

Henrik
Zahle
Rettens
kilder

Christian Ejlers
København 1999

Retnings kilder

Tilrettelægning, sats
og ombrydning ved
Carl-H. K. Zakrisson,
Polytype

Omslag:
Kjeld Brandt
Grafisk Tegnestue

Tryk og indbinding:
Nordisk Bogcenter, Haslev

Copyright:
© by Henrik Zahle, 1999

ISBN: 87 7241 916 4

Christain Ejlers' Forlag
Brolæggerstræde 4
Postboks 2228
1018 København K
liber@ce-publishers.dk
www.ejlers.dk

Indhold

Forord	7
Retsanvendelse og -kilder	9
1 En konkret begyndelse	11
2 Regulering	14
2.1 Heteronom og autonom regulering	14
2.2 Offentlig og privat regulering	19
2.3 Dansk og ikke-dansk regulering	20
2.4 Fortolkning	22
2.5 Forarbejder	27
2.6 Efterarbejder	34
2.7 Regel-konflikter	35
3 Tradition	39
3.1 Retssædvane og kutyme	40
3.2 Retspraksis	47
3.3 Administrativ praksis	55
3.4 Tradition som forståelsesmønster	60
4 Rimelighed	62
4.1 Forholdets natur	62
4.2 Rimelighed, bedømmelsesgrundlag og retsanvender	64
5 Retsanvendelsens trekant	68
5.1 Det normative	68
5.2 Retsanvenderen	71
5.3 Sagen	73
Noter	75

Forord

Retskilder er et traditionelt emne inden for dansk retslære. Det er således et centralt emne i fremstillinger om retslære eller juridisk metode, foruden selvfølgelig i de undertiden omfattende fremstillinger, der udelukkende behandler retskilder. Forståelsen af retskilder er dermed blevet nøglen til forståelse af retten, retten som system og retten i dens anvendelse. Om retskilde-begrebet er egnet til at føre frem til en forståelse af disse centrale emner, kan diskuteres.

Denne tekst er udarbejdet for at give et grundlag for forståelse af rettens kilder som et emne i den danske tradition. I forbindelse hermed præsenteres en række grundbegreber og problemstillinger, som hører til denne tradition. Og ikke mindst fremlægges – hen mod slutningen – en overvejelse af, om rettens kilder som ramme for disse grundproblemer er den rette ramme. Eller om det der behandles som rettens kilder, mere rammende kan siges at angå rettens dannelse og anvendelse.

En foreløbig udgave er læst af en række kolleger, og jeg har nydt godt af meget intense og udførlige kommentarer. Disse er i vidt omfang indarbejdet i fremstillingen, der har vundet meget herved. Men ikke alle forslag er fulgt: Nogle har jeg ikke været enige i, andre har ikke kunnet tages med uden at bryde den sidemæssige ramme, og atter andre må jeg endnu overveje.

RETTENS KILDER

For kommentarer takker jeg: Camilla Baasch Andersen, Mads Bryde Andersen, Jes Bjarup, Lisbet Christoffersen, Christian Bo Hansen, Peter Højlund, Anne Lise Kjær, Alexander Carnera Ljungstrøm, Joseph Lookofsky, Birgitte Kofod Olsen, Jens Elo Rytter, Steen Rønsholdt, Annika Snare, Henrik Stevnsborg, Jørn Vestergaard, Vibeke Vindeløv.

August 1999

Henrik Zahle

Retsanvendelse og -kilder

Hvad sker ved rettens anvendelse? Hvordan når den, der anvender retten, frem til sit resultat – sin fortolkning og afgørelse? Hvordan er forholdet mellem det materiale, jurister oplæres i – love, bekendtgørelser, aftaler, traktater, domssamlinger osv, for ikke at tale om lærebøger – og den konkrete afgørelse? Er afgørelsen en mekanisk følge af dette materiale? Eller har retsanvenderen en vis “frihed”?

Hvordan skal i så fald retsanvenderens forhold til dette materiale forstås? På hvilket grundlag træffes en juridisk afgørelse – hvordan bør forholdet mellem grundlaget og dets anvendelse forstås? Det er disse spørgsmål, som det følgende skal belyse.

Emnet behandles her i en hermeneutisk tradition, som jeg præsenterer nedenfor. At forstå og handle noget som “ret” eller “retskilde”, er naturligvis normativt i den betydning, at forståelsen og handlingen udgår af et engagement. Det er således ikke min hensigt at besvare de stillede spørgsmål ved “empiriske” undersøgelser af praksis, og de opfattes ikke som socialpsykologiske temaer.

I den danske tradition behandles disse spørgsmål som forskellige sider af fænomenet “retskilder”, og det er også den ramme, jeg har lagt til grund. Men som fremstillingen viser, er det min (og også mange andres) opfattelse, at der i forestillingen om “retskilder” ofte appelleres til en mekanisk opfattelse af forholdet mellem f.eks. en lovbestemmelse (rettens kilde) og afgørelsen (hvis juridiske legitimitet skal hentes i dens oprindelse i loven). Det hænger sammen med den distance, begrebet skaber mellem “kilden” og “anvendelsen”. Eller hvis man – som mange gør – tager afstand fra den mekaniske opfattelse, bliver betegnelsen “retskilde”

ofte brugt på en løs og derfor vildledende måde, der ikke giver nogen forståelse af retskildernes karakter. Det er derfor egentlig "rettens anvendelse" snarere end "rettens kilder", der behandles. Med denne fokus åbnes for en forståelse af de rejste spørgsmål, der i højere grad ser retten og dens anvendelse som en helhed i forbindelse med den person eller institution, der anvender retten.¹

I En konkret begyndelse

Lad os begynde med et par sager, der kan illustrere den type af afgørelse, som vi beskriver som en juridisk afgørelse. Det er det juridiske, der er bærende for emnet. Ved at betegne afgørelsen juridisk, adskiller jeg den fra andre afgørelser, f.eks. økonomiske, moralske, kulinariske, politiske afgørelser. Selvom jeg fokuserer på det juridiske, vil det i løbet af fremstillingen vise sig, at de forskellige typer af afgørelser er nært forbundne, eller rettere sammenvævet, på en måde, der kan gøre adskillelse vanskelig.

To eksempler

Eks 1 – UfR 1999 963H angår afgift af arv til bortadopteret barn. A var født i 1971; hans forældre blev skilt; i 1992 blev A bortadopteret. A's mor døde i 1996, hun efterlod sig ikke ægtefælle eller andre børn end A, og hun havde i et testamente indsat A som enearving.² Af arv til andre end "afkom" skal betales en særlig tillægsboafgift. Spørgsmålet var, om A er afkom (han er jo biologisk søn af sin mor) eller ikke (eftersom han var bortadopteret). Skifteretten anså ikke A for at være "afkom" – af to grunde: 1: han havde ikke legal arveret efter sin mor, og 2: forholdet til den virkelige slægt var afbrudt. Landsretten nåede til samme resultat, især da 3: 1956-adoptionsloven havde skabt samme retsforhold mellem adoptant og adoptivbarn som mellem forældre og ægtebørn. Højesteret valgt imidlertid det modsatte resultat, idet retten 4: i ordlyden af loven ("afkom") ikke fandt støtte for, at et adoptivbarn kun var afkom, hvis det havde legal arveret efter afdøde, og retten fandt ikke grundlag for at fravige 5: den hidtidige retsforståelse som var kommet til udtryk i 6: forarbejder til loven.

Eks. 2 – UfR 1998 526Ø: Tre tiltalte blev idømt betinget fængselsstraf for vold i henhold til strfl § 244; de tiltalte blev dømt til at betale salær til deres beskikkede forsvarer, og dette følger af den almindelige regel, at den, der bliver dømt i en straffesag, i almindelighed skal betale sin forsvarers salær, jf rpl § 741 – den domfældte betaler egne omkostninger, men ikke som i civile sager modpartens omkostninger.³ Endelig blev de tiltalte af Byretten pålagt at betale den advokat, der var beskikket for voldsofferet, og det var denne udgift, sagen ved Østre Landsret angik, og som behandles i det følgende. Den tiltaltes forsvarer anførte tre argumenter til støtte for, at han ikke skulle betale denne udgift: 1: Rpl § 741e om salær til advokat, der er beskikket for forurettede, henviser til reglerne om fri proces. 2: Bemærkningerne til lovforslaget (fra 1979) om beskikkelse af advokat for forurettede omtaler disse udgifter som udgifter, der skal afholdes af det offentlige som ved fri proces. 3: En senere betænkning (fra 1987) omtaler gældende ret som en ordning, hvor bistandsadvokater er til stede for det offentliges regning. 4: Endelig en tidligere Vestre Landsretsdom. – Østre Landsrets dom henviste kun til “forarbejderne” til § 741c (pkt 2 ovenfor) som begrundelse for at følge de tiltaltes forsvarer og frifinde de tiltalte for udgiften til advokaten for offeret.

Det materiale, som parter og domstole i disse to sager har gjort brug af, og som viser sig som led i retternes begrundelser (præmisser) for deres domme, betegnes ofte retskilder, og ved retskilder forstås således i almindelighed argumenter, der er egnede til at fungere som begrundelse for, hvad der er gældende ret. De retskilder, der anerkendes i forbindelse med f.eks. dansk ret, samles under forskellige betegnelser: a: Loven, b: Lovens forarbejder, c: Retspraksis, d: Administrativ praksis, e: Retssædvane, f: Kutyme, g: Forholdets natur, h: Formålshensyn, i: Juridisk litteratur. Til

Forskellige
retskilder

den nationale ret må føjes den internationale og europæiske ret, der også kan opdeles i mange kategorier. I den almindelige retslære systematiseres de ofte i færre grupper⁴, og her vil jeg skelne mellem:

Tre grupper

- 1: Regulering, der betegner de synspunkter som bygger på autoritative tekster, der er tilvejebragt med det formål at påvirke afgørelser om retten eller generelt udtrykke retten,
- 2: Tradition, der betegner de synspunkter som bygger på, hvad der antages at være gjort af offentlige eller private i tidligere sammenlignelige situationer (og som ikke er udtrykt i regulering), og
- 3: Rimelighed, der betegner synspunkter om retten, der udtrykker retsanvenderens vurdering af det aktuelle problem.

Ser man på dommens præmisser får man ofte det indtryk, at resultatet ser ud til at være en følge af eller en afledning fra "retskilden" – hvilket jo stemmer godt med betegnelsen: retskilde, forstået som en kilde til ret eller som det materiale, hvoraf ret dannes – som vandløb er kilder, der fylder søen med vand. Men om billedet stemmer, er en anden sag. Det vender jeg tilbage til.

2 Regulering

Definition Regulering betegner, som nævnt, synspunkter, der bygger på autoritative tekster, der er tilvejebragt med det formål at påvirke fastsættelsen af, hvad der er ret, eller udtrykke retten i generel form. Reguleringen kan f.eks. være en lov, der er vedtaget af Folketinget og stadfæstet af Regeringen, eller en generel aftale, f.eks. en overenskomst mellem et fagforbund og arbejdsgiverorganisation om lønforhold eller en traktat mellem to stater. Både for loven og overenskomsten gælder, at de er skabt med det formål at skabe en (ændret) retstilstand.⁵ Folketing og regering “producerer retten”, og den producerede ret bliver derefter anvendt af de retsanvendende myndigheder og af private. Man kan også sige, at Folketing og Regering kommunikerer med de retsanvendende myndigheder: Lovens tekst indeholder den ordening, som politikerne gerne ser gennemført, og det er så privates og myndigheders opgave at realisere denne ordening; eller politikerne afsender et budskab, og retsanvenderen modtager dette budskab og gør brug af det ved afgørelsen af, hvad der skal lægges til grund som gældende ret.

2.1 Heteronom og autonom regulering

Heteronom Regulering kan som f.eks. en lov være heteronom (“bestemme over andre”); regulering, der er heteronom, er regulering, der er fastsat eller vedtaget af en person eller en kreds af personer, men som (primært) gælder (også) for andre. Eller reguleringen kan være autonom (“bestemme over sig selv”), dvs. den vedtages af dem, den umiddelbart skal gælde for.

Med denne opdeling skabes grundlag for at stille de problemer op, som er knyttet til de forskellige reguleringsfor-

mer. For den heteronome regulering er det hovedproblemet at afklare, hvorfor (med hvilken legitimitet) en regulering der er fastsat af en personkreds, skal være gældende for en række andre mennesker, der ikke har medvirket ved vedtagelsen af denne regulering. Dette problem angår politikken, den politiske struktur.⁶ For rettens anvendelse har det en anden side: Den, der skal træffe en retlig afgørelse, har ofte flere retlige tekster af relevans for afgørelsen, og ved vurderingen af disse forskellige tekster er spørgsmålet da, hvilken betydning tekstens oprindelse har – hvem står bag teksten? For den autonome regulering gælder som sagt, at den umiddelbart gælder for dem, der har medvirket; en aftale er f.eks. kun bindende for dem, der har tiltrådt aftalen: “Tilbud og svar på tilbud er bindende for afsenderen”, hedder det dramatisk og entydigt i afl. § 1, men før der er givet et tilbud eller afsendt en accept, er der altså ingen binding.⁷ Også dette er en retlig refleks af et grundlæggende politisk emne: Den private autonomi eller selvbestemmelse afviser – så langt den gælder – at nogen kan bindes af andre. For retsmyndigheden er spørgsmålet, hvilken betydning der nærmere ligger i denne “bindende” aftale, hvilken betydning partens medvirken har for besvarelsen af spørgsmålet, og hvorvidt autonom regulering også har indirekte retsvirkninger for andre end deltagerne.⁸

Offentlig ret

Heteronom regulering findes især inden for den offentlige ret: Grundloven, love, bekendtgørelser, cirkulærer osv. Ofte “ordnes” dette sæt af regler i et “system”, der hænger sammen ved, at alle regler indgår i et indbyrdes afhængighedsforhold, idet enhver regel er afledt af en anden, dvs henter sin retlige legitimitet ved at være i overensstemmelse med en anden. Denne anden regel behandles da som “højere” (superior), den afledte regel som “lavere” (inferior). F.eks. er Undervisningsministerens bekendtgørelse om SU (bkg 671 af 7.8.95) gyldig, fordi den er udstedt i overensstemmelse

med den bemyndigelse, der findes i SU-loven (448 af 14.6.95), og den lov er gyldig, fordi den er vedtaget, stadfæstet og offentliggjort i overensstemmelse med grundloven. Der består en indbyrdes harmoni eller overensstemmelse mellem de forskellige regler, fordi afledningsforholdet sikrer mod, at uoverensstemmelse kan opstå: En minister kan ikke udstede en bekendtgørelse, der er i strid med loven – og gør hun det alligevel, er den ugyldig.

Nationalstatslig Et sådant “system” af regler er særlig gjort gældende som ramme for forståelse af den nationale ret. Nationalstatens ret (dansk ret, norsk ret, fransk ret osv.) ses netop ofte som et i forhold til omverden afgrænset og internt i nationen udtømmende sæt af retsregler. Vi taler i overensstemmelse hermed også om, at en regel (f.eks. en bekendtgørelse) har hjemmel i en anden regel (f.eks. en lov). Tankegangen fremstilles ofte billedligt ved en pyramide – med grundloven øverst, dernæst lovene, hvorefter kommer bekendtgørelser og eventuelt anden administrativ regulering. Den pyramide, der udtrykker det danske retssystem, har så paralleller i tilsvarende pyramider for norsk ret, fransk ret osv.⁹

**Rettens
pyramide**

Det retlige materiale i form af (heteronom) regulering, som findes, afspejler på nogle punkter en tilsvarende tanke om “afledning” og “pyramide”: Bekendtgørelser indeholder i indledningen en angivelse af den hjemmel, som er grundlaget for bekendtgørelsen. Grundloven gælder forud for loven, der gælder forud for bekendtgørelsen, jf nedenfor. På andre punkter findes fænomener, der ikke uden videre stemmer godt med modellen: Det nationale heteronome regelsæt (grundlov, love, bekendtgørelser osv) er efterhånden kun en del af det samlede heteronome regelsæt. Internationale organisationer som FN og supranationale organisationer som EU fastsætter regler, som har indgribende betydning for den nationale retstilstand. Særligt har EU fået en undertiden dominerende betydning for, hvad der gælder i

Danmark. EU's forordninger er umiddelbart gældende som almindelige forskrifter, og EU's direktiver er vel i almindelighed kun bindende for staterne, men i kraft af muligheden for umiddelbar anvendelighed samt deres relevans ved tolkningen af den nationale implementering har de også stor national betydning.¹⁰ Også anerkendelsen af det kommunale selvstyre kan medføre konsekvenser, der vanskeligt kan forenes med den nationale pyramide – f.eks. må den kommunale regulering (kommunale vedtægter mv) tage lokale kommunale hensyn, der kan begrunde en "afledning" fra den nationale lov, som er forskellig fra, hvad der kan godtages i en anden kommune.¹¹ Privat regulering tilvejebragt gennem aftale, herom nedenfor, eller gennem vedtagelse, f.eks. brancheforeninger eller professionelle organisationer, spiller en stor rolle.

Autonom

Autonom er den regulering, der er vedtaget af dem, den umiddelbart skal være gældende for. Aftalen er bindende for parterne, men ikke for andre.¹² En traktat er bindende for de stater, der har ratificeret traktaten, men ikke for andre.

Aftaler er i almindelighed individuelle i den forstand, at de er indgået mellem to private, der derigennem regulerer et konkret projekt, f.eks. aftale om køb af en vaskemaskine, aftale om leje af en lejlighed, aftale om lån med sikkerhed i en ejerlejlighed (pant). Aftalen (som autonom) som udtryk for et individuelt retsforhold er det privatretlige modstykke til den offentlige afgørelse, f.eks. en udledningstilladelse eller en børnefjernelse, hvori en myndighed fastlægger retstilstanden i et konkret retsforhold (og som er heteronom).

Generelle aftaler

Når aftaler nævnes her som en form for regulering, er det imidlertid fortrinsvis den generelle aftale, der er tænkt på.¹³ Ved generelle aftaler lægges regler for en bestemt type af retsforhold, således at aftalens konsekvenser ikke er begrænset til bestemte individer, men får betydning for en bredere, på forhånd ikke individualiseret kreds af personer

– på linje med f.eks. en lov, der gælder for alle de personer, der er omfattet af den. Blandt generelle aftaler er de kollektive overenskomster af særlig betydning. Disse overenskomster er indgået mellem de faglige organisationer, f.eks. Entreprenørforeningen og SID, og de regulerer løn- og arbejdsvilkår inden for overenskomstens område og bindende for organisationernes medlemmer. Overenskomsten er indgået af organisationerne, men gælder (også) for medlemmerne. Sådanne kollektive overenskomster gælder som udgangspunkt kun for medlemmer, men har også visse heteronome træk.¹⁴ Hvis arbejdsforhold ønskes reguleret med samme retsvirkning for alle, må det ske ved lov.

To perspektiver

Standardiserede aftalevilkår kan få stor lighed med heteronom regulering. Eksempelvis forberedes de almindelige vilkår for entreprise, AB 92, som om det var en offentlig regulering. Betydningen af standardvilkår i forsikringsaftaler “fortolkes” i lovbestemmelser, f.eks. Forsikringsaftalelovens § 105.¹⁵

Når aftalen her nævnes på linje med loven (og anden heteronom regulering), er det fordi aftalen som loven skal indgå i den retlige bedømmelse af det forhold som aftalen gælder for.¹⁶ Denne “virkning” af aftalen kan ses fra flere synsvinkler: 1: Den private: Aftalen kan opfattes som konstitutiv: det er ved aftalen, at retsforholdet skabes eller ændres, aftalen udtrykker parternes ønsker om, hvordan deres forhold skal reguleres, og det skal myndighederne rette sig efter. Aftalen bliver dermed en form for privat lovgivning (“the law of the contract”, som ikke må forveksles med Contract law = aftaleret). 2: Den statslige: Aftalen har efter dette synspunkt retlig relevans, fordi myndighederne til lægger den betydning, og det gør de kun i det omfang, hvori det er samfundsmæssigt ønskeligt; aftalen er efter denne opfattelse ikke en “bindende regel”, men et “retsfaktum”, som myndighederne, især domstolene, tager i betragtning

på samme måde som en skadegørende handling kan begrunde en erstatningspligt eller en passivitet at en fordring bortfalder på grund af forældelse.¹⁷

2.2 Offentlig og privat regulering

Offentlig
regulering

Regulering kan opdeles efter, hvem reguleringen udgår fra. Offentlig regulering er regulering, der udgår fra personer, der repræsenterer offentlig myndighed. Privat regulering udgår fra private. Denne sondring er ikke sammenfaldende med sondringen mellem det heteronome og autonome. Offentlige myndigheder kan indgå aftaler – ikke blot med andre myndigheder (f.eks. staten køber en grund af en kommune), men også med private (f.eks. miljømyndighed der indgår aftale med erhvervsvirksomhed eller brancheorganisation om grænser for forurening, eller en statsmyndighed indgår aftale med en privat om køb af en grund).

Privat
regulering

Og private kan regulere heteronomt: En erhvervsvirksomhed kan fastsætte regler for brug af dens lokaler, et stormagasin kan forbyde tobaksrygning. Undertiden er den private regulering og dens retlige betydning forbundet med, at de berørte individer er indgået på en kontrakt og dermed kan hævdes at have samtykket – der er altså i virkeligheden tale om autonom regulering: Erhvervsvirksomhedens regulering af lokalers anvendelse bygger på, at de berørte er ansat ved kontrakt; det er en frivillig sag, om kunder vil opholde sig i stormagasinet, der havde forbudt rygning. Selvom banker i vidt omfang ensidigt kan ændre rentesatsen for ind- og udlån, kan bankkunder jo selv vælge hvilken bank de (fra starten af) vil kontrahere med.¹⁸

Når en offentlig myndighed indgår en aftale, optræder den som "privat". Men en offentlig myndighed kan ikke ved at springe fra heteronom regulering (der jo må ske med respekt af de regler, der gælder for den pågældende regulering, med

hensyn til hjemmel, procedure osv) til autonom regulering komme fri af de særlige regler, der gælder for offentlig regulering; men selvom man ikke kommer helt fri, står det offentlige ofte noget friere, da modparten jo samtykker, og valget af retsform kan således have betydning for, hvilken regulering myndigheden kan gennemføre. Dette angår retskilder, men tilsvarende gælder ved institutionsregulering: En offentlig virksomhed kan udøves i offentligt regi, f.eks. forsvar og (endnu) fængsel; eller den kan overføres til private former men stadig som offentligt ejet, f.eks. D.O.N.G.; eller privatiseres, f.eks. Statsanstalten for Livsforsikring, der blev solgt til Baltica, som er et privat aktieselskab. Om en virksomhed udøves på den ene eller anden eller tredje måde, har betydning for regler om ansvar, forvaltningslov, ombudsmandskontrol, ministeransvar, personalets ansættelsesvilkår osv.

2.3 Dansk og ikke-dansk regulering

Reguleringens
oprindelse

Ikke al regulering udgår fra danske myndigheder. Denne konstatering er en af vanskelighederne ved at opfatte den nationale (danske) stat som rammen for, hvad der er ret i Danmark.

Internationa-
lisering

I statsforfatningsretten lærer man om transformation af international ret til dansk ret, og dette er en stadig vigtigere kilde til udviklingen af dansk regulering.¹⁹ Men det er langt fra tilstrækkeligt til forståelse af den internationalisering af dansk ret der er ved at ske. Ved internationalisering af retten forstås her, at dansk ret direkte eller indirekte bestemmes gennem normer, der har ikke-dansk oprindelse. Dansk ret bestemmes af international ret direkte, hvor international ret er anvendelig gennem henvisning, indirekte hvor international ret er omskrevet. Også EU må naturligvis nævnes som et bidrag til internationaliseringen (eller i denne forbindelse måske snarere en føderalisering).

Men der er andre, mindre påagtede sider af internationaliseringen.²⁰ Mange love bemyndiger til, at f.eks. vedkommende minister fastsætter regler i overensstemmelse med international overenskomst, eller til at internationale organisationer kan fastsætte regler, der enten skal anvendes i dansk ret eller skal implementeres i dansk ret. Disse forskellige teknikker åbner for brug af internationale bestemmelser, f.eks. om transport af farlige stoffer, miljø osv. Der er ikke i grundloven (forholdet er ikke omfattet af grl § 20) eller i lov nogen sikring af dansk indflydelse på disse vedtagelser; i visse tilfælde er vedtagelsen overladt internationale ekspertkomitéer med eller uden dansk deltagelse.

Internationale køb bedømmes efter international kbl (CISG) 733 af 7.12.1988 § 1, hvorefter FN's konvention om aftaler om internationale køb gælder her i landet (CISG er endda ikke affattet på dansk).²¹ Ved dens fortolkning "... regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application ...", art 7 (1), og afgørelser fra andre landes domstole har således en umiddelbar relevans.²²

De her beskrevne skridt mod internationalisering er offentlige, jf ovenfor. Også ad private retskilders vej sker internationalisering. Private organisationer kan vedtage regler for, hvordan medlemmers ydelser skal udformes og vederlægges. På nationalt plan er der tale om autonom privat regulering, f.eks. Advokatrådets regler for god advokatskik, Lægeforeningens Ethiske Regler for læger, eller Pengeinstitutternes Ethiske Regler (der f.eks. omtaler krav til rådgivning ved forsikringstegning gennem bank, se nedenfor om "god skik"). Sådanne regler bliver imidlertid ofte – som led i den internationale handel og kultur – fastsat af internationale (private) brancheforeninger; således International Revisorforening om årsregnskaber, Ethiske principper for nordiske psykologer. Lægers forsøg på patienter var tidligere kun

Privat internationalisering

reguleret i den (nationale) medicinske etik (national, ikke formaliseret professionsetik); efter vedtagelsen af Helsinki 1 og 2 (1964 og 1975) er reguleringen blevet international men stadig privat (international, organisationsbestemt professionsetik), indtil regelsættet i 1992 blev lagt til grund for lov 503 af 24.6.1992 (lovbestemt, indirekte internationalt og professionsbestemt); de etiske regler var i alle tre perioder bestemmende for, hvordan patienter blev behandlet ved forsøg på danske hospitaler (eller i hvert fald for, hvordan danske læger bør behandle patienter ved forsøg).

2.4 Fortolkning

Sagen om omkostninger UfR 1998 526Ø fortolker rpl § 741e, der bestemmer: "Om salær ... til den [for forurettede] beskikkede advokat gælder samme regler som i tilfælde, hvor der er meddelt fri proces, jfr. [rpl] kapitel 31". Teksten indeholder således blot en henvisning til et andet regelsæt. Hvad går det så ud på? Reglerne om fri proces indebærer, at den, der har fri proces, får sin advokat betalt af det offentlige, og hvis han/hun taber sagen og pålægges at betale modpartens omkostninger, betaler det offentlige også udgifter til modpartens advokat. Princippet er altså, at også den, der taber en retssag, kan slippe for at skulle betale sagsomkostninger såvel for sig selv som til modparten – sagen er "gratis". I straffesager (hvor reglerne om fri proces jo i almindelighed ikke gælder) betales forsvareren af det staten; men staten kan have et krav på refusion, og for dette krav er det afgørende, om tiltalte dømmes eller frifindes: den der dømmes, skal refundere det offentliges udgift, mens den der frifindes ikke skal betale noget for sin forsvarer; derimod betaler den tiltalte aldrig det offentliges udgifter ved anklagemyndighedens optræden i sagen. Vender vi tilbage til sagen, var spørgsmålet, hvordan bistandsadvokaten skulle betales: af den

dømte (som jo i hvert fald skal refundere det offentliges udgift til forsvareren) eller af det offentlige (fordi fri proces som regel dækker en modparts udgifter)? Her var resultatet altså, at det offentlige skal betale.

I sagen finder vi således 1: nogle lovbestemmelser (tekster), der fortolkes, 2: vi finder en generel fortolkning, hvorefter det har været forudsat, "at udgiften til bistandsadvokat ... [skal?] afholdes af det offentlige", og 3: et konkret fortolkningsresultat, hvorefter den tiltalte ikke skal betale udgiften til bistandsadvokaten.

Fortolkning

Begrebet fortolkning bruges om såvel den virksomhed at fortolke som om resultatet af denne virksomhed (tilsvarende gælder mange andre ord, f.eks. "bedømmelse", der betegner både virksomhed ("at bedømme") og resultat ("en god bedømmelse"). Her ser jeg på resultatet, og det kan ofte som i denne sag deles i en generel del, der indeholder en generelt formuleret regel, som tilskrives teksten, og en konkret del, der indeholder den konkrete anvendelse af reglen på sagen. Vi kan tale om en generel og en konkret fortolkning. Den generelle fortolkning er ikke identisk med den tilgrundliggende tekst – så var vi ikke kommet videre (end til at repetere eller gentage). Fortolkningen indeholder en ændret formulering, og ændringen bringer fortolkeren nærmere til en stillingtagen til den konkrete sag. Men den generelle fortolkning er netop – generel. I UfR 1998 526 finder vi en generel fortolkning, der udtrykker et standpunkt til betaling af bistandsadvokater, og som i fremtiden vil blive gengivet i lovkommentarer, systematiske fremstillinger og lærebøger. Den generelle fortolkning kommer således til at optræde løsrevet fra den konkrete sag, hvori den fik udtryk.

Fortolkning og retsanvendelse

Alligevel har den generelle fortolkning en ubrydelig forbindelse til den konkrete sag; for når den generelle fortolkning kan hævdes og uden omtale af nogen modforestilling føre frem til det konkrete resultat, så må det være fordi

resultatet er opfattet som velbegrunder eller rimeligt, selvom det ikke er sagt udtrykkeligt, og om det er rimeligt, kan kun fastslås med en konkret sag for øje. Den generelle fortolkning er således bundet til en konkret sags omstændigheder. Der er i den generelle fortolkning (også) en vurdering af den konkrete sag.

Den generelle fortolkning indeholder som sagt en ændret formulering af den tekst, der fortolkes. Teksten (rpl § 741e) siger: Salær til bistandsadvokater betales efter regler om fri proces. Fortolkningen (fortolkningens resultat, om man vil) lyder: Salær til bistandsadvokater betales af det offentlige. Sammenligner man nu tekst og fortolkning, kan fortolkningen karakteriseres i dens forhold til teksten:

Udvidende

1: Fortolkningen betegnes "udvidende", hvis den giver teksten en videre anvendelse, end man ville forvente efter teksten selv. "Familiens bolig" i retsvirkl. § 18 omfatter også sommerhus.²³ Udvidelsen består i, at bestemmelsen finder anvendelse, selv om lokaliteten ikke anvendes kontinuerligt og heller ikke har den samme nødvendighed som den normale bolig. Hvis fortolkningen ligger uden for, hvad man overhovedet kan henføre under tekstens formulering, tales om "analogi"; for at gøre en analog fortolkning stilles i almindelighed krav om, at de grunde, der ligger bag tekstens regel, gør sig gældende med tilsvarende styrke, og at der ikke er relevante modhensyn, der taler mod denne udvidelse af reglens anvendelsesområde. Et eksempel på analogi findes ved fortolkningen af erstatningsl. § 18, stk 3, om "erstatning og godtgørelse", der anvendes på bl.a. ulykkesforsikring og måske også livsforsikring.²⁴

Inden for strafferetten gælder strfl § 1, hvorefter straf kun kan pålægges for "et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant".

- Indskrænkende** 2: Fortolkningen betegnes "indskrænkende", hvis den giver teksten en snævrere anvendelse, end man ville forvente efter teksten selv. Et eksempel på en indskrænkning er måske den opfattelse, at retsvirkningsl § 18 om "familiens bolig" ikke anvendes på lystbåde, selvom de anvendes jævnligt.²⁵ Indskrænkningen består i, at man ikke anvender bestemmelsen på en lokalitet (båden), selvom den gennem nogen tid er familiens være- og sovested – på samme måde som sommerhuset.²⁶ Det er netop en indskrænkende fortolkning, som UfR 1999 963H om boafgift tager afstand fra.
- Præciserende** 3: Fortolkningen betegnes "præciserende", hvis den giver teksten en mere præcis afgrænsning, der ligger inden for de rammer som teksten giver grund til at forvente respekteret. Præciseringen kan bestå i, at en bestemt sagstype placeres i forhold til teksten, f.eks. ved at det fastslås, at grl § 73 om ejendomsretten (også) omfatter panterrettigheder; dette er en præcisering, men den efterlader mange (andre) spørgsmål ubesvaret. Således må den foreliggende afgørelse i UfR 1998 526 formentlig også karakteriseres, fordi der stadig er andre spørgsmål end det, som er omfattet af fortolkningen, og disse andre spørgsmål vil blive løst på grundlag af teksten, f.eks. spørgsmål om kontering af rettens udgift til bistandsadvokaten: domstolene konterer udgiften efter reglerne om fri proces. Præciseringen kan i stedet være udtømmende i den forstand, at fortolkning som præcisering træder i stedet for teksten; således vil jeg karakterisere statsforfatningsretslitteraturens forsøg på at give en generel definition af "ejendom" i grl § 73; disse definitioner træder i stedet for ordet "ejendom" i § 73; i praksis har de næppe fået så stor betydning – de har snarere været vejledende ved løsning af konkrete tvivlsspørgsmål.

Beskrivelse eller argument?	<p>Disse forskellige begreber – indskrænkende, udvidende og præciserende – kan bruges til at karakterisere en bestemt fortolkning. Men de har ikke i sig selv nogen forklaringsværdi. Det er ikke noget argument for en bestemt fortolkning, at den er f.eks. “udvidende”. Skal vi f.eks. forstå den lidt overraskende forståelse af en ægtefælles rådighed over vinterbolig, sommerhus og lystbåd, må vi se på udviklingen i menneskelige boformer (hus, båd osv), velstandsstigningen (der gør et sommerhus til et integreret led i familiens liv og forventninger), finansieringsformer; fortolkningen af retsvirknl § 18 i forhold til sommerhus/lystbåd/fasttøjret husbåd er således et udtryk for en opfattelse af aktuelle kultur- og livsformer, selvom dette ikke kommer eksplicit frem i fortolkerens fremstilling, evt fordi det ikke er denne fuldt bevidst.</p>
Tekst og fortolkning	<p>Undertiden ligger afgørelsen af sagen måske gemt i et valg af, hvordan sagen opfattes. I Ufr 1999 963H opfattede Højesteret sagens juridiske problem som en “indskrænkende fortolkning”: Skulle adoptivbarnets mulighed for at være “afkom” betinges af noget, der ikke var udtrykkelig nævnt i afgiftsloven, nemlig at barnet havde en legal arveret? Og Højesteret måtte (naturligvis?) afvise en sådan indskrænkning. Men efter adoptionslovens § 16, stk. 1, “bortfalder retsforholdet mellem adoptivbarnet og dets virkelige slægt”, og dermed afskærer adoptionen således alle retlige relationer mellem (biologiske) forældre og børn.²⁷ Med dette udgangspunkt ville Landsrettens resultat ikke kunne fremstilles som en “indskrænkning” uden lovgrundlag. (Hermed tages ikke stilling til, hvordan sagen skulle afgøres). Ved at se eller konstruere problemet som “indskrænkning” er sagen halvt afgjort. Det har derfor stor betydning, på hvilken måde en sag fremstilles – valget mellem forskellige fremstillinger forbereder forskellige udfald. Valget er ikke altid retsanvenderens. Den almindelige opfattelse af f.eks. adoptivforhold og især en ændret opfattelse af forholdet mellem adoptivbarn</p>

og biologiske forældre kan være af stor, men måske upåagtet betydning.

Den mening, som en fortolkning udtrykker, er forskellig fra teksten selv. Men denne mening er også forskellig fra den mening, som teksten oprindeligt udtrykte, for fortolkningen er udsprunget af en aktuel situation og skal anvendes på en aktuel situation. Fortolkningen udtrykker på den anden side heller ikke bare fortolkerens egen opfattelse som noget uafhængigt af teksten og dens oprindelige mening. Den mening, som fortolkningen udtrykker, konstrueres i dette mellemrum mellem lovt teksten som noget historisk og fortolkerens aktuelle situation.

Dette konstruktive element i fortolkningen kendes også ved aftalefortolkning. Er et tilsagn ("letter of intent") om "økonomisk at ville støtte (X) med henblik på at selskabet vil være i stand til at opfylde" nogle bestemte forpligtelser, et juridisk bindende løfte? Det var der forskellige opfattelser om i UfR 1998 1298H, og uenigheden er let at forstå, for der er ikke noget "objektivt holdepunkt" at finde, der kan give svaret.²⁸ Det er retten, der bestemmer, om der er et retligt indhold i en ytring som den citerede.

Denne problemstilling uddybes med hensyn til love ved særligt at se på forarbejdernes betydning for fortolkningen.

2.5 Forarbejder

Lovforarbejder Ved fortolkning gøres ofte brug af forarbejder. En lovs forarbejder findes især i lovkommissioners betænkninger, i bemærkninger til lovforslag, i folketingsudvalgs betænkninger over lovforslag, og i drøftelserne i Folketinget.²⁹ I UfR 1998 526 Ø ses en henvisning til bemærkningerne til det lovforslag, der ligger til grund for den relevante lovbestemmelse; dommen citerer for det første en bemærkning (i de Almindelige bemærkninger) om det offentlige udgifter ved

den foreslåede ordning med bistandsadvokat, og forsvarerens mening hermed er, at dette viser, at det er det offentlige, der skal bære udgiften, og det siges ligeud i det andet citat fra bemærkningerne (fra de Særlige bemærkninger). Det er disse citater, der henvises til i Landsrettens præmisser (efter "Landsretten bemærker"; der kunne også have stået: "Rettens bemærkninger" eller "Rettens afgørelse"). Nu er disse forarbejder måske ikke så entydige som en hastig læsning let giver indtryk af: for også hvis man havde antaget det modsatte – at tiltalte skulle dømmes til at betale for offerets bistandsadvokat – ville det offentlige jo hæfte for udgiften.

Det interessante i denne forbindelse er imidlertid, at man overhovedet trækker tekster frem fra lovens forarbejder. Hvilken betydning har forarbejderne? Hvad er det man går efter, når man studerer forarbejder? Er det ikke loven, der er gældende? Det er jo dog loven, som Folketinget har vedtaget, mens forarbejderne stammer fra andre – enten uden for Folketinget eller enkeltmedlemmer i Folketinget.

Betydning
i praksis

Inden disse spørgsmål søges besvaret, er der grund til at gøre klart, at forarbejder i praksis spiller en meget stor rolle. I et stort antal domme nævnes forarbejder i præmisserne. I administrationen bruges forarbejder – enten direkte eller i kraft af, at der udarbejdes cirkulærer, der gengiver synspunkter fra forarbejderne. De gengives i litteraturen og i særlige lov-kommentarer. Også i de andre nordiske lande har man tradition for at interessere sig for forarbejder, og i Sverige er udgivet særlige tekstsamlinger, der indeholder de relevante forarbejder, som i Danmark undertiden kan være noget besværlige at finde frem.

Også ved brugen af anden regulering kan gøres brug af forarbejder. Ved fortolkning af traktater søges oplysninger fra de foregående traktatforhandlinger; nogle bekendtgørelser er undertiden ledsaget af supplerende bemærkninger om hensigten med bekendtgørelsen, eller dette fremgår af tid-

ligere udkast og kommentarer til disse; aftaler kan belyses ved materiale om de foregående aftaleforhandlinger, f.eks. korrespondance mellem aftaleparterne eller mødereferater.

Forarbejder er således en del af “den juridiske virkelighed”, og opgaven er at forstå, hvad det er for en slags virkelighed. Til belysning af dette plejer man at præsentere to “teorier” eller skoler for fortolkning: den subjektive teori og den objektive teori. Følger man den subjektive teori (undertiden i stedet betegnet den historiske teori), er fortolkningens opgave at afdække, hvad den eller de, der står som ophavsmand til den autoritative tekst (f.eks. rpl § 741e), mente med denne tekst, da den blev gennemført. Forarbejder skal bidrage til denne forståelse af ophavsmandens mening eller hensigt. Efter den objektive teori er det ikke ophavsmandens mening, der er interessant, men tekstens mening, for det er jo som sagt netop teksten (og ikke ophavsmandens mening), der er vedtaget. Når fortolkeren skal finde tekstens mening, kan forarbejder efter den objektive teori være af betydning, fordi de kan give viden om de bredere formål med eller de mere særegne forståelsesmuligheder i en regulering.³⁰

De to teorier betoner således henholdsvis ophavsmandens/mændenes mening (den subjektive) og tekstens mening (den objektive). Men begge kan lægge vægt på forarbejder, og vi kan f.eks. ikke være sikre på, at de tre landsdommere, der har afsagt dommen i UfR 1998 526Ø, ville erklære sig som tilhængere af den subjektive teori. Af større betydning er, at dommere, der i en sag gør brug af forarbejder, i en senere sag om et andet emne – uden at opfatte sig selv som inkonsistente – udmærket kan se bort fra forarbejder, der taler mod det resultat, som man er nået til. Det er derfor ikke frugtbart at betragte disse to teorier som teorier, der skal vælges mellem. De kan udtrykke forskellige præferencer eller perspektiver, der kan anlægges i en sag, men de kan

ikke – som de her summarisk er præsenteret – danne grundlag for besvarelse af spørgsmålet om, hvilken betydning forarbejder har.

Hvad mente lovgiver?

Først må man gøre sig klart, at vilkårene for at afdække en mening eller hensigt hos ophavsmanden kan være meget forskellige. For nogle kontraktforhold kan der være et omfattende og indholdsrigt materiale, som det med parternes synsvinkel kan være urimeligt at se bort fra.³¹ Når det gælder lovgivning, er det for det første sjældent, at der er grundlag for at antage, at medlemmer af Folketing eller Regering har gjort sig nogen mening om det problem, der nu skal findes en løsning på. (Under Folketingets forhandlinger om § 741e taltes ganske alment om bistandsadvokater, ikke om finansieringen). Hvis enkelte punkter har været fremme, er det som regel kun ordførerne, der har nogen indsigt, og det er som regel også dem, der gør sig gældende i udvalgsarbejdet; ligesom det ofte kun er ordførerne, der er til stede, når Folketinget behandler lovforslaget i "plenum". Selv hvor det kan påvises, at udvalg eller ordførere har haft en bestemt mening om det problem, som der nu skal tages stilling til, kan et hensyn til denne mening ikke fremstilles som udtryk for en interesse for Folketingets og Regeringens mening.

Hvis mening belyses?

Dette leder over til et andet tema: Hensyntagen til forarbejder involverer ikke blot medlemmer af Folketing og Regering (med de usikkerheder som netop er omtalt), men også lovkommissioner og ministerier, der jo producerer forarbejder som betænkninger og bemærkninger til lovforslag. Den personkreds, der herved kommer ind i billedet er slet ikke med i de besluttende organer: ministerielt ansatte ("bureaukrater"), sagkyndige (f.eks. advokater, professorer i proces ved retsplejelovændringer), interesserepræsentanter (medlemmer af lejer- og udlejerorganisationer ved lejelovgivning), myndighedsrepræsentanter (ledende ansatte fra stat og kommune; dommere og andre praktikere ved rets-

plejelovsændringer). Det er derfor sværere at se disse forarbejders retlige relevans end når det gælder de forarbejder, der direkte udspringer af Folketingets arbejde med lovforslaget, men alligevel er det nok netop disse forarbejder, der har den største betydning. Det er næppe muligt at betragte disse forarbejder, der stammer fra fasen før lovforslagets fremsættelse i Folketinget, som reelt udtryk for Folketingets mening; de behandles ikke som selvstændige tekster, og der kan ikke stemmes alene om forarbejder; i sjældne tilfælde bliver en passage i et forarbejde taget op under Folketingets behandling, men det er en undtagelse og kan ikke begrunde den antagelse, at når dette ikke er sket, er det fordi Folketinget (eller dets flertal) har tilsluttet sig forarbejderne.

Forarbejders funktioner

De, der bidrager til lovkommissioners betænkninger eller til bemærkninger til lovforslag, har nok flere formål i tankerne. Politisk er det vigtigt at præsentere et reguleringsforslag, som politikerne (eller et flertal af disse) vil gå videre med og i sidste ende vedtage. Forarbejderne fungerer som led i en politisk overtalelsesproces, der i øvrigt ikke blot er adresseret til politikere, men også til sektoren, f.eks. skal et forslag til lejelovsreform gerne bakkes op af en stor del af (organisationer af) lejere og udlejere, og en betænkning herom må udformes, så den kan fungere i denne forbindelse. Også i forhold til offentligheden kan forarbejder have betydning. Fælles for dette politiske formål er, at det har udspillet sin funktion, hvis projektet lykkes, idet lovforslaget vedtages (eller et alternativ vedtages). Men også den senere retsanvendelse spiller en rolle, og den bliver netop først aktuel, hvis/når lovforslaget er vedtaget. Når en lovkommission f.eks. drøfter et lovforslag, der sigter på at angå situation A, kan der være medlemmer, der frygter, at det tillige vil blive brugt på situation B, og er der enighed i kommissionen om, at dette ikke er ønskeligt, indføres det i kommissionens (udkast til) bemærkninger til forslaget, at forslaget ikke kan

anvendes på situation B. Den retlige vurdering af situation B interesserer ingen politiker, og kommissionen ved dette, men det gør ikke bemærkningen overflødig; kollegerne beroliges (hvis de også er bekymrede for situation B), og den fremtidige retsanvendelse er under kontrol. Kommissionen kommunikerer på en måde direkte med den senere retsanvender. Vi taler om “forarbejder”, for det er tilknytningen til lovforslaget, der legitimerer betænkningens relevans; men ofte er den reelle stillingtagen sket og forblevet i vedkommende sektor, f.eks. ved en lejelovsændring boligsektoren, der her omfatter såvel boligmarkedets organisationer som lejesagkyndige og boligministeriets kontor for lejespørgsmål; eller ved en retsplejelovsændring repræsentanter for domstolens personale, justitsministeriets kontor for domstole, advokater, processagkyndige (se f.eks. medlemskredsen i Retsplejerådet).

Forarbejder kan indeholde en redegørelse for gældende ret – sådan som forslagsstilleren opfatter gældende ret.³² I UfR 1999 963H tillægger Højesteret det betydning, hvordan bemærkninger til lovforslaget om adoptionslov (1971-72) beskrev, at bortadopterede svarede afgift af arv efter den virkelige slægt efter samme regler som om det ikke var bortadopteret, og grundlaget for denne gengivelse af gældende ret var en udtalelse fra skattedepartementet (s 964 sp 2). Ifølge Højesteret blev denne opfattelse “tillagt vægt” i 1972 (s 965), men dette har vist ikke andet grundlag end omtalen i forarbejderne.³³ Forarbejder påberåbes ofte, uden at det forekommer nødvendigt,³⁴ og forarbejder påberåbes ofte til støtte for resultater, som ville være hævdet også uden disse forarbejder.³⁵

Forarbejder kan 1: angive en fortolkning i generelle vendinger af den gennemførte regel, 2: beskrive en konkret situation som er henført under reglen, 3: redegøre for reguleringens formål, eller 4: indeholde alternative regelforslag

(f.eks. forslag stillet af oppositionspartier) som den vedtagne regel kan sammenlignes med. Men alt skal fortolkes af retsanvenderen. Og retsanvenderen kan følge eller lægge afstand til forarbejdet. Det udgør ikke nogen direkte kilde til viden om en hensigt hos regeludstederen, som binder retsanvenderen. Alene det forhold, at den aktuelle sag skal afgøres i en anden situation end den, der rådede da reglen (og dens forarbejder) blev tilvejebragt, skaber en afstand mellem forarbejder og anvendelse, og retsanvenderen står derfor principielt i en ny situation.

Hvis denne opfattelse af lovkommissionsbetænkninger og lovbemærkninger lægges til grund, er det ikke muligt at fremstille fortolkningen som en efterforskning efter enten ophavsmandens mening eller tekstens mening. For disse forarbejder er jo tekster, der udtrykker en mening, der stammer fra en til dels anden personkreds. Forarbejdernes relevans følger af en struktur, hvori de lovforberedende instanser og de senere retsanvendende instanser kommunikerer om retsanvendelsen, og betydningen af denne struktur styrkes naturligvis af, at det i vidt omfang er samme personer, der optræder i de to sammenhænge.

Hvis mening
udtrykker
lovteksten?

Nogle af de træk, som påpeges for forarbejder, gør sig også gældende for lovteksten: Selvom lovteksten med dens paragraffer er "genstanden" for politikernes forhandlinger og afstemning, er der store dele af teksten, som ingen politikere har beskæftiget sig med, endnu mindre har en mening om. Lovtekstens relevans for den senere retsanvendelse følger således også af, at lovteksten er et resultat af organiseret og anerkendt proces for tekst-produktion. – Dette skal selvfølgelig ikke forstås således, at der ikke er (ofte væsentlige) dele af lovgivningen, som politikere faktisk har beskæftiget sig med og har tilkendegivet en mening om, f.eks. i folketingsudvalgets betænkning. Disse politikeres synspunkter har også interesse for fortolkningen.

Mod lovgivning i forarbejder

For vurderingen af forarbejders relevans ved fortolkning spiller det en rolle, at der gælder nogle restriktioner for brugen af forarbejder, og disse restriktioner har betydning både, når forarbejder skrives, og når forarbejder anvendes. Disse restriktioner udtrykkes ofte som et forbud mod at lovgive i forarbejder, omend et sådant forbud ikke har karakter af et absolut juridisk forbud, men kommer til udtryk i anvendelsen af forarbejder. Men da forarbejder jo – for så vidt de er normative – netop i realiteten lovgiver, kan der være behov for at søge forbudet præciseret på en mere operativ måde:

- 1: Et forarbejde må have forbindelse med en lovtekst; der kan ikke i en lovbemærkning optages kommentarer til andre lovbestemmelser, som lovforslaget ikke angår.³⁶
- 2: Den fortolkning, som en lovbemærkning anbefaler, må kunne forenes med lovforslagets tekst.³⁷ Bemærkninger, der er i strid med lovforslagets tekst eller anden lovgivning, er uden betydning.
- 3: Ved fortolkning af lovbestemmelser, der hjemler indgreb, må forarbejder ikke bruges til en fortolkning, der udvider brugen af indgreb i forhold til, hvad teksten alene kunne begrunde – dette gælder særligt men ikke kun for straf.
- 4: Den væsentlige regulering skal udtrykkes i lovteksten, bemærkninger må kun normere specialspørgsmål.³⁸

Det ses, at disse restriktioner har en vis lighed med de restriktioner, der gælder for lovbemyndigelser.

2.6 Efterarbejder

Også retligt materiale, der ligger efter en lovs gennemførelse, kan have relevans. I UfR 1998 526Ø citerer forsvareren fra Betænkning 1102/1987, der altså bruges ved fortolkningen af en lov fra 1980. Selvom Landsretten ikke henviser til dette materiale, indicerer proceduren dog, at en lov kan fortolkes

i lyset af materiale, der vanskeligt kan antages at belyse hverken ophavsmandens mening eller meningen med en tekst, der tidsfæstes flere år før vedkommende fortolkningsmateriale. (Også her skal man være forsigtig: Betænkningsscitatet siger egentlig ikke noget entydigt om, hvordan retstilstanden antages at være på det omstridte punkt).

Den juridiske litteratur indeholder ofte fortolkninger af regulering, og sådanne fortolkninger – som afspejler reguleringens virkning på opfattelsen af forholdet – kan få betydning for senere fortolkning i praksis, f.eks. ved domstole eller i administration eller blandt private. Den juridiske litteratur udtrykker en generel opfattelse af et retligt emne og adskiller sig derved fra retsanvendelsen, der er knyttet til konkrete sagsforhold.

2.7 Regel-konflikter

Fortolkning sker i og med en tradition. Traditionelle fortolkningssynspunkter spiller derfor en rolle. Ved fortolkningen af heteronom, offentlig regulering omtales ofte tre fortolkningsprincipper, der har en lang forhistorie. De vedrører forskellige former for regelkonflikter, og de tilsigter at give et princip for en løsning af sådanne konflikter – en løsning, der består i, at den ene regel foretrækkes for den anden regel – principperne giver en prioritetsorden. Principperne finder kun anvendelse, hvor der foreligger konflikt; om der foreligger konflikt mellem to regler, beror på en fortolkning af de to regler. Ofte kan regler fortolkes på en sådan måde, at der ikke foreligger konflikt: Hvis f.eks. to regler inden for tilsyneladende samme område foreskriver forskellige og uforenelige foranstaltninger, kan reglernes område måske fortolkes derhen, at de ikke krydser hinanden, eller foranstaltningerne kan omformes, så de ikke er uforenelige. Principperne får betydning, hvis sådanne afværgfortolkninger ikke har været mulige:

Konflikt kan
undgås ved
fortolkning?

Lex superior

1: Højere lov går forud for lavere lov (også betegnet *lex superior*-princippet).

Grundlov går forud for lov, lov går forud for bekendtgørelse. (Dette stemmer med, at pyramiden bruges som billede af retssystemet, jf ovenfor.) Heraf følger, at lov i strid med grundlov er ugyldig, tilsvarende gælder for bekendtgørelse i strid med lov (eller grundlov). I Danmark er det de almindelige domstole, der har kompetence til at efterprøve såvel forholdet mellem grundlov og lov som forholdet mellem lov og bekendtgørelse. Når det gælder grundloven, har domstolene været meget tilbageholdende; domstolene har således fortolket grundloven på en måde, der gav meget ringe mulighed for konflikt med lovgivning.³⁹ Flere konflikter har der været i forholdet mellem lovgivning og "lavere" typer af retsforskrifter.

Af grundlovens bestemmelser er det særlig dens beskyttelse af menneskerettigheder, der har været påberåbt; men som sagt med ringe held. Større gennemslag har Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention haft, idet den i flere tilfælde har dannet grundlag for kritik af lovgivning. Dette hænger sammen med, at danske domstole ved fortolkningen af EMK har fulgt en fortolkningsstil, der svarer til den, som er praktiseret af Den Europæiske Menneskerettigheds Domstol, og denne fortolkningsstil har været mere dynamisk i favør af menneskerettighederne. EMK er ved lov i 1992 gjort til en del af dansk ret, men er alligevel nok behandlet som en retskilde med stærkere gennemslag end almindelig lov. Dens gennemslag kan således ses som et udslag af *lex superior*-princippet (men samtidig må erkendes, at det nok mere er prioriteringen, der begrundes princippet, end princippet der begrundes prioriteringen).

- Lex posterior* 2: Senere lov går forud for ældre lov (også betegnet *lex posterior-princippet*).
- Dette princip kan forklare det – i og for sig selvfølgelig – at en ny lov, der tilsigter at træde i stedet for en ældre lov, også gør det. F.eks. indførtes i 1995 en ny ophavsretslov, der skulle træde i stedet for ophavsretsloven fra 1961. Vanskeligere er situationer hvor love af forskellig alder krydser hinanden. Her vil det tidsmæssige moment kunne have betydning, men også, og nok især, vil andre momenter spille en rolle.
- Lex specialis* 3: Særlig lov går forud for almindelig lov (også betegnet *lex specialis-princippet*).
- En lovbestemmelse om et særligt anliggende går ofte forud for en almindelig regulering. En særlig regel om forbruger køb går forud for regler om køb i almindelighed. Ofte fremgår det udtrykkeligt af lovreglerne, idet de er opstillet som almindelige regler (om køb i almindelighed) med undtagelser eller særregler (om forbruger køb).⁴⁰ Ellers bygger princippet på en antagelse om, at den særlige regulering er baseret på mere adækvate synspunkter på det særlige emne end den almene regulering, der har et bredere sigte. Men denne antagelse er ikke altid bæredygtig. Den særlige regulering kan være forældet, eller den kan være udformet uden tanke på den almindeligere regel.
- Omkostnings-sagen igen* Der er derfor plads for en nærmere bedømmelse. UfR 1998 527Ø kan illustrere dette: Vi har her flere lovregler: 1: § 741e der henviser til regler om fri proces, og hertil slutter sig så kap 31 om fri proces, 2: § 330 om ubemidlet som betingelse for fri proces, 3: § 332 om fritagelse for at betale egen og modpartens advokat, 4: § 334 om den tabende modparts pligt til at betale til statskassen, 5: § 336c om det offentlige betaling af advokaten. Dette var reglerne om fri proces. Endvidere de straffeprocessuelle regler: 6: § 1008 der pålægger den dømte i en straffesag at betale omkostninger, 7: § 1007

om det offentlige betaling af omkostninger med ret til refusion hos den dømte. Landsrettens præmisser betoner det offentlige betaling af advokaten og de dertil knyttede samlede udgifter, dvs det som udtrykkes under 5. Sagen bygger på en regelkonflikt mellem på den ene side det civilprocessuelle system som modificeret for fri proces, jfr 1- 5, og på den anden side det straffeprocessuelle system, der lader staten betale omkostningerne. Set ud fra et straffeprocessuelt synspunkt er reglerne om bistandsadvokater et særligt tilfælde, og det særlige regelsæt herom skulle da gå forud. Men hvad indebærer da brugen af reglerne om fri proces? Under sagen gør anklagemyndigheden gældende, at "det ikke bør være udelukket i særlige tilfælde at pålægge en domfældt at betale salær til en for den forurettede beskikket advokat". Hvordan skal det forstås? I fri-proces-sager gælder, at hvis den part, der har fri proces, vinder, pålægges det den, der taber, at betale omkostninger til statskassen – ikke til modparten der jo ikke har udgifter; i straffesager betaler den domfældte altid omkostninger. Det tidsmæssige aspekt hjælper ikke: De straffeprocessuelle regler er fra 1916, reglerne om fri proces er systematisk ændret i 1977, og henvisningen til disse i § 741e er fra 1980, mens muligheden for beskikkelse af bistandsadvokat i voldssager først blev indført i 1988; vi kan derfor begynde med den seneste regel om omkostninger, dvs § 741e, men problemet er jo, hvad den fører til. Med denne analyse af det samlede regelkompleks skal kun vises, at det ikke er muligt at nå til en løsning af det ellers overskuelige problem om finansiering af en bistandsadvokat alene ved at håndtere det relevante sæt af lovbestemmelser.

Aftale-
fortolkning

Også inden for privatretten er udviklet traditioner for aftalefortolkning, som udgør en væsentlig del af aftaleretten. Disse principper er partsorienterede, hvilket stemmer med aftalens oprindelse. Men heller ikke her er det ganske klart, hvad fortolkningen principielt sigter mod.⁴¹

3 Tradition

Definition Under begrebet tradition sammenfatter jeg her de retlige synspunkter, der bygger på, hvordan der antages at være handlet af offentlige eller private i tidligere, sammenlignelige situationer. Den, der påberåber sig traditionen, ønsker kontinuitet, eller tilstræber en lighed på uformelt grundlag, eller betragter det tilvante som bedre. Traditionen er ikke blot et muligt argument for den, der argumenterer eller bedømmer; traditionen er en uomgængelig forudsætning for, at et sagsforhold overhovedet opfattes, og for hvordan det opfattes. Dette udelukker ikke, at man kan bryde med traditionen, men det sker på et grundlag, der i øvrigt bygger på tradition.

Argumenter for at tage hensyn til tradition

I UfR 1998 527Ø påberåber forsvareren sig en Vestre Landsrets dom, UfR 1983 194V, og formålet er klart, at det standpunkt, forsvareren gør gældende, finder støtte i Vestre Landsrets dom. At det er en god idé at afgøre den aktuelle sag i overensstemmelse med en tidligere tilsvarende, argumenteres der ikke for, formentlig fordi det er anset for indlysende; men det kunne være støttet på, 1: at samme praksis giver lighed – det bør ikke spille en rolle for en voldssag, om overfaldet bedømmes i København eller Viborg, 2: ensartethed giver større retlig overskuelighed og større grad af forudseelighed, 3: andre sager er måske allerede i mellemtiden blevet afgjort i overensstemmelse med Vestre Landsrets dom, og der er således en mere omfattende praksis end den, denne ene dom afspejler, 4: Vestre Landsrets dom var måske også medvirkende til, at der ikke i 1987 blev foreslået ændret lovregulering (se ovenfor om efterarbejder), 5: det standpunkt, som forsvareren har, overbeviste i sin tid Vestre Landsret, og det bør derfor også blive godtaget af Østre Landsret, 6: hvis Østre Landsret når til et andet resultat, må spørgs-

målet indbringes for Højesteret, og det er uhensigtsmæssigt at belaste landets højeste domstol med et så perifert problem, 7: og hvordan skal man håndtere de allerede færdigbehandlede sager, der efter en Højesteretsdom viser sig at være afgjort “forkert”? Som det ses af denne specificering, er der nogle punkter, hvorom der i og for sig mangler viden: Hvordan er spørgsmålet håndteret i praksis i øvrigt? Spillede Vestre Landsrets dom nogen rolle for 1987-betænkningen? Er der en mere omfattende (utrykt) praksis ved byretter eller landsretter? Ved argumentation ud fra tradition vil der ofte opstå behov for en mere systematisk belysning af, hvad der er grundlaget for at hævde den specifikke tradition.

I det følgende skal forskellige, mere specifikke former for tradition omtales. Først omtales traditioner inden for det private (3.1.), dernæst traditioner inden for det offentlige (3.2. og 3.3.).

3.1. Retssædvane og kutyme

Retssædvane

Retssædvanen defineres i almindelighed ved at være en handlemåde, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe – ud fra en følelse af retlig forbundethed. Retssædvanen udtrykker ikke blot en vane eller regelmæssighed, men også det retlige: at handle i overensstemmelse med retssædvanen er det retligt korrekte – som det at handle i overensstemmelse med færdselslov eller forvaltningslov er det retligt korrekte. Retssædvanen kan være almindelig, således at den gælder for alle (danske), eller den kan være særlig (partikulær), således at den kun gælder for en særlig kreds, f.eks. en retssædvane for fiskere i en bestemt havn eller for beboerne af et lokalt område.

Som her defineret finder retssædvanen udtryk i en handlemåde – de, der er omfattet af sædvanen, følger den i deres adfærd. Denne eftervisning af en adfærd vedrører retssæd-

vanens ydre eller objektive side, der nærmere består af tre krav:

- | | |
|-------------|--|
| Almindeligt | 1. Handlemåden skal være fulgt almindeligt, dvs af alle (eller næsten alle) der er omfattet af den; hvis der ikke er en almindelig efterlevelse, men kun spredte mønstre, der brydes med andre handlemåder fra andre, er der ikke nogen almindelig handlemåde. |
| Stadigt | 2. Denne handlemåde skal være fulgt stadigt, dvs uden afbrydelse; der skal være en vis kontinuitet. |
| Længe | 3. Handlemåden skal være fulgt længe, dvs over en vis periode, hvis længde ikke generelt kan bestemmes, men som afspejler retssædvanens stabilitet og vedholdenhed. |

I den ældre litteratur betonedes yderligere, at en retssædvane – for at skulle lægges til grund af domstolene – skulle anses som “fornuftig”.⁴² Dette aspekt omtales ikke i nyere litteratur, men har alligevel realitet: Det er svært at forestille sig, at en retssædvane skulle blive lagt til grund, hvis den, der bedømte situationen, anså sædvanen for uønsket eller ufornuftig eller uegnet som regel for det foreliggende tilfælde.

Den historiske skole Retssædvanens historie er lang, men den form, hvori retssædvanen stadig hævdes, er præget af den historiske skole. von Savigny sammenlignede dannelsen af en folkets ret med udviklingen af et folks kultur og sprog; det sker ikke ved en formel vedtagelse (som positivisterne hævdede) eller ved guddommelig vilje (som den ældre katolske naturret hævdede). Retten lever i folket som en levende forståelse af rettens institutioner i deres organiske sammenhæng, og det er denne folkelige retsforståelse, der viser sig i sædvanens handlinge.⁴³

Hvis de betingelser for anerkendelse af retssædvane, som er refereret ovenfor, tages alvorligt, er det svært at få en retssædvane anerkendt. Der findes i nyere praksis kun få eksempler på, at en retsnorm er baseret på en udtrykkeligt

anerkendt retssædvane: UfR 1983 539Ø om opgør ved tvangsauktion.

Kutymer (eller sædvaner)

Dette har imidlertid ikke sat en bremse for anerkendelse af hensyn til opfattelser om, hvad der inden for bestemte brancher eller lokaliteter blev anset og praktiseret som den rette fremgangsmåde. Tværtom er anerkendt et hensyn til sådanne særegne handlemønstre, uden at betingelserne for retssædvane er opfyldte.⁴⁴ En privat praksis for afregning af royaltly kunne f.eks. ikke ændres ensidigt og uvarslet.⁴⁵

Lovbestemmelser

Denne videregående anerkendelse af, hvad der her er betegnet traditionen, finder undertiden udtryk i lovgivningen. "Denne lovs bestemmelser kommer kun til anvendelse, for så vidt ikke andet er udtrykkeligt aftalt, eller må anses for indeholdt i aftalen eller følger af handelsbrug eller anden sædvane", kbl 1907 § 1, stk 1 (lbkg 28 12.1.1980), jfr tilsvarende aftl 1917 § 1 (lbkg 600 8.9.1986), kmsl 1917 § 1 (lbkg 636 15.9.1986), rentelov 1978 § 1 (lbkg 583 1.9.1986). I disse eksempler er der åbnet for hensyn til både "sædvane" og "handelsbrug", og hermed kan dels menes den form for retssædvane, der er defineret ovenfor, dels regelmæssige og anerkendte fremgangsmåder, der ikke opfylder denne definitions krav. De sidstnævnte "løse" sædvaner betegnes "kutymer", således at der ved en kutymer forstås en handle-måde, der er benyttet regelmæssigt inden for en bestemt branche eller andet livsområde, og som inden for denne kreds er anerkendt som den rette fremgangsmåde. Bag anerkendelsen af kutymeren ligger ikke den organiske (romantiske) teori om rettens almindelige karakter, som vi fandt i den historiske skole; men det er betydningen af, at den retlige regulering og bedømmelse sker i samsvar med de traditioner og forventninger, som hersker inden for vedkommende livsområde, der begrunder dette videregående hensyn til normer uden for – og undertiden i strid med – loven som ovennævnte lovbestemmelser udtrykker.

- Som det fremgår af den citerede kbl § 1 sidestiller loven en aftale mellem parterne med kutymen (det samme er tilfældet i de andre nævnte lovbestemmelser); lovbestemmelsen inde-
- Deklaratorisk** bærer således både, at loven er deklatorisk (dvs at loven kan fraviges ved parternes aftale), og at sædvane og kutyme kan begrunde afvigelse fra lovens ordning. De to muligheder for at fravige loven (aftale og kutyme) kan også siges at have den fælles begrundelse, at der herved tages hensyn til parternes ønsker og forventninger. Men ved bedømmelsen af, om en kutyme kan eller skal lægges til grund, er det ikke kun hensynet til parterne, der spiller en rolle; kutymen afspejler den ordning, som følges inden for branchen mv, og uanset parternes ønsker (der jo kan være forskellige fra branchens) kan der være grund til at bygge på den ordning, der hidtil er anerkendt og praktiseret. I de tilfælde hvor en privatretlig lov gøres præceptiv (dvs at loven ikke kan fraviges ved aftale), er der heller ikke lovhjemmel for hensyn til kutymen, se f.eks. købelov § 1, stk 2, hvorefter en række forbrugerkøbsbestemmelser i købeloven ikke kan fraviges til skade for køberen – hverken ved aftale eller kutyme. (Kreditaftl 398 13.6.1990 § 7 indeholder udførlig regulering om fravigelighed ved aftale, men intet om kutyme).
- Præceptiv**
- “God skik”** En anden type af lovregulering, der gør privat tradition eller praksis relevant, er regler om “god skik”. For advokater gælder f.eks. rpl § 126: En advokat skal udvise en adfærd, der stemmer med god advokatskik. Tilsvarende bestemmelser findes for f.eks. revisorer. Her er reglen adresseret til en profession med en særlig uddannelse. En anden adressering er krav om god skik ved bestemt erhvervsvirksomhed, f.eks. pengeinstitutloven § 1, stk 6 (“Pengeinstitutter skal drives i overensstemmelse med redelig forretningskik og god pengeinstitutpraksis”), og markedsføringsloven § 1 (“Der må i privat erhvervsvirksomhed og offentlig virksomhed,

som kan sidestilles hermed, ikke foretages handlinger, som strider mod god markedsføringsskik”).

Sådanne lovbestemmelser kan opfattes som udtryk for, at lovgivningsmagten overlader det til profession eller branche at udvikle de materielle normer for god praksis, der bør gælde, men under intens kontrol – med medvirken af udefra kommende repræsentanter for f. eks. offentlighed og kunder, og med (som Forbrugerombudsmanden) egne organer for videreudvikling af normerne. Eller de kan forstås som fortsættelse af branchens eller professionens selvregulering, der kun i den tekniske administration påvirkes af den (centrale) politiske magt, og som let udvikler sig til professionel selvbeskyttelse mod udefra kommende kritik. Bedømmelsen er nok ikke den samme for alle tilfælde.

Også i internationale handelsforhold kan en kutyme få betydning for forholdet mellem parterne, jf f.eks. CISG art 9.⁴⁶

Etiske regler

Ofte udtrykker en profession eller branche sine normer for god skik i særlige “etiske regler”, og sådanne regler kan være administreret af (private) organisationstilknyttede udvalg. De etiske regler har undertiden ikke nogen umiddelbar retlig virkning. Men de kan få betydning for bedømmelsen af, om en adfærd svarer til god praksis, f.eks. under en erstatningssag, se hertil f.eks. UfR 1998 643V om en bank, der havde rådgivet en kunde til at skifte til en af bankens forsikringer, hvilket medførte tab for kunden; banken blev pålagt ansvar, og ved bedømmelsen af bankens rådgivningsopgave tillagdes Pengeinstitutternes Etiske Regler (der ellers ikke er meget indholdstunge) relevans.⁴⁷

Lovhjemmel
ikke nødvendig

Retssædvaner og kutymen kan finde anvendelse, selvom der ikke er udtrykkelig lovhjemmel for det. Det er ikke nogen betingelse for anvendelse af en kutyme, at parterne er bekendt med kutymen; den der virker inden for en branche må lade sig bedømme efter de normer, der praktiseres i branchen;

man kan også sige, at den der arbejder inden for en bestemt branche, må skaffe sig viden om branchens normer. Anderledes stiller det sig, når en person, der ikke er i branchen og ikke lever med den praksis, indgår i et retsforhold: Her kan der ikke stilles krav om bestemte præstationer, som vel er kutyme i branchen, men som ikke kendes af den udefra kommende.

Hvor myndigheder lægger kutymen til grund, kan det ske på grundlag af mere systematiske undersøgelser af det relevante hændelsesforløb. Oftest er grundlaget dog især en udtalelse fra en eller flere organisationer, hvis medlemmer står for den kutyme-skabende adfærd, og undertiden er grundlaget i realiteten en vedtagelse i f.eks. en brancheorganisation, f.eks. om størrelsen af den rente, som skal opkræves af medlemmerne ved forsinket betaling, jf. rentelov § 1. Grænsen mellem privat kutyme og privat regulering er således ikke skarp.

Erstatningsret

Disse eksempler har belyst den betydning, privat praksis (retssædvane og kutyme) har for dannelse af aftale-relaterede rettigheder og forpligtelser. Men også inden for erstatningsretten har praksis, som allerede nævnt, betydning. Hovedreglen for bedømmelse af erstatningsansvaret er jo "culpa-reglen", og bedømmelsen af, om en person, der har forvoldt skade, har handlet "culpøst", beror jo på en sammenligning med denne adfærd og på den anden side den adfærd, der bør udvises (som en "bonus pater familias" ville udvise); i denne vurdering indgår, hvilken adfærd der i almindelighed praktiseres. Indsigten i hvad der i almindelighed sker, er bedømmerens forudsætning for at forstå det problem, som sagen rejser.⁴⁸

Strafferet

Også inden for andre områder, hvor "praksis" ikke i almindelighed omtales, spiller bedømmelser som de her omtalte en rolle. I strafferetten skal f.eks. skelnes mellem manddrab (strfl § 237) og naturlig død: Begår den læge,

der giver en døende patient en smertestillende medicin, der samtidig fremskynder dødens indtræden, manddrab, fordi lægen fremskynder døden – eller er døden en følge af patientens sygdom? Spørgsmålet skal ikke besvares her, men jeg holder mig til det principielle, at besvarelsen forudsætter, at bedømmeren har eller skaffer sig viden om, hvordan døende patienter i almindelighed skal behandles, herunder lægeloven § 6, stk 5, og hvordan denne behandling bedømmes af læger. Bedømmelsen er ikke blot en refleks af, hvad der anses for sædvanligt – det er den “gode” sædvane, den omsorgsfulde læge, der er målestokken.⁴⁹ Ved økonomisk bedrageri, strfl § 279, straffes bl.a. retsstridig udnyttelse af en vildfarelse hos medkontrahenten; ofte står det i handelsforhold klart for den ene part, at den anden part tager fejl, og det er derfor et centralt spørgsmål, hvornår udnyttelse af sådanne fejltagelser bliver strafbare. Loven betinger strafbarhed af, at forholdet er “retsstridigt”: “Der må altid regnes med et konkret skøn. Dette hænger sammen med, at et vist mål af urigtige oplysninger og dermed ligestillede fortielser må tolereres som faldende uden for det strafbares område. ... Kun når det udviste forhold falder uden for, hvad der efter sædvanemæssig opfattelse anses som forsvarligt i handel og vandel, bliver der plads for et strafansvar”.⁵⁰ Bedømmeren må altså ved en stillingtagen til dette spørgsmål leve sig ind i den gængse, men gode moral, der hersker i forholdet. Bedømmeren må så at sige tage denne gængse men gode moral til sig (som bedømmer) for at kunne afgøre sagen.

Dannelse af
den retlige regel

Den retssædvane eller kutyme eller praksis, som her er behandlet som en “retskilde”, altså noget der ligger uden for den bedømmende, og som den bedømmende “øser” viden om retten af, er – som især det sidste eksempel illustrerer – ikke blot noget eksternt, men et moment i bedømmerens egen forståelse af situationen. Det er jo også den bedømmende, der formulerer den regel, der udvikles af den private

adfærd. Denne regel er jo ikke nedskrevet, endnu mindre vedtaget, eller rettere, er den nedskrevet eller vedtaget (som f.eks. brancheorganisationers vedtagelser om deres medlemmers forhold), er det ikke den vedtagne regel som sådan, der konstituerer retssædvanen eller kutymen. Det sker i retsanvendelsen. Denne forskel mellem retskilder som noget eksternt og retten som noget til bedømmeren selv hørende vil jeg vende tilbage til.

Sammenfattende kan konstateres, at retssædvaner spiller en meget begrænset rolle, mens kutyme, god skik og praksis spiller en stor rolle. Samtidig må påpeges et skift i den tidsmæssige faktor: retssædvanen forbindes i almindelighed med temmelig lange tidsperioder ("længe" er relativt lang tid!); men den praksis der i øvrigt indgår i vores bedømmelse af retlige fænomener ændrer sig med relativ stor hast. I en sag om erstatning for en fejlslagen operation bedømte en medicinsk ekspert, om en kollega burde have kendt en ny operationsteknik, og grundlaget for den bedømmelse var, hvad han kaldte en "håndregel", hvorefter "hvad der står i Ugeskrift for Læger, især hvis det står i lederen, skal være kendt af alle læger et halvt år efter", UfR 1997 1628H (1631). Den teknologiske udvikling, den politiske europæisering, den kulturelle og merkantile internationalisering ændrer rytmerne på en sådan måde, at samtidig med at praksis eller tradition er enhver forståelses udgangspunkt, er det et udgangspunkt i jævnlig forandring.

3.2 Retspraksis

Ved retspraksis betegnes den praksis, der følges ved domstolene. (Ret er jo et flertydigt ord, der som her kan sigte til en myndighedstype, nemlig domstolene, men ellers til en type af social orden, f.eks. "dansk ret"). Undertiden tales om juridicel praksis (eller domspraksis), der giver en klar mod-

Præjudikat stilling til administrativ praksis, der skal omtales nedenfor. En dom, der påberåbes som relevant for en senere sag, betegnes et præjudikat.

Når jeg taler om en retspraksis, har jeg sagt, at de sager, der sammenholdes som en praksis, har et fællesskab. Ældre retspraksis er relevant, fordi den udtrykker en retsopfattelse, som er af betydning for den sag, retsanvenderen skal tage stilling til. En advokat, der bygger sin procedure (den mundtlige argumentation under domsforhandlingen) på en nyligt gennemført lov, redegør under proceduren udførligt for lovens tekst og forarbejder, og slutter med at sige “der er ikke nogen retspraksis” – hermed vil advokaten ikke udtrykke det absurde synspunkt, at der slet ikke findes nogen tidligere afgørelse fra domstolene, men det enkle og relevante, at der da loven er ganske ny, endnu ikke har været nogen sag ved domstolene før den aktuelle, hvor loven har været inddraget.

Opgaven er da nærmere at forstå, hvordan tidligere domme kan være relevante, og hvilken betydning de har for retten i almindelighed.

Retspraksis som præmis og konsekvens

Retspraksis er en eller flere domstolsafgørelser. Retspraksis skabes af domstolene. Det materiale, som drøftes, stammer altså fra en myndighed eller myndighedstype (domstolene), som træffer afgørelser. Retspraksis er således både noget, der udtrykker et resultat af retsanvendelsen, og noget, som indgår som en forudsætning for retsanvendelsen. For den enkelte dommer indgår dommen og dens præmisser således i en kommunikation, der er rettet til andre (parterne, kollegerne, den juridiske profession, offentligheden), men også i en kommunikation, der er rettet til dommeren selv og andre dommere. Den begrundelse, man beslutter sig for at bruge den ene dag, er “retspraksis” eller præjudikat den næste dag. Det samme gælder ved andre former for tradition: Når det, der tidligere er afgjort, inddrages som relevant for en senere afgørelse, er der tale om en proces, der bliver

cirkulær, for så vidt som den fremtidige anvendelse får betydning for den første afgørelse.

Retspraksis repræsenterer således et bidrag til den retlige tradition, en sum af erfaringer og afgørelser fra tidligere sager, der som tradition får betydning for, hvordan efterfølgende sager forstås og afgøres.

Fortolkning

Ikke blot den aktuelle sag, men også det mulige præjudikat skal forstås eller fortolkes. Når jeg her taler om at “forstå” en sag, sigtes til det forhold, at et præjudikat ikke bare foreligger som sådan. Det er kun i kraft af retsanvenderens fortolkning, at en dom bliver et præjudikat. Ved fortolkning af en dom spiller rettens (afsluttende) begrundelse eller præmisser en afgørende rolle. Det er her retten fortæller, hvilke grunde den vil anføre til støtte for sit resultat. Denne begrundelse er i danske domme ofte relativt kort. For den senere retsanvendelse har det betydning, om dommens præmisser fremhæver de momenter, der har haft betydning – herunder fremhæver forhold der ikke foreligger i den aktuelle sag (men som måske kunne have ført til et andet resultat, hvis de havde foreligget).⁵¹ Men sådanne afgrænsninger fortolker retsanvenderen, og ved en senere fortolkning kan der være passager, som kan opfattes som centrale eller nødvendige for dommen og andre passager, som er mindre centrale eller perifere. Denne sondring fremgår dog ikke af dommen selv, men tillægges af læseren og udtrykker således retsanvenderens prioritering af de synspunkter, som dommen bygger på. Den sondring, som gøres i engelsk praksis mellem nødvendige præmisser og sidebemærkninger (obiter dicta), er der sjældent brug for i dansk praksis.

Rettens præmisser og parternes argumentation

Undertiden kan også dommens foregående referat af parternes procedure have interesse; det kan være, at dommen henviser til den ene parts synspunkter (“Af de grunde, som er anført af sagsøgeren, finder retten, at ...”) – i så fald er proceduren “inkorporeret” i rettens præmisser; i andre

tilfælde er argumentationen mere udførlig i referatet af proceduren, og det kan således bruges til at uddybe forståelsen af rettens præmisser (man sammenholder rettens præmisser med den parts argumentation, som har fået medhold), men her skal man være opmærksom på, at en part ofte kommer med flere argumenter (anbringender), undertiden endda indbyrdes uforenelige argumenter, og at det ikke altid er indlysende, hvilke anbringender der kan bruges til at uddybe dommens præmisser. Det er ikke sikkert, at retten ved at vælge et anbringende har taget afstand fra de andre. I UfR 1998 526Ø anførte forsvareren flere argumenter for sin lovforklning, men retten henviste kun til det ene – det kan være fordi retten fandt de andre forkerte eller irrelevante, eller det kan være fordi retten fandt det gengivne argument tilstrækkeligt, de andre rigtige og relevante men underordnede (det er lovbemærkninger i forbindelse med den relevante lovbestemmelse der er mest interessant, mens andre forarbejder og efterarbejder siger mindre; Vestre Landsrets dom nævnes ikke, fordi retspraksis sjældent anføres i præmisserne).⁵²

Flere
fortolknings-
muligheder

Forestiller vi os, at vi i en straffesag, hvor tiltalte blev dømt for vold, og offeret havde haft en bistandsadvokat, skulle tage stilling til relevansen af UfR 1998 526Ø, viser det sig, hvor svært det er at fortolke en i og for sig ganske klar dom. Er tiltalte en velhavende men lidt hidsig type, spørger man sig, om dommen indebærer, at det er udelukket at pålægge tiltalte at betale for bistandsadvokaten; ved første øjekast er det netop det dommen siger – idet den jo netop ikke giver anklagemyndigheden medhold. Men dommen har ikke nævnt noget om tiltaltes økonomi, og den udelukker vel derfor ikke den løsning, at tiltalte dømmes til at betale bistandsadvokaten – eller rettere: at tiltalte dømmes til at betale statskassen, hvad den har betalt til bistandsadvokaten, hvilket netop er den ordning der gælder i sager om fri proces, rpl § 334; denne mulighed har dommen ikke drøftet og dermed

heller ikke udelukket. Måske kunne det hævdes uanset tiltaltes økonomi?

Kontroverser

Den juridiske litteratur er fyldt med eksempler på kontroverser om fortolkning af domme. Fortolkningens opgave kan sammenlignes med fortolkningen af loven: Vi går ikke efter dommernes (subjektive) opfattelse, for det er jo dommen (og ikke dommernes tanker da de afsagde den), der interesserer; vi går heller ikke bare efter en mening, der kan (objektivt) "findes" i teksten. Alligevel er det meget relevant, hvad vi kan forestille os om de forudsætninger, som Landsretten havde, da dommen blev afsagt, ligesom det naturligvis ikke er ligegyldigt, hvad teksten (præmisserne) går ud på.

Fortolkerens
forudsætninger

Fortolkeren vil forstå dommen i den sammenhæng og med de forudsætninger, hvorunder den er afsagt, men fortolkerens forståelse udspringer selv af en sammenhæng og nogle forudsætninger, som bestemmer fortolkningen. Det er bl.a. derfor, at det er muligt, at forskellige personer forstår samme dom forskelligt. Forståelsen af dommen udtrykkes i den retsopfattelse, som fortolkeren tilskriver dommen, og denne retsopfattelse behøver ikke at være den samme retsopfattelse, som retsanvenderen selv går ind for, jf. f.eks. nedenfor om tilfælde, hvor en dom tager afstand fra en tidligere dom.

Stare decisis

I nogle retssystemer behandles præjudikater som bindende, således engelsk ret om "stare decisis". I dansk tradition omtales præjudikater ikke som bindende. Men da præjudikater jo sætter et især for domstolene meget centralt sæt af forudsætninger i den tradition, retsanvenderen arbejder i, er det klart, at det er nærliggende at betegne domme som meget relevante. Afgørende er her at præcisere, hvad der menes hermed.

Undersøge
retspraksis

For det første må domme tages i betragtning – dvs ved en hvilken som helst juridisk afgørelse af nogen betydning og hvor tidspresset ikke er overvældende, må retsanvenderen

overveje, om der kan være relevante domme, og i bekræftende fald sikre sig et indtryk af deres indhold; hvordan denne "overvejsels- og undersøgelsespligt" nærmere skal udformes, skal jeg ikke komme ind på her – der må jo gøres en markant forskel mellem f.eks. den førstvoterende højesteretsdommer og advokatfuldmægtigen, der bliver spurgt til råds per telefon lørdag aften. Dernæst må retsanvenderen i sager, hvor det lægges til grund, at der findes præjudikater, forholde sig til disse. I reglen træffes afgørelser i overensstemmelse med præjudikaterne (de er jo som nævnt også kun præjudikater i kraft af en fortolkning, der er præget af den aktuelle sag), og det er da underordnet i denne forbindelse, om de citeres eller ikke.

Følge retspraksis? Dernæst er spørgsmålet, om en retsanvender altid skal følge præjudikatet: Er det en domstol i et hierarki, er den overordnede (f.eks. landsretterne) ikke bundet af den underordnede (byretterne) og heller ikke af domme fra sideordnede domstole (f.eks. de to landsretter, eller byretterne indbyrdes).⁵³ I almindelighed følger underordnede domstole den retsopfattelse, som findes at være udtrykt i ældre afgørelser, men det ville ikke være rigtigt at beskrive det som en forpligtelse, udover hvad der allerede er anført (om overvejelse og undersøgelse). Et præjudikat må fortolkes, og fortolkningen kan vise, at præjudikatet angår en anden (type af) situation end den, der nu er til afgørelse; fortolkeren finder en forskel – eller konstruerer en forskel.⁵⁴

En domstol er heller ikke bundet af sin egen afgørelse; en domstol kan med andre ord ændre opfattelse; et ændret resultat skyldes imidlertid ofte, at nye omstændigheder er kommet til, og for så vidt er der tale om en ny sag.⁵⁵ Der findes få eksempler, hvor en domstol udtrykkeligt tager afstand fra en egen tidligere afgørelse; et eksempel findes i Højesterets dom om at admittere sagen om Maastricht-traktaten, jf UfR 1996 1300H, der i sine præmisser udtrykkeligt tager

afstand fra en tidligere afgørelse om et tilsvarende spørgsmål, UfR 1973 694H.⁵⁶

Flertal/mindretal Hvis der i en kollegial domstol (f.eks. en af landsretterne, hvor der er 3 dommere, og i straffesager med lægdommere i alt 6 dommere) er et mindretal, der nedstemmes, når dommen afsiges, kan spørgsmålet opstå, om mindretallet – hvis samme spørgsmål rejses igen – er bundet af flertallets standpunkt. Opstår samme spørgsmål (kort tid) senere, er flertallets præjudikat jo en støtte for at fortsætte med og følge flertallets synspunkt, og det er ofte ikke blot på grund af de argumenter der begrundede flertallets standpunkt, men det kan tillige være det argument der følger af, at der med flertallets afgørelse kan være skabt forventninger om en endelig afklaring, som også andre dommere må tage hensyn til; men alligevel er hverken mindretallet eller andre dommere i domstolen bundet af flertallets standpunkt.

Juridiske og lægdommere

Retspraksis spiller formentlig en forskellig rolle for juridiske dommere og lægdommere. For juridiske dommere er hensynet til at harmonisere de forskellige instansers afgørelser tungtvejende, og særligt tillægges de højere instansers afgørelser stor vægt, om ikke af bedre grunde så af den grund, at en dom, der afviger fra de højere instansers præmisser, må forventes appelleret og omgjort. Dette moment kan også lægdommere tage hensyn til, og de vil ofte blive gjort grundigt opmærksom på det. Men da lægdommerne jo netop skal udtrykke en retsanvendelse ud fra forudsætninger, der ikke defineres som så vidt muligt identiske med de professionelle dommeres (hvad skulle man i så fald med lægdommere?), men tværtimod bidrage til en kritisk refleksion over de kriterier, som juridisk praksis ellers følger, bør dette hensyn ikke afskære lægdommere fra en selvstændig lovfortolkning.⁵⁷

Dommere med særlige forudsætninger tilfører domstolene særlig sagkundskab inden for bestemte erhvervs- eller

livsområder eller repræsenterer særlige – ofte modstående – interesser. Det kendes fra sø- og handelssager, boligsager, sager om børnefjernelse.⁵⁸

Retspraksis omfatter ikke blot danske domstole, men også andre domstole, hvis afgørelser kan tillægges betydning for dansk ret. Tidligere er omtalt den regulering, der gælder i Danmark, men som har en ikke-dansk oprindelse. I tilslutning til denne regulering er ofte (men ikke altid) etableret judicielle organer, hvis afgørelser også gælder eller i hvert fald tillægges betydning i Danmark.

EF-Domstolens afgørelser gælder endda med forrang for dansk ret (ifølge EU-retten, som imidlertid ikke ubetinget kan forvente anerkendelse ved de nationale domstole). EMK-Domstolens domme er en del af dansk ret som følge af den lov, der gjorde EMK-traktaten til en del af dansk ret, og selv om disse domme ikke har nogen forrang trods deres forfatningslignende emne-kreds, har de stærkt gennemslag i dansk praksis. Hvor den internationale regulering implementeres gennem nationale domstole (og eventuelt forinden national regulering), har også domme fra andre stater, der har ratificeret vedkommende traktat, relevans for dansk ret. Ved en analyse af et retligt emne, der er reguleret i dansk lov, men på baggrund af og til opfyldelse af en international traktat, må der altså – når sagen skal behandles grundigt – ske et eftersyn af den fortolkning, tilsvarende regler får ved andre tilsluttede staters (nationale regulering og) domstolsafgørelser. Man kan tale om en afgørelsesharmonisering.⁵⁹

Forskellighed
i fortolkning

Forskellige domstole følger undertiden forskellige fortolkningsmønstre. Ved fortolkningen af en dom må retsanvenderen derfor gøre sig klart, hvilket mønster den domstol, præjudikatet stammer fra, har fulgt; og retsanvenderen må dernæst gøre sig klart, hvordan han/hun vil forholde sig til dette mønster – frembyder det problemer i forhold til retsanvenderens opgave, eller kan det lægges til grund? Disse

spørgsmål stiller sig særligt markant, når danske domstole tager stilling til domme fra de europæiske domstole, EF-Domstolen og EMK-Domstolen. Jf UfR 1994 536H om dommerfuldmægtiges manglende beskyttelse mod afskedigelse kunne forenes med grl § 64 og EMK art 6; de to regler er i det væsentlige enslydende, men fortolkes forskelligt.⁶⁰ Også i privatretlige spørgsmål kan der opstå diskrepanser mellem den danske fortolkningsstradition og det internationale materiale; CISG er gjort til en del af dansk ret, men er en traktat, der må fortolkes på baggrund af praksis i andre nationale systemer.⁶¹

3.3. Administrativ praksis

Afgørelser og virksomhed

De administrative myndigheder træffer afgørelser, f.eks. amtets bevilling af separation⁶² og skattevæsenets skatte ligning, og præsterer foranstaltninger, f.eks. operationer og pleje på offentlige hospitaler og frihedsberøvelse under kriminalforsorgen. Administrative afgørelser og foranstaltninger sætter et dominerende præg på de fleste menneskers tilværelse. Denne virksomhed er reguleret, bl.a. ved national heteronom regulering, og den er endda underlagt et krav om legalitet. Amtet kan kun indsætte sådanne vilkår for en separation, som der er hjemmel for, og kriminalforsorgens (og fængselsadministrationens) beslutninger om, hvor længe en indsat skal forblive i anstalten, skal følge straffelov og den dom, der afsnes.⁶³ De offentlige hospitaler kan (og skal) optage de aktiviteter, der ligger inden for sundhedslovgivningens ramme og kan ikke gå videre, f.eks. ved at operere patienter med udelukkende æstetiske formål eller åbne kantinen for den lokale befolkning.

Lighed og konsekvens

Når en administrativ myndighed skal tage stilling til den nærmere bestemmelse af, hvilke typer af afgørelser eller foranstaltninger administrationen kan gennemføre, og under

hvilke betingelser dette kan ske, må administrationen beslutte sig for en bestemt fortolkning eller udfyldning af f.eks. en lovbestemmelse om skattemæssig indkomstansættelse. Beslutter administrationen (der jo kan bestå af flere forskellige myndigheder, hvilket ikke inddrages her) sig f.eks. for, at en arbejdsgivers tilskud til en ansats operation på et privat hospital er skattepligtigt som løn til den ansatte,⁶⁴ må samme fortolkning af skatteretten lægges til grund i efterfølgende sager om andre skatteborgere i tilsvarende situation.

Samme sag?

Som ved retspraksis er det her af afgørende betydning at fastlægge, hvorvidt der foreligger en tilsvarende situation; fuldstændig lighed finder man aldrig. Bedømmelsen heraf beror på, hvad det er for en fortolkning, som antages at være lagt til grund i den første sag, idet det er ud fra denne fortolkning, at det kan afgøres om der foreligger den nødvendige lighed. Lighed foreligger ikke blot, fordi de to sager isoleret betragtet ligner hinanden. Har en grundejer fået dispensation til et byggeri nær en sø, er det ikke givet, at også naboen kan få en sådan dispensation – den første afgørelse og dens implementering (byggeriets gennemførelse) skaber jo i sig selv en ny situation.

Kommunale
selvstyre

Forvaltningsmyndigheder er ikke bundet af sideordnede myndigheders fortolkninger. Er myndighederne undergivet en fælles – statslig eller kommunal – overordnet ledelse, er det en opgave for ledelsen at sikre en koordination. Men er der ikke en sådan fælles ledelse, er det ikke udelukket, at forskellige fortolkninger må accepteres. Det kommunale selvstyre indebærer således, at den enkelte kommune står for fortolkningen af den kommunale lovgivning, og den ene kommune er ikke forpligtet til at følge den fortolkning, der er lanceret af en anden kommune. Forskelligheder i kommunernes forhold – urbaniseringsgrad, erhvervsfordeling, bygge-

- forhold, befolkningssammensætning osv – kan udgøre saglige grunde til forskelligheder i retsanvendelsen.⁶⁵
- Afvigelse og ændring** At en administrativ myndighed skal følge sin praksis, betyder ikke at ændring er umulig. De konkrete forhold kan som allerede nævnt afvige fra den sagstype, som den administrative praksis tager sigte på, og i så fald kan der træffes en afvigende afgørelse, der stemmer med den konkrete sags forhold. Endvidere kan en myndighed beslutte sig for at ændre sin praksis, men det må så ske systematisk og konsekvent og med hensyntagen til de særlige overgangsproblemer, som en ny praksis kan medføre; en skærpelse af den administrative praksis ved beskatning af kommanditselskaber kan f.eks. ikke ske med tilbagevirkende kraft, men først fra det år, hvor ændringen beslutes, således at der gives de skattepligtige en mulighed for at indrette sig, jf UfR 1983 8H.
- Praksis som tradition** Administrativ praksis har en mere grundlæggende betydning, end denne forvaltningsretlige “retskilde” giver indtryk af. Den, der begynder en ansættelse i en administration, vil ofte – når vanskelige spørgsmål opstår – spørge: Hvad plejer man at gøre? Og det er kollegernes svar på dette spørgsmål, der giver den første forståelse af situationen og dens handlemuligheder. Med tiden (eller efterhånden som den nyansatte kommer ind i emnet) bliver også det retlige materiale studeret; men det sker ofte i den modsatte rækkefølge end den, der er anvist efter de retlige pyramider:⁶⁶ Fuldmægtigen i det kommunale skattekontor begynder ikke med grl § 43 om skattelove, men med Ligningsdirektoratets Vejledninger (1997 i 5 bind, ca 2.300 sider), derefter cirkulærer og bekendtgørelser for senest at nå frem til lovgivningen, der ofte er meget abstrakt; f.eks. bedømmes det ovennævnte spørgsmål, om en arbejdsgivers betaling af en operation på et privat hospital er skattepligtig for den ansatte, jf statskattelovens § 4 smh med § 5 og § 6, UfR 1998 400H.

Administrativ
praksis og
lovændring

Et andet udtryk for den administrative praksis' grundlæggende betydning ser man, når lovregulering indføres eller ændres inden for et administrativt område. Undertiden lever den hidtidige praksis videre, temmelig upåvirket af reguleringen, og dette finder endda anerkendelse på den måde, at ny lovgivning netop ofte tilskrives den – begrænsede – hensigt kun at ville ændre de udtrykkeligt regulerede emner, men ikke de uregulerede emner, der derfor fortsat kan administreres efter den hidtidige rutine.

Individuel
bedømmelse

En administrativ myndighed skal selvsagt bedømme den enkelte sag på grundlag af de konkrete foreliggende omstændigheder: Er det efter loven en betingelse for en økonomisk bistand, at der foreligger "økonomisk nød", må myndigheden konkret bedømme, om betingelsen er opfyldt eller ej i hvert enkelt tilfælde. Myndighedens bedømmelse af den enkelte sag – den enkelte ansøger eller (måske) nødstedte – og rigtigheden eller retfærdigheden i den trufne afgørelse hænger sammen med, at der er sket en sådan individuel bedømmelse. Når en administrativ myndighed skal stå for et meget stort antal afgørelser, er det nærliggende at søge afgørelserne "koordinerede" eller "systematiserede", således at ensartede tilfælde ikke vilkårligt bliver behandlet forskelligt. Det kan f.eks. ske ved, at der udstedes et cirkulære, der angiver de kriterier, der skal lægges vægt på, eller der fæstnes en praksis, som man følger slavisk. Men hvis lovreglen, som giver myndigheden dens kompetence, antages at forudsætte, at hver enkelt sag skal bedømmes individuelt ud fra dens egne omstændigheder, må der ikke gennemføres interne ordninger, der hindrer en sådan individuel bedømmelse. Man siger, at skønnet ikke må sættes under en regel.⁶⁷ Dette princip om, at skøn ikke må sættes under regel, udelukker ikke, at praksis koordineres, når blot ikke hensynet til "praksis" bliver så tungtvejende, at det individuelle skøn

"Ikke skøn
under regel"

slet ikke kan udfolde sig; myndigheden skal have plads til at bedømme, om sagen individuelt bedømt fortjener en anden behandling, end praksis normalt ville føre til.⁶⁸ Ved afskedigelse af (offentligt ansat) personale må myndigheden ikke følge en fast regel, f.eks. sifu (forkortelse af “sidst ind, først ud”), hvorefter den sidst ansatte fyres først, da dette princip afskærer fra en individuel bedømmelse af de ansattes (indbyrdes) kvalifikationer; men dette giver på den anden side myndigheden større mulighed for at misbruge sin afskedigelsesbeføjelse, fordi det er svært udefra at kontrollere myndighedens bedømmelse af de ansattes kvalifikationer.⁶⁹

Fra skøn
til regel

Inden for nogle områder er – med lovhjemmel – sket en “systematisering”, der ikke giver plads for individuel bedømmelse. Udmåling af kontanthjælp, der i perioder har været underlagt et “skønsprincip” for at give mulighed for en individuel bedømmelse, blev i 1993 lovreguleret, så udmålingen sker efter temmelig faste og præcise kriterier. Myndighedsvilkårlighed bliver udelukket (begrænset), men resultaterne er ikke altid rimelige.

Når en administrativ afgørelse indbringes for domstolene, er domstolene ikke bundet af den administrative praksis, som ligger til grund for afgørelsen.⁷⁰ Men praksis kan få betydning og har i retspraksis stor betydning.

Indkomstansættelser og skatteberegning (som eksempel på en masseafgørelse) sker i vidt omfang gennem edb på grundlag af informationer, der ikke er nøje kontrolleret.

Privat praksis

Her er kun omtalt offentlig praksis. Men også privat praksis f.eks. i en virksomhed kan få en retlig betydning. Er der f.eks. i en virksomheds praksis dannet en kutyme for at afskedige efter anciennitet (ved arbejdsmangel), vil det være en urimelig afgørelse, hvis anciennitetsprincippet ikke følges.⁷¹

3.4 Tradition som forståelsesmønster

De forskellige sider af tradition, som er beskrevet i dette afsnit, har udviklet sig (i hovedsagen) uafhængigt af en regulering – eller måske endda i strid med en regulering. Tradition har tillige betydning ved fortolkning af regulering. Fortolkningen af f.eks. en lovbestemmelse sker med udgangspunkt i den tradition, som fortolkeren tilhører, den aktuelle tradition; fortolkeren søger indsigt i den tradition, reguleringen udspringer af, f.eks. den opfattelse af det samfundsforhold, som reguleringen angik, som var udbredt, da loven i sin tid gennemførtes. UfR 1998 800H om Maastricht-traktaten er et eksempel herpå: Dommerne bevæger sig med en 1998-horisont tilbage til tiden omkring 1953, da grl § 20 indførtes; grundlaget for bedømmelsen er især grl § 20, der indførtes i 1953 på baggrund af en dualistisk tradition og som en modifikation af denne dualisme; når denne regel knap 50 år senere skal anvendes, er der brudt mange brecher i dualismen – måske så mange, at det snarere er en teori om (“praktisk”?) monisme, der bedst beskriver retsforholdet mellem dansk, national ret og international ret. Fortolkeren skal fra sin monistiske, nutidige position gå i “dialog med” de forudsætninger, der var gældende i 1953.⁷²

Flere horisonter

aktisk”?)

Virknings-
historie

Bedømmerens tradition kan være påvirket af den tradition, som en ældre regulering eller praksis har skabt. Er bedømmeren uddannet som jurist, er den tradition, som er skabt, omtalt i de lærebøger og i det øvrige materiale, som den studerende tilegner sig, og indgår derfor (med større eller mindre vægt) i bedømmerens opfattelse af den aktuelle sag. Men den tradition, som loven eller lærebogen er bygget på, kan være overhalet af senere udviklinger, som bedømmeren er fortrolig med.

En første opgave ved et sådant møde mellem den aktuelle tradition og en ældre tradition er at fortolke den ældre tradi-

tion. Flere domme indeholder således fortolkninger af ældre domme.⁷³ Men at finde en tradition er ikke at finde en regel for afgørelsen: I UfR 1998 691H nævner Højesteret, at den praksis – som man altså bygger på i den aktuelle sag – “kan give anledning til samlede og principielle overvejelser”, som imidlertid ikke kan “gennemføres alene på grundlag af nærværende sag”, og hermed varsles en mulighed for, at Højesteret ved en senere sag vil finde grundlag for en ændring af praksis (man kan vel håbe, at ekspropriatus i den foreliggende sag har fået en konkret rimelig afgørelse, og en argumentation herfor havde måske været bedre end at få præsenteret udsigten til, at der i fremtiden vil blive introduceret andre kriterier?).

Forskellige
traditioner

Der kan være flere og forskellige traditioner, og disse forskelle komplicerer bedømmelsen. Tidligere er omtalt forskellen mellem en national og en ikke-dansk, især europæisk fortolkningsstil (f.eks. den danske stil som forsigtig, den europæiske som dynamisk), og der kan være forskelle mellem privat og offentlig praksis.

Traditionen udtrykker sig ikke bare i en regel. Hvad for en regel der er praksis eller retssædvane, må afgøres. Den, der tidligere har skabt eller blot fulgt en tradition, har udtrykt sig om det retlige, men dette udtryk kan ikke bare overtages, lige så lidt som en lovtekst uden videre kan tages som udtryk for retten.

Traditioner kan som regulering ansues som enten heteronome, dvs traditioner som er givne for den enkelte og ikke lader sig ændre af den enkelte, eller autonome, dvs traditioner, der er skabt af den enkeltes egne handlinger.⁷⁴

4 Rimelighed

4.1 Forholdets natur

Selvstændigt grundlag	Der forekommer juridiske afgørelser, der træffes uden grundlag i nogen lov eller anden regulering, og som heller ikke bygger på nogen tradition. I UfR 1984 1061H tilkendte Højesteret en privat rente af et stempelbeløb, som han med urette var pålagt at indbetale (og som han havde fået tilbagebetalt); rentekravet kunne hverken støttes på renteloven eller praksis. ⁷⁵ Set fra retsanvenderens synsvinkel viser problemet sig ofte således: Retsanvenderen når efter en analyse af den foreliggende regulering og tradition frem til et resultat, som ikke forekommer retsanvenderen rimeligt og acceptabelt. Med henblik på denne mulighed er der i retslæren udviklet en særlig "retskilde", som ofte betegnes forholdets natur (undertiden i stedet reelle hensyn, sagens natur, almindelige retsgrundsætninger, kulturtradition). Med denne supplerende retskilde er det muligt at konstruere et resultat, som er rimeligt og acceptabelt.
Bidrag til fortolkning	Forholdets natur kan også anvendes i fortolkningen af en regulering eller ved fortolkningen af en tradition. Da der herved sker en tolkning hen mod et rimeligt resultat, kan det være svært at skelne mellem forholdets natur som selvstændig retskilde og forholdets natur som faktor ved fortolkningen.
Papirløst samliv	Som et eksempel på forholdets natur som grundlag for en ny og selvstændig retsdannelse nævnes ofte godtgørelseskrav ved opløsning af papirløse samliv: Et samboende par er ikke gift, og det ægteskabelige formuefællesskab gælder ikke; aktiverne er ofte tydeligt erhvervet af den ene og betalt af den samme, og der er derfor ikke grundlag for at fastslå et formueretligt sameje (som hvor f.eks. to personer køber en ejerlej-

lighed sammen og deler udgifterne ved den); det ville derfor være nærliggende at afvise muligheden for, at den ene part (kvinden) kunne forlange noget af den anden, når samlivet opløses, men her har der i retspraksis udviklet sig normer for et godtgørelseskrav, som ikke (som i flere andre lande, f.eks. Sverige) har lovhjemmel, og som heller ikke følger af de nævnte anerkendte delingsregler (ægteskabeligt formuefællesskab, tingsretligt sameje), se f.eks. UfR 1980 480H.⁷⁶

Retsgrundlagets
transformation

Begyndelsen gøres på grundlag af forholdets natur, der efter udvikler der sig en praksis. En dom lancerer et standpunkt uafhængigt af lovtekst eller som en fortolkning af en lovtekst, og dette standpunkt præsenteres som og modtages som en selvstændig retsdannelse, en nydannelse. På dette grundlag kan der udvikle sig en praksis: Private indretter sig på dommens fortolkning; eller administrative myndigheder former en administrativ praksis i overensstemmelse med dommen, og private må indrette sig på denne praksis. Der er udviklet en tradition. Det kan i stedet være i den juridiske litteratur, at nydannelsen først finder udtryk, og det litterære standpunkt ("teorien") vinder genklang i praksis. I alle tilfælde står retsanvenderen eller videnskaben over for en tradition, og ved at henvise til forholdets natur udtrykkes, at denne tradition omtolkes, noget selvstændigt tilføjes, og dette "selvstændige" kan så med tiden selv blive en del af en tradition.

Omkostnings-
sagen for sidste
gang

Også i UfR 1998 526Ø om bistandsadvokaten kan man hævde, at forholdets natur spillede en rolle, selvom det slet ikke er nævnt; som tidligere omtalt gælder der flere, ikke helt forenelige, regelsæt om omkostninger ved retssager, og der er ikke i lovens henvisning til reglerne om fri proces noget klart svar (ifølge landsretten); af de tre muligheder: 1: altid at pålægge den tiltalte, der dømmes som skyldig, at betale 2: at give mulighed for at den tiltalte i særlige tilfælde kan komme til at betale (som anklageren ønskede), og

3: at lade det offentlige betale, valgte landsretten – så vidt jeg forstår – den sidste mulighed, og dette valg må med (tvivlsom) støtte i forarbejderne vel først og fremmest ses som udtryk for ønsket om, at beskikkelse af bistandsværge ikke skal være en belastning af den tiltalte, men ses som begrundet i det offentliges interesse i en effektiv, hensynsfuld og korrekt strafhåndhævelse, som domfældte ikke skal bidrage til at finansiere; dette grundhensyn er slet ikke nævnt og har måske endda ikke været overvejet?

Mere eller andet end retskilde? Da forholdets natur således har betydning både som eget og selvstændigt retsgrundlag og som fortolkningsmoment ved andre retskilder, er der grund til at overveje, om forholdets natur afspejler noget mere alment ved retsanvendelsen. Hvad ligger der i dette “selvstændige”, og findes det kun i forbindelse med forholdets natur?

4.2 Rimelighed, bedømmelsesgrundlag og retsanvender

Rutine Størsteparten af juridiske afgørelser træffes temmelig rutinemæssigt; de bemærkes ikke af andre end dem der er direkte involveret – parterne og deres nærmeste, foruden sagsbehandleren, eller hvilken person det nu er, som har afgjort noget. Sådanne rutinemæssige afgørelser, der trods deres mangel på interesse fra et “principielt” synspunkt er af stor betydning for den almindelige erfaring af, hvad det vil sige at stå for eller blive udsat for en juridisk afgørelse, bliver ofte til på grundlag af en regulering eller tradition (f.eks. praksis), der tilsyneladende giver resultatet af sig selv – rutinemæssigt, om man vil.

Ægtefælleskifte To ægtefæller (uden gæld og uden ægtepagt), der overvejer at blive separerede, spørger en rådgiver i den lokale advokatvagt, hvordan deres fælles bankkonto i givet fald skal deles, og de får det svar, at den skal deles lige i forbindelse

Tyveri

med en lighedeling af, hvad de i øvrigt ejer, og rådgiveren – som alle andre – finder, at svarets rigtighed uden videre følger af retsvirkningsl § 15. Den, der om natten kravler gennem et kældervindue i en fremmed villa, tager nogle smykker i soveværelset og forlader stedet for at sælge dem, begår tyveri, jfr strfl § 276, men da det er første gang, og gerningsmanden er ung, slipper han i overensstemmelse med en fast praksis hos anklagemyndighed og domstole med et tiltalefrafald. Sådanne rutinemæssige afgørelser giver det indtryk, at resultatet følger af loven eller praksis (eller mere generelt: af regulering eller tradition); det så at sige er loven eller praksis, der bestemmer resultatet, og sagens konkrete omstændigheder derudover og den person, der (som rådgiver, advokat, dommer) står for afgørelsen, er uden betydning. Dommeren i straffesagen oplever afgørelsen som en følge af faktorer, han/hun ikke har indflydelse på, og sådan oplever også tiltalte, forsvareren og anklageren sagens gang. Sådanne oplevelser kan bidrage til, at det forekommer nærliggende at beskrive “loven” og “praksis” som “retskilder”, for det er jo netop i retsvirkningslov, straffelov og praksis for tiltalefrafald, at “kilden” til den retlige afgørelse kan findes; det er derfor også ved at have kendskab til lov og praksis, at de involverede kan handle retligt rigtigt.

Vanskelige sager

Alligevel mangler der noget i denne opfattelse af rets anvendelsen. Ændrer vi lidt på omstændighederne, ændres også den spontane oplevelse af rettens anvendelse: Lad os antage, at de to ægtefæller ikke forhørte sig om delingen af en bankkonto, men i stedet søgte råd om, hvordan stillingen var ved separation (bodeling) for så vidt angår den ene parts (mandens) ret til tjenestemandspension (med enkepension) og den andens (hustruens) kapitalpension, ville svaret være vanskeligere. Her findes en praksis, hvorefter ret til tjenestemandspension som sådan ikke indgår, mens kapitalpension indgår i fællesboet, men denne praksis er blevet heftigt kriti-

seret i den juridiske litteratur, der findes afgørelser i anden retning, også politikerne er utilfredse, og resultatet (at manden beholder sin tjenestemandspension uden for boet, mens hustruen må aflevere halvdelen af sin kapitalpension) forekommer stødende.⁷⁷

Fortolkning
og resultat

Resultatet af en umiddelbar anvendelse af lov og praksis forekommer urimeligt. Når det resultat, som følger af en rask læsning af reguleringen og traditionen som den f.eks. kan være udtrykt i litteraturen, fører til et resultat, som umiddelbart forekommer urimeligt eller stødende, må retsanvenderen overveje sagen nøjere. Denne nøjere overvejelse af sagen, dens konkrete omstændigheder og det tilknyttede retlige materiale sker med det formål at nå frem til en rimelig afgørelse. Dette kan opnås, såfremt den nøjere analyse bringer for dagen, at den urimelighed, som man først antog fulgte af en anvendelse af loven eller praksis, faktisk ikke er så urimelig endda; det der umiddelbart så urimeligt ud, viser sig at være ganske rimeligt. Men sådan går det ikke altid, f.eks. næppe i det nævnte bodelingseksempel. Der er da behov for at nå et resultat, der ikke følger af lov eller praksis, eller som måske endda er i strid med lov eller praksis.

Selvstændighed

I de eksempler på anvendelse af "forholdets natur", som er omtalt ovenfor (afsnit 4.1), sker der en selvstændig retsdannelse i den forstand, at resultatet ikke uden videre kan aflæses af loven, praksis eller hvad der i øvrigt foreligger af juridisk materiale. Det er denne selvstændighed, der begrundes, at vi taler om forholdets natur som en retskilde, og vi kan ikke undvære denne retskilde, lige så lidt som vi kan undvære selvstændighed.

Det, der betegnes selvstændighed, består i, at resultatet ikke synes at følge uden videre af teksten – som den ses i f.eks. loven eller i et præjudikat. Ved at tale om selvstændighed bringer vi bedømmeren ind i billedet – retsanvenderen bliver på en måde selv en slags "retskilde". Det stemmer hermed,

Personligt
ansvar

at når der skrives om “forholdets natur”, sker det ofte i forbindelse med en omtale af retsanvenderen, herunder forskellige retsanvendere (dommere i forskellige instanser, administration, advokater osv), og af retsvidenskaben.⁷⁸

Men som det fremgår af den foregående beskrivelse af regulering og tradition, er det altid nødvendigt, at retsanvenderen som person tages i betragtning; for at retten anvendes, betyder jo nødvendigvis, at retten anvendes af nogen, dvs at retten anvendes af en person eller kreds af personer, og dette personlige aspekt indgår ved enhver retsanvendelse. Det er også et gennemgående træk ved al retsanvendelse, at f.eks. den lov eller det præjudikat, der “anvendes”, først er underkastet en fortolkning. Der er aldrig noget automatisk forhold mellem tekst og resultat. Altid må retsanvenderen foretage en fortolkning med henblik på den konkrete retsanvendelse.

Den interesse for det personlige – retsanvenderens person – som vi finder i forbindelse med “forholdets natur”, må derfor gøre sig gældende ved enhver retsanvendelse. I de sager, der omtales som eksempler på “forholdets natur”, fordi retsanvendelsen er præget af en særlig selvstændighed og et ønske om at nå et rimeligt resultat uanset regulering og tradition, viser der sig forhold, som i varierende grad findes ved enhver retsanvendelse: Enhver retsanvender bedømmer selv, hvordan lov eller præjudikat skal fortolkes, og bringer denne fortolkning i forhold til den enkelte sags konklusion. Også den rutinemæssige retsanvendelse foretages af en person, der bygger på en bestemt fortolkning af retsgrundlaget, og retsanvenderen tager sigte på den konkret foreliggende sag.

Vi må derfor se retsanvendelse som et samspil mellem norm, person (retsanvender) og den konkrete sag.

5 Retsanvendelsens trekant

5.1 Det normative

Retsanvendelse er – som ordet viser – noget med at “anvende ret”, og for at en afgørelse kan kaldes retlig, må der netop være et element af retsanvendelse i den. Denne afgrænsning i forhold til ikke-retlige afgørelser har ikke så stor betydning for juristen, for hvem problemet i almindelighed er, hvad det så er for en “ret”, der skal anvendes. Og dette spørgsmål er, som det er vist, ikke altid let at besvare.⁷⁹

Mekanisk

Nogle vil henvise til, at der findes en ret, og det er denne eksisterende eller gældende ret, som retsanvenderen skal tage frem og anvende – som en tømrer griber sit vaterpas. Også når man taler om at “finde” retten, eller når domstolene indleder deres domme med formularen “thi kendes for ret”, tales på en måde, der minder om en skatteleg, hvor retten er den skat, der skal findes frem. Vi kan tale om en mekanisk retsanvendelse. Men så enkelt er det ikke (ligesom en tømrer skal kunne mere end at læse en arbejdstegning og håndtere en hammer). Selv den klareste lovtekst må fortolkes og kan give anledning til usikkerhed.

Individuel
konstruktion

Andre vil modsat hævde, at retten skabes af retsanvenderen, at den konstrueres for tilfældet og efter forgodtbefindende eller i hvert fald individuelt (men i og for sig “sagligt”). Retsanvendelse er da bedre beskrevet som retskonstruktion. Vi kan tale om retsanvendelse som individuel konstruktion. Men retten er ikke blot et individuelt forehavende. Selvom der er et konstruktivt element på spil, er det ikke (kun) individuelt; der ligger bindinger i såvel den aktuelle situation som i det retlige grundlag.

Det er ikke let at finde balancen, men jeg forsøger:

Den “ret” der skal “anvendes”, er et resultat af en fortolkning af de tekster, som angår sagens tema, og i denne fortolkning indgår, som allerede nævnt i forbindelse med lovtolkningen, to sider:

Fortolkerens
forforståelse

1: Fortolkeren har et nutidigt og aktuelt udgangspunkt, der er dikteret af såvel den sag, der er baggrund for (og genstand for) fortolkningen, og af den samfundsmæssige situation, fortolkningen sker i. Fortolkeren har en forhåndsopfattelse; heri er der ikke noget galt, selvom man umiddelbart reagerer mod, at retsanvenderen ikke betragtes som helt uden forhåndsopfattelse (forforståelse); de dommere, der tog stilling til bistandsadvokatens salær, har sandsynligvis haft adskillige sager om salær til ikke blot forsvarere og advokater i sager om fri proces, men også i sager om bistandsadvokater, og heri er intet galt; tværtom er en forhåndsopfattelse en forudsætning for, at retsanvenderen forstår, hvad sagen drejer sig om.

Teksten

2: Fortolkningen er rettet mod tekster – love, traktater, forarbejder, domme, juridisk litteratur, osv, og retsanvenderen skal fortolke disse tekster. I denne fortolkning søges svar på de spørgsmål, som den aktuelle sag har rejst: Rettsanvenderen læser et forarbejde, f.eks. nogle bemærkninger til den lov (lovforslag), der (evt.) skal anvendes for at finde svar på det spørgsmål, som er stillet under sagen; forarbejdet læses ikke bare, fordi det er interessant, eller fordi en retsanvender skal læse forarbejder (interessant eller ej), men fordi forarbejderne måske kan svare på det spørgsmål, der er stillet. Når der søges et svar i et retligt materiale (en retskilde), er det ikke ophavsmandens motivation men tekstens mening, fortolkeren i første omgang går efter. Vi ved ikke noget sikkert om, hvad Justitsminister og Folketing havde i tankerne, da de forskellige regler om bistandsadvokater blev gennemført, og vi behøver ikke vide noget om det, for vi kan holde os til de

autoriserede, offentligt tilgængelige resultater af lovsagens gang – forarbejderne i Folketingstidende.

Fortolkning
som dialog

Ved alle juridiske spørgsmål er der flere steder, man kan søge bidrag til svar: lovtekst, forarbejder, domme, administrativ praksis, privat praksis osv. For hvert af disse må ske en fortolkning, og denne fortolkning må stile mod at besvare det eller de spørgsmål, som sagen har rejst. Undertiden følger der af disse tekster spørgsmål, som kan stilles tilbage til sagen: En påberåbt dom fremhæver f.eks. et moment, som fortolkeren ikke har været eller er gjort opmærksom på, og spørgsmålet er da, om dette moment også foreligger i den aktuelle sag. Man kan sige, at ikke blot fortolkeren men også teksten stiller spørgsmål.

Flere horisonter

De retskildetekster, fortolkeren arbejder med, bygger som regel på forudsætninger, der er forskellige fra dem, fortolkeren har, f.eks. fordi de er meget ældre, eller fordi de udspringer af en særlig branche- eller teknologisk erfaring, og fortolkeren får herved udvidet sin forståelse; men fortolkeren indlever sig ikke i den ældre tekst i en sådan grad, at fortolkeren forsvinder; forståelsen er stadig baseret på den aktuelle situations grundlag.

De forskellige tekster peger ofte i forskellig retning. Retskildelæren giver ikke nogen entydig retningslinje for, hvordan sådanne uklarheder eller regelkonflikter skal håndteres.

Ikke én metode

Der er ikke nogen "juridisk metode", der mekanisk kan løse tvivlsspørgsmål.

Retsanvenderen må finde frem til et (og kun et) svar på de spørgsmål, sagen har stillet. Dette svar, som udtrykker retsanvenderens opfattelse af "gældende ret" på det pågældende punkt, bygger på en samlet fortolkning af det relevante materiale. Denne fortolkning må bygge på de tekster, som retskildelæren har peget på som relevante. Og den er præget af det udgangspunkt, den havde i fortolkerens forhåndsfor-

Fortolkning og forandring ståelse. Fortolkningen er således bundet til en bestemt situation, og det kan let tænkes, at der på et senere tidspunkt eller ved en anden instans vil blive svaret anderledes på de stillede spørgsmål.

5.2 Retsanvenderen

Retsanvendelse og fortolkning er noget, mennesker foretager sig; det er mennesker, der anvender retten, og dette personlige element i retsanvendelsen må fremhæves. Retten anvendes af en person, evt af en person i samarbejde med andre, f.eks. dommerne i en kollegial ret, de ansatte i en administrativ enhed med forskellig hierarkisk placering, de ansatte i en virksomheds personaleafdeling der tager stilling til en afskedigelse, osv.

Dømmekraft Retsanvenderen bedømmer sagen i lyset af det normative – regulering og tradition – som beskrevet. Denne bedømmelse er personlig i den forstand, at den foregår som en handling, der gives udtryk i en afgørelse af eller stillingtagen til det juridiske spørgsmål, der foreligger. Denne bedømmelse bygger på fortolkning af retten og på indsigt i og forståelse af sagen, og den munder ud i en retlig dom (eller hvad der her sidestilles dermed, afgørelse eller stillingtagen). Den er således et udslag af en dømmekraft, der bygger såvel på erfaring som fantasi, på såvel bundethed til tradition som nydannende konstruktion.⁸⁰

Forskellige retsanvendere Retsanvenderen kan fungere i forskellige retlige sammenhænge, og der kan deraf følge forskelle i den måde, retsanvendelsen sker på, og forskelle i den måde, fortolkningen sker på. Er retsanvenderen en kommunal sagsbehandler, er den lokale sædvane og de lokale interesser i det hele relevante – men med et indhold og en vægt, der varierer fra kommune til kommune. Er en retstilstand fastlagt gennem retspraksis (dvs domme, domspraksis, judiciel praksis), er det især de

højere domstole, der må sørge for, at retstilstanden følger med udviklingen, mens de lavere instanser i højere grad må nøjes med at indrette sig. Hvis en minister netop har fået et lovforslag gennem Folketinget, og ministeren over for vedkommende Folketingsudvalg har erklæret, hvordan han ville fortolke en bestemmelse, som udvalget fandt uklar, må ministeriet holde sig til den fortolkning, så længe forholdene ikke er ændrede, mens domstolene er friere stillet i forhold til forarbejder, og denne frihed er ikke begrænset af lovbehandlingen.

Videnskaben

Denne fremstilling har især angået retsanvendelse i almindelighed. Om retsvidenskaben gælder – når der tales så alment som her – det samme: Også retsvidenskaben nærmer sig de juridiske tekster med udgangspunkt i forskerens forståelse, og forskeren søger gennem en dialog med disse tekster at vinde en større forståelse. Dette er ikke i strid med den forestilling, at videnskaben er neutral og objektiv, når hermed menes, at videnskaben ikke på forhånd har bundet sig til bestemte interesser og antagelser. Men (også) den retsvidenskabelige litteratur er skrevet ud fra en bestemt (eller undertiden noget ubestemt) forståelse af samfundet, retten og de retlige konflikters karakter. Denne forståelse er til dels et resultat af ældre retsvidenskabelig litteratur, der således har fået en virkning på den aktuelle forståelse – parallelt til, at en dommers forståelse af et retligt problem er præget af ældre domme. Retsvidenskaben står ikke over for bestemte parter eller andre umiddelbart involverede og træffer derfor ikke afgørelser, men må foregribe de konkrete konflikter og er derfor nødt til at forholde sig til dem.

5.3 Sagen

Retsanvendelse angår en juridisk sag. Her bygger jeg på et bredt begreb om sagen – omfattende ikke blot prototypen: retssagen, men også den administrative sag og den private sag. Sagen bliver juridisk ved, at den bliver forstået og behandlet juridisk.

Mellem-
menneskelig

Juridiske sager angår mellemmenneskelige relationer: forholdet mellem mand og kone, ansat og arbejdsgiver, bank og kontohaver, offer og forbryder (eller i hvert fald anklaget), aftalepartnere, osv. Til disse relationer kommer så eventuelt yderligere det, at en udenforstående tager stilling til sagen, træffer en afgørelse, afsiger en dom (personalechef, kontorchef, dommer). Hvad enten sagen ses som en sag mellem de to (eller flere) oprindelige parter, eller man ser på sagen, efter at en udenforstående er trådt ind i den med henblik på at bedømme den, er en stillingtagen til sagen en stillingtagen til relationen mellem to eller flere mennesker. Og det er denne stillingtagen eller afgørelse, der i sidste ende er målet for rettens anvendelse og dermed for fortolkningen. Det er i denne stillingtagen, at rettens karakter af ret skal vise sig. Retten er en social organisation af blandet privat og offentlig karakter. Som effektiv social orden udtrykker og regulerer den magt – den økonomiske magt til at bestemme, hvem der skal ansættes og afskediges, den kulturelle magt til at bestemme hvem der skal komme til orde i de offentligt eller privat styrede medier, magten til at sætte en tiltalt i fængsel for kort eller lang tid, osv. Når vi siger, at denne magt udtrykkes eller reguleres i retten, siger vi, at den udtrykkes og reguleres som det “rette”, det “rigtige”, eller bredere: som det “retfærdige”.

Retfærdighed

At praktisere retfærdighed over for dem, der er involveret i en sag, er ikke let. Det er ikke altid kun de nærmest involverede, der berøres af afgørelsen, og ved bedømmelsen af, hvad der er retfærdigt, må alle berørte tages i betragtning. Dernæst er

det svært blandt disse at nå til en fælles opfattelse af, hvad der mellem dem er retfærdigt; ofte er det jo netop på grund af denne uenighed, at en konflikt er opstået; og det er da retsanvenderens opgave at bidrage til en forståelse af, hvad der i dette tilfælde er retfærdigt. Dette retfærdige resultat kan ikke blot aflæses af en regel, det kan ikke nås ved blot at kopiere en tradition, men det bygger på en konkret bedømmelse af sagen i lyset af regulering og tradition. Det retfærdige kan ikke definitivt foregribes og normeres i en regulering eller tradition. Der er et element af "uafgørbarhed"⁸¹ – noget må stå åbent, og den konkrete sag eller rettere retsanvenderens møde med "nye" mennesker indebærer et vilkår om, at det kan være, at det er en uforudset løsning, der fører (nærmest) til det retfærdige.

Rettens
anvendelse

Retsanvendelsen er således et produkt af 1: det normative, forstået som de udtryk for en normering, der søges afdækket enten i det, der er positivt vedtaget eller traditionelt praktiseret, eller i det rationelt og logisk afledte,⁸² 2: retsanvenderen, der som menneske i en konkret situation – som ansat eller privat – mobiliserer sin forståelse for situationen, for en fortolkning af denne i lys af det normative,⁸³ og 3: den konkrete sag, der rummer den eller de personer, som afgørelsen angår, og som sætter standarden for hvad der konkret udgør retfærdighed. Det samlede mål for og den særegne karakter ved den juridiske afgørelse er, at der er en retsanvender, der søger at harmonisere det normative med den konkrete sag med henblik på at tilnærme sig retfærdighed.

Noter

1. Retskilde som begreb dukker i dansk litteratur op i 1820'erne, men er først genstand for samlet behandling hos F.C. Bornemann: Foredrag over den almindelige Rets- og Statslære, fra 1849-50, udg. som Saml. Skr. bd 1, 1863 s 42-57, jf herom Lars Björne: Nordisk Rättskällelära. Studier i rättskälleläran på 1800-talet, Lund 1991 s 18f.
2. Disse enkle forhold resumeres ikke i kendelserne fra skifteret, landsret eller Højesteret, men ses af et tidligere optryk af Vestre Landsrets kendelse i UFR 1998 1198V.
3. Se om sagsomkostninger i civile sager Eva Smith: Civilproces 1996 s 206f ("Udgangspunktet er ... at den tabende part er pligtig at erstatte modparten de ham ved retssagen påførte udgifter", s 206), Bernhard Gomard: Civilprocessen 1994 s 500f, og i kriminelle sager Hans Gammeltoft-Hansen: Strafferetspleje bd 3, 1996 s 169f ("Udgangspunktet er, at det offentlige udreder alle ... omkostninger ...", s 169). Om bistandsadvokat se Eva Smith: Straffe-proces 1994 s 110.
4. Af nyere fremstillinger af retskildelæren skal nævnes Jens Ewald: Retskilderne og den juridiske metode, 1998, Ruth Nielsen: Retskilderne. 1999, Ole Wegener: Juridisk metode, 1995, Preben Stuer Lauridsen: Om ret og retsvidenskab, 1992. Også i norsk litteratur er retskildelæren hyppigt behandlet, se Torstein Eckhoff og Jan Helgesen: Retskildelære, 1997, C.A. Fleischer: Retskilder og juridisk metode, 1998, Mads Andenæs: Retskilderne, 1998, Erik Boe: Juridisk tenkning og retskildelære, 1996 s 131f. Om svensk ret Aleksander Peczenik: Vad är rätt, 1995 s 203 f.
5. Om formålet er realistisk, er et andet spørgsmål, som også retssociologer interesserer sig for, se Jørgen Dalberg-Larsen: Lovene og livet, 1994 s 86 og 89 om retsoptimistisk og retspessimistisk retsteori.
6. Om demokratisk teori og heteronom regulering, se f.eks. Erik Rasmussen: Komparativ Poliik, 1971-72, Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret bd 1, 1966 s 11f. Men demokrati-spørgsmålet kan også stilles uden for den offentlige beslutningsproces, se f.eks. Betænkning om Demokrati og åbenhed ved pensionsinstitutternes investeringsbeslutninger 1306, 1995 (der dog ikke er ført ud i livet).
7. Det er strengt taget ikke helt rigtigt: Om forpligtelser ved kontrahering se Lasse Simonsen: Prekontraktuel ansvar, Oslo 1997.
8. Sammenhæng mellem aftaleret og privat autonomi drøftes af Mads Bryde Andersen: Grundlæggende Aftaleret, 1997 s 54, 75f.
9. Den opfattelse af retssystemet, som Hans Kelsens og Alf Ross' retsteorier hver på deres måde udtrykker, ligger inden for denne tradition.
10. Om EU-retten i national ret, se f.eks. Hjalte Rasmussen: EU-retten i kontekst, 1995, Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen: EU-ret, 1995. Om international ret i dansk ret f.eks. Ruth Nielsen: Retskilderne, 1999 s 39f. Om ikke-dansk national ret i dansk ret Henrik Zahle: Dansk forfatningsret bd 2, 1996 s 284f.

11. Mogens Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse, 1993.
12. Dette er kun rigtigt med en temmelig teknisk forståelse af "bindende": Når A og B aftaler, at A sælger en villa til B, er C ikke forpligtet til at gøre noget; men C skal respektere, at det nu er B der disponerer over villaen. Er C lejer, kan B opsiges C's lejemål; er C nabo, må C tolerere B's nymaling af facaden, og har C tidligere fået lov til at smutte gennem baghaven, kan B annullere tilladelsen, og fortsætter C, er det strafbart.
13. Det kan være fristende at anse de to typer af aftaler – individuelle henholdsvis generelle – som principielt forskellige. Den individuelle aftale er emnet for den privatretlige aftaleret, mens den generelle aftale ses som en slags lovgivning. Begge typer er dog netop "aftaler" og som sådanne underlagt almindelige regler om aftaleindgåelse, ugyldighed, retsvirkninger mv. Grænsen er heller ikke altid så skarp: Standardaftaler eller standardvilkår, der kan "vedtages" af individuelle parter og dermed få retlig anvendelse, forberedes ofte som en slags heteronom regulering, se f.eks. Udvalg og Betænkning om Almindelige Betingelser 1992/95. Dette kan bidrage til at forklare, at de aftalemæssige betingelser for, at sådanne vilkår skal kunne anses for "vedtaget" af de individuelle parter, ikke altid er så strenge.
14. Om kollektive overenskomsters "afsmittende effekter" Jens Kristiansen: Lønmodtagerbeskyttelse i dansk ret, 1997 s 243f.
15. Se UfR 1998 799H (en forsikringstager begik selvmord og efterlod sig sine forældre og et lille barn, som han ingen forbindelse havde haft med – hvem var hans "nærmeste pårørende?"), jf Lennart Lyng Andersen i UfR 1998B s 419.
16. Om aftaler som retsregler se Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, 1997 s 54f.
17. P.S. Atiyah: An introduction to the law of contract, 1981.
18. Om bankers adgang til ensidigt at ændre rentesatsen, Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen: Bankretlige emner, 1994 s 21f.
19. Peter Germer: Statsforfatningsret, 1995 s 183f, Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret bd 2, 1996 s 289f.
20. Her behandles kun internationalisering gennem regulering, se senere om retspraksis mv.
21. Om CISG i dansk ret Joseph Lookofsky: Understanding the CISG in Scandinavia, 1995, samme: At fremme en ensartet anvendelse af CISG, i UfR 1996B s 139f, og Niels Elmelund, Lars H. Kristensen, Anne-Dorte Bruun Nielsen og Jørgen Nørgaard: Lærebog i dansk og international køberet, 1995 s 223f.
22. Hertil Camilla Baasch Andersen: Furthering the Uniform Application of the CISG – Sources of Law on the Internet, i Pace International Law Review, vol.X/II Fall 1998 s 403-10.
23. Linda Nielsen, Jesper Vorstrup Rasmussen, Finn Taksøe-Jensen: Familieretten 1997, s 99f.
24. Anf.sted s 304.
25. Anf. sted s 100.
26. Det er således en indskrænkning (fsv angår lystbåde) i forhold til den ellers hævdede udvidende fortolkning (fsv angår sommerhuse). Dette illustrerer, at disse begreber har en mening som relative beskrivelser af forskellige "omfang"; men ikke nogen absolut mening, fordi teksten ikke giver nogen absolut mening.
27. Om denne bestemmelse se Linda Nielsen m fl: Familieretten, 1997 s 424-25.

28. Dommen sammenligner den foreliggende erklæring med en tidligere erklæring, UfR 1994 470H.
29. Se nærmere Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret bd 1, 1995 s 243f, særlig s 253f og 266f.
30. Om disse to teorier Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed 1953 s 143f, Ruth Nielsen: Retskilderne 1999 s 101f, 106f, Morten Wegener: Juridisk metode, 1994 s 281f, Preben Stuer Lauridsen: Om ret og retsvidenskab 1992 s 125f, Peter Blume: Juridisk informationssøgning, 1993 s 125f.
31. Mads Bryde Andersen: Grundlæggende Aftaleret, 1997 s 242f.
32. UfR 1999 614H om adoption.
33. Forarbejder kan begrunde en ændring af administrativ praksis, se f.eks. UfR 1998 966V, hvorefter en kritisk bemærkning fra Straffelovrådet førte til ændret påtalepraksis vedr konfiskation. – Forarbejders gentagne beskrivelse af gældende ret kan støtte, hvad der kunne bygges alene på lovtæksten, UfR 1998 976V.
34. Eksempelvis UfR 1998 976V. Måske også UfR 1998 883H om stormflodskade på nåletræer kunne anses som "umiddelbart indtrådte skader" og dermed dækket af erstatning.
35. Sml herved W.E.von Eyben: Retskilderne (Juridisk Grundbog bd 1) 1991 s 73f med en kritisk vurdering af den fremtrædende plads forarbejder har fået.
36. Dog UfR 1998 1374H: forarbejde til ældre lov bruges til fortolkning af senere lov.
37. Forarbejder lægger op til netop den fortolkning, som også loven lægger op til, f.eks. UfR 1998 886H (eternitplader) og 1998 902H (skat). Men i sådanne tilfælde rammes brugen af forarbejder af den kritik for overflødighed, som er nævnt ovenfor (note 33-34).
38. Se hertil også Aleksander Peczenik: Vad är rätt? 1995 s 253f.
39. En sammenligning af de nordiske landes domstolskontrol efter grundloven findes i Jussens Venner 1-2, 1998, Oslo.
40. Joseph Lookofsky: Køb, 1997 s 173f.
41. Om fortolkning af aftaler se særligt Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, 1997 s 237f.
42. Handlingerne skal være "udsprungne af en overbevisning om en retsforpligtelse (ex opinione obligationis)", skrev Scheel og fortsatte: "At sædvanen eller de handlinger, hvorved denne stiftes, skulle være fornuftige, er en egenskab, som går op i den foregående; thi hvad der er fornuftstridigt kan ikke være udsprunget af eller bevirke en almindelig mening om en retsforpligtelse", A.W. Scheel: Privatrettens almindelige Deel, 1865 s 167.
43. Om von Savigny se Ditlev Tamm: Dansk Retshistorie, 1996 s 239f.
44. Jeg skelner her mellem 1: sædvaneret, netop defineret, og 2: kutyme. Andre skelner mellem 1: retssædvane og 2: sædvane, f.eks. Henry Ussing: Aftaler, 1950, eller bruger andre begreber. Se hertil om (ældre) nordisk begrebsdannelse Hjalmar Karlgren: Kutym och Rättsregel, Stockholm 1960, og om nyere teori Hanne Petersen: Informel ret på kvindearbejdspladser, 1991. I nyere litteratur er retssædvanen (som det snævrere og mere kvalificerede) undertiden forsvundet.
45. UfR 1999 333Ø. UfR 1999 342 Ø om kutyme.
46. Jf. Joseph Lookofsky: Internationale køb 1989 s 45-46 og den dér nævnte UfR 1983 280SH om kutyme inden for branchen der begrundede adgang til nedsat indkøb trods aftalt minimumsindkøb.

47. Om dommen, se Lennart Lyng Andersen i Lars Nordskov Nielsen (red): *Hvor går den etiske grænse?* 1998 s 224-25.
48. Bo von Eyben, Jørgen Nørgaard, Hans Henrik Vagner: *Lærebog i erstatningsret*, 1995 s 58f, 69f.
49. Om eutanasi Knud Waaben: *Strafferettens specielle del*, 1993 kap 1.II.5, og *Det Etiske Råd: Dødshjælp? En redegørelse*, 1996.
50. Stephan Hurwitz: *Kriminalret. Speciel del*, 1955/62 s 445.
51. F.eks. UfR 1998 732V (misbrug ved moms-fakturering) og 1998 737V (betinget opsigelse sidste dag før 120-dages frist).
52. Til gengæld er det præjudikatet, men ikke forarbejderne, der nævnes i den redaktionelle domsnote i UfR. Domsnoterne redigeres af de dommere, som udgiveren af UfR har ansat som redaktører, og bygger på bidrag fra de medvirkende dommere.
53. UfR 1998 1131H afviger fra 1996 16V (genhvervelse af kørekort).
54. UfR 1999 320Ø.
55. En ændret retspraksis/ret skabt af praksis lægges til grund i en senere sag, sml UfR 1998 937H, jfr 1995 362H om tinglysningsslov § 37's anvendelse på en stambesætning i en minkfarm.
56. Se også UfR 1998 1594V om bilbogen.
57. I UfR 1998 877H vejledte retsformanden nævningene om et strafferetligt fortolkningsspørgsmål om svensk og dansk ret: "Jeg er fuldt opmærksom på, at der af forsvarene er henvist til en artikel ... (der) synes at give forsvarene en vis støtte for deres argumentation ... () Jeg og mine to meddommere er imidlertid enige om ... () Jeg må derfor sige til nævningene, at De ... har pligt til at følge den opfattelse af gældende ret, som jeg her har givet udtryk for." Højesteret fandt, at retsformanden ikke (som af forsvarene hævdede) havde givet en urigtig vejledning i loven, rpl § 945, stk. 1, nr 2. Spørgsmålet i teksten er imidlertid, om retsformanden kan sige, at nævningene er forpligtet til at følge den fortolkning af loven, som landsdommerne (og, viser det sig, også Højesteret) finder rigtig.
58. Om boligsager se f.eks. UfR 1998 1201V og 1998 1616V (1618).
59. Henrik Zahle: *Dansk Forfatningsret* bd 2, 1996 s 285.
60. Kritisk herom Peter Germer: *Statsforfatningsret* 1995 s 165-66, Henrik Zahle i *Lov og Ret* 4/1995 s 10-13.
61. Joseph Lookofsky anf st. (note 21) s 18f. "Uniform law requires a new common law" in which "foreign procedures would not be products of a foreign law but of uniform law", A. Boggiano i *International Uniform Law in Practice*, 1998 s 47.
62. Om bevillingssystemet kort Linda Nielsen, Jesper Voerstrup Rasmussen og Finn Taksøe-Jensen: *Familieret* 1997 s 245f, og Marianne Højgaard Pedersen: *Familieret* 1996 s 189f.
63. Vagn Greve: *Straffene* 1996 s 89f.
64. Jf UfR 1998 400H.
65. Hvor langt denne diversitet i det kommunale selvstyres navn kan strækkes, er omtvistet.
66. Torstein Eckhoff og Hans Petter Graver: *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak*, Oslo 1991.
67. Hans Gammeltoft-Hansen m fl: *Forvaltningsret* 1994 s 246f.
68. Se f.eks. FOB 1995 s 400: En gammel mand blev udskrevet fra hospital til plejehjem. Hans søn, der var beskikket som værge, ønskede faren hjem og søgte om hjemmehjælp fra kommunen. Kommunen afslog hjemmehjælp med henvisning til en generel beslutning ("en principbeslutning") i det kommunale socialudvalg. Ombudsmanden anførte, at en "principbeslutning

- om plejehjemsvisitation af en bestemt gruppe plejetrængende (kompatienter) ikke som sin lovlige konsekvens kan have at kommunen helt undlader at foretage en individuel vurdering" (s 403), dvs kritiserede, at kommunens pligt til at bedømme hver sag individuelt fortrængtes af en principbeslutning.
69. Hertil Jon Andersen i UfR 1991B 272f og Jens Kristiansen i UfR 1991B 402f.
70. UfR 1999 213H.
71. Jens Kristiansen: Lønmodtagerbeskyttelse i dansk ret, 1997 s 379.
72. Herom Henrik Zahle: EU og den danske grundlov, 1998 s 21f.
73. Se f.eks. UfR 1998 549H, hvor Højesteret ved en stillingtagen til et miljøansvar gør brug af en ældre Højesteretsdom; og UfR 1998 691H, hvor en dom begrundes i en praksis om erstatning for støj ved og uden ekspropriation; og UfR 1997 819Ø om fortolkning af bødepraksis ved gentagne forseelser.
74. Om en bank som del af et magtmonopol, UfR 1999 633SH.
75. Svend Gram-Jensen: Almindelig Retslære 1998 s 108f.
76. Linda Nielsen, Jesper Voerstrup Rasmussen, Finn Taksøe-Jensen: Familieretten, 1997 s 372f.
77. Men det er ikke al urimelighed, som afværges ved selvstændige retsdannelser. I UfR 1998 717H havde manden en tjenestepension, som ikke indgår i fællesboet, men hustruens kapitalpension indgik i fællesboet, jf retsvirkningslov § 15, stk 2. Højesteret fandt ikke at burde gøre noget ved dette, da Justitsministeriet netop har nedsat et udvalg, der skal se på disse regler. Højesteret fandt på den baggrund, at "en eventuel ændring af hidtidig praksis [bør] afvente resultatet af udvalgets arbejde"; retten tillagde det ikke betydning, at den praksis, der refereres til, er skabt af domstolene som en fortolkning af § 15, stk 2. If også de enslydende præmisses i UfR 1998 719H om vederlagskrav. Om en mere dristig afgørelse fra Skifteretten i Køge 25.4.1989 se Linda Nielsen: Familieformueretten 1993 s 437f.
78. Et argument for, at en ydelse kan differentieres for forskellige modtagere (dvs ikke være ens for alle), er at en myndighed med repræsentation for læge eller sagkyndige er med til at fastsætte ydelsen, se UfR 1999 230H, der fortolker reglen om en sats i lyset af Ligningsrådets medvirken.
79. Det følgende indgår i den hermeneutiske tradition. Herom især Hans Georg Gadamer: *Wahrheit und Methode*, 1972 (engelsk udgave *Truth and Method*, 1989). Til indføring f.eks. Peter Kemp: *Hermeneutik, etik og ret*, i *Retfærd* 44/1989 s 16f, Søren Kjølrup: *Menneskevidenskaberne*, 1996 s 265f. Den juridiske udvikling af dette udgangspunkt er fremlagt af Stig Jørgensen, se f.eks. *Juridisk hermeneutik i Philosophia* 1997/1-2, Preben Stuer Lauridsen: *Om ret og retsvidenskab*, 1992, Peter Højlund: *Retsanvendelsens etik*, 1995, og Jan Frithjof Bernt og David Doublet: *Vitenskabsfilosofi for jurister – en indføring*, Bergen 1998 s 161f.
80. Peter Højlund: *Retsanvendelsens etik. Om dømmekraft*, 1995.
81. Alexander Carnera Ljungström: *Rettens alkymi*, 1998 s 314f.
82. Hermed betones fællesskabet i positivistiske og naturretlige ræsonnementer (uden at forskelle fornægtes).
83. Retsanvendelsen må analyseres med blik for de forskelle, der som tidligere nævnt kan være mellem forskellige retsanvendere. Dette udbygges i den retlige polycentri.