nedad* kendes i talrige andre Forbundsstater, men den behøver ikke at føre til Anerkendelse af en Prøvelsesret *opad*. Dette ser man af den schweiziske Forfatning, hvor Forbundets Domstol ikke har Prøvelsesret overfor Forbundslove, men kun overfor Kantonlove. Den ekstreme amerikanske Doktrin, hvorefter Domstolene har Prøvelsesret ikke blot overfor *underordnede* Lovgivningsorganers, men ogsaa overfor *sideordnede* Lovgivningsorganers Love, har aldrig faaet Indpas i Schweiz. Altsaa kan Systemet med Prøvelsesret af Forbundslove udmærket undværes. Hvorledes kan det da gaa til, at U. S. A.s Højesteret er kommet ind paa at prøve Forbundsloves Forhold til Forfatningen?

Skønt der i Slutningen af det 18. Aarhundrede i U. S. A. var mange Betingelser til Stede for Skabelsen af en ny Retstanke, Betingelser som ikke fandtes andetsteds, og som navnlig aldrig har været til Stede i Danmark eller Norge (Naturretstanken levende, Oprørsatmosfæren, det tidligere koloniale Tilhørsforhold, Forbundstatstanken), saa vilde Grundsætningen maaske aldrig have faaet andet Indhold end en Prøvelsesret overfor Statslove, om der ikke omkring Aarhundredskiftet var brudt ud en voldsom politisk Strid mellem det konservative Føderalistparti og det demokratiske Anti-Føderalistparti (Republikanerne), hvor alle Midler toges i Anvendelse. Marbury Sagen fra 1803, som indtil 1857 var den eneste Højesteretsafgørelse, der tilsidesatte en Bestemmelse i en Forbundslov, er en direkte Følge af denne Strid.

Skulde man tro Tocqueville og Aschehoug, er Doktrinen om Domstolenes Prøvelsesret overfor *sideordnede* Lovgivningsorganers Love skabt under den rene Idyl. Læren havde Tilslutning fra alle, og der var almindelig Tilfredshed med den¹²). Sandheden ser noget anderledes ud. I Slutningen af 1790-erne gik Føderalistpartiet, som havde siddet ved Roret siden Unionens Dannelse, over til en meget

haardhændet Indenrigspolitik for at slaa indre Uroligheder ned og fik gennemført forskellige Love, der kunde tjene som Grundlag for denne Politik. Forbundsdomstolene, som helt igennem var besat med føderalisttro Dommere, fulgte med i denne skærpede Kurs. Den haarde Haands Politik gav hurtigt Bagslag. Ved Valget i Aar 1800 mistede Føderalisterne Flertallet i Kongressen for aldrig senere at genvinde det, og Republikaneren Jefferson blev valgt til Præsident efter Føderalisten Adams.

Nu havde den amerikanske Forfatning indtil det 20. Amendments Gennemførelse i 1933 Bestemmelser, der med Mellemløb kunde føre til ejendommelige politiske Forhold. Efter Forfatningen begyndte Kongressens ordinære aarlige Samling den første Mandag i December, og i de lige Aar skulde der afholdes Valg til Repræsentanternes Hus, og samtidig fornyedes en Del af Senatet. Disse Valg skulde imidlertid først have Virkning fra den 4. Marts i det følgende ulige Aar, d. v. s. der kunde gaa 13 Maanedre, inden den nyvalgte Kongres virkelig kom i Funktion. Naar Flertallet ikke skiftede, var dette en mere teknisk Fejl. Men naar Flertallet skiftede, havde man den besynderlige Ordning, at de slagte Politikere regerede videre i endnu en Samling, som hurtigt fik Navnet »lame-duck« Samlingen, d. v. s. de fallerede Politikeres Samling¹³).

En saadan »lame-duck« Samling var den Samling, der afholdtes fra December 1800—Marts 1801. Jefferson var valgt til Adams' Efterfølger, men først fra 4. Marts 1801, og hans Parti havde sejret ved Valget, men først med Virkning fra 4. Marts 1801. Indtil da var Statsmagten hos Adams og den gamle Kongres, hvori Føderalisterne havde Flertal.

Efter almindelige politiske Begreber burde et Parti, der var slaaet ved Valgene, straks takke af, og naar man havde en saa særpræget Ordning som den amerikanske, burde Partiet i hvert Fald nøjes med i »lame-duck« Samlingen at gennemføre, hvad der var strengt nødvendigt, og lade Resten ligge til Efterfølgerne. Føderalisterne saa anderledes paa det. De forstod ikke Resignationens Kunst, men gennemførte en Række vigtige Love og foretog vigtige Udnævnelser, hvorved de søgte at sikre sig Herredømmet over Domstolene for en uoverskuelig Tid fremefter.

I dette politiske Interregnum blev der for det første udnævnt en ny Højesteretspræsident. Kort før Valget havde Højesteretspræsidenten anmodet om sin Afsked paa Grund af Svagelighed, og

Adams kunde derfor sikre Føderalistpartiet denne Post. Hans definitive Valg faldt paa hans egen Minister, John Marshall, en tidligere Sagfører, der var overbevist Føderalist. Med det endnu føderalistiske Senats Godkendelse blev Marshall den 31. Januar 1801 udnævnt til Højesteretspræsident.

Derefter gennemførte Føderalisterne den 13. Februar 1801 en Lov, Circuit Court Act, hvorved Forbundsdomstolene omorganiseredes saaledes, at der oprettedes 6 nye Domstole med ialt 16 nye Dommere. Foranstaltningen havde længe været drøftet, og Ordningen var vist i og for sig ikke helt upaakrævet. Hvis Adams blot havde overladt til sin Efterfølger, der skulde tiltræde knap 3 Uger senere, at afgøre, hvem der skulde udnævnes, var Ordningen maaske ikke blevet mødt med Kritik. Men det var netop ikke Meningen. Formaalet med Lovens Gennemførelse var at sikre det fallerede konservative Parti Magten i Domstolene. Endelig gennemførtes der den 27. Februar 1801 en Lov, hvorved Præsidenten bemyndigedes til at udnævne et ubestemt Antal Fredsdommere i Distriktet Columbia.

Adams fik derfor paa Falderebet travlt med at udnævne nye Dommere. Til de 16 nye Landsdommerstillinger valgte han udelukkende Føderalistpolitikere, og den 2. Marts bekræftede Senatet den sidste af disse Udnævnelser, de saakaldte midnight-judges.

Jeffersons og Republikanernes Raseri over dette Kup var grænseløst. »Føderalisterne har trukket sig tilbage til Domstolene som til en uindtagelig Fæstning. Der vil Resterne af Føderalismen holde sig og blive fodret fra Finanshovedkassen, og fra den Batteristilling vil alt, hvad Republikanerne udretter, blive skudt ned og ødelagt«, skrev Jefferson til en Ven. Som et yderligere Bevis paa Mistillid til den nye Præsident var der i Loven om Distriktsdomstolene blevet optaget en Bestemmelse om, at Antallet af Dommere i Højesteret ved førstkommende Ledighed skulde reduceres fra 6 til 5, hvorved man hindrede Jefferson i at udnævne en Republikaner til Dommer i Stedet for en Føderalistdommer, der forventedes at ville søge sin Afsked. Denne Spøg gentog Kongressen under Præsident Johnson.

Meningen med hele denne Aktion var ikke til at tage fejl af, og Republikanerne skummede af Raseri over denne uanstændige Politik. Situationen skærpedes, da Marbury anlagde Sag mod Madison.

1 Hastværket før den 4. Marts havde Adams og Marshall, der

stadig fungerede som Minister, glemte at udlevere Beskikkelserne til de 42 nye Fredsdommere, som de havde udnævnt i Distriktet Columbia. Den 3. Marts havde Senatet bekræftet Udnævnelserne, og de laa underskrevet og forseget, da Jeffersons Administration traadte til, men de var ikke blevet udleveret. Jeffersons første Modtræk mod Føderalisterne var en Ordre til den nye Minister, Madison, om at tilbageholde Beskikkelserne af de 17 mest fanatiske Føderalister, deriblandt Marbury.

Svaret herpaa var et Sagsanlæg direkte ved Højesteret fra Marbury m. fl. mod Madison med Anmodning om et mandamus for at tvinge ham til at udlevere Beskikkelserne. Det paastaaede Grundlag var en Bestemmelse i Art. 13 i Judiciary Act af 1789, der bemyndigede Retten til at give et saadant Paalæg til Unionens højeste Embedsmænd. I December Termin 1801 kom Sagen for i Højesteret, og Domstolen tillod efter en kort Debat, at Sagen fremmedes, og udsatte den til et senere Retsmøde efter at have anmodet Madison om at give en Sagsfremstilling.

Misbrug avler gerne Misbrug. Da Republikanerne nu følte deres Prestige truet af Højesteret, gik de haardt frem og stillede i Kongressen Forslag om Ophævelse af Circuit Court Act af 1801. Efter Forfatningen kunde man ikke afskedige de 16 nye Føderalisterdommere, og Republikanerne nærmede sig derfor Spørgsmaalet indirekte. Naar Loven blev ophævet, svævede Dommerne i Luften og NB. uden Løn.

Nu var Situationen vendt om. Republikanerne var i Offensiven og Føderalisterne i Defensiven. Forslaget gav Anledning til en langvarig Debat, inden det den 29. April kunde føres igennem, og under disse Forhandlinger hævdede Føderalisterne som deres Anskuelse i Overensstemmelse med de tidligere af Hamilton fremførte Synspunkter, at Ophævelsesloven vilde kunne underkendes af Forbundsdomstolene som forfatningsstridig¹⁴), medens Republikanerne afviste, at Højesteret kunde underkende Forbundslove. Debatten om dette Spørgsmaal var meget lidenskabelig, og for nu at kølne Højesterets Lyst til at underkende Forbundslove gennemførte Republikanerne for en Sikkerheds Skyld en Ændring i Retsplejeloven, hvorved man afskaffede den ene af Højesterets to aarlige Sessioner og samtidig udsatte Højesterets næste Møde i 14 Maaneder. Tanken hermed var at give Højesteretsdommerne og de 16 frit i Luften svævende Landsdommere en passende lang Tid til at svale af i.

Endelig foranledigede Jefferson, at der blev rejst Rigsretssag mod en af de underordnede Forbundsdommere for at faa ham afskediget, hvilket lykkedes. Dommeren var vitterlig sindssyg, men hertil toges der intet Hensyn. Dette var en indirekte Trusel mod den føderalistiske Højesteret.

Da Højesteret i Februar 1803 paany traadte sammen efter den ufrivillige Ferie, var den første Sag, som krævede Rettens Opmærksomhed, Marburys Sag, og det brændende Spørgsmaal var tilsyneladende dette, om Retten kunde tvinge Ministeren til at udlevere Beskikkelsen. Fra et politisk Synspunkt vilde en Dom, der fastslog dette, være en farlig Handling. Rigsretstruslen svævede i Baggrunden, og at der ikke var Tale om en tom Trusel, var man klar over. Højesteret veg derfor tilbage for at dømme Madison. Paa den anden Side var det politisk vigtigt at bevare Ansigtet. Marshall fandt derfor paa en Fremgangsmaade, som af de virkelig kyndige karakteriseres som Udslag af genial politisk Strategi. Han lod Højesteret ofre en Bestemmelse i en Forbundslov for at kunne frifinde Madison af mere formelle Grunde og uden at give ham Medhold i Realiteten. Til alles Overraskelse slog Højesteret fast, at Bestemmelsen i Art. 13 i Loven af 1789, som man havde læst paa den Maade, at Højesteret kunde give et mandamus i den foreliggende Sag, var i Strid med Forfatningen, fordi den tillagde Højesteret en større Competence i en »original« Højesteretssag, end Forfatningen hjemlede. Ved at læse Art. 13 paa denne Maade brød Højesteret med et naturligt og altid senere fulgt Retsprincip aldrig at underkende en Lov, dersom man ved Fortolkning kan gøre den forfatningsmæssig. Paa denne Maade slap Højesteret udenom at dømme Ministeren til at udlevere Dommerudnævnelserne, hvorfor Jefferson vanskeligt kunde gaa til en Modaktion. Samtidig fik man et Højesteretspræjudikat, der fastslog Føderalisternes politiske Yndlingsdoktrin, hvis juridiske Holdbarhed Republikanerne lige havde bestridt¹⁵), om Domstolens Prøvelsesret ogsaa overfor sideordnede Lovgivningsorganers Love. Og endelig kunde man ved i Strid med alle hævdvundne Synspunkter først at drøfte Sagens Realitet for at fastslaa, at Marbury materielt var berettiget til det Retsmiddel, han søgte, for derefter at afvise at give fældende Dom med den Begrundelse, at Højesteret ikke havde Jurisdiktion i Sagen, opnaa at svine en politisk Modstander til. Tilbageholdelsen af Beskikkelsen, som var sket efter Præsidentens specielle Ordre, blev stemplet som materielt

ulovlig, og Regeringen klarede kun Frisag af formelle Grunde. Regeringen havde faaet en Lektion, og samtidig bakkede Højesteret ud af Sagen.

Da Aarsagen til, at der overhovedet opstod en Retstvist, var en Forsømmelse, som Marshall havde begaaet som fungerende Minister, burde han efter almindelige processuelle Synspunkter ikke have deltaget i Sagens Behandling. Han var inhabil. Den Omstændighed, at han desuagtet afgav Rettens Votum i Sagen, og i dette vendte op og ned paa sædvanlig Domsaffattelse, afslører i sig selv, i hvor høj Grad Marbury Sagen var en politisk inficeret Sag. Jefferson tilgav aldrig Marshall dette Brud paa elementære Retsplejeprincipper, og han forsøgte kort Tid efter at faa anlagt en Rigsretssag mod Marshall, men da Spørgsmaalet blev rejst paa et Tidspunkt, hvor der kun var Interesse for Udenrigspolitik, førte Jeffersons Initiativ ikke til noget Resultat. Derimod lykkedes det for Jefferson at faa anlagt en Rigsretssag mod Marshalls Kollega Chase. Efter en bevæget Procedure blev Chase frifundet. Efter denne Sags Rejsning skrev Marshall et trøstende Brev til Chase, hvori han fremsatte en Udtalelse, der viser, hvor opportunistisk Højesterets Afgørelse var. »En Revision af de Afgørelser, som Lovgivningsmagten har anset for usunde, vilde sikkert stemme bedre med vort milde Temperament end en Fjernelse af den Dommer, som har truffet dem uden at være klar over sin Brøde.« Marshall var altsaa nu, da det havde vist sig, at Lovgivningsmagt og Præsident forsøgte at slaa til, mest tilbøjelig til at rende fra sine Anskuelser¹⁶).

Systemet er helt igennem amerikansk. Det er Amerikas originale Bidrag til Retsvidenskaben. Heri har Beveridge Ret. Optakten til og de ydre Omstændigheder ved Sagen afslører en Indstilling overfor Retsspørgsmaal, som er os fremmed. Men vi maa bedømme Systemet ogsaa efter dets indre Værdi og se lidt nærmere paa det.

Argumentationen for og imod Prøvelsesretsdoktrinen.

Efter herskende dansk Statsretsteori udledes Princippet om Domstolene som øverste Forfatningsfortolker ved en Fortolkning af Grundlovens § 94, der fastslaar Forfatningsprincippet. Tankegangen er hentet fra amerikansk Doktrin, der dog ikke indfortolker Grundsætningen i den til § 94 svarende Forfatningsbestemmelse, men derimod dels i Art. III, § 2, hvorefter den dømmende Magt om-

fatter alle Tvistemaal, der opstaar under Forfatningen, dels i Art. VI, Stk. 2, om, at Forfatningen og de Forbundslove, som gives i Henhold hertil, skal være Landets øverste Lov. Paa Forhaand synes disse Bestemmelser at danne et noget solidere Grundlag for Læren end § 94, navnlig naar der er Tale om Forbundsdomstolenes Myndighed overfor Enkelstatslove.

I Marshalls Votum i Marbury Sagen¹⁷⁾ er Forfatningens Ordlyd dog noget sekundært. Han omtaler Indholdet af baade Art. III og VI, men disse Bestemmelser er ikke hans Udgangspunkt, lige saa lidt som han søger Tilknytning til ældre Praksis. Der er efter Marshalls Opfattelse Tale om et *almengyldigt* Retsprincip, der gælder *overalt, hvor skrevne Forfatningslove er gennemført*, og dette Princip bliver nok bekræftet og styrket af Forfatningens særlige Ordlyd, men *dets Gyldighed forudsættes at være uafhængig af positive Bestemmelser*, fordi det er »væsentligt for alle skrevne Forfatninger, at en Lov, der strider mod Forfatningen, er ugyldig, og at Domstolene saavel som alle andre Statsmyndigheder er bundet af dette Dokument«. Et andet Sted i Dommen udtrykkes den samme Tanke, naar det hævdes, at den Teori, som maa gælde i *enhver* Stat, hvis Forfatning drager Grænser for Lovgivningsmagts Kompetence, »maa være, at en Lovgivningsakt, som strider mod Forfatningen, er ugyldig. Denne Teori er *væsentlig for skrevne Forfatninger* og maa følgelig af denne Domstol betragtes som et af vore fundamentale Samfundsprincipper«.

Det er Naturretstankegangen, der præger Marshalls Ræsonnement, og man sporer denne Tankegang i nordisk Teori, naar Berlin taler om den Betydning, der *naturligt* tilkommer § 94 som bindende Retsforskrift, og naar Aschehoug hævder, at Grundsætningen om Prøvelsesretten med Nødvendighed flyder af Grundlovens Egenskab af Landets øverste Lov. Da Erfaringen viser, at der findes Lande med skrevne Forfatninger, hvor Princippet ikke er anerkendt (bl. a. Frankrig, Belgien, Danmark til 1918, vistnok ogsaa Holland), kan Betragtningen ikke opretholdes. Den er uhistorisk, og der er kun Tale om et dogmatisk Postulat.

En anden Ting, som er karakteristisk for Marshalls Argumentation, er, at han antager og udtaler, at hele Problemet i Grunden er ganske ligetil, idet det kun er nødvendigt at fastslaa visse Principper, som har været anerkendt længe og almindeligt. Han reducerer Standpunkterne til to enkle, klare og diametralt modsatte, som

der maa vælges imellem efter Princippet, at den, der ikke er med mig, er mod mig. Denne Maade at behandle Problemet paa er en direkte Arv fra de politiske Drøftelser om Ophævelsesloven af 1802, hvor man forudsatte, at der kun gaves to Standpunkter, men det er en politisk og ikke en videnskabelig Betragtningmaade.

Efter Marshall er der kun følgende to Løsningsmuligheder:

- 1) enten kontrollerer Forfatningen enhver Lovgivningsakt, der strider mod den, hvormed korresponderer fuld Prøvelsesret for Domstolene,
- 2) eller ogsaa kan Lovgivningsmagten ændre Forfatningen ved en simpel Lov, og Domstolene har ingen Prøvelsesret.

»*Mellem disse Alternativer er der ingen Middelvej*: Enten er Forfatningen en højeste Lov, som ikke kan ændres paa sædvanlig Maade, eller ogsaa er den paa Linje med almindelige Lovgivningsakter, og kan som andre Love forandres, naar det passer Lovgivningsmagten. Hvis det første er rigtigt, saa er en Lovgivningsakt, der strider mod Forfatningen, ikke en Lov. Hvis det sidste er rigtigt, saa er skrevne Forfatninger kun absurde Forsøg fra Folkets Side paa at begrænse en Magt, som efter sin Natur ikke kan begrænses.«

Disse Udviklinger er tilsyneladende meget logiske, og Tankegangen er gaaet over i dansk Teori, hvor man som Marshall gaar ud fra, at der kun findes to Standpunkter: fuld Prøvelsesret (d. v. s. fuld Fortolkningsret overfor Forfatningen) eller ingen Prøvelsesret. Opstillingen vakte Samtidens Beundring og blev sammenlignet med en matematisk Sætning af Euclid, saa umiddelbart indlysende forekom dens Rigtighed. Man er her ved det springende Punkt i hele Prøvelsesretsdiskussionen. Hvis Udgangspunktet er forkert, falder den Argumentation, som dansk-norsk Teori har stillet op til Støtte for Læren om Domstolenes ubegrænsede Fortolkningsret, sammen som et Korthus. For ogsaa her gaar man ud fra, at der kun findes to Standpunkter.

Udgangspunktet er forkert. Der findes mere end to Løsningsmuligheder¹⁸), idet der ofte har været opstillet og i dansk Højesteretspraksis arbejdes med en Mellemløsning, hvorefter Domstolene paa den ene Side ikke er bundet af klart forfatningsstridige Love og paa den anden Side heller ikke opkaster sig til øverste Fortolkningsinstans. Løsningen svarer til Chases og Stangs clear case Lære,

og naar Marshall opgav at bruge den i Marbury Sagen, er Forklaringen rent politisk. Sagen var meget tvivlsom, men Prøvelsesretsdoktrinen maatte à tout prix fastslaas. Erkender man Muligheden af en Mellemløsning, viser det sig, at Størstedelen af Argumentationen for Prøvelsesretten faar en anden og mere begrænset Rækkevidde. Det særlige for Marshalls Argumentation — som gaar igen i nordisk Teori — er nemlig dette, at *der anføres Betragtninger, som hentes fra Forfatningsbrudssituationen, til Støtte for en Lære om, at Domstolene skal være øverste Fortolkningsmyndighed*. Det, han gør sandsynligt, er kun det ganske selvfølgelige, som vel næppe nogen for Alvor har bestridt, at Domstolene ikke kan være bundet af Love, som aabenbart for alle og enhver er forfatningsstridige. Ved paa Forhaand at begrænse Løsningsmulighederne til to tvinger han Læseren til at give sig Ret, Springet til den anden Løsningsmulighed er for stort. Den, der gennem nogle Aar har fulgt Rigsdagsforhandlinger, er fortrolig med dette billige Trick.

Man ser lettest Skævheden i Marshalls Ræsonnement ved at betragte de konkrete Tilfælde, som han anfører til Støtte, og som han har hentet fra Hamilton og fra Morris' Indlæg i Senatsdebatten om Ophævelsesloven af 1802. De Eksempler, han nævner, er oplagte Tilfælde af Forfatningsbrud. Skal Domstolene respektere en Lov, hvorved Kongressen lægger Eksporttold paa Bomuld, Tobak eller Mel, naar der i Forfatningen indeholdes et udtrykkeligt Forbud mod, at Kongressen indfører Eksporttold, spørger Marshall? Skal Domstolene i en saadan Situation virkelig lukke Øjnene for Forfatningen og kun se Loven? Forfatningen indeholder, fortsætter Marshall, et Forbud mod at vedtage en bill of attainder eller en ex post facto Lov. Hvis en saadan Lov vedtages, og en Person anklages, skal Domstolen da dødsdømme den ulykkelige, som Forfatningen søger at beskytte? Paa samme Maade havde Paterson i Van Horne Sagen spurgt, om Domstolene skulde respektere en Lov, der ophævede Religionsfriheden eller Nævningeinstitutionen.

For saa vidt man fra disse Eksempler kun drager den Slutning, at Domstolene ikke kan være bundet af andre Love, der *paa lige saa eklatant Maade bryder med Forfatningen*, er Logikken i Orden; det er imidlertid ikke det, Marshall gør. Ved paa Forhaand at have begrænset Løsningsmulighederne til to slutter han fra sine klare Tilfælde, at Domstolene ogsaa afgør de tvivlsomme Fortolkningstilfælde. Det er en falsk Analogi fra det sikre til det usikre,

hvad den, der læser Argumentationen, ikke reflekterer over, fordi han ikke gennem andre Eksempler gøres opmærksom paa, hvor tvivlsomt Spørgsmaalet oftest er. Man behøver blot at sammenstille Bomuldstoldseksemplet med de Retsspørgsmaal, der forelaa til Paa-dømmelse i nogle af de tidligere udførligt refererede Sager, for at se, at der er en afgørende Forskel i Forfatningsbestemmelsernes Klarhed. Fordi man anerkender, at Domstolene ikke er bundet af en Lov, der ophæver Religionsfriheden, behøver man ikke at være enig i, at det bør være Domstolene, der afgør, om Ydelse af Stats-tilskud til kriseramte Landbrugere er foreneligt eller uforeneligt med Forfatningens general welfare Klausul. Er Domstolene bedre egnede end Politikerne til at afgøre, om en Foranstaltning stemmer med Almenvellet? Det vil mange svare nej til.

Marshalls Anvendelse af Eksempler er væsentlig for hans Argumentation, og meget af hans abstrakte Udviklinger er blot en Omskrivning af den Tanke, som ligger bag Eksemplerne. Naar han spørger, hvorfor Forfatningen har begrænset Unionens Kompe-tence, om ikke Meningen hermed var, at Grænserne ikke til enhver Tid kunde overskrides af dem, som de skulde gælde for, henter han igen, men blot abstrakt, et Argument fra Domstolenes Stilling i Forfatningsbrudssituationen og anvender det til Støtte for en Anerkendelse af Domstolenes generelle Fortolkningsret. Tilsvarende Fejlslutning foretages fra Dommereden, som han citerer og gør et stort Nummer ud af. »Hvor umoralsk at paalægge Dommerne at aflægge Ed, hvis de skal bruges som Redskaber — vidende Redskaber — til at krænke, hvad de sværger at holde!« Da ogsaa Præsident og Kongresmedlemmer aflægger Ed paa at ville holde Forfatningen, forudsætter Betragtningen, at Dommerne er den personificerede Grundlov, og at Politikerne er mere tilbøjelige til at bryde Eden. Denne Betragtning anvendes ikke i nordisk Teori, skønt Forholdene er de samme, og den er opgivet i amerikansk Teori. Den er for tynd.

Naar Marshall endelig hævder, at de, som udformede Forfatningen, maa have delt hans Synspunkter, bemærkes hertil, at Forfatningsforhandlingerne var hemmelige, og at Madisons Optegnelser, som er den vigtigste Oplysningskilde, først blev offentliggjort paa et meget senere Tidspunkt. Hvordan en Afstemning om Spørgsmaalet paa Forfatningskonventet i 1787 vilde være faldet ud, har man diskuteret indgaaende i det 20. Aarhundrede, men uden at rejse Spørgsmaal om, hvorledes Afstemningen vilde være faldet ud,

om man havde forsøgt Chases Mellemløsning. Spørgsmaalet er i øvrigt i den Grad vævet sammen med Spørgsmaalet om Forbundsdomstolenes Prøvelsesret overfor Statslove, at det fra et nordisk Standpunkt ikke kan have Interesse at gaa nærmere ind herpaa. Det er nok at konstatere, at man ikke ved, om Mellemløsningen har været diskuteret, og at Marshalls Henvisning til, hvad Forfatningsfædrene tilsigtede, er en Gisning, hvor han sætter sin Hensigt i Stedet for Forfatningsfædrenes.

Marshalls skarpe Sondring i Marbury Sagen mellem to modsatte Standpunkter svarende til de Standpunkter, som henholdsvis Føderalisterne og Republikanerne indtog under Debatten i 1802, er det Grundlag, hvorpaa man i dansk Teori har diskuteret og i Dag stadig diskuterer dette Problem, og den væsentligste Indvending, som man kan fremkomme med mod Diskussionen, er efter min Mening denne, at man ikke har forsøgt at slaa Bro over den Afgrund, der er mellem Opfattelserne, skønt man har været klar over, at der gaves et Mellemlandpunkt. Det nævnes baade af Nellemann, Holck og Berlin. Nellemann anfører en passant, at man undertiden skelner imellem, om en Lov aabenbart strider mod Forfatningen, eller om dette ikke er Tilfældet. En saadan Betragtning er dog efter Nellemann ganske ujuridisk. Der gives ikke Grader i dette Forhold. Berlin omtaler i en Note, at den danske Højesteret faktisk arbejder med denne Sondring, men overvejer ikke, hvorledes Mellemløsningen maa virke ind paa Drøftelsen. Diskussionen videreføres i den gamle Skure, og der føjes intet væsentligt nyt til, hvad Matzen har anført. Hovedsynspunkterne i dansk Teori er derfor stadig de to Yderstandpunkter fra den amerikanske Kongresdebat fra 1802. Holcks og Nellemanns Anskuelser svarer til Republikanernes, Matzens og Berlins til Føderalisternes.

Nyere Retsteori deler ikke Nellemanns Rædsel for at anvende graduelle Sondringer, men anerkender, at man er nødt til at arbejde med dem paa en Række Omraader og altid har gjort det. Fra et retsteoretisk Synspunkt er der intet til Hinder for, at man accepterer den Mellemløsning, som den danske Højesteret har valgt, og naar man gør dette, faar den retslogiske Betragtning ud fra Forholdet Forfatning—Lov, som Marshall har fremført i Marbury Sagen, og som i Virkeligheden er Kærnen i hele Diskussionen, sin rette Placering. Betragtningen kan kun anføres til Støtte for den Grundsætning, at Domstolene ikke er bundet af Love, der klart

bryder med Forfatningen, og det er ingen logisk Konsekvens heraf, at Domstolene ogsaa skal anbringes som øverste Fortolkningsmyndighed i ethvert Forfatningsspørgsmaal.

Hvad man herudover har anført i dansk-norsk Teori til Støtte for den vidtgaaende Lære om Domstolenes Fortolkningsret, har i det væsentlige Karakteren af *subjektive Vurderinger af det gavnlige og hensigtsmæssige* i at opstille en saadan Lære, og det er ikke vanskeligt at paavise, at der her af Tilhængerne af den amerikanske Doktrin i vidt Omfang foretages en Fejlvurdering, som beror paa et manglende Kendskab til Detailler i den amerikanske Forfatningsudvikling. Idet jeg henholder mig til den udførlige Fremstilling, som jeg har givet ovenfor*), bl. a. for at sætte Læseren i Stand til selv at fælde sin Dom om Grundsætningens Gavnlighed og Hensigtsmæssighed fra et forfatningsretligt Synspunkt, skal jeg kun kort korrigere nogle af de Misforstaaelser, som har indvirket paa Vurderingen.

Naar det anføres, at man i U. S. A. har anset Ordningen for »velsignelsesrig og uundværlig«¹⁹⁾, er der Tale om en fundamental Misforstaaelse. Ordningen er gennem Tiderne blevet kritiseret skarpt ikke blot af dem, som det er gaaet ud over i de enkelte Tilfælde (Arbejderne, Landbrugerne, Debitorgrupper) og deres Repræsentanter i Kongressen, men ogsaa af Dommere og af Universitetsprofessorer**). Jeg lægger megen Vægt paa den Kritik, der i Tidens Løb er fremført fra Universitetsside, lige fra Professor Thayer og til Professorerne Haines, Corwin og Swisher, fordi den fremføres af uafhængige Personer, der mindre end andre er interesseret i en bestemt Løsning og derfor ikke har en forudfattet Mening. Det er en meget nøgtern og objektiv Kritik, der er fremført fra denne Side.

Aschehous Bevis for, at man i U. S. A. har været veltilfreds med Ordningen, er bl. a. dette, at der ikke anføres noget Eksempel paa, at en Forfatningsbestemmelse er blevet forandret for at fremtvinge en anden Forstaaelse, end den Domstolene har gjort gældende. Da Aschehoug i 1885 udgav sin Bog, kendte man to Eksempler paa Ovrerruling af Højesteretsafgørelser gennem Amendments, det 11. Amendment, der tog Afstand fra Højesterets Afgørelse i Sagen Chisholm v. Georgia fra 1793, og det 14. Amendment fra 1868, der

*) 21 f. **) S. 30—31 med Note 18.

annullerede Dred Scott Afgørelsen fra 1857. Senere er Pollock Sagen fra 1895 annulleret gennem det 16. Amendment. I 1920-erne forsøgte man gennem et Amendment at faa annulleret Domsafgørelserne om Børns Fabriksarbejde, men Sagen strandede i Enkeltstaternes Legislaturer. Det Argument, der antages at tale for en Indførelse af det amerikanske System, viser sig ved nærmere Efter-syn at tale imod denne ekstreme Lære.

En Misforstaaelse er det ogsaa, naar man (bl. a. Berlin) hævder, at Domstolene i U. S. A. og andetsteds ikke ophæver den påagældende Lov, men kun tilsidesætter den i det enkelte Tilfælde, eller ogsaa foreligger der en Sofisme. Ser man Marbury Sagen efter, konstaterer man, at Lovbestemmelsen erklæres for »void«, og tilsvarende Udtryk støder man paa i en Række følgende Domme. Teorien fra Story og Cooley opfatter som Regel ogsaa Forholdet paa denne Maade. Een enkelt Højesteretsafgørelse kan efter Omstændighederne være tilstrækkelig til at sætte en Lov eller en Lovbestemmelse ud af Kraft. Det er en Følge af den amerikanske Præjudikatteori og vil i dansk Ret være en Følge af den Betydning, som Domstolene faktisk tillægger Højesteretsafgørelser, hvad Nellemann forlængst har fremhævet. I amerikansk Praksis drager man med realistisk Sans heraf den Konsekvens, at man i Lovsamlinger udelader de Love eller Lovbestemmelser, som er underkendt af Domstolene som forfatningsstridige. Eksemplerne er legio. Berlins Betragtning synes at stamme fra Tocqueville, men den var ogsaa i 1830-erne urigtig²⁰).

Betragtninger af mere retsteknisk Art har spillet en stor Rolle i Diskussionen. Man har drøftet, hvorledes den amerikanske Ordning vil indvirke paa Retssikkerheden, men karakteristisk for denne Diskussion er det, at man diskuterer Problemet abstrakt og uden at drøfte de konkrete Erfaringer, som man har gjort i U. S. A. Spørgsmaalet kan næppe drøftes abstrakt. Hvor stor Retsusikkerhed, der vil indtræde, beror paa Retsafgørelsernes Indhold og Antal. De to amerikanske Højesteretsdomme fra 1920-erne, hvori det fastsloges, at det var forfatningsstridigt at beskatte Forbundsdommerne, kan ikke have haft særlig stor retsopløsende Virkning. Helt anderledes var Virkningerne af Højesterets Afgørelse i 1870 i Hepburn Sagen, der fastslog og forudsatte, at alle Debitorer ikke kunde betale deres Gæld med de Papirpenge, som havde cirkuleret i 7—8 Aar, og utaalelig blev Retsusikkerheden, da Højesteret under Roosevelt an-

nullerede store Dele af New Deal. Efter Afgørelsen i 1935 i »sick chickens« Sagen brød Helvede løs i de lavere Forbundsdomstole, der i Løbet af kort Tid nedlagde 1600 Forbud mod, at Forbundets Tjenestemænd udførte Forbundslove.

At den amerikanske Ordning *kan* føre til Opløsning af enhver fast Orden og til kaotiske økonomiske Tilstande, er der ingen Tvivl om, og det gælder ikke blot de Misbrug, der har foreligget med Hensyn til due process Klausulens Anvendelse, men ogsaa den svingende Fortolkning af Handels- og Beskatningsklausulen, Benyttelsen af Sætningen »delegatus non delegare potest« o. s. v., som i Praksis har været af endnu større Betydning, naar Talen er om Underkendelse af Forbundslove. Og hvis man ikke vil anerkende, at Domstolene maa gaa saa vidt, har man taget Afstand fra det, som er det væsentlige i det amerikanske System.

Endelig har man diskuteret, om Domstolene efter den amerikanske Ordning vil blive Lovgivningsmagten overordnet, og ogsaa denne Drøftelse er i dansk Teori ganske formel og upaavirket af de amerikanske Erfaringer. Føderalisterne blev i 1787 mødt med den Indvending imod deres Lære, at Domstolene efter den blev ophøjet til det øverste Statsorgan. Hamilton maatte derfor i *The Federalist* forsøge paa at paavise, at det ikke vilde blive Tilfældet. Hans Betragtninger gik ud paa, at Domstolene vilde være det svageste Statsorgan, og at der derfor ikke vilde være større Fare ved en Ordning, hvorefter det blev Domstolene, der traf Afgørelsen. Herudover henviste han til, at Domstolene ikke gennemtvang deres egen Vilje, men kun Folkets Vilje, for det kan i Sandhed siges, at Domstolene hverken har »force nor will, but merely judgment«²¹).

Denne Betragtning, som delvis hviler paa forlængst opgivne metodiske Synspunkter, gaar stadig igen. Da Hamilton skrev sine Kommentarer, vidste man ikke, hvordan Systemet vilde komme til at virke, men det ved man i Dag. Den Vurdering, som Hamilton foretog uden Erfaringsmateriale, kan ikke holde. Hvis Domstolene opkaster sig til øverste Fortolkningsmyndighed og gør Alvor af Læren, vil der efter de amerikanske Erfaringer ikke være nogen Tvivl om, hvordan Systemet vil blive bedømt af *Lovgivningsmagten*. Det karakteriseres som »judicial supremacy«, og her overfor er det en mager Trøst for Politikerne, at enkelte Statsretslærere mener, at det ikke er *teoretisk* korrekt at opfatte Systemet paa denne Maade. Vurdering staar mod Vurdering. Politikernes Vurdering

støttes af talrige andre Statsretslærere. Jeg citerer kun Titlerne paa Professorerne Haines' og Lamberts Bøger om Prøvelsesretten: »The American Doctrine of Judicial Supremacy« og »Le Gouvernement des Juges aux États-Unis«. Den bedste Vurdering af Systemet er i øvrigt foretaget af en Mand, som ikke kendte det, Biskop Hoadly fra Bangor, som i 1717 i en Prædiken holdt i Kongens Nærværelse fremsatte følgende Udtalelse: »Whoever has an absolute authority to interpret any written or spoken laws it is He who is truly the Law-Giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.«

At den danske Højesteret ved at følge Teoriens Invitation til at lægge Kursen om udsætter sig for den Fare, at man fra Regeringens og Rigsdagsflertallets Side fremtidig vil interessere sig for Dommernes politiske Anskuelse, fremgaar af den amerikanske Forfatningsudvikling²²) og blev under den grundlovgivende Rigsforsamlings Forhandlinger fremhævet af Ørsted gennem følgende Udtalelse (Sp. 3375): »Jeg tror ogsaa, at denne Myndighed vilde faa en meget skadelig Indflydelse paa Domstolene; thi da vilde det jo virkelig være nødvendigt for Regeringen at sørge for, at Domstolene blev besatte med Mænd, som kunde antages ikke at ville omstøde Lovene, og dette vilde lægge Hindringer i Vejen for den fuldkomne Integritet, hvilken vore Domstole hidtil har bevaret.«

Konklusionen af Betragtningerne over den amerikanske Prøvelsesretsdoktrin er, at Doktrinen har sine specielle amerikanske Forudsætninger, som aldrig har foreligget i Danmark. Dens teoretiske Begrundelse kan ikke føre til en Ordning, hvorefter Domstolene tiltager sig Retten til at afgøre alle de mange vanskelige Spørgsmaal om Fortolkning, som opstaar, fordi Forfatningsbestemmelser ofte er ubestemt formuleret, men strækker kun til til en Ordning, hvorefter Domstolene kan tilsidesætte Love, som paa eklatant Maade strider mod Forfatningen. I Praksis har Doktrinen ført til en langvarig og til Tider voldsom Kamp om Forfatningens Fortolkning, hvor Højesterets Uafhængighed flere Gange har været truet af de andre øverste Statsorganer, som ikke roligt har kunnet se paa, at Højesteret placerede sig som en Super-Legislatur og — ofte kun med et Flertal paa 5 mod 4 — annullerede Forbundets Love. Først da Højesteret i 1937 ændrede Kurs, er Forfatningsstridighederne mellem Domstol og Lovgivningsmagt hørt op.

Den Praksis, som den danske Højesteret er slaaet ind paa, kan

ikke siges at være ensbetydende med, at Retten har accepteret den amerikanske Doktrin, men er kun Udtryk for det selvfølgelig, at Domstolene lige saa lidt som Administrationen og Borgerne er bundet af Love, som klart strider mod Forfatningen. Højesterets Praksis har derimod en indre Lighed med den Praksis, der følges i mange andre Lande, som tilsyneladende har accepteret de amerikanske Synspunkter (britiske Dominions), men i Virkeligheden ikke er gaaet videre end til at anerkende Doktrinen paa Papiret²³).

At skulle afgøre, hvornaar en Lov klart bryder med Forfatningen, og hvornaar den kan accepteres som tilladelig Omfortolkning, minder om den kendte Sejlads mellem Scylla og Charybdis, men hvis det ogsaa fremtidig er drevne Praktikere, der sidder ved Roret, kan man vist føle sig tryk med Hensyn til Navigationen i dette vanskelige Farvand.

En Parallel fra dansk Teori til Cokes obiter dictum fra 1610.

Kan en Lov angribes ved Domstolene alene ud fra det Synspunkt, at den er i Strid med Forfatningens Aand og Grundsætninger, konstitutionelle Principper, almindelige Retsprincipper o. lign.?

Betragtningen vil forekomme de fleste danske Jurister fremmed. Den positivistiske Retsfilosofi har behersket dansk Retsteori saa længe og har fundet Udtryk i saa mange Lærebøger og Haandbøger, at naturretlige Betragtninger har vanskeligt ved at trives, og baade Nellesmann og Holck tager under deres Drøftelser af Prøvelsesretsdoktrinen Afstand fra den Tanke, at Domstolene skulde kunne tilsidesætte en Lov ud fra den Betragtning, at den strider mod »højere Retfærdighed, Sædelighed og Humanitet«²⁴). Det skulde derfor ikke være nødvendigt at berøre Spørgsmaalet, om ikke Berlin, inspireret af en nyere fransk Statsretslærer med Hældning mod Naturretsfilosofien, havde forsøgt i dansk Forfatningsret at indføre en Grundsætning, der nøje svarer til den af Coke i 1610 i Bonhams Case udviklede*), gennem Fremsættelse af en ganske almindelig holdt Paastand om, at det, skønt ikke udtrykkeligt udtalt i Forfatningen, dog maa »anses for forudsat i denne, at mod almindelig anerkendte Retsprincipper aabenlyst stridende Love ikke kan anses for retsforbindende«. Da Berlin et andet Sted udvikler,

*) S. 80.

at Dommerne skal rette sig efter Loven, hvad enten de finder den god eller daarlig, moralsk eller umoralsk, kunde man fristes til at tro, at der foreligger en Lapsus; som Eksempel paa Love, som efter disse Synspunkter er ugyldige, nævnes imidlertid skærpende Straffelove med tilbagevirkende Kraft, og Udtalelsen kan følgelig ikke bortforklares²⁵).

Synspunktet er rent naturretligt, og der er navnlig et Omraade, hvor de naturretlige Idéer har vist sig at være i Besiddelse af stor Modstandsdygtighed overfor den positivistiske Retsfilosofi: Beskyttelsen af private Formuerettigheder. Det kan derfor være naturligt kort at omtale en Doktrin fra fremmed Ret, som af og til stikker Hovedet frem i dansk Teori, Læren om de velerhvervede Rettigheder.

Læren om »vested rights« er udformet af Kent og Story i første Tredjedel af det 19. Aarhundrede, og den trivedes længe Side om Side med Læren om Domstolenes Adgang til at kende Love, som strider mod Forfatningen, ugyldige. Grundlaget er et obiter dictum af Chase i Sagen *Calder v. Bull* fra 1798. I denne Sag havde Chase fastslaaet, at Forfatningens Forbud mod, at Enkeltstaterne gennemfører ex post facto Love, kun tog Sigte paa Straffebestemmelser (cfr. Fortolkningen af norsk Grundlovs § 97), og han indskrænkede gennem denne Fortolkning en Bestemmelse, som misbragt paa rette Maade kunde være blevet til et ypperligt Værn for private Formuerettigheder. Som en Slags Afbigt herfor udviklede Chase en Lære om, at Domstolene kunde tilsidesætte Love, naar de stred mod højere Retsprincipper.

Udgangspunktet for disse Betragtninger var den naturretlige Samfundskontraktsteori og Betragtninger over Lovgivningsmagts Natur og Formaal, hvorfra Chase deducerede en Række Begrænsninger i Lovgivningskompetencen udover dem, der var omtalt i Forfatningslovene. Han opstillede »implied limitations« som Følge af »vitale Principper for vore frie republikanske Regeringer«, »Samfundskontraktens første store Grundprincipper«, »vore Regeringsformers Natur og Aand« o. s. v., alt sammen uhyre uklart og udflydende. I Modsætning hertil udviklede hans Meddommer Iredell, som var enig i Domsafgørelsens Resultat, den positivistiske Lære, hvorefter Domstolene nok kunde tilsidesætte en Lov som forfatningsstridig i et oplagt Tilfælde, men ikke kunde gaa videre. Hvis en Lov laa indenfor Lovgivningsmagts Kompetence, kunde

Domstolene ikke tilsidesætte den, blot fordi den efter deres Skøn var i Strid med naturlige Retsprincipper. »Forestillingerne om naturlig Retfærdighed er ikke bestemt ved en fast Maalestok; de dygtigste og mest retsindige Mennesker har været uenige om Spørgsmaalet.«

Paa Grundlag af Chases naturretlige Betragtninger, der i Princippet svarede til Cokes obiter dictum fra 1610, opstilledes en Lære om velerhvervede Rettigheder, der længe havde en lammende Virkning paa Enkeltstaternes Lovgivningsinitiativ. Læren var meget yndet af Statsdomstolene og stod altid som en truende Tordensky i Baggrunden. Først med Cooley vandt Positivismen tilsyneladende Sejr over denne Naturretsteori. Cooley sluttede sig til Iredells Betragtninger og tog Afstand fra Læren om velerhvervede Rettigheder, som herefter forsvandt ud af amerikansk Ret. Hvad Cooley gjorde, var imidlertid i Realiteten dette, at han omfortolkede due process Klausulen, saa man i Stedet kunde søge Beskyttelsen her. Han positiverede Naturretstankegangen og skabte bl. a. gennem sin statiske Forfatningsfortolkningslære det ypperste Værn for den private Ejendomsret mod generende Reformlovgivning. For medens Domstolene havde været tilbageholdende med at underkende Love ud fra de rent naturretlige Synspunkter, saa slog baade Statsdomstole og Forbundsdomstole til, da det lykkedes Cooley gennem dristig Omfortolkning af due process Klausulen at smugle dem ind i Forfatningen. Nu var der en formel Hjemmel, og Jurister er Formalister. Udviklingen til 1937 indenfor amerikansk Ret kan derfor betragtes under Synsvinklen kamoufleret Benyttelse af Naturretssynspunkter til Underkendelse af Love²⁶).

Berlins Naturretsbetragtninger har derfor en vis Støtte i ældre amerikansk Teori og Praksis og ogsaa i nyere fransk Teori, hvor Naturretten har oplevet en Renaissance²⁷), men næppe i fransk Domstolspraksis. I engelsk Teori og Praksis har man forlængst forladt disse Synspunkter, som efter sagkyndige Udtalelser i hvert Fald ikke i de sidste 350 Aar har været brugt til formelt at tilsidesætte en Parlamentslov²⁸). Intet tyder paa, at danske Domstole vil gaa ind i disse Synspunkter. Domstolene har tværtimod siden 1945 afsagt talrige Dødsdomme paa Grundlag af en skærpende Straffelov med tilbagevirkende Kraft, og er der nogen Form for Lovgivning, som Jurister altid har betragtet som stridende mod højere Retsprincipper, er det saadanne Love. Hvis Domstolene mente, at

de havde Myndighed til at tilsidesætte denne Lov, var det deres Pligt at gøre det ex officio.

Naar man finder det karakteristisk for en Retsregel, at den anvendes eller kan paaregnes anvendt af Domstole (i funktionel Forstand), kan man derfor sige, at der ikke findes en dansk Retsregel om, at Domstole kan tilsidesætte Love som stridende mod højere Retsprincipper. Hvis man hævder, at Love, som strider mod højere Retsprincipper, er uforbindende, bevæger man sig i et andet Plan end det, hvori Jurister bevæger sig, naar de drøfter, hvad der er »gældende Ret«. Berlins Lære er derfor ikke Udtryk for dansk Retsopfattelse.

TREDJE KAPITEL

SÆDVANER MOD LOVEN

Sædvaneretsdoktrinen Udformning i dansk Teori.

Sædvanen er en af de vigtigste Motivationsfaktorer i det praktiske Retsliv. Naar en Dom skal afsiges, en Retssag procederes eller en Lærebog skrives, handles og argumenteres der med stadig Henvi- sning til Domstolenes sædvanlige Afgørelsesmaade, til den tradi- tionelle Retsopfattelse og til den sædvanlige Handlemaade indenfor den Personkreds, som Retsreglen gælder for eller postuleres at skulle gælde for.

Paa Forhaand skulde man derfor tro, at Kildelæren under Ru- brikken Retssædvaner behandlede Spørgsmaal af stor praktisk Be- tydning, men dette er ingenlunde Tilfældet. Det er et staaende Om- kvæd, at Sædvaneretsdannelsen i Nutiden ikke spiller nogen større Rolle. Selv Handelssædvanerne maa som Regel af doktrinale Aar- sager henføres under Forholdets Natur og ikke under Retssædva- ner, skønt enhver uhildet dog vilde mene, at netop Handelssædvaner var et Sædvaneretsomraade.

Hvad er Begrundelsen for denne kunstigt indsnævrede Sæd- vaneretsdoktrin? Man kan næppe finde anden Forklaring end den, at *Kildeteorien gennem Tiderne har importeret den i Tyskland raa- dende romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin* uden nærmere Un- dersøgelse af, om disse Forestillinger kan indpasses i dansk Tanke- gang, og om det er nødvendigt at arbejde med dem. Kritikløst hæg- tes den romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin paa den danske Kildelære.

Men herefter har Sædvaneretsdoktrinen efterhaanden faaet en lignende Placering og en lignende — ukendt — Funktion som Blind- tarmen. Man skal fra Fødslen have en Blindtarm. Mennesket er ikke komplet uden Blindtarm. Større Glæde har man imidlertid ikke af

dette Organ, som uden Skade kan fjernes. Lejlighedsvis kan dette tilsyneladende uskyldige Appendix være Aarsag til svære Lidelser. Saa og den romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin.

Sammenholder man de forskellige Fremstillinger af Sædvane-retslæren, bemærker man, at der er Uenighed med Hensyn til de Krav, der stilles, for at der foreligger en gyldig, d. v. s. en ogsaa Dommerne »forbindende« Sædvane. Efter den traditionelle materialistiske Lære foreligger der en Retssædvane, naar en bestemt Handlemaade er fulgt »af et Samfunds Medlemmer eller en Kreds af disse, almindeligt, stadig og længe og i den Overbevisning, at de var retslig forpligtet dertil (ex opinione obligationis)«.

Under Paavirkning af Puchta har A. W. Scheel, dog uden større Held, forsøgt at give den normative Sædvaneretsdoktrin en mere spiritualistisk Udformning. Sædvaneretsregler dannes ved en fri Udvikling i Folket. De »lever i og udgaar fra en almindelig Retsbevidsthed og udøves ifølge en umiddelbar Overbevisning om deres forpligtende Kraft« og dannes *ikke* gennem Sædvanerne. Sædvaner er kun Bevis for eller *Erkendelsesmiddel* for Sædvaneretten. At en Handlemaade er fulgt oftere, i længere Tid o. s. v., faar derfor nærmest den Betydning, at den viser, at der foreligger en fast Retsindstilling. Det afgørende er dette spiritualistiske Moment.

Scheels Udviklinger er blevet aktuelle, fordi Ross og Illum, ganske vist ud fra et andet Grundsyn, har skitseret henholdsvis en folkeretlig og en internretlig Sædvaneretsdoktrin, som i Realiteten er paa Linje med Scheels.

Uenigheden indenfor Sædvaneretsdoktrinen gaar imidlertid endnu videre. Saa snart der spørges om, hvilken »Kraft« Sædvanen har, deles Anskuelserne paany. Og nu er Partistillingen en anden. Nu begynder inbördeskriget.

Kan en Lov ændres ved Sædvane? I nyere dansk Teori finder man i hvert Fald fire forskellige Besvarelser af dette tilsyneladende saa enkle Spørgsmaal. Derimod synes der at være Enighed om, at en Lov ikke kan ophæves ud fra Forholdets Natur eller gennem Domstolenes Praksis.

Ældre dansk Teori gaar ud fra den ofte anvendte Hovedsondring mellem principale og subsidiære Retskilder og hævder Lovens absolutte Autoritet overfor Sædvanen. Loven kan ikke ændres af Sædvanen (*Lovens Primat*). Denne Lære, som vi finder bl. a. hos Nørregaard, Ørsted, Scheel og Goos, har faaet sin mest konsekvente

Udformning i Munch-Petersens Borgerlige Ret, hvor der endog foretages en Nummerering af de subsidiære Retskilder. Her møder man Tanken om Retssystemet som et mekanisk eller absolut System med Retsnormerne fast grupperet og nummereret. Et logisk, fast sammentømret System, mod hvilket man dog kan fremføre den Indvending, at dette System ikke svarer til Virkeligheden.

Et andet Standpunkt møder vi hos Berlin og Poul Andersen, der begge antager, at Loven kan ændres af den Sædvane, som er fulgt almindelig, stadig og længe *ex opinione obligationis* (*Sædvanens betingede Primat*). Poul Andersen begrundet dette Synspunkt ved en Henvisning til, at den skrevne Rets Gyldighedsprincip ikke er af højere Orden end Sædvanerettens. Hos Illum og tildels hos Ross genfinder vi lignende Synspunkter, men nuancerede som Følge af den spiritualistiske Udformning. Illum lægger ingen Vægt paa, om Handlemaaden har været længe og været udbredt.

Endelig møder man hos Bentzon og Vinding Kruse en fjerde Løsning. Bentzons Løsning var paa hans Tid Udtryk for en vis Radikalisme, en Tilnærmelse til friretlige Synspunkter. I Dag er den en moderat Mellemløsning, et Forsøg paa at formidle Yderstandpunkterne. Han bestrider Gyldigheden af derogerende Sædvaner (*consuetudo contraria*), men gør samtidig den Indrømmelse, at Love kan bortfalde ved lang Tids Ikke-Brug (*Nomokanons Desuetudolære*)¹).

Glossatorernes mekaniske Sædvaneretsdoktrin.

Et fælles Træk ved den danske Sædvaneretsdoktrins Udformning er, at Sædvaneret holdes ude fra Praksis. Dette og andre Træk skyldes Lærens Oprindelse. De forskellige Synspunkter er hentet sydfra, og de stammer i sidste Instans fra romersk-kanonisk Teori fra 12.—16. Aarhundrede. Skelettet i den nuværende danske Sædvaneretsdoktrin svarer til Skelettet i Glossatorernes, Kanonisternes og Postglossatorernes Lære. Læren omformes noget af de tyske Pandektister og gaar derefter ind i dansk Doktrin i det 18.—20. Aarhundrede.

Det er hos *Glossatorerne*, man først finder udviklet en Sædvaneretsdoktrin. Spørgsmaalet havde Glossatorernes store Interesse, og selve Terminologien Sædvaneret (*jus consuetudinarium*), som er ukendt i Kilderne, er en Glossatoropfindelse.

Til almindelig Karakteristik²) af Glossatorernes Sædvaneretsdoktrin bemærkes indledningsvis, at Læren — som hele deres Kildelære — er *normativ* og ikke deskriptiv, at den er *mekanisk* og ikke elastisk, og at der af og til arbejdes med Fiktioner, bl. a. til Overvindelse af Antinomier i Kilderne.

Kildelærens den Dag i Dag bevarede *normative Præg* forklares gennem Lærens Oprindelse. I de første Titler i Institutiones og Digesta og i nogle Titler i første Bog af Codex havde Justinian ladet optage en Række almindelige Bestemmelser om Rettens Oprindelse og Gyldighed, Fortolkning, Kilder o. s. v., der formelt havde samme Lovkarakter som de øvrige Bestemmelser i Corpus juris. Glossatorerne antog, at disse Bestemmelser var forbindende og udledede Kildelæren af dem ved Fortolkning. Heraf fulgte uundgåeligt en Sondring imellem Sædvane og Praksis og sammenhængende hermed en Forestilling om Sædvanen som forbindende Retskilde, medens Praksis ikke kunde anses som Retskilde. I Codex 7, 45, 13 havde Justinian nemlig opstillet det berømte Forbud mod, at Dommerne dømte efter Præjudikater, og dette Forbud gravede Glossatorerne omgaaende frem:

»Naar noget ikke er afgjort rigtigt, maa denne Fejl ikke ogsaa udstrækkes til andre Dommere, da der ikke skal dømmes efter Præjudikater, men efter Lovene (non exemplis, sed legibus judicandum est).«

Dette hovmodige Lovgiverforbud fik eminent Betydning for europæisk Rets Udvikling. Her har man Forklaringen paa, at romanistisk og angelsachsisk Ret i Aarhundreder har udviklet sig saa forskelligt, at der næsten er Tale om to Verdener. Samtidig med, at Accursius loyalt — alt for loyalt — pudser Forbudet op paany med det Resultat, at det formelt respekteres, lader Bracton i England samle ca. 2000 Retsafgørelser i sin Note Book, hvoraf ca. 500 omtales og anvendes i hans berømte Afhandling om engelsk Ret.

Da Glossatorerne antog, at der paa Grundlag af Retsafgørelser kunde danne sig en Retssædvane — en Lære, som genfindes i dansk Teori —, maatte det være et Problem for dem, hvorledes dette kunde forenes med C. 7, 45, 13. Man kunde indvende, at Dommeren herved indirekte omgik Forbudet og dømte paa Grundlag af Præjudikater. Men Bulgarus' Elev, Johannes Bassianus, fandt det forløsende Ord: Dommeren dømmer i saadanne Tilfælde efter Sædvanen, hvilket er lovligt, og ikke efter exemplis. Dette viser, hvor indgaaende Glossa-

torerne beskæftigede sig med at drage en skarp Sondring mellem Praksis og Sædvaneret.

Karakteristisk for Glossatorernes Sædvaneretsdoktrin er endvidere, hvad man har kaldt den *mekaniske Retstænkning*³). Glossatorerne forefandt ikke i Justinians Kodifikation en fuldt udarbejdet Sædvaneretsdoktrin. Det er betegnende for Kodifikationen, at skønt der er talrige Bestemmelser om Sædvanerettens Problemer, saa er disse Bestemmelser dog saa løst udformet, saa skitserede og strøet rundt omkring med let Haand, at der ikke er Tale om en gennemarbejdet Sædvaneretslære. De gamle romerske Jurister havde jo ikke den samme Anledning til at foretage en skarp Adskillelse mellem Sædvane og Praksis, som man senere fik i Justinians Forbud. De nøjedes med at male med den grove Pensel. En Række Udtalelser er uklare, og der er flere Antinomier.

Paa dette løse Grundlag udarbejdede Glossatorerne en *fast* Sædvaneretsdoktrin, som er præget af mekanisk Retsfilosofi. Puchtas romantiske Sædvaneretslære laa Glossatorerne fjernt. De arbejdede mere mekanisk og ønskede at tilvejebringe Klarhed og Fasthed i Kildelæren, en Indstilling, der vel skulde imødekomme Praksis' Behov. I Glossen afslutter Accursius denne Tankeproces, vælger og vrager mellem de mange Forslag og udarbejder der sin ubehjælpssomt formulerede Sædvaneretsdoktrin, som danner Grundlaget for de følgende Aarhundreders Retsudvikling. Om noget er Udtryk for en mekanisk Retsfilosofi, er det Glossatorernes Sædvaneretsdoktrin. I den har den mekaniske Retstænkning sat sin skønneste Blomst.

Hvor ofte har ikke en i de mekaniske Tankebaner sig bevægende juridisk Student spurgt sin Professor om, *hvor længe* en Handlemaade skal være fulgt, for at der kan siges at foreligge en Rets-sædvane? Han forventer, at der herpaa kan gives et ret nøjagtigt Svar. Spørgsmaalet om Tiden er det springende Punkt, naar man antager, *at det er Sædvanen, der skaber Sædvaneretten*, at Sædvanen er et konstitutivt Element i Retsdannelsens Proces og ikke blot det ydre Udtryk for noget andet, som er det væsentlige: den mystiske, retsskabende Retsoverbevisning.

Slaa op i Glossen *Inveterata* til Dig. 1, 3, 32, § 1, og find det nøjagtige Svar: 10 Aar. Det er Johannes Bassianus, som ved en tendentiøs Tolkning af Kilderne giver dette præcise Svar. Han overfører uden videre paa Sædvaneretten den Tidstermin, der gælder

ved *longi temporis præscriptio*, idet han paastaar, at *Tillægsordet longa i consuetudo*-Bestemmelserne har samme Betydning som i *præscriptio*-Bestemmelserne.

Eller tag som *Bevis paa Glossatorernes Mekanisering af Sædvaneretsdoktrinen* *Glossens Svar paa Spørgsmaalet om, hvor mange Handlinger der kræves, for at der foreligger en Retssædvane*. To! Endnu et Eksempel: Er det, naar man undersøger, om der foreligger fornøden *consensus* til Sædvaneretsdannelse, tilstrækkeligt med simpel Majoritet blandt dem, for hvem Sædvanen skal gælde? Svar: nej, men der kan ses bort fra Kvinders Handlemaade, da disse efter romersk Ret ikke havde Adgang til de lovgivende Forsamlinger (mekanisk Overførelse af Synspunkter fra Lovgivningsprocessen), og der kan af samme Grund ses bort fra Børns og sindssyges Handlemaade, d. v. s. Kvinder, Børn og sindssyge bindes af den af voksne normale Mænd dannede Sædvane⁴).

En Antinomi i Justinlans Kodifikation.

Ogsaa i Spørgsmaalet om *Rangfølgen mellem Lov og Sædvane* lykkedes det for Glossatorerne at finde et klart og skarpt Standpunkt, men her maatte de anvende særlige Midler, for Kilderne indeholdt en Antinomi. Glossatorernes Diskussion om, hvorledes denne Antinomi skulde overvindes, er Nøglen til Forstaaelsen af de modstridende Standpunkter, som dansk Teori indtager i Dag.

Naar Kildelæren er gjort til Genstand for Lovgivning, skulde man tro, at den kunde faa et stabilt Indhold. Men det var nu ingenlunde Tilfældet. *Corpus juris* havde visse Lighedspunkter med et kendt københavnsk Dagblad. Den var i Stand til at indtage eet Standpunkt i Morgenudgaven, Codex, og et andet i Aftenudgaven, Digesterne, ja den var endog i Stand til samtidig at lufte forskellige Standpunkter indenfor Codex eller indenfor Digesterne. Og netop med Hensyn til Spørgsmaalet om Rangfølgen mellem Lov og Sædvane var der en Antinomi mellem D. 1, 3, 32 (Julian) og C. 8, 53, 2 (Constantin).

I Digestfragmentet udtaler Julian, at det »med Føje er anerkendt som Regel, at Love kan bortfalde ikke blot ved Lovgiverens Afstemning, men ogsaa ved *Desuetudo* med alle vedkommendes Samtykke«, medens der i Codexfragmentet fastsættes følgende:

»Sædvaner og langvarig Brug har en ikke ringe Vægt; men

deres Betydning er dog ikke saa stor, at de har Gyldighed i Strid med Forholdets Natur (ratio) eller en Lov.«

Hvad der fra Aar 1100 og til Dato indenfor romanistisk Teori er spildt af aandelig Kraft, Pergament, Papir og Blæk paa at overvinde denne Antinomi, gør man sig ingen Forestilling om, naar man ikke har forsøgt at arbejde med Sædvaneretsdoktrinen. Der findes en uoverskuelig Litteratur herom, for Størstedelens Vedkommende uden nogen videnskabelig Interesse. Nu mener mange, at Antinomien ikke kan overvindes. Der har maaske her indsneget sig en Fejl i et Haandskrift, hvorved Teksten er blevet forvansket. Men for Glossatorerne var det vigtigt at finde en bestemt Løsning. Snebolden begyndte at rulle.

Irnerius⁵⁾ gør det første Forsøg. Han bortfortolker Digestfragmentet med den Begrundelse, at det »taler med sin Tids Stemme«, hvor Folket havde Magt til at vedtage Love. »Men da denne Mynlighed i Dag er overført til Kejseren, har Folkets Desuetudo ikke længere nogen Betydning«. Irnerius gaar følgelig klart ind for Læren om *Lovens Primat*, og han fik Tilslutning af Martinus og Placentin, som uddybede Begrundelsen, men dog samtidig paa Grundlag af en anden Antinomi mellem to Bestemmelser om Forholdet mellem Loven og æquitas udviklede en Lære om æquitas, som kunde gøre Læren om *Lovens Primat* ret elastisk.

Det blev imidlertid ikke Irnerius' Anskuelse, der sejrede. Hans Elev, Bulgarus, Martinus' Antagonist, den berømteste af alle Glossatorer fandt paa en ny Fortolkning af Codexfragmentet, hvilket fremgaar af Glossen Aut legem til nævnte Fragment:

»Slutningen af dette Fragment synes at være i Strid med Begyndelsen; thi hvis Sædvanen har en ikke ringe Vægt, maa den jo være stærkere end Loven, men Slutningen siger det modsatte. Hertil anfører nogle med Bulgarus, at i Begyndelsen taler Loven om den almindelige Sædvane, og senere benægter den, at den specielle Sædvane kan ophæve Loven. Og saaledes ophæves Loven kun delvis og ikke almindeligt (d. v. s. i hele Riget), se D. 50, 16, 102. Andre fortolker Indtag samme Standpunkt som Johannes Bassianus: at Sædvanen hæver Loven, hvad enten Sædvanen er almindelig — her ophæves Loven helt — eller den er simpel, her ændres Loven delvis, og at Sædvanen følgelig har en ikke ringe Vægt. Men en speciel Sædvane hæver ikke en Lov almindeligt. . . . Det fremgaar heraf, at Sædvanen umærkeligt hæver Loven, se D. 1, 3, 32 in fine, som strider mod dette Fragments Slutning⁶⁾.«

Bulgarus er den første Glossator, der gaar ind for Læren om *Sædvanens betingede Primat*, og denne Lære uddybes først af Johannes Bassianus og dennes Elev Azo for derefter at faa Tilslutning fra Azos Elev Accursius. Bulgarus' Fortolkning er enten udviklet for at bringe Doktrinen i Overensstemmelse med Retspraksis eller har straks sejret i Praksis, for man kan forskellige Steder i Glossen se, at Standpunktet var accepteret inden Glossen. I en fra Jacob Columbi stammende Glosse til en Constitution i *Libri feudorum* anføres det saaledes, at Bestemmelsen om Dødsstraf for Tyveri af Genstande af Værdi over 5 solidi »de consuetudine non servatur«, og i Glossen »tactis« til C. 3, 1, 12 om Sagføreren oplyses det, at »Sædvanen er anderledes«, d. v. s. der foreligger en derogerende Sædvane.

Efter at Accursius har knæsat Bulgarus' Tolkning i sin Glosse, bliver den det faste Grundlag for Teori og Praksis i de følgende 3—4 Aarhundreder. Det ved man bl. a. fra Engelmanns *Undersøgelser*. Postglossatorerne indtog i denne Henseende samme Standpunkt som Glossen, og man kan derfor nøjes med at konstatere, at saavel Cinus som Bartolus, Baldus, Salicetus, Fulgosius og Jason og med dem Praksis fulgte Bulgaristernes Lære.

Linjen fra Glossatorerne til Nutidens Kildeteori er herefter i flere Henseender ganske klar. Fra Glossatorerne stammer den *normative* Udformning af Kildelæren, *Hovedsondringen* mellem Sædvanerret og Praksis, det *materialistiske* Synspunkt, hvorefter Sædvaneretten skabes af Sædvanen, det *mekaniske* Synspunkt, hvorefter Betingelserne for Gyldigheden som Sædvanerret kan fikseres, og endelig *de doktrinale Kontroverser om Rangfølgen* mellem Lov og yngre Sædvane. Her indtager Poul Andersen og Berlin principielt samme Standpunkt som Bulgaristerne, medens Munch-Petersen viderefører Gosianernes Lære, og man kan se, at Poul Andersens Anskuelse er en kontinuerlig Videreførelse af Bulgarus' Lære (via Glossen, Postglossatorerne, den tyske historiske Skole og Jellinek), medens det er vanskeligere, men formentlig gørligt at finde alle Mellemliddene mellem Munch-Petersen og Martinus.

Desuetudolæren.

Ogsaa Bentzons Desuetudolære, hvorefter Love ikke kan ændres ved Sædvane, men derimod bortfalde ved lang Tids Ikke-Brug, har en Forløber i Middelalderens Kildeteori. Denne særlige byzantinske Udformning af Sædvaneretsdoktrinen, som i Virkeligheden har meget lidt med Sædvanesynspunkter at gøre, har dog aldrig haft synderlig Tilslutning i den romanistiske Doktrin. Kritikken illustreres lettest gennem et Par Eksempler.

I Lov Nr. 287 af 30. Juni 1922, § 6, findes der en i hvert Fald til 1947 ubenyttet Bestemmelse om, at Sogne- eller Valgmenigheder under visse Betingelser kan løse Stiftsbaand og saaledes blive overført fra et Stift til et andet. Skulde en Valgmenighed, som i Aar 1982 ønsker at løse Stiftsbaand, være afskaaret herfra med den Begrundelse, at Lovbestemmelsen er bortfaldet ved lang Tids Ikke-Brug? Dette forekommer mig at være et ganske uacceptabelt Resultat, og jeg kan ikke tænke mig, at Statens Myndigheder vil tiltræde saadanne Synspunkter. Lovbestemmelsen er jo — rebus sic stantibus — kun uanvendt, fordi ingen har haft Lyst til at gøre Brug af den, og ingen har givet Udtryk for den Anskuelse, at Bestemmelsen er ubrugelig og uanvendelig af en eller anden Grund, langt mindre har der dannet sig en modsat Brug.

Eller følgende tænkte Eksempel: I en Tronfølge Lov findes der en særlig Bestemmelse om Tronfølgen i det Tilfælde, at der fødes Tvillinger. Nogle Hundrede Aar efter Lovens Vedtagelse fødes der for første Gang Tvillinger indenfor vedkommende Kongehus. Er Bestemmelsen nu uanvendelig paa Grund af lang Tids Ikke-Brug? Det vil næppe nogen antage. Der maa noget mere til end den blotte Ikke-Brug. Som aktuelle Eksempler fra Forfatningsretten kan nævnes de aldrig anvendte Bestemmelser i Grundlovens § 8, 2. Pkt., om den forenede Rigsdags Kongevalg ved Tronledighed, § 14 forsaavidt angaar Kongens Adgang til at rejse Rigsretsanklage og § 67, Stk. 2, om Rigsretsanklage mod andre end Ministre for statsfarlige Forbrydelser.

Disse Indvendinger, som er meget nærliggende, er hentet fra den Kritik, som gennem Tiderne er fremført af en Række betydende Romanister imod en Udformning af Sædvaneretsdoktrinen, som stammer fra en Scholie til Kap. 3 i *Nomokanon*, en Samling kirkelige Forordninger fra det østromerske Rige, som i Almindelighed

henføres til Patriarchen Photius (Slutningen af det 9. Aarhundrede). Bentzon udvikler en Lære svarende til Nomokanons med dens Sondring mellem *consuetudo contraria*, som er ude af Stand til at ændre Loven, og *desuetudo* = Ikke-Brug, og det er ikke muligt at afgøre, om Bentzon selv har fundet paa disse Synspunkter, eller om han har hentet dem fra tysk-fransk Teori, hvor de af og til dukker op selv i det 19. Aarhundrede. Et Indtryk af Romanisternes Kritik faar man, naar man ser, hvad nogle fremtrædende Forfattere har anført imod Nomokanons *Desuetudolære*. Jeg citerer *Jason* († 1519), som gengiver Postglossatorernes Kritik, og *Donellus* († 1591). Jason skriver følgende:

»Rigtigt er det, og herom er der *Enighed*, at hverken en Lov eller en Vedtægt nogensinde hæves ved den blotte Ikke-Brug, om denne endog udstrækkes til 1000 Aar. . . . Men naar Brugen i sig indebærer en Handlemaade, der udtrykkeligt eller stiltiende gaar mod Loven, saa opstaar der en Sædvane mod Loven, og da ændres Loven.«

Og som Fortolkning til D. 1, 3, 32 skriver Donellus følgende i sine *Commentarii*:

»Ved *Desuetudo*, d. v. s. ved en Sædvane, hvorved en modsat Regel er opstaaet og den gamle Regel faldet bort. For det er ikke nok til at ophæve en gammel Lov, at den ikke bruges, men det maa tillige kræves, at Befolkningen ved modstaaende Handlemaade erklærer, at den misbilliger Loven. En gammel Lov eller en Sædvane ophæves kun ved en skreven Lov eller en Sædvane, der jo sidestilles med en Lov. *Desuetudo* alene, d. v. s. at man ikke bruger Loven og ikke foretager sig noget mere imod den, er ingen Sædvane, da en Sædvane er en Brug. Bestemmelsen (d. v. s. D. 1, 3, 32 in fine) indeholder altsaa den Regel, at en Sædvane i den Grad ligestilles med en Lov, at ogsaa Love, d. v. s. skrevne Love ophæves ved modstaaende Sædvane).«

Nomokanons *Desuetudolære* forkastes af alle fremtrædende Romanister, og den illustrerer næppe den praktiserede Retsanskuelse i noget Land, som er indenfor vor Synskreds. Den udtrykker ikke den angelsachsiske Retsanskuelse. Hverken i England eller i U. S. A.s Teori eller Praksis anerkendes det, at Love kan bortfalde ved modstaaende Sædvane eller ved *Desuetudo*⁸). Talrige andre Romanister har kritiseret Læren ud fra lignende Synspunkter som Jason og Donellus. Jeg nævner kun Cinus, Baldus, Gundling, v. Savigny, Puchta og Geny.

En Fordel har Læren dog. Den antyder, at Love ogsaa ophæves ud fra andre Synspunkter end Sædvaneretssynspunkter, d. v. s. Forholdets Natur, og heri er der formentlig, som jeg skal komme nærmere ind paa, en dyb Sandhed.

Mange originale Tanker indeholdes der ikke i den danske Sædvaneretslære, men er da ikke Læren om Sagens Natur som Retskilde Udtryk for original dansk Tænkning? Er det ikke Ørsted, som har fundet paa denne yndede Lære om den »tredje« Retskilde? Heller ikke i denne Henseende maa man overvurdere den danske Indsats i Kildeteorien. Ørsted har Forløbere bl. a. i Germanisten J. F. Runde, som allerede i 1791 udviklede en Lære om Sagens Natur som den tredje Retskilde, og som netop ved Sagens Natur ikke forstod en abstrakt metafysisk Retsfilosofis Sætninger, men et System af Retsregler, der var bygget op ved Hjælp af den praktiske Fornuft i Overensstemmelse med Retsinstitutternes og de retlige Fænomeners Natur. Rundes Lære fik hurtigt stor Udbredelse, og det forekommer mig lidet tænkeligt, at Ørsted med sit indgaaende Kendskab til tysk Teori skulde have været ukendt med de 30 Aar før udviklede Synspunkter, som havde ført til, at der blev skabt en allgemeines deutsches Privatrecht. Det var dette, som Runde gjorde ved Hjælp af Læren om Sagens Natur^o).

Lokale Sædvaner mod Loven.

I Tilslutning til den af Alf Ross fremsatte indgaaende og skarp-sindige Kritik af den traditionelle Kildelæres Grundsyn og Udformning¹⁰⁾ kan man herefter rejse det Spørgsmaal, om man i dansk Teori behøver at opretholde den fra Glossatorerne stammende Sædvaneretsdoktrin, som har ganske bestemte politiske og retsfilosofiske Forudsætninger. Hvilke Betragtninger kan der anføres for at opretholde den traditionelle Sondring mellem Retssædvane, Forholdets Natur og Praxis?

En af flere mulige Betragtninger er den, at der er en Forskel i den »Gennemslagskraft«, som Sædvaneretsregler og Regler fastslaaet ud fra Forholdets Natur og Praxis har overfor Loven. Alene Sædvaneretsregler kan derogere en Lov. Derfor maa Sondringen opretholdes. Synspunktet har ingen Interesse for dem, der hylder Læren om Lovens Primat eller Nomokanons Desuetudolære, og Tilhængerne af disse Doktriner maa derfor søge en anden Begrun-

delse for at opretholde Sondringen. Denne duer ikke. Betragtningen har kun Interesse, hvis man mener, at Love kan ændres gennem Sædvane.

En Iagttagelse af Retslivet synes imidlertid at vise, at det ikke er muligt at opretholde en saadan Forskel imellem Sædvane-retsreglers og andre typisk subsidiære Retsreglers Gennemslagskraft overfor Loven. Det er paa den ene Side næppe muligt at hævde, at Love *altid* ændres, naar Borgerne eller en Kreds af disse har fulgt en mod Loven stridende Handlemaade almindeligt, stadigt o. s. v., og paa den anden Side kan man næppe heller paastaa, at Love *kun* kan derogeres gennem en af de *retsundergivne* skabt *Sædvane*. Sagen tager sig noget anderledes ud, naar man lægger de dogmatiske Brillen.

For det første behandles de *lokale* Sædvaner — og det er jo langt den største Gruppe — anderledes i Praksis end efter Teorien om Sædvanens betingede Primat. Uanset om de lokale Sædvaner teoretisk staar paa samme Gyldighedstrin som Loven, vil Domstolene i de fleste Tilfælde næppe følge dem mod Loven. Desuden møder man i Retslivet *Fortolkningsfiktioner* og *tendentiøs Fortolkning*, som slet ikke passer ind i de dogmatiske Cirkler, og ved Hjælp heraf overvinder Praksis de stive dogmatiske Synspunkter og gør Retslivet smidigere. Under hvilke Betingelser en Fiktion kan bringes i Anvendelse eller en Lov bør fortolkes tendentiøst, ja, det er et Spørgsmaal, som selv de mest yderliggaaende Normativister ikke har forsøgt at give »Regler« om. Der kan ikke gives bindende Regler om, hvornaar Retslivet vil gaa saa brutalt frem. Man kunde lige saa godt forsøge at lovgive om Historien.

Under den nuværende Retstilstand har lokale Sædvaner mod Loven næppe større Chancer for at opnaa Domstolenes Anerkendelse. Man kan vel ikke gaa saa vidt, som engelsk Ret tilsyneladende gør, og erklære, at der overhovedet ikke *kan* anerkendes lokale Sædvaner mod Loven, for der er visse Erfaringer fra dansk administrativ Praksis, der tyder paa, at de judicielle Myndigheder i det 19. Aarhundredes første Halvdel faktisk paa et bestemt Omraade, den kommunale Beskatning, har tolereret lokale Sædvaner, der var opstaaet i Strid med en ret gammel og paa dette Punkt forældet Lov, nemlig Danske Lov fra 1683. Men dette vil dog under Nutidens Forhold være Undtagelsen.

Fra dansk Retspraksis foreligger der kun enkeltstaaende Af-

gørelser vedrørende lokale Sædvaner mod Loven, og det er derfor nødvendigt at undersøge Spørgsmaalet i en noget større Sammenhæng for at se, hvilke Betragtninger det er, der har ført til den Svingning i Anskuelse, som kan konstateres fra Bulgarus og til i Dag.

Det Land, hvor man først støder paa en fjendtlig Indstilling fra Praksis' og Teoriens Side overfor lokale Sædvaner, synes at være England. I hvert Fald fra Begyndelsen af det 17. Aarhundrede, altsaa paa et Tidspunkt, hvor kun enkelte Romanister er begyndt at svinge bort fra Glossatordoktrinen, og antagelig langt tidligere, vender engelsk Praksis sig imod de lokale Sædvaner, der er opstaaet i Strid med statutes. De underkendes. Efter den Teori, som udvikles i engelsk Ret om Gyldighed af lokale Sædvaner (customs i teknisk Forstand), kan en Sædvane ikke have Gyldighed imod en Parlamentslov. Allerede i 1628 læres det i »Coke upon Littleton« § 115 a, at man i Almindelighed ikke kan »allege a custom against a statute«, og Blackstone tiltræder i 1765 i sine Commentaries Cokes Synspunkt ved endnu mere absolut at fremhæve, at »no custom can prevail against an express act of parliament«. Dette Standpunkt er siden fastholdt af engelsk Teori, som paa dette Omraade er lidet omfattende¹¹).

At ogsaa engelsk Praksis har fastholdt denne Linje, fremgaar af tre Domme, som gerne citeres sammen, fra 1789, 1885 og 1920, og man kan ved at gennemgaa Dommene se, at det er *Hensynet til Retsenhed og Retssikkerhed og til de Interesser, som skal beskyttes gennem vedkommende Parlamentslov*, som er den reale Begrundelse for Domstolenes Stilling. Dannelsen af lokale Sædvaner mod Loven er i Strid med den politiske Idé, der bærer Udviklingen, og den bliver derfor bekæmpet af Domstolene. I den første Sag var der Tale om en lokal Sædvane mod en Lov om Vægtenhed. Efter denne skulde et engelsk Pund i hele Kongeriget være 16 oz., men i Strid hermed havde der dannet sig en lokal Sædvane paa en bestemt Plads, hvorefter et Pund Smør skulde være 18 oz. Domstolene underkendte denne Sædvane, formentlig ud fra den Betragtning, at de Interesser, som har ført til Retsenhed paa Vægtomraadet, vilde lide et uopretteligt Knæk, om Domstolene her anerkendte lokale Sædvaner.

Ogsaa Sagen fra 1885 er lærerig. Ved Leeman's Act af 1867 blev det bestemt, at der ved Handler med Bankaktier skulde gives

en Specifikation af Aktienumrene for »at forhindre, at der blev indgaaet Kontrakter om Køb og Salg af Bankaktieselskabsaktier, som Sælgerne ikke ejede eller havde Raadighed over«. Den 1. Máj 1884 købte en Mand gennem en Bristolvekselerer paa Londons Børs 100 Aktier i en Bank. Dagen efter krakkede Banken. Da Køberen skulde berigtige Handlen, konstaterede han, at Londonvekselererens Nota ikke indeholdt den paabudte Specifikation, og nægtede at betale. Under Retssagen til Betaling oplystes det, at det paa Londons Børs siden Lovens Vedtagelse havde været en fast Sædvane at tilsidesætte Loven, men desuagtet blev Sagsøgte pure frifundet, idet Domstolene underkendte Sædvanen og ansaa Børsens Fremgangsmaade for en ulovlig Praksis, som kun blev fulgt, fordi der vilde være blevet mindre Børshandel med Bankaktier og derfor mindre Fortjeneste til Vekselererne, dersom Loven var blevet respekteret.

I Sagen fra 1920 var der Tale om en indenfor Forsikringsverdenen opstaaet Sædvane, hvorefter der i Strid med en Bestemmelse i Marine Insurance Act 1906 om Vædeforsikring blev hæftet en Lap (en p. p. i. slip) til Policerne om, at Assurancesummen skulde udbetales uden andet Bevis for Interessen end selve Policen. Formaålet med denne Knappenaalstrafik var simpelthen at omgaa Forbudet, idet Lappen kunde fjernes, naar Policen skulde fremlægges under en Proces, medens den mellem Parterne skulde gælde som en Tillægsaftale. Ogsaa denne Sædvane blev underkendt af Domstolene¹²).

Hvad er mon nu Forklaringen paa, at Glossatorerne kom til det stik modsatte Resultat? Man aner det, naar man ser paa Midlet til Omfortolkning af det oftnævnte Codexfragment, som er en dristig Fiktion. Læser man Fragmentet igennem, staar der meget tydeligt, at Sædvanen vel har en ikke ringe Vægt, men dog ikke har saa stor Betydning, at den ændrer en Lov. Sætningen er saa lige til og usammensat, at den ikke kan misforstaas, og det er kun muligt ved Hjælp af en Fiktion at vende Meningen om. Men saa tages Fiktionen til Hjælp, og efter Glossen er Tankeskemaet følgende:

- 1) Sædvanen har en ikke ringe Vægt. Dette maa betyde, at den ændrer Loven (Fiktion).
- 2) Herefter er Fragmentets Begyndelse i Strid med Slutningen.
- 3) Derfor læser vi det nu saaledes, at Begyndelsen handler om

almindelige Sædvaner, der kan ophæve Loven, Slutningen om specielle Sædvaner, der ikke kan ophæve Loven, men kun kan ændre den lokalt.

Fragmentet giver herefter Hjemmel for, at lokale Sædvaner mod Loven er gyldige.

Anvendelsen af Fiktioner af denne Karakter er næsten altid motiveret af et umiddelbart praktisk Behov, der saa at sige tvinger Fortolkeren til at naa et bestemt Resultat, og det er da ogsaa muligt at pege paa, hvilke reale Hensyn det er, der fører Glossatorerne ind paa under visse Betingelser at give selv lokale Sædvaner Forrang for Loven. Selv om Glossatorerne som *Teoretikere* vurderede Justinians Kodifikation højt, saa maatte de dog som *Praktikere*¹³⁾ tage Hensyn til Retslivets Behov. Trods al Begejstring for Corpus juris kunde Glossatorerne ikke indtage et Standpunkt, som vilde betyde, at man slog en Streg over alle de lokale Sædvaner, som havde dannet sig imod den i de norditalienske Byer imellem Aar 533 og det 12. Aarhundrede. En anden Retskildedoktrin var simpelthen ikke mulig under Datidens Forhold, hvor Centralmagten var uhyre svag og ude af Stand til at gribe ind med en reformerende Lovgivning. Selv de stærkeste Hohenstaufferkejsere fik kun gennemført faa Love for Italien — Frederik I gennemførte 2, Frederik II 11 Love —, og med Hohenstaufferslægts Uddøen kort efter 1250 tørrede denne Retskilde helt ud. Den centrale Lovgivningsmagt forsvandt foreløbig og erstattedes efterhaanden af partikulære Lovgivningsorganer: Paverne, Kongerne i Sicilien-Neapel, Fyrster, republikanske Raad o. s. v. Riget faldt fra hinanden og dermed svækkedes Retsenheden.

Bulgaristernes Anvendelse af nævnte Fiktion bekræfter derfor, at *Kildeteorien til syvende og sidst ikke kan udledes af Lovbestemmelser, men maa opstilles i Overensstemmelse med Retslivets umiddelbare og uomgængelige varige Behov for en bestemt Løsning*. I den statsretlige Udvikling ligger Forklaringen paa Bulgarus' Succes. Hans Fortolkning var ikke »rigtigere« end andre Løsninger, men den havde den uomtvistelige Fordel, at den imødekom et praktisk Behov. Derfor — og kun derfor — sejrede den i Teori og Praxis.

Hvis den givne Tydning af de Faktorer, som er bestemmende for Rangfølgen Lov — lokale Sædvaner, er rigtig, maa der i tysk Teori og Praxis opstaa den største Forvirring, efterhaanden som

Udviklingen gik i Retning af Tilvejebringelse af Retsenhed indenfor større Omraader af Tyskland. For Glossen, som var det faste Udgangspunkt, anerkendte lokale Sædvaner mod Lovene, medens Centraliseringstendensen maatte kræve en modsat Løsning. Det viser sig da ogsaa, naar man undersøger tysk Sædvaneretsdoktrin i Slutningen af det 18. og Begyndelsen af det 19. Aarhundrede, at der navnlig i denne Henseende var den fuldendte Forvirring og Raadvildhed. En nu glempt Forfatter skriver, at enhver anset Jurist havde sin egen Fortolkning af Kildestederne. Thibaut oplyser, at Sædvaneretsdoktrinen var omstridt i alle enkelte Punkter. Diskussionerne er endeløse.

I Praxis løstes Spørgsmaalet paa den Maade, at man i de Kodifikationer, som efterhaanden blev tilvejebragt for de enkelte Lande, rent ud forbød Dannelsen af lokale Sædvaner mod Lovene, men ogsaa om Gyldigheden af saadanne Forbud opstod der nye Diskussioner, hvor man dog kunde anføre Accursius til Støtte for Forbudenes Lovlighed. Til Slut synes der at være opnaaet nogenlunde Enighed om den af v. Savigny foreslaaede Omfortolkning af Codexfragmentet. Efter v. Savigny sigtede Forbudet til lokal Sædvaneret, som ikke skulde have Gyldighed, naar den var i Modstrid med Statsinteresser.

Hvorledes v. Savigny i Enkeltheder begrundede dette, kan være lige gyldigt. Det, der har Interesse, er at konstatere, at *Retslivets Behov nu krævede en anden Fortolkning af Codexfragmentet end i Norditalien i det 12.—16. Aarhundrede, og at Teorien derfor omfortolkede Bestemmelsen og trak den modsatte Løsning ud af den*: lokale Sædvaner har som Hovedregel *ikke* Gyldighed mod Lovene. Bulgarus' Fiktion blev opgivet, eftersom der ikke længere var Brug for den. At v. Savigny var lige saa hensynsløs som Bulgarus, naar det gjaldt om at opnaa en praktisk Løsning, fremgaar af hans Bemærkninger om Glossatorernes Syn paa Spørgsmaalet. Han erklærede nemlig, at den Fortolkning, som han gik ind for, i alt væsentligt fandtes hos Johannes Bassianus og Azo, omend vaklende og med Fejltagelser. Bulgarus anvendte en Fiktion for at imødekomme Retslivets Behov. v. Savigny greb til en god gammeldags Løgn¹⁴).

I Almindelighed vil næppe heller danske Domstole i Dag anerkende lokale Sædvaner mod Loven. Naar dette Spørgsmaal saa sjældent forelægges for Domstolene, er Grunden vel dels, at de rets- haandhævende Myndigheder hindrer deres Opstaaen, dels, at Sag-

førerne paa Forhaand opgiver at faa dem anerkendt. Hovedsynspunktet maa som i England være dette, at Hensynet til Retsenhed og Retssikkerhed og til de Interesser, som skal værnes gennem de forskellige Love, *gennemgaaende* vil tale stærkt imod deres Anerkendelse.

Hvis der derfor i Nyborg opstod en Skik og Brug, hvorefter et Kilo Smør var 1050 Gram (cfr. Lov Nr. 124 af 4. Maj 1907, § 3), i Aalborg en Brug, hvorefter Rentelovgivningen ikke gjaldt her, paa Københavns Fondsbørs en Praksis, hvorefter Vekselerere ved Selvindtræde ikke gav Kommittenten udtrykkelig Meddelelse herom (Lov 243 af 8. Maj 1917, § 41, Stk. 1) eller i Helsingør en Regel om, at man af Hensyn til gennemkørende Svenskere kørte i venstre Side af Kørebanen, vilde Domstolene vel først forsøge at bestride, at der forelaa en virkelig Sædvane¹⁵). Men selv om der forelaa en fast og langvarig Sædvane, vilde sikkert de fleste Dommere vige tilbage for i disse Tilfælde at lade Sædvanen faa Præference.

Tvivl om Domstolenes Stilling kan der under normale Forhold navnlig opstaa, naar der er Tale om lokale Sædvaners Forhold til 1) deklatoriske Lovbestemmelser, og 2) Lovgivning, der som Brand-, Bygnings-, Sundheds- og tildels Vejlovgivningen ved lokale Vedtægter kan gennemføres paa forskellig Maade i de forskellige Kommuner.

Vinding Kruse hævder, at heller ikke deklatoriske Retsregler kan ændres gennem Sædvaneret, medens Scheel synes at have været af den modsatte Anskuelse. Ogsaa denne doktrinale Kontrovers kan føres tilbage til Glossatorerne¹⁶). Man skal næppe tillægge dette Spørgsmaals Afgørelse større praktisk Betydning, for Praksis kan altid komme til en fornuftig Løsning ved at fingere, at vedkommende Part kendte Sædvanen, og derefter udfylde Aftalen med Sædvanen. I den i U. f. R. 1936, S. 527, refererede Dom forelaa Spørgsmaalet, om Reglen i Sømandslov Nr. 181 af 1. Maj 1923, § 2, om Opsigelsesvarsel var ændret gennem en i Esbjerg dannet Kutyme vedrørende Forhyring af Fiskere saaledes, at denne Kutyme maatte respekteres ogsaa af Sagens Sagsøger, skønt han hævdede, at han ikke kendte den. Landsretten mente, at Sømandslovens Regel maatte vige, medens Højesteret kneb uden om Spørgsmaalet. Om fornødent kunde Højesteret være kommet til det samme praktiske Resultat som Landsretten ud fra det modsatte Syn paa Rangfølgeproblemet ved at fingere, at Sagsøgeren kendte Kutymen («maa antages«).

Endelig maa man sikkert antage, at Domstolene i visse Tilfælde vil anerkende lokale Sædvaner mod Bygningslovgivning m. v. Hensynet til Retsenheden gør sig her ikke gældende med samme Styrke som ellers. Naar der alligevel er Variation i Reglerne, synes der ikke at kunne anføres afgørende Grunde for paa disse Omraader at tilsidesætte *enhver* Sædvane mod Loven. Til Støtte for denne Opfattelse kan man navnlig henvise til, at Statsmyndighederne paa et beslægtet Omraade gennem lang Tid har tolereret og opretholdt lokale derogerende Sædvaner. Jeg tænker paa den kommunale Beskatning før Loven af 11. Februar 1863. De formelle Lovregler fandtes da i D. L. 3—6—2 og 3 og to Forordninger af 1682 og 1683, men i Strid hermed havde der i en Række Byer, til dels paa Grund af en Misforstaaelse af Loven, dannet sig lokale Sædvaner om Beskatningsgrundlag, Fordelingsforhold o. s. v. Samtidig var Kanceliet i en Række andre Byer gaaet med til at ændre Reglerne ad administrativ Vej¹⁷). Hvis Spørgsmaalet var kommet til Bedømmelse ved Domstolene f. Eks. under en af en Skatteyder anlagt Sag, saa vilde det have været et meget formelt Standpunkt ikke at acceptere Sædvanerne. Men de viste deres Herredømme over Sindene allerede derved, at der ikke synes at være opstaaet Diskussion om deres Gyldighed. Spørgsmaalet om, hvad der var »gældende« Ret, opløser sig derfor i en ret underordnet filosofisk Diskussion. Her paa Jorden fulgte man Sædvanerne.

Fiktioner og tendentiøs Tolkning.

Efter nugældende dansk Ret er det efter det anførte næppe muligt at hævde, at Love altid under nærmere angivne Betingelser ændres ved Sædvaner. *De lokale Sædvaner, der er langt den betydningsfuldeste Gruppe, optræder saa uortodokst ikke blot gennem Tiderne, men ogsaa paa de forskellige Retsomraader, at de ikke kan indordnes i et fast System.* En Norm, som skulde kunne udtrykke disse Modsætninger, maatte være lige saa intetsigende som Bestemmelsen i Codex Theodosianus om, at Sædvaner skal følges, »cum nihil per causam publicam intervenit«, hvilket er ensbetydende med at overlade Afgørelsen til Dommerskøn. Og paa den anden Side kan man formentlig heller ikke hævde, at Domstolene kun deformerer Lovene ved Hjælp af de traditionelle Sædvaneretssynspunkter. Kaster man et Blik paa Rettens historiske Udvikling, møder man

Gang paa Gang *Fortolkningsfiktioner* og *tendentiøs Fortolkning* som Middel til at omforme Love.

Menneskers Livsindstilling og Levevilkaar er ustandselig ude for Omformning. I Nutiden er Lovgivningen som Regel i Stand til at holde Trit med denne Omformning, og Lovgivningsmagten gaar ofte i Spidsen. Men i Perioder har Forholdet været anderledes. Lovgivningen er gaaet i Staa eller har sakket agterud, og der er da opstaaet en Spænding imellem, hvad den formelle Ret kræver, og det Liv, der faktisk leves.

De Jurister, der skal overvaage, at Loven følges — Dommerne og Forvaltningens Tjenestemænd —, forsøger i saadanne Situationer først at opretholde Rettens Krav. Men efterhaanden bliver Opgaven vanskeligere og vanskeligere. Hele Befolkningen eller dog store Dele af den stritter imod, naar Juristerne forsøger at lægge Livet i Formalismens Spændetrøje. Deres Retshaandhævelse føles som »Uret«. Opgaven bliver mere og mere utaknemmelig og umulig, og tilsidst giver Juristerne op. Grundlaget for Rettens »Gyldighed« er jo i sidste Instans Befolkningens Indstilling, og en Ret, der ikke mere virker motiverende, maa derfor omformes. I saadanne Situationer anvender Juristerne forskellige Metoder. De kan benytte Doktrinerne om derogerende Sædvaner og Desuetudo, og de kan benytte Fiktioner og tendentiøs Tolkning. Denne sidste Fremgangsmaade har den særlige Tillokkelse, at Uoverensstemmelse mellem den formelle og den tilpassede Ret kamoufleres. Hvad der er Fiktion (kendelig Usandhed) for den ene, er Sandhed for den anden. Det er ofte vanskeligt at se, at der anvendes en Fortolkningsfiktion.

Fra Romerrettens og engelsk Rets Udvikling kender man talrige Eksempler paa Anvendelse af Fiktioner til at ændre Lovene. Engelsk Praksis har paa en Række Omraader anvendt Fiktioner paa en endnu mere brutal Maade end Romerretten. I nyere Kildeteori er det især Amerikaneren Gray, som har fremhævet, hvilken Betydning Fiktionerne har for Læren om Kildernes Rangfølge. Efter angelsachsisk Retsopfattelse kan som tidligere bemærket en statute ikke ændres eller ophæves gennem custom eller Desuetudo, men Gray gør udtrykkeligt opmærksom paa, at dette stive Synspunkt modificeres gennem tendentiøs Tolkning og Anvendelsen af Fiktioner, navnlig Fiktionen »implied repeal«¹⁸⁾.

Under Nutidens Forhold er Fiktioner ikke saa nødvendige som

før. Man kan henvise til Lovgivningen. Men de forekommer dog, navnlig 1) paa Omraader, hvor Lovgivningen er vanskelig at ændre, d. v. s. Forfatninger, 2) paa Omraader, hvor Lovgivningen tilfældig er sakket agterud, og 3) overfor Love, der er skødesløst formuleret.

Fiktionen »implied repeal« har et indre Slægtskab med de deroerende Sædvaner. Gray nævner et Par Eksempler fra de amerikanske Enkeltstaters Praksis, der viser dette. Ogsaa i dansk Teori og Praksis kendes denne Fiktion. Deuntzer hævder f. Eks., at Reglen i D. L. 5—2—12 er bortfaldet ved Skifteloven af 1874, og Skifteretterne har antagelig fulgt denne Lære i deres Praksis, men at man, netop fordi der er Tale om en Fortolkningsfiktion, staar noget usikker overfor Spørgsmaalet om, hvorvidt Bestemmelsen stadig har Gyldighed, fremgaar af Arvelovskommissionens Udkast, som i § 112 udtrykkeligt foreslaar Bestemmelsen ophævet¹⁹).

Det er formentlig ogsaa ved Hjælp af en Fiktion, at Forvaltningsteori og Praksis i skøn Forening har taget Livet af de nu ganske utidssvarende kongelige Resolutioner af 1828 og 1837 om Statskassens Ansvarsfrihed for Tjenestemænds Myndighedshandlinger. Begyndelsen gøres forsigtigt af P. J. Jørgensen i Salmonsens Konversationsleksikon, hvor han i Artiklen Embedsmand skriver, at man maaske i de nye Regler i Retsplejeloven om Statskassens Ansvar bør se et Udtryk for, at Lovgivningsmagten nu i det hele har opgivet det ældre Standpunkt, d. v. s. Fiktionen stiltiende Ophævelse. Uforenelig med denne Anskuelse, hvorefter Resolutionerne var Retsforskrifter, er det af Poul Andersen senere fremførte Synspunkt, at de gamle kongelige Resolutioner slet ikke var Retsforskrifter. I Betragtning af, at man i en lang Aarrække havde betragtet Resolutionerne som Retsforskrifter, forekommer det mig, at der her er Tale om en — nyttig — Fiktion eller tendentiøs Fortolkning. Hvilken af disse to Fiktioner Højesteret vælger i den 1943-Dom, hvorved Praksis ændres, er uklart. Domstolene gaar udenom Spørgsmaalet og kamouflerer herved, at Retten omformes ved Hjælp af en Fiktion²⁰).

Anvendelse af en Fiktion til delvis Ophævelse af en forældet Lovbestemmelse gøres der vist ogsaa ved den Fortolkning, der ifølge fast Praksis og Teori anlægges overfor Bestemmelsen i D. L. 6—15—17 om Borttagelse af Bygninger opført paa fremmed Grund. Med Rette anvender man ikke ubetinget denne Lovbestemmelse i

Nutiden, hvilket man bl. a. begrundet med, at den stammer fra en Tid (Jydske Lov), hvor Husene var af Træ og i det hele af en forholdsvis ringe Værdi, hvorfor der ikke kan drages Sammenligninger med Nutiden med dens ændrede Byggeteknik og Omvæltning i Værdiforhold og Værdibegreber. Men det afgørende maa vel være Forholdet mellem Jordværdi og Bygningsværdi paa J. L.'s Tid og i Dag, og om det er ændret, undersøges ikke. Man fingerer, at det er ændret.

Et brændende Spørgsmaal i Øjeblikket er, *hvilken* Fiktion man skal anvende for at faa Overensstemmelse mellem Grundlovens § 72 og de Ændringer i Retsplejeloven, hvorved Paadømmelsen af en Række politiske Sager og Misgerningssager i 1945 er overført fra Nævningedomstole til Domstole med Meddomsmænd. Skal man fingere, at der i § 72 staar »Meddomsmænd« og ikke »Nævninger«, eller skal man fingere, at Paragraffen har følgende Tilføjelse: »men kan efter uheldige Erfaringer igen afskaffes«*).

Fortolkningsfiktioner anvendes endelig til at klare skødesløst affattede Lovbestemmelser. Som Eksempel herpaa kan man nævne § 38 i Lov Nr. 276 af 30. Juni 1922, der læses, som om den henviste til samme Lovs § 30 og ikke til § 29²¹).

I de anførte Tilfælde foreligger der, saa vidt jeg kan se, Fortolkningsfiktioner eller tendentiøs Tolkning for at naa et praktisk paakrævet Resultat, og mine Udviklinger maa ikke opfattes som en Kritik af, men kun som en Konstatation af, at der anvendes Fiktioner. Teknikken er mere udbredt, end man tror. Jeg nævner et Par Eksempler fra fremmed Ret paa kynisk Benyttelse af Fiktioner.

I 1928 ophævede man paa Island Bestemmelserne i D. L. 5—3—28 til 30 og en Forordning af 1833 om den ved Tinglæsningen indrømmede Beskyttelse af Køberens tinglæste Købebrev uden at give nye Regler om den ved Tinglysningen skabte Retsbeskyttelse. Men i Teorien antages det, at »det synes ikke at have været Meningen med denne Lov at forandre Reglerne om Tinglysningens Retsvirkninger i nævneværdig Grad, og derfor maa man overhovedet bruge lignende Regler og dem, som var gyldige før Lovens Ikrafttræden, skønt de formelt set er ophævet.«

Efter den oprindelige Affattelse af Bestemmelsen i § 219 i

*) S. 48—49.

den tyske Handelsgesetzbuch kunde der ikke paalægges Aktionærer som saadanne Forpligtelser overfor vedkommende Aktieselskab. Den sædvanlige Organisation af de tyske Aktiesukkerfabrikker var imidlertid denne, at der blev paalagt Aktionærerne Forpligtelse til at levere Sukkerroer til Selskabet. Da H. G. B. i § 1 indeholdt et Forbud mod derogerende Sædvaner, maatte Praksis for at undgaa at skabe Kaos paa dette Omraade, hvor man nu engang handlede i Strid med § 219, gribe til den aabenbare Fiktion, at Selskaberne havde indgaaet særskilte Kontrakter med de enkelte Aktionærer som Tredjemænd.

Endelig nævner Gray et Eksempel paa, at man i den amerikanske Forbundshøjesterets Praksis har grebet til en Fiktion for at omforme en Bestemmelse i Forfatningen. Forfatningen bestemmer, at Forbundsstatens Domsmyndighed udstrækker sig til Tvistigheder mellem »citizens of different States«, og dette forstaas saaledes, at hvis Sagsøger og sagsøgte er Borgere i samme Stat, er Forbundsdomstolene ikke kompetente. Oprindeligt antog man, at Korporationer ikke var at anse som citizens, men efterhaanden ændres Reglen ved Anvendelse af den Fiktion, at Aktionærerne i et Selskab alle er Borgere i den Stat, hvor Korporationen er stiftet. Hvis en i Kentucky boende Borger, som ejer Aktier i et i Ohio stiftet Aktieselskab, anlægger Sag mod Selskabet, begrundes Forbundsdomstolene deres Kompetence ved Hjælp af Fiktioner, og i dette Tilfælde er man nødt til paa engang at anse Borgeren baade for Borger i Ohio og i Kentucky²²).

Den lange Tales korte Mening er denne, *at det, hvis man ikke som Nelson vil sætte Kikkerten for det blinde Øje, er umuligt at hævde, at Love kun ændres og ophæves gennem Sædvaner. Tværtimod er det meget sjældent, at Domstole rekurrerer til Sædvanerets synspunkter for at sætte en Lovbestemmelse helt eller delvis ud af Kraft. De benytter hellere Fiktioner, især Fiktionen stiltiende Ophevelse. Læren om derogerende Sædvaner bør derfor i Kildelæren slaas sammen med en Fremstilling af Domstolenes Anvendelse af tendentiøs Tolkning og Fiktioner, og Teorien maa paa Forhaand opgive at udforme faste Regler.* Det er haabløst. Overfor Historien kommer saavel Lovgivningsmagten som Doktrinen til kort. Derimod kan der gives en Beskrivelse og en Analyse af de Faktorer, som hidtil har ført Domstolene til at tage saa drastiske Skridt som at sætte en Lovbestemmelse ud af Funktion. Den klareste Erkendelse heraf finder man hos Gray:

»Benyttelsen i Praksis af en formel Doktrin, der tillader Loves Ophævelse ved *Desuetudo*, vil sandsynligvis blive stærkt begrænset af den Frihed, som Domstolene tillader sig ved Fortolkningen. Det er hverken saa hurtig eller saa nem en Fremgangsmaade at bortfortolke en Lov som at ophæve den. Men med Tid og taalmodig Kyndighed kan det ofte gøres²³).«

En smidigere Sædvaneretslære.

Tilbage bliver Spørgsmaalet, om der er nogen Grund til af Hensyn til de *supplerende Sædvaner* (præter legem) at opretholde den traditionelle romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin. Begrundelsen herfor kan vel — udover Inertiens Lov — kun være den, at man mener, at Doktrinen fyldestgørende angiver, under hvilke Betingelser Sædvanen skaber en Norm. Doktrinen er en Slags Tydningsskema, ved Hjælp af hvilket Juristerne sikkert kan afgøre, hvornaar en faktisk fulgt Fremgangsmaade har skabt en Retsnorm. Det er den gamle Glossatordoktrin, som gaar igen, og som det synes umuligt at aflive.

Den bedste Metode til at undersøge Sandhedsværdien af en saadan Doktrin er at analysere de Eksempler, den anfører fra nyere Tid paa Sædvaneretsdannelse, for at se, om Doktrinens Angivelser stemmer, om den kan verificeres. Men her støder man paa Vanskeligheder. Der nævnes faa Eksempler og de, der nævnes, er som Regel fra tidligere Perioder af Retsudviklingen, hvilket vanskeliggør Verifikation.

Karakteristisk for det Synspunkt, som den traditionelle Kilde-teori er havnet i, er det, at de saakaldte udfyldende Sædvaner, der anvendes til at udfylde Kontrakter, og som i det praktiske Domstolsarbejde er af meget stor Betydning, som Regel slet ikke forsøges henført under Sædvaneret, men rangeres ind under Forholdets Natur. Herved undgaar man Diskussion om 1) Varigheden og 2) det subjektive Moment. Ussing giver i »Aftaler« Udtryk for en meget udbredt Anskuelse, naar han hævder, at der næppe er Grund til, og at det i Praksis turde være umuligt, indenfor de udfyldende Sædvaner at sondre mellem dem, der er blevet til Retsregler, og dem, der faktisk kun er Skik og Brug. Skal man udsondre en særlig Gruppe Sædvaner, maa det være dem, der er anerkendt i Retspraksis²⁴).

Prøver man at analysere nogle af de Eksempler paa Dannelsen

af nye supplerende Sædvaner, som Teorien nævner, fristes man til at gaa videre ad den Vej, som Ussing er slaaet ind paa for Udfyldningssædvanernes Vedkommende, d. v. s. destruere den romersk-kanoniske Lære som unødvendig, ubrugelig og umulig. Udenlandsk Teori anfører ofte som Eksempel paa en moderne Sædvaneretsregel den Regel, at en gift Kvinde har Ret til at bære Mandens Navn. Her kan der kun være Tvivl om, hvorvidt den subjektive Betingelse, som Teorien ved en aabenbar lapsus gerne anfører som *opinio obligationis* i Stedet for *opinio juris sive obligationis* (Berettigelses- og Forpligtelsesforudsætningen), er opfyldt. Prøv at spørge en gift Kvinde om, hvorfor hun bærer Mandens Navn, og hun vil svare 1) fordi alle andre gifte Kvinder gør det (Imitation), eller 2) fordi hun anser sig for forpligtet dertil (Vildfarelse). Hvis hun selv er Jurist eller gift med en Jurist, er der en lille Chance for det teoretisk tilfredsstillende Svar: fordi jeg mener, at jeg har juridisk Ret dertil.

Eksperimentet, som er let at foretage, lader ane, at den traditionelle Sædvaneretsdoktrin er en skøn Sæbeboble. Et andet Eksempel, som er et Samvittighedsspørgsmaal til Læseren: hvorfor betaler De Drikkepenge til en Tjener? Er det 1) for at blive ordentlig betjent, 2) fordi andre gør det, eller 3) *ex opinione obligationis*? Hvis man har læst Illums Lov og Ret (S. 108), svarer man *ex opinione obligationis*, men ellers bliver Svarene gennemgaaende 1) eller 2). Skønt et Rundspørge, som enhver kan foretage, viser, at de subjektive Betingelser ikke er i Orden hos mere end en lille Gruppe af de Mennesker, for hvem Reglerne skal gælde, fastslaar Teorien, at disse Regler er Sædvaneretsregler. Dette viser, at *enten kan den traditionelle Formulering af det subjektive Moment ikke holde, eller ogsaa er heller ikke disse Retsregler Sædvaneretsregler i traditionel Forstand*. Derfor har man i fremmed Retsvidenskab forsøgt at karakterisere det subjektive Moment paa anden Maade. Men begynder man først at undersøge, hvorledes den romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin udformes i fremmed Teori, saa viser det sig, at Enigheden om Betingelserne og disses Fasthed er en Illusion. Næppe noget er saa omdiskuteret indenfor Kildeteorien som de Betingelser, under hvilke en Sædvaneretsregel bliver til.

Man behøver blot at jævnføre to nyere engelske Forfatteres Udviklinger om den *lokale* Sædvaneret, Halsburys og Allens. Engländerne har Benene paa Jorden. Deres Doktrin bygger paa dette

begrænsede Omraade paa den romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin²⁵), men de har ustandselig forsøgt at verificere den gennem Iagttagelse. Ikke desto mindre varierer de »faste« Betingelser for, hvornaar en lokal Sædvane skal følges af Dommeren. Halsbury angiver fire Betingelser, som maa være opfyldt, for at en Sædvane har opnaaet »the force of law«: 1) immemorial, 2) reasonable, 3) continued, 4) certain, d. v. s. sammenlignet med den danske Doktrin er 2) og 4) helt nye Betingelser, og Halsbury glemmer det subjektive Moment. Hertil føjer Allen: 5) legal, 6) peaceable, 7) nec clam nec precario og 8) opinio necessitatis²⁶). 5 er omstridt i dansk Teori, 6 og 7 forbigaas.

Undersøger man kontinentale Forfatteres Angivelser af Betingelserne, varierer disse paa lignende Maade fra 3 à 4 til 8 à 10. Det mest usikre i den romersk-kanoniske Doktrin er den nærmere Udformning af det subjektive Moment. Uden megen Refleksion er dansk Teori endt i det Standpunkt, at der subjektivt kræves en *Overbevisning* om en *eksisterende juridisk* Berettigelse eller Forpligtelse, hvilket kun er en af de mange kendte Variationer. Nogle kræver en *Vilje* til, at den Handlemaade, der følges, ophøjes til Retsnorm. Andre en *Overbevisning* om, at Handlemaaden *burde* være Ret, at det er *passende, billigt, moralsk Pligt* o. s. v. at handle paa denne Maade. Hvis man tillagde Spørgsmaalet nogen Betydning, kunde man trævle ogsaa denne Side af Sædvaneretsdoktrinen op og vise, at Teorien praktisk talt har marcheret paa Stedet i de sidste 6—700 Aar²⁷). Men det er ikke Ulejligheden værd. Tilstedeværelsen af disse endeløse doktrinale Kontroverser turde i sig selv være et Bevis for, at Ross har Ret i, at det er selve *Udgangspunktet*, som Kritikken maa rettes imod: Troen paa, at det er muligt at angive bestemte Betingelser for, hvornaar en Sædvane skaber eller indicerer Tilstedeværelsen af en Retsnorm. Teorien kan kun undgaa at erkende dette ved at opstille Betingelserne tilstrækkeligt elastisk og indbyde til Anvendelse af en Fiktion ved Subsumtionen under den saakaldte subjektive Betingelse. Kalder man denne: *tacitus consensus populi*, saaledes som Romerne, Glossatorerne og Postglossatorerne gjorde, er det aabenbart for enhver, at der ved Subsumtionen er Tale om en Fiktion, men dette er lige saa vel Tilfældet, naar man taler om: *animus consuetudinem inducendi* (visse Kanonister), *credens se jus habere* (andre Kanonister, Innocens IV), *Volksüberzeugung*, *gemeinsame Rechtsüberzeugung* (tyske histori-

ske Skole), Overbevisning om, at der bestaar en juridisk Forpligtelse, Retsfølelse o. s. v. Den traditionelle romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin, som har sin Oprindelse i en primitiv, mekanisk Retstænkning²⁸), bør opgives. Dette er kun en konsekvent Videreførelse af, hvad Ussing er inde paa i Aftaler, og hvad fremtrædende udenlandske Forfattere har været inde paa i dette Aarhundredes Begyndelse, Lambert ud fra retssammenlignende og Ehrlich ud fra sociologiske og retsfilosofiske Synspunkter²⁹).

Heri ligger ikke, at Begrebet Sædvaneret forsvinder ud af Kildelæren, men blot dette, *at man sprænger den Spændetrøje, som romersk-kanonisk Teori har lagt Sædvaneretten i af ganske særlige Grunde, som ikke har gjort sig gældende i dansk Ret.* Man bør maa- ske i Overensstemmelse med angelsachsisk Tankegang lade Praksis og Sædvaneret være Underafdelinger under een Retskilde, hvad allerede Ross har været inde paa. Derved bliver det muligt at give Begrebet Sædvaneret i videre Forstand et reelt Indhold, der bedre svarer til det sproglige Udtryk: Retsregler anerkendt i Domstolenes Praksis, Retsregler skabt paa Grundlag af andre Statsmyndigheds Praksis, Borgernes eller en snævrere Kreds' Handlemaade, d. v. s. Regler, der *sædvanligt* følges. Afgrænsningen af Begrebet vil ikke blive skarp, men dette er en Fordel, idet man herigennem erkender, at man ikke vil forsøge at bygge op et Retssystem, der tager sig fastere ud end de, der forekommer i Virkeligheden. Om man, naar Talen er om at danne Retsregler paa Grundlag af Borgernes Handlemaade, kan give en synderlig bedre Vejledning in abstracto end Ussing gør, naar han fremhæver, at der maa tages Hensyn til, hvor almindelig og fast Sædvanen er, og om den efter sit Indhold fortjener Retsbeskyttelse, er vist et Spørgsmaal.

Inddelingen af Retskilderne i principale og subsidiære behøver man formentlig heller ikke at lade falde, naar man blot opgiver at opfatte den som en normativ (absolut, mekanisk) Inddeling og i Stedet tyder den derhen, at man herved fremhæver den *typisk rigtige* Rangfølge i Kollisionstilfælde mellem paa den ene Side Loven og paa den anden Side Sædvaneret og Forholdets Natur.

FJERDE KAPITEL

FORFATNINGENS SÆDVANER

Hvad enten man opfatter en Sædvane, der har dannet sig paa Forfatningsomraadet, som en Retssædvane eller som en konstitutionel Sædvane (Skik og Brug), kan man efter Sædvanens Forhold til Loven katalogisere den som en Sædvane præter, secundum eller contra legem, o: som en Sædvane, der supplerer, styrker eller ændrer Loven.

I Forfatningsfortolkningsafsnittet har jeg benyttet Glossatorernes Lære om Sædvaner secundum legem til at afvise Indvendinger mod Loves Forfatningsmæssighed i de Tilfælde, hvor Lovgivningsmagtens Fortolkning af Forfatningen gennem Udførelseslove i nogen Tid har dannet Grundlaget for Myndighedernes Retsudøvelse og været efterlevet af Borgerne. Hensynet til Retssikkerheden kræver, at man under disse Betingelser betragter Forfatningens Fortolkning som fastlagt, og Erfaringen tyder paa, at danske Domstole i disse Tilfælde ikke vil tage en Indvending mod Lovens Forfatningsmæssighed højtidelig. I Overensstemmelse med dette Hovedsynspunkt maa Loven af 1923 om det udenrigspolitiske Nævn anses for stemmende med Grundlovens §§ 11, 18, 19, 22 og 29. Endvidere maa Brandlovgivningens Regler om erstatningsfri Nedrivning af uforsikrede Bygninger, Husdyrlovgivningens Regler om Nedslagning af Husdyr, angrebet af smitsomme farlige Husdyrsygdomme, uden Erstatning eller mod en Billighedserstatning og en Række Regler i Byggelinje-, Byplan-, Bygnings-, Sanerings-, Indflyvnings-servitutloven m. v. om erstatningsfri Paalæg af offentlige Tilstandsservitutter anses for forenelige med § 80. Endelig maa selv vidtgaaende partielle Lovgivningsdelegationer til Administrationen anses for forenelige med § 2.

Denne Grundbetragtning, at Rækkevidden af Forfatningsbestemmelser kan fastlægges gennem den sædvanemæssige Fortolk-

ning, maa ogsaa være anvendelig, naar der er Tale om Rigsrettens, de enkelte Tings eller Administrationens faste og af alle vedkommende accepterede Forfatningsfortolkning. Det er ved Rigsretsken-delse afgjort, at Rigsretsanklage uanset det sproglige Udtryk i §§ 14 og 67 kan rejses ogsaa mod forhenværende Ministre, og denne Fortolkning er lagt til Grund for samtlige Rigsretssager og accep-teret af Lovgivningsmagt og Teori. Dens Rigtighed kan derfor i Dag ikke drages i Tvivl. § 13 har i administrativ Praksis altid været forstaaet paa den Maade, at Ordensudnævnelser er gyldige uden Ministerkontrasignatur, og det nytter derfor ikke noget at frem-sætte Indvendinger imod denne gennem snart Hundrede Aar fulgte Fortolkning¹⁾. Sædvanen har afgjort Fortolkningen.

Fra Tingenes Forretningsordener kan nævnes Bestemmelsen om, at Formændene kan fungere efter Rigsdagens Slutning eller et eller begge Tings Opløsning, og Reglen om, at Formændene, hvis det er tvivlsomt, om et Ting er beslutningsdygtigt, kan opfordre Medlemmer, som hverken har stemt for eller imod, til at rejse sig og derefter tælle disse Medlemmer med ved Afgørelsen af, om Tin-get er beslutningsdygtigt. Gennem disse længe praktiserede Bestem-melser maa Fortolkningen af §§ 19, 22 og 60 («Stemmer ikke») være lagt fast. Fra Rigsdagens Praksis kan nævnes Reglen om, at parlamentariske Undersøgelseskommissioner kan fungere mellem Samlingerne, der vedrører Fortolkningen af § 19²⁾.

Foretrækker man en dogmatisk Begrundelse for, at Forfatnin-gens Fortolkning i alle disse Tilfælde ikke kan omtvistet, kan man give den ud fra den traditionelle Glossatorlære om Sædvaner *secun-dum legem*. Den reale Begrundelse maa søges i den Kendsgerning, at alle vedkommende regner med, at en Forfatningsfortolkning, som har været fulgt, hver Gang Lejlighed dertil frembød sig, og som Borgerne er acquiesceret ved gennem deres Efterlevelse af Loven, vil blive opretholdt. Det samme Hensyn til Retssikkerheden, som ligger bag Læren om, at Domstolene ikke vilkaarligt bør ændre Praksis, tilsiger, at Domstolene under disse Betingelser afholder sig fra at tilsidesætte Love som forfatningsstridige. *Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.*

Forskelligt fra denne Situation, hvor der er Tale om Række-vidden af Forfatningsbestemmelser, der saa at sige tydeliggøres gennem den af Statsmyndighederne sædvanlig fulgte Fortolkning, er det Tilfælde, at der gennem den sædvanlig fulgte Praksis har

udviklet sig visse Synspunkter for, hvornaar diskretionære Forfatningsbeføjelser bør anvendes. Ved Administrationens Lovanvendelse fastlægges der ofte en bestemt Praksis for, hvornaar en Bevilling eller Dispensation kan forventes meddelt, uden at man heri kan lægge andet end dette, at det anses for opportunt at følge visse Retningslinjer. Tilsvarende gør sig gældende ved Anvendelsen af Grundlovens § 22, Stk. 1, om Opløsning af Folketinget. Der har her udviklet sig visse Synspunkter for, hvornaar det er politisk forsvarligt at udstede et Opløsningsdekret, men disse Sædvaner kan ikke betragtes under anden Synsvinkel end den politiske Hensigtsmæssighed. Det er ligeledes en fast Regel først at give Opløsningen Retsvirkning fra Dagen for eller Dagen før Nyvalget. Ifølge fast Praksis anvendes § 64 aldrig som Grundlag for Gennemførelse ved simpel Majoritet af en midlertidig Ændring af Forretningsordenen, men man gaar frem i Overensstemmelse med Forretningsordenens Regler om kvalificeret Majoritet. Hverken ud fra den traditionelle Sædvaneretsdoktrin, som ikke omfatter saadanne Tilfælde, eller ud fra en realistisk Vurdering af disse Sædvaners Karakter vil man her tale om andet end en konstitutionel Sædvane eller Praksis, der kan ændres, uden at dette vil føles som andet end et Brud paa politiske Regler, og der er ikke knyttet nogen retlig Sanktion til et saadant Brud.

Tilbage staar de uskrevne Sædvaner, der supplerer eller ændrer den skrevne Forfatnings Regler. Har disse Sædvaner Karakter af Retssædvaner eller konstitutionelle Sædvaner? For at faa et fast Grundlag under Drøftelsen anføres nogle Eksempler.

Der kendes fra dansk Praksis kun faa Eksempler paa supplerende Sædvaner. Nævnes kan, at Rigsdagssamlingens Aabning fra gammel Tid foregaar paa højtidelig Maade med Afholdelse af Gudstjeneste og Møde i Fællessalen, hvor Kongen undertiden er til Stede og holder Tale til Rigsdagen. Derefter fremlægger Statsministeren Regeringens Program for Rigsdagssamlingen.

Endvidere har der dannet sig en fast Sædvane ved Valgmændenes Valg af Landstingsmænd, som udfylder Rigsdagsvalglovens Regler og paa en Maade omdanner Grundlovens § 37. Naar Valgmændene skal i Funktion, oplever man et sælsomt Skuespil. Dagen før Valgdagen samles Valgmændene fra de forskellige Partier til Prøvevalg for at blive enige om, hvorledes der skal stemmes. Hvis et Parti har netop det Antal Valgmænd, som skal til til Valg af en

eller flere Landstingsmænd, er det kun Personspørgsmaalet, der skal afgøres. Som Regel differerer Antallet, og saa begynder Forhandlingerne om Udlaan af Valgmænd og Vilkaarene herfor. Naar de politiske Aftaler er i Orden, og Beregninger over »Strækning« af Stemmer er foretaget, instrueres Valgmændene.

Paa selve Valgdagen sker der kun dette, at Valgmændene efter Valghandlingens Aabning defilerer forbi en højtstaaende Embedsmand, som udleverer Stemmesedler. Disse afleveres til Partibureauer, der er etableret paa Stedet, udfyldes og tilbageleveres. Derefter bevæger Valgmændene sig paany i Procession forbi Embedsmanden og afleverer Stemmesedlerne, hvorefter Valgresultatet kan opgøres.

Et enestaaende Skuespil med op til Tusinde Marionetter paa hvert Valgsted, som Partiledelserne dirigerer. Fremgangsmaaden har været fulgt længe, den følges over hele Landet, hver Gang der skal afholdes Landstingsvalg, og Valgmændene anser sikkert Ordningen for hjemlet ved Valgloven. Størstedelen af Valgmændene gaar formentlig ud fra, at de er forpligtet til at følge den anførte Fremgangsmaade og stemme efter Partiinstruks. Har der dannet sig en Retssædvane, der supplerer Rigsdagsvalglovens Regler?

Efter den traditionelle Sædvaneretsdoktrin synes alle Betingelser for at anerkende en Retssædvane til Stede, men der kan ud fra Forholdets Natur anføres vægtige Grunde for kun at betragte Fremgangsmaaden som en konstitutionel Sædvane. Formaalet med Prøvevalg og Afstemning efter Partiinstruks er at faa Forfatningen til at virke paa en politisk hensigtsmæssig Maade. De udviklede Forholdstalsvalgregler gør det umuligt for den enkelte Valgmand at beregne, hvorledes hans Afstemning vil virke, og den Omstændighed, at blot een Valgmand stemmer forkert, kan komme til at koste Partiet en Landstingsmand. Streng Disciplin er nødvendig af Partihensyn.

Antog man nu, at der forelaa en Sædvaneretsregel, vilde det som ved alle Sædvaner være vanskeligt at fiksere dens nøjagtige Indhold, men man kunde maaske gøre gældende, at Sædvanen gik ud paa, at den enkelte Valgmand er forpligtet til at følge Partiledelsens med Tilslutning fra et Flertal af Partiets Valgmænd givne Instruks. Konsekvensen heraf vilde imidlertid være, at Partiledelsen, naar den beherskede Forsamlingens Flertal, kunde gennemtvinge uegnede Kandidater. Der blev fri Bane for alle mulige Man-

øvrer med Løfter om »Ben« for Assistance til at sikre Partiledelsens Favoritter. Dette vilde være en uheldig Virkning, og da Erfaringen har vist, at Formaalet med Partiinstrukserne: at faa Forfatningen til at virke paa hensigtsmæssig Maade kan naas blot ved Henviisning til den konstitutionelle Sædvane, er der ingen Grund til at gaa videre. Den Valgmand, som ved at stemme mod Partiledelsens loyale Instruktion vilde blive Aarsag til, at Partiet mistede et Mandat, vilde synke i Jorden af Skam. Hans politiske Fremtidsudsigter vilde være tilintetgjort, og han vilde ikke kunne vise sig paa Egnen. Naar Ordningen er rent politisk, tvinger den Partiledelsen til at gaa loyalt frem for at holde sammen paa Valgmandsstemmerne.

Hvis man ikke vil gøre Landstingsvalget til en ren Farce, bør man ikke anse den udviklede Sædvane for en Retssædvane, skønt de i dansk Teori traditionelt anførte Betingelser formentlig er til Stede. Den taaler ikke at blive transformeret fra den politiske til den juridiske Verden. Det vil være i Strid med Forholdets Natur at ophøje denne Sædvane til Retssædvane, og erkender man dette, kan man fra fremmed Teori let finde en Variant af Sædvaneretsdoktrinen, hvorefter Sædvaner, der er i Strid med ratio, ikke er Retssædvaner. Virkningen af, at en Valgmand ikke følger Partiinstruksen, kan derfor ikke blive Valgets Ugyldighed. Straf er allerede udelukket ved Forbeholdet i Straffelovens § 156. At det højtidelige Ceremoniel, der omgiver Rigsdagens Aabning, kun kan anses for en konstitutionel Sædvane, er allerede en Følge af, at der ikke kan paavises nogen Retsfølge af Brud paa Sædvanen.

Antallet af supplerende Sædvaner er næppe stort, og som Regel maa de sikkert betragtes som konstitutionelle Sædvaner. Jeg kender ikke noget Eksempel paa en Forfatningen supplerende Retsædvane. Tvivlsommere er det, hvorledes man skal bedømme en Del Sædvaner, som, hvis de anerkendes som Retssædvaner, vil ændre Forfatningen.

Hovedeksemplet er den parlamentariske Sædvane, hvorefter en Regering skal gaa af, naar den ikke længere nyder Folketingets Tillid, men til samme Gruppe hører en Række andre Sædvaner vedrørende Kongens Stilling indenfor Statsstyret. Kongen har i mere end 80 Aar aldrig nægtet at stadfæste et af Rigsdagen vedtaget Lovforslag. Efter Sædvanen kan Kongen ikke nægte at tiltræde Justitsministerens Benaadningsindstillinger (§ 26), Indstillinger fra

Ministrene om Dispensationer og Bevillinger, om Udfærdigelse af kongelige Anordninger, om Embedsudnævnelser (§ 17), om Ratifikation af Handelstraktater, som har Rigsdagens Tilslutning (§ 18) o. s. v. I alle disse og en Række andre Tilfælde maa man efter Sædvanen læse »Kongen« som »Ministrene i Forening« eller »vedkommende Fagminister«, for reelt er Kompetencen ikke længere hos Kongen. Denne Forskydning af Magtbalancen er en Følge af de politiske Kampe i den sidste Fjerdedel af den 19. Aarhundrede og Systemskiftet i 1901.

Ogsaa i Forholdet mellem de to Ting har der dannet sig Sædvaner, som henhører til denne Gruppe. Siden Systemskiftet har Folketinget bevidst og med Held trængt Landstinget i Baggrunden med Hensyn til Finanslovsforslagets Behandling. Landstinget faar oversendt Finanslovsforslaget saa sent, at det praktisk taget ikke kan give det en Realitetsbehandling. Som en mager Trøst har de skiftende Indenrigsministre gennem lang Tid fulgt den Fremgangsmaade altid først at forelægge det aarlige Indfødsretslovsforslag i Landstinget.

Endelig har Sædvanen gjort Bestemmelserne i Grundlovens §§ 16, 2. Punktum, og 21 betydningsløse, hvilket igen hænger sammen med Kongemagtens politiske Svækkelse. Da Statsraadet under normale Forhold er en betydningsløs Institution, har Reglen i § 16, 2. Punktum, om Ministerraad som Statsraadssurrogat ingen Interesse. I Stedet nøjes man med den sædvanlige formløse Ministermødebehandling. Ministerraad har ikke været afholdt siden 1869. § 21 om Udsættelse af Rigsdagens Møder ved kongelig Resolution er gaaet af Brug, antagelig som Følge af den politiske Omvurdering.

Saafermt man betragter alle disse Sædvaner som Retssædvaner, vil en Række Forfatningsbestemmelser være ændret. Man maa læse § 13 om Kongens Udnævnelse og Afskedigelse af Ministre, som om den havde en Tilføjelse om, at Ministrene skal have Folketingets Tillid, § 47 som om den havde en Tilføjelse om, at Landstinget ikke kan foretage Ændringer i og ikke kan forkaste Finanslovsforslaget, § 26 som om der stod »Justitsministeren kan benaade«, § 18 som om der i Stedet for Kongen stod Ministrene, § 23 som om den havde en Tilføjelse om, at det aarlige Indfødsretslovsforslag forelægges først i Landstinget o. s. v.

Hvis man yderligere mener, at Love kan bortfalde gennem lang Tids Ikke-Brug, maatte § 16, 2. Punktum, og § 21 være ophævet.

Hvad vilde Konsekvenserne blive af at betragte Grundloven som ændret paa denne Maade? Den Indenrigsminister, som ved en Fejltagelse forelagde Indfødsretsforlaget først i Folketinget, vilde vel højst kunne dømmes for Tjenesteforseelse efter Straffelovens § 157. Men de Ministre, som blev siddende uden at udskrive Valg efter at have faaet et Mistillidsvotum i Folketinget, den Landstingsmand, som tog til Orde for, at Landstinget burde forkaste et uforsvarligt udarbejdet Budget, den Kabinetssekretær, som raadede Kongen til at nægte at underskrive en Benaadning, Handelstraktat, Bevilling o. s. v., og den Statsminister, som tilraadede Kongen at udsætte Rigsdagens Møder efter § 21 eller lade en Sag behandle i Ministerraad i Stedet for i Statsraad, vilde kunne tiltales i Henhold til Bestemmelsen i Straffelovens § 111, Stk. 2, der fastsætter Straf for den, der foretager nogen Handling, der »sigter til paa forfatningsstridig Maade at forandre Statsforfatningen«. Straffen er Fængsel i indtil 8 Aar. For Ministrenes Vedkommende vilde man kunne falde tilbage paa Bestemmelserne i §§ 156—157. Anerkender man ikke dette, foreligger der kun konstitutionelle Sædvaner.

Imod at betragte disse Sædvaner som derogerende Retssædvaner kan man fremsætte forskellige doktrinale Indvendinger. Man kan stille sig paa Angelsachsernes Standpunkt og hævde, at skrevne Love — herunder Forfatningslove — formelt hverken kan ændres ved Sædvane eller bortfalde ved Desuetudo, og at der derfor kun kan være Tale om konstitutionelle Sædvaner, som nok har stor faktisk, men ingen retlig Betydning. Og man kan kritisere ud fra den traditionelle romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin. Fra denne Synsvinkel kan man straks tage Afstand fra, at § 16, 2. Punktum, og § 21 skulde være bortfaldet ved lang Tids Ikke-Brug, fordi Læren om Lovbestemmelers Bortfald ved lang Tids Ikke-Brug heller ikke paa andre Omraader kan accepteres. Den skyldes en Misforstaaelse af et Kildested i Justinians Kodifikation.

Fra den traditionelle Kildeteoris Standpunkt kan Læren om, at Folketingsparlamentarismen er en Retssædvane³⁾, heller ikke opretholdes. Den subjektive Betingelse svigter. Man har vel henvist til, at Kravet om Folketingsparlamentarismens Indførelse har været *fremSAT som et Retskrav*, hvilket ogsaa gælder Folketingets Krav om Overherredømmet over Finansloven. Efter den af kanonisk Sædvaneretssteori udformede Doktrin er det imidlertid ikke nok til Dannelse af en Retssædvane, at et Krav *fremføres* som et Rets-

krav, naar det ikke *accepteres* som et Retskrav. Det ligger i Fremhævelsen af »consensus utentium« og »opinio juris« og er nærmere udviklet af forskellige Forfattere. Den Omstændighed, at Politikerne postulerer, at der foreligger et retmæssigt Krav om Folketingsparlamentarisme, er ikke afgørende, saa længe Kongen ikke har erkendt Kravets Retmæssighed. Man kan sætte sig herudover ved at manipulere med den traditionelle Lære, og hvis man f. Eks. følger Kelsens Variant, maa Parlamentarismen erklæres for en Retssædvane, *men saa maa Læren gennemføres i samme Skikkelse i andre Relationer*, og herefter er baade Sædvanen med Indfødsretsfor­slagets Forelæggelse i Landstinget og Folketingets Overherredømme over Finansloven og en Række andre Sædvaner Retssædvaner. Ellers minder Standpunktet for meget om Stratenrøveren Prokrustes' bekendte Fremgangsmaade.

For mange vil disse dogmatiske Indvendinger være afgørende. Jeg tillægger dem ikke større Betydning. Den traditionelle Sædvaneretsdoktrin indeholder saa mange Varianter baade med Hensyn til Udformning af det subjektive Moment og med Hensyn til Rangfølgen Lov—Sædvane, at man kan kaste et Legalitetens Skær over næsten enhver faktisk fulgt Handlemaade, hvis der er Trang dertil. Derfor bør det afgørende være *en Undersøgelse og Vurdering af de Resultater, som man kommer til ved at erklære en Sædvane for en Retssædvane. I Strid med Forholdets Natur bør en Sædvane ikke ophøjes til Retssædvane.*

Ud fra dette Synspunkt kan man for det første fremsætte den Indvending, at det er vanskeligt at fastslaa Indholdet saavel af den parlamentariske Sædvane som af den Sædvane, at Folketinget har Overherredømmet over Finansloven, og at dette udelukker Anerkendelse som Retssædvaner. Den radikale norske Doktrin formulerer Parlamentarismen som Retssædvane som en Regel om, at Regeringen er forpligtet til at gaa af efter et klart Mistillidsvotum. Saa ubetinget kan Reglen ikke opstilles i dansk Ret, for Regeringen maa altid være berettiget til at gennemføre en Opløsning af Folketinget, hvad den efter norsk Ret overhovedet ikke har nogen Mulighed for at gøre. Hvis Valget falder uheldigt ud, vil Regeringen efter politisk Sædvane straks gaa af uden at afvente Vedtagelsen af et Mistillidsvotum. Da der endvidere er Sædvane for, at en Regering gaar af, hvis den lider et Nederlag ved Afstemning over et vigtigt Lovforslag, ses det let, at Udformningen af Parlamentaris-

men som en Retsregel er mere end vanskelig. I dansk Doktrin formuleres den ogsaa saa ubestemt som »Retten til at kræve, at Regeringen skal fremgaa af Folket«. Det gør baade U. S. A.'s og Schweiz' Regeringer. Samme Formuleringsvanskelighed møder man med Hensyn til Finanslovssædvanen. Landstinget har siden 1901 flere Gange stemt Tekstanmærkninger ud, hvorved den almindelige Lovgivning ændredes, det har strøget enkelte Bevillinger og forlangt Forholdet ordnet ad den almindelige Lovgivnings Vej, og det har forhøjet militære Bevillinger ud fra det Synspunkt, at Forsvarsordningen, som hviler paa Lov, ikke maa saboteres af Regering og Folketing gennem utilstrækkelige Bevillinger.

Dernæst kan man mod Læren om Parlamentarismen som en Sædvaneretsregel indvende, at man herigennem fjerner en Kontravægt, som, selv om den for Tiden ikke synes nødvendig, dog stadig findes i Forfatningen, og den samme Betragtning kan fremføres mod Læren om Folketingets Overherredømme over Finansloven. Hvis man kunde gaa ud fra, at der i Folketinget altid vil findes et regeringsdygtigt Flertal, kunde man maaske ophøje Parlamentarismen til en Retsregel. Naar man ikke hylder Topartisystemet, som Parlamentarismen historisk er knyttet til, men har 4—5 større og en Række mindre Partier, maa man imidlertid indkalkulere den Mulighed, at de politiske Forhold gaar i Opløsning, og at der opstaar en 15—20 Smaapartier, som ivrigt bekrieger hinanden og kun kan blive enige om eet: at styrte de Regeringer, der udnævnes.

Under saadanne Forhold kan det blive nødvendigt at opgive den parlamentariske Regeringsform og gaa over til en anden Form for Folkestyre, f. Eks. den, der anvendes i Schweiz, hvor de større Partier bliver tvunget til at samarbejde, eller U. S. A.'s, hvor Partierne ogsaa i visse Situationer er nødt til at komme til en Forstaaelse. *Den parlamentariske Styreform er ikke den eneste Form for frit Folkestyre*, omend den nok er den Form, der passer os bedst. Hvis man paa Forhaand fastslaar, at Parlamentarismen er en Sædvaneretsregel, vil Truslen om Rigsretsanklage efter Straffelovens § 111, Stk. 2, kunne hindre en nødvendig Omformning af de konstitutionelle Sædvaner efter Kronens Initiativ og med Folkestemningen i Ryggen. Sædvaneretssynspunktet eliminerer Kronen som Forfatningsudviklingens Redningsplanke, om Situationen bliver for broget. Dette er næppe ønskeligt.

Lignende Betragtninger gælder Sædvanen med Hensyn til Fi-

nansloven. Saa længe man kun opfatter denne Praksis som en konstitutionel Sædvane af et ikke alt for fast Indhold, kan Reglen bøjes efter den foreliggende Situation, og der er Mulighed for Landstinget for at træde op imod Misbrug fra Folketingets Side. Dette er udelukket, hvis man gør Reglen til en Sædvaneretsregel. At der ikke kan anføres reale Grunde for, at Sædvanen med Hensyn til Indfødsretslovsforslaget ophøjes til Retssædvane, behøver jeg ikke at uddybe.

Ud fra de anførte Betragtninger foretrækkes det i Overensstemmelse med engelsk Retsopfattelse at karakterisere Parlamentarismen som en konstitutionel Sædvane af et ikke helt fast Indhold, som gennem Grundlovens § 48 for Tiden er fast forankret i Forfatningen⁴). Konstruktionen Retssædvaner, der ændrer Forfatningen, bør formentlig saa vidt muligt undgaas, hvilket opnaas ved at betragte de anførte Sædvaner som konstitutionelle Sædvaner. Som konstitutionelle Sædvaner er Folketingsparlamentarismen og Sædvanerne med Hensyn til Kongens Beføjelser efter Forfatningen, Finanslovsforslaget og Indfødsretslovsforslaget forenelige med Grundloven, medens de opfattet som Retssædvaner er i Strid med denne⁵).

Af Karakteristikken af Parlamentarismen m. v. som konstitutionel Sædvane maa ikke drages den Konklusion, at disse Spørgsmaal ikke skal behandles i en forfatningsretlig Fremstilling. Læren om Forfatningen maa nødvendigvis tage Hensyn til den levende Forfatning. Fra mange Sider hører man fremført den Indvending mod de Fremstillinger, der gives af den danske Forfatning, at det døde Stof dominerer, og jeg tror, at denne Kritik er berettiget. Obsolete Bestemmelser som Grundlovens § 16, 2. Punktum, og § 21 kommenteres indgaaende, skønt der højst sandsynligt aldrig nogensinde bliver Brug for dem igen. Der anvendes en Masse Plads paa at give en Fremstilling af de Retsregler, der gælder om Kongens personlige Retsstilling, Regeringsførelse i Kongens Sted o. s. v., skønt disse Regler efter den politiske Udvikling næsten ikke har nogen Interesse. Hvem der remplacerer Kongen, er underordnet, naar Kongen kun styrer Landet, medens det er Ministrene, der regerer det. En radikal Omlægning af Lærebøgerne, hvorved der tages mere Hensyn til Forfatningens konstitutionelle Sædvaner og til almindelige retsteoretiske Problemer og dødt Stof fjernes, er ikke blot ønskelig, men ogsaa nødvendig, om Interessen for dette centrale Fag ikke skal svækkes.

NOTER

Til Kapitel 1. (S. 7—72.)

- 1) *Knoph* S. 2.
- 2) Holmes' Dissenser i Adkins Sagen 261 U. S. S. 569 (1923) og Panhandle Sagen 277 U. S. S. 223 (1928). Alf Ross: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren, 1934, S. 160, med Kritik af visse yderliggaaende Strømninger indenfor moderne Teori.
- 3) *Haines* I S. 183 Note 23 og S. 228—29, II S. 154—57, *Beveridge* III S. 587, Fr. Stang: Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret, 1833, S. 548, *Knoph* S. 184. Stang forsøger ud fra en forældet metodisk Indstilling at vise, at Sondringen er kvalitativ og ikke kvantitativ, hvilket er haabløst.
- 4) Se ogsaa Tschernings Udtalelse G. R. F. Sp. 2692 i Fortsættelse af den i Teksten S. 20 f. citerede Udtalelse »... og for at den ikke skal forhindres ved Domstolenes Mellemkomst, for at vi ikke skal tvinge deres hyppige Mellemkomst ind ved denne Paragraf...«
- 5) *Berlin* I, 1943, S. 17—20, 109, 124, 139, II S. 172, 205—11, 320—21, *Illum* S. 62, Poul Andersen i U. f. R. 1934 B. S. 41 f., *Berlin* II S. 407, *Ejendomsretten* I S. 263, *Munch-Petersen* S. 185.
- 6) *Warren* III S. 1 f., *Hughes* S. 50 f., *Haines* I S. 369 f., *Swisher* S. 243 f., *Schjelderup* S. 30—31.
- 7) Af de Sager, der er afgjort med ringe Overvægt, fremhæves Galland Sagen fra 1867, Hepburn v. Griswold fra 1870, Pollock Sagen fra 1895, Employers' Liability Sagerne fra 1908, Hammer v. Dagenheart fra 1918, Adkins Sagen fra 1923 og fra 1935—36 Guldklusulsagen, Sagen om A. A. A., Guffey Coal Act, Railroad Retirement Act, Municipal Bankruptcy Act. Summarisk Oversigt over Afstemningerne i disse Sager se *Gilbert* S. 141 f.
Adkins Sagen, 261 U. S. S. 525 er et godt Eksempel paa Fremsættelse af clear case Paastande fra begge Sider. S. 544 kræver Sutherland en »klar og utvivlsom« Paavisning af en Lovs Forfatningsstridighed, før der kan være Tale om at underkende, hvorefter han underkender den, skønt

Holmes udtalte, at Kongressens Kompetence til at give Loven for ham var »hævet over enhver Tvivl«, og skønt der ialt var 3 Dommere, der fandt Loven forfatningsmæssig. En skarp Kritik af 5—4 Afgørelserne i Forfatningssager er fremsat af Dommer Clarke, trykt *Haines* I S. 471 f.

Om Dissenser *Lambert* S. 61 f., *Haines* I S. 429 f.

- 8) *Gilbert* S. 137.
- 9) *Aschehoug* S. 350. A. bygger her paa Cooley, der er tendentiøs i sin Fremstilling.
- 10) 300 U. S. S. 402—03 (Sutherland). Desuagtet udtalte Stone i 1944 i en Mindetale over Sutherland, at »he never thought of the law as a cut and dried system«, se U. S. Bd. 89 S. 2147—50. Se ogsaa den af *Schjelderup* S. 164 citerede Dissens af Mc. Reynolds.
- 11) *Cooley* S. 38 f., især S. 54—57. Før Story repræsenteredes Uforanderlighedssynspunktet navnlig af Højesteretsdommer Paterson, jfr. hans Votum i Van Horne's Lessee v. Dorrance fra 1795: »En Stats Forfatning er fast og varig, den maa ikke paavirkes af Tidsindstillingen og maa ej heller følge med Begivenhedernes Tidevande. Trods Konkurrencen mellem modstaaende Interesser og trods de stridende Partiers kraftfulde Handlinger staar Forfatningen fast og uforanderligt som et Bjerg under voldsomme Storme, som en Klippe i Havet midt i Bølgernes Rasen.« Dommen hos *Beard* S. 37 f.
- 12) G. R. F. Sp. 2692 og 3378, jfr. i det hele Forhandlingerne Sp. 2681 f. og 3372 f.
- 13) Dette fremhæves af talrige amerikanske og udenlandske Forfattere, se f. Eks. *Corwin* III S. 85 f. og Alva og Gunnar Myrdal: *Kontakt med Amerika*, 1941, S. 39—40.
- 14) *Beveridge* har skrevet den udførligste Biografi af Marshall, blandt de kortere fremhæves *Corwin* I. Se ogsaa *Schjelderup* S. 18—27. Om Marshalls Forhold til Meddommerne *Beveridge* IV S. 59—116.
- 15) *Beveridge* IV S. 282 f., *Warren* I S. 499 f., *Corwin* I S. 124 f., III S. 99—100, *Hughes* S. 97 f., 143, *Haines* II S. 351 f., *Swisher* S. 72 f., 168 f., *Schjelderup* S. 21—22, *Knoph* S. 70, *Tingsten* S. 41—42.
Et ældre Eksempel paa, at Marshall fortolkede Forbundets Kompetence ekstensivt, er en Dom, hvori han fastslog, at Unionen kunde erhverve Land (Louisiana), skønt Jefferson havde anset dette for forfatningsstridigt, *Beveridge* III S. 147—49.
- 16) *Hughes* S. 100—01, *Haines* II S. 361. I 1821 stilledes der som Følge af Marshalls frie, mod Enkeltstaterne rettede Forfatningsfortolkning Forslag om en Ændring af Domstolsorganisationen, *Warren* II S. 117.

- 17) Spørgsmaalet i Dartmouth College Sagen var, om et af Kongen i 1769 meddelt Charter, hvorved der var oprettet en Korporation, kunde ændres gennem Enkeltstatslovgivning. Det besvaredes benægtende ud fra det Synspunkt, at der forelaa en Kontrakt, jfr. herved Forbundsforfatningens Art. 1 § 10. Doktrinen er senere modereret. Se *Beveridge* IV S. 220 f., *Warren* I S. 475 f., *Haines* II S. 479 f., *Swisher* S. 157 f., *Schjelderup* S. 25.
Cohens v. Virginia handler om Forholdet mellem Statsdomstole og Forbundsdomstole, se herom *Beveridge* IV S. 342 f., *Warren* II S. 7 f., *Haines* II S. 428 f., *Swisher* S. 110 f., *Schjelderup* S. 22—24.
Gibbons v. Ogden: *Beveridge* IV S. 397 f. (S. 417—18 og S. 431), *Warren* II S. 47 f., *Hughes* S. 143 f., *Haines* II S. 488 f., *Corwin* I S. 135 f., *Swisher* S. 188 f., *Schjelderup* S. 24—25.
- 18) *Lambert* S. 67—68, 93.
- 19) *Warren* III S. 220 f., *Hughes* S. 51 f., 75, *Haines* I S. 396 f., *Jackson* S. 32 f., 41 f., *Swisher* S. 349 f., *Schjelderup* S. 265—71.
- 20) *Warren* III S. 322 f., *Jackson* S. 23, *Swisher* S. 329 f., 342 f.; *Warren* hævder I S. 16, at disse Afgørelser reelt har ændret Forfatningsudviklingen.
- 21) *Lambert* S. 51 f., 63 f., 69 f., 80 f., *Haines* I S. 410 f., *Corwin* III S. 107—08, *Alfange* S. 88 f., *Schjelderup* S. 32—34, 122 f., *Knoph* S. 186—88, *Tingsten* S. 46—47, 53—54, samt *Warren*, *Corwin* II og *Swisher* Sagregisteret under »due process«.
- 22) 261 U. S. S. 525. *Schjelderup* S. 140—42, *Swisher* S. 805 f.
- 23) *Hammer v. Dagenheart*, 247 U. S. S. 251 (1918), navnlig S. 273—74 og 276, og *Bailey v. Drexel Furniture Co.* 259 U. S. S. 20 (1922). *Schjelderup* S. 138, *Tingsten* S. 49, *Hughes* S. 92, *Corwin* II S. 26 f., *Jackson* S. 66 f., *Swisher* S. 584.
- 24) *Castberg* i T. f. R. 1937 S. 115 f., *Jackson* S. 176 f., *Swisher* S. 938 f., *Encyclopedia Americana*, 1946, Art. Court. Roosevelts Budskab trykt hos *Jackson* S. 328 f.
- 25) 300 U. S. S. 379 (1937). *Jackson* S. 170 f., 208 f., *Swisher* S. 946—47, *Schjelderup* S. 151—53.
- 26) Se udover *West Coast Hotel Sagen* f. Eks. *Jones and Laughlin Sagen* 301 U. S. S. 1 (1937), *Mulford Sagen* 307 U. S. S. 38 (1939), *Anthrasite Kul Sagen* 310 U. S. S. 381 (1940) og *U. S. v. Darby* 312 U. S. S. 100 (1941). *Swisher* S. 949 f., 962 f., 970, *Schjelderup* S. 158.
- 27) Om Dommerudnævnelser under de første Præsidenter, *Haines* I S. 345 f., 392 f., under Roosevelt *Swisher* S. 955 f.

- 28) Om Fortolkningen af den mellemstatlige Handelsklausul se *Corwin II* S. 15 f., *Alfange* S. 126 f., *Tingsten* S. 43—44, *Swisher* bl. a. S. 189 f., 407 f., 420 f., 509 f.
 A. A. A. Dommen: 297 U. S. S. 1 (1936), jfr. *Jackson* S. 125 f., *Schjelderup* S. 150, *Swisher* S. 934 f. Tobaksdommen 307 U. S. S. 38 (1939), jfr. *Jackson* S. 237 f.
 Kuldommene: 298 U. S. S. 238 (1936), jfr. *Jackson* S. 153 f., *Schjelderup* S. 150, *Swisher* S. 936 f., og 310 U. S. S. 381 (1940), jfr. *Swisher* S. 970 f.
 Se endvidere om den mellemstatlige Handelsklausuls Ekspansion Jones and Laughlin Sagen 301 U. S. S. 1 (1937), jfr. *Jackson* S. 214—19, *Schjelderup* S. 157—58, *Swisher* S. 949—50, og Edison Sagen 305 U. S. S. 197 (1938), *Swisher* S. 965—66.
- 29) 312 U. S. S. 100 (1941), *Swisher* S. 966 f. Dommen er afsagt to Dage, efter at den sidste Dommer af laissez-faire Fløjen (Mc. Reynolds) havde taget sin Afsked. Se som Eksempel paa beslægtet Lovgivning Jones and Laughlin Sagen fra 1937, hvor Flertallet endnu var noget betænkeligt ved en alt for fri Fortolkning af Handelsklausulen, jfr. *Schjelderup* S. 155. At Flertallet fortolkede Handelsklausulen paa en anden Maade, end Retten tidligere havde gjort, fremhæves af de 4 dissenterende Dommere, som udtalte, at enhver Betragtning, der nu anførtes for at opretholde Loven, kunde have været anvendt til at opretholde Love, som Retten havde tilsidesat indenfor de sidste to Aar, *Schjelderup* S. 159.
 Som Eksempel paa en anden Sag fra nyere Tid, hvor Højesterets Flertal har nægtet at anvende Magtfordrejningslæren til Begrænsning af Forbundets Beskatningskompetence, nævnes Sagen Steward Machine Co. v. Davis 301 U. S. S. 548 (1937), Cardozos Votum, jfr. *Schjelderup* S. 161—64.
 At Domstolene ikke ved Afgørelsen af, om en Lov er forfatningsstridig, kan lægge Vægt paa, hvilke Motiver der har ført Lovgiverne til at vedtage en Lov, er fastslaaet allerede af Marshall i Fletcher v. Peck fra 1810, *Beveridge III* S. 586, og senere gentaget i en Række Domme, *Jackson* S. 67, 212.
- 30) U. S. v. Butler 297 U. S. S. 1 (1936) (leading case med indgaaende Drøftelse i Præmisserne). *Corwin II* S. 149 f., III S. 157 f., *Schjelderup* S. 161 f., *Jackson* S. 125 f., 221 f., *Tingsten* S. 44—46, *Swisher* S. 143—44.
- 31) 306 U. S. S. 466. *Jackson* S. 241—44, *Swisher* S. 842—45 og 973. Et Eksempel paa, at Retten har ophævet en i ca. 100 Aar af Retten fulgt Fortolkning af Forfatningen ud fra den Betragtning, at Fortolkningen var forfatningsstridig, haves i Sagen Erie Railroad Co. v. Tomkins 304 U. S. S. 64 (1938), *Jackson* S. 272 f., *Swisher* S. 976 f.
- 32) Se til foranstaaende *Poul Andersen* S. 143—46, Alf Ross: Hvorfor Demo-

krati? 1946, S. 104, F. Castberg: Norges Statsforfatning, 1935, I S. 100, J. Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 1945, S. 24, 95—97.

- 33) *Poul Andersen* S. 299.
- 34) *Berlin* I 1937 S. 314—16, *Poul Andersen* S. 142—43 og 410 f.
- 35) *Berlin* I 1943, S. 109, 124, 139, II S. 172.
- 36) W. W. Willoughby: The Constitutional Law of the United States, 2. Udg., 1929, I S. 49—52. Stuard v. Laird se *Warren* I S. 269—72.
- 37) *Berlin* II S. 320—21 med Note 40.
- 38) Se 307 U. S. S. 277 (1939), jfr. *Swisher* S. 972—73.
- 39) Stephan Hurwitz: Den danske Strafferetspleje, 1940, S. 87—88 med Henvisninger, R. T. 1945 Till. A. Sp. 113, G. R. F. Sp. 1530—31, 2491—2503, 3338—52. (Sp. 1530: Forbilledet den engelsk-franske Jury. Sp. 2487: Sager, der gaar ud paa Modstand mod Statsmagtens Virksomhed, er politiske Sager.)
- 40) Rasting i T. f. R. 1934 S. 52 f., jfr. *Berlin* II S. 202 f.
- 41) John Locke: Two Treatises of Government, 6. Udg. 1764, 2. Bd. S. 322—23. Henvisning til Locke i Annotation om Delegation til 293 U. S. S. 388 (S. 448 f. med Note 7). Det er Professor H. E. Whiteside og Patrick Duff, der i 1929 har undersøgt Sætningens Oprindelse, se Felix Frankfurter og J. F. Davison: Cases and Materials on Administrative Law, 2. Udg. 1935, S. 58—63, og *Corwin* II S. 140—45, S. 222 Note 93. Jeg er tilbøjelig til at tro, at man ved at gennempløje Postglossatorernes Skrifter vil kunne spore Grundsætningens Overførelse til tysk Ret.
- 42) Oliesagen 293 U. S. S. 388 (1935) (Panama Refining Co. v. Ryan), Kyllingesagen 295 U. S. S. 495 (1935) (Schechter Poultry Co. v. U. S.), Mælkesagen 307 U. S. S. 588 (1939) (H. P. Hoods and Sons v. U. S.). Se f. Eks. *Jackson* S. 87 f., 109 f., 239 f., *Swisher* S. 964, *Schjelderup* S. 146 f.
- 43) Mere bevidst fremhævet af *Illum* S. 47 end af tidligere Forfattere.
- 44) Love Nr. 275 af 28. Novb. 1928, Nr. 181 af 29. April 1938, Nr. 148 af 29. Marts 1939 og Nr. 212 af 31. Maj 1939. Naturfredningsloven af 1937, der citeres senere, er Lov Nr. 140 af 7. Maj 1937.
- 45) *Ejendomsretten* I S. 271, jfr. S. 257 og 274. Troels G. Jørgensen: Erstatning for Ejendomsafstaaelse, 1905, S. 12 f., og i Festskrift til Vinding Kruse, 1940, S. 207 f.

- 46) Lov Nr. 28 af 21. Marts 1873 §§ 26 og 27, Stk. 1, og Loven af 15. Maj 1868 § 31 samt Lov Nr. 174 af 31. Marts 1926 § 40 sammenholdt med Lov Nr. 153 af 30. Novb. 1874. Motiverne se L. T. 1857 Sp. 755—56, R. T. 1867/68 Till. A. Sp. 1449—54, 1872/73 Till. A. Sp. 2038—39.
Ussing har i »Erstatningsret«, 1937, S. 107 den korrekte Slutning fra Lovreglerne.
- 47) Og yderligere af de i forrige Note anførte Lovbestemmelser, se *Ejendomsretten* I S. 257 medio (i Nødretsafsnittet), hvor det hævdes, at Ejeren altid har Krav paa Erstatning (af hvem?), og *Berlin* II S. 403, hvor det forudsættes, at det offentlige betaler Brandskadeserstatningen.
- 48) *Ejendomsretten* I S. 271 og 274 og *Berlin* II S. 402.
- 49) I *Ejendomsretten* I S. 274 hævdes det med Henviſning bl. a. til Lov Nr. 156 af 14. April 1920 § 9, at Ejeren af Husdyr, der slaas ned efter denne Lov, altid har Krav paa Erstatning efter § 80. I § 9 bestemmes det imidlertid udtrykkeligt, at der ikke gives Erstatning, naar Hunde og Katte slaas ned paa Grund af Hundegalskab.
- 50) Nu Lov Nr. 69 af 19. Marts 1930 § 3 d og f.
- 51) Lov Nr. 156 af 14. April 1920 § 8 og Lov Nr. 346 af 29. Juli 1942 § 4, Stk. 2, og § 8, jfr. tidligere Lov Nr. 96 af 31. Marts 1928 §§ 1—2.
- 52) Troels G. Jørgensens i Note 45 nævnte Disputats S. 14. Lov Nr. 156 af 14. April 1920 § 8, Stk. 2 og 7, Lov Nr. 55 af 27. Marts 1903 § 1 og Lov Nr. 140 af 1. Juli 1927 §§ 1 og 5, Stk. 1.
- 53) R. T. 1898—99 Till. A. Sp. 2747 f.
- 54) Formentlig første Gang af Hedeberg i U. f. R. 1927 S. 215 Note 12, jfr. Kinch og Tolstrup: Den danske Landboret, 1941, S. 43, og *Ejendomsretten* I S. 273.
- 55) Kancellicirkulære af 21. Aug. 1830 til samtlige Amtmænd, jfr. Coll. Tid. 1830 S. 665, og Kancelliskrivelse af 15. Aug. 1835 og 21. Juli 1846 til henholdsvis Rentekamret og Ringkøbing Amt, jfr. Troels G. Jørgensen l. c. S. 51 og 56 samt Indenrigsministeriets og Trafikkommissionens i Teksten citerede Udtalelser.
- 56) *Ejendomsretten* I S. 271—73 og 276—77.
- 57) Vinding Kruse synes at have oversat Vejkrydsloven, jfr. Noter til S. 223 i *Ejendomsretten* I, første Udgave, om Forholdet mellem Færdselslov 1923 og Færdselslov 1932.

- 58) *Illum* S. 41—44, hvis Karakteristik og Imødegaelse af Vagn Jensens Fortolkning i U. f. R. 1934 B. S. 213 f., jfr. 1943 B. S. 285 f., af Naturfredningslovens Erstatningsbestemmelser jeg kan tiltræde og henholder mig til.
- 59) Troels G. Jørgensen l. c. S. 44. Paa Island har man efter Sigende drøftet at give Afleveringspligten en betydelig Udvidelse.
- 60) Hermed være ikke sagt, at man ikke kan naa til en mere tilfredsstillende Udformning i en samlet Fremstilling ved noget skarpere at udskille de typiske Situationer. Raadighedsbegrænsningsgruppen adskiller sig saa afgørende fra den typiske Ekspropriationssituation, at der i Almindelighed ikke kan være Tale om at trække den ind under § 80, jfr. mine Bemærkninger i Anmeldelse af *Illum* i U. f. R. 1943 S. 53. De kritiske Bemærkninger i Teksten af Behandlingen i *Ejendomsretten* af denne Gruppe vedrører Nøjagtigheden og ikke Grundsynspunktet.
- 61) *Illum* S. 62 nederst om Byplanloven.
- 62) Se til Teksten her og i det følgende *Berlin* I 1943 S. 15—20 og *Berlin* i »Juristen« 1939 S. 517—55. Pihl-Udvalgets Betænkning findes i R. T. 1938/39 Till. A. Sp. 3993—4136, Lovforslaget Sp. 3941—3992.
- 63) *Knoph* S. 182.

Til Kapitel 2. (S. 73—101).

- 1) Ch. Mc. Ilwain: *Constitutionalism Ancient and Modern*, 1940, S. 72—73.
- 2) *Aschehoug* S. 337 med Note 2, *Berlin* II S. 63 med Note 64.
- 3) Zahle i F. T. 1925/26 Sp. 4633—39. Afstemningen i G. R. F. Sp. 3385—86. Zahles Betragtninger Sp. 4305 om, at man risikerer, at Domstolene underkender en Lov, der har virket i Praksis i mange Aar, har efter dansk Retsindstilling næppe noget paa sig.
- 4) Sofokles *Antigone* ved Niels Møller, 7. Udg. 1943, S. 34.
- 5) *The Works of Aristotle*. Bd. XI. *Rhetorica*. Ved W. Rhys Roberts. Oxford. 1924. 1. Bog, 15. Kap. i Beg.
- 6) G. Haenel: *Dissensiones Dominorum*, 1834, S. 330. *Placentins* Anskuelser er der redegjort for i en fransk Disputats af Pierre de Tourtoulon: *Placentin*, Paris, 1896, se navnlig S. 161—63.
- 7) Paterson har i sit *Votum* i *Van Horne's Lessee v. Dorrance* fra 1795 frem-

hævet denne Inkonsekvens, hvilket viser hans Kendskab til Bonhams Case. *Beard* S. 37 f., *Hughes* S. 81.

- 8) *Haines* I S. 32 f., 59 f., 226 f., *Corwin* III S. 21—22.
- 9) Se navnlig *Haines* I S. 86 f.
- 10) *Haines* II S. 14—15 om, at den franske Lære om, at hver Statsmagt bestemmer sin egen Kompetence, stemmer med Vattel.
- 11) *Haines* I S. 44 f., jfr. E. B. Russell: The Review of American Colonial Legislation by the King in Council, 1915, i *Studies in History, Economics and Public Law*, udgivet af Columbia University, Bd. 64 Nr. 2.
- 12) A. de Tocqueville: *De la Démocratie en Amérique*, 4. Udg. 1836, Bd. I S. 167, jfr. Hages Oversættelse i »Gjengangeren«, 1844, S. 196, *Aschehoug* S. 352.
- 13) *Swisher* S. 722 f.
- 14) Dette Spørgsmaal kom aldrig for Domstolene. Det bemærkes, at ogsaa denne Paastand viser, at Kærnen i den amerikanske Doktrin er Fortolkningsproblemet. Senere har man nemlig fortolket Forfatningen saaledes, at Kongressen kan afskaffe en Domstol.
- 15) I Kentucky og Virginia Resolutionerne fra 1798 udtalte de to Staters Legislaturer, at *Staterne* havde Prøvelsesret overfor Forbundslove. Denne farlige Doktrin kunde neutraliseres, naar Højesteret tiltog sig Afgørelsesmyndighed: det var til syvende og sidst U. S. A.'s særlige Struktur, der fremtvang ogsaa Læren om Prøvelsesret overfor sideordnede Lovgivningsorganers Love. Se *Alfange* S. 33—35.
- 16) Nærmere Enkeltheder om Jeffersons og Republikanernes Krig mod Højesteret og Føderalisterne om Magten i Domstolene og om Taktiken bag Marbury Sagen kan efterses hos *Beveridge* III S. 50 f., *Warren* I S. 169 f., *Corwin* I S. 53 f., *Swisher* S. 94 f., *Haines* II S. 223 f. Om Forbundsdomstolenes Partiskhed under disse politiske Kampe og Marshalls Brev til Chase, *Beveridge* III S. 22 f. og S. 176—77.
- 17) Marbury Sagens Præmisser kan efterses f. Eks. hos *Haines* II S. 250—53 eller *Beard* S. 120—25. Sammenlign Hamilton i *The Federalist* Nr. 78, *Haines* II S. 199—201, og Paterson i Van Horne Sagen, *Beard* S. 37—40.
- 18) Dette havde baade Ørsted og Tscherning Blikket aabent for, G. R. F. Sp. 3375 og 3380, hvor det med Rette anføres, at Spørgsmaalet, om en Bestemmelse er overensstemmende med Forfatningen, ikke altid lader sig opløse i faste almindelige Regler. I svensk Teori har clear case Læren

faaet Tilslutning bl. a. fra Blomberg og Herlitz, se Nils Herlitz: »Förvaltningsrättsliga Grunddrag, 1943, S. 49.

- 19) *Berlin* II S. 69 Note 80.
- 20) Tocqueville S. 170, Gjengangeren S. 198 (Note 12 foran) sammenholdt med Storys Commentaries, 1833, I S. 349, og *Cooley* S. 44 og 159—60. Jfr. *Lambert* S. 21 og *Gilbert* S. 8, 10, 14 o. s. v. om Udeladelse i Lovsamlingerne af Bestemmelser, som er underkendt. *Berlin* II S. 71. J. Nellemann: Civilprocessens alm. Deel, 2. Udg., 1877, S. 118; og C. G. Holck: Den danske Statsforfatningsret, 1869, II S. 238.
- 21) *Haines* I S. 179—80, II S. 199.
- 22) Nævnes kan ogsaa det kraftigste Modtræk fra Kongressens Side mod Domstolens Prøvelsesret, der er en Lov fra 1868, som blev gennemført for at hindre Højesteret i *i en svævende Sag* (Mc. Cardle Sagen) at underkende de saakaldte Reconstructions Acts. Højesteret bøjede sig for Loven. *Warren* III S. 196 f., *Swisher* S. 324 f.
- 23) De mest indgaaende Undersøgelser af den amerikanske Doktrins Udbredelse er foretaget af Haines. Han sammenfatter Resultatet saaledes: »Outside of the United States it is rarely conceived as possible that courts will interpose their judgment to check the matured policies of the legislative and executive departments. A recent movement to extend the authority of courts and to accept the primary principles of the American doctrine of judicial review seems to have affected but little the prevailing system of legislative supremacy.« *Haines* I S. 365.
- 24) J. Nellemann: Civilprocessens alm. Deel, 2. Udg., 1877, S. 110, C. G. Holck: Den danske Statsforfatningsret, 1869, II S. 231.
- 25) *Berlin* II S. 8 og 318. Hos Berlin foreligger der altsaa den samme juridiske og filosofiske Modsigelse som hos Coke og Blackstone.
- 26) Chases Votum kan efterses hos Frankfurter og Davison (Note 41 til Kap. 1) S. 23—26. *Haines* I S. 404—08, II S. 154—56, *Cooley* S. 164—72. Nærmere om »vested rights« *Corwin* II S. 56 f. og navnlig Haines: The Revival of Natural Law Concepts, 1930, S. 56 f., der dog ikke findes paa danske Biblioteker. At Forholdet mellem Naturretssynspunkter og det 5. og 14. Amendment har været som anført i Teksten ses hos en Naturretsjurist som S. E. Baldwin: The American Judiciary, 1914, S. 120—21.
- 27) Se f. Eks. A. Blondel: Le Contrôle Juridictionnel de la Constitutionnalité des Lois, 1928. Da de franske Forfatningslove af 1875 ikke indeholdt Bestemmelser, der begrænsede Lovgivningsmagtens Kompetence af Hensyn til Borgerne (»Frihedsrettigheder«), har nyere Retninger i fransk Stats-

retsteori hævded, at Menneske- og Borgerrettighedernes Erklæring af 1789 indeholder super-legale Retsprincipper, og at Love, der er i Strid hermed, kan tilsidesættes af Domstolene. Se Blondel S. 331—73 med Referat af Duguit (Berlins franske Kilde) og Hauriou. Blondel vil anvende Sædvaneretsbetragtninger til Støtte for disse Synspunkter.

- 28) Willes i 1871 om Cokes obiter dictum i Bonhams Case:

»Det dictum staar imidlertid som en Advarsel og ikke som en Autoritet, der skal følges. Vi sidder her som Dronningens og Lovgivningsmagtens Tjenere. Skal vi optræde som Regenter over det, som besluttet af Parlamentet med Dronningens Sanktion? Jeg benægter, at en saadan Mynlighed eksisterer. . . . Forhandlingerne her er judicielle og ikke autokratiske, hvad de vilde være, hvis vi kunde lave Love i Stedet for at administrere dem.« *Allen* S. 256.

Til Kapitel 3. (S. 102—27).

- 1) Se til foranstaaende: *Vinding Kruse* S. 148 og S. 152—53, V. Bentzon: *Retskilderne*, 1905, S. 76 f., navnlig S. 84 og S. 90—92, 94—99, *Munch-Petersen* S. 4, *Poul Andersen* S. 140, A. W. Scheel: *Privatrettens alm. Deel*, 1865, S. 154—55, 166—68 og 172, Alf Ross: *Lærebog i Folkeret*, 1946, S. 109—12, K. Illum: *Lov og Ret*, 1945, S. 108—10, *Berlin* I 1937 S. 65—67, L. Nørregaard: *Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret* I, 1784, S. 25, A. S. Ørsted: *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed* I, 1822, S. 110, C. Goos: *Forelæsninger over den alm. Retslære* I, 1889, S. 132—36.
- 2) Brie har foretaget en Detailgennemgang af Middelalderens Sædvaneretsdoktrin. Om Glossatorerne *Brie* S. 96—127, om Postglossatorerne S. 128—64. Forarbejdet er for Glossatorernes Vedkommende foretaget af G. Haenel i *Dissensiones Dominorum*, 1834, S. 151—53 med Note med Henvvisninger. Se yderligere E. Lambert: *La fonction du droit civil comparé*, 1903, I, S. 111 f., og *Engelmann* S. 81—97. Puchta er i sin *Gewohnheitsrecht* ofte inde paa Glossatordoktrinen, men Fremstillingen er splittet.
- 3) Beskrivelse af den mekaniske Retstænkning er ofte givet af Teorien, navnlig af moderne amerikansk Teori. Se f. Eks. *Frank* S. 118 f. med Henvvisninger og *Haines* II S. 26—41.
- 4) *Brie* S. 104—14.
- 5) Glosse meddelt af v. Savigny i *Geschichte des Römischen Rechts*, 2. Udg. 1850, 4. Bd. S. 458—59.
- 6) Teksten i yngre Udgaver af *Codex* med Glossen er sammenholdt med Det

kgl. Biblioteks seks Codex-Inkunabler. *Brie* er S. 123 i Tvivl om, hvorvidt Fortolkningen kan føres helt tilbage til Bulgarus, men dette er efter Glos- sen ikke tvivlsomt. Se ogsaa en Post-Vacariansk Glosse i The Publications of the Selden Society XLIII The Liber Pauperum of Vacarius, 1927, S. 18.

Oplysning om Martinus' og Placentins Synspunkter findes dels i Glos- sen, dels i Placentins og Azos Summae Codicis, hvoraf Udgaver findes paa Det kgl. Bibliotek. Se ogsaa *Brie* S. 98 og 122.

- 7) Hugonis Donelli Juris Consulti Commentarii de jure civile I, 1734, S. 24. Jason citeret efter *Engelmann* S. 87—88, hvor Oplysning gives om andre Postglossatorers Stilling. Gundling i Gundlingianus VII N 3, § 21, v. Sa- vigny: System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 194—96, Puchta: Wohnheitsrecht II, 1837, S. 206 med Note 9, Vangerow: Lehrbuch der Pandekten I, 1863, S. 42—44, Geny: Méthode d'interprétation I, 1919, S. 407 (»Usage contraire et désuetude sont tout un, et doivent avoir, à l'en- contre de la loi écrite, exactement même effet. Il s'agit seulement de savoir quel doit être cet effet.«) Nomokanon findes trykt i Pitra: Juris eccl. grae- corum historia et monumenta, Rom 1868, II S. 461, men uden Scholien. — Mod Nomokanons Desuetudolære taler for Romerrettens Vedkommende Inst. 1, 2, 11 og 4, 4, 7. Sidstnævnte Sted bruges Udtrykket desuetudo som entydigt med consuetudo contraria.
- 8) Se herom navnlig *Gray* S. 189—97 og 329—34.
- 9) *Vinding Kruse* S. 109—13, Ørsted (Note 1) S. 83 f., navnlig S. 84, 88 og 90 sammenholdt med I. F. Runde: Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts, 5. Udg. 1817, Indledningen og f. Eks. S. 5, 41 og 68—69. Se om R. Allg. Deutsche Biographie XXIX S. 678—79 og Jhering: Geist des Römischen Rechts, 2. Udg. 1869, 2, 2, S. 371. Det kgl. Bibliotek har anskaffet hele tre Udgaver af Bogen (1791, 1801 og 1817 Udg.). Den fandtes ikke i Ørsteds Dødsbo, men det ses af Bogauktionskataloget, at Ørsted har ejet en anden Bog af R. R. fremhæver bl. a., at Størstedelen af Digesterne er Regler, der er skabt af de klassiske romerske Jurister ud fra Sagens Natur, og hans Lære hviler saaledes paa Romerretten.
- 10) Se navnlig U. f. R. 1940 S. 149 f. og T. f. R. 1945 S. 273 f.
- 11) Se om customs *Allen* S. 69—106 og Halsbury: The Laws of England 10. Bd., S. 217 f. To Ting er væsentlige: 1) lokal Gyldighed (en almindelig Sædvane »that is the common law« ifølge Coke) og 2) umindelig Tids Udøvelse. Leading case synes at være Tanistry-case fra 1608, og Teorien hviler paa en af John Davies i Beg. af 17. Aarh. given report, se Pollock: A first Book of Jurisprudence, 1896, S. 263 f.
- 12) *Allen* S. 87—88.
- 13) Efter v. Savigny: Geschichte des Römischen Rechts, 1850, 4. Bd. S. 224 og 5. Bd. S. 1 f., var Glossatorerne kun stuelærde. Urigtigheden af denne

Anskuelse er navnlig paavist af *Engelmann* S. 2—3 og 172—204, se især Noten S. 176—77 samt S. 181—83 om Glossens Forhold til Praxis. Se ogsaa *Brie* S. 125.

- 14) v. Savigny: System des heutigen Römischen Rechts 1. Bd. S. 195 og 424—25. Ved Hjælp af v. Savigny og Puchta kan deri interesserede finde frem til de tyske Fremstillinger af Sædvaneretsdoktrinen omkring Aar 1800. Se ogsaa f. Eks. C. C. W. Klötzer: Versuch eines Beytrags zur Revision der Theorie von Gewohnheitsrecht, 1813.
- 15) Dette er maaske Forklaringen paa den i U. f. R. 1930 S. 578 refererede Dom.
- 16) Se Glossen Aut legem til C. 8, 53, 2 fra: Tertii dicunt. Før Accurcius var der nogle, der mente, at Antinomien mellem Digest- og Codexfragmentet kunde opløses saaledes, at D. sigtede til deklaratoriske Love, medens C. sigtede til præceptive Love. Dette er en Variant af Læren om Lovens Primat.
Vinding Kruse S. 132, Scheel (Note 1) S. 174. Naar V. K. tager den i U. f. R. 1869 S. 399 anførte Dom til Indtægt, bemærkes, at samme Landsret kom til den modsatte Løsning i den i Teksten citerede Dom fra 1936. Ussing synes i Aftaler, 1945, S. 441 Note 91, at have oversat, at Landsrettens Dom i denne Sag blev indanket for Højesteret.
- 17) Dep. Tid. 1862 S. 825 f.
- 18) *Gray* S. 197. Se om Fiktioner *Gray* S. 30—37, 184—185, *Frank* S. 36 f. og 312 f., H. S. Maine: Ancient Law, 1890 Udg. S. 21—43, R. Jhering: Geist des römischen Rechts 3 Del 1 (1871) S. 293 f.
- 19) I. H. Deuntzer: Den danske Skifteret, 1885, S. 563, jfr. Redaktionsnoten i U. f. R. 1926 S. 563 og Olrik i U. f. R. 1926 B S. 163 Noten.
- 20) U. f. R. 1943 S. 1072 og Poul Andersen: Offentligretligt Erstatningsansvar 1938 S. 73 f. samt Noten til H.D. i U. f. R. 1932 S. 1081.
- 21) O. A. Borum: Familieretten II, 1941, S. 58.
- 22) Olafur Lárussen: Fyrirlestrar um islenskan eignarétt, 1942, S. 192. O. Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889, S. 126, *Gray* S. 184—85.
- 23) *Gray* S. 192.
- 24) H. Ussing: Aftaler, 1945, S. 437—38.
- 25) Alf Ross: Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 82 og 434.
- 26) Halsbury (Note 11) S. 221—32, *Allen* S. 86—101.

- 27) Udgangspunktet for en saadan Undersøgelse maatte være *Brie* S. 16—18, 111—12, 146—50, 171—77 sammenholdt med Zitelmanns Artikel i *Archiv für die civilistische Praxis* 1883 S. 323—468: *Gewohnheitsrecht und Irrtum*.
- 28) Puchtas Indsats kan ses ud fra Synsvinklen Forsøg paa at sprænge den mekaniske Retstænkning ved Hjælp af romantisk Retsfilosofi.
- 29) Lambert (Note 2) S. 111 f., Eugen Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S. 352—80.

Til Kapitel 4. (S. 128—37).

- 1) Se dog *Berlin* I 1937 S. 288 med Note 13.
- 2) *Berlin* I 1943 S. 124—25 (Begrundelsen stiltiende forudsat i Grundloven er en Fiktion), 135, 106 Note 39, 144—45.
- 3) Teksten S. 42—43 med Note 32. I Forfatningskommissionens Betænkning fra 1938 karakteriseres Parlamentarismen som en Retssædvane. Da Kommissionens Sekretariat S. 17 i Betænkningen hævder, at den engelske Parlamentarisme er indført af Mac Donald, er Imødegaaelse af denne usagkyndige teoretiske Vurdering — andet er der ikke Tale om — unødvendig.
- 4) For at undgaa Misforstaaelse fremhæves det, at Spørgsmaalet om den rette Bedømmelse af den parlamentariske Sædvane ikke har noget at gøre med Spørgsmaalet om Tillid—Mistillid til Folkestyret i dets nuværende Form. Forfatterens personlige Syn herpaa fremgaar af Kritikken af den amerikanske Lære om Domstolene som Superlegislaturer. Den engelske Lære om Parlamentarismen som konstitutionel Sædvane (Freeman, Dicey, Anson, Jennings m. fl.) er ganske upolitisk.
- 5) At Konstruktionen derogerende Retssædvane næppe er paakrævet ved § 16 er omtalt S. 43—44. Det Sted, hvor den vanskeligst kan undværes, er ved § 48: Udgifter paa forventet Tillægsbevilling. I Rigsdagskredse skal det dog være en udbredt Opfattelse, at denne Praxis i og for sig er forfatningsstridig, og at Folketingsparlamentarismen derfor altid kan haandhæves gennem Rigsretsanklage, for Ministrene handler til Stadighed ulovligt. Reglerne i Straffelovens § 84, Stk. 1 Nr. 3, jfr. Stk. 2, vil dog føre til Straffrihed, saalænge Ministrene kun har fulgt den konstitutionelle Sædvane.

LITTERATUROVERSIGT OG FORKORTELSSES- FORTEGNELSE

- Alfange*: Alfange: The Supreme Court and the National Will. 1937.
- Allen*: C. K. Allen: Law in the Making. 1927.
- Andersen, Poul*: Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret I. 1944.
- Aschehoug*: T. H. Aschehoug: Norges nuværende Statsforfatning. Bd. 3. 1885.
- Beard*: Ch. A. Beard: The Supreme Court and the Constitution. 1926.
- Berlin I og II*: K. Berlin: Den danske Statsforfatningsret I (1937 eller 1943), II 1942.
- Beveridge*: A. J. Beveridge: The Life of John Marshall. I—IV. 1916—19.
- Brie*: S. Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I. 1903.
- Cooley*: T. M. Cooley: A Treatise on the Constitutional Limitations. 1868.
- Corwin I*: E. S. Corwin: John Marshall and the Constitution. 1919.
- Corwin II*: sammes: The Twilight of the Supreme Court. 1934.
- Corwin III*: sammes: Court over Constitution. 1938.
- Ejendomsretten*: Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., 1945.
- Engelmann*: W. Engelmann: Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien. 1938.
- Frank*: Jerome Frank: Law and the Modern Mind. 1936.
- Gilbert*: Provisions of Federal Law held unconstitutional by the Supreme Court of the United States. Forfattet af W. C. Gilbert. 1936.
- Gray*: J. C. Gray: The Nature and Sources of the Law. 2. Udg. 1922.
- G. R. F.: Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848—49 (den grundlovgivende Rigsforsamling).
- Haines I*: C. G. Haines: The American Doctrine of Judicial Supremacy. 2. Udg. 1932.
- Haines II*: sammes: The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1789—1835. 1944.
- Hughes*: Ch. E. Hughes: The Supreme Court of the United States. 1928.
- Illum*: K. Illum: Servitutter, 1943.
- Jackson*: R. H. Jackson: The Struggle for Judicial Supremacy. 1941.
- Knoph*: R. Knoph: Rettslige Standarder. 1939.

- Lambert*: E. Lambert: Le Gouvernement des Juges. 1921.
Munch-Petersen: E. Munch-Petersen: Den borgerlige Ret. 1943.
Schjelderup: F. Schjelderups Artikler i Tidsskrift for Rettsvidenskab 1938
S. 17 f., 121 f., 265 f.
Swisher: C. B. Swisher: American Constitutional Development. 1943.
Tingsten: H. Tingsten: Samtidens Förbundsstater. 1942.
U. S.: United States Supreme Court Reports.
Vinding Kruse: Fr. Vinding Kruse: Retslæren I. 1943.
Warren: Ch. Warren: The Supreme Court in United States History. I—III.
1924.

De anførte Bøger findes enten paa Det kgl. Bibliotek eller paa Juridisk Laboratorium. Mange af de citerede amerikanske Højesteretsdomme er trykt hos M. Cohen: Selected Supreme Court Decisions, 1937.