

Jens Ewald

# Indholdsfortegnelse

## Retskilderne og den juridiske metode

2. udgave

<b>Kapitel 2. Retskilderne</b> .....	27
A. Indledning .....	27
B. Lovgivningen .....	28
1. Historik .....	28
2. Den hierarkisk opbyggede lovgivning .....	29
3. Love .....	30
a. Generelt .....	30
b. Kundgørelse .....	31
4. Bekendtgørelser og anordninger .....	32
a. Generelt .....	32
b. Kundgørelse .....	32
5. Cirkulærer .....	33
6. Planer .....	35
7. Vejledninger .....	36
8. Privat retsdannelse (lovgivning i videre forstand) .....	36
C. Retspraksis .....	37
D. Sædvanerne .....	42
E. »Forholdets natur« .....	45
<b>Kapitel 3. Fortolkningsregler, værdigrundlag og argumentationsmønstre</b> .....	49
A. Indledning .....	49
B. Fortolkningsreglerne .....	49
1. Historik .....	49
2. Fortolkningsregel og fortolkningsresultat .....	52
3. Ordlydsfortolkning .....	54
4. Mod sætning sfortolkning .....	55
5. Analogifortolkning .....	55
6. Formålsfortolkning .....	57
7. Efterarbejder .....	60
8. Særligt om kommentarer til Højesterets domme .....	61



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

2000

## Retskilderne

### A. Indledning

Centrale spørgsmål i den følgende omtale af de forskellige hovedgrupper af retskilder er dels, hvad der betinger retskildernes gyldighed, og dels, i hvilket omfang retskilderne er bindende. At retskilderne er bindende, vil som nævnt sige, at de er normerende for retsafgørelsen. Dette forudsætter, at retskilderne er blevet til på en sådan måde, at samfundet betragter dem som gyldige.

Retten er knyttet til det politiske system og er hos os forankret i demokratiet. Retten er således det instrument, der skal virkeliggøre de bestræbelser, som kan vinde anerkendelse i et samfund med demokratisk styreform. Demokratiet er således ikke blot et politisk system, men også et retligt system.<sup>1</sup> Retten har dernæst en dobbelt rolle i demokratiet: dels at gennemføre og opretholde demokratiet som politisk system, dels at virkeliggøre og beskytte demokratiet og dets værdier.<sup>2</sup> Retlige normer adskiller sig derfor fra andre af samfundets normer ved at have samfundets autoritet bag sig.

Som tidligere nævnt har lovgivningen prioritet foran de øvrige retskilder, hvilket betyder, at retsanvenderen først skal undersøge, om der findes bestemmelser i lovgivningen af betydning for det konkrete tilfælde. Det er derfor nærliggende at konkludere, at loven er primær i forhold til de sekundære retskilder: retspraksis, sædvane og »forholdets natur«.<sup>3</sup> En sådan konklusion overser imidlertid den væsentlige pointe, at retskilderne og deres betydning i rets anvendelsen hele tiden skifter karakter alt efter *samfundets organisation*. Som nævnt for nævnt var lov og ret i middelalderens Europa ikke noget, som hverken

1. Jfr. bl.a. Alf Ross, *Hvorfor Demokrati?*, Kbh. 1946, s. 146 ff.

2. Jfr. Lars Erik Taxell, *Rätt och demokrati*, Åbo 1976, s. 1.

3. En sådan konklusion drages af Taxell, *Rätt och demokrati*, op.cit., s. 157, hvor han betegner sædvane, retspraksis og forholdets natur som komplementerende normer, der træder i funktion, når der i loven og i den private retsdannelse er huller, dvs. uregulerede situationer, og modificerer »tillämpningen av de primära normerna«.

kejser eller konge kunne skabe, for retten bestod af nedarvede sædvaner, der var grundlaget for de domme, folket vedtog på herredsting og landsting, og for Jydske Lov fra 1241.<sup>4</sup> Som tidligere nævnt betragtede det 19. århundredes retsvidenskabsloven og sædvanen som de vigtigste retskilder. I perioden mellem 1200-tallet og 1800-tallet har de forskellige retskilder således skiftet karakter og betydning. Og samtidig ved vi intet om, hvilke retskilder der er dominerende om 100 år. Man kan derfor tale om, at retskilderne er *tids- og systembundne*.

## B. Lovgivningen

### 1. Historik

Lovgivningsmagten var oprindeligt koncentreret hos tingene, dvs. de forsamlinger, hvor alle voksne (våbenføre) frie mænd havde adgang og i et vist omfang også havde pligt til at give møde. Der eksisterede ikke noget fælles ting for hele riget, men kun for de enkelte lande (landsting) og herredet (herredsting). Beslutninger truffet på tinge krævede ikke kongens stadfæstelse for at være gyldige, og dette gjaldt, hvad enten der var tale om vedtagelse af *logh* (love), dvs. hvad der er lagt på rette måde og dermed slået fast, eller afsigelse af *dom*, dvs. hvad der er sat eller gjort. Kongen havde retligt set ikke nogen større andel i den lovgivende og udøvende myndighed end de øvrige fremmødte på tinge.

Lovene var uskrevne, og det er først gennem kirken, at man i 11- og 1200-tallet blev fortrolig med skriften, og den lokale sædvaneret blev nedskrevet.<sup>5</sup> Selvom Knud VI optræder som selvstændig lovgiver den 28. december 1200, da han udsteder en lov for Skåne om manddrab, har kongens selvstændige lovgivningsmagt kun ringe betydning. I Valdemarstiden trængte den opfattelse igennem, at der til en lovs tilblivelse krævedes en sammenfaldende beslutning af kongen og folket. Jydske Lov fra 1241 er et eksempel herpå, jfr. lovens fortale »den lov som kongen giver og landet vedtager«. I slutningen af middelalderen bortfaldt landstingenes deltagelse i lovgivningen, således at der nu blot skete lysning af lovene på tinge. Kongen var dog ikke eneindehaver af lovgivningsmagten, idet han fra begyndelsen af det 13. århundrede indhentede råd fra

4. Jfr. Ole Fenger, *Tro og love*, Århus 1995, s. 46; Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 3. opl., Kbh. 1971, s. 94, og C.K. Allen, *Law in the Making*, 7th ed., Oxford 1964, s. 366 ff.  
5. Jfr. Poul Johs. Jørgensen, *Dansk Retshistorie*, 2. udg., Kbh. 1947, s. 14 ff., og Ole Fenger og Stig Jørgensen, *Grunddrift af den danske rets historie – på skandinavisk baggrund*, Aarhus 1988, s. 11 ff.

## 2. Den hierarkisk opbyggede lovgivning

»rigets bedste mænd«, og i slutningen af det 13. århundrede måtte kongen indhente samtykke af danehoffet, som bestod af herremænd mv.<sup>6</sup>

Med forfatningsændringen i 1660 og enevældens indførelse mistede adlen og rigsrådet sin indflydelse i statsstyret. Enevældens ophævedes først formelt ved Junigrundloven af 1849, hvorved der blev indført indskrænket monarki, og statsmagten tredeltes i en lovgivende, en udøvende og en dømmende magt. Den lovgivende magt var nu hos Kongen og Rigsdagen i forening, jfr. § 2. Grundloven har været ændret flere gange, sidst i 1953. Grundloven indeholder bestemmelser om vedtagelse af love, og man taler om, at love er gyldige, når de er tilvejebragt i overensstemmelse med disse regler.

### 2. Den hierarkisk opbyggede lovgivning

Ved »lovgivning« forstås grundloven og de retsfor skrifter, som er blevet til i overensstemmelse med reglerne i Grundloven. Lovgivningen konstitueres først og fremmest gennem såkaldte kompetenceregler, hvorved denne retskilde i varierende grad kommer til at fremstå som hierarkisk opbygget.

Øverst i denne pyramide er Grundloven, der i § 3 fastslår, at lovgivningsmagten er hos kongen og folket i forening. Lovene afledes således deres gyldighed af Grundloven og er derfor trin-lavere end Grundloven. Bekendtgørelser, dvs. forskrifter udstedt af en minister eller anden administrativ myndighed, udstedes ikke i henhold til Grundloven, idet Grundloven ikke indeholder kompetenceregler, der giver adgang til at udstede bekendtgørelser. Det antages såvel i teori som praksis, at Grundlovens § 3 ikke afskærer lovgivningsmagten fra at bemyndige en minister eller anden administrativ myndighed til at udstede bekendtgørelser. Bekendtgørelser afleder således deres gyldighed af lovene og er derfor trin-lavere end disse. I det omfang, cirkulærer udstedes med hjemmel i lov, udgør disse også en del af det hierarkisk opbyggede system, jfr. nærmere nedenfor i afsnit 6. Ved cirkulære forstås en tilkendevise fra en administrativ myndighed, rettet til en anden administrativ myndighed, der indeholder en for sidstnævnte myndighed bindende forskrift.<sup>8</sup> Cirkulærer udstedt med hjemmel i lov er på samme trin som bekendtgørelser. Planer skal – for at være bindende – udstedes med hjemmel i lov, jfr. nærmere om planer nedenfor i afsnit 7. Planer er på samme trin som bekendtgørelser og cirkulærer, som udstedes med hjemmel i lov.

Som det fremgår, er der ikke tale om en entydig hierarkisk opbygget retskilde, idet der er flere kompetencekæder: grundlov-lov-bekendtgørelse, grundlov-lov-cirkulære, og grundlov-lov-plan. Dette indebærer, at eventuelle uoverensstemmelser mellem en bekendtgørelse og et cirkulære, et cirkulære og en plan eller en plan og en bekendtgørelse ikke kan løses ved hjælp af *lex superior princip-*

6. Jfr. Erik Anners, *Den europæiske retts historie*, Oslo 1991, s. 159.

7. Jfr. Peter Germer, *Statsforfatningsret*, 2. udg., Kbh. 1995, s. 80 f.

8. Jfr. Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret I*, Kbh. 1989, s. 373.

pet, dvs. med henvisning til lovgivningens hierarkiske opbygning. I stedet må en konflikt søges løst ved fortolkning, herunder de øvrige harmoniseringsregler.

### 3. Love

#### a. Generelt

Når en lov er tilvejebragt i overensstemmelse med Grundlovens regler, er den gyldig, dvs. at loven som udgangspunkt er bindende for retsanvenderen. Om loven skal anvendes, afhænger dog af, om den er præceptiv, dvs. ufravigelig, eller deklatorisk, dvs. fravigelig.

Som eksempel på ufravigelige regler, der ikke kan fraviges ved aftale af de interesserede parter, kan nævnes aftalelovens kapitel 3 om ugyldige viljeseklæringer. Som eksempel på regler, der kan fraviges ved aftale, kan nævnes aftalelovens §§ 2-9, jfr. aftalelovens § 1.

Når det hele tiden pointeres, at retsanvenderen er forpligtet af loven og skal anvende den ved løsning af konkrete retsspørgsmål, må man gøre sig klart, at dette ikke gælder alle dele af loven, men kun de såkaldte *pligtregler*, dvs. regler som fastlægger, hvad der er tilladt, påbudt eller forbudt.<sup>9</sup>

I visse dele af den juridiske teori anvendes betegnelsen handlingsnorm eller forholdsnorm frem for pligtregel.<sup>10</sup> Pligtregler indeholder dels en beskrivelse af retsfakta, dels en beskrivelse af retsfølgen. Som eksempel kan nævnes aftalelovens § 36, stk. 1, 1. punktum, der bestemmer, at »en aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med rettelig handlemåde at gøre den gældende«. Hvis det er urimeligt eller i strid med rettelig handlemåde (retsfakta), så kan aftalen tilsidesættes helt eller delvis (retsfølge).

En lang række regler, som f.eks. formålsbestemmelser, legaldefinitioner og ikrafttrædelsesbestemmelser, fastlægger ikke pligter. Disse regler har andre funktioner end pligtreglerne. *Formålsbestemmelsernes* funktion er først og fremmest at fortælle, hvad lovens formål er.

Som eksempel kan nævnes landbrugslovens § 1, stk. 1, nr. 1, hvor det siges, at »ved denne lov tilstræbes at værne dyrkningsjordene og de dertil knyttede landskabelige værdier, således at både jordbrugsrets erhvervsøkonomiske interesser og hensynet til det omgivende miljø tilgodeses«.

*Legaldefinitioner* forklarer ord og udtryk i loven, f.eks. § 4 i bekg nr. 308 af 17.5.1991, hvor det hedder: »Ved en skov forstås arealer, der er større end 0,5 ha, og som i en bredde på over 20 m er bevokset med vedplanter, der på stedet er i stand til at udvikle sig til en højstammet skov«. *Ikrafttrædelsesbestemmel-*

9. Jfr. Nils Kristian Sundby, Om normer, Oslo 1974, s. 50 f.

10. Jfr. Erik Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 41.

sernes funktion er at fastslå, hvornår en lov eller en bekendtgørelse træder i kraft.

#### b. Kundgørelse

Lovens kundgørelse er en betingelse for lovens ikrafttræden og dermed en betingelse for, at loven kan håndhæves («kongen befaler lovens kundgørelse», jfr. Grundlovens § 22). Reglerne om kundgørelse findes i lovtidendeloven, jfr. lovbekendtgørelse 1991.842.

Lovtidendeloven, hvis fulde navn er *Lov om udgivelse af en Lovtidsende og en Ministerialtidende*, trådte i kraft 1. januar 1871 og udgives i tre afdelinger: A, B og C. Afdeling A indeholder love, anordninger og bekendtgørelser, afdeling B (fra 1950) indeholder finanslove og tillægsbevillingslove, og afdeling C (fra 1936) indeholder internationale aftaler. Lovtidsende A udgives fast hver tirsdag og fredag, Lovtidsende B udgives normalt to gange årligt, og Lovtidsende C udgives – såfremt der er stof – hver onsdag.

Offentliggørelse i Lovtidsende af love mv. giver normalt ikke anledning til principielle, retlige overvejelser. Den 15. marts 1999 blev imidlertid et »Eks-trakt af Højesterets dom af 19. februar 1999« offentliggjort i Lovtidsende. I den såkaldte Tvind-dom (U 1999.841 HD) fastslås, at § 7 i lov nr. 508 af 12.6.1996 er ugyldig, idet bestemmelsen er i strid med grundlovens § 3, 3. punktum. *Peter Blume*<sup>11</sup> hævder, at den »juridiske børnelærdom blev rystet« ved Tvind-dommens offentliggørelse i Lovtidsende, og at der »retligt aktualiseres en del tvivls-spørgsmål«. Blume anfører bl.a. følgende:

»Det er en velbegrunder antagelse, at publicering i Lovtidsende primært tjener et retligt formål, idet den informative betydning er begrænset i og med, at kun få læser Lovtidsende. Det er derfor naturligt at overveje, hvilken retlig betydning den foretagne publicering skal tillægges. ... Det er således naturligt at betragte publiceringen som en formel accept af, at den omstridte lovbestemmelse er grundlovsstridig og dermed er blevet ophævet. Det må formodes, at det er denne ophævelse, der herved »kundgøres«. ... Det spørgsmål kan dog desuagtet rejses, om den udøvende magt uden videre kan foretage en sådan manifestation, eller om dette forudsætter en tilkendegivelse fra lovgiver. ... I den anden ende af skalaen kan der spørges, om den foretagne publicering er udtryk for den opfattelse, at den udøvende magt skal tiltræde den dømmende magts resultat. Dette ville i givet fald være en nydannelse i den forfatningsretlige teori.«

Love, anordninger og bekendtgørelser har rets- eller lovskraft, dvs. de kan håndhæves, når de er offentliggjort i Lovtidsende. Blumes antagelser om, at »publicering i Lovtidsende primært tjener et retligt formål«, bygger på eller leder til den omvendte tese, at alt hvad der offentliggøres i Lovtidsende har rets- eller

11. Jfr. Peter Blume, Dom i Lovtidsende, Juristen 1999, s. 228 f.

lovskraft. Dette resultat kan ikke tilsluttes. Det er givetvis rigtigt, som ligeledes anført af Blume, at offentliggørelsen har medført informativiske implikationer, men retligt aktualiseres ingen tvivsspørgsmål, for offentliggørelsen af Tvindomms konklusion i Lovtidende har ingen retlig betydning.

#### 4. Bekendtgørelser og anordninger

##### a. Generelt

*Bekendtgørelse* er den almindelige betegnelse for de forskrifter, som ministre udsteder i henhold til lov.<sup>12</sup> Her bortses fra de bekendtgørelser, som er udstedt uden hjemmel i lov, fx anstaltsordninger. Det antages således, at anstaltsmyndigheder – fx sygehuse – har en almindelig adgang til at fastsætte generelle forskrifter af bindende karakter for borgernes benyttelse.<sup>13</sup> I det følgende sondres der ikke mellem bekendtgørelser og anordninger, idet der – bortset fra den formalitet, om regenten deltager eller ej – ikke er nogen forskel.<sup>14</sup> *Lovbekendtgørelser* er ikke bekendtgørelser i den her nævnte forstand, men er sammenskrivninger af oprindelige lovtekster og gennemførte ændringslove. Det hedder i Justitsministeriets *Vejledning om udarbejdelse af lovbekendtgørelser* (nr. 243 af 18. november 1969):

»Ændringslove medfører ofte, at en lovs indhold bliver vanskeligt at overskue. For at undgå sådanne vanskeligheder kan det ministerium, under hvilket loven hører, udfærdige en »bekendtgørelse« af loven. En lovbekendtgørelse kan udfærdiges uden særlig hjemmel. Den fremkommer ved, at ændringslovene indarbejdes i den oprindelige lov. Lovbekendtgørelsen er alene et praktisk hjælpemiddel. Hvis der på grund af fejl opstår uoverensstemmelse mellem lovtekster, er det lovteksterne, der er afgørende.«

Bekendtgørelsen er generel, dvs. at den er bindende for såvel borgerne som offentlige myndigheder. Bekendtgørelser indeholder ligesom love forskellige regeltyper, og hvad der er sagt ovenfor om pligtregler mv., er således også gældende for bekendtgørelser.

##### b. Kundtgørelse

Offentliggørelse i Lovtidende er en betingelse for en bekendtgørelses ikrafttræden og dermed en betingelse for, at den kan håndhæves. Visse bekendtgørelser er – i medfør af kongelig anordning eller med hjemmel i lov – undtaget fra

12. Jfr. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret I, Institutioner og regulering, Kbh., 1995, s. 333 ff.
13. For en mere udførlig behandling henvises til Peter Germer, Statsforfatningsret, 2. udgave, Kbh. 1995, s. 93, og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret I, op.cit., s. 343 f.
14. For en mere uddybende gennemgang henvises til Peter Germer, Statsforfatningsret, op.cit., s. 89 ff., og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret I, op.cit. s. 330 f.

#### 5. Cirkulærer

kundtgørelse i Lovtidende.<sup>15</sup> Det hedder herom i Justitsministeriets vejledning 1987.153 (s. 1073), at spørgsmålet om at undtage bekendtgørelser fra kundtgørelse i Lovtidende navnlig kan overvejes med hensyn til bekendtgørelser, der har et meget væsentligt omfang, og som er af rent teknisk karakter, eller som kun har betydning for en meget begrænset del af befolkningen eller et erhverv med et lille antal udøvere. Siden 1988 har Justitsministeriet, Sekretariatet for Retsinformation, offentliggjort en oversigt over disse bekendtgørelser i årsregi-  
stret for Lovtidende A.

#### 5. Cirkulærer

Et cirkulære er som netop nævnt en tilkendegivelse fra en administrativ myndighed rettet til en anden administrativ myndighed, der indeholder en for sidstnævnte myndighed bindende forskrift. Cirkulærer<sup>16</sup> er med Poul Andersens udtryk »en for forvaltningen særlig slags retsregler«.<sup>17</sup> Cirkulærer kan udstedes med hjemmel enten i lov eller i et over-/underordningsforhold (den klassiske bureaukratistruktur).

Som eksempel på et cirkulære udstedt med hjemmel i lov kan nævnes cirkulære nr. 26 af 22. februar 2000 om landbrugsloven. Cirkulæret henvender sig til samtlige regionale jordbrugskommissioner, som administrerer landbrugsloven. Cirkulæret er udstedt med hjemmel i landbrugslovens § 30, stk. 4, jf. lovbeholdning nr. 598 af 15. juli 1999 og § 7 i bekg. nr. 625 af 26. juli 1999 om administration af landbrugsloven. Som eksempel på et cirkulære udstedt med hjemmel i et over-/underordningsforhold kan nævnes cirkulæreskrivelse fra Kirkeministeriet til stiftsøvrighederne om løn- og ansættelsesvilkår for gravmedhjælperne m.fl. af 20. september 1995.

Når det i dag er nødvendigt med lovhjemmel for i visse tilfælde at udstede et cirkulære, hænger det sammen med kommunaliseringen i 1970'erne, som medførte, at en lang række opgaver i dag er henlagt til kommunerne og amtsrådene, således at der ikke længere på disse områder består et over-/underordningsforhold. Uden hjemmel i lov eller bekendtgørelse kunne landbrugsministeren i eksemplet ovenfor ikke have udstedt noget cirkulære til jordbrugskommissionerne. Ofte indeholder bemyndelsesreglerne ikke oplysninger om, hvorvidt ministeren skal udstede regler i form af en bekendtgørelse eller et cirkulære. Således hedder det i landbrugslovens § 30, stk. 4, »Ministeren kan fastsætte

15. Peter Germer, Statsforfatningsret, op.cit., s. 107 ff.
16. Hvad der her betegnes »cirkulærer«, kaldes også »generelle tjenestebefalinger«, jfr. Claus Haagen Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., Kbh. 1988, s. 137 f., og »interne regler«, jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, Kbh. 1991, s. 65.
17. Jfr. Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, Kbh. 1963, s. 44.

nærmere regler om tilsyn med jordbrugskommissionerne, herunder om kommissionernes behandling af ansøgninger, varetagelse af tilsyn og kontrol, indberetning om afgørelser og statistiske oplysninger herom samt om, at afgørelser i sager af større betydning eller principiel karakter skal træffes af ministeren.« Tilsyneladende er landbrugministeren frit stillet i henseende til valget mellem cirkulære- eller bekendtgørelsesformen, idet § 30, stk. 4, 2. punktum ikke peger på en bestemt form. Det anføres i Justitsministeriets vejledning nr. 153 af 22. september 1987 om udarbejdelse af administrative forskrifter, at cirkulærer ikke må indeholde forskrifter, der direkte normerer borgernes retsstilling.<sup>18</sup> Imidlertid indeholder cirkulæret til jordbrugskommissionerne en lang række bestemmelser, som regulerer privates retsstilling. Således kræves f.eks. jordbrugskommissionernes tilladelse, såfremt et selskab ønsker at erhverve en landbrugsejendom. I cirkulærets § 86 opregnes de nærmere betingelser for, hvornår en sådan tilladelse kan gives. Når landbrugministeren har valgt at udstede et cirkulære og ikke en bekendtgørelse, hænger det muligvis sammen med den omstændighed, at cirkulæret i udpræget grad fortolker landbrugsløven, ligesom cirkulæret oplyser, hvilke hensyn jordbrugskommissionerne skal lægge vægt på ved administrationen af loven. En sådan præcisering af landbrugsløven kan ikke udarbejdes i bekendtgørelsesform.

Cirkulæret er internt i den forstand, at det er et af de midler, som en forvaltningsmyndighed benytter til styring af andre forvaltningsmyndigheder.<sup>19</sup> Som bekendt er cirkulærer kun bindende for underordnede myndigheder og ikke andre, f.eks. domstolene og private.

Det er nærliggende i tilknytning til cirkulærer at behandle spørgsmålet om den retskildemæssige betydning af *administrativ praksis*.<sup>20</sup> Det er åbenbart, at administrativ praksis ikke er bindende for domstolene, idet den grundlovssikrede domstolskontrol med forvaltningen i givet fald ville være udhulet. På samme måde er det givet, at underordnede myndigheder er bundet af overordnede myndigheders praksis, medens overordnede myndigheder ikke er bundet af underordnede myndigheders praksis. Den bindende karakter af administrativ praksis udelukker ikke i sig selv en ændring heri. I tilfælde af *praksisskærpelse* er udgangspunktet, at der ikke i enkelttilfælde kan ske fravigelse af praksis, da dette vil være et brud med den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning. I tilfælde, hvor domstolene tilsidesætter en bebyrdende praksis, anerkendes inden

for f.eks. skatteretten, at praksisændringen også skal have virkning for andre skatteydere.<sup>21</sup>

### 6. Planer

Det er ikke muligt her at give en oversigt over, hvilke planer der findes.<sup>22</sup> Emnerne er mangfoldige og vedrører alt lige fra arealanvendelse (lands-, kommune- og regionplaner) til varmemforsyning og planer for alkoholinstitutter. Planen er i den juridiske litteratur blevet karakteriseret som en særlig type administrativ retsakt af blandet abstrakt og konkret indhold, som helt eller delvist bindende regulerer fremtidige dispositioner, foretaget af planmyndigheden selv og/eller andre individualiserede offentlige eller private adressater med det formål at sikre en nærmere tilrettelagt helhedsorienteret (trinvis) udvikling af et bestemt sektorområde eller geografisk område.<sup>23</sup> Kendetegnende for planen er således, at den er en retlig regulering af et afgrænset emne, f.eks. placering af kolonihaver i kommunen, og at planen inden for en nærmere angivet periode tilsigter at fremme en udvikling mod et angivet mål.<sup>24</sup>

Planen er først og fremmest bindende for den myndighed, som har udarbejdet planen, men den kan række videre, således at andre myndigheder og eventuelt private kan være bundet af planen. En regionplan udarbejdet af amtsrådet efter bestemmelsen i lov om planlægning, § 6 må således ikke stride mod en landsplan udarbejdet af miljøministeren efter samme lovs § 3. På samme måde er kommunalbestyrelsen bundet af såvel lands- som regionplanen. Det bedst kendte og formentlig også mest betydningsfulde eksempel på en plan, som har umiddelbar betydning for private, er lokalplanen, der er udarbejdet af kommunalbestyrelsen efter kapitel 5 i lov om planlægning. En lokalplan indeholder efter § 15 oplysninger om planens formål og retsvirkninger. En ejer, som er omfattet af en lokalplan, er ikke forpligtet til at følge denne plan, men han må ikke »retligt eller faktisk etablere forhold i strid med planens bestemmelser«, jfr. § 18.

Det kan forekomme, at planen kommer i konflikt med en retsregel (regelkrydsning). Efter landbrugslovens § 7, stk. 1 stilles bl.a. krav om, at en landbrugsejendom skal »holdes forsynet med en passende beboelsesbygning«. Når en lokalplan inddrager et landbrugspligtigt areal til anden anvendelse end jordbrug, opstår der som hovedregel ingen konflikt mellem kravet om »passende beboelse« og lokalplanen. Ejeren af arealet skal fortsat kun respektere kravet i §

21. Jfr. Jan Pedersen m.fl. i Skatteretten 1, op.cit., s. 112 f.

22. En sådan oversigt gives af Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, Århus 1986, s. 486 ff.

23. Jfr. Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, op.cit., s. 64.

24. Jfr. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1, op.cit., s. 385 ff.

18. Det samme fremhæves i den juridiske litteratur, jfr. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1, op.cit. s. 381.

19. Jfr. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1, op.cit., s. 375.

20. Jfr. Claus Haagen Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, op.cit., s. 158 f., og Jan Pedersen m.fl. i Skatteretten 1, 3. udg., Kbh. 1999, s. 109 ff.

7. stk. 1, da lokalplanen ikke pålægger ham aktuelt at opgive jordbrugsvirksomheden. Lokalplanen fastlægger derimod rammerne for arealets fremtidige brug. En lokalplan, der fx udlægger området til boligbebyggelse, vil dog være til hinder for genopførelse af beboelses- og driftsbygninger efter brand. Problemet er herefter, at ejeren ikke kan opfylde kravet i § 7 om at have en »passende beboelsesbygning« på ejendommen, eftersom lokalplanen forhindrer dette.

### 7. Vejledninger

Vejledninger er ikke bindende, og indholdet er alene af orienterende art. Vejledninger kan udstedes uden hjemmel og anvendes ved orientering om reglers indhold og baggrund og i forbindelse med meddelelse af oplysninger om fortolkning og administration af regler.<sup>25</sup> Vejledninger har stor praktisk betydning. Siden 1974 er der således inden for miljøbeskyttelseslovens område udstedt 57 vejledninger. Medens vejledninger retligt set ikke er bindende for hverken private eller offentlige myndigheder, kan vejledningernes ofte meget høje detaljeringsgrad betyde, at det for myndighederne kan være svært at begrunde en fravigelse af vejledningen. Det vil sige, at der kan være risiko for, at man regelbinder det skøn, som administrationen er sat til at udøve. På den anden side er fordelene ved vejledningerne betydelige, idet de skaber mulighed for en ensartet administrativ praksis.

»Ligningsvejledningen« udarbejdes hvert år af Statskattedirektoratet til skattemyndighederne. Det hedder i forordet, at »vejledningen giver udtryk for Told- og Skattemyndighedens se af gældende praksis og skal i almindelighed følges af hensyn til kravet i skattemyndighedslovens § 12 (Lov nr. 824 af 19.12.1989) om, at ligningen skal være ensartet over hele landet«. Selvom Ligningsvejledningen ikke direkte forpligter eller berettiger de skattepligtige, har domstolene statueret, at Ligningsvejledningen ikke kan fraviges til skade for de skattepligtige.<sup>26</sup>

### 8. Privat retsdannelse (lovgivning i videre forstand)

I det 20. århundrede skete der en markant udvikling, hvor private og private interessegrupper uden om samfundets organer skaber ret gennem kollektive aftaler og standardiserede kontraktvilkår (arbejdsmarkedets hovedaftale, Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92), forsikringsaftaler, låneaftaler, lejeaftaler, servitutaftaler, pantebrevsformularer mv.). En sådan privat retsdannelse er ikke fuldstændig fri; men samfundet har foretaget forskellige indskrænkninger, f.eks. med markedsføringsloven (lov nr. 428 af 1.6.1994), produktansvarsloven (lov nr. 371 af

25. Jfr. Justitsministeriets vejledning om udarbejdelse af administrative forskrifter, nr. 153 af 22. september 1987, pkt. 7.

26. Jfr. Jan Pedersen m.fl. i Skatteretten 1, op.cit., s. 104.

7.6.1989) forbrugeraftaleloven (lovbekg. nr. 886 af 23.12.1987) og aftalelovens § 36 (ændret ved lov nr. 1098 af 21.12.1994). Om man betragter den private retsdannelse som en af vore retskilder, er en smagsag.<sup>27</sup> Det er dog vigtigt at understrege, at også den af private skabte ret er tilvejebragt i overensstemmelse med samfundets regler for produktion af forpligtende retsregler. »Privatautonomien« er således forudsat i Grundlovens kapitel III, og reglerne for aftalers konstitution findes i aftalelovens kapitel 1. Den private retsdannelse, særligt standardiserede aftaler, giver anledning til samme fortolkningsproblemer som love, idet man ved fortolkningen af f.eks. AB 92 (agreed document) normalt vil anvende samme objektive fortolkningsprincipper som ved fortolkning af love.<sup>28</sup>

### C. Retspraksis

Domstolene er forankret i vort demokratiske system, jfr. Grundlovens § 3 og §§ 59-65. I de lande, som er påvirket af magtadskillelærelæren, er det afgørende, at der ved siden af de politiske organer, som varetager de lovgivende og udøvende funktioner, findes et system af upolitiske og uafhængige organer, hvis opgave er at dømme, dvs. afgøre retstvister og pålægge straf for lovovertrædelser.<sup>29</sup>

Magtadskillelærelæren (Grundlovens § 3) rejser imidlertid det principielle spørgsmål, om det overhovedet er acceptabelt, at domstolene følger deres egne afgørelser. Denne diskussion er selvsagt gammel, og midtpunktet for diskussionen er snarere, om det er acceptabelt, at domstolene er retsskabende.<sup>30</sup> En sådan

27. Jfr. således Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 278 ff., som henregner de private aftaler til lovene i videste forstand, og Stig Jørgensen, Aftalen som form, i Fire obligatoriske retsretlige afhandlinger, Kbh. 1965, s. 415, der anfører, at det til dels er et spørgsmål af terminologisk karakter, om aftaler skaber retsnormer eller ikke. Se også Mads Henry Andersen, Kontraktvilkår, Oslo 1989, s. 342 ff., som opregner forskellige hensyn for og imod det at lægge vægt på kontraktpraksis.

28. Jfr. Stig Jørgensen, Kontraktret 1, Kbh. 1971, s. 55.

29. Jfr. Peter Germer, Statsforfatningsret, op.cit., s. 13 og s. 163 ff.

30. Jfr. f.eks. Victor Hansen, Retsplejen ved Højesteret, Kbh. 1959, s. 200 ff.; Knud Illum, Nogle refleksioner over den juridiske dogmatiks metode og den juridiske argumentation, JFT 1962, s. 381; Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 101 ff.; Preben Stuer Lauridsen, Retslæren, Kbh. 1977, s. 361 ff.; Taxell, Rätt och demokrati, op.cit., s. 179 ff.; Torstein Eckhoff, Retskildelære, 3. udg., Oslo 1993, s. 130 ff.; Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 4. uppl., Stockholm 1992, s. 333 ff.; Per Augdahl, Retskilder, 3. udg., Oslo 1973, s. 244 ff.; Jacob W.F. Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, Malmö 1978, s. 152 f., og Johs. Andenæs, Innføring i rettsstudiet, 2. udg., Oslo 1985, s. 108 ff.

principiel konflikt mellem demokratiidealet (magtskillelæren) og retspraksis som retskilde må ikke overbetones. For det første fordi retspraksis i vidt omfang fortolker lovgiverens regler, der i øvrigt ofte er retlige standarder, som lovgiveren har overladt til retspraksis at udfylde. For det andet fordi ret, som ovenfor nævnt, ikke kun skabes af lovgiveren, men også ved sædvaner, der i givet fald også må antages at være i strid med magtskillelæren.

Domstolenes opgave er at løse konkrete konflikter, og domstolenes organisation og virkemåde er indrettet herpå og ikke på udarbejdelse af generelt bindende retsnormer.<sup>31</sup>

Rettsafgørelsens funktion er således ikke at være magt- eller styringsinstrument, men at skabe orden (retssikkerhed/retfærdighed/hensigtsmæssighed). Når retspraksis *kan* danne mønstre for fremtidige retsafgørelser i ligeartede tilfælde, hænger det ikke sammen med den omstændighed, at retsafgørelsen er *formelt* bindende for andre end sagens parter.<sup>32</sup> Det følger af den sætning, »at Ingen maa dømmes ustævnet og uhørt«.<sup>33</sup> Når retspraksis opfattes som normerende, hænger det sammen med en blanding af *effektivitets- og retssikkerhedshensyn*. Det traditionelle udgangspunkt for diskussionen om, hvorvidt man kan anse retspraksis som normerende for fremtidige retsafgørelser, er, at retsautoriteten nedbrydes, hvis domstolsafgørelser bliver tilsidesat ved senere domme (retssikkerhedshensyn), at der rent faktisk opnås en procesbesparende funktion, når man kan stole på, at retsafgørelser står fast, dvs. at samfundet undgår unødvendige processer (effektivitetshensyn), at der påføres parterne unødvendige processomkostninger, når underordnede domstoles afgørelser skal appelleres for at få dem i overensstemmelse med appelinstansernes praksis (retssikkerheds- og effektivitetshensyn), og at der kan opstå en betænkelig ulighed, hvis man følger forskellig retsopfattelse i forskellige retskredse (retssikkerhedshensyn).<sup>34</sup>

Et af de væsentligste hensyn til støtte for den opfattelse, at præjudikater ikke bør normere fremtidige retsafgørelser, er, at samfundsudviklingen ikke bør låses fast, idet enhver afgørelse er indfældet i det retssystem, som gælder på det

31. Jfr. Victor Hansen, *Retssplejen ved Højesteret*, op.cit., s. 14, og Taxell, *Rätt och demokrati*, op.cit., s. 180 f.

32. Se dog U 1982.800 HD, hvor der skete konfiskation af et rederis udbytte, selvom det var skibsføreren, der var tiltalt i sagen, og rederiet var frifundet for strafpåkendelse af Grønlands Landsret og ikke var inddraget under anken. Se også U 1995.495 HD, hvor Højesteret fæstslag, at en kommune ikke havde haft fornøden hjemmel til at meddele to benzinselskaber tilladelse til udvidet åbningstid. Selvom benzinselskaberne ikke var parter i sagen eller var proces tilvarslet, fæstslag Højesteret, at tilladelse var ugyldig.

33. Jfr. J. Nellemann, *Den ordinære civile Procesmaade*, 1881, 3. udg., s. 888 f.

34. Jfr. Viggo Bentzon, *Skøn og Regel*, Kbh. 1914, s. 30 f.; W.E. von Eyben, *Juridisk grundbog I, Retsskilderne*, 5. udg., 1991, s. 84 ff., og Taxell, *Rätt och demokrati*, op.cit., s. 182 f.

tidspunkt, da afgørelsen træffes.<sup>35</sup> Resultatet af denne afvejning af forskellige hensyn for og imod har i Danmark skabt den mellemøsning, at man på den ene side anerkender retspraksis som retskilde, men på den anden side har formuleret en dynamisk lære, der går ud på, at domstolene og andre retsanvendere ikke er bange for at fravige selv en klar retspraksis.

Retsspraksis som retskilde rejser, som antydnet, to problemstillinger. *Den ene* vedrører spørgsmålet om afgørelsernes præjudikatsværdi, dvs. den omstændighed, at domme danner mønstre for fremtidige retsafgørelser. *Den anden* vedrører spørgsmålet om domstolenes, særligt Højesterets, retsskabende virksomhed.

Når man taler om *afgørelsernes præjudikatsværdi*, er det måske indledningsvist bedst at forlade terminologien »præjudikat«, fordi ordet fejlagtigt giver det indtryk, at det kun er de domme, der kan karakteriseres som præjudikater, som har betydning for fremtidige retsafgørelser. Sagt på en anden måde, frister ordet »præjudikat« til at angribe det retlige problem fra en forkert synsvinkel, idet det metodisk må betegnes som en omvej først at undersøge, om en domstolsafgørelse er et præjudikat, for derefter at undersøge, om dommen har betydning for den foreliggende problemstilling. I stedet kan man nøjes med at tale om, at retspraksis danner mønstre for fremtidige retsafgørelser.

Ikke alle dele af en retsafgørelse kan betegnes som retskilde. *Dommen* i U 1985.877 HD og U 1991.43 HD, som er udførligt omtalt ovenfor i kapitel 1, afsnit D.2, illustrerer, hvilket materiale der er retskilderelevant.

I dommen U 1985.877 HD slås fast, at prismærkede varer er et tilbud. Forud for dommen havde det i den aftaleretlige litteratur været drøftet, om en forretningsdrivendes prismærkning af udstillede varer skulle opfattes som et tilbud eller en opfordring til kunden om at afgive tilbud. Højesteret slår, som netop nævnt, fast, at prismærkede varer er et tilbud. Den »regel«, man kan udlede af dommen, er således, at prismærkede varer er et tilbud. En sådan regel betegnes også som dommens »ratio decidendi«. Betydningen af, at man kan udlede denne »regel« af U 1985.877 HD, er den, at man kan forvente, at »reglen« bliver lagt til grund i lignende afgørelser fremover. Det vil med andre ord sige, at alle retlige aktører accepterer og anerkender »reglen«. Og en lignende sag forekom som bekendt i U 1991.43 HD, hvor Bilka nægtede at sælge 4000 plader chokolade til en kunde. Spørgsmålet er, om »reglen« blev lagt til grund i dommen. Indledningsvist kan det bemærkes, at »reglen« blev accepteret af alle retlige aktører. Det hedder således i sagsøgerens procedure: »Da [Bilka], efter at aftalen om sagsøgerens køb var blevet bindende for [Bilka], nægtede levering, er sagsøgeren berettiget til at hæve købet og kræve erstatning. Dette er fastslået ved Højesteret dom af 3. august 1985 (U 1985.877 H og U 1986 B 44).« I sagsørgtes procedure siges: »Sagsøgte er som udgangspunkt enig i, at der er afgivet et bindende tilbud om salg af chokoladen til den angivne pris.« I Søg- og Handelsrettens dom siges: »Ved annoncering i aviser og skiltning i sin butik har

35. Jfr. Victor Hansen, *Retssplejen ved Højesteret*, op.cit., s. 207, og von Eyben, *Retsskilderne*, op.cit., s. 87 ff.



[Bilka] afgivet et bindende tilbud om salg ...«. Spørgsmålet er nu, om også Højesteret anvender »reglen«.

Før dette spørgsmål besvares, er det nødvendigt at vide lidt mere om domslæsning. Domme kan læses eller iagttages fra 4 sider.<sup>36</sup> For det første er der den faktiske situation, som ligger til grund for dommen. For det andet er der de retlige betragtninger, der har været anført af retten som begrundelse for resultatet (»reglen«/ratio decidendi). For det tredje er der de såkaldt konstruerede ratio decidendi, dvs. retssætninger, som ikke er påberåbt i sagen, men som kan begrunde resultatet. F.eks. fremhæves det ikke i dommen, at en person er bundet af en aftale, eftersom han er myndig. For det fjerde forekommer der (omend sjældent) udtalelser i dommen, som ikke er nødvendige for at begrunde resultatet, de såkaldte obiter dicta. De to sidstnævnte »sider« vejer ikke tungt i dansk ret.

Selvom det ikke fremgår direkte af Højesterets afgørelse i U 1991.43 HD, at »reglen« lægges til grund, er der ikke tvivl om, at dette er tilfældet. Når Højesteret ikke mener, at Bilka har pligt til at sælge de 4000 plader chokolade til kunden, er det ikke, fordi Højesteret underkender eller tilsidesætter »reglen«, men fordi de mener, at fakta i sagen adskiller sig fra fakta i 1985-dommen. Som det fremgår af Bilkas procedure i sagen, er det Bilkas opfattelse, at »konkrete omstændigheder« medfører, at kunden ikke kan kræve handlen gennemført. Det er disse »konkrete omstændigheder«, som efter Højesterets opfattelse betyder, at »reglen« ikke finder anvendelse i det konkrete tilfælde. Konklusionen er derfor, at »reglen« blot er blevet præciseret.

Set over en længere tidsperiode forekommer domstolenes *retsskabende virksomhed* betydelig. Dette er ganske naturligt, når den retsskabende virksomhed sammenholdes med samfundsudviklingen. Således udvikledes i slutningen af det 19. århundrede og begyndelsen af det 20. århundrede en omfattende retspraksis vedrørende forholdet mellem naboejere, som betød, at det var muligt at opstille et fast system af retsregler for naboretten. Baggrunden for den dommerskabte naboret var storindustriens gennembrud, som betød, at fabrikssejendomme og beboelsejendomme uden omtanke blev blandet, ligesom lovgiveren forsøgte at gribe ind og fastlægge rammer for industriens placering.<sup>37</sup> Også på andre reitsområder udvikledes retten først og fremmest af domstolene. Det gælder således inden for aftaleretten, hvor retspraksis i samme periode gik forrest i udviklingen og anerkendelsen af nye ugyldighedsgrunde, herunder forudsætningslæren.<sup>38</sup> Som et nyt eksempel på domstolenes retsskabende virksomhed kan nævnes spørgsmålet om ugifte samlevendes formueforhold ved samlivsforholdets ophør.<sup>39</sup>

36. Jfr. Carl August Fleischer, *Anvendelse og fortolkning* av dommer, Oslo 1981, s. 39 f.

37. Jfr. Fr. Vinding Kruse, *Ejendomsretten I*, Kbh. 1929, s. 287 f.

38. Jfr. Ragnar Knoph, *Utviklingslinjer i moderne formuerett*, Oslo 1934, s. 12 ff.

39. Problemet er indgående behandlet af Jørgen Nørsgaard, Højesteret og de ugifte samlevendes formueforhold, i »Højesteret 1661-1986« (Torben Jensen, W.E. von Eyben, Mogens Kokkevegaard, red.). Kbh. 1986, s. 97 ff., hvortil henvises for en mere detaljeret gennemgang.

Spørgsmålet var i korthed, om den ugifte samlevede – typisk kvinde – i forbindelse med samlivets ophævelse havde noget økonomisk krav mod den velstillede, men nu forhenværende samlever. Dette blev ved Højesteretsdommen U 1980.480 besvaret bekræftende. Dommen var dog ikke enstemmig, 5 dommere var for at give økonomisk kompensation, medens 2 ville frifinde manden for kravet. Ser man bort fra landsretsafgørelser, er følgende domme af interesse: U 1982.93 HD, flertallet på 4 dommere vil give økonomisk kompensation, mens et mindretal på 3 dommere kun vil give et mindre beløb. U 1980.480 HD omtales i noten; U 1984.166 HD, flertallet på 5 vil give økonomisk kompensation, mens dissensen på 4 dommere mener, at sagens fakta væsentligt adskiller dig fra fakta i U 1980.480 HD og U 1982.93 HD. Dommene fra 1980 og 1982 omtales i redaktionsnoten og eksplicit i dissensens præmisser; U 1985.55 HD vedrørte samlivsforholdets ophør ved død. I flertallets (4 dommere) afgørelse hedder det, »I overensstemmelse med Højesterets dom af 18. januar 1984 (U 1984.166) findes domstolene i mangel af lovgivning ikke at være afskåret fra at godkende krav som det foreliggende ud fra almindelige retsgrundsætninger ...«. I dissensen (1 dommer) hedder det: »I overensstemmelse med det i dissensen til HD af 18. januar 1984 udtalte findes spørgsmålet ... at burde afgøres af lovgivningsmagten«; i U 1985.607 HD afviser en enig Højesteret at give økonomisk kompensation, da betingelserne herfor ikke anses for opfyldt. Det hedder i dommen, »Ved HD's afgørelse i lignende tilfælde, navnlig de i U 1980.480 og U 1982.93 gengivne domme, må det anses for fastslået ...«; i U 1986.765 HD giver en enig Højesteret økonomisk kompensation. Der henvises ikke i præmisserne til tidligere retspraksis, men i redaktionsnotens henvises til U 1980.480 HD, U 1982.93 HD, U 1984.166 HD, U 1985.55 HD og 607 HD og U 1986.22 HD; i U 1989.601 HD afviser en enig Højesteret at give økonomisk kompensation, da betingelserne herfor ikke er opfyldt. Der henvises ikke i præmisserne til tidligere retspraksis, men i redaktionsnotens henvises til U 1985.607 HD.

Dommene viser, at Højesteret inden for områder, hvor ny ret skal skabes, hele tiden har øjnene i bakspejlet. Der er ikke tale om, at Højesteret ensidigt lægger den af den selv fastslåede hovedregel til grund, men hovedreglen suppleres, udbygges og justeres konsekvent. Det viser ligeledes den omstændighed, at Højesteret træder varsomt ved udviklingen af ny ret. Samtidig viser dommene fra 1986 og 1989, at Højesteret undlader at citere tidligere retspraksis, sandsynligvis ud fra den betragtning, at retten på dette område af Højesteret anses for at være færdigudviklet. Sagt på en anden måde, har Højesteret skabt en så sikker »regel«, der i dag anerkendes af alle retlige aktører, at henvisning til tidligere retspraksis er overflødig.

Som netop nævnt er det særligt samfundsudviklingen, der har betydet, at domstolene har måttet skabe ny ret, og det er da også af samme grund, at Højesteret ikke i sidste ende kan være bundet til sine egne afgørelser. Som eksemplerne ovenfor har vist, tillægger Højesteret sine egne afgørelser stor vægt, men Højesteret må afveje hensynet til ensartetheden (retssikkerheden) over for hensynet til at fremme retsudviklingen.<sup>40</sup> For ikke at binde sig for stærkt til egne retsafgørelser affatter Højesteret ofte dommen således, at den kun får begrænset værdi som mønster for fremtidige afgørelser, jfr. den hyppigt benyttede vending »... under disse særlige omstændigheder ...« (f.eks. U 1981.300 HD).

40. Jfr. Victor Hansen, *Retsplejen ved Højesteret*, op.cit., s. 200 ff.

## D. Sædvanerne

Menneskenes muligheder for at variere deres adfærd er omfattende og er ikke begrænset til et bestemt mønster, sådan som det er hos visse dyr. Et menneske i en given situation har oftest en uoverskuelig række af muligheder for adfærd. Valgte mennesket frit mellem disse muligheder, ville det ikke være muligt at forudregne dets handlinger, og alt samarbejde, måske alt samliv overhovedet, ville være vanskeliggjort.<sup>41</sup> Menneskene udnytter da heller ikke alle disse muligheder, men har gennem tiden pålagt sig betydelige begrænsninger af handlefriheden. Når de fleste handleformer i et samfund er fastlagt, bliver det muligt for alle at forudse andres adfærd og indrette sig derefter.<sup>42</sup> Man skal gøre, som man plejer, og med tiden bliver det, man plejer, til pligt.<sup>43</sup> Det er på denne baggrund, den engelske retsfilosof *Herbert Hart* mener, at der eksisterer nogle grundlæggende (sædvanemæssige) regler («the minimum content of natural law»), der sikrer menneskenes overlevelse.<sup>44</sup> I det før-statlige/primitive samfund er det ikke et problem, om sædvaner er retskilde, det er det naturgivne («natural law») udgangspunkt.<sup>45</sup> Hvorledes en sådan adfærd er opstået, er underordnet,<sup>46</sup> da det er visse faktiske og psykologiske momenter, som knytter sig til adfærd, der konstituerer sædvaneretten. Det antages således i den nordiske retsvidenskab og retspraksis, at denne adfærd skal være fulgt almind-

ligt, stadigt og længe i den overbevisning, at man er retligt forpligtet og berettiget hertil.<sup>47</sup>

Som eksempel kan nævnes *U 1983.453 ØLD*. Det fremgår af den præceptive bestemmelse i inglysningslovens § 40, stk. 4, 1. punktum, at en panthaver ikke, når han giver skyldneren henstand med renter eller lignende ydelser, kan bevare sin panteret for disse forud for de efterfølgende eller sideordnede panthavere udover et år fra forfaldsdagen. Det fremgår af 2. punktum, at hvis en panthaver har krav på forhøjet rente eller anden særlig ydelse i anledning af forsinkelse med betaling (f.eks. morarenter), står sådanne krav ligeledes ved fyldestgørelse af pantet tilbage for andre panthaveres ret. I dommen *U 1983.453 ØLD* slog landsretten fast, at realkreditinstitutter på tvangsauktion, uden hensyn til formuleringen af 2. punktum, kunne gøre deres prioritetsstilling gældende også vedtrængende morarenter af forfaldne, men ubetalte terminsydelser. Landsretten lægger ved afgørelsen vægt på, at denne opgørelsesmåde har været anvendt i en »lang periode«, og at »anerkendte realkreditinstitutter ikke vedblivende har stillet disse krav uden at mene at have ret til at gøre det, og at de øvrige i tvangsauktionerne implicerede parter har tilsluttet sig denne opfatelse«. Det fremgår ikke af sagen, hvor lang en periode realkreditinstitutternes praksis strakte sig over. Landsretten synes derimod at lægge vægt på, at der ikke i sagen er fremkommet oplysninger om, at realkreditinstitutterne på noget tidspunkt har fulgt en anden praksis.

Som et lidt specielt eksempel kan nævnes høstpantelovens (lov 1986.271) § 4, stk. 3. Ifølge denne bestemmelse har sukkerfabrikker, der har leveret roefrø på kredit til avlerne, fortrinnsret i høsten forud for andre høstpanthavere. Bestemmelsen blev indført i høstpanteloven fra 1933. Ved ændringen af høstpanteloven i 1986 ønskede man fra flere sider at bringe denne fortrinnsret til ophør, men lovgiveren valgte at bevare fortrinnsretten for sukkerfabrikkerne med en begrundelse, som til forveksling minder om begrundelsen for en retssædvane. Det hedder således i FT 1985, tillæg A, spalte 3052, at det »ikke har været muligt at opklare den reelle begrundelse for« fortrinnsretten, men »når særordningen for sukkerfabrikkerne foreslås opretholdt, er det begrundet i, at det i mere end 50 år har været praksis, at sukkerfabrikkerne leverer sukkerroefrø, handelsgødning m.m. på kredit til deres kontraktavlere, samt at der i juni måned udbetales forskud til avlerne på i alt 155-165 mill. kr. På grundlag af den lovfæstede sikkerhed udbetales forskud til avlerne på i alt 155-165 mill. kr. På grundlag af den lovfæstede sikkerhed. Sukkerfabrikken har anført, at det næppe vil være muligt at opretholde denne praksis, hvis den hidtidige særordning for kontraktsavl af sukkerroer bortfaldt«.

Der sondres ikke i denne fremstilling mellem retssædvaner og andre sædvaner, f.eks. handelsædvaner, og det er formentlig tvivlsomt, om en sådan sondring tjener noget formål.<sup>48</sup> Imidlertid er der stor forskel i de funktioner, som retssæd-

47. Jfr. f.eks. Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 107 ff.; Stuer Lauridsen, Retslæren, op.cit., s. 364 ff.; Johs. Andersen, Indføring i rettsstudiet, op.cit., s. 105 f.; Augdahl, Rettskilder, op.cit., s. 190 ff.; Strömholm, Rätt, rättskällor och rättsstillämpning, op.cit., s. 220 f.; Eckhoff, Rettskildelære, op.cit., s. 209 ff.; Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, op.cit., s. 25 f., og Lars Björne, Nordisk rättskällelära. Studier i rättskälleläran på 1800-talet, Lund 1991, s. 57 ff.

48. Jfr. Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 116, og Augdahl, Rettskilder, op.cit., s. 251 ff.

41. Jfr. Franz From, Om oplevelsen af andres adfærd, Kbh. 1953, s. 175 ff.

42. Som anført af Franz From, Om oplevelsen af andres adfærd, op.cit., s. 176, har dette forhold muligvis haft betydning for moralens opståen og udvikling, idet det kan have givet et vurderingsgrundlag – blandt en række andre – for menneskelig adfærd. Det, der stemmer med reglerne, er godt og ønskværdigt, da det giver tryghed; hvornimod handlinger, der strider mod reglerne, er dårlige og ønskværdige, da de er uberegnelige og skaber utryghed. En egentlig etisk vurdering af menneskers handling kan have udviklet sig blandt andet ud fra en sådan holdning.

43. Jfr. Ole Fenger, Om at makke ret – En artikelsamling, Juridisk Institut, 1998 (forordet).

44. Det vil sige sædvanemæssige regler, som indeholder restriktioner over for drab, vold, tyveri mv. Jfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 193 ff.

45. Jfr. Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 108, og Stuer Lauridsen, Retslæren, op.cit., s. 364 ff.

46. Adfærd kan i primitive samfund være dikteret af en stærkere gruppe eller i nutiden af en videnskabsmands løsning på et praktisk problem. Et eksempel på det sidstnævnte er Ørstedes urigtige teori om synbar og usynbar servitutter. Efter Ørsted var bestemmelsen i Danske Lov 5-5-2 kun anvendelig på positivt synbare servitutter, der giver sig til kende gennem en særlig, servituidøvelsen tjenende indretning. Denne forståelse af bestemmelsen i Danske Lov er historisk set ukorrekt, men løste et på Ørstedes tid praktisk problem. Ørstedes opfattelse vandt da også hurtig tilslutning såvel i retslitteraturen som i retspraksis, og teorien anses nu for hjemlet ved retssædvaner, jfr. Knud Illum, *Dansk tingsret*, 3. udg. (ved Vagn Carstensen), Kbh. 1976, s. 422 f.

ninger i handlefriheden, og at disse har været opfattet som (retligt) forpligtende for samfundsmedlemmerne.<sup>50</sup>

### E. »Forholdets natur«

Terminologien »forholdets natur« eller »sagens natur« blev ikke udviklet af det 19. århundredes forfattere, men benyttes allerede af Ørsted.<sup>51</sup> Det er sandsynligt, at Ørsted har overtaget terminologien fra Montesquieu, som allerede i det 18. århundrede understregede betydningen af, at retten er i overensstemmelse med menneskers naturlige behov (»rapports nécessaires«).

Udtrykket »sagens natur« anvendes bl.a. i skrivelse af 16. april 1846, *Kancelliets Skrivelse (til Generaloldkammer og Kommercekollegiet) ang. At Personer under 18 Aar af oppehørslebsbetjente kunne antages som Fuldmægtige*, hvor det siges, at »der hverken i Lovene eller i Sagens Natur er Noget, som kan være tilhinder i, at en fuldmyndig Mand benytter sig af en Umyndig eller Mindreaarig som Fuldmægtig«. I retsplejelovens (lovbk. 1999.713) § 209 bestemmes det, at de om vidner givne regler skal med de lempelser, »der følger af forholdets natur«, anvendes på syns- og skønsmænd, og i § 939 bestemmes, at for så vidt ikke andet er bestemt »eller følger af forholdets natur«, skal de i foregående kapitel angivne regler også finde anvendelse på sager efter kapitel 81.

I dag tales også om »kulturtraditionen«, »frie faktorer« mv. »Forholdets natur« kan kun forstås som retskilde, når begrebet anvendes om det retlige materiale, som ligger til grund for afgørelsen.<sup>52</sup> Det antages sædvanligvis, lidt forenklet, at dette retlige materiale kan »findes« eller afledes af de øvrige retskilder (loven, retssædvane, retspraksis). Dette udtrykkes ofte på den måde, at dommeren/retsadvenderen søger at indpasse retsafgørelsen i *harmoni* med, hvad der kan udledes af disse retskilder.<sup>53</sup> Som eksempel kan nævnes dommen U 1981.300 HD.

50. Jfr. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1914, s. 337 ff., der taler om »Normative Kraft des Faktischen«; Hart, *The Concept of Law*, op.cit., s. 193 f., og Sundberg, fr. Eddan t. Ekelbøf, op.cit., s. 26 f.

51. Jfr. A. S. Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, bind 1, 1822, s. 83 f.

52. Jfr. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, op.cit., s. 374.

53. Jfr. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, op.cit., s. 374; Ruth Nielsen, *Retskilderne*, Kbh. 1985, s. 63 f.; W.E. von Eyben, *Juridisk grundbog 1*, *Retskilderne*, op.cit., s. 269 f., og Torben Jensen, *Domstolens retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed*, U 1990 B 441 f.

### Kapitel 2 – Retskilderne

vanerne og handelssædvanerne har. I dag anses handelssædvanernes primære funktion at være den at udfylde aftaler, og en gennemgang af Ugeskrift for Retsvæsen 1990-1995 viser, at ud af 28 offentliggjorte responsa fra Det Danske Handelskammer vedrørte de 21 rentespørgsmål. Det er ikke muligt på samme måde at angive retssædvanernes typiske anvendelsesområde, først og fremmest fordi antallet af offentliggjorte domme, som fastslår eksistensen af en retssædvane, er beskedent.<sup>49</sup> En retssædvane, som skabes *contra legem*, har samme funktion som hævdt, forældelse og passivitet, nemlig at værne om en mere eller mindre berettiget forventning om, at den bestående retstilstand – sin uretmæssighed til trods – skal kunne fortsætte. Netop funktionen får afgørende betydning for dommerens/retsadvenderens bedømmelse af, om der foreligger en retssædvane.

Dette er Stuer Lauridsen formentlig ikke helt opmærksom på, idet forfatteren anfører, at det i en lang række situationer vil være klart, at en retssædvane ikke vil kunne accepteres, fordi den strider mod betydningsfulde retsprincipper og må befyrges at have uheldige konsekvenser, f.eks. hvis det i København skulle blive en almindelig praksis, at politiet i bestemte sager mener sig undtagelsesvist berettiget til og faktisk gennemfører at holde mistænkte personer tilbage i indtil 30 timer, før de stilles for en dommer, cfr. Grundlovens § 71, stk. 3. Stuer Lauridsen er her af den opfattelse, at en sådan retssædvane ikke skal følges. Imidlertid synes Stuer Lauridsen i nogen grad at overse, at der overhovedet ikke foreligger nogen gyldig retssædvane. Vel kan retssædvaner skabes *contra legem*, jfr. U 1983.453 ØLD, men Københavns politi har i eksemplet ikke nogen *berettiget forventning* om, at deres ulovlige praksis skal kunne fortsætte. Som det fremgår, indgår funktionen som en del af undersøgelsen af, hvorvidt der foreligger en retssædvane, og funktionen er her et moment, som indgår i den psykologiske beskrivelse (følelsen af at være forpligtet/berettiget).

Retssædvanerne lever i dag – som en del af den uskrevne ret – en tilbagetrukket tilværelse, hvilket ikke betyder, at de er uden relevans. Det vil være en forskydning af problemstillingen at sige, at retssædvanerne tilvejebringes i overensstemmelse med samfundets regler for gyldig produktion af forpligtende regler (»rules of recognition«, jfr. ovenfor s. 13). Retssædvanerne er i dag forankret i vort demokratiske retssystem, og indholdet af retssædvanerne bestemmes heraf. Men retssædvanernes normativitet er grundlagt på *det faktum, at samfundets medlemmer til alle tider gennem deres adfærd har pålagt sig indskrænket*

49. Jfr. U 1991.164 HD, hvor *landsretten* antog, at den praksis, der var fulgt med udbetaling af findeløn for danefæ, var fulgt så længe, at der var opstået en retssædvane, og U 1962.714 ØLD, hvor en kongsbondes mangeårige afhændelse af sand var i strid med sognets beboeres ret til sandtagning ifølge sædvanen.

I sagen U 1981.300 HD nægtede et olieselskab at medvirke til ombytning af et skadesløsbrev med en bankgaranti. Olieselskabet anførte, at der var indgået aftale om netop dette skadesløsbrev som sikkerhed, og det kunne modparten, en tørmester, ikke nu kræve ændret. Tørmesteren anførte bl.a., at olieselskabets vægning skyldtes chikane.

Højesteret gav tørmesteren medhold, og det hedder i Højesterets afgørelse:

»Appellanten [tørmesteren] har efter det oplyste en væsentlig interesse i, at skadesløsbrevet aflyses, og indstævnte, der ikke har haft indvendinger mod arten eller omfanget af den af appellanten tilbudte sikkerhed, har ikke anført nogen loyal grund til at modsætte sig ombytningen af sikkerheden. Indstævntes nægtelse kan herefter alene anses begrundet i ønsket om at lægge pres på appellanten for at opnå en for indstævnte mere fordelagtig ordning i parternes samlede mellemværende under et kommende opgør. Under de således foreliggende særlige omstændigheder findes appellanten at burde have adgang til at frigøre pantet ved at stille anden sikkerhed af samme størrelse, jfr. herved aftalelovens § 36.«

Det fremgår af højsteretsdommen *Mogens Munch's* kommentar til U 1981.300 HD (U 1981 B 298), at resultatet ikke støtter sig direkte på aftalelovens § 36, men på »de synspunkter der har fundet udtryk i nyere lovgivning og retspraksis og navnlig aftalelovens § 36«. Hermed udtrykkes, at afgørelsen er søgt indpasset i harmoni med, hvad der kan udledes af disse retskilder.

Det forekommer selvsagt ikke indlysende at betragte »forholdets natur« som selvstændig retskilde, eftersom »forholdets natur« først og fremmest peger på en metode til fortolkning af de øvrige retskilder.<sup>54</sup> »Forholdets natur« fremstår således lige så meget som et (eller flere) argumentationsprincip(per) med rødder i de værdier, som ligger til grund for retssystemet.<sup>55</sup> Et yderligere eksempel illustrerer dette synspunkt.

Det fremgår af sagen U 1985.766 HD, at vekselerfirmaet Bøg og Thorhaug A/S den 17. juni 1981 solgte et pantebrev, oprindeligt kr. 250.000 stort, til rest pr. 11. juni 1981 kr. 249.037,50, til sagsøgeren direktør Ib Kristiansen med bemærkning om, at pantebrevet leveredes med garanti og stempelmærker. Transporten blev ikke tinglyst. I pantebrevsgarantien, der var tegnet i Forsikringselskabet Codan A/S, hed det bl.a.: »Det er en forudsætning for pantebrevsgarantien, at følgende punkter er overholdt: a - at pantekreditors retligheder og eventuelle transporter er tinglyst, uden præjudicerende retsanmærkninger, når garantien gøres gældende«. Da pantebrevet efterfølgende blev misligholdt, gjorde Ib Kristiansen pantebrevsgarantien gældende. Forsikringselskabet nægtede at betale under henvisning til garantiens klare indhold. Forsikringselskabet blev dømt ved Højesteret, og det siges i præmisserne: »Det er ubestridt, at den manglende tinglysning af transporten har været uden betydning for indstævntes [Forsikringselskabet Codan A/S] risikobedømmelse, og det er ikke godtgjort, at

indstævntes interesser i øvrigt i væsentlig grad er blevet tilsidesat ved, at transporten ikke blev tinglyst. Under disse omstændigheder ville garantiens bortfald være en så uforholdsmæssig virkning af den manglende tinglysning, at det ikke findes rimeligt, at indstævnte under henvisning hertil skulle kunne frigøre sig for sine forpligtelser«.

Afgørelserne i U 1981.300 HD og U 1985.766 HD kan ses som udtryk for anvendelsen af et *proportionalitetsprincip*. I 1981-dommen kommer proportionalitetsprincippet til udtryk derved, at der ikke er et rimeligt forhold mellem benzinselskabets interesse i at fastholde aftalen på alle punkter og forpagterens interesse i en ændring af aftalen. I 1985-dommen kommer proportionalitetsprincippet til udtryk derved, at tilsidesættelsen af et ubetydeligt kontraktvilkår (tinglysningen) ikke skal give den anden part ret til at sige sig fri af kontrakten. Proportionalitetsprincippet er ikke noget, domstolene har opfundet til lejligheden. Proportionalitetsbetragtningen er derimod et i hele retsordenen hvilende princip, som kendes inden for både forfatningsretten,<sup>56</sup> forvaltningsretten,<sup>57</sup> EU-retten<sup>58</sup> og formueretten.<sup>59</sup> Man må dog være opmærksom på, at proportionalitetsvurderingen kun i sjældne tilfælde fører til, at en løftegiver slipper for at opfylde kontrakten.

Med det netop anførte er det også sagt, at der er en forbindelse mellem »forholdets natur«, almindelige retsgrundsætninger og spørgsmålet, om retsvidenskaben er en retskilde.

*Retsvidenskaben* er ikke i sig selv en retskilde. Dette er ganske selvfølgeligt, idet retsvidenskaben ikke kan skabe eller tilvejebringe forpligtende regler/retiligt materiale. Retsvidenskabens funktion er en anden, nemlig at bistå de retsanvendende myndigheder med at fremdrage og analysere de hensyn, de retsanvendende myndigheder benytter, sætte dem i en systematisk sammenhæng, så de kan harmonere med hinanden, og til slut sammenfatte dem i juridiske begreber, maksimer og regler for fortolkning og retsanvendelse.<sup>60</sup>

56. Jfr. Michael H. Jensen, Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, U 1994 B 335 ff.

57. Jfr. Jens Gardé m.fl. i Forvaltningsret. Almindelige emner, op.cit. s. 217.

58. Jfr. Michael H. Jensen, Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning, Kbh. 1990.

59. Jfr. f.eks. det romerretlige læsio enormis-princip, hvorefter sælgeren, der havde solgt tingene for under halvdelen af dens værdi, kunne omslåde salget, medmindre køberens tilbød ham tingens fulde værdi. Se også aftalelovens § 31, stk. 1, som taler om »væsentlige misforhold« mellem ydelse og modydelse.

60. Jfr. Stig Jørgensen, Retfærdighed og ret, Kbh. 1990, s. 75.

54. Jfr. Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 118, og Stuer Lauridsen, Retslæren, op.cit., s. 374.

55. Dette er formuleret af Torben Jensen (U 1990 B 444) på den måde, at »forholdets natur« dækker et spektrum af almene juridiske overvejelser, herunder sagligt begrundet rimelighed, lighedsprincipper og konsekvensbetragtninger med hensyntagen til samfundsmæssige behov og den almindelige udvikling.

»Forholdets natur« opfattes i visse dele af den juridiske teori som »rugekasse« for de *almindelige retsgrundsatninger*.<sup>61</sup> Metaforen er sympatisk, men næppe dækkende. Almindelige retsgrundsatninger, som f.eks. culpareglen, berigelsesgrundsatningen, forhandlergrundsatningen, forudsætningslæren og passivitet, kan således alle henføres under én eller flere af de ovenfor behandlede retskilder.

*Culpareglen* har ærværdige rødder i romerretten og blev allerede fastslået i en dom fra 1759 i Danmark. I tysk teori formulerede Ihering under slagordet »Kein Übel ohne Schuld« (Intet onde uden skyld) en mere moderne opfattelse af culpareglen. I dag kan culpareglen afledes af både lovgivningen, f.eks. erstatningsansvarlovens § 19, og retspraksis. *Berigelsesgrundsatningen* kan ligeledes spores tilbage til romerretten, men også her har lovgivning og retspraksis arbejdet i takt med hinanden, jfr. f.eks. forsikringsaftalelovens § 37. *Forhandlergrundsatningen* – problemet om hovedreglen ved løsøreomsætning var ekstkinktion til fordel for erhverver eller vindikation til fordel for den oprindeligt berettigede – så dagens lys i U 1958.843 HD. *Passivitet* hænger sammen med det forhold, at adfærd kan skabe rettigeheder og pligter, hvilket som tidligere nævnt kendetegner skabelsen af sædvaner. I tysk teori henføres passivitet under grundsatningen *venire contra factum proprium* (forbudt mod at handle mod sin egen tidligere adfærd). *Forudsætningslæren* formuleredes i retsteorien (i Tyskland af Windscheid og i Danmark af Ernst Møller) lige før 1900 og slog igennem i retspraksis efter århundredeskiftet.

## Fortolkningsregler, værdigrundlag og argumentationsmønstre

### A. Indledning

I kapitel 1 er fortolkningsreglerne og værdigrundlagene blevet betegnet som hjælpemidler, der mindsker skønselementet i retsanvendelsen. I dette kapitel vil der blive givet en mere udførlig beskrivelse af disse to hjælpemidler. En beskrivelse af fortolkningsreglernes og værdigrundlagenes indhold giver dog ikke noget billede af, hvorledes disse hjælpemidler anvendes ved domstolene. Afsnittet om juridiske argumentationsmønstre vil derfor indeholde en beskrivelse af de argumentationstyper, som anvendes ved domstolene. Kendskabet til disse argumentationsmønstre giver således mulighed for at se, om der er sket forskydninger i retskilde- og metodeopfattelsen.

### B. Fortolkningsreglerne

#### 1. Historik

*Naturretten i 1800-tallet* opfattede retten som et sammenhængende og modsigelsesfrit system, hvor anvendelsen af retten først og fremmest skete ved at »forklare Lovene«, dvs. hvis man analyserede loven godt nok, gav den svar på alle spørgsmål. Den retlige løsning findes efter en ren erkendelsesproces, hvor indsigt, agtsomhed og ærlighed er afgørende. Selvom det kan være vanskeligt at finde frem til den rigtige løsning, er en sådan løsning objektivt rigtig eller forkert.<sup>1</sup> Naturrettens lovforklæringslære hænger nøje sammen med tidens krav til lovenes indhold og form, og det hedder således hos *Nørregaard*,<sup>2</sup> at man bør

61. Jfr. f.eks. W.E. von Eyben, Juridisk grundbog 1, Retskilderne, op.cit., s. 294, der anfører:  
»Hvad angår almindelige retsgrundsatninger, kan udtrykket sagens natur måske mobiliseres for at beskrive den første spæde begyndelse til dannelse af disse grundsatninger.«

1. Jfr. Lauritz Nørregaard, Natur-Rettens første Grunde, Kbh. 1784, s. 370 ff.  
2. Jfr. Nørregaard, Natur-Rettens første Grunde, op.cit., s. 370 ff.

forfatte »borgerlige Love« således, at lovene bliver tydelige, korte og sammenhængende.

Med »rydelig« menes, at lovene skrives for alle. Med »korte« mener Nørregaard, at lovene skal være »rigere paa Tanker end paa Ord«, idet det er nok, at loven afsiger en almindelig dom, »hvis Anvendelse paa enkelte Tilfælde maa overlades til Dommerens Indsigt, Agtsomhed og Ærlighed«. Med »sammenhængende« anfører Nørregaard, »een er Lovgiveren, een bør Sielen være i Lovene, lige retfærdig, lige billig overalt. Enhver Materie paa sit Sted, og Sammenhæng imellem Materierne under Eet betragtede«.

Naturretten når ikke meget længere end til at sætte navn på en række fortolkningsmåder.

Således skelnes mellem den *egentlige lovforklning* (»interpretatio doctrinalis«), som enten kan være grammatisk eller logisk. Den *grammatikalske* inddeles i kritisk tolkning og den grammatikalske i indskrænket forstand (som forklarer tvetydige eller ubrugelige ord og talemåder i loven). Den logiske lovforklning er enten simpel (»interpretatio declarativa«), indskrænkende (»interpretatio restrictiva«), som bruges, når lovens ord går videre end lovens årsag, eller udvidende (»interpretatio extensiva«), som anvendes, når lovens årsag går videre end lovens ord.

Med *Ørsted* udvikledes fortolkningsreglerne kun lidt.<sup>3</sup> *Ørsted* fortsætter den naturretlige tradition med systematisering af fortolkningsreglerne. På samme måde som Nørregaard og Etsråd Lassen opstiller *Ørsted* et system af almindelige og specielle fortolkningsregler.<sup>4</sup> Af *almindelige fortolkningsregler* nævner *Ørsted* den logiske, legale, juridiske, politiske og historiske.<sup>5</sup>

*Logisk erfortolkningen*, når man alene ved hjælp af logikkens regler bestemmer en lovteksts mening. Den logiske fortolkning inddeles yderligere i »den strenge logiske« og »den ikke

3. Jfr. A.S. Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, I, Kbh. 1822, s. 296 f., hvor det også fremgår, at Ørsteds behandling af fortolkningsreglerne først og fremmest bygger på Etsråd Lassens værk »Om Grundreglerne for Lovfortolkning især med Hensyn til den danske Lovgivning« i Nyt Juridisk Arkiv, bind 16, 1816.

4. Ditlev Tamm anfører, at det er Ørsteds ønske om tilvejebringelse af system i retstæknikken, der kommer frem i fortolkningsreglerne, jfr. Ditlev Tamm, Fra »Lovkyndighed« til »Retsvidenskab«. Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørsteds private retsforfatterkab, Kbh. 1976, s. 429. Dette udsagn kan jeg principielt tilslutte mig, men det må steds haves i erindring, at Ørsted ved behandlingen af lovforklkningsreglerne overtager og fortsætter den naturretlige system-tradition, og at forskellen mellem Ørsted og naturretsteoretikerne først og fremmest er en anderledes vægtning af såvel retskilderne (f.eks. »forholdets natur«) som lovforklkningsreglerne (først og fremmest »lovens ånd«).

5. Jfr. om disse almindelige fortolkningsregler Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, I, op.cit., s. 312 f.

strenge logiske«. Den førstnævnte fortolkning går ud fra den regel, at et lovsted, så vidt muligt, må forklares således, at der ikke bliver strid hverken i selve de bestemmelser, der indeholdes i lovstedet, eller mellem dem og den genstand, hvormed lovstedet handler. Den sidstnævnte fortolkning lægger derimod den formodning til grund, som må antages »for den størst mulige Harmonie, dels i et Lovsteds Forskrift eller Forskrifter indbyrdes, dels mellem disse og deres Gjenstande«, og foretrækker derfor ud af flere meninger, der kan tillægges et lovsted, den, hvorved den »største positive Harmonie i saa Henseende tilvejebringes«. Den *legale fortolkning* adskiller sig kun fra den logiske derved, at den legale fortolkning ikke henter sine argumenter fra det selvsamme lovsted, der skal fortolkes, men fra andre bestemmelser i den lovgivning, hvoraf den er en del. Den legale fortolkning inddeles på samme måde som den logiske i »den strenge og ikke strenge legale«. Den såkaldt *juridiske fortolkning* »grunder sig paa almindelige Retregler« og går ud fra det princip, at en positiv lovforskrift i tvivlstilfælde »maa antages at stemme overeens med disse«. Den *politiske lovforklning* slutter fra det, der stemmer med »sund Lovgivningspolitik«. Den *historiske lovforklning* tager udgangspunkt dels i ældre love, som ikke længere hører til gældende lovgivning, dels i fremmede love.

Disse almindelige fortolkningsregler inddeles hierarkisk, således at »den første rang tilkommer den strenge logiske og den strenge legale Lovfortolkning«, og den historiske lovforklning tillægges mindst vægt.<sup>6</sup> De specielle lovforklkningsregler, som *Ørsted* nævner, er snarere en konkretisering og eksemplificering af den »grammatikalske« lovforklning.

Blandt flere eksempler kan nævnes, at »tvetydige Ord maa fortolkes saaledes som Sammenhængen fordrer« (Haandbog, op.cit., s. 376). »Et Lovsted bør forklares saaledes, at det faaer Noget at betyde« (Haandbog, op.cit., s. 383), »hvor et Lovsted kan modtage to forskjellige Betydninger, maa det antages, som kan bestaae med Lovens øvrige Forskrifter, om endog den modsatte fuldkomnere svarede til Ordene« (Haandbog, op.cit., s. 391). »Hvor ingen anden Grund taler for en modsat Fortolkning, bør den af flere, efter Bogstavet lige antagelige, Fortolkninger foretrækkes, som er den mest negative: indeholder Mindst« (Haandbog, op.cit., s.393) og »Den saa kaldte indirect udvidende eller antithetiske Fortolkning hviler paa den Grundsætning, at Lovgiveren, ved at begrænse sin bestemmelse til en vis Gjenstand, tilkjendegiver, at han vil have Det, der ligger udenfor samme« (Haandbog, op.cit., s. 429).

Fortolkningsreglernes nærmest overvældende detaljeringsgrad hænger sammen med den idealistiske retsteoris frygt for domstolernes »precaire« og »vilkaarlige« anvendelse af retten og illustrerer den omstændighed, at *fortolkningsreglernes funktion først og fremmest var at skubbe skønselementet i baggrunden*.<sup>7</sup>

Udviklingen fra retsstat til velfærdsstat, som omtales nedenfor, og den øgede og tættere retlige regulering betyder, at lovmotiverne bliver fremtrædende, og det betyder først og fremmest udviklingen af en ny socialt præget fortolknings-

6. Jfr. Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, I, op.cit., s. 313 f.

7. Jfr. Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, I, op.cit., s. 438 f.

regel, nemlig den subjektive formålsfortolkning.<sup>8</sup> Denne fortolkningsform indebærer, at loven fortolkes efter sine forarbejder, det vil bl.a. sige bemærkningerne til lovforslag, folketingets behandlinger, udvalgsbetænkninger mv., jfr. nærmere nedenfor.

Der kan ikke angives noget præcist fødselsstidspunkt for den subjektive formålsfortolkning. Første Verdenskrigs slutning betød en øget politisk regulering med den hertil hørende opmærksomhed på forarbejderne. von Eyben (Juridisk grundbog, 2. udg., 1967, s. 121) vælger 1919 som fødselsstidspunktet. Dette »valg« er noget vilkårligt, eftersom der også før dette tidspunkt i enkelte domme blev lagt vægt på forarbejderne, jfr. U 1901.898 HD. I Norge skriver Vislie i 1932 (Lovmotivens betydning for lovfortolkningen, 1932, s. 43), at »motivene meget oftere påberopes i dommer nu enn før«.

## 2. Fortolkningsregel og fortolkningsresultat

Når betegnelsen *fortolkningsregler* anvendes, er det ikke et udtryk for den opfattelse, at lovfortolkningen er undergivet retsregler.<sup>9</sup> Fortolkningsreglerne er, som tidligere nævnt, hjælpemidler. Når der tales om »regler« (i modsætning til »principper«), er det, fordi fortolkningen i dag har en fast karakter og et konkret indhold.

Der er i den nordiske retsteori enighed om, at der findes (mindst) tre former for fortolkningsresultat, nemlig *præciserende*, *indskrænkende* og *udvidende*.<sup>10</sup> Disse fortolkningsformer er relevante ved fortolkning af såvel lovgivning som domme.

Der er ikke noget skarpt skel mellem præciserende og indskrænkende fortolkning. Har lovtæksten flere fortolkningsmuligheder, må indholdet *præciseres*. Når man vælger et af fortolkningsalternativerne, har man foretaget en præciserende fortolkning. Ved den præciserende/indskrænkende fortolkning inddrages fortolkningsreglerne og værdigrundlagene, ligesom vejledning kan hentes i selve lovtæksten, jfr. f.eks. U 1991.951 HD, hvor Højesteret afviser en indskrænkende fortolkning af ligningslovens § 9 C med den begrundelse, at en indskrænkende fortolkning ikke har støtte i forarbejderne eller i »bestemmelsernes historiske udvikling«. *Indskrænkende fortolkning* foreligger dels, hvor en regel frembyder et valg mellem en videre og en snævrere forståelse, og hvor retsanvenderen/dommeren vælger den sidstnævnte, og dels hvor et tilfælde holdes uden for reglens område, skønt det synes omfattet af lovens ordlyd. Inden for strafferettens område er indskrænkende fortolkning en naturlig

8. Jfr. Jacob W.F. Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, Malmö 1978, s. 232.

9. Jfr. herom Per Augdahl, Retskilder, 3. udg., Oslo 1973, s. 98.

10. Jfr. Alf Ross, Om ret og retfærdighed, 3. opl., Kbh. 1971, s. 173 ff.; Torstein Eckhoff, Retskildelære, 3. udg., Oslo 1993, s. 100 ff.; A. Peczenik (med A. Aarnio og G. Berg-holtz), Juridisk argumentation, Stockholm 1990, s. 188; Johs. Andenæs, Innføring i rettsstudiet, 2. udg., Oslo 1985, s. 72 ff. og Erik Bøe, Innføring i juss, Oslo 1996, s. 300 ff.

## 2. Fortolkningsregel og fortolkningsresultat

konsekvens af legalitetsprincippet.<sup>11</sup> Som eksempel på indskrænkende eller præciserende fortolkning kan nævnes de tidligere behandlede domme U 1985.877 HD og U 1991.43 HD, hvor »reglen« (prismærkede varer er et tilbud), som blev fastslået i U 1985.877 HD, blev præciseret eller indskrænket i U 1991.43 HD ud fra en formåls- og rimelighedsfortolkning.

*Udvidende fortolkning* taler man om, når en regel anvendes på tilfælde, som ikke er dækket af ordlyden. Inden for strafferettens område er analogitolkningen den eneste måde, hvorpå tolkningen kan bevæge sig uden for en bestemmelses ordgrænse, jfr. nærmere om analogi nedenfor i afsnit 5. Som eksempel på udvidende fortolkning kan nævnes den såkaldte ATP-dom U 1971.456 HD, som vedrørte en fortolkning af den daværende ATP-lovs § 4. Det fremgik af denne bestemmelse, at undtaget fra reglerne om indbetaling af bidrag til ATP for vedkommende ansatte var bl.a. »læringer på lærekontrakt«. Efter daværende lærlingelov var der imidlertid to slags lærlinge, dels § 1-læringer, som kom i lære, før de var 18 år, og som efter § 1 skulle have lærekontrakt, dels § 30-læringer, hvis lærlingeperiode først begyndte efter det fyldte 18. år. For § 30-læringerne gjaldt intet krav om oprettelse af lærekontrakt. Spørgsmålet var nu, om § 30-læringerne var omfattet af ATP-lovens § 4. Af forarbejderne til § 4 fremgik det klart, at § 30-læringer ikke var omfattet af § 4. Fiertallet i Højesteret henviser ligesom underretten og flertallet i landsretten til ATP-lovens klare ordlyd, som betød, at der ikke skulle indbetales ATP for § 30-læringer på kontrakt. Mindretallet i Højesteret fulgte mindretallet i landsretten og lagde i stedet vægt på forarbejderne.

Præciserende, indskrænkende og udvidende fortolkning er overbegreber (eller resultater) for fortolkningen og må ikke forveksles med fortolkningsreglerne. Det er givet, at man ved at fremhæve fortolkningsresultaterne kan »påvise« en overlapning af fortolkningsresultaterne og fortolkningsreglerne. Således mener Ross,<sup>12</sup> at der ikke er nogen principiel forskel mellem »simpler udvidende fortolkning« og »analogislutning«. Imidlertid nødvendiggør straffelovens § 1 en nærmere afgrænsning af analogibegrebet. Det er således ikke tilstrækkeligt inden for straffelovens område at konstatere den manglende principielle forskel mellem udvidende fortolkning og analogifortolkning.

»Analogislutningen« er ikke en slutning, men en *beslutning* eller en fortolkning. På samme måde som teleologisk fortolkning kan analogifortolkning (med undtagelse af strafferetten) samles under overbegrebet udvidende fortolkning, men hermed er intet sagt om disse to fortolkningsreglers indhold.

Fortolkningsreglerne kan naturligvis fremstillingsteknisk beskrives individuelt, men man må være opmærksom på, at en *fortolkningsregel oftest anvendes sammen med en eller flere andre fortolkningsregler*. Således anvendes ordlydsfortolkning ofte sammen med formålsfortolkning, jfr. nedenfor i afsnittet om argumentationsmønstre. Dette betyder, at der i de domme, som der i det følgende

11. Jfr. f.eks. Brynolf Honkasalo, Nulla poena sine lege, Det 17. nordiska juristmötet, Helsingfors 1937, Bilag II, s. 59 f.

12. Jfr. Ross, Om ret og retfærdighed, op.cit., s. 176.

under 18 år«. Landsretten fortolker således ordet »børn« i overensstemmelse med den »sædvanlige« forståelse.

#### 4. Modsetningsfortolkning

Hvor lovens ordlyd er udtømmende, opstår muligheden for modsætningsfortolkning. »e contrario-slutninger« eller »antitetisk fortolkning«, dvs. at man ved fortolkning kommer frem til, at loven ikke giver svar på mere, end den udtrykkeligt siger.<sup>16</sup> Modsetningsfortolkning forudsætter derfor en præciserende fortolkning. Hvornår der skal fortolkes modsætningsvist, og hvornår det må afvises, følger ikke af en logisk slutning fra loven, men beror på en vurdering af, at det konkrete tilfælde skal løses anderledes end efter loven.<sup>17</sup> Modsetningsfortolkning anvendes med andre ord, når et (konkret) tilfælde ikke kan indordnes under loven ved indskrænkende fortolkning, og når analogisk fortolkning vurderes som værende udelukket ved lovens kasuistiske opregning af dens anvendelsesområde.

Som eksempel kan nævnes *U 1985.203 HD*, som er omtalt ovenfor, og *U 1983.1090 VLD*, der vedrørte et funktionærforhold. Det hedder i landsrettens præmisses: »Det forhold, at der i bekendtgørelsens § 10, stk. 4, særskilt er henvisning til funktionærlovens bestemmelser, for så vidt angår sygdom, svangerskab og fødsel, findes under hensyn til den generelle formulering af bekendtgørelsens § 10 stk. 1, ikke at kunne give grundlag for den modsætningslutning, at efg-elever ikke i øvrigt skulle være omfattet af funktionærloven.«

#### 5. Analogifortolkning

Analogi (græsk: analogia) betyder »lighed« eller »overensstemmelse«. En analogifortolkning er udtryk for, at den konkrete lovregel betragtes som udslag af et almindeligt retsprincip, der anvendes på det ulovbestemte område.<sup>18</sup> Anvendelse af analogi er derfor særligt udpræget, hvor loven er kasuistisk formuleret, jfr. f.eks. Danske Lov 6-17-5, »Torvekjøber mand nogen staaene

16. F.eks. W.E. von Eyben, Juridisk grundbog 1, Retskilderne, 5. udg., Kbh. 1991, s. 140 ff.; Eckhoff, Retskildelære, op.cit., s. 117 ff.; Nikolaus Gjelsvik, Innledning i rettsstudiet, 5. udg., Oslo 1968, s. 95; Peczenik, Juridikkens metodproblem, op.cit., s. 85 f.; samme (med Aarnio og Bergholtz), Juridisk argumentation, op.cit., s. 197 f., og Strömholm, Rätt, rättskällor och rättslämpning, op.cit., s. 411 f. og Taxell, Rätt och demokrati, op.cit., s. 292.

17. Se her til Jes Bjarup, Lidt om logik, retslig argumentation og fortolkning, Juristen 1967, s. 409 f., hvor anføres, at analogi og modsætningslutninger ikke er logiske slutninger, men topiske argumenter. Begge er bestanddele af fortolkningen og må ses som argumenter, der skal retfærdiggøre en valgt løsning.

18. Således antager Henry Ussing, Obligationeretten. Almindelig del, 4. udg., Kbh. 1967, s. 9 ff., at købeloven må betragtes som udtryk for almindelige retsgrundsætninger om kontraktsforhold.

de er henvisning til som eksempler på de forskellige fortolkningsregler, ofte anvendes flere forskellige fortolkningsregler.

#### 3. Ordlydsfortolkning

Det er tidligere nævnt, at der ved ordlydsfortolkningen tages udgangspunkt i den naturlige eller sædvanlige forståelse,<sup>13</sup> og at en sådan »sædvanlig forståelse« tilgodeser kravet om forudberegnelig, ensartet og konsekvent fortolkning (retssikkerhed). Hvad der er »sædvanligt«, afhænger imidlertid af en nærmere undersøgelse, hvor forskellige faktorer spiller ind.<sup>14</sup> For at forstå hvad der (sædvanligvis) forstås ved »forpagtning« i landbrugslovens (lov nr. 598 af 27. 1999) §§ 11-12, forudsættes der bl.a. kendskab til ordets leksikalske betydning, om ordet optræder i andre sammenhænge i landbrugsloven (eller eventuelt i andre love, andre retskilder eller almindelig sprogbrug), og om det her har samme betydning/indhold (kontekstuelle og systematiske faktorer).

Som eksempel kan nævnes *U 1986.482 HD*, der vedrørte fortolkningen af en servitut. Det fremgår af landsrettens præmisses, der stadfæstes af Højesteret, at »de i sagen omhandlede skibe efter deres betegnelse såvel i henhold til lovgivningen som efter skibsbranchens og almindelig sprogbrug må anses som passagerskibe«.

Ordlydsfortolkningen vedrører reglens kerneområde, medens al anden fortolkning vedrører reglens yderområde, idet der her er flere betydningsmuligheder, som må afklares ved formålsfortolkning. Formålsfortolkning tages således i brug, når der er flere lige acceptable forståelser af ordet/ordene i lovreglen.<sup>15</sup>

Som eksempel kan nævnes *U 1992.813 VLD*, som vedrørte fortolkningen af ordet »børn« i erstatningsansvarlovens § 8, stk. 1. Landsretten tager sit udgangspunkt for fortolkningen i bestemmelsens ordlyd, men da intet kan udledes af selve bestemmelsen, inddrages forarbejderne, som imidlertid heller ikke fastlagde ordets betydning. Det hedder herefter i dommens præmisses: »Bestemmelsen i § 8, stk. 1, om børn fortolkes herefter som omfattende personer

13. F.eks. Stig Jørgensen, Kontraktsret 1, Kbh. 1971, s. 181; Augdahl, Retskilder, op.cit., s. 161 ff.; Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättslämpning, 4. uppl., Stockholm 1992, s. 380; Aleksander Peczenik, Juridikkens metodproblem, Stockholm 1974, s. 69 ff., og samme (med Aarnio og Bergholtz), Juridisk argumentation, op.cit., s. 185; Nils Kristian Sundby, Om normer, Oslo 1974, s. 243 og Lars Erik Taxell, Rätt och demokrati, Åbo 1976, s. 278 f. Helt misvisende kalder nogle forfattere ordlydsfortolkning for »sproglig fortolkning«, jfr. bl.a. Ruth Nielsen, Retskilderne, 4. rev. udg., Kbh. 1995, s. 142. Forfatteren har tilsyneladende forladt denne terminologi i 6. rev. udg., Kbh. 1999.

14. Lennart Vahlén, Avtal och tolkning, Stockholm 1960, mener, at det er muligt at tale om et »objektivt aftaleindhold«. Dette er ikke muligt på grund af ordenes principielle vaghed og flertydighed. Vahlén forstår da også »objektivt aftaleindhold« i overensstemmelse med »sædvanlig betydning«, jfr. Stig Jørgensen, Kontraktsret 1, op.cit., s. 196 f.

15. F.eks. Peczenik, Juridikkens metodproblemer, op.cit., s. 73.



Koster ...«, som i dag antages at hjemle en almindelig vindikationsregel i tilfælde af tyveri.<sup>19</sup>

At man fortolker en retsregel analogt, vil sige, at man anvender den på forhold, som ikke dækkes af ordlyden.<sup>20</sup> Analogisk fortolkning forudsætter således en præciserende ordlydsfortolkning, dvs. en konstatering af, at det konkrete tilfælde ikke er omfattet af lovreglen. Dommeren/retsansvenderen står herefter over for et valg mellem at undlade at bringe lovreglen i anvendelse (eftersom fakta ikke er omfattet af lovreglen) eller at indordne fakta under lovreglen. Dette valg forudsætter en vurdering/et skøn hos dommeren/retsansvenderen, dvs. at valget er en beslutning. Vurderingen er ikke fri endside vilkårlig, idet der opstilles forskellige betingelser, som dommeren/retsansvenderen må iagttage. Således stilles der krav om »årsagernes lighed« og »et hul i lovgivningen«. Med »årsagernes lighed« forstås, at man efter en sammenligning har fundet tilstrækkeligt mange fællestræk eller en enkelt lighed, der er tilstrækkeligt væsentlig til at begrunde, at man betragter de to forhold som ens. Med kravet om »hul i lovgivningen« forstås, at der ikke haves nogen anden lovregel, der afgør tilfældet. Spørgsmålet om, hvornår en analogisering skal foretages, og hvornår den må afvises, må således besvares med udgangspunkt i disse vage krav, og må som netop nævnt bero på en vurderende stillingtagen.

Som eksempel kan nævnes straffesagen *U 1995.72 VLD*, hvor en hyrevognschauffør var tiltalt for overtrædelse af § 12 i bekendtgørelse om hyrevognskørsel (bekg. nr. 401 af 14.9.1979 med senere ændringer). Efter denne bestemmelse må der ikke i en hyrevogn være installeret tele- eller radiokommunikation med forbindelse uden om bestillingskontoret. Den tiltalte var af den opfattelse, at mobiltelefonen, der var hans private telefon, lovligt kunne medtages i hyrevognen. Det hedder i landsrettens dom med mine udhævninger: »Formålet med reglen i § 12 i bekendtgørelsen om hyrevognskørsel er at sikre, at telekommunikation ikke foregår uden om det normale bestillingssystem. Ved udfærdigelse af bekendtgørelsen i 1979 var mobiltelefoner ikke i Danmark kendt som almindelige telekommunikationsmidler. Efter en fuldstændig lovanalogi af reglen i bekendtgørelsens § 12 er det ubetænkeligt at ligestille en mobiltelefon med en fast telekommunikationsforbindelse, jfr. straffelovens § 1.«

Afgørelsen i *U 1995.72 VLD* går imod en tidligere utrykt Østre Landsrets afgørelse af 26. november 1992, hvis resultat er gengivet i byrettens præmisser i *U 1995.72 VLD*. Det hedder i Østre Landsrets dom, at »medbringelse af de omhandlede mobiltelefoner (lommetelefoner), der er uden nogen form for tilknytning til hyrevognen, kan som bestemmelsen er formuleret ikke anses for en overtrædelse af denne«. I modsætning til Vestre Landsret lægger Østre

19. Jfr. Knud Illum, *Dansk tingsret*, 3. udg. (ved Vagn Carstensen), Kbh. 1976, s. 322.

20. F.eks. Ross, *Om ret og retfærdighed*, op.cit., s. 176 og s. 180; Stig Jørgensen, *Ret og samfund*, Kbh. 1970, s. 19 f. og 27 f.; Eckhoff, *Retskildelære*, op.cit., s. 104 f.; Peczenik, *Juridiskens metodproblem*, op.cit., s. 74 f.; samme (med Aarnio og Bergholtz), *Juridisk argumentation*, op.cit., s. 190 f.; Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning*, op.cit., s. 406 f.; Taxell, *Rätt och demokrati*, op.cit., s. 291 f.; von Eyben, *Juridisk grundbog 1*, *Retskilderne*, op.cit., s. 117 ff. og Gjelsvik, *Innledning i rettsstudiet*, op.cit., s. 94 ff.

Landsret vægt på bestemmelsens ordlyd og vælger at undlade at bringe bestemmelsen til anvendelse. Ingen af afgørelserne synes at være mere »rigtig« end den anden. Spørgsmålet blev afgjort af Højesteret, jfr. *U 1995.836 HD*, hvor anklagemyndigheden tilsluttede sig tiltaltes påstand om stadfæstelse af byrettens frifindende dom. Højesteret frifandt hyrevognschaufføren med henvisning til Østre Landsrets afgørelse og den af Trafikministeriet som følge heraf ændrede praksis i sager og forespørgsler om mobiltelefoner i hyrevogne.

Som yderligere eksempel kan nævnes *U 1997.351 ØLK*, hvor sagsøgeren under en civil sag havde medbragt og aktiveret en båndoptager. Dommeren meddelte pålæg om at slukke båndoptageren, hvilket sagsøgeren nægtede. Sagsøgeren blev herefter bortvist. For landsretten var tvisten, om byretten havde haft hjemmel til at pålægge sagsøgeren ikke at benytte sin båndoptager. Det bestemtes i dagældende retsplejelovs § 31, stk. 4: »Det er forbudt at fotografere eller tegne i retssalen under et retsmøde, medmindre dommeren i det enkelte tilfælde giver tilladelse hertil«. Det hedder i Østre Landsrets kendelse: »Det tiltrædes, at dommeren har været berettiget til i medfør af retsplejelovens § 31, stk. 4, eller dennes analogi at forbyde karende at benytte lydoptager under retsmødet.« Ved lov nr. 362 fra 1999 ændredes retsplejeloven, og reglerne om forbud mod fotografering blev ændret, således at det nu er »forbudt under retsmøder at optage eller transmittere billeder og lyd, medmindre retten undtagelsesvis tillader det«.

Dommen *U 1997.351 ØLK* viser på udmærket måde, hvordan domstolene ved analogifortolkning kan bringe ældre lovbestemmelser i overensstemmelse med samfundsudviklingen.

## 6. Formålsfortolkning

Ved formålsfortolkning eller teleologisk fortolkning fastlægges lovens formål, (græsk: *telos* = »mål«).<sup>21</sup> Der sondres traditionelt mellem *objektiv* og *subjektiv* teleologisk fortolkning. Med *objektiv* teleologisk fortolkning menes, at loven fortolkes efter sit formål, støttet på lovens eget indhold. Med »lovens eget indhold« menes ikke blot, at det er de i loven udtrykkeligt fastsatte formål,<sup>22</sup> som inddrages ved fortolkning (af andre af lovens regler), men også de *uudtalte*

21. Litteraturen om teleologisk fortolkning er omfattende. Her kan bl.a. Per Olof Ekelöf, *Rättegång I*, 7. uppl. Stockholm 1990, s. 71 ff. (og ovenfor i kapitel 2, afsnit B. 3 med litteraturhenvisninger); Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning*, op.cit., s. 428 ff.; Peczenik (med Aarnio og Bergholtz), *Juridisk argumentation*, op.cit., s. 199 ff.; Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, op.cit., s. 279 ff., og Kurt Grönfors, *Åndamålsforskjutning och rättsäkerhet*, SvJT 1960, s. 12 ff.

22. Se f.eks. *landbrugslovens* § 1, hvor det hedder: »Ved denne lov tilstræbes at i. værne dyrkningsjordene og de hertil knyttede landskabelige værdier, således at både jordbrugsens erhvervsøkonomiske interesser og hensynet til det omgivende miljø tilgodeses, 2. sikre en forsvarlig udnyttelse af de jordbrugsmæssige arealressourcer og 3. sikre en hensigtsmæssig udvikling af jordbrugs erhvervene og en forbedret konkurrenceevne i disse erhverv.«

mål, som loven (kontrakten/retsinstittet) søger realiseret.<sup>23</sup> Der er således nøje sammenhæng mellem lovens (kontrakts/retsinstittets) formål og værdierne i retssystemet.

Som eksempel kan nævnes *U 1995.390 ØLD*, hvor det i landsrettens præmisser hedder (med mine udhævninger): »Landsretten tiltræder, at ejerlejlighedslovens § 2, stk. 4, efter den klare ordlyd og reglens formål som en beskyttelse af medejerne af enkelte lejligheder finder anvendelse i nærværende sag ...« *U 1992.369 VLK* hedder det: »Det tiltrædes, at der efter en samlet vurdering af formålet med lov om Lønmodtagernes Garantifond ...«, og i *U 1992.205 HD* hedder det: »... kommunen [har] mulighed for at skride ind over for sådanne forhold på ubebyggede arealer, der strider mod lovens formål ...«

Med subjektiv teleologisk fortolkning fortolkes loven efter sine forarbejder, det vil bl.a. sige bemærkninger til lovforslag, Folketingets behandlinger, udvalgsbetænkninger mv. Med denne – kan man roligt sige – traditionelle opregning af (subjektive) fortolkningselementer formuleres samtidig en (vag) definition/fastlæggelse af anvendelsesområdet for denne fortolkningsform. Selv den varmeste fortaler for subjektiv teleologisk fortolkning vil ikke mene, at dommeren/retsansvenderen skal efterforske alle motiver af politisk, økonomisk eller personlig art, som kan have influeret de i lovgivningen deltagende personer, og som derfor udgør det faktiske »subjektive« forestillingsindhold, i hvilket lovens ord har sit udspring.<sup>24</sup> Den subjektive fortolkning indskrænker sig, som netop nævnt, til lovforarbejderne.

Der henvises ofte i dommen blot til bestemmelsens »forarbejder« uden nogen præcisering af, hvilket materiale domstolen har inddraget, jfr. eksempelvis *U 1997.815 ØLD* (»Efter forarbejderne til § 4, stk. 11 ...«), *U 1995.575 HD* (»Efter § 26, stk. 3 og 4's ordlyd og forarbejder«) og *U 1995.399 ØLD* (»... hverken efter formuleringen eller forarbejderne«).

Retsteoriens holdning til den subjektive teleologiske fortolkning er dobbelt. På den ene side opfattes fortolkningsreglen som »naturlig«, eftersom lovgivningen er et politisk instrument, hvorfor de retspolitiske mål må gøre sig gældende ved

23. Såvel retsregler og regler i videre forstand (kontrakter og aftaler) som retsinstitutter har et formål, det vil sige de skal tjene som middel til at nå et eller flere bestemte formål, jfr. Eckhoff, *Retskildelære*, op.cit., s. 316 ff.; Georg Raiser, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, i *Summum ius, summa iniuria*, Tübingen 1963, s. 145 f.; Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, s. 81, 124 og 324 og Franz Bydlinksi, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, s. 268 f.

24. Jfr. Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, op.cit., s. 403 og Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, op.cit., s. 232 ff.

lovens fortolkning.<sup>25</sup> På den anden side betragtes denne fortolkningsregel kritisk, idet man påviser dels fortolkningsreglens begrænsede historiske plads og dels fortolkningsreglens utilstrækkelighed, eftersom subjektiv teleologisk fortolkning ikke giver svar på spørgsmålet om, hvad man stiller op, når/hvis man ikke finder vejledning i forarbejderne.<sup>26</sup> Et delvist svar herpå synes imidlertid givet, idet nyere forvaltningsteori har indført begrebet »efterarbejder«, hvorved det sigtes til beslutninger og standpunkter fra lovgiveren om lovens forståelse eller anvendelse, efter at loven blev vedtaget, jfr. nedenfor i afsnit 7.

I tilknytning til den subjektive fortolkning har det i den juridiske litteratur været diskuteret, om *utrykte lovmotiver* kan indgå i fortolkningen.<sup>27</sup> Fra retspraksis kendes enkelte eksempler på, at domstolene har lagt vægt på utrykte forarbejder, jfr. fx *U 1980.569 HD*, *U 1990.204 VLK* og *U 1995.35 HD*. Som anført af *Jens Garde*, taler hensynet til borgernes retsbeskyttelse for, at utrykte forarbejder anvendes med forsigthed.

Et særligt problem opstår, når lovgiveren *lovgiver i motiverne*. Et særligt klart eksempel på lovgivning i motiverne er bemærkningerne i retsplejelovens § 61, jfr. FT 1989-90, Tillæg A, spalte 3865 (med mine udhævninger):

»Bestemmelsen i lovforslaget indeholder samme kriterium for inhabilitet som den gældende § 62, stk. 1, idet der kun er foretaget rent sproglige ændringer. På trods heraf tilsigter reglen i *lovudkastet en udvidelse af området for inhabilitet i forhold til den gældende regel*, idet bestemmelsen ud over at omfatte de omstændigheder, som i dag medfører inhabilitet efter § 62, stk. 1 (bortset fra inhabilitet som følge af tidligere afgørelser om retshåndhævelsesarrest), *også skal omfatte en række særlige situationer, der kan foreligge i straffesager, og som i hidtidig retspraksis ikke har medført inhabilitet*.

Denne omskrivning og omfortolkning af den gældende § 61, stk. 1, medfører således, at bestemmelsens anvendelsesområde udvides i straffesager.«

Landsdommer *Peter Rørdam* betegner dette som »et hårrejsende eksempel på lovgivning i motiverne«. <sup>28</sup> Som anført af Rørdam, gentager lovforslaget blot det allerede gældende kriterium for inhabilitet, mens lovforslaget ifølge motiverne

25. Jfr. Taxell, *Rätt och demokrati*, op.cit., s. 282 f. og von Eyben, *Juridisk grundbog 1*, Retskilderne, op.cit., s. 27 f.

26. Jfr. Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, op.cit., s. 232 ff. og 237, der bl.a. ser forarbejderne som et karakteristikon ved, hvad han kalder »den socialistiske rättskällelärans epok«, hvor man indså eller gjorde sig forhåbning om, at muligheden for at styre ikke var udtømt med lovteksten, og Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, op.cit., s. 403 f.

27. Jfr. Jens Garde, *Forvaltningsret*. Almindelige emner, 3. udgave, 1997, s. 140, med yderligere henvisninger til litteraturen.

28. Jfr. Peter Rørdam, *Justitsministeriets lovforslag om dommerinhabilitet*, Juristen 1990, s. 93 ff., og Otto Bisgaard, *Hvor inhabil kan man være*, Juristen 1992, s. 117 ff.

tager sigte på at løse en lang række nye inhabilitetsproblemer, uden at lovteksten på nogen måde blot løfter sløret for, hvad det er, man har haft i tankerne.

### 7. Efterarbejder

Som netop nævnt sigtes der med efterarbejder til udtalelser fra lovgiveren, som er kommet til efter lovens tilblivelse. Det er først og fremmest den norske forvaltningsretsjurist *Erik Boe*, som i en række artikler har behandlet og retningsgivet dette relativt nye fænomen.<sup>29</sup> »Efterarbejder« har længe været kendt inden for kontraktsfortolkning, hvor man ved fortolkningen lægger vægt på efterfølgende omstændigheder.<sup>30</sup> Udtalelser fra lovgiveren kan lidt forenklet forekomme på to måder: dels som udtalelser i betænkninger om forståelsen af gældende ret, dels som indstillinger fra folketingets udvalg til folketinget. Spørgsmålet er i begge tilfælde, hvilken betydning sådanne udtalelser har i forbindelse med særligt lovforslag. Udgangspunktet må være, at efterarbejder ikke har nogen betydning for *domstolens* fortolkning. For andre retlige aktører er det muligt, at efterarbejder kan tillægges betydning, f.eks. for forvaltningsjuristen, som er underlagt ministeriets kompetenceområde. Givet er det, at ingen retlige aktører lige så lidt som ved lovens forarbejder er bundet/forpligtet af efterarbejderne.

I nyere dansk retspraksis er der imidlertid enkelte eksempler på, at domstolene tillægger efterarbejder betydning ved fortolkning af lovteksten, jfr. *U 1994.520 HD*:

I sagen var en herboende haitianer tiltalt for overtrædelse af straffelovens § 252 ved fra 1987 til 1992, uagtet han var HIV-positiv, uden forinden at oplyse kvinderne herom og uden at anvende præservativ, at have haft samleje og anden kønslig omgangelse med 23 kvinder, hvoraf to var 13 år. T blev dømt for forholdene til de to mindstårige piger, men blev frifundet for de øvrige forhold. Ved afgørelsen lagde Højesteret blandt andet vægt på, »at de politiske tilkendegivelser om anvendelse af straffelovens bestemmelser om legemskrænkelser på »forsædlig smittespredning«, der fremkom under Folketingets behandling af lovforslaget, er uklare«.

Som yderligere eksempler kan nævnes *TFS 1996.249* og *TFS 1996.838*.

29. Jfr. Erik Boe, Den retslige betydningen af politiske målsetninger i stortingsmeldinger, komiteinnstillinger osv., *Jussens Venner* 1981, s. 235 ff., samme, *Utvikling i lovers form og indhold – en udfordring for retsvidenskaben*, *TfR* 1987, s. 651 ff., samme, *Stortingets styring gennem efterarbejder: Eksempler fra den statslige regionale udvikling i Norge*, i *Miljøankenævnet – Forsvar* (Ellen Mørgrthe Basse, red.), Århus 1988, s. 7 ff.), samme, *Lov og Ret* 1994, s. 329 ff. og samme, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 232.

30. Jfr. Stig Jørgensen, *Kontraktsret* 1, op.cit., s. 184.

### 8. Særligt om kommentarer til Højesterets domme

Begge domme vedrører spørgsmålet, om et tidsskrift kunne betegnes som en avis efter momslovens § 34, stk. 1, nr. 14 med den virkning, at udgiveren var fritaget for momspligten. I begge domme hedder det med mine udhævninger: »I forbindelse med et forslag til ændring i 1981 af blandt andet momslovens § 12, stk. 1, litra h redigerede skatteministeren i et notat fremsendt til Folketingets Skatte- og Afgiftsudvalg for Momsnævnets administrative praksis i disse avisager (Folketingstidende 1980-81, tillæg B, spalte 678) og lovændringen blev vedtaget ... uden at Folketinget ændrede eller præciserede lovens avisbegreb«.

### 8. Særligt om kommentarer til Højesterets domme

Kommentarer til Højesterets domme skrives af en af de voterende dommere og indeholder en uddybende forklaring af dommen og dommens præmisses. Disse kommentarer har tidligere givet anledning til kritik i den juridiske litteratur.<sup>31</sup> Kritikken var formentlig medvirkende årsag til, at Højesteret i perioden 1975-1981 helt ophørte med at skrive kommentarer.<sup>32</sup> Der er ikke tvivl om, at Højesterets kommentarer tillægges stor betydning som fortolkningsbidrag af såvel retsteorien som det praktiske retsliv, herunder Højesteret selv. De principielle spørgsmål, som blev rejst om gang, er imidlertid stadig aktuelle. Her skal blot peges på et enkelt problem – som formentlig forekommer sjældent – nemlig kommentarens udbygning af dommens begrundelser. Kommentaren i *U 1981 B 298* til dommen *U 1981.300 HD* er et eksempel herpå.

I dommen *U 1981.300 HD*, som er omtalt ovenfor i kapitel 2, hedder det bl.a. i Højesterets præmisses: »Under de således foreliggende omstændigheder findes appellanten at burde have adgang til at frigøre pantet ved at stille anden sikkerhed af samme størrelse, jfr. herved aftalelovens § 36.« Efter at have læst dommen er man ikke i tvivl om, at aftalelovens § 36 er anvendt direkte, ellers er der vel ingen grund til at nævne den. At bestemmelsen anvendes, er måske mere overraskende, eftersom forarbejderne til bestemmelsen og en samlet reisteori ikke mente, at aftalelovens § 36 kunne anvendes i forholdet mellem professionelle parter. Dommen kunne derfor måske læses som en afstandtagen fra dette synspunkt. Af samme grund overraskes man ved læsningen af domskomentaren, hvor det siges, at dommens resultat ikke støttes sig direkte på aftalelovens § 36, men at »de synspunkter, der har fundet udtryk i nyere lovgivning og retspraksis og navnlig aftalelovens § 36, har givet støtte herfor«. Synspunktet nævnt er det langt fra klart, at Højesteret i dommen ikke støtter resultatet direkte på aftalelovens § 36. Det må bemærkes, at Højesteret i dommen ikke støtter resultatet direkte på aftalelovens § 36. Det må bemærkes, at Højesteret om, at § 36 ikke er anvendt direkte, men at det er »synspunkter, der har fundet udtryk i nyere lovgivning og retspraksis og navnlig aftalelovens § 36«, der er

31. Jfr. Bernhard Gomard, *Kommentarer til Højesterets domme*, Juristen 1969, s. 269 ff.; Victor Hansen, *Kommentarer og præmisses til Højesterets domme*, Juristen 1969, s. 421 ff.; Stig Jørgensen, *Højesteretskommentarer*, Juristen 1969, s. 497 f.; Alf Ross, *Kommentar – Kommentar*, Juristen 1970, s. 22 ff. og Gunnar Gersted, *Om kommentarer til højesteretsdomme*, Juristen 1970, s. 25 f.; Karsten Revsbech, *Hvor langt bør en kommentar til en højesteretsdom gå?*, *U 1991 B 318* ff.

32. Se Torben Jensen, *Højesterets arbejdsform*, i »Højesteret 1661-1986« (Torben Jensen, W.E. von Eyben, Mogens Koktvedgaard, red.), Kbh. 1986, s. 141.

## Bent Christensen:

### Forvaltningsret (1997)

ningen ganske som love vedtaget af Folketinget. Og forvaltningen har formentlig en lignende pligt til at realisere deres intentioner som over for Folketingets love. Hvor der i denne fremstilling tales om love og anordninger som grundlag for forvaltningens gøremål, gælder dette følgende også om EU's forordninger.

Forpligtelsen til at realisere regler stammende fra EU's organer og disses intentioner gælder imidlertid også for regler, der ikke er umiddelbart anvendelige, direktiverne. En dansk lov, der gennemfører EU-regler, skal nemlig fortolkes i overensstemmelse med den bagvedliggende EU-regel, og direktivet kan få direkte virkning, hvis den danske gennemførelse ikke er korrekt.

Når forvaltningen således anvender regler, der på den ene eller anden måde stammer fra EU's organer, skal den anvende den fortolkningsstil, som EU-domstolen anvender. Det er en simpel følge af, at fortolkningen af EU-regler i sidste instans foretages af EU-domstolen. Og det er en almindelig opfattelse, at EU-domstolene lægger mindre vægt på forarbejder og mere vægt på formål end dansk forvaltning.<sup>8</sup>

Hvor dansk forvaltning således skal anvende retsregler, hvis indhold er fastlagt af EU-organerne, følger hermed nogle accessoriske forpligtelser. De kan være specielle og fastlagt i bestemte EU-regler, eller der kan være tale om almindelige retsgrundsætninger skabt af EU-domstolens praksis. De kan angå meget forskellige sider af forvaltningens virksomhed. EU-rettens krav om adskillelse af retlig regulering og drift i f.eks. telesektoren og jernbanesektoren, ovenfor s. 58 og 92, har således ændret forvaltningens organisation. Traktatens art. 5 om medlemsstaternes forpligtelse til at realisere EU-retten kan medføre en begrænsning i anklagemyndighedens adgang til at undlade påtale, ovenfor s. 21, når det drejer sig om overtrædelse af netop EU-regler. EU-regler har ført til oprettelse af et særligt ankenævn til gennemtvungelse af EU-reglerne om offentligt udbud, ovenfor s. 97<sup>9</sup>. Nogle EU-regler, navnlig på landbrugsområdet, indeholder specielle forvaltningsprocessuelle regler, der fortrænger danske forvaltningsprocessuelle regler og retsgrundsætninger. Og EU-domstolene har fastlagt nogle retsgrundsætninger om officialprincippet, sagsbehandlingstid, kontradiktion, proportionalitet m.v., der dog kun i detaljer afviger fra de danske.<sup>10</sup>

8. *Gulmann og Hagel Sørensen* 159, *Hjalte Rasmussen* 400 og *Niels Fenger* 54.

9. *Hagel Sørensen*: NAT 1991.255.

10. Se nærmere *Niels Fenger*, *Gulmann og Hagel Sørensen* 221 og 353 nævner eksempler på EU-domstolens anvendelse af proportionalitetsprincippet, der vistnok ville være brugt med samme resultat af Ombudsmanden.

#### 2.5. EU

En ganske anderledes radikal modifikation af det forenklede billede følger af Danmarks medlemskab af EU<sup>7</sup>.

##### 2.5.1. Forvaltning på grundlag af regler, der stammer fra EU

EU-retten bygger på det princip, at EU-retten som alt overvejende hovedregel administreres af medlemsstaternes domstole og forvaltning, ikke af EU's egne organer.

Følgen er, at den type retsregler stammende fra EU's organer, der er forordninger, simpelthen træder i stedet for Folketingets love og anordninger understøttet med hjemmel i disse. Disse umiddelbart anvendelige EU-regler danner grundlag for forvaltningens bemyndigelse, og de sætter grænser for forvalt-

6. *Ragnar Knoph*: Retslige standarder og *Niels Kristian Sundby*: Om normer 1974.

7. Alt hvad der har med EU-retten på demnes nuværende stade at gøre, er kompliceret. Det fremgår med al ønskelig tydelighed af de danske standardværker om EU-ret: *Claus Gulmann og Karsten Hagel Sørensen*: EU-ret 3. udg., *Hjalte Rasmussen*: EU-ret i kon- tekst 2. udg. 1995 og *Karsten Ensig Sørensen og Poul Runge Nielsen*: EU Markedsret 1996. Teksten ovenfor indeholder kun så meget, at den kan give et indtryk af, hvori modifikationen fra det forenklede billede består, i øvrigt henvises til *Niels Fenger*: Intro- duktion til fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret 1996.

de, idet en række af medlemsstaterne endnu ikke har påbegyndt ratifikationsproceduren.

I det følgende betegnes artikler i EF-traktaten som art. 1 EF o.s.v. og artikler i EU-traktaten som art. 1 EU o.s.v.

### 2.5.1. Institutionerne

Fællesskabets vigtigste institutioner er *Rådet*, *Europa-Kommissionen*, *EF-Domstolen* og *Europa-Parlamentet*, jf. art. 5 EU.

#### 2.5.1.1. Rådet

*Ministerrådet* (Rådet) består af et regeringsmedlem fra hver af medlemsstaterne og sammensættes ved behandlingen af generelle sager af landenes udenrigsministre, medens der i andre sammenhænge arbejdes med forskellige sammensætninger af Rådet, f.eks. Landbrugsministerrådet, Økonomi- og Finansministerrådet m.fl. Som det højeste Råd fungerer Det Europæiske Råd, der er sammensat af medlemsstaternes stats- og regeringschefer.

Afgørelser i Rådet træffes i princippet ved simpelt flertal, jf. art. 205, stk. 1 EF. En række af traktatens bestemmelser kræver dog enten kvalificeret flertal eller enstemmighed. Efter vedtagelsen af den Europæiske Fællesakt i 1986 og traktatændringerne i 1993 og 1997 kan flere vigtige beslutninger træffes ved kvalificeret flertal, i hvilke tilfælde medlemmernes stemmer har forskellig vægt, jf. art. 205, stk. 2 EF. På visse retsområder, herunder navnlig vedrørende indirekte afgifter, arbejdsmarkeds- og socialpolitik, forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse m.v., kræves enstemmighed i Rådet.

Rådet varetager i et samspil med Kommissionen og Europa-Parlamentet den lovgivende og regeludstedende magt inden for EU, idet Rådet udsteder retsfor skrifter og træffer afgørelser med hjemmel i traktaterne.

#### 2.5.1.2. Europa-Kommissionen

Europa-Kommissionen (i almindelighed blot kaldet »Kommissionen«), hvis formand og øvrige medlemmer skal godkendes i Europa-Parlamentet, jf. art. 214, stk. 2 EF, og hvis funktioner i det store og hele svarer til dem, der på det nationale plan udøves af regeringerne, består af en formand og et antal kommissærer, der vælges under hensyn til deres almindelige duelighed og uafhængighed. Valgperioden er 5 år, jf. art. 214, stk. 1, og i denne periode kan medlemme ikke afskediges enkeltvis eller samlet i Rådet. De kan alene afsættes ved beslutning i Domstolen eller ved mistillidsvotum af Europa-Parlamentet.

Kommissionen er fællesskabets kontrollerende og administrerende organ og er den myndighed, der varetager fællesskabets interesser udadtil. Det er for-

## Paul Krüger Andersen m.fl.:

### Dansk Privatret 12. udg.

#### 2.5. Særligt om EU's institutioner og retsakter

Efter Danmarks indtræden i EF har såvel danske myndigheder som private virksomheder og borgere måttet indrette sig på, at de fællesskabsretlige institutioner og de retsakter, der hidrører fra disse institutioner, i stigende grad er kommet til at spille en rolle inden for landets grænser.

Samarbejdet mellem medlemsstaterne bygger også efter gennemførelsen i 1993 og 1997 af henholdsvis Maastricht-traktaten og Traktaten om Den Europæiske Union (EU-traktaten) først og fremmest på Traktaten om det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten). EU-traktaten er en rammetraktat, der indeholder traktaterne om det Europæiske Atomenergifællesskab (EURATOM), Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (EKSF) og EF-traktaten samt to samarbejdsområder: fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik og politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager. Særligt om EF-traktatens art. 61-69 (afsnit V) om forsvarssamarbejde, samarbejde om retlige og indre anliggender i civile sager, unionsborgerskab samt fuld deltagelse i Den økonomiske og monetære Union bemærkes, at de af Danmark tagne forbehold indebærer, at Danmark ikke deltager i dette samarbejde. Nice-traktaten fra december 2000, der rummer en række ændringer af de ovenfor omtalte traktater, er ikke omtalt i det følgen-

udsat, at Kommissionen i sit virke skal varetage fællesskabets og ikke de enkelte medlemsstaters nationale interesser.

Kommissionen har efter visse traktatbestemmelser hjemmel til selv at udstede retsakter, men den største del af Kommissionens retsakter udstedes dog med hjemmel i en retsakt udstedt af Rådet i forening med Europa-Parlamentet. På de områder, hvor beslutningskompetencen tilkommer Rådet, er Kommissionens medvirken som oftest nødvendig, idet Kommissionen på de fleste sagsområder har lovgivningsinitiativet.

Kommissionens administrative apparat er opdelt i en række *generaldirektorer*, der varetager de forvaltningsmæssige opgaver. F.eks. varetager »Generaldirektoratet vedrørende konkurrence« administrative funktioner i forbindelse med håndhævelsen af art. 81 EF om kartelforbud og art. 82 EF om forbud mod virksomheders misbrug af dominerende stilling på markedet.

### 2.5.1.3. EF-Domstolen

EF-Domstolen er fællesskabets dømmende myndighed.

Ud over bestemmelsen i art. 46 EU om kompetencen vedrørende EU-traktaten er de vigtigste sagstyper under Domstolens kompetence traktatbrudssager efter art. 226-228 EF, annullationssager efter art. 230-233 EF (om lovligheden af EU-institutionernes retsakter) samt – af særlig interesse i denne sammenhæng – præjudicielle afgørelser om fortolkningen af EF-traktaten, om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner samt om fortolkningen af vedtægter for organer, der oprettes af Rådet, jf. art. 234 EF.

I 1989 blev der i tilknytning til Domstolen oprettet en ret (»Retten i første instans«), der som første instans skulle træffe afgørelse i bestemte arter af sager, herunder bl.a. sager vedrørende konkurrenceretten. Rettens kompetence er i 1993 blevet yderligere udvidet, idet dog bl.a. kompetencen til at fortolke traktaten og retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner (præjudicielle forespørgsler) eksklusivt tilkommer EF-Domstolen, jf. art. 225, stk. 1 EF. Rettens afgørelser kan appelleres til Domstolen, dog kun for så vidt angår retsspørgsmål (i modsætning til faktum, dvs. bevissspørgsmål).

### 2.5.1.4. Europa-Parlamentet

Europa-Parlamentet består af repræsentanter for befolkningerne i medlemslandene. Antallet af medlemmer må ikke overstige 700. Parlamentet udøver efter art. 189 EF de beføjelser til at rådstå, beslutte og kontrollere, som Traktaten har tillagt det. Se i øvrigt om Europa-Parlamentets deltagelse i lovgivningsprocessen bemærkningerne nedenfor i afsnit 2.5.3.

### 2.5.2. Retssakterne

En række af bestemmelserne i EF-traktaten er *umiddelbart anvendelige* i medlemslandene og kan påberåbes som gældende national ret ved de nationale domstole, f.eks. bestemmelserne i art. 81 og art. 82. En eventuel tvist om, hvorvidt en retsakt, der hidrører fra Fællesskabet, er umiddelbart anvendelig eller ej, afgøres af Domstolen. Hvis der findes at være uoverensstemmelse mellem national ret og umiddelbart anvendelig fællesskabsret, er det fællesskabsretten, der skal tillægges forrang.

Efter art 249 EF skal Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, Rådet og Kommissionen til udførelse af deres opgaver og på de i traktaten fastsatte betingelser udstede forordninger og direktiver samt vedtage beslutninger, rette henstillinger eller afgive udtalelser, se i øvrigt nedenfor i afsnit 2.5.3

### 2.5.2.1. Forordninger

Det karakteristiske for *forordningerne* er, at de er *almengyldige*, at de er *bindende og umiddelbart gældende* for medlemsstaterne, disses virksomheder og borgere i deres *oprindelige udformning*. At forordningerne er »almengyldige«, betyder, at de ikke retter sig til bestemte adressater, men at de – svarende til nationale love – er anvendelige på objektivi bestemte forhold og på en abstrakt afgrænset kreds af virksomheder eller personer. Forordningerne skaber med andre ord rettigheder og pligter, der med forrang for nationale love kan håndhæves ved de nationale domstole, uden at det er nødvendigt – og tilmed som oftest heller ikke tilladt – at inkorporere reglerne i national ret ved lovgivningsmagtens mellemkomst.

### 2.5.2.2. Direktiver

Et *direktiv* er rettet til medlemsstaterne og pålægger disse at indrette deres lovgivning således, at lovgivningen bliver i overensstemmelse med det »tilsigtede mål« med direktivet.

I modsætning til forordningerne overlader direktivet det til de nationale myndigheder at fastsætte form og midler for inkorporeringen i national ret, og der vil som oftest blive fastsat en nærmere frist til gennemførelse af denne inkorporering. Inkorporeringen skal her i landet have hjemmel i en dansk lov, hvilket indebærer, at den skal gennemføres af folketingsret ved lov eller af vedkommende minister med hjemmel i lov.

### 2.5.2.3. Beslutninger

*Beslutninger* er bindende i alle enkeltheder for dem, de angiver at være rettet til. De kan være rettet til personer eller virksomheder. Navnlig inden for konkurrenceretten gøres der i vidt omfang brug af beslutninger. F.eks. kan